

Bachelor of Laws

Prof. Dr. Ulrich Preis
Prof. Dr. Bernd Waas
Prof. Dr. Kerstin Tillmanns
Evelyn Gabrys, Gesa Hanssen, Anita Palonka

Arbeitsvertragsrecht

Kurseinheit 01
Grundlagen des Arbeitsrechts und Begründung des Arbeitsverhältnisses

LESEPROBE

rechts
wissenschaft

Das Werk ist urheberrechtlich geschützt. Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung und des Nachdrucks, bleiben, auch bei nur auszugsweiser Verwertung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (Druck, Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung der FernUniversität reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Inhalt

ERSTER TEIL: EINFÜHRUNG	17
§ 1 BEGRIFF UND STRUKTUR DES ARBEITSRECHTS	18
I. BEGRIFF	18
II. STRUKTUR.....	19
§ 2 ÜBERBLICK ÜBER DIE GESCHICHTE DES ARBEITSRECHTS	20
I. VORINDUSTRIELLE EPOCHE.....	20
II. INDUSTRIALISIERUNG.....	20
III. WEIMARER REPUBLIK.....	22
IV. NATIONALSOZIALISMUS	22
V. DIE ZEIT NACH DEM 2. WELTKRIEG	23
VI. AUSBLICK.....	24
§ 3 GESETZE DES ARBEITSRECHTS IM ÜBERBLICK	24
§ 4 LITERATUR ZUM ARBEITSRECHT	26
I. GESETZSAMMLUNGEN	27
II. LEHRBÜCHER	27
III. FALLSAMMLUNGEN	28
IV. NACHSCHLAGWERKE.....	28
V. ENTSCHEIDUNGSSAMMLUNGEN	28
VI. ZEITSCHRIFTEN.....	29
VII. KOMMENTARE.....	29
ZWEITER TEIL: GRUNDBEGRIFFE DES ARBEITSRECHTS	31
1. ABSCHNITT: DAS ARBEITSVERHÄLTNIS.....	31
§ 5 ARBEITSVERTRAG UND ARBEITSVERHÄLTNIS.....	31
§ 6 DER ARBEITGEBER.....	32
I. BEGRIFF DES ARBEITGEBERS.....	32
II. FUNKTIONEN DES ARBEITGEBERS	32
III. BEDEUTUNG UND VORAUSSETZUNGEN DER ARBEITGEBEREIGENSCHAFT.....	33
§ 7 DER ARBEITNEHMER.....	35
I. BEGRIFF UND BEDEUTUNG DES ARBEITNEHMERBEGRIFFS	35
II. DIE EINZELNEN BEGRIFFSMERKMALE	37
1. PRIVATRECHTLICHER VERTRAG:	37

a) Beamte, Richter, Soldaten	37
b) Strafgefangene, Sicherungsverwahrte	38
c) Familienrechtliche Dienstleistungen	38
d) Vereinsrechtliche, kirchliche oder karitative Dienstleistung	39
2. LEISTUNG VON ARBEIT GEGEN ENTGELT	40
a) Begriff der Arbeit	40
b) Abgrenzung zu anderen Vertragstypen	40
aa) Abgrenzung zum Werkvertrag	40
bb) Abgrenzung zum Auftrag	40
3. ARBEIT IM DIENSTE EINES ANDEREN: ABGRENZUNG ZUM FREIEN DIENSTVERTRAG	41
a) Leitlinie: § 84 HGB	41
b) Abgrenzungskriterien	41
d) Einzelprobleme	43
aa) Dozenten	43
bb) Rundfunkmitarbeiter	43
cc) Abgrenzung bei weitgehend weisungsfreien Tätigkeiten	44
dd) „Neue Selbständigkeit“	45
ee) (Organ-) Mitglieder juristischer Personen	47

§ 8 BESONDERE ARBEITNEHMERGRUPPEN UND ARBEITNEHMERÄHNLICHE

PERSONEN	48
I. ARBEITER UND ANGESTELLTE	48
II. LEITENDE ANGESTELLTE	49
III. ARBEITNEHMERÄHNLICHE PERSONEN	50
IV. ZU IHRER BERUFSAUSBILDUNG BESCHÄFTIGTE	52
V. DER ARBEITNEHMER ALS VERBRAUCHER	53

§ 9 ARTEN DES ARBEITSVERHÄLTNISSSES..... 54

I. DAS SOG. „NORMALARBEITSVERHÄLTNIS“	54
II. TEILZEITARBEITSVERHÄLTNISSE	54
1. ÜBERSICHT	54
2. GLEICHBEHANDLUNG TEILZEITBESCHÄFTIGTER	55
3. ANSPRUCH AUF TEILZEITARBEIT	56
4. ARBEIT AUF ABRUF	57
5. ARBEITSPLATZTEILUNG	58
6. ALTERSTEILZEIT	58
III. GERINGFÜGIGE BESCHÄFTIGUNGSVERHÄLTNISSE	59
IV. BEFRISTETES ARBEITSVERHÄLTNIS	60
V. LEIHARBEITSVERHÄLTNIS	61
1. ALLGEMEINES	61

2. ABGRENZUNG ZUM WERKVERTRAG	62
VI. GRUPPENARBEITSVERHÄLTNIS	62
§ 10 BEZUGSPUNKTE ARBEITSRECHTLICHER REGELUNGEN	64
I. BETRIEB	64
II. UNTERNEHMEN	64
III. KONZERN.....	65
§ 11 INTERESSENVERTRETUNGEN VON ARBEITNEHMERN UND ARBEITGEBERN ..	66
I. GEWERKSCHAFTEN.....	66
II. ARBEITGEBERVERBÄNDE	67
III. BETRIEBSRAT.....	67
2. ABSCHNITT: DIE RECHTSQUELLEN DES ARBEITSRECHTS	68
§ 12 ALLGEMEINES.....	68
§ 13 EUROPÄISCHES UND INTERNATIONALES ARBEITSRECHT	70
I. RECHT DER EUROPÄISCHEN UNION	70
1. PRIMÄRRECHT	70
2. SEKUNDÄRRECHT	72
3. VERHÄLTNIS DES UNIONSRECHTS ZUM NATIONALEN RECHT.....	74
II. ALLGEMEINE VÖLKERRECHTLICHE VERTRÄGE	76
III. INTERNATIONALES ARBEITSRECHT – KOLLISIONSRECHT	77
§ 14 VERFASSUNGSRECHT	80
I. BEDEUTUNG DES GRUNDGESETZES FÜR DAS ARBEITSRECHT	80
II. EINWIRKUNG DER GRUNDRECHTE AUF DAS ARBEITSRECHT	80
1. FUNKTIONEN DER GRUNDRECHTE	80
2. GRUNDRECHTSBINDUNG DER PARTEIEN DES ARBEITSVERTRAGS.....	81
a) <i>Unmittelbare Drittwirkungslehre</i>	81
b) <i>Mittelbare Drittwirkungslehre</i>	82
c) <i>Schutzgebotsfunktion der Grundrechte</i>	82
3. GRUNDRECHTSBINDUNG DER KOLLEKTIVVERTRAGSPARTEIEN	83
III. EINZELNE GRUNDRECHTE.....	84
1. ALLGEMEINES PERSÖNLICHKEITSRECHT (ART. 2 ABS.1 I.V.M. ART 1 ABS. 1 GG).....	84
2. GLEICHHEITSGRUNDSATZ UND DISKRIMINIERUNGSVERBOTE (ART. 3 GG)	85
3. GLAUBENS- UND GEWISSENSFREIHEIT (ART. 4 GG).....	86
4. MEINUNGS- UND PRESSEFREIHEIT (ART. 5 GG).....	87
5. EHE UND FAMILIE (ART. 6 GG)	88
6. KOALITIONSFREIHEIT (ART. 9 ABS. 3 GG).....	88
7. BERUFSFREIHEIT (ART. 12 GG)	89

a) Grundrecht des Arbeitnehmers	90
b) Grundrecht des Arbeitgebers	90
8. EIGENTUM (ART. 14 GG)	91
9. KIRCHLICHES SELBSTBESTIMMUNGSRECHT (ART. 140 GG I.V.M. ART. 137 WRV).....	92
§ 15 GESETZE UND UNTERGESETZLICHE NORMEN	93
I. GESETZE	93
1. EINLEITUNG.....	93
2. EINSEITIG UND ZWEISEITIG ZWINGENDES GESETZESRECHT	93
3. DISPOSITIVES GESETZESRECHT	94
4. TARIFDISPOSITIVES GESETZESRECHT	95
5. GEWOHNHEITSRECHT	95
6. RICHTERRECHT.....	96
II. RECHTSVERORDNUNGEN	96
III. SATZUNGSRECHT.....	97
§ 16 KOLLEKTIVVERTRÄGE	98
I. TARIFVERTRAG	98
1. INHALT DES TARIFVERTRAGES	98
2. WIRKUNGEN DES TARIFVERTRAGES	99
3. BINDUNG AN DEN TARIFVERTRAG	99
4. AUSLEGUNG DES TARIFVERTRAGES	100
II. BETRIEBSVEREINBARUNG.....	100
1. REGULUNGSBEFUGNIS DER BETRIEBSPARTNER	100
2. WIRKUNG DER BETRIEBSVEREINBARUNG	101
§ 17 REGELUNGEN AUF ARBEITSVERTRAGLICHER EBENE	102
I. EINZELARBEITSVERTRAG	102
II. EINHEITSREGELUNGEN	102
III. GESAMTZUSAGE	102
IV. BETRIEBLICHE ÜBUNG	103
1. BEDEUTUNG UND RECHTSGRUNDLAGE DER BETRIEBLICHEN ÜBUNG.....	103
a) Regelmäßige Wiederholung einer gleichförmigen Verhaltensweise	104
b) Angebotsqualität dieses wiederholten Verhaltens.....	104
c) Freiwilligkeitsvorbehalt	105
2. BESONDERHEITEN IM ÖFFENTLICHEN DIENST.....	105
3. BETRIEBLICHE ÜBUNG ZU UNGUNSTEN DES ARBEITNEHMERS.....	105
V. ARBEITSRECHTLICHER GLEICHBEHANDLUNGSGRUNDSATZ	106
VI. DIREKTIONSRECHT	109
1. BEDEUTUNG DES ALLGEMEINEN DIREKTIONSRECHTS	109
2. AUSÜBUNG DES WEISUNGSRECHTS	110

§ 18 RANGFOLGE UND VERHÄLTNIS DER RECHTSQUELLEN	112
I. EINLEITUNG.....	112
II. DAS RANGPRINZIP.....	113
1. GRUNDSÄTZLICHES ZUM RANGPRINZIP	114
2. DURCHBRECHUNG DES RANGPRINZIPS	115
a) <i>Dispositives Gesetzesrecht</i>	115
b) <i>Öffnungsklauseln</i>	115
c) <i>Das Günstigkeitsprinzip</i>	116
III. DAS SPEZIALITÄTS- UND ORDNUNGSPRINZIP.....	117
DRITTER TEIL: BEGRÜNDUNG DES ARBEITSVERHÄLTNISES	119
§ 19 VERTRAGSANBAHUNG	119
I. STELLENAUSSCHREIBUNG	119
II. VORSTELLUNGSKOSTEN	120
III. FRAGERECHTE UND OFFENBARUNGSPFLICHTEN.....	120
1. FRAGERECHTE	120
2. OFFENBARUNGSPFLICHTEN.....	121
3. EINZELNE GEGENSTÄNDE VON FRAGERECHTEN UND OFFENBARUNGSPFLICHTEN.....	122
4. AUSKUNFTSERTEILUNG DURCH DEN VORHERIGEN ARBEITGEBER	124
IV. EINSTELLUNGSUNTERSUCHUNG UND EINSTELLUNGSTESTS.....	125
1. EINSTELLUNGSUNTERSUCHUNG.....	125
2. GENETISCHE ANALYSEN	126
3. TESTVERFAHREN	126
V. BETEILIGUNG DES BETRIEBSRATES.....	127
VI. SCHADENSERSATZANSPRÜCHE BEI VERLETZUNG VORVERTRAGLICHER PFLICHTEN.....	128
1. WEITERE PFLICHTEN IM VORVERTRAGLICHEN VERHÄLTNIS	129
2. ANSPRUCH GEM. §§ 280 ABS. 1, 311 ABS. 2, 241 ABS. 2 BGB	130
3. ANSPRÜCHE AUS § 15 AGG	131
a) <i>Schadensersatzanspruch nach § 15 Abs.1 AGG</i>	131
b) <i>Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs.2 AGG</i>	132
§ 20 ZUSTANDEKOMMEN DES ARBEITSVERHÄLTNISES	134
I. ABSCHLUSS DES ARBEITSVERTRAGES	134
1. WIRKSAME, ÜBEREINSTIMMENDE WILLENSERKLÄRUNGEN.....	134
a) <i>Geschäftsfähigkeit</i>	134
b) <i>Hinreichende inhaltliche Bestimmtheit</i>	135
c) <i>Stellvertretung</i>	135
2. FORM	136
II. SONDERFORMEN DER BEGRÜNDUNG EINES ARBEITSVERHÄLTNISES	137
III. ABSCHLUSSFREIHEIT UND ABSCHLUSSGEBOTE.....	138

1. GRUNDSATZ DER VERTRAGSFREIHEIT	138
2. VERFASSUNGSRECHTLICHE ABSCHLUSSGEBOTE	138
3. GESETZLICHE ABSCHLUSSGEBOTE	139
4. TARIFLICHE UND BETRIEBSVERFASSUNGSRECHTLICHE ABSCHLUSSGEBOTE	139
5. VERTRAGLICHE EINSTELLUNGSANSPRÜCHE.....	140
a) <i>Vorvertrag</i>	140
c) <i>Nachwirkende Vertragspflichten</i>	140
IV. ABSCHLUSS- UND BESCHÄFTIGUNGSVERBOTE.....	141
1. GESETZLICHE ABSCHLUSS- UND BESCHÄFTIGUNGSVERBOTE	141
a) <i>Jugendarbeitsschutz</i>	141
b) <i>Mutterschutz</i>	141
c) <i>Sonstige Beschäftigungsverbote</i>	142
2. KOLLEKTIVVERTRAGLICHE ABSCHLUSSVERBOTE.....	142
3. VERTRAGLICHE ABSCHLUSSVERBOTE.....	143
§ 21 MÄNGEL DES ARBEITSVERHÄLTNISSES.....	144
I. NICHTIGKEIT DES ARBEITSVERTRAGES.....	144
II. DIE ANFECHTUNG DES ARBEITSVERTRAGES.....	145
1. VERHÄLTNIS ZUR KÜNDIGUNG.....	145
2. ERKLÄRUNGS-, INHALTS- UND EIGENSCHAFTSIRRTUM (§ 119 BGB).....	147
a) <i>Irrtum</i>	147
b) <i>Kausalität</i>	148
c) <i>Anfechtungsfrist</i>	148
3. DROHUNGS- UND TÄUSCHUNGSANFECHTUNG (§ 123 BGB)	149
a) <i>Rechtswidrige Täuschung</i>	149
b) <i>Arglist</i>	150
c) <i>Kausalität</i>	150
d) <i>Anfechtungsfrist</i>	151
III. RECHTSFOLGE: NICHTIGKEIT	151

Stand der Bearbeitung: Dezember 2014

Erster Teil: Einführung

Die Kurseinheit zum Modul 55105 besteht aus 3 Kursen, von denen der dritte in zwei Teile fällt. Inhaltlich ist der Aufbau im Groben folgendermaßen gestaltet: Nach einem einführenden Teil folgt die Begründung des Arbeitsvertrages sowie mit dieser zusammenhängende Fragen. Es schließen sich Rechtsprobleme der Leistungsstörung im Vertrag an (z.B. Haftung des Arbeitnehmers für Pflichtverletzungen). Schließlich werden die unterschiedlichen Möglichkeiten der Beendigung des Arbeitsverhältnisses genannt. Der Leser folgt dem Arbeitsvertrag also gewissermaßen „Von der Wiege bis zu Bahre“.

Im Text werden bestimmte Teile (wie hier) grau unterlegt. Diese stellen das arbeitsrechtliche „Kernwissen“ dar, welches in einer Klausur unerlässlich ist. Selbstverständlich kann auch der übrige Text klausurrelevant sein. Fehlt dem Studierenden aber das „Kernwissen“, kann das zum Misslingen der gesamten Klausur und damit zum Nichtbestehen führen. Es kann für die unmittelbare Klausurvorbereitung nützlich sein (nach vorheriger Durcharbeit der Skripten!), die grau unterlegten Teile noch einmal zu memorieren. Ein effektiver Weg zu lernen wäre es auch, diese Teile auf Karteikarten zu übertragen.

§ 1 Begriff und Struktur des Arbeitsrechts

I. Begriff

Arbeitsrecht ist das **Sonderrecht der Arbeitnehmer**, also derjenigen, die abhängig beschäftigt sind.

Es umfasst alle Vorschriften, die die Beziehungen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern regeln und bietet den rechtlichen Rahmen für in abhängiger Tätigkeit geleistete Arbeit.

Ziel des Arbeitsrechts ist vor allem der **Schutz des Arbeitnehmers**.

Über 80 % aller Erwerbstätigen in der Bundesrepublik Deutschland sind Arbeitnehmer, also Menschen, die in der Regel auf einen Arbeitsplatz angewiesen sind, um ihren Lebensunterhalt sicherzustellen. Arbeitnehmer werden normalerweise in den Betrieb des Arbeitgebers und damit in eine fremdbestimmte Arbeitsorganisation eingegliedert. Dort unterliegen sie dem Weisungsrecht des Arbeitgebers und bedürfen deshalb besonderen Schutzes.

Das Arbeitsrecht soll außerdem einem gerechten **Interessenausgleich** zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern dienen. Die Interessen von Arbeitgebern und Arbeitnehmern sind oft gegensätzlich. So will der Arbeitgeber seine Arbeitskosten möglichst gering halten, aber **Zwar unterliegt die Gestaltung des Arbeitsverhältnisses grundsätzlich der Privatautonomie der Vertragspartner** sein Personal möglichst flexibel und nach Bedarf einsetzen. Der Arbeitnehmer hingegen wünscht sich ein gesichertes und kalkulierbares Einkommen, eine angemessene Entlohnung und geregelte Arbeitszeiten.

Zwar unterliegt die Gestaltung des Arbeitsverhältnisses grundsätzlich der **Privatautonomie** der Vertragspartner, d.h. diese können die Bedingungen des Vertrages frei aushandeln. Diese Vertragsfreiheit versagt aber dort, wo ein Vertragspartner derart überlegen ist, dass er einseitig die Vertragsbedingungen bestimmen kann (**sog. gestörte Vertragsparität**). In diesem Fall kann es nicht zu einem sachgerechten Interessenausgleich kommen.

Angesichts hoher Arbeitslosigkeit können Arbeitnehmer häufig nicht über die einzelnen Modalitäten des Arbeitsvertrages verhandeln. Ohne zwingende arbeitsrechtliche Regelungen bestünde die Gefahr, dass der – in der Regel wirtschaftlich stärkere – Arbeitgeber einseitig Arbeitsbedingungen diktiert. Viele Arbeitnehmer, die zur Existenzsicherung auf die Verwertung ihrer Arbeitskraft angewiesen sind, wären gezwungen, solche Arbeitsbedingungen zu akzeptieren.

Das Arbeitsrecht dient dazu, das **Machtungleichgewicht** zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber auszugleichen. Es schützt den Arbeitnehmer vor Benachteiligung im Arbeitsverhältnis, vor gesundheitlicher Gefährdung und vor unvermitteltem Arbeitsplatzverlust. Durch Schutzvorschriften wird die sog. „**strukturelle Unterlegenheit**“ des Arbeitnehmers ausgeglichen.

II. Struktur

Trotz zahlreicher arbeitsrechtlicher Vorschriften existiert bis heute **kein einheitliches Arbeitsgesetzbuch**.

Der Arbeitsvertrag ist nur teilweise im Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 611 ff. BGB, geregelt. Diese Regelungen werden durch viele Spezialregelungen in verschiedenen Einzelgesetzen ergänzt und modifiziert. Arbeitsrechtliche Regelungen finden sich in einer Vielzahl europarechtlicher, verfassungsrechtlicher, privatrechtlicher, öffentlich-rechtlicher und kollektivrechtlicher Normen. Hinzu kommt, dass dem Richterrecht im Arbeitsrecht eine herausragende Bedeutung zukommt; in manchen Bereichen (z.B. dem Arbeitskampfrecht) ersetzt die Rechtsprechung nahezu vollständig gesetzliche Regelungen. Diese „Zerstückelung“ des Arbeitsrechts führt zu Problemen bei der Anwendung arbeitsrechtlicher Vorschriften. Oftmals sind zahlreiche Einzelgesetze nebeneinander anzuwenden.

Beispiel: Bei der Kündigung eines Arbeitnehmers können mehrere Gesetze nebeneinander zur Anwendung kommen. Wenn das Arbeitsverhältnis unter den Geltungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes fällt, muss die Kündigung nach § 1 KSchG sozial gerechtfertigt sein. Die einschlägige Kündigungsfrist kann sich nach § 622 BGB richten. Ist der Arbeitnehmer schwerbehindert, dann muss die Zustimmung des Integrationsamtes nach § 85 SGB IX eingeholt werden.

Das Arbeitsrecht wird in zwei Teile, das Individualarbeitsrecht und das kollektive Arbeitsrecht, gegliedert.

Das **Individualarbeitsrecht** regelt das einzelne Arbeitsverhältnis zwischen einem Arbeitnehmer und seinem Arbeitgeber. Es umfasst die Begründung, die inhaltliche Ausgestaltung, den Übergang und die Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

Zum Individualarbeitsrecht gehört das **Arbeitsschutzrecht**. Das Arbeitsschutzrecht ist öffentlich-rechtlich geregelt und soll den Arbeitnehmer vor allem vor Gesundheitsgefährdungen am Arbeitsplatz schützen. Durch arbeitsschutzrechtliche Vorschriften werden dem Arbeitgeber öffentlich-rechtliche Pflichten auferlegt. Die Einhaltung wird vom Staat überwacht und Verstöße können mit Bußgeld geahndet werden.

Das **kollektive Arbeitsrecht** bezieht sich auf die kollektive Gestaltung von Arbeitsbedingungen. Es umfasst das Recht der Koalitionen (Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände), das Tarifvertragsrecht, das Arbeitskampfrecht und das Recht der betrieblichen Mitbestimmung.

Das **Arbeitsverfahrensrecht** sichert die effektive gerichtliche Durchsetzung der Rechte der Arbeitsvertragsparteien und ist im Arbeitsgerichtsgesetz (ArbGG) geregelt.

Zweiter Teil: Grundbegriffe des Arbeitsrechts

1. Abschnitt: Das Arbeitsverhältnis

§ 5 Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis

Das Individualarbeitsrecht regelt die Beziehungen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber, also das Arbeitsverhältnis. Dieses kommt in der Regel durch den Abschluss eines Arbeitsvertrages, also durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen, § 145 ff. BGB, zustande.

Ein Arbeitsvertrag kann ausnahmsweise aber auch kraft gesetzlicher Fiktion zustande kommen. So kommt beispielsweise gemäß § 10 Abs. 1 i.V.m. § 9 Nr. 1 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) kraft Gesetz ein Arbeitsvertrag zwischen Leiharbeitnehmer und Entleiher zustande, falls der Arbeitsvertrag zwischen Leiharbeitnehmer und Verleiher wegen fehlender Erlaubnis unwirksam ist.

Das Arbeitsverhältnis ist ein **Dauerschuldverhältnis**, das auf den wiederkehrenden Austausch von Arbeitsleistung gegen Entgelt gerichtet ist.

Es ist durch einen besonderen **personalen Charakter** gekennzeichnet. Wie § 613 BGB zeigt, ist die Arbeitsleistung im Zweifel **höchstpersönlich** zu erbringen. Der Anspruch auf die Arbeitsleistung ist nicht übertragbar.

In der Regel ist das Arbeitsverhältnis für den Arbeitnehmer von existentieller Bedeutung, weil er auf die Verwertung seiner Arbeitskraft angewiesen ist, um seinen Lebensunterhalt zu verdienen. Darüber hinaus ergibt sich der personale Charakter auch daraus, dass der Arbeitnehmer regelmäßig in den Betrieb des Arbeitgebers eingegliedert ist und diesem typischerweise seine gesamte Arbeitskraft zur Verfügung stellt. Deswegen treffen die Vertragsparteien auch besondere Nebenpflichten (§ 241 Abs. 2 BGB). So treffen den Arbeitgeber gewisse Fürsorgepflichten gegenüber dem Arbeitnehmer und der Arbeitnehmer ist zur Rücksichtnahme auf die Interessen des Arbeitgebers verpflichtet.

Der Arbeitsvertrag ist ein **gegenseitiger Vertrag**. Der Arbeitnehmer verpflichtet sich, die vereinbarte Arbeit zu leisten und der Arbeitgeber verpflichtet sich, das vereinbarte Arbeitsentgelt zu entrichten, § 611 Abs. 1 BGB. Der Arbeitsvertrag ist damit ein **Unterfall des Dienstvertrages**. Aus der Einbettung der Regelungen in den Besonderen Teil des Schuldrechts ergibt sich, dass die Vorschriften des Allgemeinen Schuldrechts auf den Arbeitsvertrag grundsätzlich anwendbar sind.

Aber nicht alle Vorschriften über den Dienstvertrag sind auf den Arbeitsvertrag anwendbar. Das ergibt sich aus dem Wortlaut der entsprechenden Norm: "Bei einem Dienstverhältnis, das kein Arbeitsverhältnis ist..."

Beispiel: § 621 BGB regelt die Kündigungsfristen von Dienstverhältnissen, die **kein** Arbeitsverhältnis sind! Für die Kündigung von Arbeitsverhältnissen gilt daher allein der speziellere § 622 BGB.

Zusammengefasst ist heute allgemein anerkannt, dass das Arbeitsverhältnis ein **schuldrechtliches Austauschverhältnis mit personalem Charakter** ist.

Dies war früher streitig. So nahm die mittlerweile überholte **Lehre vom personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis** (BAG vom 10.11.1955 AP Nr. 2 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht) an, dass das Arbeitsverhältnis kein schuldrechtliches Austauschverhältnis sei, sondern ein personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis, bei dem beide Vertragspartner umfangreiche "gemeinschaftsbezogene Rechtspflichten" hätten, die weit über die für alle Schuldverhältnisse geltenden Treuepflichten nach § 242 BGB hinausgingen.

§ 6 Der Arbeitgeber

I. Begriff des Arbeitgebers

Eine gesetzliche Definition des Arbeitgeberbegriffes existiert nicht. Nach der Rechtsprechung des BAG definiert sich der Arbeitgeber über den Arbeitnehmerbegriff und damit über den Arbeitsvertrag. Arbeitgeber ist derjenige, der die Dienstleistungen vom Arbeitnehmer kraft des Arbeitsvertrages fordern kann und zur Zahlung der Vergütung verpflichtet ist (BAG vom 9.9.1982 AP Nr.1 zu § 611 BGB Hausmeister).

Einfacher ausgedrückt: **Arbeitgeber ist, wer mindestens einen Arbeitnehmer beschäftigt.**

Diese Definition zeigt, dass die Arbeitgeberstellung an keine weiteren Voraussetzungen gebunden ist. Insbesondere setzt sie kein Eigentum an Betriebsmitteln oder das Vorhandensein einer Betriebsstätte voraus.

II. Funktionen des Arbeitgebers

Der Arbeitgeber ist der **Vertragspartner** des Arbeitnehmers und damit Berechtigter und Verpflichteter aus dem Arbeitsvertrag.

Er legt die **Personalpolitik** fest, **richtet die Arbeitsumgebung** ein und **organisiert den Arbeitsablauf**.

Die Organisation des Arbeitsablaufs umfasst insbesondere das **Weisungsrecht (§ 106 GewO)** gegenüber dem Arbeitnehmer. Da durch den Arbeitsvertrag nicht alle Aufgaben bis ins Detail geregelt werden können, kann der Arbeitgeber im Rahmen des Arbeitsvertrages bestimmen, auf welche Art und Weise konkrete Arbeiten zu verrichten sind.

Diese Funktionen müssen nicht notwendigerweise durch den Arbeitgeber wahrgenommen werden. Sie können auch an andere Personen delegiert werden. So wird die Einstellung und Entlassung von Arbeitnehmern oft leitenden Angestellten übertragen (vgl. § 5 Abs. 3 Nr. 1 BetrVG).

Möglich ist auch, dass unterschiedliche Personen jeweils einzelne Arbeitgeberfunktionen ausüben. Eine solche **Aufspaltung von Arbeitgeberfunktionen** ist in größeren Betrieben üblich. Dort erfolgt beispielsweise die Einstellung des Arbeitnehmers durch eine zentrale Personalabteilung, während der Vorgesetzte im Rahmen der Vertragserfüllung das konkrete Weisungsrecht ausübt.

III. Bedeutung und Voraussetzungen der Arbeitgeberberei- schaft

Bedeutung erlangt die Frage, wer Arbeitgeber ist, wenn der Arbeitnehmer Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend machen möchte. Diese können grundsätzlich nur gegen den Arbeitgeber, also den **Vertragspartner**, geltend gemacht werden.

Arbeitgeber können natürliche und juristische Personen oder Personenhandelsgesellschaften sein.

Kapitalgesellschaften (AG, GmbH, SE) sind als juristische Personen des Privatrechts mit **eigener Rechtsfähigkeit** ausgestattet, so dass sie durch einen Arbeitsvertrag die Rechte und Pflichten eines Arbeitgebers übernehmen können. Aus der rechtlichen Selbständigkeit der Kapitalgesellschaften folgt gleichzeitig, dass nur gegenüber der Gesellschaft, nicht aber gegenüber den Gesellschaftern Erfüllungsansprüche Dritter bestehen. Arbeitgeber ist daher stets nur die **Gesellschaft**, nicht aber die Gesellschafter.

Ebenso wie juristische Personen des Privatrechts Arbeitgeber sein können, kommen auch juristische Personen des öffentlichen Rechts (z.B. Bund, Länder, Gemeinden) als Arbeitgeber in Betracht.

Personenhandelsgesellschaften (OHG, KG) sind mit einer gewissen **rechtlichen Selbständigkeit** ausgestattet. Da eine OHG bzw. eine KG gem. 124 Abs.1 HGB (i.V.m. § 161 Abs.2 HGB) unter ihrer Firma Rechte erwerben und Pflichten übernehmen kann, kann sie durch einen Arbeitsvertrag auch die Arbeitgeberberei-genschaft erwerben.

Allerdings haften gem. § 128 HGB (i.V.m. § 161 Abs.2 HGB) neben der Gesellschaft die einzelnen Gesellschafter der OHG bzw. die Komplementäre der KG persönlich für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Damit obliegt ihnen auch die Erfüllung der Arbeitgeberverbindlichkeiten gegenüber einem bei der Gesellschaft beschäftigten Arbeitnehmer, soweit diese Verbindlichkeiten in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht durch einen Gesellschafter allein erfüllt werden können. Insoweit ist auch jeder **persönlich** haftende Gesellschafter einer Personengesellschaft Arbeitgeber der bei der Gesellschaft beschäftigten Arbeitnehmer.

Lediglich der Kommanditist einer KG besitzt keine Arbeitgeberberei-genschaft, da seine Einstandspflicht durch § 171 HGB begrenzt ist (BAG vom 1.3.1993 AP Nr.25 zu § 2 ArbGG 1979)

Bei **Gesellschaften bürgerlichen Rechts (GbR)** nach § 705 ff. BGB wurde in der Vergangenheit angenommen, dass diese nicht selbst Vertragspartner und demzufolge auch nicht Arbeitgeber sein könnten. Im Gegensatz zu den Kapital- und Personenhandels-gesellschaften ist die GbR nicht durch Gesetz mit einer eigenen Rechtsfähigkeit oder einer gewissen rechtlichen Selbständigkeit ausgestattet. In einer Grundsatzentscheidung vom 29.1.2001 hat der Bundesgerichtshof der GbR dennoch grundsätzlich eine **Teilrechtsfähigkeit** zuerkannt. Danach ist davon auszugehen, dass die **GbR selbst** Trägerin von Rechten und Pflichten sein kann, soweit sie am Rechtsverkehr teilnimmt und nicht besondere Gründe entgegenstehen (BGHZ 146, 341). Das BAG ist dieser gesellschaftsrechtlichen Rechtsprechung im Arbeitsrecht gefolgt. Die GbR selbst ist daher als Vertragspartnerin des Arbeitnehmers und damit als Arbeitgeberin anzusehen. Aus diesem Grund sind bspw. Kündigungsschutzklagen gegen die GbR als solche zu richten (BAG vom 1.12.2004, NZA 2005, 318).

§ 7 Der Arbeitnehmer

Literatur: HROMADKA, Arbeitnehmerbegriff und Arbeitsrecht, NZA 1997, 569; WANK, Arbeitnehmer und Selbständige, 1988.

I. Begriff und Bedeutung des Arbeitnehmerbegriffs

Zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer besteht im Regelfall ein Machtungleichgewicht. Angesichts der seit Jahren auf einem hohen Niveau stagnierenden Arbeitslosigkeit kann der Arbeitgeber oftmals über die Vertragsbedingungen allein bestimmen. Außerdem bestimmt der Arbeitgeber die Organisation des Arbeitsablaufs, die Einrichtung der Arbeitsumgebung und weist dem Arbeitnehmer einzelne Tätigkeiten zu.

Das Arbeitsrecht hat die Funktion, den Arbeitnehmer vor einem Missbrauch der Machtstellung durch den Arbeitgeber zu schützen. Es muss daher diejenigen Personen erfassen, die schutzbedürftig sind. **Zahlreiche gesetzliche Vorschriften knüpfen deshalb an den Arbeitnehmerbegriff an. Die Feststellung, dass jemand Arbeitnehmer ist, ist sozusagen der Schlüssel für die Anwendung des Arbeitsrechts.**

Beispiele: Die Arbeitnehmereigenschaft begründet die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte, § 2 ArbGG. Einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung bei Krankheit gemäß § 3 EFZG haben nur Arbeitnehmer. Auch der Kündigungsschutz nach dem KSchG gilt nur für Arbeitnehmer.

Obwohl in zahlreichen arbeitsrechtlichen Gesetzen der Arbeitnehmerbegriff verwendet wird, existiert keine gesetzliche Definition.

Zwar finden sich in manchen Gesetzen Bezugnahmen auf den Arbeitnehmerbegriff, eine einheitliche gesetzliche Definition, die für das gesamte Arbeitsrecht gilt, gibt es jedoch nicht. Zum Beispiel bestimmt § 5 Abs. 2 BetrVG, wer nicht als Arbeitnehmer anzusehen ist. Dies gilt aber nur für die Anwendung des BetrVG und kann nicht ohne weiteres auf andere Vorschriften übertragen werden.

Ob jemand Arbeitnehmer ist, wird ausgehend von folgender Definition bestimmt: Arbeitnehmer ist, **wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags zur Arbeit im Dienste eines anderen zu verpflichtet ist** (so schon Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts Bd. 1, 7. Aufl., 1963, § 9 II). Maßgeblich ist dabei die **Weisungsbindung** des Dienstverpflichteten.

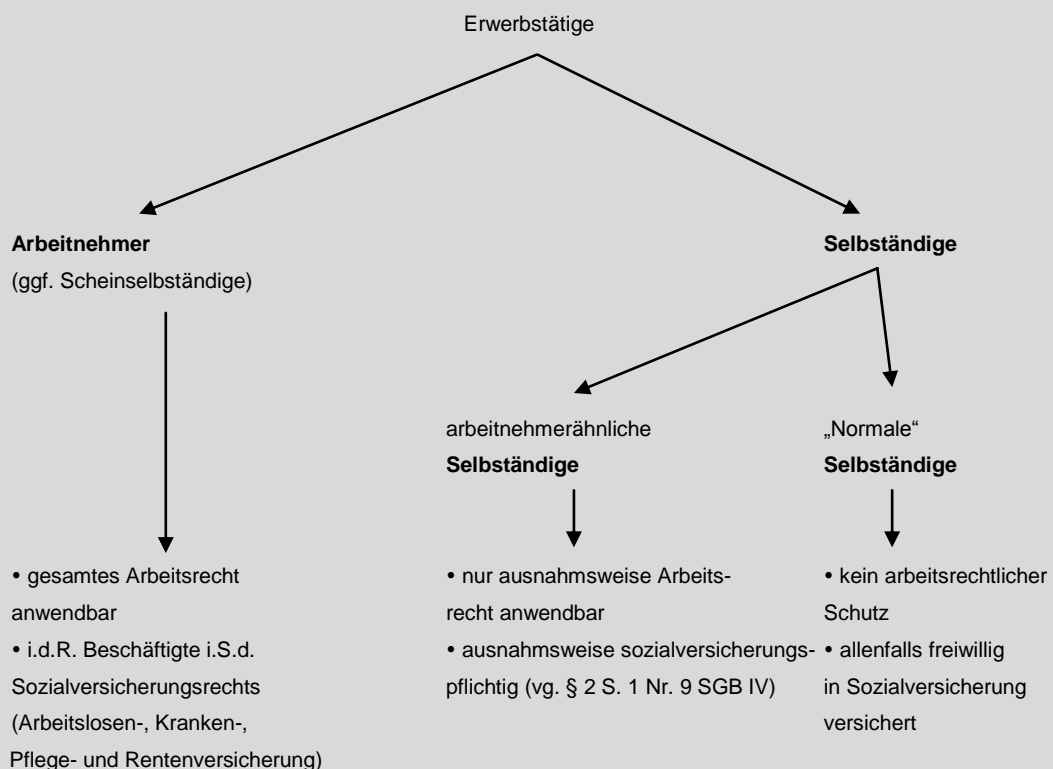
Für die Prüfung, ob ein Beschäftigter Arbeitnehmer ist, kommt es nicht darauf an, wie die Parteien das Vertragsverhältnis bezeichnen. **Maßgeblich ist allein die tatsächliche Durchführung des Vertrages.** Durch eine Vereinbarung kann der Geltungsbereich des Arbeit-

nehmerschutzrechts nicht eingeschränkt werden (BAG vom 22.3.1995 AP Nr.21 zu § 5 ArbGG 1979). Andernfalls hätte es der typischerweise wirtschaftlich stärkere Arbeitgeber in der Hand, die Anwendung des Arbeitsrechts dadurch auszuschließen, dass er den Arbeitnehmer im Vertrag als freien Dienstnehmer oder als freien Mitarbeiter bezeichnet.

Anders gesagt: Wenn eine Person bei der Ausübung einer Tätigkeit für einen anderen dessen umfassenden Weisungsrecht unterliegt, handelt es sich zwingend um einen Arbeitnehmer, sog. **Rechtsformzwang**. Dies gilt (trotz Privatautonomie) auch, wenn eine oder beide Vertragsparteien nicht wollen, dass ein Arbeitsverhältnis entsteht. Unerheblich ist auch, ob die Vertragsparteien im Vertrag ausdrücklich geregelt haben, dass kein Arbeitsverhältnis entstehen soll (z.B. „Ein Arbeitsverhältnis zwischen Herrn X und der Y-GmbH kommt nicht zustande.“).

Dies gilt auch dann, wenn die Vertragsparteien ein bestehendes Arbeitsverhältnis umgestalten und den Arbeitnehmer künftig als freien Mitarbeiter beschäftigen möchten. Eine solche Änderung der Vertragsbedingungen muss nicht nur klar und unmissverständlich vereinbart werden, es müssen sich auch die tatsächlichen Gegebenheiten der Vertragsdurchführung ändern, die das Beschäftigungsverhältnis bisher zum Arbeitsverhältnis gemacht haben (BAG vom 12.9.1996 AP Nr.1 zu § 611 BGB Freier Mitarbeiter).

Übersicht zur Arbeitnehmer- und Selbständigeneigenschaft



II. Die einzelnen Begriffsmerkmale

Arbeitnehmer ist,

- wer aufgrund eines **privatrechtlichen Vertrages**
- **im Dienste eines anderen**
- **zur fremdbestimmten Arbeit**
- **in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist.**

Die einzelnen Merkmale dieser vom BAG verwendeten Definition des Arbeitnehmerbegriffs (vgl. BAGE 27, 163) werden im Folgenden näher erläutert.

1. Privatrechtlicher Vertrag:

Voraussetzung der Arbeitnehmereigenschaft ist zunächst, dass das Arbeitsverhältnis durch einen **privatrechtlichen Vertrag begründet worden ist**. Das Arbeitsrecht gilt grundsätzlich nur für Beschäftigungsverhältnisse, die im Rahmen der Privatautonomie begründet worden sind. Nur bei ihnen ist der auf die Verwertung seiner Arbeitskraft angewiesene Arbeitnehmer strukturell unterlegen und schutzbedürftig.

Der privatrechtliche Vertrag ist von anderen Rechtsverhältnissen abzugrenzen.

a) Beamte, Richter, Soldaten

Beamte, Richter und Soldaten sind **keine Arbeitnehmer**. Sie stehen in einem **öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis**, das durch einen Verwaltungsakt und nicht durch einen Arbeitsvertrag begründet wird. Öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse werden durch eigene Gesetze geregelt, wie zum Beispiel durch das Richtergesetz oder die Beamtengesetze des Bundes und der Länder.

Diese Personen können aber neben ihrem Dienstverhältnis auch auf privatrechtlicher Basis eine Nebentätigkeit als Arbeitnehmer ausüben. Dabei kann Arbeitgeber sogar der Dienstherr aus dem Beamtenverhältnis sein (BAG vom 27.7.1994 AP Nr. 72 zu § 611 Abhängigkeit).

Das Unionsrecht kennt die Unterscheidung zwischen privatrechtlichem und öffentlich-rechtlichem Dienstverhältnis nicht. Unmittelbar anwendbare arbeitsrechtliche Normen des Unionsrechts erfassen daher z.B. auch Beamte (vgl. EuGH vom 17.3.2005 – Rs. C-109/04, Slg. 2005 I, 2421, Rz. 12 ff. – Kranemann).

Zu beachten ist, dass **Arbeiter und Angestellte des öffentlichen Dienstes** "gewöhnliche" Arbeitnehmer sind, auf die das Arbeitsrecht in vollem Umfang Anwendung findet. Der öffentlich-rechtliche Dienstherr schließt mit ihnen privatrechtliche Arbeitsverträge ab.

b) Strafgefangene, Sicherungsverwahrte

Keine Arbeitnehmer sind Strafgefangene, Sicherungsverwahrte und andere Personen, die in geschlossenen Anstalten eingewiesen sind. Im Rahmen der Anstaltsgewalt leisten sie Arbeit innerhalb eines **öffentlich-rechtlichen Sonderrechtsverhältnisses**. Innerhalb der Haft wird Strafgefangenen Arbeit gemäß § 37 StVollzG zugewiesen. Auch wenn sie außerhalb der Anstalt in einem Betrieb beschäftigt werden, wird die von ihnen zwangsweise geforderte (bzw. ihnen auf Verlangen zugeteilte) Arbeit nicht aufgrund eines Arbeitsvertrags geleistet.

Sozialversicherungsrechtlich stehen sie allerdings abhängig Beschäftigten zum Teil gleich (vgl. § 2 Abs.2 S.2 SGB VII).

c) Familienrechtliche Dienstleistungen

Schwierig kann die Abgrenzung sein, ob ein Familienangehöriger aufgrund eines Arbeitsvertrages (also als Arbeitnehmer) beschäftigt wird, oder ob er lediglich familienrechtliche Dienstleistungen erbringt.

Soweit Ehegatten und Kinder auf **familienrechtlicher Grundlage** nach §§ 1360, 1612 Abs. 1 S. 2 oder 1619 BGB Arbeitsleistungen im Haushalt oder im Geschäft des Ehepartners bzw. der Eltern erbringen, sind sie keine Arbeitnehmer. In diesem Fall arbeiten sie aufgrund der familiären Zusammengehörigkeit im Betrieb des Familienmitglieds mit.

Ist ein Ehepartner auf **gesellschaftsrechtlicher Ebene** tätig, dann liegt ebenfalls kein Arbeitsvertrag vor. Bei einer sog. Ehegatteninnengesellschaft ist der gleichberechtigt in der Gesellschaft tätige Ehepartner nicht Arbeitnehmer des anderen, sondern Gesellschafter.

Dies schließt aber nicht aus, dass mit dem Ehepartner oder den Kindern ein **Arbeitsverhältnis** begründet werden kann. Geht das Maß der Mitarbeit über die familienrechtlichen Verpflichtungen hinaus, kann unter Umständen auch ein stillschweigend abgeschlossener Arbeitsvertrag vorliegen. Welches Rechtsverhältnis im Einzelfall anzunehmen ist, beurteilt sich nach den **Umständen im Einzelfall**. Kriterien für die Abgrenzung sind z.B. die Weisungsgebundenheit, die Eingliederung in den Betrieb, die Höhe der Bezüge, der Vergleich mit anderen Arbeitskräften oder die steuerliche Behandlung des Familienangehörigen (BSG vom 21.4.1993 AP Nr. 67 zu § 611 BGB Abhängigkeit).

d) Vereinsrechtliche, kirchliche oder karitative Dienstleistung

Mitglieder eines Vereins, die für diesen Dienste erbringen, sind in der Regel **keine Arbeitnehmer**. Rechtsgrundlage dieser Tätigkeiten ist die **Vereinsmitgliedschaft** und kein Arbeitsvertrag. Ein Verein kann in seiner Satzung die Leistung von Diensten als **Mitgliedsbeitrag** vorsehen, § 58 Nr. 2 BGB. Die Leistung von Diensten für den Verein wird von den Mitgliedern erbracht, um den Vereinszweck zu fördern.

Beispiel: Die Mitglieder eines Kleingartenvereins können aufgrund der Satzung zur Leistung von handwerklichen Arbeiten am Vereinsheim oder zum Ausschank von Getränken bei Veranstaltungen verpflichtet sein.

Deshalb sind auch **Ordensleute** oder **Diakonissen** keine Arbeitnehmer. Solche Tätigkeiten werden regelmäßig aus **religiösen oder karitativen Beweggründen** erbracht.

Das gilt auch für **Rote-Kreuz-Schwestern**, die für ihre Schwesternschaft tätig sind. Sie erbringen ihre Arbeitsleistung (z.B. als Krankenschwester) zwar in persönlicher Abhängigkeit, weil sie gegenüber der Oberin weisungsgebunden sind. Die Rechtsgrundlage dafür ist aber allein die Zugehörigkeit zur Schwesternschaft, also zum Verein. Ihre Berufsausübung erfolgt in Ausübung der vereinsrechtlichen Rechte und Pflichten. Ihnen stehen **Mitgliedschaftsrechte** zu, mit denen sie die Geschicke des Vereins und damit zugleich die Arbeitsorganisation beeinflussen können. Sie entscheiden beispielsweise mit, indem sie die Oberin und andere Vorstandsmitglieder wählen.

Sie sind auch nicht als sog. arbeitnehmerähnliche Personen (vgl. § 8 III.) anzusehen. Da sie die Geschicke des Vereins beeinflussen können, fehlt es am Merkmal der sozialen Schutzwürdigkeit, auch wenn sie wirtschaftlich von der Schwesternschaft abhängig sind (vgl. BAG vom 6.7.1995 AP Nr. 22 zu § 5 ArbGG 1979).

Vereinsrechtliche Arbeitspflichten dürfen aber nicht gegen **§§ 134, 138 BGB** verstoßen und damit zwingende arbeitsrechtliche Schutzbestimmungen umgehen. Bei einer **gezielten Umgehung** der arbeitsrechtlichen Bestimmungen kann ein Vereinsmitglied als Arbeitnehmer anzusehen sein. Eine solche Umgehung kann vorliegen, wenn der Verein dem Mitglied trotz erheblicher Arbeitsleistung keinen Anspruch auf eine **angemessene Vergütung** einräumt und das Mitglied praktisch rechtlos ist, weil ihm keine **Mitgliedschaftsrechte** zustehen.

Auch der Vereinszweck spielt eine Rolle. Verfolgt der Verein eine wirtschaftliche Zielsetzung, dann wird eine Umgehung zwingender arbeitsrechtlicher Schutzgesetze eher anzunehmen sein.

Dementsprechend hat das BAG ein hauptamtliches außerordentliches Mitglied von Scientology als Arbeitnehmer anerkannt (BAG vom 22.3.1995 AP Nr. 21 zu § 5 ArbGG 1979). Entscheidend

sind aber immer die Umstände des Einzelfalles. Bei einem anderen Mitglied von Scientology wurde die Arbeitnehmerschaft u. a. deshalb verneint, weil dieses volles Stimmrecht in der Mitgliederversammlung hatte und damit Einfluss auf die Leitung und Organisation des Vereins nehmen konnte (vgl. BAG vom 26.09.2002, NJW 2003, 161 f.)

2. Leistung von Arbeit gegen Entgelt

a) Begriff der Arbeit

Arbeitnehmer ist, wer **gegen Entgelt** zur Leistung von **Arbeit** verpflichtet ist. Der Begriff der Arbeit ist weit zu verstehen. Dazu zählt **jedes Verhalten**, das im Wirtschaftsleben als Arbeit angesehen wird, also einen **wirtschaftlichen Wert** besitzt. Arbeit umfasst körperliche und geistige Tätigkeiten, aber auch rein passives Verhalten wie die Arbeitsbereitschaft. Auch spielerische oder sportliche Betätigung ist Arbeit, wenn sie aus wirtschaftlichen Gründen ausgeübt wird. Der Berufssportler arbeitet, der Freizeitsportler hingegen nicht.

b) Abgrenzung zu anderen Vertragstypen

aa) Abgrenzung zum Werkvertrag

Der Arbeitsvertrag ist vom Werkvertrag abzugrenzen. **Der Arbeitnehmer schuldet dem Arbeitgeber lediglich die Arbeitsleistung. Er schuldet nur die Tätigkeit als solche, aber keinen bestimmten Arbeitserfolg.** Sein Anspruch auf Entgeltzahlung hängt regelmäßig nicht davon ab, ob seine Arbeit erfolgreich ist. Deshalb kann der Arbeitgeber die zu erbringende Leistung im Rahmen seines Weisungsrechts näher nach Zeit, Art und Ort bestimmen.

Beim **Werkvertrag** schuldet der Unternehmer dagegen einen **bestimmten Erfolg**. Er muss ein Werk herstellen, z.B. eine Reparatur durchführen. Wie er diesen Erfolg herbeiführt, bestimmt er in der Regel selbst.

bb) Abgrenzung zum Auftrag

Ein Arbeitsvertrag liegt nur dann vor, wenn Arbeit gegen Entgelt geschuldet wird. Der **Auftrag** hingegen ist ein **unentgeltliches** Geschäft, §§ 662 ff. BGB. Der Auftragnehmer verpflichtet sich, unentgeltlich tätig zu werden. Er handelt also nicht, um eine Gegenleistung vom Auftraggeber zu erlangen.

Zu beachten ist aber, dass ein Arbeitsvertrag auch dann vorliegen kann, wenn die Parteien sich nicht ausdrücklich über eine Vergütung geeinigt haben. Dies zeigt die Regelung des § 612 Abs. 1 BGB. Fehlt eine Vergütungsabrede, folgt daraus nicht automatisch, dass die

Leistung unentgeltlich erfolgen sollte. Zu prüfen ist vielmehr, ob die Leistungserbringung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist.

3. Arbeit im Dienste eines anderen: Abgrenzung zum freien Dienstvertrag

Die Unterscheidung, ob jemand im Rahmen eines Arbeitsvertrages (als Arbeitnehmer) oder im Rahmen eines freien Dienstvertrages **als Selbständiger** tätig ist, bildet regelmäßig den **Schwerpunkt der Prüfung** der Arbeitnehmereigenschaft.

Die Norm des § 611 BGB erfasst beide Formen der Dienstleistung, weil der Arbeitsvertrag nur ein Unterfall des Dienstvertrages ist. Es kann auch nicht allein anhand der Tätigkeit unterschieden werden, ob ein Arbeitsvertrag oder ein freier Dienstvertrag vorliegt.

Beispiel: Ein Rechtsanwalt kann selbständig im Rahmen eines freien Dienstvertrages tätig werden, er kann aber auch als angestellter Rechtsanwalt in einer Kanzlei Arbeitnehmer sein.

a) Leitlinie: § 84 HGB

Mangels anderer gesetzlicher Regelungen ist die Vorschrift des **§ 84 Abs.1 S. 2 HGB**, die den freien Handelsvertreter vom Angestellten abgrenzt, für das gesamte Arbeitsrecht zur **Leitlinie bei der Abgrenzung zwischen Arbeitnehmern und Selbständigen** geworden. Diese Vorschrift enthält eine allgemeine gesetzgeberische Wertung, die bei der Abgrenzung berücksichtigt werden muss. **Danach ist selbständig, wer seine Tätigkeit im Wesentlichen frei gestalten und seine Arbeitszeit selbst bestimmen kann.**

b) Abgrenzungskriterien

Die herrschende Meinung leitet im Umkehrschluss aus § 84 Abs.1 S.2 HGB ab, dass **Arbeitnehmer ist, wer persönlich abhängig ist.**

Dienste in persönlicher Abhängigkeit von seinem Vertragspartner (also unselbständige Dienste) erbringt derjenige, der seine **Tätigkeit nicht frei gestalten** und seine **Arbeitszeit nicht selbst bestimmen** kann.

Wichtiges Kriterium für persönliche Abhängigkeit ist die **Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation.**

Die Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation zeigt sich darin, dass der Beschäftigte einem Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Das Weisungsrecht betrifft Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit (BAG vom 30.11.1994 AP Nr. 74 zu § 611 BGB Abhängigkeit).

Im Rahmen einer Fallprüfung zeigt sicher immer wieder, dass letztlich vor allem die zeitliche Weisungsbindung darüber entscheidet, ob eine Person als Arbeitnehmer oder als selbständiger („freier“) Mitarbeiter für ein Unternehmen tätig wird.

Zu beachten ist, dass es **nicht** auf die wirtschaftliche Abhängigkeit vom Auftraggeber ankommt. Jemand, der zwar wirtschaftlich von seinem Auftraggeber abhängig ist, aber frei über seine Arbeitszeit bestimmen und seine Tätigkeit frei gestalten kann, ist nicht allein aufgrund wirtschaftlicher Abhängigkeit Arbeitnehmer; er kann allenfalls arbeitnehmerähnlicher Selbständiger (vgl. § 8 III.) sein.

Zu beachten ist bei der Prüfung, dass es keine schlechthin geltenden Kriterien gibt, sondern dass stets die Eigenart der jeweiligen Tätigkeit zu berücksichtigen ist und es keinen einheitlichen Maßstab gibt. Im Einzelfall kann den einzelnen Kriterien unterschiedliches Gewicht zukommen. Erst nach einer Gesamtschau aller festgestellten Umstände im Einzelfall wird wertend entschieden, ob die betreffende Person den Schutz, der mit der Arbeitnehmerstellung verbunden ist, unter Abwägung aller widerstreitenden Belange verdient.

In der Literatur (vgl. *Wank*, Arbeitnehmer und Selbständige, 1988) wird als weiteres Abgrenzungskriterium das „**unternehmerischen Risiko**“ vorgeschlagen. Die von Wank entwickelte Abgrenzung anhand des unternehmerischen Risikos stellt auf die Verteilung von unternehmerischen Chancen und Risiken ab. Selbständige haben danach typischerweise die Chance, eigenen Gewinn zu erwirtschaften, weil sie über die eigene Arbeitskraft frei verfügen können. Im Gegenzug tragen sie dafür das unternehmerische Risiko, keine Aufträge zu erhalten. Arbeitnehmer hingegen erhalten auch dann Lohn, wenn der Arbeitgeber keine Arbeit für sie hat. Dafür müssen Arbeitnehmer normalerweise ihre gesamte Arbeitskraft für fremdnützige Zwecke einsetzen und können nicht mehr frei über ihre Arbeitskraft verfügen. Sie haben keine Möglichkeit, selbst unternehmerisch am Markt teilzunehmen. Weil sie nicht selbst über ihre Arbeitskraft verfügen und keine unternehmerischen Gestaltungs- und Gewinnmöglichkeiten wahrnehmen können, bedürfen sie eines besonderen Schutzes. Das BAG hat sich dem Vorschlag *Wanks* letztlich nicht explizit angeschlossen. Dennoch setzt auch das BAG über das Merkmal der Weisungsbindung den von *Wank* hervorgehobenen Schutzgedanken durch. Denn auch nach der Definition des BAG ist Arbeitnehmer derjenige, der (obwohl er möglicherweise unternehmerische Risiken trägt) keine unternehmerischen Chancen wahrnehmen kann, weil er in die Arbeitsorganisation eines anderen derart eingegliedert ist, dass er einer engen Weisungsbindung unterliegt.

Typisch für Arbeitnehmer ist es, dass sie Leistungen **in eigener Person** für nur **einen Auftraggeber** erbringen. Dies geschieht in der Regel im Rahmen einer auf Dauer angelegten Tätigkeit **ohne eigene Mitarbeiter, ohne eigenes Kapital und ohne eigene Organisation**.

Gegen die Arbeitnehmereigenschaft spricht es daher, wenn der Dienstverpflichtete nicht in der Lage ist, seine vertraglichen Leistungspflichten alleine zu erfüllen, sondern auf Hilfskräfte angewiesen und vertraglich berechtigt ist, seine Leistungen durch Dritte erbringen zu lassen (BAG vom 12.12.2001 AP Nr.111 zu § 611 Abhängigkeit).

Trotzdem verwendet das BAG den Begriff „unternehmerisches Risiko“ bei der Abgrenzung nicht.

d) Einzelprobleme

aa) Dozenten

Die Rechtsprechung hatte in der Vergangenheit mehrmals darüber zu entscheiden, ob Dozenten Arbeitnehmer oder Selbständige sind. Nach dem BAG ist entscheidendes Kriterium das Maß der persönlichen Abhängigkeit.

Je ausgeprägter im Einzelfall die Eingliederung in den Lehrbetrieb ist, umso eher liegt Arbeitnehmereigenschaft vor. Entscheidend ist, inwieweit der Dozent dem Weisungsrecht des (Hoch)Schulträgers unterliegt. Hat der Dozent keinen **Einfluss auf die Gestaltung der Stundenpläne**, der Unterrichtsinhalte oder auf die Art und Weise der Durchführung des Unterrichts, dann ist er in der Regel persönlich abhängig.

So wurde bei einem Dozenten die Arbeitnehmereigenschaft bejaht, weil er keine Möglichkeit hatte, Einfluss auf die Gestaltung des Stundenplans zu nehmen und darüber hinaus in erheblichem **zeitlichen Umfang** verpflichtet war, an wöchentlichen Teamsitzungen teilzunehmen, Kursteilnehmer zu betreuen und Pausenaufsicht zu machen (BAG vom 26.7.1995 AP Nr. 79 zu § 611 BGB Abhängigkeit).

bb) Rundfunkmitarbeiter

Ebenfalls schwierig kann die Frage sein, ob Rundfunkmitarbeiter, die für die Programmgestaltung zuständig sind, und die von den Fernseh- und Rundfunkanstalten üblicherweise als „freie Mitarbeiter“ eingestellt werden, tatsächlich Arbeitnehmer sind, auf die arbeitsrechtliche Schutzvorschriften anwendbar sind.

Das BVerfG hat entschieden, dass Rundfunkanstalten ihrer Aufgabe, Programmvielfalt zu bieten, nur gerecht werden können, wenn sie die Möglichkeit haben, auf einen großen Mitarbeiterkreis zurückzugreifen. Dazu wären sie nicht in der Lage, wenn sie ausschließlich auf feste Mitarbeiter angewiesen wären (BVerfG vom 13.1.1982 AP Nr. 1 zu Art. 5 Abs. 1 GG Rundfunkfreiheit). Die **Rundfunkfreiheit** aus Art. 5 Abs. 1 GG ist daher bei der Beurteilung, ob ein Mitarbeiter abhängig beschäftigt ist oder nicht, zu berücksichtigen. Arbeitgeber in diesem Bereich haben eine größere Gestaltungsfreiheit. Zum Schutz der Rundfunkfreiheit ist zu unterscheiden zwischen programmgestaltenden Tätigkeiten und Tätigkeiten, die keinen inhaltlichen Einfluss auf das Programm nehmen, wie z.B. Verwaltungstätigkeiten. Je größer der Anteil an journalistisch-schöpferischer oder künstlerischer Arbeit und damit die **gestalterische Freiheit** eines programmgestaltenden Mitarbeiters ist, umso eher liegt eine selbständige Tätigkeit vor. Die Kriterien, die zur Bestimmung der Arbeitnehmereigenschaft herangezogen werden, sind entsprechend zu gewichten. Entscheidend ist stets die Gesamtbetrachtung im Einzelfall.

Ein programmgestaltender Rundfunkmitarbeiter ist nicht allein deshalb Arbeitnehmer, weil er zur Herstellung seiner Beiträge auf technische Einrichtungen und Personal der Rundfunkanstalt angewiesen ist (BAG vom 19.1.2000 AP Nr. 33 zu § 611 Rundfunk). Bei programmgestaltenden Mitarbeitern kann ein Arbeitsverhältnis vorliegen, wenn der Mitarbeiter weitgehenden inhaltlichen Weisungen unterliegt, ihm also nur ein geringes Maß an Gestaltungsfreiheit, Eigeninitiative und Selbständigkeit verbleibt.

So ist ein Arbeitsverhältnis insbesondere dann anzunehmen, wenn der Sender **ständige Dienstbereitschaft** erwartet und Arbeiten in nicht unerheblichem Umfang zugewiesen werden (BAG vom 11.3.1998 AP Nr. 23 zu § 611 BGB Rundfunk; BVerfG vom 18.2.2000 AP Nr. 9 zu Art. 5 Abs. 1 GG Rundfunkfreiheit). Es ist ein starkes Indiz, wenn der Mitarbeiter in Dienstplänen aufgeführt wird, ohne dass die einzelnen Einsätze im Voraus abgesprochen werden. Dieses Indiz kann aber entkräftet werden, wenn die Gesamtumstände für eine selbständige Tätigkeit sprechen (BAG vom 20.9.2000 AP Nr. 37 zu § 611 Rundfunk).

cc) Abgrenzung bei weitgehend weisungsfreien Tätigkeiten

Bei besonders qualifizierten Tätigkeiten kommt es regelmäßig vor, dass der Arbeitgeber gar nicht in der Lage ist, fachliche Weisungen zu erteilen, weil ihm die Fachkenntnis fehlt. Obwohl diese Personen keinem fachlichen Weisungsrecht unterliegen, sind sie Arbeitnehmer, wenn sie im Übrigen persönlich abhängig und weisungsgebunden sind. Hier zeigt sich erneut, dass es maßgeblich auf die zeitliche Weisungsbindung ankommt.

So ist beispielsweise der in einer Klinik angestellte **Chefarzt** Arbeitnehmer. Er ist nur bei seiner rein ärztlichen Tätigkeit weisungsfrei tätig, also bei der Behandlung seiner Patienten. Hinsichtlich der übrigen Modalitäten der Arbeitsleistung ist er dem **Direktionsrecht** des Arbeitgebers unterworfen. Das Dienstverhältnis beansprucht **seine ganze Arbeitskraft**, er wird für eine hauptberufliche Beschäftigung auf unbestimmte Zeit eingestellt, muss die **Dienststunden einhalten** und auch die Dauer des Erholungsurlaubs ist bestimmt (BAG vom 27.7.1961 AP Nr.24 zu § 611 BGB Ärzte Gehaltsansprüche).

Dasselbe gilt bei **Berufssportlern**. Sie sind Arbeitnehmer, wenn sie ihre Leistungen in einem persönlichen Abhängigkeitsverhältnis erbringen, das über die durch die Vereinsmitgliedschaft begründete Weisungsgebundenheit hinausgeht (BAG vom 10.5.1990 AP Nr. 51 zu § 611 BGB Abhängigkeit).

dd) „Neue Selbständigkeit“

Viele Unternehmen sind verstärkt dazu übergegangen, Funktionsbereiche auszugliedern und einzelne Tätigkeiten auf andere Firmen zu übertragen, sog. „Outsourcing“. Ziel ist es, die Kosten für das Unternehmen zu senken. Durch die Beauftragung von Drittunternehmen werden eigene Arbeitskräfte eingespart und Lohnkosten gesenkt.

Personen, die früher als Arbeitnehmer beschäftigt wurden, werden so veranlasst, ein selbständiges Unternehmen zu gründen. Dadurch entstehen Ein-Mann-Unternehmen, die das Geschäft auf eigene Rechnung betreiben und das unternehmerische Risiko selbst tragen müssen, tatsächlich aber nur für einen Auftraggeber, von dem sie persönlich abhängig sind, tätig sind. Mit solchen Vertragsgestaltungen sollen die Bindungen des Arbeits- und Sozialrechts umgangen werden. Diese Problematik wird unter den Stichwörtern „**neue Selbständigkeit**“ bzw. „**Scheinselbständigkeit**“ behandelt. **Scheinselbständige sind Personen, die im Vertrag als Selbständige bezeichnet und z.B. gegenüber den Sozialversicherungsträgern als Selbständige ausgegeben werden, tatsächlich aber wie Arbeitnehmer arbeiten.** Insbesondere im Transportgewerbe finden sich entsprechende Verträge. Unternehmer, die bisher eigene Fahrer beschäftigt haben, übertragen diese Tätigkeiten „selbständigen“ Auslieferungsfahrern.

Probleme ergeben sich oft bei Beendigung des Dienstverhältnisses. Dies kann für den Auftraggeber unter Umständen teuer werden. Wird im Nachhinein festgestellt, dass der Beschäftigte tatsächlich Arbeitnehmer war, dann muss der Arbeitgeber die Sozialversicherungsbeiträge (einschließlich des Arbeitnehmeranteils) nachentrichten. Außerdem greift dann gegebenenfalls das KSchG ein.

Hier ist im Einzelfall zu prüfen, ob bei diesen angeblich „selbständigen“ Unternehmern nicht in Wirklichkeit ein Arbeitsverhältnis vorliegt. Entscheidend ist nämlich nicht, wie die Parteien das Dienstverhältnis im Vertrag bezeichnet haben, sondern wie die Vertragsdurchführung tatsächlich praktiziert wird. Ob jemand Arbeitnehmer ist, hängt also letztlich wiederum davon

ab, ob er **weisungsgebunden** und **sozial abhängig** ist, oder ob er seine **Chancen am Markt** selbständig wahrnehmen kann. Je reglementierter ein Dienstverhältnis ist und je weniger **unternehmerischer Spielraum** dem Einzelnen verbleibt, umso eher ist die Arbeitnehmereigenschaft zu bejahen.

Problematisch ist dies beispielsweise bei **Frachtführern**, die ein eigenes Gewerbe angemeldet haben, aber tatsächlich nur für einen Unternehmer fahren. Maßgebend ist, ob der Betroffene allein entscheiden kann, **ob, wann und in welchem Umfang** er tätig werden will. Wer z.B. vertraglich dazu verpflichtet ist, regelmäßig zu bestimmten Zeiten zu erscheinen und nach einem zeitlich festgelegten „Routenplan“ zu arbeiten, ist weisungsabhängig beschäftigt und Arbeitnehmer.

Hingegen ist ein Frachtführer, der nur für einen Auftraggeber tätig ist, dann selbständig, wenn weder Beginn noch Dauer und Ende der täglichen Arbeitszeit vorgeschrieben sind und er die Möglichkeit hat, Transporte für eigene Kunden auf eigene Rechnung durchzuführen. (vgl. BAG vom 27.6.2001 AP Nr.6 zu § 611 BGB).

Probleme können sich weiter beim **Franchisevertrag** ergeben.

Der Franchisevertrag ist ein gesetzlich nicht geregelter Vertragstyp, der wesentliche Elemente der Pacht, §§ 581 ff. BGB, enthält. Der Franchisenehmer schließt mit dem Franchisegeber einen Lizenzvertrag, der ihm gestattet, gegen Entgelt Namen, Warenzeichen, Schutzrechte etc. gewerblich beim Vertrieb von Waren oder Dienstleistungen zu nutzen. Der Franchisenehmer wird in eigenem Namen und für eigene Rechnung tätig, ist aber verpflichtet, nach außen entsprechend einem einheitlichen Konzept aufzutreten. Darüber hinaus muss er dem Franchisegeber erhebliche Kontrollbefugnisse zugestehen.

Im Regelfall sind Franchisenehmer **keine Arbeitnehmer**, weil ihnen über den eigentlichen Vertragszweck des Franchising hinaus keine weiteren Weisungen erteilt werden. Sie bestimmen regelmäßig weitgehend selbst, wie sie ihren Betrieb organisieren, wie viele Personen sie zur Erbringung der Dienstleistung einsetzen und wie sie ihre Verkaufszeiten gestalten (vgl. BAG vom 21.2.1990 AP Nr. 57 zu § 611 Abhängigkeit).

Es ist aber im Einzelfall möglich, dass Franchisenehmer – bei entsprechender Vertragsgestaltung – als Arbeitnehmer einzustufen sind. Für eine Arbeitnehmereigenschaft spricht es beispielsweise, wenn dem Franchisenehmer ohne zwingende Notwendigkeit bestimmte Arbeitszeiten vorgegeben werden, er auf die Zusammensetzung seines Angebotssortiments und die Höhe seines Umsatzes kaum Einfluss nehmen kann, und er deshalb praktisch lediglich als Verkäufer des Franchisegebers auftritt (vgl. BAG vom 16.7.1997 AP Nr. 37 zu § 5 ArbGG 1979, BGH vom 16.10.2002 BGHZ 152, 213).

ee) (Organ-) Mitglieder juristischer Personen

Die **Gesellschafter** von Personengesellschaften (Gesellschaft bürgerlichen Rechts, Offene Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft) sind regelmäßig **keine Arbeitnehmer**. Sie erbringen ihre Beiträge zur Förderung des Gesellschaftszwecks aufgrund des **Gesellschaftsvertrages**, vgl. § 705 BGB. Dies gilt auch für den Fall, dass sie ihre Beiträge in Form von Dienstleistungen erbringen. Sie sind in der Regel nicht persönlich abhängig, weil sie Gesellschaftsanteile besitzen und dementsprechend an der Willensbildung innerhalb der Gesellschaft beteiligt sind.

Ausnahme: Es ist möglich, dass zwischen einer Gesellschaft und einem ihrer Gesellschafter ein zusätzliches Arbeitsverhältnis begründet wird. Voraussetzung ist, dass der Gesellschafter persönlich abhängig, also weisungsgebunden ist. Das kann der Fall sein, wenn er über seinen Stimmenanteil keine Leitungsmacht besitzt. Ein Minderheitengesellschafter ist regelmäßig bereits dann **kein** Arbeitnehmer, wenn er über eine Sperrminorität verfügt (vgl. BAG vom 28.11.1990 AP Nr. 137 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau)

Organmitglieder von Kapitalgesellschaften (Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft/Geschäftsführer einer GmbH) sind ebenfalls **keine Arbeitnehmer**. Sie stehen in einem **freien Dienstverhältnis** zur Gesellschaft. Weil juristische Personen selbst handlungsunfähig sind, handeln sie durch ihre Organe. Die Organe vertreten die Gesellschaft im Innen- und Außenverhältnis. Sie üben dementsprechend auch die Arbeitgeberfunktionen für die Gesellschaft aus. Deshalb werden sie nach allgemeiner Ansicht nicht als Arbeitnehmer eingestuft. Der Arbeitnehmerbegriff ist nicht nur im Verhältnis zum Selbständigen, sondern auch gegenüber dem Arbeitgeber abzugrenzen.

Da Gesellschafter und Organmitglieder demnach keine Arbeitnehmer sind, gilt für sie u.a. das Kündigungsschutzgesetz nicht. § 14 Abs. 1 KSchG hat nur klarstellende Funktion.

Probleme ergeben sich häufig, wenn ein Arbeitnehmer zum Organmitglied (z.B. zum GmbH-Geschäftsführer) bestellt wird. Dann ist später oftmals streitig, ob die Parteien das frühere Arbeitsverhältnis stillschweigend durch die Bestellung aufgehoben haben.

Nach früherer Rechtsprechung ruhte das Arbeitsverhältnis während der Tätigkeit als Organmitglied und lebte mit der Abberufung automatisch wieder auf.

Dann hat das BAG seine Rechtsprechung jedoch geändert und wiederholt entschieden, dass das bisherige **Arbeitsverhältnis im Zweifel durch die Berufung zum Geschäftsführer endet** und als Dienstverhältnis fortbesteht (BAG vom 7.10.1993 AP Nr. 16 zu § 5 ArbG 1979). Das folge aus der Auslegung des neu abgeschlossenen Geschäftsführervertrages, §§ 133, 157 BGB. Durch den Abschluss des neuen Dienstvertrages werde deutlich, dass die

Parteien ihre Beziehung auf eine neue Vertragsgrundlage stellen wollten (BAG vom 10.12.1996 AP Nr. 4 zu § 2 ArbGG 1979 Zuständigkeitsprüfung; BAG vom 8.6.2000 AP Nr. 49 zu § 5 ArbGG 1979).

Auch angesichts der **Neuregelung des § 623 BGB** hat das BAG grundsätzlich an dieser Rechtsprechung festgehalten. Der Wille, das Arbeitsverhältnis einvernehmlich zu beenden, müsse in der schriftlichen Vereinbarung zwar zum Ausdruck kommen, aber nicht ausdrücklich vereinbart werden (BAG vom 19.07.2007 AP Nr. 18 zu § 35 GmbHG).

Es kommt immer wieder vor, dass GmbH-Geschäftsführer nach ihrer Abberufung Kündigungsschutzklage vor den Arbeitsgerichten erheben und sich darauf berufen, Arbeitnehmer zu sein. Dies resultiert daraus, dass GmbH-Geschäftsführer in einer Doppelstellung zur Gesellschaft stehen. Einerseits werden sie als Organ bestellt, § 46 Nr. 5 GmbHG, und vertreten die Gesellschaft nach außen, § 35 GmbHG. Andererseits regelt ein Anstellungsvertrag ihre Rechtsbeziehung zur Gesellschaft, z.B. den Vergütungsanspruch. Diese beiden Rechtsverhältnisse sind streng voneinander zu trennen und können unterschiedliche Schicksale erleiden. Die Bestellung kann jederzeit widerrufen werden, § 38 Abs. 1 GmbHG. Der Anstellungsvertrag jedoch muss gekündigt werden. Die Abberufung als Geschäftsführer führt nicht automatisch zur Beendigung des Anstellungsverhältnisses (BGH vom 9.2.1978 AP Nr. 1 zu § 38 GmbHG).

Das Anstellungsverhältnis ist in der Regel ein freies Dienstverhältnis und kein Arbeitsverhältnis, weil der Geschäftsführer in der Regel nicht selbst weisungsgebunden ist, er die Gesellschaft nach außen vertritt und für die GmbH Arbeitgeberfunktionen ausübt. Da der Geschäftsführer einer GmbH aber gemäß § 37 GmbHG gegenüber den Gesellschaftern weisungsgebunden ist, kommt gegebenenfalls eine **analoge** Anwendung arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften in Betracht. Voraussetzung ist aber, dass der Geschäftsführer vergleichbar sozial schutzwürdig ist wie ein Arbeitnehmer. Obwohl Geschäftsführer nicht Arbeitnehmer sind, hat das BAG teilweise eine gewisse soziale Schutzbedürftigkeit anerkannt und beispielsweise die Kündigungsfristen des § 622 BGB **entsprechend** angewandt (vgl. BGH vom 29.1.1981 AP Nr. 14 zu § 622 BGB)