

Erster Teil: Grundlagen des Arbeitsrechts

Schrifttum: *Annufß*, Der Arbeitsvertrag als Grundlage des Arbeitsverhältnisses, ZfA 2004, 283; *Bausback*, Der Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses auf europäischer und internationaler Ebene – Entwicklungen vom Mittelalter bis zur Gegenwart, 2007; *Becker*, Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis in Deutschland, Vom Beginn der Industrialisierung bis zum Ende des Kaiserreichs, Jus Commune, 1995; *Benkert*, Arbeit 4.0: Crowdworking als neue Form eines Arbeitsverhältnisses?, NJW-Spezial 2020, 178; *Däubler*, Die Eigenständigkeit des Arbeitsrechts, FS 50 Jahre BAG, 2004, S. 3; *Deinert*, Die heutige Bedeutung des Heimarbeitsgesetzes, RdA 2018, 359; *Fischer*, Datenschutzrechtliche Stolperfallen im Arbeitsverhältnis und nach dessen Beendigung, NZA 2018, 8; *Fastrich*, Vom Menschenbild des Arbeitsrechts, FS Kissel, 1994, S. 193; *Giesen*, Die alternde Arbeitswelt von arbeits- und sozialrechtlichen Herausforderungen, NZA 2008, 905; *Hanau*, Die Zukunft des Arbeitsrechts, RdA 1999, 159; ders., Die Europäische Grundrechtecharta – Schein und Wirklichkeit im Arbeitsrecht; NZA 2010, 1; *Loritz*, Die Wiederbelebung der Privatautonomie im Arbeitsrecht, ZfA 2003, 629; *Mayer-Maly*, Vom Kinderschutz zum Arbeitsrecht, FS Schmelzeisen, 1980, S. 227; *Neumann*, Die unendliche Geschichte des Arbeitsvertragsrechts, DB 2008, 60; *Preis*, Von der Antike zur digitalen Arbeitswelt – Herkunft, Gegenwart und Zukunft des Arbeitsrechts, RdA 2019, 75; *Reuter*, Die Stellung des Arbeitsrechts in der Privatrechtsordnung, 1997; *Richardi*, Arbeitsrecht als Teil freiheitlicher Ordnung, 2002; *ders.*, Arbeitsvertrag als Grundfigur des Arbeitsverhältnisses auch in Corona-Zeiten, NZA 2020, 908; *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, 1997; *Sagan/Brockfeld*, Arbeitsrecht in Zeiten der Corona-Pandemie, NJW 2020, 1112; *Seifert*, Arbeitsrechtliche Sonderregeln für kleine und mittlere Unternehmen – Zur Auflösung des Spannungsverhältnisses von Mittelstands- und Arbeitnehmerschutz, RdA 2004, 200; *Steindl* (Hrsg.), Wege zur Arbeitsrechtsgeschichte, 1984; *Waltermann*, Die betriebliche Übung, RdA 2006, 257; *Willemssen/Müntefering*, Begriff und Rechtsstellung arbeitnehmerähnlicher Personen: Versuch einer Präzisierung, NZA 2008, 193; *Zöllner*, Arbeitsrecht und Marktwirtschaft, ZfA 1994, 423.

§ 1 Das Arbeitsrecht im Gesamtrechtssystem

I. Gegenstand des Arbeitsrechts

Das Arbeitsrecht ist eines von zahlreichen Rechtsgebieten im Gesamtrechtssystem der Bundesrepublik Deutschland. Dieses besteht grundsätzlich aus dem Privatrecht und dem Öffentlichen Recht (inklusive dem Strafrecht). Diese grundsätzliche Einordnung erfolgt anhand der Beziehungen der Rechtssubjekte zueinander. Das Öffentliche Recht ist gekennzeichnet durch ein Über-/Unterordnungsverhältnis zwischen Bürger und Staat oder zwischen Hoheitsträgern untereinander. Es steht daher ein Hoheitsträger auf einer Seite, der aus einer „höheren“ Positionen handelt, z. B. bei der Erteilung/Versagung von Gewerbeurlaubnissen oder Subventionen. Das Privatrecht hingegen ist bestimmt durch ein Gleichordnungsverhältnis zwischen zwei oder mehreren natürlichen oder juristischen Personen. Das Bürgerliche Recht ist hierbei die Grundlage, die für jedermann gilt. Es geht beispielsweise um den Abschluss und die Durchführung von Verträgen oder das Zustandekommen und Durchsetzen von Schadensersatzansprüche. Daneben existiert das sog. Sonderprivatrecht. Sonderprivatrecht bedeutet, dass es sich auf der einen Seite um Privatrecht handelt, auf der anderen Seite dieses Privatrecht aber nur für bestimmte Gruppen gilt, wie z. B. das Handelsgesetzbuch nur bei Kaufleuten Anwendung findet.

Das Arbeitsrecht ist das Sonderrecht für alle Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, welche eine unselbstständige Tätigkeit ausüben. Es umfasst alle Rechtsnormen über Arbeitsverhältnisse bzw. arbeitsrechtsähnliche Verhältnisse, welche zu einer abhängig geleisteten Tätigkeit in Beziehung stehen. Dabei umfasst es eine Vielzahl unterschiedlicher Regelungen, die teilweise privatrechtlich, teilweise öffentlich-rechtlich zu qualifizie-

1

ren sind. So gehört das Arbeitsvertragsrecht systematisch ins Privatrecht, weil z. B. der Arbeitsvertrag innerhalb des BGB geregelt ist. Schließlich gibt es Teilbereiche des Arbeitsrechts, die systematisch dem Öffentlichen Recht zuzuordnen sind, wenn man an den Bereich des Arbeitsschutzrechts denkt. Hierzu zählen beispielsweise die Vorschriften des Mutterschutzgesetzes, Jugendarbeitsschutzgesetzes, Arbeitszeitgesetzes, des Verfahrensrechts (Prozessrecht) und der Gewerbeordnung (Gefahrenschutz). Hier besteht das beschriebene Über-/Unterordnungsverhältnis, da z. B. dem Arbeitgeber zum Schutze der Arbeitnehmer durch den Staat Vorgaben gemacht werden, die auch individualvertraglich nicht abänderbar sind. Innerhalb des privatrechtlichen Teils des Arbeitsrechts wird noch einmal unterschieden. Wie bereits erwähnt, finden sich Regelungen zum Arbeitsvertragsrecht, wie auch der Arbeitsvertrag selbst (§ 611a BGB), im BGB. Andere Teilbereiche des Arbeitsrechts wiederum haben Sonderregelungen in arbeitsrechtlichen Spezialgesetzen gefunden, wie beispielsweise das Recht der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall im EFZG oder das Urlaubsrecht im BUrlG.

Im Arbeitsrecht besteht grds. Vertragsfreiheit. Die Vertragsfreiheit erweist sich aber insoweit als wertlos, weil sich nicht zwei annähernd gleich starke Partner gegenüber stehen; denn dann scheidet ein echtes individuelles Aushandeln mit der Folge einer Richtkeitsgewähr für die Arbeitsbedingungen aus.¹ Es besteht somit für den Arbeitnehmer, ob bei Abschluss eines Arbeitsvertrags oder nach Beginn des Arbeitsverhältnisses, ein hohes Schutzbedürfnis gegenüber seinem Arbeitgeber. Vor diesem Hintergrund wird das Arbeitsrecht auch als Arbeitnehmerschutzrecht bezeichnet.

- 2 Das Arbeitsrecht ist eine der dynamischsten Rechtsmaterien im deutschen Recht. Seine Normen sind wie bei kaum einem anderen Rechtsgebiet ständigen Änderungen unterworfen. Die Dynamik seiner Entwicklung, seine Praxisrelevanz sowie seine hohe sozialpolitische und wirtschaftliche Bedeutung heben das Arbeitsrecht deshalb von vielen anderen Rechtsmaterien ab, weil es für den Großteil der Bevölkerung deren Existenzgrundlage und Lebensumstände gestaltet.²
- 3 Bis heute ist das Arbeitsrecht nicht in einem gesamten „Arbeitsgesetzbuch“ kodifiziert worden. Während schon die Weimarer Reichsverfassung nach Art. 157 II WRV ein eigenständiges Arbeitsgesetzbuch forderte und auch der Einigungsvertrag zur Deutschen Einheit darauf hinwies, zeitnah für die gesamte Bundesrepublik Deutschland ein eigenständiges Arbeitsgesetzbuch zu erstellen, hat die Zusammenführung verschiedenster Arbeitsgesetze zu einem Gesetzbuch bisher nicht stattgefunden. Das Arbeitsrecht ist somit von seinen unterschiedlichsten Gesetzen her immer noch eine zersplitterte Rechtsmaterie. Die mittlerweile fast 70 bedeutendsten Arbeitsgesetze, z. B. das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, das Arbeitszeitgesetz, das Bürgerliche Gesetzbuch, das Entgeltfortzahlungsgesetz, das Jugendarbeitsschutzgesetz, das Kündigungsschutzgesetz, das Mitbestimmungsgesetz, das Mutterschutzgesetz, das Sozialgesetzbuch, das Tarifvertragsgesetz sowie das Teilzeit- und Befristungsgesetz, mögen als Beispiele für die Unterschiedlichkeit der arbeitsrechtlichen Gesetzgebung dienen, welche bei einem einheitlichen Arbeitsgesetzbuch mit einem großen Aufwand zu einem Gesetzbuch zusammengefügt werden müssten. Außerdem spielt im Arbeitsrecht, mehr als in anderen Rechtsgebieten, die richterliche Rechtsfortbildung eine große Rolle.
- 4 Die Umschreibung des Arbeitsrechts als Arbeitnehmerschutzrecht ist mehr als gerechtfertigt. Denn ein Arbeitsvertrag begründet für den Arbeitnehmer eine soziale Abhängigkeit vom Arbeitgeber. Durch den Arbeitsvertrag wird der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber weisungsabhängig. Innerhalb des Arbeitsverhältnisses gewinnt die Vertragspartei des Arbeitgebers dadurch an Gewicht. Die zum Arbeitsrecht gehörenden verschie-

1 Wörlen/Kokemoor/Dütz/Thüsing, Rn. 4

2 Brox/Rüthers/Henssler, Rn. 2

denen Arbeitsgesetze stellen dazu den notwendigen sozialen Ausgleich dar, um dem Arbeitnehmer eine schutzwürdige Stellung gegenüber dem Arbeitgeber einzuräumen. Dazu kommt, dass der einzelne Arbeitnehmer durch eine kollektive Vereinbarung, z. B. einen Tarifvertrag, welcher auf seiner Seite und überwiegend zu seinen Gunsten von Gewerkschaften vereinbart wird, grds. Vorteile erhält. Die Position des Arbeitnehmers als Partner des Einzelarbeitsvertrags wird dadurch verändert, dass die Arbeitnehmer nicht als einzelne auftreten, sondern zusammengeschlossen in einer Gewerkschaft mit der Arbeitgeberseite bestimmte Arbeitsbedingungen aushandeln und u. U. durch Streik erzwingen.³ Zusätzlich sehen Rechtsnormen des Betriebsverfassungsgesetzes (BetrVG) vor, dass ein Betriebsrat, falls errichtet, bei wesentlichen Änderungen von Arbeitsbedingungen im Unternehmen zumindest gehört, wenn nicht sogar mitzuwirken hat.

II. Begriff des Arbeitsrechts

Der Begriff „Arbeit“ i. S. d. Arbeitsrechts umfasst nicht jede menschliche Tätigkeit, denn 5
Werkstätige wie Beamte, z. B. Richter und Staatsanwälte, Ministerialräte oder Berufssoldaten, schließen keinen Arbeitsvertrag nach § 611a I 1 BGB ab. Diese spezielle Gruppe der Werkstätigen, für die das öffentliche Recht gilt, werden kraft Hoheitsakt zu Staatsdienern ernannt. Ein Arbeitsvertrag umfasst dagegen gemäß § 611a I 1 BGB die Erbringung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit. Ein Dienstvertrag gemäß § 611 I BGB mit einem Selbständigen, z. B. einem Freiberufler, etwa einem Arzt, Rechtsanwalt oder Steuerberater, zur Behandlung oder Beratung, stellt dagegen genau das Gegenteil eines Arbeitsvertrags dar.

III. Individualarbeitsrecht und kollektives Arbeitsrecht

Neben der Unterscheidung zwischen öffentlichem und privaten Arbeitsrecht unterscheidet man zwischen dem Individualarbeitsrecht und dem kollektiven Arbeitsrecht. Das 6
Individualarbeitsrecht befasst sich mit dem individuellen Arbeitsverhältnis, das durch den Abschluss eines Arbeitsvertrages auf der individuellen Ebene zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer begründet wird. Das kollektive Arbeitsrecht regelt hingegen nicht die einzelne Beziehung zwischen den Arbeitsvertragsparteien, sondern Gruppenbeziehungen, nämlich auf einer kollektiven Ebene zwischen Arbeitgeberverband und Gewerkschaft, Einzelarbeitsgeber und Gewerkschaft, oder auch Arbeitgeber und Betriebs- bzw. Personalrat oder Sprecherausschuss. Damit dient das kollektive Arbeitsrecht in einem weiteren Sinne der sog. sozialen Selbstverwaltung, indem etwa ein Arbeitgeberverband und eine Gewerkschaft einen Tarifvertrag abschließen und damit die Arbeitsbedingungen für ihre jeweiligen Mitglieder autonom und eigenverantwortlich regeln. Die Koalitionsfreiheit erlaubt den Gewerkschaften und den Arbeitgeberverbänden, im Wege der „Selbsthilfe“ durch Tarifverträge und Arbeitskämpfe, die Arbeitsbedingungen auf überbetrieblicher Ebene zu gestalten.⁴ Des Weiteren spielt das Betriebsverfassungsrecht innerhalb des kollektiven Arbeitsrechts eine große Rolle. Denn das Betriebsverfassungsrecht, normiert im Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG), regelt die Mitwirkung der Arbeitnehmer in den einzelnen Unternehmen insbesondere dort, wo ein Betriebsrat zu bilden ist.

³ Zöllner/Loritz/Hergenröder, § 1 I 2b)

⁴ Preis/Greiner, § 78 Rn. 36; Junker, Rn. 4



Abb. 1: Gegenstand des Arbeitsrechts

IV. Arbeitsgerichtsbarkeit

- 7 Das Arbeitsgerichtsgesetz (ArbGG) trat am 23.12.1926 in Kraft. Seit seiner Schaffung existiert eine eigene, von der Zivilgerichtsbarkeit abgetrennte Gerichtsbarkeit für Arbeitsachen.⁵ Arbeitsgerichtsverfahren umfassen in der Mehrzahl der Fälle Klagen von Arbeitnehmern gegen eine ausgesprochene Kündigung. Arbeitsgerichte sind nach § 2 ArbGG im Urteilsverfahren ausschließlich zuständig für alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern aus dem Arbeitsverhältnis, seiner Entstehung, seiner Beendigung und sonstigen Anlässen, soweit sie im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehen.⁶ Da sich die Arbeitsgerichtsbarkeit in einer sehr engen räumlichen Nähe zum Arbeitsrecht befindet, wird diese später ausführlich behandelt.⁷ Arbeitsrecht lässt sich somit als die Gesamtheit der Normen über Arbeitsverträge und Arbeitsschutz, über Koalitionen, über Tarifverträge, Arbeitskämpfe, Betriebsverfassung und Unternehmensmitbestimmung sowie über das arbeitsgerichtliche Verfahren definieren.
- 8 Aufgabe des Arbeitsrechts ist es, zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer einen angemessenen Interessenausgleich zu schaffen. Der Arbeitnehmer ist als die schwächere Vertragspartei im Rahmen des Arbeitsverhältnisses vor Umständen zu schützen, die seine wirtschaftliche, seine persönliche und seine gesundheitliche Situation beeinträchtigen können. Die schwächere Stellung des Arbeitnehmers ergibt sich immer wieder aufgrund der wirtschaftlichen Abhängigkeit vom Arbeitgeber. Gewährleistet wird der notwendige Schutz in persönlicher sowie wirtschaftlicher Hinsicht insbesondere durch die verschiedenen Arbeitsschutzgesetze aus der Zeit nach dem Zweiten Weltkrieg, welche mittlerweile auch den Bereich der Kommunikation und des Datenschutzes umfassen.
- 9 Eine weitere Aufgabe des Arbeitsrechts besteht in der Ordnung des Arbeitslebens, weil das Arbeitsrecht eng mit der Wirtschafts- und Arbeitsmarktordnung verbunden ist.⁸ Folglich ist es notwendig, dass einerseits der Arbeitsschutz für den einzelnen Arbeitnehmer unbedingt gewährleistet sein muss und dass andererseits wirtschaftliche Veränderungen durch Arbeitgeber wie Arbeitnehmer genutzt werden müssen, um notwendige unternehmerische Entscheidungen herbeizuführen. Hierzu ist die Mitwirkung des Arbeitnehmers an betrieblichen wie unternehmerischen Entscheidungen unabdingbar – allerdings immer auch zum Wohl des gesamten Unternehmens. Diese Beteiligungsrechte des Arbeitnehmers, die sog. Mitbestimmungsrechte, ergeben sich u. a. aus dem Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG). Neben der Errichtung von Betriebsräten eröffnet sich für die Arbeitnehmerseite auch die Möglichkeit, in Gremien wie Aufsichtsrat und Beirat durch besondere Mitbestimmungsgesetze unternehmerische Entscheidungen zu

5 Wörlen/Kokemoor, Rn. 387

6 Dazu ausführlich ErfK/Koch, § 2 ArbGG Rn. 4

7 Siehe dazu den Fünften Teil dieses Lehrwerks

8 Vgl. zur wirtschafts- und sozialpolitischen Bedeutung: Preis/Temming, § 3 Rn. 61 f.

beeinflussen, zu prüfen und zu überwachen, z. T. sogar in Geschäftsführungsorganen bei Kapitalgesellschaften vertreten zu sein. Der Arbeitnehmerschutz hat aber die Flexibilität unternehmerischer Entscheidungen nicht dahingehend einzuschränken, dass kein erforderlicher Spielraum mehr für Anpassungen an betriebliche und wirtschaftliche Notwendigkeiten erfolgen kann.⁹

§ 2 Geschichtliche Entwicklung

Im 19. Jahrhundert beginnt die Geschichte des deutschen Arbeitsrechts. Denn die Industrialisierung dieser Jahrzehnte führte dazu, dass in produzierenden Betrieben plötzlich eine Vielzahl von Arbeitsverträgen abzuschließen war. Die damaligen Arbeitsverhältnisse waren geprägt durch soziale Missstände: niedrige Löhne und lange Arbeitszeiten, Frauen- und Kinderarbeit bei weitgehender Arbeitslosigkeit der Männer, mangelnder Unfallschutz sowie fehlender Vorsorge bei Krankheit und Tod des Ernährers.¹⁰ Waren in der vorindustriellen Zeit die Arbeitsverhältnisse der wichtigsten Arbeitnehmergruppen noch durch staatliche oder ständische Reglementierung in ein starres Normensystem eingebunden, forderte die liberalistische Denkweise das Postulat des freien Arbeitsvertrags, der weder durch Gesetze inhaltlich determiniert ist, noch durch Behörden festgesetzt oder auch auf seine Angemessenheit kontrolliert wird.¹¹ Diese Idee konnte sich allerdings nur zu einer solchen Zeit durchsetzen, weil mit der Industrialisierung im 19. Jahrhundert ein starkes Bevölkerungswachstum einherging und somit ein großes Angebot an Arbeitskräften bestand. Von einer sozialen Ausgewogenheit zwischen den Arbeitsparteien konnte keine Rede sein.

Dennoch kann das 19. Jahrhundert auch als Beginn einer Arbeitnehmerschutzgesetzgebung angesehen werden. Den Beginn stellte das Preußische Regulativ über die Beschäftigung jugendlicher Arbeiter in Bergwerken und Fabriken aus dem Jahr 1839 dar. Darin wurde einerseits festgelegt, dass eine Beschäftigung von Kindern unter neun Jahren verboten war; andererseits durften Kinder bis zum Alter von 16 Jahren täglich nicht mehr als 10 Stunden arbeiten. Im Jahr 1869 wurde die erste Gewerbeordnung erlassen; diese sah u. a. die erste Aufhebung von Koalitionsverboten vor, was dazu führte, dass sich Gewerkschaften nicht nur bildeten, sondern sich auch einer großen Zunahme an Mitgliedern erfreuten. Erste Tarifverträge wurden geschlossen; zu Beginn des 20. Jahrhunderts bestanden bereits tausende von Tarifverträgen. Zaghafte entwickelten sich die ersten Arbeitnehmervertretungen direkt in den einzelnen Betrieben, und mit der Einführung von Gewerbeberichten im Jahr 1890 fasste die Arbeitsgerichtsbarkeit Fuß.

In der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts wurde der Arbeitsschutz für die Arbeitnehmerinnen und die Arbeitnehmer durch das Arbeitszeitschutzgesetz aus dem Jahr 1918 erheblich verbessert. In 1926 wurde dann das Arbeitsgerichtsgesetz (ArbGG) erlassen. In der Weimarer Verfassung von 1919 wurde die Allgemeine Koalitionsfreiheit in Artikel 159 WRV verankert. Und das Betriebsrätegesetz aus dem Jahr 1920 normierte die betriebliche Vertretung der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber. Daraus resultiert die Betriebsvereinbarung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat zur einvernehmlichen Vereinbarung vertraglicher Arbeitsbedingungen im jeweiligen Betrieb.

Die Zeit des Nationalsozialismus hatte auf das Individualarbeitsrecht, d. h. das Arbeitsvertragsrecht sowie das Arbeitsschutzrecht, keinen besonderen Einfluss; dagegen wurde

⁹ Vgl. Michalski/Westerhoff, Rn. 7

¹⁰ Dütz/Thüsing, Rn. 8

¹¹ Vgl. Preis/Temming, § 4 Rn. 70 ff.

10

11

12

13

das kollektive Arbeitsrecht eliminiert, was zur Folge hatte, dass sich Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände auflösen mussten, Arbeitskämpfe unzulässig waren und keine Tarifverträge mehr geschlossen werden konnten. Nach dem Zweiten Weltkrieg wurde das kollektive Arbeitsrecht sofort wiederhergestellt. Das bedeutete, dass Gewerkschaften wieder zugelassen wurden, die Bildung von Betriebsräten gestattet und auch das Tarifvertragsrecht wieder erlaubt wurde. Das Arbeitsschutzrecht, welches der Nationalsozialismus nicht angetastet hatte, entwickelt sich bis zur heutigen Zeit zugunsten der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer konsequent fort. Und auch das Arbeitsvertragsrecht wird bis zum heutigen Tag unter der Prämisse der sozialen Ausgewogenheit weiter verbessert.

- 14 Der Staatsvertrag über die Herstellung der Einheit Deutschlands, welcher am 3.10.1990 in Kraft trat, führte dazu, dass sowohl das Recht der Bundesrepublik Deutschland als auch das Recht der Europäischen Gemeinschaften auf die ehemalige DDR Anwendung fand, somit auch die in der Bundesrepublik Deutschland geltenden Arbeitsgesetze. Das in der DDR am 16.6.1977 in Kraft getretene Arbeitsgesetzbuch trat zu diesem Zeitpunkt außer Kraft. Die aktuelle Entwicklung des Arbeitsrechts ist gekennzeichnet durch eine fortdauernde Ausweitung des Arbeitnehmerschutzes, wobei die inländische Gesetzgebung immer stärker durch das Europäische Gemeinschaftsrecht beeinflusst wird.

§ 3 Arbeits- und Beschäftigungsverhältnisse

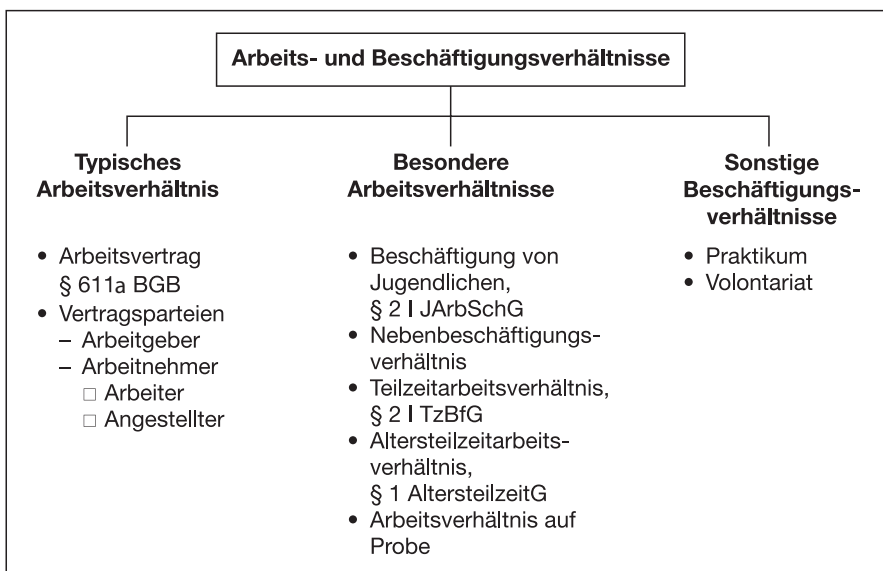


Abb. 2: Arbeits- und Beschäftigungsverhältnisse

I. Typisches Arbeitsverhältnis

- 15 Ein Arbeitsverhältnis entsteht durch einen privatrechtlichen Vertrag i. S. d. § 611a BGB. Er wird als eine Unterart des in §§ 611 ff. BGB geregelten Dienstvertrages angesehen. Der Arbeitsvertrag ist ein schuldrechtlicher Austauschvertrag und gehört damit zu den

sog. synallagmatischen Vertragsverhältnissen, bei denen der eine Vertragspartner eine Leistung um der Gegenleistung willen verspricht (sog. „do-ut-des-Prinzip“). Insofern kommt ein Arbeitsverhältnis nur dann durch rechtliche Beziehungen – Abschluss eines Vertrags – zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zustande, wenn sich der Arbeitnehmer rechtlich verpflichtet, eine abhängig zu leistende Tätigkeit für seinen Arbeitgeber zu erbringen; letzterer verpflichtet sich, für diese Tätigkeit einen Lohn zu bezahlen und den Arbeitnehmer zu beschäftigen. Abzugrenzen ist der Arbeitsvertrag i. S. d. § 611a BGB vom Werkvertrag. Beim Arbeitsvertrag schuldet der Arbeitnehmer nur die tatsächliche Arbeitsleistung, während beim Werkvertrag der Ersteller des Werkes zusätzlich zu seiner Tätigkeit einen Erfolg vorzuweisen hat. Dazu tritt beim Arbeitsverhältnis das Weisungsrecht des Arbeitgebers, welches zur Folge hat, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer eindeutig mitteilen kann, wann, wo und wie der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung zu erbringen hat. Ein weiteres Kriterium für ein Arbeitsverhältnis ist, dass der Arbeitnehmer im Gegensatz z. B. zum Freiberufler wie Rechtsanwalt, Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer unselbstständig, d. h. in persönlicher Abhängigkeit tätig ist.¹² Fehlt das Merkmal der Unselbstständigkeit, besteht kein Arbeitsverhältnis.

II. Parteien des Arbeitsverhältnisses

Der Arbeitnehmer und der Arbeitgeber sind die Vertragsparteien eines Arbeitsverhältnisses. Der Arbeitnehmerbegriff hat seit dem 1.4.2017 erstmals seit Inkrafttreten des BGB eine gesetzliche Definition in § 611a I 1 BGB erfahren. Hiernach ist Arbeitnehmer derjenige, der „*im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet*“ (ist). Der Arbeitgeber ist die zweite Vertragspartei innerhalb eines Arbeitsverhältnisses. Auf Grund des Arbeitsvertrags erwartet der Arbeitgeber den Arbeitseinsatz des Arbeitnehmers, wofür der Arbeitgeber den Lohn zu bezahlen hat, § 611a II BGB. Diese Begriffsdefinition ist zu unterscheiden vom Unternehmer nach § 14 BGB. Dem Unternehmer, der eine natürliche, eine juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft sein kann, kommt hauptsächlich wirtschaftliche Bedeutung zu. Denn ein Arbeitgeber muss nicht notwendigerweise Eigentümer der Betriebsmittel sein; vielmehr kann er diese auch gemietet (Leasing), gepachtet oder auf Kredit (Eigentumsvorbehalt) erworben haben.¹³

Unterschieden wird bei Arbeitnehmern zwischen Arbeitern und Angestellten, vgl. § 622 I BGB, § 5 I BetrVG. Auch für die Begriffe „Arbeiter“ und „Angestellter“ finden sich in den Arbeitsgesetzen keine Definitionen. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass Arbeiter körperliche Arbeit verrichten, während Angestellte überwiegend geistig tätig sind. Diese Differenzierung hat allerdings im heutigen Arbeitsrecht nicht mehr die Bedeutung wie in früheren Zeiten, als für beide Arbeitnehmergruppen z. B. verschieden lange Kündigungsfristen oder unterschiedliche Vorschriften bei der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall galten. Bedeutung kommt der Unterscheidung heute allenfalls noch im Bereich des kollektiven Arbeitsrechts zu, und zwar bei Fragen der Betriebsverfassung, Personalvertretung und (überbetrieblichen) Mitbestimmung. Zu erwähnen sind des Weiteren die sog. leitenden Angestellten, welche rechtlich oft anders behandelt werden als typische Arbeitnehmer. Da leitende Angestellte, z. B. Prokuristen eines Unternehmens, oft Tätigkeiten des Arbeitgebers wahrnehmen, sind die Regelungen einzelner Arbeitsgesetze, so z. B. das Betriebsverfassungsgesetz nach §§ 5 III, IV BetrVG, das Arbeitszeitgesetz nach § 18 I Nr. 1 ArbZG oder das Kündigungsschutzgesetz gem. § 14 II KSchG nicht anwendbar.

12 Dazu Heuberger, Sachliche Abhängigkeit als Kriterium des Arbeitsverhältnisses, 1982, S. 22 ff.; vgl. zu den freien Berufen: ErkK/Preis, § 611a BGB Rn. 61 ff.

13 Vgl. zur Abgrenzung: Löwisch/Caspers/Klumpp, Rn. 11

16

17

III. Besondere Arbeitsverhältnisse

- 18** Die Beschäftigung von Jugendlichen ist nach § 2 I JArbSchG ab dem 15. Lebensjahr gestattet. Das bedeutet, dass die Beschäftigung von Kindern unter 15 Jahren grds. verboten ist. Dieses Verbot gilt nach § 5 II, III JArbSchG dann nicht, wenn die Beschäftigung von Kindern zum Zweck der Beschäftigungs- und Arbeitstherapie, im Rahmen eines Betriebspraktikums während der Vollzeitschulpflicht oder in Erfüllung einer richterlichen Weisung geschieht. Außerdem gilt das Verbot der Beschäftigung von Kindern über 13 Jahren dann nicht, wenn die Eltern zu dieser Beschäftigung ihr Einverständnis erklärt haben und die Beschäftigung leicht und für Kinder geeignet ist.
- 19** Auch Nebenbeschäftigungsverhältnisse sind Arbeitsverhältnisse. Zusätzlich zur Haupttätigkeit für einen Arbeitgeber kann ein Arbeitnehmer auch einen weiteren Arbeitsvertrag für eine Nebentätigkeit abschließen. Üblicherweise wird im Arbeitsvertrag vereinbart, dass der Arbeitgeber einer solchen Nebentätigkeit zustimmen muss. Grundsätzlich hat der Arbeitnehmer einen Rechtsanspruch auf eine solche Nebentätigkeit; der Arbeitgeber hat also eine Genehmigung für eine solche Nebentätigkeit zu erteilen. Kollidiert die weitere Tätigkeit allerdings mit den dienstlichen Interessen des (Haupt-) Arbeitgebers, so kann dieser die Genehmigung verweigern.¹⁴ Des Weiteren darf die Nebentätigkeit nicht gegen eine Gesetzesvorschrift, den Tarifvertrag oder eine Betriebsvereinbarung verstoßen.
- 20** Ein besonderes Arbeitsverhältnis stellt auch das Teilzeitarbeitsverhältnis dar. Nach § 2 I TzBfG ist ein Arbeitnehmer teilzeitbeschäftigt, dessen regelmäßige Wochenarbeitszeit kürzer ist als die eines vergleichbaren vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers. Zum einen kann der Arbeitnehmer, dessen Arbeitsverhältnis länger als sechs Monate bestanden hat, nach § 8 I TzBfG vom Arbeitgeber verlangen, dass seine vertraglich vereinbarte Arbeitszeit verringert wird. Soweit betriebliche Gründe dem nicht entgegenstehen, hat der Arbeitgeber der Bitte zur Verringerung der Arbeitszeit zuzustimmen und ihre Verteilung entsprechend den Wünschen des Arbeitnehmers festzulegen, § 8 IV 1 TzBfG. Eine erneute Verringerung der Arbeitszeit kann der Arbeitnehmer nach § 8 VI TzBfG nach Ablauf von 2 Jahren verlangen, nachdem der Arbeitgeber einer Verringerung zugestimmt oder sie berechtigt abgelehnt hat. Im Rahmen der Teilzeitarbeit können Arbeitgeber und Arbeitnehmer nach § 12 I 1 TzBfG auch vereinbaren, dass der Arbeitnehmer seiner Arbeitsleistung entsprechend dem Arbeitsanfall zu erbringen hat. Dabei handelt es sich um die sog. Arbeit auf Abruf.
- 21** Ebenfalls in den Bereich „Teilzeitarbeit“ fällt die Arbeitsplatzteilung nach § 13 TzBfG, das sog. Job-Sharing. Im Rahmen des Job-Sharing können Arbeitgeber und Arbeitnehmer vereinbaren, dass mehrere Arbeitnehmer sich die Arbeitszeit an einem Arbeitsplatz teilen. Das können mindestens zwei Arbeitnehmer aber auch eine Gruppe von Arbeitnehmern sein. Trotz der Freiheit, die Arbeitszeit selbst bestimmen zu können, bleiben Teilzeitbeschäftigte im Rahmen des Job-Sharing Arbeitnehmer, da sie weisungsgebunden und vom Arbeitgeber persönlich abhängig sind.
- 22** Das Altersteilzeitgesetz sieht in § 1 AltersteilzeitG vor, dass älteren Arbeitnehmern ein gleitender Übergang vom Erwerbsleben in die Altersrente ermöglicht wird. Die Bundesagentur für Arbeit fördert durch Leistungen die Teilzeitarbeit älterer Arbeitnehmer, die ihre Arbeitszeit ab Vollendung des 55. Lebensjahres vermindern und damit die Einstellung eines sonst arbeitslosen Arbeitnehmers ermöglichen. Nutzen Arbeitnehmer die Möglichkeiten nach dem Altersteilzeitgesetz ab dem 55. Lebensjahr, weniger zu arbeiten, so sind sie nicht mehr vollzeitbeschäftigte Arbeitnehmer. Die Anspruchsvoraussetzungen des Arbeitgebers auf die Erstattung von Mehraufwendungen für den Arbeitneh-

¹⁴ ErfK/Preis, § 611a BGB Rn. 724

mer bzw. die detaillierten Berechnungsvorschriften für diese Ansprüche ergeben sich aus den §§ 3, 7 AltersteilzeitG. Nach § 16 AltersteilzeitG kann seit dem 1.1.2010 mit geförderter Altersteilzeit nicht mehr begonnen werden; allerdings bleibt das AltersteilzeitG als solches in Kraft, so dass die übrigen an die Altersteilzeitarbeit anknüpfenden Bestimmungen weiterhin Geltung beanspruchen.¹⁵

Arbeitgeber und Arbeitnehmer können auch ein Arbeitsverhältnis auf Probe abschließen. Einerseits ist es möglich, dass Arbeitgeber wie Arbeitnehmer ein unbefristetes Arbeitsverhältnis abschließen, allerdings mit einer befristeten Probezeit von 6 Monaten, vgl. § 1 I KSchG. Innerhalb dieser Probezeit von 6 Monaten haben Arbeitgeber wie Arbeitnehmer nach § 622 III BGB das Recht, das Arbeitsverhältnis mit einer Frist von 2 Wochen zu kündigen. Zum anderen können Arbeitgeber und Arbeitnehmer ein sog. befristetes Probearbeitsverhältnis i. S. d. § 14 I 1 Nr. 5 TzBfG abschließen. Im Gegensatz zum normalen Arbeitsvertrag ist dieses befristete Probearbeitsverhältnis schriftlich nach § 14 IV TzBfG abzuschließen. Das Probearbeitsverhältnis endet dann mit Ablauf der Frist, für das es eingegangen worden ist. Eine ordentliche Kündigung eines derartigen Arbeitsverhältnisses ist grds. nicht möglich, es sei denn, dass der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer nach § 15 III TzBfG eine solche Kündigungsmöglichkeit einzelvertraglich vereinbart haben oder eine derartige Kündigungsmöglichkeit zwischen Gewerkschaft und Arbeitgeberseite im bestehenden Tarifvertrag festgelegt ist.

23

IV. Sonstige Beschäftigungsverhältnisse

Der Prototyp des Arbeitsverhältnisses ist das sog. „Normalarbeitsverhältnis“ des vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers, das auf unbestimmte Dauer geschlossen und – wenn es nicht vorher wirksam aufgehoben oder gekündigt wird – von den Parteien mit Erreichen der (Renten-)Altersgrenze beendet wird.¹⁶ Allerdings gibt es Rechtsverhältnisse, in denen eine der Sache nach mindestens partiell gleiche Schutzbedürftigkeit besteht wie bei Arbeitsverhältnissen, deren Merkmale sich aber für eine mit den Arbeitsverhältnissen gemeinsame Abgrenzung nicht eignen oder bei denen doch das Arbeitsrecht als Ganzes nicht passen würde.¹⁷

24

Auf Volontäre und Praktikanten findet das Berufsbildungsgesetz nach § 26 BBiG Anwendung. Nach § 82a HGB ist der Volontär eine Person, die zum Zweck ihrer Ausbildung unentgeltlich mit kaufmännischen Diensten beschäftigt wird. Ein Praktikum dagegen absolviert, wer sich neben theoretischen Kenntnissen auch praktische Kenntnisse im Rahmen einer Gesamtausbildung aneignen möchte. Der Arbeitgeber verpflichtet sich, dem Praktikanten den für das Praktikum vorgesehenen Arbeitsbereich umfassend darzustellen, dem Praktikanten genügend Informationen über diesen Arbeitsbereich zu geben sowie auch leichtere Tätigkeiten in eigener Verantwortung zu übertragen. Immer häufiger sind Studierende verpflichtet, während ihrer theoretischen Ausbildung auch Pflichtpraktika zu absolvieren. Auf derartige studienbegleitende Praktika finden arbeitsrechtliche Regelungen grundsätzlich keine Anwendung, es sei denn, es erfolgt eine komplette Eingliederung in den Betrieb als sog. Werkstudent.¹⁸ Auf die Tätigkeit des Werkstudenten bzw. bei einem Ferienjob ist das Arbeitsrecht anwendbar. Bei diesen Tätigkeiten geht es weniger um eine studienbegleitende Ausbildung als um eine Aushilfstätigkeit, welche im üblichen Rahmen entlohnt wird. Normalerweise werden dann befristete Arbeitsverhältnisse zwischen den Vertragsparteien abgeschlossen, die auch eine Urlaubsregelung beinhalten.

25

15 Vgl. ErfK/Rolfs, § 16 AltersteilzeitG Rn. 1

16 Junker, Rn. 110

17 Waltermann, Rn. 59a

18 Vgl. Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath/Fechner, § 33 MiLoG Rn. 12 ff.

V. Arbeitnehmerähnliche Personen

- 26** Es gibt Rechtsverhältnisse, die keine Arbeitsverhältnisse darstellen; dennoch befindet sich eine der beiden Vertragsparteien wegen ihrer wirtschaftlichen Unselbstständigkeit gegenüber einem Unternehmer in einer ähnlichen Lage wie ein Arbeitnehmer.¹⁹ § 12a I Nr. 1 TVG definiert arbeitnehmerähnliche Personen als Personen, die wirtschaftlich abhängig und vergleichbar einem Arbeitnehmer sozial schutzbedürftig sind, wenn sie aufgrund von Dienst- oder Werkverträgen für andere Personen tätig sind und die geschuldeten Leistungen persönlich und im Wesentlichen ohne Mitarbeit von Arbeitnehmern erbringen. Sie sind überwiegend für eine Person tätig und ihnen steht von dieser Person im Durchschnitt mehr als die Hälfte des Entgelts zu, das sie für ihre Erwerbstätigkeit insgesamt erhalten. Das Bundesarbeitsgericht (BAG) nimmt bei einer werktätigen Person dann eine arbeitnehmerähnliche Stellung an, wenn diese Person zwar nicht vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist, sich aber aufgrund der Rechtsbeziehung für die werktätige Person eine wirtschaftliche Unselbstständigkeit ergibt.²⁰
- 27** Durch die soziale Schutzbedürftigkeit dieser zwar selbstständigen, aber in wirtschaftlicher Abhängigkeit stehenden Personen wird die arbeitnehmerähnliche Person vielfach dem Arbeitnehmer gleichgestellt. Für arbeitnehmerähnliche Personen gelten z. B. ebenso das Bundesurlaubsgesetz nach § 2 S. 2 BUrlG, das Arbeitsgerichtsgesetz gem. § 5 I 2 ArbGG sowie das Arbeitsschutzgesetz nach § 2 II Nr. 3 ArbSchG. Die Schutzbedürftigkeit hat das Bundesarbeitsgericht klar herausgestellt: eine vergleichbare soziale Schutzbedürftigkeit liegt vor allem dann vor, wenn der Selbständige im Wesentlichen nur für einen Arbeitgeber tätig ist und das daraus erzielte Entgelt seine entscheidende Existenzgrundlage darstellt.²¹
- 28** Als arbeitnehmerähnliche Personen können z. B. in Heimarbeit Beschäftigte nach §§ 1 ff. HAG gelten. Nach § 2 I 1 HAG ist Heimarbeiter, wer in selbst gewählter Arbeitsstätte oder selbst gewählter Betriebsstätte allein oder mit seinen Familienangehörigen im Auftrag von Gewerbetreibenden erwerbsmäßig arbeitet, jedoch die Verwertung der Arbeitsergebnisse dem unmittelbar oder mittelbar auftraggebenden Gewerbetreibenden überlässt. Dasselbe gilt auch gegenüber Freiberuflern, für die die in Heimarbeit tätige Person ihre Leistung erbringt. Nach § 5 I 2 BetrVG gelten auch die in Heimarbeit Beschäftigten als Arbeitnehmer, wenn sie in der Hauptsache für einen Betrieb arbeiten. Das Heimarbeitsgesetz umfasst auch die Hausgewerbetreibenden. Hausgewerbetreibender nach § 2 II 1 HAG ist, wer in eigener Arbeitsstätte mit nicht mehr als zwei fremden Hilfskräften oder Heimarbeitern im Auftrag von Gewerbetreibenden Waren herstellt, verarbeitet oder verpackt, wobei er selbst wesentlich am Stück mitarbeitet, jedoch die Verwertung der Arbeitsergebnisse dem unmittelbar oder mittelbar auftraggebenden Gewerbetreibenden überlässt. Auch bei freien Mitarbeitern kann es sich um arbeitnehmerähnliche Personen handeln. Insbesondere die Medienbranche, aber auch Freiberufler bedienen sich oft freier Mitarbeiter. Freie Mitarbeit ist anzunehmen, wenn sie sich in der Erbringung bestimmter, im Voraus abgegrenzter Dienstleistungen erschöpft. Besteht für den freien Mitarbeiter eine wirtschaftliche Abhängigkeit und bildet die Vergütung für die freie Mitarbeit die wesentliche Existenzgrundlage, gilt ein gewisser arbeitsrechtlicher Schutz auch für diese Personengruppe.²²
- 29** Zur Gruppe der arbeitnehmerähnlichen Personen kann im Einzelfall auch der Handelsvertreter gehören. Das Handelsvertreterrecht ist in den §§ 84 ff. HGB geregelt. Handelt

¹⁹ Vgl. BAG NZA 1993, 789, 790; 1997, 62, 63

²⁰ Vgl. BAG NZA 1997, 62, 63; BAG AP Nr. 12 zu § 611 BGB, Arbeitnehmerähnlichkeit

²¹ Vgl. BAG NZA 1997, 399, 400; 1997, 1126, 1127; vgl. dazu auch BGHZ 140, 11, 20; BGH NZA 2000, 390, 391

²² Dütz/Thüsing, Rn. 37 f.