

# Die arbeitnehmerähnliche Person – Begriff und rechtliche Stellung im Arbeitsrecht

Karen Kelat\*

## A. Einleitung

Entstanden ist das Arbeitsrecht im 19. Jahrhundert im Zuge der Industrialisierung als Schutzrecht der Arbeitnehmer<sup>1</sup>. Hintergrund war das besondere Schutzbedürfnis der in den Fabriken Beschäftigten<sup>2</sup>. Dieses Bedürfnis ergab sich aus dem Austauschverhältnis von Arbeit und Lohn und der daraus resultierenden Marktabhängigkeit<sup>3</sup>. Heute ergibt sich die Schutzbedürftigkeit der Arbeitnehmer vor allem aus deren Unselbständigkeit<sup>4</sup>.

Wird ein Beschäftigter als Arbeitnehmer oder Arbeitnehmers<sup>5</sup> eingestuft, so hat dies insofern weitreichende Konsequenzen, als dass sämtliche Regelungen des Arbeitsrechts anwendbar sind<sup>6</sup>. Gilt jemand hingegen als Selbständiger, so profitiert er nicht von diesen besonderen Schutzregeln<sup>7</sup>. Vielmehr finden dann nur die Regelungen des Zivil-, Handels- und Wirtschaftsrechts Anwendung<sup>8</sup>.

Irrtümlich wird oftmals angenommen, das Arbeitsrecht sei ein duales System, dass sich in Selbständige und Arbeitnehmer aufteilt. Jedoch gibt es zusätzlich zu diesen beiden Gruppen noch die arbeitnehmerähnlichen Personen, sodass sich das Arbeitsrecht eigentlich als ein dreigeteiltes System darstellt<sup>9</sup>. Die Figur der arbeitnehmerähnlichen Person könnte somit als Lösung zur „Alles-oder-Nichts“-Anwendbarkeit des Arbeitsrechts dienen. Dies wird zu ermitteln sein.

Gesetzlich wurden die arbeitnehmerähnlichen Personen das erste Mal 1926 im ArbGG aufgegriffen<sup>10</sup>. Seit dieser begrifflichen Einführung wurde die arbeitnehmerähnliche Person immer wieder in Rechtsprechung und Literatur thematisiert. Bedingt durch die technische Entwicklung und der Option Arbeit am Computer in der eigenen Wohnstätte verrichten zu können, vermehrte sich sodann die Zahl der sog. abhängigen Selbständigen<sup>11</sup>. Auch aufgrund der schwierigen Arbeitsmarktsituation wurde auf Seiten der Beschäftigten eine atypische Beschäfti-

gung ohne arbeitsrechtlichen Schutz gegenüber der Arbeitslosigkeit bevorzugt<sup>12</sup>.

Wenn man von arbeitnehmerähnlichen Personen spricht, so ist damit nicht eine große Gruppe Beschäftigter gemeint. Vielmehr gibt es die gesetzlich erwähnten Berufsgruppen wie die Heimarbeiter, die Handelsvertreter und die Künstler sowie sonstige Beschäftigte, die als arbeitnehmerähnliche Personen einzustufen sind<sup>13</sup>, wenn sie die durch die Rechtsprechung entwickelten Merkmale erfüllen. Der folgende Beitrag befasst sich mit den sonstigen arbeitnehmerähnlichen Personen, die weder den freien Mitarbeitern, den Handelsvertretern noch den in Heimarbeit Beschäftigten zuzuordnen sind.

## B. Begrifflichkeiten

### I. Arbeitnehmerbegriff

Zwar hat der Arbeitnehmer begrifflich in vielen Gesetzen Eingang gefunden, jedoch wird er dort zumeist unpräzise als „Arbeiter, Angestellter oder zur Berufsausbildung Beschäftigter“ beschrieben (vgl. § 5 Abs. 1 S. 1 ArbGG; § 5 Abs. 1 S. 1 BetrVG; § 2 S. 1 BUrlG). Eine Legaldefinition findet sich in § 611a I BGB<sup>14</sup>, die im Ergebnis nur die in der Literatur und Rechtsprechung zusammengetragenen Merkmale gesetzlich festhält<sup>15</sup>, jedoch damit keine Änderung in der Sache herbeigeführt hat<sup>16</sup>. Arbeitnehmer ist nach der von Hueck ursprünglich eingeführten Definition, „wer aufgrund privatrechtlichen Vertrages im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist“<sup>17</sup>. Die Einordnungsschwierigkeiten, die es vor der Einführung des § 611a I BGB gab, bestehen gleichwohl weiterhin. Dies erkennt man bereits an der Formulierung des § 611a I BGB: Um eine konkrete Bestimmung vornehmen zu können, kommt es nach § 611a I 4, 5, 6 BGB auf die Umstände des Einzelfalls und die Eigenart der jeweiligen Tätigkeit an.

### II. Arbeitnehmerähnliche Personen

Erstmalig Erwähnung fanden die arbeitnehmerähnlichen Personen 1923 bei *Melsbach*. Dieser erkannte, dass nicht nur der klassische Arbeitnehmer schutzbedürftig ist, sondern darüber

<sup>1</sup> Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht Band 1/*Richardi*, 3. Auflage 2009, § 2 Rn. 5, 7.

<sup>2</sup> *Zeuner RdA* 1975, 84.

<sup>3</sup> Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht Band 1/*Richardi*, § 2 Rn. 7.

<sup>4</sup> *Mikosch FS Löwisch*, 2007, 189, 192.

<sup>5</sup> Der besseren Lesbarkeit halber wird auf die Ausführung geschlechterspezifischer Begriffe verzichtet. Wird in dem Aufsatz von „Arbeitnehmer“ o.ä. gesprochen, sind stets Männer und Frauen gleichermaßen gemeint.

<sup>6</sup> *Schliemann RdA* 1997, 322.

<sup>7</sup> *Pfarr FS Kehrman*, 1997, 75, 76.

<sup>8</sup> *Griebeling RdA* 1998, 208, 211.

<sup>9</sup> Gemeinschaftskommentar zum KSchG/*Treber*, 11. Auflage 2016, Arbeitnehmerähnliche Personen Rn. 19.

<sup>10</sup> *Kretzschmar Die Rolle der Koalitionsfreiheit für Beschäftigungsverhältnisse jenseits des Arbeitnehmerbegriffs*, 2003, S. 95.

<sup>11</sup> *Von Einem BB* 1994, 60.

<sup>12</sup> *Von Einem BB* 1994, 60.

<sup>13</sup> *Wank Arbeitnehmer und Selbständige*, 1988, S. 244.

<sup>14</sup> *ErFKomm ArbR/Preis*, 18. Auflage 2018, § 611a BGB Rn. 8.

<sup>15</sup> *BT Dts.* 18/9232, S. 31.

<sup>16</sup> *BeckOK ArbR/Joussen*, 48. Edition 2017, § 611a BGB vor Rn. 1; *HK ArbR/Kreuder/Matthiessen/Kreuder*, 4. Auflage 2017, §§ 611, 611a BGB Rn. 6.

<sup>17</sup> *BAG*, 15.02.2012, 10 AZR 301/10, Rn. 13; *Hueck/Nipperdey* Band 1, 7. Auflage 1963, S. 34 f.

hinaus auch „[solche] „geistigen Arbeiter“ und [ähnlichen] Personen – und zwar gleichgültig, ob sie „im Betriebe“ oder „zu Hause“ oder weder dort noch hier tätig sind [...], die – kurz ausgedrückt – nicht Arbeitnehmer sind, aber unter ähnlichen wirtschaftlichen Bedingungen wie Arbeitnehmer tätig werden“<sup>18</sup>.

Die arbeitnehmerähnliche Person ist entgegen ihres Begriffes nicht der Gruppe der Arbeitnehmer zuzuordnen<sup>19</sup>. Sie wird nicht aufgrund eines Arbeitsverhältnisses für den Auftraggeber tätig, sondern vielmehr im Rahmen eines freien Dienstvertrages oder eines sonstigen zur Arbeit verpflichtenden Rechtsverhältnisses<sup>20</sup>. Die arbeitnehmerähnliche Person ist somit Selbständiger<sup>21</sup>.

Heute lässt sich die arbeitnehmerähnliche Person in mehreren Gesetzen verorten. Ihre Arbeitsbedingungen können durch Tarifvertrag geregelt werden (§ 12a TVG). Sie haben Anspruch auf bezahlten Urlaub (§ 2 S. 2 BUrlG), genießen Arbeitsschutz (§ 2 Abs. 2 Nr. 3 ArbSchG) und sie sind geschützt vor Benachteiligungen nach dem AGG (§ 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AGG). Zuständig für Klagen gegen ihre Auftraggeber sind die Arbeitsgerichte (§ 5 Abs. 1 S. 2 ArbGG).

Sämtliche vorgenannte Normen bestimmen, dass arbeitnehmerähnliche Personen solche sind, die wirtschaftlich von ihrem Auftraggeber abhängig sind. Eine allgemeingültige gesetzliche Definition des Begriffs der arbeitnehmerähnlichen Person gibt es nicht<sup>22</sup>, vielmehr blieb die materiell-rechtliche Ausfüllung des Begriffes Aufgabe der Rechtsprechung und der Literatur<sup>23</sup>.

Teile der Literatur sehen § 12a Abs. 1 Nr. 1 TVG als Legaldefinition<sup>24</sup>. Anderen zufolge soll die dortige Definition nur die Anwendung der Vorschriften des Tarifvertragsgesetzes zur Folge haben<sup>25</sup>. In der Rechtsprechung hat sich herauskristallisiert, dass für den Status einer arbeitnehmerähnlichen Person erforderlich ist, dass diese wirtschaftlich abhängig und mit einem Arbeitnehmer vergleichbar schutzbedürftig ist<sup>26</sup>. Es kann also dahinstehen, ob § 12a Abs. 1 Nr. 1 TVG die Legaldefinition des Begriffes darstellt, da die Norm den Begriff der arbeitnehmerähnlichen Person konkretisiert<sup>27</sup> und hierbei mit den in der Rechtsprechung genannten Charakteristika übereinstimmt.

## 1. Merkmale und Abgrenzung

Im Gegensatz zum Arbeitnehmer ist die arbeitnehmerähnliche Person nicht oder zumindest nicht in demselben Maße persön-

lich von ihrem Auftraggeber abhängig<sup>28</sup>. Es besteht insbesondere nicht die für das Arbeitsverhältnis typische Weisungsgebundenheit<sup>29</sup>. Vielmehr kennzeichnet sich die arbeitnehmerähnliche Person durch ihre wirtschaftliche Abhängigkeit und ihre soziale Schutzbedürftigkeit. Wie diese Erfordernisse konkret ausgestaltet sind, ist jedoch umstritten.

### a) Wirtschaftliche Abhängigkeit

Die wirtschaftliche Abhängigkeit bzw. die wirtschaftliche Unselbständigkeit wird zwar vom Gesetz als Merkmal der arbeitnehmerähnlichen Person benannt (vgl. § 12a Abs. 1 Nr. 1 TVG, § 2 S. 2 BUrlG), jedoch mangelt es an einer näheren Erläuterung. In Rechtsprechung und Literatur wurde der Begriff vielfach noch konkretisiert. Teilweise wird § 12a TVG zur näheren Auslegung herangezogen, da dies die jüngste Norm ist, die eine Regelung für arbeitnehmerähnliche Personen enthält<sup>30</sup>.

#### aa) Kriterien der Rechtsprechung

Nach der Rechtsprechung liegt wirtschaftliche Abhängigkeit vor, wenn der Beschäftigte „auf die Verwertung seiner Arbeitskraft und die Einkünfte aus der Dienstleistung zur Sicherung seiner Existenzgrundlage angewiesen ist“<sup>31</sup>. Erforderlich ist dafür die überwiegende Tätigkeit für einen Auftraggeber<sup>32</sup>. Unschädlich ist die Beschäftigung für mehrere Auftraggeber nur, solange die Vergütung aus einem dieser Tätigkeitsverhältnisse die wesentliche Grundlage der wirtschaftlichen Sicherung des Beschäftigten darstellt<sup>33</sup>. Auch muss das jeweilige Rechtsverhältnis eine gewisse Dauerhaftigkeit aufweisen<sup>34</sup>. Durch eine einmalige Beauftragung, die eine kurzfristige Beschäftigung zum Gegenstand hat, wird noch keine wirtschaftliche Abhängigkeit des Beschäftigten hervorgerufen<sup>35</sup>. Die Arbeitsleistung, aufgrund derer es zur wirtschaftlichen Abhängigkeit kommt, kann sowohl im Rahmen eines Dienst- als auch eines Werkvertrages erbracht werden<sup>36</sup>. Es kommt nicht auf den konkreten Vertragstyp an. Die Arbeitsleistung muss außerdem persönlich, also ohne die Zuhilfenahme anderer Personen, erbracht werden<sup>37</sup>. Auch soll in Betracht gezogen werden, ob der Beschäftigte sich einen eigenen Markt erschließen kann, indem er seine Arbeitsergebnisse selbst verwertet oder ob er diese dem Auftraggeber zur Verfügung stellen muss<sup>38</sup>. Letztlich soll es nicht darauf ankommen, ob die Möglichkeit besteht, anderweitig durch Verwertung seiner Arbeitskraft ent-

<sup>18</sup> Melsbach Deutsches Arbeitsrecht, 1923, S. 24.

<sup>19</sup> Junker Grundkurs Arbeitsrecht, 2017, Rn. 104; *Fitting*, Betriebsverfassungsgesetz: BetrVG, 28. Auflage 2016, § 5 Rn. 92.

<sup>20</sup> Boemke ZfA 1998, 285, 317.

<sup>21</sup> Hromadka FS Söllner 2000, S. 461, 466; *Griebeling* RdA 1998, 208, 210.

<sup>22</sup> Oetker FS Arbeitsrecht und Arbeitsgerichtsbarkeit, 1999, S. 311, 314.

<sup>23</sup> Pfarr FS Kehrman, 1997, S. 75, 77.

<sup>24</sup> *Kreber* Unternehmensübergreifende Arbeitsabläufe im Arbeitsrecht 2005, S. 156; *Wank* Arbeitnehmer und Selbständige, 1988, S. 9.

<sup>25</sup> *Willemsen/Münsterjering* NZA 2008, 193; *Kunze* UFITA 1975, 19, 21.

<sup>26</sup> BAG, 21.02.2007, 5 AZB 52/06, Rn. 11 ff.; *Pfarr* FS Kehrman 1997, S. 75, 87 f.

<sup>27</sup> Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht Band 1/*Richardi*, § 20 Rn. 10; vgl. *ErfKomm ArbR/Franzen*, § 12a TVG Rn. 4.

<sup>28</sup> *Falkenberg* DB 1969, 1409.

<sup>29</sup> *Boemke* ZfA 1998, 285, 317.

<sup>30</sup> *Wiedemann TVG/Wank*, 7. Auflage 2007, § 12a Rn. 40, 42; *Krause* Arbeitsrecht, 3. Auflage 2015, § 2 Rn. 30.

<sup>31</sup> BAG, 17.01.2006, 9 AZR 61/05, Rn. 14; BAG, 26.09.2002, 5 AZB 19/01, Rn. 83.

<sup>32</sup> BAG, 14.01.1997, 5 AZB 22/96, Rn. 12.

<sup>33</sup> BAG, 19.12.2000, 5 AZB 16/00, Rn. 17.

<sup>34</sup> BAG, 15.11.2005, 9 AZR 626/04, Rn. 20.

<sup>35</sup> BAG, 06.12.1974, 5 AZR 418/74, Rn. 13.

<sup>36</sup> LAG Köln, 29.09.2003, 13 Ta 77/03, Rn. 23.

<sup>37</sup> LAG Köln, 29.09.2003, 13 Ta 77/03, Rn. 23.

<sup>38</sup> Vgl. BAG, 03.04.1990, 3 AZR 258/88, Rn. 30; *Frey* Arbeitnehmerähnliche Personen in der Betriebsverfassung unter besonderer Berücksichtigung des Arbeitsschutzrechts, 2014, S. 28 f.

lohnt zu werden, sondern ob die tatsächliche Situation zur wirtschaftlichen Abhängigkeit führt<sup>39</sup>.

## bb) Einzelne Kriterien der Literatur

### (1) Übersicht

Auch in der Literatur wurden viele mögliche Merkmale zur Ermittlung der wirtschaftlichen Abhängigkeit zusammengetragen. So sollen beispielsweise die Höhe der Vergütung, die Dauer und die Art der Tätigkeit sowie die soziale Stellung des Beschäftigten mit berücksichtigt werden<sup>40</sup>. Ferner soll eine Rolle spielen, ob die Tätigkeit im Interesse des Auftraggebers, also fremdnützig, verrichtet wird<sup>41</sup>. Es wird auch vertreten, dass allein anhand der Höhe des Gesamteinkommens die *wirtschaftliche* Abhängigkeit ermittelt werden kann, da Zweck des Einkommens die Daseinsvorsorge ist<sup>42</sup>. Einigkeit herrscht darüber, dass der Beschäftigte jedenfalls nicht persönlich abhängig sein darf, da er ansonsten als Arbeitnehmer einzustufen wäre<sup>43</sup>. Die genannten Kriterien sind jedoch nicht abschließend. Vielmehr kommt es auf den Einzelfall und dessen konkrete Umstände an, um die jeweiligen Kriterien zu bestimmen, anhand derer die wirtschaftliche Abhängigkeit festgemacht werden kann<sup>44</sup>.

### (2) Einbeziehung der Einkommens- und Vermögensverhältnisse?

Ob die privaten Einkommens- und Vermögensverhältnisse mit in die Bestimmung der wirtschaftlichen Abhängigkeit einfließen sollen, ist in der Literatur umstritten<sup>45</sup>.

Einer Ansicht zufolge sollen die privaten Einkommens- und Vermögensverhältnisse berücksichtigt werden<sup>46</sup>. Argumentiert wird unter anderem damit, dass nicht die finanziellen Verhältnisse selbst, sondern die Auswirkung, die eine ausreichende finanzielle Sicherung zur Folge hat, einen entscheidenden Faktor darstellen – nämlich, dass der Beschäftigte vom Markt unabhängig ist<sup>47</sup>. Auch wird vorgebracht, dass sich aus der Tatsache, ob der Beschäftigte an einen oder mehrere Auftraggeber gebunden ist, kein aussagekräftiger Schluss über dessen *wirtschaftliche* Abhängigkeit ziehen lässt<sup>48</sup>. Der Höhe des Gesamteinkommens soll man hingegen eine konkrete Schlussfolgerung bezüglich der wirtschaftlichen Abhängigkeit entnehmen können<sup>49</sup>. Diese finanzielle Sicherung darf jedoch für

eine wirtschaftliche Unabhängigkeit nicht nur aus unerheblich geringen Vermögensmengen oder Einkünften bestehen<sup>50</sup>.

Der Gegenansicht zufolge sollen das Einkommen und das Vermögen bei der Beurteilung der wirtschaftlichen Abhängigkeit außer Betracht bleiben<sup>51</sup>. Die Offenlegung dieser Verhältnisse würde einen nicht zumutbaren Eingriff in die Privatsphäre des Beschäftigten darstellen<sup>52</sup>. Außerdem würden bei der Prüfung der Arbeitnehmereigenschaft die Einkommens- und Vermögensverhältnisse auch nicht berücksichtigt, weswegen diese für die Einordnung als arbeitnehmerähnliche Person ebenfalls nicht relevant sein sollen<sup>53</sup>. Nur solche Tatsachen, die mit dem Beschäftigungsverhältnis der arbeitnehmerähnlichen Person direkt zusammenhängen, dürften als Kriterien zur Ermittlung der wirtschaftlichen Abhängigkeit herangezogen werden<sup>54</sup>.

Nach einer weiteren Auffassung soll nur die Höhe des Einkommens berücksichtigt werden<sup>55</sup>. Da die Vergütung aus der Tätigkeit als Existenzgrundlage des Beschäftigten dient, darf diese nicht unermesslich hoch sein – eine relativ hohe Vergütung, schließt jedoch nicht per se die wirtschaftliche Abhängigkeit aus<sup>56</sup>.

Im Ergebnis spricht mehr dafür, eine Einzelfallbetrachtung vorzunehmen, bei der unter Umständen auch die privaten Einkommens- und Vermögensverhältnisse berücksichtigt werden können. Grundsätzlich gilt es zu beachten, dass die arbeitnehmerähnliche Person in manchen Aspekten deswegen in den Schutzbereich des Arbeitsrechts miteinbezogen werden soll, weil eine besonders starke Bindung zu und Abhängigkeit von einem Auftraggeber besteht, weshalb eine zusätzliche Tätigkeit und somit eine weitergehende finanzielle Absicherung gar nicht möglich ist. Wenn sich jemand trotz vorhandener finanziellen Ressourcen, freiwillig nur in die Dienste *eines* Auftraggebers begibt und dann auf die Verrichtung weiterer Tätigkeiten verzichtet, so erscheint er nicht in demselben Sinne wirtschaftlich abhängig.

### b) Soziale Schutzbedürftigkeit

Um die arbeitnehmerähnliche Person von den Selbständigen abzugrenzen bedarf es des Merkmales der sozialen Schutzbedürftigkeit, da der Selbständige trotz möglicher wirtschaftlicher Abhängigkeit nicht auf den arbeitsrechtlichen Schutz angewiesen ist<sup>57</sup>.

Eine arbeitnehmerähnliche Person ist sozial schutzbedürftig, „wenn das Maß der Abhängigkeit nach der Verkehrsanschauung einen solchen Grad erreicht, wie er im Allgemeinen nur in einem Arbeitsverhältnis vorkommt und die geleisteten Dienste nach ihrer sozialen Typik mit denen eines Arbeitnehmers ver-

<sup>39</sup> LAG Köln, 29.09.2003, 13 Ta 77/03, Rn. 27.

<sup>40</sup> *Falkenberg* DB 1969, 1409, 1412.

<sup>41</sup> *Schubert* Der Schutz der arbeitnehmerähnlichen Person, 2004, S. 30.

<sup>42</sup> *Lieb* RdA 1974, 257, 263.

<sup>43</sup> *Kunze* UFITA 1975, 19, 23.

<sup>44</sup> *Von Hase/Lembke* BB 1997, 1095, 1096; *Herschel* DB 1977, 1185, 1188.

<sup>45</sup> Hinsichtlich der Rechtsfolge der Einbeziehung der finanziellen Verhältnisse herrscht auch Uneinigkeit, siehe hierzu: *Willemsen/Müntefering* NZA 2008, 193, 196; BAG, 02.10.1990, 4 AZR 106/90, Rn. 22; *Schubert* Der Schutz der arbeitnehmerähnlichen Person, 2004, S. 40.

<sup>46</sup> BAG, 13.12.1962, 2 AZR 128/62, Rn. 13; *Seidel* BB 1970, 971, 972.

<sup>47</sup> *Herschel* DB 1977, 1185, 1188.

<sup>48</sup> *Lieb* RdA 1974, 257, 263.

<sup>49</sup> *Lieb* RdA 1974, 257, 263.

<sup>50</sup> *Herschel* DB 1977, 1185, 1188.

<sup>51</sup> *Wank* Arbeitnehmer und Selbständige, 1988, S. 241; *von Hase/Lembke* BB 1997, 1095, 1096; *Herschel* AuR 1982, 336, 339.

<sup>52</sup> *Neuvians* Die arbeitnehmerähnliche Person, 2002, S. 74.

<sup>53</sup> *Von Hase/Lembke* BB 1997, 1095, 1096.

<sup>54</sup> *Neuvians* Die arbeitnehmerähnliche Person, 2002, S. 74.

<sup>55</sup> *Falkenberg* DB 1969, 1409, 1412.

<sup>56</sup> *Falkenberg* DB 1969, 1409, 1412.

<sup>57</sup> BAG, 17.01.2006, 9 AZR 61/05, Rn. 20.

gleichbar sind“<sup>58</sup>. Weil anhand dieser vagen Definition eine konkrete Bestimmung der sozialen Schutzbedürftigkeit schwierig ist, bedarf es an sich spezifischerer Merkmale. In der Literatur herrscht diesbezüglich Uneinigkeit. Einer Ansicht zufolge soll diese Schutzbedürftigkeit abstrakt für die jeweilige Tätigkeitssparte ermittelt werden<sup>59</sup>. Danach ist die wesentliche Frage, ob derartig Beschäftigte allgemein schutzbedürftig sind, nicht aber, ob die konkrete Person schutzbedürftig ist<sup>60</sup>.

Einer anderen Ansicht zufolge soll es auf den Einzelfall und dessen Umstände unter Berücksichtigung der Verkehrsschauung ankommen<sup>61</sup>. Auf ein für und wider hinsichtlich dieser beiden Ansichten kommt es nicht an, da im Ergebnis jedenfalls festzuhalten ist, dass zur Beurteilung der wirtschaftlichen Abhängigkeit wie auch der sozialen Schutzbedürftigkeit, der Einzelfall gemeinsam mit den äußeren Umständen zu betrachten ist. Eine Beurteilung anhand festgesteckter Kriterien ist schon deshalb schwierig, weil in jeder Branche die Arbeitsleistungen anders ausgestaltet sind und ein anderer Bedarf an Arbeitskraft besteht.

### III. Abgrenzung zum Scheinselbständigen

Die Einordnung eines Beschäftigten als Arbeitnehmer hat für dessen Arbeitgeber arbeitsrechtliche und sozialversicherungsrechtliche Folgen, vor allem in wirtschaftlicher Hinsicht<sup>62</sup>. Deswegen haben die Arbeitgeber vielfach versucht, durch die veränderte Bezeichnung des Arbeitsverhältnisses, beispielsweise als „freies Dienstverhältnis“, dem Anwendungsbereich des Arbeitsrechts und den damit verbundenen Folgen zu entgehen<sup>63</sup>. Diese Vorgehensweise trat insbesondere in den sechziger Jahren auf, als viele Rundfunkanstalten ihre Beschäftigten nicht als Arbeitnehmer anstellten, sondern als sog. „freie Mitarbeiter“<sup>64</sup>.

Bekannt wurde dieses Phänomen unter dem Titel der „neuen Selbständigkeit“ oder auch der „Scheinselbständigkeit“<sup>65</sup>. Der Beschäftigte ist hierbei weiterhin persönlich abhängig und unterliegt den Weisungen des Arbeitgebers, ohne dass ein Arbeitsvertrag geschlossen wurde<sup>66</sup>. Um zu beurteilen, ob jemand Selbständiger oder Arbeitnehmer ist, kommt es jedoch auf die tatsächliche Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses an<sup>67</sup>. Da es nicht auf die Bezeichnung des Vertrages ankommt, sondern auf dessen tatsächliche Durchführung und den damit eintretenden Wirkungen, kann der Scheinselbständige arbeitnehmerähnliche Person oder auch Arbeitnehmer sein.

<sup>58</sup> BAG, 02.10.1990, 4 AZR 106/90, Rn. 22.

<sup>59</sup> Kempen/Zachert/Stein, 5. Auflage 2014, § 12a Rn. 31.

<sup>60</sup> Kempen/Zachert/Stein, § 12a Rn. 31.

<sup>61</sup> Schwab/Weth/Kliemt, 4. Auflage 2015, § 5 Rn. 209; Neumann/Fenski/Kühn/Neumann, 11. Auflage 2016, § 2 Rn. 71.

<sup>62</sup> Rolfs Arbeitsrecht: Studienkommentar, 2014, § 611 Rn. 17.

<sup>63</sup> Boemke ZfA 1998, 285, 288; vgl. Von Einem BB 1994, 60.

<sup>64</sup> Pfarr FS Kehrman 1997, S. 75, 79.

<sup>65</sup> Von Einem BB 1994, 60; Boemke ZfA 1998, 285, 288 f.

<sup>66</sup> Reinecke FS Dieterich 1999, S. 463.

<sup>67</sup> Joost FS Wiese 1998, S. 191, 192; vgl. im Übrigen B.I.

## C. Arbeitsrechtliche Stellung der arbeitnehmerähnlichen Personen

### I. Die arbeitnehmerähnliche Person im Individualarbeitsrecht

Für Arbeitnehmer bietet das Arbeitsrecht umfassenden Schutz. Wichtige Aspekte sind hier unter anderem der Kündigungsschutz sowie die Haftungsbeschränkung im Rahmen des innerbetrieblichen Schadensausgleiches. Hierdurch soll der Arbeitnehmer sozial abgesichert werden, da er auf die Verwertung seiner Arbeitskraft zur Sicherung seiner Existenzgrundlage angewiesen und dabei dem Unternehmer unterstellt ist<sup>68</sup>. Es stellt sich damit die Frage, ob auch arbeitnehmerähnliche Personen ausreichend vor der Beendigung des Vertragsverhältnisses und damit vor dem Verlust ihres Einkommens sowie vor Gefahren, die von der Arbeitsstätte des Auftraggebers ausgehen, geschützt sind.

#### 1. Kündigungsschutz für arbeitnehmerähnliche Personen

Art. 12 GG schützt nicht nur die freie Wahl des Arbeitsplatzes, sondern auch das Beibehaltungsinteresse des jeweiligen Beschäftigten hinsichtlich seines Arbeitsplatzes<sup>69</sup>. Art. 12 GG bietet dadurch keinen Schutz vor dem Verlust des Arbeitsplatzes<sup>70</sup>. Da der Schutzbereich jede berufliche Betätigung, auch die selbständige Beschäftigung erfasst<sup>71</sup>, ergibt sich jedoch aus dem aus Art. 12 GG abgeleiteten staatlichen Schutzauftrag, die Pflicht des Gesetzgebers den bestehenden Interessenkonflikt zwischen der arbeitnehmerähnlichen Person und dem jeweiligen Auftraggeber ebenfalls lösen zu müssen<sup>72</sup>. In diesem Interessenkonflikt stehen sich das Interesse der arbeitnehmerähnlichen Person am Bestandsschutz und der Wille des Auftraggebers gegenüber, frei über die Vergabe der Aufträge zu entscheiden<sup>73</sup>.

#### a) Kündigungsschutzgesetz

Schutzgut des Kündigungsschutzgesetzes ist der Arbeitsplatz und die Betriebszugehörigkeit des Arbeitnehmers, da diese beiden Elemente die Basis seiner wirtschaftlichen und sozialen Existenz darstellen<sup>74</sup>. Auch bei der arbeitnehmerähnlichen Person ist die Beschäftigung Basis der wirtschaftlichen Existenz, sodass diese ebenso ein Bestandsschutzinteresse hat<sup>75</sup>.

Der Anwendungsbereich und der Wortlaut des KSchG setzen die Arbeitnehmereigenschaft voraus (vgl. §§ 1, 23 Abs. 1 KSchG). Arbeitnehmerähnliche Personen gelten nicht als Arbeitnehmer im Sinne des KSchG und fallen somit nicht in den Anwendungsbereich<sup>76</sup>. Eine analoge Anwendung kommt man-

<sup>68</sup> Krause Arbeitsrecht, § 1 Rn. 7.

<sup>69</sup> ErfKomm ArbR/Schmidt, 16. Auflage 2016, Art. 12 GG Rn. 4.

<sup>70</sup> Oetker FS Arbeitsrecht und Arbeitsgerichtsbarkeit, 1999, S. 311, 318.

<sup>71</sup> ErfKomm ArbR/Schmidt, 18. Auflage 2018, Art. 12 GG Rn. 9.

<sup>72</sup> Griese FS Otto, 2008, S. 109, 117.

<sup>73</sup> Griese FS Otto, 2008, S. 109, 117.

<sup>74</sup> BT Drucks. I/2090, S. 11.

<sup>75</sup> Mikosch FS Löwisch, 2007, S. 189, 197.

<sup>76</sup> Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht Band 1/Wank, § 109 Rn. 14; BeckOK ArbR/Volkering, § 23 KSchG Rn. 16.

gels planwidriger Regelungslücke nicht in Betracht<sup>77</sup>: Der Gesetzgeber hat schon nicht alle abhängig Beschäftigten dem Schutz des KSchG unterstellt<sup>78</sup>. Dies ist konkret der Kleinbetrieb-Regelung zu entnehmen: Hiernach muss der Arbeitgeber, der weniger als fünf Arbeitnehmer beschäftigt, die Kündigung nicht sozial rechtfertigen (vgl. §§ 23 Abs. 1 S. 2; 1 KSchG). Ferner sind auch die Kündigungsschutzbestimmungen für besonders geschützte Arbeitnehmer, wie beispielsweise § 2 ArbPISchG oder § 9 MuSchG, nicht auf arbeitnehmerähnliche Personen anwendbar<sup>79</sup>.

## b) Zivilrechtliche Generalklauseln

Eine Möglichkeit für den Bestandsschutz arbeitnehmerähnlicher Personen bieten die zivilrechtlichen Generalklauseln §§ 138, 242 BGB<sup>80</sup>. Die Beendigung des Vertragsverhältnisses wird dabei auf mögliche Sittenwidrigkeit und auf Einhaltung der Grundsätze von Treu und Glauben geprüft<sup>81</sup>. Insbesondere gilt es seitens des Auftraggebers, nicht nur dessen eigene Interessen, sondern auch die des Beschäftigten miteinzubeziehen – jedoch bedarf es keiner Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG<sup>82</sup> und auch keiner Abwägung der durch das KSchG aufgestellten Grundsätze im Rahmen des § 242 BGB<sup>83</sup>.

§ 138 Abs. 1 BGB bietet aber keinen allgemeinen Kündigungsschutz für arbeitnehmerähnliche Personen<sup>84</sup>. Erst wenn eine Kündigung in erheblichem Maße gegen grundrechtliche Wertungen verstößt, führt dies über § 138 Abs. 1 BGB wegen Sittenwidrigkeit zur Nichtigkeit<sup>85</sup>. Eine Kündigung, die ausgesprochen wird, weil die arbeitnehmerähnliche Person ihre gesetzlichen Ansprüche geltend macht, ist ohne Zweifel sittenwidrig<sup>86</sup>.

Vor willkürlichen Kündigungen bzw. Beendigungen der Tätigkeit werden arbeitnehmerähnliche Personen über § 242 BGB geschützt<sup>87</sup>. Willkürlichkeit liegt vor, wenn die Kündigung nicht auf Gründen basiert, die mit der Beschäftigung zusammenhängen<sup>88</sup>.

Grundsätzlich kann damit die Kündigung von Vertragsverhältnissen mit arbeitnehmerähnlichen Personen nach dem geltenden Recht zwar grundlos erfolgen<sup>89</sup>. Festhalten kann man jedoch auch, dass die Beendigung des Vertragsverhältnisses

von arbeitnehmerähnlichen Personen aufgrund der Anwendung von §§ 138, 242 BGB nicht vollkommener Willkür unterliegt.

## c) Verlängerte Kündigungsfristen

Im Dienst- als auch im Werkvertragsrecht gibt es jeweils Regelungen zur Beendigung des Vertragsverhältnisses und den einzuhaltenden Fristen, wenn es nicht schon aufgrund des reinen Zeitablaufes oder der Erfüllung zur Beendigung kommt (vgl. §§ 620, 621, 649 S. 1, 643, 650 BGB). Eine auf arbeitnehmerähnliche Personen anwendbare Vorschrift hinsichtlich verlängerter Kündigungsfristen besteht mit § 621 Nr. 5 Hs. 2 BGB. Jedoch kommt es nicht zur automatischen Anwendung der zweiwöchigen Kündigungsfrist, sondern der Dienstnehmer muss im Rahmen des Dienstverhältnisses von der Tätigkeit vollständig oder überwiegend in Anspruch genommen werden.

Bei Arbeitsverhältnissen verlängern sich die Kündigungsfristen grundsätzlich bei langjähriger Vertragsdauer nach Maßgabe des § 622 Abs. 2 BGB. Es kommt im Arbeitsverhältnis damit auf die zeitliche Komponente an. Umstritten ist, ob sich die Kündigungsfristen der Beschäftigungsverhältnisse arbeitnehmerähnlicher Personen entsprechend verlängern sollten.

Eine Ansicht vertritt, dass eine solche Verlängerung der Kündigungsfristen nicht in Betracht kommt<sup>90</sup>. Die Gegenansicht befürwortet eine Anwendung der Normen über die verlängerten Kündigungsfristen<sup>91</sup>.

Der Gesetzgeber hat die verlängerten Kündigungsfristen des § 622 Abs. 2 BGB für die Heimarbeiter, der Hauptgruppierung der arbeitnehmerähnlichen Personen, in § 29 Abs. 4 HAG übernommen. Dies ist mit der vergleichbaren Schutzbedürftigkeit zu begründen: Der langjährig beschäftigte Arbeitnehmer, wie auch der Heimarbeiter sind schutzbedürftig – beide benötigen ausreichend Zeit bei Beendigung des jeweiligen Vertragsverhältnisses, um sich neu orientieren zu können<sup>92</sup>. Da sonstige arbeitnehmerähnliche Personen auch mit den Heimarbeitern vergleichbar schutzbedürftig sind, spricht dies für eine Analogiefähigkeit der Schutzvorschriften der Heimarbeiter zugunsten sonstiger arbeitnehmerähnlicher Personen<sup>93</sup>.

Ferner dürfen die arbeitnehmerähnlichen Personen allein wegen Art. 12 GG bei der Kündigung des Rechtsverhältnisses durch den Auftraggeber nicht ohne Schutz dastehen – die Anwendung von §§ 622 Abs. 2 BGB, 29 Abs. 4 HAG bietet in diesem Sinne systemgerechten Mindestschutz<sup>94</sup>.

Auch in ähnlich gelagerten Fällen werden in der Rechtsprechung die verlängerten Kündigungsfristen angewendet, so beispielsweise auf die Dienstverhältnisse von GmbH-Geschäftsführern, mit der Begründung, dass diese auch von

<sup>77</sup> BAG, 20.01.2004, 9 AZR 291/02, Rn. 66; *Griese FS Otto*, 2008, S. 109, 117.

<sup>78</sup> *Appel/Frantzoch AuR* 1998, 93, 96.

<sup>79</sup> Däubler TVG/*Reinecke/Rachor*, 4. Auflage 2016, § 12a Rn. 62; *Palandt/Weidenkaff*, Einf v § 611 Rn. 9.

<sup>80</sup> *Appel/Frantzoch AuR* 1998, 93, 96 f.; *Gemeinschaftskommentar zum KSchG/Treber*, Arbeitnehmerähnliche Personen Rn. 53.

<sup>81</sup> *Endemann AuR* 1954, 210, 213.

<sup>82</sup> *Appel/Frantzoch AuR* 1998, 93, 97.

<sup>83</sup> *Oetker FS Arbeitsrecht und Arbeitsgerichtsbarkeit*, 1999, S. 311, 326.

<sup>84</sup> *Frantzoch Abhängige Selbständigkeit im Arbeitsrecht*, 2000, S. 202.

<sup>85</sup> Vgl. *Schubert Der Schutz der arbeitnehmerähnlichen Personen*, 2004, S. 454 f.; *Frantzoch*, *Abhängige Selbständigkeit im Arbeitsrecht*, 2000, S. 202.

<sup>86</sup> BAG, 14.12.2004, 9 AZR 23/04, Rn. 23.

<sup>87</sup> *Schubert Der Schutz der arbeitnehmerähnlichen Personen*, 2004, S. 468; *Frantzoch Abhängige Selbständigkeit im Arbeitsrecht*, 2000, S. 223.

<sup>88</sup> *Frantzoch Abhängige Selbständigkeit im Arbeitsrecht*, 2000, S. 223.

<sup>89</sup> *Hromadka FS Söllner*, 2000, S. 461, 475.

<sup>90</sup> BAG, 08.05.2007, 9 AZR 777/06, Rn. 12 ff.; *ErfKomm ArbR/Müller-Glöge*, § 622 BGB Rn. 6; *BeckOK BGB/Fuchs*, 43. Edition 2017, § 622 Rn. 4.

<sup>91</sup> LAG Köln, 29.05.2006, 14 (5) Sa 1343/05, Rn. 69; *Oetker FS Arbeitsrecht und Arbeitsgerichtsbarkeit*, 1999, S. 311, 324.

<sup>92</sup> LAG Köln, 29.05.2006, 14 (5) Sa 1343/05, Rn. 75.

<sup>93</sup> *Hromadka NZA* 1997, 1249, 1256; *Beuthien/Wehler RdA* 1974, 2, 10.

<sup>94</sup> *Griese FS Otto*, 2008, S. 116, 122 f.

ihrer Gesellschaft wirtschaftlich abhängig seien<sup>95</sup>. Dass der Gesetzgeber eine Neuregelung der Kündigungsfristen für die Arbeitnehmer vorgenommen und dabei die verlängerten Kündigungsfristen nicht auf GmbH-Geschäftsführer erstreckt hat, soll der analogen Anwendung nicht entgegenstehen<sup>96</sup>. Vielmehr sind keine sachlichen Gründe ersichtlich, weshalb arbeitnehmerähnliche Personen schlechter gestellt werden sollten als GmbH-Geschäftsführer<sup>97</sup>. Arbeitnehmerähnliche Personen erscheinen vielmehr sogar schutzbedürftiger als Beschäftigte in der Stellung des Geschäftsführers<sup>98</sup>.

Nach der die Anwendung der verlängerten Kündigungsfristen ablehnenden Ansicht sind die Vorschriften der Heimarbeiter als für diese Personengruppe geltenden besonderen Schutzvorschriften nicht verallgemeinerungsfähig<sup>99</sup>. Der Gesetzgeber hat zwar die arbeitnehmerähnlichen Personen in einigen Gesetzen den Arbeitnehmern gleichgestellt, für verlängerte Kündigungsfristen hat er aber eine solche Regelung nicht getroffen<sup>100</sup>. Auch wird vorgebracht, dass es mit § 621 Nr. 5 BGB eine Regelung gibt, die auf arbeitnehmerähnliche Personen anwendbar ist, weshalb es bereits an der für eine Analogie erforderlichen Regelungslücke mangelt<sup>101</sup>.

Überzeugend ist im Ergebnis die Anwendung der verlängerten Kündigungsfristen auf arbeitnehmerähnliche Personen. Bereits im Zivilrecht wird der mit der Zeit steigenden sozialen Schutzbedürftigkeit bei Bestehen von Dauerrechtsverhältnissen durch verlängerte Kündigungsfristen Rechnung getragen (vgl. § 89 Abs. 1 HGB, § 573c BGB)<sup>102</sup>. Außerdem ist § 621 BGB dispositiv<sup>103</sup>. Die Norm wird dem Bestandsschutzinteresse der arbeitnehmerähnlichen Personen somit nicht gerecht, weswegen eine entsprechende Anwendung des § 29 Abs. 4 HAG geboten erscheint<sup>104</sup>.

Nichts anderes kann im Übrigen auch gelten, wenn der jeweilige Vertragstyp als Werkvertrag einzuordnen ist, sofern sich zwischen der arbeitnehmerähnlichen Person und dem Auftraggeber eine Dauerbeziehung entwickelt hat<sup>105</sup>.

## 2. Haftung der arbeitnehmerähnlichen Personen

Schädigt der Arbeitnehmer die Rechtsgüter des Arbeitgebers im Rahmen einer betrieblich veranlassten Tätigkeit, so wird je nach Grad des Verschuldens der Umfang der Haftung erleichtert, es sei denn, die Schädigung wurde vorsätzlich begangen<sup>106</sup>. Grundgedanke ist, dass der Arbeitgeber durch sein Weisungsrecht die Arbeitsumgebung prägen kann (sog. Be-

triebsrisiko) und eine unbeschränkte Haftung für den Arbeitnehmer wirtschaftlich unzumutbar wäre<sup>107</sup>.

Umstritten ist die Anwendung der durch Richterrecht entwickelten Grundsätze der Haftungsprivilegierung auf arbeitnehmerähnliche Personen. Teilweise wird vertreten, dass die Haftungsprivilegierung auch auf arbeitnehmerähnliche Personen anwendbar sein soll<sup>108</sup>. Die Gegenansicht lehnt die Anwendung der Grundsätze zugunsten arbeitnehmerähnlicher Personen ab<sup>109</sup>.

Nach ersterer Ansicht, soll das „Ob“ der Anwendung der Grundsätze der Haftungsprivilegierung nicht nach dem Status des Beschäftigten, sondern nach dessen Funktion beurteilt werden<sup>110</sup>. Entscheidend ist somit, ob die arbeitnehmerähnliche Person betrieblich eingegliedert ist und dadurch an der Erfüllung des Betriebszweckes beteiligt ist<sup>111</sup>. Obwohl die arbeitnehmerähnliche Person mangels ihrer persönlichen Abhängigkeit nicht weisungsgebunden ist, hat auch sie keinerlei reale Einwirkungsmöglichkeit auf die Gefahren, die im Betrieb entstehen<sup>112</sup>. Ferner steht ihre Vergütung für die jeweilige Tätigkeit meist außer Relation zu dem Risiko der Schadensersatzverpflichtung<sup>113</sup>. Da sich im Übrigen die Abgrenzung zwischen Dienst-, Werk- oder Arbeitsvertrag oftmals schwierig gestaltet, sind die Arbeitnehmerstellung wie auch die Fürsorgepflicht für den Arbeitnehmer nicht als geeignete Kriterien zur Beurteilung der Anwendung der Haftungsgrundsätze anzusehen<sup>114</sup>. Vielmehr muss es darauf ankommen, ob die Situation des Einzelfalls eine Verteilung des Risikos auf Auftraggeber und arbeitnehmerähnliche Person rechtfertigt<sup>115</sup>.

Laut der die Haftungsprivilegierung ablehnenden Ansicht ist Grund für die Haftungsprivilegierung des Arbeitnehmers die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, da dieser nicht die durch seinen Betrieb und seine Weisungen geschaffenen Gefahren und Belastungen auf den Arbeitnehmer abwälzen darf<sup>116</sup>. Die arbeitnehmerähnliche Person ist gerade nicht weisungsgebunden, weshalb nicht wie beim Arbeitnehmer der Arbeitgeber Art und Umfang des Haftungsrisikos bestimmt<sup>117</sup>. Die sich aus der wirtschaftlichen Abhängigkeit ergebende Schutzbedürftigkeit kann nicht mit der Risikoverteilung im Arbeitsverhältnis gleichgesetzt werden und stellt somit keinen gewichtigen Faktor dar, um die Haftungsprivilegierung auf arbeitnehmerähnliche Personen anzuwenden<sup>118</sup>. Außerdem wird der selbständig Beschäftigte tätig, um den von ihm vereinbarten Vertrag zu

<sup>107</sup> HK BGB/Schreiber, 9. Auflage 2017, § 619a Rn. 4.

<sup>108</sup> LAG Hessen, 02.04.2013, 13 Sa 857/12, Rn. 46; Otto/Schwarze/Krause/Otto, 4. Auflage 2014, § 7 Rn. 7; Brox/Walker DB 1985, 1469, 1477; Schubert Der Schutz arbeitnehmerähnlicher Personen, 2004, S. 419.

<sup>109</sup> BGH, 01.02.1963, VI ZR 271/61, Leitsatz 1; LAG Berlin, 29.10.1990, 9 Sa 67/90, Leitsatz 1; ErfKomm ArbR/Preis, § 619a BGB Rn. 19.

<sup>110</sup> Pallasch RdA 2013, 338, 350.

<sup>111</sup> Pallasch RdA 2013, 338, 347.

<sup>112</sup> Zeuner RdA 1975, 84, 87.

<sup>113</sup> Krause NZA 2003, 577, 582.

<sup>114</sup> Brox/Walker DB 1985, 1469, 1477; vgl. Gamillscheg/Hanau Die Haftung des Arbeitnehmers, 1974, S. 22.

<sup>115</sup> Gamillscheg/Hanau Die Haftung des Arbeitnehmers, 1974, S. 22.

<sup>116</sup> LAG Berlin, 29.10.1990, 9 Sa 67/90, Rn. 3.

<sup>117</sup> BeckOK ArbR/Hesse, § 619 a BGB Rn. 6.

<sup>118</sup> BeckOK ArbR/Hesse, § 619 a BGB Rn. 6.

<sup>95</sup> BGH, 29.01.1981, II ZR 92/80, Rn. 6.

<sup>96</sup> LAG Köln, 29.05.2006, 14 (5) Sa 1343/05, Rn. 77.

<sup>97</sup> Boemke, jurisPR-ArbR 49/2007 Anm. 2.

<sup>98</sup> Kittner/Däubler/Zwanziger/Zwanziger, 9. Auflage 2014, § 621 BGB Rn. 6; Schubert Der Schutz der arbeitnehmerähnlichen Personen, 2004, S. 441.

<sup>99</sup> BAG, 08.05.2007, 9 AZR 777/06, Rn. 18.

<sup>100</sup> BAG, 08.05.2007, 9 AZR 777/06, Rn. 20, 23.

<sup>101</sup> BAG, 08.05.2007, 9 AZR 777/06, Rn. 21 ff.

<sup>102</sup> Griese FS Otto, 2008, S. 109, 123.

<sup>103</sup> Jauernig/Mansel, 16. Auflage 2015, § 621 Rn. 1.

<sup>104</sup> Oetker FS Arbeitsrecht und Arbeitsgerichtsbarkeit, 1999, S. 311, 327.

<sup>105</sup> Gemeinschaftskommentar zum KSchG/Treber, Arbeitnehmerähnliche Personen Rn. 92.

<sup>106</sup> BeckOK ArbR/Hesse, § 619a BGB Rn. 5.

erfüllen, nicht aber um Weisungen des Auftraggebers gerecht zu werden<sup>119</sup>. Schließlich würde die Anwendung der Grundsätze auf Dienstverträge eine Durchbrechung des zivilrechtlichen Prinzips der totalen Schadensreparation und dem Grundsatz, dass der Schuldner jede Form von Fahrlässigkeit zu vertreten hat, darstellen<sup>120</sup>.

Eine pauschale Anwendung oder Nichtanwendung der Haftungsprivilegierung erscheint verfehlt. Erneut ist die Schutzbedürftigkeit der arbeitnehmerähnlichen Person zu beachten. Eine Anwendung der Haftungsgrundsätze erscheint dann gerechtfertigt, wenn die arbeitnehmerähnliche Person für den Auftraggeber innerhalb dessen Betriebes tätig wird und mit den anderen Betriebsangehörigen zusammenarbeitet, da sie sich so in die Risikosphäre des Auftraggebers begibt<sup>121</sup>. Darf die arbeitnehmerähnliche Person die Ausübung ihrer Tätigkeit jedoch selbst organisieren und gestalten, kann nicht der Auftraggeber mit dem dadurch entstehenden Risikopotential belastet werden<sup>122</sup>. In solch einem Fall erscheint die Anwendung der Haftungsprivilegierung unbillig und ist abzulehnen.

## II. Die arbeitnehmerähnliche Person im kollektiven Arbeitsrecht

### 1. Betriebsverfassungsrecht

Von dem Anwendungsbereich des BetrVG ist die arbeitnehmerähnliche Person aufgrund des klaren Wortlautes von § 5 Abs. 1 S. 1 BetrVG nicht erfasst. Eine analoge Anwendung des § 5 Abs. 1 S. 2 BetrVG ist aufgrund der Begrenzung des Personenkreises durch den Gesetzgeber und der damit einhergehenden Wertentscheidung abzulehnen<sup>123</sup>. Diskutiert wird in der Literatur, ob nicht dennoch vereinzelt Vorschriften des BetrVG analog auf arbeitnehmerähnliche Personen angewendet werden sollen<sup>124</sup>. Konkret wird die Anwendbarkeit von §§ 81 f. und §§ 92 Abs. 1, 99 BetrVG erörtert<sup>125</sup>. Im Ergebnis spricht die Wertentscheidung des Gesetzgebers auch hier gegen eine analoge Anwendung. Nichts anderes ergibt sich, wenn man den Zweck des BetrVG betrachtet: Dieser erstreckt sich auf die Schaffung einer kollektive Interessenvertretung, um die bestehende strukturelle Ungleichheit zwischen den Arbeitnehmern zu kompensieren und die Beschäftigten an den sie berührenden betrieblichen Arbeitsabläufen teilhaben zu lassen, wobei es in erster Linie gerade nicht um die Verfolgung und Durchsetzung der Individualinteressen geht<sup>126</sup>.

### 2. Tarifvertragsrecht

Mit der Einführung des § 12a TVG besteht im Übrigen die Möglichkeit des Abschlusses von Tarifverträgen mit arbeitnehmerähnlichen Personen, soweit die Voraussetzungen der Norm erfüllt sind. Eine Erstreckung des BetrVG auf arbeit-

nehmerähnliche Personen durch Tarifvertrag ist hingegen nicht möglich<sup>127</sup>.

## D. Zusammenfassung

Der individualrechtliche Schutz arbeitnehmerähnlicher Personen ist nicht mit dem der Arbeitnehmer vergleichbar, es sei denn, man befürwortet die analoge Anwendung sämtlicher arbeitsrechtlicher Regelungen<sup>128</sup>. Nur die in Heimarbeit Beschäftigten haben mit dem Heimarbeitsgesetz ein Regelwerk, das dem Arbeitsschutz der Arbeitnehmer nahe kommt<sup>129</sup>.

Auch die Einführung des § 12a TVG hat keine Abhilfe für die dürftigen Regelungen für arbeitnehmerähnliche Personen geschaffen. Die Regelung war insbesondere für die freien Mitarbeiter im Bereich Rundfunk und Presse gedacht<sup>130</sup>. § 12a TVG kann konkret nur dort Schutz entfalten, wo es zum Abschluss von Tarifverträgen kommt. Die Wirkung der Norm wird durch dieses Erfordernis dadurch von vorneherein beschränkt.

Im Ergebnis stellen die gesetzlichen Regelungen für arbeitnehmerähnliche Personen keine Brücke zwischen dem Arbeitnehmer, dem vollständiger Schutz angedeiht und dem Selbständigen, dem kein arbeitsrechtlicher Schutz zugutekommt, dar<sup>131</sup>. Dies mag daran liegen, dass sich schon bei der begrifflichen Bestimmung der „arbeitnehmerähnlichen Person“ Schwierigkeiten ergeben, da Rechtsprechung und Literatur keinen einheitlichen Maßstab anlegen. Seitens des Gesetzgebers besteht somit Handlungsbedarf einerseits, um die Möglichkeit der Einordnung eines Beschäftigten als arbeitnehmerähnliche Person zu vereinfachen und andererseits, um eine klare Abgrenzung zum Arbeitnehmer vornehmen zu können. In der Folge ist dann zu ermitteln, wie der Schutzwürdigkeit von arbeitnehmerähnlichen Personen besser Rechnung getragen werden kann. Die Möglichkeit vor die Arbeitsgerichte ziehen zu können, ist jedenfalls nicht ausreichend, wenn nicht materiell-rechtliche Gesetze die Position der wirtschaftlich abhängigen arbeitnehmerähnlichen Personen stärken.

*\*Die Autorin studiert Rechtswissenschaften an der Albert-Ludwigs-Universität in Freiburg im 9. Fachsemester. Der Artikel basiert auf einer Arbeit, die im Rahmen des Seminars „Rechtsfragen von Sonderformen der Beschäftigung“ von Prof. Dr. Sebastian Krebber im Sommersemester 2016 entstand.*

<sup>119</sup> Isele NJW 1963, 1100.

<sup>120</sup> Isele NJW 1963, 1100 f.

<sup>121</sup> Pallasch RdA 2013, 338, 347.

<sup>122</sup> Otto/Schwarze/Krause/Otto, § 7 Rn. 7.

<sup>123</sup> BAG, 12.02.1992, 7 ABR 42/91, Rn. 14.

<sup>124</sup> Plander FS Däubler, 1999, S. 272, 285; ders. DB 1999, 330, 331 f.

<sup>125</sup> Plander DB 1999, 330, 331 ff.

<sup>126</sup> ErfKomm ArbR/Koch, § 1 BetrVG Rn. 1.

<sup>127</sup> Frey Arbeitnehmerähnliche Personen in der Betriebsverfassung unter besonderer Berücksichtigung des Arbeitsschutzrechts, 2014, S. 124.

<sup>128</sup> Kretzschmar Die Rolle der Koalitionsfreiheit für Beschäftigungsverhältnisse jenseits des Arbeitnehmerbegriffs, 2003, S. 101.

<sup>129</sup> Neuvians Die arbeitnehmerähnliche Person, 2002, S. 171.

<sup>130</sup> Müller Die arbeitnehmerähnliche Person im Arbeitsschutzrecht, 2009, S. 130.

<sup>131</sup> Kretzschmar Die Rolle der Koalitionsfreiheit für Beschäftigungsverhältnisse jenseits des Arbeitnehmerbegriffs, 2003, S. 104.

Dateiname: Arbeitsrecht\_Kelat\_END.docx  
Ordner: /Users/juliakurth/Library/Containers/com.microsoft.Word/Data/Documents  
Vorlage: /Users/juliakurth/Library/Group Containers/UBF8T346G9.Office/User Content.localized/Templates.localized/Normal.dotm  
Titel:  
Thema:  
Autor: mandler.t  
Stichwörter:  
Kommentar:  
Erstelldatum: 11.12.17 22:55:00  
Änderung Nummer: 2  
Letztes Speicherdatum: 11.12.17 22:55:00  
Zuletzt gespeichert von: Julia Kurth  
Letztes Druckdatum: 11.12.17 22:55:00  
Nach letztem vollständigen Druck  
Anzahl Seiten: 7  
Anzahl Wörter: 5.397  
Anzahl Zeichen: 34.973 (ca.)