

Kapitel 1: Einleitung

Der stetige Wandel in der Arbeitswelt ist Gegenstand einer Vielzahl von Publikationen.¹ Insbesondere die Digitalisierung führt zu einer Veränderung der Ausgestaltung von Arbeit.² Das früher noch vorherrschende „Normalarbeitsverhältnis“ wird immer mehr abgelöst von atypischen Beschäftigungsformen, welche in unterschiedlicher Weise von diesem abweichen. Dieser ständigen Veränderung der Arbeitswelt in tatsächlicher Hinsicht steht eine rechtliche Beständigkeit der Begriffe des Arbeitnehmers und des Beschäftigten entgegen. Beide Definitionen bestehen seit vielen Jahrzehnten, mit Ausnahme von geringfügigen Modifikationen, unverändert fort.³ Während der Beschäftigtenbegriff seit 1976 gesetzlich in § 7 SGB IV festgeschrieben ist⁴, findet sich die gesetzliche Kodifikation des Arbeitnehmerbegriffs durch die Definition des Arbeitsvertrages erst seit 2017 in § 611a BGB.⁵ Allerdings handelt es sich dabei weitestgehend um eine Kodifikation der stetigen Rechtsprechung zum Arbeitnehmerbegriff. Somit liegt beiden Begriffen eine langjährige Kontinuität zugrunde. Rechtlich betrachtet kommt Personen, die als Arbeitnehmer sowie auch als Beschäftigte einzuordnen sind, in arbeits- und sozialrechtlicher Hinsicht der weitestgehende Schutz zu. Daher drängt sich bei dem Aufeinandertreffen der sich ständig verändernden Arbeitswelt und der seit langer Zeit bestehenden und beständigen Definitionen des Arbeitnehmers sowie des Beschäftigten insbesondere eine Frage auf. Können diese Definitionen auch im Hinblick auf atypische Beschäftigungen die tätig werdenden Personen sachgerecht erfassen oder ergeben sich Schutzlücken und bedarf es daher Änderungen oder Ergänzungen?

Der Zweck dieser Untersuchung liegt daher in einer detaillierten Analyse des Arbeitnehmer- und Beschäftigtenbegriffs im Kontext atypischer Arbeitsverhältnisse, insbesondere im Hinblick auf Leiharbeit und Crowdworking. Diese beiden Arbeitsformen stehen exemplarisch für jeweils spezielle Besonderheiten, welche atypische Beschäftigungsformen, im Gegensatz zum „Normalarbeitsverhältnis“, mit sich bringen. Dabei birgt die Leiharbeit, durch das sie prägende Dreiecksverhältnis zwischen dem Leiharbeitnehmer, dem Verleiher und dem Entleiher, besondere Herausforderungen für die Anwendung des Arbeitnehmer- und Beschäftigtenbegriffs, welche einer näheren Betrachtung bedürfen. Die Crowdwork ist kennzeichnend für die Weiterentwicklung der Arbeitsformen durch die Digita-

¹ Einen Ausblick dazu gibt: *Kamanabrou*, Arbeitsrecht, § 3 Rn. 80 f.; *Ricken*, Digitalisierte Arbeitswelt, S. 113 (121 ff.); dazu auch: *Hauck/Noftz SGB IV/Knospe*, § 7 Rn. 84, hinsichtlich der sozialversicherungsrechtlichen Beurteilung.

² *Ricken*, Digitalisierte Arbeitswelt, S. 113 (114); Ausführlich zur Entwicklung der Digitalisierung; *Kondziela*, Herausforderungen der Digitalisierung, S. 5 ff.

³ Zur Historie des Sozial(versicherungs)rechts: *Eichenhofer*, Sozialrecht, Rn. 32 ff.; *Von Koppenfels-Spies*, Sozialrecht, Rn. 25 ff.; *Waltermann/Schmidt/Chandna-Hoppe*, Sozialrecht Rn. 54 ff.; zur Historie des Arbeitsrechts: *Kamanabrou*, Arbeitsrecht, § 2 Rn. 23 ff.

⁴ BGBl 1976 I, Nr. 151, S. 3845 (3846).

⁵ BGBl 2017 I, Nr. 8, S. 258 (261).

lisierung, da sie durch diese entstanden ist.⁶ Im Hinblick auf die Crowdwork stellt sich als Kernfrage, ob die Definitionen des Arbeitnehmer- und des Beschäftigtenbegriffs geeignet sind auch Tätigkeiten zu erfassen, die durch eine größtenteils digitale Abwicklung besonders vom „Normalarbeitsverhältnis“ abweichen.

Um diesen Fragestellungen nachzugehen, ist zunächst eine Analyse der Definitionen, insbesondere hinsichtlich der einzelnen Definitionsmerkmale, erforderlich. In diesem Kontext ist insbesondere auch die Kodifikation des Arbeitnehmerbegriffs in § 611a Abs. 1 BGB einer kritischen Würdigung zu unterziehen. Weiterhin stellt sich diesbezüglich auch die grundlegende Frage, in welchem Verhältnis die Definition des Arbeitnehmers und des Beschäftigten zueinander stehen und ob eine Vereinheitlichung zum besseren Schutz von atypisch beschäftigten Personen notwendig erscheint. Anlass für diesen Vergleich bietet insbesondere auch die Entwicklung der Rechtsprechung des BSG hinsichtlich der Gewichtung der Eingliederung.⁷ Anschließend an die allgemeine Analyse der Begrifflichkeiten sind mit der Leiharbeit und der Crowdwork zwei Arten von atypischer Beschäftigung im Besonderen in den Blick zu nehmen. Anhand dieser beiden Arbeitsformen soll exemplarisch untersucht werden, welche Besonderheiten hinsichtlich der Anwendung des Arbeitnehmer- und des Beschäftigtenbegriffs in diesem Kontext auftreten. Dabei liegt der Fokus immer auf der Frage, ob die bestehenden Regelungen den Besonderheiten dieser atypischen Arbeitsformen ausreichend Rechnung tragen und somit ein ausreichender Schutzstandard besteht oder ob es weitergehender Regelungen bedarf. Ziel dieser Arbeit ist es, anhand der Statusbetrachtung von atypischen Beschäftigungen, der Leiharbeit und Crowdwork, zu untersuchen, ob der Arbeitnehmer- und der Beschäftigtenbegriff aufgrund moderner Arbeitsformen einem Wandel unterliegt. Dafür wird insbesondere in den Blick zu nehmen sein, welche Besonderheiten diese Arbeitsformen mit sich bringen. Der Schwerpunkt der Untersuchung liegt sodann in der Prüfung, ob die bestehenden Definitionen des Arbeitnehmers und des Beschäftigten geeignet sind, die Besonderheiten atypischer Beschäftigungen sachgerecht zu erfassen oder ob es Änderungen oder Anpassungen bedarf. Die Aktualität dieser Fragestellung zeigt sich nicht zuletzt an dem Urteil des BAG vom 01.12.2020 zum Arbeitnehmerstatus eines Crowdworkers⁸, dessen Analyse ebenfalls einen Schwerpunkt der Arbeit bildet, sowie dem Urteil des BSG vom 23.4.2024 zur Gewichtung der Eingliederung im Rahmen der persönlichen Abhängigkeit, welches insbesondere beim Vergleich der Begriffe von besonderer Bedeutung ist.⁹

⁶ Dazu auch ausführlich: *Durst*, Crowdwork, S. 15 ff.

⁷ Zuletzt: BSG, Urt. v. 23.4.2024 – B 12 BA 9/22 R, juris Rn. 23.

⁸ BAG, Urt. v. 01.12.2020 – 9 AZR 102/20, BAGE 173, 111.

⁹ BSG, Urt. v. 23.4.2024 – B 12 BA 9/22 R, juris Rn. 23.

Kapitel 2: Grundlagen des Arbeitnehmer- und Beschäftigtenbegriffs

A. Begriff des Arbeitnehmers und des Beschäftigten

Umfassend geschützt durch das Arbeitsrecht ist der Arbeitnehmer, ebenso wie der Beschäftigte in sozialrechtlicher Hinsicht. Somit sind in einem ersten Schritt die Definitionen des Arbeitnehmers und des Beschäftigten daraufhin zu untersuchen, welche Voraussetzungen vorliegen müssen, damit eine Person als Arbeitnehmer oder Beschäftigter zu qualifizieren ist. Daran schließt sich ein Vergleich der Begriffe untereinander an.

I. Arbeitnehmerbegriff

Das Arbeitsrecht findet grundsätzlich nur Anwendung, wenn ein Arbeitnehmer involviert ist.¹⁰ Allerdings werden zum Teil auch arbeitnehmerähnliche Personen ausdrücklich in den Schutz des Arbeitsrechts miteinbezogen.¹¹ Diese Einschränkung folgt aus dem Zweck des Arbeitsrechts. Es sollen die Personen geschützt werden, die ihren Lebensunterhalt durch fremdbestimmten Einsatz ihrer Arbeitskraft verdienen und daher mangels eigenen Gewinns, nur auf diesem Wege Vorsorge treffen können.¹² Das Arbeitsrecht ist folglich ein spezielles Schutzrecht für Arbeitnehmer.¹³ Wobei zu beachten ist, dass diese Schutzbedürftigkeit als „Motiv des Arbeitsrechts“ allein nicht zur Definition des Arbeitnehmers taugt.¹⁴ Dafür bedarf es weiterer Merkmale, wie sich im Folgenden zeigen wird.

1. Definition des Arbeitnehmers

Um zu ermitteln, ob eine Person den Schutz des Arbeitsrechts genießt, ist folglich immer zu prüfen, ob es sich bei dieser Person um einen Arbeitnehmer handelt. Es stellt sich daher notwendigerweise die Frage, wie ein Arbeitnehmer definiert wird.

Es gibt kein einheitliches Arbeitsgesetz, sondern nur verstreute Regelungen.¹⁵ Für die Frage, wer Arbeitnehmer ist, ist § 611a Abs. 1 BGB heranzuziehen. Die Definition des Arbeitsvertrages in § 611a Abs. 1 BGB ist noch verhältnismäßig jung.¹⁶

¹⁰ Arbeitsrecht Handbuch/*Hund*, A. Grundlagen Rn. 18; ErfK/*Preis* § 611a BGB Rn. 3.

¹¹ Dazu auch: *Seiter*, VSSR 1976, 179 (200); ausführlich dazu: *Wank*, Arbeitnehmer und Selbständige, S. 235 ff.; auf arbeitnehmerähnliche Personen ist in dieser Arbeit jedoch nicht näher einzugehen.

¹² ErfK/*Preis* § 611a BGB Rn. 8 *Dütz/Thüsing*, Arbeitsrecht, § 1 Rn. 2; *Wank*, Arbeitnehmer und Selbstständige, S. 49, der von dem Arbeitsplatz als „Existenzgrundlage“ spricht.

¹³ *MüKoBGB/Spinner* § 611a Rn. 82.

¹⁴ *Wank*, Arbeitnehmer und Selbstständige, S. 54; ähnlich auch: ErfK/*Preis*, § 611a BGB Rn. 3.

¹⁵ Dazu auch: *Dütz/Thüsing*, Arbeitsrecht, § 1 Rn. 12.

¹⁶ Eingefügt durch Artikel 2 des Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze, BGBl 2017 I, Nr. 8, S. 258 (261) vom 21.02.2017 mit Wirkung zum 01.04.2017.

Allerdings sind die dort aufgestellten Kriterien nicht gänzlich unbekannt, denn Ziel dieser Norm war in erster Linie die Kodifikation der bisherigen Rechtsprechung zur Abgrenzung der selbständigen und abhängigen Arbeit.¹⁷ Auch das BAG betont, dass § 611a BGB die bisherigen Grundsätze der Rechtsprechung wieder spiegelt.¹⁸ Es wird jedoch angemerkt, dass § 611a BGB durchaus einen eigenen Bedeutungsgehalt habe und es daher erforderlich sei, diese gesetzlichen Vorgaben „dogmatisch zu konkretisieren“.¹⁹ Dieser Aspekt bedarf noch einer näheren Untersuchung. Auf den ersten Blick mag es verwunderlich erscheinen, dass der Arbeitnehmer im Gesetz nicht unmittelbar definiert wird, sondern mittelbar über die Regelungen des Arbeitsvertrages. Ursprünglich wurde auch eine gesetzliche Kodifikation des Arbeitnehmerbegriffs angestrebt.²⁰ Um der Systematik des BGB zu entsprechen, welches im Abschnitt des § 611a BGB einzelne Vertragstypen regelt, wurde sich jedoch darauf geeinigt, den Arbeitsvertrag zum Regelungsgegenstand des Gesetzes zu machen.²¹ Dies ist der Beweggrund für die „mittelbare“ Definition des Arbeitnehmers durch die Regelungen zum Arbeitsvertrag in § 611a BGB. Somit ist nach der gesetzlichen Regelung zur Feststellung, ob eine Person Arbeitnehmer ist, zu prüfen, ob es sich bei dem zugrundeliegenden Vertragsverhältnis um einen Arbeitsvertrag handelt. Wenn dies zu bejahen ist, dann handelt es sich bei der Person um einen Arbeitnehmer. Wenn auch bisher überwiegend vom Arbeitnehmerstatus auf den Vertrag hin geschlossen wurde²² und nicht umgekehrt, ist es jedoch nicht gänzlich neu, den Arbeitsvertrag als Ausgangspunkt heranzuziehen.²³ So wurde auch schon vor der gesetzlichen Definition des Arbeitsvertrages vertreten, dass dieser die Einordnung als Arbeitnehmer begründe und damit die „zentrale Rechtsfigur“ des Arbeitsrechts sei.²⁴ Dieser Ansatzpunkt der Betrachtung bedeutet jedoch nicht, dass durch den Vertragsinhalt die tatsächlichen Gegebenheiten für die Einordnung ausgeblendet werden. Vielmehr sind diese maßgeblich für die Auslegung des Vertrages. Dieser Ansatz bezweckt es der Gesetzessystematik zu entsprechen, da die Frage, ob es sich bei einer Person um einen Arbeitnehmer handelt, nach § 611a BGB durch den Vertrag und nicht den Status bestimmt wird. Die in diesem Kontext zu prüfenden Merkmale unterscheiden sich nicht, es handelt sich um eine rein dogmatische Frage. Folglich ist der § 611a BGB in einem nächsten Schritt, insbesondere mit Blick auf die bisherige Rechtsprechung, näher zu betrachten.

¹⁷ BT-Drucks. 18/9232, S. 4; BT-Drucks. 18/10064, S. 4; Hennsler, RdA 2017, 83 (84).

¹⁸ BAG, Urt. v. 21.11.2017 – 9 AZR 117/17, NZA 2018, 448 (450).

¹⁹ ErfK/Preis § 611a BGB Rn. 3; Roloff, FS Preis, 2021 S. 1087(1087); ähnlich: Deinert, FS Fuchs, 2020, S. 435 (436), der den Bedeutungsgehalt als „umstritten“ bezeichnet.

²⁰ BeckOK ArbR/Joussen, § 611a BGB Rn. 2.

²¹ BT-Drucks. 18/10064, S. 17; dazu auch: BeckOK ArbR/Joussen, § 611a BGB Rn. 2.

²² So zum Beispiel: Dütz/Thüsing, Arbeitsrecht, § 2 Rn. 33 ff.

²³ Otto/Bieder, Arbeitsrecht, § 3 Rn. 73; Söllner, FS Zöllner, 1998, S. 949 (949) sowie Zöllner/Loritz Arbeitsrecht, S. 1. haben es schon in den 90er Jahren als die maßgebliche Betrachtungsweise angesehen.

²⁴ Zöllner/Loritz Arbeitsrecht, S. 1; ähnlich auch: Söllner, FS Zöllner, 1998, S. 949 (949).

a) Einfluss der Rechtsprechung

Nach der Rechtsprechung ist das maßgebliche Kriterium zur Abgrenzung eines Arbeitsverhältnisses vom freien Dienstvertrag der Grad der persönlichen Abhängigkeit.²⁵ Demnach ist Arbeitnehmer, „wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist.“²⁶ Allerdings wird darauf hingewiesen, dass es nicht möglich sei, abstrakte Kriterien, welche für alle Arbeitsverhältnisse gelten, festzulegen.²⁷ Gem. § 611a Abs. 1 S. 1 BGB wird der Arbeitnehmer durch den Arbeitsvertrag im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet. Der Gesetzestext stimmt dem Wortlaut nach mit der aktuelleren Rechtsprechung überein.

Die bisherige Rechtsprechung hat das Weisungsrecht zudem wie folgt konkretisiert. Dieses könne sowohl den Inhalt, die Durchführung, die Zeit, die Dauer als auch den Ort der Tätigkeit betreffen.²⁸ Diese Konkretisierung findet sich nun auch im Gesetz wieder. Nach § 611a Abs. 1 S. 2 BGB kann das Weisungsrecht Inhalt, Durchführung, Zeit und Ort der Tätigkeit betreffen. Der Wortlaut entspricht somit, bis auf die Nichtübernahme der Dauer als möglichen Inhalt des Weisungsrechts, exakt der bisherigen Rechtsprechung.

Das BAG hat weiterhin festgehalten, dass ein Arbeitnehmer dadurch gekennzeichnet ist, dass er „nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann“.²⁹ Dies wurde aus § 84 Abs. 1 S. 2 HGB hergeleitet, welcher zwar nur eine Regelung zur Abgrenzung des selbstständigen Handelsvertreters vom abhängig beschäftigten Handlungsvertreter treffe, damit aber mittelbar auch eine allgemeine gesetzliche Wertung enthalte, die auch für die Abgrenzung des Dienstvertrages vom Arbeitsvertrag gelte, da es zu diesem Zeitpunkt die einzige Norm gewesen sei, die überhaupt Kriterien dafür enthalten

²⁵ BAG, Urt. v. 13.01.1983 – 5 AZR 149/82, NJW 1984, 1985 (1986); Urt. v. 30.11.1994 – 5 AZR 704/93, NZA 1995, 622 (622); Urt. v. 30.09.1998 – 5 AZR 563/97, NZA 1999, 374 (375); Urt. v. 15.02.2012 – 10 AZR 301/10, NJW 2012, 2903 (2904); Urt. v. 11.08.2015 – 9 AZR 98/14, NZA-RR 2016, 288 (289); Urt. v. 27.06.2017 – 9 AZR 851/16, NZA 2017, 1463 (1465); Urt. v. 21.11.2017 – 9 AZR 117/17, NZA 2018, 448 (450).

²⁶ BAG, Urt. v. 15.02.2012 – 10 AZR 301/10, NJW 2012, 2903 (2904); Urt. v. 11.08.2015 – 9 AZR 98/14, NZA-RR 2016, 288 (289); Urt. v. 27.06.2017 – 9 AZR 851/16, NZA 2017, 1463 (1465); Urt. v. 21.11.2017 – 9 AZR 117/17, NZA 2018, 448 (450).

²⁷ BAG, Urt. v. 30.11.1994 – 5 AZR 704/93, NZA 1995, 622 (623).

²⁸ BAG, Urt. v. 30.11.1994 – 5 AZR 704/93, NZA 1995, 622 (622); Urt. v. 30.09.1998 – 5 AZR 563/97, NZA 1999, 374 (375); Urt. v. 15.02.2012 – 10 AZR 301/10, NJW 2012, 2903 (2904); Urt. v. 11.08.2015 – 9 AZR 98/14, NZA-RR 2016, 288 (289); Urt. v. 27.06.2017 – 9 AZR 851/16, NZA 2017, 1463 (1465); Urt. v. 21.11.2017 – 9 AZR 117/17, NZA 2018, 448 (450).

²⁹ BAG, Urt. v. 30.09.1998 – 5 AZR 563/97, NZA 1999, 374 (375); Urt. v. 15.02.2012 – 10 AZR 301/10, NJW 2012, 2903 (2904); Urt. v. 11.08.2015 – 9 AZR 98/14, NZA-RR 2016, 288 (289); Urt. v. 27.06.2017 – 9 AZR 851/16, NZA 2017, 1463 (1465); Urt. v. 21.11.2017 – 9 AZR 117/17, NZA 2018, 448 (450).

habe.³⁰ § 611a Abs. 1 S. 3 BGB bestimmt, dass weisungsgebunden ist, wer nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Auch diese bisherige Rechtsprechung findet sich somit durch die Anknüpfung an die Weisungsbindung in Form einer mittelbaren Definition des Arbeitnehmers im § 611a Abs. 1 S.3 BGB wieder. Auch die frühere Rechtsprechung sah im Vorhandensein eines Weisungsrechtes des Arbeitgebers ein Indiz für die Eingliederung des Beschäftigten in eine fremde Organisation.³¹

Zudem ist in § 611 Abs. 1 S. 4 BGB geregelt, dass der Grad der persönlichen Abhängigkeit auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit abhängt. Auch diese Formulierung entspricht der ständigen Rechtsprechung.³²

Weiterhin ist nach der Rechtsprechung des BAG „eine Gesamtwürdigung aller maßgeblichen Umstände des Einzelfalls“ zur Beantwortung der Frage, ob ein Arbeitsverhältnis vorliegt, erforderlich.³³ Dies findet sich in § 611a Abs. 1 S. 5 BGB wieder, wonach eine Gesamtbetrachtung aller Umstände vorzunehmen ist, um festzustellen, ob ein Arbeitsverhältnis vorliegt.

Des Weiteren bestimmt § 611a Abs. 1 S. 6 BGB, dass die Bezeichnung im Vertrag unerheblich ist, wenn die tatsächliche Durchführung des Vertragsverhältnisses ein Arbeitsverhältnis erkennen lässt. Auch dies findet sich in der Rechtsprechung wieder, wonach sich der Vertragstyp aus „dem wirklichen Geschäftsinhalt“ ergebe und bei einer Diskrepanz zwischen Vereinbarung und Durchführung die tatsächliche Durchführung maßgeblich sei³⁴, da sich daraus „am ehesten Rückschlüsse darauf ziehen lassen, von welchen Rechten und Pflichten die Vertragsparteien ausgegangen sind, was sie also wirklich gewollt haben“.³⁵

Festzuhalten ist, dass sich der neu geschaffene § 611a BGB inhaltlich fast vollständig mit der bisherigen Rechtsprechung deckt.

³⁰ BAG, Urt. v. 13.01.1983 – 5 AZR 149/82, NJW 1984,1985 (1986); Urt. v. 30.11.1994 – 5 AZR 704/93, NZA 1995, 622 (623).

³¹ BAG, Urt. v. 13.01.1983 – 5 AZR 149/82, NJW 1984,1985 (1986); Urt. v. 30.11.1994 – 5 AZR 704/93, NZA 1995, 622 (623).

³² BAG, Urt. v. 30.09.1998 – 5 AZR 563/97, NZA 1999, 374 (375); Urt. v. 15.02.2012 – 10 AZR 301/10, NJW 2012, 2903 (2904); Urt. v. 11.08.2015 – 9 AZR 98/14, NZA-RR 2016, 288 (289); Urt. v. 27.06.2017 – 9 AZR 851/16, NZA 2017, 1463 (1465); Urt. v. 21.11.2017 – 9 AZR 117/17, NZA 2018, 448 (450).

³³ BAG, Urt. v. 30.09.1998 – 5 AZR 563/97, NZA 1999, 374 (375); Urt. v. 15.02.2012 – 10 AZR 301/10, NJW 2012, 2903 (2904); Urt. v. 11.08.2015 – 9 AZR 98/14, NZA-RR 2016, 288 (289); Urt. v. 27.06.2017 – 9 AZR 851/16, NZA 2017, 1463 (1465); Urt. v. 21.11.2017 – 9 AZR 117/17, NZA 2018, 448 (450).

³⁴ BAG, Urt. v. 15.02.2012 – 10 AZR 301/10, NJW 2012, 2903 (2904).

³⁵ BAG, Urt. v. 11.08.2015 – 9 AZR 98/14, NZA-RR 2016, 288 (289); Urt. v. 27.06.2017 – 9 AZR 851/16, NZA 2017, 1463 (1465); Urt. v. 21.11.2017 – 9 AZR 117/17, NZA 2018, 448 (450).

b) Auslegung des § 611a BGB

Zum besseren Verständnis wird im Folgenden jeder Satz des § 611a BGB einzeln betrachtet und auf seine Bedeutung für die Definition des Arbeitnehmers hin überprüft. Durch diese Auslegung ist zu ermitteln, ob der § 611a BGB über die Kodifikation der Rechtsprechung hinaus Neuerungen bei der Definition des Arbeitnehmers mit sich bringt.

(1) § 611a Abs. 1 S. 1 BGB

In § 611a Abs. 1 S. 1 BGB wird festgehalten, dass der Arbeitnehmer durch den Arbeitsvertrag im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist. Diese Formulierung wird schon dem Grunde nach dahingehend kritisiert, dass der Begriff des Arbeitnehmers kein Status sei, sondern ein Dienstnehmer erst durch den Arbeitsvertrag zum Arbeitnehmer werde.³⁶ Weiter stellt sich die Frage, in welchem Verhältnis die (vier) einzelnen Merkmale stehen, mit welcher die Tätigkeit des Arbeitnehmers umschrieben wird. *Hromadka* kommt, unter Nachzeichnung der Entwicklung von Ansätzen zur Abgrenzung von Arbeitnehmern und Selbständigen, zu dem Ergebnis, dass die vier Kriterien „allesamt dasselbe“ meinen.³⁷ Dies führe dazu, dass die Kriterien: „im Dienste eines anderen, weisungsgebunden, fremdbestimmt und in persönlicher Abhängigkeit“, nicht kumulativ geprüft werden müssen. Vielmehr sei nur die Weisungsgebundenheit das maßgebliche Kriterium zur Abgrenzung von einer selbstständigen Tätigkeit. Aufgrund des Gesetzgeberwillens sei dabei allerdings eine Heranziehung der übrigen Kriterien als Auslegungshilfe für die Weisungsgebundenheit geboten.³⁸

Das Kriterium „im Dienste eines anderen“ verdeutlicht, dass es sich beim Arbeitsvertrag um einen Unterfall des Dienstvertrages handelt.³⁹

Preis widmet sich daher nur den anderen drei Merkmalen und betont, dass die persönliche Abhängigkeit bei dieser „Kriterientrias“ nur ein Oberbegriff sei.⁴⁰ Die persönliche Abhängigkeit habe keinen eigenständigen Bedeutungsgehalt und sei ein längst überholter Begriff.⁴¹ Die Einordnung als Arbeitnehmer folge vielmehr aus der Weisungsbindung oder aus der Fremdbestimmung der Arbeit.⁴² Wobei er darauf hinweist, dass sich dies noch nicht aus dem Wortlaut entnehmen lasse, sondern erst aus dem materiellen Bedeutungsgehalt der verschiedenen Kriterien folge. Zwar möge das Kriterium der Fremdbestimmtheit mit Blick auf die Wei-

³⁶ *Hromadka*, NZA 2018, 1583 (1583).

³⁷ *Hromadka*, NZA 2018, 1583 (1585).

³⁸ *Hromadka*, NZA 2018, 1583 (1585).

³⁹ Dazu auch: *Dütz/Thüsing*, Arbeitsrecht, § 2 Rn. 35; *Kamanabrou*, Arbeitsrecht, § 3 Rn. 99.

⁴⁰ *Preis*, NZA 2018, 817 (819); so auch *Roloff*, FS Preis, 2021, S. 1087 (1092), der zur Einordnung der persönlichen Abhängigkeit die typologische Methode heranzieht.

⁴¹ *ErfK/Preis*, § 611a BGB Rn. 33.

⁴² *ErfK/Preis*, § 611a BGB Rn. 33.

sungsbindung zunächst redundant wirken. Dieser Eindruck täusche aber, da die Fremdbestimmung viel mehr im Hinblick auf die Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation und damit durchaus als eigenes Merkmal zu verstehen sei.⁴³ Eine besondere Bedeutung komme der Fremdbestimmung als „Schlüsselbegriff“ zu, um bei neueren Arbeitsformen die Abhängigkeit erfassen zu können.⁴⁴ Konkret müsse es sich um eine Fremdbestimmung handeln, die dem Arbeitgeber als Vertragspartner zuzuordnen sei.⁴⁵ Dass die Weisungsbindung als „Kernbegriff“ eine besondere Bedeutung für die Definition des Arbeitnehmers hat, spiegelt sich auch im § 611a Abs. 1 BGB durch Regelungen in den ersten drei Sätzen wieder.⁴⁶ Die Weisungsbindung sei zudem das engere Kriterium, während die Fremdbestimmung als weiteres Kriterium auch Vertragsgestaltungen erfassen kann, die nicht dem klassischen Arbeitsverhältnis entsprechen.⁴⁷

Richardi hingegen führt an, dass das Weisungsrecht nicht immer zum Tragen komme, sondern es auch Fälle gebe, in denen es weder ein fachliches Weisungsrecht noch eine Weisungsgebundenheit nach Zeit und Ort gebe.⁴⁸ Als Beispiel nennt er Personen, die im künstlerischen oder geistigen Bereich beim Rundfunk oder Fernsehen arbeiten, bei welchen eine sonstige Fremdbestimmung der Arbeit ausreiche, obwohl offen sei, nach welchen Kriterien sich diese bestimmen ließe.⁴⁹ Allgemein sei daher vielmehr entscheidend, dass entsprechend § 611 BGB Dienste zugesagt werden, welche dann das Grundgerüst für ein Arbeitsverhältnis bildeten. Erst in einem zweiten Schritt könne dann geprüft werden, ob hinsichtlich dieser zugesagten Dienste ein Weisungsrecht bestehe.⁵⁰

Zudem sei die persönliche Abhängigkeit kein taugliches Kriterium für die Frage, ob ein Arbeitsverhältnis vorliegt. Dadurch werde nur deutlich, dass die wirtschaftliche Abhängigkeit gerade kein Merkmal sei, da sich diese erst aus einem Arbeitsverhältnis ergebe.⁵¹

Andere wiederum halten die persönliche Abhängigkeit für das wesentliche Kriterium des Arbeitnehmerbegriffs.⁵² Diese folge in Anlehnung an § 106 GewO

⁴³ *Preis/Temming*, Arbeitsrecht, § 8 Rn. 190; ebenso: *Wank*, AuR 2017, 140 (143), der von einer „organisatorischen Eingliederung“ spricht; ähnlich: Arbeitsrecht Handbuch / *Hund*, A. Grundlagen Rn. 38; aA *Henssler*, RdA 2017, 83 (85), der, da dieses Merkmal entgegen des ersten Referentenentwurfes, keinen Eingang in § 611a BGB gefunden hat, eine bewusste Abkehr von der Eingliederung als Indiz sieht.

⁴⁴ *ErfK/Preis*, § 611a BGB Rn. 43.

⁴⁵ *ErfK/Preis*, § 611a BGB Rn. 43.

⁴⁶ *ErfK/Preis*, § 611a BGB Rn. 33.

⁴⁷ *ErfK/Preis*, § 611a BGB Rn. 33.

⁴⁸ *Richardi*, NZA 2018, 974 (975).

⁴⁹ *Richardi*, NZA 2018, 974 (975); *Jauering/Mansel* § 611a BGB Rn. 3, sieht dort ebenfalls „größere Freiheiten“.

⁵⁰ *Richardi*, NZA 2018, 974 (975).

⁵¹ *Richardi*, NZA 2018, 974 (974).

⁵² *Dütz/Thüsing*, Arbeitsrecht, § 2 Rn. 36 a.A.: *Wank*, AuR 2017, 140 (146), der dieses Kriterium für „überflüssig“ hält.

aus einer „umfassenden rechtlichen Weisungsgebundenheit des Arbeitnehmers sowie seiner Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation“.⁵³

Es wird kritisiert, dass die Merkmale „im Dienste eines anderen“ und „zur Leistung verpflichtet“ redundant seien, da sich die Notwendigkeit ihres Vorliegens schon aus § 611 BGB ergeben würde.⁵⁴ Auch Wank sieht in der Weisungsbindung das vordergründige Merkmal, wobei er die fehlende teleologische Eingrenzung auf „unternehmerische Weisungen für eigene Rechnung“, als problematisch ansieht, woraus folge, dass nicht allein auf die vom Gesetzgeber allgemein gehaltene Weisungsbindung abgestellt werden könne.⁵⁵ Die Ergänzung der Weisungsgebundenheit „um den Aspekt der unternehmerischen Weisungen“ sei geboten, um eine teleologische Definition des Arbeitnehmerbegriffes zu gewährleisten.⁵⁶ Ohne diese Einschränkung könne nicht sichergestellt werden, dass „nur Weisungen, die die Schutzzwecke des Arbeitsrechts betreffen“ berücksichtigt werden.⁵⁷ Relevant würde dies nur in Zweifelsfällen, in denen es sich aufgrund fehlender bzw. geringer Weisungsbindung nicht um einen Arbeitnehmer handeln würde.⁵⁸ Diese Einordnung sei aber nur dann interessengerecht, wenn der Arbeitgeber nachweisen könne, dass der Arbeitnehmer nach dem Vertrag unternehmerisch unabhängig sei, also „die Möglichkeit zu unternehmerischen Entscheidungen auf eigene Rechnung“ habe.⁵⁹ Wichtig sei dabei, dass sich die wirtschaftliche Abhängigkeit, welche zu Bejahung der Arbeitnehmereigenschaft führen würde, aus dem Vertrag und der Durchführung von diesem ergeben müsse.⁶⁰ Ob eine solche Ergänzung der Weisungsbindung notwendig ist, wird sich bei der Betrachtung der Ausgestaltung von Leiharbeit und Crowdwork im Einzelnen zeigen.

Allen Ansätzen ist gemein, dass die Weisungsgebundenheit als (mitunter) maßgebliches Merkmal für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses gesehen wird. Dem ist zuzustimmen. Ob dieses Kriterium, wie es teilweise vertreten wird, für eine sinnvolle Auslegung noch Ergänzungen bedarf, ist im weiteren Verlauf dieser Arbeit zu untersuchen. Überzeugend erscheint es weiterhin, alternativ auch die Fremdbestimmtheit der Arbeit in Form der Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation zu prüfen. Dass diese beiden Kriterien nicht kumulativ, sondern nur alternativ vorliegen müssen, ist insbesondere im Hinblick auf die Erfassung von atypischen Beschäftigungsverhältnissen noch einmal hervorzuheben. Durch die Prüfung dieser Merkmale wird festgestellt, ob eine persönliche Abhängigkeit der tätigwerdenden

⁵³ Dütz/Thüsing, Arbeitsrecht, § 2 Rn. 36.

⁵⁴ Wank, AuR 2017, 140 (143).

⁵⁵ Wank, AuR 2017, 140 (143).

⁵⁶ Wank, AuR 2017, 140 (145 f.); dazu schon ausführlich: Ders., Arbeitnehmer und Selbständige, S. 149 f.

⁵⁷ Wank, AuR 2017, 140 (145); dazu auch schon: Ders., Arbeitnehmer und Selbständige, S. 149.

⁵⁸ Wank, AuR 2017, 140 (145).

⁵⁹ Wank, AuR 2017, 140 (145); Ders., Arbeitnehmer und Selbständige, S. 150.

⁶⁰ Wank, AuR 2017, 140 (145).