

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Band 63

# Der arbeitsrechtliche Status des freien Mitarbeiters

Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung des Arbeitnehmerbegriffs  
unter besonderer Berücksichtigung der freien Mitarbeiter  
bei Hörfunk und Fernsehen

Von

Dr. Ulrich Rosenfelder



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

**ULRICH ROSENFELDER**

**Der arbeitsrechtliche Status des freien Mitarbeiters**

**Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht**

**Band 63**

# Der arbeitsrechtliche Status des freien Mitarbeiters

Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung des Arbeitnehmerbegriffs  
unter besonderer Berücksichtigung der freien Mitarbeiter  
bei Hörfunk und Fernsehen

Von

Dr. Ulrich Rosenfelder



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten  
© 1982 Duncker & Humblot, Berlin 41  
Gedruckt 1982 bei Buchdruckerei A. Sayffaerth - E. L. Krohn, Berlin 61  
Printed in Germany  
ISBN 3 428 05177 7

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit ist im Wintersemester 1980/81 von der Juristischen Fakultät der Universität München als Dissertation angenommen und fast unverändert in Druck gegeben worden. Sie entstand während meiner Tätigkeit am Institut für Handels-, Wirtschafts- und Arbeitsrecht der Universität München.

Wesentliche Anregungen zur Themenwahl und Gestaltung erhielt ich vom Leiter des Instituts, Herrn Prof. Dr. Götz Hueck. Er ist mir beim Abfassen der Arbeit, über eine bloß fachliche Betreuung weit hinausgehend, in allen Belangen stets mit Rat und Hilfe zur Seite gestanden. Ihm fühle ich mich deshalb an erster Stelle zu Dank verpflichtet.

Dank schulde ich ferner dem Korreferenten, Herrn Prof. Dr. Werner Rother.

Es ist nicht möglich, an dieser Stelle alle diejenigen zu nennen, die zur Vollendung der Arbeit beigetragen haben. Besonders hervorheben möchte ich jedoch die ehemaligen Instituts-Kollegen Dr. Peter Deml, Prof. Dr. Dietrich von Stebut und Christian Schwarz. Sie haben mir durch ihre Bereitschaft zu geduldiger und engagierter Diskussion über schwierige Phasen der Ausarbeitung hinweggeholfen. Dafür möchte ich ihnen herzlich danken.

Mein Dank gilt schließlich Herrn Senator Prof. Dr. J. Broermann für die Aufnahme der Arbeit in die Schriftenreihe und die verlegerische Betreuung des Manuskripts.

Gesetzgebung, Rechtsprechung und Schrifttum sind bis zum 30. September 1981 berücksichtigt.

Planegg, im Mai 1982

*Ulrich Rosenfelder*



# Inhaltsverzeichnis

<b>Einleitung</b>	19
I. Problemstellung .....	19
II. Gegenstand .....	23
III. Gang der Arbeit .....	24
1. Kapitel	
<b>Rechtswirklichkeit und soziale Problematik der freien Mitarbeit im Kulturbereich</b>	26
I. Der freie Mitarbeiter — Begriff, rechtliche Bedeutung, Hauptpro- blemgruppe .....	26
1. Der Begriff des freien Mitarbeiters als Anknüpfungspunkt der Untersuchung .....	26
2. Rechtliche Bedeutung des Status eines freien Mitarbeiters .....	30
a) Grundsätzliche Nichtanwendbarkeit von Arbeitsrecht .....	31
b) Auswirkungen im Sozialrecht .....	32
c) Auswirkungen im Steuerrecht .....	34
d) Sonderstellung der arbeitnehmerähnlichen freien Mitarbeiter	34
3. Die ständigen freien Mitarbeiter der Rundfunkanstalten als Hauptproblemgruppe .....	35
II. Rechtstatsächliche Besonderheiten der freien Mitarbeit im Kultur- bereich .....	40
1. Wirtschaftliche Schwäche und wirtschaftliche Abhängigkeit .....	41
a) Wirtschaftliche Schwäche .....	41
b) Wirtschaftliche Abhängigkeit .....	43
2. Ungünstige Vertragssituation .....	43
3. Unsicherheit wegen uneinheitlicher Einschätzung der beruflichen Stellung .....	46



III. Interessenlage und rechtspolitische Forderungen .....	49
1. Interessengegensatz .....	50
a) Die Position der freien Mitarbeiter .....	50
b) Die Position der Auftraggeber .....	52
2. Konkrete rechtspolitische Forderungen .....	54
3. Die freien Mitarbeiter — verkappte Arbeitnehmer? .....	55

## 2. Kapitel

### **Der Arbeitnehmerbegriff im Widerstreit der Meinungen** 58

I. Das Merkmal der persönlichen Abhängigkeit .....	58
1. Ausgrenzungen .....	59
a) Unvereinbarkeit von persönlicher Abhängigkeit und werkvertraglicher Verpflichtung .....	60
b) Unmaßgeblichkeit der wirtschaftlichen Abhängigkeit .....	60
2. Konkretisierung des Merkmals .....	61
a) Persönliche Abhängigkeit und Eingliederung .....	62
b) Persönliche Abhängigkeit und Weisungsgebundenheit .....	64
c) Persönliche Abhängigkeit als offenes Merkmalsgefüge .....	69
II. Die Kritik an der herrschenden Meinung .....	74
1. Methodenkritik .....	75
a) Phänomenologische Methode der Begriffsgewinnung .....	75
b) Gesamtbeurteilung als intuitive Pauschalwertung .....	76
2. Vertragsrechtliche Kritik .....	79
a) Verstoß gegen den Grundsatz der Vertragsfreiheit .....	79
b) Rechtsformzwang und Kontrahierungszwang .....	81
c) Vertragsrechtliche Folgeprobleme .....	83
3. Ideologiekritische Einwände .....	84
4. Verfassungsrechtliche Einwände .....	85
III. Alternativmodelle der Begriffsbestimmung und Abgrenzung .....	86
1. Die „Vertragstheorie“ von Stolterfoht .....	87
a) Grundzüge und praktische Folgen .....	88
b) Kritik .....	89

2. Der „materiale Arbeitnehmerbegriff“ von Rancke .....	91
a) Grundzüge und praktische Folgen .....	91
b) Kritik .....	93
3. Der Arbeitnehmer als persönlich und wirtschaftlich abhängiger Dienstnehmer nach Buhl .....	95
a) Grundzüge und praktische Folgen .....	95
b) Kritik .....	96
4. Der Arbeitnehmer als verhinderter Unternehmer in der Konzep- tion von Lieb .....	97
a) Grundzüge und praktische Folgen .....	97
b) Kritik .....	100
5. Der Arbeitnehmer als sozial schutzbedürftiger und persönlich ab- hängiger Dienstnehmer im Modell von Beuthien/ Wehler .....	102
a) Grundzüge und praktische Folgen .....	102
b) Kritik .....	104
IV. Offene Fragen und Lösungsansatz .....	106
1. Offene Fragen .....	106
a) Die rechtliche Einordnung als Methodenproblem .....	106
b) Parteiwille und rechtliche Einordnung .....	109
2. Zusammenfassende Würdigung der Alternativmodelle .....	109
3. Grundlagen der Neustrukturierung des Arbeitnehmerbegriffs ..	111
a) Die Denkform des Typus als methodische Fundierung .....	111
b) Die soziale Schutzbedürftigkeit als leitender Wertungsge- sichtspunkt .....	113
c) Weiterführende Ansätze in der Rechtsprechung des BAG ....	114
d) Ausblick .....	115

### 3. Kapitel

#### **Die Statusbeurteilung des sogenannten freien Mitarbeiters**

I. Die rechtliche Zuordnung „typischer“ Gestaltungen .....	118
1. Das Auseinanderfallen zwischen objektiv verwirklichter und sub- jektiv bestimmter Rechtsform .....	119
2. Maßgeblichkeit der vereinbarten inhaltlichen Gestaltung .....	122
a) Unbeachtlichkeit pragmatischer Argumente .....	122

b)	Parteiwille und praktische Handhabung als Scheingegensatz	123
aa)	Die Rechtsprechung des BAG	123
bb)	Die einverständlich praktizierte Handhabung als konkludent vereinbarte Gestaltung	125
c)	Ersetzung der gewählten durch die passende Rechtsform: Kein Rechtsformzwang	128
aa)	Tatbestandsungebundene Rechtsfolgenwahl und zwingendes Recht	128
bb)	Die Rechtsformverfehlung — kein Nichtigkeitsgrund	131
3.	Kontrolle des Ergebnisses anhand möglicher Konfliktkonstellationen	134
a)	Der Beschäftigte wehrt sich gegen die fehlerhafte subjektive Einordnung als freier Mitarbeiter	135
b)	Der Beschäftigte beruft sich auf die fehlerhafte subjektive Einordnung als freier Mitarbeiter	138
c)	Der Beschäftigte beruft sich auf die fehlerhafte subjektive Qualifizierung als Arbeitnehmer	140
d)	Der Beschäftigte wehrt sich gegen die fehlerhafte subjektive Qualifizierung als Arbeitnehmer	142
4.	Dogmatische Behandlung der Fehlqualifizierung	143
a)	Falsa demonstratio	143
b)	Scheingeschäft	143
c)	Umgehungsgeschäft	144
d)	Unbeachtliche Verwahrung (protestatio facto contraria)	146
5.	Zusammenfassung	147
II.	Die rechtliche Zuordnung „atypischer“ Gestaltungen	148
1.	Wertungsunabhängige Lösungsansätze	150
a)	Parteiautonome Rechtsformwahl	150
b)	§ 12 a TVG und Definitionen in Tarifverträgen	154
c)	Dauerverpflichtung	155
aa)	Praxis und Schrifttum	155
bb)	Rechtsprechung des BAG	156
cc)	Stellungnahme	158
d)	Fehlen unternehmerischen Risikos	159
e)	Verkehrsanschauung	161
f)	Vergleich mit Festangestellten	161
2.	Der Wertungsgesichtspunkt der arbeitsrechtlichen sozialen Schutzbedürftigkeit	165
a)	Nicht entscheidende Aspekte	165

aa)	Weisungsgebundenheit und Eingliederung .....	166
bb)	Sozialer Status .....	166
cc)	Wirtschaftliche Abhängigkeit .....	170
b)	Fremdgestaltung der Arbeitsabläufe .....	171
aa)	Nähere Konkretisierung .....	171
bb)	Beschränkter arbeitsrechtlicher Aussagegehalt des Aspekts .....	174
cc)	Erforderlichkeit der dualistischen Konkretisierung der sozialen Schutzbedürftigkeit .....	176
c)	Arbeitskraftbindung .....	177
aa)	Irrelevante Gesichtspunkte .....	178
bb)	Fremdvorsorgewürdigkeit als Ansatzpunkt .....	182
cc)	Nähere Konkretisierung .....	184
3.	Grundlinien wertender Zuordnung .....	188
a)	Fremdgestaltung der Arbeitsabläufe und Arbeitskraftbindung als kumulative Kriterien .....	189
b)	Die Ermittlung der vereinbarten inhaltlichen Ausgestaltung ..	190
c)	Zur Feststellung der Fremdgestaltung der Arbeitsabläufe ...	192
aa)	Regelmäßige Anwesenheit an der Arbeitsstätte .....	192
bb)	Vorausschauend geplanter Einsatz der Arbeitskraft .....	194
cc)	Regelmäßige Teilnahme an Redaktionskonferenzen bei Rundfunkmitarbeitern .....	195
dd)	Dienstbereitschaft .....	196
ee)	Abhängigkeit von Apparat und Team .....	197
d)	Zur Feststellung der Arbeitskraftbindung .....	198
aa)	Zeitliche Erstreckung der Vertragsbindung und projektbezogene Mitarbeit .....	199
bb)	„Dauerrechtsverhältnis“ bei projektbezogener Mitarbeit in der Rechtsprechung des BAG .....	200
cc)	Keine automatische Gleichsetzung von Beschäftigungsperiode und Vertragsdauer .....	203
4.	Begriffliche Fixierung .....	205
a)	Prämissen .....	205
b)	Formulierungsvorschlag .....	207
5.	Dogmatische Behandlung der Rechtsformverfehlung .....	208
a)	Fehlerhafte Rechtsformbestimmung als unbeachtliche Verwahrung .....	208
b)	Zur Möglichkeit der Umgehung durch Gestaltungsmissbrauch .....	209
aa)	Ausgrenzung benachbarter Problemkreise .....	210
bb)	Der Umgehungstatbestand .....	211
c)	Fehlen der Umgehungsvoraussetzungen .....	212
aa)	Keine Abgrenzbarkeit der mißbilligten und der umgange- nen Gestaltung .....	212

bb) Keine normative Präferenz der Rechtsform des Arbeitsverhältnisses .....	213
(1) Keine Präferenz infolge objektiv-normativer Wertungen .....	213
(2) Keine Präferenz aus Gründen der Vertragsgerechtigkeit .....	215
cc) Keine Divergenz zwischen gesetzlichem Wortlaut und normativer Wertung .....	219
6. Vertragsinhaltsprobleme nach erfolgter Statuskorrektur .....	219
a) Grundsätzliche Weitergeltung der vereinbarten inhaltlichen Ausgestaltung .....	221
b) Folgeprobleme .....	223
c) Umgestaltung nach Treu und Glauben .....	225
7. Zusammenfassung .....	226

#### 4. Kapitel

#### **Sonderprobleme** 230

I. Geltung der Lösung auch im Rundfunkbereich .....	230
1. Abwechslungsbedürfnis und Arbeitnehmerstatus als Scheingegen-satz .....	231
a) Das rundfunkrechtliche Abwechslungsbedürfnis .....	231
b) Keine wechselseitige Präklusion von Abwechslungsbedürfnis und Arbeitnehmerstatus .....	232
c) Unmaßgeblichkeit anderer als rundfunkspezifischer Begründungen .....	234
2. Keine arbeitsrechtliche Bereichsausnahme für die Rundfunkanstalten .....	235
a) Das verfassungsrechtliche Gebot der Konkordanz zwischen Rundfunkfreiheit und Sozialstaatsprinzip .....	235
b) Das arbeitsrechtliche Instrumentarium zur Gewährleistung des Abwechslungsbedürfnisses .....	238
aa) Versetzung .....	238
bb) Personen- oder betriebsbedingte Kündigung .....	239
cc) Befristung .....	240
dd) Nutzung des Rechtsgedankens der §§ 118 BetrVG, 69 Abs. 4 Satz 4 BPersVG .....	245
3. Keine unmittelbare Verwirklichung des Sozialstaatsgrundsatzes durch den Richter .....	246
4. Zusammenfassung .....	247

II. Statuskorrektur und Mitwirkungsrechte von Betriebsrat oder Personalvertretung .....	249
1. Statuskorrektur und Einstellungsbegriff .....	249
2. Mitbestimmungsrecht und Tendenzschutz bei Einstellungen ...	251
3. Individualrechtliche Folgen des Unterlassens der Beteiligung ..	253
a) Normalfall der Einstellung .....	253
b) Sonderfall der nachträglichen Statuskorrektur .....	256
4. Voraussetzungen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses wegen fehlender Beteiligung .....	259
a) Aufhebungsverlangen von Betriebsrat oder Personalvertretung	259
b) Materielle Berechtigung des Aufhebungsverlangens .....	262
5. Zusammenfassung .....	265
III. Zulässigkeit der Statusklage .....	266
1. Die Bestimmtheit des Feststellungsantrags .....	267
2. Das Feststellungsinteresse .....	269

5. Kapitel

**Zur partiellen Einbeziehung wirklicher freier Mitarbeiter in das Arbeitsrecht** .....

272

I. Partielle Einbeziehung der arbeitnehmerähnlichen Personen kraft Gesetzes .....	274
1. Die gesetzlichen Regelungen .....	274
a) Überblick .....	274
b) Unterschiedliche Klarheit der Regelungen .....	277
2. Die begriffliche Problematik .....	278
a) Arbeitnehmerähnlichkeit und wirtschaftliche Abhängigkeit ..	278
b) Wirtschaftliche Abhängigkeit und soziale Typik .....	279
aa) Die soziale Typik als Korrektiv .....	280
bb) Kritik .....	283
c) Arbeitnehmerähnlichkeit als Wertungserfordernis .....	285
aa) Die arbeitnehmerähnliche soziale Schutzbedürftigkeit als begriffskonstitutiver Wertungsgesichtspunkt .....	285
bb) Nähere Konkretisierung .....	286
d) Einzelfragen .....	288
aa) Mögliche Vertragsformen .....	289
bb) Hohe Vergütung .....	290

cc) Sonstiges Einkommen .....	291
dd) Uneinheitlichkeit der Regelungen .....	292
3. Zusammenfassung .....	293
II. Möglichkeiten und Grenzen der weiteren Erstreckung von Arbeitsrecht auf sozial schutzbedürftige freie Mitarbeiter .....	294
1. Methodische Prämissen .....	295
a) Systemzwang des geltenden Rechts .....	295
b) Grundsätzlich keine Analogie .....	296
c) Erweiterung durch gesetzübersteigende Rechtsfortbildung ..	298
2. Einzelne Regelungsbereiche .....	300
a) Fürsorge- und Treuepflichten .....	300
b) Insolvenzsicherung .....	304
c) Betriebsverfassungs- und Personalvertretungsrecht .....	306
d) Einzelne Schutzkomplexe als Ausprägungen der Fürsorgepflicht .....	308
aa) Bestandsschutz .....	309
bb) Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall .....	312
cc) Mutterschutz .....	314
dd) Arbeitszeitschutz .....	316
ee) Weitere Schutzkomplexe .....	316
3. Zusammenfassung .....	317
<b>Zusammenfassung und Ergebnisse</b>	<b>319</b>
<b>Literaturverzeichnis</b>	<b>326</b>
<b>Entscheidungsregister</b>	<b>345</b>
<b>Sachverzeichnis</b>	<b>356</b>

## Abkürzungsverzeichnis

a. A.	= anderer Ansicht
AcP	= Archiv für civilistische Praxis (Band, Jahr, Seite)
a. F.	= alte Fassung
AFG	= Arbeitsförderungsgesetz
AGB	= Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	= Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
AGB-Gesetz	
AktG	= Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien (Aktiengesetz)
AngKündG	= Gesetz über die Fristen für die Kündigung von Angestellten
AO	= Abgabenordnung
AP	= Arbeitsrechtliche Praxis (Entscheidungssammlung), Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts
ArbG	= Arbeitsgericht
ArbGG	= Arbeitsgerichtsgesetz
Ar-Blattei	= Arbeitsrechts-Blattei
ArbPlSchG	= Gesetz über den Schutz des Arbeitsplatzes bei Einberufung zum Wehrdienst (Arbeitsplatzschutzgesetz)
ArbSichG	= Gesetz über Betriebsärzte, Sicherheitsingenieure und andere Fachkräfte für Arbeitssicherheit
ARD	= Arbeitsgemeinschaft der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten der Bundesrepublik Deutschland
ARS	= Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts und der Landesarbeitsgerichte (ab 1934: Arbeitsrechts-Sammlung — Band, Seite)
ARSt.	= Arbeitsrecht in Stichworten. Arbeitsrechtliche Entscheidungssammlung (Jahr, Seite)
AÜG	= Gesetz zur Regelung der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung (Arbeitnehmerüberlassungsgesetz)
AuR	= Arbeit und Recht. Zeitschrift für Arbeitsrechtspraxis (Jahr, Seite)
AVG	= Angestelltenversicherungsgesetz
AZO	= Arbeitszeitordnung
BABl.	= Bundesarbeitsblatt (Jahr, Seite)
BAG	= Bundesarbeitsgericht
BAT	= Bundes-Angestelltentarifvertrag
BAVAV	= Bundesanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung (jetzt: Bundesanstalt für Arbeit)
BB	= Der Betriebs-Berater (Jahr, Seite)
BBiG	= Berufsbildungsgesetz
Bearb.	= Bearbeiter
BetrAVG	= Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung
BetrVG	= Betriebsverfassungsgesetz v. 15. 1. 1972
BfA	= Bundesanstalt für Arbeit
BFH	= Bundesfinanzhof
BFHE	= Entscheidungen des Bundesfinanzhofs
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	= Bundesgesetzblatt (Teil, Seite)



BGH	= Bundesgerichtshof
BGHZ	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Band, Seite)
BKartA	= Bundeskartellamt
Bl.	= Blatt (Blätter)
BlStSozArbR	= Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht (Jahr, Seite)
BPersVG	= Bundespersonalvertretungsgesetz
BR	= Bayerischer Rundfunk
BRAO	= Bundesrechtsanwaltsordnung
BR-Drucksache	= Drucksachen des Deutschen Bundesrates (Nummer, Jahr, Seite)
Breithaupt	= Sammlung von Entscheidungen auf dem Gebiete der Sozialversicherung, Versorgung und Arbeitslosenversicherung, herausgegeben v. Breithaupt
BSG	= Bundessozialgericht
BSGE	= Entscheidungen des Bundessozialgerichts (Band, Seite)
BStBl.	= Bundessteuerblatt (Jahr, Teil, Seite)
BT-Drucksache	= Drucksachen des Deutschen Bundestags (Wahlperiode, Nummer, Seite)
BUrlG	= Mindesturlaubsgesetz für Arbeitnehmer (Bundesurlaubsgesetz)
BVerfG	= Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	= Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Band, Seite)
BVerwG	= Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	= Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (Band, Seite)
CDU	= Christlich-Demokratische Union (Deutschlands)
CSU	= Christlich-Soziale Union
DAngVers.	= Die Angestelltenversicherung. Zeitschrift der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte (Jahr, Seite)
DB	= Der Betrieb (Jahr, Seite)
DBetrVerf.	= Die Betriebsverfassung (Jahr, Seite)
DGB	= Deutscher Gewerkschaftsbund
d. h.	= das heißt
Die AG	= Die Aktiengesellschaft. Zeitschrift für das gesamte Aktienwesen (Jahr, Seite)
DÖV	= Die Öffentliche Verwaltung (Jahr, Seite)
DRiZ	= Deutsche Richterzeitung (Jahr, Seite)
DStR	= Deutsche Steuer-Rundschau (Jahr, Seite)
DStZ	= Deutsche Steuer-Zeitung (Ausgabe, Jahr, Seite)
ebd.	= ebenda
Entsch.	= Entscheidung
Erg.	= Ergänzung
Erl.	= Erläuterung(en)
EstG	= Einkommensteuergesetz
EzA	= Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht (Hrsg. Stahlhacke)
FDP	= Freie Demokratische Partei (Deutschlands)
FeiertagsLohnzG	= Gesetz zur Regelung der Lohnzahlung an Feiertagen
FuR	= Film und Recht (Jahr, Seite)
GewMH	= Gewerkschaftliche Monatshefte (Jahr, Seite)
GewO	= Gewerbeordnung
GG	= Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GK	= Gemeinschaftskommentar

GmbH	= Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	= Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GS	= Großer Senat
GWB	= Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz)
HAG	= Heimarbeitsgesetz
HGB	= Handelsgesetzbuch
h. L.	= herrschende Lehre
h. M.	= herrschende Meinung
IfP	= Institut für Projektstudien/Hamburg
IG	= Industriegewerkschaft
i. S.	= im Sinne
i. V. m.	= in Verbindung mit
JArbSchG	= Gesetz zum Schutze der arbeitenden Jugend (Jugendarbeitsschutzgesetz)
JuS	= Juristische Schulung (Jahr, Seite)
JW	= Juristische Wochenschrift (Jahr, Seite)
JZ	= Juristenzeitung (Jahr, Seite)
Kfz	= Kraftfahrzeug
KG	= Kammergericht
KO	= Konkursordnung
KSchG	= Kündigungsschutzgesetz
KSVG	= Künstlersozialversicherungsgesetz
KVLG	= Gesetz über die Krankenversicherung der Landwirte
LAG	= Landesarbeitsgericht
lit.	= litera
LM	= Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs, herausgegeben v. Lindenmeier, Möhring und anderen
LohnfortzG	= Gesetz über die Fortzahlung des Arbeitsentgelts im Krankheitsfall (Lohnfortzahlungsgesetz)
LS.	= Leitsatz (Leitsätze)
LZ	= Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht (Jahr, Seite)
m. a. W.	= mit anderen Worten
MitbestG	= Mitbestimmungsgesetz
MuSchG	= Gesetz zum Schutze der erwerbstätigen Mutter (Mutterschutzgesetz)
NDR	= Norddeutscher Rundfunk
n. F.	= neue Fassung
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift (Jahr, Seite)
NZfA	= Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (Jahr, Spalte)
o. g.	= oben genannt
OHG, oHG	= Offene Handelsgesellschaft
OLG	= Oberlandesgericht
PersV	= Die Personalvertretung, Fachzeitschrift für Personalvertretungen und Dienststellen (Jahr, Seite)
R.	= Rückseite
RAG	= Reichsarbeitsgericht
RdA	= Recht der Arbeit (Jahr, Seite)
RFFU	= Rundfunk-Fernseh-Film-Union in der Gewerkschaft Kunst (DGB)
RGBl.	= Reichsgesetzblatt (Teil, Seite)

RGRK	= Reichsgerichtsrätekommentar
Rspr.	= Rechtsprechung
RuF	= Rundfunk und Fernsehen (Jahr, Seite)
RVO	= Reichsversicherungsordnung
Rz.	= Randziffer(n)
SAE	= Sammlung Arbeitsrechtlicher Entscheidungen (Jahr, Seite)
SchwBG	= Gesetz zur Sicherung der Eingliederung Schwerbehinderter in Arbeit, Beruf und Gesellschaft (Schwerbehindertengesetz)
SGB	= Sozialgesetzbuch
SozR	= Sozialrecht, bearbeitet von den Richtern des Bundessozialgerichts
SPD	= Sozialdemokratische Partei Deutschlands
SZ	= Süddeutsche Zeitung (Datum, Seite)
TVG	= Tarifvertragsgesetz
UFITA	= Archiv für Urheber-, Film-, Funk- und Theaterrecht (Band, Jahr, Seite)
UStG	= Umsatzsteuergesetz
u. U.	= unter Umständen
VersR	= Versicherungsrecht. Juristische Rundschau für die Individualversicherung (Jahr, Seite)
VS	= Verband Deutscher Schriftsteller
VVG	= Gesetz über den Versicherungsvertrag
WDR	= Westdeutscher Rundfunk
WM	= Wertpapier-Mitteilungen. Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht (Jahr, Seite)
WuW	= Wirtschaft und Wettbewerb (Jahr, Seite)
WuW/E	= Wirtschaft und Wettbewerb. Entscheidungssammlung zum Kartellrecht
ZAS	= Zeitschrift für Arbeitsrecht und Sozialrecht (Jahr, Seite)
ZBIHR	= Zentralblatt für Handelsrecht (Jahr, Seite)
ZDF	= Zweites Deutsches Fernsehen
ZfA	= Zeitschrift für Arbeitsrecht (Jahr, Seite)
ZfSozialreform	= Zeitschrift für Sozialreform (Jahr, Seite)
ZHR	= Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (Band, Jahr, Seite)
ZPO	= Zivilprozeßordnung
ZRP	= Zeitschrift für Rechtspolitik (Jahr, Seite)
z. T.	= zum Teil
ZVersWiss.	= Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft (Jahr, Seite)
ZZP	= Zeitschrift für Zivilprozeß (Band, Jahr, Seite)

# Einleitung

## I. Problemstellung

Seit einiger Zeit ist in unserer Gesellschaft eine Veränderung der Sozialstruktur zu beobachten, die zu einer erheblichen Verunsicherung der Rechtsprechung, insbesondere der Arbeits- und Sozialgerichte, zu heftigen Kontroversen in Rechtswissenschaft und -praxis und schließlich auch zu gesetzgeberischen Maßnahmen geführt hat. Es handelt sich dabei um die Bestrebungen eines beträchtlichen Teils der als freie Mitarbeiter oder Freiberufler bezeichneten Erwerbstätigen mit dem Ziel der Einbeziehung dieses Personenkreises in die sozialen Schutzrechtssysteme, vor allem das Arbeitsrecht. Anscheinend haben die soziale und wirtschaftliche Situation vieler „Freien“, ihre soziologische Ähnlichkeit mit den unselbständig Beschäftigten<sup>1</sup> sowie eine gleichartige Interessenlage bei beiden Gruppen von Erwerbstätigen<sup>2</sup> bewirkt, daß sich Teile der freien Mitarbeiter und Freiberufler auf dem Weg zum Arbeitnehmer<sup>3</sup> befinden. Zu dieser Entwicklung dürften nicht zuletzt der konjunkturelle Einbruch in den Jahren 1973 und 1974 sowie ein dadurch begünstigter Abbau mittelständisch und künstlerisch geprägter Freiheits-Ideologien<sup>4</sup> beigetragen haben.

<sup>1</sup> Dazu für den Bereich der freien Mitarbeit in den Kulturberufen: *Fohrbeck / Wiesand / Woltereck* S. 70 ff., 109 ff. und öfter; *Fohrbeck / Wiesand*, Autorenreport, S. 251 ff. und öfter; *dieselben*, Künstler-Report, S. 155 ff., 284 ff. und öfter; *Wiesand* S. 212 ff. und öfter; — sozialwissenschaftliche Erkenntnisse über den Bereich der Vermittlerberufe berücksichtigen u. a.: *Hirsch* S. 186 ff.; *Ballerstedt* in Festschrift Haemmerle S. 13 ff.; *Schwerdtner*, BIStSozArbR 1972 S. 17 ff.; *Plander*, RdA 1973 S. 234 ff.; *M. Rehbinder*, Tankstellenvertrag; *derselbe*, Kantinenpachtvertrag; *Nippold*; — der sozialwissenschaftliche Ansatz ist besonders stark ausgeprägt bei *Rancke* S. 115 ff. und AuR 1979 S. 9 ff., ebenso bei *Deneke*, Die freien Berufe, und *demselben*, Klassifizierung.

<sup>2</sup> *Maus*, RdA 1968 S. 367 (374); *Kunze* S. 60 f.; *Ady*, FuR 1974 S. 91 (94); — entschieden bestritten hinsichtlich der freien Mitarbeiter der Rundfunkanstalten unter Anführung konkreter Beispiele aus der Praxis von *Utthoff / Deetz / Brandhofe / Nöh* S. 139 ff., 143.

<sup>3</sup> *Maus*, RdA 1968 S. 367 (370 Fn. 20); *Rancke* S. 24 und passim; zur sozioökonomischen Annäherung beider Gruppen von Beschäftigten vgl. ferner: *Schüller*, Ordo Bd. XIX (1968) S. 171 (244 ff., 246, 248); *Gerschel*, FuR 1973 S. 538 (539 f.); *Woltereck*, AuR 1973 S. 129; *Zeuner*, RdA 1975 S. 84 (85); *Fohrbeck / Wiesand / Woltereck* S. 103 ff., 135 ff.

<sup>4</sup> *Buhl* S. 20 erwähnt die „romantischen Klischees“ der Künstler; *Stolterfoht* S. 31 ff. kritisiert das Leitbild des „Königlichen Kaufmanns“; ebenso *Rancke* S. 102 f.

Diesem Drang zum Arbeitnehmerstatus war die arbeitsrechtliche Dogmatik allem Anschein nach nicht gewachsen. Denn der über Jahrzehnte hinweg nahezu unangefochten tradierte<sup>5</sup> und im wesentlichen als geklärt angesehene<sup>6</sup> Arbeitnehmerbegriff des Inhalts, daß Arbeitnehmer ist, wer aufgrund privatrechtlichen Vertrags in persönlicher Abhängigkeit Arbeit leistet<sup>7</sup>, ist im Gefolge der geschilderten Bestrebungen in eine Krise geraten<sup>8</sup>.

Das zeigt zum einen die vielberufene, seit etwa 1974 auf die Arbeits-, aber auch Sozialgerichte zurollende und nur langsam abebbende Welle von Feststellungsklagen, mit denen freie Mitarbeiter vor allem im Kulturbereich versuchen, eine Festanstellung als Arbeitnehmer zu erlangen<sup>9</sup>.

Zum anderen spiegeln die von der herkömmlichen Definition des Arbeitnehmerbegriffs abweichenden Begriffsbestimmungen in der Literatur<sup>10</sup> die Zerrissenheit der Arbeitsrechtswissenschaft in bezug auf diesen Grundbegriff wider. Das ist um so mißlicher, als die Anwendung arbeitsrechtlicher Normen — ob sie nun aus gesetzestechnischen Gründen<sup>11</sup> an den Begriff des Arbeitnehmers oder denjenigen des Arbeitsverhältnisses anknüpfen — voraussetzt, daß an dem zu beurteilenden Lebenssachverhalt ein Arbeitnehmer „direkt oder indirekt beteiligt ist“<sup>12</sup>.

<sup>5</sup> So *Lieb*, Arbeitsrecht, § 1 I 1 S. 1.

<sup>6</sup> So noch *Schaub*, Arbeitsrechtshandbuch, 3. Auflage 1977, S. 28; ebenso *Siebert*, BB 1949 S. 746; *Löhr* S. 46.

<sup>7</sup> Statt aller *Hueck / Nipperdey* I § 9 II S. 35 mit Nachweisen aus der älteren Rspr.; s. u. 2. Kapitel Fn. 5, 6.

<sup>8</sup> *Stolterfoht*, DB 1973 S. 1068 (1069); *Lieb*, ZVersWiss. 1976 S. 207 (209); *Ossenbühl* S. 60; Zweifel an der Aussagekraft des herkömmlichen Arbeitnehmerbegriffs schon bei *Haemmerle* S. 40; vgl. auch *Hueck / Nipperdey* I § 9 III 3 S. 43; *Nikisch* I § 1 II 1 S. 6; *Hueck*, KSchG, § 1 Rz. 5, 6; *Mayer-Maly*, Erwerbsabsicht, S. 7; *derselbe*, ZAS 1966 S. 2; *Schnorr*, Anm. zu BAG AP Nr. 6 zu § 611 BGB Abhängigkeit, zu I., Bl. 284 R.; *Galperin*, SAE 1968 S. 75; — zum herkömmlichen Arbeitnehmerbegriff und zur Kontroverse um das Abgrenzungsmerkmal der persönlichen Abhängigkeit s. u. 2. Kapitel I 2; zur Kritik am überkommenen Arbeitnehmerbegriff aus neuerer Zeit s. u. 2. Kapitel II.

<sup>9</sup> Näheres dazu bei *Buhl* S. 33 f.; Zahlenangaben auch bei *Rancke* S. 139 Fn. 130; vgl. auch *Bitter*, RdA 1978 S. 24 ff.; *Fohrbeck / Wiesand / Woltereck* S. 44 Fn. 76 rechneten 1976 noch mit mindestens 1000, höchstens 2000 „festanstellungsverdächtigen“ freien Mitarbeitern der Rundfunk- und Fernsehanstalten; *Utthoff / Deetz / Brandhofe / Nöh* S. 8 Tabelle 1 nennen die Zahl von 553 „Festanstellungsklagen“ freier Mitarbeiter im Bereich der ARD in den Jahren 1973 - 1978.

<sup>10</sup> Dazu s. u. 2. Kapitel III.; ferner *Fohrbeck / Wiesand / Woltereck* S. 170.

<sup>11</sup> *Zöllner* § 4 IV S. 42.

<sup>12</sup> *Hueck / Nipperdey* I § 9 I S. 34, wo allerdings vom zu beurteilenden „Tatbestand“ die Rede ist; wie hier *Buhl* S. 1; vgl. auch *Nikisch* I § 1 I 2 S. 4.

Die Ursachen dieser Auflösungserscheinungen sind vielschichtig und können hier nur angedeutet werden. Nur scheinbar ist die Krise allein dem Fehlen einer gesetzlichen Definition des allgemeinen Arbeitnehmerbegriffs zuzuschreiben. Denn Rechtsprechung, Wissenschaft und vor allem Praxis sind jahrzehntelang trotz dieses Defizits gut zurechtgekommen, wohl in dem intuitiven Gefühl, es sei evident, welcher Beschäftigte der Rechtskategorie der Arbeitnehmer zuzuordnen ist. Offenbar ist dieser allgemeine Konsens der Rechtsunterworfenen darüber, wer als Arbeitnehmer zu gelten hat<sup>13</sup>, verlorengegangen<sup>14</sup>. Den Gründen für das Schwinden dieser allseits konsentierten Rechtsüberzeugung sind also die Ursachen für die Krise des Arbeitnehmerbegriffs zu entnehmen.

Entscheidend ist in diesem Zusammenhang die zunehmende Lösung des Arbeitsrechts von seiner historischen Fixierung auf die Zielgruppen der an einem bestimmten Arbeitsplatz im Betrieb tätigen, auf unbestimmte Dauer zur Vollzeitarbeit verpflichteten Fabrikarbeiter und einfachen Büroangestellten<sup>15</sup>. Über diese „klassischen“ Arbeitnehmerbereiche hinaus hat sich die Rechtsform des Arbeitsverhältnisses auch für hochqualifizierte und hochbesoldete Arbeit durchgesetzt<sup>16</sup> mit der Folge, daß die an den historischen Zielgruppen orientierten überkommenen Kriterien ihre Evidenz zum Teil einbüßten. Der auch heute noch — vor allem in der sozialrechtlichen Praxis — beschrittene Ausweg, den Arbeitnehmerbegriff funktionsspezifisch abzugrenzen, d. h. ihm bestimmte Tätigkeitsarten oder Berufe zuzuordnen, muß gerade an der ungeheuren Spannweite der Sachverhalte, die das Arbeitsrecht zu regeln hat, scheitern<sup>17</sup>.

---

<sup>13</sup> Lieb, ZVersWiss. 1976 S. 207 (209) unter Berufung auf *Stolterfoht* S. 100.

<sup>14</sup> In Kreisen der Praxis erhofft man sich deshalb eine Lösung des Problems der Abgrenzung des Arbeitnehmerbegriffs von dem inzwischen im Vorstadium des Gesetzgebungsverfahrens steckengebliebenen neuen Arbeitsgesetzbuch; vgl. *Fohrbeck / Wiesand / Wolterek* S. 167; — der Entwurf eines Arbeitsgesetzbuchs — Allgemeines Arbeitsvertragsrecht — der Arbeitsgesetzbuchkommission läßt in § 1 den Arbeitnehmerbegriff als Anknüpfungspunkt für den persönlichen Geltungsbereich des Gesetzes offen; in § 3 Satz 2, 1. Halbsatz des Entwurfs wird bestimmt, daß sich der Arbeitnehmer durch den Arbeitsvertrag verpflichtet, „die vereinbarte Arbeit unter Leitung und nach Weisung des Arbeitgebers zu leisten“.

<sup>15</sup> Deutlich *Hueck / Nipperdey* I § 3 III 1 S. 11; zur geschichtlichen Entwicklung vgl. ferner z. B. *Nikisch* I § 2 II S. 15 ff.; *Zöllner* § 3 S. 24 ff., alle mit zahlreichen Nachweisen.

<sup>16</sup> Lieb, RdA 1977 S. 210 (213) unter Berufung auf *Herschel*, UFITA Bd. 36 (1962) S. 115 (117); *Herschel*, Freier Beruf, S. 28.

<sup>17</sup> Tätigkeitsspezifische Abgrenzungen enthalten z. B. die sogenannten *Mainzer Grundsätze* zur Sozialversicherung der Mitarbeiter des ZDF, mitgeteilt in DAngVers. 1970 S. 220 ff., auf denen spätere Abgrenzungskataloge der Sozialversicherungsträger aufbauen, sowie die Vereinbarung zwischen der BfA, den Allgemeinen Ortskrankenkassen und den Rundfunkanstalten