

Freier Mitarbeiter oder Arbeitnehmer?

Von Ulf Berger-Delhey, Bonn und Klaus Alfmeier, Bochum

Zentrale Bedeutung für die systematische Abgrenzung des Arbeitsrechts kommt dem Begriff des Arbeitsverhältnisses zu, worunter die Gesamtheit der durch einen Arbeitsvertrag zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer begründeten Rechtsbeziehungen zu verstehen ist. Da der Arbeitsvertrag ein Unterfall des Dienstvertrages ist, gelten für diese beiden Vertragstypen zwar grundsätzlich gleichermaßen die §§ 611 ff. BGB ebenso wie die allgemeinen Vorschriften des BGB über Nichtigkeit und Anfechtung, wenn auch mit gewissen Einschränkungen. Nur für Arbeitsverträge allerdings gilt das arbeitsrechtliche Sonderrecht, also insbesondere Tarif- und Kündigungsschutzrecht sowie das Arbeitsgerichtsgesetz. Wegen der erheblichen Konsequenzen, die deshalb mit der Frage verbunden sind, welchem Vertragstypus ein Beschäftigungsverhältnis zuzuordnen ist, versucht der folgende Beitrag einen Überblick über diejenigen Kriterien zu geben, deren sich die Rechtsprechung zur Abgrenzung bedient.

I. Das Problem

Die Frage¹, ob im Einzelfall ein Arbeits- oder ein Dienstvertrag vorliegt, ist gleichbedeutend mit der Frage, ob auf Grund des Vertrages fremdbestimmte oder selbständige Arbeit zu leisten ist, so daß dem Arbeitnehmerbegriff entscheidende Bedeutung zukommt². Arbeitnehmer wiederum ist, wer auf privatrechtlicher Grundlage im Dienste eines anderen zur Arbeit verpflichtet ist³. Hingegen erbringt der freie Mitarbeiter seine Dienstleistungen, ohne daß regelmäßig ein festes, dauerndes Beschäftigungsverhältnis vorliegt⁴. Derartige Dienstverträge sind nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit (§§ 241, 305 BGB⁵) auch ohne weiteres zulässig; sie finden ihre Grenze allerdings dort, wo die Parteien ein sich nach seiner tatsächlichen Ausgestaltung bei objektiver Wertung als Arbeitsverhältnis ausweisendes Beschäftigungsverhältnis sachlich unrichtig einordnen, da sich der Arbeitgeber sonst leicht zwingender arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften entziehen könnte⁶.

Entscheidender Umstand für die Abgrenzung eines Arbeitsverhältnisses vom Rechtsverhältnis eines freien Mitarbeiters ist die persönliche Abhängigkeit⁷. Da es dafür aber keine abstrakten, für alle Arbeitnehmer gleichermaßen geltenden Kriterien gibt, müssen vor allem die Eigenarten der jeweiligen Tätigkeit berücksichtigt werden⁸. Aus der Vielzahl möglicher Merkmale gibt es dabei freilich ebensowenig ein Einzelmerkmal, das unverzichtbar vorliegen müßte, wollte man von persönlicher Abhängigkeit sprechen⁹, wie es auch kein Kriterium für Abhängigkeit gibt, das nicht gelegentlich bei freien Mitarbeitern erfüllt ist¹⁰. Bei der Abgrenzung abhängiger Beschäftigung von freier Mitarbeit sind deshalb die das jeweilige Rechtsverhältnis prägenden charakteristischen Merkmale gegeneinander abzuwägen, wie sie sich aus dem Inhalt des Beschäftigungsvertrages sowie der praktischen Durchführung

und Gestaltung der Vertragsbeziehungen ergeben¹¹. Dabei ist ein Beschäftigter dann nicht mehr als freier Mitarbeiter anzusehen, wenn die überwiegenden Merkmale seiner Tätigkeit ein Gesamtbild ergeben, das nach der Verkehrsschauung ein Arbeitsverhältnis kennzeichnet¹². Dessen ungeachtet ist es im Einzelfall oft nicht einfach festzustellen, wann die persönliche Abhängigkeit einen Grad erreicht hat, der ein Beschäftigungsverhältnis als Arbeitsverhältnis qualifiziert¹³.

II. Zeitliche, örtliche und fachliche Weisungsgebundenheit

Weisungsgebundenheit ist ein besonders wichtiger Hinweis auf persönliche Abhängigkeit bei der Arbeit¹⁴. Wenn im einzelnen gesagt werden muß, wann er wo und wie lange zu arbeiten habe, ist Arbeitnehmer¹⁵. Demgegenüber kann ein freier Mitarbeiter seine Tätigkeit und Arbeitszeit im wesentlichen frei bestimmen (vgl. § 84 I 2 HGB¹⁶)¹⁷.

Persönliche Abhängigkeit wird begründet, wenn einem Mitarbeiter vorgeschrieben wird, wann er seine Tätigkeit ausüben habe¹⁸, auch wenn der zeitliche Umfang allein, in dem sich ein Mitarbeiter zu Dienstleistungen verpflichtet, grundsätzlich nichts darüber aussagt, unter welchen Bedingungen diese Dienste zu leisten sind und ob dies zu einer persönlichen Abhängigkeit führt¹⁹. Allerdings weist die Möglichkeit, die Arbeitszeit frei einteilen zu können, allgemein auf freie Mitarbeit hin²⁰. In diesem Sinne „frei“ ist ein Mitarbeiter im übrigen auch dann, wenn ihm für die Erledigung seiner Aufgaben zwar Termine gesetzt, die Fristen dabei jedoch so bemessen werden, daß er seine

1) Überblick bei *Schaub*, Arbeitsrechts-Hdb., 6. Aufl. (1987), § 36 I m. w. Nachw.; ausf. u. a. *Becker*, Die freie Mitarbeit, 1982; *Hübner*, Freie Mitarbeiter in den Rundfunkanstalten, 1973, und *Rosenfelder*, Der arbeitsrechtliche Status des freien Mitarbeiters, 1982; w. Nachw. zur Lit. bei *Schaub*, § 8 I 1 in Fußn. 1.

2) *Schaub* (o. Fußn. 1), § 36 I 2; vgl. dort auch zum Streitstand zur Eingliederungs- und zur Vertragstheorie.

3) *LAG Berlin*, LAGE § 611 BGB – Arbeitnehmerbegriff – Nr. 9.

4) *Hunold*, in: *Spiegelhalter* (Hrsg.), Arbeitsrechtslexikon, Stand: Oktober 1989, Stichwort 189 – Freie Mitarbeit.

5) Bürgerliches Gesetzbuch v. 18. 8. 1896 (RGBl, 195), zuletzt geändert durch Gesetz zur Reform der gesetzlichen Rentenversicherung – Rentenreformgesetz 1992 (RRG 1992) – v. 8. 12. 1989 (BGBl I, 2261).

6) *BAG*, AP § 611 BGB – Abhängigkeit – Nr. 21 = *EzA* § 611 BGB – Arbeitnehmerbegriff – Nr. 9 = *NJW* 1977, 2287.

7) *BAG*, BB 1990, 779.

8) *BAGE* 30, 163 = *AP* § 611 BGB – Abhängigkeit – Nr. 26 = *EzA* § 611 BGB – Arbeitnehmerbegriff – Nr. 17.

9) *BAG*, AP § 611 BGB – Abhängigkeit – Nr. 15 m. Anm. *Beuthien-Wehler* = *EzA* § 611 BGB – Arbeitnehmerbegriff – Nr. 1.

10) *BAG*, AP § 611 BGB – Abhängigkeit – Nr. 34 m. Anm. *Küchenhoff*, *Otto* u. *Wank* = *EzA* § 611 BGB – Arbeitnehmerbegriff – Nr. 21.

11) *BAG*, AP § 611 BGB – Abhängigkeit – Nr. 45 = *EzA* § 611 BGB – Arbeitnehmerbegriff – Nr. 30.

12) *BSGE* 45, 199 = *AP* § 611 BGB – Abhängigkeit – Nr. 27 = *SozR* 2200 § 1297 Nr. 8.

13) *BAG*, AP § 611 BGB – Abhängigkeit – Nr. 10 m. Anm. *G. Hueck* = *AuR* 1973, 280, 381; 1974, 188 m. Anm. *Wolterek* = *SAE* 1974, 67 m. Anm. *Herschel*.

14) *LAG Berlin*, AP § 611 BGB – Abhängigkeit – Nr. 44 = *EzA* § 611 BGB – Arbeitnehmerbegriff – Nr. 29 = *LAGE* § 611 BGB – Arbeitnehmerbegriff – Nr. 5.

15) *BAG*, AP § 611 BGB – Abhängigkeit – Nr. 45.

16) Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1987 (RGBl 219), zuletzt geändert durch Gesetz zur Durchführung der EG-Richtlinie zur Koordinierung des Rechts der Handelsvertreter v. 23. 10. 1989 (BGBl I, 1910).

17) *BAG*, BB 1990, 779.

18) *BAGE* 36, 77 = *AP* § 611 BGB – Abhängigkeit – Nr. 38 m. Anm. *Stumpf* = *SAE* 1982, 271 (*Häuser*).

19) *BAGE* 39, 329 = *AP* § 611 BGB Abhängigkeit – Nr. 32 = *EzA* § 611 BGB – Arbeitnehmerbegriff – Nr. 25.

20) *BAG*, AP § 611 BGB – Abhängigkeit – Nr. 28 = *EzA* § 611 BGB – Arbeitnehmerbegriff – Nr. 18.

Arbeitszeit innerhalb dieses vorgegebenen Zeitraums nach eigenen Vorstellungen und Bedürfnissen gestalten kann²¹. Eine andere Beurteilung ist freilich bei Terminaufträgen geboten, bei denen der Zeitraum zwischen Auftragserteilung und Erledigung gerade zur Ausführung reicht und der Mitarbeiter somit keine Dispositionsmöglichkeit mehr hat²².

Während freie Mitarbeiter die Arbeitsstätte frei wählen können, werden Arbeitnehmer zumeist angewiesen, an welchem Orte sie ihre Arbeitsleistung zu erbringen haben²³. Jedoch gibt es insbesondere im Journalismus durchaus auch unselbständig Arbeitende, die ihre Arbeit an zum Teil beliebigen Orten leisten können²⁴. Deshalb kann nicht allein auf persönliche Abhängigkeit infolge örtlicher Weisungsgebundenheit geschlossen werden, wenn bestimmte Tätigkeiten wie z. B. die Berichterstattung über Veranstaltungen, typischerweise nur an einem bestimmten Ort erbracht werden können²⁵.

Nur geringe Bedeutung kommt der fachlichen Weisungsgebundenheit als Kriterium für die Beurteilung des Grades persönlicher Abhängigkeit zu²⁶. Zwar spricht es grundsätzlich für ein Arbeitsverhältnis, wenn Mitarbeiter fachlichen Weisungen unterworfen sind²⁷. Andererseits kann es aber bei einzelnen Arbeitnehmergruppen durchaus an der fachlichen Weisungsgebundenheit überhaupt fehlen²⁸. Nicht nur an Spezialisten vieler qualifizierter Berufe sind fachliche Weisungen allenfalls begrenzt möglich²⁹. Auch auf geistigem oder künstlerischem Gebiet, wo von den Mitarbeitern in besonderem Maße Eigeninitiative und schöpferische Fähigkeiten erwartet werden, gibt es viele Arbeitnehmer, die einer fachlichen Weisungsgebundenheit weitgehend entzogen sind³⁰.

III. Eingliederung in den Betrieb

Die persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers wird besonders durch seine Eingliederung in den Betrieb des Arbeitgebers – verbunden mit dessen Weisungsrecht – deutlich³¹. Dabei kann das Weisungsrecht, insbesondere bei Diensten höherer Art, oftmals eingeschränkt und zur funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozeß verfeinert sein, ohne daß dies etwas an der Arbeitnehmer-eigenschaft des Beschäftigten änderte³². Kennzeichen der Abhängigkeit ist nämlich, daß der in die fremde Arbeitsorganisation eingegliederte Arbeitnehmer seine Arbeitskraft anders als der freie Mitarbeiter nicht in eigener Verantwortung nach selbstgesetzten Zielen und den Bedürfnissen des Marktes verwerten kann³³.

Leicht zu erkennen ist die sogenannte faktische Eingliederung. Wer regelmäßig zu festen Arbeitszeiten am Arbeitsort zu erscheinen hat, um seine Arbeitsleistung dort zumeist anderen Personen nachgeordnet zu erbringen, ist grundsätzlich Arbeitnehmer³⁴. Allerdings ist ein Mitarbeiter nicht schon dann faktisch in den Betrieb eingegliedert, wenn er die ihm übertragenen Aufgaben aus eigenem Antriebe in den Räumen seines Auftraggebers verrichtet, weil dies z. B. der günstigste und am wenigsten zeitaufwendige Weg ist³⁵. Die Eingliederung in den Betrieb muß aber nicht notwendig in tatsächlicher Hinsicht erfolgen, sondern kann auch auf der Einordnung in die betriebliche Organisation beruhen³⁶; selbst Mitarbeiter, die nicht nach Zeit bzw. Ort oder durch Weisung festgelegt sind, können durchaus in den Betriebsablauf eingegliedert sein³⁷. Betriebliche Eingliederung kann z. B. durch das Angewiesensein auf den technischen Apparat des Auftraggebers bewirkt sein³⁸, aber auch auf der Notwendigkeit ständiger enger Zusammenarbeit mit anderen Mitarbeitern beruhen,

soweit diese die persönliche Abhängigkeit zur Folge haben kann³⁹.

Ein besonderes Problem bildet die sogenannte Abrufarbeit, wiewohl es Beschäftigungsverhältnisse, bei denen der Beschäftigte in wechselndem Umfang, möglicherweise auch in zeitlich ungewöhnlichen Abständen, jeweils nach Bedarf des Abrufenden zum Einsatz kommt, keineswegs erst gibt, seit § 4 BeschFG 1985⁴⁰ die Mindestbedingungen für Bedarfsarbeitsverhältnisse regelte⁴¹. Ein Grad persönlicher Abhängigkeit, der auf ein Arbeitsverhältnis schließen läßt, liegt insoweit jedenfalls in den Fällen vor, in denen sich ein Beschäftigter in ständiger Bereitschaft halten und dabei gegebenenfalls auch andere Verdienstmöglichkeiten außer acht lassen muß, damit der Auftraggeber jederzeit auf ihn zurückgreifen kann⁴². Diese ständige Dienstbereitschaft, die für den Betroffenen noch verpflichtender ist, als es eine vereinbarte feste Arbeitszeit wäre, kann dabei vertraglich bedungen sein⁴³, aber auch in der praktischen Handhabung der Vertragsbeziehung wurzeln, wobei es insoweit allein darauf ankommt, daß sich die Parteien auf eine kontinuierliche Mitarbeit verständigten, nicht hingegen darauf, wie es zur Verrichtung der einzelnen Dienste jeweils kommt⁴⁴. Das Maß persönlicher Abhängigkeit illustrieren besonders deutlich Fälle, in denen die ständige Abrufbereitschaft infolge organisatorischer Maßnahmen des Auftraggebers für den störungsfreien Betriebsablauf unverzichtbar ist⁴⁵. Demgegenüber liegt ein freies Mitarbeiterverhältnis vor, wenn dem Mitarbeiter trotz grundsätzlichlicher Dienstbereitschaft die Freiheit bleibt, einzelne Arbeitseinsätze ohne Gefahr für die weitere Zusammenarbeit ablehnen zu können⁴⁶.

IV. Maß der Beschäftigung

Obleich sich aus Umfang und Dauer einer Beschäftigung die rechtliche Einordnung eines Beschäftigungsverhältnisses nicht zwingend herleiten läßt, kann deren Maß doch einen Hinweis auf den Grad persönlicher Abhängigkeit des jeweiligen Mitarbeiters geben⁴⁷. Grundsätzlich sagt der zeitliche Umfang, in dem sich ein Mitarbeiter zu Dienstleistungen verpflichtet, allerdings nichts darüber

21) BAG, AP § 611 BGB – Abhängigkeit – Nr. 24 m. Anm. *Riepenhausen* = EzA § 611 BGB – Arbeitnehmerbegriff – Nr. 15.

22) BAG, AP § 611 BGB – Abhängigkeit – Nr. 35 mit Anm. *Otto u. Wank* = EzA § 611 BGB – Arbeitnehmerbegriff – Nr. 22.

23) BAG, BB 1990, 779.

24) BAG, AP § 611 BGB – Abhängigkeit – Nr. 34.

25) BAG, AP § 611 BGB – Abhängigkeit – Nr. 45.

26) LAG Berlin, LAGE § 611 BGB – Arbeitnehmerbegriff – Nr. 9.

27) BAG, AP § 611 BGB – Abhängigkeit – Nr. 21.

28) BAG, AP § 611 BGB – Abhängigkeit – Nr. 20 m. Anm. *Beuthien-Wehler* = EzA § 611 BGB – Arbeitnehmerbegriff – Nr. 6 = SAE 1977, 113 m. Anm. *Lieb*.

29) BAG, AP § 611 BGB – Abhängigkeit – Nr. 34.

30) BAG, AP § 611 BGB – Abhängigkeit – Nr. 26.

31) BSC, AP § 611 BGB – Abhängigkeit – Nr. 11.

32) LAG Berlin, LAGE § 611 BGB – Arbeitnehmerbegriff – Nr. 9.

33) BAG, AP § 611 BGB – Abhängigkeit – Nr. 34.

34) LAG Berlin, AP § 611 BGB – Abhängigkeit – Nr. 44.

35) BAG, Urt. v. 24. 10. 1984 – 5 AZR 346/83, unveröff.

36) BAG, AP § 611 BGB – Abhängigkeit – Nr. 34.

37) BAG, AP § 611 BGB – Abhängigkeit – Nr. 26.

38) BAG, BB 1990, 779.

39) BAG, AP § 611 BGB – Abhängigkeit – Nr. 21.

40) Gesetz über arbeitsrechtliche Vorschriften zur Beschäftigungsförderung – Art. 1 Beschäftigungsförderungsgesetz 1985 (BeschFG 1985) – v. 26. 4. 1985 (BGBl I, 710), inzwischen durch Gesetz zur Verlängerung beschäftigungsfördernder Vorschriften – Beschäftigungsförderungsgesetz 1990 (BeschFG 1990) – bis zum 31. 12. 1995 verlängert.

41) LAG Köln, LAGE § 611 BGB – Arbeitnehmerbegriff – Nr. 10.

42) BAGE 25, 505 = AP § 611 BGB – Abhängigkeit – Nr. 12 m. Anm. *Lieb* = EzA § 611 BGB – Abhängigkeit – Nr. 16 m. Anm. *Gamillscheg* = SAE 1974, 248 m. Anm. *Mayer-Maly*.

43) BAG, AP § 611 BGB – Abhängigkeit – Nr. 35.

44) BAG, AP § 611 BGB – Abhängigkeit – Nr. 36 m. Anm. *Otto u. Wank*.

45) BAG, AP § 611 BGB – Abhängigkeit – Nr. 21.

46) BAG, BB 1990, 779.

47) LAG Berlin, AP § 611 BGB – Abhängigkeit – Nr. 44.

aus, unter welchen Bedingungen diese Dienste zu leisten sind und ob sie zu einer persönlichen, für das Arbeitsverhältnis typischen Abhängigkeit führen⁴⁸. Nicht jeder, der seine Arbeitskraft seinem Vertragspartner für eine bestimmte Zeit zur Verfügung zu stellen hat, ist also deshalb schon Arbeitnehmer⁴⁹. Ist ein Beschäftigter aber in einem zeitlichen Umfang tätig, der die Arbeitsleistung eines Vollbeschäftigten übersteigt, so zeigt sich darin üblicherweise, daß er ausschließlich in diesem einen Beschäftigungsverhältnis steht, ohne Nebenbeschäftigungen ausüben zu können⁵⁰. Weil er im Gegensatz zum freien Mitarbeiter über seine Arbeitskraft nicht wie ein Unternehmer disponieren kann, befindet sich ein dergestalt Beschäftigter in einer so ausgeprägten persönlichen Abhängigkeit, wie sie nur für Arbeitnehmer typisch ist⁵¹. Nicht verkannt werden darf in diesem Zusammenhang freilich, daß auch Teilzeitbeschäftigte in persönlicher Abhängigkeit für andere tätig sein können, wie das bei Doppelarbeitsverhältnissen sogar häufig der Fall ist⁵². Andererseits ist es für ein Arbeitsverhältnis erforderlich – und auch genügend –, daß der Betreffende überhaupt, wenngleich in geringem Umfang, verpflichtet ist, weisungsgebundene Arbeit zu leisten, dem Arbeitgeber also ein Verfügungsrecht über einen Teil der Arbeitskraft zusteht⁵³.

Auch längere Dauer einer Beschäftigung besagt für sich allein noch nicht, daß ein Arbeitsverhältnis vorliegt⁵⁴. Geht die vertragliche Bindung der Parteien allerdings über die Abwicklung einzelner Aufträge hinaus und werden ständig wiederkehrende Dienste geschuldet, liegt eine Dauerrechtsbeziehung vor, die nach allgemeinen Kriterien darauf zu prüfen ist, ob freie Mitarbeiterschaft oder ein Arbeitsverhältnis vorliegt⁵⁵. Führt ein Beschäftigter z. B. über Jahre hinweg tägliche Routinearbeiten aus, ist es nach allgemeiner Lebenserfahrung unwahrscheinlich, daß dies außerhalb eines Arbeitsverhältnisses geschieht⁵⁶. Wird jemand aber nur in zeitlichen Abständen immer wieder bei einzelnen Projekten eingesetzt, ohne daß in den dazwischen liegenden Zeiträumen über seine Arbeitszeit und Kraft verfügt wird, ist zunächst zu prüfen, ob er während seiner Mitwirkung am jeweiligen Projekt als Arbeitnehmer einzustufen war, und nur wenn dies zu bejahen ist, ob derartige Begrenzungen nach den von der Rechtsprechung entwickelten, zur Befristung von Arbeitsverhältnissen maßgeblichen Grundsätzen sachlich gerechtfertigt waren⁵⁷.

V. (Un-)Gleichbehandlung

Ein gewichtiges Kriterium für die Beurteilung des rechtlichen Status eines Beschäftigten kann die Behandlung vergleichbarer Mitarbeiter sein⁵⁸. Beschäftigt ein Arbeitgeber z. B. in einem bestimmten Sektor sowohl – festangestellte – Arbeitnehmer als auch freie Mitarbeiter, ist die Behandlung zu vergleichen, die der Arbeitgeber beiden Gruppen angedeihen läßt⁵⁹. Ergibt sich bei Gesamtwürdigung der Tätigkeit eines Beschäftigten im Vergleich zu seinen festangestellten Kollegen dabei kein wesentlicher Unterschied, vermag dies bereits für sich allein einen Grund zu bilden, den Arbeitnehmerstatus zuzusprechen⁶⁰. Die in tatsächlicher Hinsicht einheitliche Behandlung geschlossener Personenkreise läßt eben eine unterschiedliche rechtliche Behandlung kaum zu⁶¹.

VI. Rechtsumgehung

Mitunter werden Beschäftigungsverträge als freie Mitarbeiterverträge bezeichnet, obwohl den Parteien mehr oder weniger bewußt ist, daß ein Arbeitsverhältnis mit der

es charakterisierenden persönlichen Abhängigkeit begründet wird⁶². Der Einsatz freier Mitarbeiter ist jedoch nur zulässig, wenn ein sachlicher Grund die Wahl dieser Vertragsform rechtfertigt, wobei auf die Üblichkeit im Arbeitsleben abzustellen ist; ob also gerade für Tätigkeiten der fraglichen Art üblicherweise freie Mitarbeiter beschäftigt werden⁶³. Fehlt es an einem solchen Sachgrund, muß sich der Auftraggeber so behandeln lassen, als hätte er mit dem Beschäftigten einen Arbeitsvertrag geschlossen⁶⁴.

VII. Unternehmerisches Risiko

Der Umstand, ob ein unternehmerisches Risiko, also die Beteiligung an Gewinn und Verlust, besteht, kann wesentliches Indiz für freie Mitarbeiterschaft sein, wenn ihm – gewissermaßen als Kehrseite – größere Freiheiten korrespondieren, den Arbeitsablauf zu gestalten und das Maß des Einsatzes der eigenen Arbeitskraft zu bestimmen⁶⁵. Anders als der Arbeitnehmer trägt deshalb grundsätzlich der freie Mitarbeiter das Risiko, ohne Einkünfte zu bleiben, falls keine Tätigkeit für ihn anfällt. Allerdings wird ein Beschäftigter, den die Ausgestaltung seines Beschäftigungsverhältnisses als Arbeitnehmer ausweist, allein durch zusätzliche Belastung mit dem Entgeltrisiko nicht schon zum selbständig tätigen freien Mitarbeiter⁶⁶. Typisch für eine selbständige Tätigkeit ist aber der Einsatz eigenen Kapitals⁶⁷, denn wer eigenes Kapital mit dem Risiko einsetzt, es durch seine Tätigkeit zu vermehren oder es dabei zu verlieren, ist kaum Arbeitnehmer⁶⁸. Andererseits kennzeichnet ein unternehmerisches Risiko keineswegs jeden, sondern nur denjenigen wirtschaftlichen Einsatz, bei dem der Erfolg ungewiß ist⁶⁹.

VIII. Formalien

Der betrieblichen Praxis, in der Mitarbeiterverhältnisse ihre vertragliche und tatsächliche Gestaltung erfahren, sind die formalen Anzeichen abhängiger Beschäftigung in aller Regel geläufig. Diese mitunter zufallsbedingten, in jedem Falle aber beliebig abänderbaren Umstände werden deshalb zwar nicht als eigenständige Abgrenzungsmerkmale für persönliche Abhängigkeit oder Selbständigkeit eines Beschäftigten bewertet⁷⁰, bei Statusfeststellungen aber unterstützend herangezogen⁷¹. Mit anderen Worten: Während ihr Fehlen grundsätzlich keine Auswirkungen

48) BAG, AP § 611 BGB – Abhängigkeit – Nr. 32.

49) BAG, AP § 611 BGB – Abhängigkeit – Nr. 38.

50) BAG, AP § 611 BGB – Abhängigkeit – Nr. 20.

51) BAG, AP § 611 BGB – Abhängigkeit – Nr. 16 m. Anm. *Beuthien-Wehler* = EzA § 611 BGB – Arbeitnehmerbegriff – Nr. 2.

52) LAG Berlin, LAGE § 611 BGB – Arbeitnehmerbegriff – Nr. 6.

53) BAG, AP § 611 BGB – Abhängigkeit – Nr. 12.

54) BAG, Urt. v. 24. 10. 1984 – 5 AZR 356/83, unveröff.

55) BAGE 41, 247 = AP § 611 BGB – Abhängigkeit – Nr. 42 m. Anm. *Herschel* = EzA § 611 BGB – Arbeitnehmerbegriff – Nr. 26 = NJW 1984, 1985.

56) BAG, AP § 611 BGB – Abhängigkeit – Nr. 17 m. Anm. *Beuthien-Wehler* = EzA § 611 BGB – Arbeitnehmerbegriff – Nr. 3 = SAE 1977, 118 (*Schnorr v. Carolsfeld*).

57) BAG, AP § 611 BGB – Abhängigkeit – Nr. 34.

58) BAG, Urt. v. 24. 10. 1984 – 5 AZR 364/83, unveröff.

59) BAG, AP § 611 BGB – Abhängigkeit – Nr. 20.

60) BAG, AP § 611 BGB – Abhängigkeit – Nr. 17.

61) BAG, AP § 611 BGB – Abhängigkeit – Nr. 10.

62) BAG, AP § 611 BGB – Abhängigkeit – Nr. 21.

63) BAGE 25, 505.

64) BAGE 25, 505.

65) BSG, AP § 611 BGB – Abhängigkeit – Nr. 29.

66) BSG, AP § 611 BGB – Abhängigkeit – Nr. 29.

67) BSGE 45, 199.

68) BSGE 36, 262.

69) BSGE 35, 20 = AP § 539 RVO Nr. 5 = SozR § 539 RVO Nr. 34.

70) BAG, AP § 611 BGB – Abhängigkeit – Nr. 20.

71) LAG Berlin, LAGE § 611 BGB – Arbeitnehmerbegriff – Nr. 9.

für die rechtliche Beurteilung eines Beschäftigungsverhältnisses zeitigen, kann ihr Vorhandensein in Zweifelsfällen Bedeutung erlangen. Hierzu zählen z. B. Art der Vergütung, Abführung von Steuern und Sozialabgaben, Gewährung von Entgeltfortzahlung, Vertretungsregelungen, Nebentätigkeits- und Wettbewerbsverbote, Führen von Personalakten und dergleichen mehr⁷². So deutet es auf Arbeitnehmerereignis hin, wenn ein nach Stunden, Wochen oder Monaten bemessenes festes Entgelt gezahlt wird und regelmäßige oder unregelmäßige Sondervergütungen gewährt werden, die üblicherweise nur Arbeitnehmer erhalten, also z. B. Sozialleistungen, betriebliche Beihilfen, Prämien und Gratifikationen. Dagegen spricht eine Vergütung erbrachter Leistungen nach Rechnungsstellung für freie Mitarbeit, insbesondere wenn der Rechnungsbeitrag zuzüglich Mehrwertsteuer ausgewiesen ist oder, wie bei den freien Berufen üblich, Honorare nach festen Gebührenvorschriften bemessen werden. Lohnsteuer und Beiträge zur Sozialversicherung sind für Arbeitnehmer als in abhängiger Stellung tätige Personen abzuführen. Die Beachtung dieser Pflicht ist mithin ein Indiz dafür, daß der Betreffende Arbeitnehmer und nicht freier Mitarbeiter ist; in jedem Falle wird aber daran die Absicht der Parteien deutlich, ein Arbeitsverhältnis eingehen zu wollen. Auch die Fortzahlung der vereinbarten Vergütung bei Krankheit oder sonstigem unverschuldetem Arbeitsausfall sowie die Gewährung von Erholungsurlaub bei Entgeltfortzahlung sind Anzeichen dafür, daß ein Arbeitsverhältnis gewollt ist und bestehen soll. Hingegen steht die Möglichkeit, nach Belieben Hilfskräfte einsetzen und gegebenenfalls auch einen Vertreter schicken zu können, Arbeitnehmern typischerweise nicht zu. Die Verpflichtung zu persönlicher Dienstleistung weist daher grundsätzlich auf abhängige Beschäftigung hin. Zu beachten ist jedoch, daß diese Verpflichtung abbedungen werden kann, so daß selbst eine Vereinbarung, im Falle der Verhinderung eine Ersatzkraft zu stellen, nicht zwingend für ein freies Mitarbeiterverhältnis spricht. Auch die Untersagung, Nebentätigkeiten nachzugehen, seien sie allgemeiner oder branchenbezogener Natur, deutet auf persönliche Abhängigkeit bei der Arbeit hin, ebenso wie ein Wettbewerbsverbot für die Zeit nach Beendigung der Mitarbeit typisches Zeichen dafür sein kann, daß es sich bei dem betreffenden Mitarbeiter um einen Arbeitnehmer handelt (vgl. § 74 HGB). Andererseits ist zu beachten, daß etwa bei speziellen Zulieferern, im Bereich der Datenverarbeitung oder bei Handelsvertretern durchaus Interesse daran bestehen kann, während ihrer Tätigkeit erlangte Kenntnisse und Fähigkeiten Wettbewerbern nicht unmittelbar nutzbar zu machen. Derartige Vertragsverhältnisse werden aber durch Vereinbarung von Wettbewerbsverboten keinesweges zu Arbeitsverhältnissen. Für freie Mitarbeiter bedarf es üblicherweise auch keiner umfangreichen Personalverwaltung. Meistens werden lediglich Abrechnungsverzeichnisse, nicht aber detaillierte Unterlagen über persönliche Verhältnisse notwendig sein. Wer hingegen Personalakten für Mitarbeiter anlegt und führt, gibt zu erkennen, daß dergestalt aktenmäßig erfaßte Mitarbeiter zumindestens nach seiner Vorstellung auch abhängig sein sollen. Zu ergänzen bleibt schließlich, daß auch sonstigen äußeren Umständen wie dem Stellen von Arbeitsmaterialien und Arbeitsgeräten, der Zuweisung eines Schreibtisches zur ständigen oder gelegentlichen Benutzung, der Aufnahme des Namens in betriebsinterne Telefonverzeichnisse und der Zuweisung eines eigenen Fachs für die Betriebspost grundsätzlich keine eigenständige Bedeutung, wohl aber in Zweifelsfällen eine gewisse verstärkende Indizwirkung zukommt.

IX. Parteiwille

Entsprechend dem Grundsatz der Vertragsfreiheit entscheidet zunächst der Wille der Parteien über die Zuordnung einer Vertragsgestaltung zur Gruppe der Arbeitnehmer oder derjenigen der freien Mitarbeiter⁷³. Dieser Parteiwille kann sich aus ausdrücklichen Erklärungen, aber auch aus der praktischen Handhabung der Vertragsbeziehungen ergeben, soweit sie Rückschlüsse auf den Willen der Vertragsparteien zulassen⁷⁴. Nicht selten sind sich die Parteien zu Beginn ihrer vertraglichen Beziehungen darüber einig, nur das Rechtsverhältnis eines freien Mitarbeiters mit einem geringeren Grad persönlicher Abhängigkeit begründen zu wollen. Bildet sich dann im Laufe der Zusammenarbeit aber eine stärkere persönliche Abhängigkeit des Mitarbeiters heraus, ändert sich auch das Rechtsverhältnis⁷⁵, denn bei der rechtlichen Einordnung von Beschäftigungsverhältnissen ist nicht die von den Parteien gewählte Bezeichnung maßgebend, sondern die tatsächliche Durchführung des Vertrages⁷⁶. Steht der erklärte Wille der Vertragsparteien mit den objektiven Tatsachen nicht in Einklang, kann sich der Dienstberechtigte nicht darauf berufen, keine arbeitsvertraglichen Beziehungen zu dem Mitarbeiter gewollt zu haben⁷⁷. Der Grundsatz der Vertragsfreiheit findet seine Grenze nämlich dort, wo die Parteien ein Beschäftigungsverhältnis, das sich nach tatsächlicher Ausgestaltung und objektiver Wertung als Arbeitsverhältnis ausweist, sachlich unrichtig als freies Mitarbeiterverhältnis einordnen⁷⁸.

72) Vgl. nur *Schaub* (o. Fußn. 1), § 36 I m. w. Nachw.

73) *LAG Berlin*, LAGE § 611 BGB – Arbeitnehmerbegriff – Nr. 9.

74) *BAGE* 41, 247.

75) *BAG*, AP § 611 BGB – Abhängigkeit – Nr. 21.

76) *BAGE* 30, 163.

77) *LAG Berlin*, AP § 611 BGB – Abhängigkeit – Nr. 44.

78) *BAG*, AP § 611 BGB – Abhängigkeit – Nr. 21.