

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Band 354

Die Anwendbarkeit des Arbeitsrechts auf Spitzenverdiener

**Eine Untersuchung zur Berücksichtigung wirtschaftlicher Kriterien
bei der Anwendung des Arbeitsrechts am Beispiel
des Lizenzfußballers und unter Beachtung des Unionsrechts**

Von

Alexander Wagner



Duncker & Humblot · Berlin

ALEXANDER WAGNER

Die Anwendbarkeit des Arbeitsrechts auf Spitzenverdiener

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Matthias Jacobs, Hamburg

Prof. Dr. Rüdiger Krause, Göttingen

Prof. Dr. Sebastian Krebber, Freiburg

Prof. Dr. Thomas Lobinger, Heidelberg

Prof. Dr. Markus Stoffels, Heidelberg

Prof. Dr. Raimund Waltermann, Bonn

Band 354

Die Anwendbarkeit des Arbeitsrechts auf Spitzenverdiener

Eine Untersuchung zur Berücksichtigung wirtschaftlicher Kriterien
bei der Anwendung des Arbeitsrechts am Beispiel
des Lizenzfußballers und unter Beachtung des Unionsrechts

Von

Alexander Wagner



Duncker & Humblot · Berlin

Gedruckt mit Unterstützung des Förderungsfonds Wissenschaft der VG WORT.

Die Juristische Fakultät der Julius-Maximilians-Universität Würzburg
hat diese Arbeit im Sommersemester 2018 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2019 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Druck: CPI buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0582-0227
ISBN 978-3-428-15660-3 (Print)
ISBN 978-3-428-55660-1 (E-Book)
ISBN 978-3-428-85660-2 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meinen Eltern

Vorwort

Das Manuskript der vorliegenden Untersuchung wurde im Sommersemester 2018 von der Juristischen Fakultät der Julius-Maximilians-Universität Würzburg als Dissertation angenommen; die mündliche Prüfung fand am 11. Juni 2018 statt. Die Arbeit wurde im November 2018 mit dem Promotionspreis der Juristischen Fakultät der Julius-Maximilians-Universität Würzburg ausgezeichnet. Rechtsprechung und Literatur konnten bis Ende September 2017 berücksichtigt werden – dies in der Hoffnung, dass die Bedeutung der vorliegenden Untersuchung trotz ihrer Aktualität vor allem auch im Grundsätzlichen liegt.

Danken möchte ich zunächst meinem Doktorvater und Erstgutachter Herrn Professor Dr. Christof Kerwer für die hervorragende Betreuung dieser Arbeit und dafür, dass er mit seinem Streben nach Perfektion eine Quelle der Inspiration für mich war – auch und gerade dann, als der neu eingeführte § 611a BGB nochmals umfangreiche Änderungen am Manuskript erforderlich machte. Herrn Professor Dr. Dr. Christoph Weber danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Ganz besonderer Dank gilt aber meiner Familie, die mich seit jeher und in jeder Hinsicht unterstützt hat. Insbesondere danke ich meinen Eltern, die mir Ausbildung, Studium, Promotion und Vieles mehr ermöglicht haben, sowie meiner Frau Verena für ihre immerwährende gute Laune und Unterstützung in allen Lebenslagen.

Würzburg, im Dezember 2018

Alexander Wagner

Inhaltsübersicht

§ 1 Einleitung	23
A. Allgemeine Problemstellung	23
B. Besonderheiten der Lizenzfußballer	28
C. Ziel und Gang der Untersuchung	33
<i>1. Kapitel</i>	
Die Anwendbarkeit des Arbeitsrechts auf Spitzenverdiener auf der Grundlage des herrschenden Arbeitnehmerbegriffes	
	36
§ 2 Lizenzfußballer als Arbeitnehmer nach dem herrschenden Arbeitnehmer- begriff	37
A. Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur	37
B. Bestimmung der Arbeitnehmereigenschaft der Lizenzfußballer anhand der Kriterien des herrschenden Arbeitnehmerbegriffes	40
C. Ergebnis	69
§ 3 Alternative Ansätze der Literatur und ihre Vereinbarkeit mit dem herrschenden Arbeitnehmerbegriff	70
A. Unternehmerrisiko als Ausschlusskriterium der Arbeitnehmereigenschaft	70
B. Möglichkeit einer privatautonomen Vereinbarung über die Arbeitnehmereigenschaft: Statusvereinbarung	97
C. Exkurs: Lizenzspieler als leitende Angestellte i. S. d. BetrVG?	112
§ 4 Zusammenfassung und Würdigung des Ergebnisses	115
A. Zusammenfassung	115
B. Würdigung des Ergebnisses und Fortgang der Untersuchung	116
<i>2. Kapitel</i>	
Die grundsätzliche Berücksichtigungsfähigkeit wirtschaftlicher Kriterien bei der Anwendung des Arbeitsrechts	
	119
§ 5 Die Verwendung wirtschaftlicher Begriffe im Kontext der Arbeitnehmereigenschaft	124
A. Vorbemerkungen	125
B. Verwendung wirtschaftlicher Begriffe im Gesetzesrecht	127
C. Präzisierung von Verhältnis, Inhalt und Zusammenhang der im Gesetz verwendeten Begriffe	138
D. Ergebnis	178

§ 6 Methodenorientierte Untersuchung der Anwendungsvoraussetzungen des Arbeitsrechts	180
A. Vorbemerkungen zur Methode	181
B. Betrachtung des Wortlauts	182
C. Systematische Betrachtung	185
D. Historische Betrachtung	255
E. Teleologische Betrachtung	309
F. Ergebnis	355
<i>3. Kapitel</i>	
Die tatsächliche Berücksichtigungsmöglichkeit wirtschaftlicher Kriterien bei der Anwendung des Arbeitsrechts	357
§ 7 Möglichkeiten de lege lata: Rechtsprechungsänderung zum Arbeitnehmerbegriff?	357
A. Mittelbar-systematische Vorgaben	358
B. Vorgaben und Grenzen des § 611a Abs. 1 BGB	359
C. Ergebnis	389
§ 8 Möglichkeiten de lege ferenda: Stufenloses oder gestuftes Arbeitsrecht	390
A. Stufenloses Recht der Arbeit	391
B. Gestuftes Arbeitsrecht	391
C. Ergebnis	440
§ 9 Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	441
Anhang	447
Literaturverzeichnis	461
Stichwortverzeichnis	497

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einleitung	23
A. Allgemeine Problemstellung	23
B. Besonderheiten der Lizenzfußballer	28
C. Ziel und Gang der Untersuchung	33
<i>1. Kapitel</i>	
Die Anwendbarkeit des Arbeitsrechts auf Spitzenverdiener auf der Grundlage des herrschenden Arbeitnehmerbegriffes	
	36
§ 2 Lizenzfußballer als Arbeitnehmer nach dem herrschenden Arbeitnehmer- begriff	37
A. Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur	37
B. Bestimmung der Arbeitnehmereigenschaft der Lizenzfußballer anhand der Kriterien des herrschenden Arbeitnehmerbegriffes	40
I. Leistung von Diensten (gegen Entgelt)	40
1. Sport als Dienstleistung	41
2. Abgrenzung zum Werkvertrag	43
II. Für einen anderen	45
1. Lizenzspieler als Gesellschafter?	45
2. Stellungnahme und Ausblick	46
III. Auf Grund eines privatrechtlichen Vertrages	50
IV. In persönlicher Abhängigkeit	52
1. Weisungsgebundenheit	55
a) Zeitliche und örtliche Weisungsgebundenheit (zeitliche Lage, Umfang und Ort der Tätigkeit)	56
b) Fachliche Weisungsgebundenheit (Inhalt und Durchführung der Tätigkeit)	58
c) Fußballer als freiberufliche Entertainer oder Künstler?	60
2. Eingliederung in fremde Arbeitsorganisation bzw. Betriebsstruktur	61
3. Persönliche Abhängigkeit als unbeachtliches Erfordernis einer Mannschaftssportart?	63
4. Sonstige in die Gesamtabwägung einzustellende Kriterien	64
a) Wirtschaftliche (Un-)Abhängigkeit	64
b) Weitere Kriterien	66
C. Ergebnis	69

§ 3 Alternative Ansätze der Literatur und ihre Vereinbarkeit mit dem herrschenden Arbeitnehmerbegriff	70
A. Unternehmerrisiko als Ausschlusskriterium der Arbeitnehmereigenschaft	70
I. Unternehmerrisiko als maßgeblicher Ansatz der Arbeitnehmereigenschaft	71
II. Unternehmerrisiko als ein Merkmal im Rahmen der Gesamtbetrachtung	73
1. Unternehmerrisiko innerhalb des Rechtsverhältnisses mit dem Verein	74
a) Erfolgs- bzw. leistungsorientierte Vergütungsmodelle	75
b) Prozentuale Beteiligung an den Erlösen aus der Persönlichkeitsrechtsverwertung	79
2. Berücksichtigungsfähigkeit von Unternehmerrisiko auf Grund von Rechtsverhältnissen mit Dritten?	83
a) Tatsächliche und mustervertragliche Ausgangslage	83
b) Meinungsbild in Rechtsprechung und Literatur	86
c) Stellungnahme	88
aa) Allgemein-arbeitsrechtlicher Ausgangspunkt	88
bb) Unternehmerrisiko und wirtschaftliche Abhängigkeit	90
cc) Keine andere Betrachtung auf Grund von Besonderheiten des Lizenzfußballs	92
III. Zwischenergebnis	94
B. Möglichkeit einer privatautonomen Vereinbarung über die Arbeitnehmereigenschaft: Statusvereinbarung	97
I. Statusvereinbarung bei unternehmerischer Zusatzstätigkeit	98
II. Statusvereinbarung bei gegebener Verhandlungsparität	99
1. Die Ansicht von Schimke/Menke	99
2. Unklarheit über die Kriterien zur Bestimmung von Verhandlungsparität	101
3. Keine umfassende Verhandlungsparität zwischen Spieler und Verein	104
4. Zwischenergebnis	106
III. (Un-)Möglichkeit einer nicht dem Arbeitsrecht unterfallenden Ausgestaltung des Beschäftigungsverhältnisses	106
1. Einheitliches freies Dienstverhältnis	107
2. Aufspaltung in Arbeitsverhältnis und freies Dienstverhältnis	107
C. Exkurs: Lizenzspieler als leitende Angestellte i. S. d. BetrVG?	112
§ 4 Zusammenfassung und Würdigung des Ergebnisses	115
A. Zusammenfassung	115
B. Würdigung des Ergebnisses und Fortgang der Untersuchung	116

*2. Kapitel***Die grundsätzliche Berücksichtigungsfähigkeit wirtschaftlicher Kriterien bei der Anwendung des Arbeitsrechts**

119

§ 5 Die Verwendung wirtschaftlicher Begriffe im Kontext der Arbeitnehmer-eigenschaft	124
A. Vorbemerkungen	125
B. Verwendung wirtschaftlicher Begriffe im Gesetzesrecht	127
I. Arbeitsgerichtsgesetz: wirtschaftliche Unselbständigkeit	127
II. Bundesurlaubsgesetz: wirtschaftliche Unselbständigkeit	128
III. Tarifvertragsgesetz: wirtschaftliche Abhängigkeit und soziale Schutzbedürftigkeit	129
IV. Heimarbeitsgesetz: wirtschaftliche Abhängigkeit und Schutzbedürftigkeit	131
V. Sonstige gesetzliche Regelungen: wirtschaftliche Unselbständigkeit	135
VI. Zusammenfassung	136
C. Präzisierung von Verhältnis, Inhalt und Zusammenhang der im Gesetz verwendeten Begriffe	138
I. Verhältnis der Begriffe	138
1. Wirtschaftliche Abhängigkeit und wirtschaftliche Unselbständigkeit	138
2. Wirtschaftliche Abhängigkeit und soziale Schutzbedürftigkeit	140
II. Inhalt der Begriffe	140
1. Wirtschaftliche Abhängigkeit	141
a) Grundsatz	141
b) Dauer der Tätigkeit	143
c) Umfang der Tätigkeit	145
d) Tätigkeit für einen oder mehrere Auftraggeber	148
aa) Zeitlich überwiegende Tätigkeit für einen Auftraggeber .	149
bb) Finanziell überwiegende Tätigkeit für einen Auftraggeber	150
cc) Anderweitiges Einkommen	151
e) Arbeitsorganisatorische Ausrichtung und Betriebskapital ...	152
f) Fremdverwertung des Arbeitsergebnisses	154
2. Soziale Schutzbedürftigkeit	156
a) Entgelthöhe	158
b) Privatvermögen	159
III. Zusammenhang von wirtschaftlicher Abhängigkeit, sozialer Schutzbedürftigkeit und Entgelthöhe	160
1. Teleologischer Hintergrund von wirtschaftlicher Abhängigkeit und sozialer Schutzbedürftigkeit	160
2. Soziale Schutzbedürftigkeit und Entgelthöhe	166
a) Entgelthöhe und Daseinsvorsorge	167

b) Gesetzgeberische Wertungen	169
aa) § 10 EFZG	169
bb) § 92a Abs. 1 HGB	171
cc) § 5 Abs. 3 ArbGG	173
c) Weit überdurchschnittliche Entgeltvereinbarungen als erfolgreiche Marktteilnahme	174
D. Ergebnis	178
§ 6 Methodenorientierte Untersuchung der Anwendungsvoraussetzungen des Arbeitsrechts	180
A. Vorbemerkungen zur Methode	181
B. Betrachtung des Wortlauts	182
I. Allgemeinsprachliches Verständnis des Begriffes „Arbeitnehmer“ ..	183
II. Orientierung am Begriffsverständnis des BAG als Zirkelschluss	184
C. Systematische Betrachtung	185
I. Die beschränkte Aussagekraft des § 611a Abs. 1 BGB	186
II. Die rechtliche Existenz der arbeitnehmerähnlichen Person	188
1. Begriffsbestimmung und Einordnung	188
2. Unmittelbare und logisch zwingende Konsequenzen für die Anwen- dungsvoraussetzungen des Arbeitsrechts	189
3. Gesetzliche Anerkennung des Zusammenhangs von wirtschaftlicher Abhängigkeit, sozialer Schutzbedürftigkeit und arbeitsrechtlichem Schutzbedürfnis	191
4. § 12a Abs. 1 TVG und die Bestimmungskriterien der sozialen Schutzbedürftigkeit der arbeitnehmerähnlichen Person	194
III. Der Aussagegehalt von § 84 Abs. 1 S. 2 HGB	198
1. Allgemeingültigkeit	198
2. Inhaltliche Reichweite	199
3. Folgerungen	201
IV. Die Elemente von Umfang und Dauer der Tätigkeit	204
1. Tätigkeitsumfang und Anwendbarkeit des Arbeitsrechts	204
a) Verknüpfung durch Rechtsprechung, Literatur und historischen Gesetzgeber	204
b) Zwingende Erkenntnisse aus der Existenz des TzBfG	208
c) Teilzeitbeschäftigung und Anwendbarkeit des Arbeitsrechts ..	210
aa) Teilzeitbeschäftigung, wirtschaftliche Abhängigkeit und soziale Schutzbedürftigkeit	210
bb) Gesellschafts- und gleichheitspolitische Dimension der Teilzeitarbeit	214
2. Tätigkeitsdauer und Anwendbarkeit des Arbeitsrechts	215
a) Verknüpfung durch Rechtsprechung und Literatur	215

b)	Zwingende Erkenntnisse aus der Existenz des TzBfG und sonstiger Regelungen	218
c)	Zeitlich begrenzte Beschäftigung und arbeitsrechtliches Schutzbedürfnis	221
V.	Unionsrechtliche Betrachtung	224
1.	Arbeitnehmerbegriffe im europäischen Arbeitsrecht	225
2.	Unionsautonome oder mitgliedstaatliche Begriffsbestimmung	225
a)	Die Rechtsprechung des EuGH	226
b)	Konkretisierende Ansätze der Literatur	227
c)	Stellungnahme	229
3.	Kategorisierung der Arbeitnehmerbegriffe des europäischen Arbeitsrechts nach der Bestimmungskompetenz	232
a)	Unionsautonome Begriffsbestimmung	232
b)	Mitgliedstaatliche Begriffsbestimmung	235
c)	Zweifelsfälle	237
d)	Exkurs: Konsequenzen bei kompetenzwidriger Begriffsbestimmung durch den EuGH	242
4.	Begriffsinhalt der unionsautonomen Arbeitnehmerbegriffe	244
a)	Kein einheitlicher unionsautonomer Arbeitnehmerbegriff ..	244
b)	Zentrale Elemente der unionsautonomen Arbeitnehmerbegriffe	246
5.	Zusammenfassung	253
VI.	Zwischenergebnis	253
D.	Historische Betrachtung	255
I.	Herausarbeitung und Fortentwicklung des Arbeitnehmerbegriffes durch die Rechtsprechung	255
1.	Rechtsprechung des Reichsversicherungsamtes	256
a)	Positivrechtliche und subjektiv-teleologische Ausgangslage .	258
b)	Beachtlichkeit persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit	262
c)	Zusammenfassung und Schlussfolgerung	268
2.	Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichts	269
a)	Persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit als gleichberechtigte Merkmale	270
b)	Der Verzicht auf das Merkmal der wirtschaftlichen Abhängigkeit	273
aa)	Rechtssystematischer Grund	275
bb)	Rechtstatsächlicher und rechtspraktischer Grund	278
(1)	Der typische Gleichlauf von persönlicher Abhängigkeit, wirtschaftlicher Abhängigkeit und sozialer Schutzbedürftigkeit	278
(2)	Konsequenzen und Folgerungen	282
c)	Zusammenfassung	285

3.	Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts	286
II.	Rechtliche Relevanz wirtschaftlich-gesellschaftlicher Struktur- veränderungen für den Arbeitnehmerbegriff	289
III.	Die Entwicklung von Arbeitnehmerverdiensten als Grund einer Neubewertung	293
1.	Entgelthöhe als operationaler Indikator wirtschaftlicher Veränderung	294
2.	Skizzierung der Entwicklung der Arbeitnehmerverdienste	294
a)	Entwicklung der durchschnittlichen Höhe der Arbeitnehmer- verdienste	295
b)	Quantitative und qualitative Entwicklung der Spitzen- verdienste	298
aa)	Vorbemerkungen	298
bb)	Quantitative Entwicklung	299
cc)	Qualitative Entwicklung	303
c)	Zusammenfassung	306
IV.	Zwischenergebnis	307
E.	Teleologische Betrachtung	309
I.	Fehlen eines einheitlichen arbeitsrechtlichen Schutzgrundes	309
1.	Wirtschaftliche Schwäche des Arbeitnehmers	309
2.	Strukturelle Unterlegenheit des Arbeitnehmers	311
3.	Fehlende Verhandlungsparität der Arbeitsvertragsparteien	311
4.	Folgerungen für die Untersuchung	313
II.	Kategorisierung arbeitsrechtlicher Schutzzwecke	314
1.	Berufsschutz	315
a)	Arbeitsschutz	315
b)	Persönlichkeitsschutz	318
2.	Existenzschutz	322
a)	Sozialschutz	323
b)	Einstellungs- und Bestandsschutz	326
aa)	Einstellungsschutz	326
bb)	Bestandsschutz	326
c)	Haftungsbeschränkungen	328
3.	Paritätsschutz	329
4.	Zusammenfassende Betrachtung	330
III.	Erkenntnisse für die Bestimmungskriterien des Arbeitnehmer- begriffes	331
1.	Erfordernis einer teleologischen Begriffsbildung	332
2.	Berufsschutz und persönliche Abhängigkeit	333
a)	Arbeitsschutz	333
b)	Persönlichkeitsschutz	335

c) Zusammenfassung	340
3. Existenzschutz und wirtschaftliche Abhängigkeit sowie soziale Schutzbedürftigkeit?	341
a) Sozialschutz	341
aa) Risiken der Arbeitnehmersphäre	341
bb) Risiken der Arbeitgebersphäre und Betriebsrisiko	344
b) Einstellungs- und Bestandsschutz	347
aa) Einstellungsschutz	347
bb) Bestandsschutz	347
c) Haftungsbeschränkungen	351
IV. Zwischenergebnis	353
V. Das teleologische Defizit des herrschenden Arbeitnehmerbegriffes ..	354
F. Ergebnis	355

3. Kapitel

Die tatsächliche Berücksichtigungsmöglichkeit wirtschaftlicher Kriterien bei der Anwendung des Arbeitsrechts 357

§ 7 Möglichkeiten de lege lata: Rechtsprechungsänderung zum Arbeitnehmerbegriff?	357
A. Mittelbar-systematische Vorgaben	358
B. Vorgaben und Grenzen des § 611a Abs. 1 BGB	359
I. § 611a Abs. 1 S. 1–3 BGB: Definitiver Kern	361
1. § 611a Abs. 1 S. 1 und S. 2 BGB	362
a) Vom Arbeitnehmerbegriff zum Arbeitsvertrag	362
b) Persönliche Abhängigkeit, Weisungsgebundenheit und Fremdbestimmung – betriebliche Eingliederung?	364
aa) Persönliche Abhängigkeit als Oberbegriff	365
bb) Weisungsgebundenheit	365
cc) Fremdbestimmung als betriebliche Eingliederung?	367
2. § 611a Abs. 1 S. 3 BGB	370
a) Abweichende Definition der Weisungsgebundenheit?	370
b) Klarstellungsnorm	370
3. Zwischenergebnis und Schlussfolgerung: Positive Festschreibung des fehlerhaften und verengenden Umkehrschlusses aus § 84 Abs. 1 S. 2 HGB	371
II. § 611a Abs. 1 S. 4 und 5 BGB: Bekenntnis zur typologischen Methode 373	
1. § 611a Abs. 1 S. 4 BGB	373
2. § 611a Abs. 1 S. 5 BGB: Gesamtbetrachtung „aller“ Umstände? ..	375
a) Wortlaut	375
b) (Binnen-)Systematik	375
c) Entstehungsgeschichte	376

aa) Erster Referentenentwurf	376
bb) Gesetzgeberischer Wille zur „1:1-Kodifikation“: Die relative Offenheit des Typusbegriffs des persönlich abhängigen Arbeitnehmers	379
3. Zwischenergebnis	383
III. Keine teleologische Reduktion des § 611a Abs. 1 BGB	384
1. Keine verdeckte Regelungslücke	384
2. Keine teleologische Forderung nach einer umfassenden Reduktion des Arbeitnehmerbegriffes	386
a) Dogma des einheitlichen Arbeitnehmerbegriffes	386
b) Entstehung von Schutzlücken im Bereich des Berufsschutzes bei kumulativer Berücksichtigung von wirtschaftlicher Abhängigkeit und sozialer Schutzbedürftigkeit	388
C. Ergebnis	389
§ 8 Möglichkeiten de lege ferenda: Stufenloses oder gestuftes Arbeitsrecht	390
A. Stufenloses Recht der Arbeit	391
B. Gestuftes Arbeitsrecht	391
I. Die vier Kategorien der persönlich Arbeitenden	392
II. Abgrenzung des Arbeitsrechts	395
1. Regelungsaufgabe des Arbeitnehmerbegriffes	395
2. Beibehaltung des herrschenden Arbeitnehmerbegriffes	396
III. Abstufungen innerhalb des arbeitsrechtsrechtlichen Regelungs- bereichs	399
1. De lege lata bestehende Binnendifferenzierungen	400
2. Schaffung der Kategorie der „unternehmerähnlichen Personen“ ..	401
a) Bestimmungskriterium	401
aa) Entgelt	402
bb) Nebenverdienste und Privatvermögen?	405
b) Ermittlung einer Entgeltgrenze	408
aa) Höhe	408
bb) Regelungstechnik	410
c) Einschränkbare Regelungsbereiche	412
d) Ausschluss ipso iure oder dispositive Ausgestaltung	415
IV. Beachtung verfassungsrechtlicher Vorgaben	421
V. Beachtung unionsrechtlicher Vorgaben	422
1. Regelungsbereich liegt nicht im Anwendungsbereich des Unions- rechts	423
2. Regelungsbereich liegt im Anwendungsbereich des Unionsrechts ..	426
a) Für Regelungsbereich ist unionsautonomer Arbeitnehmer- begriff maßgeblich	426

b) Für Regelungsbereich ist grundsätzlich mitgliedstaatlicher Arbeitnehmerbegriff maßgeblich	429
aa) Grundsatz	430
bb) Handhabung durch den EuGH	430
cc) Stellungnahme	434
VI. Exkurs: Ausweitung der auf arbeitnehmerähnliche Personen anwend- baren Normen?	439
C. Ergebnis	440
§ 9 Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	441
Anhang	447
Literaturverzeichnis	461
Stichwortverzeichnis	497

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere/r Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Zeitschrift)
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
Alt.	Alternative
AN	Amtliche Nachrichten des Reichsversicherungsamtes
Anm.	Anmerkung
AnwBl	AnwaltsBlatt
AP	Arbeitsrechtliche Praxis (Entscheidungssammlung)
APS	Ascheid/Preis/Schmidt (Kommentar zum Kündigungsrecht)
AR-Blattei	Arbeitsrecht-Blattei (Loseblattsammlung)
Arb-Hdb	Arbeitsrechts-Handbuch
ArbRB	ArbeitsRechtsberater (Zeitschrift)
ArbuR	Arbeit und Recht (Zeitschrift)
ArbVG-E	Diskussionsentwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes (ArbVG), 2007 (abgedruckt bei Henssler/Preis, NZA-Beil. 2007 zu Heft 21, 6 ff.)
ARS	Arbeitsrechts-Sammlung (Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts und des Reichslehrengerichtshofs, der Landesarbeitsgerichte, Arbeitsgerichte und Ehrengerichte; bis zum 19. Band sog. Bensheimer Sammlung)
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Betriebsberater (Zeitschrift)
Bd.	Band
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
Begr.	Begründung
Beil.	Beilage
BFH	Bundesfinanzhof
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BMAS	Bundesministerium für Arbeit und Soziales
BR-Drs.	Drucksache des Deutschen Bundesrates
BSG	Bundessozialgericht
BT-Drs.	Drucksache des Deutschen Bundestages
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
ders.	derselbe
DFB	Deutscher Fußball Bund

DFL	Deutsche Fußball Liga GmbH
dies.	dieselbe(n)
DKKW	Däubler/Kittner/Klebe/Wedde (Kommentar zum BetrVG)
Erg.-Lfg.	Ergänzungslieferung
EuArbSozR	Europäisches Arbeits- und Sozialrecht
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuZA	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
f.	folgende
FA	Fachanwalt Arbeitsrecht (Zeitschrift)
FD	Fachdienst
ff.	fortfolgende
FS	Festschrift
GK-BetrVG	Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz
GmbHR	GmbH-Rundschau (Zeitschrift)
GMP	Germelmann/Matthes/Prütting (Kommentar zum ArbGG)
GS	Gedächtnisschrift
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
HSW	Hanau/Steinmeyer/Wank (Handbuch des europäischen Arbeits- und Sozialrechts)
HWK	Henssler/Willemsen/Kalb (Kommentar)
IAVG	Gesetz, betreffend die Invaliditäts- und Altersversicherung
i. d. F. v.	in der Fassung vom
i.E.	im Ergebnis
i.e.S.	im engeren Sinne
insbes.	insbesondere
i.S.d.	im Sinne des/der
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
Jg.	Jahrgang
jM	juris Monatszeitschrift
Jura	Juristische Ausbildung (Zeitschrift)
jurisPR-ArbR	juris Praxisreport-Arbeitsrecht
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JZ	Juristenzeitung
KVG	Gesetz, betreffend die Krankenversicherung der Arbeiter
LAG	Landesarbeitsgericht
lit.	littera, Buchstabe(n)
LO	Lizenzierungsordnung (des Ligaverbandes)
LOS	Lizenzordnung Spieler (des Ligaverbandes)
MuV	Mustervertrag für Lizenzspieler der DFL

m. Anm. v.	mit Anmerkung von
MüKo	Münchener Kommentar
MünchArb	Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
NK	NomosKommentar
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZA-RR	NZA Rechtsprechungs-Report Arbeitsrecht
PHB-SportR	Praxishandbuch Sportrecht
PK	Praxiskommentar
RAG	Reichsarbeitsgericht
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
RG	Reichsgericht
RGBL.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft (Zeitschrift)
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung
RVA	Reichsversicherungsamt
s.	siehe
S.	Seite
S/S	Schönke/Schröder (Kommentar zum StGB)
SD	Systematische Darstellung
Slg.	Sammlung
sog.	sogenannte(r)
Sp.	Spalte
str.	streitig
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
u. a.	unter anderen/m
Urt.	Urteil
UVG	Unfallversicherungsgesetz
vgl.	vergleiche
vHH/L	von Hoyningen-Huene/Linck (Kommentar zum KSchG)
WRV	Weimarer Reichsverfassung
ZAP	Zeitschrift für die Anwaltspraxis
ZAS	Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
ZESAR	Zeitschrift für europäisches Zivil- und Arbeitsrecht
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
ZVersWiss	Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft

§ 1 Einleitung

A. Allgemeine Problemstellung

„Zu den schwierigsten Fragen des Arbeitsrechts gehört die Abgrenzung von Arbeitsverhältnissen zu sonstigen Rechtsverhältnissen“¹. Die Abgrenzung des Arbeitsrechts, oder – anders gewendet – die Bestimmung seiner Anwendungsvoraussetzungen, zählt aber nicht nur zu den kompliziertesten, sondern zweifellos auch zu den wichtigsten Fragestellungen dieser Rechtsdisziplin. Zentraler Anknüpfungspunkt für eine notwendige Antwort auf diese Frage ist dabei der Begriff des Arbeitnehmers.

Der Arbeitnehmerbegriff ist aus rechtsmethodischer Sicht ein sogenannter Statusbegriff. Das bedeutet, dass ein oder mehrere Gesetze gleich eine Vielzahl von Rechtsfolgen von der Erfüllung einer bestimmten begrifflichen Definition auf Tatbestandsseite abhängig machen². Im Falle des Arbeitnehmerbegriffes sind diese Rechtsfolgen besonders umfassend, da nach h. M. dem gesamten, vielschichtigen und zersplitterten Normkomplex „Arbeitsrecht“³ mit seinen vielen unterschiedlichen Gesetzen und Teilregelungen ein einheitlicher Arbeitnehmerbegriff zu Grunde zu legen ist⁴. Die rechtliche Qualifizierung eines Beschäf-

¹ So ausdrücklich der ehemalige Richter am BAG *Mestwerdt*, NZA 2014, 281, 281. *Henssler*, RdA 2016, 18, 18 sieht hierin eine „Jahrhundertaufgabe“.

² *Röhl/Röhl*, Rechtslehre, S. 57; *Greiner*, NZS 2009, 657, 658; *Maties*, in: FS Wank, S. 323, 325; *Wank*, Arbeitnehmer, S. 37 und 389; *Ch. Weber*, Arbeitsverhältnis, S. 231; grundlegend *Wank*, Begriffsbildung, S. 47 ff. Mit „Status“ ist dagegen gerade nicht eine bestimmte hierarchische Stellung innerhalb der Gesellschaft gemeint. Kritisch zum Begriff aus diesem Grund *Staudinger/Richardi/Fischinger*, Vor § 611 BGB Rn. 144; *Rebhahn*, RdA 2009, 154, 158 f.

³ Zur schwierigen Bestimmung der genauen Reichweite des Begriffes „Arbeitsrecht“ *Zöllner/Loritz/Hergenröder*, Arbeitsrecht, § 4 Rn. 1 ff.

⁴ So schon ausdrücklich RAG ARS Bd. 13, 311, 311; BAG AP Nr. 1 zu § 1 BUrlG; BAG AP Nr. 1 zu § 2 BUrlG; aus jüngerer Zeit etwa BAG NZA 2005, 480, 481; BAG NZA 2013, 793, 794; implizit auch BAG AP Nr. 48 zu § 5 BetrVG 1972; BAG AP Nr. 2 zu § 23 KSchG 1969; aus der Literatur etwa *ErfK/Preis*, § 611 BGB Rn. 35; *HWK/Thüsing*, Vor § 611 BGB Rn. 21 ff.; *NK-ArbR/Kreuder/Matthiessen-Kreuder*, § 611 BGB Rn. 101; *Schaub/Vogelsang*, Arb-Hdb, § 8 Rn. 1; *Boemke*, ZfA 1998, 285, 320 f.; *Hanau*, DB 1998, 69, 73; *G. Hueck*, Anm. zu BAG AP Nr. 2 zu § 2 BUrlG; *ders.*, RdA 1969, 216, 218; *Konzen*, ZfA 1982, 259, 290; *Lieb*, ZVersWiss 1976, 207, 210 Fn. 11; *Oberthür*, NZA 2011, 253, 257; *Rieble*, ZfA 1998, 327, 330; *Uffmann*, NZA-Beil. 2016, 5, 6; *Heuberger*, Abhängigkeit, S. 164 ff.; *Wank*, Arbeitnehmer, S. 37, 41, 72. Gleiches gilt in den meisten anderen europäischen Rechtsordnungen, vgl. dazu *Rebhahn*, RdA 2009, 154, 157, 161. Speziell aus

tigten als Arbeitnehmer ist damit entscheidend für die Geltung des gesamten Arbeitsrechts als Sonderprivatrecht⁵. Auch soweit einzelne Gesetze die Begriffe des Arbeitsvertrages – so etwa § 611a Abs. 1 BGB⁶ – oder des Arbeitsverhältnisses zum Anknüpfungspunkt ihrer Anwendbarkeit machen, ändert dies an der zentralen Bedeutung des Arbeitnehmerbegriffes nichts: Ein Arbeitsvertrag ist nämlich nichts anderes als der schuldrechtliche Vertrag zwischen einem Arbeitgeber und einem Arbeitnehmer⁷; als Arbeitsverhältnis bezeichnet man die über den bloßen Vertrag hinausgehende Gesamtheit der zwischen diesen Parteien bestehenden Rechte und Pflichten im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses⁸. Es zeigt sich somit, dass für die Bestimmung dieser Begrifflichkeiten die Einordnung einer Vertragspartei als Arbeitnehmer gerade die entscheidende Voraussetzung ist.

Die einzelnen Konsequenzen, die aus der Bejahung der Arbeitnehmereigenschaft folgen, können in ihrer Vielzahl kaum überblickt werden⁹. Auch die

dem sportarbeitsrechtlichen Schrifttum *Bepler*, in: Eimer/Hofmann (Hrsg.), Sportrechtskongress, S. 161, 164; *Buchner*, NJW 1972, 2242, 2243; *Grunsky*, in: Württembergischer Fußballverband e. V. (Hrsg.), Schriftenreihe, S. 50, 51; *Kade*, in: Eimer/Hofmann (Hrsg.), Sportrechtskongress, S. 201, 202; *Blang*, Befristung, S. 80 f.; a. A. (Bestimmung der Arbeitnehmereigenschaft nach dem jeweiligen Schutzzweck des Gesetzes) etwa MünchArb/*Richardi*, § 16 Rn. 42 ff.; *Heinze*, NZA 1997, 1, 3 *Maties*, in: FS Wank, S. 323, 341 und *Zeuner*, RdA 1975, 84, 87 f.; im Ergebnis auch *Bühler*, SpuRt 1998, 143, 147. Die Einheitlichkeit des Arbeitnehmerbegriffes gilt auch – und gerade – nach Einführung des § 611a Abs. 1 BGB, vgl. dazu unten § 7 B. und dort Fn. 11.

⁵ *Hueck/Nipperdey*, Lehrbuch des Arbeitsrechts I, § 1 (S. 5); *Hromadka*, NZA 1997, 1249, 1252; *Rebhahn*, RdA 2009, 154, 157 (letzterer auch aus rechtsvergleichender Perspektive). Näher und grundlegend zum Begriff des Sonderprivatrechts vgl. *Wolf/Neuner*, BGB AT, § 3 Rn. 6 ff.

⁶ Zur gleichzeitig impliziten Definition des Arbeitnehmers in § 611a Abs. 1 BGB vgl. unten § 7 B. I. 1. a).

⁷ *Preis*, Individualarbeitsrecht, § 6 I. (S. 41); *Schaub/Linck*, Arb-Hdb, § 29 Rn. 1; *Maties*, in: FS Wank, S. 323, 324. Vgl. zum Begriff des Arbeitgebers etwa *Vetter*, NZA-RR 2017, 281, 283 f.

⁸ *Palandt/Weidenkaff*, Einf. v. § 611 BGB, Rn. 5; *Waltermann*, Arbeitsrecht, Rn. 44; *Wüterich/Breucker*, Arbeitsrecht, S. 65; *Zöllner/Loritz/Hergenröder*, Arbeitsrecht, § 5 Rn. 1 ff.

⁹ An dieser Stelle werden ausschließlich arbeitsrechtliche Konsequenzen des Arbeitnehmerstatus dargestellt. Die Auswirkungen dieses Zentralbegriffes reichen aber, größtenteils in leicht angepasster Definition, sogar darüber hinaus. Zumindest hingewiesen sei an dieser Stelle deshalb auf „die maßstabsetzende Leitfunktion“ (*Brammsen*, RdA 2010, 267, 267) des arbeitsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffes für andere Rechtsgebiete. Zu erkennen sind insbesondere Ausstrahlungen ins Sozialrecht, ins Steuerrecht (hier ist entscheidend auf den sehr ähnlichen Arbeitnehmerbegriff des § 1 LStDV abzustellen, vgl. BFH DB 2012, 1129, 2. Orientierungssatz), ins Recht der Zwangsvollstreckung, §§ 850 ff. ZPO (Pfändungsschutz für Arbeitseinkommen) oder gar ins Strafrecht, § 266a StGB, wonach das Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt strafbewehrt ist. Dabei erfolgt

folgende Aufzählung erfolgt exemplarisch und erhebt keinesfalls Anspruch auf Vollständigkeit. Die Auswirkungen beginnen individualarbeitsrechtlich bereits auf prozessualer Seite bei der Bestimmung des Rechtswegs. Ob die ordentlichen Gerichte nach § 13 GVG oder die Arbeitsgerichte, insbesondere nach § 2 I Nr. 3 ArbGG zuständig¹⁰ sind, richtet sich nach der Arbeitnehmereigenschaft des am Rechtsstreit Beteiligten. Noch viel weiter reicht die Bedeutung im materiellen Recht. So gelten etwa einige der Bestimmungen der §§ 611 ff. BGB nur für Arbeitsverhältnisse. Verschiedenste Sondergesetze knüpfen ebenfalls an den Arbeitnehmerstatus an. Zu nennen sind etwa das Kündigungsschutzgesetz, das Teilzeit- und Befristungsgesetz, das Entgeltfortzahlungsgesetz, das Bundesurlaubsgesetz, das Arbeitsschutzgesetz oder das Arbeitszeitgesetz. Andere Gesetze bieten nur bestimmten Arbeitnehmergruppen Schutz, so etwa das Mutterschutzgesetz oder die Bestimmungen zum Schutz schwerbehinderter Menschen im Sozialgesetzbuch (SGB IX). Doch nicht nur gesetzlich geregelte Rechtsfolgen sind vom Arbeitnehmerstatus abhängig. Hinzuweisen ist ebenso auf die vom BAG in richterrechtlicher Rechtsfortbildung aufgestellten Grundsätze zur beschränkten Arbeitnehmerhaftung bzw. zum innerbetrieblichen Schadensausgleich, zur Tragung des Betriebsrisikos (später nur in seinem Grundtatbestand in § 615 S. 3 BGB normiert) oder zum allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch, die allesamt nur in Arbeitsverhältnissen Anwendung finden. Zudem gelten Arbeitnehmer nach der ständigen Rechtsprechung des BAG als Verbraucher i. S. d. AGB-Rechts, §§ 305 ff. BGB. In kollektivarbeitsrechtlicher Hinsicht hängt die Anwendbarkeit des Betriebsverfassungsgesetzes von der Anzahl der (wahlberechtigten) Arbeitnehmer im Betrieb ab, § 1 Abs. 1 BetrVG. Das Tarifvertragsrecht sieht als arbeitnehmerseitige Tarifvertragspartei Gewerkschaften an, § 2 Abs. 1 TVG, also Vereinigungen von größtenteils Arbeitnehmern¹¹. Für deren Arbeitsverhältnisse gilt der normative Teil der von den Tarifvertragsparteien abgeschlossenen Tarifverträge dann unmittelbar und zwingend¹², § 4 I TVG. Treffend muss daher vom

die Bestimmung der Täterqualität teilweise durch die direkte zivilrechtsakzessorische Heranziehung der Statusbegriffe „Arbeitgeber“ und „Arbeitnehmer“ (so MüKo-StGB/*Radtke*, § 266a StGB Rn. 8 (1. Auflage), teilweise anders MüKo-StGB/*Radtke*, § 266a StGB Rn. 10 (Auflage 2.)). Richtigerweise ist allerdings auf den eng verwandten, tendenziell aber etwas weiteren Begriff des Beschäftigten nach § 7 Abs. 1 SGB IV abzustellen (so zu Recht S/S/*Perron*, § 266a StGB Rn. 11; NK-StGB/*Tag*, § 266a StGB Rn. 19).

¹⁰ Hierzu ausführlich HWK/*Kalb*, § 2 ArbGG Rn. 65 ff; *Reinecke*, NZA 1999, 729, 730 f.

¹¹ *Junker*, Arbeitsrecht, Rn. 484, weist zu Recht darauf hin, dass auch Rentner, Arbeitslose oder Studenten zum Teil Gewerkschaftsmitglieder sind; dazu auch *Wollenschläger*, Arbeitsrecht, Rn. 556.

¹² Ausführlich hierzu *Junker*, Arbeitsrecht, Rn. 484 ff.; *Preis*, Kollektivarbeitsrecht, § 98 (S. 156 ff.).