

Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft –
Neue Folge

46

André Fischels

Der Arbeitnehmerbegriff

Typologik, Dogmatik und Systematisierung



Nomos

Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft –
Neue Folge

herausgegeben von

Prof. Dr. Michael Heghmanns, Prof. Dr. Ingo Saenger,
Prof. Dr. Fabian Wittreck

Band 46

André Fischels

Der Arbeitnehmerbegriff

Typologik, Dogmatik und Systematisierung



Nomos

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

Zugl.: Münster (Westf.), Univ., Diss. der Rechtswissenschaftlichen Fakultät, 2018

ISBN 978-3-8487-5581-3 (Print)

ISBN 978-3-8452-9759-0 (ePDF)

D6

1. Auflage 2019

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2019. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Meiner Großmutter und meinem Großvater

Vorwort

Diese Arbeit lag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster im Wintersemester 2017/2018 als Inauguraldissertation vor.

Im Folgenden möchte ich allen Menschen danken, die mit ihrer Unterstützung zur Entstehung und zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen haben.

Zunächst bedanke ich mich herzlich bei meinem Doktorvater Prof. Dr. Heinz-Dietrich Steinmeyer. Er stand der Arbeit von Anfang an offen gegenüber und ließ mir den erforderlichen Freiraum, den ich für die Bearbeitung der sehr grundlegenden Thematik benötigte. Gleichzeitig aber war er mir stets mit wichtigen Anregungen zur Seite und verstand es, mein Augenmerk auf Fragen zu lenken, die sich als kritisch erweisen sollten.

Herrn Prof. Dr. Clemens Höpfner danke ich für die Erstellung des Zweitgutachtens und wertvolle Anmerkungen.

Ich bedanke mich herzlich bei Prof. Dr. Ingo Saenger, Prof. Dr. Michael Heghmanns und Prof. Dr. Fabian Wittreck für die Aufnahme in die Schriftenreihe.

Bedanken möchte ich mich auch bei Prof. Dr. Peter Schüren, dessen Vorlesung „Grundzüge des Arbeitsrechts“ und dessen Seminar „Arbeitsrecht vor dem EUGH und EGMR“ meine ersten Berührungspunkte mit dem Arbeitsrecht waren und mein Interesse für dieses Rechtsgebiet weckten.

Weiterhin bedanke ich mich aufrichtig für die produktive und lehrreiche Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am damaligen Institut für Arbeits-, Sozial- und Wirtschaftsrecht – Abt. II der Westfälischen Wilhelms-Universität, die mir immer in bester Erinnerung bleiben wird. Neben Prof. Dr. Steinmeyer gilt der Dank hierfür Jan Alexander Daum; Dr. Laura Eckerth, LL.M.; Dr. Yannick Eckervogt; Stefanie Eschholz; Matthias Flesch, LL.M.; Carina Franz, LL.M.; Susann Frühauf; Sebastian Friese; Dr. Kai Grötschel; Kathrin Heldt-Andreas; Klaus Kies; Katharina Knuf; Miriam Schütz; Ingeborg Peppenhorst und Hannah Wörmann. Unsere angeregten fachlichen Diskurse haben sehr zum Gedeihen der Arbeit beigetragen.

Ich bedanke mich bei allen Kommilitonen und Kollegen, die mir fachlich und menschlich zur Seite gestanden haben, darunter besonders Janine Pietsch; Dr. Viktoria Winde, LL.M.; Tim Würstlin, LL.M., und Laurids

Vorwort

Schommers, Luca Marie Toth und Esin Yilmaz danke ich für die engagierte wie konstruktive Hilfe bei der Vorbereitung des Kolloquiums.

Ein herzlicher Dank gebührt meiner Familie, ganz besonders meinen Großeltern Renate und Ernst Böwen sowie meiner Tante und meinem Onkel Sandra und Arno Säger für die unschätzbare Unterstützung während meines gesamten Studiums. Meinen Großeltern ist diese Arbeit von ganzem Herzen gewidmet. Ich bedanke mich außerdem herzlich bei meiner Schwester Michèle Fischels und meinen Eltern Silvia und Manfred Fischels.

Dr. André Fischels, LL.M. (Münster)

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|----|
| A. Einleitung | 17 |
| B. Zielsetzung | 21 |
| I. Einheitlicher Arbeitnehmerbegriff | 21 |
| II. Vorgehensweise | 24 |
| C. Methodologische Vorüberlegungen | 26 |
| I. Teleologische Begriffsbildung | 26 |
| II. Ontologische Begriffsbildung | 27 |
| III. Synthese | 28 |
| D. Begriffsnatur des Arbeitnehmerbegriffs | 30 |
| I. Der Arbeitnehmer als Typusbegriff | 30 |
| 1. Begriffsformenlehre | 33 |
| a) Klassenbegriffe | 34 |
| aa) Exakte und vage Klassenbegriffe | 36 |
| bb) Merkmalskombination der Klassenbegriffe | 38 |
| b) Komparative Begriffe | 44 |
| c) Quantitative Begriffe | 50 |
| 2. Der Werdegang des Typusbegriffs | 54 |
| 3. Der eigene Weg der Rechtswissenschaft | 57 |
| a) Der rechtswissenschaftliche Typusbegriff als vager Rechtsbegriff | 68 |
| aa) Vage Rechtsbegriffe | 68 |
| (1) Abgrenzung zu vagen Ausdrücken | 70 |
| (2) „Wertungsausfüllungsbedürftige Begriffe“ | 71 |
| (3) Kombinatorische Vagheit | 72 |
| (4) Graduelle Vagheit | 73 |
| (5) Ubiquität | 74 |
| bb) Besonderheiten des rechtswissenschaftlichen Typusbegriffs | 77 |
| (1) Zuordnung statt Subsumtion | 77 |
| (2) Abstufbarkeit der Merkmale | 80 |
| (3) Verzichtbarkeit einzelner Merkmale | 80 |

| | |
|---|-----|
| (4) Offenheit und Elastizität der Merkmale | 82 |
| (5) Ergebnis | 85 |
| b) Der juristische Typusbegriff als Familienähnlichkeitsprädikat | 86 |
| aa) Kritische Erwägungen | 87 |
| bb) Fruchtbarkeit der Übertragung | 91 |
| (1) Richtung der Begriffsbildung | 91 |
| (2) Kompatibilität mit der wertenden Gesamtbetrachtung | 93 |
| (3) Ergebnis | 94 |
| c) Fuzzy logic | 95 |
| d) Das Prinzip der wertenden Gesamtbetrachtung | 95 |
| aa) Unterschiede zur Rechtsanwendung juristischer Klassenbegriffe | 96 |
| bb) Sandhaufen-Theorem und rechtsstaatliche Bedenken | 97 |
| cc) Kritik am Prinzip der wertenden Gesamtbetrachtung | 103 |
| dd) Schlussfolgerungen | 106 |
| e) Erkenntnisse zum Verhältnis von juristischem Typusbegriff und Klassenbegriff | 107 |
| f) Der aktuelle Stand der Diskussion um den rechtswissenschaftlichen Typusbegriff | 109 |
| 4. Anwendung der Feststellungen auf den Arbeitnehmerbegriff | 111 |
| a) Die Typologik der persönlichen Abhängigkeit | 114 |
| b) Handhabbarkeit | 116 |
| c) Besonderes Bedürfnis nach Rechtssicherheit | 121 |
| aa) Generell | 121 |
| bb) Bezogen auf den Arbeitsvertrag | 123 |
| cc) Gesamtschau mit § 7 Abs. 1 S. 1 SGB IV | 130 |
| II. Statusbegriff | 138 |
| III. Fazit | 139 |
| E. Rechtsdogmatische Einordnung der Uminterpretation des Vertragsverhältnisses bei Rechtsformverfehlung | 141 |
| I. Rechtsformzwang | 144 |
| II. Rechtsdogmatische Vorüberlegungen | 146 |
| 1. Das Verhältnis der Willenserklärung zur gesetzlichen Vertragsordnung | 146 |

| | |
|---|-----|
| 2. Das Recht der Parteien zur Vertragsqualifikation | 151 |
| III. Rechtliche Grundlage | 159 |
| 1. Falsa demonstratio non nocet | 159 |
| a) Verhältnis zur Gesamtbetrachtung | 160 |
| b) Anwendung der falsa demonstratio | 163 |
| aa) Unbeachtlichkeit der Wahl eines selbstständigen Vertragstypus | 163 |
| (1) Zweifel an privatautonomen Regelungen | 164 |
| (2) Tatbestand versus Rechtsfolge | 166 |
| (3) Ergebnis | 168 |
| bb) Wille zum Abschluss eines Arbeitsvertrags | 168 |
| cc) Der umgekehrte Fall | 170 |
| dd) Kompatibilität mit nachträglicher Änderung der Vertragspraxis | 171 |
| ee) Das Erfordernis einer irrtümlichen Falschbezeichnung | 172 |
| ff) Ergebnis | 172 |
| 2. Teilnichtigkeit, § 139 BGB | 172 |
| a) Tatbestand | 173 |
| aa) Einheitliches Rechtsgeschäft | 173 |
| bb) Teilbarkeit | 173 |
| cc) Nichtigkeitsgrund | 174 |
| (1) Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot, § 134 BGB | 174 |
| (2) Sittenwidrigkeit, § 138 Abs. 1 BGB | 176 |
| (3) Dissens | 178 |
| (4) Rechtliche Unmöglichkeit | 178 |
| (5) Vorrangige gesetzliche Regelung | 179 |
| (6) Rechtsformzwang als Richterrecht oder Gewohnheitsrecht | 180 |
| dd) Gegenstand der (Teil-)Nichtigkeit | 180 |
| b) Rechtsfolge | 181 |
| c) Ergebnis | 186 |
| 3. Umdeutung, § 140 BGB | 186 |
| 4. Scheingeschäft, § 117 BGB | 188 |
| 5. Rechtsmissbrauch, § 242 BGB | 189 |
| 6. Umgehungsgeschäft | 190 |
| 7. Protestatio facta contraria non valet | 193 |
| 8. Inhaltskontrolle, §§ 305–310 BGB | 194 |
| 9. Auslegung, §§ 133, 157 BGB | 198 |

| | |
|--|-----|
| 10. Richter- oder Gewohnheitsrecht | 199 |
| 11. Eigene gesetzliche Anordnung | 199 |
| IV. Verhältnis zur Gesamtbetrachtung | 202 |
| V. Prüfungssystematische Erkenntnisse | 203 |
| F. Lösungsmöglichkeiten | 209 |
| I. Gesetzliche Lösung durch Beweislastregelungen | 209 |
| 1. Bezug zu dem empfundenen Unwert | 209 |
| 2. „x von y“-Formel | 211 |
| 3. Ergebnis | 213 |
| II. Grundlegende Systematisierung | 213 |
| III. Systematisierung der Gesamtbetrachtung | 214 |
| 1. Mögliche Bedenken | 219 |
| a) Entgegenstehender Wille des Gesetzgebers | 219 |
| aa) § 611a BGB | 221 |
| bb) Wortlautgrenze und das Prinzip der Gewaltenteilung | 224 |
| cc) Ergebnis | 226 |
| b) Starrheit | 227 |
| c) Mangelnde Vergleichbarkeit verschiedener Berufsgruppen | 229 |
| d) Rechtstechnische Umsetzung | 230 |
| e) Systematik | 231 |
| 2. Die Metrisierbarkeit von Rechtsbegriffen | 233 |
| a) Nicht-Metrisierbarkeit bestimmter Wissenschaftsbereiche a priori | 233 |
| b) Fundamentale Metrisierung der persönlichen Abhängigkeit | 235 |
| c) Kommensurabilität | 238 |
| d) Sozialpunkteschemata | 239 |
| 3. Die Merkmale der persönlichen Abhängigkeit | 241 |
| a) Inhaltliche Anforderungen | 242 |
| b) Terminologische Vorüberlegungen | 243 |
| c) Weisungsgebundenheit | 246 |
| aa) Das diametrale Verhältnis von Weisung und vertraglicher Festlegung? | 246 |
| (1) Wertungsmäßige Gleichstellung | 248 |
| (a) Wertungen aus Gesetz und Rechtsprechung | 250 |
| (b) Wertungen des Konsensprinzips | 252 |

| | |
|--|-----|
| (2) Graduelle Berücksichtigung | 252 |
| bb) Fehlender Sinnzusammenhang zwischen Weisungsgebundenheit und Arbeitnehmerschutzrecht | 253 |
| cc) Weisungen in unterschiedlichen Verträgen | 257 |
| (1) Arbeitsvertragliche Weisungen | 258 |
| (a) Inhaltliche Weisungen | 258 |
| (b) Fachliche Weisungen | 260 |
| (aa) Relevanz für die persönliche Abhängigkeit | 260 |
| (bb) Besondere Fallgruppen | 263 |
| (c) Zeitliche Weisungen | 265 |
| (aa) Dauer der Arbeitszeit | 266 |
| (bb) Probleme des Einzelfalls | 268 |
| α) Dienstpläne | 268 |
| β) Abruf von Arbeit außerhalb der Grenzen des § 12 Abs. 2 TzBfG | 269 |
| (cc) Festlegung von Dauer und Lage der vertraglichen Arbeitszeit | 270 |
| (d) Örtliches Weisungsrecht | 271 |
| (e) Doppelfunktionale Weisungen | 272 |
| (2) Werkvertragliche Weisungen | 273 |
| (a) Qualität werkvertraglicher Weisungen | 274 |
| (b) Vorüberlegungen für die Systematisierung | 277 |
| (3) Dienstvertragliche Weisungen | 278 |
| dd) Weisungsbefugnis versus tatsächliche Ausübung | 279 |
| d) Die Eingliederung in die Arbeitsorganisation | 280 |
| aa) Absage durch die neue Gesetzgebung, § 611a BGB | 281 |
| bb) Inhaltliche Präzisierung | 282 |
| (1) Reine Organisationsentscheidungen | 284 |
| (2) Überschneidungen mit der Weisungsgebundenheit | 286 |
| (3) Vertragliche Leistungsbeschreibung | 291 |
| (4) Verschiedene Ausprägungen | 291 |
| e) Unternehmerische Chancen und Risiken | 292 |
| aa) Das Alternativmodell | 293 |
| bb) Integration in die Gesamtbetrachtung | 300 |
| f) Eigenes Betriebskapital | 304 |

| | |
|---|-----|
| g) Eigene Betriebsmittel und Betriebsstätte | 305 |
| h) Soziale Schutzbedürftigkeit | 306 |
| i) Fremdnützigkeit | 307 |
| j) Das Recht, einzelne Einsätze abzulehnen | 309 |
| aa) Einzelverträge oder Dauerschuldverhältnis | 309 |
| bb) Objektive Vertragsdurchführung | 312 |
| cc) Systematischer Standort | 313 |
| k) Ersetzungsbefugnis | 313 |
| l) Erwerbsabsicht | 316 |
| m) Vollzeit- oder Teilzeittätigkeit | 317 |
| n) Zeitliche Dauer der Vertragsverhältnisse | 318 |
| o) Tätigkeit für nur einen „Auftraggeber“ | 319 |
| p) Art der Vergütung | 320 |
| q) Hilfsstatsachen | 320 |
| r) Schlussfolgerungen aus dem eigenen Rechtsstandpunkt | 322 |
| s) Vergleichbare Tätigkeiten, die von (Nicht-)Arbeitnehmern ausgeübt werden | 323 |
| aa) Abstrakt | 323 |
| bb) Selber Arbeitgeber | 324 |
| t) Wille der Parteien | 325 |
| aa) Die mehrdeutige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts | 325 |
| (1) BAG, Urteil vom 08.06.1967 – 5 AZR 461/66 | 326 |
| (2) BAG, Urteil vom 28.06.1973 – 5 AZR 19/73 | 327 |
| (3) BAG, Urteil vom 14.02.1974 – 5 AZR 298/73 | 327 |
| (4) Neuere Rechtsprechung | 329 |
| (a) Tätigkeiten, die regelmäßig nur arbeitsvertraglich erbracht werden können | 329 |
| (b) Nichtfeststellbarkeit des objektiven Erscheinungsbildes eines Arbeitsvertrags | 331 |
| (5) Fazit und Bewertung | 331 |
| bb) Kritik an der Berücksichtigung des Parteiwillens | 333 |
| cc) Graubereich | 334 |
| dd) Ergebnis | 335 |
| u) Ergebnis | 335 |
| 4. Eigenart der jeweiligen Tätigkeit, § 611a Abs. 1 S. 4 BGB | 336 |
| a) Präzisierung der Tatbestandsmerkmale | 336 |
| aa) Soziologische Bestandsaufnahme | 336 |

| | |
|--|-----|
| bb) Schlichter Verweis auf die Gesamtbetrachtung | 337 |
| cc) Relevanz für den erforderlichen Grad persönlicher Abhängigkeit | 337 |
| dd) Relevanz für die Gewichtung der Merkmale | 338 |
| ee) Relevanz für die Ermittlung der Ausprägung der Merkmale | 339 |
| ff) Relevanz für die Bewertung von Umständen des Einzelfalls | 339 |
| gg) Kumulation der Deutungen | 340 |
| b) Bewertung | 340 |
| 5. Relativierung einzelner Kriterien aufgrund gesetzgeberischer Entscheidungen | 343 |
| a) Frachtführer | 343 |
| b) (Fremd-)Geschäftsführer einer GmbH | 346 |
| c) Ergebnis | 350 |
| 6. Metrisierung der persönlichen Abhängigkeit | 351 |
| a) Zu berücksichtigende Aspekte | 352 |
| b) Festlegung der Werte für die Untermerkmale | 354 |
| aa) Positivmerkmale | 355 |
| (1) Inhaltliche Weisungsgebundenheit | 355 |
| (2) Fachliche Weisungsgebundenheit | 356 |
| (3) Zeitliche Weisungsgebundenheit | 356 |
| (4) Örtliche Weisungsgebundenheit | 357 |
| (5) Fachliche Eingliederung | 357 |
| (6) Zeitliche Eingliederung | 358 |
| (7) Örtliche Eingliederung | 359 |
| (8) Verhältnis von Weisungsgebundenheit und Eingliederung | 359 |
| bb) Negativmerkmale | 359 |
| c) Zusammenfassung | 360 |
| d) Ermittlung des Punktwerts für den relevanten Grad an persönlicher Abhängigkeit | 361 |
| aa) Fabrikarbeiter | 361 |
| bb) Chefarzte | 362 |
| cc) Moskitoanschläger | 364 |
| dd) Zirkusartisten | 365 |
| ee) Cutterin | 370 |
| ff) Programmierer im „Home Office“ | 372 |
| gg) Katalogisierer im Bereich der Denkmalpflege | 375 |
| hh) Ergebnis | 376 |

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|-----|
| e) Systematik des Frachtführers | 377 |
| 7. Abgrenzungsfragen auf anderen Ebenen | 379 |
| G. Fazit | 381 |
| H. Ausblick | 385 |
| I. Literaturverzeichnis | 387 |

A. Einleitung

Das Arbeitsrecht ist insgesamt eine dynamische Materie, die sich mit den Gegebenheiten der Arbeitswelt stetig wandelt, weiterentwickelt, ausdifferenziert. Insbesondere die gesellschaftlichen Wandel sowie die technologischen Fortschritte des 21. Jahrhunderts haben zur Entstehung einer besonderen Vielfalt möglicher Arbeitsformen beigetragen. Wir haben das Zeitalter der Arbeit 4.0 erreicht.¹

Damit bleibt auch die Rolle des Arbeitnehmerbegriffs – als „Gatekeeper“ des Arbeitnehmerschutzrechts –² in ihrer Relevanz unbestritten.³ Die Frage nach der Abgrenzung von Werkverträgen, freien Dienstverträgen und Arbeitsverträgen spielt daher im heutigen arbeitsteiligen Wirtschaftsleben eine kaum zu überschätzende Rolle.⁴ Nicht zuletzt widmet sich ihr auch der unlängst „erwachte“⁵ Gesetzgeber mit der historisch bedeutsamen Schaffung einer gesetzlichen Regelung des Arbeitsvertrags durch § 611a BGB.

An die Rechtsnatur eines Vertrages knüpfen nicht nur Bestimmungen des Sozialversicherungsrechts, sondern insbesondere auch des Kündigungsschutz- sowie des Befristungsrechts an. Bereits aufgrund dieser Beispiele ist die Ahnung nicht fernliegend, dass Unternehmen bestrebt sein dürften, die Zahl ihrer Arbeitnehmer⁶ möglichst gering zu halten und auf andere Vertragsarten zurückzugreifen, um auf diese Weise Personalkosten zu sparen.

Eine Ausweichstrategie bestand in Gestalt des sogenannten Inhouse-Outsourcings durch konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung und Rückgriff auf die Tarifverträge der sogenannten christlichen Gewerkschaften.

1 Dazu *BMAS*, Weißbuch Arbeiten 4.0; *Hanau*, RdA 2017, 213–216.

2 *Vogel/Pötters/Christensen*, Richterrecht, S. 17; ähnlich *Bauschke*, RdA 1994, 209: „definitorisches Eingangstor“; *Reuter*, in: FS Dieterich, 473; *Greiner*, NZS 2009, 657; *Maties*, in: FS Wank, 323 (325 f.); *Uffmann*, NZA-Beilage 2016, 5.

3 Dazu *Vogel/Pötters/Christensen*, Richterrecht, S. 38–49.

4 *Wank*, Arbeitnehmer S. 24; *Hromadka*, NZA 1997, 569.

5 „Der erwachte Gesetzgeber im Arbeitsrecht – Regulierung und Deregulierung im Arbeitsrecht“ war der Titel der „7. Assistent/innentagung im Arbeitsrecht“ der Bucerius Law School (27.–29.07.2017).

6 Beziehungsweise Beschäftigten im Sinne des § 7 SGB IV im Falle des Sozialversicherungsrechts.

Diese betrieb insbesondere das Unternehmen Schlecker.⁷ Durch die (vorvorletzte) Reform des AÜG⁸ sowie die Feststellung der Tarifunfähigkeit der CGZP⁹ ist ein solches Vorgehen nicht mehr praktikabel. Es bleibt derweil sowohl im Drei- als auch im Zweipersonenverhältnis der Rückgriff auf freie Dienst- und Werkverträge.

Im Hinblick auf die bereits vor diesem Hintergrund bedeutende Tragweite der Einordnung des entsprechenden Vertragstyps besteht im Grunde seit jeher Bedarf an einer möglichst leicht handhabbaren, nachvollziehbaren und prognostizierbaren Methode der Abgrenzung des Arbeitsvertrags von freiem Dienst- und Werkvertrag. Dieser Befund wird dadurch bestärkt, dass nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und nunmehr § 611a Abs. 1 S. 6 BGB bei einem Widerspruch zwischen dem (ursprünglich) geschlossenen Vertrag und dessen tatsächlich gelebter Durchführung letztere als maßgeblich angesehen werden soll, sofern sie der eines Arbeitsvertrags entspricht.¹⁰

Tatsächlich ist die Abgrenzung von Arbeitsvertrag und freiem Dienst- oder Werkvertrag bis dato eines der meist diskutierten Themen im Individualarbeitsrecht.¹¹ Die Problematik der sogenannten Scheinselbstständigkeit taucht in zahlreichen Berufssparten auf. Beispielhaft genannt seien Regalbestücker in Supermärkten, Propagandisten, Versicherungsvertreter, Montagearbeiter und Restaurantbedienungen.¹² Die betreffende Kasuistik zur Abgrenzung des Arbeitsvertrags von anderen Vertragsarten weist nicht selten überraschende Ergebnisse auf. Es kann das kaum zufriedenstellende Fazit gezogen werden, dass die Einordnung neuer Vertragsgestaltungen bis zu einer klärenden Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts – das mit der angeführten Begründung häufig auch zum gegenteiligen Ergebnis hätte

7 Dazu *Böhm*, DB 2010, 672–675; *Krieger/Kruchen*, NZA 2014, 693.

8 Insbesondere durch die sogenannte Drehtürklausel der § 3 Abs. 1 Nr. 3, § 9 Nr. 2 AÜG a.F., eingefügt durch das Erste Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes vom 28.04.2011, BGBl. I 2011, 642 (642 f.); dazu kritisch *Krieger/Kruchen*, NZA 2014, 693–696.

9 BAG, Beschluss vom 14.12.2010 – 1 ABR 19/10, BAGE 136, 302–333.

10 Beispielhaft BAG, Urteil vom 20.07.1994 – 5 AZR 627/93, BAGE 77, 226 (226, 235 f.); BAG, Beschluss vom 30.10.1991 – 7 ABR 19/91, AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 59.

11 Beispielhaft *Hanau/Strick*, AuA 1998, 185, die „die Unterscheidung zwischen Arbeitnehmer und Selbstständigen [...] zu den fundamentalsten und schwierigsten Aufgaben des Arbeitsrechts“ zählen; nicht ohne Polemik *Schmitt-Rolfes*, AuA 2016, 7.

12 Beispiele nach *Schliemann*, RdA 1997, 322 (322 f.) m.w.N.; vgl. auch *Kreuder*, RdA 1996, 386 (386 f.).

gelangen können – allzu offen bleibt. Die Vielfalt unterschiedlichster Tätigkeitsbereiche legt die Vermutung nahe, dass das Problem in den grundlegenden Bereichen der Materie verortet sein dürfte.

Die Frage, ob ein Arbeitsvertrag vorliegt, ist auch entscheidend für die Einordnung, ob eine Dreieckskonstellation, bei der ein Unternehmer einem anderen vertraglich die Leistung eines Dritten zusagt, Arbeitnehmerüberlassung ist oder nicht. In Dreieckskonstellationen der „Überlassung“ selbstständiger Subunternehmer durch einen Unternehmer an einen Dritten wird der Unternehmer in das Recht der Arbeitnehmerüberlassung verwiesen, wenn sich herausstellt, dass sein Subunternehmer in Wahrheit sein Arbeitnehmer ist. Der EuGH hat jedoch entschieden, dass im Rahmen der RL 2008/104/EG – und somit nach der Pflicht der nationalen Gerichte zur richtlinienkonformen Auslegung auch im Rahmen des AÜG – der unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff zugrunde zu legen ist.¹³ Unsere Untersuchung zum nationalen Arbeitnehmerbegriff vermag zu diesen Konstellationen also nichts beizutragen.

Im Steuerrecht¹⁴ gab diese Unsicherheit Anlass zur Schaffung der sogenannten Lohnsteueranrufungsauskunft gemäß § 42e EStG, mit der ein Unternehmer das für die Betriebsstätte zuständige Finanzamt um Auskunft ersuchen kann, ob die von ihm Beschäftigten als Arbeitnehmer einzuordnen sind. Eine ähnliche Funktion erfüllt das Anfrageverfahren nach § 7a SGB IV zur Feststellung der Beschäftigteneigenschaft im Sozialversicherungsrecht.¹⁵

Gegen diese Unsicherheit richtete sich auch das Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze vom 21. Februar 2017¹⁶. Die Auswirkungen dieser Gesetzgebung sowie ihre Eignung und Kohärenz werden wir unter Einbeziehung ihres Entstehungsprozesses an verschiedenen Stellen untersuchen.

Zudem sei noch ein wichtiger Punkt benannt, der in den aktuellen Diskussionen kaum Beachtung findet: Vielfach gehen neuerliche Vertragsgestaltungen im Rahmen der arbeitsteiligen Wirtschaft gerade aus dem Bestreben der Leistungsgläubiger hervor, Arbeitsverträge möglichst zu umge-

13 EuGH, Urteil vom 17.11.2016 – C-216/15, NZA 2017, 41 (42 f.); folgend BAG, Beschluss vom 21.02.2017 – 1 ABR 62/12, NZA 2017, 662 (665 f.).

14 Dessen Arbeitnehmerbegriff ist zwar nicht identisch mit dem des Arbeitsrechts, er weist jedoch im Wesentlichen die gleichen Probleme auf, vgl. BFH 20.04.1988 – X R 40/81, BStBl. II 1988, 804; BFH 14.06.1985 – VI R 150 – 152/82, VI R 150/82, VI R 15 1/82, VI R 152/82, BStBl. II 85, 661; *Thüsing*, ZfA 46 (2015), 419 (426 f.).

15 Dazu kritisch m.w.N. S. *Becker*, DB 2015, 2267 (2268).

16 BGBl. I 2017, 258–262; BT-Drucks. 18/9232; BT-Drucks. 18/10064; BR-Drucks. 627/16.

A. Einleitung

hen.¹⁷ Damit wird die These, das Arbeitsrecht entwickle sich stetig weiter, sodass auch der Begriff des Arbeitnehmers stetig auszubessern sei, ein Stück weit abgeschwächt. Oftmals wäre die Frage angebracht, ob sich das anwachsende Maß an Komplexität tatsächlich aus den technischen Errungenschaften und den sozialen Wandeln unserer Zeit ableitet oder nicht viel eher diese wachsende Komplexität ihrerseits eine Reaktion auf die auf „missbräuchliche“ Vertragsgestaltungen reagierende Rechtsprechung zum Arbeitnehmerbegriff darstellt. Sollte dies auch nur partiell der Fall sein, wäre eine handhabbare Lösung erst recht willkommen.

17 Angesprochen ist hier die Problematik der sogenannten Scheinselbstständigkeit oder neuen Selbstständigkeit, aufschlussreich dazu *Hromadka*, NZA 1997, 569 (569 f.).

B. Zielsetzung

I. Einheitlicher Arbeitnehmerbegriff

Im Arbeitsrecht nehmen verschiedene Gesetze auf den Arbeitnehmer Bezug. Dabei drängt sich zunächst die Frage auf, ob jedes dieser Gesetze einen eigenen Arbeitnehmerbegriff zugrunde legt oder ein einheitlicher Arbeitnehmerbegriff anzunehmen ist.¹⁸ Letzteres wird seitens einiger Stimmen verneint. *Heinze* etwa lehnt einen einheitlichen Arbeitnehmerbegriff insgesamt ab.¹⁹ *Wank* geht davon aus, dass die Frage, welche arbeitsrechtlichen „Rechtsfolgenbündel“ auf einen Arbeitsvertrag anwendbar sind, je nach Berufsgruppe (etwa Handelsvertreter und Bezirksleiter) und je nach Beschäftigungsart (Vollzeit- oder Teilzeitbeschäftigte, Dauerbeschäftigung oder kurzfristige Beschäftigung, Hauptberuf oder Nebenberuf) differenziert festzustellen sei. *Hromadka* plädiert für ein abgestuftes System de lege ferenda, in welchem das einzelne Schutzgesetz seine Anwendbarkeit an ein konkretes Schutzbedürfnis knüpft.²⁰ Ein ähnliches Modell schlagen *Richardi* und *Fischinger* vor.²¹

De lege lata gehen jedoch Rechtsprechung und mehrheitliche Literatur im Grundsatz von einem einheitlichen (arbeitsrechtlichen) Arbeitnehmerbegriff aus,²² wenngleich dieser in einigen Gesetzen nur als Ausgangspunkt dient, der je nach Schutzzweck partiell erweitert oder beschnitten wird²³. Zu denken ist hier etwa an § 5 ArbGG und § 5 BetrVG. Nach § 5 Abs. 1 S. 2 ArbGG und § 5 Abs. 1 S. 2 BetrVG werden insbesondere Heimarbeiter mit einbezogen. Durch § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG sowie § 5 Abs. 2 BetrVG werden dagegen einige Gruppen von Arbeitnehmern explizit ausgeklammert.

18 *Wank*, Arbeitnehmer S. 37–44; *Wank*, EuZA 9 (2016), 143 (146–149); *Maties*, in: FS *Wank*, 323 (326); *Uffmann*, NZA-Beilage 2016, 5 (5 f.).

19 *Heinze*, Vertrag, 93 (93 f.), der dabei jedoch schlicht auf die Begrifflichkeiten „leitend[e] Angestell[t]e, Tendenzträger, kurzfristig, gering oder befristet Beschäftigte“ verweist, die einen solchen Schluss noch nicht begründen.

20 *Hromadka*, NZA 1997, 56977–580; ähnlich *Reinecke*, ZIP 1998, 581 (587 f.).

21 *Staudinger-Richardi/Fischinger*, § 611, Rn. 52–54.

22 BAG, Beschluss vom 25.03.1992 – 7 ABR 52/91, BAGE 70, 104–119; ErfK-Preis, § 611a, Rn. 14; *Henssler/Willemsen/Kalb-Thüsing*, § 611a, Rn. 21–23.

23 Dazu *Maties*, in: FS *Wank*, 323 (325 f., 341 f.).

Autonome, vom arbeitsrechtlichen abweichende Arbeitnehmerbegriffe legen freilich das Sozialrecht und das Steuerrecht zugrunde.²⁴ Diese werden wir nur am Rande behandeln.

Ein einheitlicher Arbeitnehmerbegriff muss den Anforderungen gerecht werden, im Hinblick auf alle auf ihn Bezug nehmenden Gesetze zu sachgemäßen Ergebnissen zu führen, was die Anforderungen an seine Tatbestandsmerkmale und deren Diversität erhöht.²⁵

Ausgehend von der Prämisse, dass jedes Gesetz einen eigenen Arbeitnehmerbegriff verwendet, gelänge dagegen jeweils leichter, die einzelnen Begriffe selbst zu bilden. Dann müsste sich lediglich ein jeder Arbeitgeber/Werk-/Dienstbesteller jeweils für jeden seiner Vertragspartner neu die Frage stellen, ob dieser den Kündigungsschutz des KSchG genießt, die wiederum ohne Relevanz für die Frage wäre, ob auch die Regeln des TzBfG greifen. Jeder im Betrieb Tätige hätte unter Umständen ein gänzlich eigenes „Konsortium“ von Schutzvorschriften.²⁶ Mag sich damit auch eher für jeden Betroffenen ein in jeder Hinsicht sachgerechtes Ergebnis erzielen lassen, überzeugt der einheitliche Arbeitnehmerbegriff bislang wohl insbesondere aufgrund seiner Praktikabilität.²⁷ *Rancke* etwa befürchtet eine Rechtszersplitterung und einen Mangel an Rechtssicherheit als Folge der Aufgabe des einheitlichen Arbeitnehmerbegriffs.²⁸

Mit Blick auf Europa sei derweil daran erinnert, dass der einheitliche Arbeitnehmerbegriff ohnehin bereits Einschränkungen kennt. Das nationale Arbeitsrecht ist vielfach von Vorschriften durchdrungen, die auf EU-Richtlinien beruhen. Wo dies der Fall ist und die Richtlinie nicht explizit auf den nationalen Arbeitnehmerbegriff verweist, greift der unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff.²⁹ Divergenzen zwischen dem deutschen und dem unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff ergeben sich etwa bei GmbH-Geschäftsführern³⁰ und Rotkreuzschwestern³¹. Solange sich das Unionsrecht im bisher festgesetzten Kompetenzrahmen bewegt, lassen sich freilich wei-

24 Dazu *Reinecke*, ZIP 1998, 581 (583 f.); Henssler/Willemsen/Kalb-*Thüsing*, § 611a, Rn. 19 f.

25 Vgl. etwa *Richardi*, in: FS 125 Jahre jur. Ges. Ber., 607 (616 f.).

26 In eine ähnliche Richtung deuten *Heinze*, NZA 1997, 1 (3) und MüArbR (3. Aufl.)-*Richardi*, § 16, Rn. 42–44.

27 *Worzalla*, Arbeitsverhältnis, S. 200; Henssler/Willemsen/Kalb-*Thüsing*, § 611a, Rn. 23.

28 *Rancke*, Freie Berufe, S. 163 f.

29 Beispiele bei *Maties*, in: FS Wank, 323 (336–342).

30 EuGH, Urteil vom 11.11.2010, C-232/09, NZA 2011, 143 (144).

31 EuGH, Urteil vom 17.11.2016 – C-216/15, NZA 2017, 41 (42 f.).

terhin der nationale und der europäische Arbeitnehmerbegriff auseinanderhalten.

Bei dem Unterfangen, für jedes Schutzgesetz einen neuen Arbeitnehmerbegriff zu bilden, wäre jedenfalls die Mitwirkung des Gesetzgebers indiziert. Insoweit ist zwar bereits de lege lata festzustellen, dass einzelne im Grundsatz auf den Arbeitnehmer Bezug nehmende Gesetze ihrem Anwendungsbereich weitere, im Hinblick auf ihren telos ebenso schützenswerte Personen hinzuzufügen (so neben §§ 5 ArbGG, 5 BetrVG etwa auch § 2 Abs. 1 BUrlG, 12a TVG) oder neben dem Arbeitnehmerstatus weitere Anforderungen stellen (so etwa in § 1 Abs. 1 KSchG).³² Gerade in neuen Gesetzen zeigt sich dies auch daran, dass nicht mehr vom „Arbeitnehmer“, sondern primär vom „Beschäftigten“ die Rede ist (etwa in § 6 Abs. 1 AGG, § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG).³³

Diese Tendenzen sind jedoch bisweilen noch weit von einem umfassenden einzelfallgerechten Zuschnitt entfernt. Insbesondere der Begriff des Arbeitnehmerähnlichen bleibt im status quo noch deutlich hinter seiner potentiellen Leistungsfähigkeit zurück und fristet eher ein Schattendasein.³⁴ Auf lange Sicht wäre jedenfalls sowohl möglich als auch wünschenswert, mit dem Ziel einer ausdifferenzierten Zuordnung von Schutzbedürftigkeit und gesetzlich eröffneten Schutzmechanismen das etablierte System von Arbeitnehmern, Arbeitnehmerähnlichen und Selbstständigen grundlegend zu überdenken.

Der Beitrag dieser Arbeit zum arbeitsrechtlichen Diskurs soll hingegen darin bestehen, handhabbare Kriterien für den deutschen Arbeitnehmerbegriff und deren präzise Gewichtung aufzustellen, um so die Einordnung von Zweifelsfällen zu erleichtern. Dadurch sollte sich insgesamt ein schärferes Bild des Arbeitnehmers zeichnen, das gleichzeitig jedoch die Anforderungen an die Komplexität des Begriffes, die aus der Bezugnahme verschiedenster Gesetze auf den Arbeitnehmer erwachsen, so weit als möglich erfüllt. Damit sei zugleich ausgesprochen, dass die Grenzen der bestehen-

32 Wank, Arbeitnehmer S. 40; Wank, EuZA 9 (2016), 143 (144–148); Staudinger-Richardi/Fischinger, § 611, Rn. 54; anschaulich auch zur neuerlichen „Erosion und Europäisierung des Arbeitnehmerbegriffs“ Vogel/Pötters/Christensen, Richterrecht, S. 39–41; Uffmann, NZA-Beilage 2016, 5 (6).

33 Dazu Maties, in: FS Wank, 323 (325 f.); kritisch Richardi, NZA 2010, 1101–1103.

34 Ähnlich Buchner, NZA 1998, 1144 (1146, 1148); Wank, NZA 1999, 225 (230).

den Rechtsordnung im Fokus der Betrachtung liegen und eine Lösung de lege lata angestrebt wird.³⁵

II. Vorgehensweise

Im Folgenden werden wir zunächst einige grundlegende Erkenntnisse zur juristischen Begriffsbildung im Allgemeinen festhalten.

Um den Arbeitnehmerbegriff und seine Wirkungsweise zu verstehen, erscheint es unerlässlich, sich sodann seiner Begriffsnatur und der damit verbundenen Folgen zu vergewissern. Wir werden hier auf grundlegende Fragen der rechtswissenschaftlichen Typustheorien, ihrer Entstehungsgeschichte und Daseinsberechtigung zu sprechen kommen. Dabei werden wir die Methodik des Bundesarbeitsgerichts kritisch untersuchen und auf die Frage eingehen, ob sie geeignet ist, ein Problem von solcher Tragweite adäquat zu lösen. Es kann jedenfalls schwerlich genügen, wenn zwar eine argumentative Auseinandersetzung mit dem Arbeitnehmerbegriff und seinen Kriterien erfolgt, jedoch aufgrund der Möglichkeit unterschiedlicher Gewichtung der Kriterien im Einzelfall beide Entscheidungen gleichermaßen begründbar wären.³⁶

Sodann betrachten wir die Wirkungsweise der Rechtsprechung zum Arbeitnehmerbegriff – genauer: zur Uminterpretation von Verträgen – und ordnen diese in die rechtsdogmatischen Mechanismen des BGB ein. Mit den aus diesen Schritten gewonnenen Erkenntnissen können wir unseren folgenden Ansatz der Systematisierung des Arbeitnehmerbegriffs auf ein solides rechtsdogmatisches Fundament stellen. Hierbei werden wir auch auf weitere dogmatisch und rechtspraktisch orientierte alternative Ansätze zur Begriffsbildung des Arbeitnehmerbegriffs aus Literatur und Rechtsprechung zu sprechen kommen. Wir werden dabei untersuchen, inwieweit sie zum einen fundierte Ergebnisse liefern und zum anderen als Beiträge zur Schaffung eines handhabbaren Arbeitnehmerbegriffs in Frage kommen. Dies geschieht derweil ausdrücklich ohne Anspruch auf Vollständigkeit.

35 Insoweit allerdings progressiver als *Griebeling*, NZA 1998, 1137 (1139), der die Möglichkeit einer heutigen Neudefinition des Arbeitnehmers eher abzulehnen scheint.

36 So rügte bereits einer der Beschwerdeführer in BVerfG, Beschluss vom 13.01.1982 – 1 BvR 848/77, BVerfGE 59, 231 (248), dass die vom BAG zugrunde gelegten Kriterien für den Arbeitnehmerstatus „ohne jeden Prognosewert“ seien; deutlich auch *Rüthers*, RdA 1985, 129 (131): „so werden [...] keine rational überprüfbaren Entscheidungskriterien gewonnen.“

Angesichts der schier unüberschaubaren Vielzahl unterschiedlichster Strömungen und der langen Begriffstradition des Arbeitnehmerbegriffs ist eine vollständige Darstellung im Rahmen einer solchen Arbeit nicht zu leisten.

Diese Arbeit versteht sich als ein weiterer Denkanstoß in einer zeitlosen Diskussion und ist sich der bedeutenden Fußspuren bewusst, die sie dabei kreuzt.

C. Methodologische Vorüberlegungen

Die Arbeitnehmereigenschaft ist keine empirisch feststellbare Größe, sondern eine rechtliche Klassifikation. Ihre (Neu-)Definition kann nicht anhand eines Vergleiches mit der Wirklichkeit falsifiziert werden. Der Arbeitnehmerbegriff ist in dieser Hinsicht nicht beschreibend, sondern gestaltend.

I. Teleologische Begriffsbildung

Zunächst ergibt sich die Möglichkeit, die Definition im Hinblick auf ihre Stellung in der Gesamtrechtsordnung zu entwickeln. Zu fragen wäre dann danach, wie die Tatbestandsmerkmale der Arbeitnehmereigenschaft in Relation zu den Rechtsfolgen gebracht werden können, die die Gesamtrechtsordnung an diese Eigenschaft knüpft.³⁷ Damit gelangte man zu einer teleologischen Begriffsbildung des Arbeitnehmerbegriffs, wie sie ausdrücklich insbesondere von *Wank* befürwortet wird.³⁸ Bemerkenswert daran ist zunächst, dass man dem Arbeitnehmerstatus eine feste Form nimmt. Dies ist insoweit unbedenklich, als es sich hierbei um ein Rechtskonstrukt handelt. Da auch die Umgangssprache mit dem Ausdruck „Arbeitnehmer“ keine allzu konkreten Vorstellungen verbindet, wäre es schwierig, zu Ergebnissen zu gelangen, die als untragbar empfunden werden würden.

In concreto würde sich eine solche Begriffsbildung darin äußern, dass jede Änderung der Regelungen, die auf den Arbeitnehmer Bezug nehmen, dazu führen könnte, dass bisher nicht erfasste Berufsgruppen nun dem Arbeitnehmerbegriff unterfielen, während andere, bisher erfasste aus ihm ausgeklammert würden.³⁹ Der Begriff des Arbeitnehmers wäre im Rahmen der teleologischen Begriffsbildung an jede Veränderung anzupassen.

37 Vgl. *Wank*, Begriffsbildung S. 131 f.; ähnlich auch *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 266.

38 *Wank*, Begriffsbildung, S. 77–89; *Wank*, Arbeitnehmer, insb. S. 34–36; *Wank*, DB 1992, 90–93; *Wank*, EuZA 9 (2016), 143 (157–170); *Wank*, AuR 2017, 140 (151–153).

39 *Wank*, Begriffsbildung S. 41, 43; dieses Prinzip findet sich ebenso bei den Eigenschaften des rechtlichen Typus, vgl. *Larenz/Canaris*, Methodenlehre S. 298; *Leenen*, Typus S. 181.

II. Ontologische Begriffsbildung

Insbesondere die Rechtsprechung praktiziert dagegen eher eine phänomenologisch-ontologische Begriffsbildung.⁴⁰ Voraussetzung für den Arbeitnehmerstatus ist ein besonderer Grad an persönlicher Abhängigkeit des Verpflichteten⁴¹, der ihn (jedenfalls) vom freien Dienstunternehmer abgrenzt. Zur Ermittlung der persönlichen Abhängigkeit werden verschiedene Kriterien herangezogen, die einer Anschauung der Wirklichkeit entnommen und bei „typischen“ Arbeitsverhältnissen vorgefunden wurden. Die Vorgehensweise des Bundesarbeitsgerichts lässt den Schluss zu, dass es fragliche Fälle „gedanklich“ mit einem in Vollzeit und unbefristet beschäftigten Fabrikarbeiter im Schichtsystem – sozusagen als „Archetypen“ des Arbeitnehmers –⁴² vergleicht.⁴³ Nach der sogenannten typologischen Methode des Bundesarbeitsgerichts kann dabei je nach Einzelfall einigen dieser Kriterien eine größere Bedeutung zukommen, während andere nur abgestuft vorliegen oder sogar ganz fehlen können, ohne dass damit der erforderliche Grad an persönlicher Abhängigkeit und folglich der Arbeitnehmerstatus zwingend abzulehnen wären.⁴⁴ Die Arbeitnehmereigenschaft wird also im Ergebnis als etwas tatsächlich Feststellbares und nicht nur als etwas Festlegbares behandelt.

In den Hintergrund tritt die Frage, ob sich der Arbeitnehmerbegriff in sein rechtliches Umfeld einfügt. Etwaige Wertungswidersprüche müssen auf Seiten dieses Umfelds korrigiert werden, also in denjenigen Vorschriften, die an die Eigenschaft als Arbeitnehmer anknüpfen. Der ebenfalls denkbare Weg einer analogen Anwendung arbeitsrechtlicher Vorschrif-

40 Diesen Ausdruck prägte insbesondere *Wank*, Begriffsbildung, S. 143–146; m.w.N. *Wank*, Arbeitnehmer, S. 24 f., 35; zuvor bereits *Beuthien/Wehler*, RdA 1978, 2 (3); *Beuthien/Wehler*, AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 21: „phänomenologisch-typisch“; *Rosenfelder*, Status, S. 75 f.; so auch *Maties*, in: FS *Wank*, 323 (327 f.); a.A. *Hromadka*, NZA 1997, 569 (576).

41 Wir verwenden den Ausdruck des „Verpflichteten“ für den Schuldner einer (Dienst-/Werk-)Leistung eines Vertrages, seinen Vertragspartner bezeichnen wir als „Berechtigten“. Damit können wir neutral von den Vertragsparteien sprechen und ersparen uns die Vorwegnahme des Ergebnisses der Einordnung. Ähnlich handhabt dies *Wank*, Arbeitnehmer, S. 4, der von einem „Beschäftigten“ und einem „Auftraggeber“ spricht.

42 *Wank*, Arbeitnehmer, S. 143, 185; *Kreuder*, RdA 1996, 386 (387); *Ehmann*, in: FS *Adomeit*, 131 (142); *MüArbR* (3. Aufl.)-*Richardi*, § 16, Rn. 18, 47.

43 *Wank*, Arbeitnehmer, S. 24.

44 Beispielhaft BAG, Urteil vom 15.03.1978 – 5 AZR 819/76, AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 26.

ten⁴⁵ oder der Erweiterung anderer Schutzinstrumente⁴⁶ wird dagegen eher selten besprochen.⁴⁷

Die hauptsächlich von *Wank* angestoßene Kritik hält dem entgegen, dass hier einzig die Frage nach dem „Sein“, nicht aber die nach dem „Sollen“ gestellt werde.⁴⁸ In der Tat bleibt dabei der Rechtsanwender zunächst die Antwort schuldig, *weshalb* die gewählte Lösung die richtige sein soll. Bemängelt wird überdies, dass die Merkmale des Arbeitsvertrags in keinem Sinnbezug zu den an ihn anknüpfenden Schutzvorschriften stünden.⁴⁹ Mit ihr werden wir uns ausführlich befassen.⁵⁰

Diese Kritik wird ein Stück weit dadurch abgeschwächt, dass der Gesetzgeber diese Rechtspraxis über ein halbes Jahrhundert verfolgt, geduldet und letztlich durch § 611a BGB in Gesetzesform gegossen hat. Unsere Untersuchung wird zudem erweisen, dass es in der Thematik des Arbeitnehmerbegriffs *die* richtige Lösung sowie eine alternativlose Zuordnung von Schutzmechanismen und Schutzbedürftigkeit im Einzelfall kaum geben dürfte.

III. Synthese

Selbstverständlich soll nicht behauptet werden, dass sich die dargestellten Wege der Begriffsbildung stets in dieser sterilen Reinform bewegt hätten. Es wäre lebensfremd anzunehmen, dass die Rechtsprechung des Reichsversicherungsamts⁵¹, des Reichs- und später des Bundesarbeitsgerichts bei der der Entscheidung, ob eine Person Arbeitnehmer ist, die Frage nach den

45 Dafür etwa *Nebendahl*, NZA 1992, 289 (294); *Hromadka*, NZA 1997, 569 (579); m.w.N. *ErfK-Preis*, § 611a, Rn. 83; für den Fremdgeschäftsführer der GmbH siehe die Nachweise bei *Boemke*, ZfA 29 (1998), 209 (211, Rn. 10–12); vgl. auch BAG, Urteil vom 03.06.1980 – 3 AZR 1077/78, BAGE 34, 34–38: Keine analoge Anwendung des § 613a BGB auf Heimarbeitsverhältnisse.

46 Ablehnend etwa für das Institut des innerbetrieblichen Schadensausgleichs BGH, Urteil vom 01.02.1963 – VI ZR 271/61, NJW 1963, 1100 (1102 f.).

47 Kritisch insoweit *Hromadka*, NZA 1997, 569 (579); *Hromadka*, NZA 1997, 1249 (1255 f.); *Reinecke*, ZIP 1998, 581 (588).

48 Beispielhaft *Wank*, Arbeitnehmer, S. 145.

49 *Wank*, Arbeitnehmer, insb. S. 34–36.

50 F. III. 3. c) bb).

51 Näher dazu *Hromadka*, NZA 1997, 569 (573 f.); *Hromadka*, NZA 2007, 838; *Schliemann*, RdA 1997, 322 (325).

Folgen dieser Einordnung gänzlich außer Acht gelassen hätten.⁵² Gleichsam dürften sich Befürworter einer rechtsfolgenorientierten Begriffsbildung zumindest gedanklich nicht vollständig von der Vorstellung der klassischerweise als Arbeitnehmer behandelten Berufsgruppen gelöst haben. Beides gilt erst recht für den Gesetzgeber.⁵³ Dieser hat das Arbeitsrecht mit Blick auf die real als Arbeitnehmer eingeordneten Fälle geregelt und wird gleichzeitig abgesehen haben, dass die geschaffenen Schutzinstrumente durch den Rechtsanwender zur Anwendung auf einen gegebenenfalls noch näher zu konkretisierenden Personenkreis gebracht werden.

Methodologisch erscheint es derweil sinnvoll, die Art der Vorgehensweise tatsächlich zur Maxime zu machen. Die Aufstellung handhabbarer Merkmale für die Arbeitnehmereigenschaft gibt derselben eine einseitige Kontur. Das wünschenswerte Ergebnis der Begriffsbildung dürfte sein, dass ein Arbeitnehmerbegriff geschaffen wird, der sich sowohl in sein rechtliches Umfeld einfügt als auch eine Art feste Gestalt hätte, die sich zumindest nicht gänzlich von den traditionellen Vorstellungen der Archetypen des Arbeitnehmers löst. Dadurch erhielte keine der dargestellten Richtungen – also der Begriff des Arbeitnehmers auf der einen und die auf diesen Bezug nehmenden Vorschriften auf der anderen Seite – Dominanz über die andere. Beide könnten sich gegenseitig regulieren.⁵⁴

52 Beispielhaft BAG, Urteil vom 23.04.1980 – 5 AZR 426/79, AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 34, Rundfunkmitarbeiter brauchen „den Schutz, den das Arbeitsrecht für den unselbständigen Tätigen bereit hält, insbesondere den Bestandsschutz.“; vgl. auch BAG, Urteil vom 15.03.1978 – 5 AZR 819/76, AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 26: „Wer seinen Arbeitsplatz nur bei einem anderen, seinem Arbeitgeber, finden kann, bedarf der Sicherung seines Arbeitsplatzes und des gesamten sozialen Schutzes, den das Arbeitsrecht ihm bietet.“

53 Vgl. *Radbruch*, IZTR 12 (1938), 46 (53); *Bydlinski*, *Methodenlehre*, S. 543 f.

54 Ähnlich im Ergebnis *Wank*, Begriffsbildung, S. 49 f.

D. Begriffsnatur des Arbeitnehmerbegriffs

Die Begriffsnatur des Arbeitnehmerbegriffs wird gerade in der aktuellen Literatur kaum noch dargestellt. Sofern sich dazu Feststellungen finden, werden diese zumeist nicht weiter hinterfragt, sondern als gegeben vorausgesetzt. Freilich verwundert dies nur wenig, da zum einen nicht in jeder arbeitsrechtlichen Fragestellung die absoluten Grundlagen des Arbeitsrechts neu durchleuchtet werden können und zum anderen die mannigfaltigen Probleme der Arbeitnehmereigenschaft wie insbesondere die Thematik sogenannter Scheinwerkverträge selten mit der Frage nach der Begriffsnatur des Arbeitnehmerbegriffs verbunden erscheinen. Letztlich beschäftigte die Problematik des Arbeitnehmerbegriffs bereits das Reichsversicherungsamt und stellt damit eher ein zeitloses als ein im engeren Sinne aktuelles Problem dar.

Es wird sich jedoch erweisen, dass die Frage der Begriffsnatur des Arbeitnehmerbegriffs durchaus mit Gewinn der Betrachtung der inhaltlichen Ausgestaltung desselben vorgeschaltet werden kann. Unter der Begriffsnatur wollen wir die Gesamtheit aller Prädikate verstehen, die sich dem Begriff im Vergleich mit anderen Begriffen auf semantischer Ebene zuschreiben lassen. Wir wollen also zunächst erkennen, mit welcher „Art von Begriff“ wir es überhaupt zu tun haben beziehungsweise ob der Arbeitnehmerbegriff auch sinnvoll (oder gar sinnvoller) in einer anderen Begriffsart konstruiert werden könnte.

I. Der Arbeitnehmer als Typusbegriff

Die Rechtsprechung vertritt seit Langem, der Arbeitnehmerbegriff sei typologisch zu bestimmen.⁵⁵ Diese typologische Methode wendet das Bundesarbeitsgericht auch nach Geltung des neuen § 611a BGB weiterhin an.⁵⁶

55 BAG, Beschluss vom 29.01.1980 – 1 ABR 45/79, BAGE 32, 381 (395) unter Bezugnahme auf klassische Vertreter der rechtswissenschaftlichen Typustheorien; BAG, Urteil vom 23.04.1980 – 5 AZR 426/79, AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 34; ebenso Henssler/Willemsen/Kalb-*Thüsing*, § 611a, Rn. 25 f., 46; kritisch *Rüthers*, RdA 1985, 129 (131 f.).

56 BAG, Urteil vom 27.06.2017 – 9 AZR 851/16, NZA 2017, 1463 (1465); BAG, Urteil vom 21.11.2017 – 9 AZR 117/17, NZA 2018, 448 (450).

Der Arbeitnehmerbegriff wird gerade seitens älterer Literaturstimmen expressis verbis als Typ⁵⁷ oder Typusbegriff aufgefasst.⁵⁸ Aus dieser Einordnung werden auch die für die Bestimmung der Arbeitnehmereigenschaft gebräuchlichen Mechanismen abgeleitet. So sollen etwa „keine abstrakten, für alle Arten von Arbeitnehmern schlechthin geltenden Kriterien“⁵⁹ existieren und „für Dienstverhältnisse eines Akkordarbeiters, eines Kapitäns, einer Tänzerin oder eines Chefarztes“ könne es bei der Frage, ob sie persönlich abhängig sind oder nicht, kaum einen einheitlichen Maßstab geben⁶⁰. Diese Aussagen werden wir an späterer Stelle genauer betrachten. Unsere Untersuchung gilt damit zunächst der genaueren Charakterisierung des Typusbegriffs und sodann insbesondere der Fragen, inwieweit die genannten Aussagen zutreffen und ob sie tatsächlich durch die Typusthematik bedingt sind.

Bereits auf dieser Ebene offenbart sich ein breites Meinungsspektrum. *Griebeling* etwa trifft die Aussage, das Bundesarbeitsgericht behandle den Arbeitnehmerbegriff zumindest nicht als *offenen* Typusbegriff.⁶¹ Einige Stimmen kritisieren dagegen bereits die „typologische Rechtsfindung“ des Bundesarbeitsgerichts und auch den Typusbegriff im Allgemeinen, lassen dabei die Frage nach der Begriffsnatur des Arbeitnehmerbegriffs allerdings

57 Klassischerweise wurde der Typ oder Typus dem Begriff antagonistisch gegenübergestellt, so etwa *Engisch*, Konkretisierung, S. 237–258; *Schirdewahn*, ZfA 1979, 183 (183–185). Die jeweiligen Aussagen sind jedoch ganz überwiegend auf das Verhältnis zwischen Typusbegriff und Klassenbegriff übertragbar.

58 *Wiedemann*, Arbeitsverhältnis, S. 16; *Herschel*, in: Festgabe für Kunze, 225 (237); *Schirdewahn*, ZfA 1979, 183 (192–201); *Martens*, RdA 1979, 347 (348); *Hilger*, RdA 1981, 265 (266); *Konzen*, ZfA 13 (1982), 259 (290 f.); *Rosenfelder*, Status, S. 111–113; m.w.N. *Reuter*, Arbeitsaufgabe, S. 51, Fn. 243; *Zöllner/Loritz/Hergenröder*, Arbeitsrecht, § 5, Rn. 37 (der eigentliche Typusbegriff ist für die Autoren allerdings nicht der Arbeitnehmerbegriff insgesamt, sondern nur die *Unselbstständigkeit*).

59 BAG, Urteil vom 15.03.1978 – 5 AZR 819/76, AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 26; so auch *Griebeling*, NZA 1998, 1137 (1138).

60 BAG, Urteil vom 15.03.1978 – 5 AZR 819/76, AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 26.

61 *Griebeling*, NZA 1998, 1137 (1140); seine Aussage auf S. 1138 „Es ist also sinnvoll, an einem *Rechtsbegriff* des Arbeitnehmers festzuhalten“ (Hervorhebung von mir) könnte derweil in Verbindung mit seiner Gegenüberstellung von Begriff auf der einen und Typus auf der anderen Seite sogar dahingehend verstanden werden, dass er der Einordnung des Arbeitnehmerbegriffs als Typusbegriff ebenfalls skeptisch gegenübersteht. Da er die Thematik selbst jedoch an keiner Stelle vertieft behandelt, bliebe dies eher eine – wenn auch naheliegende – Spekulation.

unberührt.⁶² Wank zufolge ist der in der Rechtswissenschaft gebräuchliche Typusbegriff seinerseits eine besondere Form des Klassenbegriffs.⁶³ Bei anderen Autoren wird die Einordnung nicht explizit behandelt, sondern entweder stillschweigend vorgenommen oder im Ergebnis umschifft. Weitere Crux sowie eine der Ursachen hierfür ist die Tatsache, dass auch die betreffenden termini nicht einheitlich gebraucht werden.⁶⁴ Eine vollständige Auswertung der sehr umfangreichen Literaturstimmen im Rahmen dieser Aufgabenstellung ist derweil weder möglich noch erforderlich. Auf die finale Einordnung des Arbeitnehmerbegriffs bezogen kann und soll nur einer der mehreren möglichen Verständniswege vor- beziehungsweise nachgezeichnet werden, die eine sachgerechte und zielführende Einordnung versprechen.

Dennoch führt kein Weg daran vorbei, die verschiedenen Begriffsarten zunächst näher zu untersuchen und zu charakterisieren, um überhaupt Aussagen von Gehalt treffen zu können.

Als Grundgerüst wird uns dabei die Begriffsformenlehre dienen. Diese bildet eine Schnittmenge zwischen Semantik und Logik.⁶⁵ Begriffe sind hier als Prädikate im Sinne der Prädikatenlogik zu verstehen, mit denen Aussagen getroffen und Satzfunktionen gebildet werden können.⁶⁶ Wir werden uns entsprechend der Sprache der Prädikatenlogik bedienen, wo dies hilfreich ist.⁶⁷ Dabei soll zugleich in einige sehr grundlegende Bereiche der Semantik und der Begriffsbildung im Sinne der Linguistik eingeführt werden. Ohne ein solches Vorverständnis ist die Thematik des Typus-

62 Rütters, RdA 1985, 129 (131 f.); in dieser Hinsicht ähnlich MüArbR (3. Aufl.)- *Ri-chardi*, § 16, Rn. 45; *ErfK-Preis*, § 611a, Rn. 53 hält die typologische Methode seit Inkrafttreten des § 611a BGB sogar für verfassungswidrig; zustimmend wohl *Ri-chardi*, NZA 2018, 974; ohne substantiierte Ausführungen zur Typusthematik *Zöllner/Loritz/Hergenröder*, Arbeitsrecht, § 5, Rn. 37 f.

63 Wank, Arbeitnehmer, S. 25; der von ihm entwickelte Arbeitnehmerbegriff sei ebenfalls ein Klassenbegriff, vgl. S. 391.

64 Bezüglich des Typusbegriffs anschaulich bereits *Wolff*, Stud. Gen. 5 (1952), 195, der zu der Erkenntnis gelangt, dass es in der Rechtswissenschaft mindestens vier verschiedene Verwendungsarten von Typen gibt; vgl. auch *Engisch*, Konkretisierung, S. 237–258; *Larenz*, Methodenlehre, S. 461 f.; dazu, dass bereits das Verhältnis von Klassen- und Typusbegriff umstritten ist und teilweise die Sinnhaftigkeit der Unterscheidung angezweifelt wird m.w.N. *Leenen*, Typus, S. 28; außer Acht gelassen werden an dieser Stelle die nicht-juristischen Stimmen, hierzu sei m.w.N. auf *Hempel/Oppenbeim*, Typusbegriff, S. 16–20 verwiesen.

65 Wank, Begriffsbildung, S. 36.

66 Wank, Begriffsbildung, S. 36.

67 Essentielle Zeichen werden wir dabei stets erläutern. Für eine ausführlichere Einführung in die Logik sei auf *Savigny*, Logisches Schließen verwiesen.

begriffs nicht sinnvoll zu erfassen. Mit dem Wissen um die Begriffsform lassen sich jedoch nicht nur die grundlegenden Schriften zum Typusbegriff besser verstehen, sondern auch die spätere Frage der Begriffsbildung präziser sowie vor allem systematischer gestalten. Die in diesem Teil gewonnenen Erkenntnisse bilden eine der Grundlagen für den hier verfolgten Weg zu einem präzisierten Arbeitnehmerbegriff. Freilich gilt zu beachten, dass die semantische und logische Einordnung die juristische Methodenlehre nicht zwingend beeinflusst.⁶⁸ Die Feststellung einiger Feinheiten, die in diesen Disziplinen als relevant erkannt wurden, kann jedoch auch hier gewinnbringend sein – dies vor allem dann, wenn es darum geht, Autoren auszuwerten, die mit entsprechenden übergreifenden Argumentationen arbeiten.

Alsdann werden wir untersuchen, wie sich der Typusbegriff zur Begriffsformenlehre verhält. Wir werden dazu die Entwicklung originären Typusbegriffs herausstellen und sodann dessen Eingang in die Rechtswissenschaft genauer charakterisieren. Es wird sich die Erkenntnis aufdrängen, dass der *juristische* Typusbegriff einen Weg eingeschlagen hat, der vom demjenigen abweicht, den seine Schöpfer vor Augen hatten.⁶⁹ Mit diesem Verständnis lassen sich ältere und jüngere Quellen und deren Feststellungen erst sinnvoll einordnen.

Abschließend wird zu untersuchen sein, wie sich der Arbeitnehmerbegriff in die Typusthematik einfügt und ob die Konstruktion als Typusbegriff dem Arbeitnehmerbegriff gerecht wird.

1. Begriffsformenlehre

Die Begriffsformenlehre unterscheidet zwischen qualitativen, komparativen (topologischen) und quantitativen (metrischen) Begriffen.⁷⁰ Diese sollen im Folgenden dargestellt und dabei zueinander in Bezug gesetzt werden.

68 Wank, Begriffsbildung, S. 38.

69 Diese Abweichungen wurden unter Bezugnahme auf die jeweiligen Literaten grundlegend von *Kuhlen*, Typuskonzeptionen mit den Mitteln moderner Wissenschaftstheorie herausgestellt.

70 *Herberger/Koch*, *JUS* 1978, 810 (812); *Wank*, *Begriffsbildung*, S. 38.

a) Klassenbegriffe

Klassenbegriffe werden als „einfachste Begriffsform“⁷¹ angesehen. Sie „stellen die allgemeine und ursprünglichste Art von Begriffen dar.“⁷² Werden diese auf Individuen angewandt, wird ihnen eine bestimmte Qualität oder Eigenschaft zugewiesen.⁷³ Mit einem Klassenbegriff kann etwa die Aussage getroffen werden: „a ist minderjährig“ (aM).⁷⁴ „a“ ist hierbei eine sogenannte Individuenkonstante; „minderjährig“ (M) das Prädikat. Unter Prädikaten verstehen wir Ausdrücke, mit denen man durch Einsetzen von Individuenkonstanten in ihre Leerstelle(n) Sätze bilden kann.⁷⁵ Im Beispiel liegt ein einstelliges Prädikat im Sinne der Prädikatenlogik vor, also ein solches, das zur Bildung eines geschlossenen – also vollständigen – Satzes nur *eine* Individuenkonstante erfordert.⁷⁶ In diese Struktur passt auch das Prädikat „Arbeitnehmer“, da mit ihm der Satz „a ist Arbeitnehmer“ (aA) gebildet werden kann. Zwingendes Kriterium für einen Klassenbegriff ist die Einstelligkeit jedoch nicht. Auch ein zwei- oder mehrstelliges Prädikat – ein sogenannter Relationsbegriff⁷⁷ – käme in Frage.⁷⁸ Es ließe sich etwa der Satz bilden: „a liegt auf b und c“ (Labc).

71 Stegmüller, Theorie, S. 19; Wank, Begriffsbildung, S. 36. Synonym gebräuchlich sind die Ausdrücke „klassifikatorischer Begriff“, „Gattungsbegriff“, „abstrakter Begriff“; dazu bereits *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 263–267; kritisch speziell zu *Larenz*’ Verständnis in der Sache *Kuhlen*, Typuskonzeptionen, S. 130 f.; *Leenen*, Typus, S. 28–34 verwendet zudem den Ausdruck „Allgemeinbegriff“.

72 Wank, Begriffsbildung, S. 36. Stegmüller, Theorie, S. 19.

73 Grundlegend *Herberger/Simon*, Wissenschaftstheorie, S. 277–279.

74 Vgl. *Kuhlen*, Typuskonzeptionen, S. 34; Wank, Begriffsbildung, S. 36. Wir werden Prädikate, wenn wir die Sprache der Logik verwenden, stets in Großbuchstaben schreiben, Individualkonstanten stets klein.

75 *Herberger/Simon*, Wissenschaftstheorie, S. 247; *Savigny*, Logisches Schließen, S. 85.

76 Ein n-stelliges Prädikat erfordert entsprechend n Individuenkonstanten, um einen geschlossenen Satz zu bilden, *Kutschera/Breitkopf*, Moderne Logik, S. 85.

77 Zum Relationsbegriff *Herberger/Simon*, Wissenschaftstheorie, S. 146–155.

78 So ausdrücklich *Carnap/Stegmüller*, Logik, S. 15 f., die einstelligen Prädikate „Eigenschaftsbegriffe“ nennen; *Hempel/Oppenheim*, Typusbegriff nahmen dies – ohne Relevanz für ihre Untersuchung – nicht an, zu dem insoweit gewandelten Verständnis vgl. *Kuhlen*, Typuskonzeptionen, S. 49 f., der jedoch auch deutlich macht, dass jedenfalls eine terminologische Unterscheidung sinnvoll ist und durch Vergleich der Extensionen ein- und mehrstelliger Prädikate dem möglichen Fehlschluss abhilft, mehrstellige Prädikate seien wie einstelligen zu verstehen und damit die Unterscheidung *Hempel/Oppenheimers* gar nicht durchführbar; die Möglichkeit mehrstelliger Klassenbegriffe blendet *Ott*, Typologie, S. 30 dagegen ganz aus.

Wie die Bezeichnung bereits andeutet, kann durch die Anwendung solcher Begriffe ein Gegenstandsbereich aus der Wirklichkeit in *Klassen* zerlegt werden.⁷⁹ Unter diese Klassen fallen all jene Individuenkonstanten, auf die das Prädikat anwendbar ist.

Klassenbegriffen wird daher eine besondere Trennschärfe nachgesagt. So schreibt *Radbruch*⁸⁰, der Begriff⁸¹ ziehe durch die „fließenden Übergänge“ des Lebens „scharfe Grenzen“.⁸² *Larenz/Canaris* charakterisieren ihn dadurch, dass durch Subsumtion „niederer“ Begriffe von geringer Abstraktionshöhe durch Weglassung einzelner artbestimmter Merkmale unter immer „höhere Begriffe“ die Masse des Rechtsstoffs auf einige wenige „höchste“ Begriffe zurückführbar sei.⁸³ Dass dies nur ein Teil der Wahrheit ist, wird sich im Folgenden noch erweisen.

Die Wirkung der Begriffe wird deutlich, wenn man ihre Extensionen⁸⁴ betrachtet, also die ihnen unterfallenden Objekte des Gegenstandsbereichs. Im ersten Beispielsfall wäre der Gegenstandsbereich „Menschen“ in die Klassen „minderjährig“ und „nicht-minderjährig“ – was wir als zweiten Klassenbegriff einführen wollen – aufgeteilt. Der Extension des Begriffs „minderjährig“ würden alle minderjährigen Menschen angehören.

Um die Extension unseres Beispiels für einen mehrstelligen Begriff – also einen Relationsbegriff – zu veranschaulichen, stellen wir uns a, b und c als Bausteine vor, die eine einfache Pyramide bilden, mit a an der Spitze.⁸⁵ Unser Gegenstandsbereich soll keine weiteren Elemente enthalten. Die Extension unseres Relationsbegriffs „sitzt auf“ – so wir ihn uns diesmal als zweistelliges und nicht als dreistelliges Prädikat vorstellen – enthielte damit die geordneten Paare $\langle a, b \rangle$ und $\langle a, c \rangle$. Nicht dem Begriff unterfielen dagegen $\langle a, a \rangle$, $\langle b, a \rangle$, $\langle c, a \rangle$, $\langle b, b \rangle$, $\langle b, c \rangle$, $\langle c, b \rangle$, $\langle c, c \rangle$. Als Extension eines Relationsbegriffs kommen nur Paare von Individuen in Frage. Diese Paare werden entsprechend „Relationen“ genannt.

79 *Carnap/Stegmüller*, Logik, S. 15; *Kuhlen*, Typuskonzeptionen, S. 34; *Herberger/Koch*, JUS 1978, 810 (812).

80 *Radbruch*, IZTR 12 (1938), 46, 49.

81 Abermals sei darauf hingewiesen, dass gerade ältere Quellen den Ausdruck „Begriff“ synonym zum „Klassenbegriff“ in unserem Sinne verwenden.

82 Vgl. bereits *Hempel/Oppenheim*, Typusbegriff, S. 1.

83 *Larenz/Canaris*, Methodenlehre S. 264, der hierin jedoch bereits Nachteile im Hinblick auf die Verwandtschaft zur Begriffsjurisprudenz sieht, S. 266.

84 Grundlegend zu Extension und Intension *Reisinger*, DVR Bd. 4 (1975), 119 (134–137); *Herberger/Simon*, Wissenschaftstheorie, S. 233–237, 248–251; knapper *Wank*, Begriffsbildung, S. 35 f.

85 Beispiel angelehnt an *Kuhlen*, Typuskonzeptionen, S. 50.

Fraglich ist, inwieweit dieses Phänomen mit der Klasseneinteilung beim einstelligen Prädikat vergleichbar ist. Der Begriff teilt im Grunde auch hier Individuen eines Gegenstandsbereichs in (zwei) Kategorien: diejenigen geordneten Paare, auf die der Begriff anwendbar ist und diejenigen, auf die er nicht anwendbar ist.⁸⁶ Den Gegenstandsbereich dürfte man sich auch so vorstellen können, dass er neben den einzelnen Individuen ebenfalls alle denkbaren Relationen der Individuen enthält.⁸⁷ Durch ein Prädikat einer bestimmten Stelligkeit könnte er allerdings a priori nur auf der entsprechenden Ebene in Klassen eingeteilt werden.

Dagegen könnte auf den ersten Blick angeführt werden, dass man so den Gegenstandsbereich nicht uniform festlegen kann, also unabhängig von dem jeweils anzuwendenden Prädikat. Da wir es hier jedoch mit reinen Denkgebilden zu tun haben, ist dieser Einwand per se nicht zwingend. Vorstellbar wäre auch ein Gegenstandsbereich, der sich der entsprechenden Fragehinsicht angleicht.

Kublen entschließt sich hingegen dazu, Mengen, deren Elemente Paare von Individuen sind, nicht als „Klasse“, sondern als „Relation“ zu bezeichnen.⁸⁸ Dies ist im Hinblick auf die gewonnene sprachliche Klarheit zu begrüßen. Inhaltlichen Zweifeln an sachlichen Unterschieden zwischen ein- und mehrstelligen Prädikaten wird damit allerdings nicht abgeholfen. Auf diese werden wir später zu sprechen kommen.

Uns genügt an dieser Stelle die Feststellung, dass Klassenbegriffe im Hinblick auf ihre (für uns einzig begriffsnotwendige) Einteilung eines Gegenstandsbereichs in Klassen ohne Not als ein- und mehrstellige Prädikate vorstellbar sind.⁸⁹

aa) Exakte und vage Klassenbegriffe

Im Hinblick auf das wissenschaftliche Interesse an möglichst exakter und umfassender Information können an den Klassenbegriff zwei Adäquat-

86 Ähnlich *Stegmüller*, Theorie, S. 39.

87 Ähnlich *Stegmüller*, Theorie, S. 44 f. Hier wird außerdem eine gewisse Parallelität zur recht simplen Möglichkeit ersichtlich, mehrstellige Prädikate in einstellige umzuwandeln, vgl. dazu *Savigny*, Logisches Schließen, S. 85.

88 *Kublen*, Typuskonzeptionen, S. 49, womit er jedoch andererseits nicht – zumindest nicht explizit – davon abrückt, auch mehrstellige klassifikatorische Begriffe anzuerkennen.

89 So auch *Carnap/Stegmüller*, Logik, S. 15.

heitsbedingungen gestellt werden.⁹⁰ Zum einen dürfen nicht mehrere Begriffe derselben Dimension auf ein Individuum anwendbar sein.⁹¹ Die begrifflich festgelegten Klassen müssen also gegeneinander scharf abgegrenzt sein.⁹² a aus dem ersten Beispiel dürfte also nicht gleichzeitig minder- und nicht-minderjährig sein können. Zum zweiten sollte eine Klasseneinteilung einen Gegenstandsbereich vollständig erfassen; jedes seiner Elemente muss also einem der betreffenden Begriffe unterfallen.⁹³ Nehmen wir den Gegenstandsbereich Menschen und als Dimension der Begriffe das Alter, dürfte a nur entweder volljährig oder minderjährig sein, ohne eine dritte Option (*tertium non datur*).

Allerdings wird die Frage, ob diese Kriterien auch notwendige Voraussetzung für die Einordnung eines qualitativen Begriffs als Klassenbegriff darstellen sollen, nicht einheitlich beantwortet.⁹⁴ Nach überwiegender Ansicht soll es auch sogenannte vage oder abstufbare Klassenbegriffe geben, bei denen es anhand ihrer Verwendungsregeln ungewiss ist, ob bestimmte Individuen ihnen unterfallen oder nicht.⁹⁵ Diese würden auf den ersten Blick die erste Bedingung nicht erfüllen, da bei unterstellter vollständiger Klasseneinteilung (erfüllter zweiter Bedingung also) bei zweifelhafter Zugehörigkeit zu einer Klasse zugleich auch die Zugehörigkeit zu (mindestens) einer anderen Klasse in Frage käme. Wäre hingegen die erste Bedingung erfüllt, wäre bei vagen Klassenbegriffen die zweite verletzt, da somit der Schluss zu ziehen wäre, dass die Klasseneinteilung nicht den gesamten Gegenstandsbereich erfasst.⁹⁶

Diese Wertungen lassen sich allerdings auch trennen. So lässt sich sagen, dass für die jeweilige Begriffsform des Klassenbegriffs nicht entscheidend sein muss, dass seine Verwendungsregeln (anhand deren Präzision die Vagheit ja ermittelt wird), bereits im Einzelnen feststehen. Zudem ist selten auszuschließen, dass sich der jeweilige Gegenstandsbereich in der Wirk-

90 So bereits *Stegmüller*, *Theorie*, S. 19.

91 *Kublen*, *Typuskonzeptionen*, S. 34.

92 *Stegmüller*, *Theorie*, S. 19; *Herberger/Simon*, *Wissenschaftstheorie*, S. 277 f.

93 *Stegmüller*, *Theorie*, S. 19; *Kublen*, *Typuskonzeptionen*, S. 34; *Herberger/Simon*, *Wissenschaftstheorie*, S. 277 f.

94 Dafür etwa *Herberger/Simon*, *Wissenschaftstheorie*, S. 277 f., die klassifikatorische Begriffe somit als Sonderfall der qualitativen Begriffe ansehen; *Wank*, *Begriffsbildung*, S. 36; dagegen *Stegmüller*, *Theorie*, S. 19 f.; *Kublen*, *Typuskonzeptionen*, S. 34 f.

95 *Kublen*, *Typuskonzeptionen*, S. 21, 35, insb. 58–62; zu vagen Begriffen im Allgemeinen: *Herberger/Koch*, *JUS* 1978, 810 (812), die den Bezug zur Thematik andeuten und auf *Kublen* verweisen (Fn. 31); *Gruschke*, *Vagheit*, S. 22–30.

96 M.w.N. *Kublen*, *Typuskonzeptionen*, S. 35.

lichkeit dergestalt verändert, dass neue Fälle auftauchen, für die erst neue Verwendungsregeln des Begriffs geschaffen oder bestehende weiter ausdifferenziert werden müssen. Auch können sich bereits klassifizierte Fälle aufgrund unvorhergesehener Umstände verändern oder eine neue Bewertung sinnvoll erscheinen lassen. Von derartigen Phänomenen wird unter dem Stichwort der Porosität des Begriffs gesprochen.⁹⁷ Wollte man also die Exaktheit zum notwendigen Kriterium des Klassenbegriffs erheben, träte damit das Phänomen auf, dass Begriffe dann ihre Form verlieren würden, solange sie sich nicht an die aufgrund der Porosität neu eingetretene Lage angeglichen hätten. Das Interesse an möglichst exakter und präziser Begriffsbildung kann auf die Methodologie übertragen werden und ist nicht zwingend bei der Begriffsform zu verorten.⁹⁸ Wir entschließen uns daher, jedenfalls im Ergebnis dieser Ansicht zu folgen und den Ausdruck „Klassenbegriff“ synonym mit „qualitativer Begriff“ zu verwenden; also auch vage Klassenbegriffe anzuerkennen. Dies bedeutet in der Sache keinen Unterschied, sondern stellt lediglich eine Deklaration dar.

bb) Merkmalskombination der Klassenbegriffe

Die klassische und eingängigste Variante des Klassenbegriffs ist die eines Begriffs, dessen Intension⁹⁹ das kumulative Vorliegen verschiedener Merkmale voraussetzt. Er wird durch Konjunktion gebildet ($A \wedge B \wedge C$)^{100, 101} Ein – zumindest strukturell – einfaches Beispiel hierfür wäre die Sache im Sinne des § 90 BGB. Die Norm definiert Sachen als körperliche Gegenstände.

97 Dazu anschaulich *Gruschke*, Vagheit, S. 50–53; *Kuhlen*, Typuskonzeptionen, S. 64, 131; *Herberger/Simon*, Wissenschaftstheorie, S. 317; *Wank*, Begriffsbildung, S. 128 f., der generell feststellt, dass juristische Definitionen unter dem Vorbehalt der „*clausula rebus sic stantibus*“ stehen.

98 *Kuhlen*, Typuskonzeptionen, S. 35.

99 Als Intension lassen sich die „Verwendungsregeln“ eines Prädikats bezeichnen, also jene Voraussetzungen, die ein Objekt erfüllen muss, damit das Prädikat auf es anwendbar ist. Grundlegend zu Extension und Intension *Herberger/Simon*, Wissenschaftstheorie, S. 233–237, 248–251; *Reisinger*, DVR Bd. 4 (1975), 119 (134–137); knapper *Wank*, Begriffsbildung, S. 35 f.

100 A, B, C sind die verschiedenen Merkmale, das Zeichen \wedge ist das logische „Und“; das Zeichen \vee ist dagegen das logische „nicht ausschließliche Oder“; weiterführend: *Herberger/Simon*, Wissenschaftstheorie, S. 34–47; *Kutschera/Breitkopf*, Moderne Logik, S. 22–29.

101 *Wank*, Begriffsbildung, S. 129.

Ihre Tatbestandsmerkmale sind also zunächst „Gegenstand“ und „Körperlichkeit“. Diese Begriffe sind im Gesetz nicht näher definiert, sodass hier die Literatur und Rechtsprechung gefragt waren, um die Anzahl zweifelhafter Fälle einzugrenzen. Der „Gegenstand“ ist definiert als alles, was Objekt von Rechten sein kann.¹⁰² Darunter fallen nebst körperlichen Gegenständen insbesondere Forderungen, Immaterialgüterrechte und sonstige Vermögensrechte, nicht jedoch Familien- und Persönlichkeitsrechte.¹⁰³ Das Tatbestandsmerkmal der Körperlichkeit erfordert wiederum nach herrschender Ansicht zunächst das Vorliegen der Merkmale „sinnliche Wahrnehmbarkeit“ und „räumliche Abgrenzbarkeit“ (wobei eine natürliche und keine rein physikalische Anschauung vorzunehmen ist, nach der die Sache als Einheit erscheinen muss).¹⁰⁴ Diese Merkmale ergeben sich daraus, dass die Sache für den Menschen beherrschbar sein muss, um Gegenstand von Besitz- und Eigentumsrechten sein zu können.¹⁰⁵ Um auch gegen letzte Zweifelsfälle abgrenzen zu können, wird zusätzlich noch eine „Beherrschbarkeit im eigentlichen Sinne“ gefordert.¹⁰⁶ An ihr soll es dann fehlen, wenn eine Sache, die zwar sinnlich wahrnehmbar und räumlich abgrenzbar ist, im Einzelfall dennoch nicht als beherrschbar angesehen werden kann (wie etwa Schnee- oder Rußpartikel).¹⁰⁷

Liegt einer der genannten Unterbegriffe nicht vor, hat man es nicht mit einer Sache im Sinne des § 90 BGB zu tun. Bei *gefallenem* Schnee¹⁰⁸ in seiner natürlichen Form etwa fehlt es an der räumlichen Abgrenzbarkeit, damit an der Körperlichkeit.¹⁰⁹ Die Sacheigenschaft ist abzulehnen. Gefallener Schnee zählt also nicht zur Extension des Sachbegriffs nach § 90 BGB.

Das Fehlen eines der Tatbestandsmerkmale der Intension kann weder alternativ durch das Vorliegen eines anderen (sozusagen eines Hilfsmerkmals) oder gar durch ein quantitativ stärkeres Vorliegen eines der anderen feststehenden Merkmale ausgeglichen werden.

102 Staudinger-*Stieper*, Vorbemerkungen zu § 90, Rn. 4–8, vgl. auch Bamberger/Roth-*Fritzsche*, § 90, Rn. 4.

103 Weiterführend m.w.N. MüKo-BGB-*Stresemann*, § 90, Rn. 4–7.

104 Bamberger/Roth-*Fritzsche*, § 90, Rn. 5; Staudinger-*Stieper*, Vorbemerkungen zu § 90, Rn. 1, 9; vertiefend zur Körperlichkeit mit Beispielen JurisPK-BGB-*Vieweg/Werner*, § 90, Rn. 8–11; MüKo-BGB-*Stresemann*, § 90, Rn. 8; zu anderen Ansichten der Definition des Sachbegriffs m.w.N. Bamberger/Roth-*Fritzsche*, § 90, Rn. 5 f.

105 Bamberger/Roth-*Fritzsche*, § 90, Rn. 5.

106 Bamberger/Roth-*Fritzsche*, § 90, Rn. 8.

107 Bamberger/Roth-*Fritzsche*, § 90, Rn. 8.

108 Im Gegensatz zu den vorgenannten *Schneepartikeln*.

109 JurisPK-BGB-*Vieweg/Werner*, § 90, Rn. 11.

Diese Art der Begriffsbildung geht auf die aristotelische Methode *definitio fit per genus proximum et differentia specificam*¹¹⁰ zurück. Diese wird heutzutage als die traditionelle Definitionsmethode bezeichnet.¹¹¹ Ein Begriff für ein Objekt wird danach stets so definiert, dass man ausgehend von der Gattung, der das Objekt angehört, das Merkmal hinzufügt, das es von übrigen Vertretern dieser Gattung abgrenzt.¹¹²

Nach diesem Schema ließe sich etwa ein Mobiltelefon definieren als ein Telefon, das nicht ortsgebunden ist; ein Smartphone entsprechend als ein Mobiltelefon, das über Touchscreen und bestimmte Funktionen eines Computers verfügt. Durch das Hinzufügen oder Weglassen von Merkmalen können also Begriffe geringerer oder höherer Abstraktionshöhe gebildet werden.¹¹³ Der „höchste Begriff“ ist dabei „derjenige, unter den (durch die Hinzufügung weiterer unterscheidender Merkmale) die meisten anderen subsumiert werden können“.¹¹⁴ Dieser besitzt den geringsten intensionalen Inhalt, da er selbst durch die wenigsten Merkmale gekennzeichnet ist, zugleich jedoch den weitesten extensionalen Umfang.¹¹⁵ Dieses Prinzip wird auch als das logische Gesetz bezeichnet.¹¹⁶

Nach dieser Art der Definition ist keines der Merkmale verzichtbar, jedes ist *notwendiges* Merkmal. Nur alle Merkmale zusammen genommen sind *hinreichend*.

Das heutige Verständnis der Definitionen geht jedoch nicht davon aus, dass es mit dieser einfachsten Form ihr Bewenden hat.¹¹⁷ Die *genus differentia*-Methode ist zwar nach wie vor gebräuchlich und statthaft. Sie ist indes nicht mehr die einzige anerkannte Definitionsmethode. In vielen Wissenschaften – so auch in der Rechtswissenschaft –¹¹⁸ sind Begriffe gebräuchlich, die diesem Schema nicht folgen.¹¹⁹ Der physikalische Begriff

110 Wank, Begriffsbildung, S. 51; ausführlich Essler, Wissenschaftstheorie I, S. 48–53; Herberger/Simon, Wissenschaftstheorie, S. 308–311. Wir werden im Folgenden von der „*genus differentia*-Methode“ sprechen.

111 Vgl. Kublen, Typuskonzeptionen, S. 127 f.

112 Ausführlich Essler, Wissenschaftstheorie I, S. 48–53; Wank, Begriffsbildung, S. 51–53.

113 Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 266.

114 Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 266.

115 Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 266.

116 Vgl. dazu Kublen, Typuskonzeptionen, S. 89 f., 130–135.

117 Essler, Wissenschaftstheorie I, S. 49–53; ausführlich Kublen, Typuskonzeptionen, S. 127–135; m.w.N. Wank, Begriffsbildung, S. 53–58; 126, 129 f.

118 Herberger/Simon, Wissenschaftstheorie, S. 310 f.

119 Weitere Beispiele bei Essler, Wissenschaftstheorie I, S. 49; Kublen, Typuskonzeptionen, S. 128 f.

der Dichte ist etwa definiert als die Masse eines Körpers dividiert durch ihr Volumen.¹²⁰ Eine weitere Grenze dieser Methode besteht darin, dass mit ihr lediglich einstellige Prädikate definiert werden können.¹²¹ Auch ist für einen (ein- oder mehrstelligen) Klassenbegriff im Hinblick auf seine wesentliche Eigenschaft, einen Gegenstandsbereich in Klassen zu zerlegen, ohne Belang, ob er nach der klassischen oder einer anderen Methode definiert ist.¹²² Es spricht also nichts dagegen, auch Klassenbegriffe anzuerkennen, deren Merkmale (sämtlich oder teilweise) disjunktiv verknüpft sind.¹²³ Ein Klassenbegriff mit rein disjunktiver Merkmalsverknüpfung ist auf jedes Individuum anwendbar, das wenigstens eines seiner Merkmale aufweist, wobei aber auch mehrere vorliegen können ($A \vee B \vee C$).¹²⁴

Als sehr ergiebiges und strukturell einfaches Beispiel bietet sich die Vorschrift des § 100 BGB an.¹²⁵ In ihr wird bestimmt, dass Nutzungen „die Früchte einer Sache oder eines Rechts sowie die Vorteile, welche der Gebrauch der Sache oder des Rechts gewährt“, sind. Wir haben es also mit einer Nutzung zu tun, wenn *entweder* Früchte einer Sache oder eines Rechts *oder* Gebrauchsvorteile gegeben sind.

Als weiteres Beispiel ließe sich die Fremdheit des Geschäfts im Rahmen der Geschäftsführung ohne Auftrag einordnen. In ihrer häufigsten Konstellation ist diese dann gegeben, wenn ein Geschäft geführt wird, das bereits objektiv nicht ausschließlich eigene Angelegenheiten des Geschäftsführers betrifft, sondern in den Pflichten- oder Interessenkreis eines anderen fällt.¹²⁶ Ist dies nicht der Fall, kann ein fremdes Geschäft aber trotzdem noch vorliegen; nämlich dann, wenn ein subjektiver Fremdgeschäftsführungswille hinzukommt (der sonst ein gleichrangiges Tatbestandsmerkmal neben dem fremden Geschäft im Anspruch nach §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB darstellt).

Augenfällig wird an diesen Beispielen auch der Unterschied zum Ergebnis der *genus differentia*-Methode: bei disjunktiver Merkmalsverknüpfung führt eine steigende Anzahl von Merkmalen (hier Früchte und Gebrauchs-

120 In diesem Zusammenhang *Hempel*, Begriffsbildung, S. 16; *Kuhlen*, Typuskonzeptionen, S. 129.

121 *Herberger/Simon*, Wissenschaftstheorie, S. 310 f. mit weiteren Argumenten.

122 So auch *Essler*, Wissenschaftstheorie I, S. 49; *Kuhlen*, Typuskonzeptionen, S. 131; *Wank*, Begriffsbildung, S. 130.

123 Zur Tatsache, dass sich im Grunde jede konjunktive Merkmalsverknüpfung in eine disjunktive umformen lässt, *Kuhlen*, Typuskonzeptionen, S. 129 Fn. 23.

124 *Wank*, Begriffsbildung, S. 130.

125 *Kuhlen*, Typuskonzeptionen, S. 129; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 932.

126 *Wandt*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, § 4, Rn. 5.