Vom logischen Begriff zum Typus - erörtert am Begriff des Arbeitnehmers

von Professor Dr. Horst Ehmman, Trier

I. Logische Begriffsbildung

Gustav Rümelin befasste sich in seiner akademischen Antrittsschrift 1878¹ mit der Logik *Sigwarts*² und meinte eingangs, dass die Berechtigung einer historischen Betrachtungsweise des Rechts von niemanden mehr bestritten, dass aber den Bemühungen, die juristische Wissenschaft mit philosophischen Betrachtungen weiterzuführen, Misstrauen entgegengebracht werde. *Rümelin* meinte jedoch, dass die Begriffsbildung zu "den wichtigsten und letzten Dingen der Jurisprudenz" gehöre und es sich daher verlohne, über die Grenzen der Jurisprudenz hinauszublicken und zu sehen, „ob sich nicht der Betrachtungsweise dieser Fragen in anderen Wissenschaften nützliche Lehren für die Betrachtung des Rechts entnehmen lassen“³. Da der verehrte Freund und Jubilar *N.N.* einen wesentlichen Teil seines wissenschaftlichen Schaffens in das Bemühen gesteckt hat, juristische Fragen von ihren philosophischen Grundlagen aus zu klären, erscheint es seiner würdig, ihm in dieser Festgabe eine Untersuchung der Frage der logischen und historischen Bildung des ArbN-Begriffs zu widmen.

1. Worte und Begriffsbildung

Der Mensch verständigt sich mit anderen Menschen mittels einer Sprache, die aus Worten besteht. Zur Vermeidung von Missverständnissen sollte daher jeder unter demselben Wort zumindest in etwa dasselbe verstehen. Das ist in der Praxis des Lebens leider nicht vollständig zu erreichen, denn dieselben Worte bedeuten verschiedenen Personen nicht selten etwas Verschiedenes; auch denselben Personen zu verschiedenen Zeiten etwas Verschiedenes, wenn sie das Wort besser verstanden haben. Ein Wort ist der Ausdruck einer inneren Vorstellung über ein Ding, ein Geschehen, eine Eigenschaft oder eine Beziehung. Kinder lernen Worte, wenn ihnen die Mutter ein Bilderbuch zeigt auf dem Tiere, Vögel, Hühner, Raben usw. abgebildet sind. Und Mutter freut sich, wenn das Kind ein neues Bild mit einer Amsel sieht und sein erstes Urteil⁴ fällt: (Dies ist ein) Vogel! Sagt das Kind aber: "Rabe", so hat es noch nicht

¹ *Gustav Rümelin*, Juristische Begriffsbildung, 1878, S. 1-40.

² *Christoph Sigwart*, Logik, 2 Bd, 1. Aufl. Bd 1: 1873, Bd 2: 1878, 5. Aufl. (hrsg. von *Heinrich Maier*) 1924; im Folgenden wird stets die 5. Aufl. ohne nähere Angaben mit Seitenzahlen zitiert.

³ *Rümelin* hat allerdings in seiner Antrittsschrift mit klugen Worten darauf verzichtet, diesen Nachweis zu führen: "Leicht können allgemeine Untersuchungen dadurch in Misscredit gebracht werden, daß zu viel von ihnen verlangt wird. Die Untersuchung ist deshalb hier abzubrechen und von der juristischen Detailuntersuchung ausgehend fortzuführen." In seiner späteren Schrift über Dienst- und Werkvertrag, 1905, ist dies jedoch zumindest ansatzweise geschehen (vgl. S. 33 f). Als erster hat jedoch *Hans Georg Isele* in seiner vortrefflichen Habilitationsschrift (Geschäftsbesorgung - Umriss eines Systems -, 1935) die juristische Brauchbarkeit der *Sigwart*'schen Begriffsbildung überzeugend nachgewiesen und auf dieser Grundlage gewissermaßen einen „Allgemeinen Teil“ des gesamten Geschäftsbesorgungsrechts entworfen. Über *Nipperdeys* Staudinger-Kommentierung (11. Aufl. § 675 Rz. 17; in den späteren Auflagen ist die Ansicht *Iseles* unglücklicherweise wieder aufgegeben und die Kommentierung *Nipperdeys* zerstört worden) und die Entscheidung des Großen Senats des BAG vom 10. 11. 1961 (BAG 12, 15) sind die Grundgedanken *Iseles* jedenfalls im Arbeitsrecht allgemein anerkannt worden; dazu *Isele*, Arbeitnehmer als Geschäftsbesorger, AuR 1964, 161; *Erman/Ehmman*, Handkommentar zum BGB, 12. Aufl., vor § 662 Rz 14 f, 26 ff, 72 ff, 91; § 670 Rz. 25 ff, 30.

⁴ "Das Urtheil ist die am Begriffe selbst gesetzte Bestimmtheit desselben", *Hegel*, Wissenschaft der Logik, 2. Bd: Subjektive Logik, 1816, 1. Abschnitt, 2. Kap. Das Urteil, 1816, S. 71 (= 4. Bd, S. 53 der Ausgabe „Hauptwerke

hinreichend zu unterscheiden gelernt. Sagt ein Menschenkind zu einem Bild mit einem Huhn, das ist kein Vogel, das ist ein Huhn, so hat es das Linné'sche System mit seiner (isolierenden) Abstraktion von Einzelheiten einer Vorstellung in einem Gebäude von Unter- und Oberbegriffen (Gattung, Arten) noch nicht richtig verstanden.

Wie feine Unterscheidungen zwischen Tieren, Vögeln, Insekten usw. möglich sind, zeigt das Linné'sche System; auch *Ernst Jüngers* „Subtile Jagden“ machen deutlich, dass mit zunehmender (wissenschaftlicher) Verfeinerung der Begriffe eine Verständigung nur noch unter Experten möglich ist. Je unbestimmter ein Wort, desto leichter das Urteil⁵: Dies ist ein Käfer! Aber mit solchem Oberflächen-Wortschatz kann man nicht bloß *Jüngers* subtile Jagden, sondern gar nichts richtig verstehen. Jedes Menschenkind muss im Laufe seiner Entwicklung in seinem individuellen Lernprozess die Sprachentwicklung seines Kulturkreises wiederholen und dabei entscheiden, wie weit es auf einzelnen Gebieten diese Entwicklung treiben kann und will. Zur exakten Verständigung ist eine ständige Verfeinerung der Wort- und Begriffsbildung erforderlich; der Mensch braucht aber auch einfache allgemeine Begriffe wie Vogel und Käfer, um die Kapazität seines Gedächtnisses nicht zu überfordern; Juristen brauchen „Treu und Glauben“, manche mehr, manche weniger. Ein allgemeiner Straftatbestand für „Schufterei“ (*stellionatus*, *Volksschädling*) würde verbunden mit der „Tätertypologie“ auch Strafrichtern „das Leben sehr erleichtern“, freilich mit Art 103 II GG nicht mehr vereinbar sein. Die meisten Menschen (nicht bloß Juristen) wollen, nicht nur bei der Arbeit mit ihrem Computer, an der „Benutzeroberfläche“ bleiben, weil in den darunter liegenden Schichten nicht bloß der logische Teufel, sondern viel Arbeit und Mühe steckt⁶.

Verschieden ist dieser Entwicklungsprozess bezüglich *konkreter*, sinnlich wahrnehmbarer *Vorstellungen* (über Vögel, Käfer usw.), wo die innere Vorstellung an eine unabhängig von der Sprache gemachten vorherigen Erfahrung (Eindruck, Vorstellung) anknüpfen kann, und *abstrakter Vorstellungen* auf einem „Gebiet des Unsinnlichen“⁷. Auf diesem Gebiet steht das Wort am Anfang und füllt sich erst allmählich "mit einer reicheren und bestimmteren Bedeutung in dem Maße als der Einzelne sich in das Denken der Gesamtheit hineinlebt“⁸: „Jedes

---

in sechs Bänden“ der Wissenschaftlichen Buchgesellschaft Darmstadt); dazu Sigwart (Fn. 2), § 5, S. 27 ff; *Rümelin* (Fn. 1), 8.

⁵ *Hegel* (Fn. 4, S. 64 = Hauptwerke 4, S. 49) zur Bildung immer „höherer“ Oberbegriffe durch Abstraktion: „Hier geht der Abweg ab, auf welchem die Abstraction vom Wege des Begriffs abkommt, und die Wahrheit verlässt. Ihr höheres und höchstes Allgemeine, zu dem sie sich erhebt, ist nur immer inhaltsloser werdende Oberfläche; die von ihr verschmähte Einzelheit ist die Tiefe, in der der Begriff sich selbst erfasst, und als Begriff gesetzt ist.“

⁶ Zu der Zeit als ich Gerichtsreferendar in Heidelberg war, war für die rechtliche Zuordnung eines Gegenstands oder einer Verantwortung die Redewendung gebräuchlich: das ist mein, dein, sein Bier usw. Der Amtsrichter, dem ich zur praktischen Ausbildung zugewiesen war, hatte diese Redewendungen verinnerlicht, schrieb in seinen Urteilen aber immer viel „gepflegter“, dass dies mit dem Kläger und jenes mit dem Beklagten „nach Hause gehe“. Ich wollte ihn immer fragen, ob das mit dem Beklagten nach Hause gehe, weil es sein Bier sei, aber gute Freunde rieten mir vor solcher Fragestellung ab. Merkwürdig war aber, dass der Amtsrichter in den meisten Fällen mit jedem das Richtige nach Hause gehen ließ, weshalb natürlich die Frage interessanter war, warum er in den meisten Fällen das richtige Ergebnis fand; aber das konnte man ihn auch nicht fragen. Abends *beim Bier* habe ich daher den Kellner gefragt und mit Freunden darüber diskutiert, was alles jemandes Bier sei und warum, aber auch keine befriedigende Antwort erhalten. Den ganzen Wert des Studiums und des rechtswissenschaftlichen Systems konnte man doch wegen eines Amtsrichters nicht in Frage stellen.

⁷ Was Sigwart (Logik I, 51) „Gebiet des Unsinnlichen“ nennt, bezeichnet Larenz (Methodenlehre, 6. Aufl., S. 459) unter Bezug auf den "konkreten Begriff" Hegels ("Kleine Logik“, §§ 160 ff. = Hauptwerke (Fn. 4, S. 177) als "Bereich der geistigen Schöpfung", in welcher eine "Idee" ("leitender Gedanke") vor der „Einzelausführung“ stehe. Begriffe wie Mensch, Haus, Tier usw. seien demgegenüber nur „einfache Bestimmungen“ und „abstrakte Vorstellungen“, aber keine „konkreten Begriffe“ (so Hegel aaO, § 164 a. E.).

⁸ Was dagegen Deutschlands Pädagogen und Bildungspolitikern veranlasst hat, sich auf die Meinung verständigen zu dürfen, Kinder dürften nicht durch das Auswendiglernen von Gedichten „überfordert“ werden, mag der Teufel wissen. *Hegel* (Fn. 7, § 161 Zusatz) wollte demgegenüber im Anschluss an *Platon* Lernen (auch) als Erinne-

Verständnis eines Wortes muss an Selbsterzeugtes anknüpfen, und der individuelle Gehalt desselben besteht eben aus den Elementen, welche der Einzelne wirklich mit Bewusstsein erfasst und festgehalten hat. Auch die unmittelbare sinnliche Anschauung des Kindes wird früh schon von der Sprache geleitet, und umgekehrt sind die Termini der höchsten Abstraction nur dann mehr als leere Laute, wenn ihr Inhalt durch Denken nacherzeugt ist; es ist immer eine Entdeckung, wenn die Übereinstimmung eines selbsterzeugten Gedankens mit der in dem Sprachgebrauch geltenden Bedeutung eines Wortes erkannt wird⁹“.

2. Logischer und metaphysischer Begriff

Sprache setzt Worte voraus. Wer eine Sprache lernen will, muss Wörter lernen. Logische Schlussfolgerungen oder Prozesse (innerhalb eines Computers) setzen Begriffe voraus. Rechtsfindung ist sicher nicht bloß eine logische Schlussfolgerung oder bloß ein logischer Prozess. Aber ohne gepflegte Sprache, ohne Logik und Begriffe funktionieren auch weder Rechtsprechung noch Rechtswissenschaft. Wenn man junge Studierende auf den Gängen sich ihre Erlebnisse schildern hört, wonach diese und jenes „Teil“ und überhaupt „alles total geil und super“ ist ohne jede nähere Bezeichnung, Konkretisierung und Differenzierung, so fragt man sich, wie es in deren Köpfen aussieht und weiß, dass eine juristische Vorlesung daran vorbei gehen muss. Ein Wort ist das äußere Korrelat einer allgemeinen inneren Vorstellung über ein Ding, eine Eigenschaft, ein Geschehen eine Beziehung, das geeignet ist zum Prädikat eines Urteils zu werden: dies ist ein Vogel, das ist ein Huhn, das Eier legt. Diese *empirische Wortbedeutung* ist vom *idealen Zweck* des Wortes (seinem *metaphysischen Begriff*) zu unterscheiden, wonach das Wort ein adäquates Abbild des "Wesens" einer Sache, eines Geschehens sein soll; wonach wer mit dem *Wort* den *Begriff der Sache* habe, „sie dadurch in ihrem innersten Kerne durchschaue, sie begreife, d. h. ihre einzelnen Bestimmungen als notwendige Folge ihres einheitlichen Wesens in ihrem Zusammenhange einsehe¹⁰“. Am Anfang ist das Wort¹¹. Von diesem *metaphysischen Begriff* zu unterscheiden ist der *logische Begriff*, welcher eine Vorstellung möglichst so genau bestimmen soll, dass alle am logischen Prozess der Verwendung dieses Begriffs Beteiligten darunter dasselbe verstehen, weil ansonsten die auf diesem Begriff aufgebauten Urteile nicht übereinstimmen würden. Der Zweck der Bildung des logischen Begriffs ist eine *feste Begrenzung* und *sichere Unterscheidung* seines Bedeutungsinhalts, um damit für alle Denkenden eine gleiche Ordnung der auf der verschiedenen Bedeutungen der Umgangssprache beruhenden verschiedenen Vorstellungen zu erreichen. Der *metaphysische* Begriff einer Sache ist insoweit unvollkommen als er das "wahre Wesen" der Sache nicht hinreichend erfasst. Der *logische* Begriff ist insofern unvollkommen als er die

---

rung verstehen. In diesem Sinne habe ich die Gedichte, die ich als Schüler auswendig lernen musste (auch *Schillers* Glocke) mit fortschreitendem Alter immer besser verstehen gelernt (z.B. spät erst, dass mit den unten zitierten Versen dem Arbeiter seine Ehre gegeben wurde). Und mein Lehrer *Weitmayer* hat mir erzählt, dass er und seine Kameraden sich in fünfjähriger sibirischer Gefangenschaft (1945-1950) - weil sie nichts zu lesen hatten - gegenseitig aus dem Gedächtnis Gedichte vorgetragen haben und dabei nicht nur gegenseitig ihre Gedächtnislücken ausgebessert, sondern vielfach auch dabei erst richtig verstanden haben, was die gespeicherten Worte bedeuten: „Ich schaff euch für alles was selten und schwer/das leichte, ein ding das wie gold ist aus lehm,/wie duft ist und saft ist und würze/... ein haarbreit nur fehlt und ihr merkt nicht den trug/mit euren geschlagenen sinnen“ (*Stefan George*, *Der Widerchrist*). Von alldem scheinen unsere Pädagogen nichts zu wissen oder auch nur zu ahnen, sie sind völlig damit beschäftigt, ihre Arbeitskraft darauf zu verwenden, allereinfachste Dinge, die man früher einfach (auswendig) lernte, in möglichst viele „kleine Lernschritte“ zu zerteilen, so dass am Ende keiner mehr verstehen kann, was zunächst ganz einfach ist und auch einfach gelernt werden sollte. Den Pädagogen aber erscheint wichtiger, dass andere glauben sollen, dass sie kluge Leute sind, die einfache Dinge als etwas sehr Schwieriges erkennen, es aber trotzdem einfach erklären können, obwohl sie sich mit dieser Methode doch vielfach als wahre Dummköpfe erweisen.

⁹ *Sigwart* (Fn. 2), 51.

¹⁰ *Sigwart* (Fn. 2), 325

¹¹ „So lernt ich traurig den verzicht:/kein ding sei, wo das wort gebricht.“ (*Stefan George*, *Das Wort*).

Sache nicht hinreichend genau und klar bestimmt und nicht bei jedermann dieselbe Vorstellung auslöst. Die formale Brauchbarkeit eines logischen Begriffs als Voraussetzung eines allgemeinen Urteils ist also von der metaphysischen Adäquatheit eines Begriffs zu unterscheiden. Auch solange die Menschen die "Natur" des elektrischen Stroms mangels nicht hinreichender physikalischer Erkenntnisse noch nicht eindeutig erkannt hatten, konnten sie doch einen logischen Begriff bilden, unter dem alle dasselbe verstanden, auch wenn sie vielleicht zu Unrecht glaubten, Strom sei kein „körperlicher Gegenstand“, der unter den Sachbegriff fällt.

3. Zur Methode der Begriffsbildung

Ein Jurist kann sich mit der Alltagssprache *nicht* begnügen, muss vielmehr juristische Begriffe lernen, weil er sonst Gefahr läuft, nicht nur denjenigen, der elektrischen Strom vor der Leitung abzapft, wegen Diebstahl zu verurteilen, sondern womöglich auch einen Soldaten als Mörder. Was Diebstahl und was Mord ist, was eine Gesamtschuld, was ein Anerkenntnis auch was ein ArbN, ein Betrieb, ein Geschäftsbesorger ist, muss begrifflich möglichst so genau bestimmt und begrenzt werden, dass eine sichere Unterscheidung zu allem möglich ist, was mit diesen zu Begriffen gewordenen Worten nicht erfasst werden soll. Diese *feste Bestimmung und Begrenzung* muss daher derart sein, dass alle am logischen Prozess der Verwendung dieses Begriffs Beteiligten darunter genau dasselbe verstehen¹², weil ansonsten die auf diesen Begriff gestützten Urteile nicht übereinstimmen; wenn z. B. elektrischer Strom auch noch als eine Art "Sache" verstanden oder Tiere nicht als Sachen begriffen werden (§ 90 a S. 1 BGB) und die Verweissvorschrift des § 90 S. 3 nicht bekannt ist.

Die Verfeinerung eines *Wortes* zu einem *logischen* (juristischen) *Begriff* geschieht auf der Grundlage der sprachlichen Wortbedeutung durch eine *bewusste* Analyse der *einzelnen Elemente* (Merkmale, Teilvorstellungen), welche in der *Art ihres Zusammenwirkens* den Inhalt der Vorstellung bestimmen. Am Beispiel eines *Pferdes* beschreibt Sigwart¹³ diesen Analyseprozess wie folgt: "Will ich z. B. die Vorstellung des Pferdes *mit Bewusstsein* festhalten, so ist das nur möglich, durch ein inneres Nachzeichnen, in welchem ich Stück für Stück die *Bestandteile* der Gestalt *in bestimmter Ordnung* zusammenfüge; will ich sie unterscheiden, so ist sie mit der Vorstellung des *Esels* in den meisten Stücken übereinstimmend, nur in einigen sicher unterschieden."

Von diesen Unterschieden macht sich der Nicht-Fachmann für Pferde und Esel im Allgemeinen nur bewusst, dass Esel kleiner sind und längere Ohren haben. Pferd und Esel können jedoch grundsätzlich klar unterschieden werden, als Zwischenstück gibt es nur den Maulesel, der aber kein größeres Maul, sondern kleinere Ohren hat. In vielen Dingen und sonstigen Erscheinungen gibt es jedoch keine starres Entweder-Oder, sondern Reihen unendlich fließender Übergänge, z. B. bei Farben. Kein Maler wird auf Wunsch eines Kunden dessen Zimmer **ohne vorherige genaue Verständigung einfach** blau, rot oder grün, auch nicht weiß streichen, sich auf genauere Wortbezeichnungen (hellrot, dunkelrot usw.) auch nicht einlassen, sondern ein Mäppchen mit Farbkarten mitbringen, in welchem jede dieser Farben in Dutzenden von Abstufungen von Rot über Violett ins Blau nahezu stufenlos übergehen. Die Physik schließlich kann diese Abstufungen mit Wellenlängen noch genauer bestimmen und auf einen Begriff bringen, der aber dem Laien unverständlich bleibt. Eine Analyse der erfassbaren Erscheinungen und unsere Vorstellungen davon darf sich aber nicht darauf beschränken, deren *einzelnen Elemente* herauszufinden, muss vielmehr auch deren *Zusammenwirken*, d.h. die *Funktion der Einzelelemente* für das Ganze erfassen. Wie am Beispiel der Produkte der Kohlenstoffchemie

¹² Rümelin, Juristische Begriffsbildung, S. 11.

¹³ (Fn. 2), S. 335; dazu Rümelin (Fn. 1), S. 18.

deutlich wird, können völlig identische Elemente aufgrund einer verschiedenen funktionellen Ordnung zueinander einen verschiedenen Stoff ergeben. Das gilt allgemeiner. Aus denselben Buchstaben lassen sich verschiedene Worte bilden. Auch kann dasselbe Wort (Esel) eine verschiedene Bedeutung haben¹⁴. Aus denselben Worten lässt sich sogar ein Satz verschiedenen Inhalts bilden: Der-Lehrer-sagt-der-Schüler-ist-ein-Esel: Der Lehrer sagt, der Schüler ist ein Esel. - Der Lehrer, sagt der Schüler, ist ein Esel¹⁵. In der gesprochenen Sprache werden die Satzzeichen durch Betonungen ersetzt. In der Sprache der Musik ist noch leichter zu verstehen, dass verschiedene Töne derselben Art verschiedene Melodien ergeben können. Auch verschiedene Kompositionen derselben Farben mit verschiedenen geometrischen Formen erzeugen verschiedene Bilder (s. *Kandinsky*).

4. Vom starren Begriff zum fließenden Typus

a) Kerntatbestand mit Zusatzelementen

Der logische Begriff wird vor allem als juristischer Begriff in der juristischen Ausbildung (insbesondere im Strafrecht) in einem starren *Entweder-Oder* gedacht: entweder schwanger oder nicht schwanger, dazwischen gibt es nichts. Der Sprung vom Sein zum Nichts hat aber in den Dingen und Geschehnissen dieser Welt und unseren Vorstellungen davon keine derartig eindeutige und klare Grenze. Alles fließt (*Heraklit*¹⁶). Auch wenn wir zwischen Pferd und Esel unterscheiden können, wissen wir doch nicht, ob der Maulesel Pferd oder Esel oder etwas dazwischen oder ein Drittes ist. Violett ist weder rot noch blau, aber von beiden ist etwas drin.

Fragwürdig auch, ob der Lehrer schon dann ein Esel ist, wenn er einmal eine Eselei begangen oder nur, wenn er fortdauernd dummes Zeug macht. Manchmal erfassen sprachliche Nuancen solche Unterschiede (Violett, Türkis, Halbdackel), manchmal sind zur Klarstellung des Gemeinsamen und Verschiedenen zusätzliche Umschreibungen (Verstärkungen, Abschwächungen) im sprachlichen Ausdruck erforderlich (Eselchen, leichte oder schwere Demenz), aus denen in der Praxis des Lebens auch verschiedene Folgerungen gezogen werden. Auch in der Rechtssprache gibt es zahlreiche mit Begriffen, Begriffsformen, Begriffsgebäuden erfasste Lebenssachverhalte, die nicht einen statisch feststehenden Tatbestand erfassen, der scharf abgegrenzt ist zu Bereichen, die bestimmt nicht mehr diesem Tatbestand zugeordnet werden können, vielmehr einen Kerntatbestand erfassen, dessen Ränder stufenlos fließend in einen anderen aber noch ähnlichen Tatbestand übergehen: Dienstverpflichteter - freier Mitarbeiter - arbeitnehmerähnliche Person - ArbN mit stufenlosem Übergang der Merkmale: Selbstständigkeit, Weisungsgebundenheit, Abhängigkeit. Da juristische Begriffe (Fahrlässigkeit, Mitverschulden) stets auch eine Rechtsfolge auslösen (sonst braucht man sie nicht), können unter Umständen auch die Rechtsfolgen in einer kontinuierlichen Reihe von dem Maße abhängig sein, in welchem der Lebenssachverhalt den Kern des begrifflich erfassten Tatbestands zugehört oder davon in dieser oder jener Richtung abweicht. Rechtsbegriffe dieser Art werden teils als Generalklauseln bezeichnet (leichte, mittlere, grobe Fahrlässigkeit, § 276; gute Sitten, §§ 130, 826; Treu und Glauben, §§ 157, 242) oder einfach als "unbestimmte Rechtsbegriffe" (ArbN, leitender Angestellter, Betrieb), manchmal werden etwas vom Kerntatbestand abweichende Sachverhalte aus dem Begriff ausgenommen (unechte Gesamtschuld), manche Begrif-

¹⁴ Vgl. *Heinrich Heine*, Die Wahlesel und König Langohr I.

¹⁵ Der Lehrer-Schüler-Esel ist etwas anderes als ein Esel-Tier; und auch der Lehrer (aus der Sicht der Schüler) ein anderer Esel als der Schüler (aus der Sicht der Lehrer). Warum man dazu gekommen ist, Eigenschaften, die man bei Schülern und Lehrern gering schätzt, auch einem Esel beizulegen, andererseits Eigenschaften des Fuchses bei Odysseus u.a. hoch schätzt, obwohl sie trotzdem keine vier Füße haben, soll hier nicht weiter untersucht werden, vgl. *Goethe*, Reineke Fuchs.

¹⁶ Dazu *Hegel*, Wissenschaft der Logik, 1. Bd: Objektive Logik, 1832, 1. Buch: Die Lehre vom Sein, C. Werden, Anm. 1, S. 61 (= 3. Bd, S. 70 der Ausgabe „Hauptwerke in sechs Bänden“ der Wissenschaftlichen Buchgesellschaft Darmstadt).

fe werden schlicht auch als unklar bezeichnet (Geschäftsbesorgung). Auf diese Bezeichnungen des Unbestimmten kommt es nicht an, sondern darauf ob die Grenze, egal wo, starr gezogen wird mit einer Rechtsfolge Entweder-Oder (Arbeitsrecht gilt oder nicht; allenfalls mit abgeschwächten Kündigungsschutz und fehlendem Wahlrecht für *leitende Angestellte*, §§ 14 KSchG, 5 BetrVG) oder ob die Rechtsfolge abgeschwächt oder verschärft wird im Maße der Abweichung des gegebenen Tatbestand von einem zentralen Kern, z.B. einer Minderung der Schadenersatzpflicht im Maße des Mitverschuldens des Gläubigers. Ein derart *flexibler* Begriff bestehend aus einer Mehrzahl von Elementen (Merkmale, Anhaltspunkten, Indizien) mit einem Kernelement (Kerntatbestand), der ihm das Gepräge gibt, ist im Anschluss an *Sigwart* und *Rümelin* von *Isele* als „Typus“ bezeichnet worden, dem auch nicht eine *starre* Rechtsfolge, sondern eine kontinuierliche Reihe von Rechtsfolgen zugeordnet sein kann, die abhängig sind von der Art und dem Maß der dem Kerntatbestand hinzutretenden Elemente.

b) Geschäftsbesorgung als Typus

Isele begriff die Geschäftsbesorgung im Sinne des § 675 BGB als einen derartigen *Typus*, dessen Kernelement in der dem Geschäftsbesorger eingeräumten *Geschäftsbesorgungsmacht* besteht, im Rechtskreis des Geschäftsherrn (mit oder ohne "Vollmacht") zu dessen Gunsten und Lasten wirksam zu handeln¹⁷. Ergänzt wird dieser Kerntatbestand durch die Elemente der *Entstehungsgrundlage der GB-Macht*¹⁸, deren *Inhalt und Umfang*¹⁹, *Gegenstand und Dauer der Geschäftsbesorgung*²⁰ und dem *Maß von Eigen- und Fremdinteresse*²¹ an der Geschäftsbesorgung. Aus diesen Tatbestandselementen der Geschäftsbesorgung hat *Isele* das System eines Allgemeinen Teils des Geschäftsbesorgungsrechts konstruiert, dessen *Rechtsfolgen* in kontinuierlicher Reihe von Art und Maß der den Tatbestand bildenden Elemente abhängig sind²². Das System *Isele* kann an dieser Stelle verständlicherweise nicht im einzelnen darge-

¹⁷ *Isele* (Fn. 3), S. 65 ff.; *Erman/Ehmann* (Fn. 3) Rz 27,33 ff.

¹⁸ Entgeltlicher (§ 675) oder unentgeltlicher Vertrag (§ 662) oder Gesetz (z.B. Eltern, § 1626) oder öffentlich-rechtliche Bestellung (Vormund, §§ 1793 ff.), Betreuer (§§ 1896 ff.), Nachlassverwalter (§§ 1984 ff.), Insolvenzverwalter (§§ 56 ff., 148 ff. InsO) u.a. oder organschaftliche Bestellung als Geschäftsführer oder Vorstand einer juristischen Person oder Personengesellschaft (z.B. §§ 27, 710, 714 BGB, 114 HGB, 35 GmbHG, 76 ff. AktG); dazu *Isele* (Fn. 3), S. 7 ff.; *Erman/Ehmann* (Fn. 3), vor § 662 Rz 55 ff.

¹⁹ Inhalt und Umfang der GB-Macht reichen von der Fähigkeit mit oder ohne Auftrag einen Brief des Geschäftsherrn zur Post zu bringen bis zur "Vollmacht" eines Generalbevollmächtigten, über das gesamte Vermögen des Geschäftsherrn verfügen zu können. Diese Machtbefugnisse haben in deutschen Recht verschiedene Namen Geschäftsführungs- und Vertretungsmacht, Verfügungs- und Genehmigungsmacht, Macht zur mittelbaren Stellvertretung, Vermittlungsmacht, Macht im internen Bereich des Geschäftsherrn dessen Geschäfte zu führen (ohne Vertretungsmacht). Einen Oberbegriff vergleichbar der englischen *authority* kennt das deutsche Recht nicht; dazu *Isele* (Fn. 3), S. 65 ff.; *Erman/Ehmann* (Fn. 3), vor § 662 Rz 33 ff.

²⁰ Gegenstand der Geschäftsbesorgung kann eine tatsächliche Handlung oder ein Rechtsgeschäft sein, die Geschäftsbesorgung kann ein einmaliges Geschäft sein (z.B. als Kommissionär eine Sache zu kaufen oder zu verkaufen) oder auf einem langjährigen Vertrag beruhen (zum Beispiel eine Vermögensverwaltung); dazu *Isele* (Fn. 3), S. 113 ff.; *Erman/Ehmann* (Fn. 3), vor § 662 Rz 45 ff.

²¹ Nur der unentgeltlich Beauftragte kann das Geschäft *einzig und allein* im Interesse des Geschäftsherrn führen, der gegen ein Entgelt Tätige handelt dagegen stets auch im eigenen Interesse, was jedoch entgegen alt-römischen Vorstellungen eine Geschäftsbesorgung *nicht* ausschließt; auch der Geschäftsführer ohne Auftrag, der das Nachbarhaus löscht, um auch das eigene zu retten ist noch berechtigter Geschäftsbesorger; dazu *Isele* (Fn. 3), S. 38 ff.; *Erman/Ehmann* (Fn. 3), vor § 662 Rz 51 ff. Der Bankier oder sonstige Vermögensberater, der einem Kunden eine Vermögensanlage empfiehlt, ohne diesen darüber zu unterrichten, dass er von dem Betreiber der Anlage eine höhere Rückvergütung erhält oder die Anlage deswegen empfiehlt, weil der Anlagebetreiber sein Schuldner ist, verletzt seine Vertragspflicht, das Fremdinteresse zu wahren, und macht sich schadenersatzpflichtig; dazu *Erman/Ehmann* § 675 Rz 35 ff.

²² Die Rechtsfolgen der §§ 664-670 gelten nicht nur für den unentgeltlichen Auftrag und kraft der Verweisung des § 675 auch für die entgeltliche Geschäftsbesorgungen, sondern kraft ausdrücklicher Verweisungen (zB §§ 27 III, 713, 2218 ua.) oder ähnlicher Vorschriften (zB §§ 652 II, 691-693, 1626ff BGB; 93ff, 383ff, 407ff HGB) auch für gesetzlich besonders geregelte Geschäftsbesorgungsverhältnisse (vgl. Fn.17), also für das gesamte Geschäftsbesorgungsrecht; dazu *Erman/Ehmann* (Fn. 3), vor § 662 Rz 17) oder es wird aufgrund eines zu engen oder zu starren Geschäftsbesorgungsbegriffs eine entsprechende Anwendung angenommen oder es wer-

legt werden, ist aber von *Nipperdey* und der BAG-Rechtsprechung akzeptiert worden²³ und ist darüberhinaus auch für das gesamte bürgerliche und handelsrechtliche Geschäftsbesorgungsrecht allen gegenteiligen Auffassungen weit überlegen²⁴.

c) Bedenken gegen die Typenlehre von Larenz

An dieser Stelle erscheint jedoch die Feststellung erforderlich, dass die Verwendung des mehrdeutigen „Typus-Begriffs“ durch *Isele* der Rezeption seiner Lehre wohl mehr hinderlich als förderlich war. Vor, während und (kurz) nach dem Kriege bestanden aus den verschiedensten Gründen, auch wegen großer existenzieller Sorgen, keine großen Neigungen zu traditioneller Rechtsfortbildung. Als sich diese Lage langsam wieder änderte, wurde mit dem Erscheinen der *Larenz*'schen Methodenlehre²⁵ zwar auch das "Typus-Denken" modisch, aber leider in einem Sinne, der nicht nur *ideologisch* (Tätertypenlehre u.a.) ungut vorbelastet war²⁶, sondern auch mit einem *undefinierbaren* "Typus-Begriff" operierte²⁷, der mit dem, was *Isele* im Anschluss an *Sigwart* und *Rümelin* unter dem Typus "Geschäftsbesorgung" verstanden haben wollte, allenfalls einige Berührungspunkte hatte²⁸. *Sigwart* selbst verwendete in seiner

---

den über § 242 entsprechende Nebenpflichten entwickelt (*Erman/Ehmann* (Fn. 3), vor § 662 Rz 70, 72ff). Andererseits gelten auch einige nur in gesetzlich besonders geregelten Geschäftsbesorgungsverhältnissen enthaltene zusätzliche Rechtsfolgen grundsätzlich auch für andere Geschäftsbesorgungsverhältnisse, z.B. Schenkungsverbote, Pflicht zu einer Sicherungsleistung, zur Aufstellung eines Vermögensverzeichnis, Recht auf Entlastung u.a. (dazu *Erman/Ehmann* [Fn. 3], vor § 662 Rz 61). Daraus folgt u. a. dass auch Aufsichtsräte, die auch als Geschäftsbesorger zu qualifizieren sind, ebenso wenig wie Eltern (§ 1641), Vormünder (§ 1804), Betreuer (§ 1908 II i), Vorerben (§ 2113 II), Testamentsvollstrecker (§ 2205) aus dem Vermögen des Geschäftsherrn Geschenke an Dritte (z.B. Vorstände, vgl. BGH NJW 2006, 522 - *Mannesmann*) verteilen dürfen, was vielen deutsche Straf- und Gesellschaftsrechtler offenbar zweifelhaft ist, obgleich es doch jedem ehrlichen Mann klar ist, dass man nicht fremdes Geld, das man mit treuen Händen verwalten soll, verschenken darf. Aber wenn die Begriffe nicht stimmen, stimmen die Gesetze nicht und es treffen die Strafen nicht und das Volk weiß nicht, wohin Hand und Fuß setzen (*Konfuzius*).

²³ Vgl. Fn. 3.

²⁴ Vgl. meine Darstellung zu §§ 662-675 im *Erman-Kommentar* (Fn. 3), wo ich die gesamte Kasuistik lückenlos in diesen systematischen Rahmen integrieren konnte.

²⁵ 2. Aufl. 1968, S. 423 ff.; 6. Aufl. 1991, 461 ff. mit stark verschiedener Darstellung; dagegen sehr kritisch *Rüthers*, *Rechtstheorie*, 2. Aufl. Rdz. 930 ff; ders., *Unbegrenzte Auslegung*, 6. unveränderte Aufl. 2005, S. 302 ff. Die Kritik *Rüthers* ist beherrscht von dem (politischen) Vorwurf, der *Larenz*'sche Typus-Begriff sei die Fortbildung des konkret-allgemeinen Begriffs, dessen Funktion es einst gewesen sei, die überkommenen Rechtsbegriffe im Sinne der *NS-Vorstellungen* umzudenken (aaO, 312 ff.). Diese Kritik hat sicherlich ihre Berechtigung gegenüber dem ursprünglichen Denkansatz von *Larenz*, wird aber doch wohl dem von *Larenz* später in seiner Methodenlehre von der 1.-6. Auflage in etwas veränderten Darstellungen verfolgten Bemühungen und Zielvorstellungen nicht mehr gerecht. Auch ihm muss man zubilligen, aus der Katastrophe gelernt zu haben. Freilich hat *Larenz* selbst die erforderliche Trennungslinie nie gezogen. Unabhängig von diesen politischen Vorurteilen und Vorverständnissen, bleibt aber jedenfalls der Vorwurf des obigen Textes berechtigt, dass *Larenz* sich der von einer politischen-ideologischen Belastung freien Entwicklungslinie des Typusdenkens nicht gestellt und die 1935 erschienene - ohne jeden Bezug auf den damaligen Zeitgeist verfasste - Habilitationsschrift *Iseles* ignoriert hat, welche ein Regelungsfeld von allergrößter volkswirtschaftlicher Bedeutung (heute: 69,1% des BIP), auf Grund des im Anschluss an *Sigwart* entwickelten Verständnisses des *Typus Geschäftsbesorgung* in ein auch heute noch allen theoretischen und praktischen Anforderungen genügendes System brachte. Demgegenüber sind die Lehrbücher von *Larenz*, insbesondere zum Schuldrecht von einem "*naiven Gesetzespositivismus*" geprägt, in welchem das Typusdenken keinen inneren Ausdruck findet, die methodologischen Exkurse vielmehr allenfalls einen dürftigen Ersatz bilden für die mangelnden historischen und dogmatisch-systematischen Kenntnisse und Erkenntnisse, auf denen das nunmehr „modernisierte“ deutsche Schuldrecht beruht.

²⁶ Vor allem durch eine frühe Schrift von *Larenz*, *Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenkens*, 1938; dazu ausführlich *Rüthers* (Fn. 25); auch *Schenke* (Fn. 28), S. 129.

²⁷ Der in einen sehr scharfen Gegensatz zum "abstrakten Begriff" gebracht wird (*Larenz*, *ML*, 2. Aufl., S. 423) und *nicht definierbar* sein soll (6. Aufl., S. 216 ff, 220) und deswegen eine Tendenz zu irrationaler Gefühlsjurisprudenz vorgeworfen wird, welche die Rechtsprechung von der Gesetzgebung löst (*Schenke* [Fn. 28], S. 128).

²⁸ Ein wesentlicher Unterschied besteht auch zu der Typus-Vorstellung von *Pawlowski* (*Methodenlehre für Juristen*, 1981, Rdz 145 ff., 451 ff.; ders., *Einführung in die juristische Methodenlehre*, 2. Aufl., 2000, Rz 225 ff.). Eine neuere Untersuchung über die Rezeption („Siegeszug“?) der *Larenz*'schen Typenlehre im Steuerrecht (*Ralf*

Darstellung des "logischen Begriffs" das Wort Typus nicht²⁹. *Larenz* zitiert und kennt *Sigwarts* Logik offenbar auch nicht. Zu *Iseles* Geschäftsbesorgungslehre bemerkt *Larenz* in seinem Besonderen Schuldrecht lediglich: Es wäre denkbar dass das Gesetz grundsätzlich für alle Fälle einer Geschäftsführung im "Allgemeinen Teil" geregelt hätte. Das sei aber zu Recht nicht geschehen, „da die Verschiedenheiten im einzelnen doch recht erheblich sind“³⁰. *Larenz* weigerte sich also zu erkennen, dass alle gesetzlich speziell geregelten Formen der Geschäftsbesorgung (Eltern, Vormünder, Testamentsvollstrecker, Konkursverwalter, Handelsvertreter, Kommissionäre, Fuhrunternehmer, Spediteure usw.) Erscheinungsformen des Typus der „Geschäftsbesorgung“ sind, er hat damit trotz seiner Methodenlehre und seines Typusdenkens, das „Wesen“ eines "Typus" am Beispiel eines juristischen „Prototyps“ im tiefsten Kern völlig verkannt. Wenn das Allgemeine aber im Besonderen nicht erkannt und angewendet werden kann, so taugt entweder das Allgemeine nichts oder es ist das Allgemeine und /oder das Besondere nicht zutreffend erkannt. Die Begriffsbildung *Sigwarts* und *Rümelins* und der darauf beruhende Typusbegriff *Iseles* haben also andere Wurzeln als die Typenlehre von *Larenz* und werden von den dagegen vorgebrachten Einwendungen daher auch nicht betroffen. Was *Isele* auf der Grundlage des logischen Begriffs *Sigwarts* unter Typus versteht, ist *definierbar* und kann so definiert werden:

Ein Typus ist eine variierende Erscheinungsform eines „begrifflichen Tatbestands“³¹, bestehend aus einer Mehrzahl von Elementen (Ordnungsprinzipien, Merkmalen, Gesichtspunkten, Anhaltspunkten, Indizien) mit einem allen Erscheinungsformen gleichen Kerntatbestand (Kernelement), der dem Typus das Gepräge gibt, dessen andere Elemente und Ordnungsprinzipien jedoch verschiedene Erscheinungsformen hervorbringen, die auch verschiedene, erweiterte oder eingeschränkte Rechtsfolgen auslösen können, nicht selten in einer kontinuierlichen Reihe abhängig von Art und Maß der Abweichung der konkreten Erscheinungsform des Typus von seinem Kerntatbestand.

P. Schenke, Die Rechtsfindung im Steuerrecht - Konstitutionalisierung, Europäisierung, Methodengesetzgebung -, 2007), welche die gesamte Entwicklungslinie des Typusdenkens vom griechischen Wort τύπος (Schlag, Stoß, Figur, Grundzüge) über das platonische *Urbild* und die *Aristotelische* Begriffslehre nachzeichnet und deren verschiedene Grundbedeutungen bei verschiedenen neuzeitlichen Autoren herausarbeitet, macht deutlich, dass dieses Typus-Verständnis die Grundvoraussetzung eines „logischen Begriffs“, dass nämlich möglichst alle dasselbe darunter verstehen, nicht erfüllen kann. Leider hat *Schenke* die Logik *Sigwarts* nicht in seine den Sachfragen des Steuerrechts gewidmete Untersuchung einbezogen, seine Einwendungen gegen die Typenlehre von *Larenz* treffen daher auch die Methode von *Isele* nicht. Wohl aber erscheint es mir denkbar, dass der bessere, in der Tradition des Zivilrechts stehende Typus-Begriff *Iseles* auch im Steuerrecht gute Dienste leisten könnte.

²⁹ Soweit ersichtlich taucht der Begriff in dem zweibändigen Werk nur einmal auf (Logik II, 5. Aufl., S. 204), wo er in Bezug auf "charakteristische Tätigkeitsweisen" von "Typen" spricht; dazu bemerkt *Heinrich Maier* (S. 832 aaO), dass der Begriff des "Typus" neuerdings auch in der experimentellen Psychologie Verwendung finde.

³⁰ SchuldR II, 12. Aufl., § 56 I, S. 329, in der Fußnote wird auf *Isele* lediglich so verwiesen: "Vgl. *Isele* 2ff."

³¹ Gedacht werden soll nicht nur an den *Begriff der Geschäftsbesorgung*, sondern auch an den Begriff der *Gesamtschuld* mit seinen drei Erscheinungsformen der gleichgründigen Gesamtschuld, Schadens- und Sicherungsgesamtschuld (dazu *H. Ehmman*, Gesamtschuld 1972; *Erman/Ehmann* (Fn. 3), vor § 420 Rz 12 ff.); den Begriff des *Anerkenntnisses* mit den drei Erscheinungsformen des nicht rechtsgeschäftlichen Anerkenntnisses, des abstrakten Anerkenntnisses (= konstitutives Anerkenntnis) und des sog. kausalen Anerkenntnisses (das ein einseitiger Vergleich ist; dazu *Erik Ehmman*, Schuldanerkennnis und Vergleich, 2005, S. 2 f); den Begriff des *Betriebs* mit seinen „Anhaltspunkten“ (Elementen, Indizien): arbeitstechnischer Zweck, Einheit der Organisation, räumliche Gegebenheiten, Entfernung zum Hauptbetrieb, lebendige Betriebsgemeinschaft (enger Kontakt, Vertrauen, Sachkunde), Zuständigkeit verschiedener Gewerkschaften, historische Entwicklung, Raum der Mitbestimmung, Wille der Beteiligten (dazu *Joost*, Betrieb und Unternehmen als Grundbegriffe im Arbeitsrecht, 1988; *ErfK/Eisenmann* § 4 BetrVG Rz 4 mwN); den Begriff des *leitenden Angestellten* (dazu die Kommentare zu § 5 BetrVG) und nicht zuletzt den Begriff des *ArbN*, dazu den nachstehenden Text.

II. Juristische Begriffsbildung

Mit allen dargestellten und noch mit anderen Schwierigkeiten der Begriffsbildung haben auch Juristen in der Ausbildung und in ihrem späteren Beruf zu kämpfen. Auch auf diesem Gebiet müssen junge Studenten wieder - wie als Kinder die Umgangssprache - die Begriffe lernen, mit denen Juristen sich verständigen und ihre Urteile fällen: dies ist ein Dieb, dies ein Betrüger, dies eine Gesamtschuld, dies ein Anerkenntnis, dies ein Betrieb und dies ein ArbN, für den das gesamte Arbeitsrecht gilt, und dies ein freier Mitarbeiter, für welchen es nicht gilt und dies ein Geschäftsbesorger usw.

1. Strafrecht: Schwanger oder nicht schwanger

Im Allgemeinen lernen junge Juristen die Probleme juristischer Begriffsbildung zuerst im Strafrecht, wo wegen des *nullum crimen sine lege* - Grundsatzes (Art 103 Abs. 2 GG) eine strengere Begrifflichkeit gepflegt werden muss. So lernen sie, dass ein Diebstahl begeht, "wer eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht wegnimmt, die Sache sich oder einem Dritten zuzueignen" (§ 242 des StGB). Sie lernen also als Elemente des Diebstahlsbegriffs die Merkmale: Sache, fremde, bewegliche, - Gewahrsamsbruch - Begründung eigenen Gewahrsams – Zueignungsabsicht und zu jedem einzelnen dieser Elemente (Merkmale) die verschiedenen Spitzfindigkeiten dazu: dass keine Zueignungsabsicht hat, wer die Sache nur nutzen will, wohl aber dann, wenn er sie seinem Freunde schenken will; dass er keinen Gewahrsam bricht, wohl aber schon welchen hat, wenn er eine Sache findet (vgl. § 246 n.F.); vor allem, dass elektrischer Strom keine Sache ist³², jedoch ein Tier als solche zu behandeln ist. Ob es eine rechtspolitische Großtat war, die Sacheigenschaft des elektrischen Stroms zu verneinen und zur Schließung dieser „Lücke“ § 248 c StGB zu schaffen, kann freilich bezweifelt werden. Sind die Tatbestandsmerkmale gegeben, so liegt ein Diebstahl vor, ist ein Tatbestandsmerkmal nicht gegeben, so liegt *kein* Diebstahl vor. Schwanger oder nicht schwanger, Entweder-Oder, Null-Eins; dazwischen gibt es nichts. Für die Erkenntnis des „dunklen“ Philosophen, bei dem alles fließt, ist in der Straftatbestandsbestimmung in der Regel kein Raum³³, viel dunkler Raum dagegen im Strafraumen. Zwar gibt es bei Vorliegen zusätzlicher Merkmale noch besonders schwere Fälle von Diebstahl (z.B. Einbruchsdiebstahl), aber auch hier gilt, entweder Einbruch, also schwerer Diebstahl oder kein Einbruch: einfacher Diebstahl. Alle andere Sonderformen und Begleitumstände eines Diebstahls können allein im Strafraumen (einfacher Diebstahl: bis zu fünf Jahren; schwerer Diebstahl: drei Monate bis 10 Jahre) Berücksichtigung finden; die Ausfüllung dieses Strafraumens wird aber durch den Unrechtsstatbestand nicht mehr vorbestimmt, sondern nur noch durch die Grundsätze der Strafzumessung (§§ 46 ff. StGB), bei denen zum Ausgleich der tatbestandlichen Starre freilich alles munter fließt. Für die Tötungsdelikte gilt entsprechendes: Tot oder nicht tot; vorsätzlich, fahrlässig oder schuldlos. Entweder-Oder, nichts dazwischen; obgleich man einen doch auch

³² RG St 29, 111; 32, 165.

³³ Das gilt freilich nur für die oberflächliche Betrachtung der Methode der Rechtsprechung und der auf deren Wiedergabe beschränkten Lehrbücher. Was eine Urkunde, was eine Waffe und was eine Beleidigung ist (eine Betrachtung des Ehrbegriffs spart *Hassemer* allerdings aus), kann theoretisch und praktisch auch nur für einen Kernbereich mit Sicherheit gesagt werden, steht in Randbereichen aber in Zweifel und außerhalb dieser erst wieder außerhalb solcher Zweifel. An diesen und anderen Beispielen hat *Winfried Hassemer* (Tatbestand als Typus, 1968, S. 96 ff., 107) schön gezeigt, dass auch Straftatbestände - ohne rechtsstaatliche Bedenken oder Verletzung des Art 103 II GG - als Typus begriffen werden können, unter den nicht subsumiert, der vielmehr *am Fall* im *hermeneutische. Zirkel* (mit erhellendem Hinweis auf *Gadamer*, Wahrheit und Methode, 2. Aufl, S. 295, 307 ff) *konkretisiert* wird; ohne dass die Hoffnung besteht, dass durch ständige begriffliche Verfeinerungen diese Mühe je entfallen könnte (S. 125); zur strafrechtlichen Diskussion darüber vgl. *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 10. Auflage 2005, hrsg. und neu bearbeitet von *Würtenberger/Otto*, S. 139, 190, 198 m.w.N.

halb totschiagen kann, von der Vorbereitungshandlung zum Versuch und zur Vollendung auch fließende Übergänge bestehen, ebenso zwischen bewusster Fahrlässigkeit und bedingtem Vorsatz, zwischen mehr oder weniger „billigendem in Kauf nehmen“. Inwieweit sich diese fließenden Übergänge auf die Rechtsfolge der Strafzumessung auswirken, bleibt jedoch weitgehend im (unbewussten) Dunkel. Bei Vorliegen der Mordmerkmale des § 211 StGB soll das starre Strafmaß „lebenslang“ gelten, was aber für verfassungswidrig befunden wurde³⁴, weshalb auch Mörder in der Regel nach 15 bis 20 Jahren auf Bewährung entlassen werden. Der Zusammenhang des durch die Mordmerkmale bestimmten Mordtatbestands mit dem gesetzlich starr vorgeschriebenen und in der Praxis üblich gewordenen Strafmaß ist rational nicht mehr nachvollziehbar. Auch wundert sich das Volk, dass man (für mehrfachen Mord) auch mehrfach mit „lebenslang“ bestraft werden kann, aber dann doch nach 20 Jahren mit Strafbefreiung rechnen darf, und unter Umständen sogar vom Bundespräsidenten besucht wird zu dem Zweck der Erforschung, ob eine vorzeitige Begnadigung in Betracht kommt. Straftatbestände und Strafmaßbestimmungen stehen nicht mehr in einem logisch vermittelbaren Zusammenhang. Aber nicht nur dem begrifflichen Zusammenhang von Tatbestands- und Rechtsfolgebestimmung mangelt es an logischer Überzeugungskraft. Mit der Engführung *begrifflicher Abgrenzungen* (wie bei: elektrischer Strom $\neq$ Sache, Mordmerkmale, Merkmale des schweren Diebstahls usw.) kann auch auf dem Gebiete Strafrechts in vielen Fällen nicht mehr Recht gesprochen werden. So war die Bundesanwaltschaft der Auffassung, dass ein Schiedsrichter, der zu Unrecht Elfmeter pfeift³⁵, um seinen "Freunden" einen Totogewinn zu verschaffen, nicht wegen Betrugs im Sinne des § 263 StGB bestraft werden könne. Schon gar nicht kann mit diesem begrifflichen Instrumentarium der Untreue-Tatbestand des § 266 StGB sachgerecht angewendet werden; nicht nur, wenn der Schatzmeister einer politischen Partei Parteigelder auf Auslandskonten schafft³⁶, um Steuern zu "sparen", sondern auch, wenn Aufsichtsräte glauben, aus dem Gesellschaftsvermögen größere Geschenke an Vorstände verteilen zu dürfen³⁷. Es fragt sich also, ob nicht Generationen von Jurastudenten durch die begriffliche Schulung am Strom-Diebstahl-Beispiel mehr verdorben als im *Feuerbach*' schen Sinne rechtsstaatlich erzogen wurden.

2. ArbN-Begriff: Arbeiter und Angestellte

Nach § 5 ArbGG sind ArbN Arbeiter und Angestellte. Diese "Scheindefinition" (weil sie letztlich nicht sagt) löst zwar keine Abgrenzungsprobleme, in den allermeisten Fällen (weit über 90%) sind die „Urtypen“ von Arbeitern und Angestellten damit jedoch hinreichend klar bestimmt. Arbeiter sind jedenfalls alle Typen, die morgens pünktlich in eine Fabrik oder ein Bergwerk zur Arbeit gehen und nach einem Tag voll Mühe und Arbeit abends ebenso pünktlich ihre Arbeit beenden und dann Feierabend haben (Fabrikarbeiter, Bergleute usw.). Ebenso klar ist Angestellter, wer ebenso pünktlich morgens in irgendeinem Büro geht, seinen Bleistift spitzt und seinen Computer einschaltet und abends ebenso pünktlich seinen Computer ausschaltet, seinen Bleistift weglegt und Feierabend macht. Für diese *Urtypen* des Arbeitslebens ist das gesamte Arbeits- und Sozialrecht unzweifelhaft anwendbar.

a) Eingegliederte Urtypen

---

³⁴ BVerfG NJW 1977, 1525.

³⁵ Vgl. BGH NJW 2007, 782 – Fußball-Schiedsrichter.

³⁶ Vgl. BGH NJW 2007, 1760 – Kanther/Weyrauch.

³⁷ Vgl. BGH NJW 2006, 522 – Mannesmann/Vodafone; dazu Fn. 37.

Die Klarheit des ArbN-Seins ergibt sich für die vorgenannten „Urtypen“ aber weniger aus der üblichen Definition des ArbN-Begriffs, vielmehr durch ihre *Eingliederung*³⁸ in den Ablauf eines Betriebs, in welchem sie von morgens bis abends Tag für Tag ihre gesamte Arbeitskraft nach der Weisung des ArbG erbringen und in der Regel auch ihr gesamtes Einkommen daraus beziehen, mit welchem sie für sich und ihre Familie ihren Lebensunterhalt bestreiten. Keine ArbN sind demgegenüber Personen, die aufgrund eines (freien) Dienstvertrags zu "selbstständigen" Dienstleistungen als Ärzte, Rechtsanwälte, Steuerberater, selbstständige Handwerker: Schreiner, Schneider, Gärtner usw. verpflichtet sind und selbstständig entscheiden können, an welchem Ort, zu welcher Zeit sie ihre Dienstleistungen erbringen wollen. *ArbN* soll nach der üblichen *Definition*³⁹ sein, wer aufgrund eines Arbeitsvertrages *unselbstständige, weisungsgebundene, abhängige Arbeit* gegen Entgelt leistet⁴⁰. Aber Ärzte, Rechtsanwälte, selbstständige Handwerker und sonstige Freiberufler sind häufig noch stärker von ihren Mandanten, Kunden, Auftraggebern *abhängig* als ArbN von ihrem ArbG, weil sie beim Ausbleiben der "Aufträge" nicht in das "soziale Netz" fallen, das durch das Arbeits- und Sozialrecht für alle ArbN aufgespannt ist⁴¹. Darum soll solche "wirtschaftliche" Abhängigkeit die ArbN-Eigenschaft nicht begründen können, sondern nur eine "persönliche Abhängigkeit". Die *persönliche Abhängigkeit* ist aber letztlich nichts anderes als die Verpflichtung aus dem Arbeitsvertrag und die darauf beruhende *Weisungsgebundenheit*, die dem ArbG das (*Direktions-*) *Recht* gibt, Art, Ort und Zeit der aufgrund des Arbeitsvertrags geschuldeten Arbeitsleistung konkreter zu bestimmen. Nach § 84 II HGB soll selbstständiger Handelsvertreter sein, „wer im wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann“. Aber in der Praxis erweist sich auch diese Formel als unbrauchbar⁴², was mit den §§ 92 a HGB, 5 III ArbGG eingestanden wird, wonach die Zuständigkeit des Arbeitsgerichtes für Handelsvertreter *allein* davon abhängig sein soll, ob der Handelsvertreter aufgrund seiner vertraglichen Verpflichtung noch für andere Unternehmer tätig sein darf oder kann und insgesamt weniger als 1000 € verdient. Allein aufgrund dieser Merkmale ist der Handelsvertreter „schutzwürdig“ für das Wohlwollen der *arbeitsgerichtlichen* Rechtsprechung, die ihn dann in aller Regel zum ArbN macht ("Festanstellungsrechtsprechung"⁴³) und ihn unter den gesamten Schutz des Arbeits- und Sozialrechts bringt. Die Schwierigkeit der Bestimmung der ArbN-Eigenschaft von Handelsvertretern besteht vor allem darin, dass sie nicht in einen Betrieb und dessen Arbeitsablauf *eingegliedert* sind und daher häufig unklar ist, in welchem (zeitlichen) Umfang sie für den ArbG tätig sind und welche andere Tätigkeiten und Einkünfte sie sonst noch haben, wodurch natürlich das Maß ihrer Abhängigkeit bestimmt wird. Wenn einer nur wenige Stunden am Tag oder in der Woche für den Prinzipal tätig ist, aber damit 10.000 €

³⁸ Vgl. Arthur Nikisch, Die Grundform des Arbeitsvertrages und des Anstellungsvertrages, 1926; Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis, 1941; Arbeitsrecht I § 19 II 5, S. 168. Die Eingliederung unterscheidet zwar klar die in einen Betrieb "eingebundenen" Arbeiter oder Angestellten von einem „draußen frei rumlaufenden" Handelsvertreter, ist aber auch nur einen „Bild“, dessen Vorstellung das „Wesen“ eines ArbN und dessen unabdingbare Schutzwürdigkeit durch das gesamte Arbeits- und Sozialrecht nur unzureichend erfasst; zur nat.- soz. Grundlage der Eingliederungstheorie und der aus "konkretem Ordnungsdenken“ in "personenrechtliche Gemeinschaftsverhältnisse" verwandelten (faktischen) Arbeitsverhältnisse vgl. Rütters, Unbegrenzte Auslegung (Fn. 25, S 379 ff). Das Merkmal der Eingliederung wird trotzdem immer noch verwendet (vgl. BAG AP Nr. 104, 114 zu § 611 BGB Abhängigkeit), weil es - unabhängig von seinem einstmaligen politischen Vorverständnis - ein brauchbares Indiz für den ArbN-Typus ist und bleibt.

³⁹ Eine gesetzliche Definition des allgemeinen ArbN-Begriffs gibt es nicht, es werden lediglich in einzelnen Vorschriften (zB. § 5 BetrVG, § 5 ArbGG; § 2 II ArbSchutzG) an Randbereichen einzelne Gruppen von Personen in den vorgegebenen allgem. ArbN-Begriff einbezogen oder ausgeklammert, zutr. ErfK/Preis § 611 Rz 45.

⁴⁰ Vgl. BAG AP Nr. 104 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

⁴¹ So zutreffend lange schon Adomeit, Gesellschaftsrechtliche Elemente im Arbeitsrecht, 1986, S. 14

⁴² Vgl. BAG AP Nr. 114 zu § 611 BGB Abhängigkeit zum Zweifelsfall eines "Gebührenbeauftragten" der Rundfunkanstalten; nach BAE AP Nr. 63 aaO sollen auch als freien Mitarbeiter eingestellte Stromableser ArbN sein; vgl. ferner BAG AP Nr. 57, 74 aaO, wo § 84 II HGB als allgemeine Regelung betrachtet wird.

⁴³ Vgl. BAG AP Nr. 15-21, 26, 34, 42, 74, 118 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

oder mehr im Monat verdient, ist er wohl selbstständig und will es auch sein; das ist klar und leicht verständlich. In dem Maße aber in dem der Handelsvertreter im wesentlichen nur für *einen* Geschäftsherrn tätig ist und dabei wenig verdient, wird er für *sozial schutzwürdig* betrachtet und unter den Schutz des Arbeitsrechts gebracht; ohne dass noch näher untersucht wird, ob seine "Abhängigkeit" eine wirtschaftliche oder persönliche ist, was letztlich in solchen Fällen auch gar nicht unterschieden werden kann.

b) Freie Mitarbeiter und arbeitnehmerähnliche Personen

Die größte Zahl von *Abgrenzungsproblemen* zwischen ArbN freien Dienstnehmern bilden aber die sog. „*freien Mitarbeiter*“, einstmals vor allem der Rundfunk- und Fernsehanstalten sowie der Zeitungsverlage, die mit dieser Rechtsform die langfristigen Bindungen durch Arbeitsverträge vermeiden wollten; heute zunehmend aber auch junge Rechtsanwälte und sonstige „*Akademiker*“, die keine „*Festanstellung*“ erhalten, sich zur Sammlung beruflicher Erfahrungen aber notfalls als "freie Mitarbeiter" für „*kleines Taschengeld*“ verdingen müssen, weil den Dienstberechtigten der Schutz und die Kosten des Arbeitsrechts zu teuer erscheinen. Der gebotene soziale Schutz wird also zunehmend auch deswegen verweigert, weil er nicht mehr über die Preise weitergegeben werden kann und deswegen zu teuer geworden ist. Die Grenzen des nationalen Sozialstaats in der globalisierten Wirtschaftswelt werden daran sichtbar.

Mit dem im Jahre 1972 in das Tarifvertragsgesetz eingefügten § 12 a TVG hat der Bundesgesetzgeber versucht, solche "arbeitnehmerähnliche Personen", die "vergleichbar einem ArbN sozial schutzbedürftig sind", wenigstens unter den *Schutz des Tarifrechts* zu stellen, ohne sie damit zu „ArbN“ zu machen, für welche das gesamte Netz des Arbeits- und Sozialrechts gilt. Die Methode dieser gesetzlichen Regelung verdient im Zusammenhang der *Entwicklung* logischer Begriffe zu Typen und Typenreihen besondere Beachtung.

Nach § 12 a TVG sollen solche „*arbeitnehmerähnliche Personen*“ unter den Schutz von Tarifverträgen gestellt werden können, die „*wirtschaftlich abhängig*“ und vergleichbar einem ArbN „*sozial schutzwürdig*“ sind, was anzunehmen sei, wenn

- (1) sie ihre Arbeitsleistung *aufgrund Dienst- oder Werkvertrag*
- (2) *persönlich* und im Wesentlichen *ohne Erfüllungsgehilfen* (auch *ohne eigenes Werkzeug* und ohne sonstige Sachmittel) erbringen *und*
- (3) *überwiegend für eine Person* (Geschäftsherr) tätig sind *oder*
- (4) ihre *Einkünfte überwiegend* von *einem* Geschäftsherrn beziehen.

Objektives Kernelement dieses Typus einer "arbeitnehmerähnlichen Person" ist, dass er *aufgrund eines Vertrags* Arbeitsleistungen *für einen anderen* erbringt. Hinzukommen muss eine "wirtschaftliche Abhängigkeit" und einem ArbN vergleichbare „*soziale Schutzwürdigkeit*“, weil er auf die Einkünfte aus dieser Tätigkeit angewiesen ist. Diese offenen Blankette werden durch die unter (2) – (4) aufgelisteten begrifflich klar fassbareren Elemente näher konkretisiert. So ist eine Person nicht mehr „*einem ArbN vergleichbar sozial schutzwürdig*“, wenn sie die Arbeitsleistung nicht *persönlich* (vgl. § 613) erbringt, weil es nicht mehr der Typik eines ArbN entspricht, wenn die Leistungspflicht mithilfe von Erfüllungsgehilfen bewirkt wird⁴⁴.

⁴⁴ *Schaub*, Arbeitsrechts-Handbuch, 8. Aufl., § 9; dazu unten II 2 d.

Mit diesen Elementen der Vorstellung arbeitnehmerähnlicher Personen sollte bewusst ein Personenkreis erfasst werden, der über den ArbN-Begriff hinausgeht, z. B. auch solche Dienstleister, die sich aufgrund *Werkvertrags*⁴⁵ zu einer Arbeitsleistung verpflichtet haben. Zweifellos erfassen die Elemente des § 12 a TVG jedoch auch alle ArbN und es ist daher auch nicht verwunderlich, dass die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung beim Gegebenen-Sein dieser Elemente in vielen Fällen ArbNschaft angenommen und damit dem Betroffenen den gesamten Schutz des Arbeits- und Sozialrecht eröffnet hat. Wenn Kernelement des Typus „arbeitnehmerähnliche Person“ die „soziale Schutzwürdigkeit“ für einen Schutz durch Tarifverträge ist, so versteht es sich von selbst, dass eine etwas *größere soziale Schutzwürdigkeit* auch oder gar „erst recht“ die Voraussetzung für den gesamten Schutz des Arbeitsrechts als ArbN sein soll. So meinte der 5. Senat des BAG auch bald, es sei nicht der Sinn des § 12 a TVG „das eigentliche Arbeitsrecht zu Gunsten des Rechts der arbeitnehmerähnlichen Personen und freier Mitarbeiter zurückzudrängen“⁴⁶. Wenn eine Person schon sozial schutzwürdig ist, wenn sie bloß *überwiegend* in den Diensten einer anderen Person tätig ist und ihre Einkünfte *überwiegend* von dieser anderen Person bezieht, so liegt es doch nahe anzunehmen, dass sie nicht bloß als „arbeitnehmerähnliche Person“ *tarifvertraglich* schutzwürdig, sondern als ArbN *schutzwürdig für das gesamte Arbeitsrecht* ist, wenn sie ihre gesamten Einkünfte von einer *einzig* anderen Person bezieht. In der Literatur wurde darum auch alsbald herausgearbeitet, dass in der Rechtsprechung des BAG das Element der *"sozialen Schutzwürdigkeit"* unter dem *Deckmantel* der "persönlichen Abhängigkeit" zum entscheidenden Kriterium der Rechtsprechung zum ArbN-Begriff geworden ist⁴⁷. Das BAG⁴⁸ qualifizierte Filmemacher, Redakteure, Regisseure u.a., die als "freie Mitarbeiter" bei Rundfunk- und Fernsehanstalten tätig waren als ArbN, weil „die spezifische persönliche Abhängigkeit dieser Mitarbeiter von Rundfunk und Fernsehen in ihrer *Abhängigkeit von Apparat und Team* besteht“. Ein Teil dieser „Festanstellungsrechtsprechung“ des BAG⁴⁹ ist vom BVerfG mit Entscheidung vom 13. 1. 1983⁵⁰ für verfassungswidrig erachtet worden, aber *speziell* für Mitarbeiter der *Rundfunk- und Fernsehanstalten* wegen Unvereinbarkeit mit der *Rundfunkfreiheit*, weil die Sender zu "vergreisen" drohen würden und demzufolge das Publikum nicht mehr dem Geist der Zeit gemäß informiert werden könne.

---

⁴⁵ Am Erfordernis eines Dienstvertrags als Voraussetzung eines Arbeitsvertrags und also eines Arbeitsverhältnisses hält die arbeitsrechtliche Rechtsprechung zwar fest (vgl. BAG AP Nr. 1 zu § 611 Abhängigkeit (Strahlenphysiker auf der Berghütte), angesichts der Schwierigkeit der Abgrenzung zwischen Dienst- und Werkvertrag (dazu grundlegend Gustav Rümelin, Dienst- und Werkvertrag, 1905) darf jedoch vermutet werden, dass die Rechtsprechung im Falle sozialer Schutzwürdigkeit im Zweifel doch Dienstvertrag annimmt. Jedenfalls darf nicht angenommen werden, dass ein ArbG seine Rechtsformfreiheit dadurch zurückgewinnen könnte, dass er in seiner Fabrik für alle "Urtypen" von Arbeitern Werkverträge verfasst, was zivilrechtlich in vielen Fällen ohne weiteres möglich wäre, weil ein und dieselbe Leistung durch Dienst-Werk- oder Arbeitsvertrag erbracht werden kann. Die Arbeitsgerichte würden eine solche Vertragsgestaltung jedoch höchstwahrscheinlich im Ergebnis nicht hinnehmen und entweder im Wege der Auslegung (§ 157) die Werkverträge doch als Dienstverträge begreifen oder aber einfach über Treu und Glauben (§ 242) zur Anwendung des Arbeitsrechts kommen.

⁴⁶ BAG AP Nr. 26 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

⁴⁷ Vgl. *Beuthien*, RdA 1978, 2, 5; *Beuthien/Wehler*, gem. Anm. zu BAG AP Nr. 15-21 zu § 611 BGB Abhängigkeit; *Wang*, gem. Anm. zu BAG AP Nr. 34-36 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

⁴⁸ BAG AP Nr. 15, 17-22, 24-26, 32-36 zu § 611 BGB Abhängigkeit. AP Nr. 26 aufgegeben durch Nummer und 70

⁴⁹ Darunter die Entscheidung BAG AP Nr. 34 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

⁵⁰ BVerfG AP Nr. 1 zu Art 5 I GG Rundfunkfreiheit; in der Entscheidung vom 3. 12. 1992 (BVerfG AP Nr. 5 zu Art 5 I GG Rundfunkfreiheit) wird der der Festanstellungsrechtsprechung entgegenstehende Schutz der Rundfunkfreiheit auf den Kreis der Mitarbeiter beschränkt, "die an Hörfunk- und Fernsehsendungen inhaltlich gestaltend mitwirken".

Aufgrund dessen hat sich das BAG schließlich⁵¹ veranlasst gesehen, die Formel aufzugeben. ein Mitarbeiter sei "persönlich abhängig" infolge der Abhängigkeit von Apparat und Team⁵². Es soll nunmehr zwischen *programmgestaltenden* und *nicht programmgestaltenden* Mitarbeitern unterschieden werden⁵³, jedoch könne auch eine programmgestaltende Mitarbeit als ArbN oder freier Mitarbeiter erfolgen. Ein programmgestaltender Mitarbeiter sei nicht mehr selbstständig, sondern „persönlich abhängig“, wenn der Sender "Einfluss auf Inhalt und Fortgang der Arbeit" nehme, wenn auch bloß „in Form von Diskussionen“. Würde man das ernst nehmen, würde auch jeder Architekt, Rechtsanwalt, Steuerberater zum ArbN des Geschäftsherrn werden, wenn wie im Allgemeinen üblich „in Diskussionen“ derart eingewirkt wird. Nicht programmgestaltende Mitarbeiter seien in der Regel als ArbN zu betrachten, jedenfalls, wenn der Sender einseitig Dienstleistungspläne aufstelle, auch wenn die Mitarbeiter nicht verpflichtet seien, die vorgesehenen Einsätze wahrzunehmen, weil das „lebensfremd“ sei⁵⁴. Damit ist das BAG aber grundsätzlich bei der Auffassung geblieben, dass der umfassende Schutz des gesamten Arbeits- und Sozialrechts im Zweifel vorzuziehen und daher im Sinne des § 12 a TVG „sozial schutzwürdige Personen“ im Zweifel als ArbN zu betrachten sind.

Bei Lehrern und Dozenten bedient sich das BAG zur Abgrenzung von Arbeitnehmern und freien Mitarbeitern in Wege einer "*typisierenden Betrachtungsweise*" anderer Kriterien. Lehrer in allgemeinbildenden Schulen sollen in aller Regel ArbN sein, auch wenn es sich um eine nebenberufliche Tätigkeit handelt. Dozenten die außerhalb schulischer Lehrgänge unterrichten, sollen demgegenüber auch "freie Mitarbeiter" sein können⁵⁵. Der „stärkeren Einbindung von Schülern“ in ein Schul- und Ausbildungssystem entspreche auch eine „stärkere persönliche Abhängigkeit“ der Lehrkräfte vom Ausbildungsträger. Der Unterricht an allgemeinbildenden Schulen bedinge die *Eingliederung* der Lehrkräfte in die vom Schulträger bestimmte Arbeitsorganisation. Wenn Worte noch irgendeinen Sinn haben, hat die Einbindung der Schüler in das Schul- und Ausbildungssystem mit der persönlichen Abhängigkeit der Lehrer natürlich nicht das Geringste zu tun. Die „Eingliederung der Lehrkräfte“ in die Arbeitsorganisation ist letztlich nichts anderes als die Abhängigkeit von Apparat und Team. Die "persönliche Abhängigkeit" ist nur noch eine Worthülse, in die hinein gegossen wird, was das gewünschte Ergebnis hervorbringt.

c) Der ArbN-Begriff: unselbstständig, persönlich abhängig, weisungsgebunden

Es ist jedoch nicht der Sinn der vorstehenden Ausführungen, spät die Rechtsprechung zum ArbN-Begriff in allen Verästelungen nachzuzeichnen. Damit kann keiner mehr klüger werden. Es geht vielmehr im wesentlichen darum zu erkennen, dass der herkömmliche ArbN-Begriff mit seinen Merkmalen der *Unselbstständigkeit*, *persönlichen Abhängigkeit* und *Weisungsgebundenheit* das (metaphysische) Wesen (= das Objekt der Vorstellung) dessen, was die Rechtsfolge des gesamten Arbeits- und Sozialrechts auslösen und also in diesem Sinne ArbN als unabdingbar "sozial schutzwürdig" begreifen soll, nicht mehr erfasst und deswegen auch die Erfordernisse eines logischen Begriffs, nämlich, dass alle dasselbe darunter verstehen, nicht mehr erfüllen kann. Der Begriff hat seinen Inhalt verloren, das in dem Begriff ste-

⁵¹ Mit Entscheidung vom 13.1.1983 (BAG AP Nr. 42 zu § 611 BGB Abhängigkeit) hat das BAG jedoch zunächst entschieden, der Beschluss des BVerfG zwingt nicht dazu, im Bereich des Rundfunks und Fernsehens für die Abgrenzung des Arbeitsvertrags von einem Dienstvertrag besondere, vom allgemeinen Arbeitsrecht abweichende Kriterien zu entwickeln. Daran hat das BAG im Ergebnis bis heute festgehalten und lediglich die alten Begriffsformeln modifiziert; was BVerfG AP Nr. 1 zu Art 5 I GG Rundfunkfreiheit akzeptierte.

⁵² BAG, Urt. vom 30. 11. 1994, BAG AP Nr. 74 zu § 611 BGB Abhängigkeit, Bl. 3R.

⁵³ BAG AP Nr. 42, 66, 74 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

⁵⁴ BAG AP Nr. 74 zu § 611 BGB Abhängigkeit, Bl. 5 R; vgl. auch BAG AP Nr. 70, 109, 114 aaO; dazu unten Fn. 81.

⁵⁵ BAG AP Nr. 60, 61 zu § 611 BGB Abhängigkeit; vgl. ferner BAG AP Nr. 122, 133, 152, 167 zu § 611 BGB Lehrer, Dozenten.

ckende Urteil (das Arbeitsrecht soll für ihn gelten!) hat seinen Tatbestand (seine Voraussetzungen) verloren.

aa) *Arbeiter* ist ursprünglich ein *Standesbegriff* für eine Person, die nicht dem *Adel* und der *Geistlichkeit* angehört, aber auch (noch lange) nicht dem *Bürgertum*, vielmehr mit seiner Hände Arbeit sich seinen Lohn verdienen musste. Diesem 4. *Stand* konnte ein Arbeiter allein mit seiner Hände Tüchtigkeit in der Regel auch nicht entkommen. Im Grunde war der Arbeiter ein *freigelassener Sklave*, der nicht mehr vermietet wurde, sondern sich selbst vermieten musste (Dienstmiete), für dessen kranke, alte und invalide Tage es daher zunächst keinen (sozialen) Schutz gab (wie Lohnfortzahlung, Krankengeld, Alters- und Invalidenrente, auch keinen Kündigungsschutz, Urlaub usw.).

bb) *Angestellte* galten zwar als "etwas Besseres", weil sie sich die Hände nicht schmutzig machen mussten, weil sie "Kopfarbeit" statt Händearbeit leisteten. In der Unterscheidung von Arbeiter und Angestellten steckt noch die uralte, antike Vorstellung, die nur körperliche Arbeit als „Arbeit“ begriff, die den Sklaven zu überlassen war⁵⁶. Die "höheren Dienste" (*operae liberales*), die von Ärzten, Juristen, Lehrern und sonstigen freien Bürgern erbracht wurden, wurden als Zeitvertreib vornehmer und vermögender Leute betrachtet, die für ihre Ehre (*Honorar*) sich nützlich machten, aber keine Arbeit leisteten, weshalb sie dafür (ursprünglich) auch kein Entgelt nehmen durften⁵⁷. Die Vorstellung, dass auch geistige Arbeit als Arbeit verstanden werden muss, die einen gerechten Lohn verdient, entstand erst mit dem deutschen Idealismus (vor allem durch *Fichte*⁵⁸) als einfacher Leute Kinder (Arbeiter- und Bauernkinder), deren hohe Begabung auffiel, durch Fürstengunst zu höheren Schulen gebracht und, wenn sie nicht über ein Theologiestudium eine Pfarrstelle annehmen wollten (wie *Mörrike*), über Hauslehrerdienste sich mühsam ihr Brot verdienen mussten (*Schiller, Hegel, Hölderlin u.a.*); deren in die Literatur eingegangenes Trauma sitzt bis heute tief. Mit der Anerkennung auch *geistigen Schaffens* als Arbeit verwandelten sich aber auch die Ansichten über den Wert der Arbeit. Sie wird fortan nicht mehr bloß als Mühe, Plagerei und Strafe für den Sündenfall betrachtet, sondern (auch) als *ehrenvolle Tätigkeit*:

„Den schlechten Mann muss man verachten,
der nie bedacht, was er vollbringt.
Das ist's ja, was den Menschen zieret,
und dazu ward ihm der Verstand,
dass er im inneren Herzen spüret,
was er erschafft mit seiner Hand.“ (*Schiller, Die Glocke*)

Auch der *große Preußenkönig* machte sich die neuen Vorstellungen zu Eigen, indem er sich zum *ersten Diener* seines Staates erklärte. Die damit verbundene Anerkennung des Werts der Arbeit, die auch dem *Arbeiter seine Ehre*⁵⁹ gab, war neben der späteren Gründung von Arbeiterparteien und Gewerkschaften, vor allem aber dem steigenden Bedarf an tüchtigen Soldaten, zunehmend auch an qualifizierten Arbeitskräften u.a. eine Voraussetzung für das "preußische Regulativ" (1839), mit welchem die Arbeitsgesetzgebung im Deutschen Reich begann und mit der *Bismarck'schen Sozialgesetzgebung* ihr Jahrhundertwerk schuf.

⁵⁶ *Peter Coulmas*, Die Arbeit in Antike und Gegenwart, BfDPhil 1940, S. 22 ff

⁵⁷ Die Vorstellungen wirken in den §§ 662-670 bis heute fort; dazu *Erman/Ehmann* (Fn.3), vor § 662 Rz 1 ff.

⁵⁸ Vgl. insbes. *Fichte*, Einige Vorlesungen über die Bestimmung des Gelehrten, 1794; *ders.*, Der geschlossene Handelsstadt, 1800.

⁵⁹ Die Bauern hatten sie schon zuvor in den Bauernkriegen eingefordert: „Als Adam grub und Eva spann, wo blieb denn da der Edelmann?!“

cc) Alle damit angedeuteten *Vorstellungen* vom Wert der Arbeit und der Arbeiter und Angestellten, die diese Begriffe am Anfang des Industriezeitalters noch prägten, sind heute völlig überholt. Trachtete ursprünglich jeder Arbeiter und jeder Angestellte danach, dass seine Kinder mit Hilfe besserer Schulbildung möglichst einen sozialen Aufstieg schaffen und damit dem ArbN-Status entkommen können, so wurde es zwischenzeitlich von vielen als höchstes Lebensziel erachtet, zu einer „Festanstellung“ als ArbN zu kommen, weil damit eine *sorglose Lebensführung gesichert* erschien. Eine Zeit lang haben sogar Facharbeiter (auch beim Daimler!) ihren Kindern davon abgeraten, eine Lehre zu machen, weil man schon mit einer Anlernzeit von 10-12 Wochen ohne die Mühen einer Gesellen- und Meisterprüfung 90% eines Facharbeiterlohnes verdienen konnte⁶⁰ und eine dreijährige Lehre und die Prüfungsqualen daher nicht lohnend erschienen. Diese Fehlentwicklung scheint zwar inzwischen wieder gebremst, weil zu viele dieser „Angelernten“ später begreifen mussten, dass ihre Arbeit auch von Robotern geleistet werden kann und sie daher im Arbeitsprozess überflüssig geworden sind. Die neuen technischen Entwicklungen laufen nicht nur schnell, sie widerlegen auch schnell falsche Vorstellungen, z.B. dass Geld der einzige Sinn der Arbeit sei. Hinter der falschen Tarifpolitik steckt noch eine weitere falsche Grundvorstellung, nämlich der Gleichheitswahn, der im *Allgemeinen Gleichheitsgesetz*⁶¹ seinen (vorläufigen) Gipfelpunkt erreicht hat, aber schon lange in der Nivellierung des Leistungsprinzips durch die tariflichen Lohngruppen in Erscheinung tritt: "Gleicher Lohn und gleiches Fressen und aller Krieg wäre längst vergessen!" Der alte gewerkschaftliche Schlachtruf wirkt fort, ist auch heute noch eine Grundlage für die Heilserwartungen, welche die Gewerkschaften an die Flächentarifverträge knüpfen: Alle ArbN sollen möglichst gleichbehandelt und gleich versorgt werden, wie die Arbeiter einer einzigen großen Fabrik! Das wollen auch die ArbG, aber aus ganz anderen Gründen (Ausrichtung der Tariflöhne an den schwächeren Gliedern einer möglichst langen Tarifkette). So können sich tüchtige Unternehmer eine goldene Nase verdienen und ihre Löhne an Hartz IV ausrichten. So wird die Tarifautonomie gewahrt und soziale Gerechtigkeit durch die Institutionen des kollektiven Arbeitsrechts verhöhnt.

dd) Von alledem und vielem anderen, was das Dasein eines ArbN, sein Einkommen, seinen sozialen Schutz, das Maß seiner Unabhängigkeit und Selbstständigkeit, sein Selbstbewusstsein und Wertgefühl bestimmt, ist im überkommenen ArbN-Begriff und seinen Merkmalen (Unselbstständigkeit, Abhängigkeit, Weisungsgebundenheit) nichts oder fast nichts enthalten. Der ArbN- Begriff abstrahiert davon weitgehend bis völlig und ist zur "inhaltslosen Oberfläche" geworden, die ihre *historische Herkunft* und *heutige Funktion* kaum noch erkennen lässt. Völlige Einigkeit besteht allein noch darüber, dass der ArbN sich in einem *Dienstvertrag*⁶² zu Arbeitsleistungen verpflichtet haben muss. Darunter verstehen auch alle im Wesentlichen noch dasselbe. Entscheidend für den ArbN-Begriff ist jedoch die Abgrenzung zum Dienstnehmer oder - was dasselbe ist - die Abgrenzung von Dienst- und Arbeitsvertrag⁶³. ArbN und Dienstnehmer sind also so zu unterscheiden wie Sigwart⁶⁴ Pferd und Esel unterscheidet, sie stimmen in vielen Elementen überein, unterscheiden sich jedoch in einigen.

⁶⁰ Lohnrahmen-Tarifvertrag Nordwürttemberg/Nordbaden Lohngruppe 5 (in den 90-er Jahren).

⁶¹ „Zu lange hat man ihnen *Recht* gegeben, diesen kleinen Leuten: so gab man ihnen endlich auch die *Macht* - nun lehnen sie: *Gut ist nur, was kleine Leute gut heißen*“ (*Nietzsche*, Also sprach Zarathustra, 3. Teil, Der hässlichste Mensch); zu der geschichtlichen Entwicklung der Gleichheitsidee im Hinblick auf das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz vortrefflich *Adomeit*, Kommentar zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, Boorberg Verlag, 2007.

⁶² Zur h. M., dass es kein Werkvertrag sein kann, vgl. oben Fn. 45.

⁶³ Wer aufgrund eines Arbeitsvertrags verpflichtet ist, ist ArbN; Dienstnehmer, wer aufgrund eines Dienstvertrags verpflichtet ist. Der Arbeitsvertrag ist also ein spezieller Dienstvertrag, der sich durch die Merkmale der Unselbstständigkeit, persönlichen Abhängigkeit und Weisungsgebundenheit von einem Dienstvertrag unterscheiden soll.

⁶⁴ Vgl. oben I 3.

(1) Wie inzwischen allgemein anerkannt, greifen die *herkömmlichen Unterscheidungsmerkmale* (Unselbstständigkeit, persönliche Abhängigkeit, Weisungsgebundenheit) nicht mehr. Richtig bemerkt *Preis*⁶⁵, dass die genannten Merkmale in *Randbereichen* kaum noch eine Entscheidungshilfe bieten. Im *Kernbereich* braucht man sie aber nicht. Unrichtig ist daher seine Behauptung, sie würden in vielen Arbeitsverhältnissen (noch) zutreffen. In diesen Fällen dürfte zwar regelmäßig ein Arbeitsverhältnis vorliegen, aber aus anderen Gründen. Als Unterscheidungsmerkmale können die genannte Elemente logischerweise nur gebraucht werden, soweit sie *nicht* auch beim Dienstnehmer gegeben sind, der selbstverständlich auch insoweit *unselbstständig* ist als er seine Dienstleistung *für einen anderen* erbringt und nicht als *freier Unternehmer*, um das dadurch entstehende Produkt später zu verkaufen. Auch als bloßer Dienstnehmer ist der zu einer Dienstleistung Verpflichtete aber *weisungsgebunden und insofern (wirtschaftlich oder persönlich?) abhängig*, weil er die Dienste so leisten muss, wie der Kunde will, er also die Weisungen des Dienstberechtigten gemäß § 665 zu beachten hat. Die persönliche Abhängigkeit eines ArbN vom ArbG erscheint insofern größer, als er allein von diesem abhängig ist, während ein freier Dienstnehmer sich auf dem Markt andere Kunden (Geschäftsherrn) verschaffen kann, die Abhängigkeit ist jedoch insofern geringer als der ArbG seinen ArbN stets die Arbeit verschaffen, während der freie Dienstnehmer sich seine Arbeit selbst beschaffen muss.

(2) Inwieweit muss also ein aufgrund eines Dienstvertrags zu Dienstleistungen Verpflichteter mehr als allein durch den Dienstvertrag unselbstständig und (persönlich) abhängig sein, um ein ArbN sein zu können? Im Dienstvertragsrecht und auch im Arbeitsrecht ist die *Unselbstständigkeit* nirgends gesetzlich definiert⁶⁶, es wird lediglich der Gegenbegriff der *Selbstständigkeit* auf Grund der sog. Geschäftsbesorgungsformel der Trennungstheorie als Voraussetzung einer *entgeltlichen Geschäftsbesorgung* betrachtet⁶⁷ und auf dieser Grundlage gegen das Bundesarbeitsgericht⁶⁸ behauptet, ArbN könnten, weil sie unselbstständig und abhängig sind, keine Geschäftsbesorger im Sinne des § 675 sein. Die Diskussion auf diesem Gebiet kann daher dazu verhelfen zu verstehen, was unter *Selbstständigkeit/Unselbstständigkeit* verstanden werden kann.

(3) Nach § 665 ist der Auftragnehmer verpflichtet, den Weisungen des Auftraggebers zu folgen, nach § 675 gilt das für entgeltliche Geschäftsbesorger entsprechend. Insoweit er den Weisungen zu folgen hat, ist weder der unentgeltliche noch der entgeltliche Geschäftsbesorger selbstständig. Ein Geschäftsbesorger muss also in einem bestimmten Maße *unselbstständig* sein, ansonsten ist er nicht weisungsabhängig und also nicht Geschäftsbesorger für einen anderen, vielmehr ein *selbstständig tätiger Unternehmer*, der mit seiner Arbeitsleistung seine eigenen Produkte erzeugt und nicht Produkte für einen Dienstherrn, welcher im Sinne des § 950 BGB "herstellen lässt". Andererseits ist aber ein völlig unselbstständig Tätiger, der in völligem Kadavergehorsam strikt den Weisungen eines Geschäftsherrn zu folgen hat, kein Geschäftsbesorger mehr, weil er keine Abweichungsbefugnis mehr hat. Nach allgemeiner und zutreffender Ansicht setzt eine Geschäftsbesorgung daher ein *relatives Maß an Selbstständigkeit* voraus, die stufenweise von völliger Unselbstständigkeit bis zur vollständigen Selbstständigkeit reichen kann, aber an beiden Enden dieser Reihe sowohl bei vollständiger Selbstständigkeit

⁶⁵ ErfK/Preis, § 611 BGB Rz. 45.

⁶⁶ Dazu oben Fn. 39.

⁶⁷ Staudinger/Martinek, 14. Auflage 2006, vor § 662 Rz 9,14 ff., 22; § 675 Rz A 11 ff; gegen Isele (Fn. 3), S. 103, 136; Staudinger/Nipperdey, 11. Aufl., § 675 Rz 11; MK/Seiler, 4. Aufl., § 662 Rz 9 ff,14; Erman/Ehmann (Fn. 3) vor § 662 Rz 14 f, 85.

⁶⁸ Großer Senat BAGE 12, 15 - Ameisensäure.

wie bei vollständiger Unselbständigkeit liegt keine Geschäftsbesorgung mehr vor⁶⁹. Die hier interessierende Frage ist, ob ein solcher "Geschäftsbesorger" (Dienstleistender), der *strikt* den Weisungen seines "Geschäftsherrn" zu folgen hat und infolge dessen kein „echter“ Geschäftsbesorger mehr sein kann, weil ihm keine Abweichungsbefugnis mehr bleibt, wenigstens ein ArbN ist oder nur ein hirnloser Sklave, dem jeder Gebrauch seines Kopfes unmöglich oder verboten ist⁷⁰.

(4) Ursprünglich waren sicherlich ein Arbeiter und auch ein Angestellter - wie ein braver Soldat - vor allem zum *Gehorsam* verpflichtet. Durch den Arbeitsvertrag waren sie während der gesamten Arbeitszeit dem *Direktionsrecht* des ArbG unterworfen, das anfänglich nicht auf die Grenzen der vertraglich vereinbarten Leistungspflicht beschränkt war, schon gar nicht einem Mitbestimmungsrecht eines Betriebsrats unterlag. Der Arbeiter hatte zu tun, was der ArbG anordnete, tat er es nicht, so wurde er gefeuert. Kündigungsschutz gab es allenfalls für die Zeit kurzer Kündigungsfristen. Auch die Frage, unter welchen Umständen er von den Weisungen des ArbG abweichen durfte oder musste, kann für jene Zeit ohne Kündigungsschutz nicht gestellt werden, wick er im Ergebnis zu Unrecht ab, wurde er gefeuert, wick er zu Unrecht *nicht* ab und berief sich auf eine entgegenstehende Weisung des ArbG oder Vorarbeiters, so drohte ihm gleichfalls die Kündigung. Also, er war zum Gehorsam verpflichtet und durfte nichts falsch machen; deshalb war er *abhängig, unselbstständig* und *weisungsgebunden*.

(5) Dieses System der *faktischen* und *rechtlichen* Abhängigkeit und Unselbständigkeit ist aber *rechtlich* für alle ArbN längst Vergangenheit und für die allermeisten ArbN auch *faktisch* längst nicht mehr im Interesse des ArbG. Inwieweit das *Direktionsrecht* und damit die Weisungsgebundenheit eines ArbN individual- und betriebsverfassungsrechtlich *verrechtlicht* wurde⁷¹, braucht in einer Festschrift für einen Arbeitsrechtler nicht näher dargelegt zu werden; für Leser außerhalb dieses Kreises sei noch gesagt, dass ein ArbN Weisungen hinsichtlich seiner Leistungspflicht und seines Leistungsverhaltens jedenfalls nur insoweit zu befolgen hat, als sie im Rahmen der in seinem Arbeitsvertrag übernommenen Pflichten liegen, er braucht also die Toilette und auch die Werkstatt nicht zu putzen, wenn er als Schlosser angestellt wurde; hinsichtlich seines Verhaltens unterliegen die Weisungen des ArbG der Mitbestimmung des Betriebsrats gemäß § 87 Nr. 1 BetrVG. Vor *willkürlichen* Weisungen ist der ArbN also rechtlich geschützt; vor Kündigungen *deswegen*, mit anderen, vorgeschobenen Gründen durch das Kündigungsschutzgesetz. Diese rechtlichen Regelungen halten das arbeitsrechtliche Weisungsrecht in den Grenzen der vertraglichen Vereinbarung und bedingen daher keine über den Dienst/Arbeitsvertrag hinausgehende *persönliche Abhängigkeit*, die nur solange ein brauchbares Unterscheidungsmerkmal sein konnte als ein ArbN vor allem zum *Gehorsam* verpflichtet war.

⁶⁹ Welches Maß an größerer Selbständigkeit dabei ein entgeltlicher gegenüber einem unentgeltlichen Geschäftsbesorger haben soll, ist von den Vertretern der sog. *Trennungstheorie* noch nicht begründet worden, wird wohl auch nie begründet werden, weil das Merkmal zur Bestimmung des Geschäftsbesorgungsbegriffs unbrauchbar ist, dazu *Isele*, (Fn. 3), S.103, 136; *Erman/Ehmann* (Fn.3) vor § 662 Rdz 26 ff., 85.

⁷⁰ Im unausrottbaren Sinne der Vorstellung des *Aristoteles* (Politik, 1.Buch, 5.-7. Kapitel, 1254 a-1255 b), dass es nicht nur Sklaven kraft Gesetzes gibt (z.B. die im Krieg Besiegten), sondern auch solche, die von Natur aus Sklaven sind, deren Aufgabe im Gebrauch ihrer Leibeskräfte besteht und bei denen *das* die höchste Leistung ist; deren Vernunft aber darauf beschränkt ist, die ihres Herrn zu erkennen, die aber ansonsten selbst keine Vernunft haben. – Diese „Typus“ im Sinne der *Tätertyplehre* (dazu oben I 4 c) bildete lange auch das *platonische Urbild* eines Arbeiters in vielen Arbeitgeberköpfen, ist aber nicht bloß *rechtlich*, sondern auch *ökonomisch-soziologisch* keine brauchbare Grundlage mehr für die Führung eines modernen Unternehmens.

⁷¹ Zöllner/Loritz, Arbeitsrecht, 4. Aufl., § I 8 m.w.N.

(6) *Neue Technik bringt neues Recht hervor*⁷². In der Praxis des Arbeitslebens sind daher der *technische Wandel* und die infolge dessen eingetretenen *Veränderungen des Status* eines ArbN zugunsten seiner Unabhängigkeit und Selbstständigkeit, auch für sein Selbstbewusstsein viel bedeutsamer⁷³. Der ArbN-Begriff mit seiner Gehorsamspflicht und seiner Unselbstständigkeit und Abhängigkeit sind entstanden in der Zeit der Dampfmaschinen und Transmissionsriemen. In dieser Zeit wurde die ArbNschaft zum (absoluten) *Gehorsam* verpflichtet und dressiert und organisiert wie eine militärische Einheit. So dachte man dass ein ArbN wie ein Soldat einen Befehl auch zu befolgen hat, wenn er offenbar unsinnig ist⁷⁴. Nach der Erfindung des Elektromotors, welche die Energieverwendung von der Reichweite der Transmissionsriemen befreite, ist inzwischen mit der Computertechnik die dritte industrielle Revolution erfolgt und verwandelt zunehmend die Industriegesellschaft in eine Dienstleistungs- und Informationsgesellschaft. Die damit eingetretenen technischen und sozialen Veränderungen machen weltweit ein anderes Arbeits- und Dienstleistungsrecht erforderlich, das sich von der hierarchischen Struktur der militärischen Kommandoorganisation nachgeahmten Arbeitsorganisation befreien muss. In den modernen Fabriken sind die Befehls- und Informationshierarchien daher schon längst gekippt. Um von oben nach unten anordnen zu können, was unten zu tun ist, bedürfen das „Management“ und schon die Werksleiter der Informationen von unten, weil sie selbst häufig gar nicht mehr verstehen, wie die Tätigkeit unmittelbar am Werkstück zu bewältigen ist. Die einseitige Abhängigkeit der ArbN hat sich daher in eine wechselseitige Abhängigkeit aller Mitarbeiter verwandelt. Der Mitarbeiter muss nach oben und zu seinen Mitarbeitern neben ihm melden, wenn ein bestimmtes „Geschäft“ (im allerweitesten Sinne) aufgrund seiner Einsichten besser anders ausgeführt wird als ursprünglich gedacht und angeordnet. Die Gehorsamspflicht hat sich in eine *Abweichungsbefugnis mit Rückfragepflicht* entsprechend § 665 BGB verwandelt. Arbeiter sind zu Mitarbeitern geworden. Sie *dürfen* nicht bloß, sie *können* nicht mehr nur Befehlsempfänger sein. Das oben und unten hat sich nicht nur aus *rechtlichen*, sondern vor allem auch aus *technischen* und sonstigen *faktischen* Zwängen weitgehend in ein Nebeneinander verwandelt. Der Kadavergehorsam ist damit zum „denkenden Gehorsam“ des § 665 geworden, die ArbN sind zu Geschäftsbesorgern geworden⁷⁵, für welche aber auch das Arbeits- und Sozialrecht gilt⁷⁶.

(7) Ein Arzt, Rechtsanwalt, Steuerberater wird in der Regel auch deshalb als „freier“ Dienstnehmer betrachtet, weil ihm sein Auftraggeber (Patient, Mandant, Geschäftsherr) insoweit keine Weisungen erteilen kann, insoweit er wegen seines Sachwissens beauftragt wird, weil dem Auftraggeber selbst dieses Sachwissen fehlt. Insoweit ist ein Geschäftsbesorger *weisungsfrei*, muss aber das Geschäft mit der *im Verkehr erforderlichen Sorgfalt* besorgen. Sorgfalt kommt von „besorgen“. Die Sorgfalt ist das *notwendige Korrelat* der eingeräumten Geschäftsbesorgungs-Macht zum Handeln im Rechtskreis des anderen⁷⁷. Die Sorgfaltspflicht ist *der Teil* der Geschäftsbesorgungspflicht, bezüglich derer mangels hinreichenden Sachwissens des Geschäftsherrn oder wegen unvorhergesehene Umstände keine hinreichend genaue Weisungen erteilt wurden, weshalb der Geschäftsbesorger das Geschäft insoweit nach der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt zu besorgen hat⁷⁸. Die Art und das Maß dieser Sorgfaltspflicht bestimmt sich objektiv nach der im Vertrag übernommenen Aufgabe⁷⁹, ist allerdings

⁷² Jaspers, Vom Ursprung und Ziel der Geschichte, 1949, S. 109 ff.

⁷³ Jaspers (Fn. 72), S. 138 ff.

⁷⁴ "Mut hat auch der Mameluck, Gehorsam ist des Christen Schmuck" (*Friedrich Schiller*). So wurde auch der *Prinz von Homburg* zum Tode verurteilt, weil er gegen den Befehl zum Angriff übergang, obwohl er die Schlacht gewann (vgl. *Kleist*, Kätchen von Heilbronn).

⁷⁵ *Isele*, AuR 1964, 161; *Erman/Ehmann* (Fn.3) vor § 662 Rz 72 ff. die

⁷⁶ *Erman/Ehmann* (Fn. 3), vor § 662 Rz 18.

⁷⁷ *Isele* (Fn. 3), S. 7 ff.; *Erman/Ehmann* (Fn. 3), vor § 662 Rz 33.

⁷⁸ *Erman/Ehmann* (Fn. 3), § 662 Rz 16 f; § 675 Rz 6 a.

⁷⁹ *Erman/Ehmann* (Fn. 3), vor § 662 Rz 17.

für ArbN nach den bekannten arbeitsrechtlichen Grundsätzen in der Regel auf grobe Fahrlässigkeit abgeschwächt⁸⁰. Verletzt der ArbN schuldhaft diese Sorgfaltspflicht, so ist er zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.

(8) Daraus folgt, dass nicht bloß ein "freier" Geschäftsbesorger, sondern auch ein ArbN im Maß der Komplexität und Schwierigkeit seiner Arbeitspflicht und des von ihm aufgrund des Vertrags zu erwartenden und bei den Vorgesetzten nicht mehr vorhandenen Sachwissens *selbstständig* und *nicht mehr weisungsgebunden*, vielmehr verpflichtet ist, sein Sachwissen zur sorgfältigen Erfüllung seiner Arbeitspflicht einzusetzen. Auch ein ArbN ist also - wie ein Dienstnehmer und Geschäftsbesorger - relativ selbstständig, d.h. teils selbstständig und teils unselbstständig, er ist weisungsgebunden teils mehr wie ein Hilfsarbeiter, teils weniger wie ein leitender Angestellter mit allen stufenlosen Zwischenformen⁸¹. Wenn er am unteren Ende strikt weisungsgebunden ist, kann er auch noch (Hilfs-) Arbeiter sein; ein Sklavendasein lässt unsere Rechtsordnung *rechtlich* nicht mehr zu. Wo aber sind am oberen Ende die Grenzen zur Selbstständigkeit eines „freien“ Dienstnehmers ("freien Mitarbeiters") und eines freien Unternehmers? Die Grenze zum *freien Unternehmer* ist jedenfalls theoretisch klar, er arbeitet nicht mehr auf der *Grundlage eines Dienstvertrags*, ist also auch nicht mehr Dienstnehmer. Aber ist ein „freier Mitarbeiter“ selbstständiger als ein leitender Angestellter des Geschäftsherrn? Sind Nachrichtensprecher selbstständiger, unabhängiger und weisungsfreier als ihre Redakteure und der Intendant? Doch wohl kaum, weder „wirtschaftlich“ noch „persönlich“. Also sind die Merkmale der Unselbstständigkeit, Abhängigkeit und Weisungsgebundenheit, die letztlich alle dasselbe von einer anderen Seite bedeuten, anders als die Größe der Ohren und die Starrheit des Charakters für die Unterscheidung von Pferd und Esel, unbrauchbar zur Unterscheidung von ArbN und (freien) Dienstnehmern.

d) Der Typus des § 12 a TVG und seine Elemente

aa) Wie oben (II 5 b) dargelegt steht ein "freie Mitarbeiter" als arbeitnehmerähnliche Person zwischen Arbeit- und Dienstnehmer wie ein Maulesel zwischen Pferd und Esel. Der Vergleich ist nicht ironisch und respektlos gemeint, knüpft vielmehr an das Beispiel von *Sigwart* zur begrifflichen Unterscheidung ähnlicher Dinge an. Deshalb müssen, wenn die Elemente (Merkmale, Indizien) die § 12 a TVG zur Definition (Qualifizierung) einer "arbeitnehmerähnliche Person" verwendet - wenn die Begriffsbildung gut ist, und sie ist gut - auch für die begriffliche Erfassung von (freien) Dienstnehmern und (abhängigen) ArbN geeignet sein, und sie sind es auch⁸². Diese Geeignetheit war letztlich auch die Voraussetzung dafür, dass der 5. Senat des BAG, entgegen den mit § 12 a TVG verfolgten Absichten des Gesetzgebers, einen

⁸⁰ *Erman/Ehmann* (Fn. 3), vor § 670 Rz 23 ff.

⁸¹ Nach § 5 III Nr. 3 BetrVG ist es ein Kriterium des Begriffs des leitenden Angestellten, dass er Entscheidungen im Wesentlichen *frei von Weisungen* trifft; nach BAG AP Nr. 74 zu § 611 BGB Abhängigkeit, Bl. 2 R soll (fachliche) *Weisungsgebundenheit* auch für Dienste "höherer Art" nicht *typisch* sein; das gilt aber allgemeiner für jeden ArbN dessen spezielles Fachwissen für seine Aufgabe größer ist als das seines Vorgesetzten. Nach BAG AP Nr. 109, 114 zu § 611 BGB Abhängigkeit ist daher auch anzuerkennen, dass ein zur Aushilfe eingestellter Orchestermusiker als freier Mitarbeiter *ebenso weisungsgebunden* ist wie als ArbN; die "Intensität der Weisungsgebundenheit" sei jedoch größer und der Musiker demzufolge ArbN, wenn er seine Arbeitszeit nicht mehr im wesentlichen frei gestalten und sich auch zu "Einzeldiensten" verpflichtet habe, deren Anzahl, Dauer und zeitliche Lage noch nicht festgestanden habe. Das ist aber doch nur eine Frage der Gestaltung des Dienstvertrags, die doch gerade nicht die ArbN-Eigenschaft begründen soll, weil damit Rechtsformfreiheit gegeben wäre (vgl. BAG AP Nr. 61 aaO, Bl. 4). Nach BAG AP Nr. 74 aaO soll daher ein Rundfunksprecher auch dann ArbN sein können, wenn ihm zugestanden wird, einzelne Einsätze abzulehnen.

⁸² Vgl. BAG Nr. 80 zu § 611 BGB Abhängigkeit

großen Teil des damit definierten Personenkreises "arbeitnehmerähnlicher Personen" in seiner „Festanstellungsrechtsprechung“ zu ArbN gemacht hat⁸³.

(1) *Kernelement* des § 12 a TVG ist zweifellos, dass eine Person *aufgrund eines Vertrags*⁸⁴ zur *Dienstleistung für einen anderen* verpflichtet ist: dann kann der Dienstverpflichtete Dienstnehmer, arbeitnehmerähnliche Person oder ArbN sein.

(2) „*Arbeitnehmerähnliche Person*“ soll sein, wer *auf Grund eines Dienst- oder Werkvertrags* für einen anderen tätig, „wirtschaftlich abhängig“ und vergleichbar einem ArbN „sozial schutzbedürftig“ ist. Die soziale Schutzbedürftigkeit ist ein Blankett (unbestimmter Rechtsbegriff), der in § 12 a TVG mit vorbildlicher Begriffstechnik⁸⁵ mit objektiven Merkmalen näher bestimmt wird:

- die Arbeitsleistung muss *persönlich* im wesentlichen *ohne Erfüllungsgehilfen* (und auch ohne eigenes Werkzeug und ohne sonstige Sachmittel) erbracht werden *und*
- der Dienstleistende muss überwiegend für *eine* Personen tätig sein *oder*
- er muss seine *Einkünfte überwiegend* von diesem *einen* "Geschäftsherrn" beziehen.

(3) Das Merkmal "*persönlich*" entspricht §§ 613, 664 BGB und macht wie diese Vorschriften deutlich, dass im Zweifel der Einsatz von Erfüllungsgehilfen und Substituten nicht gestattet ist und im Falle solcher Gestattung grundsätzlich keine soziale Schutzbedürftigkeit angenommen werden soll. Das ist völlig sachgerecht, denn wer Erfüllungsgehilfen und Substituten einsetzen will ist im Zweifel als „freier“ Dienstnehmer zu betrachten⁸⁶. In seiner Feststellungsrechtsprechung hat das BAG auch öfters darauf abgestellt, ob die Dienstverpflichteten mit eigenem Werkzeug, eigenem Apparat u.ä. tätig waren oder diese vom Dienstberechtigten gestellt wurden. Diese Elemente haben keine Aufnahme in die Formulierung des § 12 a TVG gefunden, können aber durchaus auch als Indizien zur Konkretisierung der sozialen Schutzbedürftigkeit Verwendung finden, weil sie doch auch Anhaltspunkte dafür sind, inwieweit der Dienstnehmer autonom sein kann und will oder seine Abhängigkeit von "Apparat und Team" des Dienstberechtigten gegeben ist.

(4) Von großer Unterscheidungskraft ist sicherlich die Tatsache der (überwiegenden) *Tätigkeit für eine einzige* andere Person. Vor allem dadurch wird das Maß der Abhängigkeit "nach ihrer sozialen Typik"⁸⁷ mit der eines ArbN vergleichbar. Ein „freier“ Dienstnehmer ist vom Markt abhängig, er muss sich seine Arbeit in Form von Kundenaufträgen selbst beschaffen, ein ArbN lässt sich seine Arbeit vom ArbG verschaffen und wird dadurch „persönlich“ von diesem abhängig. Jedoch ein ArbN kann auch in mehreren Arbeitsverhältnissen stehen und

⁸³ Vgl. BAG Nr. 26 ff zu § 611 BGB Abhängigkeit; dazu oben vor Fn. 46.

⁸⁴ Auch ein Werkvertrag verpflichtet zu einer Dienstleistung, verpflichtet anders als der Dienstvertrag nur auch zum Erfolg, nicht bloß zu einer "Bemühung". § 12 a TVG bezieht darum den Werkvertrag zu Recht in den Schutzbereich des Begriffs arbeitnehmerähnliche Personen ein. Richtigerweise sollte auch der ArbN-Begriff derart erweitert gefasst werden, vergleiche Fn. 45. Eine andere Frage ist, ob es arbeitsrechtlich noch zulässig sein sollte, die Gegenleistung, also den Arbeitslohn zu 100% vom Erfolg der Arbeitsleistung abhängig zu machen. Das aber wird gerade nicht dadurch erreicht, dass Werkverträge nicht als Arbeitsverträge verstanden werden sollen, auch wenn die soziale Schutzwürdigkeit vorliegt, weil dann das zwingende Arbeitsrecht zu Entscheidung dieser Frage nicht gilt.

⁸⁵ Eine Meisterleistung der Ministerialbürokratie, jedenfalls ist mir keine rechtswissenschaftliche Vorarbeit dazu bekannt; weiß es jemand besser?

⁸⁶ Vgl. BAG Nr. 111, 115 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

⁸⁷ So BAGE AP Nr. 1 zu § 12 a TVG. Auch dieses Merkmal kann aber für sich allein die ArbN-Eigenschaft nicht begründen, vgl. BAG Nr. 90, 103 zu § 611 BGB Abhängigkeit für Frachtführer, die auch noch für andere fahren könnten. Die ArbN-Eigenschaft kann nach BAG AP Nr. 18, 64 zu § 611 BGB Abhängigkeit nicht allein mit der Begründung verneint werden, es sei "nebenberufliche Tätigkeit".

ein Dienstnehmer kann seine Arbeitsleistung (im Wesentlichen) für einen Dienstberechtigten erbringen. Das Merkmal kann daher - anders als die Sacheigenschaft im Diebstahlsbegriff des § 242 StGB - durch sein Gegebensein oder Nichtgegebensein nicht allein mit Entweder-Oder über die ArbN-Eigenschaft eines Dienstleistenden entscheiden, ist vielmehr nur einen Indiz, das je nach seinem Gewicht und der Zusammenschau mit den anderen Elementen die „soziale Schutzbedürftigkeit“ begründet.

(5) Die alternative Berücksichtigung der *Einkünfte* konkretisiert gleichfalls das Maß der Abhängigkeit, indem klaggestellt wird, dass das auch im Falle einer Tätigkeit für *mehrere Personen* ein arbeitnehmerähnliches Verhältnis zu einer dieser Personen bestehen kann, wenn die Einkünfte überwiegend von dieser Person bezogen werden. Auch das ist sachgerecht.

(6) Nach § 12 a IV TVG soll diese Vorschrift nicht auf *Handelsvertreter* anwendbar sein. Diese Regelung entspringt wohl einer *politischen* Vorgabe, rechtstechnisch oder rechtswissenschaftlich ist sie unverständlich. Es ist auch nicht richtig klar, in welcher Richtung die Ausnahmeregelung des Abs. 4 wirken soll und praktisch wirkt. Wenn damit beabsichtigt war zu verhindern, dass Tarifverträge zu Gunsten von Handelsvertretern abgeschlossen werden, die gemäß § 84 II HGB nicht als ArbN zu betrachten wären, so könnte dies in der Praxis auch dahingehend wirken, dass die *Arbeitsgerichte* (zuständig gem. §§ 92 a HGB, 5 III ArbGG ohne die Entscheidung über die ArbN-Eigenschaft!) solche Handelsvertreter in einer Art als schutzwürdig betrachten, dass sie die Betroffenen als ArbN betrachten. § 12 a IV TVG wäre dann ein Schuss in den Ofen mit einer gegenteiligen als der beabsichtigten Wirkung.

bb) Der Gesetzgeber hat also mit den in § 12 a TVG aufgelisteten Begriffselementen ein hervorragendes begriffliches Handwerkszeug zur Abgrenzung von „freien“ Dienstnehmern und „arbeitnehmerähnlichen Personen“ und zugleich auch zur Abgrenzung von diesen und „Voll-ArbN“ geschaffen. Offen geblieben ist allein die Frage, wo die Grenze zwischen solchen arbeitnehmerähnlichen Personen und „Voll-ArbN“ zu ziehen ist. Klar ist, dass die ArbN-Eigenschaft gegeben sein soll, wenn die Personen *noch mehr* „sozial schutzwürdig“ sind als arbeitnehmerähnliche Personen und daher nicht mehr nur unter den Schutz von Tarifverträgen, sondern unter den Schutz des gesamten Arbeits- und Sozialrechts gebracht werden sollen. Aber mit welchen begrifflichen Elementen soll diese Grenze formuliert werden?

(1) Die Elemente des § 12 a TVG lassen noch die *zeitliche Dauer* vermissen und zwar in zweifacher Weise. Einmal hinsichtlich der Monate und Jahre, die ein Dienstnehmer im Wesentlichen für *eine* Person tätig war *oder* aus dieser Tätigkeit überwiegend seine *Einkünfte* bezogen hat. Zu Recht hat das BAG in seiner „Festanstellungsrechtsprechung“ das Argument der "Vergreisung" der Rundfunk- und Fernsehanstalten und damit der Beeinträchtigung der Rundfunkfreiheit nicht ernst genommen, wenn ein „freier Mitarbeiter“ schon 20 Jahre für denselben Sender tätig und damit alt und grau geworden war⁸⁸. Wenn aber einer nur einige Wochen oder Monate für einen Dienstherrn arbeitet und zuvor auch schon für andere tätig war, hat das einen anderen Bedeutungswert. Auch deshalb, weil mit langjähriger Tätigkeit für *einen* Geschäftsherrn auch zunehmend die Fähigkeit verloren geht, am freien Markt selbstständig Auftraggeber und Aufträge und damit Arbeit als Verdienstquelle zu akquirieren. Ebenso ist von Bedeutung, welcher Teil seiner täglichen und wöchentlichen Arbeitszeit, welcher Teil seiner gesamten Arbeitskraft ein Dienstnehmer für einen Dienstherrn erbringt, wie viel Zeit und Kraft ihm also bleibt auf dem freien Markt nach anderen Auftraggebern Umschau zu halten. Wird ein Dienstnehmer vertragsgemäß im Wesentlichen den ganzen Tag und

---

⁸⁸ Nach BAG Nr. 96 zu § 611 BGB Abhängigkeit sollen "nebenberuflich" tätige Rundfunkreporter aber auch dann noch freie Mitarbeiter sein können, wenn sie viele Jahre fortlaufend eingesetzt wurden.

Woche für Woche von einem Dienstherrn in Anspruch genommen, so wird er selbstverständlich stärker in Richtung eines ArbN schutzwürdig.

(2) Viele andere allgemeine Elemente zur Bestimmung "arbeitnehmerähnlicher Personen" und „Voll-ArbN“ als die des § 12 a TVG, ergänzt durch die *Dauer der Arbeitszeit* und den *Anteil der Arbeitskraft* im vorgenannten Sinne, dürfte es nicht mehr geben, aber im Einzelfall natürlich noch viele Umstände, die das Maß der Schutzbedürftigkeit für die verschiedensten *Typen von ArbN*⁸⁹ beeinflussen. Eine feste Grenze wird aber wohl begrifflich nie genau definierbar sein, tatsächlich bestehen fließende Übergänge zwischen (freien) Dienstnehmern und „arbeitnehmerähnlichen Personen“ sowie zwischen diesen und "Voll-ArbN"; deren rechtliche Abgrenzung ist nicht zuletzt abhängig von den *Rechtsfolgen*. Die mangelnde Flexibilität auf der Rechtsfolgenseite: entweder das ganze Arbeits- und Sozialrecht oder gar keinen sozialen Schutz für kranke, invalide und alte Tage: keine Lohnfortzahlung, kein Urlaub, kein Kündigungsschutz usw. drängen „natürlich“ zu einer weiteren Fassung des ArbN-Begriffs. Je mehr jedoch auf der Grundlage von § 12 a TVG Tarifverträge zu Gunsten „arbeitnehmerähnlichen Personen“ geschaffen werden, welche diesen einen hinreichenden *arbeitnehmerähnlichen Schutz* (durch Lohnfortzahlung, Arbeitszeitschutz, eingeschränkten Kündigungsschutz u.a.) tatsächlich gewähren, desto enger kann der ArbN-Begriff mit seinem vollen Schutz des gesamten Arbeits- und Sozialrechts gefasst werden; was natürlich auch ein (politischer) Grund sein kann, solche Tarifverträge *nicht* zu schaffen.

(3) Daraus folgt, dass ein *Dienstnehmer* auch noch nicht als *ArbN* „sozial schutzwürdig“ sein kann, wenn er in den Geltungsbereich eines Tarifvertrages fällt, der ihm einen hinreichenden Schutz gewährt, wohl aber dann, wenn er außerhalb des Geltungsbereichs eines solchen Tarifvertrags tätig ist. Da es jedoch von vielen Zufälligkeiten abhängig ist, die mit der Schutzbedürftigkeit eines individuellen Dienstnehmers nichts zu tun haben, ob in seinem Tätigkeitsbereich ein solcher Tarifvertrag zustande gekommen ist, wäre es freilich besser, wenn das im ArbN-Begriff steckende Urteil (seine Rechtsfolge) nicht so starr mit einem Entweder-Oder des gesamten Arbeits- und Sozialrechts geregelt wäre. Im Wesentlichen ist jedoch nur der Geltungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes davon abhängig, ob der ArbN länger als sechs Monate im Betrieb tätig war, ansonsten gilt das gesamte Arbeits- und Sozialrecht vom ersten Tag der Beschäftigung an und auch ohne Rücksicht darauf, in welchem Maße der Dienstnehmer überwiegend für eine Person tätig ist oder von wem er seine Einkünfte bezieht. Eine größere Flexibilität auf der Rechtsfolgenseite könnte also auch zu einer sachgerechteren Entscheidung der „sozialen Schutzbedürftigkeit“ führen, die darauf abstellt, in Bezug auf welche Art des Schutzes ein ArbN schutzwürdig erscheint. Besteht doch der Vorzug eines aus verschiedenen Elementen bestehenden *Typus* gegenüber einem *geschlossenen Begriff* vor allem darin, dass seine Rechtsfolge (sein Urteil) nicht nur in einem starren Entweder-Oder, sondern auch in einer kontinuierlichen Reihe bestehen kann. Das sollte gezeigt werden; für eine Ausformung im Einzelnen ist in einem Festschriftbeitrag kein Raum.

(4) Das BAG spricht bei der Abgrenzung des ArbN-Begriffs zwar verschiedentlich von der (sozialen) "Typik"⁹⁰ und "typisierender Betrachtungsweise"⁹¹, verwendet dabei aber den Typus-Begriff nur in einer umgangssprachlichen, unklaren, nicht näher definierten Weise. Es bleibt offen, was das Kernelement des Typus ArbN sein soll und mit welchen zusätzlichen

⁸⁹ Zum Beispiel in der Frage, ob Vertragsamateure im Sinne des § 15 der Spielordnung des Deutschen Fußball-Bundes ArbN sind oder kickende Vereinsmitglieder, vgl. BAG AP Nr. 51 zu § 611 BGB Abhängigkeit. Von wem sind die bloß „persönlich abhängig“: vom Vereinsvorstand oder vom Trainer, von den Mitspielern oder von „Apparat und Team“ oder einfach deswegen, weil "in Diskussionen" auf ihre Spielweise eingewirkt wird???

⁹⁰ Oben um Fn. 87.

⁹¹ Oben vor Fn. 55.

Elementen dieser Typus in seinen Randzonen zu "freien Mitarbeitern" und "arbeitnehmerähnlichen Personen" abgegrenzt werden soll. Aus der umfangreichen Judikatur des BAG ergibt sich vielmehr nur, dass die Merkmale der "Selbstständigkeit", "persönlichen Abhängigkeit" und "Weisungsgebundenheit" dafür offenbar nicht geeignet sind. Aber nicht nur die Elemente des "*rechtlichen Strukturtypus*", sondern auch des "*normativen Realtypus*"⁹² (Handelsvertreter, Mitarbeiter bei Rundfunk und Fernsehanstalten, Lehrer und Dozenten, Fuhrunternehmer, Stromableser, Amateur- und Vertragspieler im Fußball usw.) bleiben ungeklärt. Offenbar sind es auch etwas andere Elemente, die einen „freien“ Handelsvertreter von einem fest angestellten Vertreter, einen Amateur-Fußballer, von einem Arbeitnehmer-Fußballer, einen selbstständigen Lehrbeauftragten von einem Arbeitnehmer- oder Beamten- Dozenten, einen selbstständigen Fuhrunternehmer, von einem ArbN-Lastwagenfahrer und einen selbstständigen Filmmacher von einem Fernsehangehörigen unterscheiden. In der herkömmlichen Arbeitsteilung zwischen Rechtsprechung und Rechtswissenschaft gehört allerdings diese begriffliche Klärung sicherlich zur Aufgabe der Wissenschaft⁹³. Es ist sehr merkwürdig, dass die Grundfrage, ob für viele tausende von "Dienstverhältnissen" das Arbeitsrecht gilt oder nicht gilt, trotz ihrer großen Bedeutung, immer noch so wenig zufriedenstellend geklärt ist. Mit dem „Strukturtypus“ des § 12 a TVG ist die Methode jedoch aufgezeigt, mit welchem zu den „Realtypen“ der umfangreichen Kasuistik die Typenreihe: Dienstverpflichteter - freier Mitarbeiter - arbeitnehmerähnliche Person - Arbeitnehmer zu bilden ist. Handle Künstler, rede nicht!

---

⁹² Zu diesem Begriffspaar *Larenz*, Methodenlehre, 6. Aufl., S. 466 ff.; dazu *Pawlowski*, Methodenlehre (Fn. 28) Rdz 145 ff.

⁹³ Dazu grundlegend *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. 1, Vorrede, S. XIX f; dazu *Ehmann/Sutschet*, Modernisiertes Schuldrecht, 2002, S. 14.