DENECKE

Der Dienstvertrag

Der Dienstvertrag

Erläutert von

Johannes Denecke

Reichsgerichtsrat und Bundesrichter i. R.

Sonderausgabe
aus „Das Bürgerliche Gesetzbuch" Kommentar herausgegeben
von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern. 11. Auflage
Band II. Recht der Schuldverhältnisse

Berlin 1959

WALTER DE GRUYTER & CO.

vormals G. J. Göschen'sche Verlagshandlung / J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung / Georg Reimer / Karl J. Trübner / Veit & Comp.

Archiv-Nr. 22 01 59 a
Satz: Walter de Gruyter & Co., Berlin W 35. Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH., Berlin SW 61
Alle Rechte, einschließlich des Rechtes der Herstellung von Photokopien und Mikrofilmen, vorbehalten

Vorwort

Auch dieser Sonderabdruck aus der 11. Auflage des RGR-Kommentars zum BGB soll, wie der Sonderabdruck der 10. Auflage, in erster Linie den Arbeitsgerichten und den mit der Wahrnehmung der Rechte der Arbeitnehmer und Arbeitgeber betrauten Vertretern der Organisationen, die sich das ganze Werk nicht anschaffen wollen und können, den derzeitigen Stand der Auslegung der grundlegenden Bestimmungen des Arbeitsvertragsverhältnisses vermitteln. Wie auch in den sonstigen Teilen des Kommentars ist grundsätzlich nur die höchstrichterliche Rechtsprechung, insbesondere die des Bundesarbeitsgerichtes berücksichtigt; nur ausnahmsweise ist auf die Entscheidungen der anderen Gerichte oder auf das Schrifttum verwiesen. Auch ist nicht jeder Sonderfall erörtert, zumal doch meistens die Verhältnisse besonders liegen. Einen Überblick über das gesamte Arbeitsrecht wollen diese Erläuterungen nicht geben. Das ist vielmehr Aufgabe der Lehrbücher oder der Lehrkommentare, nicht aber eines Erläuterungswerkes, das, wie der Reichsgerichtsräte-Kommentar, im wesentlichen der praktischen Anwendung bestimmter Gesetzesbestimmungen dienen soll. Deshalb ist auch auf die Sondergesetze des Arbeitsrechts und insbesondere auf das kollektive Recht nur insoweit eingegangen, als sie für die Auslegung der §§ 611—630 von Bedeutung sind.

Februar 1959 Denecke

Sechster Titel

Dienstvertrag

Vorbemerkungen

Übersicht

	Anm.
I. Rechtliche Natur des Dienstverhältnisses	1
II. Dienstverhältnis der selbständig Tätigen	
1. Der Begriff der selbständigen Tätigkeit	2
2. Die Arten der selbständigen Tätigkeit	3
3. Die rechtliche Behandlung	4
4. Die Vorstandsmitglieder juristischer Personen	5
III. Dienstverhältnis der Unselbständigen — Arbeitsverhältnis	
1. Wesen des Arbeitsverhältnisses — Begriff des Arbeitnehmers (AN)	6—9
2. Treupflicht	
a) Die Treupflicht des Arbeitnehmers	10
b) Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers	11
c) Der Grundsatz der Gleichbehandlung	12—14
3. Anwendung schuldrechtlicher Begriffe	15
4. Das Betriebsrisiko	16
5. Innerbetrieblicher Schadensausgleich	
a) Beschränkung der Haftung des Arbeitnehmers	17—19
b) Haftung für Zufallschäden	20
6. Zusätzliche Sozialleistungen	21
a) Gratifikationen	22
b) Ruhegehalt	23
c) Urlaub	24—26
7. Die Kündigung	27
8. Kollektive Regelung	
a) Tarifvertrag	28
b) Betriebsvereinbarung	29
c) Betriebliche Übung	30
d) Direktionsrecht	31
9. Mitwirkung der Arbeitnehmer	32, 33
10. Ausbildungsverhältnisse	
a) Lehrverhältnis	34
b) Anlern- und Umlernverhältnis	35
c) Volontär- und Praktikantenverhältnis	36
11. Erfindungen der Arbeitnehmer	37

Anm.

IV. Öffentlicher Dienst 38, 39
1. Angestellte und Arbeiter in öffentlichen Betrieben 40
2. Beamte . . . . . 41—43
V. Verfolgung der Ansprüche aus Dienst- und Arbeitsverhältnis . . . . . 44—47
VI. Arbeitsverhältnis in der Sowjetzone 48
VII. Einzelne besondere Dienstverhältnisse
A. Schiedsrichter — Schiedsgutachter 49
B. Architekten und Ingenieure 51
C. Ärzte . . . . . 52—60
1. Öffentlich-rechtliche Stellung und Pflichten 52
2. Rechte und Pflichten gegenüber Patienten 53, 54
3. Haftung für Verschulden. Kunstfehler 55, 56
4. Haftung für Gehilfen (Krankenschwestern) 57
5. Aufnahme in Krankenhaus 58
6. Kassenarztrecht 59
7. Zahnärzte, Tierärzte, Apotheker 60
D. Rechtsanwälte . . . . . 61—68
1. Berufsstellung 61
2. Haftpflicht
a) Allgemeines 62
b) Ursächlichkeit 63
c) Umfang der Prüfungspflicht 64
d) Gehilfen 65
e) Mitwirkendes Verschulden 66
f) Beweislast 67
3. Vergütung 68
E. Notare . . . . . 69—79
1. Öffentlich-rechtliche Stellung und Pflichten 69, 70
2. Amtspflichten und Haftung
a) Allgemeines 71
b) Amtspflichten bei Beurkundung 72
bei Beglaubigung 73
Sonstiges 74
3. Pflicht zur Belehrung 75, 76
Einsicht der Grundbücher 77
4. Haftung für Gehilfen 78
5. Mitwirkendes Verschulden 79, 80

I. Rechtliche Natur des Dienstvertrages

Anm. 1

Das BGB hat den Dienstvertrag ebenso wie den Werkvertrag, den Kaufvertrag u. a. als ein Schuldverhältnis betrachtet, das auf den Austausch von Leistung und Gegenleistung (Arbeit gegen Lohn) gerichtet ist, und ihn daher den Bestimmungen des gegenseitigen Vertrages (§§ 320 ff.) unterworfen, ohne hinreichend zu beachten, daß wesensmäßig ein Unterschied besteht, ob die Dienste von jemandem geleistet werden, der dem Dienstberechtigten gegenüber, abgesehen von einzelnen Anweisungen über die Art der Dienste, unabhängig ist, die zu erbringenden Arbeiten im wesentlichen nach eigenem Ermessen ausführen kann, oder von jemandem, der die Arbeiten innerhalb des Betriebes eines anderen zusammen mit anderen Dienstverpflichteten nach den Weisungen und Anordnungen und unter ständiger Aufsicht des Dienstberechtigten und seiner Vertreter auszuführen hat, also nach Zeit, Dauer, Ort und Ausführung dem Weisungsrecht (Direktionsrecht) des Unternehmers unterliegt, außerdem seine ganze

Arbeitskraft zur Verfügung stellen muß und daher auch hinsichtlich seiner sonstigen Lebensgestaltung und Lebenshaltung weitgehend von den anderen abhängig ist. Zwar wurde in zwei Fällen ein Anspruch auf Fortzahlung des Lohnes ohne Leistung von Arbeit gewährt (§§ 615, 616) und dem Dienstberechtigten im begrenzten Umfange Fürsorgepflichten auferlegt (§§ 617, 618). Die ersteren wurden aber als eine Ausnahme von dem strengen Gegenseitigkeitsprinzip und die aus letzteren entspringenden Leistungen als ein zusätzliches Entgelt betrachtet, im Grunde also für beide Arten an dem individualistischen Grundsatze des gegenseitigen Vertrages festgehalten. Völlig unberücksichtigt blieb deshalb, daß die Arbeiten im Betriebe meistens nur im Zusammenhange mit anderen Dienstverpflichteten geleistet werden können, also zahlreiche Dienstverhältnisse nebeneinander bestehen, die mehr oder weniger voneinander abhängig sind, und daß die Arbeiter wegen ihrer wirtschaftlichen Unterlegenheit auch sonst dem Dienstberechtigten kollektiv gegenübertreten. Hierin trat nach dem ersten Weltkrieg eine grundsätzliche Wandlung ein. Es bildeten sich für abhängige Arbeit Grundsätze heraus, die sich immer mehr von dem schuldrechtlichen Charakter des Dienstvertrages entfernten, ihre Grundlage in der aus der betrieblichen Zusammenarbeit sich ergebenden Verbundenheit und in der kollektiven Gestaltung des Arbeitsverhältnisses fanden. Diese Entwicklung wurde während der Geltung des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit vom 20. 1. 1934 nicht unterbrochen, da dieses in Hinsicht auf das Wesen des abhängigen Dienstverhältnisses nur die bisher schon entwickelten Grundsätze sich zu eigen machte und der von ihm eingeführte Führergrundsatz daran nichts Wesentliches änderte. Die neue Auffassung über das Arbeitsverhältnis als ein personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis setzte sich endgültig durch und ist auch heute herrschend (Hueck-Nipperdey, Lehrbuch I 116; Nikisch, Arbeitsrecht I 149; st. Rspr. vgl. BAG 2, 224: 3, 158 u. a., **BGH** 10, 196).

Es bestehen somit heute zwei Arten von Dienstverhältnissen, die sowohl ihrer Grundlage wie ihrem Wesen nach verschieden sind, nämlich das Dienstverhältnis der selbständig Tätigen, das nach wie vor grundsätzlich ein auf Leistung und Gegenleistung beruhendes Schuldverhältnis ist, und das Dienstverhältnis der abhängigen Arbeiter, das sog. Arbeitsverhältnis, das zwar einzelne schuldrechtliche Elemente hat, aber im wesentlichen ein auf Treue und Fürsorge beruhendes, personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis ist, auf das die Vorschriften des BGB, namentlich die des gegenseitigen Vertrages, nur noch anwendbar sind, soweit sie sich mit dem Wesen des Arbeitsverhältnisses vereinbaren lassen.

II. Dienstverhältnis der selbständig Tätigen

Anm. 2

1. Der Begriff der selbständigen Tätigkeit: Entscheidend ist nicht die wirtschaftliche Abhängigkeit (h. M. **RAG** ArbRSaml. 8, 451; Dersch zu AP 51 Nr. 154), sondern das Maß der persönlichen Freiheit, d. h. die Freiheit, Art und Weise der zur Erbringung der Leistung erforderlichen Arbeiten zu bestimmen und die Arbeitszeit selbst einzuteilen. Das schließt nicht aus, daß der Dienstberechtigte gewisse Anweisungen über Umfang und Art der Arbeit, auch über den Ort und die Zeit, in der sie geleistet werden soll, geben kann, falls dies nicht schon bei Vertragsschluß festgelegt ist. Bedeutsam ist auch der Umfang der Berichterstattung und Rechnungslegung, sie darf nicht bis ins einzelne gehen, einer ständigen Beaufsichtigung gleichkommen. Ein Handelsvertreter, der nur für eine Firma tätig sein darf, die Kunden nach ganz bestimmten Anweisungen und Plänen besuchen muß, über seine Tätigkeit täglich Bericht zu erstatten hat und während der nicht zum Kundenbesuch benutzten Zeit anderweit für den Dienstberechtigten tätig sein muß, ist kein selbständiger Gewerbetreibender, sondern Arbeitnehmer, auch wenn er nur auf Provision angestellt ist, also ein gewisses Geschäftsrisiko zu tragen hat (vgl. § 84 Abs. 2 HGB, für solche Handelsvertreter können aber jetzt Mindestarbeitsbedingungen durch Rechtsverordnung festgesetzt werden, § 92a HGB). Ebenso kann ein Arbeitsverhältnis vorliegen, wenn im Hoch- und Tiefbaugewerbe ein Schachtmeister, Polier oder Führer einer Putzerkolonne für sich oder eine Arbeitergruppe einen Teil des einem Bauunternehmer übertragenen Auftrages für eigene Rechnung oder wie z. B.

Arbeitskraft zur Verfügung stellen muß und daher auch hinsichtlich seiner sonstigen Lebensgestaltung und Lebenshaltung weitgehend von den anderen abhängig ist. Zwar wurde in zwei Fällen ein Anspruch auf Fortzahlung des Lohnes ohne Leistung von Arbeit gewährt (§§ 615, 616) und dem Dienstberechtigten im begrenzten Umfange Fürsorgepflichten auferlegt (§§ 617, 618). Die ersteren wurden aber als eine Ausnahme von dem strengen Gegenseitigkeitsprinzip und die aus letzteren entspringenden Leistungen als ein zusätzliches Entgelt betrachtet, im Grunde also für beide Arten an dem individualistischen Grundsatze des gegenseitigen Vertrages festgehalten. Völlig unberücksichtigt blieb deshalb, daß die Arbeiten im Betriebe meistens nur im Zusammenhange mit anderen Dienstverpflichteten geleistet werden können, also zahlreiche Dienstverhältnisse nebeneinander bestehen, die mehr oder weniger voneinander abhängig sind, und daß die Arbeiter wegen ihrer wirtschaftlichen Unterlegenheit auch sonst dem Dienstberechtigten kollektiv gegenübertreten. Hierin trat nach dem ersten Weltkrieg eine grundsätzliche Wandlung ein. Es bildeten sich für abhängige Arbeit Grundsätze heraus, die sich immer mehr von dem schuldrechtlichen Charakter des Dienstvertrages entfernten, ihre Grundlage in der aus der betrieblichen Zusammenarbeit sich ergebenden Verbundenheit und in der kollektiven Gestaltung des Arbeitsverhältnisses fanden. Diese Entwicklung wurde während der Geltung des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit vom 20. 1. 1934 nicht unterbrochen, da dieses in Hinsicht auf das Wesen des abhängigen Dienstverhältnisses nur die bisher schon entwickelten Grundsätze sich zu eigen machte und der von ihm eingeführte Führergrundsatz daran nichts Wesentliches änderte. Die neue Auffassung über das Arbeitsverhältnis als ein personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis setzte sich endgültig durch und ist auch heute herrschend (Hueck-Nipperdey, Lehrbuch I 116; Nikisch, Arbeitsrecht I 149; st. Rspr. vgl. BAG 2, 224: 3, 158 u. a., **BGH** 10, 196).

Es bestehen somit heute zwei Arten von Dienstverhältnissen, die sowohl ihrer Grundlage wie ihrem Wesen nach verschieden sind, nämlich das Dienstverhältnis der selbständig Tätigen, das nach wie vor grundsätzlich ein auf Leistung und Gegenleistung beruhendes Schuldverhältnis ist, und das Dienstverhältnis der abhängigen Arbeiter, das sog. Arbeitsverhältnis, das zwar einzelne schuldrechtliche Elemente hat, aber im wesentlichen ein auf Treue und Fürsorge beruhendes, personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis ist, auf das die Vorschriften des BGB, namentlich die des gegenseitigen Vertrages, nur noch anwendbar sind, soweit sie sich mit dem Wesen des Arbeitsverhältnisses vereinbaren lassen.

II. Dienstverhältnis der selbständig Tätigen

Anm. 2

1. Der Begriff der selbständigen Tätigkeit: Entscheidend ist nicht die wirtschaftliche Abhängigkeit (h. M. **RAG** ArbRSaml. 8, 451; Dersch zu AP 51 Nr. 154), sondern das Maß der persönlichen Freiheit, d. h. die Freiheit, Art und Weise der zur Erbringung der Leistung erforderlichen Arbeiten zu bestimmen und die Arbeitszeit selbst einzuteilen. Das schließt nicht aus, daß der Dienstberechtigte gewisse Anweisungen über Umfang und Art der Arbeit, auch über den Ort und die Zeit, in der sie geleistet werden soll, geben kann, falls dies nicht schon bei Vertragsschluß festgelegt ist. Bedeutsam ist auch der Umfang der Berichterstattung und Rechnungslegung, sie darf nicht bis ins einzelne gehen, einer ständigen Beaufsichtigung gleichkommen. Ein Handelsvertreter, der nur für eine Firma tätig sein darf, die Kunden nach ganz bestimmten Anweisungen und Plänen besuchen muß, über seine Tätigkeit täglich Bericht zu erstatten hat und während der nicht zum Kundenbesuch benutzten Zeit anderweit für den Dienstberechtigten tätig sein muß, ist kein selbständiger Gewerbetreibender, sondern Arbeitnehmer, auch wenn er nur auf Provision angestellt ist, also ein gewisses Geschäftsrisiko zu tragen hat (vgl. § 84 Abs. 2 HGB, für solche Handelsvertreter können aber jetzt Mindestarbeitsbedingungen durch Rechtsverordnung festgesetzt werden, § 92a HGB). Ebenso kann ein Arbeitsverhältnis vorliegen, wenn im Hoch- und Tiefbaugewerbe ein Schachtmeister, Polier oder Führer einer Putzerkolonne für sich oder eine Arbeitergruppe einen Teil des einem Bauunternehmer übertragenen Auftrages für eigene Rechnung oder wie z. B.

ein Ziegelmeister bestimmte Arbeiten zu einem festen Preise übernommen hat, selbst wenn die weiteren Zahlungsbedingungen dem Entgelt den Charakter eines Werklohnes geben, falls die Ausführung der Arbeit sowohl in ihrer Art wie in zeitlicher Hinsicht in großem Umfange an die Weisungen des Unternehmers gebunden ist, so daß dem Zwischenmeister oder der Arbeitergruppe wenig Freiheit bleibt, ihre Stellung sich nicht wesentlich von der eines Betriebsarbeiters unterscheidet (RAG ArbRSaml. 25, 251; 31, 381; 37, 392).

Anm. 3

2. **Die Arten der selbständigen Tätigkeit:** In Frage kommen in erster Linie die sog. **freien Berufe mit Dienstleistungen höherer Art,** wie Arzt, Architekt, Anwalt, Rechtsberater, Steuerberater, Buch- und Wirtschaftsprüfer, Stundenbuchhalter, Inhaber von Ingenieurbüros, Laboratorien, statistischen Büros, Auskunfteien, selbständige Privatlehrer, weiter die selbständigen Handlungsvertreter, Kommissionäre, Spediteure, die für einen größeren Kreis von Kunden tätig sind. Aber auch die einfachsten sog. **Gelegenheitsarbeiten** gehören hierher, wie Fensterputzen, Teppichklopfen, Holz zerkleinern, Kohlen tragen, Garten- und Hausarbeiten sowie die Tätigkeit einer Stenotypistin eines Privatgelehrten oder Schriftstellers, wenn sie nur gelegentlich oder in größeren Zeitabständen zu leisten sind und der diese Arbeiten Verrichtende weder in den Betrieb noch in den Haushalt fest eingeordnet ist. Bei beiden Tätigkeiten kann allerdings auch ein Werkvertrag vorliegen, wenn nämlich die Herbeiführung eines bestimmten Erfolges Vertragsinhalt, nicht nur Vertragszweck ist, die Erreichung des bestimmten Erfolges in der Macht des Dienstverpflichteten liegt und dieser für die Erreichung des Erfolges vorzugsweise verantwortlich sein soll. Darauf kann insbesondere hindeuten, daß für die zu leistende Arbeit ein fester Betrag oder ein Leistungslohn (Provision) gezahlt wird, entscheidend ist das aber allein nicht, da auch bei einem Dienstvertrag Leistungslöhne anstatt von Zeitlöhnen üblich sind.

Anm. 4

3. **Die rechtliche Behandlung:** Auf den Dienstvertrag der Selbständigen finden die Regeln des BGB im vollen Umfange Anwendung, insbesondere auch die Grundsätze über die Abhängigkeit von Leistung und Gegenleistung und die Regeln des Auftragsrechts gemäß § 675 (vgl. Anm. 1 dort) und der Risikotragung (vgl. dagegen Anm. 20). Soweit nicht nur einmalige, vorübergehende Dienstleistungen in Frage kommen, sondern das Dienstverhältnis längere Zeit mit regelmäßig wiederkehrenden Leistungen dauert, greifen aber auch die für das Vertragsrecht auf Grund des § 242 BGB entwickelten Grundsätze über Verschulden beim Vertragsschluß und über positive Vertragsverletzungen ein. Die Vertragspartner haben einander nicht nur bei den Vorverhandlungen über alle Umstände zu unterrichten, die zu einer Vereitelung des Vertragszweckes führen könnten oder für die Ausführung bedeutsam sind, sondern auch nach Vertragsschluß darüber aufzuklären, weiter gewisse Obhuts-, Erhaltungs- und Aufbewahrungspflichten und nach Beendigung gewisse Auskunftspflichten, Schweigepflichten und Pflichten zur Unterlassung von Wettbewerb. Die beiderseitigen Pflichten beschränken sich also bei solchem Dienstverhältnis nicht nur auf die Leistung der Dienste und Zahlung des Lohnes, das Dienstverhältnis nähert sich, je länger es besteht und bestehen soll, dem Arbeitsverhältnis, wenn auch eine echte Treu- und Fürsorgepflicht wie bei dem personenrechtlichen Arbeitsverhältnis und anderen Gemeinschaftsverhältnissen nicht bestehen kann.

Anm. 5

4. **Die Vorstandsmitglieder juristischer Personen:** Dies gilt insbesondere für das Dienstverhältnis der Vorstandsmitglieder von Handelsgesellschaften und anderen juristischen Personen. Soweit sie nämlich hauptberuflich tätig sind, leisten sie Dienste für die Gesellschaft, da ihre Tätigkeit sich nicht nur in der Wahrnehmung der Funktionen eines gesetzlichen Vertreters erschöpft, sondern die allgemeine kaufmännische und technische Leitung des Unternehmens umfaßt. Wenn dieses Dienstverhältnis auch kein Arbeitsverhältnis ist, weil die Vorstandsmitglieder die Arbeitgeberbefugnisse wahrzu-

nehmen haben, selbst nicht abhängig sind (§ 70 I HGB), so ist es doch in aller Regel ein Dauerverhältnis und kommt, zumal zwischen ihnen und der Gesellschaft weitgehend Treuepflichten bestehen (**BGH** 10, 187), einem Arbeitsverhältnis sehr nahe (h. M. **RG** 120, 300, **RAG** ARS 7, 157), so daß unter Umständen einzelne für dieses geltende Grundsätze entsprechend anwendbar sind. So kann es z. B. bei besonderen Verhältnissen gerechtfertigt sein, dem Vorstandsmitglied bei unverschuldeter Verhinderung der Dienstleistung das Gehalt eine gewisse Zeit fortzuzahlen (**BGH** 8, 359, 10, 137). Auch die Gewährung eines Ruhegehaltes kann nach längerer Dienstzeit angebracht erscheinen. Jedoch bedarf es hierzu ebenso wie bei den übrigen Arbeitnehmern eines besonderen Rechtsgrundes, einer wirksamen Zusage oder zum mindesten eines nur für die Vorstandsmitglieder und leitenden Angestellten bestehenden Brauches, dagegen genügt nicht eine für die sonstigen Angestellten und Arbeiter bestehende Ruhegeldordnung oder eine ständige Übung (**BGH** 12, 137; 18, 334). Auch bei ihnen ist aber eine Kürzung oder Fortfall der Ruhegelder zulässig, wenn die finanzielle Lage des Unternehmers sich wesentlich geändert hat, z. B. die Dividenden jahrelang ausfallen oder das Kapital zusammengelegt werden mußte, namentlich, wenn dies während der Zeit der Geschäftsführung des Ruhegehaltberechtigten geschah oder darauf beruht. Auf ein Verschulden kommt es nicht an, es genügt, daß er die Verantwortung für die Geschäftsführung hatte, da der Vorstand insoweit ein gleiches Risiko wie der selbständige Unternehmer trägt (vgl. auch § 78 II AG). Auch ein treuwidriges Verhalten, z. B. unzulässiger Wettbewerb nach dem Ausscheiden kann zu einer Änderung des Ruhegehaltsanspruches führen (**BGH** 7, 136, RDA 52, 43, vgl. auch Anm. 22). Ferner gelten, da die Vorstandsmitglieder in den Betrieb, wenn auch als deren Leiter, eingegliedert sind, für sie die Tarifbestimmungen über betriebliche Fragen (§ 3 II TVG), zum mindesten wird eine Reihe solcher betrieblicher Ordnungsbestimmungen und materieller Grundsätze für sie entsprechend anwendbar sein (**RAG** ArbRSaml. 45, 310). Dagegen sind auf ihr Dienstverhältnis die Arbeitsschutzbestimmungen nicht anwendbar. Dies ist für die Arbeitszeitnormen im § 1 II Ziff. 1 AZO ausdrücklich ausgesprochen, ebenso im § 5 II b SchwerbG und § 12 des Kündigungsschutzgesetzes und muß, entgegen **RAG** ArbRSaml. 7, 156 auch für das Kündigungsschutzgesetz für Angestellte vom 9. 7. 1926 gelten (**BGH** 12, 1). Auch genießen sie nicht das Vorrecht des § 61 KO (h. M. **RG** 120, 300; 150, 99). Im allgemeinen wird in der Abberufung oder in dem Widerruf der Bestellung zum Vorstandsmitglied zugleich auch eine Kündigung des Dienstverhältnisses, sei es mit der vertraglichen Kündigungsfrist oder unter Umständen fristlos, liegen (**BGH** 12, 107, 18, 334), wenn auch rechtlich die Wahrnehmung der Funktionen des gesetzlichen Vertreters der Gesellschaft und der kaufmännischen und technischen Leitung des Unternehmens voneinander unabhängig sind und insbesondere das Fehlen des Dienstvertrages die Wahrnehmung der Organbefugnisse nicht ausschließt, die Beendigung desselben die Organbefugnisse wenigstens nach außen nicht nimmt, es hierzu vielmehr einer besonderen Verlautbarung, insbesondere der Eintragung im Handelsregister bedarf (§ 15 HGB).

III. Arbeitsverhältnis

Anm. 6

1. Wesen des Arbeitsverhältnisses: Es ist das Dienstverhältnis derjenigen Werktätigen, die ihre Arbeitskraft einem anderen, dem Unternehmer allgemein und nicht nur zu im voraus bestimmten Einzelleistungen zur Verfügung stellen, unter Führung und Aufsicht des Unternehmers in dessen Betrieb tätig werden und deshalb dessen Ordnung unterworfen sind, also alle im Gewerbe (auch Theater- und Schaustellergewerbe), Handel und Verkehr, Landwirtschaft, der privaten und öffentlichen Verwaltung, aber auch im Haushalt tätigen Arbeiter und Angestellten, ohne Rücksicht auf die Höhe des Verdienstes und den volkswirtschaftlichen Wert ihrer Leistungen. Zu Arbeitnehmern in diesem Sinne gehören auch die in einem mittelbaren Arbeitsverhältnis stehenden (**RAG** ArbRSlg. 39, 69), d. h. die von einem Arbeitnehmer (Hausmeister, Hofgänger und dgl.) herangezogenen Hilfspersonen. Ferner in der Regel auch die Mitglieder von Musikkapellen, Theater- und Varietégruppen, die regelmäßig in Wirtschaften, Kur- oder Badeorten, Rundfunk (**BAG** 4, 93) tätig sind, gleichgültig, ob der Vertrag mit dem

Unternehmer oder der Kurverwaltung von dem Kapellmeister oder Gruppenleiter für eigene Rechnung, für Rechnung der Kapelle oder der Gruppe oder von den einzelnen Mitgliedern geschlossen, mitunterschrieben wird. Nur wenn die Kapelle oder Gruppe durch die besondere künstlerische Leistung, insbesondere des Leiters ihr Gepräge erhält, wird anzunehmen sein, daß die Gruppe einen Werkvertrag oder der Leiter für sich einen Werk- oder Dienstvertrag und einen Dienstverschaffungsvertrag hinsichtlich der übrigen Mitglieder schließen will, diese nur zu ihm, nicht zu dem Unternehmer in Vertragsbeziehungen treten sollen (**RAG** ArbRSlg. 13, 327; 38, 139; 40, 351 **LAG** Frankfurt AP, 52 Nr. 68). Danach richtet sich auch die Zulässigkeit der Kündigungsschutzklage gegen den Unternehmer (**BAG** 4, 93). Dagegen besteht kein Arbeitsverhältnis, wenn ein Kind gemäß § 1617 im Geschäft des Vaters tätig ist, es sei denn, daß die Tätigkeit über den Rahmen der üblichen Tätigkeit eines Kindes hinausgeht, sie in vollem Umfange die Tätigkeit eines Angestellten oder eines Arbeiters ausüben und eine feste Entschädigung erhalten (**RAG** ArbRSlg. 38, 349; 39, 97; AP 50 Nr. 108; 209. **BGH** BB 53, 97 BSozG AP § 611 BGB Arbeitsverh. zw. Eltern u. Kindern Nr. 2; es kann aber auch ein Gesellschaftsverhältnis vorliegen: **BGH** 8, 249). Bei Verwandten weiteren Grades, einem Stiefsohn oder einem Verlobten liegt dagegen ein Arbeitsverhältnis vor, falls es sich nicht nur um reine Gefälligkeitstätigkeiten handelt (vgl. **RAG** ArbRSlg. 31, 3; 37, 263; AP 50, 220). Die Tätigkeit eines Ehegatten im Geschäft des andern ist familienrechtlicher Art, wenn er das Geschäft für den anderen oder gemeinschaftlich mit diesem zwecks gemeinsamer Gewinnung des Lebensunterhaltes führt oder wenn er neben seinem Beruf in dem Geschäft unterstützend, z. B. bei der Buchführung oder beim Schriftverkehr tätig ist. Bleibt aber die Frau nach der Eheschließung die alleinige Leiterin, trifft sie allein die erforderlichen Entscheidungen und ist der Mann unter ihr tätig, so liegt ein Arbeitsverhältnis vor, auch wenn der Mann kein festes Gehalt erhält. Von dieser besonderen Gestaltung wird es abhängen, welche Ansprüche der Mann oder die Frau bei späterer Auflösung der Ehe für die frühere Tätigkeit stellen kann (vgl. jetzt auch §§ 1366, 1372 BGB) und ob währenddessen eine Pfändung nach § 850 ZPO möglich ist (**RAG** ArbRSlg. 47, 33).

Anm. 7

Keine Arbeitnehmer sind auch die **Heimarbeiter,** da sie nicht im Betriebe einer anderen, sondern in der eigenen Wohnung oder selbstgewählter Betriebsstätte ohne ständige Aufsicht des Unternehmers tätig sind, Umfang und Zeit ihrer Arbeit selbst bestimmen. Wenn sie meistens auch von dem Unternehmer wirtschaftlich abhängig sind, sind sie doch persönlich unabhängig, allerdings nicht wie der Hausgewerbetreibende selbständige Gewerbetreibende. Denn sie schließen mit dem Unternehmer meistens keine Lieferverträge oder Werkverträge, sondern Verträge über bestimmte Arbeitsleistungen ab, leisten also Dienste; stehen freilich in vieler Hinsicht wegen ihrer wirtschaftlichen Abhängigkeit den Arbeitnehmern gleich. Sie sind daher arbeitnehmerähnliche Personen i. S. des § 5 ArbGG, unterliegen gewissen Sozialversicherungsbestimmungen (§§ 162, 165, 1226 RVO, § 75c AVAVG). Auch sind hinsichtlich der Arbeitszeit, der Betriebsstätten und des Entgelts besondere Schutzbestimmungen ergangen, indem Anordnungen über die Begrenzung der ihnen zuzuteilenden Arbeitsmengen erlassen werden können, ihre Betriebsstätten einer besonderen Aufsicht unterstellt werden und die Entgelte grundsätzlich durch Gesamtvereinbarungen festzulegen sind. Wegen der Einzelheiten vgl. das Heimarbeitergesetz v. 14. 3. 1951 (BGBl. I 191).

Anm. 8

Zu den Arbeitnehmern gehören auch nicht Strafgefangene, die in einer Heil- und Pflegeanstalt betreuten Personen, selbst wenn sie zur Arbeit herangezogen werden (**RAG** ArbRS 29, 121) oder die auf Grund eines religiösen Gelöbnisses Tätigen; ferner nicht Arbeitslose, denen nach § 91 AVAVG Pflichtarbeiten zugewiesen werden, und Fürsorgearbeiter, deren Unterstützung nach § 19 FürsorgepflichtVO von Pflichtarbeiten abhängig gemacht ist, falls es sich dabei um gemeinnützige Arbeiten handelt (**RAG** ArbRS 34, 316). Dagegen sind die bei Notstandsarbeiten Beschäftigten Arbeitnehmer, da mit ihnen auf Grund der Zuweisung ein Arbeitsvertrag abzuschließen