

BAG, Beschluss vom 02.12.2025, 9 AZB 3/25, NJW 2026, 789 ff. = [jurisbyhemmer](#)

1 Arbeitnehmereigenschaft eines Theaterintendanten

+++ Arbeitnehmereigenschaft eines Theaterintendanten +++ Rechtswegzuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen +++ Weisungsgebundenheit +++ §§ 2 I Nr. 3, 5 I S. 1, III ArbGG; § 611a BGB +++

Sachverhalt (leicht abgewandelt und ergänzt): K wurde mit befristetem Intendantenvertrag vom 07.07.2021 in einem Eigenbetrieb der Gemeinde B als Theaterintendant eingestellt.

Der Vertrag zwischen den Parteien enthält u.a. folgende Vereinbarungen:

1. B überträgt K für die Zeit vom 01.08.2022 bis 31.07.2027 als „Erster Werkleiter“ die künstlerische Leitung des Theaters mit der Dienstbezeichnung Generalintendant. (...)
- 2.2 Für diesen Dienstvertrag gelten die gesetzlichen sowie die nachfolgenden Vorschriften: (...)
 - Eigenbetriebssatzung in der jeweils geltenden Fassung
 - Geschäftsordnung für die Werkleitung des Theaters (...)
3. Der Generalintendant leitet gemeinsam mit dem Verwaltungsdirektor („Zweiter Werkleiter“) das Theater. Sie üben jeweils das Hausrecht aus. Der Generalintendant repräsentiert das Theater in der Öffentlichkeit.
- 4.1 Soweit dieser Dienstvertrag keine entgegenstehenden Vereinbarungen enthält, gelten die Bestimmungen der §§ 611 ff. BGB. Dienstherr im Sinne dieser Vorschriften ist der Oberbürgermeister. Dieser ist zuständig für die Wahrnehmung der weiteren Belange aus diesem Vertrag.
- 4.2 Der Generalintendant unterliegt der Rechtsaufsicht hinsichtlich aller organisierter Verfahrensabläufe. Er unterliegt der Fachaufsicht jedenfalls nicht, soweit künstlerische Entscheidungen betroffen sind. Die Ausübung der jeweiligen Aufsicht obliegt dem Oberbürgermeister.
- 5.1 Dem Generalintendanten obliegen insbesondere die eigenverantwortliche Gestaltung des Spielplans, die Rollenbesetzung sowie die Verteilung der Regieaufgaben und Dirigate (...)
- 5.2 Vor Veröffentlichung des Spielplans unterrichtet der Generalintendant den Rechtsträger über den Spielplanentwurf.
- 5.3 Dem Generalintendanten obliegen auch der Abschluss und die Beendigung von Verträgen, insbesondere von unbefristeten Arbeits- und Dienstverträgen sowie der Abschluss, die Erneuerung oder die Nichtverlängerung befristeter Arbeits- oder Dienstverträge. Diese sind im Einvernehmen mit dem Verwaltungsdirektor abzuschließen, der die Verträge ebenfalls mitzeichnet. Arbeits- und Dienstverträge mit dem künstlerischen oder künstlerisch-technischen Personal, die über die Laufzeit des zwischen dem Rechtsträger und dem Intendanten abgeschlossenen Dienstvertrags hinaus geschlossen oder verlängert werden oder erst danach beendet werden können, bedürfen der Zustimmung der B. Zuständig für diese Zustimmung ist der Oberbürgermeister.

K erhielt ein monatliches Bruttogehalt von 15.000 EUR nebst einer jährlichen Zuwendung i.H.v. 60 % des monatlichen Bruttogehalts.

K war gegenüber B zur Anzeige und Einholung der Genehmigung für eine Nebentätigkeit und auch zur Vorlage einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vor Ablauf des dritten Arbeitstags nach dem Beginn der Arbeitsunfähigkeit verpflichtet. Er hatte Anspruch auf Entgeltfortzahlung für die Dauer von sechs Wochen bei auf Krankheit beruhender Arbeitsunfähigkeit und auf Erholungsurlaub von 45 Kalendertagen, der dem Rechtsträger anzuzeigen und grundsätzlich in den Theaterferien zu nehmen war.

K musste seine tägliche Arbeitszeit nicht dokumentieren. Er nutzte das ihm von B im Theater zur Verfügung gestellte Büro, war hierzu jedoch nicht verpflichtet.

In der vertraglich in Ziffer 2.2 in Bezug genommenen Geschäftsordnung sind unter anderem die Aufgaben der beiden Werkleiter definiert. Nach § 5 haben beide Werkleiter die wesentlichen Aufgabenbereiche (z.B. Aufstellung des Wirtschaftsplans, einschließlich des Stellenplans, Erstellung des Jahresabschlusses und der Vorlagen für den Werkausschuss und Personaleinstellungen) gemeinsam zu entscheiden.

Nach § 11 ist der Oberbürgermeister Dienstvorgesetzter beider Werkleiter.

Meinungsunterschiede der beiden Werkleiter sind dem Oberbürgermeister schriftlich und/oder mündlich vorzutragen, der dann eine Entscheidung trifft. Die Entscheidung des Oberbürgermeisters ersetzt in dem Fall diejenige des Generalintendanten. Das Eingriffsrecht erstreckt sich auf alle Aufgabenbereiche.

Nach § 10 der Geschäftsordnung sind die Werkleiter verpflichtet, dem Oberbürgermeister zu berichten.

Nachdem K von B vor Ablauf des befristeten Intendantenvertrags außerordentlich und fristlos gekündigt worden war, erhob er beim örtlich zuständigen Arbeitsgericht Klage auf Feststellung, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis nicht durch die von B mit Schreiben vom 01.08.2024 erklärte außerordentliche Kündigung beendet wurde und auch nicht durch andere Beendigungstatbestände endet, sondern über den 01.08.2024 hinaus fortbesteht.

B rügt die Zulässigkeit des Rechtswegs zu den Gerichten für Arbeitssachen und beantragt, den Rechtsstreit an das sachlich und örtlich zuständige Landgericht zu verweisen. K sei kein Arbeitnehmer i.S.d. § 5 I S. 1 ArbGG, sondern im Rahmen eines freien Dienstverhältnisses tätig gewesen.

Ist der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen eröffnet?

A) Sound

1. Die Gerichte für Arbeitssachen sind nach § 2 I Nr. 3 Buchst. a ArbGG ausschließlich zuständig für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern aus dem Arbeitsverhältnis. Gemäß § 5 I S. 1 ArbGG sind Arbeitnehmer unter anderem Arbeiter und Angestellte. Der Vorschritt liegt der allgemeine nationale Arbeitnehmerbegriff zugrunde, der in § 611a I BGB kodifiziert ist.

2. Geht ein Theaterintendant gegen eine außerordentliche Kündigung vor, reicht für die Begründung der Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen nicht die Rechtsbehauptung aus, er sei als Arbeitnehmer tätig geworden. Es handelt sich nicht um einen sogenannten sic-non-Fall. Der Erfolg der Klage ist nicht von der Arbeitnehmerstellung abhängig, denn der Kläger könnte auch dann obsiegen, wenn die außerordentliche Kündigung eines freien Dienstverhältnisses in Rede stünde. Auch dann wäre die Wirksamkeit der angegriffenen Kündigung am Maßstab des § 626 BGB zu überprüfen.

3. § 5 I S. 3 ArbGG steht der Zulässigkeit des Rechtswegs zu den Gerichten für Arbeitssachen nicht entgegen. Der Generalintendant des Theaters ist kein gesetzlicher Vertreter der beklagten Gemeinde im Sinne der Norm. Als Mitglied der Werkleitung des Theaters vertritt er nicht die Stadt als juristische Person, sondern lediglich den von ihr gebildeten Eigenbetrieb in dessen Angelegenheiten.

4. Trotz weitreichender Freiheiten insbesondere im künstlerischen Bereich unterliegt der Generalintendant nach Maßgabe des Intendantenvertrags wesentlichen – auch ablauforientierten – Weisungen des Oberbürgermeisters, die für ein Arbeitsverhältnis kennzeichnend sind.

5. Durch die Einbindung in die stark arbeitsteilig ausgerichtete Organisation des Theaters erweist sich die Tätigkeit des Generalintendanten auch als fremdbestimmt.

6. Die Eigenart der Tätigkeit des Generalintendanten hat keinen bestimmenden Einfluss auf die Einordnung des Rechtsverhältnisses. Die Tätigkeit kann – je nach Ausgestaltung der Rechtsstellung des Generalintendanten im Einzelfall – sowohl im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses als auch eines Dienstverhältnisses wahrgenommen werden. Die grundrechtliche Ausstrahlung der Kunstfreiheit ist im Rahmen der Gesamtbetrachtung aller Umstände zu berücksichtigen.

7. Die Weisungsbefugnisse des Oberbürgermeisters und das Maß an Fremdbestimmung, das aus der starken Einbindung des Generalintendanten in die Arbeitsorganisation folgt, lassen die nach dem „Intendantenvertrag“ gewährleistete gestalterische Freiheit und Verantwortung im künstlerischen Bereich nach der gebotenen Gesamtbetrachtung in den Hintergrund treten. Sie lässt die geschuldete Tätigkeit des Generalintendanten nicht als im Wesentlichen frei erscheinen.

B) Problemaufriss

Die Rechtswegzuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen ist für das Urteilsverfahren (vgl. §§ 2 V, 46 ff. ArbGG) in den §§ 2, 48 ArbGG geregelt.¹

Da § 48 I ArbGG hinsichtlich des Rechtsweges auf § 17a II S. 1 GVG verweist, handelt es sich dabei nicht um eine Zulässigkeitsvoraussetzung, da bei Unzulässigkeit des Rechtsweges keine Klageabweisung erfolgt, sondern von Amts wegen eine Verweisung an das zuständige Gericht.

¹ Für das Beschlussverfahren, das in keinem Bundesland Pflichtstoff ist, folgt dies aus §§ 2a, 80 III, 48 I ArbGG.

Dies gilt - wie im Verwaltungsprozess nach § 83 VwGO - auch für die sachliche und örtliche Unzuständigkeit. Anders als im Zivilprozess, wo gem. § 281 I S. 1 ZPO eine Verweisung bei sachlicher und/oder örtlicher Unzuständigkeit nur auf Antrag erfolgt, geschieht dies nach § 48 I ArbGG (bzw. § 83 VwGO) i.V.m. § 17a II S. 1 GVG von Amts wegen. Im Zivilprozess wird hingegen bei fehlendem Verweisungsantrag die Klage als unzulässig abgewiesen.

Daher ist es bei arbeitsgerichtlichen (und auch bei verwaltungsgerichtlichen) Klagen empfehlenswert, die Prüfung des Rechtsweges sowie der sachlichen und örtlichen Zuständigkeit vor die Zulässigkeitsprüfung zu ziehen.

Anmerkung: Alternativ könnte man auch alles zusammen unter dem Prüfungspunkt „Vorliegen der Sachurteilsvoraussetzungen“ prüfen.

Nach § 2 I Nr. 3 ArbGG sind die Gerichte für Arbeitssachen ausschließlich zuständig für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern. Der Begriff des Arbeitnehmers ist in § 5 I S. 1 ArbGG und § 611a I BGB definiert.

Ist der Arbeitnehmerstatus einer Partei strittig, so stellt sich die Frage, ob dies bereits bei der Eröffnung des Rechtsweges oder erst in der Begründetheit der Klage zu thematisieren ist.

I. Arbeitnehmereigenschaft ist doppelt relevante Tatsache („sic-non-Fall“)

Kann eine Klage von vornherein nur Erfolg haben, wenn der Kläger tatsächlich Arbeitnehmer ist, so handelt es sich bei der „Arbeitnehmereigenschaft“ um eine „doppelrelevante Tatsache“.

In diesen Fällen ist die Klage nur begründet, wenn es sich um ein Arbeitsverhältnis handelt.

In diesem sog. „sic-non-Fall“² ist für die Bejahung der Zulässigkeit des Rechtsweges zu den Gerichten für Arbeitssachen die bloße schlüssige Behauptung und die Möglichkeit der Arbeitnehmereigenschaft ausreichend.

Ob der Kläger bzw. der Beklagte dann tatsächlich Arbeitnehmer ist, wird erst in der Begründetheit der Klage geprüft.

Beispiel: Eine Kündigungsschutzklage gegen eine ordentliche Kündigung, mit der die Sozialwidrigkeit der Kündigung nach § 1 II KSchG geltend gemacht wird, kann nur begründet sein, wenn der Kläger tatsächlich Arbeitnehmer ist.

Die Arbeitnehmereigenschaft ist in diesem Fall eine doppelt relevante Tatsache. Sie ist mit anderen Worten sowohl Voraussetzung für den Rechtsweg als auch für die Begründetheit der Klage („sic-non-Fall“).

Für die Bejahung des Rechtsweges genügt die bloße Möglichkeit, dass der Kläger Arbeitnehmer ist. In der Begründetheit der Klage muss bei der Frage der Anwendbarkeit des KSchG die Arbeitnehmereigenschaft dann ausführlicher subsumiert werden. Wird diese dann verneint, ist die Klage unbegründet.

II. Arbeitnehmereigenschaft ist für die Begründetheit der Klage irrelevant

In Fällen, in denen die Klage unabhängig von der Arbeitnehmereigenschaft des Klägers Aussicht auf Erfolg haben kann, genügt die bloße Behauptung einer Arbeitnehmerstellung hingegen nicht.

Vielmehr muss hier bereits i.R.d. Zulässigkeit des Rechtsweges verbindlich geklärt werden, ob der Kläger tatsächlich Arbeitnehmer ist.

Anmerkung: Der Rechtsweg steht nicht zur Disposition der Parteien.

Anderenfalls wären die Arbeitsgerichte noch mehr überlastet als ohnehin schon. Es hat nämlich zahlreiche Vorteile, einen Rechtsstreit vor den Gerichten für Arbeitssachen zu führen.³

1. Es muss kein Gerichtskostenvorschuss nach §§ 10, 12 I GKG gezahlt werden, weil diese Vorschriften nicht zur Anwendung kommen, vgl. § 11 GKG.

2. Die unterliegende Partei muss in der ersten Instanz entgegen § 91 II S. 1 ZPO nicht die Kosten des gegnerischen Rechtsanwaltes bezahlen.⁴

3. Für das Verfahren im Allgemeinen fallen nicht 3,0 Gerichtsgebühren an (KV Nr. 1210 Anlage GKG), sondern nur 2,0 (KV Nr. 8210 Anlage GKG).

4. Das Verfahren ist insgesamt schneller, vgl. dazu den Beschleunigungsgrundsatz in §§ 9 I, 57 I und 61a ArbGG.

Zu unterscheiden sind dabei zwei Fälle:

1. „aut-aut-Fall“

Wenn der Klageanspruch **entweder** („aut“) auf eine arbeitsrechtliche **oder** („aut“) auf eine bürgerlich-rechtliche Anspruchsgrundlage gestützt werden kann, liegt ein sog. „aut-aut-Fall“ vor.

² Hinweis: Die lateinischen Worte sic-non bedeuten „so nicht“. Beim Vorliegen eines Dienstvertrages („so“ bzw. „sic“) ist die Klage nicht („non“) begründet.

³ Vgl. dazu Schrader/Mika, Die Zusammenhangsklage und das arbeitsgerichtliche Verfahren, NJW 2026, 421 (422).

⁴ Nach Ansicht des BAG schließt § 12a I S. 1 ArbGG nicht nur den prozessualen Kostenerstattungsanspruch, sondern

Beispiel: Bei einer Klage auf Lohnzahlung ergibt sich der Vergütungsanspruch entweder aus Arbeitsvertrag (§ 611a II BGB) oder Dienstvertrag (§ 611 I BGB).⁵

In beiden Fällen wäre die Klage begründet. Daher ist die Arbeitnehmereigenschaft für die Begründetheit der Klage nicht relevant, sondern nur für die Frage der Rechtswegeröffnung. Da der Rechtsweg nicht zur Disposition der Parteien steht, muss bei der Eröffnung des Rechtswegs zu den Gerichten für Arbeitssachen die Arbeitnehmereigenschaft festgestellt werden.

2. „et-et-Fall“

Gleiches gilt in den sog. „et-et-Fällen“, in denen die Klage **sowohl** („et“) beim Vorliegen eines Arbeitsvertrages **als auch** („et“) beim Vorliegen eines Dienstvertrages begründet wäre.

Beispiel: Feststellungsklage auf das Fortbestehen des Beschäftigungsverhältnisses wegen etwaiger Unwirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung.⁶

Hier ist in jedem Fall § 626 BGB einschlägig, und zwar unabhängig davon, ob ein Arbeits- oder eine sonstiger Dienstvertrag vorliegt.

III. Sonderfall: Die Zusammenhangsklage nach § 2 III ArbGG

Nach § 2 III ArbGG können vor die Gerichte für Arbeitssachen auch nicht unter § 2 I, II ArbGG fallende Rechtsstreitigkeiten gebracht werden, wenn der Anspruch mit einer bei einem ArbG anhängigen oder gleichzeitig anhängig werdenden bürgerlichen Rechtsstreitigkeit der in den Absätzen 1 und 2 bezeichneten Art in rechtlichem oder unmittelbar wirtschaftlichem Zusammenhang steht und für die Geltendmachung des Anspruchs nicht die ausschließliche Zuständigkeit eines anderen Gerichts gegeben ist.

Beispiel:⁷ AN ist Arbeitnehmer in einer GmbH. Durch Gesellschafterbeschluss nach § 46 Nr. 5 GmbHG wird AN zum Geschäftsführer befördert. Im schriftlichen Geschäftsführerdienstvertrag wird das Ruhen des Arbeitsverhältnisses während der Tätigkeit als Geschäftsführer geregelt. Wegen verschiedener Verfehlungen des AN kündigen die Gesellschafter der GmbH den Dienstvertrag ordentlich nach §§ 620 II, 621 BGB, berufen AN durch Beschluss gem. § 46 Nr. 5 GmbHG als Geschäftsführer ab und kündigen das dadurch wieder auflebende Arbeitsverhältnis nach §§ 620 II, 622 BGB aus verhaltensbedingten Gründen (§ 1 I KSchG). AN will gegen diese Maßnahmen gerichtlich vorgehen.

Wo muss AN klagen?

1. Bzgl. der Abberufung als Geschäftsführer sind die ordentlichen Gerichte für Zivilsachen (vgl. § 13 GVG) zuständig.

Nach der „Negativfiktion“ des § 5 I S. 3 ArbGG sind Organe juristischer Personen in ihrer gesellschaftsrechtlichen Funktion keine Arbeitnehmer der GmbH.

2. Auch hinsichtlich der ordentlichen Kündigung des Geschäftsführervertrages ist nach der Ansicht des BAG⁸ und des BGH⁹ der ordentliche Rechtsweg eröffnet. Es handelt sich um einen Dienstvertrag nach § 611 BGB.

3. Hinsichtlich der Kündigung des Arbeitsvertrages, der aufgrund des Endes der Geschäftsführertätigkeit wiederauflebt, wären für eine Kündigungsschutzklage nach § 4 S. 1 KSchG die Gerichte für Arbeitssachen zuständig.

Wenn nun AN vor den Gerichten für Arbeitssachen eine Kündigungsschutzklage erhebt, müssten nach §§ 2 V, 46 II S. 1 ArbGG, 134 I ZPO die Verfahren 1. und 2. eigentlich abgetrennt werden. Die Wirksamkeit der Kündigung des Dienstverhältnisses und des Gesellschafterbeschlusses müsste daher – je nach Streitwert – vor dem Amts- oder Landgericht verhandelt werden, die Wirksamkeit der Kündigung des Arbeitsverhältnisses dagegen vor den Arbeitsgerichten.

Im Hinblick auf den Grundsatz der Prozessökonomie leuchtet es aber nicht ein, dass ein und derselbe Sachverhalt von unterschiedlichen Gerichten beurteilt wird.

Daher können die zivilgerichtlichen Klagen gemäß § 2 III ArbGG im Wege der Zusammenhangsklage ebenfalls vor dem Arbeitsgericht erhoben werden, weil sie sich auf den gleichen Lebenssachverhalt wie der arbeitsgerichtliche Rechtsstreit beziehen und somit im unmittelbaren Zusammenhang zu diesem stehen und eine anderweitige ausschließliche Zuständigkeit nicht gegeben ist.¹⁰

IV. Entscheidung über den zulässigen Rechtsweg durch Vorabbeschluss gem. § 17a III GVG

1. Ist der beschrittene Rechtsweg **unzulässig**, spricht dies das Gericht nach Anhörung der Parteien von Amts wegen aus und verweist den Rechtsstreit zugleich an das zuständige Gericht des zulässigen Rechtsweges, § 17a II S. 1 GVG.

Anmerkung: Der Beschluss ist gem. § 17a II S. 3 GVG für das Gericht, an das der Rechtsstreit verwiesen worden ist, hinsichtlich des Rechtswegs bindend.

auch einen materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruch unabhängig von seiner Anspruchsgrundlage aus, vgl. BAG, NZA 2019, 121 ff. = [jurisbyhemmer](#).

⁵ BAG, NJW 1996, 2948 ff. = [jurisbyhemmer](#).

⁶ BAG, NJW 2019, 1627 ff. = [jurisbyhemmer](#).

⁷ Vgl. dazu Aufgabe 1 im Bayerischen Ersten Staatsexamen, Termin 2010/II.

⁸ Vgl. BAG, NJW 2019, 1627 ff. = [jurisbyhemmer](#); BAG, NJW 2021, 2059 ff. = [jurisbyhemmer](#).

⁹ BGH, NJW-RR 2007, 1632 ff. = [jurisbyhemmer](#).

¹⁰ Ausführlich hierzu Schrader/Mika, Die Zusammenhangsklage und das arbeitsgerichtliche Verfahren, NJW 2026, 421 (425).

Die Bindungswirkung tritt auch bei fehlerhaftem bzw. gesetzwidrigem (z.B. bei einem unbegründeten) Verweisungsbeschluss ein.¹¹

Allerdings ist gegen diesen Beschluss nach § 17a IV S. 3 GVG die sofortige Beschwerde statthaft (s.u.).

2. Ist der beschrittene Rechtsweg **zulässig**, kann das Gericht gem. § 17a III S. 1 GVG im Rahmen seines Urteils dies in jedem Fall – also auch ohne Rüge – vorab aussprechen.

3. Rügt eine Partei die Zulässigkeit des Rechtsweges, dann muss das Gericht gem. § 17a III S. 2 GVG vorab entscheiden. Die Entscheidung ergeht durch Beschluss, der auch ohne mündliche Verhandlung ergehen kann, § 17a IV S. 1 GVG.

Anmerkung: Hier hatte B die Zulässigkeit des Rechtswegs zu den Gerichten für Arbeitssachen gerügt. Das ArbG Erfurt hat durch Beschluss die Arbeitnehmereigenschaft des K bejaht.

Die gem. § 17a IV S. 3 GVG statthafte sofortige Beschwerde der B gegen diesen Beschluss (§§ 567 ff. ZPO) hat das gem. § 78 S. 3 Alt. 1 ArbGG sachlich zuständige LAG Thüringen mit Beschluss zurückgewiesen und die Rechtsbeschwerde nach §§ 78 S. 2, 72 II ArbGG zugelassen.¹² Über die statthafte Rechtsbeschwerde (§§ 17a IV S. 4 GVG, 574 ff. ZPO) hatte nun das gem. §§ 78 S. 3 Alt. 2, 92 S. 1 ArbGG zuständige BAG zu entscheiden.

Da die Kenntnis dieser Vorschriften von Ihnen im Examen mit Sicherheit nicht erwartet wird, wurde für die Besprechung in der **Life&LAW** die Frage darauf beschränkt, ob der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen eröffnet ist.

Wie die Vorinstanzen hat auch das BAG zu Recht die Arbeitnehmereigenschaft des K bejaht!

C) Lösung

Die Rechtswegzuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen wäre gegeben, wenn hier gemäß § 2 I Nr. 3b) ArbGG eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit zwischen einem Arbeitnehmer und einem Arbeitgeber über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Arbeitsverhältnisses vorliegen würde.

Der Erfolg des Hauptantrags ist vorliegend nicht von der Arbeitnehmerstellung des K abhängig.

Er könnte damit nämlich auch dann obsiegen, wenn die außerordentliche Kündigung eines freien Dienstverhältnisses in Rede stünde. Auch bei dem Bestehen eines solchen wäre die Wirksamkeit der angegriffenen Kündigung am Maßstab des § 626 BGB zu überprüfen (sog. „et-et-Fall“).¹³

Daher müsste für die Eröffnung des Rechtswegs zu den Gerichten für Arbeitssachen der K tatsächlich als Arbeitnehmer zu qualifizieren sein (vgl. dazu den ausführlichen Problemaufriss).

I. Jedenfalls keine Negativfiktion nach § 5 I S. 3 ArbGG

Nach § 5 I S. 3 ArbGG gelten Organe juristischer Personen oder gesetzliche Vertreter von Personengesamtheiten nicht als Arbeitnehmer.

Für einen Rechtsstreit zwischen dem Vertretungsorgan und der juristischen Person sind nach dieser gesetzlichen Negativfiktion unabhängig von der Frage, ob ein Arbeitsverhältnis nach § 611a BGB oder ein Dienstverhältnis i.S.d. § 611 BGB vorliegt, die Gerichte für Arbeitssachen nicht zuständig.

K ist im vorliegenden Fall aber kein gesetzlicher Vertreter der i.S.d. § 5 I S. 3 ArbGG. Als Werkleiter und Intendant des Eigenbetriebs Theater vertritt der K nicht die Gemeinde B als juristische Person. Vertretungsbefugnisse hatte K lediglich in Angelegenheiten des von B gebildeten Eigenbetriebs (vgl. Ziffer 5.3 des Vertrages), und zwar in Abhängigkeit von den Weisungen des eigentlichen gesetzlichen Vertreters B, nämlich des Oberbürgermeisters (Ziffer 4.1 des Vertrages).

Dies genügt nicht für die Annahme einer gesetzlichen Vertretung i.S.v. § 5 I S. 3 ArbGG.¹⁴

II. Arbeitnehmereigenschaft i.S.d. § 5 I S. 1 ArbGG i.V.m. § 611a I BGB

Gemäß § 5 I S. 1 ArbGG sind Arbeitnehmer u.a. Arbeiter und Angestellte.

Der Vorschrift liegt der allgemeine nationale Arbeitnehmerbegriff zugrunde, der als eigenständiger Vertragstyp in § 611a BGB gesetzlich kodifiziert ist.¹⁵

Nach § 611a I S. 1 BGB wird ein Arbeitnehmer durch den Arbeitsvertrag im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet.

¹¹ Musielak/Voit/Wittschier, 23. Aufl. 2026, GVG § 17a Rn. 9; BAG, NJW 2011, 473 ff. = [jurisbyhemmer](#); BVerwG, NJW 2021, 2600 ff. (Rn. 9) = [jurisbyhemmer](#).

¹² LAG Thüringen, Beschl. vom 27.01.2025, Az. 2 Ta 81/24, BeckRS 2025, 34139.

¹³ BAG, NJW 2019, 162 ff. = [jurisbyhemmer](#).

¹⁴ Vgl. BAG, NZA-RR 2009, 330 ff. (Rn. 10) = [jurisbyhemmer](#).

¹⁵ BAG, NJW 2021, 802 ff. (Rn. 11) = [jurisbyhemmer](#).

1. Maßgeblich ist Grad der persönlichen Abhängigkeit

Ein Arbeitsverhältnis unterscheidet sich danach von dem Rechtsverhältnis eines selbstständig Tätigen durch den Grad der persönlichen Abhängigkeit des Verpflichteten.

a) Weisungsgebundenheit des Arbeitnehmers und Fremdbestimmtheit der Arbeit

Arbeitnehmer ist, wer aufgrund privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zur Leistung

- weisungsgebundener und
- fremdbestimmter Arbeit
- in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist.

Die Begriffe der Weisungsgebundenheit und Fremdbestimmung sind eng miteinander verbunden und überschneiden sich teilweise.

Eine *weisungsgebundene* Tätigkeit ist in der Regel zugleich fremdbestimmt. Das Merkmal der *Fremdbestimmung* kann in Bezug auf die Eingliederung des Arbeitnehmers in die Arbeitsorganisation des Arbeitgebers eigenständige Bedeutung erlangen.

Weisungsgebundenheit und Fremdbestimmung müssen einen Grad an *persönlicher Abhängigkeit* des Arbeitnehmers erreichen, der für ein Rechtsverhältnis i.S.d. § 611a BGB prägend ist. Die Weisungsgebundenheit ist das engere, den Vertragstyp im Kern kennzeichnende Kriterium, das durch § 611a I S. 2 bis S. 4 BGB näher ausgestaltet ist.

Das Gesetz bestimmt die Weisungsgebundenheit des Dienstverpflichteten, indem es ihr die Freiheit des Selbstständigen gegenüberstellt. Nach § 611a I S. 3 BGB ist weisungsgebunden, wer seine Tätigkeit nicht im Wesentlichen frei gestalten und seine Arbeitszeit nicht frei bestimmen kann.

Die Weisungsgebundenheit des Arbeitnehmers nach § 611a I S. 1 BGB korrespondiert dabei mit dem Weisungsrecht des Arbeitgebers nach **§ 611a I S. 2 BGB**, das Inhalt, Durchführung, Zeit und Ort der Tätigkeit betreffen kann.

hemmer-Methode: Soweit die Arbeitsbedingungen nicht durch Arbeitsvertrag, Betriebsvereinbarung, Tarifvertrag oder durch gesetzliche Vorschriften festgelegt sind, ist nach § 106 I GewO der Arbeitgeber befugt, die Umstände, unter denen der Arbeitnehmer die geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen hat, nach billigem Ermessen einseitig näher auszugestalten.

§ 106 S. 2 GewO erkennt zusätzlich die Ordnung und das Verhalten des Arbeitnehmers im Betrieb als Gegenstand des Weisungsrechts an.

b) Abgrenzung zum Selbstständigen, da Weisungsgebundenheit auch außerhalb eines Arbeitsverhältnisses existiert

Weisungsgebundenheit und damit korrelierende Weisungsrechte können aber auch außerhalb eines Arbeitsverhältnisses gegeben sein.

Die arbeitsrechtliche Weisungsbefugnis ist daher gegenüber dem Weisungsrecht für Vertragsverhältnisse mit Selbstständigen, insbesondere Werkunternehmern (vgl. § 645 I S. 1 BGB) abzugrenzen.

Die **Anweisung** gegenüber **Selbstständigen** ist typischerweise sachbezogen und ergebnisorientiert ausgestaltet und damit **auf** die zu erbringende **Dienst- oder Werkleistung ausgerichtet**.

Im Unterschied dazu ist das **arbeitsvertragliche Weisungsrecht personenbezogen** und ablaforientiert geprägt. Das arbeitsvertragliche Weisungsrecht beinhaltet Anleitungen zur Vorgehensweise des Mitarbeiters, die nicht Inhalt des werkvertraglichen Anweisungsrechts sind.

Wird die Tätigkeit durch den „Auftraggeber“ geplant und organisiert und der Beschäftigte in einen arbeitsteiligen Prozess in einer Weise eingegliedert, die eine eigenverantwortliche Organisation der Erstellung des vereinbarten „Arbeitsergebnisses“ faktisch ausschließt, liegt ein Arbeitsverhältnis nahe.¹⁶ Gegenstand, Art und Umfang des Weisungsrechts stehen in sachlichem Zusammenhang mit der persönlichen Abhängigkeit des Arbeitnehmers. Deren Grad hängt nach **§ 611a I S. 4 BGB** auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab.

Danach beeinflussen die Art der Dienstleistung und die Zugehörigkeit der Tätigkeit zu einem bestimmten Berufsbild den Vertragstyp. Bestimmte Tätigkeiten lassen sich sowohl in einem Arbeitsverhältnis als auch in einem Werk- oder freien Dienstverhältnis verrichten, während andere regelmäßig im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses ausgeübt werden.

Bei untergeordneten, einfachen Arbeiten besteht eher eine persönliche Abhängigkeit als bei gehobenen Tätigkeiten.¹⁷

c) Gesamtbetrachtung aller maßgeblichen Umstände, § 611a I S. 5 BGB

Um die Rechtsnatur des Rechtsverhältnisses im konkreten Fall festzustellen, bedarf es stets einer Gesamtbetrachtung aller maßgeblichen Umstände des Einzelfalls, § 611a I S. 5 BGB.

¹⁶ BAG, NZA 2022, 623 ff. (Rn. 34) = **jurisbyhemmer**.

¹⁷ BAG, NZA 2021, 552 ff. (Rn. 37) = **jurisbyhemmer**.

Von einem Arbeitsverhältnis kann erst dann ausgegangen werden, wenn den Umständen, die für eine persönliche Abhängigkeit sprechen, im Rahmen der gebotenen Gesamtbetrachtung hinreichendes Gewicht beizumessen ist oder sie dem Rechtsverhältnis ihr Gepräge geben.¹⁸

hemmer-Methode: Soweit § 611a I S. 5 BGB für die Feststellung, ob ein Arbeitsvertrag vorliegt, eine Gesamtbetrachtung aller Umstände anordnet, sind dabei ggs. auch verfassungsrechtliche Wertungen zu berücksichtigen.¹⁹ Insoweit besteht auch eine Verknüpfung zur Eigenart der jeweiligen Tätigkeit gem. § 611a I S. 4 BGB.

Bei den Umständen, die Gegenstand der nach § 611a I S. 5 BGB anzustellenden Gesamtbetrachtung sind, kommt es nicht auf die vertraglich vereinbarten Umstände an, wenn der Beschäftigte abweichend von den getroffenen Vereinbarungen tatsächlich weisungsgebundene, fremdbestimmte Arbeit leistet. Für diesen Fall erklärt § 611a I S. 6 BGB die Bezeichnung im Vertrag für unbeachtlich und löst den Widerspruch zwischen Vertragsbezeichnung und Vertragsdurchführung zugunsten Letzterer.²⁰

Der in **§ 611a I S. 6 BGB** normierte Vorrang der Vertragsdurchführung vor dem Vertragstext **verlangt eine zweistufige Prüfung** der Arbeitnehmereigenschaft:

1. Schritt: Zunächst ist der Vertrag der Parteien nach §§ 133, 157 BGB auszulegen!

Ergibt sich bereits daraus, dass die Parteien ein Arbeitsverhältnis begründen wollten, wird der Arbeitnehmerstatus allein hierdurch verbindlich festgelegt, ohne dass es auf die Vertragsdurchführung ankommt.

2. Schritt:

Führt die Auslegung des Vertrags zu dem Ergebnis, dass der Dienstverpflichtete als Selbstständiger tätig werden sollte, ist in einem zweiten Schritt die tatsächliche Durchführung des Vertrags zu prüfen:

a) Auslegung und Vertragsdurchführung stimmen überein

Stimmt die Vertragspraxis mit den vertraglichen Vorgaben überein, leistet der Dienstverpflichtete die geschuldeten Dienste nicht als Arbeitnehmer, sondern als Selbstständiger.

b) Auslegung und Vertragsdurchführung stimmen nicht überein

Weicht die tatsächliche Durchführung des Vertrags von den Vertragsbestimmungen ab, richtet sich die Rechtsnatur des Vertragsverhältnisses allein nach der Vertragsdurchführung, die für sich anhand der Vorgaben des § 611a I BGB zu würdigen ist (sog. „**normative Kraft des Faktischen**“).

2. Gemessen an diesen Grundsätzen ist K vorliegend Arbeitnehmer

Gemessen an diesen Grundsätzen ist K hier als Arbeitnehmer zu qualifizieren. Aus dem „Intendantenvertrag“ vom 07.07.2021 i.V.m. mit den Kompetenzregelungen in der Eigenbetriebssatzung und Geschäftsordnung ergibt sich, dass K seine Arbeit nicht im Wesentlichen frei, sondern weisungsgebunden und fremdbestimmt in persönlicher Abhängigkeit ausübt.

Trotz weitreichender Freiheiten im künstlerischen Bereich unterliegt K nach Maßgabe des Intendantenvertrags wesentlichen – auch ablaforientierten – Weisungen des Oberbürgermeisters, die für ein Arbeitsverhältnis kennzeichnend sind.

a) Freiheit bei künstlerischen Aufgaben

Mit der Tätigkeit als Generalintendant verbunden ist eine weitgehende Freiheit bei der Wahrnehmung der künstlerischen Aufgaben. Nach Nr. 5.1 des Vertrags liegen der Spielplan, die Rollenbesetzung, die Verteilung der Regieaufgaben und Dirigate in seiner Verantwortung. Diese Aufgaben gehören zum Kernbereich der geschuldeten Tätigkeit.

Der „Intendantenvertrag“ regelt in Satz 2 der Ziffer 4.2, dass K der Fachaufsicht jedenfalls nicht unterliegt, soweit künstlerische Entscheidungen betroffen sind. Auch der Umstand, dass die Arbeitszeit des K nicht erfasst worden ist und er die Büroräumlichkeiten der B nicht zu nutzen hatte, deuten auf einen hohen Freiheitsgrad bei der Arbeitsgestaltung hin.

b) Aber: Umfassende Rechtsaufsicht durch den Oberbürgermeister

Andererseits sieht der „Intendantenvertrag“ in Ziffer 4.2 Satz 1 eine umfassende Rechtsaufsicht des Oberbürgermeisters (Ziffer 4.2, Satz 3) vor. Die rechtliche Überwachung ist nicht auf die Arbeitsergebnisse beschränkt, sondern kann sich auch auf von K organisierte Verfahrensabläufe erstrecken.

Daraus folgt, dass das Weisungsrecht des Dienstvorgesetzten auch ablaforientiert ist.

aa) Eingriffsrecht des Oberbürgermeisters nach § 11 Geschäftsordnung

Die in Ziffer 2.2 vertraglich in Bezug genommene Geschäftsordnung regelt in § 11 ein umfassendes Eingriffsrecht des Oberbürgermeisters als Dienstvorgesetzter für den Fall, dass sich der Generalintendant und der zweite Werkleiter nicht einig sind.

¹⁸ BAG, NJW 2021, 1551 ff. = [jurisbyhemmer](#).

¹⁹ BAG, NZA 2022, 623 ff. (Rn. 36 ff.) = [jurisbyhemmer](#); BAG, NJW 2013, 2984 ff. = [jurisbyhemmer](#).

²⁰ BAG, NZA 2025, 1243 ff. (Rn. 29 f.) = [jurisbyhemmer](#).

Es ist nicht beschränkt auf die den Werkleitern gemeinsam zugewiesenen Bereiche, sondern erstreckt sich auf die zur eigenverantwortlichen Gestaltung überlassenen Aufgaben.

bb) Fremdbestimmtheit der Arbeit aufgrund des arbeitsteiligen Handelns

Durch die arbeitsteilig ausgerichtete Organisation des Theaters erweist sich die Tätigkeit des K auch als fremdbestimmt. Die Führungsstruktur des Theaters sieht in Ziffer 3 des Vertrages und in § 5 der Geschäftsordnung ein enges Zusammenwirken von Generalintendant und Verwaltungsdirektor vor. Eine permanente enge inhaltliche Abstimmung des Generalintendanten mit dem Verwaltungsdirektor ist nach der Organisationsstruktur unumgänglich. Dies gilt sowohl für die eigenen Geschäftsbereiche als auch für die gemeinsam zu verantwortenden Aufgaben.

In verschiedenen Tätigkeitsbereichen kann der Generalintendant von vornherein nur mit dem Verwaltungsdirektor gemeinsam agieren.

(1) In wesentlichen Aufgabenbereichen, wie z.B. der Aufstellung des Wirtschaftsplans, einschließlich des Stellenplans, der Erstellung des Jahresabschlusses und der Vorlagen für den Werkausschuss und Personaleinstellungen, haben beide gemeinsam zu entscheiden (§ 5 Geschäftsordnung).

(2) Bestehen Meinungs- und Auffassungsunterschiede, sowohl bei den gemeinsamen als auch bei den einzelnen zugeordneten Aufgaben und Entscheidungen, sind diese dem Oberbürgermeister schriftlich und/oder mündlich vorzutragen, der dann eine Entscheidung trifft (§ 11 Geschäftsordnung).

Die Entscheidung des Oberbürgermeisters ersetzt in dem Fall diejenige des Generalintendanten. Das Eingriffsrecht erstreckt sich auf alle Aufgabenbereiche und spricht damit neben der Rechtsaufsicht entscheidend für eine Weisungsgebundenheit des Generalintendanten. Auf diese Weise kann der Verwaltungsdirektor als zweiter Werkleiter in allen Bereichen erwirken, dass die Entscheidung des Oberbürgermeisters an die Stelle der Entscheidung des Generalintendanten tritt.

(3) Durch die Berichtspflichten gegenüber dem Oberbürgermeister nach § 10 Geschäftsordnung ist gewährleistet, dass der Oberbürgermeister seine Kontrollaufgaben und Eingriffsmöglichkeiten gegenüber dem Generalintendanten auch effektiv wahrnehmen kann.

cc) Betriebliche Eingliederung durch Pflicht zur Anzeige und Einholung der Genehmigung von Nebentätigkeiten und Vorlage von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen

Die Eingliederung des Generalintendanten in die Betriebsorganisation der B kommt auch darin zum Ausdruck, dass K – für einen Arbeitnehmer typisch – zur Anzeige und Einholung einer Genehmigung von Nebentätigkeiten und zur Vorlage einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vor Ablauf des dritten Arbeitstags nach Beginn der Arbeitsunfähigkeit verpflichtet war.

c) Eigenart der Tätigkeit als Generalintendant ist nicht spezifisch dienstvertraglich

Die Eigenart der Tätigkeit des Generalintendanten hat keinen bestimmenden Einfluss auf die Einordnung des Rechtsverhältnisses. Die Tätigkeit kann – je nach Ausgestaltung der Rechtsstellung des Generalintendanten im Einzelfall – sowohl im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses als auch eines Dienstverhältnisses wahrgenommen werden.

Entscheidend kommt es darauf an, ob im konkreten Fall die gesetzlichen Merkmale des § 611a I BGB erfüllt sind. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass ein Generalintendant, dem die künstlerische Leitung eines Theaters übertragen ist, aufgrund der Eigenart seiner Tätigkeit im durch die Kunstfreiheit (Art. 5 III GG) geprägten Bereich beschäftigt ist.²¹

Allein dies gibt zwar keinen Ausschlag zugunsten eines freien Dienstverhältnisses. Die grundrechtliche Ausstrahlung der Kunstfreiheit ist aber im Rahmen der nachfolgenden Gesamtbetrachtung zu berücksichtigen.

d) Nach Gesamtbetrachtung aller Umstände liegt ein Arbeitsverhältnis vor

Nach der erforderlichen Gesamtbetrachtung aller Umstände handelt es sich im vorliegenden Fall um ein Arbeitsverhältnis i.S.d. § 611a I BGB.

Die Weisungsbefugnisse des Oberbürgermeisters und das Maß an Fremdbestimmung, das aus der starken Einbindung des K in die Arbeitsorganisation folgt, fallen erheblich ins Gewicht. Sie lassen die Tätigkeit als nicht im Wesentlichen frei erscheinen und Aspekte, die für ein freies Dienstverhältnis sprechen, etwa die freie Arbeitszeitgestaltung und die fehlende Vorgabe des Arbeitsorts, in den Hintergrund treten.

Zwar ist auch bei freien Dienstverhältnissen nicht ungewöhnlich, dass ein inhaltlicher Abstimmungsbedarf mit anderen gegeben ist und Kontrollorgane die Tätigkeit überwachen.

²¹ BAG, NJW 2018, 810 ff. = [jurisbyhemmer](#).

Im Streitfall besteht aber die Besonderheit, dass aufgrund der Organisationsstruktur des Theaters der Verwaltungsdirektor als zweiter Werkleiter im Konfliktfall in allen Aufgabenbereichen die Entscheidung anderer Organe erwirken kann und dies die Freiheit des Generalintendanten ganz erheblich beschränkt.

Auch der Umstand, dass der „Intendantenvertrag“ dem K im künstlerischen Bereich gestalterische Freiheit einräumt und ihm die künstlerische Verantwortung zuweist, ändert daran nichts. Zwar ist zu berücksichtigen, dass die K im Theaterbetrieb für sich die Kunstfreiheit aus Art. 5 III GG in Anspruch nehmen kann und ein Interesse daran hat, unabhängig Beschäftigte überall dort einzusetzen, wo es um die Einbringung individueller künstlerischer Befähigung und Aussagekraft geht.

Dies trifft zweifellos auf die Position des Generalintendanten zu, der die künstlerische Leitung des Theaters innehat. Selbst wenn man zugrunde legte, dass für ihn aus diesem Grund ein strengerer Prüfungsmaßstab anzulegen wäre, erwiese sich die Tätigkeit aufgrund der vertraglichen Gestaltung aber nicht als so frei, dass das Rechtsverhältnis als freies Dienstverhältnis anzusehen wäre.

Dem stehen das Weisungsrecht des Oberbürgermeisters und die Eintrittsmöglichkeit nach § 11 der Geschäftsordnung entgegen.

Da sich Letztere auch auf die Aufgabengebiete erstreckt, die originär der Eigenverantwortlichkeit des K unterstellt sind, ist seine Freiheit letztlich auch im künstlerischen Bereich deutlich eingeschränkt.

4. Ergebnis

K ist damit als Arbeitnehmer i.S.d. § 611a I BGB bzw. § 5 I S. 1 ArbGG zu qualifizieren.

Zeigt die tatsächliche Durchführung des Vertragsverhältnisses, dass es sich um ein Arbeitsverhältnis handelt, kommt es auf die Bezeichnung im Vertrag als Dienstvertrag nicht an (§ 611a I S. 6 BGB).

III. Endergebnis

Da es sich im vorliegenden Fall um eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit zwischen einem Arbeitnehmer (K) und einer Arbeitgeberin (B) über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Arbeitsverhältnisses handelt, ist die Rechtswegzuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen nach § 2 I Nr. 3b) ArbGG zu bejahen.

D) Kommentar

(mtj). Der Beschluss des BAG ist innerhalb kurzer Zeit die dritte Entscheidung zur Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Beschäftigter als Arbeitnehmer zu qualifizieren ist.

Die sehr sorgfältig begründete Entscheidung des BAG ist im Ergebnis überzeugend. Im Examen ist es wichtig, sämtliche Informationen im Sachverhalt zur Auslegung heranzuziehen.

In Examensklausuren wird diese Abgrenzung nicht häufig geprüft. Da das BAG sich aber innerhalb kurzer Zeit in drei Entscheidungen mit dieser Frage beschäftigt hat, könnte diese Abgrenzung tatsächlich in den nächsten Examensterminen zum Gegenstand einer Klausur gemacht werden.

E) hemmer-background

Der **hemmer-background** befasst sich daher zum einen mit dem Urteil des BAG vom 12.11.2024 (9 AZR 205/23) zur Selbständigkeit des Betreibers einer Waschstraße²² und dem Beschluss des BAG vom 03.12.2025 (9 AZB 18/25) zur Selbständigkeit eines Schiedsrichterassistenten in der 3. Fußballbundesliga.²³

I. Zur Arbeitnehmernehmereigenschaft des Betreibers einer Waschstraße²⁴

Sachverhalt: Die Beklagte betreibt bundesweit über 300 Autowaschstraßen. Der Kläger führte für sie seit Juli 2009 eine Filiale in Hamburg auf Basis eines „Partnervertrags“. Dieser Vertrag bezeichnete den Kläger als selbstständigen Gewerbetreibenden, der die Waschstraße im Namen und für Rechnung der Beklagten betreibt.

Laut Vertrag konnte der Kläger seine Tätigkeit frei gestalten und seine Arbeitszeit selbst bestimmen. Er war berechtigt, eigenes Personal einzustellen, dessen Arbeitsbedingungen er eigenverantwortlich regelte. Die Betriebszeiten wurden einvernehmlich festgelegt (Montag bis Samstag, teils Sonntag) und auf Wunsch des Klägers für den Winter angepasst. Im Jahr 2020 erzielte er eine Provision von rund 28.600 Euro und beschäftigte eigene Mitarbeiter.

Demgegenüber standen aber auch einige vertragliche Einschränkungen: Die Verkaufspreise wurden allein von der Beklagten festgelegt. Zudem war der Kläger verpflichtet, tägliche Abrechnungen zu erstellen, ein gesetzlich vorgeschriebenes Betriebstagebuch zu führen sowie Wartungen und Sicherheitsprüfungen streng nach einem von der Beklagten vorgegebenen Schulungshandbuch durchzuführen. Das Reinigungspersonal musste Schulungen absolvieren. Die Beklagte hatte zudem jederzeit ein Zutrittsrecht zur Anlage.

²² BAG, NJW 2025, 991 ff. = [jurisbyhemmer](#).

²³ BAG, NZA 2026, 37 ff. = [jurisbyhemmer](#).

²⁴ BAG, NJW 2025, 991 ff. = [jurisbyhemmer](#).

Der Kläger beehrte gerichtlich die Feststellung, dass zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis vorliegt. Die Vorinstanzen wiesen die Klage ab.

Lösung: Das BAG bestätigte die Entscheidungen der Vorinstanzen, dass das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien nicht als Arbeitsverhältnis i.S.d. § 611a BGB, sondern als freies Dienstverhältnis i.S.d. § 611 BGB zu qualifizieren ist.

Das BAG betonte, dass sich ein Arbeitnehmer gemäß § 611a I S. 1 BGB durch weisungsgebundene, fremdbestimmte Arbeit in persönlicher Abhängigkeit auszeichnet. Für die Abgrenzung zur Selbstständigkeit ist eine Gesamtbetrachtung aller Umstände notwendig, § 611a I S. 5 BGB. Dabei verlangt das Gesetz eine zweistufige Prüfung: Zuerst ist der Vertrag auszulegen. Wollte man danach eine Selbstständigkeit bejahen, ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob die tatsächliche Durchführung davon abweicht. Liegt eine „gelebte“ Abweichung vor, verdrängt die Realität den Vertragstext, § 611a I S. 6 BGB.

Im vorliegenden Fall hielt die Vertragspraxis der rechtlichen Prüfung stand. Der Partnervertrag wies deutliche dienstvertragliche Elemente auf.

Ein entscheidendes Indiz gegen ein Arbeitsverhältnis und für die Selbstständigkeit war das vertraglich eingeräumte und real genutzte Recht des Klägers, die geschuldete Leistung nicht höchstpersönlich erbringen zu müssen, sondern dafür eigenes Personal einzusetzen.

Auch das Fehlen eines einseitigen Direktionsrechts der Beklagten bezüglich der Arbeitszeit sprach für die Unabhängigkeit; die Öffnungszeiten wurden einvernehmlich vereinbart und konnten von der Beklagten nicht einseitig abgeändert werden.

Die bestehenden Einschränkungen des Klägers – wie die Bindung an behördliche Vorgaben, das Führen des Betriebstagebuchs, die Pflicht zur täglichen Abrechnung und die Preishoheit der Beklagten – resultierten aus der Natur des Vertriebssystems. Diese Vorgaben stellen laut BAG **lediglich sach- und ergebnisorientierte Anweisungen** dar, wie sie auch bei Werk- oder freien Dienstverträgen üblich sind, und **kein personenbezogenes, ablauforientiertes arbeitsrechtliches Weisungsrecht**. In der Gesamtabwägung wogen die unternehmerischen Freiheiten des Klägers schwerer als die organisatorischen Beschränkungen.

Ergebnis: Die zulässige Feststellungsklage war daher unbegründet.

II. Zur Arbeitnehmernehmereigenschaft eines Schiedsrichterassistenten²⁵

Sachverhalt: Der Kläger ist seit der Saison 2021/2022 als Fußballschiedsrichter in der Regionalliga aktiv. Für die Saison 2024/2025 meldete ihn sein Regionalverband jedoch nicht für einen der begehrten Coaching-Plätze des Deutschen Fußball-Bundes (DFB), welche die Voraussetzung für einen Aufstieg in die professionisierte 3. Liga darstellen. Daher bot ihm die beklagte DFB Schiri GmbH keinen Vertrag als Schiedsrichter-Assistent für die 3. Liga an. Der Kläger sah darin eine Diskriminierung und klagte vor dem Arbeitsgericht auf Entschädigung und Schadensersatz nach § 15 AGG.

Der standardisierte Rahmenvertrag der DFB Schiri GmbH betont ausdrücklich die Unparteilichkeit und Unabhängigkeit der Schiedsrichter. Er legt fest, dass kein Arbeitsverhältnis begründet wird und die Schiedsrichter auf selbstständiger Basis agieren. Demnach besteht weder eine Pflicht zur Übernahme noch ein Anspruch auf Zuteilung von Spielleitungen. In der Praxis läuft die Besetzung so ab, dass die Unparteilichen vorab Verfügbarkeiten („Freistellungen“) in ein Online-System eintragen. Erst danach erfolgt die Zuteilung durch die Beklagte, wobei die Assistenten ein zugeteiltes Spiel immer noch ablehnen können.

Eine monatliche Grundvergütung existiert nicht; gezahlt wird ausschließlich ein einsatzbezogenes Honorar (675 Euro pro Spiel als Assistent).

Die Schiedsrichterordnung (Scho) verpflichtet sie jedoch zum Training, zum Besuch von Lehraufträgen sowie zum Tragen vorgeschriebener Sportkleidung. Zudem sieht § 11 Scho Sanktionen wie die Streichung von der Schiedsrichterliste vor, falls Spiele wiederholt unbegründet oder verspätet abgesagt werden.

Die Beklagte rügte den Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen.

Das ArbG Bonn erklärte den Rechtsweg für unzulässig. Das LAG Köln hielt diesen auf Beschwerde des Klägers hin für eröffnet. Das LAG argumentierte, durch die Monopolstellung der Beklagten und die drohenden Sanktionen bei Absagen bestehe ein faktischer Druck, der einem Direktionsrecht gleichkomme.

Lösung: Die Rechtsbeschwerde der Beklagten vor dem BAG hatte Erfolg. Das BAG entschied, dass der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen gemäß § 2 I Nr. 3c) ArbGG **nicht** eröffnet ist und verwies daher den Rechtsstreit an die ordentliche Gerichtsbarkeit.

Der Kläger sei kein Arbeitnehmer im Sinne des § 611a BGB. Das BAG stellte klar, dass im Rahmen einer Gesamtbetrachtung keine weisungsgebundene, fremdbestimmte Arbeit in persönlicher Abhängigkeit vorliegt. Allein aus dem Rahmenvertrag ergibt sich keine Pflicht zur Arbeitsleistung, da die Spielleitungen jeweils separat und einvernehmlich vereinbart werden.

Das BAG wies die Argumentation des LAG Köln ausdrücklich zurück: Die Sanktionsregeln in § 11 Scho knüpfen nicht an die freie Ablehnung von Spielangeboten an, sondern sanktionieren lediglich das pflichtwidrige Absagen bereits fest zugesagter Termine.

²⁵ BAG, NZA 2026, 37 ff. = [jurisbyhemmer](#).

Dies entspricht einer vertraglichen Treuepflicht und stellt kein arbeitsrechtliches Direktionsrecht dar. Auch die Pflichten zum Besuch von Lehrabenden und zur sportlichen Fitness begründen keine persönliche Abhängigkeit. Sowohl bei Arbeitsverhältnissen als auch bei freien Dienstverhältnissen hat ein Auftraggeber ein berechtigtes Interesse an der Qualitätssicherung und einer einheitlichen Regelauslegung. Zudem führt eine faktische wirtschaftliche Abhängigkeit oder eine Monopolstellung des Verbandes für sich genommen nicht zum Arbeitnehmerstatus, solange die rechtliche und tatsächliche Gestaltungsfreiheit des Einzelnen bei der Dienstleistung gewahrt bleibt.

Da der Kläger die Tätigkeit zudem nicht im Hauptberuf ausübte und nicht zur Sicherung seiner Existenz auf die Honorare angewiesen war, scheidet auch der Status einer arbeitnehmerähnlichen Person i.S.d. § 12a TVG aus.

Ergebnis: Der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen war daher nicht eröffnet!

Wird die Tätigkeit durch den „Auftraggeber“ geplant und organisiert und der Beschäftigte in einen arbeitsteiligen Prozess in einer Weise eingegliedert, die eine eigenverantwortliche Organisation der Erstellung des vereinbarten „Arbeitsergebnisses“ faktisch ausschließt, liegt ein Arbeitsverhältnis nahe.

Ein entscheidendes Indiz für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses kann der Verlust der sog. „Zweitsouveränität“ sein.

G) Zur Vertiefung

Zum Arbeitnehmerbegriff

- Hemmer/Wüst/Krick/Tyroller, Arbeitsrecht, Rn. 17 ff.

F) Wiederholungsfrage

- **Was ist das maßgebliche Kriterium für das Vorliegen eines Arbeitsvertrages?**

Ein Arbeitsverhältnis unterscheidet sich von dem Rechtsverhältnis eines selbstständig Tätigen durch den Grad der persönlichen Abhängigkeit des Verpflichteten.

Arbeitnehmer ist, wer aufgrund privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zur Leistung *weisungsgebundener* und *fremdbestimmter* Arbeit in *persönlicher Abhängigkeit* verpflichtet ist, § 611a I S. 1 BGB.

Weisungsgebundenheit und Fremdbestimmung müssen einen Grad an *persönlicher Abhängigkeit* des Arbeitnehmers erreichen, der für ein Rechtsverhältnis i.S.d. § 611a BGB prägend ist. Die Weisungsgebundenheit ist das engere, den Vertragstyp im Kern kennzeichnende Kriterium, das durch § 611a I S. 2 bis S. 4 BGB näher ausgestaltet ist.

Weisungsgebundenheit und damit korrelierende Weisungsrechte können aber auch außerhalb eines Arbeitsverhältnisses gegeben sein.

Die **Anweisung** gegenüber **Selbstständigen** ist typischerweise sachbezogen und ergebnisorientiert ausgestaltet und damit **auf** die zu erbringende **Dienst- oder Werkleistung ausgerichtet**.

Im Unterschied dazu ist das **arbeitsvertragliche Weisungsrecht personenbezogen** und ablauforientiert geprägt. Das arbeitsvertragliche Weisungsrecht beinhaltet Anleitungen zur Vorgehensweise des Mitarbeiters, die nicht Inhalt des werkvertraglichen Anweisungsrechts sind.