



德 国 联 邦 法 院 典 型 判 例 研 究 丛 书

德国联邦劳动法院 典型判例研究

WANG Qian ZHU Jun

王倩 朱军◎著

丛书主编 方小敏 邵建东



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

德国联邦法院典型判例研究丛书

德国联邦劳动法院 典型判例研究

WANG Qian ZHU Jun

王倩 朱军◎著

丛书主编

方小敏 邵建东

丛书编辑部

主任：张 华

副主任：徐凌波

成 员：徐凌波 杨 阳 张 华

张 慰 周 梅



法律出版社

LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

德国联邦劳动法院典型判例研究 / 王倩, 朱军著
—北京: 法律出版社, 2015. 7
ISBN 978 - 7 - 5118 - 7980 - 6

I. ①德… II. ①朱…②王… III. ①劳动法—审判
—案例—研究—德国 IV. ①951.625

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 104955 号

德国联邦劳动法院典型判例研究

王倩 朱军 著

责任编辑 刘文科
装帧设计 马帅

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2015 年 10 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

印张 25.75 字数 342 千

印次 2015 年 10 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-7980-6

定价:68.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

丛书学术委员会

1. 伯阳·阿尔 / 科隆大学教授 (公法学、中国法)
Professor Björn Ahl (Universität zu Köln)
2. 凯·安博斯 / 哥廷根大学教授 (刑法学、刑事诉讼法学、比较法学、国际刑法学)
Professor Kai Ambos (Universität Göttingen)
3. 乌韦·布劳洛克 / 弗莱堡大学教授 (民法学、商法学、公司法学)
Professor Uwe Blaurock (Universität Freiburg)
4. 约阿希姆·博恩卡姆 / 德国联邦最高法院法官 (民法学、经济法学、竞争法学)
Professor Joachim Bornkamm (ehemaliger Richter am BGH)
5. 卜元石 / 弗莱堡大学教授 (国际经济法学、知识产权法学)
Professorin BU Yuanshi (Universität Freiburg)
6. 方小敏 / 南京大学教授 (经济法学、竞争法学、规制法学、中欧法律比较)
Professorin FANG Xiaomin (Universität Nanjing)
7. 维尔纳·霍伊恩 / 哥廷根大学教授 (公法学)
Professor Werner Heun (Universität Göttingen)
8. 多丽丝·柯尼希 / 德国联邦宪法法院法官 (公法学、国际法学)
Professorin Doris König (Bundesverfassungsrichterin)
9. 吕迪格·克劳泽 / 哥廷根大学教授 (民法学、劳动法学)
Professor Rüdiger Krause (Universität Göttingen)
10. 塞巴斯蒂安·洛泽 / 明斯特大学教授 (罗马法与比较法律史、民法学、欧洲私法学)
Professor Sebastian Lohsse (Universität Münster)
11. 罗东川 / 最高人民法院法官 (民法学、知识产权法学、民事诉讼法学)
Richter LUO Dongchuan (Richter am Obersten Volksgerichtshof)
12. 米健 / 中国政法大学教授 (民法学、比较法学、罗马法学)
Professor MI Jian (Chinesische Universität für Politik und Recht)
13. 裴显鼎 / 最高人民法院法官 (刑法学、刑事诉讼法学)
Richter PEI Xianding (Richter am Obersten Volksgerichtshof)
14. 弗朗茨·于尔根·泽克尔 / 柏林自由大学教授 (民法学、劳动法学、竞争法学、规制法学)
Professor Franz Jürgen Säcker (Freie Universität Berlin)
15. 邵建东 / 南京大学教授 (经济法学、民法学、中德法律比较)
Professor SHAO Jiandong (Universität Nanjing)
16. 彼得-托比亚斯·施托尔 / 哥廷根大学教授 (公法学、国际法学、国际经济法学)
Professor Peter-Tobias Stoll (Universität Göttingen)
17. 孙宪忠 / 中国社会科学院法学研究所教授 (民法学、物权法学、不动产法学)
Professor SUN Xianzhong (Chinesische Akademie der Sozialwissenschaften)
18. 王晓晔 / 中国社会科学院法学研究所教授 (竞争法学、经济法学、国际经济法学)
Professorin WANG Xiaoye (Chinesische Akademie der Sozialwissenschaften)

总 序

方小敏* 邵建东**

进入新世纪,随着我国立法工作的不断推进和法律体系的基本形成,加强和完善法律实施对于法治国家建设的重要意义与日俱增。为此,我们希望发挥南京大学-哥廷根大学中德法学研究所多年来在德国法领域的学术积累和人才培养优势,除了把德国的法律、法学专业论文、法学专著翻译引入中国,也很有必要将德国法律实施的情况介绍给中国法律人。裁判文书作为司法活动的重要载体,直接展示司法过程,体现司法结果,阐明法律事实的认定和法律适用的逻辑,是法律实施的重要呈现。中国和德国同属大陆法系国家,德国最高法院的裁判活动对中国的司法实践应当具有更强的亲和性。^① 而在我国当前深化司法改革的背景下,法院

* 方小敏,女,江苏无锡人,德国哥廷根大学法学博士,南京大学法学院暨中德法学研究所教授。

** 邵建东,男,江苏常熟人,德国哥廷根大学法学博士,南京大学法学院暨中德法学研究所教授。

① 参见苏力:《道路通向城市——转型中国的法治》,法律出版社2004年版,第219~221页。

的裁判文书在体现司法核心价值、推进司法公开、树立司法权威、提升司法公信力方面扮演着特别重要的角色。为此,2004年南京大学中德法学研究所成立15周年之际正式启动的“德国联邦法院典型判例研究丛书”,今天具有了更大的价值和意义。

我们设想的是一个覆盖法学全领域的、系统的翻译和研究项目。为了尽快有效地展开工作,判例研究丛书第一批五卷《民法总则》、《合同法》、《侵权法》、《物权法》和《公司法》主要由南京大学中德法学研究所成员担纲,集中对德国联邦最高法院(Bundesgerichtshof,简称BGH,又译为“联邦普通法院”)的民商事判例进行介绍和研究,由南京大学出版社出版。2011年,我们开始在全国范围内约请作者承担《德国联邦法院典型判例研究丛书》第二批项目。第二批项目扩展至包括联邦宪法法院(Bundesverfassungsgericht,简称BVerfG)、联邦最高法院、联邦行政法院(Bundesverwaltungsgericht,简称BVerwG)、联邦财税法院(Bundesfinanzhof,简称BFH)、联邦劳动法院(Bundesarbeitsgericht,简称BAG)和联邦社会法院(Bundessozialgericht,简称BSG)在内的所有联邦法院的典型判例研究。这是一个开放性的研究项目,目前已经展开研究工作的有十多卷书,涉及宪法、劳动法、国际私法、民事诉讼法、破产法、家事法、竞争法等法域,后续还会有行政法、刑法、知识产权法等重要法域的项目研究成果不断跟进。

丛书通过将德国联邦法院系统的典型判例全文翻译,原样呈现德国法律实施的真实情况;并通过对这些判例主要从法律史、法体系和法比较角度进行分析和评价,对判例的实体意义和风格精神进行系统的概括和研究。每本单独成卷的判例研究作品以某一法域如“国际私法”,或某一法域的重要部分如“宪法—基本权利”为主题,选取该领域经典判例为研究对象,展现法律解释和适用的理念、技术和方法,反映司法判例在法律生长中的影响和作用,同时构织出实在法的精要图像。每卷书都致力于使读者既能对相关法域的法律体系、核心制度、法治思想及其形成发展作深入了解和思考,又能对法律解释、适用和发展的理论和实践有具体而系统的认识和理解,是实定法和方法论研究的有机

统一。

德国联邦法院系统承担着保障德国自由、民主、联邦制和法治国家基本政体的政治任务,保障和监督法律的实施和公民自由权利的实现,维护德国司法和法制的统一。联邦法院系统通过对法律的解释和适用履行上述使命,并承担着“发展法律”的重要任务。即联邦法院通过法律解释、法律补充(又称制定法内的法律续造, *praeterlegem*)和法的发现(又称制定法外的法律续造, *extremlegem*)创造性地解释和适用法律,填补现行法律中的缺漏,在个案中保障当事人的权利并尽力达致社会正义。虽然传统上德国联邦法院法官的主要任务是适用法律,即根据现行法规定对具体案件作出恰当的判决,而“发展法律”即“造法”则属于立法机关的工作范围。但由于社会经济生活变化日新月异,“无法可依”现象出现得越发频繁,今天联邦法院系统的法官造法(*Rechtsfortbildung*, *Richterrecht*)已不再是“偶然的”现象。德国联邦法院审理的案件的特殊性、法官的专业性和独立性、裁判结果的终局性效力等因素,决定了法官认知法律、解释法律、补充法律和发现法律的权威性,因而裁判结果的妥当性也能够获得民众的普遍认同。所以,尽管从理论上来说,除联邦宪法法院以外的其他德国联邦法院的判决仅对于其裁判的个案具有拘束力,但是在实际上,这些判决往往超越相关个案,对于类似案件以及未来相关案件的判决都具有某种事实上的拘束力。联邦法院裁判引起的这种广泛的影响力,是有利于推动法的发展的。一项为联邦法院长期采纳从而相对固定的判例,往往会逐渐演变成习惯法,或者通过修法纳入成文法范围,成为德国现行法律的有机组成部分。联邦法院的经典判例由此对整个德国法制的建设和发展具有重大意义。

我们也能够通过对联邦法院典型判例的研读来领略其风格和精神。德国联邦法院判例最显著的风格是强调以“理”服人,这个理即是包含在法律规范、法律制度、法律原则和法的理念中的理性和规律。德国司法裁判重视裁判理由的说明, (*Begründung*, 又译为“法的证立”), 即对法学判断经由逻辑严谨的涵摄推理步骤进行充分而完整的论证。

裁判的生命在于说理和论证。联邦法院的说理是详实、周全、缜密又不失紧凑的。值得注意的是,联邦法院的审判庭在阐述自己立场和观点的过程中,既援引本审判庭以及本系统各级法院其他审判庭以往的相关判例,而且也经常引用其他联邦法院的相关判例。这种参引论证的好处在于,人们能够对有关司法机关就某类案件的裁判状况一目了然,并体认除法教义体系和法律方法之外,一以贯之的论证(过程)理性即解决问题的理性对法律的统一理解和适用的决定性影响。正是统一论证理性使我们达致“法”^②。此外,审判庭还大量援引现当代学术著作中的代表性观点。“从根本上,在潘德克吞法学的熏陶下培养出来的实务家们,由于对教授们怀着最大的敬意,较之判例,更热衷于频繁引用学说”^③。联邦法院法官都是某一法域训练有素的法学家,他们撰写的判决书建立在深厚的法学理论基础之上,具有极高的体系性、抽象性和理论性,其内容可以与学术论文相媲美。

通过对德国联邦法院典型判例的关注,我们还可以对“以法律规范作为处理问题的核心”^④的法教义学产生直接、生动、全面而准确的认识。一方面了解,德国法官确定法律、理解法律和运用法律的方法和技术,另一方面也体认,德国的法律早已不再是一个自在自为的封闭系统,坚持法教义学传统的同时,德国司法裁判并不排斥对社科知识与价值判断的运用。^⑤

丛书各卷作者多是留学德国、对德国法及其相关领域有全面了解和深入研究的优秀的德国法学博士,或是多年从事德国法研究、成果丰硕的青年才俊。他们本着对完善法治、实现公平正义的信念和理想,付出精力和心力,把艰深难懂的德国联邦法院裁判文书翻译和介绍给中

② Josef Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, J. C. B. Mohr, 2., unveränderte Aufl., 1964, S. 14ff.; Helmut Coing, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 2. Aufl., 1969, S. 89 ff.

③ [日] 日大木雅夫:《比较法》, 范愉译, 朱景文校, 法律出版社 1999 年版, 第 279、280 页。

④ Ralf Dreier, Recht – Moral – Ideologie, Studien zur Rechtstheorie, 1981, S. 72f.

⑤ Manfred Rehbinder, Rechtssoziologie, C. H. Beck, 8. Aufl., 2014, S. 15f.

国读者。他们是默默耕耘的理想主义者,在用自己的付出建设一个法治中国。在此向他们表示敬意和感谢。丛书得到包括我国最高人民法院、德国联邦宪法法院和联邦最高法院多位资深大法官在内的中德两国著名法学家的关心和指导,为此我们特别成立了丛书学术委员会,为丛书各卷判例的选定和研究工作的顺利开展提供学术支持,并体现中德两国法律人携手合作的权威性和良好文风。丛书出版得到法律出版社朱宁女士和责编刘文科博士的大力支持,在此表示诚挚感谢。

由于德国联邦法院的裁判涉及广泛的社会领域和深厚的专业知识,系争案件的事实问题和法律问题往往相当复杂,判决书使用的表达方式也比较晦涩难懂,再加上我们的专业水平和语言水平有限,可以查考的资料也不尽齐全,因此本套丛书中的缺点和舛误之处在所难免,真诚欢迎读者批评指正。

2015 年 10 月 7 日南京

序 言

虽然德国作为大陆法系国家的代表在劳动法领域存在很多制定法,但是仍然有不少重要的事项是通过联邦劳动法院的判例来调整的,比如劳资斗争中罢工和“闭厂”的规则就是典型的“法官法”。对于制定法的规定在司法实践中的解释和适用中出现的疑问,联邦劳动法院的回答也具有非常高的权威,往往能够超越个案对未来类似案件的审理产生事实上的拘束力。另外,德国劳动法的实务界和学界之间有着良好的互动,联邦劳动法院的判决中经常援引学界的代表性观点,而学术论著也追踪着司法实践的最新发展。所以,对德国劳动法进行研究,不能仅将目光停留在法律条文、学术著作上。本书选择了15则具有重要意义的联邦劳动法院的判例进行翻译和评析,希望能够有助于大家全面理解德国的劳动法律制度。

“一千个人眼里有一千个哈姆雷特”。对于何为“典型判例”,每个人可能会有不同的理解。本书的15则判例由作者自己选定,选择的时候主要考虑了这些案例在相关领域的基础性地位、它们在经典法学评论中被引用的次数以及它们对解决中国

类似问题的启示意义。由于篇幅限制,本书挑选的案例限于德国劳动法的“个体劳动法”领域,希望将来能另有机会对“集体劳动法”领域的经典案例进行系统介绍。本书中,《电视台记者的雇员身份》《因求职者未告知身体隐患导致劳动合同被撤销》《雇员的实际劳动权》《服务期与培训费用的返还》《年休假工资的计算》《劳动关系中的言论自由》《超市收银员涉嫌贪污退瓶券被解雇》《屡次短病假导致的解雇》《企业职工委员会委员的特殊解雇保护》这9篇案例的翻译和评析工作由我完成,《劳动法院对类雇员的管辖权》由我翻译、朱军评析,《雇员执行工作行为引起的损害》《雇员责任减轻原则的适用》《离职竞业禁止条款》《职业自由基本权》《违反善良风俗的工资暴利》这5篇案例的翻译和评析工作由朱军完成。

本书得以完成,我首先要感谢南京大学中德法学研究所方小敏教授的赏识,作为回国工作不久的科研新手能被委以此重任,我感到很荣幸。由于我有不少科研和教学任务,自己又有一定程度的“拖延症”,因此如果没有方老师的几番提醒,这本书很难在三年内交稿。其次,上海交通大学凯原法学院的朱军博士分担了本书的写作工作,分享了他在雇员责任和竞业禁止方面的研究成果,对本书的完成做了重大贡献(朱军博士对于邱羽凡、郝慧、金健、杜志浩、赵小鹏、龙浩、邹青松、刘志阳、郭振斐和姜雅朦这几位德国哥廷根大学友人在资料收集方面对他的鼎力支持表示感谢)。另外,我还要感谢恩师德国不莱梅大学的 Wolfgang Däubler 教授,其在专题选择和资料收集方面给了我不少建议。最后,本书写作期间作者受到了上海市“浦江人才计划”和“同济大学青年英才计划”的资助,同济大学法学院也提供了良好的工作环境,特此感谢。

由于我水平有限、资料不多、时间紧张,本书难免出现错误,恳请各位读者批评指正,有相关意见可以发到我的邮箱 tiannan263@hotmail.com,谢谢。

同济大学法学院

王倩 博士

2014 年于上海

目 录

序言	/ 1
电视台记者的雇员身份	王 倩 / 1
因求职者未告知身体隐患而导致劳动合同被撤销	王 倩 / 21
雇员的实际劳动权	王 倩 / 54
服务期与培训费用的返还	王 倩 / 78
年休假工资的计算	王 倩 / 98
劳动关系中的言论自由	王 倩 / 118
超市收银员涉嫌贪污退瓶券被解雇	王 倩 / 141
屡次短期病假导致的解雇	王 倩 / 191
企业职工委员会委员的特殊解雇保护	王 倩 / 212
劳动法院对类雇员的管辖权	王 倩 / 朱 军 / 240
雇员执行工作行为引起的损害	朱 军 / 291
雇员责任减轻原则的适用	朱 军 / 308
离职竞业禁止条款	朱 军 / 333
职业自由基本权	朱 军 / 354
违反善良风俗的工资暴利	朱 军 / 382

电视台记者的雇员身份

《劳动法司法实践》关于《民法典》第 611 条
“从属性”的第 21 号判决

一、指导原则

1. 如果某电视台为了保证正常的运转而采取组织措施、要求其员工(比如本案中负责每日报道的记者)经常性地做好工作的准备,那么电视台和员工之间就具有劳动关系的典型的人格从属性特点。在这种情况下,员工往往不敢拒绝工作任务,因为这样做将来就可能威胁到合同关系、无法再次获得委托。

2. 该记者在工作中要和电视台的其他员工保持紧密合作,而且他也融入了电视台的工作组织之中,从这两点可以看出员工对电视台的人格从属性。

3. 电视台基于对自己的法律地位的错误认识从而放弃一些权利,比如不要求该记者出具病假证明、记者休假无须申请、从事兼职也无须获得电视台许可,又比如在记者税收和社会保险方面得到特殊对待。这些情况对于判定记者的雇员身份无关紧要。

4. 在媒体领域判断是否存在劳动关系,偶然原因造成的或者电视台可以按其组织权利随时调整

的外在形式都不重要,比如是否分配给该员工办公桌、是否将员工联系方式编入电话录、是否为其保存人事档案。

《民法典》第 611 条^①

联邦劳动法院第五法庭

1977 年 3 月 9 日的判决

文件号 5 AZR 110/76

第一审法院:不明

第二审法院:不明

二、事实经过

诉讼当事人对于原告是雇员还是自雇者有争议。

原告在被告处当过半年志愿工作者,之后于 1968 年 5 月 1 日起在被告处从事记者的工作。起初,她在弗赖堡州电台的广播频道担任记者和主持,电视台在 1969 年 4 月 1 日和 7 月 31 日之间分配给她“电视培训节目”的数项任务。从 1969 年 8 月 1 日起,她开始在“电视信息”这一主要栏目工作。该主要栏目分为五个分部,分别负责政治、经济、社会、文化、地区事务。每个分部又有不同的编辑组,比如“地区事务”分部里面的“晚间新闻”。1972 年起原告开始为“晚间新闻”编辑组担任记者,她每个月大概制作四部或者五部电影报道。另外她每个月担任两次或者三次“晚间新闻”的主持人,由她自行撰写主持的文稿。原告偶尔会为“文化”分部的“教育杂志”编辑组制作影片。被告会不定期地把原告划分到所谓的“新闻制作服务”里面,为此被告会在征得原告同意之后制定排班表。

“晚间新闻”编辑组每天都召开编辑会议。在 1973 年 11 月 20 日

^① 《民法典》第 611 条:

(1) 基于雇佣合同,允诺劳务的一方负有提供约定的劳务的义务,另一方负有给予约定的报酬的义务。

(2) 雇佣合同的标的可以是任何一种劳务。——笔者注

“电视信息”栏目主编发给原告的一封群发邮件里面,栏目要求“所有当天没有出差的员工”参加每天的编辑会议。该群发邮件里还写着:

“我请求所有的自雇者将来在每个月月初到编辑组负责人那里登记,说明自己哪些天可以为晚间新闻节目服务。一旦登记,即受到约束。如果您不能遵守已经登记好的档期,那么我将和编辑组负责人商量是否放弃和您的长期合作。”

与之相应,“晚间新闻”编辑组负责人也在1973年11月22日给编辑组成员发了一封信:

“从现在开始每个工作日九点本组成员都要参加一个编辑碰头短会。如果谁有拍摄任务需要出外勤的,可以缺席……”

对于原告以及为编辑组工作的其他自雇者是否有义务参加上述编辑部会议,原告被告之间有争议。通过编辑部会议获得分配的电影制作任务以后,原告首先进行相关的材料搜索,之后的任务就是起草影片的大概框架并和一个编辑讨论前期工作的成果。在后期制作中,原告会和被告的摄影团队或其他必要的人手合作,也可以使用被告的相关器材、设备。涉及人员的安排方面,原告需要跟被告的管理部门协商一致,并且该部门负责确定拍摄、剪辑、配音的具体时间。最后在验收的时候负责的分部主任或者编辑可以要求原告对影片做进一步修改。原告就每一个完成的工作任务获得相应的报酬,报酬的额度根据被告确定的框架来计算。原告就新闻服务方面的工作每天可以获得150马克的报酬。1974年原告每个月的平均收入有大概4365马克。

在双方建立合作关系之初,被告要求原告以自雇者的身份和被告建立合作关系,原告表示同意。之后原告一直努力想获得被告处的固定雇佣职位,原告最后一次写信给被告商谈该事项是在1974年4月2日,被告1974年4月18日回信拒绝了原告的提议。

原告认为她和被告之间存在着劳动关系,她和被告的雇员在工作方面没有什么区别,她和其他人一样融入了被告的日常经营组织。她一直要为被告服务,如果拒绝委托就会丧失将来的工作机会。她的工

作时间和被告其他的雇员也差不多,而且被告有权安排她的工作时间。她必须听从“电视信息”主要栏目的负责人的指示,从1973年11月起还要服从“晚间新闻”编辑组负责人的安排。应被告要求,如果她不在家里工作的话就需要告知所在地址以及当地的电话号码,以便电视台能够随时联系到她、给她安排工作。在影片制作期间,她就像其他雇员一样必须遵守被告的上下班时间。在专业方面,她得听从于分部负责人以及编辑关于主题、设计、长短以及排期方面的指示,并且应他们的要求进行相应修改。她休假的时候必须和同事以及分部负责人打好招呼,她的休假时间要填写到部门的休假时间表里面去,这也能体现她的人格从属性。生病的情况下她得请病假。另外,她在被告的编辑部还有一间工作室、办公桌、电话以及邮箱。原告请求法院确认她和被告之间存在着无固定期限的劳动合同。

被告请求法院驳回起诉。被告认为原告并非自己的雇员。原告并不是非接受每个任务不可,即使她拒绝某个任务也不会影响到他们之间的合作关系、不用担心将来的不利后果。原告也没有义务参加编辑部的会议,被告仅仅是希望原告他们参加,而且参加会议也对原告本身有利。原告无须遵守被告处的上下班时间,即使不在岗也不用请假。生病的情况下也不需要提交医生开具的证明。原告什么时候想休假就可以休假,无须和被告商定具体时间。另外,被告选择和自雇者合作也是有客观需要的,因为有一些主题领域只需要偶尔聘请自雇者来完成一期节目,如果特地设置一个雇员的岗位,可能没有足够的工作安排给他。另外,被告作为电视台也希望能和更多的自雇者合作,从而保证新鲜的创意。

基层劳动法院支持了原告的请求,被告的第二审上诉也失败了。

三、判决理由

1. a) 二审法院在判断该员工是雇员还是自雇者时,遵循了本法庭一直以来的原则。判断劳动关系是否存在的关键在于有义务提供劳务的一方是否对相对方有人格从属性。最为重要的依据是该合同关系所体现出来的典型特征,合同双方是否明确将其合同命名为劳动合同

则无关紧要。即使合同名称不一样,也可以从合同的实际履行情况中推断出劳动关系的存在,因为从实际履行的具体情况中完全可以看出合同双方真实的权利义务分配。^②

b) 本法庭坚持根据合同双方的实际履行情况来判断合同关系的法律性质并没有违背合同自由,被告对此的上诉意见不成立。合同双方在建立合同关系之初原本希望建立一个没有人格从属性的、自雇者和委托人之间的关系,这种情形在实践中并不少见,本案就可能属于这种情形。但是这并不意味着合同内容就不会随着双方合作的开展而发生变化。如果合同双方在后来的履行中实际行使的权利、实际承担的义务体现出一种强烈的人格从属性,那么合同的内容也会相应发生转变。另外也有可能出现这样的情况:合同双方一开始就认可双方之间存在劳动关系中典型的人格从属性,但是却出于故意或者由于疏忽给予合同错误的名称。在这样的情况下也只能通过合同的实际履行推断出合同双方的真实意图。所以,本法庭一直是尊重当事人合意、遵循合同自由原则的。但是合同自由也有边界,如果根据合同的实际履行情况进行客观评价可以得出双方之间的关系是劳动关系,合同双方却错误地将雇员当作自雇者,那么援引合同自由原则也没有用,否则雇主很容易就能规避掉劳动法中强制性的保护条款。^③

2. 二审法院正确地衡量了案件中所有有利于肯定或者否定劳动关系存在的具体情形。

a) 合同双方之间存在着长期的合作关系。根据二审法院的事实判断,和被告的其他员工一样,原告经常性地、有规律地获得制作节目的任务。过去几年的履行情况表明,双方的合作关系并不限于某项单

② 参见 BAG 19, 324 [329] = AP Nr. 6 zu § 611 BGB Abhängigkeit [zu I der Gründe, Kameramann]; BAG 18, 87 [90 f.] = AP Nr. 2 zu § 92 HGB [zu II 1 der Gründe, Versicherungsvermittler]; BAG AP Nr. 144 zu § 242 BGB Ruhegehalt [zu II 3c der Gründe, Lokalredakteur]; BAG AP Nr. 12 zu § 611 BGB Abhängigkeit [zu II 1 der Gründe, Rundfunkmusiker, mit weiteren Nachw. auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung des Gerichts vorgesehen].

③ 参见 Fenn, Festschrift für F. W. Bosch, 1976, S. 171 ff. [178].