

Arbeitnehmerähnliche Personen im Arbeits- und Sozialrecht und im EG-Recht*

- A. Einleitung
- B. Arbeitnehmerähnliche Personen im Arbeitsrecht
 - I. Die begriffliche Abgrenzung
 - II. Anwendbare Teile des Arbeitsrechts
 - III. Sondersituation im Arbeitsschutz
 - IV. Sondergruppen
 - V. Soziale Funktion der Gruppenbildung
- C. Die arbeitnehmerähnlichen Personen im Sozialversicherungsrecht
 - I. Verhältnis zum Arbeitsrecht
 - II. Ein Beispiel für eine unsystematische Begriffsbildung
- D. Arbeitnehmerähnliche Personen im EG-Recht

A. Einleitung

Das Thema hat ersichtlich einen Personenkreis zum Gegenstand, der nicht zu den Arbeitnehmern zählt. Ähnlichkeit ist etwas anderes als Identität. Daraus ergeben sich zwei Begrenzungen.

Zum einen darf keine persönliche Abhängigkeit in dem Sinne vorliegen, daß Zeit, Ort und Inhalt der Tätigkeit von einem anderen dirigiert oder durch organisatorische Vorgaben festgelegt werden. Dieses Charakteristikum für die Arbeitnehmertätigkeit ist innerhalb der EU im Kern identisch, wobei die Ränder in den einzelnen Staaten unterschiedliche Unschärfen aufweisen. Insofern muß ein Hinweis auf weiterführende Rechtsprechung und Literatur genügen¹. Auf der anderen Seite bedeutet »Arbeitnehmerähnlichkeit« zugleich, daß keine normale Tätigkeit als selbständiger Unternehmer vorliegt; wer selbst am Markt nach eigenen Vorstellungen agiert und über einen eigenen »Apparat«, insbesondere über Kapital und Beschäftigte verfügt, wird schwerlich »Arbeitnehmerähnlichkeit« für sich beanspruchen können.

Das Thema zu behandeln ist nur für solche Rechtsordnungen sinnvoll, die überhaupt eine solche Mittelgruppe zwischen abhängig Beschäftigten und selbständigen Unternehmern kennen. Wo es einen rigiden Dualismus zwischen Arbeitnehmern auf der einen und Selbständigen auf der anderen Seite

* Vortrag auf der 27. Tagung für Rechtsvergleichung in Freiburg am 24. 9. 1999. Weitere Beiträge zur Rechtsstellung der arbeitnehmerähnlichen Personen im niederländischen, belgischen, österreichischen und portugiesischen Sozialrecht sind in Heft 3/2000, S. 233–272 abgedruckt (Anm. der Red.).

¹ Zum deutschen Recht siehe etwa BAG AP Nr. 37 zu § 5 ArbGG 1979; LAG Nürnberg LAGE § 611 BGB Nr. 34; BSG NZA 1991, 907. Die Rechtslage in Österreich, den Niederlanden, Belgien und Portugal ergibt sich aus den Berichten von Wachter (ZIAS 2000, 250 ff.), Jaspers (ZIAS 2000, 233 ff.) und Abrantes (ZIAS 2000, 266 ff.). Das französische Recht stellt auf »subordination« ab (dazu Lyon-Caen/Pélessier/Supiot, Droit du Travail, 19ème édition 1998, Rn 124 ff.), in Italien verlangt man »subordinazione« (Pera, Diritto del Lavoro, quinta edizione 1996, Kap. XVI). Das spanische Recht verlangt daneben »Arbeiten für fremde Rechnung« (Alonso Olea/Casas Baamonde, Derecho del Trabajo, 14. Auflage 1995, Kap. 2).

gibt, kann man im Grunde nur durch Hinweis auf andere Rechtsordnungen Anregungen in der Richtung geben, daß doch wohl Probleme existieren, denen man sich sinnvollerweise zuwenden sollte.

Noch eine kleine Vorbemerkung. Ich habe hier eine Doppelrolle zu erfüllen, nämlich sowohl einen deutschen Bericht zu erstatten wie auch eine Art Generalbericht zu übernehmen. Letzteres ist mir mangels ausreichender Vorarbeiten und mangels zugänglicher Quellen nur in Ansätzen möglich; im folgenden wird also die deutsche Rechtslage im Vordergrund stehen.

B. Arbeitnehmerähnliche Personen im Arbeitsrecht

1. Die begriffliche Abgrenzung

Das deutsche Recht kennt – ähnlich wie das österreichische^{1a} – den Begriff der arbeitnehmerähnlichen Person. Er hat in § 5 Abs. 1 Satz 2 ArbGG, in § 12a TVG sowie in einigen anderen Bestimmungen ausdrückliche Erwähnung erfahren. In Anlehnung an die Formulierung des § 12a TVG, der Tarifverträge für arbeitnehmerähnliche Personen zuläßt, wird in der Rechtsprechung entscheidend auf zwei Gesichtspunkte abgestellt.

Arbeitnehmerähnlich sind nur solche Selbständige, die von einem Auftraggeber wirtschaftlich abhängig sind. Die von ihm erlangte Vergütung muß die »entscheidende Existenzgrundlage« sein², was beispielsweise dann verneint wurde, wenn es lediglich um ein »Zubrot« zu einer Altersrente ging³. Für wirtschaftliche Abhängigkeit spricht weiter, daß neben der übernommenen Tätigkeit keine weiteren Erwerbchancen bestehen⁴, was allerdings nicht ausschließt, daß in geringfügigem Umfang auch für andere Auftraggeber gearbeitet wird. Neben der finanziellen spielt somit auch die organisatorische Komponente eine Rolle^{4a}.

Die arbeitnehmerähnliche Person muß zum zweiten »vergleichbar einem Arbeitnehmer« sozial schutzbedürftig sein^{4b}. Dies ist etwa dann der Fall, wenn keine eigene Unternehmens- oder Betriebsorganisation vorliegt⁵ und deshalb faktisch keine Alternative zur Tätigkeit in eigener Person besteht. Dies ist beispielsweise nicht gegeben, wenn ein Frachtführer noch über einen zweiten LKW und einen Angestellten verfügt, den er für die Abwicklung seiner »Hauptaufträge« einsetzen kann⁶. Weiter ist auf die Höhe der Vergütung abzustellen; sozial schutzbedürftig ist jedenfalls derjenige, der unter Berücksichtigung der notwendigen Eigenvorsorge nur ein relativ bescheidenes Einkommen erwirbt⁷.

^{1a} Wachter, ZIAS 2000, 250, 257 ff.

² BAG AP Nr. 30 zu § 5 ArbGG 1979.

³ OLG Köln AP Nr. 5 zu § 12a TVG.

⁴ BAG AP Nr. 37 zu § 5 ArbGG 1979 Bl. 4.

^{4a} Ebenso Wachter, ZIAS 2000, 258 für das österreichische Recht.

^{4b} Zum Abstellen auf die Schutzbedürftigkeit im niederländischen Recht s. Jaspers, ZIAS 2000, 247.

⁵ BAG AP Nr. 37 zu § 5 ArbGG 1979 Bl. 4.

⁶ So der Fall BGH DB 1999, 151.

⁷ BGH DB 1999, 152; BAG AP Nr. 30 zu § 5 ArbGG 1979 Bl. 3.

Beide Kriterien lassen nicht immer völlig eindeutige Entscheidungen zu. Dies zeigt die Rechtsprechung zum sog. Pharmaberater, der im Auftrag pharmazeutischer Unternehmen Ärzte aufsucht und ihnen die neuesten Produkte nahebringt. War einer solchen Person vorgeschrieben, daß sie zehn Arztbesuche pro Tag zu erledigen und einmal pro Woche Bericht zu erstatten hatte, so lag nach Auffassung des LAG Hamm⁸ ein Arbeitsverhältnis vor, während das ArbG München⁹ eine arbeitnehmerähnliche Person annahm, weil sich der Berater die zu besuchenden Ärzte aus einer großen Liste frei aussuchen konnte; die Tatsache, daß auch er wöchentlich berichten mußte und daß ein geringes Maß an Aktivitäten möglicherweise die Weiterbeschäftigung gefährdet hätte, sollte keine Rolle spielen. Auch in der Abgrenzung zum »echten« Selbständigen ergeben sich gewisse Unsicherheiten. So hat das BAG¹⁰ einen Beauftragten der Treuhandanstalt als arbeitnehmerähnliche Person behandelt, der in verschiedenen treuhandeigenen Gesellschaften als Liquidator eingesetzt wurde und der dafür monatlich 20000 DM zuzüglich Mehrwertsteuer erhielt: Die Höhe der Bezüge habe nicht den Grad erreicht, daß anzunehmen wäre, der Betroffene sei nicht mehr ähnlich einem Arbeitnehmer schutzbedürftig.

Im österreichischen Recht verläuft die Abgrenzung in ähnlicher Weise. Wie der Bericht von Herrn Kollegen Wachter deutlich macht^{10a}, handelt es sich um eine Personengruppe, die »wegen wirtschaftlicher Unselbständigkeit als arbeitnehmerähnlich« anzusehen ist. Der Gedanke der sozialen Schutzbedürftigkeit wird dabei in den Begriff der wirtschaftlichen Abhängigkeit integriert.

Die »parasubordinati« des italienischen Rechts haben keine sehr präzise Definition erfahren. Art. 409 Abs. 3 der italienischen Zivilprozeßordnung, der die Zuständigkeit für Arbeitssachen umschreibt, lautet in der in Südtirol praktizierten Übersetzung:

»Agenturverhältnisse, Handelsvertretungen und andere Zusammenarbeitsverhältnisse, die in einer fortdauernden und koordinierten Dienstleistung bestehen, sofern diese überwiegend persönlich erbracht wird, und zwar auch dann, wenn kein Abhängigkeitsverhältnis besteht.«

In der Literatur wird deutlich, daß der Begriff ein sehr viel engerer als der im deutschen Recht benutzte ist. Entscheidend kommt es nämlich auf die Verpflichtung zu persönlicher Arbeit und auf die Dauerhaftigkeit der Vertragsbeziehung an¹¹.

Das französische Recht nimmt auf der einen Seite das soziale Phänomen zur Kenntnis, daß es im hier skizzierten Sinne arbeitnehmerähnliche Personen gibt, zieht daraus jedoch nur für einige Berufsgruppen wie Handelsvertreter, Journalisten und Künstler Konsequenzen. Deren wichtigste ist die gesetzliche Vermutung, daß ein Arbeitsverhältnis vorliege¹². Ähnlich verfährt

im Grunde das spanische Arbeitsrecht, wo zwar von wirtschaftlich abhängigen Selbständigen die Rede ist¹³, die Konsequenzen aber eher bescheiden sind: In Art. 2 des Arbeitnehmerstatuts sind z.B. für Künstler, Berufssportler und Geschäftsbesorger »besondere Arbeitsverhältnisse« vorgesehen, im übrigen wird in den Schlußbestimmungen zum Arbeitnehmerstatut unter Nr. 1 lediglich noch einmal hervorgehoben, Arbeit auf eigene Rechnung unterliege nur insoweit der Arbeitsgesetzgebung, als dies ausdrücklich vorgesehen sei.

II. Anwendbare Teile des Arbeitsrechts

In Deutschland werden eine Reihe arbeitsrechtlicher Vorschriften ausdrücklich auf arbeitnehmerähnliche Personen erstreckt. Dies gilt einmal für die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte (§ 5 Abs. 1 Satz 2 ArbGG), für den Erholungsurlaub (§ 2 BUrlG) und für den Abschluß von Tarifverträgen (§ 12a TVG): § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG läßt eine Einbeziehung in die betriebliche Altersversorgung zu. Auch § 2 Abs. 1 Nr. 3 des Arbeitsschutzgesetzes von 1996 bezieht die arbeitnehmerähnlichen Personen ein, doch ist darauf noch näher zurückzukommen.

Das eigentliche Problem liegt darin, inwieweit auch andere Bestimmungen heranzuziehen sind. Bejaht wird dies für die Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG¹⁴, in neuerer Zeit jedoch auch für die Regeln über das nachvertragliche Wettbewerbsverbot nach den §§ 74b ff. HGB¹⁵. Bemerkenswert ist, daß das BAG die analoge Anwendung dieser Vorschriften, die u. a. zwingend eine Karenzentschädigung vorsehen, allein mit dem »vergleichbaren Schutzbedürfnis« der arbeitnehmerähnlichen Personen begründet. Würde man dies verallgemeinern, könnte an sich das gesamte Arbeitsrecht mit Ausnahme der Vorschriften entsprechend angewandt werden, die eine persönliche Abhängigkeit voraussetzen, die also in einem mehr oder weniger engen Zusammenhang mit dem Direktionsrecht stehen. Eine derartige Konsequenz wurde in Rechtsprechung und Literatur bisher allerdings nicht gezogen. Im Gegenteil: Die Einbeziehung von arbeitnehmerähnlichen Personen in die Betriebsverfassung¹⁶ sowie die Anwendung des Kündigungsschutzgesetzes¹⁷ werden ausdrücklich abgelehnt^{17a}.

Die weitere Entwicklung wird u. a. dadurch geprägt sein, daß der Gesetzgeber bzw. der an seiner Stelle handelnde Richter von Verfassungen wegen verpflichtet ist, den strukturell schwächeren Vertragsteil zu schützen. Die erste Grundsatzentscheidung des BVerfG, in der dieses Prinzip formuliert wurde, betraf denn auch nicht etwa einen Arbeitnehmer, sondern einen Handelsver-

8 LAGE § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 14.

9 EzA § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 33.

10 DB 1998, 1291.

10a Wachter, ZIAS 2000, 257 ff.

11 Dazu eingehend Ballestrero, Lavoro e Diritto 1987, No. 1 S. 41, 65; Pera, a.a.O., S. 300. Zu aktuellen Versuchen einer gesetzlichen Neuregelung s. Biagi/Tiraboschi, Lavoro e Diritto 1999, N° 4, S. 571 ff.

12 Lyon-Caen/Pélissier/Supiot, a.a.O., Rn. 142.

13 Alonso Olea / Casas Baamonde, a.a.O., S. 140.

14 Wiese, Buchautoren als arbeitnehmerähnliche Personen, 1980, S. 19ff.

15 BAG DB 1997, 1979.

16 Plander DB 1999, 330; ders., FS Däubler, 1999, S. 272ff.; Rost NZA 1999, 113, jeweils mit eingehenden Nachweisen.

17 Kittner, in: Kittner/Däubler/Zwanziger, Kündigungsschutzrecht, 4. Aufl. 1999, § 1 KSchG Rn. 13; KR-Rost, 5. Auflage 1998, Arbeitnehmerähnliche Personen Rn. 34 m. w. N.

17a Zu den weitergehenden Ausnahmen im österreichischen Recht s. Wachter, ZIAS 2000, 254.

treter¹⁸. Diesem Anliegen kann beispielsweise dadurch Rechnung getragen werden, daß man die Vorschriften des AGB-Gesetzes auf die Rechtsbeziehungen zu arbeitnehmerähnlichen Personen erstreckt¹⁹ oder daß man die gegenüber Arbeitsverträgen praktizierte Inhaltskontrolle anwendet²⁰. Noch nicht ausreichend diskutiert ist die Frage, inwieweit der aus Art. 12 Abs. 1 GG abzuleitende Mindestkündigungsschutz²¹ auch die arbeitnehmerähnlichen Personen erfaßt. Immerhin hat das BAG in jüngerer Zeit in bezug auf die Sondergruppe der Heimarbeiter eine entsprechende Konsequenz gezogen²².

Was die Rechtsstellung der arbeitnehmerähnlichen Personen in Österreich und in Portugal angeht, so sei auf die Landesberichte von Wachter^{22a} und Abrantes^{22b} verwiesen. In Italien scheint es außer der genannten Vorschrift über die gerichtliche Zuständigkeit keine ausdrücklichen Normen für parasubordinati zu geben. Pera berichtet jedoch von Tarifverträgen, die in bestimmten Bereichen die Regeln über den Jahresurlaub, die Weihnachtsgatifikation und die Entlassungsentschädigung auf arbeitnehmerähnliche Personen übertragen²³. Daß derartige Kollektivverträge zulässig sind, wird mittelbar aus Art. 2113 Abs. 1 des Codice Civile deutlich, wonach Ansprüche aus zwingenden Gesetzesbestimmungen und Kollektivverträgen unverzichtbar sind und dies für alle in Art. 409 der Zivilprozeßordnung genannten Rechtsverhältnisse, also auch für die parasubordinati gilt. Daneben werden in der Gegenwart auch andere Formen der gemeinsamen Interessentenvertretung wie die Gruppenklage diskutiert^{23a}. Bei Ländern, die – wie Frankreich – unter bestimmten Voraussetzungen lediglich eine Vermutung für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses aufstellen, ist die Frage nach anwendbaren Rechtsnormen von vorneherein müßig.

III. Sondersituation im Arbeitsschutz

§ 2 Abs. 2 Nr. 3 des Arbeitsschutzgesetzes vom 7. August 1996²⁴ bezieht die »arbeitnehmerähnlichen Personen im Sinne des § 5 Abs. 1 des Arbeitsgerichtsgesetzes« ausdrücklich in seinen Anwendungsbereich ein. In der neueren Literatur wird jedoch insbesondere von Kohte darauf verwiesen, daß das Kriterium der wirtschaftlichen Abhängigkeit schwerlich zu sachgerechten Ergebnissen führe; es sage ersichtlich nichts dazu aus, ob Anlaß bestehe, in besonderer Weise auf den Schutz von Leben und Gesundheit zu achten²⁵. Statt dessen komme es allein darauf an, ob die Arbeitskraft einer Person durch

18 BVerfGE 81, 242, 254 ff.

19 Dahingestellt in BGH AP Nr. 1 zu § 23 AGB-Gesetz.

20 Dazu Preis, Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, 1993.

21 BVerfG DB 1998, 826; dazu Hanau, Festschrift Dieterich, 1999, S. 201 ff.; Däubler, Festschrift 50 Jahre Arbeitsgerichtsbarkeit Rheinland-Pfalz, 1999, S. 271 ff.

22 BAG NZA 1998, 1001, 1003.

22a ZIAS 2000, 250 ff.

22b ZIAS 2000, 266 ff.

23 a.a.O., S. 301.

23a F. Scarpelli, Lavoro e Diritto 1999, H. 4, S. 553 ff.

24 BGBl I S. 1246.

25 Kohte, in: Kollmer (Hrsg.), Praxiskommentar Arbeitsschutzgesetz 2000, § 2 Rn. 78 ff.

eine andere in Anspruch genommen wurde und dies im Rahmen einer von dem »Besteller« bestimmten Organisation erfolgte²⁶. Das stimmt mit der Abgrenzung des versicherten Personenkreises in der deutschen Unfallversicherung überein²⁷. Dies hat den Vorteil, daß beispielsweise auch in Werkstätten für Behinderte tätige Personen sowie Vereinsmitglieder erfaßt sind, die allein aufgrund ihres Mitgliedschaftsverhältnisses tätig werden.

Eine ähnliche Begriffserweiterung scheint es im spanischen Recht zu geben²⁸. Damit wird eine normzweckorientierte Auslegung des Begriffs »arbeitnehmerähnliche Person« praktiziert, so daß sein Inhalt in gewissem Umfang kontextabhängig ist^{28a}. Vergleichbares finden wir auch beim Arbeitnehmerbegriff. So ist etwa im deutschen Recht das Ehegattenarbeitsverhältnis durchaus anerkannt, doch steht dem Arbeitnehmer-Ehegatten (ebenso wie Verwandten und engen Verschwägerten) nach § 5 Abs. 2 Nr. 5 BetrVG kein Wahlrecht zum Betriebsrat zu, da die »Arbeitgebernähe« das Funktionieren der Mitbestimmung beeinträchtigen könnte.

IV. Sondergruppen

Das deutsche Recht kennt zwei Gruppen von Beschäftigten, die an sich als arbeitnehmerähnliche Personen anzusehen sind, denen jedoch durch Gesetz ein Sonderstatus zugewiesen wurde.

Gemeint sind zum einen die Heimarbeiter. Ihre Rechtsstellung ist im Heimarbeitsgesetz geregelt, das eine sehr starke Annäherung an das Arbeitsrecht bringt, jedenfalls erheblich über das hinausgeht, was für arbeitnehmerähnliche Personen bisher unangefochten gilt²⁹. Die Möglichkeit des Abschlusses von Tarifverträgen war insoweit längst vor Inkrafttreten des § 12a TVG anerkannt³⁰. Die Festlegung einer Mindestentlohnung durch sog. Heimarbeitsausschüsse und die Möglichkeit, diese im Wege der behördlichen Klage auch effektiv durchzusetzen, fällt aus dem im deutschen Arbeitsrecht Üblichen heraus. Bemerkenswert ist, daß die Rechtsprechung für die Auflösung des Heimarbeitsverhältnisses mit Rücksicht auf die Berufsfreiheit des Art. 12 GG ein Mindestmaß an sachlicher Rechtfertigung verlangt³¹ und daß § 6 BetrVG die Heimarbeiter in die Betriebsverfassung einbezieht, soweit sie »in der Hauptsache« für den betreffenden Betrieb tätig sind.

Die zweite Gruppe sind die Handelsvertreter, die sich vom Modell der arbeitnehmerähnlichen Personen in Richtung Selbständige entfernen. Für sie besteht eine Zuständigkeit der Arbeitsgerichte nur dann, wenn es sich um einen sog. Einfirmenvertreter nach § 92a HGB handelt und wenn dieser während der letzten sechs Monate im Durchschnitt nicht mehr als 2000 DM als

26 Kohte, a.a.O., Rn. 84.

27 Dazu unten C II.

28 Alonso Olea / Casas Baamonde, a.a.O., S. 142 unter Bezugnahme auf Art. 1 OSH.

28a Zu entsprechenden Überlegungen im niederländischen Recht s. Jaspers, ZIAS 2000, 248.

29 Zur historischen Entwicklung siehe umfassend Hromadka NZA 1997, 1249 ff.

30 BVerfGE 34, 307, 317.

31 Siehe oben Fn. 22.

332 Entgelt und Ersatz für regelmäßige Geschäftsaufwendungen erhalten hat. § 12a Abs. 4 TVG nimmt sämtliche Handelsvertreter (also auch die »arbeitnehmerähnlichen«) aus der dort vorgesehenen Möglichkeit zum Abschluß von Tarifverträgen aus. Die §§ 84ff. HGB enthalten eine Reihe von Schutzvorschriften, von denen der sog. Ausgleichsanspruch bei Auflösung des Rechtsverhältnisses nach § 89b HGB die wichtigste ist. § 92a HGB ermächtigt den Bundesminister der Justiz, für Einfirmenvertreter Mindestarbeitsbedingungen festzulegen, doch wird davon seit Jahrzehnten kein Gebrauch gemacht. In ganz bescheidenem Umfang wird gleichwohl auf arbeitsrechtliche Normen zurückgegriffen; so hat etwa schon das Reichsarbeitsgericht³² dem Vertreter einen Zeugnisanspruch zugebilligt.

V. Soziale Funktion der Gruppenbildung

Die Herausbildung einer spezifischen Gruppe von arbeitnehmerähnlichen Personen in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Praxis läßt sich mit verschiedenen Gesichtspunkten rechtfertigen. Am naheliegendsten ist der Rückgriff auf den Schutzgedanken; wer in ähnlicher Weise wie ein Arbeitnehmer vom Inhalt und vom Bestand einer bestimmten Rechtsbeziehung abhängig ist, verdient einen vergleichbaren Schutz. Zum zweiten geht es darum, eine Umgehung des Systems arbeitsrechtlicher Normen zu verhindern. Die »persönliche Abhängigkeit« als zentrale Anwendungsvoraussetzung des Arbeitsrechts läßt sich in zahlreichen Fällen dadurch vermeiden, daß dem Beschäftigten die eigene Organisation seiner Arbeit gestattet wird, daß jedoch gleichzeitig allgemeine wirtschaftliche Rahmenbedingungen geschaffen werden, die das gewünschte Verhalten faktisch erzwingen. Wer als »Vertriebsbeauftragter« zwar selbst über den Einsatz seiner Arbeitskraft verfügen kann, ein auskömmliches Entgelt aber nur dann erreichen wird, wenn er täglich zehn bis zwölf Stunden unterwegs ist, mag hierfür als Beispiel stehen. Je mehr arbeitsrechtliche Normen auf solche Sachverhalte erstreckt werden, um so geringer ist der wirtschaftliche Anreiz für den Arbeitgeber, in die Beschäftigung eines (formal) Selbständigen auszuweichen. Insoweit wäre in Deutschland insbesondere die Einbeziehung in das gesetzliche Arbeitszeitrecht und in den Kündigungsschutz von Bedeutung.

Der Schutzbedürftigkeit der Betroffenen und der Absicherung arbeitsrechtlicher Normen könnte selbstredend dadurch noch besser Rechnung getragen werden, daß man die fragliche Personengruppe insgesamt dem Arbeitsrecht zuschlägt. Damit würde jedoch ein im geltenden Recht angelegtes Flexibilitätselement verlorengehen. Zum einen müßte man Rechtsnormen anwenden (oder durch Interpretation wieder herausnehmen), die wie das Direktionsrecht auf die konkrete Gestaltung nicht passen. Zum andern wäre man daran gehindert, die für die jeweilige Situation angemessene rechtliche Lösung zu entwickeln, die beispielsweise effektiv dafür sprechen kann, keine Arbeitszeitschranken aufzustellen, dafür aber ein Mindesteinkommen zu ga-

32 ARS Band 27, 7, 9.

rantieren. Anders ausgedrückt: Zwischen dem gesetzlich fixierten Mindestniveau und der Anwendung aller arbeitsrechtlichen Vorschriften muß es nicht nur eine, sondern kann es viele Zwischenformen geben, wobei auch auf die Wünsche der Betroffenen Rücksicht zu nehmen ist^{32a}. Hierin liegt der Vorteil im Vergleich zu dem gleichfalls in Deutschland diskutierten Vorschlag, als Selbständigen nur noch denjenigen anzusehen, der ein unternehmerisches Risiko freiwillig übernommen hat, und alle anderen als Arbeitnehmer neuen Typs dem Arbeitsrecht zuzurechnen³³.

C. Die arbeitnehmerähnlichen Personen im Sozialversicherungsrecht

I. Verhältnis zum Arbeitsrecht

Die sozialrechtliche, insbesondere sozialversicherungsrechtliche Begriffsbildung kann sich an der des Arbeitsrechts orientieren, muß dies aber nicht tun. Soweit alle Erwerbstätigen (etwa bis zu einer Einkommensobergrenze) in die Sozialversicherung einbezogen sind, ist die begriffliche Einteilung allerdings nur insoweit von Bedeutung, als der einzelne ggf. unterschiedlichen Versicherungsträgern zugeordnet wird. Die österreichische Rechtslage bietet hierfür ein Beispiel. Gibt es dagegen keine solche universelle Sozialversicherung, kann eine unterschiedliche Begriffsbildung zu höchst unerwünschten Friktionen führen, wie wir sie im IPR etwa dann kennen, wenn die ehegüterrechtlichen Beziehungen der Rechtsordnung A und die Beerbung der Rechtsordnung B unterliegt. Ist z.B. für Arbeitnehmer im Krankheitsfalle eine Entgeltfortzahlung von sechs Wochen vorgesehen, sind jedoch auch Nicht-Arbeitnehmer in die Sozialversicherung einbezogen, so ergibt sich das Problem, daß letztere in den ersten sechs Wochen Versicherungsleistungen beanspruchen können, die Arbeitnehmer jedoch nicht; soll deshalb bei den Beiträgen differenziert werden?

Gleichgültig, ob man die arbeitsrechtliche Begriffsbildung übernimmt oder nicht, hat das Sozialversicherungsrecht notwendigerweise eine sehr viel geringere Flexibilität. Im Regelfall kann man allenfalls nach einzelnen Versicherungszweigen differenzieren, muß jedoch auch insoweit einigermaßen klare Aufgreifkriterien benennen. Die Berücksichtigung der Schutzbedürftigkeit im Einzelfall fällt dabei unter den Tisch. Wird dem nicht Rechnung getragen und begnügt man sich mit relativ diffusen Anwendungsmerkmalen, gerät man in heftigste Auseinandersetzungen, da unklare Regelungen anders als im Arbeitsrecht häufig nicht durch eine vergleichsweise Regelung handhabbar gemacht werden können. Der (inzwischen durch Gesetzesänderung beigelegte) deutsche Streit um die Scheinselbständigkeit macht dies hinreichend deutlich³⁴. Sozialversicherungsrecht ist notwendigerweise sehr viel rigider als Arbeitsrecht.

32a Vgl. auch Jaspers, ZIAS 2000, 247.

33 So insbesondere LAG Köln LAGE § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 29 unter Bezugnahme auf die grundlegende Arbeit von Wank (Arbeitnehmer und Selbständige, 1988 und DB 1992, 90 ff.).

34 Siehe etwa Weimar/Goebel ZIP 1999, 217 ff.; Kerschbaumer/Tiefenbacher AuR 1999, 121 ff.; Fischer-Harth AuR 1999, 126 ff.; Richardi DB 1999, 958 ff.

II. Ein Beispiel für eine unsystematische Begriffsbildung

Das deutsche Sozialversicherungsrecht knüpft die Sozialversicherungspflicht an die »nichtselbständige Arbeit«, die »insbesondere« in einem Arbeitsverhältnis geleistet wird. Versichert sind somit grundsätzlich alle Arbeitnehmer, die im sozialversicherungsrechtlichen Sprachgebrauch als »Beschäftigte« bezeichnet werden. Bemerkenswert ist, daß das Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit vom 20. Dezember 1999^{34a} dem § 7 Abs. 1 SGB IV einen zweiten Satz hinzugefügt hat, wonach eine Tätigkeit nach Weisungen sowie eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation »Anhaltspunkte« für eine »Beschäftigung« und damit für ein Arbeitsverhältnis geben.

Im Wege der Fiktion werden den Arbeitnehmern diejenigen gleichgestellt, die berufliche Kenntnisse, Fertigkeiten oder Erfahrungen im Rahmen »betrieblicher Berufsausbildung« erwerben (§ 7 Abs. 2 SGB IV), sowie die Heimarbeiter (§ 12 Abs. 2 SGB IV). § 2 Abs. 2 Nr. 3 SGB IV bezieht weiter alle Landwirte, also insbesondere auch solche ein, die als Selbständige tätig sind.

In den einzelnen Versicherungszweigen existieren weitere Sonderregeln, die bestimmte Selbständigen-Gruppen der Pflichtversicherung unterstellen und dabei auch arbeitnehmerähnliche Personen im arbeitsrechtlichen Sinne erfassen.

Als Beispiel sei § 2 SGB VI genannt, der bestimmte Selbständige in die Rentenversicherung einbezieht. Erfasst sind etwa Lehrer und Erzieher, die ihren Lebensunterhalt mit Nachhilfestunden oder als »Hauslehrer« verdienen, Hebammen und Hausgewerbetreibende. Wichtiger ist die Einbeziehung von Künstlern und Publizisten in die sog. Künstlersozialversicherung sowie die Erstreckung der Versicherungspflicht auf die Handwerker.

Der mit Wirkung vom 01. 01. 1999 eingefügte § 2 Nr. 9 SGB VI behandelt »arbeitnehmerähnliche Selbständige«, die durch zwei Merkmale charakterisiert sind: Sie dürfen (1.) keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigen und sie müssen (2.) regelmäßig und im wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig sein. Die Regelung hat in ihrer ursprünglichen Fassung viel Kritik erfahren, da anders als im Rahmen der Künstlersozialversicherung die gesamten Beiträge zur Rentenversicherung (19,5 % des Einkommens) vom Selbständigen allein zu tragen sind. § 6 Abs. 1a SGB VI nimmt deshalb nunmehr Existenzgründer für die Dauer von drei Jahren aus.

Im Bereich der Unfallversicherung ist der Kreis der einzubeziehenden Personen sehr viel weiter bestimmt; Einzelheiten sind in dem 17 Ziffern umfassenden Katalog des § 2 Abs. 1 SGB VII niedergelegt. Zu beachten ist weiter die Vorschrift des § 2 Abs. 2 Satz 1 SGB VII, wonach außerdem auch solche Personen versichert sind, die »wie« versicherte Arbeitnehmer tätig werden. Dabei geht es um Tätigkeiten, die auch in einem Arbeitsverhältnis erbracht werden könnten und bei denen die äußeren Umstände ähnlich wie bei einem Beschäftigungsverhältnis sind³⁵. Dies bedeutet, daß man wie im Arbeits-

schutzrecht die Tätigkeit in den Vordergrund stellt und der wirtschaftlichen Seite keine Bedeutung beimißt. Man kann also davon sprechen, daß jedenfalls im Unfallversicherungsrecht mit der Figur der arbeitnehmerähnlichen Person gearbeitet wird, wobei diese allerdings eine zweckorientierte Eingrenzung erfährt.

D. Arbeitnehmerähnliche Personen im EG-Recht

Das Gemeinschaftsrecht kennt einmal Bestimmungen, die von einem eigenen EG-rechtlichen Arbeitnehmerbegriff ausgehen. Dies gilt insbesondere für die Freizügigkeit nach Art. 39 ff. (bisher: 48 ff.) EG-Vertrag, deren personelle Tragweite nicht zur Disposition der Mitgliedstaaten stehen soll. Zum zweiten gibt es insbesondere Richtlinien, die in Bezug auf den Arbeitnehmerbegriff auf das nationale Recht verweisen. Als Beispiel kann die Richtlinie zum Betriebsübergang dienen, die in ihrer Neufassung vom 29. Juni 1998³⁶ in ihrem Art. 2 Abs. 2 ausdrücklich bestimmt:

»Diese Richtlinie läßt das einzelstaatliche Recht in bezug auf die Begriffsbestimmung des Arbeitsvertrags oder des Arbeitsverhältnisses unberührt.«

Für den Bereich des Gemeinschaftsrechts hat der EuGH ähnlich wie das nationale Recht auf die Weisungsabhängigkeit abgestellt³⁷. Wie weit dieses Kriterium reicht und ob es auch Personen einbezieht, die beispielsweise nach deutschem oder österreichischem Recht als arbeitnehmerähnlich zu qualifizieren sind, ist derzeit ungeklärt. So sollen etwa Rehabilitanden keine Arbeitnehmer sein, wenn ihre Tätigkeit vorwiegend auf die Wiederherstellung ihrer Arbeitsfähigkeit gerichtet ist³⁸. Praktikanten gelten zwar grundsätzlich als Arbeitnehmer, doch wird dann eine Ausnahme gemacht, wenn ihre Tätigkeit völlig untergeordnet und unwesentlich ist³⁹. Die Rahmenrichtlinie Arbeitsschutz definiert in Art. 3 Buchstabe a als Arbeitnehmer »jede Person, die von einem Arbeitgeber beschäftigt wird, einschl. Praktikanten und Lehrlingen, jedoch mit Ausnahme von Hausangestellten«. Sieht man dies in Zusammenhang damit, daß Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie alle privaten und öffentlichen »Tätigkeitsbereiche« erfassen will, so erscheint es möglich, hier auch Personen einzubeziehen, die in bisheriger Terminologie als arbeitnehmerähnlich bezeichnet werden.

Das EG-Recht ist eine im Aufbau begriffene Ordnung. Deshalb wäre es ungerecht, von ihr dasselbe Maß an Differenzierung wie von nationalen Rechtsordnungen zu verlangen, die sich im Laufe von teilweise mehr als hundert Jahren entwickelt haben. Immerhin bestehen Ansätze, sinnvolle Differenzierungen des nationalen Rechts aufzugreifen und fortzuführen.

36 Abgedruckt bei *Haverkate/Weiss* (Hrsg.), *Arbeits- und Sozialrecht der EU*, Textsammlung 1998 Nr. 4.2.2.

37 EuGH NVwZ 1987, 41 – Lawrie-Blum.

38 EuGH Slg. 1989, 1621, 1645 – Bettray.

39 EuGH EuZW 1992, 313, 314 – Berlini.

34a BGBl 2000 I S. 2.

35 BSG NJW 1999, 446, 447.