

Wolfgang Däubler

Contratto di Lavoro e Subordinazione nella recente legislazione tedesca

I. Einleitung

Wer den Blick nach Deutschland wendet, tut dies normalerweise mit bestimmten Erwartungen. Man denkt an moderne und fortgeschrittene Lösungen, an Zuverlässigkeit (in der Technik wie im Recht), an klare und geordnete Strukturen – kurz gesagt, man rechnet mit einer hohen Qualität.

Wenn Sie wirklich mit diesen oder ähnlichen Vorstellungen gekommen sind, so werden Sie leider enttäuscht sein. Was ein Arbeitnehmer ist, bestimmt sich in Deutschland nicht nach irgendwelchen modernen Grundsätzen, sondern nach der Tradition, die von den Arbeitsgerichten fortgeschrieben wird. Eine zuverlässige Orientierung ist auch für den spezialisierten Juristen schwierig. Die gesetzlichen Regeln haben punktuellen Charakter. Unfreundliche Menschen könnten auch von einem gesetzgeberischen Chaos sprechen, das allerdings die in der Unordnung liegenden kreativen Potenzen ungenutzt lässt. Von „Qualitätsarbeit“ kann jedenfalls nicht die Rede sein.

Lassen Sie mich zunächst den Status quo beschreiben, ehe ich dann zu den Einzelheiten der gesetzlichen Regelungsversuche übergehe. Abschließend soll ein Ausblick versucht werden.

II. Der Status quo

1. Die Dreiteilung der Erwerbsarbeit

Das deutsche Recht geht im Wesentlichen von einer Dreiteilung der Erwerbsarbeit aus.

Arbeitnehmer ist, wer aufgrund privatrechtlichen Vertrags weisungsabhängige Arbeit leistet. Auf diese Personengruppe findet grundsätzlich das gesamte Arbeitsrecht Anwendung. Eine genauere Betrachtung macht deutlich, dass dies allerdings nur cum grano salis gilt, daß atypische Arbeitsverhältnisse gerade dadurch charakterisiert sind, dass

einzelne Arbeitsrechtsnormen leerlaufen – wie z.B. der Kündigungsschutz bei der Befristung – oder nicht abwendbar sind – wie das Betriebsverfassungsrecht in Betrieben mit weniger als fünf Beschäftigten.

Die zweite Gruppe besteht aus den sog. arbeitnehmerähnlichen Personen. Formal unterliegen sie keinen Weisungen, sind also Selbständige. Sie sind jedoch von einem Auftraggeber wirtschaftlich abhängig und in vergleichbarer Weise wie ein Arbeitnehmer sozial schutzbedürftig. Aus diesem Grund finden eine Reihe arbeitsrechtlicher Vorschriften auf sie Anwendung. Allerdings sind sie nicht in den Kündigungsschutz und in die Betriebsverfassung integriert.

Die dritte Gruppe sind die echten Selbständigen. Sie unterliegen den Vorschriften des BGB und des HGB, die durch berufsspezifische Regeln ergänzt werden. Nur ganz ausnahmsweise – etwa bei Arbeit in einem fremden Gebäude – können einzelne arbeitsrechtliche Vorschriften z.B. über den Gesundheitsschutz analog herangezogen werden.

Daneben gibt es einige Sondergruppen, die uns hier nicht näher interessieren sollen: Lehrlinge sind zwar keine Arbeitnehmer, doch werden während ihrer Tätigkeit im Betrieb fast alle arbeitsrechtlichen Grundsätze auf sie angewandt. Schüler unterliegen demgegenüber dem öffentlichen Recht.

Beamte haben einen öffentlich-rechtlichen Sonderstatus, der viele arbeitsrechtliche Grundsätze aufgenommen hat: Dazu kommt jedoch auf der einen Seite ein Höchstmaß an Arbeitsplatz- und Existenzsicherheit, auf der anderen Seite das Fehlen von Tarifautonomie und Streik.¹

2. Was ist ein Arbeitnehmer? - Die Definitionsmacht der Arbeitsgerichte

In Deutschland gibt es keine gesetzliche Definition des Arbeitnehmerbegriffs. In arbeitsrechtlichen Vorschriften wird er vorausgesetzt. Die „arbeitnehmerähnliche“ Person bestimmt sich ihrerseits nach dem Arbeitnehmer, und auch die selbständige Tätigkeit hat keine allgemeine Umschreibung erfahren. Lediglich für den Spezialbereich der Handelsvertreter existiert die Vorschrift des § 84 Abs.1 Satz 2 HGB, die lautet:

¹ Überblick in englischer Sprache bei Weiss, Employment versus Self-Employment: The Search for a Demarcation Line in Germany, in : Festschrift Hanami, Tokyo 2000, p. 241 ff.

„Selbständig ist, wer im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann.“

Mehr haben die arbeitsrechtlichen Gesetze nicht zu bieten. Der Anwendungsbereich des Arbeitsrechts wird so von den Arbeitsgerichten festgelegt.

Nach der ständigen Rechtsprechung des BAG bestimmt sich die Grenze zwischen Arbeitnehmern und Selbständigen nach dem „Grad der persönlichen Abhängigkeit“.² Der Arbeitnehmer hat seine Tätigkeit im Rahmen einer Arbeitsorganisation zu erbringen, die von einem andern determiniert ist.³ Diese „Eingliederung“ in eine fremde Organisation wird deutlich, wenn er Weisungen in Bezug auf Zeitpunkt, Dauer, Ort und Inhalt seiner Tätigkeit zu folgen hat.⁴ Zur Begründung wird häufig auf § 84 Abs.1 Satz 2 HGB zurückgegriffen, der trotz seines engen Anwendungsbereichs als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes angesehen wird.⁵

Die Weisungsabhängigkeit muss nicht in jeder Hinsicht eine totale sein. Entscheidend ist, daß der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber während einer bestimmten Zeit zur Verfügung steht. So wird der Chefarzt eines Krankenhauses als Arbeitnehmer angesehen, obwohl er in voller Freiheit über die anzuwendenden therapeutischen Maßnahmen entscheidet⁶. Bei einem Außendienstmitarbeiter kann die zeitliche Bestimmung fehlen, die zu erfüllenden Aufgaben können aber so umfangreich sein, dass die ganze Arbeitskraft in Anspruch genommen wird.⁷ Der Richter hat alle Umstände des Einzelfalls abzuwägen.⁸ So ist z.B. die Pflicht, Dienste in eigener Person zu leisten, ein gewichtiger Anhaltspunkt für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses, doch ist dieses nicht unter allen Umständen ausgeschlossen, wenn die betreffende Person einen Vertreter schicken kann.⁹ Ohne Bedeutung sind jedoch wirtschaftliche Kriterien; die Art und Weise der Bezahlung, die Abhängigkeit vom Arbeitseinkommen und das Risiko, das ein Arbeitnehmer ggfs. übernimmt, sind nicht in die Betrachtung einzubeziehen¹⁰. Auch ein sehr vermögender Mensch, der weisungsabhängige Arbeit leistet, ist Arbeitnehmer.

² S. z.B. BAG AP Nr. 48 zu § 5 BetrVG 1972 Blatt 2 Rückseite

³ S. BAG aaO; im selben Sinne BAG AP Nr. 90 zu § 611 BGB Abhängigkeit Blatt 3; BAG AP Nr. 102 zu § 611 BGB Abhängigkeit

⁴ S. BAG AP Nr. 48 zu § 5 BetrVG 1972 ; im selben Sinne BAG AP Nr. 102 und 104 zu § 611 BGB Abhängigkeit

⁵ S. BAG AP Nr. 90 zu § 611 BGB Abhängigkeit

⁶ BAG AP Nr. 24 zu § 611 BGB Ärzte, Gehaltsansprüche

⁷ BAG AP Nr. 104 zu § 611 BGB Abhängigkeit

⁸ BAG AP Nr. 104 zu § 611 BGB Abhängigkeit

⁹ BAG AP Nr. 90 zu § 611 BGB Abhängigkeit

¹⁰ BAG AP Nr. 103 zu § 611 BGB Abhängigkeit

Ihrem methodischen Vorgehen nach versucht die Rechtsprechung nicht, einen Begriff des Arbeitnehmers zu entwickeln, der sich durch das Vorliegen bestimmter Merkmale bestimmt. Vielmehr wird der Arbeitnehmer als „Typus“ angesehen. Dabei reicht es aus, wenn einige der genannten Merkmale wie z.B. Abhängigkeit in Bezug auf Ort und Zeit festliegen, andere jedoch fehlen – entscheidend ist, dass die Tätigkeit bei Betrachtung aller Umstände für einen Arbeitnehmer charakteristisch ist. Das BAG hat sich ausdrücklich zu dieser typologischen Methode bekannt; es gebe keine abstrakten Kriterien, die auf alle Arten von Arbeitsverhältnissen anwendbar wären.¹¹

Für den einzelnen Bürger schafft dies wenig Rechtssicherheit. Das Bundesverfassungsgericht hat darin aber keinen Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip gesehen, das u.a. auch Rechtssicherheit verlangt: Gewisse Unsicherheiten seien jeder Auslegung von Rechtsvorschriften immanent. Ausdrücklich wurde der Rückgriff auf einen „Typus“ als legitim gebilligt. Dabei wurde auch gesellschaftspolitisch argumentiert:¹²

„Gerade die Verwendung der Rechtsfigur des Typus ist es zu verdanken, dass die ... gesetzlichen Vorschriften .. trotz ihres Festhaltens an Begriffen wie Angestellte, Arbeiter usw. in Verbindung mit ihrer Konkretisierung durch Rechtsprechung und Literatur über Jahrzehnte hinweg auch bei geänderten sozialen Strukturen ihren Regelungszweck erfüllen und die ...Umgehung von Schutzvorschriften ... verhindern konnten.“

3. Der Typus „Arbeitnehmer“ in anderen Rechtsgebieten

Nach Auffassung des BAG gilt der vom ihm entwickelte Arbeitnehmertypus im gesamten Arbeitsrecht, soweit nicht in einzelnen Gesetzen bestimmte Gruppen von Arbeitnehmern ausgenommen sind.¹³ Das Sozialversicherungsrecht verlangt ein „Beschäftigungsverhältnis“ als Voraussetzung für die Einbeziehung in die Sozialversicherung. § 7 Abs.1 Satz 1 SGB IV „definiert“ dieses mit den Worten:

„Beschäftigung ist die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis.“

¹¹ BAG AP Nr. 48 zu § 5 BetrVG 1972; BAG AP Nr. 90 zu § 611 BGB Abhängigkeit

¹² BVerfG AP Nr. 82 zu § 611 BGB Abhängigkeit

¹³ Ein Beispiel hierfür ist beispielsweise § 5 Abs.2 BetrVG, der enge Angehörige des Arbeitgebers aus den Vorschriften des Betriebsverfassungsrechts ausnimmt.

Rechtlich gibt es keinen Zwang, methodisch oder inhaltlich dem BAG zu folgen, da über die Auslegung dieser Vorschrift in letzter Instanz des BSG entscheidet. Dieses hat sich jedoch bei der Bestimmung des „Arbeitsverhältnisses“ methodisch voll dem BAG angeschlossen.¹⁴; auch inhaltlich ergeben sich kaum Divergenzen. Unselbständig Beschäftigte außerhalb des Arbeitsverhältnisses, die ja § 7 Abs.1 Satz 1 SGB IV gleichfalls nennt, sind insbesondere die Lehrlinge sowie die Heimarbeiter, die üblicherweise als arbeitnehmerähnlich Personen qualifiziert werden.

Auch der Bundesfinanzhof hat sich bei der Auslegung des Steuerrechts mit der Frage zu befassen, was als „unselbständige Tätigkeit“ zu qualifizieren ist. Methodisch ist er gleichfalls dem BAG gefolgt und spricht sich für eine „Würdigung nach dem Gesamtbild der Verhältnisse“ aus.¹⁵ Inhaltlich verwendet er jedoch andere Kriterien und stellt entscheidend darauf ab, ob der Einzelne eigene unternehmerische Initiativen entfalten kann oder nicht.¹⁶ Auf die Einordnung einer Tätigkeit im Arbeitsrecht oder im Sozialversicherungsrecht komme es nicht an – ausdrücklich wird die Eigenständigkeit der steuerrechtlichen Begriffsbildung betont.

III. Neuere Initiativen des Gesetzgebers

1. Der Anlass

Für die Arbeitgeberseite ist eine „Flucht aus dem Arbeitsrecht“ relativ leicht möglich. Allerdings reicht es nicht aus, lediglich die vertragliche Formulierung zu ändern und beispielsweise einen Vertrag „über selbständige Dienste“ oder einen Werkvertrag zu vereinbaren. Insoweit hat die Rechtsprechung einen Riegel vorgeschoben und stellt allein darauf ab, wie der Vertrag in der Realität vollzogen wird, ob insoweit also Weisungsabhängigkeit besteht oder nicht.¹⁷ Auch eine Klausel, wonach der Arbeitnehmer freiwillig tätig und zu keiner Leistung verpflichtet ist, bleibt ohne Bedeutung, wenn sich aus den Umständen ergibt, daß der Arbeitnehmer bei einem „nein“ das Risiko eingeht, seinen Job zu verlieren.

¹⁴ BSGE 13, 196; 16, 289; 35,20

¹⁵ BFH DSrR 1999, 711, 713

¹⁶ BFH aaO, auch zum Folgenden

¹⁷ S. statt aller BAG AP Nr. 48 zu § 5 BetrVG 1972; BAG AP Nr. 90 und 103 zu § 511 BGB Abhängigkeit

Der Arbeitgeber hat aber in vielen Fällen die Möglichkeit, die Arbeit so zu organisieren, dass nicht mehr von „persönlicher Abhängigkeit“ die Rede sein kann oder dass jedenfalls gewichtige Argumente für das Vorliegen einer selbständigen Tätigkeit sprechen. In diesem Fall vermeidet er die Belastungen des Arbeitsrechts – beispielsweise den gesetzlichen Anspruch auf einen vierwöchigen Erholungsurlaub und den gesetzlichen Anspruch auf Entgeltfortzahlung bei Krankheit für die Dauer von sechs Wochen. Noch wichtiger ist, dass Selbständige im Normalfall nicht der Sozialversicherung unterliegen, was einen erheblichen Kostenvorteil bringt: Verdient ein Arbeitnehmer z.B. 4 000,- DM, so muss der Arbeitgeber ca. 800,- DM und der Arbeitnehmer ca. 800,- DM an Beiträgen zur Sozialversicherung abführen. Würde man den Arbeitnehmer zum Selbständigen machen und ihm denselben Betrag, d.h. DM 4 000,- ausbezahlen, hätten bei kurzfristiger Betrachtung beide Seiten einen Vorteil. Im Arbeitsrecht würde der Arbeitgeber überdies in Grenzfällen kein sehr großes Risiko eingehen, da es relativ unwahrscheinlich ist, dass der Beschäftigte Klage erheben wird: Die Unsicherheit des Ausgangs, die mit der Unbestimmtheit des Arbeitnehmerbegriffs zusammenhängt, wird insbesondere wirtschaftlich schwache Personen davon abhalten, den Gang durch die Gerichtsinstanzen anzutreten. Im Sozialversicherungsrecht ist die Ausgangslage eine andere, da der Arbeitgeber für die letzten vier Jahre die Sozialversicherungsbeiträge beider Seiten bezahlen muss, wenn er in Wahrheit einen Arbeitnehmer beschäftigte. Allerdings war die Kontrollpraxis der Sozialversicherungsträger relativ lasch, sodass nur bei groben Formen von Umgehung eine solche Sanktion drohte.

In der Öffentlichkeit wurde das Phänomen der „Scheinselbständigkeit“ nachhaltig kritisiert. Dennoch ist nicht zu übersehen, dass die Arbeitnehmer weiterhin eine absolut dominierende Position im Bereich der Erwerbstätigkeit haben. Die letzten verfügbaren Daten stammen vom April 1999.¹⁸ Danach waren 82,1 % aller Erwerbstätigen Arbeitnehmer und 7,1 % Beamte, sodass sich der Anteil der abhängig Beschäftigten auf knapp 90 % belief. Die selbständig Erwerbstätigen machten 10,0% oder in absoluten Zahlen: 3,332 Mio aus.¹⁹ Im April 1993 hatte diese Zahl noch 3,175 Mio betragen. Die tatsächliche Steigerung dürfte insbes. im Handel und bei Dienstleistungen erheblich höher sein, da im gleichen Zeitraum die Zahl der Selbständigen in der Landwirtschaft erheblich zurückging. Die Entwicklung lässt sich gleichwohl nicht als dramatisch bezeichnen. Dennoch gibt es einen Erosionsprozess bei den Systemen der sozialen Sicherheit, der sich langfristig nachteilig

¹⁸ Statist. Jahrbuch für die Bundesrepublik Deutschland 2000, 104, auch zum Folgenden

¹⁹ Dazu kamen 0,9 % sog. mithelfende Familienangehörige

auswirkt: Wer nicht über die nötigen Mittel für eine (teure) private Vorsorge für den Krankheitsfall und für das Alter verfügt, wird in der Zukunft der Allgemeinheit zur Last fallen, ohne selbst Beiträge geleistet zu haben.

2. Das Korrekturgesetz vom 19. Dezember 1998

Nach dem Regierungswechsel vom Oktober 1998 wurde mit dem „Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte“²⁰ der Versuch unternommen, die „Flucht aus der Sozialversicherung“ einzudämmen und auch „Scheinselbständige“ (wieder) einzubeziehen. Dabei ging man nicht den Weg, den Anwendungsbereich der Sozialversicherung auszudehnen. Vielmehr beließ man es bei dem diffusen Arbeitnehmerbegriff und sah lediglich bestimmte Kriterien vor, nach denen sich eine „Vermutung“ zugunsten eines Arbeitsverhältnisses bestimmen sollte. Sie waren in dem neuen § 7 Abs.4 SGB IV enthalten; wenn zwei von vier Kriterien erfüllt waren, sollte eine Vermutung zugunsten eines Arbeitsverhältnisses sprechen.

Wie waren diese Kriterien beschaffen?

- (1) Die fragliche Person beschäftigte keine Arbeitnehmer außer Familienangehörigen.
Geringfügig Beschäftigte mit einem Monatseinkommen bis zu DM 630,- wurden nicht gezählt.
- (2) Die fragliche Person arbeitet regelmäßig und hauptsächlich für einen Auftraggeber.
- (3) Die fragliche Person erbringt Dienste, die typisch für Arbeitnehmer sind;
- (4) Die fragliche Person setzt ihre Arbeitsprodukte nicht direkt auf dem Markt ab.

Gleichzeitig wurde die Zuständigkeit für die Kontrolle der Beschäftigungsverhältnisse auf den Rentenversicherungsträger übertragen, von dem sich die Betriebe weniger Entgegenkommen versprochen. Die Vermutung konnte zwar widerlegt werden, doch ging die Unklarheit des Arbeitnehmerbegriffs in einem solchen Fall zu Lasten dessen, der sich auf die Selbständigkeit berufen wollte. Ob die Neuregelung auch Auswirkungen auf das Arbeitsrecht haben würde, blieb unklar. Immerhin konnte man damit rechnen, dass Arbeitsgerichte zumindest dazu neigen würden, Feststellungen der Sozialversicherungsträger zu übernehmen; eine abweichende Meinung zu begründen, ist auf der Grundlage des „offenen“ Arbeitnehmerbegriffs eine höchst aufwendige Angelegenheit.

²⁰ v. 19. Dezember 1998, BGBl I S. 3843

Die gesetzliche Regelung fand eine geradezu verheerende Resonanz in der juristischen wie in der allgemeinen Öffentlichkeit.²¹ Die Kritik konzentrierte sich auf folgende Punkte:

- Die Vorschrift war rechtstechnisch wenig geglückt. Die Ausklammerung von Familienangehörigen erweckte verfassungsrechtliche Bedenken, weil es ja nicht um informelle Mitarbeit, sondern um echte Arbeitsverhältnisse mit ihnen ging. Auch blieb unklar, wie eigentlich Personen zu behandeln sind, die mehrere Teilzeitkräfte beschäftigten, die nicht mehr als 630,- DM pro Monat verdienten. Bei Kriterium Nr. 3 war völlig unsicher, wie die arbeitnehmertypische Arbeit zu qualifizieren war.
- Die Vorschrift zwang zahlreiche Personen in die Sozialversicherung hinein, die sie gar nicht haben wollten. Dies galt insbesondere für Existenzgründer und hoch qualifizierte Arbeitskräfte: Ein Architekt mag am Anfang seiner Laufbahn nur einen großen Auftrag haben und sich auch keine regulären Mitarbeiter leisten können – gleichwohl ist er als Selbständiger anzusehen. Die Regelung würde gerade die Existenzgründer zusätzlich benachteiligen, da sich kein Auftraggeber finden würde, der wegen einer drohenden Einbeziehung in die Sozialversicherung eine mögliche Kostensteigerung von 40 % in Kauf nehmen würde.
- Die intensivierete Kontrolle könnte in vielen Fällen dazu führen, dass rückwirkend für vier Jahre die Beiträge zur Sozialversicherung nachbezahlt werden müssen. Dies wurde nicht ganz zu Unrecht als unverhältnismäßige Sanktion angesehen. Angesichts der Unklarheit der Regelung konnte man auch niemals sicher sein, ob nicht irgendwann in der Zukunft einer solcher Fall eintreten würde.

Die Regierung setzte daraufhin eine Kommission unter dem Vorsitz von Thomas Dieterich, dem früheren Präsidenten des BAG, ein, die Vorschläge für eine Neuordnung erarbeitete.

3. Das Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit

Aufgrund der Vorarbeiten der Kommission wurde Ende Dezember 1999 ein neues Gesetz erlassen, das der Kritik Rechnung tragen sollte. Um deutlich zu machen, dass gerade die Vorschriften geändert wurden, die zu Lasten von Existenzgründern gehen konnten, trägt es

²¹ Zur rechtswissenschaftlichen Kritik s. statt aller Bauer-Diller-Lorenzen NZA 1999, 169 ff.; Buchner DB 1999, 146 ff.; Hohmeister NZA 1999, 337 ff.; Richardi, DB 1999, 958

den Titel „Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit“.²² Um überflüssige wirtschaftliche Belastungen zu vermeiden, trat es rückwirkend zum 1.1.1999 in Kraft.

Auch wenn dies zum Teil anders gesehen wird²³, kann man es im wesentlichen als Rückkehr zum Status quo ante bezeichnen. Sein inhaltlicher Schwerpunkt liegt in drei Bereichen.

§ 7 Abs.1 SGB IV wurde um einen Satz 2 ergänzt, der lautet:

„Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers.“

Dies ist als gesetzgeberische Bestätigung der herrschenden Arbeitnehmerkonzeption zu verstehen, die ja nicht mit exakter begrifflicher Abgrenzung, sondern mit „Anhaltspunkten“ arbeitet, aus denen sich der Typus des Arbeitnehmers ergibt. Ob diese Formulierung auch Auswirkungen auf das Arbeitsrecht hat, ist letztlich ohne Bedeutung, da sich keine Abweichung gegenüber der BAG-Rechtsprechung ergibt.

Die Vermutungsregelung wurde inhaltlich verändert; sie greift nur noch dann ein, wenn der Arbeitgeber bzw. Auftraggeber seine Mitwirkungspflicht nicht erfüllt. Dies werden seltene Fälle sein. Liegen sie vor, so wird ein Beschäftigungsverhältnis (= Arbeitsverhältnis) vermutet, wenn drei von fünf Kriterien erfüllt sind. Diese fünf Kriterien lauten gemäß dem neuen § 7 Abs.4 SGB IV:

- (1) Die Person beschäftigt im Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit regelmäßig keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer, dessen Arbeitsentgelt aus diesem Beschäftigungsverhältnis regelmäßig im Monat 630 Deutsche Mark nicht übersteigt;
- (2) Sie ist auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig;
- (3) Ihr Auftraggeber oder ein vergleichbarer Auftraggeber lässt entsprechende Tätigkeiten regelmäßig durch von ihm beschäftigte Arbeitnehmer verrichten;
- (4) Ihre Tätigkeit läßt typische Merkmale unternehmerischen Handelns nicht erkennen;
- (5) Ihre Tätigkeit entspricht dem äußeren Erscheinungsbild nach der Tätigkeit, die sie für denselben Arbeitgeber zuvor aufgrund eines Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt hatte.“:

Auch diese Formulierung läßt eine Reihe von Unklarheiten, doch ist dies von sekundärer Bedeutung, da die Regelung keine große praktische Bedeutung hat.

²² vom 20.12.1999, BGBl 2000 I S. 2

²³ Wank AuR 2001, 291

Nach dem neuen § 7a SGB IV gibt es ein sog. Anfrageverfahren. In zweifelhaften Fällen kann der Auftraggeber klären lassen, ob die beschäftigte Person zu versichern ist oder nicht. Eine Zahlungspflicht entsteht erst, wenn das Verfahren rechtskräftig abgeschlossen ist²⁴

IV. Alternativen

1. Entwicklung eines Arbeitnehmerbegriffs?

Das Vorgehen der Gerichte bei der Bestimmung der Personen, die man als „Arbeitnehmer“ qualifiziert, hat in der Literatur nicht nur Zustimmung gefunden. Insbesondere Wank hat in seiner Habilitationsschrift den Versuch unternommen, ein eigenes und besseres Konzept zu entwickeln²⁵. Seine Kritik am Vorgehen des BAG bezog sich nicht allein auf die mangelnde Voraussehbarkeit der Ergebnisse. Vielmehr wies er mit Recht darauf hin, dass das BAG den „Arbeitnehmer“ rein ontologisch bestimmte, gewissermaßen als vorgegebene Größe, statt auf den Zweck der arbeitsrechtlichen Vorschriften abzustellen. Warum soll beispielsweise die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall an die Weisungsabhängigkeit der Tätigkeit geknüpft werden und nicht an die wirtschaftliche Abhängigkeit?²⁶ Wanks Alternative besteht darin, den Selbständigen zu definieren: Nur wer freiwillig unternehmerische Risiken übernimmt und sich unternehmerische Chancen zunutze machen kann, ist als Selbständiger zu qualifizieren. Alle anderen Personen unterliegen dem Arbeitsrecht. An die Stelle der Weisungsabhängigkeit in Bezug auf die Ausführung der Arbeit tritt die „unternehmerische“ Abhängigkeit des einzelnen; wer sich eigener unternehmerischer Chancen begibt, bedarf des Schutzes durch das Arbeitsrecht.²⁷

Diese Alternativposition wurde durchaus ernst genommen. Sie fand Zustimmung bei einigen Autoren²⁸ sowie insbesondere bei einzelnen Arbeitsgerichten.²⁹ Besondere Interesse verdient eine empirische Untersuchung des Instituts für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung, das bei der Bundesanstalt für Arbeit angesiedelt ist. Gegenstand war die sog. Grauzone derjenigen Beschäftigten, bei denen Unklarheit über den Status als Arbeitnehmer oder als Selbständige

²⁴ Überblick über die Neuregelung bei Bieback SGB 2000, 189 ff.; Lakies NJ 2000, 125 ff.; Reiserer DB 2000, 94 ff.

²⁵ Wank, Arbeitnehmer und Selbständige, München 1988

²⁶ Kurze Zusammenfassung der Position Wanks in DB 1992, 90 ff.

²⁷ So verdeutlichend in AuR 2001, 291 ff.

²⁸ Joerges AG 1991, 325 ff.; Matthießen ZIP 1988, 1094 ff.; der Tendenz nach auch Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 7. Aufl., München 2000, § 36 Rn 11

²⁹ LAG Niedersachsen LAGE § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 24; LAG Köln LAGE § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 27

bestand. Dabei wurde alternativ die Konzeption des BAG und die Wanks zugrunde gelegt. Es ergab sich, dass von ca. 1 Mio. Beschäftigten nach dem BAG-Modell 461 000 in Wirklichkeit Arbeitnehmer waren, während nach dem Modell von Wank 636 000 Personen unter das Arbeitsrecht fielen.³⁰

Die alternative Konzeption von Wank hat trotz ihrer Resonanz in absehbarer Zukunft keine Chance, die Position des BAG abzulösen. Wichtige Richter haben sich ausdrücklich von ihr distanziert³¹, auch in der Literatur überwiegen die Kritiker³². Sie stützen sich im Wesentlichen auf zwei Argumente.

Zum einen verweisen sie darauf, dass auch das Abstellen auf die freiwillige Übernahme eines unternehmerischen Risikos Abgrenzungsprobleme schafft, die den mit der BAG-Konzeption verbundenen nicht nachstehen. Wie ist die Freiwilligkeit zu bestimmen? Wieviel unternehmerisches Risiko reicht aus? Die dadurch geschaffene Rechtsunsicherheit ist umso gravierender als die Rechtsprechung wieder vom Nullpunkt an beginnen müsste: Auf der Grundlage der bisherigen Rechtsprechung existieren demgegenüber ca. 300 veröffentlichte Urteile, die wenigstens in einigen Bereichen wie z. B. bei den Lehrern oder den Lkw-Fahrern ein gewisses Maß an Orientierungssicherheit schaffen³³. Über längere Zeit hinweg würde sich die Rechtsunsicherheit verstärken.

Zum zweiten verweist man auf die vom Gesetz vorausgesetzte Dreiteilung in Arbeitnehmer, arbeitnehmerähnliche Personen und Selbständige. Würde man der Auffassung Wanks folgen, wäre die Gruppe der „Arbeitnehmerähnlichen“ inexistent; ihre Angehörigen würden vermutlich im wesentlichen als Arbeitnehmer, im Ausnahmefall als Selbständige behandelt. Ein solcher Wandel hin zu einer reinen Zweiteilung lässt sich nicht ohne Intervention des Gesetzgebers bewerkstelligen.

2. Fortentwicklung der Rechtsprechung

³⁰ IAB-Werkstattbericht Nr. 7 vom 25. Nov. 1996, Zusammenfassung der Ergebnisse in RdA 1998, 171

³¹ Reinecke ZIP 1998, 581 ff.; Schliemann RdA 1997, 322 ff.

³² S. statt aller Franzen ZfA 2000, 286, 315 ff.

³³ Darauf verweist auch LAG Düsseldorf LAGE § 611 BGB Abhängigkeit Nr. 33

Bleibt das deutsche Arbeitsrecht ein Hort des Konservatismus? Werden wir auch noch in 20 Jahren darauf angewiesen sein, im Einzelfall zu erraten, ob ein Beschäftigter wohl unter den „Typus“ des Arbeitnehmers fällt? Ganz so viel Pessimismus ist nicht angebracht.

Zum einen hat die begriffliche Offenheit der Rechtsprechung die positive Folge, dass man alle diejenigen als Arbeitnehmer behandeln kann, die den Schutz des Arbeitsrechts verdienen. Entscheidend ist der weite Begriff von „subordinazione“. In einem neueren Urteil kann man z.B. lesen, dass die vereinbarte Freiwilligkeit der Arbeitsleistung der Weisungsabhängigkeit nicht entgegensteht, wenn erwartet wird, dass den „Wünschen“ des Auftraggebers entsprochen wird³⁴ Auf diese Weise können wirtschaftliche Zwänge berücksichtigt werden. Auch bei einem Journalisten, der einzelne Einsätze ohne nähere Begründung verweigern konnte, kam die Rechtsprechung zur Annahme einer Arbeitnehmertätigkeit, weil die Erwartung bestand, er werde davon nicht oder nur ganz ausnahmsweise Gebrauch machen.³⁵

Zum zweiten steht im deutschen Recht die Kategorie der arbeitnehmerähnlichen Person zur Verfügung, die es der Rechtsprechung ermöglicht, einen Teil arbeitsrechtlicher Vorschriften anzuwenden. Wie weit sie insoweit gehen kann, ist bisher nicht abschließend entschieden.³⁶ Die Tendenz geht eher in die Richtung, den Kreis der anzuwendenden Normen auszudehnen, so wenn etwa in der neueren Rechtsprechung die Anwendung der Vorschriften über die bezahlte Karenz bei nachvertraglichem Wettbewerbsverbot nach den §§ 74b ff. HGB allein mit der Begründung bejaht wurde, die in Frage stehende arbeitnehmerähnliche Person sei in gleicher Weise wie ein Arbeitnehmer schutzwürdig.³⁷

Die weitere Entwicklung wird u.a. dadurch geprägt sein, dass der Gesetzgeber bzw. der an seiner Stelle handelnde Richter von Verfassungs 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 Handelsvertreter.³⁸ Diesem Anliegen kann beispielsweise dadurch Rechnung getragen

³⁴ BAG AP Nr. 102 zu § 611 BGB Abhängigkeit: „Schon ein ‚freiwilliges‘ Eingehen auf ‚Wünsche‘ des Vertragspartners, die mit deutlicher Erwartungshaltung vorgebracht werden, würde genügen, um dem Beschäftigten die für die freie Mitarbeit typische Entscheidungsfreiheit hinsichtlich des ‚Ob‘, der Zeit und des Orts der Dienstleistung zu nehmen.“

³⁵ BAG AP Nr. 74 zu § 611 BGB Abhängigkeit

³⁶ Überblick über den Stand in Rspr. Und Literatur bei Däubler ZIAS 2000, 326 ff.

³⁷ BAG DB 1997, 1979

³⁸ BVerfGE 81, 242, 254 ff.

werden, daß man die Vorschriften zur Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen auf diese Verträge erstreckt, die ab 1.1.2002 überdies auch auf Formular-Arbeitsverträge erstreckt werden.³⁹ Noch nicht ausreichend diskutiert ist die Frage, inwieweit der aus Art. 12 Abs.1 GG abgeleitete Mindestkündigungsschutz⁴⁰ auch arbeitnehmerähnliche Personen erfasst. Immerhin hat das BAG in jüngerer Zeit in Bezug auf die Sondergruppe der Heimarbeiter eine entsprechende Konsequenz gezogen.⁴¹

Bei allen juristischen Kontroversen sollte man nicht vergessen, dass nur ein kleiner Teil aller Problemfälle vor die Gerichte kommt. Gerade Personen, deren Arbeitnehmereigenschaft zweifelhaft ist, werden ihre weitere Beschäftigung nicht aufs Spiel setzen, indem sie Klage gegen ihren Arbeitgeber oder Auftraggeber erheben. Hier wären unabhängige Stellen wichtig, wie sie das EG-Verbraucherrecht vorsieht: Sie könnten die Rechte der Betroffenen im eigenen Namen geltend machen. Es regt zwar die Phantasie nur wenig an und mag allzu bescheiden klingen: Das hauptsächliche Problem liegt darin, erst einmal die Realität der Arbeit und das Arbeitsrecht zur Deckung zu bringen.

³⁹ Die Frage der Anwendbarkeit der AGB-Kontrolle blieb dahingestellt in BGH AP Nr. 1 zu § 23 AGB-Gesetz

⁴⁰ BVerfG DB 1998, 826; dazu Hanau, FS Dieterich, München 1999, S. 201 ff.; Däubler, Festschrift 50 Jahre Arbeitsgerichtsbarkeit Rheinland-Pfalz, Neuwied 1999, S. 271 ff. und in Kittner-Däubler-Zwanziger, Kündigungsschutzrecht. Kommentar, 5. Aufl., Frankfurt/Main 2001, § 242 BGB Rn 22 ff. mwN

⁴¹ BAG NZA 1998, 1001, 1003