

Scheinselbständigkeit und Arbeitnehmerbegriff

Bekämpfung der Scheinselbständigkeit durch eine Neudefinition des Arbeitnehmerbegriffs?

Vom Fachbereich Wirtschafts- und Sozialwissenschaften der Universität Lüneburg

zur Erlangung des Grades

Doktor der Wirtschafts- und Sozialwissenschaften (Dr. rer. pol.) genehmigte

Dissertation

von Roland Gastell

aus Clausthal-Zellerfeld

Inhaltsverzeichnis

Abbildungsverzeichnis		10
Abkürzungsverzeichnis		11
1. Einleitung		13
2. Der Außendienst		15
2.1. Der Begriff des Außendienstes		15
2.2. Aufgaben und Tätigkeiten des Außendienstes		17
2.3. Der Außendienst als mobile Telearbeit		19
2.3.1. Der Begriff der Telearbeit		20
2.3.2. Die mobile Telearbeit		21
2.4. Besondere Probleme der Außendienstarbeit		21
2.4.1. Die Stellung des Außendienstmitarbeiters in der Gesellschaft		22
2.4.2. Die Stellung des Außendienstmitarbeiters im Betrieb		22
2.4.2.1. Der fehlende innerbetriebliche Kontakt		23
2.4.2.2. Die soziale Isolation und der Kontakt zu Kunden		23
2.4.2.3. Das Kontrollproblem		24
2.4.2.4. Das Verhältnis zwischen Außen- und Innendienst		25
2.4.3. Die sog. Selbstausbeutung des Außendienstmitarbeiters		26
2.4.4. Die Stellung des Außendienstmitarbeiters im Rahmen der kollektiven Interessenvertretung		28
2.4.5. Aktuelle Entwicklungen		31
2.4.5.1. Der Imagewandel des Außendienstes		31
2.4.5.2. Der Wandel bei der kollektiven Interessenvertretung		32
2.5. Ergebnis zu Kapitel 2.		34
3. Die Scheinselbständigkeit		36
3.1. Der Begriff und die Merkmale der Scheinselbständigkeit		36
3.2. Die Scheinselbständigkeit vor dem Hintergrund wirtschaftlicher Veränderungen		37

3.3.	Erscheinungsformen der Scheinselbständigkeit	39
3.3.1.	Tatsächliche Erscheinungsformen der Scheinselbständigkeit	39
3.3.1.1.	Rechtsprechung und Literatur	40
3.3.1.2.	Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung	41
3.3.2.	Rechtliche Erscheinungsformen der Scheinselbständigkeit	44
3.4.	Die praktische Bedeutung der Scheinselbständigkeit	47
3.5.	Auswirkungen der Scheinselbständigkeit	48
3.5.1.	Die Selbständigkeit im Arbeitsrecht	48
3.5.1.1.	Grundsatz	49
3.5.1.2.	Der Schutz arbeitnehmerähnlicher Personen	49
3.5.1.3.	Speziell der Schutz arbeitnehmerähnlicher Handelsvertreter	50
3.5.2.	Die Selbständigkeit im Sozialrecht	51
3.5.2.1.	Grundsatz / Der Beschäftigtenbegriff	51
3.5.2.2.	Arbeitslosenversicherung	53
3.5.2.3.	Gesetzliche Krankenversicherung	53
3.5.2.4.	Gesetzliche Rentenversicherung	54
3.5.2.5.	Soziale Pflegeversicherung	55
3.5.2.6.	Gesetzliche Unfallversicherung	56
3.5.2.7.	Auswirkungen der Scheinselbständigkeit im Sozialrecht	57
3.5.3.	Wettbewerbspolitische und sonstige Auswirkungen der Scheinselbständigkeit	58
3.6.	Motive für die Eingehung einer scheinselbständigen Erwerbstätigkeit	59
3.7.	Die Feststellung von Scheinselbständigkeit	61
3.7.1.	Behördliche Kontrollmöglichkeiten	61
3.7.1.1.	Kontrolle durch die Krankenkassen und Rentenversicherungsträger	61
3.7.1.2.	Kontrolle durch sonstige Behörden	63
3.7.1.3.	Praxisbeispiele	64
3.7.2.	Prozessuale Möglichkeiten des Betroffenen	65
3.7.3.	Prozessuale Möglichkeiten des Betriebsrats	66
3.7.4.	Folgen der Feststellung von Scheinselbständigkeit	69
3.7.4.1.	Arbeitsrechtliche Folgen	69
3.7.4.2.	Sozialrechtliche Folgen	70
3.7.4.3.	Steuerrechtliche Folgen	71

3.8.	Die Scheinselbständigkeit speziell im Außendienst	71
3.8.1.	Der historische Hintergrund der Scheinselbständigkeit im Außendienst	72
3.8.2.	Der Einfluß der §§ 84ff. HGB	73
3.8.3.	Der Einfluß der Veränderungen im Vertrieb	74
3.8.4.	Der Außendienstmitarbeiter als „Unternehmer im Unternehmen“	75
3.8.5.	Der Einfluß der Beweisschwierigkeiten bei der betriebsexternen Tätigkeit	76
3.9.	Die Scheinselbständigkeit speziell bei der Telearbeit	77
3.9.1.	Der Einfluß der Telearbeit auf die Scheinselbständigkeit	77
3.9.2.	Reaktionen von Wissenschaft und Praxis	78
3.9.2.1.	Forderungen an die Gesetzgebung	79
3.9.2.2.	Anwendbarkeit des bestehenden Arbeitsrechts	81
3.9.2.3.	Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen	82
3.9.2.4.	Konsequenzen	83
3.9.3.	Ausblick	84
3.9.3.1.	Der Einfluß von Gewerkschaften und Betriebsräten	84
3.9.3.2.	Die Entstehung virtueller Unternehmen	85
3.9.3.3.	Konsequenzen	87
3.10.	Ergebnis zu Kapitel 3.	87
4.	Die allgemeine Abgrenzung von Arbeitnehmern und Selbständigen	89
4.1.	Die Abgrenzung nach BAG – Persönliche Abhängigkeit und Typologie	89
4.1.1.	Weisungsgebundenheit	91
4.1.1.1.	Weisungsgebundenheit bezüglich Zeit und Dauer der Tätigkeit	92
4.1.1.2.	Weisungsgebundenheit bezüglich des Ortes der Tätigkeit	93
4.1.1.3.	Weisungsgebundenheit bezüglich der Art und Weise der Tätigkeit	93
4.1.2.	Eingliederung in fremde Arbeitsorganisation	93
4.1.3.	Neben- und Hauptberuflichkeit, Dauer der Tätigkeit	94
4.1.4.	Behandlung vergleichbarer Mitarbeiter	95
4.1.5.	Bezeichnung durch die Parteien und Inhalt des Vertrags	95
4.1.6.	Ständige Dienstbereitschaft und „Dienstplan-Rechtsprechung“	96
4.1.7.	Schwierigkeit der Arbeit	97
4.1.8.	Sonstige Indizien, insbesondere die Art der Vergütung	97

4.1.9.	Unternehmerisches Risiko	98
4.2.	Abgrenzung nach BSG – Insbesondere das unternehmerische Risiko	99
4.3.	Abgrenzung nach BFH – Insbesondere das unternehmerische Risiko	100
4.4.	Abgrenzung nach der herrschenden Lehre – Persönliche Abhängigkeit und Typologie	101
4.5.	Abgrenzung nach Wank – Unternehmerrisiko und -chancen	102
4.6.	Abgrenzung nach Lieb – Schutzbedürftigkeit	105
4.7.	Abgrenzung nach Richardi – Offenheit des Arbeitnehmerbegriffs	107
4.8.	Abgrenzung nach Hromadka – Abgestuftes Arbeitsrecht	109
4.9.	Gesetzgebungsvorschläge	111
5.	Die Abgrenzung von Außendienstangestellten und Handelsvertretern	113
5.1.	Besondere Abgrenzungsschwierigkeiten im Außendienst	113
5.1.1.	Abgrenzungsschwierigkeiten aufgrund der Außendiensttätigkeit, insbesondere der betriebsexternen Arbeit	113
5.1.2.	Abgrenzungsschwierigkeiten aufgrund betriebswirtschaftlicher Entscheidungen	115
5.2.	Gesetzliche Konzeption für den Außendienst	117
5.3.	Abgrenzung nach Rechtsprechung und ganz herrschender Literatur – „Schwerpunkttheorie“	120
5.3.1.	Weisungsgebundenheit und Eingliederung in fremde Arbeitsorganisation	122
5.3.2.	Insbesondere die Freiheit in der Arbeitszeit	125
5.3.3.	Insbesondere die Kontrolle des Außendienstmitarbeiters	127
5.3.4.	Eigenes Unternehmen bzw. eigene Unternehmensorganisation	128
5.3.5.	Unternehmerisches Risiko	131
5.3.6.	Tätigkeit für einen oder mehrere Unternehmer	133
5.3.7.	Bezeichnung durch die Parteien, Schwierigkeit der Arbeit, Behandlung vergleichbarer Mitarbeiter	134
5.3.8.	Sonstige Indizien	135
5.4.	Abgrenzung nach Wank – Unternehmerrisiko und –chancen	136
5.4.1.	Gesamtabwägung	137

5.4.2.	Entgeltform	138
5.4.3.	Organisatorische Eingliederung	138
6.	Die Abgrenzung von Arbeitnehmern und Selbständigen bei der Telearbeit	140
6.1.	Besondere Abgrenzungsschwierigkeiten bei der Telearbeit	140
6.2.	Abgrenzung nach ganz herrschender Literatur	141
6.2.1.	Weisungsgebundenheit und Eingliederung in fremde Arbeitsorganisation	142
6.2.2.	Insbesondere die Bestimmung der Arbeitszeit	144
6.2.3.	Insbesondere die Bestimmung des Arbeitsortes	145
6.2.4.	Insbesondere die Kontrolle des Telearbeiters	146
6.2.5.	Eigenes Unternehmen mit eigenem Unternehmerrisiko und Unternehmerchancen	146
6.2.6.	Tätigkeit für einen oder mehrere Auftraggeber	147
6.2.7.	Behandlung vergleichbarer Mitarbeiter, Bezeichnung durch die Parteien	148
6.2.8.	Sonstige Indizien	149
6.2.9.	Telearbeiter als Heimarbeiter im Sinne des HAG und als arbeitnehmerähnliche Personen	149
6.3.	Abgrenzung nach Wank – Unternehmerrisiko und –chancen	150
7.	Die unterlegenen Selbständigen	152
7.1.	Die vier Rechtsformgruppen im Außendienst	152
7.2.	Berücksichtigung der Zwischenstufe des Handelsvertreter-Rechts	157
7.3.	Analoge Anwendbarkeit der §§ 85ff. HGB auf unterlegene Selbständige	158
7.3.1.	Gesetzeslücke	160
7.3.1.1.	Anfängliche Gesetzeslücke	160
7.3.1.2.	Nachträgliche Gesetzeslücke	161
7.3.2.	Ähnlichkeit von geregelter und ungeregelter Tatbestand	163
7.3.3.	Intensität des Schutzes durch Handelsvertreter-Recht	169
7.3.4.	Ergebnis zu Kapitel 7.3.	173

7.4.	Die Schaffung besonderer Schutznormen für unterlegene Selbständige	174
7.4.1.	Verpflichtung des Gesetzgebers	174
7.4.2.	Praktische Schwierigkeiten	177
7.5.	Ergebnis zu Kapitel 7.	178
8.	Konsequenzen für die von Richardi und Hromadka vertretenen Meinungen	181
8.1.	Die Systematik der §§ 84ff. HGB	181
8.2.	Auswirkungen auf die Abgrenzungssicherheit und den Schutzcharakter des Arbeitsrechts	182
8.3.	Auswirkungen auf die Scheinselbständigkeit	183
8.4.	Anwendungsbeispiel	183
8.5.	Ergebnis zu Kapitel 8.	185
9.	Konsequenzen für die von Lieb vertretene Meinung	186
9.1.	Die Fremdnützigkeit der Arbeitsleistung	186
9.2.	Die Möglichkeit eigener Teilnahme am Marktgeschehen	187
9.2.1.	Außendienst-Recht	187
9.2.2.	Arbeitsrecht	188
9.2.3.	Sozialrecht	189
9.3.	Ergebnis zu Kapitel 9.	190
10.	Konsequenzen für die von Wank vertretene Meinung	191
10.1.	Die wirtschaftliche Abhängigkeit	191
10.1.1.	Das geltende Recht	191
10.1.2.	Die Gesetzgebungsvorschläge	193
10.1.3.	Ergebnis zu Kapitel 10.1.	194
10.2.	Die typischen Arbeitnehmermerkmale	194
10.2.1.	Die einzelnen Merkmale	195
10.2.2.	Vergleich mit Rechtsprechung und herrschender Literatur	196
10.2.3.	Konsequenzen	197
10.3.	Unternehmerrisiko und –chancen	199

10.3.1.	Die Merkmale von Unternehmerrisiko und –chancen	200
10.3.2.	Vergleich mit Rechtsprechung und herrschender Literatur	201
10.3.3.	Konsequenzen	203
10.4.	Die Freiwilligkeit der Übernahme des Unternehmerrisikos	205
10.4.1.	Die aufgezwungene „Selbständigkeit“	205
10.4.2.	Die „freiwillige“ Selbständigkeit	206
10.4.3.	Die Feststellung der „Freiwilligkeit“	207
10.5.	Das Auftreten am Markt	208
10.6.	Die Vorgehensweise Wanks bei der Abgrenzung im konkreten Einzelfall	209
10.7.	Ergebnis zu Kapitel 10.	211
11.	Konsequenzen für die Gesetzgebungsvorschläge	214
11.1.	Arbeitskreis Deutsche Rechtseinheit im Arbeitsrecht	214
11.2.	Freistaat Sachsen	216
11.2.1.	Die positive Bestimmung in § 1 Abs. 3 S. 1 des Entwurfs	216
11.2.1.1.	Keine Erfüllung der Voraussetzungen	216
11.2.1.2.	Erfüllung der Voraussetzungen	217
11.2.1.3.	Ergebnis zu Kapitel 11.2.1.	218
11.2.2.	Die negative Bestimmung in § 1 Abs. 3 S. 2 des Entwurfs	218
11.2.3.	Ergebnis zu Kapitel 11.2.	219
11.3.	Land Brandenburg	219
11.3.1.	Die Definition durch § 2 Abs. 1 S. 1 1. HS des Entwurfs	220
11.3.2.	Die Definition durch § 2 Abs. 1 S. 1 2. HS des Entwurfs	221
11.3.2.1.	Die Systematik des § 2 Abs. 1 S. 1 2. HS des Entwurfs	221
11.3.2.2.	Der Inhalt des § 2 Abs. 1 S. 1 2. HS des Entwurfs	223
11.3.3.	Die Vermutung in § 2 Abs. 2 S. 1 des Entwurfs	225
11.3.4.	Die Vermutung in § 2 Abs. 2 S. 2 des Entwurfs	225
11.3.5.	Die Heimarbeiter in § 2 Abs. 4 S. 1 des Entwurfs	226
11.3.6.	Ergebnis zu Kapitel 11.3.	227
11.4.	Ergebnis zu Kapitel 11.	228
12.	Konsequenzen für die von der Rechtsprechung und herrschen-	

	den Literatur vertretene Meinung	229
12.1.	Die Erfassung scheinselbständiger Erwerbsformen	229
12.1.1.	Die Erfassung scheinselbständiger Erwerbsformen im Außendienst	230
12.1.2.	Die Erfassung neuer Formen der Scheinselbständigkeit	231
12.1.2.1.	Das Frachtführer-Urteil des BAG	231
12.1.2.2.	Das Frachtführer-Urteil des LSG-Berlin	235
12.1.2.3.	Der Eismann-Beschluß des BAG	239
12.1.3.	Ergebnis zu Kapitel 12.1.	241
12.2.	Die Erfassung der Telearbeit	242
12.3.	Die sogenannte Rechtsunsicherheit	243
12.3.1.	Die Rechtsunsicherheit aufgrund der typologischen Methode	243
12.3.1.1.	Die Position des BVerfG	243
12.3.1.2.	Die Indizien, das Gesamtbild und der hinreichende Grad der persönlichen Abhängigkeit	245
12.3.2.	Die Einheitlichkeit der Rechtsprechung	247
12.4.	Ergebnis zu Kapitel 12.	250
13.	Konsequenzen aus den Entwicklungen bei der Telearbeit	252
13.1.	Die Scheinselbständigkeit als gesellschafts-, insbesondere interessenvertretungspolitisches Problem	252
13.1.1.	Vergleich der Entwicklung der scheinselbständigen Beschäftigung bei der Telearbeit und beim Außendienst	252
13.1.2.	Parallele: Die atypischen Beschäftigungsverhältnisse	254
13.2.	Die Scheinselbständigkeit als Kontrollproblem	255
13.2.1.	Einsatz der bestehenden Kontrollmöglichkeiten	256
13.2.2.	Parallele: Die Schwarzarbeit	257
13.3.	Ergebnis zu Kapitel 13.	258
14.	Zusammenfassung	259
	Literaturverzeichnis	264

Abbildungsverzeichnis

Abb. 1: Erwerbstätige in der Grauzone nach dem Wirtschaftszweig des Vertragspartners	43
Abb. 2: Erwerbstätige in der Grauzone nach dem ausgeübten Beruf und Anteil der Berufe an den Erwerbstätigen insgesamt	44
Abb. 3: Zuordnung der Erwerbstätigen in der Grauzone nach BAG-Modell und Alternativmodell	48
Abb. 4: Die vier Rechtsformgruppen im Außendienst	156

Abkürzungsverzeichnis

AfP	Archiv für Presserecht
AG	Amtsgericht
AiB	Arbeitsrecht im Betrieb
AP Nr.	Arbeitsgerichtliche Praxis, Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts (Sammlungen der Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts, Landesarbeitsgerichte und Arbeitsgerichte)
ArbG	Arbeitsgericht
AR-Blattei	Arbeitsrecht-Blattei
ARS	Arbeitsrechtssammlung, Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts, der Landesarbeitsgerichte und Arbeitsgerichte
ARST	Arbeitsrecht in Stichworten
ArbuR	Arbeit und Recht
AuA	Arbeit und Arbeitsrecht
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BB	Betriebs-Berater
BetrR	Der Betriebsrat
BFH	Bundesfinanzhof
BFHE	Entscheidungen des Bundesfinanzhofs
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BSG	Bundessozialgericht
BSGE	Entscheidungen des Bundessozialgerichts
BStBl.	Bundessteuerblatt
BT-Drucks.	Drucksache des Deutschen Bundestags
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
DB	Der Betrieb
EzA	Entscheidungen zum Arbeitsrecht

FA	Fachanwalt Arbeitsrecht
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
JuS	Juristische Schulung
LAG	Landesarbeitsgericht
LAGE	Entscheidungen der Landesarbeitsgerichte
LG	Landgericht
LSG	Landessozialgericht
NJW	Neue juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (bis einschl. 1992, Heft 24: Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht)
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
OLG	Oberlandesgericht
OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen
RAG	Reichsarbeitsgericht
RAGE	Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts
RG	Reichsgericht
RGZE	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
SozR	Sozialrecht, Loseblattsammlung
VersR	Versicherungsrecht
WiB	Woche im Bundestag
WiGBI.	Gesetzblatt der Verwaltung des Vereinigten Wirtschaftsgebietes
WM	Wertpapier-Mitteilungen, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZTR	Zeitschrift für Tarifrecht

1. Einleitung

Seit einigen Jahren wird in der arbeits- und sozialrechtlichen Rechtsprechung und Literatur sowie in der Politik intensiv ein Phänomen diskutiert, das als „Scheinselbständigkeit“, aber auch als „abhängige Selbständigkeit“ oder „neue Selbständigkeit“ bezeichnet wird. Bei allen Unterschieden in der Begriffsbildung geht es dabei im Kern um eine Erwerbsform, die sich in einer Übergangszone von abhängiger und selbständiger Arbeit abspielt, was ihre Einordnung in eine dieser beiden grundlegenden Rechtsformen unsicher macht.

Vielfach wird nun die Meinung geäußert, unsere Rechtsordnung mache die „Flucht aus dem Arbeitsrecht“¹ in die Scheinselbständigkeit mit ihren erheblichen arbeits- und sozialrechtlichen sowie wettbewerbspolitischen Auswirkungen leicht. Begründet wird diese Ansicht damit, daß es keine klare gesetzliche Definition des Arbeitnehmer- oder Selbständigenbegriffs und damit keine eindeutige Regelung zur Abgrenzung von selbständiger und unselbständiger Arbeit gebe. Rechtsprechung und Literatur hätten den Arbeitnehmerbegriff zwar ausgekleidet, die Entwicklung zur Scheinselbständigkeit aber nicht verhindert. Es werden darum neue Ansätze und Kriterien für die Abgrenzung von Arbeitnehmern und Selbständigen vorgeschlagen; im Vordergrund steht dabei eine Neudefinition des Arbeitnehmerbegriffs.

In dieser Arbeit soll der gegenwärtige Stand der Diskussion um die Scheinselbständigkeit im Arbeitsrecht dargestellt und kritisch beleuchtet werden. Ausgangspunkt ist dabei die Beobachtung, daß mit der Außendiensttätigkeit eine Arbeitsform zur Verfügung steht, die sowohl tatsächlich als auch rechtlich prototypisch für die neuen Formen der Scheinselbständigkeit ist. Gleichzeitig spielt die Außendiensttätigkeit die Vorreiterrolle bei der modernen und ständig wachsenden Erwerbsform der Telearbeit, ohne deren Betrachtung die Problematik der Scheinselbständigkeit ihrerseits nicht zu erfassen wäre.

Die Arbeit beginnt mit einer Beschreibung des Außendienstes und der Telearbeit, um so die Grundlagen für deren Nutzbarmachung zu schaffen. Anschließend werden der Begriff sowie die Entwicklung, Gründe, Erscheinungsformen und Auswirkungen der Scheinselbständig-

keit sowie die bestehenden Möglichkeiten zu ihrer Feststellung betrachtet. Ein besonderes Augenmerk gilt dabei der Scheinselbständigkeit im Außendienst und bei der Telearbeit.

Um zu untersuchen, inwieweit eine Neudefinition des Arbeitnehmerbegriffs zur Bekämpfung der Scheinselbständigkeit geeignet und erforderlich ist, wird dann die Abgrenzung des Arbeitnehmers vom Selbständigen sowohl allgemein als auch speziell im Außendienst und bei der Telearbeit dargestellt. Den Anfang machen jeweils die Rechtsprechung und herrschende Literatur, es schließen sich die abweichenden Ansichten mit ihren Vorschlägen zu einer Neubestimmung der Arbeitnehmerbegriffs an. Durchgehende Beachtung findet dabei Wank, dessen Abgrenzungsmodell eine besondere Aufmerksamkeit in Rechtsprechung, Literatur und Politik gefunden hat.

In einem nächsten Schritt wird geprüft, ob nicht das besondere Schutzrecht des Handelsvertreters zu einer zumindest teilweisen Abmilderung der Problematik der Scheinselbständigkeit herangezogen werden kann, und ob den Gesetzgeber die Pflicht trifft, Normen zum Schutz unterlegener Selbständiger zu schaffen, um so den schwerwiegenden Auswirkungen der Abgrenzungsschwierigkeiten in Grenzfällen entgegenzuwirken.

Ausgehend von den so gewonnenen Erkenntnissen werden die verschiedenen Meinungen zur Abgrenzung des Arbeitnehmers vom Selbständigen besprochen, und es wird die Frage beantwortet, ob es zur Bekämpfung der Scheinselbständigkeit tatsächlich einer Neudefinition des Arbeitnehmerbegriffs bedarf.

Auf Grund der Stofffülle war es nicht möglich, das Problem der Scheinselbständigkeit umfassend auch aus sozialversicherungs- und steuerrechtlicher Sicht zu beleuchten. Es wird jedoch – gerade vor dem Hintergrund der jüngsten gesetzgeberischen Aktivität zur Bekämpfung der Scheinselbständigkeit im Sozialversicherungsrecht – auf die wichtigsten sozialversicherungs- und steuerrechtlichen Aspekte hingewiesen.

¹ Begriff z.B. bei Bauschke (1994), 209, 211; Buschmann (1988), 51f.; Düwell (1998), 151; Korinth (1997), 228; Rüppel/Kröll (1992), 264; Schliemann (1997), 322.

2. Der Außendienst

Will man für die Betrachtung der Scheinselbständigkeit die Außendiensttätigkeit sowie die Telearbeit heranziehen, so sind zunächst die Inhalte und besonderen Schwierigkeiten dieser Arbeitsformen darzustellen.

2.1. Der Begriff des Außendienstes

Anders als in der Rechtswissenschaft stellt der Begriff des Außendienstes in der Betriebswirtschaftslehre - hier speziell im Marketing - einen anerkannten Begriff dar. Außendienst ist danach die „Gesamtheit der unternehmensinternen und -externen Personen, die überwiegend außerhalb des Unternehmenssitzes mit der Anbahnung und Abwicklung von Aufträgen beschäftigt sind. Zum Außendienst zählen hauptsächlich Reisende und Handelsvertreter.“²

Von dem Begriff des Außendienstes wird also eine Vielzahl sehr unterschiedlicher Betriebsorganisationen und Beschäftigungsverhältnisse erfaßt, bei denen jedoch zwei Merkmale vorliegen müssen:

Die Personen erbringen ihre Arbeitsleistung außerhalb einer Betriebsstätte. Den Gegensatz bildet insofern der „Innendienst“, auch soweit dieser gelegentlich reist.³

Bei der Arbeit selbst handelt es sich im weitesten Sinne um eine verkäuferische.

Keine Rolle spielt hingegen die Rechtsform der Außendiensttätigkeit, ob der Außendienstmitarbeiter also Außendienstangestellter (Arbeitnehmer) oder Handelsvertreter (Selbständiger) ist (dazu ausführlich in Kapitel 5.).

In der rechtswissenschaftlichen Literatur wird der Begriff des Außendienstes hingegen unterschiedlich verwandt. Zum Teil werden bei der Diskussion solcher Probleme, die allein an

² Nieschlag/Dichtl/Hörschgen (1997), 1036. Ähnlich Deppe (1979), 6; Ortmann, D. (1977), 9; Rüschenbaum (1989), 10.

³ Weißbach/Witzgall/Vierthaler (1990), 3.

die Beschäftigung außerhalb einer Betriebsstätte anknüpfen, alle Personen in die Betrachtung des „Außendienstes“ mit einbezogen, die ihre Arbeitsleistung typischerweise nicht innerhalb einer räumlich abgegrenzten Betriebsstätte erbringen, also auch Monteure, Bauarbeiter, Post- und Zeitungszusteller, Zählerableser, Sicherheitsdienste sowie die im Güter- und Personentransport Beschäftigten.⁴ In der - wenigen - Literatur, die sich speziell mit Rechtsfragen des Außendienstes beschäftigt, wird hingegen das betriebswirtschaftliche Verständnis vom Außendienst zugrunde gelegt.⁵

Dieser letzten Sichtweise wird hier gefolgt, da sie dem allgemeinen Verständnis vom „Außendienst“ entspricht.

Es ist somit zwischen dem Begriff der Außenarbeit für alle Tätigkeiten, die außerhalb eines Betriebes vorgenommen werden,⁶ und dem Außendienst als einem Teilbereich der Außenarbeit zu unterscheiden. Der Begriff des Außendienstmitarbeiters bezeichnet Personen, die außerhalb einer räumlich abgegrenzten Betriebsstätte verkäuferische bzw. beratende Tätigkeiten und Kundendiensttätigkeiten wahrnehmen, unabhängig davon, ob sie dies als Arbeitnehmer oder Selbständige tun.

Soweit sich in der Literatur schließlich der Begriff des „Absatzmittlers“ findet, handelt es sich dabei um diejenigen Außendienstmitarbeiter, die in irgendeiner Weise mit dem Vertrieb einer Ware beschäftigt, also verkäuferisch bzw. beratend tätig sind.⁷ Unter die Gruppe der Absatzmittler fallen damit alle Außendienstmitarbeiter mit Ausnahme derer, die reine Kundendiensttätigkeiten im Servicebereich wahrnehmen (siehe dazu das folgende Kapitel).

⁴ Vgl. Fabricius/Kraft/Wiese/Kreutz (1994) - Kreutz, § 7 Rn. 32; Däubler/Kittner/Klebe (1996) - Trümner, § 5 Rn. 42. Wohl auch Oetker (1991), 360.

⁵ So Handlexikon Arbeitsrecht (Hunold), 88; Hunold (1985 A), 3; Mayer (1990 A), 64. Küstner (1985), 5, grenzt das Außendienstrecht als das Recht derer ab, „denen aufgrund ständiger Betrauung Vermittlungs- und Abschlufaufgaben im Außendienst für ein oder mehrere Unternehmen übertragen wurden.“ Vgl. im übrigen Hunold (1993 A), Vorwort; Mayer (1996), 7; Kreft (1993), 5.

⁶ Vgl. § 26 Abs. 2 Wahlordnung zum BetrVG 1972.

⁷ Stötter (1978), 429, insb. Fn. 3; Martinek/Semler (1996) - Wank, § 7 Rn. 1.

2.2. Aufgaben und Tätigkeit des Außendienstes

Dem Außendienst kommt im Marketing-Mix⁸ eines Unternehmens eine wichtige Rolle zu:⁹ Zum einen hat der Außendienstmitarbeiter Aufgaben in der Kommunikation vom Unternehmen in Richtung Kunde zu erfüllen. Die wohl wichtigste Aufgabe in diesem Bereich ist der Verkauf, also im Rahmen von Verkaufsbesuchen durch Verkaufsgespräche einen Verkaufsabschluß zu bewirken,¹⁰ und die Akquisition neuer Kunden.¹¹

Zum anderen bestehen Kommunikationsaufgaben auch in der umgekehrten Richtung, also vom Kunden zum Unternehmen. Hier ist u. a. die Weiterleitung von Kundenwünschen, -anregungen und -reklamationen an das Unternehmen zu nennen.¹²

Sehr wichtig ist schließlich die Marktbeobachtung. Ein Unternehmen ist zur strategischen Unternehmens- und Produktplanung auf umfassende, korrekte und strukturierte Informationen über den Wirkungsgrad des Vertriebs und über das Marktgeschehen angewiesen.¹³ Hier kommt dem Außendienst aufgrund seiner Kunden- und Marktnähe die Aufgabe der Sammlung von Marktdaten für das Unternehmen zu.¹⁴

Durch die Tendenz im Handel, Großabnehmer und insbesondere Handelskunden nicht mehr vom Außendienst, sondern als „Key-accounts“ direkt durch die Verkaufsleitungen bzw. einen speziellen Kunden-Manager zu betreuen (sog. Key-Account-Management)¹⁵, hat sich die Zahl derjenigen Außendienstmitarbeiter erhöht, die als Verkaufsfahrer eingesetzt werden.¹⁶ Diese sind für die physische Distribution des angebotenen Produkts zuständig, d.h. sie

⁸ Marketing-Mix ist die Kombination aus den Marketinginstrumenten, die das Unternehmen zur Erreichung seiner Marketingziele auf dem Zielmarkt einsetzt [Kotler/Bliemel (1995), 141].

⁹ Albers (1989), 20; Hermanns/Prieß (1987), 11; Zentes (1980), 25f.

¹⁰ Handlexikon Arbeitsrecht (Hunold), 88; Hermanns/Prieß (1987), 11; Hinze (1990), 12; Mayer (1990 A), 64; Zentes (1980), 25.

¹¹ Hooffacker (1988), 103 = Rechts- und Formularratgeber, 46; Niedetzky (1988), 4.

¹² Hooffacker (1988), 104 = Rechts- und Formularratgeber, 47; Niedetzky (1988), 4; Ortman, D. (1977), 28.

¹³ Encarnacao/Lockemann/Rembold (1990), 9, und ausführlich zu den wesentlichen Funktionsbereichen und Einzelaufgaben des Operativen Technischen Vertriebs einschließlich des Außendienstes im Bereich der Marktbeobachtung auf S. 11; Stadler (1981), 19.

¹⁴ Dichtl/Raffée/Niedetzky (1981), 2; Hinze (1990), 13; Mattler/Geens (1991), 9; Niedetzky (1988), 4f.; Ortman, D. (1977), 28; Zahn (1979), 14.

¹⁵ Vgl. Hermanns/Prieß (1987), 35f.; Mattler/Geens (1991), 10f.; Mayer (1996), 7; Weißbach/Witzgall/Vierthaler (1990), 319. Das Key-account-Management ist eine Form der Marketing-Organisation, nach der Kunden, die aufgrund ihrer besonders hohen Machtposition im Absatzkanal eine Schlüsselposition für den Erfolg einer Unternehmung einnehmen, einer speziellen Behandlung bedürfen [Gabler Wirtschaftslexikon (1997), 2123].

¹⁶ Vgl. Niedetzky (1988), 5; Weißbach/Witzgall/Vierthaler (1990), 33f.

liefern die Ware an, packen und zeichnen sie aus und sorgen für einen günstigen Standort der Ware im Verkaufsraum.¹⁷

Im Servicebereich ist der Kundendienst angesiedelt, also der Außendienstmitarbeiter, der als Kundendienstmechaniker oder -techniker beim Kunden ausschließlich Wartungs- oder Reparaturarbeiten erledigt.¹⁸

Die Tätigkeit im Außendienst zur Erfüllung oben genannter Aufgaben unterscheidet sich von der Tätigkeit in „normalen“ Arbeitsverhältnissen vor allen Dingen durch die Arbeit außerhalb einer räumlich abgegrenzten Betriebsstätte. Dabei sind allerdings verschiedene Tätigkeiten und Orte, an denen die Arbeitsleistung erbracht wird, zu unterscheiden.

Den größten Raum nimmt die Arbeitsleistung direkt beim Kunden ein,¹⁹ einen erheblichen Anteil an der Arbeit des Außendienstmitarbeiters hat des weiteren die damit zusammenhängende Reisetätigkeit, insbesondere die Fahrt mit dem Pkw.²⁰

Nur eine untergeordnete Rolle spielen schließlich Messebesuche und -dienste sowie der Besuch von Fortbildungsveranstaltungen und Tagungen,²¹ die im übrigen aus Kostengründen weit überwiegend in Hotels und Tagungszentren und nicht in firmeneigenen Räumen stattfinden.²²

Nach einer Arbeitszeitstudie eines Frankfurter Nahrungsmittelunternehmens aus dem Jahr 1989 fallen 65 % der Arbeit beim Kunden an, 20 % für Fahrzeit, 11 % für Administrationsarbeiten am Abend und 4 % für Administrationsarbeiten mittags.²³ Ähnliche Ergebnisse erbrachte eine Untersuchung zur Aufteilung der Arbeitszeit bei Außendienstmitarbeitern aus dem Jahr 1979, nach der Reisen und Fahrten 30 %, Verkaufsgespräche 38 %, Wartezeit

¹⁷ Vgl. Dichtl/Raffée/Niedetzky (1981), 1; Hooffacker (1988), 103 = Rechts- und Formularratgeber, 47; Kindler, D. (1991), 18 und 20, der von „Verkaufswagenreisenden“ spricht; Niedetzky (1988), 4; Zentes (1980), 26.

¹⁸ Handlexikon Arbeitsrecht (Hunold), 88.

¹⁹ Dichtl/Raffée/Niedetzky (1981) 1; Hooffacker (1988), 103 = Rechts- und Formularratgeber, 46; Zentes (1980), 26, jeweils mit der Beschreibung der Aufgaben im einzelnen.

²⁰ Vgl. Hunold (1993 A), 81; Bösche/Grimberg (1992), 390. Zu arbeits- und steuerrechtlichen Fragen der Pkw-Nutzung: Bösche/Grimberg (1992), 390-392; Hohn (1992), 21-28; Hunold (1985 A); ders. (1985 B); ders. (1993 A), 69-78; Mayer (1996), 48-59; Tupay (1991), 124-148.

²¹ Vgl. Hunold (1993 B), 11.

²² Bösche/Grimberg (1992), 377/378; Wedde (1996 B), 5.

²³ Bei Bösche/Grimberg (1992), 379.

beim Kunden 12 %, Berichtsarbeiten 9 % und Sonstiges 11 % der Arbeitszeit in Anspruch nehmen.²⁴

Ausgangspunkt für die Tätigkeiten des Außendienstmitarbeiters ist dessen Wohnung, in der die Fahrten zum Kunden usw. jedoch nicht nur beginnen, sondern auch eine Vielzahl anderer Aufgaben erledigt wird.²⁵

So gut wie keine Rolle für die Tätigkeit des Außendienstmitarbeiters spielen hingegen die Geschäftsräume des Unternehmens selbst, da deren Aufsuchen durch den Außendienstmitarbeiter aufgrund der modernen Informations- und Kommunikationstechnik nicht mehr erforderlich ist.²⁶ Insofern wird der tägliche Kontakt zum Unternehmen per Telefon, auf dem Postweg und über den Datenaustausch per Computer hergestellt (zum Außendienstmitarbeiter als Telearbeiter im folgenden Kapitel, zu den sozialen Folgen, insbesondere der Isolation, unten in Kapitel 2.4.2.2.).²⁷

2.3. Der Außendienst als mobile Telearbeit

Durch die Ausstattung des Außendienstes mit Laptops und die Vernetzung mit der Zentrale bzw. anderen Stellen des Unternehmens²⁸ ist aus der Außendienstarbeit mobile Telearbeit geworden. Es handelt sich dabei um eine besondere Form der Telearbeit. Aus diesem Grund ist zunächst der Begriff der Telearbeit zu betrachten.

2.3.1. Der Begriff der Telearbeit

Unter Telearbeit ist nach herrschender Meinung eine auf programmgesteuerte Arbeitsmittel gestützte Tätigkeit an einem Arbeitsplatz, der vom Arbeit- bzw. Auftraggeber räumlich ge-

²⁴ Bei Deppe (1979), 112.

²⁵ Vgl. dazu Bopp (1991), 38; Bösche/Grimberg (1992), 378-379; Schulz (1995), 14.

²⁶ Mayer (1996), 29; Müller-Vogg (1986), 228. Vgl. auch Kindler, D. (1991), 22, und Wedde (1994 B), 230.

²⁷ Bösche/Grimberg (1992), 378; Wedde (1996 B), 5. Vgl. auch Hermanns/Prieß (1987), 93. Für den IBM-Außendienst beschrieben von Kurz (1996), 658f.

²⁸ Zu diesen technischen Entwicklungen Assländer/Grosse-Kreul (1988), 551-554; Encarnacao/Lockemann/-Rembold (1990), 160ff.; Glinz (1988); Hermanns/Prieß (1987), 41-104; Hooffacker (1991); Hürlimann

trennt, aber mit ihm in einer gewissen Regelmäßigkeit - nicht notwendigerweise permanent - durch elektronische Kommunikationsmittel verbunden ist, zu verstehen.²⁹ Eine Minderansicht verzichtet hingegen auf die zumindest zeitweilige Verbindung des Telearbeitsplatzes mit dem Auftraggeber durch elektronische Kommunikationsmittel und läßt insofern den Datentransport z.B. mittels Disketten genügen.³⁰ Räumlich-organisatorisch wird zwischen folgenden Formen der Telearbeit unterschieden.³¹

Teleheimarbeit: Telearbeit ausschließlich in der eigenen Wohnung.

Alternierende Telearbeit: Telearbeit teils in der eigenen Wohnung und teils im Büro des Unternehmens.

Telearbeit im Satellitenbüro: Telearbeit in einem dezentralen Telearbeitszentrum eines Unternehmens.

Telearbeit im Nachbarschaftsbüro: Telearbeit in einem dezentralen Telearbeitszentrum, das von mehreren Unternehmen gemeinsam gebildet wird.

Mobile Telearbeit: Ortsungebundene Telearbeit insbesondere von Außendienstmitarbeitern.

2.3.2. Die mobile Telearbeit

Bei der mobilen Telearbeit handelt es sich im Unterschied zu den anderen Formen der Telearbeit nicht um eine völlig neue Arbeitsform, sondern um die technische Unterstützung einer

(1990); Marketing-Report 31, 94-121; Kindler, D. (1991), 19f.; Michel (1995), 28-30; Niedetzky (1988), 142-282; Rüschenbaum (1989); Steppan (1990); Vahldieck (1991), 40-44.

²⁹ Beuthien, B. (1996), 205; Büssing/Aumann (1996 B), 134; Deutscher Juristinnenbund (1988), 305; Farthmann (1984), 541; Fraunhofer Institut (1997), 9; Gerhards (1993), 453; Glaser (1998), 95; Hohmeister/Küper (1998), 1206; Kilian/Borsum/Hoffmeister (1986), 4; Korte (1986), 224; ders./Robinson (1988 A), 8; Küfner-Schmitt (1988), 81; Müllner (1985), 33; Peter (1998), 573; Saller (1996), 300; Schaub (1996), 1375; Simon/Kuhne (1987), 201; ausführlich Wank (1997 A), 1-3; ders. (1988), 291; Wedde (1994 A), 22; ders. (1996 B), 5; ders. (1997), 4; Wicher (1988), 145. Im angelsächsischen Sprachgebiet spricht man von telecommuting, work-at-home oder teleworking [Hoose (1994), 53; dies. (1995), 58].

³⁰ Büssing (1997), 194f.; Grafe, B. (1991), 2/3 insb. Fn. 6. So wohl auch Kasseler HB 1 (1997) - Worzalla, 72; Schuppert (1997), 15 und 17; Worzalla (1996), 91.

³¹ Büssing (1997), 194f.; ders./Aumann (1996 A), 450 ; dies. (1996 B), 135f.; Collardin (1995), 18-22; Fink/Meyer (1996 A), 16f.; Fraunhofer Institut (1997), 9f.; Goecke/Hesch (1997), 47; Grau (1996), 83; Holzhäuer (1990), 90; Kappus/Lenk (1988), 252; Klein, B. (1998), 6; Otten (1996), 319, 322f.; Pfarr/Drüke (1989), 22-24; Richardi/Wlotzke (1993), 1878f.; Rieker (1995), 200; Saller (1996), 300-302; Simon/Kuhne (1987), 201; Welsch (1996), 17. Ganz ähnlich Gerhäuser/Kreilkamp (1995), 39f.; Hoose, (1994), 53-55; dies. (1995), 58; dies. (1996), 143; Kilian/Borsum/Hoffmeister (1987), 403; Küfner-Schmitt (1988), 81; Linnenkohl (1996), 52; Matthies (1997), 20f.; Neuburger (1997), 198; Ratzek (1996), 272; Reichwald/Hermens (1994), 26; Reichwald/Möslein/Sachenbacher/Englberger (1997), 207; Schaub (1996), 1375; ders. (1998), 2108; Wank (1997 A), 4-14; ders. (1998 A), 99; ders. (1998 B), 192; Wedde (1994 A), 22-25;

schon bislang ausgeübten betriebsexternen Tätigkeit mit neuen Arbeitsmitteln.³² Aus diesem Grund spielt die mobile Telearbeit auch in der Praxis die bei weitem größte Rolle.³³ Eine 1996 im Auftrag des Ministeriums für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen durchgeführte Studie zur Telearbeit ergab, daß im Bereich des Vertriebs und Kundendienstes die meisten Telearbeitsplätze realisiert und geplant sind.³⁴ Im Rahmen einer 1997 im Auftrag des Bundesministeriums für Arbeit und Sozialordnung vom Fraunhofer-Institut für Arbeitswirtschaft und Organisation erstellten Studie gaben über 50 % der Telebeschäftigten an, im Vertrieb / Außendienst tätig zu sein, gefolgt von 20 % im Organisations- und EDV-Bereich; alle anderen Bereiche waren mit weniger als 10 % vertreten.³⁵ Die Untersuchung führte außerdem zu dem Ergebnis, daß etwa 134.000 Unternehmen und Behörden in Deutschland Telearbeit anbieten, wobei ca. 500.000 mobile Telearbeiter den Großteil des Telearbeitsspektrums ausmachen, gefolgt von ca. 350.000 alternierenden Telearbeitern und nur etwa 22.000 Teleheimarbeitern.³⁶

2.4. Besondere Probleme der Außendienstarbeit

Über die besonderen Probleme des Außendienstmitarbeiters in seinem Arbeits- und weiteren sozialen Umfeld lassen sich nur schwer Aussagen treffen, da es an Untersuchungen zu diesem Thema praktisch völlig fehlt. Dies liegt wohl in erster Linie daran, daß die nicht vorhandene oder nur schwach entwickelte Einbindung des Außendienstmitarbeiters in einen „Betrieb“ zu einer Desinteresse der Industriesoziologie, die sich analytisch auf den Betrieb bezieht, aber auch der „Angestelltensoziologie“ oder der Arbeitswissenschaft an der Außendiensttätigkeit geführt hat.³⁷

Wulff-Nienhüser (1997), 37. Eine Einteilung nach dem Grad der Verknüpfung der eigenen Arbeit mit der Arbeit anderer nehmen Bumiller/Stupperich (1996), 19f., vor.

³² Büssing/Aumann (1996 A), 456; dies. (1996 B), 136; Pfarr/Drüke (1989), 122-125, mit der Schilderung von Auswirkungen der Ausstattung mit Informations- und Kommunikationstechnik auf den Außendienst.

³³ Fraunhofer Institut (1997), 20 und 37; Matthies (1997), 214; Reichwald/Hermens (1994), 26. Vgl. auch Kordey/Korte (1995), 75; Saller (1996), 301; Wedde (1992), 127; ders. (1996 B), 5.

³⁴ Godehardt/Klinge (1996), 59, und Klinge (1996), 35. Weitere Ergebnisse dieser Studie auch bei Godehardt/Worch (1996).

³⁵ Fraunhofer Institut (1997), 21.

³⁶ Fraunhofer Institut (1997), 34-37, und bei Klein, B. (1998), 6f.

³⁷ Weißbach/Witzgall/Vierthaler (1990), 3.

2.4.1. Die Stellung des Außendienstmitarbeiters in der Gesellschaft

Den Außendienstmitarbeitern ist durch die Jahrzehnte eines gemeinsam: Ihr Negativimage, nach dem es sich „beim Außendienstler typischerweise um eine kurzfristig angelehrte Person mit geringer Loyalität und starker Erwerbsorientierung handele, deren Tätigkeiten im wesentlichen darin bestehe, Kunden zu übervorteilen.“³⁸ Dieses „stabil negative Image“³⁹ besteht unabhängig davon, ob im Vertriebsaußendienst tatsächlich durch zweifelhafte Vertriebsmethoden sowie durch Umsatzvorgaben und Provisions- und Prämiensysteme das „Umsatzmachen“ auch zu Lasten des Kunden und damit die Existenz „Schwarzer Schafe“ gefördert wird.

Daß derartige gesellschaftliche Vorurteile nicht ohne Wirkung bleiben, zeigt sich bei der Einführung von Teleheimarbeit. Dort wird die abfällige Meinung anderer als ein persönliches Problem genannt, aufgrund dessen Angestellte, die an sich lieber zu Hause arbeiten würden, dies nicht tun - „ihre Nachbarn würden sie ansonsten für arbeitslos halten“.⁴⁰

2.4.2. Die Stellung des Außendienstmitarbeiters im Betrieb

Ein besonders schwerwiegendes Problem der Außendienstarbeit ist die Stellung des Außendienstmitarbeiters innerhalb des Unternehmens, vor allem dessen Vereinzelung.⁴¹ Diese hat mehrere Gründe.

2.4.2.1. Der fehlende innerbetriebliche Kontakt

Ein ganz entscheidendes Problem ist, daß durch die Arbeit praktisch ausschließlich von der eigenen Wohnung aus und den immer stärkeren Einsatz moderner Informations- und Kommunikationstechnik der persönliche Kontakt zu Kollegen und Vorgesetzten auf das Mindestmaß der Tagungen und Fortbildungsveranstaltungen schwindet.⁴² Es fehlt die tägliche Kommunikation mit den Kollegen z.B. im gemeinsamen Büro oder in der Kantine und da-

³⁸ Weißbach/Witzgall/Vierthaler (1990), 7.

³⁹ Weißbach/Witzgall/Vierthaler (1990), 7.

⁴⁰ Vgl. Matthies (1997), 112.

mit die Aussprache über betriebliche Belange, Sorgen und Konflikte.⁴³ Der Außendienstmitarbeiter muß den größten Teil seiner Arbeitsprobleme mit sich selbst abmachen.⁴⁴

2.4.2.2. Die soziale Isolation und der Kontakt zu Kunden

Neben der betrieblichen Isolation besteht auch das Problem der sozialen Isolation, wie sie als eine der größten Gefahren und Nachteile bei der Telearbeit in Form der Teleheimarbeit gesehen wird.⁴⁵ In einer im Auftrag des Ministeriums für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen 1996 durchgeführten Erhebung wurde die soziale Isolation durch den Wegfall persönlicher Kontakte zu Kollegen von 68 % der an der Studie beteiligten Unternehmen und damit am häufigsten als Nachteil der Telearbeit genannt.⁴⁶

Anders als der Teleheimarbeiter, der sich ausschließlich in seiner Wohnung aufhält, hat der Außendienstmitarbeiter jedenfalls den täglichen, umfangreichen Kontakt zu seinen Kunden.⁴⁷ Doch gerade aus diesem ständigen Kontakt folgen auch Kommunikations- und Kooperationsprobleme nach innen. Dadurch, daß sich die Kommunikationswelt des Außendienstes im wesentlichen auf seine Kunden bezieht - ihre Probleme, Wünsche, Forderungen, Ansichten -, ist auch das Sprach- und Wertegerüst des Außendienstmitarbeiters einseitig unternehmensextern orientiert.⁴⁸ Dies kann so weit gehen, daß der Außendienstmitarbeiter eine Kompensation für seine innerbetriebliche Isolation in sozialen Beziehungen zu Kunden

⁴¹ Rudolphi (1981), 18.

⁴² Wedde (1996 B), 5.

⁴³ Vgl. Harms (1996), 26; Rudolphi (1981), 18f.

⁴⁴ Mayer (1991 A), 150; ders. (1991 B), 232. Für die Telearbeit: Heilmann/de Vittorelli (1984), 444.

⁴⁵ Bahl-Benker (1983), 575; Beck (1985), 553; Fraunhofer Institut (1997), 90; Herb (1986), 1823; Hoose (1995), 60; Kattler (1992), 38; Kilian/Borsum/Hoffmeister (1986), 61; Matthies (1997), 120-126; Müller-Vogg (1986), 229; Peter (1998), 573; Pfarr/Drüke (1989), 102; Rieker (1995), 204; Späker/Weißbach (1996), 29; Ulber (1985), 23; Viehöver (1992), 83; Wedde (1987), 326; Wicher (1988), 150. Ein ausgesprochen positiver Bericht aus der Praxis einer Teleheimarbeiterin, gerade auch im Hinblick auf das Problem der sozialen Isolation, findet sich bei Röthig (1996), 98. Nach Glaser (1998), 96, kann die Teleheimarbeit aufgrund der sozialen Isolation als gescheitert gelten. Kritisch zu der These von der sozialen Isolation hingegen Fricke (1996).

⁴⁶ Godehardt/Klinge, (1996), 62. Als Reaktion auf diese Gefahr regelt Anlage 1 § 3 Abs. 1 des Tarifvertrags über Telearbeit bei der Deutschen Telekom AG/T-Mobil, NZA 1998, 1214-1217 (1215), für die Arbeitszeit bei der alternierenden Telearbeit ausdrücklich, daß der Anteil der auf die betriebliche Arbeitsstätte entfallenden Arbeitszeit so zu gestalten sei, daß der soziale Kontakt zum Betrieb aufrecht erhalten bleibt.

⁴⁷ Als typischer Arbeitstag eines Außendienstmitarbeiters eines Zigarettenherstellers wird in Gewerkschaft Nahrung-Genuss-Gaststätten (1991), 23-25, der Besuch von 12 Kunden geschildert.

⁴⁸ Krüger (1984), 23.

sucht, denen er seine Konflikte und Probleme mit dem Unternehmen vorträgt,⁴⁹ wodurch zusätzliche Konfliktpotentiale mit seinem Unternehmen entstehen.⁵⁰

2.4.2.3. Das Kontrollproblem

Und noch durch einen weiteren Umstand wird die betriebliche Vereinzelung gefördert. Die räumliche Trennung führt neben dem reinen Kommunikations- auch zu einem Kontrollproblem.⁵¹ Anders als beim Innendienstler kann der Vorgesetzte die „Arbeit“ des betriebsexternen Mitarbeiters nicht durch das „Über-die-Schulter-Schauen“ überprüfen, es fehlt die unmittelbare, persönliche Kontrolle.⁵² Der Außendienst wird darum auch in der Betriebswirtschaftslehre umfassend unter dem Gesichtspunkt der Kontrolle behandelt.⁵³ Die daraus resultierende Unkenntnis der Kollegen, insbesondere aber auch der Vorgesetzten über die tatsächliche Arbeitsleistung des Außendienstmitarbeiters führt nur allzu leicht zu einem ständigen Mißtrauen gegenüber dem Außendienstmitarbeiter.⁵⁴

Gleichzeitig fehlt auch dem Außendienstmitarbeiter die kurzfristige Rückkoppelung zur Bestätigung der Richtigkeit seines Vorgehens bzw. zur Korrektur von fehlerhaftem Verhalten. Dies birgt ein erhebliches Konfliktpotential im Verhältnis zum Vorgesetzten und verstärkt beim Außendienstmitarbeiter das Gefühl der Isolation und Bezugslosigkeit.⁵⁵

⁴⁹ Rudolphi (1981), 18f.

⁵⁰ Krüger (1984), 23.

⁵¹ Hunold (1993 A), 122; Mayer (1996), 75; Rudolphi (1981), 18. Für die Telearbeit: Ewert (1997), 514; Godhardt/Klinge (1996), 62; Hendricks (1996), 18; Kilian/Borsum/Hoffmeister (1986), 67; Korte/Robinson (1988 B), 19; Lenk (1989), 59.

⁵² Basse/Linke (1996), 662; Förster (1997), 744; ders./Apenburg (1996), 29; Glaser (1998), 96; Holzhäuer (1990), 90; Niggel (1997), 263; Welsch (1996), 14; Wicher (1988), 149; Wulff-Nienhüser (1997), 38. Nach einer Studie der WirtschaftsWoche zusammen mit der Privaten Universität Witten/Herdecke aus dem Jahr 1996 ist die fehlende Kontrolle über die Mitarbeiter für fast 17 % der befragten Unternehmen Grund genug, gegen die Telearbeit zu votieren. Dieses und weitere Ergebnisse der Studie bei Groothuis (1996). Nach einer Studie von Empirica - bei Schröder, L. (1996 A), 18 - stellt das Problem der Kontrolle von Telearbeitern mit 45,7 % das zweithäufigst von Entscheidungsträgern genannte Hindernis für die Einführung von Telearbeit dar.

⁵³ Dazu u.a. Glinz (1988); Lapp (1966); Niedetzky (1988), 64 - 83; Ortmann, D. (1977), 111-120; Stadler (1981); Wolter (1978); Wuth (1989), 58-63; Zahn (1979).

⁵⁴ Vgl. Hunold (1993 A), 119.

⁵⁵ Krüger (1984), 24f.

2.4.2.4. Das Verhältnis zwischen Außen- und Innendienst

Ein weiteres erhebliches Problem stellen schließlich die Ansichten und Vorurteile dar, die zwischen Außen- und Innendienst herrschen.⁵⁶

Der - erfolgreiche - Außendienstmitarbeiter ist aufgrund seiner Autonomie, seines verhältnismäßig hohen Einkommens und seiner sonstigen Privilegien den Anfeindungen und dem Neid seiner Kollegen aus dem Innendienst ausgesetzt.⁵⁷ Ein Ventil für diese subjektiv empfundene Unterprivilegiertheit bietet sich für den Innendienst, wenn es um Anweisungs- und Kontrollaktivitäten geht, die dem Innendienst gegenüber dem Außendienst übertragen sind. Unter dem Mantel der unternehmensgewollten Zielsetzung wird die Chance genutzt, den Außendienst „zu disziplinieren“.⁵⁸

Dem Außendienstmitarbeiter bleibt seinerseits die Welt des Innendienstes fremd. Er selber sieht sich, gefördert noch durch seine Vereinzelung und Provisionsabhängigkeit (dazu im folgenden Kapitel), in der Rolle des Einzelkämpfers, der für „sein“ Vertriebsgebiet arbeitet, für das er vollumfänglich verantwortlich zeichnet.⁵⁹ In seiner ganzen Handlungsweise spielen Teamarbeit oder das Schaffen von Gruppenergebnissen keine Rolle.⁶⁰ Die fehlende Einsicht in die Notwendigkeit und den Umfang der vom Innendienst verlangten administrativen Arbeiten führt einerseits zu dem Gefühl, vom Innendienst „verwaltet“ zu werden, andererseits zu dem Eindruck, daß der Innendienst vorrangig an Administration und nicht an den Problemen und Erfolgen in der Durchsetzung von Unternehmenszielen interessiert sei.⁶¹ Der Innendienst-Mitarbeiter wird nicht als Kollege, sondern häufig als behindernder Kontrolleur empfunden.⁶²

⁵⁶ Schneider (1996).

⁵⁷ Vgl. Krüger (1984), 31f.; Weißbach/Witzgall/Vierthaler (1990), 8.

⁵⁸ Krüger (1984), 32.

⁵⁹ Vgl. Mayer/Paasch (1987 A), 588; Paasch (1991), 222; Rieker (1995), 200; Saller (1996), 301.

⁶⁰ Zimmer (1995), 80.

⁶¹ Krüger (1984), 30.

⁶² Um diese Situation zu vermeiden, werden zunehmend Verwaltungsabläufe gestrafft und zur Stärkung des „Wir-Gefühls“ zwischen Innen- und Außendienst Teamprämien eingeführt, vgl. FAZ vom 5.5.1998, S. 20 „Unternehmerisches Denken ist wichtig - Außendienstmitarbeiter werden auf Kostenbewußtsein getrimmt“. Zur Verbesserung der Kommunikation zwischen Außen- und Innendienst Illig (1989).

2.4.3. Die sog. Selbstausschöpfung des Außendienstmitarbeiters

Das Mißtrauen der Vorgesetzten und der Neid der Kollegen ist jedenfalls für den Bereich der Arbeitszeit in vielen Fällen ungerechtfertigt. Regelmäßige Arbeitszeiten von bis zu 60 Stunden in der Woche und mehr gelten im Außendienst als berufssüblich und gewissermaßen unvermeidbar.⁶³ Eine derartige Selbstausschöpfung⁶⁴ in Form vermehrter Schicht-, Wochenend- und Feiertagsarbeit, der dauerhaften Arbeitsbereitschaft ohne Entgeltausgleich sowie der schleichenden Erhöhung der tatsächlichen Arbeitszeit ist jedoch nicht nur ein Phänomen der Außendiensttätigkeit, sondern wird z.B. auch als erheblicher Nachteil der Telearbeit angesehen.⁶⁵

Die Gründe für die hohen Arbeitszeiten sind vielfältig. Sie finden ihre Ursache in erster Linie in Umständen, die bei der betriebsexternen Arbeit allgemein auftreten.

Da die für den Innendienst entwickelten Führungs- bzw. Steuerungs- sowie Kontrollinstrumente bei der Tätigkeit außerhalb der Betriebsstätte nicht funktionieren (siehe in Kapitel 2.4.2.3.), müssen sie durch andere Formen ersetzt werden. Die größte Rolle spielt dabei die Steuerung und Kontrolle des betriebsexternen Mitarbeiters zum einen durch die Honorierung von Ergebnissen⁶⁶ - z.B. in Form von Prämien und Provisionen⁶⁷ -, zum anderen durch die Vorgabe von Arbeitszielen (sog. Management by Objectives).⁶⁸ So setzten sich nach einer Studie aus dem Jahr 1995 92 % der Gehälter im Außendienst aus einem festen Grund-

⁶³ Vgl. Bösche/Grimberg (1992), 383/384; Hitziger (1991), 47.

⁶⁴ Begriff z.B. bei Fenski (1994), 128; Matthies (1997), 112; Schröder, L. (1996 D), S. 30; Simon/Kuhne (1987), 201.

⁶⁵ Grafe, B. (1991), 17; Doleschal (1997), 6, sowie mit der Aufzählung weiterer Risiken der Telearbeit für den Arbeitnehmer; Hartge (1993), 15 und 17; Wedde (1992), 128. Für die Telearbeit berichtet ein Abteilungsleiter einer Versicherung bei Röthig (1996), 102, daß er die Leistungskontrolle seiner Mitarbeiter aufgegeben habe, da sie meist mehr täten als gefordert.

⁶⁶ van Haaren/Schwemmler (1996), 16.

⁶⁷ Aus der umfangreichen betriebswirtschaftlichen Literatur zur Steuerung und Vergütung des Außendienstes mittels Prämien und Provisionen: Albers (1995); Fink/Meyer (1996 B); Finkenrath (1987), 47-68; Haag/Neubauer (1996); Ortmann, D. (1977), 121-140; Stötter/Lindner/Karrer (1980); Unger (1981 A); ders. (1981 B); ders. (1985); ders. (1989); Wolter (1978), 108-139. Zu arbeitsrechtlichen Fragen: Freitag (1993); Hohn (1992), 6-10 und 33f.; Hunold (1993 A), 39-68; Küstner, (1985), 171-324; Mayer (1996), 37-46; ders. (1991 A), 146-148; ders. (1991 B), 230-232; Molkenbur (1993); Schwalbe (1989), 12f. Für die Telearbeit: Ewert (1996), 750; ders. (1997), 514f.; Fink/Meyer (1996 A), 18; Kurz (1996), 657.

⁶⁸ Godehardt/Klinge (1996), 62; Wulff-Nienhäuser (1997), 38. Umfassend zur Steuerung des Außendienstes Zietsch (1985). Für die Telearbeit: Basse/Linke (1996), 666; Ewert (1996), 751; ders. (1997), 513f.; Glaser (1998), 96; Grau (1996), 84; Kattler (1992), 38; Klein, B. (1998), 9; Korte/Robinson (1988 B), 19; Niggel (1997), 263; Reichwald/Hermens (1994), 27; Senn, (1991), 930f. und 934; Welsch (1996), 15. Eisold (1989), 1007, leitet daraus ab, daß sich die Telearbeit nur für Tätigkeiten eigne, die ausschließlich „ergebnisorientiert“ seien im Gegensatz zu „anwesenheitsorientierten“ Tätigkeiten.

gehalt und einem variablen Entgelt (Provision, Prämie, erfolgsabhängige Jahreszahlung) zusammen. Das Führungsinstrument „Zielvereinbarung“ setzten 88 % der befragten Unternehmen ein.⁶⁹

Die Gefahr der Selbstaussbeutung entsteht zudem durch die Arbeit in der eigenen Wohnung, der raum-zeitlichen Integration von Beruf- und Privatleben,⁷⁰ wie sie beim Außendienstmitarbeiter umfangreich stattfindet. Im übrigen fehlt es auch in den Arbeitsverträgen von Außendienstmitarbeitern in der Regel an Arbeitszeitregelungen,⁷¹ selbst in Musterverträgen für den Außendienst bestehen solche - soweit ersichtlich - nicht.⁷² Entsprechende Vereinbarungen zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat sind in der Praxis „unvergleichlich spärlich“,⁷³ genau wie tarifvertragliche Regelungen.⁷⁴ Ganz abgesehen davon, daß derartige Regelungen nicht vor Selbstaussbeutung schützen und es schließlich auch problematisch ist, inwieweit Reise- und Wartezeiten überhaupt vergütungspflichtige Arbeitszeit und Arbeitszeit im Sinne des Arbeitszeitgesetzes (ArbZG)⁷⁵ darstellen.⁷⁶

2.4.4. Die Stellung des Außendienstmitarbeiters im Rahmen der kollektiven Interessenvertretung

Die Stellung des Außendienstmitarbeiters im Rahmen der kollektiven Interessenvertretung wird durch viele Faktoren belastet.

Zunächst ist festzustellen, daß ein gewisses sozial- und gewerkschaftspolitisches Interesse am Außendienst allenfalls in Zeiten extremer Verelendung und drohender Radikalisierung,

⁶⁹ In: Personal 1996, 404-410. Ähnliche Ergebnisse ergab eine Studie aus dem Jahr 1989 - bei Näser (1989), 15f. - nach der 80 % aller Unternehmen ihren Außendienst über das Fixum hinaus auch leistungsbezogen vergüten.

⁷⁰ Begriff bei Büssing/Aumann (1996 A), 458.

⁷¹ Hunold (1993 A), 79; ders. (1993 B), 10; Bopp (1993), 24f., mit Praxisbeispielen arbeitsvertraglicher „Arbeitszeitregelungen“, denen gemeinsam ist, daß sie die Arbeitszeit tatsächlich vollkommen ungeregelt lassen. Vgl. auch Matschke (1991).

⁷² Vgl. die Musterverträge bei Hohn (1992), 3-20; Küstner (1985), 476-484; Rechts- und Formularratgeber (1985), 4-10; Schaub (1994), 41-49.

⁷³ Bopp (1993), 43.

⁷⁴ Hunold (1993 B), 10; Mayer (1996), 26.

⁷⁵ Vom 6.6.1994 (BGBl. I, S. 1170), geändert durch Gesetz vom 30.7.1996 (BGBl. I, S. 1186).

⁷⁶ Dazu Bopp (1993), 38-52; Els (1986), 2192-2193; Gaul, D. (1986), 222f.; Hromadka (1994), 390; Hunold (1993 A), 83-92; ders. (1993 B), 12-15; Loritz/Koch (1987), 1102-1108; Mayer (1996), 28-31; ders. (1991 A), 144-146; ders. (1991 B), 229; Schaub, (1996), 317f.

so in der Weltwirtschaftskrise, bestanden hat. Im übrigen führte insbesondere das negative Image der Außendienstmitarbeiter zu einer „Abschottung der Gewerkschaften gegenüber dem Phänomen Außendienst“, unterstützt noch von der arbeitsvertraglichen und statusmäßigen Zersplitterung des Außendienstes, die die Entscheidung, welche zielgruppenspezifischen Bedürfnisse und Themen vor Ort aufgegriffen werden sollen, schwer macht.⁷⁷

Aber auch von seiten des Außendienstmitarbeiters besteht eine „hochgradige Verunsicherung“ gegenüber dem Instrumentarium der betrieblichen und gewerkschaftlichen Interessenvertretung.⁷⁸ Sie sind in vielen Fällen gar nicht an einem Stellvertreterhandeln durch den Betriebsrat oder Gewerkschaftssekretäre interessiert, sondern versuchen, ihre Probleme mit dem Arbeitgeber selbst zu lösen.⁷⁹ Dies ist eine Folge ihrer tatsächlichen Selbständigkeit und ihres höheren Einkommens, Privilegien, aufgrund derer sie nicht nur für andere seit jeher als „Einzelkämpfer“ gelten, die „für sich selbst sorgen“,⁸⁰ sondern sie sich auch selbst als solche fühlen.⁸¹

Soweit der Außendienst nicht als eigener Betrieb organisiert ist und damit kein eigener Außendienst-Betriebsrat existiert,⁸² besteht des weiteren das Problem, daß die Außendienstmitarbeiter in den Betriebsräten häufig nur schwach vertreten sind⁸³ und den Betriebsräten der Hauptverwaltung oder des Hauptwerkes - des Innendienstes - die Außendienstprobleme zu meist fremd sind.⁸⁴ Dies findet seine Ursache darin, daß die Außendienstmitarbeiter durch die Erbringung der Arbeitsleistung nahezu ausschließlich außerhalb der Betriebsstätte aus dem betrieblichen Arbeits- und Kommunikationsprozeß praktisch völlig ausgeklammert sind (siehe Kapitel 2.4.2.1.),⁸⁵ ein Umstand, der noch dadurch erschwert wird, daß selbst die wenigen Treffen mit Vorgesetzten und Kollegen aus betriebswirtschaftlichen Gründen zu meist in Hotels und nicht im Betrieb stattfinden, so daß ein Besuch - der Sprechstunden - des Betriebsrats nicht möglich ist.⁸⁶

⁷⁷ Weißbach/Witzgall/Vierthaler (1990), 6f., 354.

⁷⁸ Weißbach/Witzgall/Vierthaler (1990), 358. Vgl. auch Fangmann (1994), 208.

⁷⁹ Vgl. Hitziger (1991), 48, und Weißbach/Witzgall/Vierthaler (1990), 354.

⁸⁰ So ein Betriebsrat, zitiert bei Weißbach/Witzgall/Vierthaler (1990), 6.

⁸¹ Vgl. Mayer/Paasch (1987 A), 588; Paasch (1991), 222; Rieker (1995), 200; Saller (1996), 301; Zimmer (1995), 80.

⁸² Vgl. Bopp (1993), 43, Fn. 48. Einen eigenen Betriebsrat für den Außendienst halten auch Bösche/Grimberg (1992), 382f., und Weißbach/Witzgall/Vierthaler (1990), 357, für sinnvoll.

⁸³ Bopp (1993), 43.

⁸⁴ Bösche/Grimberg (1992), 383.

⁸⁵ Vgl. Mayer (1996), 8; ders. (1990), 64; ders. (1991 B), 225; Weißbach/Witzgall/Vierthaler (1990), 356/357.

⁸⁶ Zu der Problematik des Besuchs von Betriebsversammlungen Viets (1979).

Als weitere Schwierigkeit tritt hinzu, daß sich die Arbeitsabläufe und Strukturen der Arbeitsplätze im Innen- und Außendienst stark voneinander unterscheiden⁸⁷ und in vielen Industriezweigen die Innendienst-Betriebsräte überwiegend dem gewerblichen Bereich entstammen,⁸⁸ während der Außendienst, abgesehen vom Wartungsaußendienst, immer stärker kaufmännisch qualifiziert ist.⁸⁹ Dementsprechend sind auch die Themen, die den Außendienstmitarbeiter bewegen, wie z.B. Zeitautonomie, Prämien, Provisionen und Dienstwagenregelungen, kaum solche, die sich ein Betriebsrat aus dem Innendienst engagiert zu eigen machen kann.⁹⁰ Und das Desinteresse des Innendienst-Betriebsrats wird dann schließlich noch durch die negative gesellschaftliche und betriebliche Einschätzung der Außendienstarbeit (dazu oben in Kapitel 2.4.1. und 2.4.2.), die vor den Betriebsräten nicht halt macht, gefördert.⁹¹

Hinzuweisen ist auch auf den Umstand, daß in vielen Unternehmen sehr viel mehr Außendienst- als Innendienstmitarbeiter beschäftigt werden, so vor allem in Tochterunternehmen ausländischer Firmen, die in Deutschland keine Produktion, sondern allein eine Vertriebsverwaltung besitzen. Hier würde die Beteiligung der Außendienstmitarbeiter zu einer - aus Sicht der Innendienst-Betriebsratsmitglieder unerwünschten - Majorisierung des Betriebsrats durch den Außendienst und den Verlust der eigenen Mandate führen. Wörtlich heißt es in einem Schreiben, mit dem ein Wahlvorstand die - mit der Problematik des Außendienstes vergleichbare - Beteiligung von teilzeitbeschäftigten Zeitungszustellern an der Wahl des Betriebsrats des Hauptbetriebs ablehnte: „Eine Beteiligung der Zusteller an der Wahl des Betriebsrats des Verlags (Hauptbetrieb) würde ... dem Sinn des Betriebsverfassungsgesetzes und den Interessen der vollbeschäftigten Arbeitnehmer eindeutig widersprechen, die dadurch zu einer kleinen Minderheitengruppe würden. Das würde den sozialen Frieden im Betrieb nachhaltig gefährden.“ Im Prozeß führte der Betriebsrat dann u.a. aus, daß es den potentiellen Zusteller-Betriebsräten an der erforderlichen Sachkunde im Hinblick auf die betriebsinternen Probleme fehle. Damit stehe sowohl die Funktionsfähigkeit des Betriebsrats als auch die nach dem Gesetz vorausgesetzte vertrauensvolle Zusammenarbeit mit dem Arbeitgeber

⁸⁷ Bösche/Grimberg (1992), 383.

⁸⁸ Weißbach/Witzgall/Vierthaler (1990), 357.

⁸⁹ Vgl. Mattler/Geens (1991), 11; Wiegard (1991), 29.

⁹⁰ Vgl. Weißbach/Witzgall/Vierthaler (1990), 354, und als ganz grundsätzliches Problem bei der Zergliederung einer Belegschaft Pfarr/Drüke (1989), 142.

⁹¹ Vgl. Weißbach/Witzgall/Vierthaler (1990), 6-8.

in Frage.⁹²

Soweit der Außendienst schließlich einen eigenen Betriebsrat bildet, wirkt sich die räumliche Trennung ebenfalls aus, allerdings nicht nur zwischen Betriebsrat und Außendienstmitarbeitern, sondern auch zwischen den einzelnen Betriebsratsmitgliedern. Hier führt die z.T. sehr weite räumliche Entfernung häufig dazu, daß zum einen kaum Betriebsratssitzungen stattfinden, zum anderen Beschlüsse als Umlaufbeschlüsse oder durch die telefonische Abfrage der einzelnen Betriebsratsmitglieder rechtswidrig zustande kommen.⁹³

Ganz grundsätzlich schränken dezentrale Formen der Arbeit die Möglichkeiten zur gemeinsamen Interessenvertretung ein,⁹⁴ weil den betrieblichen Interessenvertretungen die Belegschaft „abhanden kommt“⁹⁵ und erst die Arbeit im Betrieb die Voraussetzungen für den organisatorischen Zusammenschluß der Arbeitnehmer und damit für autonome Konfliktregelungen schafft.⁹⁶ Eine zunehmende Individualisierung der Arbeitsbedingungen schafft immer auch die Gefahr einer Entsolidarisierung der Arbeitnehmerschaft.⁹⁷ Dementsprechend wird auch für die Telearbeit eine erhebliche Gefahr in der Schwächung der kollektiven Interessenvertretung gesehen.⁹⁸

Allerdings ist diese recht negative Stellung des Außendienstmitarbeiters im Rahmen der kollektiven Interessenvertretung aufgrund der aktuellen Entwicklungen im Umbruch.

2.4.5. Aktuelle Entwicklungen

Zwei grundlegende Entwicklungen lassen sich im Außendienst erkennen. Zum einen wandelt sich das Image des Außendienstes zum Positiven, zum anderen findet, möglicherweise noch beschleunigt durch die Telearbeit, eine Verbesserung der kollektiven Interessenvertre-

⁹² BAG, Beschluß v. 29.1.1992 - 7 ABR 27/91, NZA 1992, 894-899 (895), und Vorinstanz: LAG Baden-Württemberg, Beschluß v. 25.2.1991 - 10 TaBV 5/90, LAGE § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 19, S. 2.

⁹³ Bösche/Grimberg (1992), 392. Vgl. auch Hitziger (1991), 49.

⁹⁴ Büssing/Aumann (1996 A), 458. Vgl. auch Wahsner/Steinbrück (1984), 105.

⁹⁵ Wedde (1993), 57.

⁹⁶ Simitis (1984), 163.

⁹⁷ Vgl. Linnenkohl (1996), 51. Für die Teleheimarbeit führt Huber (1984), 66, aus: „Wer kein Gefühl für Zusammengehörigkeit entwickeln kann, der führt auch keine Arbeitskämpfe.“

⁹⁸ Farthmann (1984), 550; Goerke (1996), 190; Kilian/Borsum/Hoffmeister (1986), 62; ausführlich Pfarr/Drüke (1989), 109-111, 141f.; Wedde (1992), 128; Wlotzke (1985), 760.

tung statt.

2.4.5.1. Der Imagewandel des Außendienstes

Der deutliche positive Wandel des Außendienst-Images findet seinen Ursprung in dem Wandel der Märkte von der produktionsorientierten zur konsumorientierten Gesellschaft zu Beginn der 60er Jahre.⁹⁹ In der produktionsorientierten Gesellschaft mit ihrer hohen Nachfrage war der Verkäufer eine Art Produkteverteiler und Sammler von Aufträgen,¹⁰⁰ der Verkauf als solcher wurde als niedere Tätigkeit angesehen.¹⁰¹ Dieses Bild wandelte sich dann durch die Auflösung der Konsum-Staus der Nachkriegszeit, es verschob sich vom quantitativen zum qualitativen Konsum.¹⁰² Die Überfülle des heutigen Warenangebots hat dazu geführt, daß dem Absatz die entscheidende Funktion zwischen Erzeugung und Verbrauch zukommt, womit der Verkäufer in seiner Funktion nicht nur in den Augen der Unternehmer, deren Produkten er zum Erfolg verhilft, sondern auch gegenüber dem Verbraucher, für den er das Warenangebot aufbereitet und zugänglich macht, aufgewertet wird.¹⁰³ Die immer komplizierteren und teureren Produkte, die starke Konkurrenz und die gestiegenen Kundenwünsche haben dazu geführt, daß nicht mehr das „Umsatzmachen“ der „Verkaufskanonen“, die viel Wert auf Auftreten, Beziehungen und Überredungskunst legen, gefragt ist, sondern die Beratung auf der Grundlage qualifizierter Produkt- und Branchenkenntnisse.¹⁰⁴ Damit der Außendienstmitarbeiter nun weniger Verkäufer, sondern vornehmlich Berater sowie „Informationsmanager“, der den Innendienst mit Informationen versorgt, sein kann, ist seine immer höhere Qualifikation erforderlich.¹⁰⁵ So legen die Unternehmen nicht nur einen immer höheren Wert auf die Weiterbildung und Nachschulung ihrer Vertriebs- und Servicemitarbeiter, sondern es werden auch verstärkt Hochschulabsolventen für den Außendienst eingestellt, die ihrerseits eine Außendiensttätigkeit keineswegs mehr für „ehrenrührig“ halten.¹⁰⁶ Im Gegenteil, um den Außendienst für einen derartig qualifizierten Nachwuchs attraktiv zu machen, wird die Außendiensttätigkeit mittlerweile in vielen Unterneh-

⁹⁹ Vgl. Dichtl/Raffée/Niedetzky (1981), 1; Krüger (1984), 10f.

¹⁰⁰ Vgl. Dichtl/Raffée/Niedetzky (1981), 1.

¹⁰¹ Ortmann, D. (1977), 9.

¹⁰² Krüger (1984), 10f.

¹⁰³ Ortmann, D. (1977), 10. Vgl. auch Carlsen/Zimmer (1991), 73; Koinecke (1985), Rn. 31; Weißbach/ Witzgall/Vierthaler (1990), 8.

¹⁰⁴ Vgl. Koinecke (1985), Rn. 33; Krüger (1984), 12; Mattler/Geens (1991), 9; Ortmann, D. (1977), 11.

¹⁰⁵ Vgl. Wiegard (1991), 29.

men als unabdingbare Karrierestufe für andere Marketing-Positionen betrachtet.¹⁰⁷

2.4.5.2. Der Wandel bei der kollektiven Interessenvertretung

Im Rahmen der kollektiven Interessenvertretung ergeben sich Veränderungen für den Außendienst bei der gewerkschaftlichen und der betrieblichen Vertretung.

Von seiten der Gewerkschaften ist schon grundsätzlich seit Ende der achtziger Jahre eine verstärkte Orientierung der Industriegewerkschaften auf die Angestelltenarbeit zu beobachten, und da die Angestelltenzahlen im Handel und in den Industrieverwaltungen schrumpfen, bemühen sich die Gewerkschaften vermehrt um den Außendienst.¹⁰⁸ So hat z.B. die Industriegewerkschaft Chemie-Papier-Keramik (IG Chemie) einen zentralen Bundesarbeitskreis sowie Bezirksarbeitskreise eingerichtet, in denen berufspolitische Themen des Außendienstes diskutiert werden und die auch Außendienstmitarbeitern aus anderen Gewerkschaften offenstehen.¹⁰⁹ Sehr aktiv im Bereich des Außendienstes ist des weiteren die Gewerkschaft Nahrung-Genuss-Gaststätten (NGG)¹¹⁰ sowie die Deutsche Angestellten-Gewerkschaft (DAG), die die als besonders schwierig und individualistisch geltende Gruppe der Versicherungsvertreter intensiv umwirbt.¹¹¹ Die Hoffnung auf eine wachsende Einsicht der Außendienstmitarbeiter in die Notwendigkeit kollektiven Schutzes schöpfen die Gewerkschaften schließlich nicht zuletzt aus der Einführung der mobilen Telearbeit (zu dieser in Kapitel 2.3.), da diese eine verstärkte Kontrolle des Außendienstes ermöglicht und diese Kontrollpotentiale den an Autonomie gewöhnten Außendienstmitarbeiter stärker treffen als den Innendienst (zu den Kontrollpotentialen der Informations- und Kommunikationstechnik siehe auch unten in Kapitel 3.9.1.).¹¹²

Für die betriebliche Interessenvertretung ergeben sich ebenfalls Chancen aus der zunehmenden Betriebsferne durch die mobile Telearbeit. Je größer nämlich das Kommunikations- und

¹⁰⁶ Weißbach/Witzgall/Vierthaler (1990), 8. Vgl. auch Mattler/Geens (1991), 11; Wiegard (1991), 26f.

¹⁰⁷ Vgl. Wiegard (1991), 27.

¹⁰⁸ Weißbach/Witzgall/Vierthaler (1990), 354.

¹⁰⁹ Vgl. Mayer (1991 A), 143, Anm.; ders. (1991 B), 225, Anm.

¹¹⁰ Vgl. www.gewerkschaft-ngg.de. So gibt diese z.B. den Aufsatz von Bösche/Grimberg (1992) als Broschüre und ein Video zum Thema „Außendienst im Wandel“ heraus.

¹¹¹ Weißbach/Witzgall/Vierthaler (1990), 355.

¹¹² Vgl. Weißbach/Witzgall/Vierthaler (1990), 9 und 355.

Informationsdefizit der Außendienstmitarbeiter aufgrund mangelnder Einbindung in den Betrieb ist, desto größer kann auch das Interesse an Kommunikation und Information sein. Hier bietet sich dem Betriebsrat die Möglichkeit, die Rolle einer Kommunikationsinstanz wahrzunehmen.¹¹³ Und im Hinblick auf diese Rolle folgt für den Betriebsrat aus der Vernetzung der Außendienstmitarbeiter eine große Chance, denn er ist, wenn er einen Zugang zum Netzwerk des Betriebs hat, in der Lage, alle Außendienstmitarbeiter schnell, umfassend und kostengünstig zu informieren.¹¹⁴ Dementsprechend wird sowohl in der Rechtsprechung¹¹⁵ als auch in der Literatur¹¹⁶ die Pflicht des Arbeitgebers vertreten, dem Betriebsrat die Information der Belegschaft über ein EDV-gestütztes Kommunikationssystem (Mailbox) zu gestatten, wenn ein solches System im Betrieb allgemein zum Zweck der Kommunikation eingesetzt wird. Die meisten Gerichte stützten ihre Entscheidung dabei u.a. ausdrücklich auf die Erwägung, daß die Außendienstmitarbeiter und die Teleheimarbeiter, die die Arbeitgeber beschäftigten, nicht oder nicht rechtzeitig auf herkömmlichem Wege für Mitteilungen des Betriebsrats erreicht werden könnten, und gerade die Nutzung des Informationssystems die Möglichkeit schaffe, auch diese Mitarbeiter ohne unnötige Schwierigkeiten zu informieren, worauf der Betriebsrat einen Anspruch habe.¹¹⁷

Doch nicht nur der Betriebsrat, sondern auch die Gewerkschaften können mit Zustimmung des Arbeitgebers das betriebliche Netzwerk in Anspruch nehmen, wie der am 1.1.1999 in Kraft getretene Tarifvertrag über Telearbeit zwischen der Deutschen Telekom AG/T-Mobil und der Deutschen Postgewerkschaft (DPG) zeigt, der in § 6 die Nutzung des Intranets der

¹¹³ Mayer (1991 B), 232.

¹¹⁴ Vgl. Wank (1997 A), 40; Klebe/Wedde (1993), 1420; Klotz (1996 B), der dies auch für die Gewerkschaftsarbeit fordert; 42; Wedde (1993), 57. Zu der Möglichkeit einer informationellen Interpretation betriebsverfassungsrechtlicher Normen Linnenkohl (1999), 53.

¹¹⁵ LAG Baden-Württemberg, Beschluß v. 26.9.1997 - 5 TaBV 1/97, DB 1998, 888f.; LAG Köln, Beschl. v. 10.1.1992 - 12 TaBV 52/91, NZA 1992, 519-521 (521) = BetrR 1992, Heft 3, 68-71 mit Anm. Ortman = AiB 1992, 292-294 = ArbuR 1992, 318; ArbG Köln, Beschl. v. 28.5.1991 - 4 BV 83/91, AiB 1992, 94f. mit Anm. Fels; ArbG München, Beschl. v. 17.10.1991 - 11 BV 77/91, AiB 1992, 95f.; ArbG Paderborn, Beschluß v. 29.1.1998 - 1 BV 35/97, AiB 1998, 282-285 mit Anm. Klebe/Wedde. Enger BAG, Beschl. v. 17.2.1993 - 7 ABR 19/92, DB 1993, 1426-1428 = ArbuR 1993, 256 (Ls.), das zwar im Einzelfall bei Erforderlichkeit, aber nicht uneingeschränkt den Arbeitgeber für verpflichtet hält, dem Betriebsrat die Nutzung des EDV-Systems zu gestatten. Klebe/Wedde (1998), 285, weisen insofern auf den Unterschied zwischen dem „aktiven“ Versenden und der „passiven“ Zurverfügungstellung von Informationen hin. Vgl. auch Beckschulze (1998), 1816.

¹¹⁶ Däubler/Kittner/Klebe (1996) - Blanke, § 40 Rn. 77; Klebe/Wedde (1993), 1420f.; Wedde (1995), 694-696, auch zum Zugang zu öffentlichen Datennetzen. Vgl. auch Klebe/Kunz (1990) und Kort (1990), 599. A.A. Fabricius/Kraft/Wiese/Kreutz (1994) - Wiese, § 40 Rn. 109.

¹¹⁷ LAG Baden-Württemberg, Beschluß v. 26.9.1997 - 5 TaBV 1/97, DB 1998, 888f. (889); LAG Köln, Beschl. v. 10.1.1992 - 12 TaBV 52/91, NZA 1992, 519-521 (521) = BetrR 1992, Heft 3, 68-71 mit Anm. Ortman = AiB 1992, 292-294 = ArbuR 1992, 318; ArbG München, Beschl. v. 17.10.1991 - 11 BV 77/91, AiB

Telekom/T-Mobil durch die DPG umfassend regelt.¹¹⁸

2.5. Ergebnis zu Kapitel 2.

Der Außendienstmitarbeiter ist nicht nur begriffsnotwendig, sondern auch tatsächlich fast ausschließlich betriebsextern tätig, sei es beim oder auf dem Weg zum Kunden, sei es bei Administrationsarbeiten in der eigenen Wohnung. Er hat seine Aufgaben in hohem Maße eigenständig und selbstverantwortlich zu erfüllen.

Der Außendienst stellt in Form der mobilen Telearbeit die Vorreiter- und zahlenmäßig stärkste Gruppe innerhalb der ständig steigenden Zahl der Telearbeiter dar.

Insbesondere durch die mobile Telearbeit nimmt der persönliche Kontakt der Außendienstmitarbeiter zum Betrieb weiter ab. Dadurch steigen zum einen die Eigenverantwortung und Selbständigkeit bei Ausübung der Außendienstarbeit, zum anderen aber auch Probleme wie z.B. die Selbstaussbeutung, die betriebliche Isolation und die Schwierigkeiten bei der kollektiven Interessenwahrnehmung.

Die Probleme des Außendienstes sind prototypisch für die neuen Formen der betriebsexternen Arbeit wie z.B. der Telearbeit. Dies liegt vor allem daran, daß die betriebsexterne Arbeit grundsätzlich nur durch die Vorgabe von Arbeitszielen (Management by Objectives) und die Honorierung von Arbeitsergebnissen (Prämien und Provisionen) kontrolliert und gesteuert werden kann.

Gewerkschaften und Betriebsräte haben die besondere Lage des Außendienstes erkannt. Vor allem der Einsatz der modernen Informations- und Kommunikationstechnik bietet neben den genannten Nachteilen auch die Chance einer verbesserten Wahrnehmung kollektiver Rechte der betriebsextern Tätigen.

1992, 95f.; ArbG Paderborn, Beschluß v. 29.1.1998 - 1 BV 35/97, AiB 1998, 282-285 mit Anm. Klee/Wedde.

¹¹⁸ Abgedruckt in NZA 1998, 1214-1217 (1214).

3. Die Scheinselbständigkeit

Als eines der drängendsten Probleme des Arbeits- und Sozialrechts wird seit einigen Jahren in der Rechtsprechung, Literatur und Politik die sog. Scheinselbständigkeit diskutiert. Sie stellt ein bekanntes Phänomen der Außendiensttätigkeit und eine erhebliche Gefahr bei der Einführung der Telearbeit dar.

3.1. Der Begriff und die Merkmale der Scheinselbständigkeit

Für die Erbringung der menschlichen Arbeitsleistung sieht unsere Rechtsordnung zwei grundlegende Formen vor (zu einer differenzierteren Einteilung unten in Kapitel 7.1.). Zum einen kann sie als abhängige Tätigkeit im Dienste eines anderen, zum anderen als unternehmerische, d.h. selbständige Tätigkeit erfolgen. Während die abhängige Arbeit grundsätzlich dem Arbeitsrecht als dem Schutzrecht der Arbeitnehmer unterfällt, unterliegt die selbständige Arbeit dem Recht des freien Dienstvertrags und, wenn sie von mehreren zusammen ausgeübt wird, dem Gesellschaftsrecht.¹¹⁹

Eine Vielzahl von Erwerbstätigen wird nun formal als Selbständige behandelt, obwohl die Erwerbstätigen de facto wie abhängig Beschäftigte arbeiten und sich hinsichtlich ihres arbeits- und sozialrechtlichen Schutzbedürfnisses nicht von den Selbständigen unterscheiden.¹²⁰ Typische Merkmale dieser Tätigkeiten sind:

Die Betreffenden erbringen die Arbeitsleistung persönlich, beschäftigen also ihrerseits keine oder nur wenige Arbeitnehmer.

Sie verfügen über kein nennenswertes Eigenkapital.

¹¹⁹ Loritz (1992), 310, mit ausführlicher Besprechung der Mitarbeit im Rahmen von Gesellschaftsverträgen.

¹²⁰ LAG Düsseldorf, Beschluß v. 6.3.1991 - 4 TaBV 119/90, LAGE § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 18, S. 3; v. Einem (1993), 314; ders. (1994), 60; Fraktion Bündnis 90/Die Grünen (1997), 2; Fraktion der SPD (1996), 1 und 5; Länder Hessen und Nordrhein-Westfalen (1996), 6; Mayer (1995), 41; Paasch (1991), 216/217; Petersen/Höpfner (1997), 65; Steinmeyer (1995), 967; ders., zitiert nach Griese (1995), 138; ders., zitiert nach Elsner (1996 B), 163; Student (1994), 21; Vgl. auch Grafe, F. (1997), 120; Mayer/Paasch (1987 B), 57. Ganz ähnlich Brand, zitiert nach Elsner (1996 B), 164; ders. (1997), 552. Zu der Scheinselbständigkeit aus internationaler Sicht Jacobs (1999).

Sie arbeiten im wesentlichen oder ausschließlich nur für einen Auftraggeber / Arbeitgeber, von dem sie wirtschaftlich existenziell abhängig sind.¹²¹

Überwiegend wird diese Beschäftigungsform als „Scheinselbständigkeit“ bezeichnet,¹²² seltener verwandt werden die Begriffe „abhängige Selbständigkeit“¹²³ oder „neue Selbständigkeit“.¹²⁴ Der Unterschied zwischen diesen Bezeichnungen ist erheblich. Während der Begriff der „Scheinselbständigkeit“ impliziert, daß der Beschäftigte nur zum Schein Selbständiger, tatsächlich also Arbeitnehmer ist, drücken die Begriffe „abhängige Selbständigkeit“ und „neue Selbständigkeit“ genau das Gegenteil aus, nämlich die tatsächlich vorhandene Selbständigkeit des Beschäftigten in lediglich einer besonderen „abhängigen“ oder „neuen“ Form.

Im folgenden sollen solche Arbeitnehmer, die formal als Selbständige tätig sind, als Scheinselbständige bezeichnet werden. Als Scheinselbständige werden also Arbeitnehmer bezeichnet, die zu Unrecht als Selbständige auftreten.¹²⁵ Sie sind nur scheinbar bzw. zum Schein Selbständige.¹²⁶

3.2. Die Scheinselbständigkeit vor dem Hintergrund wirtschaftlicher Veränderungen

Die Entwicklung der Wettbewerbsumwelt in diesem Jahrzehnt ist gekennzeichnet durch eine zunehmende Deregulierung und Liberalisierung der Märkte,¹²⁷ einen immer schärfer

¹²¹ v. Einem, (1993), 314; ders. (1994), 60; Fraktion der SPD (1996), 5; Kreuder (1996 B), 386/387; Länder Hessen und Nordrhein-Westfalen (1996), 6; Mayer (1995), 41; Paasch (1991), 217; Ruppel/Kröll (1992), 264.

¹²² So z.B. LAG Düsseldorf, Urteil v. 4.9.1996 - 12 (6) (5) Sa 909/96, BB 1997, 891-893 (892); LG München I, Beschluß v. 15.5.1997 - 17 HKO 759/97, NZA 1997, 943f.; Appel/Frantziocch (1998); Ballauf (1996); Buschmann (1992); Elsner (1996 A); Etzel (1998), 1194; Fraktion Bündnis 90/Die Grünen (1997); Fraktion der SPD (1994); Grafe, F. (1997); Hanau (1997), 13; Hopt (1998), 863; Kretschmer (1997); Länder Hessen und Nordrhein-Westfalen (1996); Mankowski (1997); Mayer/Paasch (1987 B), 57; Mayer (1995); Petersen/Höpfner (1997); Popp (1998), 18/19; Sitte (1997); Wedde (1998), 48f.; Worzalla (1996).

¹²³ So z.B. LSG Berlin, Urteil v. 27.10.1993 - L 9 Kr 35/92, NZA 1995, 139-144 (144); v. Einem (1993); ders. (1994); Gitter (1996 B); Kretschmer (1994); Paasch (1991); Student (1994), 21/22.

¹²⁴ So z.B. Bauschke (1994), 211; Däubler (1998), Rn. 2116; Düwell (1998), 151; Hromadka (1997); Kreuder (1996 A); ders. (1996 B); Plander (1990), 43-46; Reinecke (1998 A), 581; Wank (1992); Zachert (1988), 133 und 135. Kritisch Mayer (1989), 80/81. Vgl. zusammenfassend Berndt (1998), 894.

¹²⁵ So Brand (1996), 401; ders. (1997), 552. Vgl. auch Voelzke (1998), 1687. Abzulehnen ist hingegen der Versuch, mittels des Begriffs der Scheinselbständigkeit eine Ausweitung des Arbeitnehmerbegriffs herbeizuführen; vgl. dazu Junker (1997), 1318; Rieble (1998), 328f.

¹²⁶ Vgl. Hanau (1997), 13.

¹²⁷ Ratzek (1996), 268.

werdenden globalen Wettbewerb,¹²⁸ kürzere Innovationszyklen, eine zunehmende Spezialisierung der Unternehmen,¹²⁹ immer anspruchsvollere Kunden und Innovationssprünge in der Telekommunikations- und Informationstechnologie.¹³⁰ Dieser stetige Wandel erzwingt eine immer höhere Flexibilität der Unternehmen.¹³¹ Gleichzeitig hat ein einzelnes Unternehmen nicht mehr die Zeit und Kapazitäten, alle Stufen der immer schnelleren Produktlebenszyklen selbst zu begleiten,¹³² zumal der Zeitwettbewerb immer mehr zur kritischen Erfolgsgröße wird (Economies of Speed).¹³³

Die Unternehmen reagieren auf diesen Wandel des Wettbewerbsumfelds durch die Reorganisation interner Prozesse (Business Reengineering).¹³⁴ Um die Produktivität zu erhöhen, setzen neue Formen der Arbeitsorganisation vor allem auf flache Hierarchien, Gruppenarbeit und die Delegation von Verantwortung und Kontrolle; auf der Ebene der Gesamtorganisation wird der Überkomplexität mit einer gezielten Dezentralisierung und Aufspaltung in flexible, reaktionsschnelle und weitgehend eigenverantwortlich operierende Einheiten begegnet.¹³⁵

Je stärker nun dieses Prinzip der autonomen Unternehmenseinheiten die Wertschöpfungskette durchdringt und vor allem je besser die autonomen Unternehmenseinheiten mittels der modernen Informations- und Kommunikationstechnik koordiniert werden können, desto ausgeprägter folgt der organisatorischen auch eine räumliche Dezentralisierung von Organisationseinheiten, Gruppen oder einzelnen Arbeitsplätzen.¹³⁶ Und der letzte Schritt zur unabhängig und eigenverantwortlich arbeitenden, flexibel und bedarfsorientiert einsetzbaren

¹²⁸ Klein, S. (1994), 309; Reichwald/Möslein/Sachenbacher/Englberger (1997), 206.

¹²⁹ Behme (1995), 297.

¹³⁰ Linnenkohl (1998), 45; Ott (1996 A), 18; Reichwald/Hermens (1994), 25.

¹³¹ Belzer/Hilbert (1996), 149; Bullinger/Fröschle/Brettreich-Teichmann/Hofmann (1995), 376; Reichwald/Hermens (1994), 25

¹³² Selz (1996), 309; Vogt (1994), 6.

¹³³ Bullinger/Brettreich-Teichmann/Fröschle (1995), 18; Bullinger/Fröschle/Brettreich-Teichmann/Hofmann (1995), 376; Ott (1996 A), 19; ders.(1996 B), 15; Reichwald/Hermens (1994), 25; Schnurpfeil (1996), 97.

¹³⁴ Ott (1996 A), 18; Ratzek (1996), 268.

¹³⁵ Belzer/Hilbert (1996), 150; Büssing/Aumann (1997), 240; Buschmann (1992), 132; Niggel (1997), 260; Steinle (1988), 6.

¹³⁶ Vgl. Brettreich-Teichmann (1996); Büssing/Aumann (1997), 240; Gerhäuser/Kreilkamp (1995), 40; van Haaren/Schwemmler (1996), 15; Kappus (1984), 2384; Kappus/Lenk (1988), 252; Klebe/Wedde (1992), 277; Kreilkamp (1994), 56f.; Niggel (1997), 259f.; Reichwald (1996), 16; ders./Hermens (1994), 25; ders./Möslein/Sachenbacher/Englberger (1997), 204; Schröder (1996 A), 17; Steinle (1988), 6; Weißbach (1995), 36-38, der auch darauf hinweist, daß das Outsourcing und Reengineering bei großen Unternehmen und die Globalisierung von Dienstleistungen umgekehrt auch die Verbreitung der Telearbeit begünstigt.

Einheit ist dann die Herbeiführung auch rechtlicher Autonomie.¹³⁷ Umgesetzt auf den einzelnen Mitarbeiter bedeutet dies die Umwandlung von bisherigen Arbeitnehmern in Selbstständige oder Scheinselbstständige,¹³⁸ die sog. Ausgründung¹³⁹ - „der Outsourcing-Ansatz geht hier bis auf die einzelne Person“.¹⁴⁰

3.3. Erscheinungsformen der Scheinselbständigkeit

Die Scheinselbständigkeit tritt sowohl tatsächlich als auch rechtlich in vielfältigen, immer wieder auch neuen Formen auf, die hier überschlägig aufgezeigt werden sollen.

3.3.1. Tatsächliche Erscheinungsformen der Scheinselbständigkeit

Das Phänomen der Scheinselbständigkeit ist nicht neu, sondern begleitet die industrielle Revolution schon seit der Mitte des 19. Jahrhunderts insbesondere in Gestalt der Heimarbeit und des Handelsvertreters im Außendienst (dazu näher unten in Kapitel 3.8.1.).¹⁴¹ Durch eine ganze Reihe von Urteilen des Bundesarbeitsgerichts (BAG) wurde dann seit den sechziger Jahren die scheinselbständige Beschäftigung von Mitarbeitern in den Medien, z.B. von Kameralen und Bildberichterstattem,¹⁴² später auch von Lehrern und Dozenten z.B. an

¹³⁷ Buschmann (1992), 132f.; Hirte (1992), 193f.; Hümmerich (1998), 262f.; Wedde/Klöver (1993), 93f. Vgl. auch Fraktion der SPD (1994), 1.

¹³⁸ Mayer (1995), 41; Fischer, P. (1996), 20; Klotz (1997); Kreuder (1996 A), 36.

¹³⁹ Begriff bei Hamer (1997), 20. Vgl. auch Linnenkohl (1998), 48; Mayer (1995), 41; Saller (1996), 300.

¹⁴⁰ Nouvortne (1996), 59. Ganz ähnlich LAG Köln, Urteil v. 30.6.1995 - 4 Sa 63/95, LAGE § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 29 mit Anm. Thüsing = AP Nr. 80 zu § 611 BGB Abhängigkeit. Zum Begriff des Outsourcing Schaub (1998), 2106.

¹⁴¹ v. Einem (1993), 314; ders. (1994), 60. Vgl. auch Buschmann (1992), 129; Worzalla (1996), 3; Kasseler HB 1 (1997) - Worzalla, 18. Zur langen Geschichte der Scheinselbständigkeit im Sozial- und Steuerrecht Brand (1996), 401f.

¹⁴² Z.B. BAG, Urteil v. 8.6.1967 - 5 AZR 461/66, BAGE 19, 324-333; BAG, Urteil v. 28.6.1973 - 5 AZR 19/73, AP Nr. 10 zu § 611 BGB Abhängigkeit; BSG, Urteil v. 22.11.1973 - 12/3 RK 83/71, AP Nr. 11 zu § 611 BGB Abhängigkeit; BAG, Urteil v. 14.2.1974 - 5 AZR 298/73, AP Nr. 12 zu § 611 BGB Abhängigkeit mit Anm. Lieb; BAG, Urteil v. 3.10.1975 - 5 AZR 162/74, AP Nr. 15 zu § 611 BGB Abhängigkeit; BAG, Urteil v. 8.10.1975 - 5 AZR 430/74, AP Nr. 18 zu § 611 BGB Abhängigkeit; BAG, Urteil v. 9.3.1977 - 5 AZR 110/76, AP Nr. 21 zu § 611 BGB Abhängigkeit; BAG, Urteil v. 22.6.1977 - 5 AZR 753/75, AP Nr. 22 zu § 611 BGB Abhängigkeit; BAG, Urteil v. 15.3.1978 - 5 AZR 819/76, BAGE 30, 163-176; BAG, Urteil v. 23.4.1980 - 5 AZR 426/79, AP Nr. 34 zu § 611 BGB Abhängigkeit; BAG, Urteil v. 13.1.1983 - 5 AZR 149/82, BAGE 41, 247-265; BAG, Urteil v. 16.2.1994 - 5 AZR 402/93, EzA § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 52; BAG, Urteil v. 20.7.1994 - 5 AZR 627/93, BAGE 77, 226-244, BAG, Urteil v. 30.11.1994 - 5 AZR 704/93, AP Nr. 74 zu § 611 BGB Abhängigkeit; BAG, Urteil v. 11.3.1998 - 5 AZR 522/96, NZA 1998, 705-707. Zu den Mitarbeitern in Rundfunkanstalten und der Rspr. des BAG Bezani (1997); Bitter (1978); Heilmann, K. (1998); Heußner (1975 B); Hilger (1981); Kewenig/Thomashausen

Volkshochschulen bekannt.¹⁴³

Neue Aufmerksamkeit hat die Scheinselbständigkeit jedoch seit Anfang der achtziger Jahre dadurch erfahren, daß sie sich nicht mehr nur auf diese „traditionellen Bereiche“¹⁴⁴ beschränkt, sondern immer mehr Berufsgruppen und Branchen erfaßt¹⁴⁵ - und zwar bis hin zum Sargträger.¹⁴⁶ In der Rechtsprechung und Literatur werden dazu eine ganze Reihe einzelner Tätigkeiten genannt (dazu im folgenden Kapitel). Eine empirische Untersuchung hat das Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung vorgelegt (dazu in Kapitel 3.3.1.2.).

3.3.1.1. Rechtsprechung und Literatur

Folgende Tätigkeiten werden von der Rechtsprechung und Literatur als solche angeführt, bei denen die Scheinselbständigkeit besonders verbreitet sei: Kurier-,¹⁴⁷ Verkaufs-,¹⁴⁸ und Transportfahrer,¹⁴⁹ Interviewer bei Meinungsforschungsinstituten,¹⁵⁰ Pflegekräfte¹⁵¹ sowie Beschäftigte im Bau-¹⁵² und Reinigungsgewerbe,¹⁵³ im Messe-, Garten- und Landschafts-

(1981); Maus (1968); Otto (1983); Scharf (1978). Vgl. auch Spitzenverbände der Sozialversicherungsträger (1992), 1493f. Zu aktuellen Tendenzen Schaffeld (1998).

¹⁴³ Vgl. z.B. BAG, Urteil v. 16.3.1972 - 5 AZR 460/71, AP Nr. 10 zu § 611 Lehrer, Dozenten; BAG, Urteil v. 26.1.1977 - 5 AZR 796/75 - AP Nr. 13 zu § 611 BGB Lehrer, Dozenten; BSG, Urteil v. 25.9.1981 - 12 RK 5/80, AP Nr. 23 zu § 611 BGB Lehrer, Dozenten; BAG, Urteil v. 25.8.1982 - 5 AZR 7/81, AP Nr. 32 zu § 611 BGB Lehrer, Dozenten; BAG, Urteil v. 13.11.1991 - 7 AZR 31/91, AP Nr. 60 zu § 611 BGB Abhängigkeit; BAG, Urteil v. 24.6.1992 - 5 AZR 384/91, AP Nr. 61 zu § 611 BGB Abhängigkeit = NZA 1993, 174-177; BAG, Urteil v. 26.7.1995 - 5 AZR 22/94, AP Nr. 79 zu § 611 BGB Abhängigkeit; BAG, Urteil v. 19.11.1997 - 5 AZR 21/97, DB 1998, 1288. Zu Lehrkräften und der Rspr. des BAG Worzalla (1996), 104-108.

¹⁴⁴ Begriff bei v. Einem (1993), 314; ders. (1994), 60.

¹⁴⁵ Mayer/Paasch (1987 B), 57; dies./Ruthenberg (1988), 82, mit einer Auflistung von Berufen/Tätigkeiten vorgetäuscht oder zweifelhaft Selbständiger nach Berufsbereichen, -abschnitten und ausgewählten Berufsgruppen; Mayer (1995), 42; Paasch (1991), 217; Schliemann (1997), 322.

¹⁴⁶ Vgl. LAG Düsseldorf, Urteil v. 9.9.1997 - 8 Sa 756/97, BB 1997, 2592 (Ls.).

¹⁴⁷ Mayer/Paasch (1987 B), 59; Mayer (1990 B), 218; Schliemann (1997), 322/323; Student (1994), 21.

¹⁴⁸ Petersen/Höpfner (1997), 69; Steinmeyer (1996), 357f.

¹⁴⁹ Vgl. BAG, Urteil v. 19.11.1997 - 5 AZR 653/96, NZA 1998, 364-368 = BB, 1997, 2592 = ArbuR, 1998, 32f.; LAG Düsseldorf, Urteil v. 4.9.1996 - 12 (6) (5) Sa 909/96, LAGE § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 33 = BB, 1997, 891-893; LAG Düsseldorf, Beschl. v. 28.8.1995 - 14 Ta 330/94, BB, 1995, 2275-2276; LSG Berlin, Urteil v. 27.10.1993 - L 9 Kr 35/92, JuS, 1995, 274f. = NZA 1995, 139-144. Ausführlich Paasch (1990).

¹⁵⁰ Hamer (1997), 20.

¹⁵¹ Brand (1997), 552; Petersen/Höpfner (1997), 71.

¹⁵² Däubler (1997), 618, und Mankowski (1997) insbesondere zum Problem der E 101-Bescheinigungen britischer Staatsangehöriger; Mayer/Paasch/Ruthenberg (1988), 81, mit einer Auflistung von Berufen/Tätigkeiten vorgetäuscht oder zweifelhaft Selbständiger aus dem Bereich der Bau- und Verkehrsberufe; Petersen/Höpfner (1997), 72f.; Reim (1997); Steinmeyer (1996), 360f.; Student (1994).

¹⁵³ Ballauf (1996), 14; Steinmeyer (1996), 362f.

bau¹⁵⁴ und im Bereich der Haustürwerbung,¹⁵⁵ im Prinzip alle Tätigkeiten, die betriebsextern ausgeführt werden.¹⁵⁶ Von im Rahmen einer 1988 durchgeführten, nicht-repräsentativen Untersuchung festgestellten Tätigkeiten Scheinselbständiger fanden etwa 60 % typischerweise nicht in den Betriebsräumen oder auf den Betriebsgrundstücken des Arbeitgebers statt, weitere 20 % konnten sowohl innerhalb wie außerhalb des ortsfesten Betriebes ausgeübt werden.¹⁵⁷

Doch nicht nur diese, sondern zunehmend auch betriebsinterne Tätigkeiten werden von der Rechtsprechung und Literatur genannt, so z.B. „selbständige“ Kellner in der Gastronomie¹⁵⁸ oder „selbständige“ Fleischzerleger, Schlachter und Ausbeiner in Schlachthöfen.¹⁵⁹ Immer stärker soll sich auch die Umwandlung von bestimmten Verkaufsbereichen in großen Supermärkten und Warenhäusern zu „Shops in the Shop“ durchsetzen, die dann von bisherigen Arbeitnehmern als Scheinselbständigen geführt werden,¹⁶⁰ eine Erscheinung, die bislang in erster Linie von den Propagandistinnen bekannt war.¹⁶¹

3.3.1.2. Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung

1996 hat das Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung der Bundesanstalt für Arbeit (IAB) eine breit angelegte interdisziplinäre Untersuchung zur Scheinselbständigkeit vorgelegt, in der es zunächst aufgrund einer Expertenbefragung feststellte, daß sich Erwerbsfelder aufzeigten, in denen die Scheinselbständigkeit weitgehend akzeptiert bzw. kaum problematisiert werde, so z.B. im Bereich der freien akademischen Mitarbeiter, während in anderen

¹⁵⁴ v. Einem (1993), 314; Wank (1992), 90.

¹⁵⁵ Grafe, F. (1997), 121; Schliemann (1997), 323.

¹⁵⁶ Vgl. Mayer (1990 B), 214; ders. (1995), 42, mit dem Hinweis, daß die Erscheinungsformen der sog. Scheinselbständigkeit zwar vollkommen unterschiedlich seien, ihnen aber zumindest gemeinsam sei, daß es sich bei ihnen um Tätigkeiten handele, die nicht unbedingt im Betrieb eines Unternehmens erbracht werden müßten.

¹⁵⁷ Mayer/Paasch/Ruthenberg (1988), 82.

¹⁵⁸ LAG Köln, Urteil v. 30.6.1995 - 4 Sa 63/95, LAGE § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 29 mit Anm. Thüsing, S. 12 = AP Nr. 80 zu § 611 BGB Abhängigkeit = ArbuR 1996, 413-415 (414); Fraktion der SPD (1994), 2; Grafe, F. (1997), 120f.; Petersen/Höpfner (1997), 71.

¹⁵⁹ Mayer (1995), 42; Petersen/Höpfner (1997), 70, mit der Aufzählung verschiedener Fallgruppen; Student (1994), 23.

¹⁶⁰ Grafe, F. (1997), 120.

¹⁶¹ Marburger (1979), 842; Mayer/Paasch (1988), 242-246. Vgl. auch BGH, Urteil v. 11.3.1982 - 1 ZR 27/80, AP Nr. 3 zu § 84 HGB = NJW 1982, 1757-1759; LAG Köln, Urteil v. 30.6.1995 - 4 Sa 63/95, LAGE § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 29 mit Anm. Thüsing = AP Nr. 80 zu § 611 BGB Abhängigkeit = ArbuR 1996, 413-415; ArbG Bremerhaven, Beschl. v. 3.8.1988 - 2 BV 18/87, AiB 1989, 85; LSG Hamburg, Urteil v. 19.6.1983 - I KRbf 35/83, AiB 1988, 117-118.

Erwerbsfeldern, wie z.B. dem Handwerk, Scheinselbständigkeit als wirtschaftliches und arbeitsmarktrelevantes Problem formuliert werde. Zum einen hätten die öffentlich bekanntgewordenen Fälle von Scheinselbständigkeit, wie z.B. die Ausbeiner in der fleischverarbeitenden Industrie, in nicht unerheblichem Umfang die Wahrnehmung der Experten mitbestimmt, zum anderen schienen die von den Experten als scheinselbständig eingestuften Erwerbsformen einem raschen Wandel zu unterliegen, wobei sich die Wahrnehmung jedoch auf wenige Branchen und Aktivitäten (Bau, Transport, Fleischverarbeitung, Handel) konzentrierten.¹⁶² Da also eine Expertenbefragung wie auch die wenigen anderen Ansätze, Aufkommen und Verbreitung von „scheinselbständiger“ Erwerbstätigkeit zu erfassen, sich hinsichtlich ihrer empirischen Grundlagen als nur bedingt aussagefähig erwiesen,¹⁶³ hat das IAB im Rahmen seiner Studie u.a. auch Feststellungen zu den von Scheinselbständigkeit betroffenen Wirtschaftszweigen und Berufen getroffen.

Nach dem IAB sind 20 % der Haupterwerbstätigen, die einer Grauzone zuzuordnen seien, in der ihre Erwerbstätigkeit sowohl Merkmale einer selbständigen Erwerbstätigkeit als auch Merkmale, die als Indikator für eine abhängige Beschäftigung gewertet werden könnten, aufwiesen, im wirtschaftlichen Bereich der „industriellen und handwerklichen Produktion“ tätig, weitere 16 % im Bereich von „Bildung und Wissenschaft“, 14 % im Bereich von „Handel und Gaststätten“, 11 % im Bereich von „Banken / Versicherungen“, jeweils 9 % in den Bereichen „Privater Haushalt“ und „Bau“, 7 % im Bereich von „Gesundheit und Körperpflege“, 4 % im Bereich „Verkehr und Transport“, 2 % im Bereich der Landwirtschaft und 8 % in sonstigen Bereichen. Nebentätigkeiten in der Grauzone würden insbesondere im Bereich „Bildung und Wissenschaft“ (24 %) ausgeübt, gefolgt von den Bereichen „Handel und Gaststätten“ und „industrielle und handwerkliche Produktion“ (je 15 %) sowie dem Bereich „Privater Haushalt“ (13 %).¹⁶⁴

¹⁶² Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung (1996), 11-13.

¹⁶³ Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung (1996), 15.

¹⁶⁴ Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung (1996), 111.

Abb. 1: Erwerbstätige in der Grauzone nach dem Wirtschaftszweig des Vertragspartners

Wirtschaftszweig	Haupterwerbstätige in %	Nebenerwerbstätige in %
Privater Haushalt	9	13
Landwirtschaft	2	1
industrielle und handwerkliche Produktion	20	15
Bau	9	4
Handel und Gaststätten	14	15
Verkehr und Transport	4	4
Banken / Versicherungen	11	7
Bildung und Wissenschaft	16	24
Gesundheit und Körperpflege	7	9
Sonstiges	8	8

Quelle: Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung (1996), 111.

Eine Differenzierung nach dem ausgeübten Beruf in der Grauzone von selbständiger und abhängiger Arbeit ergibt laut IAB als stärkste Gruppe die „kaufmännischen Berufe“ mit 19,4 %, gefolgt von den „Büroberufen“ mit 15,2 %, der Berufsgruppe der „Lehrer sowie geistes- und naturwissenschaftlichen Berufe“ (10,4 %), den „Fertigungsberufen“ und „Verkehrsberufen“ (je 8,4 %), den „gesundheits- und sozialpflegerischen Berufen“ (7,3 %), den „Publizisten, Dolmetschern und Künstlern“ (6,7 %), den „technischen Berufen“ (5,1 %), den „Körperpflegern und Gästebetreuern“ (4,8 %), den „Reinigungsberufen“ (2,8 %), den „land- und forstwirtschaftlichen Berufen“ sowie den „Ordnungs- und Sicherheitsberufen“ (je 1,4 %); von 8,8 % der Befragten lagen keine Angaben vor bzw. erwiesen sich die Angaben als zu unspezifisch. Daraus folgt nach dem IAB, daß insbesondere in den „kaufmännischen Berufen“, den „technischen Berufen“, den „schriftschaffenden und künstlerischen Berufen“, in der Berufsgruppe der „Lehrer sowie geistes- und naturwissenschaftlichen Berufen“ sowie der „Gästebetreuer und Körperpfleger“ Haupterwerbstätige mit einer höheren Wahrscheinlichkeit im Grenzbereich von selbständiger und abhängiger Arbeit tätig werden, als dies entsprechend ihrem Anteil an den Erwerbstätigen insgesamt zu erwarten sei. Deutlich unterrepräsentiert sei hingegen der Anteil der Haupterwerbstätigen in den „Fertigungsberufen“.¹⁶⁵

¹⁶⁵ Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung (1996), 102f.

Abb. 2: Erwerbstätige in der Grauzone nach dem ausgeübten Beruf und Anteil der Berufe an den Erwerbstätigen insgesamt

Berufsgruppen	IAB-Studie			Anteil an Erwerbstätigen insgesamt in % nach Mikrozensus 1993
	Haupterwerbstätige in %	Nebenerwerbstätige in %	Insgesamt in %	
Landwirtschaftliche Berufe	1,3	1,5	1,4	3,3
Fertigungsberufe	11,3	6,7	8,4	27,9
Technische Berufe	6,6	4,1	5,1	5,5
Kaufmännische Berufe	26,7	15,0	19,4	4,2
Verkehrsberufe	4,4	10,8	8,4	5,8
Büroberufe	16,8	14,3	15,2	20,0
Ordnung und Sicherheit	0,9	1,6	1,4	3,7
Publizisten, Schriftschaffende und Künstler	7,0	6,5	6,7	1,1
Gesundheits- und soziale Berufe	5,8	8,1	7,3	7,6
Lehrer, geistes- und naturwissenschaftl. Berufe	5,6	13,2	10,4	3,9
Körperpfleger / Gästebetreuer	5,1	4,5	4,8	2,9
Reinigungsberufe	1,2	3,8	2,8	2,2
Keine Angaben	7,3	9,8	8,8	11,9

Quelle: Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung (1996), 104.

3.3.2. Rechtliche Erscheinungsformen der Scheinselbständigkeit

Rechtlich treten Scheinselbständige selbstverständlich nicht als solche auf, sondern bedienen sich einer Vielzahl unterschiedlicher Bezeichnungen, die zwar grundsätzlich für selbstständige Tätigkeiten stehen, bei der Scheinselbständigkeit aber nur vorgetäuscht sind.

Verbreitet ist die Bezeichnung als „Freiberufler“¹⁶⁶ oder „freie Mitarbeiter“.¹⁶⁷ Ebenfalls

¹⁶⁶ Vgl. z.B. BGH, Urteil v. 11.3.1982 - 1 ZR 27/80, AP Nr. 3 zu § 84 HGB = NJW 1982, 1757-1759.

¹⁶⁷ Vgl. z.B. BAG, Urteil v. 8.6.1967 - 5 AZR 461/66, BAGE 19, 324-333; BAG, Urteil v. 15.3.1978 - 5 AZR 819/76, BAGE 30, 163-176; BAG, Urteil v. 13.1.1983 - 5 AZR 149/82, BAGE 41, 247-265; BAG, Urteil v. 20.7.1994 - 5 AZR 627/93, BAGE 77, 226-244; Heußner (1975 B); Woltereck (1973); ausführlich Niebler/Meier/Dubber (1994) und Breves (1998).

ausgesprochen zahlreich ist der Einsatz von Scheinselbständigen als „Franchisenehmern“,¹⁶⁸ die auch neutral formuliert als „Partner“ tätig werden.¹⁶⁹ Pragmatisch werden sogar „Unternehmerverträge“ abgeschlossen, in denen der Scheinselbständige durchweg als „Unternehmer“ bezeichnet wird.¹⁷⁰ In die gleiche Richtung geht die Beschäftigung von „Subunternehmern“ aufgrund von „Werkverträgen“ insbesondere im Baugewerbe.¹⁷¹ Und um juristische Begriffe ganz zu vermeiden, wird zur Bezeichnung auch nur die Tätigkeit als solche herangezogen, so findet sich z.B. im Transportgewerbe die einfache Bezeichnung als „Unterfrachtführer“.¹⁷²

Während in diesen Fällen der Vertragspartner die Arbeitsleistung zumeist persönlich erbringt, wird neuerdings verstärkt auf kompliziertere Formen der Arbeitsteilung zurückgegriffen. So verbreitet sich immer mehr der „Einkauf“ von Arbeitsleistungen durch Werk- oder Dienstvertrag bei dritten Unternehmen, und zwar derart, daß die Mitarbeiter der Dritunternehmen, die in diesen fast ausschließlich auch noch als „freie Mitarbeiter“ geführt werden, ihre Leistung ständig im Betrieb des Auftraggebers erbringen.¹⁷³ Typisch ist diese Form, bei der nicht nur die Arbeitnehmereigenschaft im Verhältnis zu zwei Unternehmen, sondern auch die Arbeitnehmerüberlassung im Sinne des Gesetzes zur Regelung der gewerbmäßigen Arbeitnehmerüberlassung (AÜG)¹⁷⁴ im Raume steht, für den Bereich laufender Instandhaltungs- und Wartungsarbeiten,¹⁷⁵ im Warenhausbereich¹⁷⁶ und bei Serviceper-

¹⁶⁸ Vgl. BAG, Beschl. v. 16.7.1997 - 5 AZB 29/96, DB 1997, 2127 = ArbuR 1997, S. 499-501 mit Anm. Buschmann = BetrR 1997, S. 107-109 mit Anm. Erhard = FA 1998, 11; LAG Düsseldorf, Beschl. v. 20.10.1987 - 16 TaBV 83/87, NJW 1988, 725-728; Petersen/Höpfner (1997), 69f. Gegen die Arbeitnehmereigenschaft von Franchisenehmern LAG Rheinland-Pfalz, Beschluß v. 12.7.1996 - 4 Ta 21/96, LAGE § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 32. Zur Abgrenzung von Franchisenehmern und Arbeitnehmern im übrigen: OLG Hamm, Urteil v. 11.10.1988 - 7 U 59/88, OLGZ 1989, 219-223 (221f.); Bauder (1989); Braun (1998); Buschmann (1988); Flohr (1997); Horn/Henssler (1998); Martinek/Semler (1996) - Wank, § 7 Rn. 82-89; Matthießen (1988), 1090-1094; Skaupy (1992), 1789f.; Wank (1996), 395-397; Weltrich (1988), 807f.; Worzalla (1996), 77-81. Zur Sichtweise der Franchisewirtschaft Floto (1998).

¹⁶⁹ Vgl. BAG, Urteil v. 19.11.1997 - 5 AZR 653/96, ArbuR 1998, 32f. = BB 1996, 2592 [Vorinstanz LAG Düsseldorf, Urteil v. 4.9.1996 - 12 (6) (5) Sa 909/96, LAGE § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 33 = BB 1997, 891-893], wo ein Transportfahrer aufgrund eines „Subunternehmervertrags“ als „Nahverkehrspartner“ beschäftigt wurde. Bei LAG Rheinland-Pfalz, Beschluß v. 12.7.1996 - 4 Ta 21/96, LAGE § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 32, war ein Verkaufsfahrer aufgrund eines „Partnerschaftsvertrages ... über das E-Franchise-System“ tätig. Vgl. auch Buschmann (1992), 131; Kreuder (1996 B), 392.

¹⁷⁰ Vgl. LG München I, Beschluß v. 15.5.1997 - 17 HKO 759/97, NZA 1997, 943f.

¹⁷¹ Vgl. Brand (1997), 552; Student (1994), 23.

¹⁷² Vgl. LSG Berlin, Urteil v. 27.10.1993 - L 9 Kr 35/92, DB 1994, 1829-1831 = JuS 1995 274f. = NZA 1995, 139-144.

¹⁷³ Vgl. Schliemann (1997), 323.

¹⁷⁴ Vom 7.8.1972 (BGBl. I, S. 1393), zuletzt geändert durch Gesetz vom 16.12.1997 (BGBl. I, S. 2970).

¹⁷⁵ Vgl. BAG, Urteil v. 30.1.1991 - 7 AZR 497/89, BAGE 67, 124-146.

¹⁷⁶ Vgl. LAG Köln, Urteil v. 30.6.1995 - 4 Sa 63/95 - LAGE § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 29 mit Anm. Thüsing = AP Nr. 80 zu § 611 BGB Abhängigkeit = ArbuR 1996, 413-415; ArbG Herne, Urteil v. 16.5.1984 - 1 BV 26/83, AiB 1984, 175f.; Pfarr/Drüke (1989), 39f.

sonal in Toilettenanlagen.¹⁷⁷

Und sogar drei Unternehmen können beteiligt sein: Ein Hersteller mietet in einem Kaufhaus Verkaufsflächen, die Stände werden dann für den Hersteller durch eine Marketingfirma mit Werbedamen besetzt, die bereits zu der Marketingfirma als „Auftragnehmerinnen“ in einem rechtlich schwer zu durchschauenden Verhältnis stehen und den Verkauf im Namen des jeweiligen Kaufhausunternehmens, aber auf Rechnung des jeweiligen Herstellers durchführen.¹⁷⁸

Im Außendienst wird zum Schein ganz überwiegend die Form des Handelsvertreters gewählt, speziell des Einfirmenvertreters im Sinne des § 92 a Handelsgesetzbuch (HGB)¹⁷⁹, der vertraglich an nur ein Unternehmen gebunden ist und für kein anderes Unternehmen tätig werden darf.¹⁸⁰ Allerdings ist im Außendienst auch die Bezeichnung als „freier Mitarbeiter“ durchaus üblich¹⁸¹ (näher unten in Kapitel 3.8.2.). Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang, daß die nur scheinbare Form des Einfirmenvertreters nicht allein bei der mobilen Außendienstarbeit Anwendung findet, sondern auch bei der Führung von Geschäftsfilialen.¹⁸²

Gerne wird in die Verträge auch ausdrücklich aufgenommen, daß der Mitarbeiter nicht Arbeitnehmer, sondern Selbständiger sei,¹⁸³ oder es werden in den Verträgen die Rechtsfolgen, die sich aus einer Selbständigkeit automatisch ergeben, geregelt, um so die Stellung als Selbständiger zu untermauern.¹⁸⁴

Schließlich werden immer häufiger Arbeitsformen wie die „freie Mitarbeit“ mit Formen von befristeter, geringfügiger oder Teilzeitbeschäftigung verknüpft, mit der Folge, daß sich die

¹⁷⁷ Petersen/Höpfner (1997), 70f.

¹⁷⁸ Vgl. LSG Berlin, Urteil v. 14.8.1995 - L 15 Kv 16/95, AP Nr. 83 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

¹⁷⁹ Vom 10.5.1897 (RGBl. S. 219), zuletzt geändert durch Gesetz vom 22.6.1998 (BGBl. I, S. 1474).

¹⁸⁰ Vgl. ArbG Nürnberg, Urteil v. 31.7.1996 - 2 Ca 4546/95, NZA 1997, 37. Vgl. auch ArbG Lübeck, Beschluß v. 29.6.1989 - 2 BV 46/89, AiB 1989, 349.

¹⁸¹ Vgl. ArbG München, Urteil v. 29.5.1990 - 14 Ca 11935/89, BetrR 1990, 167; LAG Hamm, Urteil v. 5.10.1989 - 16 Sa 762/89, LAGE § 611 Arbeitnehmerbegriff Nr. 13 = BetrR 1990, 169f. = DB 1990, 2027f.; Becker (1982), 153; Hunold (1993 A), 8f.

¹⁸² Vgl. für „Shop-Partner“, die für fremde Rechnung handeln, FAZ v. 11.2.1998, S. 17 „Motorradfahrer bescheren Eurobike stetiges Umsatzwachstum“.

¹⁸³ Vgl. BAG, Urteil v. 13.11.1991 - 7 AZR 31/91, AP Nr. 60 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

¹⁸⁴ Vgl. LAG Hamm, Urteil v. 5.10.1989 - 16 Sa 762/89, LAGE § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 13 = DB 1990, 2027f. (2028) = BetrR 1990, 168f.

Grenzen zwischen abhängiger und selbständiger Beschäftigung weiter auflösen.¹⁸⁵

3.4. Die praktische Bedeutung der Scheinselbständigkeit

In der Untersuchung des IAB zur Scheinselbständigkeit wurde in einem ersten Schritt festgestellt, daß hochgerechnet auf die deutschsprachige Wohnbevölkerung im Alter ab 14 Jahren etwa 938.000 Erwerbstätige bezogen auf ihre Haupterwerbstätigkeit einer Grauzone von selbständiger und abhängiger Erwerbstätigkeit zuzuordnen seien. Dies seien 2,9 % der deutschen Wohnbevölkerung ab 14 Jahren.¹⁸⁶

In einem zweiten Schritt wurde dann geprüft, wie viele dieser Personen wirklich selbständig und wie viele nur scheinselbständig seien. Dabei ergaben sich unterschiedliche Ergebnisse je nach den angewandten Kriterien für die Abgrenzung der echten von der Scheinselbständigkeit.

Unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des BAG und des BSG zu der Abgrenzung von Arbeitnehmern und Selbständigen (sog. BAG-Modell) (dazu näher in Kapitel 4.1.) erwiesen sich 48 % (450.000) der Erwerbstätigen aus der Grauzone mit ihrer Haupterwerbstätigkeit als beruflich selbständig und 19 % (179.000) als abhängig Beschäftigte. 30 % (282.000) wiesen in gleichem Maße Merkmale der Selbständigkeit als auch der abhängigen Beschäftigung auf (sog. Semiabhängige). Nicht möglich war aufgrund fehlender Werte die Zuordnung von 3 % (27.000) der Befragten.¹⁸⁷

Bei der Unterscheidung von Selbständigen und Arbeitnehmern nach einem Abgrenzungsmodell, das Wank entwickelt hat (sog. Alternativmodell) (dazu näher in Kapitel 4.5.), seien demgegenüber 30 % (282.000) der Befragten in der Grauzone dem Bereich der Selbständigkeit und 44 % (410.000) dem Bereich der abhängig Beschäftigten zuzuordnen. 24 % (226.000) wiesen nach diesem Modell die Merkmale von Selbständigkeit und abhängiger Beschäftigung gleichermaßen auf, 2 % (20.000) der Befragten ließen sich wegen fehlender

¹⁸⁵ Ballauf (1996), 14-16.

¹⁸⁶ Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung (1996), 83.

¹⁸⁷ Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung (1996), 83.

Informationen nicht einstufen.¹⁸⁸

Bei den Personen, die nicht eine Haupt-, sondern eine Nebentätigkeit in der Grauzone zwischen echter Selbständigkeit und Scheinselbständigkeit ausübten (1,8 % aller Erwerbstätigen ab 14 Jahren), sind laut IAB nach dem BAG-Modell 21 %, nach dem Alternativmodell sogar 58,6 % in Wirklichkeit abhängig Beschäftigte.¹⁸⁹

Abb. 3: Zuordnung der Erwerbstätigen in der Grauzone nach BAG-Modell und Alternativmodell

Rechtsformgruppen	Haupterwerbstätige in %		Nebenerwerbstätige in %		Insgesamt in %	
	BAG-Modell	Alternativmodell	BAG-Modell	Alternativmodell	BAG-Modell	Alternativmodell
Selbständige	48	30	40	14	42,8	20,1
Semiabhängige	30	24	37	26	34,5	25,4
Abhängig Beschäftigte	19	44	21	59	20,5	53
Nicht zuordenbare Fälle	3	2	2	1	2,2	1,5

Quelle: Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung (1996), 81 - 83.

3.5. Auswirkungen der Scheinselbständigkeit

Der Scheinselbständige zeichnet sich dadurch aus, daß er formal wie ein Selbständiger behandelt wird (dazu oben in Kapitel 3.1.). Dies hat eine Vielzahl von Auswirkungen.

¹⁸⁸ Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung (1996), 84.

¹⁸⁹ Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung (1996), 58 und 75, siehe auch S. 85.

3.5.1. Die Selbständigkeit im Arbeitsrecht

Die Auswirkungen der Scheinselbständigkeit im Arbeitsrecht hängen davon ab, ob und wenn ja inwieweit das Arbeitsrecht für seine Anwendbarkeit zwischen Selbständigen und Unselbständigen unterscheidet

3.5.1.1. Grundsatz

Als Grundsatz gilt, daß das gesamte Arbeitsrecht nur auf den Bereich der abhängigen Arbeit Anwendung findet, also einen Arbeitnehmer voraussetzt. Kollektivrechtlich greift für Selbständige etwa der Schutz des Betriebsverfassungsrechts oder der Schutz durch Tarifverträge nicht ein. Individualrechtlich besteht für den Selbständigen u.a. kein Kündigungs- und Mutterschutz, kein Anspruch auf Lohnfortzahlung im Krankheitsfall und auf Gewährung von Urlaub.¹⁹⁰

3.5.1.2. Der Schutz arbeitnehmerähnlicher Personen

Die Voraussetzung der Arbeitnehmereigenschaft für die Geltung des Arbeitsrechts wiegt vor allem deshalb so schwer, weil selbst für solche Selbständigen, die wirtschaftlich abhängig und wie Arbeitnehmer sozial schutzbedürftig sind, von diesem Grundsatz nur wenige Ausnahmen gemacht werden.

Die weitestgehenden Regelungen für diese sog. arbeitnehmerähnlichen Personen¹⁹¹ - vgl. § 12 a Abs. 1 Nr. 1 Tarifvertragsgesetz (TVG)¹⁹² - finden sich noch für die spezielle Gruppe der Heimarbeiter. Diese werden zum einen durch das Heimarbeitsgesetz (HAG), zum anderen durch die Einbeziehung in das Sozialversicherungsrecht und einige Normen des Arbeits-

¹⁹⁰ Eine Zusammenstellung der wichtigsten Regelungen, die einen Arbeitnehmer voraussetzen, findet sich bei Worzalla (1996), 7f.

¹⁹¹ Zum Begriff der Arbeitnehmerähnlichkeit ausführlich Becker (1982), 96-109; Boemke (1998), 317-319; Buchner (1998); Herschel (1977); Stolterfoht (1973 B). Für die Rechtsprechung vgl. BAG, Beschluß v. 11.4.1997 - 5 AZB 33/96, NZA 1998, 499f. (499) mwN. Für das Sozialversicherungsrecht vgl. § 2 Nr. 9 SGB VI.

¹⁹² Vom 9.4.1949 (WiGBl. 1949, 55, 68), in der Fassung vom 25.8.1969 (BGBl. I, S. 1323), zuletzt geändert durch Gesetz vom 29.10.1974 (BGBl. I, S. 2879).

rechts geschützt. So findet z.B. gem. § 6 Abs. 1 S. 2 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG)¹⁹³ das Betriebsverfassungsrecht auf Heimarbeiter Anwendung.

Sehr viel geringer ist bereits der Schutz für solche arbeitnehmerähnlichen Personen, die keine Heimarbeiter sind. Diese können lediglich bei Rechtsstreitigkeiten nach § 5 Abs. 1 S. 2 Arbeitsgerichtsgesetz (ArbGG)¹⁹⁴ die Arbeitsgerichte anrufen, haben gem. § 2 S. 2 Bundesurlaubsgesetz (BUrlG)¹⁹⁵ einen Anspruch auf Mindesturlaub, sind gem. § 1 Abs. 2 Nr. 1 Beschäftigtenschutzgesetz¹⁹⁶ in den Schutz vor sexuellen Belästigungen, gem. § 2 Abs. 2 Nr. 3 Arbeitsschutzgesetz (ArbSchG)¹⁹⁷ in den Arbeitsschutz nach dem ArbSchG und gem. § 1 Abs. 1 Nr. 3 Jugendarbeitsschutzgesetz (JArbSchG)¹⁹⁸ in den Schutz nach dem JArbSchG einbezogen, und für sie können gem. § 12 a TVG Tarifverträge abgeschlossen werden, sofern weitere einschränkende Voraussetzungen erfüllt sind.¹⁹⁹

3.5.1.3. Speziell der Schutz arbeitnehmerähnlicher Handelsvertreter

Am geringsten ist der Schutz im Außendienst. Der Abschluß von Tarifverträgen gem. § 12 a Abs. 4 TVG ist für arbeitnehmerähnliche Handelsvertreter (zu diesem Begriff näher unten in Kapitel 5.2.) z.B. überhaupt nicht möglich.

Die Mehrzahl der übrigen Vorschriften zum Schutze Arbeitnehmerähnlicher besitzen im Hinblick auf arbeitnehmerähnliche Handelsvertreter einschränkende Voraussetzungen. So sind die Arbeitsgerichte nach § 5 Abs. 3 ArbGG für die Rechtsstreitigkeiten von arbeitnehmerähnlichen Handelsvertretern nur zuständig, wenn es sich bei diesen um Einfirmenvertreter handelt, deren monatliches Einkommen während der letzten sechs Monate im Durchschnitt unter 2.000,- DM gelegen hat. Für die Anwendung des § 2 S. 2 BUrlG wird in der Literatur vertreten, daß im Einzelfall speziell zu prüfen sei, inwiefern der arbeitnehmerähn-

¹⁹³ Vom 23.12.1988 (BGBl. 1989 I, S. 1, ber. S. 902), zuletzt geändert durch Gesetz vom 19.12.1998 (BGBl. I, S. 3843).

¹⁹⁴ Vom 2.7.1979 (BGBl. I, S. 853, ber. S. 1036), zuletzt geändert durch Gesetz vom 18.6.1997 (BGBl. I, S. 1430).

¹⁹⁵ Vom 20.7.1962 (BGBl. I, S. 515), zuletzt geändert durch Gesetz vom 19.12.1998 (BGBl. I, S. 3843).

¹⁹⁶ Vom 24.6.1994 (BGBl. I, S. 1406).

¹⁹⁷ Vom 7.8.1996 (BGBl. I, S. 1246), zuletzt geändert durch Gesetz vom 19.12.1998 (BGBl. I, S. 3843).

¹⁹⁸ Vom 12.4.1976 (BGBl. I, S. 965), zuletzt geändert durch Gesetz vom 1.7.1997 (BGBl. I, S. 1607).

¹⁹⁹ Zum Schutz der arbeitnehmerähnlichen Personen ausführlicher Appel/Frantzoch (1998), 94-98; Becker (1982), 110-123; Lieb (1974), 262-269; Rieble (1998), 346f.; Schaub (1996), 63f.

liche Handelsvertreter durch die selbständige Gestaltung der eigenen Arbeitszeit überhaupt schutzbedürftig sei.²⁰⁰ Schließlich können zwar zum Schutz der arbeitnehmerähnlichen Handelsvertreter, die Einfirmenvertreter im Sinne des § 92 a HGB sind, durch Rechtsverordnung wirtschaftliche und soziale Mindestbedingungen festgesetzt werden, eine solche Rechtsverordnung wurde jedoch nicht erlassen.

3.5.2. Die Selbständigkeit im Sozialrecht

Auch die Auswirkungen der Scheinselbständigkeit im Sozialrecht hängen davon ab, ob und wenn ja inwieweit das Sozialrecht zwischen Selbständigen und Unselbständigen unterscheidet.

3.5.2.1. Grundsatz / Der Beschäftigtenbegriff

Grundsätzlich setzt die Anwendbarkeit des Sozialversicherungsrechts einen „Beschäftigten“ im Gegensatz zum Selbständigen voraus.²⁰¹ Bis zum 31.12.1998 bestimmte § 7 Abs. 1 Sozialgesetzbuch IV - Gemeinsame Vorschriften über die Sozialversicherung (SGB IV)²⁰² insofern für das gesamte Sozialrecht allein, daß Beschäftigung die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis, sei.

Durch Artikel 3 Nr. 1 des Gesetzes zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte²⁰³ wurde § 7 SGB IV mit Wirkung zum 1.1.1999 der folgende Abs. 4 angefügt:

- „(4) Bei Personen, die erwerbsmäßig tätig sind und
1. im Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit mit Ausnahme von Familienangehörigen keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigen,

²⁰⁰ Glanegger u.a. (1995), § 84 Rn. 10. Diese Einschränkung nehmen z.B. nicht vor Dersch/Neumann (1997), § 2 Rn. 73-77; Stahlhacke/Bachmann/Bleistein/Berscheid (1992), § 2 Rn. 58-63.

²⁰¹ Ausführlich Bogs (1977), 198; Brand (1996); v. Einem (1993), 314f.; ders. (1994), 60; v. Hoyningen-Huene (1987), 1730; Kretschmer (1994), 466; Petersen/Höpfner (1997), 65. Speziell für den Außendienst Marburger (1979), 840.

²⁰² Vom 23.12.1976 (BGBl. I, S. 3845), zuletzt geändert durch Gesetz vom 19.12.1998 (BGBl. I, S. 3843).

²⁰³ Vom 19.12.1998 (BGBl. I, S. 3843-3852).

2. regelmäßig und im wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig sind,
 3. für Beschäftigte typische Arbeitsleistungen erbringen, insbesondere Weisungen des Auftraggebers unterliegen und in die Arbeitsorganisation des Auftraggebers eingegliedert sind, oder
 4. nicht aufgrund unternehmerischer Tätigkeit am Markt auftreten,
- wird vermutet, daß sie gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, wenn mindestens zwei der genannten Merkmale vorliegen. Satz 1 gilt nicht für Handelsvertreter, die im wesentlichen frei ihre Tätigkeit gestalten und über ihre Arbeitszeit bestimmen können. Familienangehörige im Sinne des Satzes 1 Nr. 1 sind
1. der Ehegatte sowie
 2. Verwandte bis zum zweiten Grade,
 3. Verschwägerte bis zum zweiten Grade,
 4. Pflegekinder (§ 55 Abs. 2 Nr. 2 des Ersten Buches) des Versicherten oder seines Ehegatten.
- Auftraggeber gelten als Arbeitgeber.“

Diese Beweislastregel zur Bestimmung des sozialversicherungsrechtlichen Beschäftigtenbegriffs,²⁰⁴ die den arbeitsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff nicht berührt,²⁰⁵ ist vom Gesetzgeber ausdrücklich zur Bekämpfung der Scheinselbständigkeit eingeführt worden: „Die verschärfte Wettbewerbs- und Arbeitsmarktsituation hat in den letzten Jahren zu einem wesentlichen Anstieg der Scheinselbständigkeit geführt. Die Bekämpfung der Scheinselbständigkeit soll den Sozialversicherungsträgern erleichtert werden. Scheinselbständige sollen schneller und einfacher als bisher zu erfassen sein...“²⁰⁶

Da von dem Grundsatz der Unanwendbarkeit des Sozialversicherungsrechts auf den Selbständigen in den einzelnen Sozialversicherungen jedoch Ausnahmen gemacht werden, soll im folgenden kurz dargestellt werden, inwieweit die Sozialversicherungen Beschäftigte im sozialversicherungsrechtlichen Sinne und Selbständige erfassen.

²⁰⁴ Hanau (1999), 252; Weimar/Goebel (1999), 218f.

²⁰⁵ Bauer/Diller/Lorenzen (1999), 174f.; Buchner (1999), 151; Hässler (1999), 386; Leuchten/Zimmer (1999), 381f.; Löwisch (1999), 107; Weimar/Goebel (1999), 222.

²⁰⁶ Begründung des Gesetzentwurfs der Fraktionen der SPD und Bündnis 90/Die Grünen, abgedruckt in ZIP 1998, 2032-2040 (2034). Kritisch Braun/Schoppe-Brings (1999); Reiserer (1999 B).

3.5.2.2. Arbeitslosenversicherung

Versicherungspflichtig in der Arbeitslosenversicherung sind nach § 25 Abs. 1 Sozialgesetzbuch III - Arbeitsförderung (SGB III)²⁰⁷ Beschäftigte und nach § 26 SGB III sonstige Personen wie z.B. unter bestimmten Voraussetzungen Behinderte, Wehr- und Zivildienstleistende sowie Gefangene. Einige Beschäftigte sind von dieser Versicherungspflicht gem. den §§ 27f. SGB III befreit, etwa Beamte, Richter, Berufs- und Zeitsoldaten (§ 27 Abs. 1 Nr. 1 SGB III), geringfügig Beschäftigte (§ 27 Abs. 2 SGB III) und Bezieher von Alters- und Erwerbsunfähigkeitsrenten (§ 28 SGB III).

Selbständige sind weder versicherungspflichtig, noch können sie der Arbeitslosenversicherung freiwillig beitreten. Da auch eine private Arbeitslosenversicherung nicht angeboten wird, können sich Selbständige nicht gegen das Risiko der Arbeitslosigkeit absichern.

3.5.2.3. Gesetzliche Krankenversicherung

Beschäftigte sind in der gesetzlichen Krankenversicherung gem. § 5 Abs. 1 Nr. 1 Sozialgesetzbuch V - Gesetzliche Krankenversicherung (SGB V)²⁰⁸ grundsätzlich pflichtversichert, es sei denn, sie üben hauptberuflich eine selbständige Erwerbstätigkeit aus (§ 5 Abs. 5 SGB V). Ausnahmen liegen des weiteren nach den §§ 6ff. SGB V vor, so insbesondere bei der Überschreitung bestimmter Entgeltgrenzen (§ 6 Abs. 1 Nr. 1 SGB V) und für Beamte, Richter, Berufs- und Zeitsoldaten (§ 8 Abs. 1 Nr. 2 SGB V).

Anders als in der Arbeitslosenversicherung (dazu im vorangegangenen Kapitel) besteht in der gesetzlichen Krankenversicherung gem. § 5 Abs. 1 Nr. 3 und 4 SGB V auch für einige wenige Selbständige Versicherungspflicht, und zwar für Landwirte, Künstler und Publizisten. Außerdem können Selbständige der gesetzlichen Krankenversicherung gem. § 9 Abs. 1 Nr. 1 SGB V freiwillig beitreten, wenn sie in den letzten fünf Jahren mindestens 24 Monate oder unmittelbar vor ihrem Ausscheiden ununterbrochen mindestens 12 Monate versichert waren. Nicht möglich ist hingegen die Familienversicherung eines Selbständigen, da eine solche in § 10 Abs. 1 Nr. 4 SGB V voraussetzt, daß der Betreffende hauptberuflich keine

²⁰⁷ Vom 24.3.1997 (BGBl. I, S. 594), zuletzt geändert durch Gesetz vom 19.12.1998 (BGBl. I, S. 3843).

selbständige Erwerbstätigkeit ausübt. Im übrigen können sich Selbständige privat krankenversichern, müssen dies aber nicht.

3.5.2.4. Gesetzliche Rentenversicherung

Nach § 1 S. 1 Nr. 1 Sozialgesetzbuch VI - Gesetzliche Rentenversicherung (SGB VI)²⁰⁹ sind Beschäftigte in der gesetzlichen Rentenversicherung pflichtversichert. Ausnahmen regelt § 5 SGB VI insbesondere für Beamte, Richter, Berufs- und Zeitsoldaten (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB VI) sowie Bezieher von Altersrenten (§ 5 Abs. 4 Nr. 1 SGB VI). Außerdem können sich Beschäftigte, die Mitglied eines berufsständischen Versorgungswerks sind, unter bestimmten Voraussetzungen nach § 6 SGB VI von der Versicherungspflicht befreien lassen.

Im Hinblick auf Selbständige bestehen in der gesetzlichen Rentenversicherung mehrere Möglichkeiten.

Zunächst sind als Selbständige nach § 2 SGB VI versicherungspflichtig selbständige Lehrer, Erzieher, Pflegepersonen, Hebammen, Seelotsen, Künstler, Publizisten, Hausgewerbetreibende, Küstenschiffer, bestimmte Handwerker und - seit dem 1.1.1999 – Personen, die im Zusammenhang mit ihrer selbständigen Tätigkeit mit Ausnahme von Familienangehörigen (§ 7 Abs. 4 S. 3 SGB IV) keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigen sowie regelmäßig und im wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig sind (arbeitnehmerähnliche Selbständige).²¹⁰

Auf Antrag versicherungspflichtig sind gem. § 4 Abs. 2 SGB VI solche Selbständigen, die nicht nur vorübergehend selbständig tätig sind und die den Antrag innerhalb von fünf Jahren nach der Aufnahme der selbständigen Tätigkeit oder dem Ende einer Versicherungspflicht aufgrund dieser Tätigkeit stellen.

Selbständige, die weder pflichtversichert noch antragspflichtversichert sind, können sich

²⁰⁸ Vom 20.12.1988 (BGBl. I, S. 2477), zuletzt geändert durch Gesetz vom 19.12.1998 (BGBl. I, S. 3853).

²⁰⁹ Vom 18.12.1989 (BGBl. I, S. 2261, ber. BGBl. I, S. 1990), zuletzt geändert durch Gesetz vom 19.12.1998 (BGBl. I, S. 3843).

²¹⁰ Eine Übergangsregelung zur Einführung der Versicherungspflicht für arbeitnehmerähnliche Selbständige findet sich in § 231 Abs. 5 SGB VI. Vgl. dazu Reiserer (1999 A); dies. (1999 B), 369.

schließlich nach § 7 Abs. 1 SGB VI freiwillig in der gesetzlichen Rentenversicherung versichern.

Im übrigen können sich Selbständige privat gegen das Risiko der Berufs- bzw. Erwerbsunfähigkeit sowie der Einkommensminderung durch Alter versichern, sie sind dazu aber nicht verpflichtet.

3.5.2.5. Soziale Pflegeversicherung

Beschäftigte sind als versicherungspflichtige Mitglieder der gesetzlichen Krankenversicherung gem. § 20 Abs. 1 S. 1, S. 2 Nr. 1 Sozialgesetzbuch XI - Soziale Pflegeversicherung (SGB XI)²¹¹ zugleich in der sozialen Pflegeversicherung versicherungspflichtig. Dies gilt ebenso für Familienversicherte (§ 25 Abs. 1 S. 1 SGB XI).

Da die Versicherungspflicht in der sozialen Pflegeversicherung nach § 20 Abs. 1 S. 1 SGB XI an die Versicherungspflicht in der gesetzlichen Krankenversicherung anknüpft, sind die in der Krankenversicherung versicherungspflichtigen Selbständigen auch in der sozialen Pflegeversicherung versicherungspflichtig, also Landwirte, selbständige Künstler und Publizisten (§ 20 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 und 4 SGB XI). Versicherungspflichtig sind nach § 20 Abs. 3 SGB XI außerdem alle Selbständigen, die gem. § 9 Abs. 1 Nr. 1 SGB V freiwillig der gesetzlichen Krankenversicherung beigetreten sind. Und wenn sich Selbständige privat krankenversichern und Anspruch auf allgemeine Krankenhausleistungen haben, so sind sie nach § 23 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 SGB XI auch verpflichtet, sich zur Absicherung des Risikos der Pflegebedürftigkeit privat zu versichern.

In der sozialen Pflegeversicherung besteht für Selbständige zudem nach § 26 Abs. 1 S. 1 SGB XI die Möglichkeit der freiwilligen Versicherung, soweit sie nach § 20 oder § 21 SGB XI aus der Versicherungspflicht in der Pflegeversicherung ausgeschieden sind und in den letzten fünf Jahren vor dem Ausscheiden mindestens 24 Monate oder unmittelbar vor dem Ausscheiden mindestens 12 Monate versichert waren. Dies entspricht der Regelung für die freiwillige Mitgliedschaft in der gesetzlichen Krankenversicherung (§ 9 Abs. 1 Nr. 1 SGB

²¹¹ Vom 26.5.1994 (BGBl. I, S. 1014), zuletzt geändert durch Gesetz vom 16.12.1997 (BGBl. I, S. 2998).

V).

3.5.2.6. Gesetzliche Unfallversicherung

In der gesetzlichen Unfallversicherung sind gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1 Sozialgesetzbuch VII - Gesetzliche Unfallversicherung (SGB VII)²¹² Beschäftigte kraft Gesetz versichert. Versicherungsfreiheit besteht nur für einige Personengruppen nach § 4f. SGB VII, insbesondere für solche, für die beamtenrechtliche Unfallfürsorgevorschriften gelten (§ 4 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII).

Nur wenige Selbständige sind nach § 2 Abs. 1 SGB VII in der gesetzlichen Unfallversicherung pflichtversichert, so z.B. Unternehmer eines landwirtschaftlichen Unternehmens, soweit für das Unternehmen eine landwirtschaftliche Berufsgenossenschaft zuständig ist (§ 2 Abs. 1 Nr. 5 a SGB VII), bestimmte selbständige Küstenschiffer und -fischer (§ 2 Abs. 1 Nr. 7 SGB VII) sowie Selbständige im Gesundheitswesen oder in der Wohlfahrtspflege mit Ausnahme von selbständig tätigen Ärzten, Zahn- und Tierärzten, Heilpraktikern und Apothekern (§ 2 Abs. 1 Nr. 9 iVm. § 4 Abs. 3 SGB VII). Eine Versicherungspflicht kann nach § 3 SGB VII außerdem gegeben sein, wenn die Selbständigen als Unternehmer angesehen werden und die Satzung des entsprechenden Unfallversicherungsträgers eine Unternehmerpflichtversicherung vorsieht.

Soweit Selbständige schließlich weder kraft Gesetz noch kraft Satzung ihres Unfallversicherungsträgers pflichtversichert sind, können sie gem. § 6 SGB VII der gesetzlichen Unfallversicherung freiwillig beitreten, sofern sie Unternehmer oder in Kapital- oder Personenhandelsgesellschaften regelmäßig wie Unternehmer selbständig tätig sind. Außerdem besteht die Möglichkeit, eine private Unfallversicherung abzuschließen.

3.5.2.7. Auswirkungen der Scheinselbständigkeit im Sozialrecht

Als Zusammenfassung ergibt sich, daß sich Selbständige unter bestimmten Voraussetzungen

²¹² Vom 7.8.1996 (BGBl. I, S. 1254), zuletzt geändert durch Gesetz vom 17.12.1997 (BGBl. I, S. 3108).

in der gesetzlichen, auf jeden Fall aber in einer privaten Krankenversicherung versichern können; sie sind dann zugleich pflegeversichert. Der gesetzlichen Rentenversicherung können sie freiwillig beitreten, sich unter Umständen auf Antrag sogar pflichtversichern. In Betracht kommt außerdem eine private Rentenversicherung. Als arbeitnehmerähnliche Selbständige im Sinne des § 2 Nr. 9 SGB VI sind sie schließlich seit dem 1.1.1999 rentenversicherungspflichtig. Auch im Hinblick auf die gesetzliche Unfallversicherung besteht die Möglichkeit der freiwilligen Mitgliedschaft; soweit die Satzung des Unfallversicherungsträgers dies vorsieht, ist ein Selbständiger sogar pflichtversichert. Nur die Versicherung des Risikos der Arbeitslosigkeit ist weder in der gesetzlichen noch mittels einer privaten Versicherung möglich.²¹³

Die Versicherungsmöglichkeiten für den Scheinselbständigen als formal Selbständigen sehen auf den ersten Blick recht umfassend aus, es ist jedoch zu berücksichtigen, daß der Selbständige die Beiträge für eine freiwillige Versicherung in der gesetzlichen Kranken-, Pflege-, Renten- und Unfallversicherung allein zu tragen hat (§ 250 Abs. 2 SGB V; § 59 Abs. 4 S. 1 SGB XI; §§ 169 Nr. 1, 171 SGB VI; § 150 Abs. 1 S. 2 SGB VII), während beim abhängig Beschäftigten der Arbeitgeber die Hälfte der Beiträge (§ 249 Abs. 1 SGB V; § 58 Abs. 1 SGB XI, allerdings mit Kompensationsmöglichkeit durch die Aufhebung eines Feiertags, § 58 Abs. 2 SGB XI; § 168 Abs. 1 Nr. 1 SGB VI) bzw. in der Unfallversicherung sogar die gesamten Beiträge übernimmt (§ 150 Abs. 1 S. 1 SGB VII). Und da auch die Absicherung bei privaten Kassen sehr viel teurer als bei einer Pflichtversicherung ist, unterbleibt oftmals sowohl die freiwillige Versicherung in einer gesetzlichen Sozialversicherung als auch die private Versicherung durch den Scheinselbständigen, sei es, weil er die Ausgaben sparen will (vgl. insoweit auch sogleich Kapitel 3.6.),²¹⁴ sei es aber auch, daß sein Einkommen schlichtweg zu niedrig ist, um sich freiwillig gesetzlich oder privat abzusichern.²¹⁵

Das Herausfallen des Scheinselbständigen aus den Sozialversicherungen aufgrund seiner formalen Selbständigkeit und seine häufig unterbliebene freiwillige gesetzliche Versiche-

²¹³ Vgl. auch die Übersicht bei Brand (1996), 412-415.

²¹⁴ v. Einem (1994), 61.

²¹⁵ Fraktion Bündnis 90/Die Grünen (1997), 4; Kretschmer (1994), 469/470, mit Beispielsfall; Mayer (1995), 43; ders./Paasch/Ruthenberg (1988), 83; Petersen/Höpfner (1997), 66; Ruppel/Kröll (1992), 264. Die Untersuchung des IAB (vgl. dazu näher Kapitel 3.3.1.2.) ergab insofern, daß der Median des durchschnittlichen monatlichen Bruttoeinkommens für die Gruppe der Haupterwerbstätigen in der Grauzone von selbständiger und abhängiger Arbeit in der Einkommensklasse von 2.000 bis unter 3.000 DM liegt [Institut für Arbeits-

zung hat zum einen zur Folge, daß die Scheinselbständigkeit nach Schätzungen der Sozialversicherungsträger jährlich zu Einnahmeverlusten in Höhe von ca. 10 Mrd. DM führt.²¹⁶ Zum anderen werden die sozialen Risiken in hohem Maße auf die Allgemeinheit abgewälzt, weil das Fehlen des sozialversicherungsrechtlichen Schutzes insbesondere bei langer Arbeitslosigkeit, Krankheit, Invalidität und Alter durch die Kommunen in Form von Sozialhilfeleistungen ausgeglichen werden muß.²¹⁷ Insgesamt verliert der Sozialstaat an Bedeutung, der Generationenvertrag, der Solidarpakt und damit das Gefüge der sozialstaatlichen Grundprinzipien geraten tendenziell in eine Schiefelage.²¹⁸

3.5.3. Wettbewerbspolitische und sonstige Auswirkungen der Scheinselbständigkeit

Auswirkungen hat die Scheinselbständigkeit schließlich auch auf den Wettbewerb, weil der Einsatz von Scheinselbständigen aufgrund der damit verbundenen Kostenvorteile zu erheblichen Wettbewerbsverzerrungen führt.²¹⁹ Dadurch wird zugleich der Druck zur Beschäftigung von Scheinselbständigen auf diejenigen Unternehmen erhöht, die bislang noch an legalen und regulären Beschäftigungsverhältnissen festgehalten haben.²²⁰

Schließlich schädigt die bei der Scheinselbständigkeit typische hohe Insolvenzrate auch das Finanzsystem, Gläubigern wird durch das Entfallen von Lohn und Gehalt eine relativ sichere Pfändungsmöglichkeit entzogen, und durch die „Atomisierung“ der Berufsbilder wird die Funktionsfähigkeit der Handwerksordnung beeinträchtigt.²²¹

markt- und Berufsforschung (1996), 128/129]. Zu Art und Umfang der sozialen Sicherung der Erwerbstätigen in der Grauzone vgl. auch Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung (1996), 137-147.

²¹⁶ Nach Fraktion Bündnis 90/Die Grünen (1997), 4; Grafe, F. (1997), 121; Student (1994), 21. Die Bundesregierung hält diese Zahl allerdings für nicht nachvollziehbar, Bundesrat (1997), 10. Kretschmer (1994), 469, berichtet sogar von Schätzungen, nach denen sich die Einnahmeausfälle auf jährlich etwa 20 Mrd. DM belaufen, zweifelt diese Zahl aber selbst an (in Fn. 33).

²¹⁷ Vgl. Fraktion der SPD (1996), 1 und 5; Grafe, F. (1997), 121; Kretschmer (1997), 329; Länder Hessen und Nordrhein-Westfalen (1996), 7; Mayer/Paasch/Ruthenberg (1988), 83; Müntefering, zitiert nach Griese (1995), 138.

²¹⁸ Bauschke (1994), 212; Fischer, G. (1998), 298/299. Vgl. auch Kretschmer (1994), 470.

²¹⁹ Wedde (1997), 49.

²²⁰ Vgl. Länder Hessen und Nordrhein-Westfalen (1996), 7; Fraktion der SPD (1996), 5. Ein Teufelskreis, dessen Folgen aus dem Bausektor mit der ähnlich gelagerten Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer und „Subunternehmer“ bekannt ist, vgl. dazu Grafe, F. (1997), 120; Peters, zitiert nach Griese (1995), 140; Student (1994), 22f.

²²¹ Vgl. Grafe, F. (1997), 121.

3.6. Motive für die Eingehung einer scheinselfständigen Erwerbstätigkeit

Daß die Beschäftigung von Scheinselbständigen vielfach von den Unternehmen ausgeht, ist eine Folge der Auswirkungen im Arbeits- und Sozialrecht (dazu in Kapitel 3.5.1. und 3.5.2.) und den geschilderten wirtschaftlichen Entwicklungen (dazu in Kapitel 3.2.). Die Unternehmen versprechen sich mit der Ausgründung von Arbeitnehmern eine größere Flexibilität, z.B. durch den Wegfall des Kündigungsschutzes, und geringere Kosten, z.B. durch die Ersparnis der Lohnnebenkosten.²²²

Eine Initiative zur Übernahme scheinselfständiger Tätigkeiten geht jedoch häufig auch von den Betroffenen selbst aus.²²³

Auf der Seite der - potentiellen - Arbeitnehmer wird in der Literatur als ein wichtiger Grund für die zunehmende Bereitschaft zur Ausübung atypischer Beschäftigungsformen wie der Scheinselbständigkeit die lang anhaltende schwierige Arbeitsmarktsituation genannt, aufgrund derer sich Arbeitnehmer und Arbeitslose zusehends gezwungen sähen, mangels alternativer Beschäftigungsmöglichkeiten eine scheinselfständige Beschäftigung einzugehen.²²⁴ Anders ausgedrückt, „vielen Ex-Arbeitnehmern ist jede noch so zweifelhafte Form der Selbständigkeit immer noch lieber als einwandfreie Arbeitslosigkeit.“²²⁵ Dieser Zusammenhang von Arbeitslosigkeit bzw. antizipierter Arbeitslosigkeit und der Aufnahme einer selbständigen bzw. scheinselfständigen Tätigkeit wurde vom IAB überprüft (vgl. zu deren Untersuchung Kapitel 3.3.1.2.). Befragt wurden die Erwerbstätigen in der Grauzone von selbständiger und abhängiger Arbeit, deren Vertragsverhältnis 1991 oder später begonnen hat, zu ihrem Erwerbsstatus unmittelbar vor Beginn des betrachteten Vertragsverhältnisses wie auch zu möglichen Alternativen, die zu dem damaligen Zeitpunkt zu diesem Vertragsverhältnis wahrgenommen wurden. Danach waren 28,2 % der Haupterwerbstätigen unmittelbar vor der Aufnahme des betrachteten Vertragsverhältnisses arbeitslos (16,4 %) bzw. standen vor der

²²² Bauschke (1994), 211; Fischer, G. (1998), 298; Kittner (1997); Kretschmer (1994), 464; Mayer (1995), 44; ders./Paasch (1987), 57f.; Rüppel/Kröll (1992), 264; Sitte (1997), 89; Steinmeyer, zitiert nach Griese (1995), 138/139; Steinmeyer (1996), 368; Wedde (1997), 49.

²²³ Vgl. auch van Haaren/Schwemmler (1996), 17; Jakob, zitiert nach ELA (1998).

²²⁴ Buschmann (1989), 129; v. Einem (1993), 314; ders. (1994), 60; Fraktion Bündnis 90/Die Grünen (1997), 3; Fraktion der SPD (1994), 1; Huber (1984), 66; Kreuder (1996 B), 389; Mayer/Paasch (1987 B), 58; dies./Ruthenberg (1988), 77; Petersen/Höpfner (1997), 65; Rüppel/Kröll (1992), 264. Vgl. auch Buschmann, zitiert nach Klöpffer (1992), 85, und zur steigenden Zahl der Selbständigen in Freien Berufen Heubisch (1998).

²²⁵ Student (1994), 21.

Alternative, den angebotenen Vertrag zu akzeptieren oder arbeitslos zu werden (11,7 %), 63,4 % sahen sich vor der Aufnahme ihrer Erwerbstätigkeit nicht von Arbeitslosigkeit bedroht, 8,4 % wollten zu Fragen der Arbeitslosigkeit keine Stellung nehmen.²²⁶

Viele der „neuen Selbständigen“ verbinden mit der Verselbständigung aber auch positive Erwartungen wie gesellschaftlichen Aufstieg, individuelle Freiheiten durch Selbstbestimmung und vor allem ein höheres Einkommen.²²⁷ Letzteres in erster Linie durch die Ersparnis der Sozialversicherungsbeiträge - die (Schein-)Selbständigkeit neben der Schwarzarbeit und der geringfügigen Beschäftigung als Form der „Abstimmung mit den Füßen gegen die unerträglich hohen Abgaben“²²⁸ - und den Genuß der steuerlichen Privilegien der Selbständigen wie die Möglichkeit zum Vorsteuerabzug im Rahmen der Umsatzsteuer.²²⁹ Daß damit auch das Risiko des jederzeitigen Wegfalls der Beschäftigung und die Aufgabe sozialer Sicherheiten wie der Arbeitslosenunterstützung verbunden ist, scheint den jungen, tatkräftigen Selbständigen dagegen zunächst ziemlich unbedeutend zu sein.²³⁰

Die freiwillige Eingehung scheinselfständiger Beschäftigung wird deutlich an den folgenden Sachverhalten, die Urteilen des BAG zugrunde lagen:

Ein seit 1976 als freier Mitarbeiter in einer Redaktion Beschäftigter erhob nach Rückgang der Honorareinnahmen 1982 eine Statusklage (zum Begriff der Statusklage unten in Kapitel 3.7.2.). Nach rechtskräftiger Feststellung seines unbefristeten Arbeitsverhältnisses durch das Arbeitsgericht und dem Angebot einer zwischen den Parteien unstreitig angemessenen Vergütung durch den Arbeitgeber bat der Beschäftigte jedoch den Arbeitgeber um die Aufhebung des gerichtlich festgestellten Arbeitsverhältnisses, um als freier Mitarbeiter wieder eine höhere Vergütung erzielen zu können. Als 1993 der Auftraggeber die Auftragserteilung erheblich einschränkte, erhob der freie Mitarbeiter wiederum Statusklage. Diese blieb allerdings wegen Rechtsmißbräuchlichkeit erfolglos.²³¹

²²⁶ Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung (1996), 125.

²²⁷ Fraktion der SPD (1996), 5; Länder Hessen und Nordrhein-Westfalen (1996), 7; Mayer (1995), 42; Paasch (1990), 226; Steinmeyer, zitiert nach Griese (1995), 139; ders., zitiert nach Elsner (1996 B), 163; Worzalla (1995), 47.

²²⁸ Hannig, zitiert nach ELA (1998). Vgl. auch Bauschke (1994), 209, 211; Paasch (1991), 223f.; Student (1994), 23.

²²⁹ Vgl. Niebler/Meier/Dubber (1994), 22.

²³⁰ Vgl. Bauschke (1994), 211; Steinmeyer (1996), 369.

In einem anderen Fall hatte sich eine auf freiberuflicher Basis tätige Mitarbeiterin jahrelang dem Drängen ihres Auftraggebers zum Abschluß eines Arbeitsvertrags widersetzt. Als sie später im Rahmen einer Kündigungsschutzklage begehrte, für diese Zeit als Arbeitnehmerin behandelt zu werden, wurde dies wegen ihres widersprüchlichen Verhaltens abgelehnt.²³²

3.7. Die Feststellung von Scheinselbständigkeit

Die Feststellung des Vorliegens von Scheinselbständigkeit kann durch behördliche Kontrollen, im Rahmen von Prozessen der Betroffenen oder durch den Betriebsrat erfolgen. Die Auswirkungen einer solchen Feststellung sind vielfältig.

3.7.1. Behördliche Kontrollmöglichkeiten

Mehreren Behörden stehen Kontrollmöglichkeiten zur Feststellung von Scheinselbständigkeit zur Verfügung.

3.7.1.1. Kontrolle durch die Krankenkassen und Rentenversicherungsträger

In erster Linie sind für die Feststellung bzw. Kontrolle von scheinselbständiger Beschäftigung im Sinne von nur vorgetäuschter Selbständigkeit die Einzugsstellen, das sind die Krankenkassen (§ 28 h Abs. 1 S. 1 SGB IV) und die Rentenversicherungsträger, zuständig.

Die Einzugsstellen entscheiden zunächst gem. § 28 h Abs. 2 S. 1 SGB IV von Amts wegen über die Versicherungspflicht und Beitragshöhe in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie über die Beitragspflicht und -höhe nach dem SGB III (siehe zur Versicherungspflicht oben in Kapitel 3.5.2.). Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang die neue Regelung in § 336 SGB III, die die Bundesanstalt für Arbeit auf Antrag der Betroffenen verpflichtet, der Feststellung der Versicherungspflicht durch die Einzugsstelle zuzustimmen oder mitzuteilen, daß sie nicht zustimme. Im Falle der Zustimmung ist die Bundesanstalt für

²³¹ BAG, Urteil v. 11.12.1996 - 5 AZR 855/95, NZA 1997, 817f. = AuA 1998, 101-103.

Arbeit bis zu fünf Jahre an diese gebunden. Seit dem 1.1.1998 ist damit die Situation aufgehoben, daß ein Statusbescheid der Einzugsstelle über die Versicherungspflicht oder -freiheit keine umfassende Bindungswirkung, vor allem nicht gegenüber der Arbeitsverwaltung, entfaltete.²³³

Während die Einzugsstellen zudem bis zum 31.12.1995 verpflichtet waren, die Arbeitgeber im Hinblick auf die Erfüllung ihrer Melde- und sonstigen Pflichten im Zusammenhang mit dem Gesamtsozialversicherungsbeitrag zu prüfen (§ 28 p SGB IV a.F.²³⁴), ging diese Pflicht seit dem 1.1.1996 stufenweise auf die Rentenversicherungsträger über, die seit dem 1.1.1999 nach § 28 p SGB IV n.F. allein für die Erfüllung der Prüfpflichten bei den Arbeitgebern verantwortlich sind.²³⁵ Die Krankenkassen können allerdings weiterhin an den Prüfungen - unter Verantwortung der Rentenversicherungsträger - teilnehmen und sind dabei auf ihr Verlangen anzuhören (§ 28 p Abs. 4 SGB IV).

Die Prüfung bei den Arbeitgebern, die gem. § 28 p Abs. 1 S. 1 letzter Teilsatz, Abs. 1 S. 2 SGB IV mindestens alle vier Jahre durchzuführen ist, bezieht das gesamte Sozialversicherungsverhältnis der Beschäftigten ein. Neben der Richtigkeit der Beitragsberechnung und -zahlung sind Prüfgegenstand insbesondere auch die vom Arbeitgeber vorgenommenen Beurteilungen der Beschäftigungsverhältnisse und der Arbeitsentgelte hinsichtlich der Versicherungspflicht bzw. -freiheit in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie der Beitragspflicht in der Arbeitslosenversicherung.²³⁶ Die Arbeitgeber haben zu diesem Zweck gem. § 6 Abs. 3 S. 2 der Beitragsüberwachungsverordnung (BÜVO)²³⁷ „Unterlagen, die der Aufgabenerfüllung der Prüfer dienen, insbesondere zur Klärung, ob ein versicherungs- oder beitragspflichtiges Beschäftigungsverhältnis vorliegt oder nicht, auf Verlangen vorzulegen.“ Diese Vorlagepflicht umfaßt nicht nur Lohn- und Gehaltsunterlagen, sondern z.B. auch Dienst- und Werkverträge, da § 6 Abs. 3 S. 1 BÜVO, auf den sich § 6 Abs. 3 S. 2 BÜVO bezieht, die Berechtigung der Versicherungsträger zur Prüfung „über den Bereich der Lohn-

²³² BAG, Urteil v. 11.12.1996 - 5 AZR 708/95, NZA 1997, 818-820 = AuA 1998, 101f.

²³³ Nicht gesehen von Reiserer (1998), 1264.

²³⁴ Durch Gesetz vom 20.12.1988 (BGBl. I, S. 2230) in das SGB IV eingefügt. Die Vorschrift wurde vollständig neu gefaßt durch Art. 1 Nr. 4 des 3. SGBÄndG vom 30.6.1995 (BGBl. I, S. 890). Die Abs. 8 und 9 sind am 9.7.1995, die Abs. 1 bis 7 am 1.1.1996 in Kraft getreten.

²³⁵ Zu dieser Entwicklung ausführlich Jahn (1997), § 28 p SGB IV Rn. 1f.; VerbKomm (1997), § 28 p SGB IV Anm. 1.1f.

²³⁶ Jahn (1997), § 28 p SGB IV Rn. 5; VerbKomm (1997), § 28 p SGB IV Rn. 3f.

²³⁷ In der Fassung vom 28.7.1997 (BGBl. I, S. 1930).

und Gehaltsabrechnung ... hinaus“ einräumt.²³⁸ Verdachtsgründe für das Vorliegen eines Falles von Scheinselbständigkeit müssen dabei nicht vorliegen.²³⁹

Da viele Arbeitgeber im übrigen die Aufgaben zur Abrechnung der Löhne und Gehälter oder zur Erstattung von Meldungen auf Steuerberater, Rechenzentren oder vergleichbare Einrichtungen übertragen, haben die Rentenversicherungsträger nach § 28 p Abs. 6 S. 1 SGB IV auch die Pflicht zur Überprüfung dieser sog. Servicestellen des Arbeitgebers. Dabei gelten nach § 7 Abs. 1 S. 1 BÜVO die Vorlagepflichten des § 6 Abs. 3 BÜVO entsprechend.

3.7.1.2. Kontrolle durch sonstige Behörden

Eine weitere Kontrollmöglichkeit bietet sich für die Gewerbeaufsicht im Rahmen von Gewerbean- bzw. -ummeldungen. Die nach § 14 Abs. 4 S. 1 Gewerbeordnung (GewO)²⁴⁰ vorgesehenen Anmeldebögen müssen u.a. die „Tätigkeit“, die „Anzahl der voraussichtlich im angemeldeten Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer“ sowie die Art des Betriebs (Haupt-, Zweig- oder andere Niederlassung) enthalten, woraus sich Hinweise für eine mögliche Scheinselbständigkeit ergeben können.

Kontrollmöglichkeiten finden sich auch für die Bundesanstalt für Arbeit und die Hauptzollämter in den §§ 304ff. SGB III zur Prüfung von ungerechtfertigtem Leistungsbezug nach dem SGB III und in § 107 SGB IV zur Einhaltung der Vorschriften über den Sozialversicherungsausweis und bestimmter Arbeitgebermeldungen. Auch hier hat der Arbeitgeber Lohn-, Melde- und vergleichbare Unterlagen vorzulegen (§ 305 Abs. 1 S. 1 SGB III, § 107 Abs. 1 S. 2 SGB IV). Speziell zur Bekämpfung der Scheinselbständigkeit ist zudem in § 305 Abs. 2 SGB III, der gem. § 107 Abs. 1 S. 2 SGB IV auch im Rahmen der Kontrolle des Sozialversicherungsausweises und bestimmter Arbeitgebermeldungen Anwendung findet, geregelt, daß Auftraggeber von Selbständigen Arbeitgebern gleichstehen, wenn die Auftraggeber juristische Personen oder im Handelsregister eingetragen sind.

Schließlich haben auch die Finanzbehörden Kontrollmöglichkeiten in Form von Steuerprü-

²³⁸ Vgl. VerbKomm (1997), Anlage 1 zu § 28 p SGB IV, § 6 Anm. 3, und bereits die amtliche Begründung zur BÜVO in der vorhergehenden Fassung, Bundesrat-Drucksache 171/89 vom 3.4.1989, S. 25.

²³⁹ Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung (1996), 14.

fungen zur Ermittlung der steuerlichen Verhältnisse des Steuerpflichtigen, insbesondere in Form von Außenprüfungen (einschließlich Lohnsteuer-Außenprüfung und Umsatzsteuer-Sonderprüfung) gem. den §§ 193ff. Abgabenordnung (AO²⁴¹). Bei der Feststellung der Sachverhalte, die für die Besteuerung erheblich sein können, hat der Steuerpflichtige mitzuwirken, vor allem Auskünfte zu erteilen sowie Aufzeichnungen, Bücher, Geschäftspapiere und andere Urkunden zur Einsicht und Prüfung vorzulegen (§ 200 Abs. 1 S. 1 und 2 AO). Allerdings werden die für die Scheinselbständigkeit in Betracht kommenden Klein- und Kleinstbetriebe im Durchschnitt nur ca. alle 50 Jahre geprüft, und es fehlt den Finanzbehörden wegen der bei Klein- im Verhältnis zu Großbetrieben nur in geringer Höhe zu erzielenden Steuermehreinnahmen auch ein gesteigertes Interesse an einer forcierten Prüfung im Hinblick auf eine mögliche Scheinselbständigkeit.²⁴²

3.7.1.3. Praxisbeispiele

Daß die vorgenannten Kontrollmöglichkeiten auch tatsächlich eingesetzt werden, zeigen die folgenden Fälle:

Ein Transport- und Transportvermittlungsunternehmen setzte neben abhängig beschäftigten Kraftfahrern zur Durchführung von Transportfahrten zahlreiche Personen als sog. Unterfrachtführer im Sinne des § 432 HGB ein, die nach ihrer eigenen und der Auffassung des Unternehmens selbständig erwerbstätig waren. Nachdem bezirkliche Wirtschaftsämter in Berlin die Eintragung von Unterfrachtführern in das Gewereregister als selbständige Gewerbetreibende abgelehnt hatten, führte die Allgemeine Ortskrankenkasse (AOK) als Einzugsstelle eine versicherungsrechtliche Prüfung anhand betrieblicher Unterlagen des Unternehmens durch. Sie stellte für 59 Unterfrachtführer fest, daß diese als Arbeitnehmer beschäftigt seien, und forderte die Zahlung von Beiträgen zur Kranken- und Rentenversicherung in Höhe von mehreren hunderttausend DM. Hiergegen gerichtete Klagen des Unternehmens sowie eine gegen das abweisende Urteil des LSG Berlin²⁴³ gerichtete Verfassungs-

²⁴⁰ Vom 1.1.1987 (BGBl. I, S. 425), zuletzt geändert durch Gesetz vom 16.12.1997 (BGBl. I, S. 2970).

²⁴¹ Vom 16.3.1976 (BGBl. I, S. 613, ber. BGBl. 1977 I, S. 269), zuletzt geändert durch Gesetz vom 26.1.1998 (BGBl. I, S. 164, 187).

²⁴² Sitte (1997), 90/91.

²⁴³ LSG Berlin, Urteil v. 27.10.1993 - L 9 Kr 35/92, NZA 1995, 139-144 = JuS 1995, 274f. Dazu näher in Kapitel 12.1.2.2.

beschwerde blieben erfolglos.²⁴⁴

In einem anderen Fall nahm die AOK z.B. eine Landesbausparkasse auf Zahlung von Beiträgen zur Renten- und Arbeitslosenversicherung für 48 Bezirksleiter in Anspruch, die laut Vertrag „als Handelsvertreter gemäß § 84 HGB“ beschäftigt wurden.²⁴⁵

Ganz grundsätzlich haben die Prüfer der Sozialversicherungsträger in jüngster Zeit ein verstärktes Augenmerk auf Subunternehmerverträge, freie Mitarbeiterverträge oder ähnliche Gestaltungsformen.²⁴⁶

3.7.2. Prozessuale Möglichkeiten des Betroffenen

Der Betroffene hat unterschiedliche Möglichkeiten, sich prozessual gegen eine scheinselfständige Beschäftigung zu wehren.

Zum einen kann der Betroffene gegen seinen vermeintlichen Arbeitgeber auf einzelne Leistungen, die nur einem Arbeitnehmer zustehen, klagen²⁴⁷ oder, was besonders häufig vorkommt, im Falle einer Kündigung Kündigungsschutzklage erheben.²⁴⁸ Das Gericht muß dann die Arbeitnehmereigenschaft inzident prüfen, sei es als Anspruchsvoraussetzung für die geforderten Leistungen, sei es als Voraussetzung für das Bestehen des Kündigungsschutzes nach dem Kündigungsschutzgesetz (§ 1 Abs. 1 KSchG²⁴⁹).²⁵⁰

²⁴⁴ BVerfG, Beschluß v. 20.5.1996 - 1 BvR 21/96, AP Nr. 82 zu § 611 BGB Abhängigkeit = NJW 1996, 2644 = NZS 1996, 522f. Dazu näher in Kapitel 12.3.1.1.

²⁴⁵ BSG, Urteil v. 29.1.1981 - 12 RK 63/79, BSGE 51, 164-172; im Ergebnis erfolglos.

²⁴⁶ Reiserer (1998), 1258.

²⁴⁷ Vgl. für Provisionen, die nur einem Arbeitnehmer zustehen, BAG, Urteil v. 21.1.1966 - 3 AZR 183/65, BAGE 18, 87-104 = DB 1966, 546-548; für Provisionen, die nur für einen Handelsvertreter als Selbständigem verjährt wären, BAG, Urteil v. 28.4.1972 - 3 AZR 464/71, BB 1972, 1056; für eine angemessene monatliche Vergütung u.a. als Arbeitnehmer BAG, Urteil v. 13.8.1980 - 4 AZR 592/78, BAGE 34, 111-123.

²⁴⁸ Vgl. z.B. BAG, Urteil v. 17.5.1978 - 5 AZR 580/77, EzA § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 18; BAG, Urteil v. 27.3.1991 - 5 AZR 194/90, AP Nr. 53 zu § 611 BGB Abhängigkeit; BAG, Urteil v. 29.10.1997 - 5 AZR 624/96, DB 1997, 2280; BAG, Urteil v. 19.11.1997 - 5 AZR 653/96, NZA 1998, 364-368 = DB 1998, 624-626; BAG, Urteil v. 11.3.1998 - 5 AZR 522/96, NZA 1998, 705-707; LAG Düsseldorf, Beschluß v. 28.8.1995 - 14 Ta 330/94, BB 1995, 2275f.; LAG Düsseldorf, Urteil v. 4.9.1996 - 12 (6) (5) Sa 909/96, LAGE § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 33 = BB 1997, 891-893. Diller/Schuster (1998) besprechen in diesem Zusammenhang die Besonderheiten eines Aufhebungsvertrags mit Scheinselbständigen.

²⁴⁹ Vom 10.8.1951 (BGBl. I, S. 499), in der Fassung vom 25.8.1969 (BGBl. I, S. 1317), zuletzt geändert durch Gesetz vom 19.12.1998 (BGBl. I, S. 3843).

²⁵⁰ Zur Arbeitnehmereigenschaft im Rahmen des Rechtsweges zu den Arbeitsgerichten (§ 2 Abs. 1 Nr. 3 - 5 ArbGG) vgl. Schliemann (1998).

Zum anderen kann der Betroffene beim Arbeitsgericht auch direkt eine Klage auf die Feststellung erheben, daß es sich bei dem Vertragsverhältnis, das seiner Tätigkeit zugrunde liegt, um ein Arbeitsverhältnis handelt (sog. Statusklage).²⁵¹ Er muß also nicht auch noch weitere Umstände, etwa den zeitlichen Umfang, in dem er zu beschäftigen ist, zum Streitgegenstand machen. Das für eine derartige Feststellungsklage nach § 46 Abs. 1 ArbGG iVm. § 256 Abs. 1 Zivilprozeßordnung (ZPO)²⁵² erforderliche Feststellungsinteresse folgt dabei aus der prozeßökonomischen Erwägung, daß bei der rechtskräftigen Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft der Rechtsfriede weitgehend (wieder-) hergestellt wird, da gerichtliche Streitigkeiten über den Inhalt rechtskräftig festgestellter Arbeitsverhältnisse selten sind.²⁵³

Schließlich kommt auch im Zusammenhang mit Betriebsratswahlen eine Klärung des Rechtsstatus auf Veranlassung des Betroffenen in Betracht. Dazu sogleich im folgenden Kapitel.

3.7.3. Prozessuale Möglichkeiten des Betriebsrats

Auch der Betriebsrat hat mehrere Möglichkeiten, gegen die Beschäftigung Scheinselbständiger vorzugehen.

Zunächst kann der Betriebsrat sein Mitbestimmungsrecht aus § 99 Abs. 1 BetrVG bei der Einstellung einer Person, bei der eine Scheinselbständigkeit naheliegt, gerichtlich geltend machen, da ein Beteiligungsrecht des Betriebsrats aus § 99 Abs. 1 BetrVG nicht nur bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses bzw. der Arbeitsaufnahme durch einen Arbeitnehmer entsteht, sondern auch bei der Einstellung von Personen, die zwar nicht Arbeitnehmer des

²⁵¹ Vgl. z.B. für einen „freien Mitarbeiter“ (und zumeist im Zusammenhang mit der Feststellung der Unbefristetheit des Arbeitsverhältnisses) BAG, Urteil v. 8.6.1967 - 5 AZR 461/66, BAGE 19, 324-333; BAG, Urteil v. 15.3.1978 - 5 AZR 819/76, BAGE 30, 163-176; BAG, Urteil v. 23.4.1980 - 5 AZR 426/79, AP Nr. 34 zu § 611 BGB Abhängigkeit; BAG, Urteil v. 13.1.1983 - 5 AZR 149/82, BAGE 83, 247-265; BAG, Urteil v. 30.11.1994 - 5 AZR 704/93, AP Nr. 74 zu § 611 BGB Abhängigkeit; BAG, Urteil v. 26.7.1995 - 5 AZR 22/94, AP Nr. 79 zu § 611 BGB Abhängigkeit; LAG Köln, Urteil v. 28.4.1995 - 13 Sa 48/95, ArbuR 1996, 412f.; für einen Zeitungszusteller BAG, Urteil v. 16.7.1997 - 5 AZR 312/96, NZA 1998, 368f.; für eine Propagandistin LAG Köln, Urteil v. 30.6.1995 - 4 Sa 63/95, ArbuR 1996, 413-415; für einen „selbständigen Versicherungsvertreter“ ArbG Nürnberg, Urteil v. 31.7.1996 - 2 Ca 4546/95, NZA 1997, 37-41 = ArbuR 1996, 417f.

²⁵² Vom 12.9.1950 (BGBl. S. 533), zuletzt geändert durch Gesetz vom 22.12.1997 (BGBl. I, S. 3224).

Betriebes werden, aber eine weisungsgebundene Tätigkeit wie Arbeitnehmer des Betriebes aufnehmen sollen, z.B. Wartungs-, Instandsetzungs-, Lade-, Reinigungsarbeiten oder Bewachungsaufgaben.²⁵⁴ Dies führt zwar nicht unmittelbar zur Feststellung einer scheinselbständigen Beschäftigung. Wenn das Gericht jedoch bei diesen Personengruppen, bei denen häufig eine Scheinselbständigkeit vorliegt, z.B. ausführlich darlegt, daß auf Grund der Arbeitszeit, der im wesentlichen gleichen Bekleidung und der arbeitsorganisatorischen Verbindung der Tätigkeit mit den Arbeitnehmern des Arbeitgebers - hier: Propagandistin in einem Kaufhaus, die während ihrer Pause von den Arbeitnehmern vertreten wurde, die Sozialräume des Arbeitgebers benutzte, am Personaleinkauf teilnahm und den Personalrabatt erhielt - die Eingliederung so stark sei, „daß sie sich von den anderen Mitarbeitern nicht unterschieden habe“,²⁵⁵ und die Entscheidung über das Rechtsverhältnis lediglich im Ergebnis offenläßt, weil die Arbeitnehmereigenschaft nicht Voraussetzung des § 99 BetrVG ist, so stellt dies einen erfolversprechenden Anknüpfungspunkt für weitere Abwehrmaßnahmen des Betriebsrats gegen die Scheinselbständigkeit dar, weil das Gericht damit alle Feststellungen getroffen hat, aus denen die Rechtsprechung und herrschende Literatur eine Arbeitnehmereigenschaft ableiten (dazu unten in Kapiteln 4.1. bis 4.4.).

Ein weiteres wichtiges Instrument des Betriebsrats stellt die Aufnahme von nach Ansicht des Betriebsrats Scheinselbständigen in das Wählerverzeichnis bei Betriebsratswahlen (§§ 7ff. BetrVG) dar. Wahlberechtigt sind gem. § 7 BetrVG allein Arbeitnehmer.²⁵⁶ Ist der Arbeitgeber nun der Meinung, von ihm Beschäftigte seien aufgrund ihrer Selbständigkeit zu Unrecht in das Wählerverzeichnis aufgenommen worden, hat er nur die Möglichkeit, die Wahl im nachhinein gem. § 19 BetrVG anzufechten.²⁵⁷ Sofern er dies unterläßt, weil er eine gerichtliche Klärung des tatsächlichen Status möglicher Scheinselbständiger gar nicht

²⁵³ BAG, Urteil v. 20.7.1994 - 5 AZR 627/93, BAGE 77, 226-244 (232) = AP Nr. 73 zu § 611 BGB Abhängigkeit. Zur Statusklage Becker (1982), 94f.; Reinecke (1998 B); Schaub (1994), 666-670.

²⁵⁴ Grundlegend BAG, Urteil v. 15.4.1986 - 1 ABR 44/84, AiB 1986, 262 mit Anm. Grimberg; seitdem std. Rspr., vgl. BAG, Beschluß v. 22.4.1997 - 1 ABR 74/96, AP Nr. 18 zu § 99 BetrVG 1972 Einstellung; Fabricius/Kraft/Wiese/Kreutz (1993), § 99 Rn. 29 mwN.; Fitting/Kaiser/Heither/Engels (1996), § 99 Rn. 10 a mwN. Ablehnend Hunold (1990), 464f.

²⁵⁵ ArbG Bremerhaven, Beschluß v. 3.8.1988 - 2 BV 18/87, DB 1989, 2131.

²⁵⁶ Und zwar nur die Arbeitnehmer, die betriebsangehörig und nach den §§ 5 und 6 BetrVG als Arbeitnehmer im Sinne des BetrVG anzusehen sind, vgl. Dietz/Richardi (1981), § 7 Rn. 2f.; Galperin/Löwisch (1982), § 7 Rn. 2f. Zum betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff im Unterschied zum allgemeinen arbeitsvertraglichen Arbeitnehmerbegriff vgl. Däubler/Kittner/Klebe (1996) - Trümmer, § 5 Rn. 7-29; Stege/Weinspach (1994), § 5 Rn. 1.

²⁵⁷ So geschehen z.B. bei BAG, Beschluß v. 30.10.1991 - 7 ABR 19/91, NZA 1992, 407-410; LAG Düsseldorf, Beschluß v. 6.3.1991 - 4 TaBV 119/90, LAGE § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 18 = ARST 1991, 101-103; ArbG Lübeck, Beschluß v. 29.6.1989 - 2 BV 46/89 mit Anm. Paasch, AiB 1989, 349-351.

wünscht, „erhöht [dies] die Verhandlungschancen der Betriebsräte und eröffnet Spielräume. Solche informellen, nicht auf zwingende Mitbestimmungsrechte gestützten Vorgehensweisen können ... die Arbeitsbedingungen der Betroffenen positiv beeinflussen.“²⁵⁸

In diesem Zusammenhang ist auch auf die umgekehrte Situation hinzuweisen, die entsteht, wenn Mitarbeiter, die sich selbst als Arbeitnehmer empfinden, nicht in das Wählerverzeichnis aufgenommen und an der Betriebsratswahl beteiligt werden. Diese können die Wahl ihrerseits nach § 19 BetrVG anfechten, das Gericht muß dann - bei dem Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen wie der Einhaltung der Anfechtungsfrist - feststellen, ob es sich bei den Betroffenen um Wahlberechtigte und damit um Arbeitnehmer im Sinne des BetrVG handelt.²⁵⁹

Das wichtigste Mittel des Betriebsrats ist jedoch der Antrag des Betriebsrats beim Arbeitsgericht auf die Feststellung, daß es sich bei seiner Ansicht nach Scheinselbständigen um Arbeitnehmer im Sinne des § 5 Abs. 1 BetrVG handelt. Das Gericht entscheidet dann unmittelbar über die Arbeitnehmereigenschaft.²⁶⁰ Inzident entscheidet das Gericht über die Arbeitnehmereigenschaft, wenn der Betriebsrat z.B. im Rahmen einer Kündigung seine Zuständigkeit durch Beschlußverfahren feststellen lassen will.²⁶¹

3.7.4. Folgen der Feststellung von Scheinselbständigkeit

Wenn festgestellt wird, daß der vermeintlich Selbständige nur zum Schein Selbständiger und in Wirklichkeit Arbeitnehmer sowie Beschäftigter im sozialversicherungsrechtlichen Sinne ist, dann treffen ihn alle Rechte und Pflichten eines Arbeitnehmers bzw. Beschäftigten.

²⁵⁸ Mayer/Paasch (1988), 246, zum Einsatz von Fremdfirmen bzw. Propagandistinnen in Kaufhäusern.

²⁵⁹ Vgl. BAG, Beschluß v. 29.1.1992 - 7 ABR 27/91, NZA 1992, 894-899 (895); Vorinstanz: LAG Baden-Württemberg, Beschluß v. 25.2.1991 - 10 TaBV 5/90, LAGE § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 19. Vgl. auch ArbG Hanau, Beschluß v. 16.8.1990, AfP 1990, 346f.

²⁶⁰ Vgl. BAG, Beschluß v. 29.1.1992 - 7 ABR 25/91, AP Nr. 47 zu § 5 BetrVG mit Anm. Wank = NZA 1992, 835-837.

²⁶¹ Vgl. Buschmann (1989), 130.

3.7.4.1. Arbeitsrechtliche Folgen

Im Arbeitsrecht ist die Feststellung der bloßen Scheinselbständigkeit grundsätzlich von Vorteil, da der Scheinselbständige als Arbeitnehmer den vollen Schutz des Arbeitsrechts genießt.²⁶² Wird die Arbeitnehmereigenschaft also z.B. im Rahmen von Kündigungsschutzprozessen festgestellt, erhält der Arbeitnehmer den vollen Kündigungsschutz nach dem KSchG.²⁶³

Allerdings ist die Geltendmachung und Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft für den Arbeitnehmer auch mit Risiken behaftet, so bei der Entgelthöhe. Während von Teilen der Rechtsprechung bislang als Maximalposition vertreten wurde, daß der ehemalige Scheinselbständige, dessen Arbeitnehmereigenschaft festgestellt wurde, auch für die Zukunft sein bisheriges Entgelt - und zwar als Bruttoentgelt - beanspruchen könne,²⁶⁴ hat das BAG nunmehr für eine „freie Mitarbeiterin“ eines Senders, die sich in ein Arbeitsverhältnis eingeklagt hatte, entschieden, daß dieser nach § 612 Abs. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB)²⁶⁵ nur noch ein Anspruch auf Arbeitsentgelt in der üblichen Höhe, d.h. nach den für Arbeitnehmer abgeschlossenen Tarifverträgen, zustehe.²⁶⁶ Und dieses kann, wie z.B. bei manchen Rundfunkanstalten der Fall, nur ein Drittel der Vergütung eines freien Mitarbeiters betragen. Schließlich ist sogar denkbar, daß der ehemalige Scheinselbständige auch für die Zeit vor Feststellung seiner Arbeitnehmereigenschaft nur die geringeren Entgeltansprüche eines Arbeitnehmers hat, da es sich bei der Kumulation der Vorteile des Arbeitnehmerstatus und der Vorteile des Status eines freien Mitarbeiters für u.U. sogar weit zurückliegende Zeiträume um einen Anwendungsfall der „Rosinentheorie“ handeln könnte. Der Arbeitgeber hätte dann entsprechende Rückforderungsansprüche gegen den Arbeitnehmer.²⁶⁷

²⁶² Vgl. Kapitel 3.5.1. Zu den arbeitsrechtlichen Konsequenzen der Einstufung eines Rechtsverhältnisses als Arbeitsverhältnis ausführlich Worzalla (1996), 6-10, 115-117.

²⁶³ Vgl. BAG, Urteil v. 19.11.1997 - 5 AZR 653/96, BB 1997, 2592 = ArbuR 1997, 32f.

²⁶⁴ LAG Berlin, Urteil v. 8.6.1993 - 15 Sa 31/92, NZA 1994, 512 = BB 1993, 2166.

²⁶⁵ Vom 18.8.1896 (RGBl. S. 195), zuletzt geändert durch Gesetz vom 19.12.1998 (BGBl. I, S. 3843).

²⁶⁶ BAG, Urteil v. 21.1.1998 - 5 AZR 50/97, DB 1998, 886f. = NZA 1998, 594f. So auch LAG Köln, Urteil v. 10.10.1996 - 10 Sa 194/96, LAGE § 611 BGB Nr. 7. Zustimmung Hromadka (1998 B), der die Entscheidung des BAG als „mutige Antwort“ bezeichnet. Zu den Auswirkungen im Sozialrecht Hanau/Peters-Lange (1998), 787f.

²⁶⁷ Ausführlich Reinecke (1998 B), 1282f.

3.7.4.2. Sozialrechtliche Folgen

Im Sozialrecht kann die Feststellung der Scheinselbständigkeit auf seiten des Arbeitgebers zu erheblichen Nachzahlungspflichten führen. Der Arbeitgeber schuldet nach § 28 e SGB IV den Gesamtsozialversicherungsbeitrag, also Arbeitgeber- und Arbeitnehmeranteil. Wird nun eine Scheinselbständigkeit entdeckt, ist der Arbeitgeber zur Nachentrichtung der gesamten Sozialversicherungsbeiträge bis zur Grenze der Verjährungsfrist von vier bzw. bei vorsätzlicher Vorenthaltung von 30 Jahren (§ 25 Abs. 1 SGB IV) verpflichtet. Und da der Arbeitgeber bei Zweifelsfällen betreffend die Sozialversicherungspflicht generell verpflichtet ist, sich bei der Einzugsstelle zu erkundigen, läuft er zumeist Gefahr, daß bei einer Nichtabführung der Sozialversicherungsbeiträge bedingter Vorsatz und damit die Verjährungsfrist von 30 Jahren angenommen wird.²⁶⁸ Gleichzeitig darf er nach § 28 g S. 3 SGB IV den beim Arbeitnehmer unterbliebenen Abzug nur bei Nichtverschulden und für drei Monate nachholen,²⁶⁹ und die Vereinbarung einer zeitlich weitreichenderen Rückforderungsmöglichkeit zwischen dem Arbeitgeber und dem Beschäftigten wäre nach § 32 Sozialgesetzbuch I - Allgemeiner Teil (SGB I)²⁷⁰ unwirksam.

Wenn der Mitarbeiter bei der Feststellung seines Status als Arbeitnehmer schließlich bereits aus dem Unternehmen ausgeschieden ist, trägt dieses den gesamten Schaden, da ein Abzug vom Arbeitsentgelt nicht mehr möglich ist.²⁷¹ Diese Nachzahlungspflichten haben bereits zu schwerwiegenden Problemen einiger Unternehmen bis hin zu deren Konkurs geführt.²⁷²

3.7.4.3. Steuerrechtliche Folgen

Auch der Scheinselbständige selbst muß mit Nachzahlungen rechnen, so z.B. außendienstspezifisch mit einer Nachforderung des Finanzamtes. Während der Scheinselbständige gem. § 14 Abs. 3 UStG die von ihm zu Unrecht in den Provisionsabrechnungen ausgewiesene Umsatzsteuer schuldet, können ihm rückwirkend Vorsteuerabzüge wegen fehlender Um-

²⁶⁸ Reiserer (1998), 1262.

²⁶⁹ Näher Kunz/Kunz (1993), 329; Wank (1982); Worzalla (1996), 117f.

²⁷⁰ Vom 11.12.1975 (BGBl. I, S. 3015), zuletzt geändert durch Gesetz vom 16.12.1997 (BGBl. I, S. 2970).

²⁷¹ Rölz/Weber (1998).

²⁷² Rölz/Weber (1998). Vgl. auch Diller/Schuster (1998), 140; Eckert (1997), 706f.

satzsteuerpflicht gestrichen werden.²⁷³

Ganz prinzipiell führt die Behandlung eines Mitarbeiters als Selbständiger zur Nichtbeachtung der Grundsätze des Lohnsteuerverfahrens durch den Arbeitgeber und damit zur Nichtabführung von Lohnsteuer. Wird nachträglich das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses festgestellt, so ist der Arbeitnehmer als Schuldner der Lohnsteuer (§ 38 Abs. 2 S. 1 Einkommensteuergesetz - EStG -²⁷⁴) zur Nachzahlung verpflichtet. Ist dieser jedoch zahlungsunfähig, für das Finanzamt nicht zu erreichen oder sind z.B. nach einer Lohnsteueraußenprüfung viele Lohnsteuerbeträge aufgrund von im wesentlichen gleich liegenden Sachverhalten nachzuerheben, so tritt der Arbeitgeber gem. § 42 d Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 3 S. 1 und 2 EStG nach pflichtgemäßem Ermessen als Gesamtschuldner für die Steuerschuld ein.²⁷⁵

3.8. Die Scheinselbständigkeit speziell im Außendienst

Die Scheinselbständigkeit und deren Probleme spielen im Außendienst eine große Rolle.²⁷⁶ Der wichtigste Grund für die Scheinselbständigkeit gerade im Außendienst besteht dabei in der Schwierigkeit der Abgrenzung des Außendienstangestellten vom selbständigen Außendienstmitarbeiter. Dazu sogleich ausführlich in Kapitel 5.1. Doch auch andere für die Außendienstarbeit typische Umstände fördern die Scheinselbständigkeit.

3.8.1. Der historische Hintergrund der Scheinselbständigkeit im Außendienst

Wie bereits erwähnt, stellen der Heimarbeiter und der Handelsvertreter im Außendienst schon seit Beginn der industriellen Revolution die „klassischen Scheinselbständigen“²⁷⁷ dar (vgl. Kapitel 3.3.1. und 3.8.1.).²⁷⁸ Vor allem der Außendienst war stets ein Bereich, in dem sich das „Normalarbeitsverhältnis“, wenn es denn überhaupt bestand und nicht der selbstän-

²⁷³ Abrahameczik (1996), 184. Ausführlich Diller/Schuster (1998), 139f.

²⁷⁴ In der Fassung der Bekanntmachung vom 16.4.1997 (BGBl. I, S. 821), zuletzt geändert durch Gesetz vom 25.3.1998 (BGBl. I, S. 590).

²⁷⁵ Vgl. im einzelnen Kunz/Kunz (1993), 328f.; Worzalla (1996), 118f.; Kasseler HB 1 (1997) - Worzalla, 21f.

²⁷⁶ Vgl. Berndt (1998), 894.

²⁷⁷ Vgl. Wank (1997 B), 96.

²⁷⁸ Ein historischer Überblick über den Beruf des Handelsvertreters und die Entwicklung seiner heutigen Rechtsgrundlagen findet sich bei Meyer (1978), 25-34.

dige Handelsvertretertypus dominierte, unter dem Druck ökonomischer Krisen und erzwungener Fluktuation besonders schnell zurückbildete.²⁷⁹

Dies führte dazu, daß 1953 die §§ 84 bis 92c HGB neu gefaßt wurden, und es wurde vor allem § 84 HGB eingeführt, der bis heute die einzige für das Arbeitsrecht relevante gesetzliche Regelung der Selbständigkeit in Abgrenzung zur abhängigen Arbeit darstellt.²⁸⁰ Ausgesprochen lesenswert ist in diesem Zusammenhang die amtliche Begründung des Gesetzes zur Änderung des Handelsgesetzbuches (Recht der Handelsvertreter) v. 6.8.1953,²⁸¹ die die lange Tradition der Scheinselbständigkeit im Außendienst aufzeigt:

„Nach § 84 HGB [a.F.] ist Handelsvertreter, wer ‚ohne als Handlungsgehilfe angestellt zu sein‘, für den Geschäftsherrn in bestimmter Weise tätig ist. Diese negative Fassung hat viel zu dem Mißstand beigetragen, daß Personen, die im Verhältnis zu ihrem Geschäftsherrn die abhängige Stellung eines Handlungsgehilfen hatten, aber nicht als solche angestellt waren, als Handelsvertreter und damit selbständige Kaufleute behandelt wurden. Namentlich nach 1919 wurden Personen in die Rechtsstellung eines Handelsvertreters gedrängt, die abhängig wie Angestellte waren. Sie gingen dadurch der sozialen Vorteile verlustig, die sie als Angestellte genossen hätten. Dieser Weg konnte beschritten werden, da die arbeitssuchenden Personen, um die Stellung zu erlangen, bereit waren, auf die Anstellung als Handlungsgehilfe zu verzichten und sich mit der Beschäftigung als Handelsvertreter zu begnügen, auch wenn sie nicht die selbständige Stellung eines solchen erhielten.

Durch die Rechtsprechung wurde zwar wiederholt betont, daß es für die Frage, ob jemand Handelsvertreter oder Handlungsgehilfe ist, entscheidend nicht auf die rechtliche Gestaltung des Vertragsverhältnisses, auf die gewählte Berufsbezeichnung und ähnliche Äußerlichkeiten, sondern einzig und allein auf die tatsächlichen Verhältnisse ankomme ... Daraus zog die Praxis aber nicht die rechtliche Folgerung; die Unternehmer gewährten diesen Personen nicht die Rechte von Handlungsgehilfen. Der in Wirklichkeit abhängige Handlungsgehilfe wurde von ihnen weiter als Handelsvertreter behandelt; er hatte das Risiko eines selbständi-

²⁷⁹ Weißbach/Witzgall/Vierthaler (1990), S. 3. Vgl. auch Buschmann (1992), 129; Meyer (1978), 31-33.

²⁸⁰ Zur Einführung des § 84 HGB als Norm zum Schutz der „Masse der Provisionreisenden, die zu einer der sozial schutzbedürftigsten Gruppen gehören“, Hessel (1952), 410f. Eine Bestimmung der Arbeitnehmereigenschaft im steuerrechtlichen Sinne findet sich in § 1 Lohnsteuer-Durchführungsverordnung (LStDV), der aber z.B. auch Beamte mitumfaßt (vgl. zu § 1 LStDV in Kapitel 4.3.). Desweiteren wird in § 2 Abs. 2 Nr. 1 Umsatzsteuergesetz (UStG) die Nichtselbständigkeit im steuerrechtlichen Sinne kurz definiert.

²⁸¹ BGBl. 1953 I, S. 771-776.

gen Kaufmanns zu tragen, ohne dessen Stellung zu haben.

Solche Mißbräuche werden sich zwar niemals vollständig ausschalten lassen. Eine Begriffsbestimmung, die positiv festlegt, daß Handelsvertreter nur ist, wer im Verhältnis zum Geschäftsherrn selbständig ist, kann aber die Gefahr verringern, daß im Wirtschaftsleben Personen als ‚Handelsvertreter‘ beschäftigt werden, die ihrer tatsächlichen Lage nach wie Angestellte völlig von den Weisungen des Geschäftsherrn abhängig sind.²⁸²

3.8.2. Der Einfluß der §§ 84ff. HGB

Die Einführung des § 84 HGB brachte für den Außendienst eine klare Regelung: Mitarbeiter, die ständig damit betraut sind, Geschäfte für einen Unternehmer zu vermitteln oder in dessen Namen abzuschließen, sind zwingend entweder selbständige Handelsvertreter oder unselbständige Angestellte im Außendienst. Eine „Mittellösung“ zwischen einem Handelsvertreter und einem Außendienstangestellten ist ausgeschlossen (näher zu der Gesetzeskonzeption im Außendienst unten in Kapitel 5.2.).

Die Folge des § 84 HGB ist nun allerdings nicht, daß im Außendienst nur noch - echte - selbständige Handelsvertreter oder Außendienstangestellte beschäftigt werden. Mit § 84 HGB wurde nämlich auch § 89 b HGB eingeführt, der dem Handelsvertreter nach Beendigung des Vertretervertrags einen Ausgleichsanspruch gegen den Unternehmer als Gegenleistung dafür einräumt, daß der Unternehmer den Kundenstamm, den der Handelsvertreter aufgebaut hat, weiter nutzen kann, während dem Handelsvertreter die entsprechenden Provisionen zukünftig entgehen.²⁸³ Da dieser Ausgleichsanspruch in der Praxis in Folge des § 89 b Abs. 2 HGB häufig einer durchschnittlichen Jahresprovision entspricht, suchen die Unternehmen nach vertraglichen Konstruktionen, mit denen sie bei dem Einsatz ihrer Verkäufer die Anwendung des Handelsvertreterrechts auf der einen und des Arbeits- und Sozialrechts auf der anderen Seite verhindern können.²⁸⁴ Die Mitarbeiter werden dann im Vertrag als „freie Mitarbeiter“, „Akquisiteure“, „Berater“, „Beauftragte“, „Repräsentanten“,

²⁸² BT-Drucksache Nr. 3856 v. 15.11.1952, S. 9f.

²⁸³ Baumbach/Hopt (1995), § 89 b Rn. 1; Dichtl/Raffée/Niedetzky (1981), 6; Ensthaler (1997), § 89 b Rn. 2; Heymann (1995) - Sonnenschein/Weitemeyer, § 89 b Rn. 3; Meeser (1994), 64; Vgl. im übrigen ausführlich zum Ausgleichsanspruch des Handelsvertreeters Küstner/v. Manteuffel/Evers (1995); Thume (1998).

²⁸⁴ Abrahamczik (1995), 21; ders. (1996), 184; Becker (1982), 153; Hunold (1993 A), 8; Küstner (1985), 18 und 29; Küstner/v. Manteuffel/Evers (1995), 49; Vgl. auch BGH, Urteil v. 4.12.1981 - I ZR 200/79, AP Nr. 2 zu § 84 HGB = BB 1982, 1876 – 1878; Wank (1996), 388f.

„Agenten“, „Verkaufsleiter“, „Subdirektoren“, „Filialdirektoren“, „Generalvertreter“ oder ähnlich bezeichnet.²⁸⁵

3.8.3. Der Einfluß der Veränderungen im Vertrieb

Neben dem Business Reengineering und dem Outsourcing als allgemeine betriebswirtschaftliche Entwicklung wird die Auslagerung der Außendienstarbeit auf Scheinselbständige noch durch die spezielle Veränderung der Umweltbedingungen, unter denen die Vertriebsarbeit stattfindet, unterstützt. Während beim Einsatz von Handelsvertretern im Rahmen schrumpfender Märkte in die Vertriebsaktivitäten ein Rückkoppelungsmechanismus dergestalt eingebaut ist, daß sich bei sinkenden Provisionen die Vertriebsanstrengungen auch ohne zentralen Koordinationsaufwand in der Regel erhöhen, fehlt dieser Mechanismus zumeist bei Außendienstangestellten. Eine Konsequenz der Beschäftigung von Angestellten ist nämlich ein abgesichertes Grundgehalt, das sog. Fixum, das bei Umsatzenschwankungen zu einer sinkenden Elastizität des Einkommens und schmaleren Deckungsbeiträgen führt (zur Vergütung im Außendienst oben in Kapitel 2.4.3.). Außerdem macht die Beschäftigung von Außendienstangestellten eine erhöhte Planung und damit einen hohen Overheadaufwand erforderlich.²⁸⁶

3.8.4. Der Außendienstmitarbeiter als „Unternehmer im Unternehmen“

Des weiteren wird die Scheinselbständigkeit im Außendienst noch dadurch unterstützt, daß der Schritt zur Selbständigkeit - und damit möglicherweise zur Scheinselbständigkeit - im Außendienst besonders gering ist.

Was betriebsintern eines der Ziele der seit Ende der achtziger Jahre unter dem Begriff des Lean Management durchgeführten Restrukturierungsprozesse ist, nämlich die Einführung eines Organisationsmodells, in dem die Beschäftigten aufgrund marktorientierter Anreizsysteme - und damit quasi aus eigenem Antrieb - als „Unternehmer im Unternehmen“ so han-

²⁸⁵ Hunold (1993 A), 8f.; Küstner/v. Manteuffel (1992), 31 und 33; Staub u.a. (1995) - Brüggemann, § 84 Rn. 1.

²⁸⁶ Weißbach/Witzgall/Vierthaler (1990), 321f.

denn, als sei der Erfolg der Firma ihre persönliche Angelegenheit,²⁸⁷ ist im Außendienst geradezu selbstverständlich. Der Außendienstmitarbeiter wurde schon immer über eine erfolgsorientierte Vergütung und ein Management by Objectives gesteuert und kontrolliert (dazu in Kapitel 2.4.3.), seine Arbeit verlangt seit jeher die einem „Unternehmer im Unternehmen“ entsprechenden Managementqualitäten, die Fähigkeit zu eigenverantwortlicher, zielorientierter Tätigkeit.²⁸⁸ Dies wird in der betriebswirtschaftlichen Literatur immer wieder betont. So findet man z.B. die folgende eindringliche Ausführung zur Entlohnung von Außendienstmitarbeitern nach Deckungsbeiträgen: „Dieser enorme Ertragseffekt ist darauf zurückzuführen, daß der Mitarbeiter als Unternehmer im Unternehmen oder als ‚Subunternehmer‘ behandelt wird. So z.B. arbeitet der Außendienstmitarbeiter in seinem Reisegebiet wie der Unternehmer im Gesamtunternehmen. Als Außendienstmitarbeiter hat er Verantwortung für den ‚Gewinn‘ ... des Reisegebiets. Er trägt für sein Gebiet unternehmerische Verantwortung ...“²⁸⁹ Selbst in der arbeitsrechtlichen Literatur findet sich die Meinung, daß man den Arbeitnehmer im Außendienst bei der arbeitsrechtlichen Behandlung zumindest teilweise als Unternehmer und nicht als Arbeitnehmer zu betrachten habe, da er über ein so hohes Maß an unternehmerischen Entscheidungsmöglichkeiten bezüglich des Einsatzes seiner Arbeitskraft verfüge.²⁹⁰

Diese - vordergründige - Selbständigkeit ist dem Außendienstmitarbeiter nun keineswegs aufgezwungen, vielmehr schätzt er an seinem Beruf gerade die relativ selbständige Arbeit und die hohe Eigenverantwortung,²⁹¹ was sich z.B. daran zeigt, daß diese den wichtigsten Grund neu eingestellter Außendienstmitarbeiter für ihre Tätigkeit darstellt.²⁹² Und von der „unternehmerischen“ Selbständigkeit ist es dann nur noch ein kleiner Schritt zur Selbständigkeit im formalen Sinne. Die Hemmschwelle für einen solchen Schritt ist im Außendienst unvergleichlich geringer als für einen Mitarbeiter, der bislang als Arbeitnehmer in einem Betrieb unter ständiger persönlicher Anleitung und Kontrolle beschäftigt war.

Nicht vergessen werden darf in diesem Zusammenhang zudem die beschriebene Einzel-

²⁸⁷ Kreuder (1996 A), 38.

²⁸⁸ Elbe (1996), 17. Die Einforderung eines „unternehmerischen Denkens“ des Außendienstmitarbeiters nimmt zudem immer weiter zu, vgl. FAZ vom 5.5.1998, S. 20 „Unternehmerisches Denken ist wichtig - Außendienstmitarbeiter werden auf Kostenbewußtsein getrimmt“.

²⁸⁹ Jaeger (1990), 38.

²⁹⁰ Lieb (1976 A), 228f.; ders. (1976 B), 2209f.

²⁹¹ Elbe (1996), 17.

²⁹² So nach einer Studie bei Dries (1991), 253.

kämpfermentalität des Außendienstmitarbeiters (dazu in Kapitel 2.4.2.4.) sowie dessen häufige innerbetriebliche Isolation und die nur unzureichende gewerkschaftliche und betriebsverfassungsrechtliche Interessenwahrnehmung (oben Kapitel 2.4.4.), die den Widerstand gegen negative Entwicklungen wie die Scheinselbständigkeit zusätzlich verringert (dazu ausführlich unten in Kapitel 13.1.).

3.8.5. Der Einfluß der Beweisschwierigkeiten bei der betriebsexternen Tätigkeit

Eine ganz wichtige Rolle für die Scheinselbständigkeit im Außendienst spielt schließlich noch der Umstand, daß die Merkmale der abhängigen Beschäftigung, z.B. die Weisungsgebundenheit und die Eingliederung in den Betrieb des Arbeitgebers, bei der betriebsexternen Tätigkeit sehr viel weniger augenfällig und schwieriger zu beweisen sind als bei einer betriebsinternen Tätigkeit unter ständiger, unmittelbarer Aufsicht des Arbeitgebers.²⁹³ Dementsprechend ist z.B. bei der betriebsexternen Tätigkeit die Gefahr geringer, daß eine Scheinselbständigkeit von den Krankenkassen, die über die Versicherungspflicht in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung nach § 28 h Abs. 2 S. 1 entscheiden, und den Rentenversicherungsträgern, die ab dem 1.1.1999 nach § 28 p SGB IV allein für die Überprüfung der Erfüllung der Melde- und sonstigen Pflichten bei den Arbeitgebern zuständig sein werden, entdeckt wird und zu erheblichen Nachzahlungspflichten führt (dazu näher in Kapitel 3.7.4.2.).

3.9. Die Scheinselbständigkeit speziell bei der Telearbeit

Die Telearbeit hat einen großen Einfluß auf die Möglichkeit scheinselbständiger Beschäftigungsformen. Auf diesen Umstand haben sowohl die Wissenschaft als auch die Praxis sehr schnell reagiert.

²⁹³ Mayer/Paasch/Ruthenberg (1988), 82f.; Paasch (1991), 222.

3.9.1. Der Einfluß der Telearbeit auf die Scheinselbständigkeit

Die moderne Informations- und Kommunikationstechnik und damit die Telearbeit ist ein wichtiger Faktor für die Entstehung der Scheinselbständigkeit.

Erst die moderne Informations- und Kommunikationstechnik hat überhaupt eine verstärkte Auslagerung von Beschäftigten aus dem Betrieb (dazu in Kapitel 3.2.) und damit den Trend zur Scheinselbständigkeit ermöglicht.²⁹⁴ Nur mittels dieser Techniken ist nämlich die Kontrolle und Steuerung z.B. der Beschäftigten im Außendienst möglich, ohne daß es der Weisungen in unmittelbarer, persönlicher Interaktion im traditionellen arbeitsrechtlichen Sinne bedarf.²⁹⁵

Diese persönlichen Weisungen waren es, die den Unternehmen im Rahmen der herkömmlichen arbeitsrechtlichen Vertragsbeziehungen die jederzeitige Beherrschbarkeit der Tätigkeit der Arbeitnehmer sicherten, wofür auch die Unannehmlichkeiten des Arbeitsrechts in Kauf genommen wurden, während bei Geschäftsbesorgungs- und Werkverträgen jeweils zu befürchten war, daß sich der formal Selbständige auch tatsächlich verselbständigte, indem er z.B. auf eigene Rechnung wirtschaftete oder gar mit der Konkurrenz liebäugelte. Die moderne Informations- und Kommunikationstechnik schafft nun durch die Datenerfassung etwa über Arbeitsergebnisse, Bestand, Bestellwesen, Logistik, Abrechnung und Kalkulation in Verbindung mit dem Management by Objectives (dazu in Kapitel 2.4.3.) ein Informationskonzentrat und eine Transparenz, die dem Unternehmen sofortige Reaktionen auf Schwankungen im Verhalten der (schein-)selbständigen, betriebsexternen Mitarbeiter ermöglicht (zu den Auswirkungen auf die Weisungsgebundenheit als Merkmal der Arbeitnehmereigenschaft unten in Kapitel 6.2.1.). Um deren Loyalität zu sichern, genügt dann nur noch die latente Drohung mit der Beendigung der Geschäftsbeziehungen, die besonders schwer wiegt, weil sie nicht mit dem arbeitsrechtlichen Kündigungsschutz ausgestattet ist.²⁹⁶ Mit dem Verlust der Notwendigkeit der Ausübung des traditionellen arbeitsrechtlichen Weisungsrechts „von Angesicht zu Angesicht“ aufgrund der modernen Informations- und Kommunikationstechnik ist die Notwendigkeit zur Beschäftigung von Mitarbeitern als Arbeitnehmer

²⁹⁴ v. Einem (1993), 314; ders. (1994), 60; Huber (1984), 61. Vgl. auch Fangmann (1994), 212; Mayer (1990 B), 214; Pfarr/Drüke (1989), 14.

²⁹⁵ Buschmann, zitiert nach Klöpffer (1992), 85; Paasch (1991), 222. Vgl. auch Dostal (1996), 649. Zum Weisungsrecht ausführlich in Kapiteln 4.1.1., 5.3.1. und 6.2.1.

²⁹⁶ Vgl. Buschmann (1992), 131f.

entfallen.

3.9.2. Reaktionen von Wissenschaft und Praxis

Die genannten Probleme wurden sowohl in der Wissenschaft als auch in der Praxis erkannt und haben dazu geführt, daß bereits mit Entstehung der Telearbeit, d.h. schwerpunktmäßig Mitte der achtziger Jahre,²⁹⁷ die Befürchtung geäußert wurde, daß die Telearbeit zu einer Umgehung der Arbeitnehmerstellung und zu einer Verbreitung der Scheinselbständigkeit führen werde.²⁹⁸ Untermuert wurde diese Sorgen durch erste Erfahrungsberichte des Abdrängens von Arbeitnehmern in die Scheinselbständigkeit.²⁹⁹

3.9.2.1. Forderungen an die Gesetzgebung

Als Reaktion auf diese und weitere erwartete einschneidende Wirkungen der Telearbeit auf die Arbeits- und privaten Lebensverhältnisse wurden sehr schnell gesetzgeberische Aktivitäten gefordert.

1983 hat die Bundestagsfraktion der SPD zunächst in einer Großen Anfrage zur Frauenarbeitslosigkeit an die Bundesregierung die Frage gerichtet, wie diese sicherstellen werde, „daß Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, die in informationstechnisch gestützter Fernarbeit beschäftigt sind, ihr Arbeitnehmerstatus und die damit verbundenen Schutzrechte er-

²⁹⁷ Den Beginn der Debatte um die Telearbeit markieren die 60er Jahre, als aus raumordnungspolitischen Gründen Telearbeitsplätze gefordert wurden. Unterstützt durch den Erdölpreisschock sowie familienpolitische Ziele kam es dann in den 70er und 80er Jahren zu öffentlich geförderten Teleheimarbeitsprojekten, die jedoch bald der Ernüchterung wichen. Fallende Benzinpreise und die ansteigende Arbeitslosenquote steigerten sowohl den Mobilitätsdruck als auch die Mobilitätsbereitschaft der Arbeitnehmer, und die Pilotprojekte machten erhebliche logistische, technische und Kostenprobleme deutlich. Erst seit Mitte der 90er Jahre sind mit den neuen modernen Informations- und Kommunikationstechniken (ISDN, Internet) die Voraussetzungen für eine umfangreiche Telearbeit gegeben; vgl. dazu ausführlich Brettreich-Teichmann (1996), 81; Weißbach (1995), 35.

²⁹⁸ Adlerstein (1987), 101f.; Adomeit (1984), 1338; Bahl-Benker (1983), 573f.; Beck (1985), 553f.; Bosman (1984), 187f.; Farthmann (1984), 546; Fraktion der SPD (1984), 4f.; Herb (1986), 1823; Hoffmann (1986), 1822; Huber (1984), 61f.; Mayer/Paasch/Ruthenberg (1988), 83; Pfarr/Drüke (1989), 26, 103-107, 139; Ulber (1985), 22; Unterhinninghofen (1983); Wahsner/Steinbrück (1984), 105; Wlotzke (1985), 760; Zachert (1985), 549. Vgl. auch Kappus (1987), 409.

²⁹⁹ Ein Bericht über das Abdrängen von Übersetzern in die Scheinselbständigkeit findet sich bei Goldmann/Richter (1988), 30. Für Sekretärinnen und Sachbearbeiterinnen bei Siemens berichtet dies Huber (1984), 62.

halten bleiben?“³⁰⁰ und damit für gesetzgeberische Aufmerksamkeit gesorgt: „Die Möglichkeit der Umwandlung eines Arbeitsplatzes in einen Heimarbeitsplatz oder in eine selbständige Tätigkeit birgt die Gefahr in sich, daß der gesetzliche Arbeitnehmerschutz nicht oder nicht mehr ausreichend zur Anwendung kommt. Wenn arbeitsrechtliche Regelungen, die auf der gemeinsamen Leistung im Betrieb aufbauen, ihre Grundlage verlieren, können sie selbst solche Arbeitnehmer, die nach Verlagerung ihres Arbeitsplatzes in die Wohnung ihren Arbeitnehmerstatus behalten, nicht mehr erfassen. Dies gilt beispielsweise für Vorschriften des technischen Arbeitsschutzes und des Betriebsverfassungsrechtes. Darüber hinaus können Fragen des Sozialversicherungsschutzes für die betroffenen Arbeitnehmer berührt werden. Die Bundesregierung nimmt diese Gefahren sehr ernst und wird daher die Entwicklung sorgfältig beobachten, um rechtzeitig das Erforderliche tun zu können.“³⁰¹

1984 wurde die Bundesregierung von der Bundestagsfraktion der SPD aufgefordert, „unverzüglich einen Gesetzentwurf vorzulegen, der Teilzeitarbeit, Job-sharing, Tele-Heimarbeit und andere atypische Beschäftigungsverhältnisse voll in den arbeits- und sozialrechtlichen Schutz einbezieht und so der bestehenden mißbräuchlichen Ausnutzung der Vertragsfreiheit zu Lasten von Hunderttausenden von Arbeitnehmern - in erster Linie Frauen - einen Riegel vorschiebt“. Zu berücksichtigen sei bei der gesetzlichen Regelung u.a. der folgende Punkt: „Tele-Heimarbeit und Tele-Fernarbeit ist nur in einem Arbeitsverhältnis zulässig, in dem Geltung und Kontrollierbarkeit der arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften einschließlich der Arbeitsschutzbestimmungen sichergestellt sind.“ Als Begründung wird u.a. ausgeführt, daß die „Tele-Heimarbeit“ den Arbeitnehmerstatus und die Arbeitsbedingungen gefährde und massive Bestrebungen seitens der Arbeitgeber zu befürchten seien, den Arbeitnehmerstatus durch Werkverträge völlig zu umgehen oder auf den mit vermindertem Schutz verbundenen Heimarbeiterstatus herabzusenken.³⁰²

1985 brachte die Bundestagsfraktion der SPD dann einen Entwurf eines Gesetzes zum Ausbau und zur Sicherung der betrieblichen Mitbestimmung in den Bundestag ein, dessen neu zu fassender § 87 BetrVG die zwingende Mitbestimmung des Betriebsrats u.a. bei der „Einführung, Anwendung, Änderung oder Erweiterung technischer Verfahren, die geeignet sind, Daten oder Signale zu erfassen, zu speichern, zu verarbeiten, zu übertragen oder auszuge-

³⁰⁰ Fraktion der SPD (1983), 4.

³⁰¹ Bundesregierung (1984), 20f.

ben“ sowie der „Auslagerung von Arbeit in den persönlichen Bereich der die Arbeit Ausführenden“ vorsah.³⁰³

Als weiteres Beispiel sei noch der von der Behörde für Arbeit, Jugend und Soziales in Hamburg 1985 vorgelegte Gesetzentwurf zur Regelung der Telearbeit genannt, der neben der Änderung zahlreicher Gesetze, vor allem des Betriebsverfassungsgesetzes, die Einführung eines Fernarbeitergesetzes vorsah. Dessen § 2 regelt: „(1) Die Beschäftigung von Fernarbeitnehmern in anderen als arbeitsrechtlichen Vertragsverhältnissen ist unzulässig. (2) Über Ausnahmen von Absatz 1 entscheidet die oberste Arbeitsbehörde eines Landes.“³⁰⁴

Schließlich hat auch die IG Metall auf ihrem 14. ordentlichen Gewerkschaftstag 1983 in München die Forderung erhoben, die Telearbeit jedenfalls in der Wohnung der Mitarbeiter zu verbieten: „Die bisher in der Diskussion befindlichen Formen der Elektronischen Heimarbeit laufen auf eine elektronische Einsiedelei hinaus, die keine ausreichenden Möglichkeiten bietet, Arbeitnehmerinteressen zu schützen. Aus diesem Grund ist ein gesetzliches Verbot der Elektronischen Heimarbeit zu fordern. Bis dahin sind alle rechtlichen und politischen Einflußmöglichkeiten zu nutzen und zu verstärken, um die Arbeitnehmer vor den Folgen der Elektronischen Heimarbeit zu schützen. Dabei sind andere arbeitsorganisatorische Arbeitsformen neuer Telekommunikationssysteme durchzusetzen, wie z.B. die Schaffung betriebsratsfähiger Organisationseinheiten anstelle von Heimarbeit“³⁰⁵ Dementsprechend wurde in der Literatur für die praktische Gewerkschaftsarbeit u.a. gefordert, daß die Betriebsräte versuchen müßten, die Verlagerung von Arbeitsplätzen zu verhindern; bestehende Arbeitsverhältnisse dürften nicht gefährdet werden und Regelungen als „freie Mitarbeiter“, als Selbständige oder Heimarbeiter nach dem HAG seien auf jeden Fall abzulehnen.³⁰⁶ In dieselbe Richtung ging etwa die Ansicht, wonach es, wenn die Gewerkschaften im Interesse der Beschäftigten die am schwersten wiegenden Gefährdungen vermeiden und verhindern wollten, zu erwägen wäre, ob nicht wenigstens ein Verbot von Werk-, freien Dienst- und Subunternehmerverträgen für die elektronische Fernarbeit gefordert werden sollte. Minde-

³⁰² Fraktion der SPD (1984), 1f. und 4. Vgl. z.B. auch die Forderungen des Deutschen Juristinnenbundes (1988), 306f., zur gesetzlichen Regelung eines arbeits- und sozialrechtlichen Schutzes der Telearbeiter.

³⁰³ Fraktion der SPD (1985), 4f.

³⁰⁴ Zitiert nach Kappus (1987), 409, Fn. 16. Eine Zusammenfassung des Fernarbeitersgesetzentwurfs findet sich bei Beck (1985), 558.

³⁰⁵ Entschließung „Neue Informations- und Kommunikationstechniken“, E 9, zitiert nach Bahl-Benker (1983), 576 = (1984), 70.

³⁰⁶ So Bahl-Benker (1983), 576 = (1984), 70.

stens müßte insoweit ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt geschaffen werden, der jedoch nur dann akzeptabel wäre, wenn die Erlaubnis an strenge gesetzliche Auflagen gebunden wäre und wenn Verstöße dagegen mit empfindlich hohen Bußgeldern bedroht oder mit Kriminalstrafe belegt würden.³⁰⁷

3.9.2.2. Anwendbarkeit des bestehenden Arbeitsrechts

Parallel zu den Forderungen an ein Einschreiten des Gesetzgebers setzte sich allerdings in der Wissenschaft rasch die Ansicht durch, daß die zutreffende rechtliche Erfassung der Telearbeit durch den geltenden Arbeitnehmerbegriff gewährleistet sei, sofern man nur das rechtliche Merkmal der persönlichen Weisungsgebundenheit und der Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation an den Stand der technischen Organisationsmöglichkeiten anpasse; diese Anpassung wurde dann durch eine Vielzahl von Autoren vorgenommen (vgl. insoweit ausführlich Kapitel 6.). Man war sich insoweit schnell einig, daß für die Abgrenzung der Telearbeitnehmer von selbständigen Telearbeitern gesetzgeberische Maßnahmen nicht erforderlich seien und das Arbeitsrecht ohne weiteres auf den Telearbeiter in der Form des Arbeitnehmers Anwendung fände.³⁰⁸

3.9.2.3. Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen

Sensibilisiert durch die beschriebene Diskussion um die Gefahr der Scheinselbständigkeit aufgrund von Telearbeit, haben schließlich seit Beginn der neunziger Jahre einzelne Gewerkschaften und Betriebsräte durchgesetzt, daß in Betriebsvereinbarungen und Tarifverträgen zur Telearbeit der Arbeitnehmerstatus der Telearbeiter ausdrücklich geregelt wurde. Hintergrund dieser Vereinbarungen waren Pilotprojekte, mit denen die betreffenden Unternehmen die Telearbeit erproben wollten.

Eine Vorreiterrolle übernahm die Betriebsvereinbarung zwischen der Geschäftsführung der IBM Deutschland GmbH und dem Gesamtbetriebsrat der IBM Deutschland GmbH über außerbetriebliche Arbeitsstätten vom 10.12.1992, dessen Nr. 2.4 den Status der Mitarbei-

³⁰⁷ Wahsner/Steinbrück (1984), 106.

ter/innen wie folgt bestimmt: „Der Status des/r festangestellten Mitarbeiters/in erfährt durch die schriftliche Vereinbarung einer außerbetrieblichen Arbeitsstätte in seiner/ihrer Wohnung keine Änderung ...“³⁰⁹ Diese Feststellung der uneingeschränkten Beibehaltung des Arbeitnehmerstatus war auch aus Sicht von IBM erforderlich, um die Befürchtungen, die neue Form des Arbeitens führe zu ungeschützten Beschäftigungsverhältnissen, zu widerlegen,³¹⁰ und stellt nach Ansicht der Literatur das wichtigste Merkmal der Betriebsvereinbarung dar.³¹¹

Ein weiteres Beispiel ist die Betriebsvereinbarung im Betrieb der Siemens AG in der Münchner Hofmannstraße, in der u.a. die Beibehaltung des Arbeitnehmerstatus und die Weitergeltung der betrieblichen, tarifvertraglichen und gesetzlichen Bestimmungen festgelegt wurde.³¹²

Auf eine große Resonanz ist schließlich der Tarifvertrag der Deutschen Telekom AG mit der Deutschen Postgewerkschaft (DPG) zur alternierenden Teleheimarbeit aus dem Jahr 1995³¹³ gestoßen, in dem die Fixierung des Arbeitnehmerstatus der Telearbeiter durch die DPG durchgesetzt und eine umfangreiche Regelung der Arbeitsverhältnisse der Telearbeiter gefunden wurde.³¹⁴ Auch für diese Vereinbarung gilt: „Angesichts weitverbreiteter gewerkschaftlicher Befürchtungen, daß Teleheimarbeit zum bevorzugten Terrain für sozial ungesicherte ‚Scheinselbständigkeit‘ in ihren diversen Ausprägungen werden könnte, ist die tarifvertragliche Fixierung des Arbeitnehmerstatus von herausragender Bedeutung.“³¹⁵

³⁰⁸ Vgl. Fieber (1996), 32; Kappus (1987), 411; Wedde (1996 B), 8; ders. (1998), 56f.

³⁰⁹ Die Betriebsvereinbarung ist abgedruckt in AiB 1992, 133-137, bei Collardin (1995), 215-227, und Fenski (1994), 179-185.

³¹⁰ Kurz (1996), 656.

³¹¹ Peters/Orthwein (1997 B), 256. Vgl. im übrigen zu der Betriebsvereinbarung Grau (1996), 84f.; Hartge (1993), 16f.

³¹² Zusammenfassung abgedruckt in Mitbestimmung 1996, 34. Zu der Betriebsvereinbarung Förster (1997), 744. Eine „Betriebsvereinbarung Telearbeit“ wurde z.B. auch bei der Dresdner Bank AG als Ergebnis des „Pilotprojekts Telearbeit“ abgeschlossen, vgl. Basse/Linke (1996), 666.

³¹³ Abgedruckt in AuA 1998, 201-203, NZA 1996, 189f., ZTR 1996, 208f. Der Nachfolge-Tarifvertrag über Telearbeit bei der Deutschen Telekom AG/T-Mobil, der am 1.1.1999 in Kraft getreten ist, findet sich in NZA 1998, 1214-1217.

³¹⁴ Vgl. Beuthien, B. (1996), 206. Zu dem Tarifvertrag ausführlich Peters/Orthwein (1997 A); Schröder (1996 B); ders. (1996 B); Kathrein (1998 A); dies. (1998 B). Vgl. zu entsprechenden Vereinbarungen in Italien Späker/Weißbach (1996), 27f.; dies. (1997), 216f. Das Beibehalten des Arbeitnehmerstatus aufgrund solcher Regelungen wird von Viehöver (1992), 81, als „Privileg“ bezeichnet, daß „andere Heimarbeiter, die als Freiberufler, Handelsvertreter, Berater oder Kreative ganz oder teilweise zu Hause werkeln, in der Regel nicht“ hätten.

³¹⁵ Schwemmler (1996), 26/27.

3.9.2.4. Konsequenzen

Konsequenz zum einen der schnellen Übereinstimmung in der Literatur über die Anwendbarkeit der tradierten Arbeitnehmermerkmale auf die Telearbeiter, zum anderen der Sensibilität und des Einsatzes der Gewerkschaften und Betriebsräte ist, daß sich die Befürchtungen, bei der Telearbeit werde es in einem großen Ausmaß zur Scheinselbständigkeit kommen, bislang nicht realisiert haben³¹⁶ bzw. „die für die Unternehmen interessanten und auch finanziell attraktiven Telearbeitsformen mit freien Mitarbeitern oder Selbständigen rechtlich nicht stabil und deshalb nicht in großem Stil realisierbar“ sind.³¹⁷ Dieser Zusammenhang zwischen kollektiver Interessenwahrnehmung und der Abwehr scheinselbständiger Beschäftigungsformen wird z.B. dann deutlich, wenn in der Literatur die Beibehaltung des Arbeitnehmerstatus als wichtiges Mittel bei der Einführung und Umsetzung von Telearbeit genannt wird, um so die Akzeptanz von Gewerkschaften und Betriebsräten zu erlangen,³¹⁸ und gleichzeitig die Zusammenarbeit insbesondere mit den Betriebsräten durchweg als wichtige Voraussetzung einer erfolgreichen Einführung von Telearbeit angesehen wird.³¹⁹

Die Feststellung in der Literatur, daß es bei der Telearbeit nicht zur Flucht in die Scheinselbständigkeit gekommen sei, wurde schließlich bestätigt durch eine Studie des Fraunhofer Instituts für Arbeitswirtschaft und Organisation aus dem Jahr 1997, nach der Telearbeit überwiegend als sozialversicherungspflichtige Voll- oder Teilzeitbeschäftigung im Normalarbeitsverhältnis angeboten wird,³²⁰ die empirische Stichprobe ergab, daß 94,8% der Telearbeiter derzeit im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses tätig sind.³²¹

³¹⁶ Vgl. Godehardt/Worch (1996), 11; Kattler (1992), 42; Peter (1998), 574; Saller (1996), 304; Simmat (1996), 670; Wedde (1996 A), 673; ders. (1997), 26/27; ders. (1998), 10; Wulff-Nienhäuser (1997), 39; Hoose (1995), 60; dies. (1994), 57, die auf dadurch erreichte höhere Akzeptanz der Arbeitskräfte gegenüber der Telearbeit hinweist;

³¹⁷ Dostal (1996), 653.

³¹⁸ Vgl. Albrecht (1996), 1242; Kathrein (1998), 104;

³¹⁹ Vgl. Basse/Linke (1996), 663; Dostal (1996), 653; Förster (1997), 744; ders./Apenburg (1996), 29; Grau (1996), 84f.; Weißkopf/Korte/Nikutta (1996), 23/24; Welsch (1996), 15.

³²⁰ Fraunhofer Insitut (1997), 23.

³²¹ Bei Wedde (1997), 53 Fn. 274.

3.9.3. Ausblick

Die heute noch fast ausschließliche Beschäftigung von Telearbeitern als Arbeitnehmer ist jedoch aufgrund aktueller Entwicklungen gefährdet.

3.9.3.1. Der Einfluß von Gewerkschaften und Betriebsräten

Die Gewerkschaften und Betriebsräte konnten bislang noch die vergleichsweise günstige Situation nutzen, daß bei den aktuellen Telearbeitsprojekten in erster Linie Arbeitnehmer des Betriebes ausgewählt wurden, was den Interessenvertretungen gestattete, die bestehenden Mitbestimmungsrechte zugunsten der Betroffenen einzusetzen. Werden zukünftig die Erwerbstätigen jedoch schon bei der Einstellung zur Telearbeit verpflichtet oder Telearbeit aufgrund von Werkverträgen mit „freien Mitarbeitern“ durchgeführt, so ist die Möglichkeit der Einflußnahme durch die Gewerkschaften und Betriebsräte sehr viel geringer.³²²

Hinzu kommt, daß ein gewerkschaftlicher Schutz durch Tarifverträge bzw. ein Schutz durch den Betriebsrat mittels Betriebsvereinbarungen nur in (großen) Organisationen, die tarifgebunden sind bzw. über einen Betriebsrat verfügen, funktioniert, nicht jedoch in den häufig tarifungebundenen und betriebsratslosen (Klein-) Unternehmen etwa der Softwarebranche, bei denen schon heute eine Häufung faktisch unfreiwilliger Telearbeit bei neu in den Beruf bzw. Betrieb eintretenden Personen, die von vornherein in einer Grauzone informeller Telearbeit verbleiben, zu beobachten ist.³²³ Gerade in der Computerbranche bietet zunehmend ein Netz von Subunternehmen und Freelancern seine Dienste an. So beschäftigen nicht wenige der jüngeren Informatikunternehmen beinahe mehr Subunternehmen und „freie Mitarbeiter“ als eigene (Fest-) Angestellte, wie etwa der PC-Hersteller Compaq, der in Deutschland nur 275 Mitarbeiter fest angestellt hat, sich aber Hunderter von „Subunternehmen“ bedient (Stand: 1996).³²⁴

Schließlich hat der Schutz durch eine gewerkschaftliche bzw. betriebsverfassungsrechtliche Vertretung dort keine Chance, wo - wie beim Datendienstleister CompuNet - kein Betriebs-

³²² Vgl. Fieber (1996), 32.

³²³ Vgl. Späker/Weißbach (1997), 219.

³²⁴ Hönicke (1996), 37.

rat existiert, „weil sich die Mitarbeiter mit etwa 85prozentiger Mehrheit dagegen entschieden haben.“ Wenn weiter ausgeführt wird: „Dennoch gibt es kein stärker mitbestimmtes Unternehmen als CompuNet. Wir haben es nur anders gemacht. 29jährige Menschen, die in einem High-Tech-Unternehmen arbeiten, sind der Meinung, daß sie auch in dieser Hinsicht neue und direktere Wege gehen können“,³²⁵ so ist festzuhalten, daß die Gewerkschaften in derartigen Unternehmen offensichtlich Schwierigkeiten haben, Fuß zu fassen und eine betriebsverfassungsrechtliche Mitbestimmung durchzusetzen (vgl. § 17 Abs. 1 und 2 BetrVG). Diese Feststellung wiegt um so schwerer, als sich im genannten Fall das nach dem BetrVG bestehende und von immerhin 15 % der Beschäftigten auch gewünschte Recht der Einführung eines Betriebsrats nicht durchsetzen konnte.

3.9.3.2. Die Entstehung virtueller Unternehmen

Schließlich wird die „Abkehr von der Arbeitnehmereigenschaft“ oder werden Formen, die eine Unterscheidung zwischen Arbeitnehmern und Selbständigen erschweren, in Verbindung mit der Telearbeit heute verstärkt als Vorteil oder Begleiterscheinung der in der Literatur umfangreich diskutierten und propagierten Unternehmens(organisations-)form des „virtuellen Unternehmens“ genannt.³²⁶ Es finden sich etwa folgende Aussagen:

„Feste Arbeitszeiten und inflexible ‚lebenslange‘ Beschäftigungsverhältnisse werden von zeitlich begrenzten Kooperationen in professionellen Team-Netzwerken abgelöst.“³²⁷

„Kann sich selbständiges Arbeiten zur rechtlichen Unabhängigkeit von organisatorischen Einheiten im Unternehmen entwickeln, so entsteht die Möglichkeit, daß sich jedes Element zu einem Experten entwickelt und zum Beispiel in Form von Einzelpersonen oder Profit Centers auf ‚eigene Rechnung‘ am Wertschöpfungsprozeß teilnimmt.“³²⁸

„Strukturelles Hauptmerkmal der virtuellen Unternehmung ist die Auflösung der organisato-

³²⁵ Stollmann (1998), 27.

³²⁶ Vgl. zum Begriff des virtuellen Unternehmens Arnold/Faisst/Härtling/Sieber (1995); Brandl (1998); Bullinger/Fröschle/Brettreich-Teichmann/Hofmann (1995); Doleschal (1997); Hönicke (1996); Hofmann, J. (1996); Lenzian-Coane/Kröger/Guth (1996); Mertens (1994); Steinle/Bruch/Unruhe (1995); Weber/Walsh (1994).

³²⁷ Hesch/Stein (1997), 251.

³²⁸ Sieber/Griese (1997), 19/20.

rischen Grenzen ... Alle übrigen Funktionen, die nicht zu den Kernkompetenzen gehören, nehmen Kooperationspartner wahr. Das können spezialisierte Mitarbeiter sein, die bisher als Angestellte zur Organisation gehörten und nun ihren Geschäftsbereich als Selbständige übernehmen. Sie verkaufen jetzt ihre Leistung der Kernunternehmung ...“³²⁹

„Während traditionell zwischen den Mitarbeitern und dem Unternehmen eine z.T. starke Bindung besteht, verliert diese bei der Mitarbeit an Projekten und Dienstleistungen verschiedener Unternehmen an Bedeutung. Die enge Integration der Geschäftspartner verwischt zunehmend die Unterschiede zwischen Mitarbeitern und Externen.“³³⁰

„Beides [gemeinsame Visionen und Werte sowie ein gemeinsames Kommunikationskonzept] kann jedoch nicht top down verordnet werden, sondern wächst mit den Erfahrungen der Mitarbeiter als Intrapreneure, als Unternehmer im Unternehmen, die durch Delegation von Verantwortung, dezentrale Entscheidungsbefugnisse und Vertrauen langfristig an das Unternehmen gebunden werden - sei es als Arbeitnehmer im traditionellen Unternehmensrahmen, sei es in veränderter Stellung in einem virtuellen Unternehmensverbund.“³³¹

Dieser Ausblick wird folglich zutreffend von der Sorge begleitet, daß sich im Zusammenhang mit virtuellen Unternehmen scheinselfständige Beschäftigungsformen entwickeln.³³²

³²⁹ Vogt (1994), 6.

³³⁰ Behme (1995), 298.

³³¹ Bullinger/Brettreich-Teichmann/Fröschle (1995), 22; ähnlich Bullinger/Fröschle/Brettreich-Teichmann/Hofmann (1995), 385.

³³² Wolmerath (1997), 47f. Vgl. auch Gatter (1997), 15; Hofmann, J. (1997), 27; Klein, S. (1994), 310; Reiß (1996), 11/12; Thomsen (1997), 58f. Zum Standpunkt der IG Metall zu virtuellen Unternehmen vgl. Riester (1995), 5f.

3.9.3.3. Konsequenzen

Wenn also auch heute noch entgegen der aktuellen Situation die Befürchtung einer Zunahme scheinselbständiger Beschäftigungsformen durch die Telearbeit geäußert wird,³³³ ist dies als Folge der gezeigten Entwicklungen im Bereich der kollektiven Interessenwahrnehmung und der Einführung virtueller Unternehmensformen - leider - realistisch.

3.10. Ergebnis zu Kapitel 3.

Als Zwischenergebnis läßt sich festhalten, daß die Scheinselbständigkeit bereits eine erhebliche Dimension angenommen hat:

Die Unternehmen reagieren auf gesamtwirtschaftliche Veränderungen mit räumlicher Dezentralisierung und Outsourcing, eine Entwicklung, die die Scheinselbständigkeit fördert.

Insbesondere die Verschlechterung der Situation auf dem Arbeitsmarkt sowie die hohen Sozialversicherungsabgaben führen zu einer verstärkten Bereitschaft zur Eingehung scheinselbständiger Beschäftigungsformen.

Die fortschreitende Entwicklung der Informations- und Kommunikationstechnik ermöglicht eine dezentrale, betriebsexterne Tätigkeit sowie einen Verzicht auf arbeitsrechtliche Steuerungs- und Kontrollmittel. Dadurch kann die Telearbeit die Scheinselbständigkeit weiter vorantreiben. Dies wurde bislang zwar durch die Gegenwehr von Politik, Arbeitsrechtswissenschaft und vor allem Gewerkschaften und Betriebsräten verhindert, doch besteht insbesondere im Zusammenhang mit der Einführung virtueller Unternehmensformen die Gefahr einer zunehmenden Scheinselbständigkeit durch die Telearbeit fort.

Die tatsächlichen und rechtlichen Erscheinungsformen der Scheinselbständigkeit sind ausgesprochen vielfältig. Sie führen zu schwerwiegenden arbeits- und sozialrechtlichen sowie wettbewerbspolitischen Problemen.

³³³ Däubler (1998), Rn. 2127; Fitting/Kaiser/Heither/Engels (1996), § 5 Rn. 55; van Haaren/Schwemmler (1996), 16f.; Klotz (1996 A), 13; Nouvortne (1996), 59; Rautenberg/Obenauer (1996), 23; Wedde (1997), 51f.. Vgl. auch Rehberger (1993).

Die Scheinselbständigkeit ist im Außendienst schon seit Beginn der industriellen Revolution bekannt. Sie wird in diesem Bereich insbesondere durch die betriebsexterne Tätigkeit, aber auch durch außendienstspezifische Umstände gefördert.

Der Außendienst ist tatsächlich und rechtlich prototypisch für die Scheinselbständigkeit:

Er ist zum einen tatsächlich prototypisch für die Scheinselbständigkeit, weil es sich bei der Außendienstarbeit um eine betriebsexterne Tätigkeit handelt. Die betriebsexterne Tätigkeit hat Folgen, die zur Scheinselbständigkeit beitragen.

Zum anderen ist die Außendiensttätigkeit tatsächlich prototypisch für die Scheinselbständigkeit, da sie eine Vorreiterrolle bei der Telearbeit spielt, die als betriebsexterne Tätigkeit wiederum die Scheinselbständigkeit fördert.

Eine rechtliche Prototypizität der Außendienstarbeit liegt vor, da der Gesetzgeber mit den §§ 84ff. HGB auf die Scheinselbständigkeit im Außendienst reagiert hat.

4. Die allgemeine Abgrenzung von Arbeitnehmern und Selbständigen

Die entscheidende Rolle für die allgemeine Abgrenzung von Arbeitnehmern und Selbständigen spielt die Rechtsprechung des BAG, der die herrschende Lehre im wesentlichen folgt.³³⁴ Einige Autoren haben hingegen neue Abgrenzungskriterien entwickelt oder fordern grundsätzlich neue Wege in der Behandlung von Arbeitnehmern und Selbständigen.

4.1. Abgrenzung nach BAG - Persönliche Abhängigkeit und Typologie

Als Ausgangspunkt für die Abgrenzung des Arbeitnehmers vom Selbständigen zieht das BAG die Definition des Arbeitnehmers heran. Dies ist seiner Meinung nach, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags oder eines ihm gleichgestellten Rechtsverhältnisses im Dienste eines anderen zur Arbeit verpflichtet ist.³³⁵ Es sind also in erster Linie drei Kriterien, aus denen sich die Eigenschaft als Arbeitnehmer ergibt:

Der Betreffende ist zur Leistung von Arbeit verpflichtet, und zwar aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags und im Dienste eines anderen.

Den Schwerpunkt seiner Prüfung legt das BAG dann auf das Merkmal der Arbeit „im Dienste eines anderen“, welches das Kriterium bezeichne, das den Arbeitsvertrag vom freien Dienstvertrag unterscheide. Im **Grad der persönlichen Abhängigkeit** sieht das BAG in Fortführung zuerst der Entscheidungen des Reichs-Versicherungsamtes zu den Sozialversicherungsgesetzen und dann der Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichts das entscheidende Merkmal für die Arbeitnehmereigenschaft in Abgrenzung zur Selbständigeneigenschaft.³³⁶ Insoweit enthalte § 84 Abs. 1 S. 2 HGB, wonach selbständig ist, wer im wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann (zur Geschichte und dem

³³⁴ Zum Arbeitnehmerbegriff in anderen EU-Ländern Hümmerich (1998), 2629f. Zur Rechtsprechung des EuGH Griebeling (1998 A), 1141f.

³³⁵ Std. Rspr., BAG, Urteil v. 16.10.1987 - 7 AZR 519/86, AP Nr. 69 zu § 613a BGB.

³³⁶ Std. Rspr., BAG, Urteil v. 26.7.1995 - 5 AZR 22/94, AP Nr. 79 zu § 611 BGB Abhängigkeit = BB 1996, 60-62 (61) = NZA 1996, 477-480 (481). Zu der historischen Entwicklung des Merkmals der persönlichen Abhängigkeit ausführlich Hromadka (1997), 572-575.

gesetzgeberischen Ziel dieser Norm oben Kapitel 3.8.1.; ausführlich zu § 84 HGB unten in Kapitel 5.2.), ein typisches Abgrenzungsmerkmal. Zwar regelt diese Norm unmittelbar nur die Abgrenzung des Außendienstangestellten bzw. des Handlungsgehilfen vom Handelsvertreter, sie enthalte aber über ihren unmittelbaren Anwendungsbereich hinaus eine allgemeine gesetzliche Wertung, die auch bei der Abgrenzung des Arbeitnehmers vom Selbständigen zu beachten sei.³³⁷

Keine Rolle spielt hingegen nach dem BAG die wirtschaftliche Abhängigkeit. Diese sei für die Arbeitnehmereigenschaft weder erforderlich noch ausreichend.³³⁸

Bei der Frage nach dem Grad der persönlichen Abhängigkeit des Beschäftigten berücksichtigt das BAG vor allem die Eigenart der jeweiligen Tätigkeit.³³⁹ Es gebe keine abstrakten, für alle Arten von Arbeitnehmern schlechthin geltenden Kriterien,³⁴⁰ denn „für Dienstverhältnisse eines Akkordarbeiters, eines Kapitäns, einer Tänzerin oder eines Chefarztes kann es bei der Frage, ob sie persönlich abhängig sind oder nicht, kaum einen einheitlichen Maßstab geben.“³⁴¹ In neueren Entscheidungen fügt das BAG hinzu, daß das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses auch aus der Art oder der Organisation der zu verrichtenden Tätigkeit folgen könne. Dies ergebe sich daraus, daß zwar eine Anzahl von Tätigkeiten sowohl im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses als auch im Rahmen eines freien Dienstverhältnisses (freien Mitarbeiterverhältnisses) erbracht werden könnten, es umgekehrt aber auch Tätigkeiten gebe, die für andere regelmäßig nur im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses ausgeübt werden könnten.³⁴²

Um den Grad der persönlichen Abhängigkeit nun im Hinblick auf die Eigenart der jeweiligen Tätigkeit feststellen zu können, hat das BAG eine Reihe von Indizien entwickelt, aus denen sich seiner Meinung nach die persönliche Abhängigkeit ergebe, wobei es auf die Ge-

³³⁷ Std. Rspr., BAG, Urteil v. 26.7.1995 - 5 AZR 22/94, AP Nr. 79 zu § 611 BGB Abhängigkeit = BB 1996, 60-62 (62) = NZA 1996, 477-480 (478).

³³⁸ Std. Rspr., BAG, Urteil v. 30.11.1994 - 5 AZR 704/93, AP Nr. 74 zu § 611 BGB Abhängigkeit = NZA 1995, 622-625 (623).

³³⁹ Std. Rspr., BAG, Urteil v. 20.7.1994 - 5 AZR 627/93, BAGE 77, 226-244 (233) = AP Nr. 73 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

³⁴⁰ Std. Rspr., BAG, Urteil v. 16.7.1997 - 5 AZR 312/96, EzA § 611 Arbeitnehmerbegriff Nr. 61.

³⁴¹ BAG, Urteil v. 15.3.1978 - 5 AZR 819/76, BAGE 30, 163-176 (169) = AP Nr. 26 zu § 611 Abhängigkeit = EzA § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 17 = DB 1978, 1035-1038 (1036).

³⁴² BAG, Urteil v. 16.2.1994 - 5 AZR 402/93, BAGE 76, 21-31 (27) = EzA § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 52; BAG, Urteil v. 20.7.1994 - 5 AZR 627/93, BAGE 77, 226-244 (234) = AP Nr. 73 zu § 611 BGB

samtwürdigung aller Umstände ankomme.³⁴³ Methodisch handelt es sich bei dieser Vorgehensweise um eine typologische Begriffsbestimmung, die nach Ansicht des BAG aus Gründen der Praktikabilität und der Rechtssicherheit unvermeidlich sei.³⁴⁴

Eine typologische Begriffsbestimmung zeichnet sich dadurch aus, daß der Typus eines Begriffs nur eine Vielzahl von idealtypischen, d.h. den Typus kennzeichnenden Merkmalen (Indizien) kennt, die im Einzelfall in unterschiedlichem Maße und verschiedener Intensität vorliegen können, aber nicht vorliegen müssen, während die Definition eines Begriffs durch bestimmte Eigenschaften geschieht, die stets vorhanden sein müssen.³⁴⁵ Entscheidend für den Typus ist jeweils das Gesamtbild, d.h. die Verbindung, die Intensität und die Häufigkeit des Auftretens der Indizien im konkreten Einzelfall.³⁴⁶

Schließlich stellt das BAG auch eine Reihe von Einzelfallüberlegungen an und nutzt Topoi, die sich einer Systematik entziehen.³⁴⁷

Im einzelnen lassen sich der Rechtsprechung des BAG folgende Merkmale für den Typus Arbeitnehmer entnehmen:

4.1.1. Weisungsgebundenheit

Aus § 84 Abs. 1 S. 2 HGB folgt für das BAG als entscheidendes Merkmal für die Arbeitnehmereigenschaft die Weisungsgebundenheit des Mitarbeiters bezüglich der Zeit und Dau-

Abhängigkeit; BAG, Urteil v. 30.11.1994 - 5 AZR 704/93, AP Nr. 74 zu § 611 BGB Abhängigkeit = NZA 1995, 622-625 (623); BAG, Urteil v. 16.7.1997 - 5 AZR 312/96, EzA § 611 Arbeitnehmerbegriff Nr. 61.

³⁴³ Std Rspr.; BAG, Beschluß v. 30.10.1991 - 7 ABR 19/91, NZA 1992, 407-410 (408).

³⁴⁴ BAG, Urteil v. 23.4.1980 - 5 AZR 426/79, AP Nr. 34 zu § 611 BGB Abhängigkeit. Dieses Urteil wurde durch das BVerfG, Beschluß v. 13.1.1982 - 1 BvR 848, 1047/77 u.a., BVerfGE 59, 231-274 = AP Nr. 1 zu Art. 5 Abs. 1 GG Rundfunkfreiheit, aufgehoben. Dazu Rütters (1985), 129-132. Das BAG ist aber bei seiner typisierenden Betrachtungsweise geblieben, z.B. BAG, Urteil v. 24.6.1992 - 5 AZR 384/91, AP Nr. 61 zu § 611 BGB Abhängigkeit = NZA 1993, 174-177 (176); BAG, Urteil v. 26.7.1995 - 5 AZR 22/94, AP Nr. 79 zu § 611 BGB Abhängigkeit = BB 1996, 60-62 (61) = NZA 1996, 477-480 (479). Zustimmend Herschel (1983); Hilger (1981), 265f.; dies. (1989), 2; Koch (1983), 632; Martens (1979), 348; Otto (1980), 3 a); MüKo HGB (1996) - v. Hoyningen-Huene, § 84 Rn. 30.

³⁴⁵ Hilger (1981), 265f.; dies. (1989), 2; Zöllner/Loritz (1992), 47, die darauf hinweisen, daß die Lehre der typologischen Bestimmbarkeit von Begriffen nicht unerheblichen Zweifeln unterliege. Zur typologischen Methode im Arbeitsrecht Herschel (1969); ders. (1977), 1185; Reuter (1985), 50-82. Zur typologischen Methode allgemein Larenz (1991), 461-473; ders./Canaris (1995), 290-302; instruktiv Schnapp (1998), 875.

³⁴⁶ BVerfG, Beschluß v. 20.5.1996 - 1 BvR 21/96, AP Nr. 82 zu § 611 BGB Abhängigkeit = NJW 1996, 2644 = NZS 1996, 522f. (522). Näher zu diesem Beschluß unten in Kapitel 12.3.1.1.

³⁴⁷ Schliemann (1997), 326.

er, des Ortes sowie der Art und Weise der Durchführung der Tätigkeit,³⁴⁸ die sog. Fremdbestimmtheit der Arbeitsleistung.³⁴⁹ Unselbständig und somit Arbeitnehmer sei dementsprechend regelmäßig der Mitarbeiter, dem überhaupt kein Bestimmungsrecht über seine Tätigkeit zukomme.³⁵⁰

4.1.1.1. Weisungsgebundenheit bezüglich Zeit und Dauer der Tätigkeit

In bezug auf die Zeit und Dauer der Tätigkeit sei für die Arbeitnehmereigenschaft ausschlaggebend, daß der Arbeitgeber innerhalb eines bestimmten zeitlichen Rahmens über die Arbeitsleistung des Beschäftigten verfügen könne.³⁵¹ Hingegen weise die Möglichkeit, die Arbeitszeit frei einteilen zu können, bei der Verpflichtung, ein fehlerfreies Arbeitsergebnis zu einem bestimmten Termin vorzulegen, auf eine Selbständigkeit hin.³⁵² Zeitliche Vorgaben oder die Verpflichtung, bestimmte Termine für die Erledigung der übertragenen Aufgaben einzuhalten, seien kein wesentliches Merkmal für ein Arbeitsverhältnis, da auch im Rahmen von Dienst- und Werkverträgen von dem Dienstberechtigten oder Besteller Termine für die Erledigung der Arbeit bestimmt werden könnten.³⁵³ Demgegenüber schließe das Recht des Mitarbeiters, die Dauer des Urlaubs und damit auch die Gesamtdauer der Arbeitszeit in bestimmten Grenzen selbst festzulegen, ein Arbeitsverhältnis nicht aus, ein solches könne vielmehr auch dann vorliegen, wenn der Mitarbeiter bestimmen könne, daß er an bestimmten (Wochen-) Tagen nicht zur Verfügung stehe, oder wenn er bestimmte Einsätze ablehnen könne.³⁵⁴

³⁴⁸ Std. Rspr, BAG, Urteil v. 21.2.1990 - 5 AZR 162/89, AP Nr. 57 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

³⁴⁹ BAG, Urteil v. 13.11.1991 - 7 AZR 31/91, AP Nr. 60 zu § 611 BGB Abhängigkeit = NZA 1992, 1125-1129 (1126).

³⁵⁰ BAG, Urteil v. 20.7.1994 - 5 AZR 627/93, BAGE 77, 226-244 (233) = AP Nr. 73 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

³⁵¹ BAG, Urteil v. 27.3.1991 - 5 AZR 194/90, AP Nr. 53 zu § 611 BGB Abhängigkeit; BAG, Urteil v. 16.2.1994 - 5 AZR 402/93, EzA § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 52; BAG, Urteil v. 20.7.1994 - 5 AZR 627/93, BAGE 77, 226-244 (234) = AP Nr. 73 zu § 611 BGB Abhängigkeit; BAG, Urteil v. 30.11.1994 - 5 AZR 704/93, AP Nr. 74 zu § 611 BGB Abhängigkeit = NZA 1995, 622-625 (623).

³⁵² BAG, Urteil v. 27.3.1991 - 5 AZR 194/90, AP Nr. 53 zu § 611 BGB Abhängigkeit. Vgl. auch BAG, Urteil v. 17.5.1978 - 5 AZR 580/77, AP Nr. 28 zu § 611 BGB Abhängigkeit = EzA § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 18.

³⁵³ BAG, Urteil v. 27.3.1991 - 5 AZR 194/90, AP Nr. 53 zu § 611 BGB Abhängigkeit; BAG, Beschluß v. 29.1.1992 - 7 ABR 25/91, NZA 1992, 835-837 (836).

³⁵⁴ BAG, Urteil v. 16.2.1994 - 5 AZR 402/93, = EzA § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 52.

4.1.1.2. Weisungsgebundenheit bezüglich des Ortes der Tätigkeit

Hinsichtlich des Ortes der Tätigkeit gelte, daß Arbeitnehmer zumeist angewiesen würden, an welchem Ort sie ihre Arbeitsleistung zu erbringen hätten, während Selbständige die Arbeitsstätte in der Regel frei wählen könnten. Allerdings gebe es auch Arbeitnehmer, z.B. im journalistischen Bereich, die ihre Arbeit wenigstens zum Teil an beliebigen Orten leisten könnten.³⁵⁵ Umgekehrt könne auch nicht allein aufgrund örtlicher Weisungsgebundenheit auf die persönliche Abhängigkeit geschlossen werden, da bestimmte Tätigkeiten, wie z.B. im pädagogischen Bereich, typischerweise nur an einem bestimmten Ort erbracht werden könnten.³⁵⁶

4.1.1.3. Weisungsgebundenheit bezüglich der Art und Weise der Tätigkeit

Die Weisungsgebundenheit hinsichtlich der Art und Weise der Tätigkeit sei schließlich dann von Bedeutung, wenn der Mitarbeiter solchen fachlichen Weisungen unterworfen sei, weil mit derartigen Einflußmöglichkeiten typische Rechte eines Arbeitgebers wahrgenommen würden.³⁵⁷ Andererseits könne aus dem Fehlen einer fachlichen Weisungsgebundenheit aber nicht automatisch auf eine Selbständigkeit geschlossen werden, weil die fachliche Weisungsgebundenheit vor allem bei Diensten höherer Art häufig fehle und es solche Tätigkeiten mit sich brächten, daß dem Mitarbeiter ein hohes Maß an Gestaltungsfreiheit, Eigeninitiative und fachlicher Selbständigkeit verbleibe.³⁵⁸

³⁵⁵ BAG, Beschluß v. 30.10.1991 - 7 ABR 19/91, NZA 1992, 407-410 (410).

³⁵⁶ BAG, Urteil v. 9.5.1984 - 5 AZR 195/82, AP Nr. 45 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

³⁵⁷ BAG, Urteil v. 9.3.1977 - 5 AZR 110/76, AP Nr. 21 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

³⁵⁸ Std. Rspr., BAG, AP Nr. 74 zu § 611 BGB Abhängigkeit = NZA 1995, 622-625 (623).

4.1.2. Eingliederung in fremde Arbeitsorganisation

Als ein weiteres wichtiges Indiz für die persönliche Abhängigkeit nennt das BAG seit jeher die Eingliederung des Mitarbeiters in eine von einem Dritten bestimmte Arbeitsorganisation bzw. einen fremden Produktionsbereich (Betrieb). Im Hinblick auf die Feststellung dieser Eingliederung hat sich jedoch eine wichtige Änderung in der Rechtsprechung des BAG ergeben.

Insbesondere in seinem Grundsatzurteil vom 15.3.1978 hat das BAG noch die Auffassung vertreten, daß sich die Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation und damit die persönliche Abhängigkeit schon darin zeige, daß der Mitarbeiter auf den technischen Apparat des Auftraggebers und die ständige Zusammenarbeit mit anderen Mitarbeitern angewiesen sei.³⁵⁹

Diese Ansicht hat das BAG inzwischen aber ausdrücklich aufgegeben.³⁶⁰ In seinen neueren Entscheidungen stellt es demgegenüber durchweg fest, daß sich die Eingliederung eines Beschäftigten insbesondere darin zeige, daß dieser einem umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliege.³⁶¹ Die Prüfung der Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation ist damit zum bloßen „Zwischenschritt“ bei der Prüfung der Arbeitnehmereigenschaft geworden.³⁶²

4.1.3. Neben- und Hauptberuflichkeit, Dauer der Tätigkeit

Während das Vorliegen einer bloßen nebenberuflichen Tätigkeit mit nur geringen Arbeitszeiten nach Ansicht des BAG grundsätzlich nicht gegen eine Arbeitnehmereigenschaft spre-

³⁵⁹ BAG, Urteil v. 15.3.1978 - 5 AZR 819/76, BAGE 30, 163-176 (163, 170).

³⁶⁰ BAG, Urteil v. 30.11.1994 - 5 AZR 704/93, AP Nr. 74 zu § 611 BGB Abhängigkeit = NZA 1995, 622-625 (623). Vgl. auch BAG, Urteil v. 11.3.1998 - 5 AZR 522/96, NZA 1998, 705-707 (706).

³⁶¹ BAG, Urteil v. 20.7.1994 - 5 AZR 627/93, BAGE 77, 226-244 (232) = AP Nr. 73 zu § 611 BGB Abhängigkeit; BAG, Urteil v. 30.11.1994 - 5 AZR 704/93, AP Nr. 74 zu § 611 BGB Abhängigkeit = NZA 1995, 622-625 (622/623); BAG, Urteil v. 26.7.1995 - 5 AZR 22/94, AP Nr. 79 zu § 611 BGB Abhängigkeit = BB 1996, 60-62 (61) = NZA 1996, 477-480 (478); BAG, Urteil v. 16.7.1997 - 5 AZR 312/96, EzA § 611 Arbeitnehmerbegriff Nr. 61; BAG, Urteil v. 11.3.1998 - 5 AZR 522/96, NZA 1998, 705-707 (706); BAG, Urteil v. 3.6.1998 - 5 AZR 656/97, DB 1998, 2274f. (2274).

³⁶² So zutreffend Hromadka (1997), 570.

che,³⁶³ könne die Vereinbarung einer „hauptberuflichen“ Tätigkeit ausdrücklich für eine Arbeitnehmereigenschaft sprechen. Dies sei der Fall, wenn es sich insoweit um die Vereinbarung einer Ganztätigkeit handle, da dann von einer selbständigen Bestimmung der Arbeitszeit nichts mehr übrig bleibe.³⁶⁴

Von der Dauer der Tätigkeit, ob diese also projektbezogen oder auf Dauer angelegt ist, hängt die rechtliche Einordnung eines Mitarbeiterverhältnisses nach dem BAG hingegen nicht ab. So spreche vor allem der Umstand, daß es sich um ein auf Dauer angelegtes Vertragsverhältnis handelt, nicht schon für ein Arbeitsverhältnis.³⁶⁵ Sowohl bei einer dauerhaften als auch bei einer befristeten Vertragsbeziehung seien beide Rechtsformen, das Arbeitsverhältnis oder das freie Mitarbeiterverhältnis, denkbar.³⁶⁶

4.1.4. Behandlung vergleichbarer Mitarbeiter

Im Einzelfall lassen sich nach dem BAG aus der Behandlung vergleichbarer Mitarbeiter wichtige Schlüsse auf den Status eines Beschäftigten ziehen, ein sicheres Indiz stelle dieser Umstand aber nicht dar.³⁶⁷ Wenn ein Arbeitgeber z.B. in einem bestimmten Sektor sowohl Arbeitnehmer als auch „Selbständige“ beschäftige, vergleicht das BAG in einem ersten Schritt die Behandlung, die der Arbeitgeber beiden Gruppen angedeihen läßt.³⁶⁸ In einem zweiten Schritt vergleicht es die Tätigkeiten der „Selbständigen“ mit denen der Arbeitnehmer in einer Gesamtwürdigung. Ergibt sich dabei kein wesentlicher Unterschied, sondern liegt eine in wesentlichen Punkten einheitliche Behandlung der Beschäftigten vor, so kann dies nach dem BAG der Grund für eine einheitliche arbeitsrechtliche Statusbeurteilung sein.³⁶⁹

³⁶³ Std. Rspr., BAG, Urteil v. 30.11.1994 - 5 AZR 704/93, AP Nr. 74 zu § 611 BGB Abhängigkeit = NZA 1995, 622-625 (623).

³⁶⁴ BAG, Urteil v. 17.5.1978 - 5 AZR 580/77, AP Nr. 28 zu § 611 BGB Abhängigkeit = EzA § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 18.

³⁶⁵ Std. Rspr., BAG, Urteil v. 30.11.1994 - 5 AZR 704/93, AP Nr. 74 zu § 611 BGB Abhängigkeit = NZA 1995, 622-625 (623).

³⁶⁶ BAG, Urteil v. 27.3.1991 - 5 AZR 194/90, AP Nr. 53 zu § 611 BGB Abhängigkeit; BAG, Beschluß v. 30.10.1991 - 7 ABR 19/91, NZA 1992, 407-410 (409).

³⁶⁷ BAG, Urteil v. 27.3.1991 - 5 AZR 194/90, AP Nr. 53 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

³⁶⁸ BAG, Urteil v. 2.6.1976 - 5 AZR 131/75, AP Nr. 20 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

³⁶⁹ BAG, Urteil v. 28.6.1973 - 5 AZR 19/73, AP Nr. 10 zu § 611 BGB Abhängigkeit; BAG, Urteil v. 3.10.1975 - 5 AZR 445/74, AP Nr. 17 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

4.1.5. Bezeichnung durch die Parteien und Inhalt des Vertrags

Für die Abgrenzung des Arbeitnehmers vom Selbständigen komme es nach Meinung des BAG nicht auf die Bezeichnung durch die Vertragsparteien an, weil sich der Status des Beschäftigten nicht nach den Wünschen und Vorstellungen der Vertragspartner richte, sondern danach, wie die Vertragsbeziehung nach ihrem Geschäftsinhalt objektiv einzuordnen sei. Der wirkliche Geschäftsinhalt sei den ausdrücklich getroffenen Vereinbarungen und der praktischen Durchführung des Vertrags zu entnehmen, und wenn der Vertrag abweichend von den ausdrücklichen Vereinbarungen vollzogen werde, sei die tatsächliche Durchführung maßgebend, nicht der Inhalt des Vertrags.³⁷⁰

Vereinzelt findet sich in älteren Urteilen allerdings der Satz, daß die zwischen den Parteien getroffene Vereinbarung den Ausschlag für den Status als Arbeitnehmer oder Selbständiger geben müsse, wenn in der Gesamtabwägung ebensoviel für eine abhängige wie für eine selbständige Tätigkeit spreche.³⁷¹

4.1.6. Ständige Dienstbereitschaft und „Dienstplan-Rechtsprechung“

Vor allem für die Abgrenzung freier Mitarbeiter von Arbeitnehmern bei Rundfunk und Fernsehen hat das BAG für die Feststellung der persönlichen Abhängigkeit auf die ständige Dienstbereitschaft der Mitarbeiter abgestellt, welche sich sowohl aus den ausdrücklich getroffenen Vereinbarungen der Parteien als auch aus der praktischen Durchführung der Vertragsbeziehungen ergeben könne. Ein starkes Indiz für eine ständige Dienstbereitschaft sei dabei die im voraus nicht abgesprochene Aufführung der Mitarbeiter in Dienstplänen, da aus diesen folge, daß den Mitarbeitern die Arbeiten letztlich „zugewiesen“ würden, der Arbeitgeber also innerhalb eines bestimmten zeitlichen Rahmens über die Arbeitsleistung der Mitarbeiter verfügen könne. Dies gelte auch dann, wenn der Arbeitgeber ausdrücklich erkläre, daß die Dienstpläne unverbindlich seien und erst in Kraft träten, wenn ihnen die eingesetz-

³⁷⁰ Std. Rspr., BAG, Beschluß v. 16.7.1997 - 5 AZB 29/96, ArbuR 1997, 499f. (499) mit Anm. Buschmann = DB 1997, 2127 = BetrR 1997, 107f. mit Anm. Erhard = FA 1998, 11.

³⁷¹ BAG, Urteil v. 8.6.1967 - 5 AZR 461/66, BAGE 19, 324-333 (330) = AP Nr. 6 zu § 611 BGB Abhängigkeit. Kritisch dazu Hilger (1989), 6f.

ten Mitarbeiter nicht widersprüchen.³⁷²

4.1.7. Schwierigkeit der Arbeit

Für Tätigkeiten, die sowohl im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses als auch im Rahmen eines freien Dienstverhältnisses erbracht werden könnten, gelte der Grundsatz, daß bei untergeordneten, einfachen Arbeiten eher eine Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation anzunehmen sei als bei gehobenen Tätigkeiten.³⁷³ Bei einfachen Tätigkeiten, insbesondere manchen mechanischen Handarbeiten, bestünden schon von vornherein nur geringe Gestaltungsmöglichkeiten, so daß bereits wenige organisatorische Weisungen den Beschäftigten in der Ausübung seiner Arbeit so festlegten, daß von einer im wesentlichen freien Gestaltung der Tätigkeit nicht mehr die Rede sein könne, was auch der Verkehrsanschauung entspreche.³⁷⁴

4.1.8. Sonstige Indizien, insbesondere die Art der Vergütung

Im übrigen nutzt das BAG im Einzelfall eine Reihe von Indizien, die jedoch nach eigener Aussage nur eine schwache Wirkung besäßen. So seien die Modalitäten der Bezahlung, die steuer- und sozialversicherungsrechtliche Behandlung,³⁷⁵ die Führung von Personalakten oder die Gewährung von Urlaub als formelle Merkmale für die Abgrenzung „nicht in erster Linie entscheidend“ und es habe auch „für sich genommen keine entscheidende Bedeutung“, ob ein Mitarbeiter einen ‚eigenen‘ Schreibtisch habe oder ein Arbeitszimmer (mit-)benutzen könne, zu dem er einen Schlüssel habe, und ob er in einem internen Telefonverzeichnis aufgeführt sei.³⁷⁶

³⁷² BAG, Urteil v. 16.2.1994 - 5 AZR 402/93, BAGE 76, 21-31 (21, 29f.) = EZA § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 52; BAG, Urteil v. 20.7.1994 - 5 AZR 627/93, BAGE 77, 226-244 (234-237) = AP Nr. 73 zu § 611 BGB Abhängigkeit mit Anm. Mohr; BAG, Urteil v. 30.11.1994 - 5 AZR 704/93, AP Nr. 74 zu § 611 BGB Abhängigkeit = NZA 1995, 622-625 (624); BAG, Urteil v. 11.3.1998 - 5 AZR 522/96, NZA 1998, 705-707 (706).

³⁷³ Vgl. BAG, Urteil v. 22.4.1998 – 5 AZR 92/97, BB 1998, 2211-2213 (2212).

³⁷⁴ BAG, Urteil v. 16.7.1997 - 5 AZR 312/96, EZA § 611 Arbeitnehmerbegriff Nr. 61.

³⁷⁵ BAG, Urteil v. 24.6.1992 - 5 AZR 384/91, AP Nr. 61 zu § 611 BGB Abhängigkeit = NZA 1993, 174-177 (175); BAG, Urteil v. BAG, Urteil v. 16.7.1997 - 5 AZR 312/96, EZA § 611 Arbeitnehmerbegriff Nr. 61.

³⁷⁶ BAG, Beschluß v. 30.10.1991 - 7 ABR 19/91, NZA 1992, 407-410 (408/409); BAG, Urteil v. 20.7.1994 - 5 AZR 627/93, BAGE 77, 226-244 (233, 235) = AP Nr. 73 zu § 611 BGB Abhängigkeit; BAG, Urteil v. 30.11.1994 - 5 AZR 704/93, AP Nr. 74 zu § 611 BGB Abhängigkeit = NZA 1995, 622-625 (623/624).

Speziell zur Art der Vergütung hat das BAG ausgeführt, daß entscheidend für die persönliche Abhängigkeit nicht die Modalitäten der Entgeltzahlung seien, sondern sich die persönliche Abhängigkeit danach bestimme, inwieweit die Ausführung der versprochenen Dienstleistungen gebunden und damit fremdbestimmt erfolge. Auch Arbeitnehmer könnten nämlich eine am Umfang der Arbeitsleistung orientierte Vergütung erhalten.³⁷⁷

4.1.9. Unternehmerisches Risiko

Außerhalb der Abgrenzung des Außendienstangestellten vom Handelsvertreter (dazu in Kapitel 5.3.5.) hat das BAG - soweit ersichtlich - bis vor kurzem nur in seiner bekannten Kantinepächter-Entscheidung aus dem Jahr 1980 ausdrücklich auf ein vom Selbständigen zu tragendes Unternehmerrisiko als Abgrenzungsmerkmal abgestellt. Es hat im Hinblick auf die Bewirtschaftung einer Bundeswehrkantine durch einen Pächter ausgeführt, daß die Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses der Parteien als Pachtverhältnis nicht rechtsmißbräuchlich sei, da nach dem Bewirtschaftungsvertrag das Unternehmerrisiko beim Kläger gelegen habe, der durch Auswahl und Umfang seines Warensortiments, die Preisgestaltung bei den Waren außerhalb des Grundsortiments, durch Werbung, attraktive Darbietung der Waren und sonstige unternehmerische Maßnahmen den Verkaufserlös habe beeinflussen können. Arbeitnehmer würden üblicherweise nicht mit dem Unternehmerrisiko belastet. Wenn eine Partei, die Dienstleistungen erbringe, das Unternehmerrisiko tragen solle, sei die Begründung eines Arbeitsverhältnisses zwischen Auftraggeber und Dienstleistenden sachlich gerade nicht geboten.³⁷⁸

Erst Ende 1997 tauchte dann das unternehmerische Risiko im Rahmen der Bestimmung der Arbeitnehmereigenschaft eines Nicht-Außendienstmitarbeiters wieder auf. Das BAG stellte zu einem Dozenten in der beruflichen Bildung, in dessen Verträgen geregelt war, daß der Schulträger nicht für die Durchführung der Kurse garantiere, fest, daß durch die Überwälzung des Unternehmerrisikos auf den Beschäftigten die Arbeitnehmereigenschaft nicht aus-

³⁷⁷ BAG, Beschluß v. 30.10.1991 - 7 ABR 19/91, NZA 1992, 407-410 (409). In BAG, Urteil v. 9.5.1996 - 2 AZR 438/95, BB 1996, 2358-2361 (2360), wird die Vergütungsregelung als ein Indiz unter anderen für eine Selbständigkeit herangezogen.

³⁷⁸ BAG, Urteil v. 13.8.1980 - 4 AZR 592/78, BAGE 34, 111-123 (122).

geschlossen werden könne.³⁷⁹

4.2. Abgrenzung nach BSG - Insbesondere das unternehmerische Risiko

Auch das Bundessozialgericht (BSG) ist der Ansicht, daß das Vorliegen von Arbeits- bzw. Beschäftigungsverhältnissen (vgl. dazu Kapitel 3.5.2.1.) nur typologisch unter Berücksichtigung aller Merkmale des jeweiligen Einzelfalls und nicht durch eine allgemeingültige Definition bestimmt werden könne.³⁸⁰ Es stellt für die Bestimmung der Beschäftigteneigenschaft im Sinne des § 7 SGB IV a.F.³⁸¹ ebenso wie das BAG entscheidend auf das Merkmal der persönlichen Abhängigkeit ab. Dieses verlange die Eingliederung in den Betrieb und die Unterordnung unter das Weisungsrecht des Arbeitgebers im Hinblick auf die Zeit, die Dauer, den Ort und die Art der Arbeitsausführung. Selbständig tätig sei im Gegensatz dazu, wer über die eigene Arbeitskraft bzw. über Arbeitsort und Arbeitszeit frei verfügen könne.³⁸²

Außerdem sieht das BSG ein wesentliches Indiz für die Selbständigkeit in dem Umstand, ob auf seiten des Mitarbeiters ein unternehmerisches Risiko bestehe.³⁸³ Typisch für eine selbständige Tätigkeit sei der Einsatz eigenen Kapitals mit der Möglichkeit, es durch seine Tätigkeit zu vermehren oder es dabei zu verlieren.³⁸⁴ Allerdings werde ein Mitarbeiter nicht schon dadurch zum Selbständigen, daß der Erfolg seines Einsatzes der Arbeitskraft ungewiß sei. Die Belastung eines Erwerbstätigen mit Risiken könne nur dann für eine Selbständigkeit sprechen, wenn er auch im übrigen nach der Gestaltung des gegenseitigen Verhältnisses als Selbständiger einzustufen sei. Dies setze voraus, daß dem Unternehmerrisiko auf der einen Seite eine größere Freiheit bei der Gestaltung und der Bestimmung des Umfangs des Einsatz-

³⁷⁹ BAG, Urteil v. 19.11.1997 - 5 AZR 21/97, DB 1998, 1288.

³⁸⁰ BSG, Urteil v. 12.12.1990 - 11 RAr 73/90, NZA 1991, 907-909 (908).

³⁸¹ Vgl. zur neuen Fassung von § 7 SGB VI Kapitel 4.2.

³⁸² Std. Rspr., BSG, Urteil v. 8.12.1987 - 7 RAr 25/86, BB 1989, 72f. (72); BSG, Urteil v. 8.8.1990 - 11 RAr 77/89, SozR 3-2400 § 7 SGB IV Nr.4; BSG, Urteil v. 6.2.1992 - 7 RAr 134/90, SozR 3-4100 § 104 AFG Nr.8; BSG, Urteil v. 6.2.1992 - 7 RAr 36/91, BB 1992, 2437-2440 (2437f.). Zur Rechtsprechung des BSG vgl. auch Heußner (1975 A). Eine tabellarische Zusammenstellung der vom BSG verwandten Indizien findet sich bei Brand (1996), 404-406; (1997), 553f.

³⁸³ Std. Rspr., BSG, Urteil v. 8.12.1987 - 7 RAr 25/86, BB 1989, 72f. (72); BSG, Urteil v. 6.2.1992 - 7 RAr 36/91, BB 1992, 2437-2440 (2437/2438); BSG, Urteil v. 21.4.1993 - 11 RAr 67/92, AP Nr. 67 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

³⁸⁴ BSG, Urteil v. 22.11.1973 - 12 RK 17/72, BSGE 36, 262-266 (265); BSG, Urteil v. 1.12.1977 - 12/3/12 RK 39/74, BSGE 45, 199-206 (200) = SozR 2200 § 1227 RVO Nr. 8 = AP Nr. 27 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

zes der eigenen Arbeitskraft auf der anderen Seite gegenüberstehe.³⁸⁵

Im Ergebnis hänge die Frage, ob jemand abhängig beschäftigt oder selbständig tätig sei, davon ab, welche Merkmale überwogen. Maßgebend habe stets das Gesamtbild der jeweiligen Arbeitsleistung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und der Verkehrsan-schauung zu sein.³⁸⁶

4.3. Abgrenzung nach BFH - Insbesondere das unternehmerische Risiko

Schließlich folgt auch der Bundesfinanzhof (BFH) - z.B. im Rahmen der §§ 18 und 19 EStG - der Rechtsprechung des BAG und des BSG zur Abgrenzung der selbständigen von der unselbständigen Arbeit. Er geht dabei von den in § 1 Abs. 2 LStDV aufgeführten Merkmalen der nichtselbständigen Arbeit aus, wonach Arbeitnehmer sei, wer seine Arbeitskraft in abhängiger Stellung schulde. Kennzeichnend hierfür sei, daß die tätige Person in der Betätigung ihres geschäftlichen Willens unter der Leitung des Arbeitgebers stehe oder im geschäftlichen Organismus des Arbeitgebers dessen Weisungen zu folgen verpflichtet sei.³⁸⁷

Genau wie das BSG zieht der BFH dann bei der Betrachtung des Gesamtbildes der Verhältnisse eine Vielzahl von Umständen heran wie z.B. die persönliche im Gegensatz zur wirtschaftlichen Abhängigkeit, die kein Merkmal für ein Arbeitsverhältnis sei,³⁸⁸ die Weisungsgebundenheit hinsichtlich Zeit, Ort und Inhalt der Tätigkeit, die gleichbleibende Tätigkeit an einem Ort, die Ausführung von einfachen Tätigkeiten, bei denen die Weisungsgebundenheit die Regel sei, das Schulden der Arbeitskraft und nicht eines Arbeitserfolgs, die Vergütung der Leistung nach Zeiteinheiten mit besonderem Honorar für Überstunden, die Fortzahlung der Bezüge im Krankheitsfall, den Anspruch auf Sozialleistungen wie Urlaubs- und Krankengeld und die Verpflichtung, die geschuldeten Dienste persönlich zu erbringen.³⁸⁹ Als

³⁸⁵ BSG, Urteil v. 13.7.1978 - 12 RK 14/78, AP Nr. 29 zu § 611 BGB Abhängigkeit; BSG, Urteil v. 12.12.1990 - 11 RAr 73/90, NZA 1991, 907-909 (908).

³⁸⁶ Std. Rspr., BSG, Urteil v. 1.12.1977 - 12/3/12 RK 39/74, BSGE 45, 199-206 (200) = SozR 2200 § 1227 RVO Nr. 8 = AP Nr. 27 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

³⁸⁷ Std. Rspr., BFH, Urteil v. 18.7.1985 - VI R 93/80, BStBl. II 1985, 644-646 (645); BFH, Urteil v. 24.7.1992 - VI R 126/88, AP Nr. 63 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

³⁸⁸ BFH, 28.4.1972, BStBl. II, 617f. (618).

³⁸⁹ BFH, Urteil v. 20.2.1979 - VIII R 52/77, BStBl. II 1979, 414-416 (415); BFH, Urteil v. 14.6.1985 - VI R 150-152/82, BFHE 144, 225-230 (228).

wesentliches Kriterium nennt es schließlich das Merkmal des Unternehmerrisikos.³⁹⁰ Eine Person handle selbständig, wenn sie das Risiko ihrer Tätigkeit trage und Unternehmerinitiative entfalte. Dies sei der Fall, wenn ihr der Gewinn aus der Tätigkeit zufalle und - umgekehrt - ein Verlust sie belaste.³⁹¹

Die für und gegen die Annahme der Arbeitnehmereigenschaft sprechenden Eigenschaften müssen schließlich auch nach Ansicht des BFH gegeneinander abgewogen und gewichtet werden.³⁹²

4.4. Abgrenzung nach der herrschenden Lehre - Persönliche Abhängigkeit und Typologie

Die herrschende arbeitsrechtliche Literatur folgt der Rechtsprechung des BAG im wesentlichen.³⁹³ Gleiches gilt für die sozial- und steuerrechtliche Literatur in bezug auf die Rechtsprechung des BSG³⁹⁴ und des BFH.³⁹⁵ Dabei wird zunächst von der Definition des Arbeitnehmers als Person, die aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienst eines anderen zur Arbeit verpflichtet sei, ausgegangen und dann für die Abgrenzung der Unselbständigkeit

³⁹⁰ BFH, Urteil v. 14.12.1978 - I R 121/76, BFHE 126, 311-316 (314); BFH, Urteil v. 14.6.1985 - VI R 150-152/82, BFHE 144, 225-230 (228); BFH, Urteil v. 18.7.1985 - VI R 93/80, BStBl. II, 644-646 (645); BFH, Urteil v. 10.12.1987 - IV R 176/85, BStBl. II 1988, 273-275 (274); BFH, Urteil v. 24.7.1992 - VI R 126/88, AP Nr. 63 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

³⁹¹ BFH, Urteil v. 29.11.1978 - I R 159/76, BStBl. II 1979, 182-184 (184).

³⁹² BFH, Urteil v. 14.6.1985, BFHE 144, 225-230 (228, 230). Zu den „zahlenmäßig nicht ins Gewicht fallenden Abweichungen in der Rechtsprechung von BAG, BFH und BSG“ zum Arbeitnehmerbegriff vgl. Keßler (1993), 582-585. Ein Vergleich der Rechtsprechung von BSG und BFH findet sich bei Brand (1996), 404-408.

³⁹³ So schon Hueck/Nipperdey (1928), 32-39. Vgl. im übrigen: Albrecht (1996), 1241f.; Becker (1982), 54-93; Berger-Delhey/Alfmeier (1991); Berndt (1998); Brox/Rüthers (1997), Rn. 8-20; Däubler (1998), Rn. 2106-2108, 2118; Däubler/Kittner/Klebe (1996) - Trümmer, § 5 Rn. 8-11; Dütz (1997), Rn. 29-31; Eberbach/Brauweiler (1993), 31; Eckert (1997); Falkenberg (1969); Fitting/Kaiser/Heither/Engels (1996), § 5 Rn. 8-28; Gitter (1994), 25-30; Götz (1996), 1-4; Hanau/Adomeit (1994), 144f.; Hanau/Strick (1998 A); Hanel (1993); Helml (1996), 11f.; Hopt (1998); G. Hueck (1955); ders. (1969); Koch (1983); Küttner (1998) - Bauer, 118-121; Kunz/Kunz (1993), 327f.; Löwisch (1996), 2; MüKo BGB 4 (1997) - Müller-Glöße, § 611 Rn. 133-141; Niebler/Meier/Dubber (1994), 29-45; Otto (1992), I.1.; ders. (1997), 31-41; Rancke (1979); Popp (1998); Rewolle (1978); Rumpfenhorst (1993), 1067f.; Schaub (1996), 52ff.; Schmid/Trenk-Hinterberger (1994), 14-19; MüKo HGB (1996) - v. Hoyningen-Huene, § 84 Rn. 30; Siebert (1949); Weiss/Gagel (1997) - Stevens-Bartol, § 7 B Rn. 2-14; Worzalla (1995), 48f.; Zeuner (1975), 84f.; Zöllner/Loritz (1992), 43-49.

³⁹⁴ Vgl. Bogs (1977); Gitter (1996 A), 74f.; ders. (1996 B), 264f.; v. Hoyningen-Huene (1987); Marburger (1979); v. Maydell / Ruland (1996), 913f.; Petersen/Höpfner (1997), 67-69; Reiserer/Schulte (1995), 2162f.; Rölz/Weber (1998).

³⁹⁵ Vgl. Ebling (1997) - Hutter, § 18 Rn. 19-25; Giloy (1986); Hartmann/Christians (1984), 1366f.; Kirchhof/Söhn (1998) - Stuhmann, § 18 B 3-6; Küttner (1998) - Huber, 124-127; Littmann/Bitz/ Hellwig (1998), § 19 Rn. 36-40 und 85-101; Schmidt, L. (1998) - Seeger, § 18 Rn. 7; ders. (1998) - Dreseck, § 19 Rn. 4-11. Zum Unterschied des steuer- und arbeitsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs siehe Traxel (1996), 364.

von der Selbständigkeit die Rechtsfigur des Arbeitnehmers mit der typologischen Methode bestimmt.³⁹⁶ Zum Teil werden jedoch etwas von der Rechtsprechung abweichende oder zusätzliche Indizien herangezogen.

So geht z.B. Schaub von den Kriterien der genannten Definition aus³⁹⁷ und führt anschließend aus, daß sich die persönliche Abhängigkeit „a) durch das Weisungsrecht des Arbeitgebers nach Ort und Zeit der zu verrichtenden Arbeit, b) durch die Übernahme fremdgeplanter, fremdnütziger und von fremder Risikobereitschaft getragener Arbeit (sachliche Abhängigkeitsmomente), c) durch die Eingliederung in einen fremden Produktionsbereich (arbeitsorganisatorisches Abhängigkeitsmoment) ... , d) die Personengebundenheit der Arbeitsleistung“ dokumentiere. Indizien für das arbeitsorganisatorische Abhängigkeitsmoment seien „insbesondere die persönliche und fachliche Weisungsgebundenheit, die zeitliche und örtliche Bindung, die ausgeübte Arbeitskontrolle, die für einen störungsfreien Betriebsablauf unverzichtbare und eingeplante Dienstbereitschaft des Dienstpflichtigen, die erforderliche Zusammenarbeit mit anderen Dienstpflichtigen, die sachlich gebotene Eingliederung in den Betriebsablauf, die Unterordnung unter einen fremden Produktionsplan, der Verzicht, Inhalt und Ziel der eigenen Tätigkeit wie ein Unternehmer zu bestimmen, die Zwangslage, einzelne Aufträge nicht ablehnen zu können sowie die betriebliche Gleichbehandlung, wenn gleiche Aufträge von anderen in einem festen Arbeitsverhältnis verrichtet“ würden.³⁹⁸

4.5. Abgrenzung nach Wank - Unternehmerrisiko und -chancen

Die Abgrenzung des Arbeitnehmers vom Selbständigen, wie sie das BAG und die herrschende Lehre vornimmt, wird von einigen Autoren abgelehnt, vor allem von Wank, der eine eigene Bestimmung des Arbeitnehmerbegriffs entwickelt hat.

Das Modell von Wank hat eine besondere Bedeutung zum einen dadurch erhalten, daß ihm das LAG Köln in einem jüngeren, ausführlich begründeten und viel beachteten Urteil unter

³⁹⁶ Koch (1983), 630; Martens (1979), 348f.; MüKo BGB 4 (1997) - Müller-Glöge, § 611 Rn. 134; Niebler/Meier/Dubber (1994), 29-45; MüKo HGB (1996) - v. Hoyningen-Huene, § 84 Rn. 30; Söllner (1994), 19-21.

³⁹⁷ Schaub (1996), 53-55.

³⁹⁸ Schaub (1996), 55f..

Ablehnung der Rechtsprechung des BAG ausdrücklich gefolgt ist.³⁹⁹ Zum anderen ist das Abgrenzungsmodell von Wank dadurch einer größeren Öffentlichkeit bekanntgeworden, daß es vom Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung der Bundesanstalt für Arbeit bei seiner Studie zur Scheinselbständigkeit, bei der Wank als juristischer Berater fungierte, als Gegenmodell zum BAG angewandt wurde (vgl. Kapitel 3.3.1.2.). Schließlich stellt es auch die Grundlage der Arbeitnehmerdefinition im Diskussionsentwurf zu einem Arbeitsvertragsgesetz des Arbeitskreises Deutsche Rechtseinheit im Arbeitsrecht - dessen Mitglied Wank war - dar, welcher 1992 auf dem 52. Deutschen Juristentag vorgestellt wurde und auf dem wiederum mehrere Gesetzgebungsvorschläge beruhen (näher in Kapitel 4.9.).

Die Kritik Wanks richtet sich in erster Linie gegen den ontologischen Ansatz in der Definition des BAG und der herrschenden Lehre.⁴⁰⁰ Juristische Definitionen müßten teleologisch sein, d.h. sie müßten einen Sinnzusammenhang zwischen der Tatbestandsseite und der Rechtsfolgenreihe entweder unmittelbar oder mittelbar herstellen.⁴⁰¹ Ein derart unmittelbares teleologisches Merkmal sei die Weisungsgebundenheit jedoch nicht, da zwischen einer intensiven Ausübung des Direktionsrechts auf der Tatbestandsseite und beispielsweise der Lohnfortzahlung im Krankheitsfalle, der Urlaubsgewährung und dem Kündigungsschutz auf der Rechtsfolgenreihe kein unmittelbarer Zusammenhang bestehe. Zwischen der Weisungsgebundenheit und der Arbeitnehmereigenschaft existiere allein ein mittelbarer Zusammenhang, da im Normalfall zwar auch selbständige Dienstnehmer und Werkunternehmer Weisungen ihrer Auftraggeber unterlägen, ihnen gegenüber das Weisungsrecht aber weniger ausgeprägt sei als das Direktionsrecht gegenüber Arbeitnehmern. So werde das BAG und die herrschende Lehre mit dem Abstellen auf eine intensive Weisungsbindung für die Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft den typischen Fällen zwar gerecht, dieser Ansatz müsse aber immer dann versagen, wenn zwischen dem Tatbestandsmerkmal „Weisungsbindung“ und der Rechtsfolge „Anwendbarkeit des Arbeitsrechts“ gerade kein Sinnzusammen-

³⁹⁹ LAG Köln, Urteil v. 30.6.1995 - 4 Sa 63/95, LAGE § 611 Arbeitnehmerbegriff Nr. 29 = AP Nr. 80 zu § 611 BGB Abhängigkeit = AuA 1996, 413-415. Das LAG Düsseldorf hat der Ansicht des LAG Köln, daß der Arbeitnehmerbegriff nach Wank teleologisch zu definieren sei, allerdings umgehend ausdrücklich widersprochen und sich für die typologische Methode ausgesprochen, LAG Düsseldorf, Urteil v. 4.9.1996 - 12 (6) (5) Sa 909/96, LAGE § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 33 = BB 1997, 891-893.

⁴⁰⁰ Wank (1980), I.; ders. (1988), 23-27, 34-36; ders. (1992), 91; ders. (1996), 391; Martinek/Semler (1996) - Wank, § 7 Rn. 45. Kritisch bereits grundsätzlich zur ontologischen Begriffsbildung Wank (1985), 143-146.

⁴⁰¹ Wank (1992), 90f., 248; ders. (1993), Bl. 24R; ders. (1996), 391; Martinek/Semler (1996) - Wank, § 7 Rn. 45; Wank (1997 A), 62; ders. (1997 B), 75. Zur teleologischen Begriffsbildung Wank (1985), 77-89.

hang bestehe.⁴⁰²

Da unsere Rechtsordnung nur bei der abhängigen Arbeit einen umfassenden Berufs- und Existenzschutz vorsehe, während beim Selbständigen die Fähigkeit zur Eigenvorsorge unterstellt werde, sei es vielmehr das Ziel des Arbeitsrechts, diejenigen Erwerbstätigen zu schützen, die Schutz benötigen.⁴⁰³ Teleologisches Merkmal des Arbeitsrechts sei darum die wirtschaftliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers, und diese sei somit in die Überlegungen zur Abgrenzung des Selbständigen vom Arbeitnehmer mit einzubeziehen.⁴⁰⁴ Zudem müsse gemäß diesem dualen Modell der Erwerbstätigkeit der Arbeitnehmerbegriff dem Selbständigenbegriff gegenübergestellt werden.⁴⁰⁵ Und diese beiden Systeme seien nur dann funktional äquivalent, wenn der Beschäftigte sie frei wählen könne.⁴⁰⁶ Der Selbständige habe seine Tätigkeit selbst gewählt und das Unternehmerrisiko freiwillig auf sich genommen, während die Scheinselbständigkeit eine aufgezwungene Selbständigkeit, z.B. durch die Umwandlung einer Angestelltenstelle, sei.⁴⁰⁷ Die Wahl der Rechtsform müsse deshalb anhand objektiver Kriterien überprüft werden können, und die Abgrenzungsmerkmale müßten sowohl für die Arbeitnehmertätigkeit als auch für die selbständige Tätigkeit charakteristisch sein.⁴⁰⁸ Dementsprechend seien typische Arbeitnehmermerkmale.⁴⁰⁹

Die auf Dauer angelegte
Arbeit nur für einen Auftraggeber
in eigener Person, ohne Mitarbeiter,
im wesentlichen ohne eigenes Kapital und
im wesentlichen ohne eigene Organisation.

Unternehmer sei demgegenüber, wer zwar wirtschaftlich abhängig sei, aber aufgrund eigener Organisation mit eigenem Kapital und eigenen Mitarbeitern am Markt gegenüber vielen

⁴⁰² Wank (1992), 91; ders., zitiert nach Elsner (1996 A), 101; vgl. auch dens. (1997 B), 74. Auch Mohr (1994), 2 a), kritisiert, daß das BAG nicht den erforderlichen teleologischen Bezug zwischen den angewandten Abgrenzungsmerkmalen und den einschlägigen Rechtsfolgen nach Arbeitsrecht oder Selbständigkeit herstelle.

⁴⁰³ Wank (1996), 391f.

⁴⁰⁴ Wank (1988), 51; ders., zitiert nach Fischer, G. (1998), 298.

⁴⁰⁵ Wank (1988), 120; Martinek/Semler (1996) - Wank, § 7 Rn. 46f.; Wank (1997 B), 75.

⁴⁰⁶ Wank (1988), 120, 130f.; Martinek/Semler (1996) - Wank, § 7 Rn. 48.

⁴⁰⁷ Wank (1996), 392; ders., zitiert nach Elsner (1996 A), 101; ders., zitiert nach Elsner (1996 B), 164. Vgl. auch Wank (1988), 130-132; ders., zitiert nach Griese (1995), 139.

⁴⁰⁸ Wank (1992), 91.

⁴⁰⁹ Wank (1992), 91; ders., zitiert nach Fischer, G. (1998), 298.

aufetrete.⁴¹⁰

Das besondere Problem der Scheinselbständigkeit sei nun, daß die Auftraggeber versuchten, nach Art einer Rosinentheorie für sich das jeweils Beste aus Arbeitsrecht und Selbständigenrecht heraus zu picken, indem sie die unternehmerischen Risiken, die sie eigentlich selbst zu tragen hätten, auf die Scheinselbständigen verlagerten, während sie die unternehmerischen Chancen selbst wahrnahmen. Dieses Problem sei nur zu lösen, wenn man für die unternehmerische Tätigkeit und damit die Selbständigkeit die Wahrnehmung nicht nur der Risiken, sondern auch der Chancen verlange. Entscheidend sei, ob der Auftraggeber selbst Chancen und Risiken am Markt wahrnehme und die bei ihm Beschäftigten als Arbeitnehmer von den Risiken des Marktes freistelle; oder ob er ihnen neben den Marktrisiken entsprechende Chancen für eine eigene unternehmerische Tätigkeit einräume; oder ob er ihnen, bei Scheinselbständigkeit, das Marktrisiko im Hinblick auf die Kunden auferlege ohne entsprechende unternehmerische Gestaltungsmöglichkeiten.⁴¹¹ Folglich liege trotz oben genannter Indizien eine Selbständigkeit vor bei:

der freiwilligen Übernahme eines Unternehmerrisikos,
dem Auftreten am Markt und
der Ausgewogenheit im Hinblick auf unternehmerische Chancen und unternehmerisches Risiko.⁴¹²

4.6. Abgrenzung nach Lieb - Schutzbedürftigkeit

Zu ähnlichen Ergebnissen wie Wank kommt Lieb, allerdings mit einer anderen Begründung. Auch nach ihm sind die vom BAG und der herrschenden Lehre verwandten Merkmale der Weisungsgebundenheit, Fremdbestimmtheit und Unselbständigkeit allenfalls in der Lage, den kaum streitigen Normaltypus des Arbeitnehmers zu beschreiben und ihn gegenüber dem ebenfalls unproblematischen Normaltypus des freien Dienstnehmers gem. den §§ 611ff.

⁴¹⁰ Wank (1992), 91; ders. (1996), 392; ders., zitiert nach Elsner (1996 A), 101.

⁴¹¹ Wank (1992), 92.

⁴¹² Wank (1992), 91. Vgl. auch Wank (1988), 131f. Ihm folgend v. Einem (1993), 318f.; ders. (1994), 63, und Thüsing (1995). Auch nach Mohr (1994), 2 d), hat die Grenzziehung zwischen Arbeitsrecht und Selbständigenrecht bei der Verteilung unternehmerischer Chancen und Risiken anzusetzen, wobei Unternehmerrisiko und Unternehmerchance die Selbständigkeit nur begründen könnten, wenn sie in einem ausgewogenen Verhältnis zueinander stünden.

BGB abzugrenzen. Schwierigkeiten ergäben sich jedoch in Grenzfällen, insbesondere bei Dienstleistungen in besonderer, weitgehend unabhängiger, u.U. sogar arbeitgeberähnlicher Funktion. Außerdem sei schlechterdings nicht ersichtlich, wie eine formal verstandene Fremdbestimmung in bezug auf Zeit und Ort der Arbeitsleistung die spezifische Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers begründen könne. Es seien darum materiell aussagekräftigere Merkmale erforderlich, aus denen sich die mit dem Arbeitnehmerbegriff zusammenhängende Entwicklung des gesamten Arbeitnehmerschutzrechts rechtfertigen lasse.⁴¹³

Den Ansatzpunkt für derartige Merkmale findet Lieb dann im Anschluß an Wiedemann⁴¹⁴ in der Fremdnützigkeit echter Arbeitnehmertätigkeit. Zwar verwerte auch der Arbeitnehmer seine Arbeitskraft letztlich für sich selbst, nämlich zur Bestreitung seines Lebensunterhalts, aber seine Arbeitsleistung bekomme ihre Bedeutung und ihre Funktion doch vor allem durch ihre Ausrichtung auf einen weiterführenden dritt- oder fremdbestimmten Zweck, nämlich den des Arbeitgebers bzw. Unternehmers. Die auf Dauer angelegte fremdnützige Beschäftigung nähme dem Arbeitnehmer die Möglichkeit einer eigenen Teilnahme am Marktgeschehen und er könne über seine Arbeitskraft nicht mehr selbständig disponieren. Aus diesem Verlust der eigenen Dispositionsmöglichkeit und der Unmöglichkeit des eigennützigen, unternehmerischen - wenn auch risikoreichen - Einsatzes der eigenen Arbeitskraft folge die Unfähigkeit des Arbeitnehmers zur Eigenvorsorge und die Bedürftigkeit nach Fremdvorsorge, sei es durch die Gewährung eines Bestandsschutzes in Form von Kündigungsschutz für das Rechtsverhältnis, das die Existenzgrundlage des Arbeitnehmers darstelle, sei es durch die Gewährung sozialer Leistungen wie z.B. Lohnfortzahlung, Altersversorgung, Urlaubsgeld. Aus der Fremdnützigkeit ergebe sich also die Schutzbedürftigkeit und -würdigkeit des Arbeitnehmers, die die Entwicklung des Arbeitsrechts begleite und rechtfertige.⁴¹⁵ Daß der Arbeitgeber durch die genannte Daseinsvorsorge für die Arbeitnehmer wesentlich belastet werde, lasse sich dadurch rechtfertigen, daß der Arbeitgeber seine eigenen Dispositionsmöglichkeiten durch die Indienstnahme fremder Arbeitskräfte entsprechend erweitere.⁴¹⁶

Für die Grenzfälle zwischen Arbeits- und Dienstvertragsrecht sei folglich danach zu unterscheiden, ob ein zur Schutzbedürftigkeit führender Dauerverzicht auf die Möglichkeit eigener (unternehmerischer) Teilnahme am Marktgeschehen vorliege oder ob eine vertragliche

⁴¹³ Lieb (1976 A) 209-212; ders. (1977), 210f.; ders. (1994), 1-3.

⁴¹⁴ Wiedemann (1966), 14-18. Dazu Lieb (1974), 259.

⁴¹⁵ Lieb (1976 A), 214; ders. (1977), 215; ders. (1994), 3f.

Dienstleistungsverpflichtung für anderweitigen unternehmerischen Einsatz der Arbeitskraft Spielraum lasse. Letzteres sei nicht nur der Fall, wenn der Dienstverpflichtete angesichts des Fehlens einer Verpflichtung, die Arbeitskraft voll in den Dienst eines anderen zu stellen, mit mehreren Auftraggebern kontrahieren könne, sondern auch dann, wenn eine vollständige Zurverfügungstellung der Arbeitskraft vorliege, diese aber bewußt zeitlich beschränkt sei und damit die Möglichkeit eröffne, die eigene Arbeitskraft nacheinander mehreren Auftraggebern zur Verfügung zu stellen.⁴¹⁷

4.7. Abgrenzung nach Richardi - Offenheit des Arbeitnehmerbegriffs

Richardi widerspricht sämtlichen vorgenannten Abgrenzungsmodellen.

Zunächst wendet er sich schon grundsätzlich gegen die vom BAG und der herrschenden Lehre angewandte typologische Bestimmung des Arbeitnehmerbegriffs. Für die Rechtsfindung sei ein Typusbegriff, der durch eine Reihe von Merkmalen bestimmt werde, die jedoch nicht jeweils sämtlich vorzuliegen brauchten, ein Muster ohne Wert, solange offen bliebe, nach welchen normativen Gesichtspunkten es sich richte, welche Merkmale fehlen könnten. Eine Klarstellung des Arbeitnehmerbegriffs lasse sich nur erzielen, wenn man bei umstrittenen Fallgruppen wie auch sonst den Bedeutungsinhalt eines Begriffs teleologisch bestimme, ihn also durch den Sinnzusammenhang zwischen Tatbestand und Rechtsfolge erschließe. Dazu leiste eine typologische Rechtsfindung keinen Beitrag.⁴¹⁸

Des weiteren hält er aber auch die von Wank und Lieb jeweils teleologisch gefundene Begriffsbestimmung für verfehlt, da sowohl Wank mit seinem Merkmal der freiwilligen Übernahme des Unternehmerrisikos als auch Lieb mit seinem Merkmal der sozialen Schutzbedürftigkeit an der Grundkonzeption festhielten, durch eine richtige Definition des Arbeitnehmerbegriffs festzulegen, ob auf das Vertragsverhältnis zwischen Beschäftigtem und Unternehmer der Gesamtkomplex des Arbeitsrechts Anwendung finde. Dies sei verfehlt, da bei einer derartigen grundsätzlichen Festlegung die Verschiedenheit der arbeitsrechtlichen Gel-

⁴¹⁶ Lieb (1977), 215/216; ders. (1994), 4 und 10/11.

⁴¹⁷ Lieb (1974), 259f., 268; ders. (1977), 215; ders. (1994), 11. Ganz ähnlich Beuthien, V./Wehler (1978 A), 5-7; dies. (1978 B); und Kreuder (1996 B), 389f., der im übrigen auch auf Elemente Wanks und der h.M zurückgreift.

⁴¹⁸ Richardi/Wlotzke (1992) - Richardi, 329. Vgl. auch Richardi (1984), 615f.

tungsgründe nicht analysiert und in die Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft einbezogen werde.⁴¹⁹

Letzteres sei nach Richardi jedoch erforderlich, da mit dem Begriff des Arbeitnehmers eine Vielzahl unterschiedlicher Regelungen verbunden werde. Der Arbeitnehmerbegriff als Rechtsbegriff könne nur dann eine Einheit bilden, wenn die Gesamtheit der arbeitsrechtlichen Regelungen einen einzigen materiellen Geltungsgrund aufweisen würde, wie dies vom BAG und der herrschenden Lehre mit dem Merkmal der persönlichen Abhängigkeit, aber auch von Wank und Lieb unzutreffend angenommen werde. Zwar könne man den Arbeitnehmerbegriff auf den Personenkreis beziehen, der aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags unselbständige Dienstleistungen zu erbringen habe, da die das Arbeitsrecht kennzeichnende Unselbständigkeit des Arbeitnehmers nicht Voraussetzung, sondern Folge eines rechtsgeschäftlichen Leistungsversprechens sei, das den Arbeitsvertrag von anderen Verträgen auf Leistung von Arbeit unterschieden. Dieser Besonderheit des rechtsgeschäftlichen Leistungsversprechens müsse aber keineswegs entsprechen, daß der materielle Geltungsgrund der für das Arbeitsverhältnis geltenden Rechtsprinzipien und -regeln identisch sei. Das Gegenteil sei der Fall, der für die Rechtsregel maßgebliche materielle Geltungsgrund könne so verschieden sein, daß die Einbeziehung in den einen arbeitsrechtlichen Regelungsbereich nicht notwendigerweise dazu zwingt, eine Person auch in den anderen arbeitsrechtlichen Regelungsbereich einzubeziehen. Der Arbeitnehmerbegriff könne damit von Gesetz zu Gesetz verschieden sein, die Arbeitnehmereigenschaft könne nur relativ festgelegt werden. Der Arbeitnehmerbegriff sei offen und darum im Einzelfall im Hinblick auf die unterschiedlichen materiellen Geltungsgründe, die Teleologie der jeweiligen arbeitsrechtlichen Regelung, zu differenzieren.⁴²⁰

4.8. Abgrenzung nach Hromadka - Abgestuftes Arbeitsrecht

Zu einem ganz ähnlichen Ergebnis wie Richardi kommt Hromadka.

Er verteidigt zunächst das Merkmal der persönlichen Abhängigkeit als das zutreffende „trennscharfe“ Kriterium für die Abgrenzung von Selbständigen, Arbeitnehmern und Ar-

⁴¹⁹ Richardi/Wlotzke (1992) - Richardi, 324-326, 330.

beitnehmerähnlichen, da derjenige, der keine Chancen am Wirtschaftsmarkt habe, nicht, wie nach Wank, notwendigerweise Arbeitnehmer sei, sondern auch Arbeitnehmerähnlicher und damit Selbständiger sein könne. Wer hingegen aufgrund eines Dienstvertrags in persönlicher Abhängigkeit für einen anderen tätig sei, sei Arbeitnehmer - Selbständiger oder Arbeitnehmerähnlicher könne er nicht sein. Insofern kenne das geltende Recht kein duales System von Selbständigen und Arbeitnehmern, sondern eine Trias von Selbständigen, Arbeitnehmerähnlichen und Arbeitnehmern, wobei die Arbeitnehmerähnlichen mit den einen die Selbständigkeit, mit den anderen die Schutzbedürftigkeit aufgrund ihrer wirtschaftlichen Abhängigkeit gemeinsam hätten.⁴²¹ Jede Umdefinition des Arbeitnehmerbegriffs in eine Zweiteilung sei eine Rechtsfortbildung contra legem, für die deren Vertreter zureichende Gründe bislang schuldig geblieben seien.⁴²²

Gleichzeitig weist Hromadka aber darauf hin, daß mit der Entscheidung der Frage des Arbeitnehmerbegriffs die Frage der Anwendbarkeit arbeitsrechtlicher Vorschriften nicht beantwortet sei. Die Wirklichkeit arbeitsrechtlicher Regelungen sei vielschichtiger, es gehe bei ihnen nicht um ein Alles oder Nichts, da das Arbeitsrecht schon heute z.B. nach leitenden Angestellten, „Normalarbeitnehmern“ und besonders schutzwürdigen Gruppen (Schwerbehinderte, Jugendliche, Frauen im Mutterschutz, Belegschaftsvertreter usw.) unterscheide; einen Teilschutz genössen die Arbeitnehmerähnlichen. Auf der Arbeitgeberseite stufe das Arbeitsrecht z.B. nach der Zahl der Beschäftigten und nach der Dauer des Bestands des Unternehmens ab; ein Sonderarbeitsrecht gelte für Tendenzunternehmen. Im Beschäftigungsverhältnis selbst seien Anknüpfungspunkte die Dauer der Beschäftigung, deren Umfang, die Ausübung in Haupt- und Nebentätigkeit und anderes mehr.⁴²³

Entscheidend für die Anwendung arbeitsrechtlicher Normen ist für Hromadka damit nicht die Bejahung oder Verneinung der Arbeitnehmereigenschaft, sondern der jeweilige Normzweck unter Einbeziehung auch des Sozialversicherungsrechts, dessen Funktion es gerade sei, da auszuhelfen, wo arbeitsrechtlicher Schutz fehle. Um nun Leitlinien zu gewinnen, anhand derer entschieden werden könne, ob und inwieweit arbeitsrechtliche Bestimmungen auf Arbeitsverhältnisse und Rechtsverhältnisse zwischen arbeitnehmerähnlichen Selbständigen und anderen Selbständigen anzuwenden sei, empfehle sich eine stärkere Aufschlüsse-

⁴²⁰ Richardi/Wlotzke (1992) - Richardi, 326f., 329f. Vgl. auch Richardi (1984), 616f., 621-624.

⁴²¹ Hromadka (1998), 196 und 198f.

⁴²² Hromadka (1997), 576.

lung der gesetzlichen Regelung nach dem Umstand, der sie ausgelöst habe, dem Regelungsbedarf, den dieser Umstand hervorrufe, und der gesetzlichen Regelung selbst. Anschließend sei zu prüfen, ob und inwieweit es sich bei den auslösenden Faktoren um arbeitsrechtsspezifische Umstände oder um Umstände handle, die eben – nur - auch beim Arbeitsverhältnis eine Rolle spielten.⁴²⁴

Diese Prüfung ergibt nach Hromadka, daß die wenigsten Mangellagen arbeitsrechtsspezifisch sind. Manche seien arbeitsvertragstypisch, manche könnte bei (beinahe) jedem Vertragstyp auftreten. Letzteres gelte vor allem für die wirtschaftliche und intellektuelle Über- oder Unterlegenheit, aber auch für den Gefahrenschutz. So bedürfe z.B. derjenige des technischen Arbeitsschutzes, der in fremden Gebäuden, mit fremden Mitteln und Stoffen arbeite, unabhängig davon, ob er Arbeitnehmer sei oder aufgrund eines Dienst- oder Werkvertrags, eines sonstigen Vertrags oder ganz ohne Vertrag tätig werde. Im Rahmen des Sozialschutzes, wo der Arbeitgeber über die Leistungen im Austauschverhältnis Arbeitsvertrag hinaus zu Leistungen der Daseinsvorsorge herangezogen werde, sei z.B. besonders sorgfältig zu prüfen, ob auf der einen Seite das für diese Leistungen vorausgesetzte Bedürfnis bestehe - ob der betreffende Arbeitsvertragstypus also typischerweise dem Lebensunterhalt diene -, und ob auf der anderen Seite dem besonderen Arbeitgebertypus - „Jungunternehmer“, Kleinunternehmer, Hausfrau/mann - diese Last überhaupt auferlegt werden könne. Dabei sei auch zu bedenken, daß die Gleichung „Selbständiger = zur eigenen Daseinsvorsorge fähig“ und „Arbeitnehmer = dazu unfähig“ heute in dieser Allgemeinheit nicht mehr zutrefte.⁴²⁵ Im übrigen könne, wer mit einem Unternehmen in der Gründungsphase oder mit einem Kleinunternehmen zusammenarbeite, nicht dieselben Leistungen erwarten wie ein Arbeitnehmer in einem gutgehenden „Multi“.⁴²⁶

Nach Hromadkas Ansicht ist die Zeit der Einheitslösungen mit dem Normalarbeitsverhältnis zwischen einem „besitzlosen Arbeiter“ auf der einen Seite und einem „kapitalbesitzenden Unternehmer“ auf der anderen Seite vorbei. Der Wandel zur Dienstleistungsgesellschaft und die technische Entwicklung insbesondere im Kommunikationsbereich hätten die äußeren

⁴²³ Hromadka (1997), 577f.

⁴²⁴ Hromadka (1997), 578. Vgl. auch dens. (1998), 201.

⁴²⁵ Hromadka (1997), 578f. Letzteres kritisiert auch Brand, zitiert nach Elsner (1996 A), 102; ders., zitiert nach Elsner (1996 B), 165. Vgl. demgegenüber Oppolzer (1998), 50f., zu den „tiefgreifenden“ Einkommens- und Vermögensunterschieden zwischen Arbeitgebern und -nehmern sowie deren Auswirkungen auf die strukturelle Unterlegenheit der Arbeitnehmer.

⁴²⁶ Hromadka (1997), 580.

Voraussetzungen dazu geschaffen, daß die Tendenz zu mehr Selbständigkeit gehe. Das Arbeitsrecht könne diesen Wandel nur begleiten und dazu beitragen, daß die Kluft zwischen Rundumschutz bei Abhängigkeit und der Gefahr eines Absturzes ins Bodenlose bei Selbständigkeit überbrückt würden. Erforderlich seien insoweit gleitende Übergänge vom Sonderschutz besonders schutzbedürftiger Arbeitnehmergruppen bis hin zum Schutz vielleicht nur zeitweise oder in bestimmter Hinsicht schutzbedürftiger Selbständiger.⁴²⁷ Stärker als bisher sei dabei auch der Arbeitgeber in den Blick zu nehmen, die Funktionsfähigkeit des Unternehmens nach innen und die Wettbewerbsfähigkeit nach außen dürften nicht über Gebühr beeinträchtigt werden.⁴²⁸ Ob man dabei von einem engen Arbeitnehmerbegriff ausgehe und arbeitsrechtliche Vorschriften auf ähnlich schützenswerte Gruppen entsprechend anwende oder von einem weiten Arbeitnehmerbegriff, von dem man von Fall zu Fall nicht von dem Zweck der Norm erfaßte Gruppen ausnehme, sei eine eher rechtstechnische Frage, wenn auch von nicht zu unterschätzender psychologischer Bedeutung.⁴²⁹

4.9. Gesetzgebungsvorschläge

Es liegen inzwischen mehrere Vorschläge für eine gesetzliche Regelung der Arbeitnehmereigenschaft vor, die kurz vorgestellt werden.

Der Arbeitskreis Deutsche Rechtseinheit im Arbeitsrecht hat 1992 auf dem 52. Deutschen Juristentag einen Diskussionsentwurf zu einem Arbeitsvertragsgesetz vorgelegt, der in § 1 Abs. 3 eine negative Abgrenzung der Arbeitnehmereigenschaft vorsieht: „Personen, die aufgrund unternehmerischer Tätigkeit am Markt auftreten, sind keine Arbeitnehmer“ (siehe im einzelnen Kapitel 11.1.).⁴³⁰ Dabei wurde von dem Abgrenzungsmodell Wanks (dazu Kapitel 4.5.), der Mitglied des Arbeitskreises war, ausgegangen.⁴³¹ In der Begründung heißt es, daß nicht des arbeitsrechtlichen Schutzes bedürfe, wer freiwillig ein Unternehmerrisiko über-

⁴²⁷ Gegen das „Alles-oder-Nichts-Prinzip“ auch Appel/Franzoiich (1998); Heinze (1997), 3f.; Hümmerich (1998), 2628 u. 2632-2634.

⁴²⁸ Ganz ähnlich Hümmerich (1998), 2633.

⁴²⁹ Hromadka (1997), 579f. Ähnlich in Ansätzen Schliemann (1997), 326, der die Anwendung arbeits- und sozialrechtlicher Instrumente weniger von der Art der Erwerbstätigkeit als vielmehr von der besonderen Schutzbedürftigkeit im Einzelfall abhängig machen möchte. Für eine Abkoppelung rechtlicher Gewährleistungen vom Erfordernis eines Arbeitsverhältnisses oder die Geltung von Teilen des Arbeits- und Sozialrechts auf eine „Mittelkategorie von Nicht-Arbeitnehmern“ auch Mückenberger (1992), 458.

⁴³⁰ Arbeitskreis Deutsche Rechtseinheit im Arbeitsrecht (1992), D 19. Vgl. zum Entwurf Buchner (1992); Henssler (1992); Steinmeyer/Jürging (1992); Wisskirchen/Worzalla (1992).

nehme, d.h. in der Regel mit einer eigenen Organisation die Möglichkeit zu unternehmerischem Gewinn oder Verlust habe. Eine Umgehung des Arbeitsrechts liege hingegen vor, wenn dem Beschäftigten die Risikoübernahme aufgezwungen werde. Schließlich wird auch angeführt, daß die Definition des Arbeitnehmerbegriffs durch die h.M. methodisch und sachlich zweifelhaft sei, da bei teleologischer Begriffsbildung zwischen dem Tatbestand und den Rechtsfolgen ein Sinnzusammenhang bestehen müsse.⁴³²

Auf der Grundlage des Diskussionsentwurfs des Arbeitskreises Deutsche Rechtseinheit im Arbeitsrecht hat der Freistaat Sachsen den Entwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes erstellt und 1995 auf den Gesetzgebungsweg gebracht (siehe im einzelnen Kapitel 11.2.).⁴³³ Im darauffolgenden Jahr brachte dann das Land Brandenburg den Entwurf eines Gesetzes zur Bereinigung des Arbeitsrechts in den Bundesrat ein, dessen Art. 1 ebenfalls ein Arbeitsvertragsgesetz enthält, in welchem der Arbeitnehmerbegriff aber umfassender als in den vorgenannten Entwürfen geregelt wird (siehe im einzelnen Kapitel 11.3.).⁴³⁴

⁴³¹ Henssler (1992), 836 Fn. 36.

⁴³² Arbeitskreis Deutsche Rechtseinheit im Arbeitsrecht (1992), D 86.

⁴³³ Freistaat Sachsen (1995), 15. Ausführlich zu dem Gesetzentwurf Sachsens Neumann (1995), zu den Gesetzentwürfen der Länder Sachsen, Brandenburg und Hessen/Nordrhein-Westfalen insgesamt Griese (1996) und Sitte (1997), 91-95.

⁴³⁴ Zum brandenburgischen Entwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes ausführlich Trimbach/Kutterer (1997) und speziell zur Regelung des Arbeitnehmerbegriffs auf S. 59.

5. Die Abgrenzung von Außendienstangestellten und Handelsvertretern

Für die nähere Betrachtung der Abgrenzung von Außendienstangestellten und Handelsvertretern werden zunächst die besonderen Abgrenzungsschwierigkeiten, die sich im Bereich des Außendienstes ergeben, gezeigt. Es folgt dann die Darstellung der gesetzlichen Konzeption sowie der von der Rechtsprechung und Literatur vertretenen Lösungen.

5.1. Besondere Abgrenzungsschwierigkeiten im Außendienst

Bei der Abgrenzung der Außendienstangestellten von den Handelsvertretern treten besondere Schwierigkeiten auf. Die Ursachen finden sich zum einen in der Außendienstarbeit, zum anderen in betriebswirtschaftlichen Entscheidungen.

5.1.1. Abgrenzungsschwierigkeiten aufgrund der Außendiensttätigkeit, insbesondere der betriebsexternen Arbeit

Bei den Abgrenzungsschwierigkeiten im Außendienst spielen sowohl die Umstände, die typisch für eine betriebsexterne Tätigkeit sind, als auch die besonderen Umstände der Außendienstarbeit eine große Rolle.

Geht man mit dem BAG und der herrschenden Lehre z.B. zunächst davon aus, daß aus § 84 Abs. 1 S. 2 HGB als entscheidendes Merkmal für die Arbeitnehmereigenschaft die Weisungsgebundenheit und Fremdbestimmtheit des Mitarbeiters bezüglich der Zeit und Dauer, des Ortes sowie der Art und Weise der Durchführung der Tätigkeit folgt, so fällt ohne weiteres auf, daß betriebsextern Tätige notwendigerweise bezüglich der Gestaltung ihrer Arbeitszeit, ihres Arbeitsortes und der Durchführung ihrer Tätigkeit in großem Maße weisungsunabhängig und darum selbstbestimmt sind. Dies gilt schon seit langem für Außendienstmitarbeiter als „Unternehmer im Unternehmen“ (vgl. insoweit Kapitel 3.8.4.).

Eine weitere große Schwierigkeit folgt aus dem bei der betriebsexternen Tätigkeit zur Steue-

rung erforderlichen Management by Objectives (dazu Kapitel 2.4.3.). Ein Arbeitnehmer wird aufgrund eines Arbeitsvertrags - als Unterfall des Dienstvertrags - tätig, aufgrund dessen er eine Tätigkeit als solche, d.h. die Verwendung seiner Arbeitskraft, nicht jedoch einen bestimmten Arbeitserfolg schuldet. Der Arbeitsvertrag ist vom Werkvertrag zu unterscheiden, bei dem als Leistung die Herbeiführung eines bestimmten vereinbarten Arbeitsergebnisses, also ein Erfolg geschuldet wird.⁴³⁵ Folglich liegt bei einem Werkvertrag kein Arbeitsverhältnis vor, und der Vertragspartner, der sich zur Arbeitsleistung im Sinne der Herbeiführung eines Erfolges verpflichtet, ist nicht Arbeitnehmer. Beim Management by Objectives spielt nun die Arbeitsleistung als solche und die geleistete Arbeitszeit keine wesentliche Rolle mehr, sondern der Arbeitserfolg, das Arbeitsergebnis rückt in den Vordergrund. Die geschuldete Arbeitsleistung nähert sich damit stark einer werkvertraglich geschuldeten Leistung an, die Arbeit erhält beim Management by Objectives einen „werkvertragsähnlichen Erfolgsbezug“.⁴³⁶ Die Grenzen zwischen Arbeits- und Werkvertrag und somit zwischen Unselbständigkeit und Selbständigkeit verwischen.

Und auch die sowohl im Außendienst als auch allgemein bei der betriebsexternen Arbeit als Steuerungsmittel weitverbreitete erfolgsabhängige Entlohnung durch Prämien und Provisionen (dazu Kapitel 2.4.3.) führt zu einer Vermengung des arbeitsrechtlichen Grundverhältnisses mit unternehmerischen Entlohnungsprinzipien. Der betriebsextern Tätige trägt damit nicht nur ein unternehmerisches oder zumindest unternehmerähnliches Risiko, sondern er erhält auch unternehmerische oder zumindest unternehmerähnliche Chancen.⁴³⁷

Speziell im Außendienst besteht zudem die Schwierigkeit, daß schon nach der gesetzlichen Konzeption (dazu Kapitel 5.2.) ein und dieselbe (Außendienst-)Tätigkeit sowohl von Außendienstangestellten als auch von Handelsvertretern, also sowohl von Arbeitnehmern als auch von Selbständigen ausgeübt werden kann.⁴³⁸ Erschwerend tritt noch hinzu, daß die

⁴³⁵ Anstatt vieler: Palandt (1998), Einf. v. § 631 Rn. 1 und 5; Schaub (1996), 162f. und 217. Ausführlich zur Abgrenzung von Werk-, Dienst- und Arbeitsvertrag Becker (1982), 32-49.

⁴³⁶ Begriff bei Linnenkohl/Kilz/Rauschenberg/Reh (1991), 205. Vgl. auch Fangmann (1994), 212; Linnenkohl (1996), 51.

⁴³⁷ Vgl. Lieb (1976 B), 2209, der umgekehrt argumentiert, daß gerade der Umfang unternehmerischer Dispositionsmöglichkeiten und unternehmerischer Chancen bei dem Einsatz der eigenen Arbeitskraft im Außendienst einen Provisionsbestandteil im Gehalt rechtfertige.

⁴³⁸ Vgl. BSG, Urteil v. 29.1.1981 - 12 RK 63/79, AP Nr. 4 zu § 92 HGB = BB 1981, 2074f. (2074): „Die Vertragstypen des Handelsvertreters und des mit der Vermittlung von Geschäften betrauten Handlungsgehilfen unterscheiden sich mithin nicht nach der Art der zu leistenden Dienste ...“; Dichtl/Raffée/Niedetzky (1981), 5; Seifert (1998), 405. Vgl. im übrigen Berndt (1998), 895f., der für die Abgrenzung von Arbeitnehmern und Selbständigen zwischen „klassischen“ Arbeitnehmertätigkeiten und den sog. „freien Berufen“ unter-

Rechtsstellung des jeweiligen Außendienstmitarbeiters nach außen, d.h. vor allem gegenüber den Kunden, regelmäßig nicht in Erscheinung tritt, so daß sich aus dem tatsächlichen Erscheinungsbild und dem Auftreten gegenüber Dritten kein Unterschied zwischen dem Außendienstangestellten und dem Handelsvertreter entnehmen läßt.⁴³⁹

Es gibt aber nicht nur einen Grenzbereich, in dem sich Außendienstangestellte und Handelsvertreter in bezug auf ihre Selbständigkeit nahestehen,⁴⁴⁰ sondern es kommt sogar vor, daß ein Außendienstangestellter, der für ein bestimmtes Unternehmen tätig ist, bei der Gestaltung seiner Tätigkeit und Arbeitszeit freier ist als ein für ein anderes Unternehmen tätiger Handelsvertreter, einem Außendienstangestellten also eine „selbständigere“ Stellung zukommt als einem Handelsvertreter.⁴⁴¹

5.1.2. Abgrenzungsschwierigkeiten aufgrund betriebswirtschaftlicher Entscheidungen

In der Praxis folgen eine unklare vertragliche und tatsächliche Ausgestaltung des Verhältnisses zwischen Außendienstangestellten und Handelsvertretern und damit die genannten Abgrenzungsschwierigkeiten nicht zwangsläufig aus einem „bösen Willen“ des Unternehmers, sondern häufig - auch - aus den betriebswirtschaftlichen Kriterien, die hinter der Durchführung des Einsatzes von Außendienstmitarbeitern stehen.

So ist zunächst bei der Betrachtung der betriebswirtschaftlichen Literatur festzustellen, daß schon im Hinblick auf die Entscheidung, ob für den Vertrieb Außendienstangestellte oder Handelsvertreter eingesetzt werden sollen, die im Arbeitsrecht zur Abgrenzung herangezogenen Merkmale (dazu sogleich in Kapiteln 5.2. und 5.3.) so gut wie keine Rolle spielen. Ganz selbstverständlich werden die einzusetzenden Außendienstmitarbeiter an den Unternehmenszielen, speziell den betrieblichen Marketing-Zielen, und nicht grenzziehend an den

scheiden will. Bei letzteren liege die besondere Schwierigkeit vor, daß sie als „Tätigkeiten höherer Art“ gleichermaßen in einem Arbeitsverhältnis wie auch in einem „freien Dienstverhältnis“ (freie Mitarbeit) ausgeübt werden könnten.

⁴³⁹ Hartmann/Christians (1984), 1371; Küstner (1985), 17.

⁴⁴⁰ So BVerfG, Beschluß v. 25.10.1977 - 1 BvR 15/75, BVerfGE 46, 224-246 (235); Martinek/Semler (1996) - Wank, § 7 Rn. 65; Staub u.a. (1995) - Brüggemann, § 84 Rn. 7.

⁴⁴¹ Küstner (1985), 17; Küstner/v. Manteuffel (1992), 32-35; Küstner/v. Manteuffel/Evers (1995), 50; Westphal (1991), 11.

Merkmale des § 84 HGB gemessen.⁴⁴²

Als entscheidungserhebliche Vorteile für den Einsatz von Handelsvertretern werden in der Regel bereits Kriterien genannt, die arbeitsrechtlich ohne Bedeutung sind, wie z.B. deren Marktnähe, Kundenstamm, Vertretungssortiment und Kostenflexibilität. Gleiches gilt für die - in der Betriebswirtschaft umstrittenen - Merkmale wie der beruflichen Qualifikation, der Flexibilität des Einsatzes, der Leistungsfähigkeit, der Beratungsqualität und der Imagewirkungen. Etwas anders ist es zwar im Ansatz bei den Außendienstangestellten, als deren Vorteile u.a. eine ausführlichere Berichterstattung, eine stärkere Weisungsgebundenheit und eine bessere Kontrollierbarkeit genannt werden,⁴⁴³ allesamt Merkmale, die auch im Arbeitsrecht im Rahmen der Abgrenzung von Außendienstangestellten und Handelsvertretern eine Rolle spielen. Aber im Ergebnis finden diese Kriterien so gut wie keinen Eingang in die betriebswirtschaftlichen Entscheidungsmodelle, da sich derartige qualitative Aspekte, wenn überhaupt, nur sehr schwer zahlenmäßig erfassen und mit dem Unternehmenserfolg in Verbindung bringen lassen. So stehen in der betriebswirtschaftlichen Literatur und Praxis bei der Entscheidung des Einsatzes von Außendienstangestellten oder Handelsvertretern im Außendienst auch diese qualitativen Faktoren nur selten im Vordergrund der Überlegungen. Vielmehr wird die Mehrzahl der einschlägigen unternehmerischen Entscheidungen primär unter dem Gesichtspunkt der Wirtschaftlichkeit - unter Berücksichtigung der diese bestimmenden quantitativen Einflußgrößen Kosten und Leistung - gefällt, da man der Überzeugung ist, die Auswirkungen des Einsatzes von Außendienstangestellten und Handelsvertretern auf die Kosten und den Ertrag relativ einfach und sicher mittels Kostenrechnung und Statistik klären zu können.⁴⁴⁴

Diese allein betriebswirtschaftlich orientierte Betrachtung setzt sich dann bei der Behandlung der bereits im Einsatz befindlichen Außendienstmitarbeiter fort. Ein Bereich, in dem sich dies besonders deutlich auswirkt, ist die Steuerung und Kontrolle des Außendienstes.

⁴⁴² Vgl. die Vorgehensweise bei Niedetzky (1988), 24f.; Ortman (1977), 18-25, mit einer Analyse der entscheidenden betrieblichen Faktoren und Marktfaktoren; Stötter (1978), 432.

⁴⁴³ Dichtl/Raffée/Niedetzky (1981), 2; Krafft (1996), 761; Niedetzky (1988), 25f., jeweils mit einer tabellarischen Zusammenstellung der wesentlichen Vor- und Nachteile der alternativen Absatzformen Handelsvertreter und Außendienstangestellte. Vgl. auch Ortman (1977), 22.

⁴⁴⁴ Vgl. zusammenfassend Dichtl/Raffée/Niedetzky (1981), 2f., 11-14, die ein umfangreiches Schema zur detaillierten Erfassung der Kostenbelastung durch die alternativen Außendienstsysteme vorstellen und die Mehrdimensionalität einer solchen Kostenbetrachtung aufzeigen. Kritisch zur Absatzformwahl zwischen Handelsvertretern und Außendienstangestellten aufgrund reiner Kostenüberlegungen, da wichtige Steuerungs- und Effektivitätskriterien außer acht blieben, Krafft (1996), 760.

Wie soeben in Kapitel 5.1. gesehen, führt die Steuerung und Kontrolle des Außendienstes durch das Management by Objectives und die erfolgsabhängige Vergütung zu einer Überlagerung der abhängigen Arbeit mit Elementen der selbständigen Tätigkeit. Gleiches gilt für ein weiteres Instrument der Kontrolle des Außendienstes. In der betriebswirtschaftlichen Literatur wird umfangreich die Kontrolle des Außendienstes mittels Verkaufs- und Besuchs- bzw. Tätigkeitsberichten (auch unter EDV-Einsatz) besprochen.⁴⁴⁵ Derartige Berichte haben erhebliche Folgen für die Abgrenzung des Außendienstangestellten vom Handelsvertreter (dazu sogleich in Kapitel 5.3.3.), ein Umstand, den die - zitierte - betriebswirtschaftliche Literatur nicht berücksichtigt.

5.2. Gesetzliche Konzeption für den Außendienst

Das Gesetz hält für die rechtliche Stellung der Außendienstmitarbeiter, die ständig damit betraut sind, für einen Unternehmer Geschäfte zu vermitteln oder in dessen Namen abzuschließen, jedenfalls in Grundzügen ein klares Konzept bereit.⁴⁴⁶

Auf der einen Seite gibt es gem. § 84 Abs. 1 S. 1 HGB als Selbständigen den Handelsvertreter: „Handelsvertreter ist, wer als selbständiger Gewerbetreibender ständig damit betraut ist, für einen anderen Unternehmer (Unternehmer) Geschäfte zu vermitteln oder in dessen Namen abzuschließen.“ Dem steht, wie § 84 Abs. 2 HGB ausdrücklich klarstellt, der Außendienstangestellte als Arbeitnehmer gegenüber: „Wer, ohne selbständig im Sinne des Absatzes 1 zu sein, ständig damit betraut ist, für einen Unternehmer Geschäfte zu vermitteln oder in dessen Namen abzuschließen, gilt als Angestellter.“ Ein Außendienstmitarbeiter, der ständig damit betraut ist, für einen Unternehmer Geschäfte zu vermitteln oder in dessen Namen abzuschließen, kann im Verhältnis zu diesem Unternehmer also zwingend entweder nur selbständiger Handelsvertreter mit den Folgen der §§ 85ff. HGB, insbesondere des Ausgleichsanspruchs nach § 89 b HGB, oder nur Arbeitnehmer sein, auf den das Recht der Handlungsgehilfen (§§ 59ff. HGB) und ergänzend das allgemeine Arbeitsrecht Anwendung

⁴⁴⁵ Bopp/Molkenbur (1995), 514f.; Handelsdienst (1990), 18-20; Hermanns/Prieß (1987), 39f., 86-88; Hunold (1993 A), 122-132; Kindler, D. (1991), 19; Krüger (1984), 106-143, insb. 120-122; Lapp (1966), 57-66; Lohmüller (1966), 1038; Mandelke (1993), 108, 114f.; Marketing-Report 31 (1988), 139-143; Mayer (1996), 75f.; Niggemann (1984), 113-115; Ortmann (1977), 99-109; Wolter (1978), 187-192; Wuth (1989), 62f.; Zahn (1979).

⁴⁴⁶ Zu anderen Hilfspersonen, die der Unternehmer zur Förderung seines Absatzes ein- oder zwischenschaltet, vgl. MüKo HGB (1996) - v. Hoyningen-Huene, Vor § 84 Rn. 1-22.

findet. Eine abweichende Rechtsstellung eines derart tätigen Außendienstmitarbeiters gibt es nicht.⁴⁴⁷

Des weiteren enthält § 84 Abs. 1 S. 2 HGB eine Definition der Selbständigkeit des Handelsvertreters: „Selbständig ist, wer im wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann.“ (Zu dem historischen Hintergrund und dem gesetzgeberischen Ziel dieser Regelung oben in Kapitel 3.8.1.). Das Gesetz nutzt und definiert hier als Kriterium für die Abgrenzung des Handelsvertreters vom Außendienstangestellten die persönliche Selbständigkeit. Zwar spricht es nur von „selbständig“ und nicht von „persönlich selbständig“, es ist aber unstrittig, daß § 84 Abs. 1 S. 2 HGB die **persönliche Selbständigkeit** im Gegensatz zur **wirtschaftlichen Selbständigkeit** meint. So bereits ausdrücklich die amtliche Begründung: „Die wirtschaftliche Selbständigkeit oder Unselbständigkeit kann aber im Gegensatz zu der persönlichen nicht als begriffliches Unterscheidungsmerkmal verwandt werden. Sowohl Handelsvertreter wie Angestellte sind wirtschaftlich von einem Dritten irgendwie abhängig ... Absatz 1 verlangt deshalb, daß der Handelsvertreter persönlich selbständig ist.“⁴⁴⁸

Für die Handelsvertreter hat der Gesetzgeber dann in den §§ 85ff. HGB eine gesetzliche Regelung geschaffen, „die der im allgemeinen schwächeren Stellung der Handelsvertreter Rechnung trägt. Zwingende gesetzliche Vorschriften sollen ihn in wesentlichen Punkten des Vertragsverhältnisses vor Vereinbarungen schützen, die ihn benachteiligen. Dies bedeutet zwar eine Beschränkung des für Kaufleute geltenden Grundsatzes der Vertragsfreiheit. Diese Einschränkung ist aber unumgänglich, weil die Mehrzahl der Handelsvertreter nicht die Stellung eines ‚königlichen Kaufmanns‘ hat, der keines Schutzes bedarf, sondern vielfach

⁴⁴⁷ BSG, Urteil v. 29.1.1981 - 12 RK 63/79, AP Nr. 4 zu § 92 HGB = BB 1981, 2074f. (2074); Abrahamczik (1995), 93; Baumbach/Hopt (1995), § 84 Rn. 39; Hopt (1992), § 84 Rn. 36; Heymann (1995) - Sonnenschein/Weitemeyer, § 84 Rn. 39; Hunold (1993 A), 9; Küstner/v. Manteuffel (1992), 31; Küstner/v. Manteuffel/Evers (1995), 49; Ordemann (1963), 498; Staub u.a. (1995) - Brüggemann, § 84 Rn. 26; Stötter (1978), 430; Stolterfoht (1973 A), 5. Es ist nach Kasseler HB 1 (1997) - Worzalla, 58; Küstner (1985), 34; ders./v. Manteuffel (1992), 52; Schröder, G. (1973), § 84 Rn. 4; v. Westphalen (1996) - Westphal, 160; Worzalla (1996), 73, allerdings möglich, daß ein Außendienstmitarbeiter für einen Unternehmer als Außendienstangestellter und parallel dazu für einen anderen Unternehmer als Handelsvertreter tätig ist. Zum zahlenmäßigen Verhältnis und Entwicklungstendenzen beim Einsatz von Außendienstangestellten und Handelsvertretern vgl. Handelsdienst (1990), 25-27.

⁴⁴⁸ Amtliche Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Handelsgesetzbuches, BT-Drucksache Nr. 3856 v. 15.11.1952, S. 14f. Vgl. des weiteren Abrahamczik (1996), 185; Baumbach/Hopt (1995), § 84 Rn. 35; Eberstein (1991), 25/26; Glanegger u.a. (1995), § 84 Rn. 5; Heymann (1995) - Sonnenschein/Weitemeyer, § 84 Rn. 8; Küstner/v. Manteuffel (1992), 40; Staub u.a. (1995) - Brüggemann, § 84 Rn. 15; Trinkhaus (1958), 11.

schlechter gestellt ist als ein Angestellter ... Diese Handelsvertreter vermögen, obwohl sie rechtlich ebenfalls selbständige Kaufleute sind, den wirtschaftlich überlegenen Unternehmern gegenüber nicht gleichberechtigt aufzutreten. Der Grundsatz der Vertragsfreiheit, der das Handlungsagentenrecht des HGB beherrscht, wirkt sich vielfach zu ihrem Nachteil aus.“⁴⁴⁹

Innerhalb der Gruppe der „im allgemeinen schwächeren“ Handelsvertreter unterscheidet das Gesetz schließlich zwischen solchen Handelsvertretern, die arbeitnehmerähnlich, und solchen, die nicht arbeitnehmerähnlich sind. Dabei gilt für die Bestimmung der arbeitnehmerähnlichen Handelsvertreter die allgemeine Definition der arbeitnehmerähnlichen Personen als Personen, die „zwar persönlich unabhängig sind, wirtschaftlich sich aber in einer ähnlich abhängigen Stellung befinden wie echte Arbeitnehmer.“⁴⁵⁰ An dieser Stelle wird also nunmehr das Merkmal der **wirtschaftlichen Selbständigkeit** genutzt.

Für die arbeitnehmerähnlichen Handelsvertreter bestehen mit § 92 a HGB, § 5 Abs. 3 ArbGG, § 2 S. 2 BUrIG und § 12 a Abs. 1 iVm. Abs. 4 TVG besondere Schutzvorschriften, die allerdings fast alle neben der Arbeitnehmerähnlichkeit weitere - einschränkende - Voraussetzungen aufweisen (dazu näher in Kapitel 3.5.1.2.).

Zusammenfassend unterteilt das Gesetz in den §§ 84ff. HGB die Außendienstmitarbeiter in Form der Absatzmittler also in drei Rechtsformgruppen:

1. Rechtsformgruppe: Die Außendienstangestellten, die aufgrund ihrer persönlichen Abhängigkeit Arbeitnehmer sind.

Auf diese Rechtsformgruppe findet das Arbeitsrecht Anwendung.

2. Rechtsformgruppe: Die nicht-arbeitnehmerähnlichen Handelsvertreter, die zwar rechtlich Selbständige,

⁴⁴⁹ Amtliche Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Handelsgesetzbuches, BT-Drucksache Nr. 3856 v. 15.11.1952, S. 10f.

⁴⁵⁰ Amtliche Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Handelsgesetzbuches, BT-Drucksache Nr. 3856 v. 15.11.1952, S. 10, und speziell zu § 92 a HGB auf S. 39-41. So auch schon zu § 5 Abs. 1 S. 2 ArbGG das RAG, Urteil v. 6.11.1935 - RAG. 163/35, ARS 25, 251-256 (253f.) mit Anm. Dersch. Im übrigen ausführlich Küstner/v. Manteuffel (1992), 84-92; Preis/Stoffels (1996), 446-448; Rewolle (1954), 214f.; Stolterfoht (1973 A), 6-10; Trinkhaus (1958), 13-15.

aber aufgrund ihrer im Vergleich zum beauftragenden Unternehmer wirtschaftlichen Schwäche besonders schützenswert sind,
 ohne vom beauftragenden Unternehmer wie ein Arbeitnehmer wirtschaftlich abhängig zu sein.

Auf diese Rechtsformgruppe finden die §§ 85ff. HGB mit Ausnahme des § 92 a HGB Anwendung.

3. Rechtsformgruppe: Die arbeitnehmerähnlichen Handelsvertreter, die zwar rechtlich Selbständige,
 aber nicht nur im Verhältnis zum beauftragenden Unternehmer wirtschaftlich schwächer, sondern von diesem sogar wie ein Arbeitnehmer wirtschaftlich abhängig sind.

Auf diese Rechtsformgruppe finden die §§ 85ff. HGB, insbesondere § 92 a HGB, sowie § 5 Abs. 3 ArbGG, § 2 S. 2 BUrIG und § 12 a Abs. 1 iVm. Abs. 4 TVG Anwendung, soweit deren übrige Voraussetzungen erfüllt sind.

5.3. Abgrenzung nach Rechtsprechung und ganz herrschender Literatur - „Schwerpunkttheorie“

Im Rahmen der Abgrenzung von Außendienstangestellten und Handelsvertretern ist sich die Rechtsprechung nicht nur untereinander, sondern auch mit der Literatur, die sich speziell mit dieser Problematik befaßt, ganz überwiegend einig.

Rechtsprechung und herrschendes Schrifttum gehen für die Abgrenzung von Außendienstangestellten und Handelsvertretern von der allgemeinen Definition des Arbeitnehmerbegriffs sowie den allgemeinen Abgrenzungsmerkmalen aus (dazu in Kapiteln 4.). Dies ist insofern selbstverständlich, als die Abgrenzungsregelung des § 84 Abs. 1 S. 2 HGB ja gerade als Grundlage und Ausgangspunkt der allgemeinen Abgrenzung von Arbeitnehmern und Selbständigen herangezogen wird, also die allgemeine Abgrenzung auf der Abgrenzung im Außendienst gründet (dazu in Kapitel 4.1.). Weil die betriebsexterne Tätigkeit aber besonde-

re Schwierigkeiten für die Abgrenzung von Arbeitnehmern und Selbständigen schafft,⁴⁵¹ ziehen Rechtsprechung und herrschendes Schrifttum für die Abgrenzung des Außendienstangestellten vom Handelsvertreter des weiteren Merkmale heran, die die besondere Situation im Außendienst berücksichtigen. So stellen sie z.B. umfangreich auf die Kontrolle des Außendienstmitarbeiters ab, und für diesen Bereich nutzt z.B. auch das BAG in ständiger Rechtsprechung das Unternehmerrisiko als Merkmal der Selbständigkeit (dazu sogleich näher).

Für die Feststellung im Einzelfall, ob die Merkmale eines Außendienstangestellten vorliegen, ziehen Rechtsprechung und herrschende Literatur dann wie schon bei der allgemeinen Abgrenzung von Arbeitnehmern und Selbständigen alle für eine Abgrenzung in Betracht kommenden Umstände heran.⁴⁵² Und auch bei diesen Umständen bzw. Indizien nehmen Rechtsprechung und herrschendes Schrifttum auf die speziellen Probleme der Außendiensttätigkeit Rücksicht, indem sie etwa für die Feststellung der Weisungsgebundenheit auf Indizien wie Vorgaben über einen Mindestumsatz bzw. -erfolg oder die Möglichkeit der jederzeitigen kurzfristigen Berufung in den Innendienst abstellen.

Die gefundenen Indizien wägen Rechtsprechung und herrschende Literatur schließlich gegeneinander ab, um so ein Gesamtbild zu gewinnen, das entweder schwerpunktmäßig für ein Anstellungs- oder schwerpunktmäßig für ein Handelsvertreterverhältnis spricht,⁴⁵³ sog. Schwerpunkt-⁴⁵⁴ oder Gesamtbild-Theorie.⁴⁵⁵

⁴⁵¹ BAG, Urteil v. 15.3.1978 - 5 AZR 819/76, BAGE 30, 163-176 (169); Paasch (1989), 351.

⁴⁵² BVerfG, Beschluß v. 25.10.1977 - 1 BvR 15/75, BVerfGE 46, 224-246 (234); BAG, Urteil v. 21.1.1966, BAGE 18, 87-104 (87) = AP Nr. 2 zu § 92 HGB = DB 1966, 546-548 (546); BAG, Urteil v. 28.4.1972 - 3 AZR 464/71, BB 1972, 1056; BFH, Urteil v. 7.12.1961 - V 139/59 U, BStBl. III 1962, 149f. (149); Baumbach/Hopt (1995), § 84 Rn. 36; Eberstein (1991), 26; Ensthaler (1997) - Leinemann, § 84 Rn. 12; Hartmann/Christians (1984), 1371; Hopt (1998), 866; Meeser (1994), 13; Ordemann (1963), 498; Plander (1973), 237/238; Preis/Stoffels (1996), 445; Sieg (1968), 512.

⁴⁵³ RAG, Urteil v. 28.11.1939 - RAG. 81/39, ARS 37, 392-399 (396); RAG, Urteil v. 13.5.1942 - RAG. 4/42, ARS 45, 34-41 (39); BGH, Urteil v. 11.3.1982 - 1 ZR 27/80, AP Nr. 3 zu § 84 HGB = NJW 1982, 1757-1759 (1758); BFH, Urteil v. 24.7.1992 - VI R 126/88, AP Nr. 63 zu § 611 BGB Abhängigkeit; BFH, Urteil v. 14.6.1985 - VI R 150-152/82, BFHE 144, 225-230 (228); LAG Bremen, Urteil v. 11.10.1968 - 2 Sa 27/68 u. 55/68, DB 1968, 2180; OLG Düsseldorf, Urteil v. 30.1.1998 - 16 U 182/96, ZIP 1998, 624-628 (625); BSG, Urteil v. 12.12.1990 - 11 RAr 73/90, NZA 1991, 907-909 (908) für ein betriebsextern tätiges Fotomodell; BGH, Beschluß v. 4.3.1998 - VIII ZB 25/97, ZIP 1998, 863f. (864); Abrahameczik (1996), 185; Alff (1983), 16; Canaris (1995), 232/233; Heymann (1995) - Sonnenschein/Weitemeyer, § 84 Rn. 9; Hopt (1992), § 84 Rn. 36; Hunold (1993 A), 3; Küstner (1985), 30; Küstner/v. Manteuffel (1992), 35f.; Plander (1973), 237/238; Semler (1988), 18; Staub u.a. (1995) - Brüggemann, § 84 Rn. 7 und 14f.; Westphal (1991), 11/12; v. Westphalen (1996) - Westphal, 159.

⁴⁵⁴ Diesen Begriff hat Stolterfoht (1973 A), insb. 18, geprägt.

Diese Vorgehensweise überrascht auf den ersten Blick, da § 84 Abs. 1 S. 2 HGB die Selbständigkeit des Handelsvertreters ausdrücklich definiert und als Merkmale der Selbständigkeit - nur - die im wesentlichen freie Gestaltung von Tätigkeit und Arbeitszeit nennt. Man könnte also auf den Gedanken kommen, daß es sich hierbei jedenfalls für den Außendienst um eine abschließende Regelung handelt, die den Weg der Bestimmung der Eigenschaft als Außendienstangestellter oder Handelsvertreter über weitere Merkmale versperrt. Allerdings hat schon der Gesetzgeber erkannt, daß die Festlegung der Begriffsmerkmale der Selbständigkeit in § 84 Abs. 1 S. 2 HGB im Einzelfall für die Abgrenzung des Außendienstangestellten vom Handelsvertreter nicht ausreichen würde. Er hat darum nicht nur ausdrücklich festgestellt, daß es auch in Zukunft von der „Würdigung aller einzelnen Umstände“ abhängen werde, ob die Selbständigkeit zu bejahen sei, sondern selbst auch eine ganze Reihe weiterer Indizien für die Feststellung der Selbständigkeit genannt.⁴⁵⁶ Die Vorgehensweise von Rechtsprechung und herrschender Lehre begegnet somit im Hinblick auf § 84 Abs. 1 S. 2 HGB keinen Bedenken.

Im einzelnen wird auf die folgenden Merkmale und Indizien abgestellt:

5.3.1. Weisungsgebundenheit und Eingliederung in fremde Arbeitsorganisation

Nach Rechtsprechung und ganz herrschender Lehre sei gem. § 84 Abs. 1 S. 2 HGB von ganz entscheidender Bedeutung die Weisungsgebundenheit des Außendienstangestellten im Gegensatz zu einer eigenständigen und eigenverantwortlichen Aufgabenerledigung durch den Handelsvertreter.⁴⁵⁷

Bei der Heranziehung der Weisungsgebundenheit sei jedoch zu beachten, daß nicht nur der Außendienstangestellte dem Weisungsrecht des Arbeitgebers, sondern auch der Handels-

⁴⁵⁵ Bogs (1977), 198.

⁴⁵⁶ Amtliche Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Handelsgesetzbuches, BT-Drucksache Nr. 3856 v. 15.11.1952, S. 15: „Für die Selbständigkeit können sprechen die Provision als ausschließliche Vergütung, das Tragen der Geschäftskosten, das Vorhandensein einer Geschäftseinrichtung, der Aufbau eines eigenen Unternehmens, das Auftreten unter eigener Firma, die Vertretung mehrerer Unternehmer, das Wohnen an einem von der Niederlassung des vertretenen Unternehmens entfernten Ort.“

⁴⁵⁷ BVerfG, Beschluß v. 25.10.1977 - 1 BvR 15/75, BVerfGE 46, 224-246 (234); BAG, Urteil v. 21.1.1966, BAGE 18, 87-104 (87, 93) = AP Nr. 2 zu § 92 HGB = DB 1966, 546-548 (546); Kasseler HB 1 (1997) - Worzalla, 58; Plander (1973), 238-240; Trinkhaus (1958), 12; Worzalla (1996), 71f.

vertreter einem Weisungsrecht des Unternehmers unterliege.⁴⁵⁸ Dies folge zum einen aus der allgemeinen Interessenwahrungspflicht des Handelsvertreters gem. § 86 Abs. 1 2. HS HGB, zum anderen aus dem allgemeinen Auftragsrecht, § 675 iVm. § 665 BGB.⁴⁵⁹ Auch § 84 Abs. 1 S. 2 HGB verlange keine unbeschränkte persönliche Freiheit des Handelsvertreters, sondern lasse es genügen, wenn der Handelsvertreter „im wesentlichen“ frei sei.⁴⁶⁰ Rechtsprechung und herrschende Literatur stellen darum nicht allein auf das Vorliegen einer Weisungsgebundenheit, sondern auf deren Ausmaß ab.⁴⁶¹ Es lasse sich ganz grundsätzlich sagen, daß für den Außendienstangestellten Weisungen bezüglich der Art und Weise seiner Tätigkeit typisch seien, während sich die Weisungen gegenüber dem Handelsvertreter darauf beschränkten, die aufgrund des Gesetzes oder des Vertrags bereits bestehenden Pflichten des Handelsvertreters näher zu konkretisieren.⁴⁶²

Im einzelnen werden gegen eine Selbständigkeit Regelungen und Weisungen herangezogen:⁴⁶³

im Hinblick auf Art, Stil und Umfang der Kundenbesuche,⁴⁶⁴

zur Festlegung des Arbeitsorts,⁴⁶⁵ z.B. bezüglich einer Reiseroute,⁴⁶⁶

⁴⁵⁸ Schon RG, Urteil v. 7.1.1916 - Rep. III. 246/15, RGZE 87, 441-444 (442); BGH, Urteil v. 4.12.1981 - I ZR 200/79, AP Nr. 2 zu § 84 HGB = BB 1982, 1876-1878 (1877); AG Neumünster, Beschluß v. 6.1.1997 - 8 C 1731/95, BB 1997, 1763f. (1764); Heymann (1995) - Sonnenschein/Weitemeyer, § 84 Rn. 11; Küstner (1985), 33; Schröder, G. (1970), 1626; ders. (1973), § 84 Rn. 6.

⁴⁵⁹ BAG, Urteil v. 21.1.1966, BAGE 18, 87-104 (94) = AP Nr. 2 zu § 92 HGB = DB 1966, 546-548 (546).; BSG, Urteil v. 29.1.1981 - 12 RK 63/79, AP Nr. 4 zu § 92 HGB = BB 1981, 2074f. (2074); ArbG Lübeck, Beschluß v. 26.10.1995 - 2 Ca 2046/95, BB 1996, 177f. (178); Bogs (1977), 199; Eberstein (1991), 26; Küstner/v. Manteuffel (1992), 41; Martinek/Semler (1996) - Wank, § 7 Rn. 61; Ordemann (1963), 499; Semler (1988), 19; Westphal (1991), 12/13.

⁴⁶⁰ Hopt (1998), 864; Schröder, G. (1973), § 84 Rn. 3. Vgl. dazu die amtliche Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Handelsgesetzbuches, BT-Drucksache Nr. 3856 v. 15.11.1952, S. 15.

⁴⁶¹ BSG, Urteil v. 29.1.1981 - 12 RK 63/79, AP Nr. 4 zu § 92 HGB = BB 1981, 2074f. (2074); BGH, Beschluß v. 4.3.1998 - VIII ZB 25/97, ZIP 1998, 863f. (864); Becker (1982), 151; Eberstein (1964), 271; Ensthaler (1997) - Leinemann, § 84 Rn. 13; Kasseler HB 1 (1997) - Worzalla, 57; Heymann (1995) - Sonnenschein/Weitemeyer, § 84 Rn. 11; Hopt (1992), § 84 Rn. 38; Ordemann (1963), 499; v. Westphalen (1996) - Westphal, 160; Worzalla (1996), 71.

⁴⁶² LAG Bremen, Urteil v. 11.10.1968 - 2 Sa 27/68 u. 55/68, DB 1968, 2180; BSG, Urteil v. 29.1.1981 - 12 RK 63/79, AP Nr. 4 zu § 92 HGB = BB 1981, 2074f. (2074). Vgl. auch Küstner/v. Manteuffel (1992), 41; Staub u.a. (1995) - Brüggemann, § 84 Rn. 9.

⁴⁶³ Zusammenfassend Baumbach/Hopt (1995), § 84 Rn. 36ff.; Glanegger u.a. (1995), § 84 Rn.5; Heymann (1995) - Sonnenschein/Weitemeyer, § 84 Rn. 11f.; Hunold (1993 A), 7f.; Meeser (1994), 13; MüKo HGB (1996) - v. Hoyningen-Huene, § 84 Rn. 38ff.; Staub u.a. (1995) - Brüggemann, § 84 Rn. 9ff.; Trinkhaus (1958), 12.

⁴⁶⁴ BAG, Urteil v. 20.4.1964 - 5 AZR 278/63, BAGE 15, 335-349 (342f.); ArbG Lübeck, Beschluß v. 26.10.1995 - 2 Ca 2046/95, BB 1996, 177f. (178); Abrahamczik (1996), 186; Westphal (1991), 13.

⁴⁶⁵ LSG Berlin, Urteil v. 14.8.1995 - L 15 Kv 16/95, AP Nr. 83 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

⁴⁶⁶ LAG Hannover, Urteil v. 23.1.1950 - Sa 921/49, BB 1950, 168; ArbG Lübeck, Beschluß v. 26.10.1995 - 2 Ca 2046/95, BB 1996, 177f. (178); OLG Düsseldorf, Urteil v. 22.5.1970 - 2 U 87/69, BB 1970, 1112f. (1112); AG Neumünster, Beschluß v. 6.1.1997 - 8 C 1731/95, BB 1997, 1763f. (1764); Abrahamczik (1996), 186; Küstner (1985), 33; Westphal (1991), 13; v. Westphalen (1996) - Westphal, 160.

über die Korrespondenz⁴⁶⁷ und die Verwaltungstätigkeit des Außendienstmitarbeiters,⁴⁶⁸
über einen Mindestumsatz bzw. -erfolg (sog. Umsatzgarantie)⁴⁶⁹ oder eine Zielplanung,⁴⁷⁰
nach denen der Außendienstmitarbeiter jederzeit kurzfristig in den Innendienst berufen werden kann.⁴⁷¹

Als nur die vertraglichen Pflichten des Handelsvertreters aus § 86 HGB konkretisierend werden angesehen Regelungen und Weisungen:⁴⁷²

- zur Ausweitung des Kundenkreises,⁴⁷³
- zur Unterlassung von Verkaufsabschlüssen mit kreditunwürdigen Kunden,⁴⁷⁴
- zur Verbuchung und Abrechnung von Lieferungen,⁴⁷⁵
- zur Verwendung besonderer Vordrucke bei der Anzeige von Geschäftsabschlüssen.⁴⁷⁶

Schließlich ist zu beachten, daß nach der neuen Rechtsprechung des BAG die Weisungsbundenheit des Mitarbeiters auch ein entscheidendes Indiz für seine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Unternehmers ist (dazu in Kapitel 4.1.2.).

5.3.2. Insbesondere die Freiheit in der Arbeitszeit

Besonders hervorgehoben wird in § 84 Abs. 1 S. 2 HGB die Weisungsfreiheit bezüglich der Arbeitszeit. Deren „freie Gestaltung“ z.B. in bezug auf Pausen, aber auch in gewissen Grenzen in bezug auf Anfang und Ende an einem Arbeitstag, wird immer wieder als ein wesentliches Merkmal der „Selbständigkeit“ (im tatsächlichen Sinne) im Außendienst und als

⁴⁶⁷ LAG Bremen, Urteil v. 11.10.1968 - 2 Sa 27/68 und 55/68, DB 1968, 2180.

⁴⁶⁸ BAG, Urteil v. 21.1.1966, BAGE 18, 87-104 (99) = AP Nr. 2 zu § 92 HGB = DB 1966, 546-548 (547).

⁴⁶⁹ BAG, Urteil v. 20.4.1964 - 5 AZR 278/63, BAGE 15, 335-349 (342); BAG, Urteil v. 21.1.1966, BAGE 18, 87-104 (98) = AP Nr. 2 zu § 92 HGB = DB 1966, 546-548 (547); AG Neumünster, Beschluß v. 6.1.1997 - 8 C 1731/95, BB 1997, 1763f. (1764).

⁴⁷⁰ ArbG Lübeck, Beschluß v. 29.6.1989 - 2 BV 46/89, AiB 1989, 349f. (350); Neflin (1961), 833.

⁴⁷¹ OLG Düsseldorf, Urteil v. 21.10.1983 - 16 U 36/83, WM 1985, 524-526 (526); Hopt (1998), 863.

⁴⁷² Zusammenfassend Baumbach/Hopt (1995), § 84 Rn. 38; Heymann (1995) - Sonnenschein/Weitemeyer, § 84 Rn. 11f.; Hopt (1998), 864.

⁴⁷³ BGH, Urteil v. 27.2.1981 - I ZR 39/79, DB 1981, 1772f. (1772); Kasseler HB 1 (1997) - Worzalla, 57; Worzalla (1996), 72.

⁴⁷⁴ BGH, Urteil v. 14.3.1960 - II ZR 79/58, BB 1960, 574.

⁴⁷⁵ BGH, Urteil v. 20.1.1964 - VII ZR 204/62, VersR 1964, 331f. (331); Kasseler HB 1 (1997) - Worzalla, 57; Worzalla (1996), 72.

⁴⁷⁶ BAG, Urteil v. 21.1.1966, BAGE 18, 87-104 (93) = AP Nr. 2 zu § 92 HGB = DB 1966, 546-548 (547); Hopt (1992), § 84 Rn. 36.

Grund für die Schwierigkeit der Abgrenzung des Außendienstangestellten vom Handelsvertreter genannt.

Nach Rechtsprechung und herrschender Literatur sei § 84 Abs. 1 S. 2 HGB jedoch insoweit nichts Entscheidendes zu entnehmen, als dieser die Arbeitszeit im Sinne fester Dienststunden verstünde, da sich auch der Außendienstangestellte nach seinen Kunden richten müsse und eine feste Einteilung seiner Arbeitszeit zumeist nicht möglich sei.⁴⁷⁷

Für die Selbständigkeit spreche hingegen, wenn der Außendienstmitarbeiter in der Bestimmung seiner Arbeitszeit im weiteren Sinne keinen Beschränkungen wie ein Arbeitnehmer unterliege, er also vom Unternehmer im Falle des Urlaubs keine Zustimmung benötige oder ihn in den Fällen, in denen er nicht arbeiten wolle oder könne, nicht benachrichtigen müsse.⁴⁷⁸ Nicht allein ausschlaggebend für die Selbständigkeit seien im übrigen Regelungen, nach denen sich der Handelsvertreter regelmäßig morgens im Büro des Unternehmers einzufinden⁴⁷⁹ bzw. an jedem Morgen an den in der Firma stattfindenden Arbeitsbesprechungen teilzunehmen habe,⁴⁸⁰ ganz allgemein Bürozeiten einzuhalten habe oder zu bestimmten Zeiten telefonisch erreichbar sein müsse, wenn dies in seinem eigenen Interesse liege.⁴⁸¹

Für die Eigenschaft als Außendienstangestellter sprächen hingegen Regelungen und Weisungen zu:

Mindestarbeitszeiten⁴⁸² oder die Erledigung eines bestimmten Arbeitspensums,⁴⁸³

⁴⁷⁷ BAG, Urteil v. 21.1.1966, BAGE 18, 87-104 (93) = AP Nr. 2 zu § 92 HGB = DB 1966, 546-548 (546); BFH, Urteil v. 7.12.1961 - V 139/59 U, BStBl. III 1962, 149f. (150); LAG Nürnberg, Urteile v. 25.2.1998 - 4 Sa 670/97 und 4 Sa 860/96, AiB 1998, 296-299 (297), mit Anm. Fischer; ArbG Lübeck, Beschluß v. 29.6.1989 - 2 BV 46/89, AiB 1989, 349f. (350); ArbG Nürnberg, Urteil v. 31.7.1996 - 2 Ca 4546/95, NZA 1997, 37-41 (39) = ArbUR 1996, 417f. (417); AG Neumünster, Beschluß v. 6.1.1997 - 8 C 1731/95, BB 1997, 1763f. (1763); Trinkhaus (1958), 12.

⁴⁷⁸ BAG, Urteil v. 21.1.1966, BAGE 18, 87-104 (93) = AP Nr. 2 zu § 92 HGB = DB 1966, 546-548 (546); LAG Düsseldorf, Beschluß v. 6.3.1991 - 4 TaBV 119/90, LAGE § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 18; Plander (1973), 240; Staub u.a. (1995) - Brüggemann, § 84 Rn. 12. Für den umgekehrten Fall der Pflicht zur Krankmeldung oder zum Nachweis von Arbeitsunfähigkeitszeiten als Indiz für Unselbständigkeit: BFH, Urteil v. 30.10.1969 - V R 150/66, BStBl. II 1970, 474-476 (476) = DB 1970, 862f. (863); LAG Hamm, Urteil v. 5.10.1989 - 16 Sa 762/89, LAGE § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 13 = DB 1990, 2027f. (2028) = BetrR 1990, 168f.; ArbG Lübeck, Beschluß v. 29.6.1989 - 2 BV 46/89, AiB 1989, 349f. (350); Hunold (1993 A), 6f.; Kreft (1993), 6.

⁴⁷⁹ OLG München, Urteil v. 20.12.1956 - 6 U 1652/56, BB 57, 560; Ordemann (1963), 499; MüKo HGB (1996) - v. Hoyningen-Huene, § 84 Rn. 39; Trappe (1957), 1225.

⁴⁸⁰ BGH, Urteil v. 4.12.1981 - I ZR 200/79, AP Nr. 2 zu § 84 HGB = BB 1982, 1876-1878 (1877).

⁴⁸¹ BAG, Urteil v. 24.4.1980 - 3 AZR 911/77, AP Nr. 1 zu § 84 HGB mit Anm. Küstner; MüKo HGB (1996) - v. Hoyningen-Huene, § 84 Rn. 39.

⁴⁸² Heymann (1995) - Sonnenschein/Weitemeyer, § 84 Rn. 12; MüKo HGB (1996) - v. Hoyningen-Huene, § 84 Rn. 38.

festen Arbeitszeiten⁴⁸⁴ oder die genaue Festlegung der Reisezeiten,⁴⁸⁵
 Vorgaben hinsichtlich der Kundenbesuche, die zu einer weitgehenden Inanspruchnahme
 der als Arbeitszeit überhaupt in Betracht kommenden Zeit führten,⁴⁸⁶
 dem Arbeitsrhythmus,⁴⁸⁷
 der Einbeziehung in die Urlaubsordnung bzw. die Genehmigungspflicht oder einseitige
 Festlegung des Urlaubs durch den Unternehmer⁴⁸⁸ oder die Einräumung eines Urlaub-
 sanspruchs,⁴⁸⁹
 dem Besuch von Kunden in bestimmten Zeitabständen oder der Anwesenheit zu be-
 stimmten Zeiten an bestimmten Orten,⁴⁹⁰
 der Einflußnahme in zeitlicher Hinsicht durch die Verpflichtung, die laufenden Tätig-
 keiten in einer Art Tagebuch oder in regelmäßigen Berichten an den Unternehmer fest-
 zuhalten (dazu auch im folgenden Kapitel).⁴⁹¹

⁴⁸³ BAG, Urteil v. 20.4.1964 - 5 AZR 278/63, BAGE 15, 335-349 (342); Abrahamczik (1996), 186; Hartmann/Christians (1984), 1372; Küstner (1985), 33; Ordemann (1963), 499.

⁴⁸⁴ BAG, Urteil v. 24.4.1980 - 3 AZR 911/77, AP Nr. 1 zu § 84 HGB mit Anm. Küstner = BB 1980, 1471f. (1471); BFH, Urteil v. 14.6.1985 - VI R 150-152/82, BFHE 144, 225-230 (228); Kreft (1993), 6; Mayer (1996), 11; Meeser (1994), 13; Ordemann (1963), 499; Westphal (1991), 13.

⁴⁸⁵ Eberstein (1964), 271; ders. (1991), 27.

⁴⁸⁶ LAG Hamm, 13.10.1989 - 5 Sa 746/89, LAGE § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 14 (hier: durchschnittlich zehn Arztbesuche pro Arbeitstag).

⁴⁸⁷ Staub u.a. (1995) - Brüggemann, § 84 Rn. 12.

⁴⁸⁸ LAG Bremen, Urteil v. 11.10.1968 - 2 Sa 27/68 u. 55/68, DB 1968, 2180; ArbG Lübeck, Beschluß v. 29.6.1989 - 2 BV 46/89, AiB 1989, 349f. (350); ArbG Lübeck, Beschluß v. 26.10.1995 - 2 Ca 2046/95, BB 1996, 177f. (178); OLG Düsseldorf, Urteil v. 21.10.1983 - 16 U 36/83, WM 1985, 524-526 (526); Abrahamczik (1996), 186; Hopt (1992), § 84 Rn. 36; Kreft (1993), 6; Neflin (1961), 833; Ordemann (1963), 499; MüKo HGB (1996) - v. Hoyningen-Huene, § 84 Rn. 47; Für den umgekehrte Fall, daß der Außendienstmitarbeiter in der Bestimmung der Urlaubszeiten frei ist: LAG Düsseldorf, Beschluß v. 6.3.1991 - 4 TaBV 119/90, LAGE § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 18.

⁴⁸⁹ BGH, Beschluß v. 4.3.1998 - VIII ZB 25/97, ZIP 1998, 863f. (864); BFH, Urteil v. 7.12.1961 - V 139/59 U, BStBl. III 1962, 149f. (150); BFH, Urteil v. 14.6.1985 - VI R 150-152/82, BFHE 144, 225-230 (228); Küstner/v. Manteuffel (1992), 43; Meeser (1994), 13; Schröder, G. (1970), 1626.

⁴⁹⁰ BFH, Urteil v. 24.7.1992 - VI R 126/88, AP Nr. 63 zu § 611 BGB Abhängigkeit; Ensthaler (1997) - Leinemann, § 84 Rn. 13; MüKo HGB (1996) - v. Hoyningen-Huene, § 84 Rn. 41.

⁴⁹¹ BAG, Urteil v. 21.1.1966, BAGE 18, 87-104 (93) = AP Nr. 2 zu § 92 HGB = DB 1966, 546-548 (546).

5.3.3. Insbesondere die Kontrolle des Außendienstmitarbeiters

Wie soeben in Kapitel 5.1.2. dargestellt, werden in der betriebswirtschaftlichen Literatur als Kontrollinstrumente für den Außendienst umfangreich Verkaufs- und Besuchs- bzw. Tätigkeitsberichte des Außendienstmitarbeiters besprochen. Diese werden gleichzeitig von Rechtsprechung und herrschendem Schrifttum zur Abgrenzung von Außendienstangestellten und Handelsvertretern herangezogen.

Grundsätzlich gelte, daß eine umfassende Kontrolle und Leistungsüberprüfung des Außendienstmitarbeiters in bezug auf seine Tätigkeit und die Art ihrer Ausführung einer Selbständigkeit deutlich entgegenstünden.⁴⁹² Soweit Berichtspflichten also z.B. darauf hinausliefen, eine Einflußnahme auf die Tätigkeit des Außendienstmitarbeiters im Sinne einer Überwachung zu ermöglichen, sei dies ein klares Indiz für die Unselbständigkeit.⁴⁹³

Für die Selbständigkeit spreche dementsprechend, wenn der Außendienstmitarbeiter keine Rechenschaft über seine Tätigkeit schulde.⁴⁹⁴ Die alleinige Pflicht zur Meldung vermittelter Geschäfte sowie Kassenabrechnungen gehörten allerdings zu den gesetzlichen und darum wesensmäßigen Aufgaben des Handelsvertreters aus § 86 Abs. 2 HGB und § 675 iVm. §§ 666, 667 BGB und beeinträchtigten nicht seine Selbständigkeit.⁴⁹⁵

⁴⁹² RAG, Urteil v. 13.5.1942 - RAG. 4/42, ARS 45, 34-41 (36f.); LAG Hamm, Urteil v. 13.10.1989 - 5 Sa 746/89, BetrR 1990, 169 (Ls.); LAG Niedersachsen, Urteil v. 7.9.1990 - 3 (2) Sa 1791/89, LAGE § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 24; ArbG Lübeck, Beschluß v. 29.6.1989 - 2 BV 46/89, AiB 1989, 349f. (350); ArbG Lübeck, Beschluß v. 26.10.1995 - 2 Ca 2046/95, BB 1996, 177f. (178); BGH, Beschluß v. 4.3.1998 - VIII ZB 25/97, ZIP 1998, 863f. (864); Abrahamczik (1996), 186; Eberstein (1964), 271; ders. (1991), 27; Kasseler HB 1 (1997) - Worzalla, 58; Kreft (1993), 6; Mayer (1996), 11; Neflin (1961), 833; Staub u.a. (1995) - Brüggemann, § 84 Rn. 12; MüKo HGB (1996) - v. Hoyningen-Huene, § 84 Rn. 39; Trinkhaus (1958), 12; Worzalla (1996), 73.

⁴⁹³ BAG, Urteil v. 21.1.1966, BAGE 18, 87-104 (97) = AP Nr. 2 zu § 92 HGB = DB 1966, 546-548 (547); BFH, Urteil v. 30.10.1969 - V R 150/66, BStBl. II 1970, 474-476 (476) = DB 1970, 862f. (863); LAG Frankfurt/M., Urteil v. 3.12.1964 - 3 Sa 104/64, VersR 1966, 236f. (237); LAG Hamm, Urteil v. 5.10.1989 - 16 Sa 762/89, LAGE § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 13 = DB 1990, 2027f. (2028) = BetrR 1990, 168f.; LAG Hamm, 13.10.1989 - 5 Sa 746/89, LAGE § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 14; LAG Bremen, Urteil v. 11.10.1968 - 2 Sa 27/68 u. 55/68, DB 1968, 2180; ArbG Lübeck, Beschluß v. 29.6.1989 - 2 BV 46/89, AiB 1989, 349f. (350); Abrahamczik (1996), 185; Alff (1983), 17; Becker (1982), 151; Hartmann/Christians (1984), 1372; Hunold (1993 A), 8.

⁴⁹⁴ LAG Düsseldorf, Beschluß v. 6.3.1991 - 4 TaBV 119/90, LAGE § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 18 = BetrR 1991, 247 (Ls.); Plander (1973), 240.

⁴⁹⁵ RAG, Urteil v. 29.3.1939 - RAG. 185/38, ARS 36, 143-147 (145) mit Anm. Hueck; BAG, Urteil v. 21.1.1966, BAGE 18, 87-104 (96f.) = AP Nr. 2 zu § 92 HGB = DB 1966, 546-548 (547); ArbG München, Urteil

5.3.4. Eigenes Unternehmen bzw. eigene Unternehmensorganisation

Eine besondere Bedeutung zur Unterscheidung von Außendienstangestellten und Handelsvertretern wird der Existenz eines eigenen Unternehmens bzw. einer eigenen Unternehmensorganisation eingeräumt,⁴⁹⁶ denn wenn der Außendienstmitarbeiter über ein eigenes Unternehmen verfüge und wie ein Unternehmer am Marktgeschehen teilnehme, könne er nicht in die Geschäftsorganisation des beauftragenden Unternehmens eingegliedert sein.⁴⁹⁷

Gegen ein eigenes Unternehmen und damit gegen eine Selbständigkeit sprächen im einzelnen:⁴⁹⁸

das Verbot, eigene Handelsvertreter oder Angestellte zu beschäftigen bzw. sich durch diese zumindest zeitweise vertreten zu lassen,⁴⁹⁹

die Unterordnung unter einen Arbeits-⁵⁰⁰ oder Produktionsplan⁵⁰¹ oder sog. Aktionsregeln,⁵⁰²

der Arbeitsplatz des Mitarbeiters in den Geschäftsräumen des Unternehmers,⁵⁰³

die persönliche Teilnahme des Unternehmers an allen wichtigen Verhandlungen des Mitarbeiters,⁵⁰⁴

die Verpflichtung des Außendienstmitarbeiters zum Innendienst,⁵⁰⁵

v. 29.5.1990 - 14 Ca 11935/89, BetrR 1990, 167f. (167); MüKo HGB (1996) - v. Hoyningen-Huene, § 84 Rn. 39.

⁴⁹⁶ RAG, Urteil v. 8.12.1937 - RAG. 150/37, ARS 31, 381-386 (383/384); BAG, Urteil v. 21.1.1966, BAGE 18, 87-104 (87) = AP Nr. 2 zu § 92 HGB = DB 1966, 546-548 (546); BAG, Urteil v. 28.4.1972 - 3 AZR 464/71, BB 1972, 1056; BFH, Urteil v. 14.6.1985 - VI R 150-152/82, BFHE 144, 225-230 (228); LAG Niedersachsen, Urteil v. 7.9.1990 - 3 (2) Sa 1791/89, LAGE § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 24; ArbG Nürnberg, Urteil v. 31.7.1996 - 2 Ca 4546/95, NZA 1997, 37-41 (38f.) = ArbuR 1996, 417f. (417); Heymann (1995) - Sonnenschein/Weitemeyer, § 84 Rn. 14; Hopt (1992), § 84 Rn. 36; Kasseler HB 1 (1997) - Worzalla, 57; Mayer (1996), 11; Plander (1973), 241f.; Preis/Stoffels (1996), 445; Schröder, G. (1973), § 84 Rn. 3b; Worzalla (1996), 72.

⁴⁹⁷ Amtliche Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Handelsgesetzbuches, BT-Drucksache Nr. 3856 v. 15.11.1952, S. 14; ArbG Lübeck, Beschluß v. 29.6.1989 - 2 BV 46/89, AiB 1989, 349f. (350); Heymann (1995) - Sonnenschein/Weitemeyer, § 84 Rn. 15.

⁴⁹⁸ Zusammenfassend Eberstein (1991), 27; Heymann (1995) - Sonnenschein/Weitemeyer, § 84 Rn. 14; Hunold (1993 A), 7f.; Staub u.a. (1995) - Brüggemann, § 84 Rn. 12f.

⁴⁹⁹ BGH, Urteil v. 4.12.1981 - I ZR 200/79, AP Nr. 2 zu § 84 HGB = BB 1982, 1876-1878 (1877); LAG Nürnberg, Urteil v. 25.2.1998 - 4 Sa 670/97, ArbuR 1998, 202.

⁵⁰⁰ BVerfG, Beschluß v. 25.10.1977 - 1 BvR 15/75, BVerfGE 46, 224-246 (234); Küstner (1985), 33.

⁵⁰¹ ArbG Lübeck, Beschluß v. 29.6.1989 - 2 BV 46/89, AiB 1989, 349f. (350).

⁵⁰² LSG Berlin, Urteil v. 14.8.1995 - L 15 Kv 16/95, AP Nr. 83 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

⁵⁰³ BGH, Urteil v. 4.12.1981 - I ZR 200/79, AP Nr. 2 zu § 84 HGB = BB 1982, 1876-1878 (1877); BGH, Beschluß v. 4.3.1998 - VIII ZB 25/97, ZIP 1998, 863f. (864); ArbG München, Urteil v. 29.5.1990 - 14 Ca 11935/89, BetrR 1990, 167f. (167); Schröder, G. (1970), 1626.

⁵⁰⁴ BGH, Urteil v. 4.12.1981 - I ZR 200/79, AP Nr. 2 zu § 84 HGB = BB 1982, 1876-1878 (1877); Meeser (1994), 14.

⁵⁰⁵ Heymann (1995) - Sonnenschein/Weitemeyer, § 84 Rn. 15.

- die Pflicht zur Beachtung einer Arbeitsordnung,⁵⁰⁶
 die Einbeziehung in die Regelungen einer Betriebsvereinbarung⁵⁰⁷ oder eines Tarifvertrags,⁵⁰⁸
 die Einrichtung der Geschäftskonten ausschließlich auf den Namen des Unternehmers,⁵⁰⁹
 die Unterzeichnung sämtlicher Briefe des Außendienstmitarbeiters durch den Unternehmer,⁵¹⁰ die ausschließliche Erledigung des Schriftwechsels durch den Unternehmer⁵¹¹
 oder genaue Weisungen über die Korrespondenz,⁵¹²
 die Zuweisung von Lehrlingen an den Außendienstmitarbeiter zur Ausbildung,⁵¹³
 die Pflicht zum Besuch von Schulungsveranstaltungen des Unternehmers⁵¹⁴ bzw. die einseitige Bestimmung der Teilnahme durch den Unternehmer,⁵¹⁵
 die Nahelegung und finanzielle Unterstützung einer berufsbegleitenden Qualifizierung,⁵¹⁶
 die Vereinbarung einer Probezeit.⁵¹⁷

Die äußeren Umstände, die für ein eigenes Unternehmen sprächen, seien hingegen:⁵¹⁸

eigene Mitarbeiter,⁵¹⁹

⁵⁰⁶ ArbG Wilhelmshaven, Urteil v. 28.5.1962 - Ca 88/62, BB 62, 999; Eberstein (1991), 27.

⁵⁰⁷ Abrahamczik (1996), 186.

⁵⁰⁸ ArbG Wilhelmshaven, Urteil v. 28.5.1962 - Ca 88/62, BB 62, 999; RAG, Urteil v. 21.3.1928 - RAG. 21/28, RAGE 1, 268-273 (272/273); BFH, Urteil v. 30.10.1969 - V R 150/66, BStBl. II 1970, 474-476 (475) = DB 1970, 862f. (863); OLG Düsseldorf, Urteil v. 21.10.1983 - 16 U 36/83, WM 1985, 524-526 (526); Eberstein (1991), 27; Küstner/v. Manteuffel (1992), 42.

⁵⁰⁹ Staub u.a. (1995) - Brüggemann, § 84 Rn. 13.

⁵¹⁰ BGH, Urteil v. 4.12.1981 - I ZR 200/79, AP Nr. 2 zu § 84 HGB = BB 1982, 1876-1878 (1877); Meeser (1994), 14.

⁵¹¹ BFH, Urteil v. 30.10.1969 - V R 150/66, BStBl. II 1970, 474-476 (476) = DB 1970, 862f. (863).

⁵¹² LAG Bremen, Urteil v. 11.10.1968 - 2 Sa 27/68 u. 55/68, DB 1968, 2180.

⁵¹³ Staub u.a. (1995) - Brüggemann, § 84 Rn. 13. Die Freiwilligkeit der Ausbildung von Außendienstmitarbeitern spreche hingegen für die Selbständigkeit, so LAG Düsseldorf, Beschluß v. 6.3.1991 - 4 TaBV 119/90, LAGE § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 18.

⁵¹⁴ LAG Hamm, Urteil v. 5.10.1989 - 16 Sa 762/89, LAGE § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 13 = DB 1990, 2027f. (2028) = BetrR 1990, 168f.; Krefz (1993), 6; MüKo HGB (1996) - v. Hoyningen-Huene, § 84 Rn. 39.

⁵¹⁵ ArbG Lübeck, Beschluß v. 29.6.1989 - 2 BV 46/89, AiB 1989, 349f. (350). Die Freiwilligkeit der Teilnahme spreche hingegen für die Selbständigkeit, so LAG Düsseldorf, Beschluß v. 6.3.1991 - 4 TaBV 119/90, LAGE § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 18.

⁵¹⁶ ArbG Nürnberg, Urteil v. 31.7.1996 - 2 Ca 4546/95, NZA 1997, 37-41 (39) = ArbuR 1996, 417f. (417); LAG Nürnberg, Urteil v. 25.2.1998 - 4 Sa 670/97, ArbuR 1998, 202.

⁵¹⁷ RAG, Urteil v. 21.3.1928 - RAG. 21/28, RAGE 1, 268-273 (270).

⁵¹⁸ Zusammenfassend Baumbach/Hopt (1995), § 84 Rn. 36; Eberstein (1964), 271; Heymann (1995) - Sonnenschein/Weitemeyer, § 84 Rn. 14; Staub u.a. (1995) - Brüggemann, § 84 Rn. 8.

⁵¹⁹ BAG, Urteil v. 24.4.1980 - 3 AZR 911/77, AP Nr. 1 zu § 84 HGB mit Anm. Küstner = BB 1980, 1471f. (1471); BAG, Urteil v. 21.1.1966, BAGE 18, 87-104 (101) = AP Nr. 2 zu § 92 HGB = DB 1966, 546-548 (548); BAG, Urteil v. 16.7.1997 - 5 AZR 312/96, EzA § 611 Arbeitnehmerbegriff Nr. 61 zu Zeitungszustellern; ArbG Nürnberg, Urteil v. 31.7.1996 - 2 Ca 4546/95, NZA 1997, 37-41 (38f., 40) = ArbuR 1996, 417f. (417); Abrahamczik (1996), 186; Becker (1982), 152; Kasseler HB 1 (1997) - Worzalla, 57; Orde-

eigene oder gemietete Geschäftsräume mit eigener Büroeinrichtung,⁵²⁰ eigene Betriebsmittel,⁵²¹
 eine selbständige Buchführung,⁵²²
 ein eigener Kundenstamm,⁵²³
 das Auftreten als Unternehmer im Geschäftsverkehr,⁵²⁴ vor allem durch eine eigene Firmenbezeichnung am Geschäftslokal,⁵²⁵ die Verwendung von Briefbögen mit eigener Firmenbezeichnung⁵²⁶ oder eine entsprechende Eintragung im Fernsprechbuch,⁵²⁷
 Werbung im Markt für sich oder das eigene Unternehmen,⁵²⁸
 die Übernahme von Verwaltungs- und ähnlichen Aufgaben, die ihrer Art nach Sache des Unternehmers selbst wären.⁵²⁹

Daß der Handelsvertreter in weitem Umfang Vordrucke des Unternehmers für den Geschäftsverkehr zu verwenden habe, spreche schließlich nicht gegen seine Selbständigkeit, sondern diene allein der Vereinfachung der Verwaltungsaufgaben und der Entlastung des

-
- mann (1963), 501; Plander (1973), 241f.; Staub u.a. (1995) - Brüggemann, § 84 Rn. 11; MüKo HGB (1996) - v. Hoyningen-Huene, § 84 Rn. 43; Schröder, G. (1970), 1626; Trinkhaus (1958), 12; Worzalla (1996), 72.
- ⁵²⁰ BVerfG, Beschluß v. 25.10.1977 - 1 BvR 15/75, BVerfGE 46, 224-246 (234); BAG, Urteil v. 24.4.1980 - 3 AZR 911/77, AP Nr. 1 zu § 84 HGB mit Anm. Küstner = BB 1980, 1471f. (1471); BGH, Urteil v. 11.3.1982 - 1 ZR 27/80, AP Nr. 3 zu § 84 HGB = NJW 1982, 1757-1759 (1758); OLG München, Urteil v. 8.6.1963 - 8 U 1670/60, VersR 1964 235-237 (236); Amtliche Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Handelsgesetzbuches, BT-Drucksache Nr. 3856 v. 15.11.1952, S. 15; Abrahamczik (1996), 186; Ensthaler (1997) - Leinemann, § 84 Rn. 13; Hopt (1998), 863; Ordemann (1963), 501; MüKo HGB (1996) - v. Hoyningen-Huene, § 84 Rn. 47.
- ⁵²¹ LSG Berlin, Urteil v. 14.8.1995 - L 15 Kv 16/95, AP Nr. 83 zu § 611 BGB Abhängigkeit; Meeser (1994), 13.
- ⁵²² RAG, Urteil v. 10.12.1930 - RAG. 397/30, RAGE 7, 172-176 (175); BGH, Urteil v. 11.3.1982 - 1 ZR 27/80, AP Nr. 3 zu § 84 HGB = NJW 1982, 1757-1759 (1758); OLG München, Urteil v. 8.6.1963 - 8 U 1670/60, VersR 1964 235-237 (236); Kasseler HB 1 (1997) - Worzalla, 57; Küstner/v. Manteuffel (1992), 43; Ordemann (1963), 501; Schröder, G. (1970), 1626; ders. (1973), § 84 Rn. 5; Staub u.a. (1995) - Brüggemann, § 84 Rn. 8; Worzalla (1996), 72.
- ⁵²³ BAG, Urteil v. 21.1.1966, BAGE 18, 87-104 (101) = AP Nr. 2 zu § 92 HGB = DB 1966, 546-548 (548); Marburger (1979), 842; Trinkhaus (1958), 12.
- ⁵²⁴ BGH, Urteil v. 4.12.1981 - I ZR 200/79, AP Nr. 2 zu § 84 HGB = BB 1982, 1876-1878 (1877); Ordemann (1963), 499/500.
- ⁵²⁵ BGH, Urteil v. 20.1.1964 - VII ZR 204/62, VersR 1964, 331f. (331).
- ⁵²⁶ RAG, Urteil v. 10.12.1930 - RAG. 397/30, RAGE 7, 172-176 (175); BAG, Urteil v. 21.1.1966, BAGE 18, 87-104 (100) = AP Nr. 2 zu § 92 HGB = DB 1966, 546-548 (548); BAG, Urteil v. 24.4.1980 - 3 AZR 911/77, AP Nr. 1 zu § 84 HGB mit Anm. Küstner = BB 1980, 1471f. (1471); Becker (1982), 152; Schröder, G. (1970), 1626; ders. (1973), § 84 Rn. 5. Für die umgekehrte Situation der Nutzung von Briefpapier des Unternehmers als Indiz für die Angestellteneigenschaft: RAG, Urteil v. 13.5.1942 - RAG. 4/42, ARS 45, 34-41 (38/39); BGH, Urteil v. 4.12.1981 - I ZR 200/79, AP Nr. 2 zu § 84 HGB = BB 1982, 1876-1878 (1877); MüKo HGB (1996) - v. Hoyningen-Huene, § 84 Rn. 39.
- ⁵²⁷ BAG, Urteil v. 21.1.1966, BAGE 18, 87-104 (100) = AP Nr. 2 zu § 92 HGB = DB 1966, 546-548 (548).
- ⁵²⁸ LAG Nürnberg, Urteile v. 25.2.1998 - 4 Sa 670/97 und 4 Sa 860/96, AiB 1998, 296-299 (297), mit Anm. Fischer.
- ⁵²⁹ BAG, Urteil v. 21.1.1966, BAGE 18, 87-104 (99) = AP Nr. 2 zu § 92 HGB.

Handelsvertreters.⁵³⁰

5.3.5. Unternehmerisches Risiko

Rechtsprechung und herrschendes Schrifttum lassen jedoch die Führung eines eigenen Unternehmens nicht genügen, sondern verlangen ein damit zusammenhängendes eigenes Unternehmerrisiko,⁵³¹ für das folgende Indizien sprächen:

das Tragen des Investitions- oder Kapitalrisikos hinsichtlich des eingesetzten Betriebskapitals und der Geschäftskosten,⁵³² insbesondere für die Anschaffung von Wirtschaftsgütern und die Last der Vorhaltekosten,⁵³³ die Anmietung von Räumen, die Büro-, Reise- sowie Personalkosten,⁵³⁴

⁵³⁰ BAG, Urteil v. 21.1.1966, BAGE 18, 87-104 (94) = AP Nr. 2 zu § 92 HGB = DB 1966, 546-548 (546).

⁵³¹ BVerfG, Beschluß v. 25.10.1977 - 1 BvR 15/75, BVerfGE 46, 224-246 (234); RAG, Urteil v. 18.2.1933 - RAG. 488/32, RAGE 12, 252-257 (253/254); RAG, Urteil v. 7.4.1937 - RAG. 198/36, ARS 30, 40-48 (42); BAG, Urteil v. 21.1.1966, BAGE 18, 87-104 (87, 102) = AP Nr. 2 zu § 92 HGB = DB 1966, 546-548 (546, 548); BAG, Urteil v. 28.4.1972 - 3 AZR 464/71, BB 1972, 1056; BAG, Beschluß v. 1.9.1992 - 2 AZN 40/92, LAGE § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 24 a; BSG, Urteil v. 29.1.1981 - 12 RK 63/79, AP Nr. 4 zu § 92 HGB = BB 1981, 2074f. (2075); BFH, Urteil v. 24.7.1992 - VI R 126/88, AP Nr. 63 zu § 611 BGB Abhängigkeit; BFH, Urteil v. 14.6.1985 - VI R 150-152/82, BFHE 144, 225-230 (228); LSG Berlin, Urteil v. 14.8.1995 - L 15 Kv 16/95, AP Nr. 83 zu § 611 BGB Abhängigkeit; LAG Niedersachsen, Urteil v. 7.9.1990 - 3 (2) Sa 1791/89, LAGE § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 24; LAG Nürnberg, Urteile v. 25.2.1998 - 4 Sa 670/97 und 4 Sa 860/96, AiB 1998, 296-299 (297), mit Anm. Fischer; ArbG Nürnberg, Urteil v. 31.7.1996 - 2 Ca 4546/95, NZA 1997, 37-41 (38f.) = ArbuR 1996, 417f. (417); ArbG Lübeck, Beschluß v. 26.10.1995 - 2 Ca 2046/95, BB 1996, 177f. (178); AG Neumünster, Beschluß v. 6.1.1997 - 8 C 1731/95, BB 1997, 1763f. (1764); Abrahamczik (1996), 186; Alff (1983), 17; Baumbach/Hopt (1995), § 84 Rn. 36; Becker (1982), 152; Eberstein (1964), 271; ders. (1991), 26; Heymann (1995) - Sonnenschein/Weitemeyer, § 84 Rn. 16; Hopt (1992), § 84 Rn. 36; Hunold (1993 A), 4; Küstner (1985), 32; Küstner/v. Manteuffel (1992), 39f.; Plander (1973), 241f.; Rewolle (1954), 214; MüKo HGB (1996) - v. Hoyning-Huene, § 84 Rn. 44; Schröder, G. (1970), 1626f.; ders. (1973), § 84 Rn. 3 und 3b; Staub u.a. (1995) - Brüggemann, § 84 Rn. 10; Westphal (1991), 12; v. Westphalen (1996) - Westphal, 159. Zum Gewicht dieses Kriteriums Hanau/Strick (1998 B), 4.

⁵³² BAG, Urteil v. 21.1.1966, BAGE 18, 87-104 (100) = AP Nr. 2 zu § 92 HGB = DB 1966, 546-548 (548); BGH, Urteil v. 20.1.1964 - VII ZR 204/62, VersR 1964, 331f. (332); BGH, Urteil v. 4.12.1981 - I ZR 200/79, AP Nr. 2 zu § 84 HGB = BB 1982, 1876-1878 (1877); BFH, Urteil v. 14.6.1985 - VI R 150-152/82, BFHE 144, 225-230 (228); ArbG Nürnberg, Urteil v. 31.7.1996 - 2 Ca 4546/95, NZA 1997, 37-41 (38f.) = ArbuR 1996, 417f. (417); LSG Berlin, Urteil v. 14.8.1995 - L 15 Kv 16/95, AP Nr. 83 zu § 611 BGB Abhängigkeit; Becker (1982), 152; Eberstein (1964), 271; Heymann (1995) - Sonnenschein/Weitemeyer, § 84 Rn. 16; Meeser (1994), 13; Ordemann (1963), 501; Plander (1973), 241f.; Preis/Stoffels (1996), 445; Schröder, G. (1970), 1626; Staub u.a. (1995) - Brüggemann, § 84 Rn. 10; Trinkhaus (1958), 12; v. Westphalen (1996) - Westphal, 159.

⁵³³ OLG Hamm, Urteil v. 11.10.1988 - 7 U 59/88, OLGZ 1989, 219-223 (219, 222).

⁵³⁴ BAG, Urteil v. 21.1.1966, BAGE 18, 87-104 (102/103) = AP Nr. 2 zu § 92 HGB = DB 1966, 546-548 (548), selbst wenn diese vom Unternehmer grundsätzlich erstattet würden, da jedenfalls das wirtschaftliche Risiko der Nichterstattung bestehe; ArbG Lübeck, Beschluß v. 26.10.1995 - 2 Ca 2046/95, BB 1996, 177f. (178); AG Neumünster, Beschluß v. 6.1.1997 - 8 C 1731/95, BB 1997, 1763f. (1764); Alff (1983), 17; Heymann (1995) - Sonnenschein/Weitemeyer, § 84 Rn. 16; Hopt (1992), § 84 Rn. 36; Küstner/v. Manteuffel (1992), 39.

eine ausschließlich erfolgsabhängige Vergütung,⁵³⁵

keine Provision bei Stornierung des Auftrags (§ 87 a Abs. 2, Abs. 3 S. 2 HGB).⁵³⁶

Gegen ein Unternehmerrisiko werden dementsprechend angeführt:

festе Bezüge,⁵³⁷ wie z.B. ein Tages-Festhonorar,⁵³⁸

keine Unternehmerinitiative,⁵³⁹

die Einbeziehung des Außendienstmitarbeiters in die betriebliche Altersversorgung des Auftraggebers⁵⁴⁰ oder andere betriebliche Wohlfahrtseinrichtungen,⁵⁴¹

die Fortzahlung der Bezüge im Krankheitsfall,⁵⁴²

eine Überstundenvergütung.⁵⁴³

Allerdings bestehe ein Unternehmerrisiko nicht schon allein dann, wenn dem Außendienstmitarbeiter nur Provisionen zufließen, es könne also nicht ausschließlich auf die Vergütung abgestellt werden.⁵⁴⁴

Gleichzeitig sei für die Selbständigkeit auch unschädlich, wenn der Handelsvertreter neben

⁵³⁵ RAG, Urteil v. 6.11.1935 - RAG. 163/35, ARS 25, 251-256 (253) mit Anm. Dersch; BAG, Urteil v. 21.1.1966, BAGE 18, 87-104 (102) = AP Nr. 2 zu § 92 HGB = DB 1966, 546-548 (548); BGH, Urteil v. 4.12.1981 - I ZR 200/79, AP Nr. 2 zu § 84 HGB = BB 1982, 1876-1878 (1877); BGH, Urteil v. 11.3.1982 - I ZR 27/80, AP Nr. 3 zu § 84 HGB = NJW 1982, 1757-1759 (1758); BGH, Beschluß v. 4.3.1998 - VIII ZB 25/97, ZIP 1998, 863f. (864); AG Neumünster, Beschluß v. 6.1.1997 - 8 C 1731/95, BB 1997, 1763f. (1764); Abrahamczik (1996), 186; Heymann (1995) - Sonnenschein/Weitemeyer, § 84 Rn. 16; Mohr (1994), 254; Plander (1973), 242; Schröder, G. (1970), 1626; ders. (1973), § 84 Rn. 5; Staub u.a. (1995) - Brüggemann, § 84 Rn. 10; MüKo HGB (1996) - v. Hoyningen-Huene, § 84 Rn. 47; Trinkhaus (1958), 12; Westphal (1991), 12.

⁵³⁶ Becker (1982), 152; Ensthaler (1997) - Leinemann, § 84 Rn. 13; Glanegger u.a. (1995), § 84 Rn. 5; Küstner (1985), 32; Staub u.a. (1995) - Brüggemann, § 84 Rn. 10.

⁵³⁷ RAG, Urteil v. 7.4.1937 - RAG. 198/36, ARS 30, 40-48 (42); BFH, Urteil v. 14.6.1985 - VI R 150-152/82, BFHE 144, 225-230 (228); BFH, Urteil v. 30.10.1969 - V R 150/66, BStBl. II 1970, 474-476 (476) = DB 1970, 862f. (863); OLG Düsseldorf, Urteil v. 21.10.1983 - 16 U 36/83, WM 1985, 524-526 (526); Eberstein (1991), 27; Hartmann/Christians (1984), 1372; Meeser (1994), 13; Ordemann (1963), 499; Rewolle (1954), 214. Zur Nichtigkeit einer Vergütungsvereinbarung auf reiner Provisionsbasis mit einem Arbeitnehmer LAG Hamm, Urteil v. 16.10.1989 - 19 (13) Sa 1510/88, ZIP 1990, 880-892 mit Anm. Gaul.

⁵³⁸ LSG Berlin, Urteil v. 14.8.1995 - L 15 Kv 16/95, AP Nr. 83 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

⁵³⁹ Meeser (1994), 13.

⁵⁴⁰ BFH, Urteil v. 30.10.1969 - V R 150/66, BStBl. II 1970, 474-476 (476) = DB 1970, 862f. (863); Heymann (1995) - Sonnenschein/Weitemeyer, § 84 Rn. 15.

⁵⁴¹ Schröder, G. (1970), 1626.

⁵⁴² OLG Düsseldorf, Urteil v. 21.10.1983 - 16 U 36/83, WM 1985, 524-526 (526); Meeser (1994), 13.

⁵⁴³ Meeser (1994), 13.

⁵⁴⁴ RAG, Urteil v. 8.12.1937 - RAG. 150/37, ARS 31, 381-386 (383); RAG, Urteil v. 29.3.1939 - RAG. 185/38, ARS 36, 143-147 (146) mit Anm. Hueck; BFH, Urteil v. 7.12.1961 - V 139/59 U, BStBl. III 1962, 149f.; LAG Hannover, Urteil v. 23.1.1950 - Sa 921/49, BB 1950, 168; ArbG Lübeck, Beschluß v. 29.6.1989 - 2 BV 46/89, AiB 1989, 349f. (350); Küstner (1985), 32f.; Küstner/v. Manteuffel (1992), 40; v. Westphalen (1996) - Westphal, 159. Vgl. auch LAG Düsseldorf, Beschluß v. 20.10.1987 - 16 TaBV 83/87, NJW 1988, 725-728 (727).

der erfolgsorientierten Provision einen festen Spesenzuschuß⁵⁴⁵ oder eine Mindestprovision⁵⁴⁶ erhalte, es sei denn, es handle sich um den vollständigen Ersatz seiner Reisekosten und Auslagen.⁵⁴⁷

5.3.6. Tätigkeit für einen oder mehrere Unternehmer

Rechtsprechung und herrschendes Schrifttum sehen ein wichtiges Indiz für die Abgrenzung auch in der Tätigkeit eines Außendienstmitarbeiters für einen oder mehrere Unternehmer.

Der Außendienstangestellte sei in der Regel nur für einen Geschäftsherrn tätig,⁵⁴⁸ während die Tätigkeit für mehrere Unternehmer in einem besonderen Maße auf einen Handelsvertreter hinweise.⁵⁴⁹

Problematisch ist jedoch ein Nebenbeschäftigungsverbot bzw. eine Genehmigungspflicht für Nebentätigkeiten. Nach Rechtsprechung und herrschender Lehre sei dies zwar ein Indiz für eine Unselbständigkeit des Vertreters,⁵⁵⁰ es schließe aber nicht schon zwingend die Selbständigkeit des Handelsvertreters aus, da § 92 a Abs. 1 S. 1 HGB regle, daß der Handelsvertreter, der nicht für weitere Unternehmer tätig werden dürfe, selbständiger Handelsvertreter in Form des Einfirmenvertreters sein könne.⁵⁵¹ Der Handelsvertreter müsse auch nicht tat-

⁵⁴⁵ Abrahamczik (1996), 186; Hopt (1992), § 84 Rn. 36; Ordemann (1963), 499; OLG Stuttgart, Urteil v. 6.7.1961 - 2 U 15/61, BB 1962, 156.

⁵⁴⁶ OLG Nürnberg, Urteil v. 15.3.1960 - 2 U 224/58, BB 1960, 956; Hopt (1992), § 84 Rn. 36; Schröder, G. (1973), § 84 Rn. 5; Westphal (1991), 12.

⁵⁴⁷ Eberstein (1964), 271; ders. (1991), 27.

⁵⁴⁸ BVerfG, Beschluß v. 25.10.1977 - 1 BvR 15/75, BVerfGE 46, 224-246 (234); Hartmann/Christians (1984), 1372; Mayer (1996), 11; Rewolle (1954), 214.

⁵⁴⁹ RAG, Urteil v. 7.4.1937 - RAG. 198/36, ARS 30, 40-48 (42); ArbG München, Urteil v. 29.5.1990 - 14 Ca 11935/89, BetrR 1990, 167f. (167); Abrahamczik (1996), 186; Baumbach/Hopt (1995), § 84 Rn. 36; Becker (1982), 151; Eberstein (1964), 271; ders. (1991), 26; Ensthaler (1997) - Leinemann, § 84 Rn. 13; Glanegger u.a. (1995), § 84 Rn. 5; Hopt (1992), § 84 Rn. 36; ders. (1998), 865/866; Kasseler HB 1 (1997) - Worzalla, 58; Küstner/v. Manteuffel (1992), 43; MüKo HGB (1996) - v. Hoyningen-Huene, § 84 Rn. 42; Ordemann (1963), 501; Schröder, G. (1970), 1626; ders. (1973), § 84 Rn. 4; Staub u.a. (1995) - Brüggemann, § 84 Rn. 11; Worzalla (1996), 72.

⁵⁵⁰ BGH, Urteil v. 4.12.1981 - I ZR 200/79, AP Nr. 2 zu § 84 HGB = BB 1982, 1876-1878 (1877); LAG Nürnberg, Urteile v. 25.2.1998 - 4 Sa 670/97 und 4 Sa 860/96, AiB 1998, 296-299 (297), mit Anm. Fischer; ArbG Nürnberg, Urteil v. 31.7.1996 - 2 Ca 4546/95, NZA 1997, 37-41 (40) = ArbuR 1996, 417f. (417); OLG Düsseldorf, Urteil v. 21.10.1983 - 16 U 36/83, WM 1985, 524-526 (526); Abrahamczik (1996), 186; Glanegger u.a. (1995), § 84 Rn. 5; Hopt (1992), § 84 Rn. 36; Staub u.a. (1995) - Brüggemann, § 84 Rn. 13.

⁵⁵¹ BGH, Urteil v. 20.1.1964 - VII ZR 204/62, VersR 1964, 331f. (332); Hopt (1992), § 84 Rn. 36; ders. (1998), 865/866; Ordemann (1963), 501; MüKo HGB (1996) - v. Hoyningen-Huene, § 84 Rn. 42; Worzalla (1996), 72f. So schon vor Einführung des § 92 HGB das RAG, Urteil v. 10.12.1930 - RAG. 397/30, RAGE 7, 172-176 (175).

sächlich in der Lage sein, für mehrere Unternehmer tätig zu werden, da das Gesetz in § 92 a Abs. 1 S. 1 HGB auch für den Fall, daß dem Außendienstmitarbeiter nach Art und Umfang der von ihm verlangten Tätigkeit die Arbeit für andere Unternehmer nicht möglich sei, den Einfirmervertreter vorsehe.⁵⁵² Daraus folge schließlich auch, daß die Verpflichtung des Handelsvertreters, für den Unternehmer jederzeit verfügbar zu sein, nicht dessen Selbständigkeit ausschließe.⁵⁵³ Allerdings könne ein Nebenbeschäftigungsverbot die Möglichkeit einer täglichen Einflußnahme auf die Arbeitsleistungen eines Außendienstmitarbeiters derart sichern, daß es zumindest als zusätzliches Indiz für dessen Unselbständigkeit herangezogen werden könne.⁵⁵⁴

5.3.7. Bezeichnung durch die Parteien, Schwierigkeit der Arbeit, Behandlung vergleichbarer Mitarbeiter

Auf solche Merkmale der allgemeinen Abgrenzung von Arbeitnehmern und Selbständigen, die praktisch unverändert auf den Außendienst angewandt werden, soll hier nur kurz hingewiesen werden.

Auch für die Abgrenzung von Außendienstangestellten und Handelsvertretern komme es nach Meinung der Rechtsprechung und herrschenden Literatur nicht auf den Inhalt des Vertrags und die im Vertrag enthaltene Bezeichnung des Außendienstmitarbeiters, sondern allein auf die tatsächliche Ausgestaltung und Durchführung des Vertrags an.⁵⁵⁵ Dies folge im Außendienst vor allem aus § 84 Abs. 2 HGB, der zwingend sei und nicht durch Partei-

⁵⁵² Alff (1983), 17; Heymann (1995) - Sonnenschein/Weitemeyer, § 84 Rn. 13; Trinkhaus (1958), 12.

⁵⁵³ BAG, Urteil v. 21.1.1966, BAGE 18, 87-104 (95) = AP Nr. 2 zu § 92 HGB = DB 1966, 546-548 (546); BGH, Urteil v. 20.1.1964 - VII ZR 204/62, VersR 1964, 331f. (332).

⁵⁵⁴ BGH, Urteil v. 4.12.1981 - I ZR 200/79, AP Nr. 2 zu § 84 HGB = BB 1982, 1876-1878 (1877); MüKo HGB (1996) - v. Hoyningen-Huene, § 84 Rn. 42.

⁵⁵⁵ Std. Rspr. schon des RAG: RAG, Urteil v. 13.5.1942 - RAG. 4/42, ARS 45, 34-41 (34, 35/36) mit Anm. Dersch; BAG, Urteil v. 21.1.1966, BAGE 18, 87-104 (91) = AP Nr. 2 zu § 92 HGB = DB 1966, 546-548 (546) „Leiter der Bezirksdirektion“; BAG, Urteil v. 19.6.1963, BB 1963, 1096 „Subdirektor“; BGH, Urteil v. 11.3.1982 - I ZR 27/80, AP Nr. 3 zu § 84 HGB = NJW 1982, 1757-1759 „Freiberufliche Propagandistin“; BSG, Urteil v. 29.1.1981 - 12 RK 63/79, AP Nr. 4 zu § 92 HGB = BB 1981, 2074f. (2075) „Handelsvertreter gemäß § 84 Abs. 1 HGB“; LAG Frankfurt/M., Urteil v. 3.12.1964 - 3 Sa 104/64, VersR 1966, 236f. (237), „Filioldirektor“; BFH, Urteil v. 24.7.1992 - VI R 126/88, AP Nr. 63 zu § 611 BGB Abhängigkeit „Freie Mitarbeiterin“; LSG Berlin, Urteil v. 14.8.1995 - L 15 Kv 16/95, AP Nr. 83 zu § 611 BGB Abhängigkeit „Auftragnehmerin“; AG Neumünster, Beschluß v. 6.1.1997 - 8 C 1731/95, BB 1997, 1763f. (1763); Baumbach/Hopt (1995), § 84 Rn. 36; Becker (1982), 151; Eberstein (1991), 26; Ensthaler (1997) - Leinemann, § 84 Rn. 12; Hunold (1993 A), 3; Kreft (1993), 6; Marburger (1979), 842; Meeser (1994), 14; Schröder, G. (1970), 1626; Staub u.a. (1995) - Brüggemann, § 84 Rn. 1 und 14.

vereinbarung ausgeschlossen werden könne.⁵⁵⁶

Des weiteren wird auch wie bei der allgemeinen Abgrenzung auf die Schwierigkeit der Tätigkeit abgestellt. Die Ausführung von einfachen Tätigkeiten spreche für die Unselbständigkeit, da bei ihnen eine Weisungsgebundenheit und damit eine Eingliederung in den Betrieb die Regel sei.⁵⁵⁷

Schließlich könne auch im Außendienst die Beschäftigung sowohl von Arbeitnehmern als auch z.B. von „freien Mitarbeitern“ durch einen Arbeitgeber mit denselben Arbeiten für eine einheitliche arbeitsrechtliche Einordnung aller Mitarbeiter sprechen.⁵⁵⁸

5.3.8. Sonstige Indizien

Nur unterstützende Wirkung kommt nach Rechtsprechung und herrschender Literatur, wie schon bei der allgemeinen Abgrenzung von Arbeitnehmer und Selbständigen (siehe in Kapitel 4.1.8.), gewissen formalen Indizien zu:⁵⁵⁹

die Führung und Eintragung einer Firma in das Handelsregister,⁵⁶⁰

die Zahlung von Umsatz- und Gewerbesteuer durch den Handelsvertreter⁵⁶¹ bzw. die Abführung von Lohnsteuer und Sozialversicherungsbeiträgen durch den Unternehmer,⁵⁶²

die Erfüllung der gewerberechtlichen Anzeigepflicht bzw. die Erteilung einer Erlaubnis

⁵⁵⁶ Abrahamczik (1996), 185; Küstner/v. Manteuffel (1992), 37f.

⁵⁵⁷ BFH, Urteil v. 24.7.1992 - VI R 126/88, AP Nr. 63 zu § 611 BGB Abhängigkeit, für eine Stromableserin; BFH, Urteil v. 14.6.1985 - VI R 150-152/82, BFHE 144, 225-230 (228); Meeser (1994).

⁵⁵⁸ LAG Hamm, Urteil v. 5.10.1989 - 16 Sa 762/89, LAGE § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 13 = DB 1990, 2027f. (2028) = BetrR 1990, 168f.

⁵⁵⁹ Zusammenfassend BAG, Urteil v. 28.4.1972 - 3 AZR 464/71, BB 1972, 1056; Abrahamczik (1996), 186; Baumbach/Hopt (1995), § 84 Rn. 36; Becker (1982), 152; Eberstein (1964), 271; ders. (1991), 26f.; Ensthaler (1997) - Leinemann, § 84 Rn. 13; Glanegger u.a. (1995), § 84 Rn. 5; Heymann (1995) - Sonnenschein/Weitemeyer, § 84 Rn. 17; Hopt (1998), 865; Küstner (1985), 33f.; Küstner/v. Manteuffel (1992), 42f.; Preis/Stoffels (1996), 445; MüKo HGB (1996) - v. Hoyningen-Huene, § 84 Rn. 47; Staub u.a. (1995) - Brüggemann, § 84 Rn. 8; Trinkhaus (1958), 13; Westphal (1991), 12; v. Westphalen (1996) - Westphal, 159.

⁵⁶⁰ BAG, Urteil v. 21.1.1966, BAGE 18, 87-104 (99f.) = AP Nr. 2 zu § 92 HGB = DB 1966, 546-548 (547f.); Hopt (1992), § 84 Rn. 36; Ordemann (1963), 499; Worzalla (1996), 72. Zu dem Problem der Firma des Handelsvertreters Tiefenbacher (1981), 85f.

⁵⁶¹ BGH, Urteil v. 4.12.1981 - I ZR 200/79, AP Nr. 2 zu § 84 HGB = BB 1982, 1876-1878 (1877); BGH, Urteil v. 20.1.1964 - VII ZR 204/62, VersR 1964, 331f.; Kasseler HB 1 (1997) - Worzalla, 58; Worzalla (1996), 72.

⁵⁶² BFH, Urteil v. 30.10.1969 - V R 150/66, BStBl. II 1970, 474-476 (476) = DB 1970, 862f. (863); OLG Düsseldorf, Urteil v. 21.10.1983 - 16 U 36/83, WM 1985, 524-526 (526); Ordemann (1963), 499; Rewolle (1954), 214; Schröder, G. (1970), 1626; Staub u.a. (1995) - Brüggemann, § 84 Rn. 13.

nach der Gewerbeordnung,⁵⁶³

die Mitgliedschaft in der Industrie- und Handelskammer⁵⁶⁴ oder der Berufsgenossenschaft.⁵⁶⁵

5.4. Abgrenzung nach Wank - Unternehmerrisiko und -chancen

Im Rahmen der Entwicklung der in Kapitel 4.5. beschriebenen Vorgehensweise zur Abgrenzung von Arbeitnehmern und Selbständigen hat Wank sein Modell beispielhaft auf einzelne zweifelhafte Abgrenzungsfälle angewandt, bei denen der Erwerbstätige mehr unternehmerische Entscheidungsfreiheit genießt als der durchschnittliche Arbeitnehmer, jedoch weniger als der typische Unternehmer,⁵⁶⁶ darunter auch auf die Abgrenzung von Außendienstangestellten und Handelsvertretern.⁵⁶⁷

5.4.1. Gesamtabwägung

Für die Abgrenzung von Außendienstangestellten und Handelsvertretern stellt Wank wie schon allgemein für die Abgrenzung von Arbeitnehmern und Selbständigen nicht auf die persönliche Abhängigkeit, sondern auf die „Gesamtabwägung der nach Gesetz und Vertrag für den Handelsvertreter bestehenden unternehmerischen Chancen und Risiken“ ab. Da „die meisten Merkmale für die Feststellung der unternehmerischen Chancen und Risiken, isoliert betrachtet, ambivalent bewertbar“ seien, verdiene die Risikokombination ein besonderes Augenmerk und erfordere eine „Gesamtbetrachtung des Unternehmerrisikos“.⁵⁶⁸

Als beispielhaft für die Kombination schlechter Risiken führt Wank dann den Sachverhalt einer BGH-Entscheidung an, bei der der Kläger alle Risiken eines Selbständigen getragen habe: „Er erhielt ausschließlich Provision, mußte dafür selbst Steuern und Sozialversiche-

⁵⁶³ RAG, Urteil v. 10.12.1930 - RAG. 397/30, RAGE 7, 172-176 (175); BGH, Urteil v. 11.3.1982 - 1 ZR 27/80, AP Nr. 3 zu § 84 HGB = NJW 1982, 1757-1759 (1758); BGH, Beschluß v. 4.3.1998 - VIII ZB 25/97, ZIP 1998, 863f. (864); OLG München, Urteil v. 20.12.1956 - 6 U 1652/56, BB 57, 560; Hopt (1992), § 84 Rn. 36; Ordemann (1963), 499; Schröder, G. (1970), 1626; Staub u.a. (1995) - Brüggemann, § 84 Rn. 8.

⁵⁶⁴ Staub u.a. (1995) - Brüggemann, § 84 Rn. 8.

⁵⁶⁵ BGH, Urteil v. 11.3.1982 - 1 ZR 27/80, AP Nr. 3 zu § 84 HGB = NJW 1982, 1757-1759 (1758).

⁵⁶⁶ Wank (1988), 249.

⁵⁶⁷ Wank (1988), 256ff.

rungsbeiträge abführen und Spesen und Kosten außerhalb der Geschäftsräume des Beklagten selbst tragen. Dem stand, soweit ersichtlich, keine entsprechende unternehmerische Entscheidungsfreiheit gegenüber. Der Kläger war voll in die Organisation des Beklagten eingegliedert, er hatte dort sein Büro, mußte täglich an einer Arbeitsbesprechung teilnehmen, wurde mehrmals am Tag zum Geschäftsführer gerufen, seine Gespräche durften von der Beklagten abgehört werden, er durfte keiner Nebenbeschäftigung nachgehen und mußte sich im Urlaub vertreten lassen.“⁵⁶⁹

Anschließend legt Wank das Problem der Risikokombination anhand von Entgeltform und organisatorischer Eingliederung dar.

5.4.2. Entgeltform

Im Handelsvertreterrecht gebe es die beiden Entgeltformen Fixum und Provision, die charakteristisch für die jeweilige Form der Erwerbstätigkeit seien. Der Außendienstangestellte erhalte wie alle anderen Arbeitnehmer sein Fixum und sei unabhängig von den Verhältnissen des Marktes, während der Handelsvertreter sein Entgelt nur erhalte, wenn jeweils tatsächlich ein Vertrag zwischen Unternehmer und Kunden zustande komme, und er so dem Marktrisiko ausgesetzt sei. Probleme entstünden, wenn eine Mischform der Entgeltzahlung gewählt werde, sich das Einkommen des Handelsvertreters also aus Fixum und Provision zusammensetze. Weder in derartigen Mischfällen noch bei alleiniger Provisionszahlung könne die Abgrenzung allein nach der Entgeltform vorgenommen werden. So sehe auch das geltende Recht in § 65 HGB für Außendienstangestellte und Selbständige teilweise die gleichen Vorschriften über die Provision vor. Daraus werde deutlich, daß die Auferlegung eines Unternehmerrisikos durch ein erfolgsabhängiges Entgelt nur dann mit der Qualifizierung als Selbständiger zu vereinbaren sei, wenn dem entsprechende unternehmerische Chancen entgegenstünden.⁵⁷⁰

⁵⁶⁸ Wank (1988), 261. Vgl. auch dens. (1997 B), 100.

⁵⁶⁹ Wank (1988), 261f., unter Heranziehung von BGH, Urteil v. 4.12.1981 - I ZR 200/79, AP Nr. 2 zu § 84 HGB = BB 1982, 1876 - 1878. Der BGH hat eine selbständige Beschäftigung des Klägers ebenfalls verneint.

⁵⁷⁰ Wank (1988), 262f.

5.4.3. Organisatorische Eingliederung

Solche unternehmerischen Chancen fehlten jedoch vielfach, wenn der Handelsvertreter nur an einen Unternehmer gebunden sei und dieser ihn einer organisatorischen Eingliederung unterwerfe. Könne der Handelsvertreter schon in Richtung auf den Hersteller keine Markt-tätigkeit entfalten, müsse wenigstens im Hinblick auf die Kundenseite ein Spielraum verbleiben, „sei es in einer Organisation mit Mitarbeitern und Ausstattung, sei es durch eigene Planung der Vermittlungstätigkeit.“ Da eine organisatorische Eingliederung des selbständigen Handelsvertreters allerdings bereits teilweise durch das Gesetz vorgezeichnet sei, komme es beim Handelsvertreter nur zum Verlust des eigenen Entscheidungsspielraums und damit dem Verlust der Selbständigkeit, wenn das Unternehmen die gesetzlichen Ansätze voll ausschöpfe oder darüber hinausgehe.

So gehöre zum Geschäftsbesorgungsvertrag des selbständigen Handelsvertreters als eines Absatzmittlers notwendigerweise eine gewisse Weisungsbindung. Insofern komme es für die Abgrenzung zum Arbeitnehmer darauf an, in welchem Umfang das Unternehmen von Weisungsrechten Gebrauch mache.

Nach § 86 Abs. 1 1. Halbsatz HGB müsse sich der Handelsvertreter um die Vermittlung oder den Abschluß von Geschäften bemühen. Vielfach schrieben die Unternehmen den Handelsvertretern unter Berufung darauf jedoch im einzelnen vor, wie oft und in welchem Turnus sie welche Kunden zu besuchen hätten. Und nach § 86 Abs. 2 HGB bestehe eine Berichtspflicht des Handelsvertreters, die vertraglich aber vielfach erweitert würde, indem formularmäßige Tätigkeitsberichte verlangt würden.

Die einzelnen Bindungen dürften jedenfalls den Kerngehalt der eigenen unternehmerischen Entscheidung nicht beeinträchtigen; insofern hänge die endgültige Abgrenzung davon ab, wieviel an unternehmerischer Chance dem Handelsvertreter im Verhältnis zu seiner Bindung verbleibe. Entgegen der Rechtsprechung könne dabei nicht die rechtliche Selbständigkeit, also die bloße vertragliche Regelung, den Ausschlag geben, wenn die tatsächlichen Möglichkeiten dieser nicht entsprächen.⁵⁷¹

⁵⁷¹ Wank (1988), 263.

6. Die Abgrenzung von Arbeitnehmern und Selbständigen bei der Telearbeit

Ebenso wie bei der Außendienstarbeit ergeben sich bei der Telearbeit als betriebsexterner Tätigkeit besondere Schwierigkeiten für die Abgrenzung von Arbeitnehmern und Selbständigen. Dementsprechend wird die Abgrenzung in der Literatur umfassend diskutiert, kann aber an dieser Stelle nur kurz dargestellt werden. Zu beachten ist dabei, daß sich die Literatur ganz überwiegend auf die Telearbeit in Form der Teleheimarbeit bezieht (zu dem Begriff der Teleheimarbeit Kapitel 2.3.1.).⁵⁷² Rechtsprechung liegt zu diesem Thema noch nicht vor.

6.1. Besondere Abgrenzungsschwierigkeiten bei der Telearbeit

Grundsätzlich läßt sich feststellen, daß die Abgrenzung der Rechtsformen Arbeitnehmer und Selbständiger bei der Telearbeit ein erhebliches Problem darstellt, weil Voraussetzung, Begleiterscheinung, Vorteil oder Ziel dieser Arbeitsform gerade die selbstbestimmte, zeitlich und räumlich bzw. arbeitsorganisatorisch flexible Arbeitsleistung ist.⁵⁷³ Bei der Telearbeit entsteht insgesamt ein deutlich erhöhtes Maß an Ausführungsautonomie im Rahmen nur abstrakter, an Arbeitsergebnissen orientierter Weisungen, die sich im Grenzfall bis auf die Erteilung von Projektaufträgen reduzieren können, die klassische Begründung von Werkverträgen (zum Unterschied von Arbeits- und Werkverträgen sowie der Problematik des „werkvertragsähnlichen Erfolgsbezugs“ in Kapitel 5.1.1.).⁵⁷⁴ Auch bedarf es bei der Telearbeit nicht mehr der in persönlicher, unmittelbarer Interaktion erteilten Weisungen im arbeits-

⁵⁷² Die Fokussierung der gegenwärtigen Diskussion um die Regulierung der Telearbeit auf die Teleheimarbeit kritisieren Späker/Weißbach (1997), 220, da dies dazu geführt habe, daß kein Modell erkennbar sei, das die Vielfalt der Akteursgruppen und der realisierten Organisationsmodelle von Telearbeit wie die durch sie aufgeworfenen Fragen im Rahmen korporatistischer Verhandlungsstrukturen berücksichtigen. Vgl. auch dies. (1996), 28.

⁵⁷³ Vgl. Basse/Linke (1996), 666; Beck (1985), 553; Brettreich-Teichmann (1996), 81; Büssing/Aumann (1996 A); Bumiller/Stupperich (1996); Dostal (1996), 649; Ewert (1996), 750 und 752; Fieber (1996), 33; Fink/Meyer (1996 A), 14f.; Förster/Apenburg (1996), 29f.; Godehardt (1996), 66; Goerke (1996), 189; Grafe, B. (1991), 16; Grau (1996), 86; Herb (1986), 1823; Hoose (1995), 60; dies. (1996), 143; Kappus (1984), 2384; Klein, B. (1998), 8f.; Korte/Robinson (1988 A), 14; dies. (1988 B), 18-21; Kurz (1996), 657; Lenk (1989), 56-58; Nouvortne (1996), 60; Schade (1996), 27; Schröder, L. (1996 D), 30; Wulff-Nienhüser (1997), 37; Simmat (1996), 670f.; Tippmann (1984), 238; Wicher (1988), 149. Nach einer gemeinsamen Studie der WirtschaftsWoche und der Privaten Universität Witten/Herdecke aus dem Jahr 1996 sprechen 50 % der befragten Unternehmen, die bereits Telearbeit praktizieren, von einer deutlich erhöhten Flexibilität. Dieses Ergebnis sowie weitere Ergebnisse der Studie bei Groothuis (1996).

⁵⁷⁴ Vgl. Fangmann (1994), 212.

rechtlichen Sinne als dem wichtigsten Merkmal zur Abgrenzung von Arbeitnehmern und Selbständigen (dazu in Kapitel 3.9.1.).

In der Literatur wird außerdem betont, daß die Telearbeit auf allen Führungsebenen und in allen Funktionen den selbständig denkenden und handelnden „Mitarbeiterunternehmer“ erfordere.⁵⁷⁵ Die Parallelen zum Außendienstmitarbeiter als „Unternehmer im Unternehmen“ mit seiner hohen Selbständigkeit und Eigenverantwortung (dazu in Kapitel 3.8.4.) sind unübersehbar, der Grund liegt in der betriebsexternen Tätigkeit beider Beschäftigtengruppen. Es gilt damit für die besonderen Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen Arbeitnehmern und Selbständigen bei der Telearbeit das in Kapitel 5.1.1. zum Außendienst Gesagte entsprechend.

6.2. Abgrenzung nach ganz herrschender Literatur

Das ganz herrschende Schrifttum zieht für die Abgrenzung von Arbeitnehmern und Selbständigen bei der Telearbeit das allgemeine Abgrenzungsmodell der Rechtsprechung und herrschenden Lehre (oben Kapitel 4.1. bis 4.4.), insbesondere aber auch die besondere Kriterien für die Abgrenzung von Außendienstangestellten und Handelsvertretern (oben Kapitel 5.3.) heran.⁵⁷⁶ Im folgenden sollen nur die Besonderheiten aufgezeigt werden, die sich aus der Telearbeit ergeben. Im übrigen wird auf die obigen Ausführungen verwiesen.

6.2.1. Weisungsgebundenheit und Eingliederung in fremde Arbeitsorganisation

(Siehe zur Weisungsgebundenheit und zur Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation

⁵⁷⁵ Ewert (1997), 513. Ähnlich Büssing/Aumann (1996 B), 150, die das „Selbstverständnis als ‚Unternehmer‘ im Unternehmen“ fordern; Fieber (1996), 33, der als Chance aus Sicht der Betroffenen den „Mitarbeiter als Unternehmer“ nennt; Welsch (1996), 15, der eine „starke unternehmerische Orientierung“ als ein Merkmal telearbeitstauglicher Personen anführt.

⁵⁷⁶ Vgl. Albrecht (1996), 1241f.; Collardin (1995), 27 und 31f.; Fangmann (1994), 205f.; Fenski (1994), 130f.; Fitting/Kaiser/Heither/Engels (1996), § 5 Rn. 56; Gerhards (1993), 453f.; Godehardt/Worch (1996), 10f.; Goerke (1996), 188f.; Grafe, B. (1991), 25 und 29f.; Herb (1986), 1823f.; Kappus (1984), 2385; ders. (1986), 34; Kilian/Borsum/Hoffmeister (1986), 82; dies. (1987), 404; Küfner-Schmitt (1986), 44-58; dies. (1988), 82; Otten (1996), 326-335; Peter (1998), 574; Pfarr/Drüke (1989), 30-33; Richardi/Wlotzke (1993), 1881; Saller (1996), 303; Simon/Kuhne (1987), 202f.; Wedde (1987), 326f.; ders. (1994), 51-104; ders. (1997), 16-47. Kritisch Waniorek (1989), 103-126. Zur betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmer-

als Abgrenzungsmerkmale zunächst Kapitel 4.1.1., 4.1.2. und 5.3.1.).

Wie in Kapitel 3.9.1. dargestellt, finden bei der Telearbeit die Weisungen in bezug auf Ort, Zeit und Dauer der Tätigkeit als auch die fachlichen Weisungen zumeist nicht mehr über den persönlichen Kontakt in unmittelbar „menschlicher“ Form statt, sondern auf elektronischem Weg. An eben diese kommunikationstechnisch vermittelten Weisungen setzt nun die herrschende Literatur an. Ihrer Ansicht nach müßten sich die Mitarbeiter zwangsläufig an den vom Arbeitgeber eingesetzten Programmen, z.B. den Eingabemasken, orientieren und nach diesen handeln.⁵⁷⁷ Für eigene Initiativen und individuelle Lösungsmöglichkeiten bleibe nur dort Raum, wo es die Programme bzw. die über die Programme bestimmenden Arbeitgeber zuließen.⁵⁷⁸ Die Beschäftigten unterlägen damit in vollem Umfang den digitalen Weisungen des Arbeitgebers, die über die Systeme vermittelt würden⁵⁷⁹ und den Arbeitsablauf gewöhnlich noch weitaus detaillierter festlegten, als dies in der herkömmlichen Weisungspraxis möglich sei.⁵⁸⁰

Keine entscheidende Rolle für die Weisungsgebundenheit und die Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation spiele in diesem Zusammenhang, ob die Telearbeit online oder offline⁵⁸¹ erfolge.⁵⁸² Zwar sei die Weisungsgebundenheit und die Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation bei der Online-Arbeit besonders augenfällig, da die Arbeit ohne die betriebliche Datenverarbeitungsanlage und die sich daraus ergebenden vorstrukturierten Arbeitsanweisungen gar nicht möglich wäre.⁵⁸³ Doch selbst wenn die Arbeitsaufträge und -

Eigenschaft des Telearbeiters Däubler/Kittner/Klebe (1996) - Trümmer, § 5 Rn. 35-40; Fabricius/Kraft/Wiese/Kreutz (1994) - Kraft, § 5 Rn. 31.

⁵⁷⁷ Dazu Denck (1982), 279; Keysseltz (1995), 89; Kilian (1981), 2545.

⁵⁷⁸ Zu einer flexiblen Anpassung der Software zur Selbstorganisation der Arbeit Schmitz (1996).

⁵⁷⁹ Fangmann (1994), 206; Peter (1998), 574; Wedde (1987), 326; ders. (1994), 57f.; ders. (1997), 16f.

⁵⁸⁰ Kappus (1986 B), 135; Popp (1997), 1792.

⁵⁸¹ Online: Daten werden bei einer bestehenden Verbindung zu einem anderen Rechner oder Datennetz bearbeitet. Offline: Daten werden vor Ort bearbeitet, erst anschließend wird eine Verbindung zum Netz aufgenommen. Da die Onlinebearbeitung zeit- und damit kostenintensiv ist, werden Daten meistens offline verarbeitet und online nur übertragen [vgl. Hooffacker (1991), 225].

⁵⁸² Diese Unterscheidung wurde in den achtziger Jahren getroffen. Damals wurde als Arbeitnehmer angesehen, wessen Terminal online mit dem Zentralrechner des Auftraggebers verbunden war, während die Arbeit im Offline-Verfahren eher als Indiz gegen den Arbeitnehmerstatus gewertet wurde. Vgl. Kappus (1986 B), 110-131; Kilian/Borsum/Hoffmeister (1986), 101-107; Küfner-Schmitt (1986), 52f.; dies. (1988), 82; Pfarr/Drücke (1989), 46-48; Wahsner/Steinbrück (1984), 105; Waniorek (1989), 109f. Heute noch Fitting/Kaiser/Heither/Engels (1996), § 5 Rn. 56.

⁵⁸³ Albrecht (1996), 1241; Gerhards (1993), 454; Goerke (1996), 189; Grafe, B. (1991), 31f.; Kilian/Borsum/Hoffmeister (1986), 103-105; dies. (1987), 404.

ergebnisse allein per Diskette übermittelt würden,⁵⁸⁴ liege eine weitgehende Bindung an die Weisungen des Arbeitgebers vor, da er die zu nutzende Hard- und Software und damit die Tätigkeit - ggf. für einen längeren Arbeitszyklus von mehreren Wochen - genau vorschreibe.⁵⁸⁵ Insofern mache es für die Bindung an die informations- und kommunikationstechnisch vermittelten Weisungen keinen Unterschied, ob der Telearbeiter über seinen Terminal online am Rechner im Betrieb arbeite oder die gleiche Arbeit offline mit einer leistungsfähigen Workstation erbringe und nur seine Arbeitsergebnisse elektronisch übermittle.⁵⁸⁶

Zu verneinen sei das Merkmal der digital vermittelten Weisungsgebundenheit für diejenigen Telearbeiter, die z.B. im Bereich der Software-Entwicklung⁵⁸⁷ oder der computergestützten Konstruktion tätig seien und allein bestimmte Software-Tools⁵⁸⁸ ihres Auftraggebers nutzen, um damit eigene Vorstellungen umzusetzen.⁵⁸⁹

Im Hinblick auf die verschiedenen Formen der Telearbeit kann für die Weisungsgebundenheit und die Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation festgestellt werden, daß diese bei der Telearbeit in Nachbarschafts- und Satellitenbüros durchweg bejaht wird,⁵⁹⁰ sei es aufgrund der vor Ort erfolgenden Weisungen durch Aufsichtspersonal, die Koordination der Arbeit und Organisation über die informations- und kommunikationstechnische Anbindung des Büros an die zentrale Organisation, durch die sich ein Satellitenbüro bei gleichen Arbeitsinhalten für die Beschäftigten von einer betrieblichen Abteilung nur noch durch die Länge der Kommunikationsleitung unterscheidet,⁵⁹¹ oder aufgrund der zur Arbeit notwendigen Inanspruchnahme der dort vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellten Räume und Geräte.⁵⁹² Für die Teleheimarbeit folge ein schwerwiegendes Indiz für die Weisungsgebundenheit und die Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation aus der Zurverfügungstellung

⁵⁸⁴ Herb (1986), 1825. Bei einer alleinigen Übermittlung der Arbeitsaufträge und -ergebnisse per Diskette ohne zumindest zeitweilige elektronische Verbindung mit dem Arbeitgeber liegt allerdings keine Telearbeit im Sinne der h.M. vor (siehe Kapitel 2.3.1.).

⁵⁸⁵ Fangmann (1994), 206. Vgl. auch Goerke (1996), 189.

⁵⁸⁶ Wedde (1994 A), 58-60; ders. (1997), 17f. Vgl. auch Kilian/Borsum/Hoffmeister (1987), 404; Popp (1997), 1792.

⁵⁸⁷ Peter (1998), 574.

⁵⁸⁸ Bei Tools handelt es sich um Hilfsprogramme, die zumeist die Lösung für ein eng umgrenztes Aufgabengebiet liefern [Grieser/Irlbeck (1993), 330].

⁵⁸⁹ Wedde (1994 A), 58f.

⁵⁹⁰ Vgl. Pfarr/Drüke (1989), 42-44, die noch einmal zwischen diesen Formen differenziert; Schaub (1996), 1377.

⁵⁹¹ Kilian/Borsum/Hoffmeister (1986), 107.

⁵⁹² Wedde (1994 A), 60f.; ders. (1997), 22.

von Arbeitsgeräten, Material und anderen Hilfsmitteln⁵⁹³ oder dem Vorschreiben technischer Standards durch den Arbeitgeber,⁵⁹⁴ wenn sich also die Tätigkeit in ein elektronisches oder organisatorisches Gesamtkonzept einfüge und ohne Rückkoppelung mit der betrieblichen EDV-Anlage sachlich und wirtschaftlich nicht möglich sei.⁵⁹⁵ Hinsichtlich der alternierenden und der mobilen Telearbeit mache es für die Weisungsgebundenheit und Eingliederung schließlich so gut wie keinen Unterschied, ob der Mitarbeiter seine Aufträge mündlich im Betrieb, telefonisch, schriftlich oder elektronisch per Bildschirm erhalte.⁵⁹⁶ Der alternierende Telearbeiter sei zudem durch die „Bürotage“ im Betrieb in die Arbeitsorganisation eingegliedert.⁵⁹⁷

6.2.2. Insbesondere die Bestimmung der Arbeitszeit

(Siehe zur Bestimmung der Arbeitszeit als Abgrenzungsmerkmal zunächst Kapitel 4.1.1.1. und 5.3.2.)

Auch bei der Telearbeit wird der Bindung des Mitarbeiters an die vom Auftraggeber bestimmte Arbeitszeit eine entscheidende Bedeutung zugemessen.⁵⁹⁸

Speziell für die häufig über Arbeitsergebnisse gesteuerte Telearbeit gelte, daß eine zeitliche Festlegung vorliege, wenn für die Erledigung einer Aufgabe zwar keine genaue Arbeitszeit vorgeschrieben, der zur Fertigstellung gesetzte Termin aber so knapp bemessen sei, daß diese Vorgabe für eine persönliche Gestaltungsfreiheit keinen oder nur wenig Spielraum lasse.⁵⁹⁹ Eine zeitliche Bindung liege auch bei einer andauernden Dienstbereitschaft, z.B. bei der Telearbeit in Form von Abrufarbeit, vor⁶⁰⁰ oder dann, wenn der Zugriff auf betriebliche

⁵⁹³ Grafe, B. (1991), 40f.; Simon/Kuhne (1987), 203; Wedde (1993), 46.

⁵⁹⁴ Wedde (1994 A), 61.

⁵⁹⁵ Peter (1998), 574; Wedde (1998), 22f.

⁵⁹⁶ Vgl. Pfarr/Drüke (1989), 51; Wedde (1994 A), 60.

⁵⁹⁷ Vgl. Albrecht (1996), 1241.

⁵⁹⁸ Albrecht (1996), 1241; Fangmann (1994), 206; Grafe, B. (1991), 37; Kappus (1986 A), 34; Kasseler HB 1 (1997) - Worzalla, 72; Kilian/Borsum/Hoffmeister (1986), 108; Müllner (1985), 37; Petersen/Höpfner (1997), 72; Simon/Kuhne (1987), 202/203; Wedde (1994 A), 61; Worzalla (1996), 92.

⁵⁹⁹ Herb (1986), 1825; Fangmann (1994), 206; Grafe, B. (1991), 39; Kappus (1984), 2385; ders. (1986), 34; Kilian/Borsum/Hoffmeister (1987), 404; Peter (1998), 574; Richardi/Wlotzke (1993), 1881; Schaub (1996), 1377; Simon/Kuhne (1987), 203; Wedde (1994 A), 61/62; ders. (1997), 20.

⁶⁰⁰ Collardin (1995), 27; Fabricius/Kraft/Wiese/Kreutz (1994) - Kraft, § 5 Rn. 31; Fitting/Kaiser/Heither/Engels (1996), § 5 Rn. 56; Grafe, B. (1991), 38; Kappus (1986 B), 132; Schaub (1996), 1377; Simon/Kuhne (1987), 203; Wedde (1987), 326; ders. (1997), 20f.

Systeme nur zu bestimmten Zeiten möglich sei.⁶⁰¹

Für die Telearbeit in Nachbarschafts- und Satellitenbüros folge die zeitliche Bindung schon aus deren Öffnungszeiten. Bei der mobilen und alternierenden Telearbeit liege eine zeitliche Bindung vor, wenn verlangt werde, daß der Mitarbeiter täglich mindestens einmal in seinen elektronischen Briefkasten schauen oder er Arbeitsergebnisse und Berichte kurzfristig nach Arbeitserledigung, z.B. an jedem Abend, an den Arbeitgeber übermitteln müsse. Bei der alternierenden Telearbeit komme außerdem die Bindung an den zeitlichen Rhythmus des Arbeitgebers für die Arbeit an den Tagen im Betrieb hinzu.⁶⁰²

6.2.3. Insbesondere die Bestimmung des Arbeitsortes

(Siehe zur Bestimmung des Arbeitsortes als Abgrenzungsmerkmal zunächst Kapitel 4.1.1.2. und 5.3.1.).

Die Bindung an den vom Arbeitgeber bestimmten Arbeitsort liegt nach der herrschenden Literatur eindeutig vor bei der Telearbeit in Nachbarschafts- und Satellitenbüros.⁶⁰³ Bei der Teleheimarbeit sei eine örtliche Festlegung der Arbeit jedenfalls dann anzunehmen, wenn die Arbeitsgeräte in der Wohnung starr installiert seien.⁶⁰⁴ Gleiches gelte bei der mobilen und alternierenden Telearbeit unter Einsatz von ortsungebundenen Computern, wenn der Arbeitgeber Vorgaben zu zulässigen Arbeitsorten mache, z.B. aus Sicherheitsgründen nur zu Hause, oder aus technischen Gründen nur ein bestimmter Arbeitsplatz möglich sei, wie z.B. bei sog. Auto-Callback-Units.⁶⁰⁵

Eine telearbeitsspezifische örtliche Festlegung fehle nur dann, wenn es den Beschäftigten

⁶⁰¹ Gerhards (1993), 454; Herb (1986), 1825; Kappus (1984), 2385; ders. (1986 B), 132; Kilian/Borsum/Hoffmeister (1986), 108; dies. (1987), 404; Küfner-Schmitt (1986), 52; Simon/Kuhne (1987), 203; Wedde (1987), 326; ders. (1993), 46; ders. (1994), 62; ders. (1997), 20.

⁶⁰² Wedde (1994 A), 63; ders. (1997), 21.

⁶⁰³ Pfarr/Drüke (1989), 43f.; Richardi/Wlotzke (1993), 1881; Wedde (1987), 326; ders. (1997), 19.

⁶⁰⁴ Gerhards (1993), 454; Wedde (1987), 326; ders. (1994), 62; ders. (1997), 19. Eine derartige Festlegung des Arbeitsplatzes folgt z.B. aus I.5. des Tarifvertrags über alternierende Telearbeit zwischen der Deutschen Telekom AG und der DPG (vgl. dazu Kapitel 3.9.2.3.), in dem bestimmt ist, daß die häusliche Arbeitsstätte in der Wohnung des Arbeitnehmers in einem geeigneten Raum zu sein habe, was durch eine Begehung des Projektleiters und des Betriebsrats geprüft werde.

⁶⁰⁵ Wedde (1994 A), 62, insb. Fn. 48; ders. (1997), 19f.

freistehe, von wo aus sie sich in das betriebliche System einwählen.⁶⁰⁶

6.2.4. Insbesondere die Kontrolle des Telearbeiters

(Siehe zur Kontrolle als Abgrenzungsmerkmal zunächst Kapitel 5.3.3.).

Ein Abhängigkeitsverhältnis besteht wie schon im Außendienst nach dem herrschenden Schrifttum bei einer - auch nur mittelbaren - Kontrolle des Telearbeiters.⁶⁰⁷ Dabei komme nicht nur die Anfertigung von Berichten, aus denen sich im einzelnen Zeit und Ort der Tätigkeit entnehmen lasse, in Betracht,⁶⁰⁸ sondern auch die Möglichkeit der technischen Kontrolle durch den Arbeitgeber, sei es im Online-Verkehr durch die unmittelbare Systemüberwachung sämtlicher Leistungs- und Verhaltensdaten,⁶⁰⁹ sei es im Offline-Verkehr, wenn eine Überwachung durch das System wenigstens derart möglich sei, daß das Arbeitsergebnis und die absolute Arbeitszeit unmittelbar technisiert ausgewertet werden könnten.⁶¹⁰

6.2.5. Eigenes Unternehmen mit eigenem Unternehmerrisiko und Unternehmerchancen

(Siehe zu dem eigenen Unternehmen und dem eigenen Unternehmerrisiko als Abgrenzungsmerkmale zunächst Kapitel 5.3.4.).

Wie auch bei der Abgrenzung von Außendienstangestellten und Handelsvertretern wird von der Literatur für die Feststellung der Selbständigkeit bei der Telearbeit darauf abgestellt, ob der Telearbeiter Unternehmer sei, ob er also bei seiner Tätigkeit über eine eigene Unternehmensorganisation verfüge, über die er frei disponieren könne und für die er ein eigenes un-

⁶⁰⁶ Wedde (1994 A), 62.

⁶⁰⁷ Fitting/Kaiser/Heither/Engels (1996), § 5 Rn. 56; Herb (1986), 1825; Kappus (1984), 2385; Pfarr/Drüke (1989), 45; Schaub (1996), 1377; Ulber (1985), 23.

⁶⁰⁸ Albrecht (1996), 1241; Collardin (1995), 27; Grafe, B. (1991), 46f.

⁶⁰⁹ Kappus (1984), 2385; Kilian/Borsum/Hoffmeister (1986), 112; Küfner-Schmitt (1986), 52; Popp (1997), 1792; Simon/Kuhne (1987), 203.

⁶¹⁰ Grafe, B. (1991), 34; Kilian/Borsum/Hoffmeister (1986), 112-117; dies. (1987), 404; Otten (1996), 331, 333f.; Richardi/Wlotzke (1993), 1882. Zu den Kontrollmöglichkeiten mittels der Informations- und Kommunikationstechnik insbesondere Däubler (1993); Kilian (1981), insb. 2549.

ternehmerisches Risiko trage.⁶¹¹ Ein eigenes Unternehmen liege dann vor, wenn der Telearbeiter vom eigenen Arbeitsplatz aus eigene Hard- und Software und eigenes Kapital mit dem Ziel der Existenzsicherung und der wirtschaftlichen Unabhängigkeit einsetze und dabei aufgrund einer selbstgesteuerten Vermarktung seiner Arbeitsergebnisse auch die Chance der Realisierung eines Unternehmergewinns bestehe.⁶¹²

6.2.6. Tätigkeit für einen oder mehrere Auftraggeber

(Siehe zu der Tätigkeit für einen oder mehrere Auftraggeber als Abgrenzungsmerkmal zunächst Kapitel 5.3.6.).

Ebenso wie im Außendienst wird bei der Telearbeit als Indiz für die persönliche Abhängigkeit des Beschäftigten auf die ausschließliche Tätigkeit für einen Auftraggeber abgestellt,⁶¹³ wobei es nicht nötig sei, daß die Arbeitskraft des Mitarbeiters vollständig in Anspruch genommen werde, da zur Begründung der persönlichen Abhängigkeit auch eine nebenberufliche Beschäftigung oder Teilzeitbeschäftigung für einen Arbeitgeber ausreiche.⁶¹⁴ Ein Indiz für eine derartige Bindung an einen Arbeitgeber sei die Einbeziehung der Telearbeiter in ein betriebliches Gesamtkonzept,⁶¹⁵ wenn sie längere Zeit ausschließlich für einen Arbeitgeber tätig würden⁶¹⁶ oder die Arbeitsmenge für einen Auftraggeber die Tätigkeit für einen anderen nahezu ausschließe.⁶¹⁷ Dementsprechend spreche auch ein Verbot von Nebentätigkeiten für eine abhängige Beschäftigung.⁶¹⁸ Die Tätigkeit eines Telearbeiters für mehrere Auftraggeber sei hingegen ein Indiz für eine Selbständigkeit.⁶¹⁹

⁶¹¹ Albrecht (1996), 1241f.; Collardin (1995), 27; Gerhards (1993), 455; Goerke (1996), 189; Grafe, B. (1991), 48f.; Pfarr/Drüke (1989), 33f. und 92; Schaub (1996), 1376/1377; Wedde (1987), 329; ders. (1997), 26.

⁶¹² Kappus (1986 A), 34; Matthies (1997), 214; Müllner (1985), 37; Saller (1996), 303; Simon/Kuhne (1987), 204; Wedde (1994 A), 87 und 97. Im übrigen wird auf die schon von der Außendienstarbeit bekannten Kriterien abgestellt, so z.B. Albrecht (1996), 1241f.; Kilian/Borsum/Hoffmeister (1986), 172f.; Kufner-Schmitt (1986), 93f.; Wedde (1994 A), 97; ders. (1998), 47.

⁶¹³ Albrecht (1996), 1241; Fangmann (1994), 206; Grafe, B. (1991), 44; Kilian/Borsum/Hoffmeister (1986), 109; Müllner (1985), 37; Wedde (1987), 326.

⁶¹⁴ Wedde (1994 A), 63.

⁶¹⁵ Peter (1998), 574.

⁶¹⁶ Peter (1998), 574; Wedde (1994 A), 64.

⁶¹⁷ Collardin (1995), 27; Fitting/Kaiser/Heither/Engels (1996), § 5 Rn. 56; Goerke (1996), 189; Wedde (1998), 25.

⁶¹⁸ Wedde (1994 A), 63.

⁶¹⁹ Collardin (1995), 31; Goerke (1996), 189; Matthies (1997), 214; Saller (1996), 303; Schaub (1996), 1376; Wedde (1994 A), 65.

Für die meisten heute bekannten Formen der mobilen und alternierenden Telearbeit und für die Tätigkeit in Nachbarschafts- und Satellitenbüros sei im Ergebnis, auch weil der Arbeitgeber zumeist die notwendigen Geräte bzw. auch die Räumlichkeiten zur Verfügung stelle, eine persönliche Abhängigkeit des Telearbeiters festzustellen.⁶²⁰ Probleme entstünden insoweit für die Teleheimarbeiter, die nur einzelne Aufträge erhielten. Bei ihnen sei zu prüfen, ob ihre Leistung betrieblich, z.B. zur Bewältigung von Kapazitätsspitzen, fest eingeplant sei oder ob sie Aufträge nicht ablehnen könnten, ohne Gefahr zu laufen, in Zukunft nicht mehr berücksichtigt zu werden, was für eine Abhängigkeit spreche.⁶²¹

6.2.7. Behandlung vergleichbarer Mitarbeiter, Bezeichnung durch die Parteien

(Siehe zu der Behandlung vergleichbarer Mitarbeiter und der Bezeichnung durch die Parteien als Abgrenzungsmerkmale Kapitel 4.1.4., 4.1.5. und 5.3.7.).

Nach der herrschenden Literatur lasse sich das Merkmal der betrieblichen Gleichbehandlung als Abgrenzungsmerkmal immer dann heranziehen, wenn die gleiche Tätigkeit sowohl im konventionellen Rahmen betriebsbezogen als auch in Form der Telearbeit erfolge,⁶²² z.B. bei Entgegennahme der Aufträge durch Service-Außendienstmitarbeiter teils weiterhin im Betrieb, teils elektronisch zu Hause.⁶²³ Unanwendbar sei dieses Merkmal jedoch dann, wenn infolge einer breiten Einführung der Telearbeit ganze Tätigkeitsfelder, z.B. der gesamte Vertriebs- oder Service-Bereich, in Telearbeit umgewandelt würden und vergleichbare betriebliche Arbeitsplätze nicht mehr existierten.⁶²⁴

Wie schon bei der allgemeinen Abgrenzung von Arbeitnehmern und Selbständigen kommt es für die Abgrenzung von Arbeitnehmern und Selbständigen bei der Telearbeit nach der Literatur schließlich nicht auf die von den Parteien gewählte Bezeichnung oder - vielleicht auch einvernehmlich - gewünschte Rechtsfolge (z.B. die Vereinbarung eines Werkvertrags) an, sondern allein auf den Geschäftsinhalt, wie er sich aus der tatsächlichen Durchführung

⁶²⁰ Gerhards (1993), 454; Wedde (1994 A), 64; ders. (1997), 25.

⁶²¹ Peter (1998), 574; Wedde (1994 A), 64.

⁶²² Gerhards (1993), 454; Kasseler HB 1 (1997) - Worzalla, 73; Wedde (1987), 327; Worzalla (1996), 93.

⁶²³ Wedde (1994 A), 65.

⁶²⁴ Wedde (1994 A), 66; ders. (1997), 25f.

des Vertrags ergebe.⁶²⁵

6.2.8. Sonstige Indizien

(Siehe zu sonstigen Indizien als Abgrenzungsmerkmale zunächst Kapitel 4.1.8. und 5.3.8.).

Bei der Anwendung der sonstigen, nur hilfsweise heranzuziehenden Indizien wie z.B. die Führung von Personalakten oder die Einbehaltung und Abführung von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen durch den Arbeitgeber⁶²⁶ ergeben sich keine Besonderheiten im Rahmen der Telearbeit.⁶²⁷

⁶²⁵ Albrecht (1996), 1241; Dostal (1996), 653; Fenski (1994), 130; Grafe, B. (1991), 54; Peter (1998), 573; Pfarr/Drüke (1989), 29; Simon/Kuhne (1987), 202; Wedde (1994 A), 69f.; ders. (1996 A), 673; ders. (1997), 10.

⁶²⁶ Albrecht (1996), 1241.

⁶²⁷ Grafe, B. (1991), 54-56; Wedde (1987), 327; ders. (1994), 66; ders. (1997), 26.

6.2.9. Telearbeiter als Heimarbeiter im Sinne des HAG und als arbeitnehmerähnliche Personen

Nur hingewiesen werden kann an dieser Stelle auf ein Problem, das in der Literatur umfassend diskutiert wird, und zwar die Telearbeit als Heimarbeit im Sinne des HAG. Hat man - quasi in einem ersten Prüfungsschritt - bei einem Teleheimarbeiter (im unjuristischen Sinne) aufgrund der genannten Merkmale und Indizien die Arbeitnehmereigenschaft verneint, besteht die Möglichkeit, daß es sich bei diesem um einen Selbständigen in Form des Heimarbeiters nach § 2 Abs. 1 HAG handeln könnte. Die Voraussetzungen sowie die Frage, welche Rechtsfolgen sich aus dem HAG im einzelnen für die Teleheimarbeit ergeben, sind ausgesprochen streitig.⁶²⁸ Da sie jedoch nicht die Einordnung des Telearbeiters als Arbeitnehmer oder Selbständigen, sondern eine dieser Entscheidung nachgelagerte Frage betreffen, wird hier von einer Darstellung der Problematik abgesehen.

In diesem Zusammenhang ist noch auf das Problem hinzuweisen, inwieweit Telearbeiter auch arbeitnehmerähnliche Personen (siehe zu dem Begriff der arbeitnehmerähnlichen Personen Kapitel 3.5.1.2.) sein können, ohne Heimarbeiter zu sein. Da sich sowohl die Heimarbeiter, die eine besondere Form der arbeitnehmerähnlichen Personen darstellen, als auch die sonstigen arbeitnehmerähnlichen Personen durch eine wirtschaftliche Abhängigkeit bei gleichzeitiger persönlicher Selbständigkeit auszeichnen, entstehen in der Praxis der Telearbeit kaum Gestaltungsmöglichkeiten für Formen der selbständigen Telearbeit, bei denen eine persönliche Selbständigkeit, aber keine Heimarbeit vorliegt (es sei denn, man lehnte bereits die Möglichkeit der Teleheimarbeit als Heimarbeit ab).⁶²⁹

6.3. Abgrenzung nach Wank - Unternehmerrisiko und -chancen

⁶²⁸ Siehe dazu Albrecht (1996), 1241; Beck (1985), 556f.; Collardin (1995), 28-30; Fangmann (1994), 211; Fenski (1994), 131-133; Gerhards (1993), 454f.; Godehardt/Worch (1996), 11; Goerke (1996), 189; Grafe, B. (1991), 57-106; Kappus (1984), 2385-2389; ders. (1986 A), 35f.; Kilian/Bor-sum/Hoffmeister (1986), 119-163; dies. (1987), 404f.; Küfner-Schmitt (1986), 62-83; dies. (1988), 83-85; Matthies (1997), 213f.; Müllner (1985), 34-36; Otten (1996), 335-341; Peter (1998), 575; Saller (1996), 302f.; Simon/Kuhne (1987), 203f.; Ulber (1985), 23-27; Waniorek (1989), 39-42 und 137-158; Wedde (1987), 327-329; ders. (1994), 71-86; ders. (1997), 29-43.

⁶²⁹ Siehe dazu Grafe, B. (1991), 106-112; Kilian/Borsum/Hoffmeister (1986), 165/166; Waniorek (1989), 44f. und 160-162; Wedde (1987), 329; ders. (1994), 93-96. Wedde (1997), 46, zählt einige Gestaltungsmöglichkeiten auf, die aber wohl richtigerweise zur Arbeitnehmereigenschaft führen.

(Siehe zu dem Modell Wanks für die Abgrenzung von Arbeitnehmern und Selbständigen bzw. Außendienstangestellten zunächst Kapitel 4.5. und 5.4.).

Speziell im Hinblick auf die Telearbeit kritisiert Wank das Merkmal der „persönlichen Abhängigkeit“ und damit der „Weisungsgebundenheit“, da die Bejahung der örtlichen und zeitlichen Weisungsgebundenheit des zu Hause arbeitenden Telearbeiters problematisch sei. Insbesondere könne der im Offline-Verfahren tätige Telearbeiter nicht ständig kontrolliert werden. Ganz besonders deutlich werde die Untauglichkeit der Abgrenzung durch die Rechtsprechung und herrschenden Literatur durch „die schon ans Skurrile grenzende Abhängigkeit davon, ob ein Offline- oder ein Online-Verfahren vorliegt.“⁶³⁰

Entscheidend sei nach Wank die Feststellung, ob der Telearbeiter allein, ohne Mitarbeiter und ohne eigene Organisation sowie ohne eigenes Kapital arbeite, daß er von einem Auftraggeber wirtschaftlich abhängig sei und nicht selbständig am Markt auftrete, sondern eine Arbeitsleistung erbringe, die nur gerade für dieses eine Unternehmen sinnvoll sei. Daraus folge, daß der Telearbeiter Arbeitnehmer sei. Auf Fragen wie eine Offline- oder Online-Verbindung komme es nicht.⁶³¹

⁶³⁰ Wank (1997 A), 62.

⁶³¹ Wank (1997 A), 63.

7. Die unterlegenen Selbständigen

Nach der Darstellung der Abgrenzung des Außendienstangestellten vom Handelsvertreter und des Arbeitnehmers vom Selbständigen bei der Telearbeit ist zu prüfen, welche Folgerungen sich aus der Abgrenzung dieser speziellen, für die Scheinselbständigkeit prototypischen Gruppen für die Abgrenzung des Arbeitnehmers vom Selbständigen bzw. für das Problem der Scheinselbständigkeit ergeben. Dabei folgt aus der Betrachtung der gesetzlichen Konzeption für den Außendienst zunächst die Feststellung einer „unterlegenen Selbständigkeit“.

7.1. Die vier Rechtsformgruppen im Außendienst

Die argumentative Grundlage des Abgrenzungsmodells von Wank ist das dessen Ansicht nach bestehende „duale Modell der Erwerbstätigkeit als der Grundlage des geltenden Berufsrechts“ mit den Arbeitnehmern auf der einen und den Selbständigen auf der anderen Seite. Hromadka erkennt darin einen Verstoß gegen das gesetzliche System, das seiner Meinung nach von einer Dreiteilung in Selbständige, Arbeitnehmerähnliche und Arbeitnehmer ausgehe.⁶³²

Eine Betrachtung des Handelsvertreter-Rechts, bei dessen Neuregelung sich der Gesetzgeber nicht nur zur Bekämpfung scheinselbständiger Beschäftigungsformen mit der Abgrenzung des Arbeitnehmers vom Selbständigen umfassend beschäftigte, sondern mit § 84 HGB auch die bislang einzige für das Arbeitsrecht relevante Abgrenzungsvorschrift schuf (vgl. Kapitel 3.8.1.), ergibt jedoch keine Zwei- oder Drei-, sondern eine Vierteilung des gesetzlichen Systems.

Wie in Kapitel 5.2. näher dargestellt, unterteilt das Gesetz in den §§ 84ff. HGB die Außendienstmitarbeiter in Form der Absatzmittler in drei Rechtsformgruppen:

1. Rechtsformgruppe: Die Außendienstangestellten, die aufgrund ihrer persönlichen Ab-

⁶³² Hromadka (1997), 575f; ders. (1998), 196 und 198. So auch Reinecke (1998 A), 585 und 587.

hängigkeit Arbeitnehmer sind.

2. Rechtsformgruppe: Die nicht-arbeitnehmerähnlichen Handelsvertreter, die zwar rechtlich Selbständige,

aber aufgrund ihrer im Vergleich zum beauftragenden Unternehmer wirtschaftlichen Schwäche besonders schützenswert sind,

ohne vom beauftragenden Unternehmer wie ein Arbeitnehmer wirtschaftlich abhängig zu sein.

3. Rechtsformgruppe: Die arbeitnehmerähnlichen Handelsvertreter, die zwar rechtlich Selbständige,

aber nicht nur im Verhältnis zum beauftragenden Unternehmer wirtschaftlich schwächer,

sondern von diesem sogar wie ein Arbeitnehmer wirtschaftlich abhängig sind.

Betrachtet man nun nicht die innere gesetzliche Ordnung des Außendienstes, sondern stellt die Handelsvertreter den beauftragenden Unternehmern gegenüber, so ist festzustellen, daß das Gesetz bereits im Vorfeld der §§ 84ff. HGB eine Unterscheidung zwischen wirtschaftlich starken Selbständigen - den beauftragenden Unternehmern - und wirtschaftlich schwachen Selbständigen - den Handelsvertretern - trifft. Die im Vergleich zum Unternehmer grundsätzlich schwächeren Handelsvertreter werden dann - wie dargestellt - abhängig vom Grad ihrer wirtschaftlichen Schwäche in arbeitnehmerähnliche und nicht-arbeitnehmerähnliche Handelsvertreter unterteilt. Es gibt mit den nicht-arbeitnehmerähnlichen Handelsvertretern folglich eine Zwischenstufe zwischen den „vollwertigen“, d.h. aufgrund ihrer Stärke im Rechtsverkehr nicht besonders schutzbedürftigen Selbständigen und den bereits nahe an der Arbeitnehmereigenschaft befindlichen arbeitnehmerähnlichen Selbständigen.

Da die Bezeichnung der wirtschaftlich zwar schwachen, aber nicht-arbeitnehmerähnlichen Selbständigkeit als „wirtschaftlich schwache Selbständigkeit“ begrifflich zu nahe an der „wirtschaftlichen Abhängigkeit“ als Merkmal der Arbeitnehmerähnlichkeit läge, soll die Form der wirtschaftlich schwachen Selbständigkeit als „unterlegene Selbständigkeit“ bezeichnet werden. Dieser Begriff ergibt sich zum einen aus der amtlichen Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Handelsgesetzbuches, in der es u.a. heißt, daß die

Handelsvertreter, obwohl sie rechtlich ebenfalls selbständige Kaufleute seien, es nicht vermöchten, den „wirtschaftlich überlegenen Unternehmern gegenüber“ gleichberechtigt aufzutreten.⁶³³ Zum anderen kennzeichnet die Bezeichnung als „unterlegene Selbständige“ die Stellung der Handelsvertreter im Rahmen des Vertragsabschlusses mit den beauftragenden Unternehmern am zutreffendsten. Eben diese unterlegene Stellung der Handelsvertreter im Verhältnis zu den sie beauftragenden Unternehmern mit der daraus resultierenden Gefahr der vertraglichen Benachteiligung der Handelsvertreter soll mit den §§ 85ff. HGB im einzelnen ausgeglichen werden (vgl. die amtliche Begründung, zitiert in Kapitel 5.2., sowie zu den einzelnen Vorschriften in Kapitel 7.3.2.).

Die wirtschaftlich starke bzw. „vollwertige“ Selbständigkeit als die Selbständigkeit, bei der die wirtschaftliche Position nicht zu einer Gefahr des Unterliegens bei der Vertragsgestaltung mit anderen Selbständigen führt, stellt hingegen den von unserer Wirtschaftsordnung vorgesehenen Normalfall der Selbständigkeit dar und soll darum als „normale Selbständigkeit“ bezeichnet werden.

Bei den unterlegenen Selbständigen handelt es sich also um Selbständige, die aufgrund ihrer im Vergleich zum Auftraggeber wirtschaftlichen Schwäche besonders schützenswert sind, weil sich der Grundsatz der Vertragsfreiheit zu ihrem Nachteil auswirkt oder jedenfalls auswirken kann, ohne daß sie bereits wirtschaftlich von ihrem Auftraggeber abhängig und wie ein Arbeitnehmer sozial schutzbedürftig, d.h. Arbeitnehmerähnliche sind.

Das gesetzliche System geht folglich nicht von einer Zwei- oder Dreiteilung, sondern jedenfalls im prototypischen Handelsvertreter-Recht von einer Vierteilung aus. Zu den bereits bekannten drei Rechtsformgruppen innerhalb des Außendienstes

1. Rechtsformgruppe: Außendienstangestellte als Arbeitnehmer.

2. Rechtsformgruppe: Nicht-arbeitnehmerähnliche Handelsvertreter, im folgenden unterlegene Selbständige genannt.

3. Rechtsformgruppe: Arbeitnehmerähnliche Handelsvertreter.

⁶³³ Amtliche Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Handelsgesetzbuches, BT-Drucksache

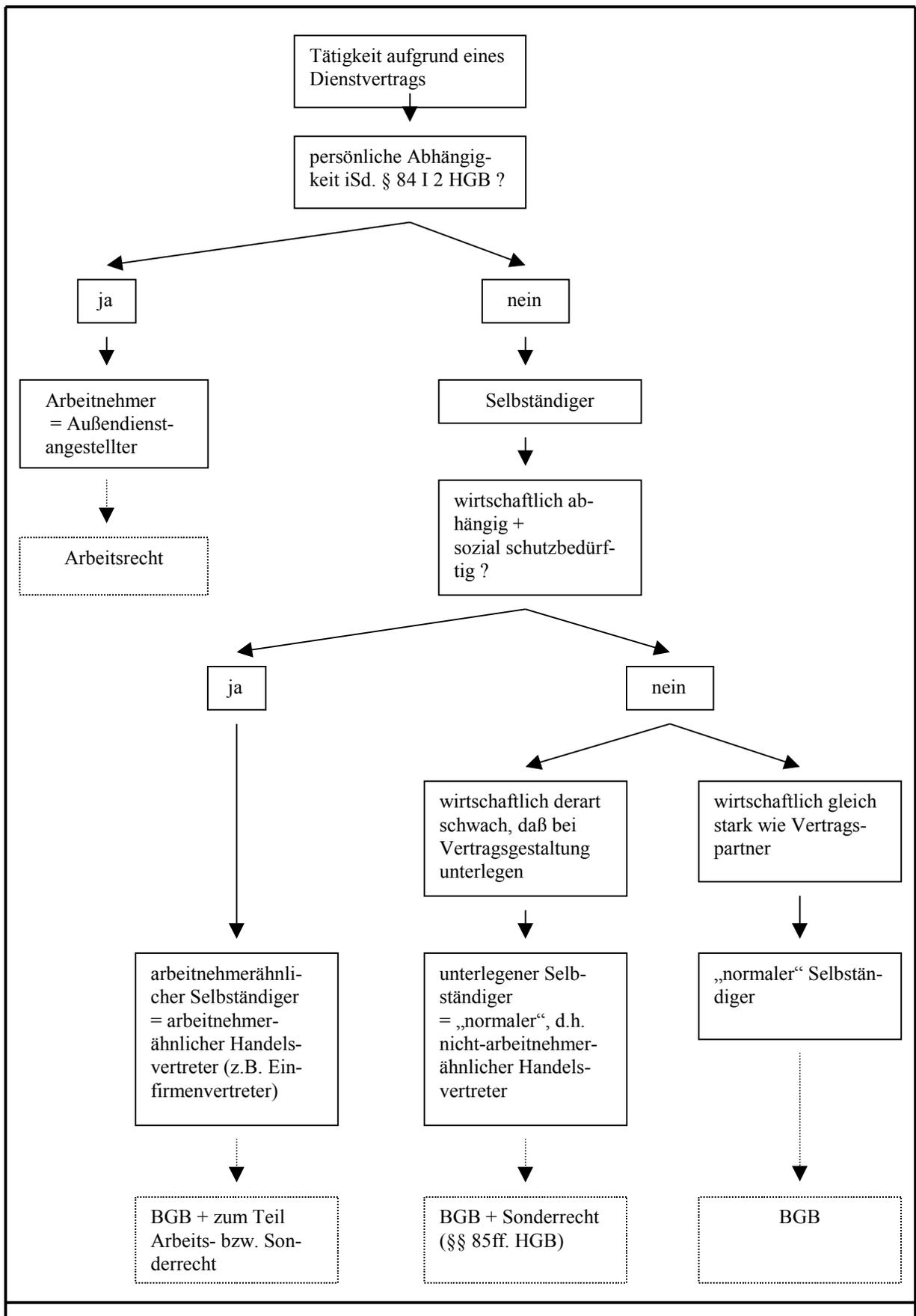
tritt von außen die

4. Rechtsformgruppe: Unternehmer, die die Handelsvertreter beauftragen, als „normale“ Selbständige.

hinzu.

Graphisch lassen sich die vier Rechtsformgruppen, wie sie aus dem Handelsvertreter-Recht folgen, wie folgt darstellen:

Abb. 4: Die vier Rechtsformgruppen im Außendienst



Quelle: Eigene Darstellung

Für die Problematik der Abgrenzung von Arbeitnehmern und Selbständigen bei der betriebsexternen Tätigkeit bzw. für das Problem der Scheinselbständigkeit ergeben sich aus der gesetzlichen Unterscheidung von Arbeitnehmern, arbeitnehmerähnlichen Selbständigen, unterlegenen Selbständigen und normalen Selbständigen verschiedene Konsequenzen.

7.2. Berücksichtigung der Zwischenstufe des Handelsvertreter-Rechts

Wie in Kapitel 3.5.1. näher dargestellt, werden Selbständige, die wirtschaftlich abhängig und wie Arbeitnehmer sozial schutzbedürftig sind, als arbeitnehmerähnliche Selbständige durch die Anwendung einiger weniger arbeitsrechtlicher Vorschriften besonders geschützt. Ein erster wichtiger Schluß aus der gesetzlichen Unterscheidung von normaler, unterlegener und arbeitnehmerähnlicher Selbständigkeit sowie der Schaffung besonderer Schutznormen sowohl für unterlegene als auch für arbeitnehmerähnliche Selbständige im Handelsvertreter-Recht ist nun, daß wirtschaftlich schwächere und darum bei der Vertragsgestaltung mit dem Auftraggeber unterlegene Selbständige nicht ohne weiteres auf die Alternativen „Selbständiger ohne Schutz“ oder „Arbeitnehmerähnlicher Selbständiger mit Schutz durch die Anwendung einiger weniger Arbeitsrechtsnormen“ verwiesen werden können.

Dies ist gerade für das Problem der Scheinselbständigkeit von großer Bedeutung. Im Bereich der Grauzone zwischen Arbeitnehmereigenschaft und echter Selbständigkeit sind viele Selbständige im Vergleich zu ihrem Auftraggeber wirtschaftlich schwach und laufen darum Gefahr, bei der Vertragsgestaltung erheblich benachteiligt zu werden, ohne dabei schon von ihrem Auftraggeber wirtschaftlich wie ein Arbeitnehmer abhängig und vergleichbar diesem sozial schutzbedürftig zu sein, z.B. weil sie mehrere Auftraggeber haben. Diesen Selbständigen jeden Schutz mit dem Hinweis darauf zu versagen, daß das Gesetz eben nur den schwachen Selbständigen in Form des arbeitnehmerähnlichen Selbständigen schütze, ist, wie sich aus der gesetzlichen Konzeption im Handelsvertreter-Recht ergibt, zu kurz gegriffen. Es muß vielmehr die in den §§ 85ff. HGB zum Ausdruck gekommene gesetzliche Wertung einer schutzwürdigen Zwischenstufe zwischen den normalen, d.h. im Rechtsverkehr aufgrund ihrer wirtschaftlichen Potenz gleich stark auftretenden und nicht besonders schutzwürdigen Selbständigen auf der einen Seite und den wirtschaftlich abhängigen und

sozial wie Arbeitnehmer schutzbedürftigen arbeitnehmerähnlichen Selbständigen auf der anderen Seite berücksichtigt werden. Der Gesetzgeber hat es bei seiner Reaktion auf die Scheinselbständigkeit im Außendienst gerade nicht bei einer Zuordnung der selbständigen Handelsvertreter zu einer dieser beiden Rechtsformen belassen, vor allem die Handelsvertreter nicht schlicht als Arbeitnehmerähnliche eingeordnet, sondern darüber hinausgehende besondere Schutznormen geschaffen.

7.3. Analoge Anwendbarkeit der §§ 85ff. HGB auf unterlegene Selbständige

Wenn man die Ausführungen des Gesetzgebers von 1953 liest, in denen dieser die Situation im Außendienst beschreibt und die Neuregelung der §§ 84ff. HGB begründet (in Kapitel 3.8.1. und 5.2.), so fällt auf, daß diese Ausführungen wortwörtlich auch auf die heute diskutierten Formen, Umstände und Probleme der Scheinselbständigkeit zutreffen.

Der Gesetzgeber hat 1953 mit der Neufassung der §§ 84ff. HGB nicht nur durch die Regelung der Abgrenzung von Außendienstangestellten und Handelsvertretern in § 84 HGB die Gefahr der Beschäftigung von Scheinselbständigen verringern und durch § 92 a HGB die arbeitnehmerähnlichen Handelsvertreter besonders schützen wollen, sondern er hat auch die von ihm erkannten weiterbestehenden Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen den Außendienstangestellten und den Handelsvertretern dadurch abgemildert, daß er mit den 85ff. HGB besondere Schutznormen für die Handelsvertreter als unterlegene Selbständige schuf (dazu soeben in Kapitel 7.2.). Wenn es also nach Aussage des Gesetzgebers Sinn und Zweck der §§ 85ff. HGB ist, die Handelsvertreter als unterlegene Selbständige zu schützen, so ist in Betracht zu ziehen, die §§ 85ff. HGB im Wege der Analogie auch auf solche unterlegenen Selbständigen anzuwenden, die keine Handelsvertreter sind, also auf solche Selbständige, die trotz ihrer Selbständigkeit den wirtschaftlich überlegenen Unternehmern gegenüber nicht gleichberechtigt aufzutreten vermögen, wodurch sich der Grundsatz der Vertragsfreiheit vielfach zu ihrem Nachteil auswirkt. Eine derartige analoge Anwendung kann aus unterschiedlichen Gründen sinnvoll sein:

Ist eine analoge Anwendung von Normen des Handelsvertreter-Rechts auf sonstige unterlegene „Selbständige“ möglich und entspricht der in einem solchen Fall erreichte Schutz dem

Schutz von Arbeitnehmern, ist die Entscheidung, ob ein (unterlegener) Erwerbstätiger Arbeitnehmer oder Selbständiger ist, überflüssig. Selbst wenn der unterlegene Beschäftigte Selbständiger ist, so finden auf ihn als unterlegenen Selbständigen doch die Regelungen über den Handelsvertreter (die ihn genauso schützen wie einen Arbeitnehmer) entsprechende Anwendung. Eine Zuordnung zum Arbeitnehmer oder Selbständigen muß dann nicht vorgenommen werden.

Ist eine analoge Anwendung von Normen des Handelsvertreter-Rechts auf sonstige unterlegene „Selbständige“ zwar möglich, bietet aber in einem solchen Fall das Handelsvertreter-Recht sogar einen besseren Schutz als das Arbeitnehmer-Recht, so ist die Entscheidung, ob der (unterlegene) Erwerbstätige Arbeitnehmer oder Selbständiger ist, erforderlich. (Anders kann sich allerdings die Situation im Prozeß darstellen, wenn der unterlegene Erwerbstätige seine Arbeitnehmereigenschaft und der Auftraggeber dessen Selbständigeneigenschaft behauptet. Hier kann das Gericht offenlassen, ob der Erwerbstätige Arbeitnehmer oder Selbständiger ist, da er als Selbständiger „erst recht“ geschützt ist.)

Ist eine analoge Anwendung von Normen des Handelsvertreter-Rechts auf sonstige unterlegene „Selbständige“ möglich und entspricht zwar der in diesen Fällen erreichte Schutz nicht dem Schutz von Arbeitnehmern, führt er aber immer noch zu einer Besserstellung des unterlegenen Selbständigen im Vergleich zu den auf ihn anwendbaren allgemeinen Vorschriften, könnte die Problematik der Abgrenzung von Arbeitnehmern und Selbständigen und damit die Auswirkung der Scheinselbständigkeit zumindest - wie im Außendienst - abgemildert werden. Eine Zuordnung zur Gruppe der Arbeitnehmer oder Selbständigen muß jedoch vorgenommen werden.

Ist eine analoge Anwendung des Handelsvertreter-Rechts auf sonstige unterlegene Selbständige nicht möglich oder zwar möglich, stellt das Handelsvertreter-Recht aber keine Besserstellung des unterlegenen Selbständigen im Vergleich zu den auf ihn anwendbaren allgemeinen Vorschriften dar, liegt ein Schutz des (unterlegenen) Erwerbstätigen nur bei dessen Eigenschaft als Arbeitnehmer oder Arbeitnehmerähnlicher vor. Eine Zuordnung zum Arbeitnehmer oder Selbständigen muß in jedem Fall vorgenommen werden. (Erst wenn man die Selbständigeneigenschaft festgestellt hat, kann weiter geprüft werden, ob der Selbständige Arbeitnehmerähnlicher ist, da die Arbeitnehmerähnlichkeit Selbständigkeit voraussetzt).

Entscheidend ist also, ob die Regelungen über Handelsvertreter (§§ 85ff. HGB) auf sonstige unterlegene Selbständige analog anwendbar sind, und wenn ja, welche Schutzintensität die Regelungen im Verhältnis zum Arbeitnehmer-Recht bieten.

7.3.1. Gesetzeslücke

Um Normen analog anwenden zu können, muß zunächst eine Gesetzeslücke bestehen.⁶³⁴

7.3.1.1. Anfängliche Gesetzeslücke

In Betracht kommt zum einen eine anfängliche Lücke, die dann vorliegt, wenn der Gesetzgeber von vornherein eine gesetzliche Regelung planwidrig unvollständig gelassen hat.⁶³⁵ Dies wäre hier der Fall, wenn das Gesetz das Verhältnis von Selbständigen, die Dienste leisten und keine Handelsvertreter sind, zu ihren Auftraggebern überhaupt nicht regeln oder zwar regeln, aber keinerlei Schutz des Selbständigen vorsehen würde. Eine solche Situation liegt jedoch nicht vor, vielmehr bestimmt das Gesetz mit dem Dienstvertrags- und Auftrags- bzw. Geschäftsbesorgungsrecht das Vertragsverhältnis eines Dienste leistenden Selbständigen zu seinem Auftraggeber vergleichsweise umfassend. Und diese Regelungen lassen den Selbständigen auch nicht schutzlos, im Gegenteil, auch die §§ 611ff. BGB zum Dienstvertrag und die §§ 662ff. BGB zum Auftrag bzw. zur Geschäftsbesorgung (§ 675 BGB) beinhalten eine Vielzahl von Normen zwingenden Rechts, die dem Interessenausgleich und dem Schutz des schwächeren Vertragspartners dienen. Als Beispiele seien hier nur die Regelungen zur Vergütung (§§ 612, 614ff. BGB) bzw. zu Aufwendungen (§§ 670, 675 BGB) oder zur Kündigung (§§ 620f., 624ff., 671, 675 BGB) genannt.⁶³⁶ Im übrigen finden auf diese Vertragsverhältnisse ergänzend die Regelungen des allgemeinen Schuldrechts und des allgemeinen Teils des BGB mit ihren schützenden Normen Anwendung. Auch der Handels-

⁶³⁴ Zur Gesetzeslücke als Voraussetzung einer Analogie Larenz/Canaris (1995), 191-201; Schmalz (1992), 136-140; Zippelius (1990), 58-61.

⁶³⁵ Zum Begriff der anfänglichen Gesetzeslücke Larenz/Canaris (1995), 198.

⁶³⁶ Auch für die Selbständigen, die keine Dienste leisten, sondern Werke herstellen, finden sich derartige Schutznormen in den §§ 631ff. BGB, so zur Vergütung in den §§ 632, 641 BGB und zur Kündigung in § 649 BGB.

vertreter ist ja nicht allein den §§ 85ff. HGB überlassen, sondern bei diesen Vorschriften handelt es sich allein um Spezialregelungen, die die grundsätzliche Anwendbarkeit der BGB-Vorschriften auf den Handelsvertretervertrag als Dienstvertrag mit Geschäftsbesorgungscharakter (§§ 611, 675 BGB) weitgehend, jedoch nicht völlig zurückdrängen.⁶³⁷ Eine anfängliche Gesetzeslücke liegt somit nicht vor.

7.3.1.2. Nachträgliche Gesetzeslücke

Zum anderen wäre an eine nachträgliche Gesetzeslücke zu denken, die z.B. dadurch entsteht, daß infolge der technischen oder wirtschaftlichen Entwicklung neue Fragen auftauchen, die vom Gesetz nicht erfaßt werden, weil sie der Gesetzgeber noch nicht gesehen hat, die aber nach dem Regelungszweck des Gesetzes nunmehr der Regelung bedürfen.⁶³⁸

Eine solche nachträgliche Gesetzeslücke hat das BAG in seiner Entscheidung angenommen, in der es die für kaufmännische Angestellte geltenden Vorschriften der §§ 74ff. HGB analog auf Arbeitnehmer jeder Art angewandt⁶³⁹ und dabei eine Wertung vorgenommen hat, die auch auf das vorliegende Problem zutrifft. Es geht dabei um die - teilweise - Gültigkeit von Wettbewerbsverboten für die Zeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Gesetzliche Regelungen zu derartigen Wettbewerbsverboten finden sich nur für technische Angestellte (§§ 133 f. GewO), für die zu ihrer Berufsbildung Beschäftigten (§ 5 Abs. 1 Berufsbildungsgesetz - BBiG -) und eben für kaufmännische Angestellte (§§ 74 - 75 f HGB). Für Arbeitnehmer, die weder kaufmännische noch gewerbliche Angestellte sind, besteht eine gesetzliche Regelung lediglich mit der Generalklausel des § 138 BGB (Sittenwidrigkeit). Während

⁶³⁷ MüKo BGB 4 (1997) - Müller-Glöße, § 611 Rn. 120; Schmidt, K. (1994), 740; Staub u.a. (1995) - Brüggemann, § 84 Rn. 31-38, mit ausführlicher Darstellung der anwendbaren BGB-Normen; Staudinger (1993) - Richardi, § 611 Rn. 1685.

⁶³⁸ Zum Begriff der nachträglichen Gesetzeslücke Larenz/Canaris (1995), 198.

⁶³⁹ BAG, Urteil v. 13.9.1969 - 3 AZR 138/68, BAGE 22, 125-140 (125, 132-137). Seitdem std. Rspr., vgl. z.B. schon BAG, Urteil v. 16.5.1969 - 3 AZR 137/68, AP Nr. 23 zu § 133 f GewO, unter Berufung auf vorgenanntes Urteil; BAG, Urteil v. 9.1.1990 - 3 AZR 110/88, BAGE 64, 1-6 (3); BAG, Urteil v. 3.7.1990 - 3 AZR 96/89, AP Nr. 61 zu § 74 HGB; BAG, Urteil v. 26.5.1992 - 9 AZR 27/91, AP Nr. 63 zu § 74 HGB; BAG, Urteil v. 3.5.1994 - 9 AZR 606/92, AP Nr. 65 zu § 74 HGB; BAG, Urteil v. 5.9.1995 - 9 AZR 718/93, AP Nr. 67 zu § 74 HGB. Zustimmend z.B. Dombrowski/Zettelmeyer (1995), 156; Gaul, B. (1995), 874; Götz (1996), 242; Grunsky (1988), 713 Fn. 1; Hofmann, P. (1969); Löwisch (1996), 385; Meyer, W. (1995), 110f.; Schaub (1996), 402f.; Schmid/Trenk-Hinterberger (1994), 65; Richardi/Wlotzke (1993) - Wank, 261f.; van Venrooy (1992). Vor diesem Hintergrund behandeln Bauer/Diller (1995), 1134, die §§ 74ff. HGB bereits als unmittelbar auf sämtliche Arbeitnehmer anwendbar. Canaris (1971) stimmt zwar der Feststellung der Lücke zu, verlangt aber deren Ausfüllung im Wege einer Entwicklung „allgemeiner“ Rechtsgedanken aus den §§ 74ff., 90 a HGB.

das BAG es lange Zeit ablehnte, die §§ 74ff. HGB auf andere Arbeitnehmer entsprechend anzuwenden,⁶⁴⁰ und dann in einem ersten Schritt zumindest im Rahmen des Gebots der guten Sitten nach § 138 BGB die Wertmaßstäbe aus den §§ 75ff. HGB und § 133 f GewO heranzog,⁶⁴¹ meint es nun, daß sich die Verhältnisse gegenüber der Zeit, aus der die gesetzliche Regelung stamme, so weit verändert hätten, daß ein über § 138 BGB hinausgehender Schutz gegen Wettbewerbsverbote für alle Gruppen von Arbeitnehmern gleichermaßen erforderlich sei. Heute treffe es nicht mehr zu, daß das Recht der Wettbewerbsverbote, wie es der seinerzeitige Gesetzgeber noch angenommen hätte, in erster Linie bei kaufmännischen Angestellten regelungsbedürftig sei. Es liege darum eine nachträglich entstandene offene Regelungslücke vor.⁶⁴²

Übertragen auf das Problem des Schutzes unterlegener Selbständiger kann man dementsprechend argumentieren: Die Verhältnisse aus der Zeit, aus der die Neuregelung des Handelsvertreter-Rechts stammt, haben sich durch die Globalisierung des Wettbewerbs und die moderne Informations- und Kommunikationstechnik sowie die damit erzwungene bzw. ermöglichte Auslagerung und Ausgründung von Erwerbstätigen so weit verändert, daß ein über das allgemeine Dienstvertrags- und Geschäftsbesorgungsrecht hinausgehender Schutz für alle Gruppen von unterlegenen Selbständigen erforderlich ist. Heute trifft es nicht mehr zu, daß das Recht der unterlegenen Selbständigen, wie es der seinerzeitige Gesetzgeber noch angenommen hat, in erster Linie bei Handelsvertretern regelungsbedürftig sei. Es liegt damit eine nachträgliche offene Regelungslücke vor.

7.3.2. Ähnlichkeit von geregelterm und ungeregeltem Tatbestand

Eine Analogie setzt des weiteren die Ähnlichkeit des geregelten Tatbestands mit dem unregulierten Tatbestand voraus. In den für die gesetzliche Bewertung maßgebenden Hinsichten

⁶⁴⁰ BAG, Urteil v. 21.2.1957 - 2 AZR 301/56, BAGE 3, 296-303 (302); BAG, Urteil v. 4.10.1958 - 2 AZR 200/55, BAGE 6, 291-296 (291, 293); BAG, Urteil v. 17.9.1964 - 5 AZR 403/63, BAGE 10, 329-334 (329, 331-333).

⁶⁴¹ BAG, Urteil v. 22.11.1965 - 3AZR 130/65, BAGE 17, 338-346 (340). Zustimmend Hohn (1967), 1853.

⁶⁴² Kritisch dazu Larenz/Canaris (1995), 201, da es an einer anwendbaren Regel, auch wenn diese nur weniger detailliert und, soweit es sich um § 138 BGB handele, auch von der Art einer Generalklausel sei, gerade nicht fehle. Aus dem unterschiedlichen Ausmaß des Schutzes gegen Wettbewerbsverbote für verschiedene Gruppen von Arbeitnehmern folge zwar ein (nachträglicher) Wertungswiderspruch, aber noch keine „Lücke“. Bei der Rechtsprechung des BAG handele es sich insoweit um eine gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung. Zu der Entwicklung der Rechtsprechung des BAG Schaub (1996), 402f.

müssen beide Tatbestände gleich zu bewerten sein, da sich die Ausfüllung einer Gesetzeslücke im Wege des Rückgangs auf ein im Gesetz angelegtes Prinzip auf die Forderung der Gerechtigkeit, Gleichartiges gleich zu behandeln, gründet, also darauf, daß der im Gesetz nicht ausdrücklich geregelte Sachverhalt ein solcher ist, auf den das Prinzip - ebenfalls - zutrifft, ein Grund, hier eine Ausnahme von dem Prinzip zu machen, aber nicht vorliegt.⁶⁴³ Neben dem übergeordneten Sinn und Zweck des Schutzes unterlegener Selbständiger müssen die §§ 85ff. HGB folglich auch jeweils für sich einen Normzweck aufweisen, der aufgrund einer im wesentlichen gleichen Interessenlage ebenfalls auf die unterlegenen Selbständigen, die keine Handelsvertreter sind, zutrifft.⁶⁴⁴

§ 85 HGB [Vertragsurkunde] bezweckt, den Parteien den Nachweis des Vertragsinhalts zu erleichtern, weil bei den über längere Zeit andauernden Vertragsverhältnissen leicht Unklarheiten über den vereinbarten Inhalt entstehen können, wenn eine schriftliche Niederlegung fehlt.⁶⁴⁵ Seinem Normzweck nach anwendbar ist § 85 HGB damit auf alle Selbständigen, die auf Dauer für einen Auftraggeber Dienste leisten, unabhängig von ihrer Tätigkeit im einzelnen. Eine vergleichbare Norm, die einen durchsetzbaren und unabdingbaren (§ 85 S. 2 HGB) Anspruch auf Erstellung bzw. Unterzeichnung einer Vertragsurkunde gibt, existiert im BGB für Selbständige nicht.

§ 86 HGB [Pflichten des Handelsvertreters] enthält eine nicht abschließende Regelung der wesentlichen Pflichten eines Handelsvertreters mit den Hauptpflichten der Vermittlung und des Abschlusses von Geschäften und der Interessenwahrung sowie der Nebenpflicht zur Benachrichtigung des Unternehmers.⁶⁴⁶ Abgesehen davon, daß er keine Schutznorm zugunsten des Handelsvertreters darstellt, ist er somit seinem Sinn und Zweck nach nur auf Personen anwendbar, die für einen anderen und - im Gegensatz z.B. zum neutralen Makler - in dessen Interesse Vertriebsaufgaben wahrnehmen, etwa auf Eigenhändler,⁶⁴⁷ Franchisenehmer⁶⁴⁸ und Kommissionsagenten.⁶⁴⁹

⁶⁴³ Larenz/Canaris (1995), 202; Zippelius (1990), 62.

⁶⁴⁴ Vgl. für die Anwendung von Handelsvertreter-Recht auf einen sog. Franchisenehmer BGH, Urteil v. 12. 11.1986 - I ZR 209/84, NJW-RR 1987, 612-614 (613).

⁶⁴⁵ Amtliche Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Handelsgesetzbuches, BT-Drucksache Nr. 3856 v. 15.11.1952, S. 18 (Zu E. § 85 a).

⁶⁴⁶ Amtliche Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Handelsgesetzbuches, BT-Drucksache Nr. 3856 v. 15.11.1952, S. 18f.; MüKo HGB (1996) - v. Hoyningen-Huene, § 86 Rn. 3.

⁶⁴⁷ BGH, Urteil v. 7.7.1983 - I ZR 115/81, NJW 1984, 2101f. (2101); Veltins (1984).

⁶⁴⁸ MüKo HGB (1996) - v. Hoyningen-Huene, § 86 Rn. 3.

⁶⁴⁹ Schmidt, K. (1994), 780.

§ 86 a HGB [Pflichten des Unternehmers] hat den Zweck, die Unterstützungs- und Benachrichtigungspflichten des Unternehmers als dessen besonders wichtige Nebenpflichten ausdrücklich hervorzuheben und konkretisiert diese beispielhaft.⁶⁵⁰ Soweit § 86 a HGB die vom Unternehmer zur Verfügung zu stellenden Unterlagen und zu erteilenden Nachrichten beispielhaft nennt, sind diese wiederum vertriebsspezifisch und nur analog auf Vertragshändler,⁶⁵¹ Franchisenehmer⁶⁵² und Kommissionsagenten anwendbar.⁶⁵³ Die Unterstützungs- und Benachrichtigungspflicht als Nebenpflicht des Auftraggebers folgt indessen schon aus den allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Vorschriften des Dienstvertrags (§§ 611ff. BGB) und des Auftragsrechts (§§ 662ff. BGB iVm. § 675 BGB).

Die §§ **86 b - 87 c HGB** beinhalten Provisionsregelungen und sind damit ihrem Sinn und Zweck nach allein auf solche Selbständige analog anwendbar, die im Absatzmittlungssystem eines anderen und für die Art des einem Handelsvertreter gewährten Entgelts tätig sind.⁶⁵⁴

§ 87 d HGB [Ersatz von Aufwendungen] enthält eine Schlechterstellung des Handelsvertreters im Verhältnis zum allgemeinen Aufwendungsersatzanspruch beim Geschäftsbesorgungsvertrag nach §§ 675, 670 BGB, indem er bestimmt, daß der Handelsvertreter den Ersatz seiner Aufwendungen vom Unternehmer nur verlangen kann, wenn dies handelsüblich ist. Da es sich nicht um eine Schutznorm zugunsten des unterlegenen Handelsvertreters handelt, kommt die erstrebte analoge Anwendung zum Schutz unterlegener Selbständiger nicht in Betracht.

§ 88 HGB [Verjährung der Ansprüche] unterwirft die gesamten Ansprüche aus dem Handelsvertreterverhältnis einer vierjährigen Verjährungsfrist, um eine einheitliche und damit vereinfachte Verjährungsregelung für alle vertraglichen Ansprüche aus dem Handelsvertre-

⁶⁵⁰ Amtliche Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Handelsgesetzbuches, BT-Drucksache Nr. 3856 v. 15.11.1952, S. 19; MüKo HGB (1996) - v. Hoyningen-Huene, § 86 a Rn. 1.

⁶⁵¹ Baumbach/Hopt (1995), § 84 Rn. 11; Staub u.a. (1995), Vor § 84 Rn. 11.

⁶⁵² Matthießen (1988), 1096.

⁶⁵³ MüKo HGB (1996) - v. Hoyningen-Huene, § 86 a Rn. 1.

⁶⁵⁴ Siehe zur - weitestgehend abzulehnenden - analogen Anwendung auf Vertragshändler, Franchisenehmer und Kommissionsagenten Baumbach/Hopt (1995), § 84 Rn. 11; Heymann (1995) - Sonnenschein/Weitemeyer, Vor § 84 Rn. 11-13; Matthießen (1988), 1095f.; MüKo HGB (1996) - v. Hoyningen-Huene, § 86 b Rn. 3, § 87 Rn. 10, § 87 a Rn. 5, § 87 b Rn. 3, § 87 c Rn. 10.

terverhältnis zu schaffen.⁶⁵⁵ Sein Zweck ist also nicht der Schutz des Handelsvertreters, und er wirkt sich auch nur dann für diesen schützend aus, wenn die Verjährungsfrist für einen Anspruch des Handelsvertreters länger als nach den allgemeinen Vorschriften bzw. die Verjährungsfrist für einen Anspruch des Unternehmers kürzer als nach den allgemeinen Vorschriften wird. Wollte man also § 88 HGB zum Schutze des unterlegenen Selbständigen analog anwenden, dürfte man das nur für eben diese ihm günstigen Fälle tun. Damit würden die Verjährungsvorschriften jedoch gänzlich unübersichtlich und ihre Anwendung vollkommen unsicher - eine Situation, die dem gesetzgeberischen Zweck des § 88 HGB gerade zuwiderläuft. Eine analoge Anwendung des § 88 HGB auf unterlegene Selbständige ist darum abzulehnen.⁶⁵⁶

§ 88 a HGB [Zurückbehaltungsrecht] regelt zum einen den Verzicht des Handelsvertreters auf Zurückbehaltungsrechte, zum anderen deren Geltendmachung durch den Handelsvertreter.

§ 88 a Abs. 1 HGB schließt einen vorherigen Verzicht des Handelsvertreters auf gesetzliche Zurückbehaltungsrechte aus, um den Handelsvertreter davor zu schützen, daß er von einem wirtschaftlich überlegenen Unternehmer veranlaßt wird, sich dieser Rechte im voraus zu begeben. Die Zurückbehaltungsrechte (vgl. §§ 369ff. HGB, 273 BGB) sind nämlich die einzigen rechtlichen Mittel, die dem Handelsvertreter zur Sicherung seiner Ansprüche gegen den Unternehmer zur Verfügung stehen. Der Gesetzgeber hatte dabei insbesondere die dem Handelsvertreter zur Ausübung seiner Tätigkeit übergebenen Unterlagen wie Muster, Zeichnungen, Kundenlisten, Geschäftsbedingungen usw. (§ 86 a Abs. 1 HGB) im Auge.⁶⁵⁷

Für die Zeit während des Vertragsverhältnisses erfolgte keine Regelung des Zurückbehaltungsrechts an den Unterlagen, da der Gesetzgeber dieses in der Regel als durch § 369 Abs.

⁶⁵⁵ Amtliche Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Handelsgesetzbuches, BT-Drucksache Nr. 3856 v. 15.11.1952, S. 30.

⁶⁵⁶ Vgl. zur Ablehnung der analogen Anwendung des § 88 HGB auf Schadensersatzansprüche gegen einen Handels- oder Zivilmakler oder einen Geschäftsbesorger BGH, Urteil v. 18.11.1971 - VII ZR 102/70, BB 1972, 11f., und auf Herausgabeansprüche des Kommittenten BGH, Urteil v. 26.9.1980 - I ZR 119/78, BGHZ 79, 89-99 (97f.). Vgl. zur analogen Anwendung von Verjährungsvorschriften auch BGH, Urteil v. 25.4.1966 - VII ZR 120/65, BGHZ 45, 223-230 (230).

⁶⁵⁷ Amtliche Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Handelsgesetzbuches, BT-Drucksache Nr. 3856 v. 15.11.1952, S. 30.

3 HGB ausgeschlossen sah.⁶⁵⁸

§ 88 a Abs. 2 HGB beschränkt dann für die Zeit nach Beendigung des Vertragsverhältnisses ein nach allgemeinen Vorschriften bestehendes Zurückbehaltungsrecht des Handelsvertreter an ihm zur Verfügung gestellten Unterlagen auf die für seine Existenz wichtigsten Ansprüche, nämlich die fälligen Ansprüche auf Provision und Ersatz von Aufwendungen. Es handelt sich dabei um eine Besserstellung des Unternehmers, der insbesondere nach Beendigung des Handelsvertreterverhältnisses für einen etwaigen Nachfolger auf die Unterlagen angewiesen ist und erheblich geschädigt werden könnte, wenn das Zurückbehaltungsrecht auch für solche Ansprüche bestünde, wegen deren Begründetheit und Höhe mit langwierigen Auseinandersetzungen gerechnet werden muß.⁶⁵⁹

Es erscheint auf den ersten Blick verlockend, zumindest § 88 a Abs. 1 HGB auf unterlegene Selbständige anzuwenden, um diesen vor einem aufgedrängten Verzicht auf gesetzliche Zurückbehaltungsrechte zu schützen. Allerdings erschöpft sich § 88 a HGB nicht in einem derartigen Ausschluß, sondern bezweckt vor dem Hintergrund der Besonderheiten des Handelsvertreterverhältnisses - auf das § 369 HGB Anwendung findet und das durch die Übergabe von Unterlagen an den Handelsvertreter gekennzeichnet ist - eine umfassende angemessene Regelung für das Verhältnis von Handelsvertreter und Unternehmer. Diese Regelung ist also vertriebsspezifisch und darum auf Kommissionsagenten, Franchisenehmer und Vertragshändler entsprechend anzuwenden, soweit diese allgemein oder im Einzelfall aufgrund der konkreten Ausgestaltung der Vertragsbeziehung vergleichbar einem Handelsvertreter schutzbedürftig sind,⁶⁶⁰ nicht jedoch auf sonstige unterlegene Selbständige.

§ 89 HGB [Kündigung des Vertrages] setzt für die ordentliche Kündigung des auf unbestimmte Zeit eingegangenen Handelsvertreterverhältnisses bestimmte Mindestfristen fest, die durch eine vertragliche Vereinbarung nur verlängert, nicht aber verkürzt werden können, um den Handelsvertreter vor aufgezwungenen Vereinbarungen zu schützen, die die Kündigungsfrist zu seinem Nachteil herabsetzen.⁶⁶¹ Der Schutz des Handelsvertreter erhöht sich

⁶⁵⁸ Amtliche Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Handelsgesetzbuches, BT-Drucksache Nr. 3856 v. 15.11.1952, S. 30.

⁶⁵⁹ Amtliche Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Handelsgesetzbuches, BT-Drucksache Nr. 3856 v. 15.11.1952, S. 31; Heymann (1995) - Sonnenschein/Weitemeyer, § 88 a Rn. 1; MüKo HGB (1996) - v. Hoyningen-Huene, § 88 a Rn. 3.

⁶⁶⁰ MüKo HGB (1996) - v. Hoyningen-Huene, § 88 a Rn. 8.

⁶⁶¹ Heymann (1995) - Sonnenschein/Weitemeyer, § 89 Rn. 3.

trotz dessen Selbständigeneigenschaft entsprechend dem Grundgedanken der arbeitsrechtlichen Regelung des § 622 BGB mit zunehmender Vertragsdauer durch Verlängerung der Kündigungsfristen, da die im Handelsvertreterverhältnis liegende Dauerbindung eine dem Arbeitsrecht ähnliche Regelung angemessen erscheinen läßt.⁶⁶² Damit ist diese Regelung ihrem Normzweck nach nicht nur auf Kommissionsagenten, Franchisenehmer und Vertragshändler,⁶⁶³ sondern auf alle unterlegenen Selbständigen anwendbar, deren Vertragsverhältnis zum Auftraggeber auf unbestimmte Zeit eingegangen ist.

§ 89 a HGB [Fristlose Kündigung] hat den Zweck, den Parteien die vorzeitige Beendigung des Vertrags beim Vorliegen wichtiger Gründe zu ermöglichen, und zwar unabhängig davon, ob der Vertrag unbefristet oder auf unbestimmte Zeit abgeschlossen wurde. § 89 a Abs. 1 S. 1 HGB entspricht dabei in seinem sachlichen Gehalt § 626 Abs. 1 BGB.⁶⁶⁴ Die in § 89 a Abs. 1 S. 2 HGB bestimmte Unabdingbarkeit besteht auch für § 626 BGB⁶⁶⁵ und setzt damit kein neues Recht, sondern ist als ausdrückliche Erwähnung allein im Interesse der Rechtssicherheit zweckmäßig.⁶⁶⁶ § 89 a Abs. 2 HGB entspricht wiederum § 628 Abs. 2 BGB. Soweit § 89 a HGB nicht die Fristen des § 626 Abs. 2 S. 1 und 2 BGB sowie die Mitteilung des Kündigungsgrunds nach § 626 Abs. 2 S. 3 BGB vorsieht, bedeutet er - unabhängig von der Frage, ob § 626 Abs. 2 auf die fristlose Kündigung des Handelsvertreters Anwendung findet⁶⁶⁷ - jedenfalls keine Besserstellung des Handelsvertreters. Eine analoge Anwendung des § 89 a HGB auf unterlegene Selbständige scheidet damit aus.

§ 89 b HGB [Ausgleichsanspruch] gewährt dem Handelsvertreter einen Ausgleichsanspruch an Stelle der Provisionsansprüche, deren Entstehung durch die Beendigung des Handelsvertreterverhältnisses verhindert werden (dazu näher in Kapitel 3.8.2.). Es handelt sich also um eine vertriebsspezifische Regelung, die allenfalls auf sonstige selbständige Absatzmittler analog anwendbar ist, z.B. auf Vertragshändler und Kommissionsagenten.⁶⁶⁸

⁶⁶² Amtliche Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Handelsgesetzbuches, BT-Drucksache Nr. 3856 v. 15.11.1952, S. 31.

⁶⁶³ MüKo HGB (1996) - v. Hoyningen-Huene, § 89 Rn. 6.

⁶⁶⁴ Baumbach/Hopt (1995), § 89 a Rn. 2; Staub u.a. (1995) - Brüggemann, § 89 a Rn. 3.

⁶⁶⁵ Palandt (1998), § 626 Rn. 2; MüKo BGB 4 (1997) - Schwerdtner, § 626 Rn. 65.

⁶⁶⁶ Amtliche Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Handelsgesetzbuches, BT-Drucksache Nr. 3856 v. 15.11.1952, S. 32.

⁶⁶⁷ Ablehnend BGH, Urteil v. 3.7.1986 - I ZR 171/84; Küstner/v. Manteuffel (1992), 100 und 605; Soergel 4/1 (1997) - Kraft, § 626 Rn. 6. Zustimmend Kindler (1988), 2054; Wolterreck (1984).

⁶⁶⁸ Baumbach/Hopt (1995), § 89 b Rn. 4.

§ 90 HGB [Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse] regelt keinen Schutz, sondern die Pflicht des Handelsvertreters zur Verschwiegenheit nach Beendigung des Handelsvertreterverhältnisses. Der Normzweck ist allein die Klarstellung sich bereits nach § 242 BGB aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ergebender allgemeiner Nebenpflichten.⁶⁶⁹

§ 90 a HGB [Wettbewerbsabrede] soll, vergleichbar den §§ 74ff. HGB für kaufmännische und § 133 f GewO für technische Angestellte, den Handelsvertreter davor schützen, daß die wirtschaftliche Überlegenheit des Unternehmers zu einer nachvertraglichen Wettbewerbsabrede führt, die die berufliche Betätigungsfreiheit unangemessen einschränkt.⁶⁷⁰ Gleichzeitig soll die Einschränkung der Wettbewerbsfreiheit des Handelsvertreters durch eine Entschädigung ausgeglichen werden, die den Lebensbedarf des Handelsvertreters für die Dauer der Wettbewerbsbeschränkung sichert.⁶⁷¹ Der Normzweck des § 90 a HGB trifft damit auch auf solche Selbständige zu, die keine Handelsvertreter, aber wie diese vor unangemessenen nachvertraglichen Wettbewerbsverboten zu schützen sind, weil sie ständig für den einen Unternehmer tätig und von diesem besonders abhängig sind.⁶⁷²

§ 91 Abs. 1 HGB [Vollmachten des Handelsvertreters] bezweckt die Angleichung der Rechtsstellung des Handelsvertreters, der von einem Nicht-Kaufmann zum Abschluß von Geschäften bevollmächtigt wird, mit der Rechtsstellung eines Handelsvertreters, der von einem Kaufmann bevollmächtigt wird, da beide Dritten gegenüber in derselben Weise auftreten.⁶⁷³ § 91 Abs. 1 HGB schützt damit nicht den Handelsvertreter, sondern den Geschäftsverkehr, und ist auch außendienstspezifisch.

§ 91 Abs. 2 HGB soll mit der Einräumung derselben Vertretungsmacht für Vermittlungswie für Abschlußvertreter bei der Entgegennahme von Mängelanzeigen und der Geltendmachung von Beweissicherungsrechten ebenfalls die Rechtsstellung zweier verschiedener Ar-

⁶⁶⁹ Vgl. dazu Palandt (1998), § 276 Rn. 121f.

⁶⁷⁰ Amtliche Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Handelsgesetzbuches, BT-Drucksache Nr. 3856 v. 15.11.1952, S. 37.

⁶⁷¹ BGH, Urteil v. 16.11.1972 - VII ZR 53/72, BGHZ, 59, 387- 392 (390); BGH, Urteil v. 19.12.1974 - VII ZR 2/74, BGHZ 63, 353-359 (355).

⁶⁷² Vgl. BGH, Urteil v. 12.11.1986 - I ZR 209/84, NJW-RR 1987, 612-614 (613), für die Anwendung des § 90 a Abs. 1 HGB auf einen sog. Franchisenehmer. MüKo HGB (1996) - v. Hoyningen-Huene, § 90 a Rn. 6f., befürwortet eine in Grenzen analoge Anwendung auf Vertragshändler und Franchisenehmer, lehnt jedoch eine entsprechende Anwendung auf andere selbständige Gewerbetreibende ab, weil es bei diesen an einer ständigen Tätigkeit für einen Unternehmer und dem besonderen Abhängigkeitsverhältnis zum Unternehmer, das die Grundlage für den durch § 90 a HGB gewährten Schutz bilde, fehle.

ten von Handelsvertretern angleichen⁶⁷⁴ und ist darum nicht verallgemeinerungsfähig.

§ 91 a HGB [Mangel der Vertretungsmacht] schafft in Abweichung von § 177 BGB einen besonderen handelsrechtlichen Vertrauenstatbestand im Rahmen der Vermittlung von Geschäften durch den Handelsvertreter.⁶⁷⁵ Es handelt sich um eine Norm, deren Zweck an die besondere Vertriebstätigkeit des Handelsvertreters anknüpft, und die auf Selbständige, die keine Absatzmittler sind, nicht entsprechend anwendbar ist.

Die Betrachtung der §§ 85ff. HGB, die für die angestrebte analoge Anwendung in Frage kommen, zeigt, daß nur die §§ 85, 89 und 90 a HGB einen Normzweck aufweisen, der auf die Interessenlage solcher Selbständiger zutrifft, die weder im Vertrieb beschäftigt noch Handelsvertreter, aber im Verhältnis zu ihrem Auftraggeber derart wirtschaftlich schwächer sind, daß sie bei der Vertragsgestaltung und -durchführung Gefahr laufen, zu unterliegen. Der Sinn und Zweck der §§ 85ff. HGB knüpft vielmehr zu einem ganz überwiegenden Teil an die Absatzmittlerfunktion des Handelsvertreters an, so daß eine analoge Anwendung allenfalls - bzw. immerhin - auf solche unterlegenen Selbständigen möglich ist, die Absatzfunktionen ausüben, wie Vertragshändler, Franchisenehmer und Kommissionsagenten.

7.3.3. Intensität des Schutzes durch Handelsvertreter-Recht

Um die Konsequenzen aus der zum Teil möglichen analogen Anwendbarkeit des Handelsvertreter-Rechts auf sämtliche unterlegenen Selbständigen feststellen zu können, ist zu prüfen, inwieweit die analog anwendbaren Normen in ihrem Schutz dem Schutz durch das Arbeitnehmer-Recht entsprechen.

§ 85 HGB [Vertragsurkunde]: Eine dem § 85 HGB weitestgehend entsprechende Regelung findet sich für den Arbeitnehmer im Gesetz über den Nachweis der für ein Arbeitsverhältnis geltenden wesentlichen Bedingungen (NachwG).⁶⁷⁶ Ein gewisser Unterschied besteht inso-

⁶⁷³ Amtliche Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Handelsgesetzbuches, BT-Drucksache Nr. 3856 v. 15.11.1952, S. 38; MüKo HGB (1996) - v. Hoyningen-Huene, § 91 Rn. 3.

⁶⁷⁴ Amtliche Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Handelsgesetzbuches, BT-Drucksache Nr. 3856 v. 15.11.1952, S. 38; MüKo HGB (1996) - v. Hoyningen-Huene, § 91 Rn. 4.

⁶⁷⁵ Vgl. Baumbach/Hopt (1995), § 91 a Rn. 1.

⁶⁷⁶ Art. 1 des Gesetzes zur Anpassung arbeitsrechtlicher Bestimmungen an das EG-Recht vom 20.7.1995, BGBl. I, S. 946. Zum NachwG vgl. näher Grünberger (1995 A), 2809-2812; Höland (1996); Schiefer

fern, als nach § 85 S. 1 HGB sämtliche Vereinbarungen der Parteien, die Inhalt des Vertrags geworden sind, in die Urkunde aufzunehmen sind,⁶⁷⁷ während nach § 2 Abs. 1 S. 1 NachwG die schriftliche Niederlegung der wesentlichen Vertragsbedingungen genügt und in § 2 Abs. 1 S. 2 NachwG die mindestens aufzunehmenden Bedingungen aufgeführt werden. Unterschiedlich ist auch die Fälligkeit des Anspruchs auf die Vertragsurkunde. Im Rahmen des § 85 HGB entsteht der Anspruch erst durch dessen Geltendmachung, nach § 2 Abs. 1 S. 1 NachwG hat der Arbeitgeber die Urkunde innerhalb eines Monats an den Arbeitnehmer auszuhändigen. Kein nennenswerter Unterschied besteht hingegen bei Vertragsänderungen. Während das NachwG in § 3 ausdrücklich regelt, daß eine Veränderung der wesentlichen Vertragsbedingungen dem Arbeitnehmer spätestens einen Monat nach der Änderung schriftlich mitzuteilen ist, entsteht der Anspruch aus § 85 HGB bei jeder Vertragsänderung neu.⁶⁷⁸ Sowohl der Anspruch des Handelsvertreters als auch derjenige des Arbeitnehmers sind schließlich unabdingbar (§ 85 S. 2 HGB, § 5 NachwG).

Im Hinblick auf den Nachweis des Vertragsinhalts ist der unterlegene Selbständige durch eine analoge Anwendung des § 85 HGB im Ergebnis ebenso geschützt wie der Arbeitnehmer durch das NachwG. Wenn der (unterlegene) Beschäftigte die Aushändigung einer Vertragsurkunde verlangt, kommt es folglich nicht darauf an, ob er Arbeitnehmer oder Selbständiger ist.

§ 89 HGB [Kündigung des Vertrages]: Die in § 89 HGB für den Handelsvertreter geregelten Kündigungsfristen sind praktisch durchweg günstiger als die für einen Arbeitnehmer nach § 622 BGB vorgesehenen Fristen. Während im ersten Jahr der Tätigkeit sowohl der Handelsvertreter als auch der Arbeitnehmer mit einer Frist von einem Monat zum Schluß eines Kalendermonats, soweit keine andere Vereinbarung getroffen ist, (§ 89 Abs. 1 S. 1 und S. 3 HGB) bzw. vier Wochen zum Fünfzehnten oder zum Ende eines Kalendermonats (§ 622 Abs. 1 BGB) kündbar sind, verfügt der Handelsvertreter bereits im zweiten Jahr über eine Kündigungsfrist von zwei Monaten (§ 89 Abs. 1 S. 1 HGB), während es für den Arbeitnehmer bei den vier Wochen bleibt. Im dritten bis fünften Jahr beträgt die Kündigungsfrist für den Handelsvertreter sogar drei Monate (§ 89 Abs. 1 S. 1 HGB), für den Arbeitnehmer lediglich einen Monat zum Ende eines Kalendermonats (§ 622 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB). Be-

(1995), 1910-1912; Schoden (1996); Stückemann (1995) u.a. mit dem Muster einer Niederschrift über die wesentlichen Vertragsbedingungen.

⁶⁷⁷ MüKo HGB (1996) - v. Hoyningen-Huene, § 85 Rn. 2.

reits nach einer Vertragsdauer von fünf Jahren kann dem Handelsvertreter dann nur noch mit einer Frist von sechs Monaten gekündigt werden (§ 89 Abs. 1 S. 2 HGB), der Arbeitnehmer erreicht diese Kündigungsfrist erst nach fünfzehn Jahren (§ 622 Abs. 2 S. 1 Nr. 6 BGB). Nur die siebenmonatige Kündigungsfrist des Arbeitnehmers nach einer Tätigkeit von zwanzig Jahren (§ 622 Abs. 2 S. 1 Nr. 7 BGB) übersteigt schließlich den Schutz des Handelsvertreters.

Dafür bestehen für den Handelsvertreter allerdings nicht die Einschränkungen

des § 622 Abs. 2 S. 2 BGB, wonach bei der Berechnung der Beschäftigungsdauer Zeiten, die vor der Vollendung des 25. Lebensjahres des Arbeitnehmers liegen, nicht berücksichtigt werden,

des § 622 Abs. 3 BGB, nach dem während einer vereinbarten Probezeit von längstens sechs Monaten das Arbeitsverhältnis mit einer Frist von zwei Wochen gekündigt werden kann,⁶⁷⁹

des § 622 Abs. 4 BGB, der eine Vereinbarung kürzerer Kündigungsfristen durch Tarifvertrag zuläßt, und

des § 622 Abs. 5 Nr. 2 BGB, der eine einzelvertragliche Vereinbarung einer kürzeren Kündigungsfrist in Betrieben mit in der Regel nicht mehr als zwanzig Arbeitnehmern erlaubt.

Identisch ist schließlich beiden Regelungsbereichen, daß die Kündigungsfristen für Handelsvertreter und Arbeitnehmer einzelvertraglich verlängert werden können (§ 89 Abs. 2 S. 1 HGB, § 622 Abs. 5 S. 3 BGB) und für die Kündigung durch den Handelsvertreter bzw. Arbeitnehmer keine längere Frist vereinbart werden darf als für die Kündigung durch den Unternehmer bzw. Arbeitgeber (§ 89 Abs. 2 S. 1 2. HS HGB, § 622 Abs. 6 BGB).

Der unterlegene Selbständige ist durch eine analoge Anwendung des § 89 HGB - abgesehen von der siebenmonatigen Kündigungsfrist nach einer Tätigkeit von 25 Jahren - besser geschützt als ein Arbeitnehmer. Im Hinblick auf die Kündigungsfristen muß dementsprechend entschieden werden, ob ein (unterlegener) Beschäftigter Arbeitnehmer oder Selbständiger

⁶⁷⁸ Baumbach/Hopt (1995), § 85 Rn. 6; Heymann (1995) - Sonnenschein/Weitemeyer, § 85 Rn. 6.

⁶⁷⁹ Wird im Handelsvertretervertrag mit vorgeschalteter Probezeit für diese eine kürzere Kündigungsfrist als die in § 89 Abs. 1 S. 1 HGB vorgesehene Mindestfrist von einem Monat vereinbart, tritt an die Stelle der nichtigen Vereinbarung die gesetzliche Regelung, BGH, Urteil v. 25.11.1963 - VII ZR 29/62, BGHZ 40, 235-239 (235, 238f.).

ist.

(Anders kann sich allerdings die Situation im Prozeß darstellen, wenn der unterlegene Beschäftigte seine Arbeitnehmereigenschaft behauptet und die Einhaltung der Kündigungsfristen des § 622 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 Nr. 1 - 6 BGB verlangt, während der Auftraggeber sich auf die Selbständigkeit des Beschäftigten und die allgemeinen Kündigungsfristen des § 621 BGB beruft. Hier kann das Gericht offenlassen, ob der Beschäftigte Arbeitnehmer oder Selbständiger ist, da er als Selbständiger aufgrund der entsprechenden Anwendung des § 89 HGB „erst recht“ geschützt ist.)

§ 90 a HGB [Wettbewerbsabrede]: Der Arbeitnehmer wird durch die analoge Anwendung der §§ 74ff. HGB (dazu in Kapitel 7.3.1.2.) ganz überwiegend besser geschützt als der Handelsvertreter durch § 90 a HGB, da für den Handelsvertreter keine vergleichbaren Regelungen bestehen, soweit

zugunsten des Arbeitnehmers gem. § 74 Abs. 2 HGB eine Mindestentschädigungspflicht besteht.

das Wettbewerbsverbot gem. § 74 Abs. 1 S. 1 HGB für den Arbeitnehmer nur verbindlich ist, wenn es dem Schutz eines berechtigten geschäftlichen Interesses des Arbeitgebers dient.

nach § 74 a Abs. 1 S. 2 HGB ein angemessenes Verhältnis zwischen der Entschädigungshöhe und der Fortkommenserschwerung für den Arbeitnehmer bestehen muß.

ein Wettbewerbsverbot mit einem minderjährigen Arbeitnehmer gem. § 74 Abs. 2 S. 2 HGB nichtig ist.

Schlechter gestellt im Verhältnis zum Handelsvertreter wird der Arbeitnehmer nur durch die Anrechnung anderweitigen Erwerbs bei der Berechnung der Karenzentschädigung (§ 74 c HGB).

Im Hinblick auf die Vereinbarung eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots wird der unterlegene Selbständige durch eine analoge Anwendung des § 90 a HGB zwar besser geschützt als durch die allgemeinen Vorschriften (§ 138 BGB), so daß die Problematik der Abgrenzung von Arbeitnehmern und Selbständigen und damit die Auswirkung der Scheinselbständigkeit zumindest im Rahmen eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots abge-

mildert wird. Da der Schutz eines (unterlegenen) Erwerbstätigen durch eine analoge Anwendung des § 90 a HGB aber hinter dem Schutz der Arbeitnehmer durch eine analoge Anwendung der §§ 74ff. HGB zurückbleibt, muß entschieden werden, ob ein (unterlegener) Erwerbstätiger Arbeitnehmer oder Selbständiger ist.

7.3.4. Ergebnis zu Kapitel 7.3.

Bei der Lektüre der Begründung des Gesetzgebers zur Neufassung des Handelsvertreter-Rechts drängt sich die analoge Anwendung der §§ 85ff. HGB auf sonstige unterlegene Selbständige geradezu auf. Es besteht auch die für eine Analogie erforderliche - hier: nachträgliche - Gesetzeslücke. Allerdings ergibt die Betrachtung des Normzwecks der §§ 85ff. HGB im einzelnen, daß diese ganz überwiegend vertriebsspezifisch und darum zum größten Teil allenfalls auf solche unterlegenen Selbständigen analog anwendbar sind, die Absatzmittlerfunktionen wahrnehmen:

Im Rahmen der Kündigung eines (unterlegenen) Erwerbstätigen sowie der Vereinbarung eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots sind die §§ 89 und 90 a HGB zwar auf unterlegene Selbständige, die keine Handelsvertreter sind, entsprechend anwendbar und schaffen so - wie im Außendienst - eine Abmilderung der Abgrenzungsproblematik zwischen Arbeitnehmern und Selbständigen bzw. des Problems der Scheinselbständigkeit. Da sie jedoch in ihrer Schutzintensität von dem entsprechenden Arbeitnehmer-Recht abweichen, ist im Einzelfall zu entscheiden, ob ein unterlegener Erwerbstätiger Arbeitnehmer oder Selbständiger ist.

Allein die Regelung über den Anspruch auf eine Vertragsurkunde (§ 85 HGB) ist sowohl analog anwendbar auf unterlegene Selbständige, die keine Handelsvertreter sind, als auch in ihrer Schutzintensität dem Arbeitnehmer-Recht (NachwG) vergleichbar. Im Hinblick auf die Ausstellung einer Urkunde über den Vertragsinhalt muß nicht entschieden werden, ob es sich bei dem (unterlegenen) Erwerbstätigen um einen Scheinselbständigen und darum Arbeitnehmer oder um einen Selbständigen handelt.

7.4. Die Schaffung besonderer Schutznormen für unterlegene Selbständige

Da der Schutz unterlegener Selbständiger, die keine Absatzmittler sind, durch eine analoge Anwendung der §§ 85ff. HGB nicht zu erreichen ist, ist die Verpflichtung des Gesetzgebers zur Schaffung besonderer Schutznormen für diesen Personenkreis in Betracht zu ziehen.

7.4.1. Verpflichtung des Gesetzgebers

Folgende Feststellungen sind für die Frage, ob der Gesetzgeber verpflichtet sein könnte, für unterlegene Selbständige besondere Schutznormen zu schaffen, von entscheidender Bedeutung:

„Berufliche Tätigkeit, für die Art. 12 Abs. 1 GG den erforderlichen Freiraum gewährleistet, dient nicht nur der personalen Entfaltung des arbeitenden Menschen in der Gesellschaft ... , den meisten Bürgern gewährleistet sie vor allem die Möglichkeit, sich eine wirtschaftliche Existenz zu schaffen. Dazu ist es regelmäßig erforderlich, Bindungen auf Zeit oder auf Dauer einzugehen. Im Rahmen des Zivilrechts geschieht das typischerweise durch Verträge, in denen sich beide Vertragsteile wechselseitig in ihrer beruflichen Handlungsfreiheit beschränken ... Auf der Grundlage der Privatautonomie, die Strukturelement einer freiheitlichen Gesellschaftsordnung ist, gestalten die Vertragspartner ihre Rechtsbeziehungen eigenverantwortlich ... Der Staat hat die im Rahmen der Privatautonomie getroffenen Regelungen grundsätzlich zu respektieren ...

Privatautonomie besteht [jedoch] nur im Rahmen der geltenden Gesetze, und diese sind ihrerseits an die Grundrechte gebunden. Das Grundgesetz will keine wertneutrale Ordnung sein, sondern hat in seinem Grundrechtsabschnitt objektive Grundentscheidungen getroffen, die für alle Bereiche des Rechts, also auch für das Zivilrecht, gelten ...

Solche Schranken sind unentbehrlich, weil Privatautonomie auf dem Prinzip der Selbstbestimmung beruht, also voraussetzt, daß auch die Bedingungen freier Selbstbestimmung tatsächlich gegeben sind. Hat einer der Vertragsteile ein so starkes Übergewicht, daß er vertragliche Regelungen faktisch einseitig setzen kann, bewirkt dies für den anderen Vertrag-

steil Fremdbestimmung. Wo es an einem annähernden Kräftegleichgewicht der Beteiligten fehlt, ist mit den Mitteln des Vertragsrechts allein kein sachgerechter Ausgleich der Interessen zu gewährleisten. Wenn bei einer solchen Sachlage über grundrechtlich verbürgte Positionen verfügt wird, müssen staatliche Regelungen ausgleichend eingreifen, um den Grundrechtsschutz zu sichern ... Gesetzliche Vorschriften, die sozialem und wirtschaftlichem Ungleichgewicht entgegenwirken, verwirklichen hier die objektiven Grundentscheidungen des Grundrechtsabschnitts und damit zugleich das grundgesetzliche Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1, Art. 28 Abs. 1 GG) ...

Der Verfassung läßt sich nicht unmittelbar entnehmen, wann Ungleichgewichtslagen so schwer wiegen, daß die Vertragsfreiheit durch zwingendes Gesetzesrecht begrenzt oder ergänzt werden muß. Auch lassen sich die Merkmale, an denen etwa erforderliche Schutzvorschriften ansetzen können, nur typisierend erfassen. Dem Gesetzgeber steht dabei ein besonders weiter Beurteilungs- und Gestaltungsraum zur Verfügung. Allerdings darf er offensichtlichen Fehlentwicklungen nicht tatenlos zusehen ...

(Leitsatz: 1. Art. 12 Abs. 1 GG kann gebieten, daß der Gesetzgeber im Zivilrecht Vorkehrungen zum Schutz der Berufsfreiheit gegen vertragliche Beschränkungen schafft, namentlich wenn es an einem annähernden Kräftegleichgewicht der Beteiligten fehlt.)⁶⁸⁰

Der Gesetzgeber hat 1953 nicht nur auf die Erkenntnis, daß im Außendienst umfangreich Scheinselbständigkeit herrscht, mit der Formulierung der Abgrenzung von Arbeitnehmern und Selbständigen in § 84 HGB reagiert, sondern er hat mit der Schaffung der besonderen Schutznormen der §§ 85ff. HGB außerdem auf den Umstand reagiert, daß selbst die nach § 84 HGB selbständigen Handelsvertreter den beauftragenden Unternehmern gegenüber derart unterlegen sind, daß sich der Grundsatz der Vertragsfreiheit zu ihrem Nachteil auswirkt (vgl. in Kapitel 7.1.).

Seit Mitte der achtziger Jahre nimmt die Zahl solcher betriebsextern tätiger (formal) Selbständiger, die keine Handelsvertreter sind, sich aber im Verhältnis zu ihrem Auftraggeber in einer vergleichbar unterlegenen Stellung befinden, zu (vgl. Kapitel 3.4.).

⁶⁸⁰ BVerfG, Beschluß v. 7.2.1990 - 1 BvR 26/84, BVerfGE 81, 242-263 (242, 254f.) = DB 1990, 574-577 (574f.). Ganz ähnlich Badura (1982), 33f.; Hesse (1988), 37f. Zustimmung Düwell (1998), 149f. Kritisch Junker (1997).

Aus der gesetzgeberischen Wertung, die den §§ 85ff. HGB zugrunde liegt, folgt, daß der Schutz der wirtschaftlich schwachen Selbständigen, bei denen sich der Grundsatz der Vertragsfreiheit zu ihrem Nachteil auswirkt, nicht allein über die Arbeitnehmerähnlichkeit stattfinden kann. Der Gesetzgeber hat es nicht dabei belassen, die Handelsvertreter einfach nur als arbeitnehmerähnliche Selbständige einzuordnen und dem allgemeinen Schutz Arbeitnehmerähnlicher zu unterstellen, sondern er hat mit den §§ 85ff. HGB darüber hinausgehende spezielle Schutznormen geschaffen.

Eine analoge Anwendung der für die Handelsvertreter geschaffenen speziellen Schutznormen auf die wie Handelsvertreter unterlegenen und schutzbedürftigen Selbständigen ist nur in wenigen Fällen möglich und schafft darum keine Verbesserung ihrer schwächeren Stellung (vgl. Kapitel 7.3.).

Daraus läßt sich der Schluß ziehen, daß der Gesetzgeber auch heute wieder verpflichtet ist, besondere Regelungen zum Schutz von derart unterlegenen Selbständigen zu schaffen, bei denen sich der Grundsatz der Vertragsfreiheit zu ihrem Nachteil auswirkt. Er muß damit seinem verfassungsrechtlichen Schutzauftrag nachkommen, den er nicht nur im Handelsvertreter-Recht, sondern auch in anderen Bereichen verwirklicht hat, in denen ein Ungleichgewicht herrscht. Genannt seien hier nur das Arbeitsrecht, der Käuferschutz - z.B. durch das Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen,⁶⁸¹ das Verbraucherkreditgesetz⁶⁸² und das Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften⁶⁸³ -, das soziale Mietrecht sowie der Schutz vor wirtschaftlicher Übermacht von Unternehmen durch das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen.⁶⁸⁴

⁶⁸¹ Vom 9.12.1976 (BGBl. I, S. 3317), zuletzt geändert durch Gesetz vom 17.12.1997 (BGBl. I, S. 3108).

⁶⁸² Vom 17.12.1990 (BGBl. I, S. 2840), zuletzt geändert durch Gesetz vom 20.12.1996 (BGBl. I, S. 2154).

⁶⁸³ Vom 16.1.1986 (BGBl. I, S. 122), zuletzt geändert durch Gesetz vom 20.12.1996 (BGBl. I, S. 2154).

⁶⁸⁴ In der Fassung der Bekanntmachung vom 20.2.1990 (BGBl. I, S. 235), zuletzt geändert durch Gesetz vom 26.1.1998 (BGBl. I, S. 156).

7.4.2. Praktische Schwierigkeiten

Dieser Ruf nach einem Einschreiten des Gesetzgebers als Konsequenz aus der Neuregelung der §§ 84ff. HGB ist nun allerdings aus verschiedenen Gründen unbefriedigend.

Auf der einen Seite stellt sich eine besondere Regelung des Schutzes unterlegener Selbständiger rechtstechnisch als schwierig dar. Betrachtet man die Formen und Probleme der Scheinselbständigkeit, so ist festzustellen, daß diese Formen und Probleme erhebliche Unterschiede aufweisen. Anders als der hinsichtlich seiner Aufgaben und Tätigkeiten recht homogene Außendienst (siehe dazu Kapitel 2.2.), haben Kurier- und Transportfahrer, Interviewer bei Meinungsforschungsinstituten, Beschäftigte im Bau- und Reinigungsgewerbe sowie Sargträger (vgl. Kapitel 3.3.1.) im Hinblick auf ihre Leistungserbringung kaum oder gar keine Gemeinsamkeiten. Spezielle Regelungen, die über die bereits bestehenden Vorschriften im Dienstvertrags-, Werkvertrags- und Auftrags- bzw. Geschäftsbesorgungsrecht hinausgehen, müßten immer noch sehr allgemein gehalten werden. So wäre es z.B. nicht möglich, den §§ 86 b - 87 c, 89 b HGB vergleichbare besondere Vergütungsschutznormen zu schaffen.

Entscheidend ist jedoch, daß für die Einführung derartiger Normen die Schwierigkeiten, die bislang eine Kodifizierung des Arbeitsrechts verhindert haben, wohl in gleichem Maße gelten. Trotz der seit über 100 Jahren bestehenden allgemeinen Einsicht in die Notwendigkeit eines zumindest kodifizierten Arbeitsrechts ist es nicht gelungen, eine derartige Kodifikation herzustellen.⁶⁸⁵ Die Schaffung eines besonderen Selbständigen-Schutzrechts vergleichbar den §§ 85ff. HGB wird darum politisch kurzfristig kaum durchsetzbar sein.⁶⁸⁶ Dies um so mehr, als seit Jahren in Politik und Wirtschaft eine „neue Kultur der Selbständigkeit“ gefordert wird, da „Eigeninitiative und Risikobereitschaft ersticken, wenn alle Pflichten und alle

⁶⁸⁵ Schon am 11.12.1896 nahm der Reichstag nach Verabschiedung des BGB eine Resolution an, nach der „Verträge, durch welche jemand sich verpflichtet, einen Theil seiner geistigen oder körperlichen Arbeitskraft für die häusliche Gemeinschaft, ein wirtschaftliches oder gewerbliches Unternehmen eines Anderen gegen einen vereinbarten Lohn zu verwenden, ... baldthunlichst durch eine Reichsgesetzgebung geregelt werden solle“ (Stenografische Berichte Bd. 147, S. 3822 iVm. S. 3846). Zuletzt regelte Art. 30 Abs. 1 Nr. 1 des Vertrages zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands - Einigungsvertrag - die Aufgabe des gesamtdeutschen Gesetzgebers, „das Arbeitsvertragsrecht ... bald einheitlich neu zu kodifizieren“. Dazu Steinmeyer/Jürging (1992), 777f. Siehe zu den entsprechenden Gesetzgebungsvorschlägen Kapitel 4.9., vgl. i.ü. Bodenbender/Griese (1996); Preis (1996), Schlochauer (1996); Viethen (1996). Zur Kodifikation des Arbeitsrechts in der DDR siehe Schwedes (1996).

⁶⁸⁶ Vgl. ähnlich Scherl (1995), 290.

Verantwortung sozialisiert werden“⁶⁸⁷ und wir „den Staat - mit unserem Mandat - jahrzehntelang unermüdlich an den Gitterstäben eines goldenen Käfigs haben bauen lassen. Darin büßen die Menschen in scheinbarem Wohlbefinden zunehmend ihre Freiheit ein und zugleich ihre Fähigkeit und Bereitschaft, die eigenen Kräfte zu mobilisieren ... Die Verstaatlichung vieler Lebensrisiken trennt aber Freiheit und Verantwortung, macht aus verantwortlichen Staatsbürgern bloße Staatskunden. Diese Trennung muß wieder überwunden werden. Es geht nicht um die Freiheit von, sondern um die Freiheit zur Verantwortung.“⁶⁸⁸ Auch international geht der Trend zu mehr Selbständigkeit.⁶⁸⁹

7.5. Ergebnis zu Kapitel 7.

Das Gesetz geht im - für die Scheinselbständigkeit prototypischen - Handelsvertreter-Recht von einer Vierteilung in Arbeitnehmer, Arbeitnehmerähnliche, unterlegene Selbständige und normale Selbständige aus. Bei den hier in erster Linie interessierenden unterlegenen Selbständigen handelt es sich um Selbständige, die aufgrund ihrer im Vergleich zum Auftraggeber wirtschaftlichen Schwäche besonders schützenswert sind, weil sich der Grundsatz der Vertragsfreiheit zu ihrem Nachteil auswirkt, ohne daß sie bereits wirtschaftlich von ihrem Auftraggeber abhängig und wie ein Arbeitnehmer sozial schutzbedürftig, d.h. Arbeitnehmerähnliche sind.

Für die unterlegenen Selbständigen in Form der nicht-arbeitnehmerähnlichen Handelsvertreter hat der Gesetzgeber mit den §§ 85ff. HGB besondere Schutznormen geschaffen. Daraus folgt, daß wirtschaftlich schwächere Selbständige nicht ohne weiters auf die Alternativen „Selbständiger ohne Schutz“ oder „Arbeitnehmerähnlicher Selbständiger mit Schutz durch die Anwendung einiger weniger Arbeitsrechtsnormen“ verwiesen werden können.

⁶⁸⁷ So der Vorsitzende des Gemeinschaftsausschusses der Deutschen Gewerblichen Wirtschaft und Präsident des Deutschen Industrie- und Handelstages, Stihl, zitiert nach FAZ vom 26.3.1998, S. 17 „Eigeninitiative nicht durch Sozialisierung aller Pflichten ersticken“. Zu den Einzelheiten der im März 1998 von 16 Spitzenverbänden der deutschen Wirtschaft verabschiedeten „Petersberger Erklärung für eine Kultur der Selbständiger“ Kaiser (1998). Auch der Präsident der Europäischen Kommission, Santer, fordert „eine neue Kultur unternehmerischen Handelns und der Selbständigkeit in Europa“, zitiert nach FAZ vom 20.4.1998, S. 15 „Santer fordert neue Kultur der Selbständigkeit“. Nach der Fraktion der SPD (1995), 2, „muß eine neue Existenzgründungswelle in allen Bereichen der gewerblichen Wirtschaft und der Dienstleistungen ausgelöst werden.“ Zur tatsächlichen Situation Linnenkohl (1999).

⁶⁸⁸ Bundespräsident Herzog, Ansprache auf der Jahresversammlung der Arbeitsgemeinschaft Selbständiger Unternehmer e.V. am 5.3.1997 „Freiheit und Verantwortung - Mehr Mut zur Selbständigkeit“, www.bundespraesident.de.

Für eine analoge Anwendung der §§ 85ff. HGB auf sonstige unterlegene Selbständige besteht zwar die erforderliche Gesetzeslücke, allerdings ist der Normzweck der §§ 85ff. HGB ganz überwiegend vertriebsspezifisch. Während die meisten Schutznormen des Handelsvertreter-Rechts darum allenfalls auf solche unterlegenen Selbständigen analog anwendbar sind, die Absatzmittlerfunktionen wahrnehmen, sind nur die §§ 85, 89 und 90 a HGB allgemein auf unterlegene Selbständige entsprechend anwendbar.

Die §§ 89 und 90 a HGB schaffen zwar - wie im Außendienst - eine Abmilderung der Abgrenzungsproblematik zwischen Arbeitnehmern und Selbständigen bzw. des Problems der Scheinselbständigkeit, da sie jedoch in ihrer Schutzintensität von dem entsprechenden Arbeitnehmer-Recht abweichen, ist im Einzelfall zu entscheiden, ob ein unterlegener Beschäftigter Arbeitnehmer oder Selbständiger ist. Allein im Rahmen des § 85 HGB kann diese Frage offenbleiben, da dieser im Ergebnis dem Schutz durch das NachwG entspricht.

Der Gesetzgeber ist zwar aufgrund seines verfassungsrechtlichen Schutzauftrags aus Art. 12 Abs. 1 GG verpflichtet, besondere Regelungen zum Schutz von solchen wirtschaftlich schwachen Selbständigen zu schaffen, die keine Handelsvertreter sind und bei denen sich der Grundsatz der Vertragsfreiheit zu ihrem Nachteil auswirkt. Die Schaffung eines über die bereits vorhandenen allgemeinen Vorschriften hinausgehenden besonderen Selbständigen-Schutzrechts ist jedoch nicht nur schwierig, sondern, wie die unterbleibende Kodifizierung des Arbeitsrechts zeigt, derzeit utopisch.

Da eine Abmilderung des Problems der Scheinselbständigkeit wie im Handelsvertreter-Recht durch einen besonderen Schutz unterlegener Selbständiger weder *de lege lata* stattfindet noch *de lege ferenda* stattfinden wird, bleibt nur die Lösung des Problems der Scheinselbständigkeit über den Arbeitnehmerbegriff.

⁶⁸⁹ Hopt (1998), 863.

8. Konsequenzen für die von Richardi und Hromadka vertretenen Meinungen

(Siehe zu Richardi - Offenheit des Arbeitnehmerbegriffs - Kapitel 4.7. und zu Hromadka - Abgestuftes Arbeitsrecht - zunächst Kapitel 4.8.).

An dieser Stelle ist zu untersuchen, welche Rückschlüsse sich aus den gesetzlichen Regelungen zum Außendienst für die zur Abgrenzung von Arbeitnehmern und Selbständigen von Richardi und Hromadka vertretenen Meinungen ergeben.

Sowohl Richardi als auch Hromadka stellen entscheidend auf den Sinn und Zweck einer arbeitsrechtlichen Norm, nicht aber auf den Arbeitnehmerbegriff als Voraussetzung der Anwendung einer arbeitsrechtlichen Norm ab. Ein Unterschied besteht nur insofern, als Richardi von der Teleologie der jeweiligen arbeitsrechtlichen Regelung her kommend den grundsätzlich offenen Arbeitnehmerbegriff im Einzelfall festlegen will, während Hromadka den Arbeitnehmerbegriff im Ergebnis für irrelevant hält und für die Anwendbarkeit einer Arbeitsrechtsnorm allein den Normzweck heranzieht.

8.1. Die Systematik der §§ 84ff. HGB

Das Gesetz nimmt in § 84 HGB zunächst eine ausdrückliche Abgrenzung des selbständigen Handelsvertreters vom Außendienstangestellten als Arbeitnehmer vor und bestimmt zu diesem Zweck den Begriff der Selbständigkeit. Auf der Grundlage dieser Abgrenzung regelt es dann für den Handelsvertreter eine Reihe von Schutznormen. Diese Vorgehensweise macht deutlich, daß das Gesetz in den §§ 84ff. HGB weder den Arbeitnehmerbegriff offenlassen noch eine am Normzweck orientierte Einzelfallanwendung von Schutznormen will. Vielmehr geht es von einer grundsätzlichen Einordnung des Außendienstmitarbeiters in einen abhängigen oder selbständigen Status aus, der - dieser vorgeschaltet - über die Anwendung von Abhängigen- (Arbeitnehmer-) oder Selbständigenrecht entscheidet.

Die Systematik der §§ 84ff. HGB widerspricht der Ansicht Richardis und Hromadkas.

8.2. Auswirkungen auf die Abgrenzungssicherheit und den Schutzcharakter des Arbeitsrechts

Sinn und Zweck dieser in den §§ 84ff. HGB geregelten Vorgehensweise war es, der Unsicherheit bei der Einordnung eines Außendienstmitarbeiters entgegenzuwirken (vgl. Kapitel 3.8.1. und 5.2.).

Eine solche Unsicherheit in der Einordnung eines Beschäftigten würde jedoch durch einen offenen oder gar irrelevanten Arbeitnehmerbegriff erheblich gefördert. Insofern greift Hromadka zu kurz, wenn er sagt, daß es „eine eher rechtstechnische Frage, wenn auch von nicht zu unterschätzender psychologischer Bedeutung“ sei, ob man von einem engen Arbeitnehmerbegriff ausgehe und arbeitsrechtliche Vorschriften auf ähnlich schützenswerte Gruppen entsprechend anwende oder von einem weiten Arbeitnehmerbegriff ausgehe und von Fall zu Fall nicht gemeinte Gruppen ausnehme, da doch immer der Normzweck entscheide. Praktisch alle Arbeitgeber wären mit der Aufgabe, vor der Anwendung jeder arbeits- und sozialrechtlichen Norm zu prüfen, ob diese ihrem Sinn und Zweck nach auf den einzelnen Beschäftigten anwendbar ist, überfordert.⁶⁹⁰ Ein offener oder irrelevanter Arbeitnehmerbegriff würde im schlimmsten Fall dazu führen, daß jeder einzelne Beschäftigte um die Anwendung jeder einzelnen arbeitsrechtlichen Norm streiten müßte. Wenn sich seine Arbeitnehmereigenschaft erst aus dem Sinn und Zweck einer arbeitsrechtlichen Norm ergibt (Richardi) oder die arbeitsrechtliche Norm überhaupt nur ihrem Sinn und Zweck nach angewandt wird (Hromadka), dann muß der Beschäftigte nicht nur den Sinn und Zweck einer jeden Norm erforschen, sondern auch zu seinem Auftrag-/Arbeitgeber gehen und für jede einzelne Norm geltend machen - und im Bestreitensfall beweisen! -, daß diese Norm ihrem Sinn und Zweck nach auf ihn anwendbar ist.

Es handelt sich hierbei zugegebenermaßen um die Schilderung einer Extremsituation. Aber selbst bei einem noch so partnerschaftlichen Umgang der Vertragsparteien und der ganz überwiegenden Klarheit bezüglich der Anwendbarkeit arbeitsrechtlicher und sozialer Schutznormen verblieben doch immer auch Zweifelsfragen. Und der Sinn von Schutznormen, insbesondere im Arbeitsrecht, ist gerade die Verhinderung der Möglichkeit eines Miß-

⁶⁹⁰ So zu Recht Worzalla (1996), 69.

brauchs und der Ausnutzung einer überlegenen Stellung. Schutznormen sollen gerade den denkbar schlechtesten Fall verhindern. Eine Offenheit oder Irrelevanz des Arbeitnehmerbegriffs würde einen Mißbrauch oder die Ausnutzung einer überlegenen Stellung zumindest ermöglichen. Die Ansicht Richardis und Hromadkas widerspricht darum dem Schutzcharakter des Arbeitsrechts.

8.3. Auswirkungen auf die Scheinselbständigkeit

Des weiteren wollte der Gesetzgeber mit § 84 HGB der Unsicherheit bei der Einordnung eines Außendienstmitarbeiters nicht um ihrer selbst willen entgegenwirken, sondern mit der positiven Regelung der Abgrenzung von selbständiger und abhängiger Arbeit gerade die scheinselbständige Beschäftigung bekämpfen (vgl. Kapitel 3.8.1.).

Das nach Ansicht Richardis und Hromadkas in jedem Anwendungseinzelfall vorzunehmende Abstellen auf den Normzweck würde die Scheinselbständigkeit hingegen nicht bekämpfen, sondern fördern. Die Scheinselbständigkeit beruht u.a. auf der Schwierigkeit der Abgrenzung von Arbeitnehmern und Selbständigen und der Ausnutzung der wirtschaftlich schwachen Situation vieler Personen vor dem Hintergrund hoher Arbeitslosigkeit. Würde man dem einzelnen nun die Chance nehmen, jedenfalls grundsätzlich durch die Einordnung als Arbeitnehmer automatisch an dem mit diesem Status verbundenen umfangreichem Schutz teilzunehmen, und ihn darauf verweisen, die Anwendung jeder einzelnen Schutznorm entsprechend ihrem Sinn und Zweck einzufordern, so würde die Gefahr der Scheinselbständigkeit wachsen.

8.4. Anwendungsbeispiel

Welche Schwierigkeiten sich u.a. aus der Ansicht Hromadkas ergeben, soll die kurze Betrachtung eines der Anwendungsbeispiele Hromadkas zeigen.

Soweit Hromadka gerade bei der Heranziehung des Arbeitgebers zu Leistungen der Daseinsvorsorge z.B. besonders sorgfältig prüfen will, ob dem speziellen Arbeitbertypus -

„Jungunternehmer“, Kleinunternehmer, Hausfrau/mann - diese Last auferlegt werden könne - wobei auch zu bedenken sei, daß die Gleichung „Selbständiger = zur eigenen Daseinsvorsorge fähig“ und „Arbeitnehmer = dazu unfähig“ in dieser Allgemeinheit heute nicht mehr zutrefte -, kann dem nicht gefolgt werden. Schon von Hromadkas eigenem Ansatz aus, wonach die Funktionsfähigkeit des Unternehmers nach innen und seine Wettbewerbsfähigkeit nach außen nicht über Gebühr beeinträchtigt werden dürften und Arbeitnehmer, die mit einem Unternehmen in der Gründungsphase oder einem Kleinunternehmen zusammenarbeiteten, nicht dieselben Leistungen erwarten könnten wie in einem gutgehenden „Multi“, kann es nicht auf den Arbeitgebertypus, sondern nur auf die Leistungsfähigkeit des Unternehmers ankommen. Es gibt zweifelsohne den zur Daseinsvorsorge seiner Mitarbeiter fähigen Jung- oder Kleinunternehmer oder die leistungsfähige Hausfrau / den leistungsfähigen Hausmann und das nicht zur Daseinsvorsorge seiner Mitarbeiter fähige Großunternehmen. Die von Hromadka für den Bereich der Daseinsvorsorge beispielhaft genannte „Abstufung des Arbeitsrechts“ anhand des Arbeitgebertypus ist somit unzutreffend, weil der Zweck von Normen zum Schutz der Daseinsvorsorge von keiner Seite betrachtet mit dem Arbeitgebertypus im Zusammenhang steht: Stellt man allein auf den Normzweck des Daseinsschutzes von abhängig Beschäftigten ab, ist dies offensichtlich. Bezieht man mit Hromadka auch den Schutz des Arbeitgebers vor einer zu großen Beeinträchtigung seiner Funktions- und Wettbewerbsfähigkeit ein, so ist auch dieser zu berücksichtigende Zweck gänzlich unabhängig vom Typus des Arbeitgebers, da er nur von dessen Leistungsfähigkeit im Einzelfall, nicht aber vom Typus abhängt.

Wenn man den Arbeitgebertypus Kleinunternehmen, von welcher „kleinen“ Größe auch immer, generell von der Zahlung der Sozialabgaben ausnimmt, käme es zudem - im Gegensatz z.B. zu den Unterschieden im Kündigungsschutz oder der Betriebsverfassung - aufgrund der Höhe und Erheblichkeit der Sozialabgaben zu deutlichen Wettbewerbsverzerrungen. Ganz abgesehen von der Frage der anderweitigen Finanzierung der Daseinsvorsorge, die man den bei besonderen Arbeitgebertypen beschäftigten Arbeitnehmern nicht vorenthalten kann, sind doch z.B. 8 Mio. Arbeitnehmer in Unternehmen und Betrieben mit weniger als zehn Arbeitnehmern beschäftigt.⁶⁹¹

⁶⁹¹ Vgl. Buschmann (1996), 286, im Zusammenhang mit § 23 Abs. 1 S. 2 KSchG.

8.5. Ergebnis zu Kapitel 8.

Das Abgrenzungsmodell von Richardi und Hromadka widerspricht in seinen Grundsätzen der Systematik der §§ 84ff. HGB, in seinen praktischen Auswirkungen dem Schutzcharakter des Arbeitsrechts und kann die Gefahr Scheinselbständigkeit nicht verringern.

9. Konsequenzen für die von Lieb vertretene Meinung

(Siehe zu Lieb - Schutzbedürftigkeit - zunächst Kapitel 4.6.).

Lieb geht für die Abgrenzung des Selbständigen vom Arbeitnehmer von der Fremdnützigkeit der Tätigkeit eines Arbeitnehmers aus und will im Ergebnis danach unterscheiden, ob ein zur Schutzbedürftigkeit führender Dauerverzicht auf die Möglichkeit eigener (unternehmerischer) Teilnahme am Marktgeschehen vorliegt oder ob eine vertragliche Dienstleistungsverpflichtung für anderweitigen unternehmerischen Einsatz der Arbeitskraft Spielraum läßt.

9.1. Die Fremdnützigkeit der Arbeitsleistung

Soweit Lieb für die Abgrenzung des Selbständigen vom Arbeitnehmer von der Fremdnützigkeit der Tätigkeit ausgeht und darunter versteht, daß die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers im Gegensatz zu derjenigen des Selbständigen ihre Bedeutung und Funktion vor allem durch die Ausrichtung auf einen weiterführenden, durch den Arbeitgeber bzw. Unternehmer bestimmten Zweck erhalte, ist ein Unterschied zur selbständigen Tätigkeit des Handelsvertreters nicht zu erkennen. Wenn § 84 Abs. 1 S. 1 HGB ausdrücklich bestimmt, daß „Handelsvertreter ist, wer als selbständiger Gewerbetreibender ständig damit betraut ist, für einen anderen Unternehmer ... Geschäfte zu vermitteln ...“, so liegt bereits in dem „für“ ein fremdnütziges Element der Tätigkeit des Handelsvertreters. Auch ist seine Tätigkeit ganz und gar auf den durch den beauftragenden Unternehmer bestimmten Vertriebszweck ausgerichtet. Der Handelsvertreter ist allein Absatzmittler der Waren des Unternehmers, er steht - insbesondere rechtlich - untergeordnet zwischen Kunde und Unternehmer, da er nicht einmal neutrale Instanz wie der Makler, sondern praktisch nur Sprachrohr und Empfänger des Unternehmers ist. Eben diese Unterordnung mit ihrer daraus folgenden Schwäche erkannte der Gesetzgeber und reagierte (vgl. Kapitel 3.8.1.) - allerdings nicht, indem er den Handelsvertreter dem Arbeitnehmerrecht unterstellte, sondern es bei dessen Selbständigkeit beließ, die er lediglich mit den Schutznormen der §§ 85ff. HGB ausstattete (siehe im einzelnen Kapitel 7.3.).

Entscheidend für die mangelnde Eignung der Fremdnützigkeit als Abgrenzungsmerkmal ist jedoch, daß die gesetzliche Konzeption des Außendienstes für ein und dieselbe Tätigkeit sowohl die Rechtsform des selbständigen Handelsvertreters als auch des Außendienstangestellten vorsieht (siehe Kapitel 5.1.). Wenn eine identische Arbeitsleistung (hier: die Vermittlung von Geschäften) mit einem identischen weiterführenden, vom Unternehmer bestimmten Zweck (hier: die Vermittlung von Geschäften für den Unternehmer mit dem weiterführenden, vom Unternehmer bestimmten Zweck des Absatzes seiner Waren) nach dem Gesetz gleichermaßen von Selbständigen und Arbeitnehmern erbracht werden kann, so kann sich die Arbeitnehmereigenschaft von der Selbständigkeit nicht im Zweck der ausgeübten Tätigkeit unterscheiden.

9.2. Die Möglichkeit eigener Teilnahme am Marktgeschehen

Doch nicht allein die Fremdnützigkeit der Arbeitsleistung als Ausgangspunkt der Argumentation Liebs widerspricht der gesetzlichen Konzeption für den Außendienst, sondern auch soweit Lieb für die Grenzfälle zwischen Arbeits- und Dienstvertragsrecht im Ergebnis danach unterscheiden will, ob ein zur Schutzbedürftigkeit führender Dauerverzicht auf die Möglichkeit eigener (unternehmerischer) Teilnahme am Marktgeschehen vorliege oder ob eine vertragliche Dienstleistungsverpflichtung für anderweitigen unternehmerischen Einsatz der Arbeitskraft Spielraum lasse, ist die Ansicht Liebs mit dem Gesetz unvereinbar. Dies betrifft sowohl das Außendienst-Recht als auch allgemeine Bestimmungen des Arbeits- und Sozialrechts.

9.2.1. Außendienst-Recht

Der Dauerverzicht auf die Möglichkeit eigener (unternehmerischer) Teilnahme am Marktgeschehen liegt bei einem Außendienstmitarbeiter vor, der vertraglich nicht für weitere Unternehmer tätig werden darf oder dem dies nach Art und Umfang der von ihm verlangten Tätigkeit nicht möglich ist. Nach Lieb müßte es sich bei diesem Außendienstmitarbeiter zwangsläufig um einen Arbeitnehmer handeln. Das Gesetz sieht jedoch für eben diesen Au-

ßendienstmitarbeitertyp - neben der immer bestehenden Beschäftigungsmöglichkeit als Arbeitnehmer - in § 92 a Abs. 1 S. 1 HGB die Form des Handelsvertreters in Form des Einfir-
menvertreters vor, der zwar als arbeitnehmerähnlicher Handelsvertreter besonders schutzbe-
dürftig, aber eben Selbständiger ist.

9.2.2. Arbeitsrecht

Folgte man der Meinung Liebs, denjenigen als Selbständigen anzusehen, der seine Arbeits-
kraft nicht voll in den Dienst eines anderen stellt und darum mit mehreren Auftraggebern
gleichzeitig kontrahieren kann, müßten sämtliche Beschäftigten, die weniger als durch-
schnittlich 48 Stunden in der Woche arbeiten, Selbständige sein. Denn „voll“ stellt nur der-
jenige seine Arbeitskraft einem anderen zur Verfügung, der eben diese nach § 3 ArbZG ge-
setzlich zulässige Höchstarbeitszeit ausschöpft. Anders ausgedrückt: Alle Erwerbstätigen,
die weniger als im Durchschnitt 48 Wochenstunden für einen Auftraggeber arbeiten, können
nach dem ArbZG mit mehreren Auftraggebern kontrahieren und müssen damit nach Lieb
Selbständige sein.

Diese Folge verstößt nun nicht nur gegen den Sinn und Zweck des ArbZG, das keine Min-
destarbeitszeiten (zumal nicht als Voraussetzung der Arbeitnehmereigenschaft), sondern
arbeitsschutzrechtliche Obergrenzen der Arbeitszeit für Arbeitnehmer festlegt (vgl. § 1 Nr. 1
ArbZG),⁶⁹² sondern auch gegen die Regelung des § 2 Abs. 1 2. HS ArbZG, wonach Arbeits-
zeiten bei mehreren Arbeitgebern zusammenzurechnen sind. Damit sieht das ArbZG aus-
drücklich vor, daß ein Erwerbstätiger seine Arbeitskraft mehreren Auftraggebern zur Verfü-
gung stellt und dennoch Arbeitnehmer bleibt.

Daß die Arbeitnehmereigenschaft nicht endet, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeitskraft
nicht voll einem anderen zur Verfügung stellt, ergibt sich auch aus dem Gesetz über arbeits-
rechtliche Vorschriften zur Beschäftigungsförderung (BeschFG)⁶⁹³. Nach § 2 Abs. 2 S. 1
BeschFG sind Beschäftigte, deren regelmäßige Wochenarbeitszeit kürzer ist als die regel-
mäßige Wochenarbeitszeit vergleichbarer vollzeitbeschäftigter Arbeitnehmer des Betriebs
(und die darum auch noch mit anderen Auftraggebern kontrahieren können) - teilzeitbe-

⁶⁹² Vgl. Neumann/Biebl (1995), § 1 Rn. 2f.; Oppolzer (1994), 41f.; Zmarzlik/Anzinger (1995), § 1 Rn. 1-6.

schäftigte - Arbeitnehmer, nicht jedoch, wie es unter Zugrundelegung der Ansicht Liebs der Fall sein müßte, Selbständige.

Nach dem geltenden Arbeitsrecht kann auch nicht schon dann wie von Lieb gefordert eine Selbständigkeit bestehen, wenn eine vollständige Zurverfügungstellung der Arbeitskraft vorliegt, diese aber bewußt zeitlich beschränkt ist und damit die Möglichkeit eröffnet, die eigene Arbeitskraft nacheinander mehreren Auftraggebern zur Verfügung zu stellen. § 1 BeschFG sieht ausdrücklich die Zulässigkeit der Befristung eines Arbeitsverhältnisses vor, d.h. es bleibt nach dem BeschFG trotz der bewußt zeitlichen Beschränkung der vollständigen Zurverfügungstellung der Arbeitskraft bei der Arbeitnehmereigenschaft des Betroffenen.

9.2.3. Sozialrecht

Auch aus § 8 SGB IV als allgemeiner Vorschrift für das gesamte Sozialrecht folgt, und zwar gleich in mehrfacher Hinsicht, daß das Vorliegen einer abhängigen oder selbständigen Tätigkeit nicht von dem Umfang der Zurverfügungstellung und damit der - anderweitigen - Verwertbarkeit der Arbeitskraft abhängen kann.

Nach § 8 Abs. 1 SGB IV liegt bei einer regelmäßigen Tätigkeit von weniger als 15 Stunden in der Woche bzw. der Begrenzung der Tätigkeit innerhalb eines Jahres seit ihrem Beginn auf längstens zwei Monate oder fünfzig Arbeitstage eine geringfügige Beschäftigung vor. Die Beschäftigung als abhängige Tätigkeit im sozialversicherungsrechtlichen Sinne (dazu Kapitel 3.5.2.1.) erlischt also nicht, wenn der Beschäftigte seine Arbeitskraft nicht voll einem anderen zur Verfügung stellt, sie wird nur zu einer geringfügigen.

Noch deutlicher ist jedoch die Regelung in § 8 Abs. 3 SGB IV, nach der Abs. 1 entsprechend gilt, soweit anstelle einer Beschäftigung eine selbständige Tätigkeit ausgeübt wird. Wenn ein und dieselbe geringfügige Tätigkeit, die eine gleichzeitig oder nacheinander stattfindende anderweitige Verwertung der Arbeitskraft zuläßt, nach § 8 Abs. 1 und Abs. 2 SGB IV sowohl als geringfügige abhängige als auch als geringfügige selbständige Tätigkeit ausgeübt werden kann, so widerspricht das Abstellen auf den Umfang der Tätigkeit und die

⁶⁹³ Vom 26.4.1985 (BGBl. I, S. 710), geändert durch Gesetz vom 25.9.1996 (BGBl. I, S. 1476).

Möglichkeit der Zurverfügungstellung der Arbeitskraft gegenüber Dritten für die Unterscheidung von abhängiger und selbständiger Tätigkeit der Regelung in § 8 SGB IV.

9.3. Ergebnis zu Kapitel 9.

Die Ansicht Liebs ist weder mit der gesetzlichen Regelung für den Außendienst noch mit allgemeinen Bestimmungen des Arbeits- und Sozialrechts in Übereinstimmung zu bringen.⁶⁹⁴

⁶⁹⁴ Kritisch zu Lieb auch Häusele (1989), 112f.; Kappus (1986 B), 102f.; Richardi/Wlotzke (1992) - Richardi, 324f.; Rommé (1997), 283f.

10. Konsequenzen für die von Wank vertretene Meinung

(Siehe zu Wank - Unternehmerrisiko und -chancen - zunächst Kapitel 4.5., 5.4. und 6.3.).

Das Abgrenzungsmodell von Wank basiert auf der wirtschaftlichen Schutzbedürftigkeit bzw. Abhängigkeit des Arbeitnehmers. Diese soll als teleologisches Merkmal des Arbeitnehmerrechts grundsätzlich über die Arbeitnehmereigenschaft entscheiden.

Aus der wirtschaftlichen Abhängigkeit des Arbeitnehmers hat Wank dann typische Arbeitnehmermerkmale abgeleitet, deren Indizwirkung er zur Verhinderung von Scheinselbständigkeit jedoch durch andere Kriterien wieder einschränkt.

Im folgenden sollen zunächst die von Wank für das Vorliegen von Arbeitnehmereigenschaft bzw. Selbständigkeit genannten Kriterien einer kritischen Würdigung unterzogen werden. Es wird dann die Vorgehensweise Wanks bei der Abgrenzung im Einzelfall näher betrachtet.

10.1. Die wirtschaftliche Abhängigkeit

Die wirtschaftliche Schutzbedürftigkeit bzw. Abhängigkeit des Arbeitnehmers als teleologisches Merkmal des Arbeitnehmerrechts stellt die Grundlage des Abgrenzungsmodells von Wank dar.

10.1.1. Das geltende Recht

Zunächst ist Wank zuzustimmen, soweit er in der wirtschaftlichen Schutzbedürftigkeit, die mit der wirtschaftlichen Abhängigkeit gleichzustellen und zu umschreiben ist, den Grund für die Schaffung des Schutzes durch die Sozialversicherungen und das Arbeitsrecht sieht.⁶⁹⁵ Sowohl das Sozialversicherungs- als auch das Arbeitsrecht sollen Erwerbstätigen

⁶⁹⁵ Vgl. Hilger (1989), 5.

zugute kommen, die nicht „für eigene Rechnung“ am Wirtschaftsmarkt tätig sind und die deshalb keine Vorsorge für die Wechselfälle des Lebens treffen können. Leitbild des historischen Gesetzgebers im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht war insoweit der typischerweise schutzbedürftige Fabrikarbeiter, der aus seinem Einkommen allenfalls den laufenden Lebensunterhalt zu bestreiten vermochte.⁶⁹⁶

Nicht gefolgt werden kann Wank allerdings in dem Schluß, den er aus der wirtschaftlichen Abhängigkeit als Sinn und Zweck der Sozialversicherungen und des Arbeitsrechts zieht, nämlich die wirtschaftliche Abhängigkeit bzw. Schutzbedürftigkeit über die Abgrenzung von Arbeitnehmern und Selbständigen entscheiden zu lassen. Vielmehr haben sowohl das Sozialversicherungsrecht wie das Arbeitsrecht praktisch von Anfang an den Arbeitnehmer über die „persönliche Abhängigkeit“ und die Weisungsgebundenheit definiert. Dies gilt nicht nur für die Rechtsprechung,⁶⁹⁷ sondern auch für die Gesetzgebung, wie ein Blick z.B. in die §§ 121 GewO und 29 Abs. 1 S. 1 Seemannsgesetz⁶⁹⁸ zeigt, in denen die Verpflichtung der Gesellen, Gehilfen und Besatzungsmitglieder bestimmt ist, den Anordnungen der Arbeitgeber in Beziehung auf die ihnen übertragenen Arbeiten Folge zu leisten.

Gleichzeitig hat der Gesetzgeber eine ganze Reihe von Schutznormen für wirtschaftlich Abhängige bzw. Schutzbedürftige geschaffen, ohne sie als Arbeitnehmer einzuordnen oder zu diesen zu machen. Besonders deutlich wird dies an der Gruppe der arbeitnehmerähnlichen Personen, die sich gerade über ihre wirtschaftliche Abhängigkeit und soziale Schutzbedürftigkeit definieren (so ausdrücklich § 12 a Abs. 1 Nr. 1 TVG), aber dennoch Selbständige sind.⁶⁹⁹ Im Außendienst-Recht fällt unter diese Gruppe wirtschaftlich abhängiger Selbständiger z.B. der Einfirmenvertreter als besondere Form des arbeitnehmerähnlichen Handelsvertreter. Aber auch der nicht-arbeitnehmerähnliche Handelsvertreter ist gerade aufgrund seiner im Vergleich zum Auftraggeber wirtschaftlichen Schwäche und Schutzbedürftigkeit, die zu Nachteilen bei der Vertragsgestaltung führt oder führen kann, durch die §§ 85ff. HGB geschützt worden, ohne seinen Status der Selbständigkeit zu verlieren; wie in Kapitel 7. gezeigt, stellt er einen zwar wirtschaftlich unterlegenen und darum schutzbedürftigen, aber de

⁶⁹⁶ Hromadka (1997), 575; ders. (1998), 196; Hümmerich (1998), 2625f.

⁶⁹⁷ Ausführlich aufgezeigt bei Griebeling (1998 A), 1139f.; Hromadka (1997), 572-575, Reinecke (1998 A), 586f.

⁶⁹⁸ Vom 26.7.1957 (BGBl. II, S. 713), zuletzt geändert durch Gesetz vom 21.9.1997 (BGBl. I, S. 2390).

⁶⁹⁹ So zu Recht Boemke (1998), 299; Buchner (1998), 1145-1147; Fangmann (1994), 206; Hanau (1997), 7f.; ders./Strick (1998), 188; Hromadka (1997), 575f.; ders. (1998), 196; Kilian/Borsum/Hoffmeister (1986), 95; Otto (1997), 39f.; Reinecke (1998 A), 585f.; Worzalla (1996), 59. Vgl. auch Mohr (1994), 87.

lege lata doch Selbständigen dar.

Schließlich bestehen auch die Sozialversicherungen als Zwangsversicherungen generell für bestimmte Personengruppen, die der Gesetzgeber für schutzbedürftig hält, unabhängig davon, ob die Personen im Einzelfall tatsächlich wirtschaftlich schutzbedürftig und zur Eigenvorsorge nicht in der Lage sind (siehe dazu Kapitel 4.2.).⁷⁰⁰

Das geltende Recht berücksichtigt also die wirtschaftliche Abhängigkeit und Schutzbedürftigkeit eines Erwerbstätigen, allerdings nicht durch dessen Einordnung als Arbeitnehmer, sondern durch die Schaffung einer Reihe unterschiedlicher Schutznormen und -institutionen. Über die Arbeitnehmereigenschaft entscheidet die persönliche, nicht die wirtschaftliche Abhängigkeit; diese ist lediglich in der Regel durch die persönliche Abhängigkeit indiziert.

10.1.2. Die Gesetzgebungsvorschläge

Daß zum einen nach dem Abgrenzungsmodell Wanks die Arbeitnehmerähnlichen unter die Arbeitnehmer fallen und dies zum anderen gegen das geltende Recht verstößt, zeigen schließlich auch ganz deutlich die Gesetzgebungsvorschläge, die auf dem Modell Wanks beruhen (dazu Kapitel 4.9.).

Am deutlichsten wird der Wegfall der arbeitnehmerähnlichen Personen an dem Entwurf eines Gesetzes zur Bereinigung des Arbeitsrechts des Landes Brandenburg.⁷⁰¹ Mit diesem werden nicht nur durch Zugrundelegung des Abgrenzungsmodells von Wank bei der Bestimmung des Arbeitnehmerbegriffs in § 1 Abs. 1 und 2 Arbeitsvertragsgesetz die arbeitnehmerähnlichen gewollt⁷⁰² vom Arbeitnehmerbegriff erfaßt, sondern konsequent stellt auch § 1 Abs. 4 S. 1 Arbeitsvertragsgesetz für die spezielle Gruppe der Arbeitnehmerähnlichen in Form der Heimarbeiter klar: „Die in Heimarbeit Beschäftigten sind Arbeitnehmer.“

Und daß die von Wank entwickelte Abgrenzung nach der wirtschaftlichen Abhängigkeit nur de lege ferenda möglich ist, zeigt schon die Existenz der auf dem Modell Wanks beruhenden

⁷⁰⁰ v. Hoyningen-Huene (1987), 1733;

⁷⁰¹ Land Brandenburg (1996).

⁷⁰² Trimbach/Kutterer (1998), 59.

Gesetzgebungsvorschläge sowie deren Begründungen, in denen durchweg von einer „Neuregelung“ des Arbeitnehmerbegriffs die Rede ist.⁷⁰³ Entspräche der Arbeitnehmerbegriff Wanks dem geltenden Recht, wäre eine derartige gesetzliche Neuregelung nicht erforderlich.

10.1.3. Ergebnis zu Kapitel 10.1.

Die wirtschaftliche Abhängigkeit bzw. Schutzbedürftigkeit ist also zwar charakteristisches Merkmal der abhängigen Arbeit und Grund für das Arbeitsrecht und die Sozialversicherungen, sie kann aber nach dem geltenden Recht auch beim Selbständigen vorliegen. Richtig ist dementsprechend zwar, „daß die Arbeitnehmer typischerweise wirtschaftlich abhängig und deshalb sozial schutzbedürftig sind ... Aber diesen Satz darf man nicht umdrehen: Der wirtschaftlich Abhängige ist nicht schon deshalb typischerweise Arbeitnehmer.“⁷⁰⁴

10.2. Die typischen Arbeitnehmermerkmale

Aus der wirtschaftlichen Abhängigkeit des Arbeitnehmers hat Wank typische Arbeitnehmermerkmale abgeleitet.

10.2.1. Die einzelnen Merkmale

Im einzelnen zählt Wank die folgenden Merkmale als typisch für eine Arbeitnehmereigenschaft auf:

Die auf Dauer angelegte
Arbeit nur für einen Auftraggeber,
in eigener Person, ohne Mitarbeiter,
im wesentlichen ohne eigenes Kapital und

⁷⁰³ Land Brandenburg (1996), 142; Länder Hessen und Nordrhein-Westfalen (1996), 9; SPD-Fraktion (1996), 1 und 6. Der Arbeitskreis Deutsche Rechtseinheit im Arbeitsrecht (1992), D 86, führt aus, daß sich seine Definition gegen die h.M. richte. Zum Entwurf Brandenburgs als „Neuregelung“ vgl. Trimbach/Kutterer (1998), 59.

⁷⁰⁴ Hilger (1989), 5/6.

im wesentlichen ohne eigene Organisation.

Bereits aus der Bezeichnung als „typische“ Merkmale folgt, daß es sich bei diesen Merkmalen - auch nach Wank - nicht um Kriterien handelt, die im Einzelfall vorliegen müssen, damit ein Erwerbstätiger Arbeitnehmer ist. Dies ist konsequent, denn keines der Merkmale ist für sich allein geeignet, eine Arbeitnehmereigenschaft zu begründen:

Aus der Möglichkeit der Befristung eines Arbeitsverhältnisses (vgl. § 1 BeschFG) folgt, daß ein Arbeitsverhältnis auch dann vorliegen kann, wenn es nicht auf Dauer angelegt ist (vgl. auch Kapitel 9.2.2.).

Aus der grundsätzlichen Zulässigkeit von Nebentätigkeiten eines Arbeitnehmers (vgl. insbesondere § 2 Abs. 1 2. HS ArbZG, wonach Arbeitszeiten bei mehreren Arbeitgebern zusammenzurechnen sind),⁷⁰⁵ folgt, daß ein Arbeitsverhältnis auch dann vorliegen kann, wenn der Erwerbstätige für mehrere Dienstherren arbeitet (vgl. auch Kapitel 9.2.2.). Im übrigen ist es auch eine nachvollziehbare unternehmerische Entscheidung, nur für einen Auftraggeber tätig zu werden, wie die Belieferung nur eines Kunden z.B. in der Automobilzulieferindustrie zeigt.⁷⁰⁶

Aus § 613 S. 1 BGB, der (nur) vorschreibt, daß die Arbeitsleistung „im Zweifel“ in Person zu leisten ist, folgt, daß sich ein Arbeitnehmer zur Erfüllung seiner Arbeitsleistung eines oder mehrerer Gehilfen bedienen kann, die er im eigenen Namen als seine Arbeitnehmer einstellt (sog. Gehilfenverhältnis),⁷⁰⁷ ohne seine Arbeitnehmereigenschaft zu verlieren. Auf der anderen Seite existieren eine Vielzahl von Ein-Personen-Unternehmen, die nicht nur gesellschaftsrechtlich ohne weiteres möglich sind, sondern häufig auch erst die Startphase eines Unternehmens ausmachen, bevor der Unternehmensgründer Arbeitnehmer einstellen kann.⁷⁰⁸

Die Merkmale „im wesentlichen ohne eigenes Kapital“ und „im wesentlichen ohne eigene Organisation“ tragen ihre Relativität mit dem Abstellen auf ein Vorliegen „im wesentlichen“

⁷⁰⁵ Zur Zulässigkeit von Nebentätigkeiten eines Arbeitnehmers vgl. Grunewald (1994), Hanel (1986); ders. (1994); Hunold (1995).

⁷⁰⁶ So zutreffend Brand (1997), 556; Worzalla (1995), 49; ders. (1996), 67. Vgl. auch Mohr (1994), 88/89.

⁷⁰⁷ Dazu näher Staudinger (1993) - Richardi, Vorbem. zu §§ 611ff., Rn. 528; Schaub (1996), 1527f.

⁷⁰⁸ Vgl. insoweit zutreffend Brand (1997), 556; Worzalla (1995), 48f.; ders. (1996), 67.

schon in sich. Im übrigen trifft es zwar vielfach, aber eben auch nicht immer zu, daß ein Arbeitgeber Eigenkapital besitzt, ein Arbeitnehmer hingegen nicht. Es gibt durchaus vermögende Arbeitnehmer und Unternehmer, die nicht außer Fremdkapital einsetzen und nichts außer Schulden haben.⁷⁰⁹

Hieran zeigt sich im übrigen, daß auch Wank, wie dies Rechtsprechung und herrschende Literatur tun, nur Indizien bietet, die im Einzelfall bei der Abgrenzung von Arbeitnehmer und Selbständigem einer Gesamtbetrachtung und -abwägung bedürfen (dazu näher in Kapitel 10.6.).

10.2.2. Vergleich mit Rechtsprechung und herrschender Literatur

Der Vergleich der von Wank entwickelten typischen Arbeitnehmermerkmale mit den von der Rechtsprechung und dem herrschenden Schrifttum herangezogenen Merkmalen zeigt, daß auch die Rechtsprechung und herrschende Literatur diese Merkmale insbesondere im Außendienst, also bei der Abgrenzung des Außendienstangestellten vom Handelsvertreter, anwendet und ihnen dabei ein erhebliches Gewicht beimißt:

Die Arbeit für nur einen Auftraggeber spielt im Rahmen der allgemeinen Abgrenzung des Arbeitnehmers vom Selbständigen eine gewisse Rolle, als dort in einer „hauptberuflichen“ Tätigkeit ein Indiz für eine Arbeitnehmereigenschaft gesehen wird (siehe Kapitel 4.1.3.). Im Rahmen der Abgrenzung des Außendienstangestellten vom Handelsvertreter wird die Tätigkeit eines Außendienstmitarbeiters für einen oder mehrere Unternehmer hingegen als ein ganz entscheidendes Kriterium angesehen (siehe Kapitel 5.3.6.).

Die Tätigkeit in eigener Person, d.h. ohne Mitarbeiter, wird als wichtiges Indiz für das Fehlen eines eigenen Unternehmens bzw. einer eigenen Unternehmensorganisation herangezogen, welches seinerseits ein besonders schwerwiegendes Merkmal für die Arbeitnehmereigenschaft des Außendienstmitarbeiters darstellt (siehe Kapitel 5.3.4.).⁷¹⁰

⁷⁰⁹ So zu Recht LAG Düsseldorf, Urteil v. 4.9.1996 - 12 (6) (5) Sa 909/96, LAGE § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 33, S. 4.

⁷¹⁰ Für das Vorliegen einer Unternehmensorganisation als Indiz für die Selbständigkeit erkennt Wank die weitgehende Übereinstimmung zwischen Rechtsprechung und herrschender Literatur und seinem Ansatz ausdrücklich an, Wank (1997 B), 99.

Die Arbeit im wesentlichen ohne den Einsatz eigenen Kapitals ist ein wichtiges Indiz für das Fehlen eines die Selbständigkeit des Handelsvertreters auszeichnenden unternehmerischen Risikos (siehe Kapitel 5.3.5.).

Die Tätigkeit im wesentlichen ohne eigene Organisation spricht unmittelbar gegen die Selbständigkeit des Außendienstmitarbeiters (siehe Kapitel 5.3.4.).

10.2.3. Konsequenzen

Zunächst wird eine erhebliche Schwäche der von Wank aufgeführten typischen Arbeitnehmermerkmale deutlich. Keines der Kriterien Wanks kann bei seinem Nichtvorliegen nach geltendem Recht eine Arbeitnehmereigenschaft ausschließen. Die Vielgestaltigkeit des Arbeitslebens ist mit den wenigen Arbeitnehmermerkmalen Wanks nicht annähernd zu erfassen. So ist durchaus denkbar, daß ein Erwerbstätiger

nur befristet,
für mehrere Dienstherrn,
mit eigenen Arbeitnehmern (Gehilfen) und darum einer eigenen, nicht unwesentlichen Organisation
und unter eigenem, nicht unwesentlichen Kapitaleinsatz

tätig und dennoch Arbeitnehmer ist. Vorstellbar ist dies z.B. für einen aufgrund eines befristeten Vertrags tätigen Außendienstmitarbeiter, der nach genauen Vorgaben und unter ständiger Anleitung seines Arbeitgebers nicht nur Waren für diesen absetzt, sondern die Waren auch mittels fünf im eigenen Namen eingestellter sog. Regaleinräumer verteilt (nicht unwesentliche eigene Organisation), wofür er diesen von ihm angeschaffte Dienstfahrzeuge (nicht unwesentlicher eigener Kapitaleinsatz) zur Verfügung stellt.⁷¹¹ Und als Nebentätigkeit arbeitet der Außendienstmitarbeiter - in jeder Hinsicht erlaubt - auch noch abends in einer Kneipe.

Keines der von Wank angeführten typischen Arbeitnehmermerkmale trifft bei diesem Beispielfall zu, doch nach der Rechtsprechung sowie herrschenden Literatur liegt wegen der Weisungsgebundenheit als Grundlage der persönlichen Abhängigkeit eine Arbeitnehmereigenschaft vor, während das Indiz der eigenen unternehmerischen Organisation im Rahmen der Gesamtbetrachtung zurücktritt, und die Arbeitnehmereigenschaft ist auch nach geltendem Recht möglich. Zugegebenermaßen eine außergewöhnliche Konstellation, aber nicht undenkbar. Zumal spätestens in dem Zeitpunkt, in dem die von Wank aufgestellten Merkmale Gesetz bzw. herrschende Meinung sind, die Ausgestaltung der Vertragsverhältnisse in der Praxis diesen Kriterien erfahrungsgemäß „folgen“ wird.

Nun wird man allerdings auch mit Wank die Arbeitnehmereigenschaft nicht ablehnen müssen, da es sich ja auch bei seinen Merkmalen lediglich um Indizien handelt.⁷¹² Deutlich wird aus dem Beispiel aber, daß es auch noch andere Merkmale geben muß, aus denen im Einzelfall eine Arbeitnehmereigenschaft folgt.

Und eben weil sich die Rechtsprechung mit dem tatsächlichen Leben und seinen immer unterschiedlichen Erscheinungsformen, die sich zudem den gesetzlichen und Rechtsprechungsvorgaben fortlaufend - im negativen Sinne - anpassen, konfrontiert sieht, stellen die genannten Merkmale Wanks in der Rechtsprechung nur einige unter vielen dar. Die Rechtsprechung hat damit indirekt über die Untauglich- weil zu große Beschränktheit der typischen Arbeitnehmermerkmale von Wank entschieden.

Aus dem Umstand, daß Rechtsprechung und herrschende Literatur für die Abgrenzung des Arbeitnehmers vom Selbständigen im Außendienst, also in dem Bereich, der prototypisch für die Scheinselbständigkeit ist, diejenigen Merkmale anwendet, die auch Wank als Reaktion auf und zur Verhinderung der Scheinselbständigkeit als typische Arbeitnehmermerkmale entwickelt hat, folgt jedoch zugleich, daß es sich bei diesen Merkmalen nach allgemeiner Ansicht um solche handelt, die besonders geeignet sind, im Grenzbereich zwischen Abhängigkeit und Selbständigkeit scheinselbständige Beschäftigungsformen zu erfassen. Die Rechtsprechung und das herrschende Schrifttum sind darum aufgerufen, die von Wank als

⁷¹¹ Vgl. zu der weiten Verbreitung einer derartigen zweistufigen Vertriebsstruktur im Außendienst und die Arbeitnehmereigenschaft der Mittelinstanz Plander (1973).

⁷¹² Wenn Wank allerdings bezüglich seiner typischen Arbeitnehmermerkmale von Indizien spricht, so nur unter dem Gesichtspunkt, daß die Indizwirkung vom Dienstherrn dahingehend widerlegt werden kann, daß trotz des Vorliegens der Indizien eine Selbständigkeit des zur Dienstleistung Verpflichteten besteht.

für die Arbeitnehmereigenschaft typisch herangezogenen Merkmale nicht nur im Bereich des Außendienstes zur Abgrenzung von Außendienstangestellten und Handelsvertretern, sondern auch im Hinblick auf die neu entstandenen Formen der Scheinselbständigkeit zu nutzen - soweit sie dies nicht ohnehin bereits tun. Auf jeden Fall würde die über den Außendienst hinausgehende Anwendung der genannten Merkmale nicht außerhalb der bisherigen Rechtsprechung liegen und deren Änderung erforderlich machen.

10.3. Unternehmerrisiko und -chancen

Wank stellt nun in einem nächsten Schritt nicht etwa aufgrund der Enge seiner „typischen Arbeitnehmermerkmale“ weitere Kriterien, die für eine Arbeitnehmereigenschaft sprechen, zur Verfügung, sondern schränkt diese noch ein, indem er Kriterien nennt, bei denen trotz Vorliegens seiner typischen Arbeitnehmermerkmale eine Selbständigkeit besteht. Das wichtigste dieser einschränkenden Merkmale ist die Abgewogenheit im Hinblick auf unternehmerische Risiken und Chancen.

10.3.1. Die Merkmale von Unternehmerrisiko und -chancen

In welchen Merkmalen Wank das Vorliegen von Unternehmerrisiko und -chancen sieht, ist in Kapitel 5.4. anhand seiner Argumentation für das Handelsvertreter-Recht beispielhaft dargestellt worden und soll hier näher betrachtet werden.

Im einzelnen zieht Wank für seine Darstellung der Risikokombination, d.h. dem Vorliegen von unternehmerischen Risiken und Chancen, im Handelsvertreter-Recht die Kriterien der Entgeltform und organisatorischen Eingliederung heran.

Charakteristisch für die Risikokombination im Außendienst sei nach Wank, daß der Außendienstangestellte ein Fixum wie alle anderen Arbeitnehmer und der Handelsvertreter ein Entgelt nur erhalte, wenn jeweils tatsächlich ein Vertrag zwischen Unternehmer und Kunden zustande komme. Allerdings könne die Abgrenzung zwischen Außendienstangestellten und Handelsvertretern nicht allein nach der Entgeltform vorgenommen werden, sondern der

Auferlegung eines Unternehmerrisikos durch ein erfolgsabhängiges Entgelt müßten entsprechende unternehmerische Chancen gegenüberstehen. Solche unternehmerischen Chancen setzten einen Spielraum des Handelsvertreters wenigstens im Hinblick auf die Kunden voraus, „sei es in einer Organisation mit Mitarbeitern und Ausstattung, sei es durch eigene Planung der Vermittlungstätigkeit“. Sie fehlten hingegen vielfach, wenn der Handelsvertreter nur an einen Kunden gebunden sei und dieser ihn einer organisatorischen Eingliederung unterwerfe. In diesem Zusammenhang sei zu beachten, daß eine organisatorische Eingliederung des selbständigen Handelsvertreters teilweise bereits durch Gesetz vorgezeichnet sei, so daß ein Verlust des eigenen Entscheidungsspielraums und damit der Selbständigkeit beim Handelsvertreter erst dann eintrete, wenn das Unternehmen die gesetzlichen Ansätze voll ausschöpfe oder darüber hinausginge. Insofern komme es darauf an, in welchem Umfang das Unternehmen von seinen notwendigerweise bestehenden Weisungsrechten Gebrauch mache; so schrieben die Unternehmen den Handelsvertretern vielfach im einzelnen vor, wie oft und in welchem Turnus sie welche Kunden zu besuchen hätten und erweiterten dessen nach § 86 Abs. 2 HGB bestehenden Berichtspflichten, indem sie formularmäßige Tätigkeitsberichte verlangten. Die einzelnen Bindungen dürften jedenfalls den Kerngehalt der eigenen unternehmerischen Entscheidung nicht beeinträchtigen. „Entgegen der Rechtsprechung“ könne bei dieser Betrachtung schließlich nicht die rechtliche Selbständigkeit, also die bloße vertragliche Regelung, den Ausschlag geben, wenn die tatsächlichen Möglichkeiten dieser nicht entsprächen.

10.3.2. Vergleich mit Rechtsprechung und herrschender Literatur

Diese Abgrenzung Wanks zwischen Außendienstangestellten und Handelsvertretern entspricht - im Ergebnis - der Ansicht der Rechtsprechung und ganz herrschenden Literatur.

Auch das BSG, der BFH und die herrschende Literatur ziehen für die allgemeine Abgrenzung des Arbeitnehmers vom Selbständigen das unternehmerische Risiko als Merkmal der Selbständigeigenschaft heran (siehe Kapitel 4.2. bis 4.4.). Das BAG tut dies in ständiger Rechtsprechung - und insoweit in Fortsetzung der Rechtsprechung des RAG - zumindest für die Abgrenzung des Außendienstangestellten vom Handelsvertreter (siehe Kapitel 5.3.5.). Dabei wird für die Feststellung des Vorliegens eines Unternehmerrisikos u.a. entscheidend

auf die Vergütung des Außendienstmitarbeiters abgestellt, ob dieser also feste Bezüge oder eine ausschließlich erfolgsabhängige Vergütung erhält. In diesem Zusammenhang wurde bereits vom RAG ausgeführt, daß nicht ausschließlich auf die Vergütung abgestellt werden könne, da ein Unternehmerrisiko nicht schon allein dann bestehe, wenn dem Außendienstmitarbeiter nur Provisionen zufließen.⁷¹³

Dieser Gedanke, daß ein Erwerbstätiger nicht schon durch die Belastung mit Risiken zum Selbständigen werden kann, ist der Rechtsprechung auch außerhalb des Außendienstes nicht fremd, im Gegenteil. Das BSG sagt dies ausdrücklich und verlangt dementsprechend für das Vorliegen einer selbständigen Tätigkeit in ständiger Rechtsprechung, daß dem Unternehmerrisiko auf der einen Seite eine größere Freiheit bei der Gestaltung und der Bestimmung des Umfangs des Einsatzes der eigenen Arbeitskraft auf der anderen Seite gegenübersteht (siehe Kapitel 4.2.).

Problematischer ist das Merkmal der unternehmerischen Chance als notwendiges Gegengewicht zur Belastung eines Erwerbstätigen mit einem unternehmerischen Risiko in der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung. Die Instanzgerichte, die - offensichtlich unter dem Eindruck der Lehre Wanks - die unternehmerische Chance als erforderliches Merkmal heranziehen wollen, haben in diesem Zusammenhang auf das in Kapitel 4.1.9. dargestellte Kantinepächter-Urteil des BAG zurückgegriffen und der dortigen Aussage, daß die Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses als Pachtverhältnis nicht rechtsmißbräuchlich gewesen sei, „da nach dem Bewirtschaftungsvertrag der Parteien das Unternehmerrisiko beim Kläger lag, der durch Auswahl und Umfang seines Warensortiments, die Preisgestaltung bei den Waren außerhalb des Grundsortiments, durch Werbung, attraktive Darbietung der Waren und sonstige unternehmerische Maßnahmen den Verkaufserlös beeinflussen konnte ...“ die Bedeutung beigelegt, daß hier auch das BAG auf die Wahrnehmung unternehmerischer Chancen abgestellt habe. Aus diesem Grunde sehen sie sich im Einklang mit der Rechtsprechung des BAG und meinen, daß sie die Frage, ob der neuen, von Wank entwickelten Theorie zur Abgrenzung von Arbeitnehmern und Selbständigen zu folgen sei, nicht entscheiden müßten.⁷¹⁴

⁷¹³ RAG, Urteil v. 8.12.1937 - RAG. 150/37, ARS 31, 381-386 (383); RAG, Urteil v. 29.3.1939 - RAG. 185/38, ARS 36, 143-147 (146).

⁷¹⁴ ArbG Nürnberg, Urteil v. 31.7.1996 - 2 Ca 4546/95, NZA 1997, 37-41 (39); dazu Moll-Iffland (1996); LAG Nürnberg, Urteile v. 25.2.1998 - 4 Sa 670/97 und 4 Sa 860/96, ZIP 1998, 617-624 (622), unter alleiniger Zitierung der Entscheidungsgründe des vorgenannten Urteils des ArbG Nürnberg, die „auf das vorliegende Verfahren übertragbar“ seien und denen somit zu folgen sei.

Betrachtet man nun die einzelnen Merkmale, mit denen Wank die unternehmerischen Chancen des Handelsvertreters beschreibt, ist festzustellen, daß diese sämtlich auch vom BAG (und den ihm folgenden Instanzgerichten sowie dem ganz herrschenden Schrifttum) zur Abgrenzung des Außendienstangestellten vom Handelsvertreter herangezogen werden. Auch das BAG stellt, wie in Kapitel 5.3. gezeigt, für die Selbständigkeit des Außendienstmitarbeiters ab auf:

den Umfang der Weisungsbindung des Handelsvertreters und in diesem Zusammenhang auf
Vorschriften des Unternehmers für Kundenbesuche,
den Umfang der Berichtspflichten,
einen eigenen Spielraum in Form einer eigenen Organisation mit Mitarbeitern und Ausstattung,
eine eigene Planung der Vermittlungstätigkeit
und spricht davon, daß das Maß der Weisungsbindung die eigenen unternehmerischen Entscheidungen nicht beeinträchtigen dürften.

Und genau wie Wank sieht das BAG in der Bindung des Außendienstmitarbeiters an nur einen Kunden und die Eingliederung des Außendienstmitarbeiters in dessen Organisation Indizien für eine abhängige Tätigkeit.⁷¹⁵

Vollkommen unverständlich ist schließlich Wanks Aussage, daß „entgegen der Rechtsprechung“ die rechtliche Selbständigkeit, also die bloße vertragliche Regelung, für die Bestimmung der Selbständigkeit keinen Ausschlag geben könne, wenn die tatsächlichen Möglichkeiten dem nicht entsprächen. Schon seit dem RAG ist sowohl in der Rechtsprechung als auch im herrschenden Schrifttum - insbesondere aufgrund des § 84 Abs. 2 HGB - ganz einhellige Meinung, daß es für die Abgrenzung von Außendienstangestellten und Handelsvertretern nicht auf den Inhalt des Vertrags und die im Vertrag enthaltene Bezeichnung des Außendienstmitarbeiters, sondern allein auf die tatsächliche Ausgestaltung und Durchführung des Vertrags ankomme (siehe Kapitel 5.3.7.). Gleiches gilt für die allgemeine Abgrenzung von Arbeitnehmern und Selbständigen (siehe Kapitel 4.1.5.).

⁷¹⁵ An dieser Stelle sei noch einmal darauf hingewiesen, daß auch Wank in diesen Merkmalen nur Indizien für unternehmerische Chancen sieht. Dies wird ganz deutlich an seiner Aussage, daß es an den unternehmeri-

10.3.3. Konsequenzen

So sehr das Abstellen auf die Unternehmerchance auch grundsätzlich bei der allgemeinen Abgrenzung überzeugt, so wird doch an der Betrachtung des Außendienstes deutlich, daß dieses Merkmal keine wirkliche Erleichterung bringt, da dann festgestellt werden muß, ob und wann eine solche unternehmerische Chance besteht. Und wenn Wank im Außendienst für die Bestimmung der unternehmerischen Chancen als Voraussetzung der Arbeitnehmereigenschaft im Rahmen der Gesamtbetrachtung dieselben Merkmale heranzieht, die auch die Rechtsprechung und herrschende Literatur - zum Teil seit vielen Jahrzehnten - zur Bestimmung der Arbeitnehmereigenschaft in ihre Gesamtabwägung einbeziehen, dann bedeutet das Kriterium der unternehmerischen Chance praktisch nur eine Verlagerung, einen „Umweg“, nicht jedoch eine entscheidende Änderung der Praxis der Feststellung von Abhängigkeit und Selbständigkeit insbesondere im problematischen Fall einer scheinselfständigen Beschäftigung.

Gleichzeitig, und dies ist für das Verständnis der Abgrenzung ausgesprochen wichtig, verdeutlicht Wank mit dem Abstellen auf Unternehmerrisiko und -chancen aber den Sinn der auch von der Rechtsprechung und dem herrschendem Schrifttum ständig angewandten Merkmale. Sein Modell stellt insoweit nicht nur einen Gewinn für die theoretische Erkenntnis des Vorliegens einer Selbständigen- im Gegensatz zur Arbeitnehmereigenschaft dar, sondern hat auch einen praktischen Nutzen: Der Entscheider stand mit der Rechtsprechung und herrschenden Literatur bislang vor einer Reihe einzelner Indizien, anhand derer er die „persönliche Abhängigkeit“ des Betroffenen zu prüfen hatte. Nun ist in Form der unternehmerischen Chance des Erwerbstätigen zu der von der Rechtsprechung und herrschenden Literatur herangezogenen „persönlichen Abhängigkeit“ noch ein Leitbild - oder nach Wank: ein Telos - hinzugekommen, an dem er die Suche nach Indizien für die Arbeitnehmereigenschaft und deren Anwendung im konkreten Fall ausrichten kann.

Damit erhalten die Merkmale, die eine unternehmerische Chance ausmachen, zugleich eine stärkere Gewichtung bei der Abgrenzung im Einzelfall, was auch zutreffend ist:

schen Chancen „vielfach“ fehle, wenn der Handelsvertreter nur an einen Unternehmer gebunden sei und ihn

Die sachliche Übereinstimmung von Wank und der Rechtsprechung sowie herrschenden Literatur gilt bislang in dem geschilderten Umfang - jedenfalls was die Arbeitsgerichte betrifft - allein für den Bereich des Außendienstes. Aus dieser sachlichen Übereinstimmung ergibt sich aber, daß auch bei der allgemeinen Abgrenzung von Arbeitnehmern und Selbständigen das unternehmerische Risiko und die unternehmerischen Chancen bzw. deren Merkmale (Indizien) heranzuziehen sind. Insofern gilt das in Kapitel 10.2.3. bereits zu den „typischen Arbeitnehmermerkmalen“ Gesagte: Wank hat seine Kriterien Unternehmerrisiko und -chancen gerade im Hinblick auf den Bereich der Scheinselbständigkeit, in dem die Abgrenzung von Arbeitnehmern und Selbständigen besonders problematisch ist, entwickelt. Und wenn auch die Rechtsprechung und das herrschende Schrifttum die entsprechenden Merkmale für die Abgrenzung von Außendienstangestellten und Handelsvertretern speziell aus dem Grund entwickelt haben, weil die Abgrenzung von abhängiger und selbständiger Arbeit im Außendienst wegen der Betriebsexternität mit seinen Folgeproblemen besonders schwierig ist, dann sind die von Wank allgemein und von der (arbeitsgerichtlichen) Rechtsprechung und herrschenden Literatur auf den Außendienst angewandten Merkmale, aus denen eine „unternehmerische Chance“ im Sinne Wanks folgen, nach allgemeiner Ansicht die geeigneten Merkmale, die zur Erfassung der Scheinselbständigkeit anzuwenden sind.

Schließlich folgt aus der Übereinstimmung in der Sache von Wank und der Rechtsprechung und dem herrschenden Schrifttum, daß der geschilderte Versuch der Instanzgerichte, ein Abstellen des BAG auf unternehmerische Chancen aus dessen Kantinenpächter-Urteil abzuleiten, nicht erforderlich ist. Vielmehr können ganz selbstverständlich die oben genannten, vom BAG in ständiger Rechtsprechung für die Abgrenzung des Arbeitnehmers vom Selbständigen im Außendienst-Recht angewandten Merkmale herangezogen werden - damit ist zugleich das Vorliegen unternehmerischer Chancen im Sinne Wanks festgestellt.

10.4. Die Freiwilligkeit der Übernahme des Unternehmerrisikos

Als Kriterium, das vorliegen muß, damit trotz Bejahung der typischen Arbeitnehmermerkmale eine selbständige Tätigkeit besteht, nennt Wank des weiteren die Freiwilligkeit der

Übernahme des Unternehmerrisikos. Der Selbständige habe seine Tätigkeit selbst gewählt und das Unternehmerrisiko freiwillig auf sich genommen, während die Scheinselbständigkeit, z.B. durch die Umwandlung einer Angestelltenstelle, eine aufgezwungene Selbständigkeit sei. Der Verdacht einer solchen aufgezwungenen Selbständigkeit sei dann entkräftet, wenn der Anstoß zur Vertragsgestaltung vom Beschäftigten selbst herrühre, die Vertragsbedingungen im Sinne des § 1 Abs. 2 AGBG „ausgehandelt“ würden oder wenn dem Beschäftigten eine faire Option eingeräumt werde.⁷¹⁶

10.4.1. Die aufgezwungene „Selbständigkeit“

Wank ist insoweit zu folgen, als er in einer aufgezwungenen - formalen - Selbständigkeit ein Merkmal für eine bloße Scheinselbständigkeit sieht. Wird der einzelne vor die Alternative gestellt, entweder entlassen zu werden oder dieselbe Arbeit in derselben Art und Weise, allerdings nunmehr als „Selbständiger“ zu verrichten, liegt die geradezu klassische Form der Scheinselbständigkeit vor. Eben diese Situation meinte z.B. schon der Gesetzgeber 1953 bei der Neuregelung des § 84 HGB, als er zur Begründung ausführte: „Namentlich nach 1919 wurden Personen in die Rechtsstellung eines Handelsvertreters gedrängt, die abhängig wie Angestellte waren“ (siehe im einzelnen in Kapitel 3.8.1.).

10.4.2. Die „freiwillige“ Selbständigkeit

Problematisch ist es jedoch, wenn Wank umgekehrt die Freiwilligkeit der Übernahme eines unternehmerischen Risikos als Kriterium für eine selbständige Tätigkeit anführt.

Bereits im Arbeitsrecht ist der „freie Wille“ des Betroffenen, durch das Arbeitsschutzrecht bzw. zumindest durch dessen Mindestnormen geschützt zu werden oder nicht, irrelevant. So kann z.B. gem. § 13 Abs. 1 S. 3 BUrlG auch mit der Einwilligung des Arbeitnehmers dessen Urlaubsanspruch nicht unter das gesetzliche Mindestmaß gesenkt werden; der Arbeitnehmer ist nicht einmal frei darin, von dem Urlaub im laufenden Kalenderjahr bzw. in Ausnahmen in den ersten drei Monaten des nächsten Kalenderjahres abzusehen. Ein anderes Beispiel ist

⁷¹⁶ Wank (1988), 131.

das Verbot in § 622 Abs. 5 BGB, durch Einzelvertrag kürzere als die gesetzlich bestimmten Kündigungsfristen zu vereinbaren. Und werdende Mütter dürfen z.B. gem. § 4 Mutterschutzgesetz (MuSchG)⁷¹⁷, bestimmte Arbeiten nicht verrichten, selbst wenn sie dies wollten.⁷¹⁸

Ein derart auch gegen den Willen des einzelnen Arbeitnehmers wirkender Schutz gilt im Arbeitsrecht aber nicht nur im individualrechtlichen Arbeitsschutzrecht, sondern auch auf kollektivrechtlicher Ebene: Kollektivvertragsinhalte gelten unmittelbar und zwingend, abweichende Abmachungen sind nur zulässig, soweit sie gestattet sind oder eine dem Arbeitnehmer günstigere Regelung enthalten (§ 4 Abs. 1 und Abs. 3 TVG, § 77 Abs. 4 S. 1 BetrVG). Will ein Arbeitnehmer auf Rechte, die ihm durch eine Betriebsvereinbarung eingeräumt wurden, verzichten, so kann er dies nur mit der Zustimmung des Betriebsrats (§ 77 Abs. 4 S. 2 BetrVG). Die Anwendbarkeit tariflicher Rechte kann er nur im Hinblick auf solche Rechtsnormen des Tarifvertrages verhindern, die den Inhalt, den Abschluß oder die Beendigung von Arbeitsverhältnissen ordnen, indem er der tarifschließenden Gewerkschaft fernbleibt; der Wirkung der in seinem Betrieb geltenden tariflichen Normen über betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen kann er gar nicht ausweichen (§ 3 Abs. 1 und Abs. 2, § 4 Abs. 1 BetrVG). Absolut zwingend gelten schließlich nach § 5 Abs. 4 TVG die Normen eines für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrags, und ein Verzicht auf entstandene tarifliche Rechte ist gem. § 4 Abs. 4 S. 1 TVG nur in einem von den Tarifvertragsparteien gebilligten Vergleich zulässig.

Noch deutlicher zeigt sich die Problematik des Abstellens auf die „freiwillige“ Übernahme der Selbständigkeit an dem Umstand, daß viele Betroffene gerade auf eigenen Wunsch und sogar gegen den Willen des Arbeitgebers, also freiwillig im Sinne Wanks, formal selbständige Beschäftigungsformen und das damit verbundene Risiko wählen, insbesondere um auf diese Weise die hohen Sozialabgaben zu sparen (vgl. Kapitel 3.6.). Die Sozialversicherungen stellen aber bewußt für die Frage der Mitgliedschaft und dementsprechend auch für den Beschäftigtenbegriff als Voraussetzung der Mitgliedschaft nicht auf den Willen des Betroffenen ab: „Sozialversicherung ist Pflichtversicherung“.⁷¹⁹ Ist ein Erwerbstätiger abhängig Beschäftigter, ist er grundsätzlich zwingend Mitglied der Sozialversicherungen. Sein freier

⁷¹⁷ Vom 24.1.1952, in der Fassung der Bekanntmachung v. 17.1.1997 (BGBl. I, S. 22, ber. S. 293).

⁷¹⁸ Heilmann, J. (1991), § 4 Rn. 3.

⁷¹⁹ Eichenhofer (1995), Rn. 140.

Wille wird erst im Rahmen der sog. freiwilligen Versicherung relevant, wenn die Beschäftigten- oder Selbständigeeneigenschaft einer Person als Vorfrage der zwingenden Erfassung durch die Sozialversicherung feststeht.

Eben um eine Flucht aus den Sozialversicherungen - und damit eine spätere Belastung der Allgemeinheit z.B. durch die Inanspruchnahme von Sozialhilfe - zu verhindern, handelt es sich bei den Sozialversicherungen um Zwangsversicherungen. Wollte man mit Wank nun in der Freiwilligkeit der Übernahme eines unternehmerischen Risikos ein Merkmal für die Selbständigkeit und damit Sozialversicherungsfreiheit des Erwerbstätigen sehen, würde man den Ausstieg aus den Sozialversicherungen unterstützen; dies wäre mit deren Sinn und Zweck - Schutz auch gegen den Willen des Betroffenen - jedoch unvereinbar.

10.4.3. Die Feststellung der „Freiwilligkeit“

Abgesehen von den grundsätzlichen Bedenken, die gegen das Merkmal der „Freiwilligkeit“ bestehen,⁷²⁰ läßt sich wohl auch kaum jemals feststellen, ob ein Erwerbstätiger ein unternehmerisches Risiko „freiwillig“ oder „unfreiwillig“ eingegangen ist. Relativ unproblematisch dürfte dies noch in den von Wank als freiwillig angenommenen Fällen sein, in denen die Vertragsbedingungen im Sinne des § 1 Abs. 2 AGBG „ausgehandelt“ wurden oder wenn dem Beschäftigten eine echte Option eingeräumt wurde. Aber schon in den Fällen, in denen ein bislang als Arbeitnehmer Tätiger in die - formale - Selbständigkeit wechselt, muß nicht prima facie die „unfreiwillige“ Übernahme eines unternehmerischen Risikos vorliegen, wie dies der in Kapitel 3.6. geschilderte, vom BAG entschiedene Sachverhalt zeigt, in dem ein Erwerbstätiger seinen Arbeitgeber nach der rechtskräftigen Feststellung seiner Arbeitnehmereigenschaft um die Mitarbeit auf der Grundlage wiederum einer freien Mitarbeiterschaft, d.h. als Selbständiger bat.

10.5. Das Auftreten am Markt

Schließlich nennt Wank als Merkmal, bei dessen Vorliegen trotz der Erfüllung der typischen

Arbeitnehmermerkmale eine Selbständigkeit vorliegt, noch das Auftreten des Erwerbstätigen am Markt. Dieses soll bei der Tätigkeit nicht nur für einen Auftraggeber vorliegen.⁷²¹

Wie in Kapitel 10.2.1. und ausführlich bereits in Kapitel 9.2. ausgeführt, kann auch ein Arbeitnehmer für mehrere Auftraggeber bzw. Arbeitgeber tätig werden, ohne seine Arbeitnehmereigenschaft zu verlieren. Damit ist der Arbeitnehmer ebenfalls in der Lage, mit seiner Arbeitskraft im Sinne Wanks „am Markt aufzutreten“, und dieses Merkmal eignet sich nicht für die Bestimmung der Eigenschaft als Selbständiger.

Eine weitere große Schwäche des Auftretens am Markt als Kriterium für die Selbständigkeit folgt daraus, daß es sich dabei allein um die „Kehrseite“ der von Wank als typisches Arbeitnehmermerkmal herangezogenen „Arbeit nur für einen Auftraggeber“ handelt.⁷²² Wenn aber ein Merkmal einmal zur Bestimmung der Regel - hier: Arbeitnehmereigenschaft - und dann dessen Kehrseite zur Bestimmung der Ausnahme von eben dieser Regel - hier: Selbständigeneigenschaft - herangezogen wird, so ist es im Rahmen der Ausnahmeregelung ohne eigene Aussagekraft.

10.6. Die Vorgehensweise Wanks bei der Abgrenzung im konkreten Einzelfall

Nach der Betrachtung der Grundlagen des Abgrenzungsmodells von Wank soll an dieser Stelle noch ein klarstellender Hinweis zu dessen Vorgehensweise im konkreten Abgrenzungsfall erfolgen.

Wie die Betrachtung der Argumentation Wanks bei der Abgrenzung des Handelsvertreters vom Außendienstangestellten gezeigt hat, besteht die Ausgangsüberlegung von Wank im Hinblick auf die praktische Anwendung seiner Kriterien darin, daß „die meisten Merkmale für die Feststellung der unternehmerischen Chancen und Risiken, isoliert betrachtet, ambivalent bewertbar“ seien, so daß eine „Gesamtbetrachtung“ bzw. „Gesamtabwägung“ dieser Merkmale vorzunehmen sei. Damit beschreitet Wank den selben methodischen Weg, den auch die Rechtsprechung und das herrschende Schrifttum gehen: Er zieht für die Feststel-

⁷²⁰ Vgl. zum freien Willen im Arbeitsrecht ausführlich Junker (1997) m.w.N., speziell zum Kriterium der Freiwilligkeit für den Arbeitnehmerbegriff auf S. 1317f.

⁷²¹ Wank (1997 B), 76.

lung der seines Erachtens eine abhängige bzw. selbständige Tätigkeit ausmachenden Kriterien für den Einzelfall eine Vielzahl weiterer, diesen Einzelfall kennzeichnenden Merkmale (Indizien) heran, die er einer Gesamtabwägung unterzieht.

Die Darstellung dieser Vorgehensweise ist darum wichtig, weil z.B. das LAG Köln, das die Abgrenzungsmethode des BAG ausdrücklich abgelehnt und das Modell Wanks sowohl ausdrücklich befürwortet als auch angewandt hat (siehe Kapitel 4.5.), zur Vorgehensweise der Rechtsprechung im Gegensatz zu derjenigen Wanks folgende Feststellungen getroffen hat: Es sehe in dem Abstellen von BAG, BSG und BFH auf die jeweilige „Eigenart“ der verrichteten Tätigkeit die Gefahr eines Dezisionismus, bei dem ohne Offenlegung allgemeiner wertender Kriterien es in das Gutdünken des Richters anheim gestellt sei, welche Tätigkeiten sich für ein Arbeitsverhältnis „eigneten“. Werde nämlich von Fall zu Fall ohne nachvollziehbare objektive Kriterien darüber befunden, welche Tätigkeit sich für ein Arbeitsverhältnis „eignet“, so gehe die Rechtssicherheit - eines der Kernstücke des Rechtsstaats - verloren. Wegen der erheblichen persönlichen und wirtschaftlichen Folgen der Frage, ob ein Arbeitsverhältnis vorliege, könne auf allgemeine Kriterien nicht verzichtet werden. Das BAG habe - soweit ersichtlich - allerdings bislang noch nicht einmal den Versuch gemacht, generalisierende Kriterien für die von ihm postulierte „Eignung“ der Tätigkeit für ein Arbeitsverhältnis zu nennen. Dieses hingegen tue Wank, der grundsätzlich den bisher vom BAG gebrauchten Arbeitnehmerbegriff ablehne und praktisch brauchbare Ansätze entwickelt habe.⁷²³

Soweit das LAG Köln im Hinblick auf die Rechtsprechung der obersten Gerichte die Schaffung „allgemeiner Kriterien“ verneint, im Hinblick auf Wank jedoch bejaht, ist dies unverständlich. Auch Wank bezeichnet seine „typischen Arbeitnehmermerkmale“ ausdrücklich als - bloße - Indizien. Beide, die Rechtsprechung wie auch Wank, nennen Kriterien, die ihres Erachtens die Arbeitnehmer- bzw. Selbständigeneigenschaft ausmachen. Bei der Rechtsprechung sind dies z.B. die Weisungsgebundenheit, bei Wank z.B. die Ausgewogenheit von unternehmerischen Chancen und Risiken. Dann betrachten sowohl die Rechtsprechung als auch Wank die einzelne in Frage stehende Tätigkeit - z.B. den speziellen Außendienstmitarbeiter - und wägen sämtliche Umstände (Indizien) des Einzelfalls in einer Gesamtbetrach-

⁷²² So zutreffend Hromadka (1998), 197.

tung ab, um festzustellen, ob ihre Kriterien erfüllt sind oder nicht.⁷²⁴ Dabei verwenden sie dieselben Umstände des Einzelfalls, wie z.B. das Fehlen eigener Mitarbeiter, eigener Geschäftsräume oder eigenen Betriebskapitals.

Unterschiede zwischen Wank und der Rechtsprechung und herrschenden Literatur bestehen auch nach Wank allein (für ihn ist dies natürlich entscheidend) in der methodischen Herleitung bzw. Ausrichtung der Kriterien: Seine allgemeinen Kriterien seien teleologisch hergeleitet und auszurichten, die allgemeinen Kriterien von Rechtsprechung und herrschender Literatur hingegen seien ontologisch hergeleitet und würden ontologisch eingesetzt. Daraus folgt aber noch kein Unterschied im Hinblick auf die Allgemeinheit der Kriterien und darum auch keine Überlegenheit des Modells von Wank im Hinblick auf die Gefahr des „Dezisionismus“, wie sie das LAG Köln sieht. Denn wenn Wank das Leitbild z.B. der Ausgewogenheit von Unternehmerrisiko und -chancen zur Verfügung stellt, so ist dies bei der Rechtsprechung und herrschenden Literatur z.B. das Leitbild der persönlichen Abhängigkeit - ob diese Leitbilder nun teleologisch hergeleitet sind oder nicht, ist bei der Einzelfallbetrachtung, wie die Anwendung der Kriterien Wanks im Außendienst-Recht zeigen, ohne Auswirkung.

Da auch Wank für die Bestimmung des Vorliegens derjenigen Kriterien, die seiner Ansicht nach die abhängige bzw. selbständige Tätigkeit kennzeichnen, nicht auf eine Gesamtbeurteilung und -abwägung sämtlicher den Einzelfall kennzeichnenden Merkmale, und zwar derselben, die auch die Rechtsprechung und herrschende Literatur anwenden, verzichten kann, ist sein Modell dem Modell der Rechtsprechung und herrschenden Literatur bei der Anwendung auf die einzelne Abgrenzung eines Arbeitnehmers vom Selbständigen in bezug auf die Rechtssicherheit nicht überlegen.

⁷²³ LAG Köln, Urteil v. 30.6.1995 - 2 Ca 1176/94, LAGE § 611 Arbeitnehmerbegriff Nr. 29, S. 16 (der dort abgedruckte Begriff „Rechtssicherung“ wurde durch „Rechtssicherheit“ ersetzt) mit Anm. Thüsing. Ähnlich Brand, zitiert nach Elsner (1996 B), 165; ders. (1997), 555; Kretschmer (1997), 329f.

⁷²⁴ Und dies tut dann im übrigen auch das LAG Köln bei der Anwendung der von Wank genannten Kriterien auf den zu entscheidenden Sachverhalt. So stellt es für die Frage, ob die Klägerin - eine Propagandistin - ohne eigene unternehmerische Organisation tätig war, auf ihre „Rechte und Selbständigkeit“ hinsichtlich „der Lage, Größe, Ausgestaltung des Werbematerials ‚ihres‘ Verkaufsstandes“ ab, LAG Köln, Urteil v. 30.6.1995 - 2 Ca 1176/94, LAGE § 611 Arbeitnehmerbegriff Nr. 29, S. 20.

10.7. Ergebnis zu Kapitel 10.

Die wirtschaftliche Schutzbedürftigkeit, die mit der wirtschaftlichen Abhängigkeit gleichzustellen und zu umschreiben ist, stellt zwar den Grund für die Schaffung des Schutzes durch die Sozialversicherungen und das Arbeitsrecht dar. Da aber eine wirtschaftliche Abhängigkeit bzw. Schutzbedürftigkeit nach geltendem Recht auch bei Selbständigen vorliegen kann, ist dieses Merkmal als Grundlage des Abgrenzungsmodells von Wank nach geltendem Recht ungeeignet.

Die von Wank als „typische Arbeitnehmermerkmale“ herangezogenen Kriterien werden auch von der Rechtsprechung und ganz herrschenden Literatur zumindest zur Abgrenzung des Selbständigen vom Arbeitnehmer im Außendienst und damit im für die Scheinselbständigkeit prototypischen Bereich ständig angewandt. Dies zeigt deren besondere Eignung für die Bekämpfung der Scheinselbständigkeit, weshalb sie auch außerhalb des Außendienstes von der Rechtsprechung und herrschenden Literatur zu nutzen sind. Da jedoch auch bei dem Nichtvorliegen sämtlicher der von Wank postulierten Kriterien nach geltendem Recht eine Arbeitnehmereigenschaft gegeben sein kann, ist der Rechtsprechung und herrschenden Literatur zuzustimmen, wenn sie weitere Merkmale zur Bestimmung der Arbeitnehmereigenschaft heranziehen.

Das von Wank zur Einschränkung der Indizwirkung der typischen Arbeitnehmermerkmale genutzte Kriterium des „Unternehmerrisikos“ wird auch vom BSG, BFH und der herrschenden Literatur allgemein, vom BAG zumindest im Außendienst zur Abgrenzung des Arbeitnehmers vom Selbständigen ausdrücklich verwandt. Das Merkmal der „unternehmerischen Chancen“ wird nur vom BSG ausdrücklich eingesetzt, das BAG nutzt allerdings in ständiger Rechtsprechung sämtliche von Wank zur Bestimmung der „unternehmerischen Chancen“ herangezogenen Umstände (Indizien) des Einzelfalls zur Abgrenzung des Außendienstangestellten vom Handelsvertreter. Daraus folgt, daß das Kriterium der „unternehmerischen Chancen“ neben dem theoretischen Gewinn einen praktischen Nutzen dann hat, wenn man es als Leitbild bei der Gesamtabwägung der Umstände des Einzelfalls berücksichtigt. Daß dies zu tun ist, zeigt die - in der Sache - übereinstimmende Anwendung der eine „unternehmerische Chance“ ausmachenden Merkmale durch Wank auf der einen und die Rechtsprechung sowie herrschende Literatur im Außendienst-Recht auf der anderen Seite.

Das von Wank für die Begrenzung der Indizwirkung der typischen Arbeitnehmermerkmale herangezogene Kriterium der „Freiwilligkeit der Übernahme des Unternehmerrisikos“ ist nur insoweit zutreffend, als eine unfreiwillige, aufgezwungene Übernahme des Unternehmerrisikos für eine Scheinselbständigkeit und damit Arbeitnehmereigenschaft spricht. Umgekehrt stellt jedoch die „Freiwilligkeit der Übernahme des Unternehmerrisikos“ kein Merkmal für eine echte Selbständigkeit dar.

Das „Auftreten am Markt“ als Arbeit für mehr als einen Auftraggeber ist sowohl als Merkmal für eine Selbständigkeit unzutreffend wie auch als bloße „Kehrseite“ der von Wank als typisches Arbeitnehmermerkmal bezeichneten „Arbeit für nur einen Auftraggeber“ ohne Aussagekraft.

Die Gefahr des „Dezisionismus“ ist bei Wank nicht geringer als bei der Rechtsprechung und herrschenden Lehre, da auch Wank nur allgemeine Kriterien zur Verfügung stellen kann, für deren Bestimmung im Einzelfall eine Gesamtbetrachtung und -abwägung sämtlicher Umstände (Indizien) des Einzelfalls erforderlich ist.

Das Ziel Wanks war die Erreichung einer erhöhten Rechtssicherheit bei der Abgrenzung von Arbeitnehmern und Selbständigen, vor allem eine bessere Erfassung der neuen Formen der Scheinselbständigkeit. Insofern sei noch einmal daran erinnert, daß auch Wank der Rechtsprechung und herrschenden Literatur zugesteht, daß diese für den „Regelfall“ zu den richtigen Ergebnissen komme. So sehr eine erhöhte Rechtssicherheit der Abgrenzung des Arbeitnehmers vom Selbständigen jedoch wünschens- und erstrebenswert erscheint, ist diese aber mit dem Abgrenzungsmodell von Wank nicht zu erreichen.

11. Konsequenzen für die Gesetzgebungsvorschläge

Zu prüfen ist, inwieweit die Verwirklichung der Gesetzgebungsvorschläge zur Neudefinition des Arbeitnehmerbegriffs die Abgrenzung des Arbeitnehmers vom Selbständigen erleichtern und die Scheinselbständigkeit verhindern kann.

11.1. Arbeitskreis Deutsche Rechtseinheit im Arbeitsrecht

(Siehe zum Gesetzgebungsvorschlag des Arbeitskreises Deutsche Rechtseinheit im Arbeitsrecht zunächst Kapitel 4.9.).

Der Gesetzgebungsvorschlag des Arbeitskreises Deutsche Rechtseinheit im Arbeitsrecht sieht in § 1 - Arbeitsvertrag - vor:

„(1) Arbeitgeber und Arbeitnehmer begründen das Arbeitsverhältnis nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit durch den Arbeitsvertrag ...

(2) Der Arbeitnehmer verpflichtet sich durch den Arbeitsvertrag, die vereinbarte Arbeit zu leisten (Arbeitsaufgabe), der Arbeitgeber, das vereinbarte Entgelt zu zahlen ...

(3) Personen, die aufgrund unternehmerischer Tätigkeit am Markt auftreten, sind keine Arbeitnehmer.“

Soweit in § 1 Abs. 1 und Abs. 2 des Gesetzentwurfs der Arbeitnehmerbegriff vorausgesetzt wird, muß man wohl von dem tradierten Arbeitnehmerbegriff der Rechtsprechung und herrschenden Literatur ausgehen; dies läßt der Entwurf allerdings gänzlich offen.

Die anschließend in Anlehnung an Wank vorgenommene negative Abgrenzung ist zum gedachten Zweck der Bekämpfung scheinselbständiger Beschäftigungsformen untauglich, da sie bereits Wanks Modell - unabhängig von dessen Funktionsfähigkeit - auf ein unzulässiges Minimum reduziert. Wank hat nicht bei der „unternehmerischen Tätigkeit am Markt“ halt-

gemacht, sondern weitere bzw. detailliertere Kriterien aufgestellt, um vom Unternehmer als Selbständigem her kommend die Arbeitnehmereigenschaft einzugrenzen, so die Ausgewogenheit von Unternehmerrisiko und -chancen und die Freiwilligkeit des Auftretens am Markt.

Will man nun allein bei einer „unternehmerischen Tätigkeit am Markt“ den Arbeitnehmerstatus des Betreffenden verneinen, so ist dies zunächst in der im Entwurf zum Ausdruck kommenden Verallgemeinerung falsch. Selbstverständlich kann ein „unternehmerisch am Markt“ Tätiger gleichzeitig, d.h. neben der unternehmerischen Tätigkeit, auch als Arbeitnehmer tätig werden. Die „unternehmerische Tätigkeit am Markt“ einer Person schließt nicht dessen - anderweitige - abhängige Beschäftigung und damit Arbeitnehmereigenschaft aus.

Bezieht man die „unternehmerische Tätigkeit am Markt“ hingegen auf das spezielle Vertragsverhältnis, in welchem die Abgrenzung zwischen Arbeitnehmer und Selbständigem in Frage steht, so handelt es sich nach keiner zur Abgrenzung des Arbeitnehmers vom Selbständigen vertretenen Ansicht bei „Personen, die aufgrund unternehmerischer Tätigkeit am Markt auftreten,“ im Verhältnis zu ihrem Auftraggeber um Arbeitnehmer. Die Schwierigkeit bei scheinselfständigen Erwerbsformen besteht nicht in der - im Entwurf allein geregelten - Frage, ob der „unternehmerisch am Markt Tätige“ Arbeitnehmer ist oder nicht, sondern gerade in der Feststellung, ob jemand einem anderen gegenüber als „unternehmerisch am Markt“ oder „abhängig“ auftritt. Für diese Feststellung der „unternehmerischen Tätigkeit am Markt“ stellt der Entwurf aber keinerlei Anhaltspunkte zur Verfügung.

Der Gesetzentwurf des Arbeitskreises Deutsche Rechtseinheit im Arbeitsrecht bietet für die Abgrenzung des Arbeitnehmers vom Selbständigen nichts (Neues).⁷²⁵

⁷²⁵ Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang noch die Beschlußfassung auf dem 59. Deutschen Juristentag, auf dem der Entwurf vorgestellt und diskutiert wurde. Abgelehnt wurde zunächst der Antrag: „Der Arbeitnehmerbegriff ist zu regeln. Er hat den gewandelten technologischen und organisatorischen Arbeitsbedingungen sowie der sozialen Schutzbedürftigkeit Rechnung zu tragen. Als Abgrenzungskriterium ist heranzuziehen, ob jemand freiwillig als selbständiger Unternehmer am Markt auftritt und tatsächlich unternehmerische Chancen realisieren kann.“ Weiter wurde dann auch der Antrag: „Zur Abgrenzung des Arbeitnehmerbegriffs soll auf die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zurückgegriffen werden.“ abgelehnt, während schließlich dem Antrag: „Bei der Abgrenzung des Arbeitnehmerbegriffs von dem des selbständig Tätigen ist an den bisherigen Abgrenzungsmerkmalen des Gesetzes (§ 84 HGB) in der durch die Rechtspre-

11.2. Freistaat Sachsen

(Siehe zum Gesetzgebungsvorschlag des Freistaates Sachsen zunächst Kapitel 4.9.).

§ 1 Abs. 3 des Entwurfs des Freistaates Sachsen bestimmt:

„Arbeitnehmer ist, wer seine Arbeit im Rahmen einer fremdbestimmten Organisation nach Weisungen oder vertraglichen Vorgaben verrichtet. Personen, die frei gewählt unternehmerisch tätig werden, sind keine Arbeitnehmer.“

11.2.1. Die positive Bestimmung in § 1 Abs. 3 S. 1 des Entwurfs

An der positiven Begriffsbestimmung in § 1 Abs. 3 S. 1 des Entwurfs werden die erheblichen Schwächen einer solchen abgeschlossenen Definition deutlich:

11.2.1.1. Keine Erfüllung der Voraussetzungen

Eine Definition versagt dann, wenn Fälle denkbar sind, in denen die Voraussetzungen der Definition zwar nicht erfüllt sind, die Rechtsfolge aber selbst nach Ansicht des Entwurfsgebers der Definition vorliegt. Dies ist im hier interessierenden Zusammenhang etwa dann der Fall, wenn ein Erwerbstätiger nicht im Rahmen einer fremdbestimmten Organisation arbeitet, es sich bei ihm aber unstrittig um einen Arbeitnehmer handeln kann. Als Beispiel mag eine Zugehfrau in einem Privathaushalt dienen.⁷²⁶

Verstünde man unter der Tätigkeit „im Rahmen einer fremden Organisation“ die Eingliederung in eine „fremde Arbeitsorganisation“ im Sinne einer Angewiesenheit auf den technischen Apparat des Auftraggebers und die ständige Zusammenarbeit mit anderen Mitarbei-

chung vorgenommenen Ausformung festzuhalten.“ zugestimmt wurde [Verhandlungen des 59. Deutschen Juristentages (1992), P 198 und P 203].

⁷²⁶ Beispiel von Hromadka (1998), 200, der allerdings nicht auf die Tätigkeit in einem Privathaushalt abstellt.

tern,⁷²⁷ so fehlte es bei der Zugehfrau in einem Privathaushalt an der Tätigkeit „im Rahmen einer fremdbestimmten Organisation“, da eine solche fremde Arbeitsorganisation in einem Privathaushalt nicht existiert. Nach dieser Auslegung der Tätigkeit „im Rahmen einer fremden Organisation“ könnte es sich bei der Zugehfrau nicht um eine Arbeitnehmerin handeln.

Verstünde man unter der Tätigkeit „im Rahmen einer fremden Organisation“ die alleinige „Organisation der Arbeit der Zugehfrau durch fremde Weisungen“, so wäre die Zugehfrau Arbeitnehmerin im Sinne der Definition. Diese Auslegung verbietet sich aber, weil die Arbeit „nach Weisungen oder vertraglichen Vorgaben“ von der Definition neben dem Merkmal „im Rahmen der fremdbestimmten Organisation“ gefordert wird. Bei der „fremdbestimmten Organisation“ kann es sich also nicht um die Organisation der Arbeit durch Weisungen handeln. Gemeint ist vielmehr die Arbeitsorganisation im oben beschriebenen und bei einer Zugehfrau im Privathaushalt nicht gegebenen Sinne.

Da es sich ausweislich des Entwurfstextes bei den Arbeitnehmermerkmalen um kumulative handelt, könnte eine Zugehfrau in einem Privathaushalt also nach der Definition des Freistaates Sachsen nicht Arbeitnehmerin sein. Dieses Ergebnis ist - sicherlich auch nach dem Verständnis des Freistaates Sachsen - falsch.

11.2.1.2. Erfüllung der Voraussetzungen

Gleichzeitig sind auch Fälle denkbar, in denen die Definition erfüllt ist, aber dennoch anerkanntermaßen eine Selbständigkeit vorliegt.

Wie in Kapitel 5.3.1. dargestellt, unterliegt auch der Handelsvertreter nach dem Gesetz (§ 86 Abs. 1 2. HS HGB, § 675 iVm. § 665 BGB) „Weisungen oder vertraglichen Vorgaben“ und übt seine Arbeit notwendigerweise in einem gewissen Maße „im Rahmen einer fremdbestimmten Organisation“ aus. Dementsprechend stellen die Rechtsprechung und ganz herrschende Literatur auch nicht auf die Weisungsgebundenheit als solche, sondern auf dessen Maß ab und sehen in Umständen, die zu einer Einordnung in die Arbeitsorganisation des Unternehmers im Sinne der sächsischen Definition führen würden, wie z.B. der Pflicht, sich

⁷²⁷ So BAG, Urteil v. 15.3.1978 - 5 AZR 819/76, BAGE 30, 163-176 (163, 170).

regelmäßig morgens im Büro des Unternehmers einzufinden bzw. an jedem Morgen an den in der Firma stattfindenden Arbeitsbesprechungen teilzunehmen, nur Indizien, deren Vorliegen im Rahmen einer Gesamtabwägung die Handelsvertretereigenschaft und darum Selbständigkeit nicht verhindern (vgl. Kapitel 5.3.2.). Eine derartige Einschränkung bzw. Flexibilität seiner Merkmale z.B. durch die Formulierung, daß Arbeitnehmer sei, wer seine Arbeit „im wesentlichen“ im Rahmen einer fremdbestimmten Organisation nach Weisungen oder vertraglichen Vorgaben verrichte, besitzt der Entwurf des Freistaates Sachsen jedoch nicht.

Obwohl beim Handelsvertreter die Arbeitnehmerdefinition des Freistaates Sachsen erfüllt sein kann, ist der Handelsvertreter unstreitig Selbständiger.

11.2.1.3. Ergebnis zu Kapitel 11.2.1.

Die abgeschlossene positive Arbeitnehmerdefinition des Freistaates Sachsen, insbesondere deren Beschränkung auf unbedingte, kumulative Merkmale, ist nicht in der Lage, die Vielfalt des Arbeitslebens zu erfassen. Es sind einerseits Fälle denkbar, in denen die Voraussetzungen der Definition nicht erfüllt sind, aber anerkanntermaßen eine Arbeitnehmereigenschaft vorliegen kann, andererseits gibt es Fälle, in denen die Definition zwar erfüllt ist, aber anerkanntermaßen eine Selbständigkeit vorliegen kann.

11.2.2. Die negative Bestimmung in § 1 Abs. 3 S. 2 des Entwurfs

Im Hinblick auf das Merkmal der „unternehmerischen Tätigkeit“ in der negativen Bestimmung des Arbeitnehmerbegriffs in § 1 Abs. 3 S. 2 des Entwurfs gilt das soeben in Kapitel 11.1. zum Entwurf des Arbeitskreises Deutsche Rechtseinheit im Arbeitsrecht Gesagte entsprechend.

Soweit der Freistaat Sachsen die unternehmerische Tätigkeit aber noch um das Merkmal der „freien Wahl“ erweitert, ist auf die Besprechung der „Freiwilligkeit“ in Kapitel 10.4. zu verweisen. Richtig ist an dem Kriterium der „freien Wahl“, daß bei der vom ehemaligen Arbeitgeber erzwungenen Übernahme einer Arbeit durch einen bislang als Arbeitnehmer

Tätigen nunmehr als „Selbständiger“ unter Beibehaltung der Umstände der Tätigkeit typischerweise eine bloße Scheinselbständigkeit vorliegt. Im übrigen ist das Merkmal der Freiwilligkeit jedoch abzulehnen, da es - zum Schutze des Arbeitnehmers und der Funktionsfähigkeit der Sozialversicherungen - sowohl dem Arbeits- als auch dem Sozialversicherungsrecht fremd ist. Ob jemand - zumal in Zeiten hoher Arbeitslosigkeit - „freiwillig“ auf seine Arbeitnehmereigenschaft und damit seinen arbeitsrechtlichen Schutz verzichtet, um durch die Verwertung seiner Arbeitskraft seinen Lebensunterhalt verdienen zu können, ist bereits mehr als fraglich und kann darum nicht entscheidend sein. Die Gefahr des allein durch die äußeren Umstände „erpreßten“ Verzichts auf den Arbeitsrechtsschutz will das Arbeitsrecht gerade verhindern. Und der tatsächlich ganz und gar freiwillige Verzicht auf eine abhängige Beschäftigung, wie er aufgrund der hohen Sozialabgaben heute umfangreich im Rahmen scheinselbständiger Erwerbsformen zu finden ist, wird im Sozialversicherungsrecht als Zwangsversicherungsrecht nicht berücksichtigt, da eine - freiwillig - fehlende Sozialversicherung zu Lasten der Allgemeinheit geht, die einen derartigen Mangel mittels der Zahlung von z.B. Sozialhilfeleistungen auszugleichen hat.

11.2.3. Ergebnis zu Kapitel 11.2.

Der Gesetzgebungsvorschlag des Freistaates Sachsen ist abzulehnen, da seine Arbeitnehmerdefinition zum einen anerkannte Formen abhängiger Arbeit nicht erfaßt, zum anderen anerkannte selbständige Erwerbsformen erfaßt. Das Merkmal der „unternehmerischen Tätigkeit“ für einen Selbständigen ist ohne eigenen Aussagewert, und das Merkmal der „freien Wahl“ kann im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht für die Bestimmung des Arbeitnehmer- bzw. Beschäftigtenbegriffs keine Rolle spielen.

11.3. Land Brandenburg

(Siehe zum Gesetzgebungsvorschlag des Landes Brandenburg zunächst Kapitel 4.9.).

Der Gesetzgebungsvorschlag des Landes Brandenburg in § 2 Arbeitsvertragsgesetz lautet:

„(1) Arbeitnehmer ist, wer persönlich aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags weisungsgebunden für einen anderen Dienste leistet, ohne aufgrund freiwillig übernommenen Unternehmerrisikos selbständig am Markt aufzutreten. ...

(2) Kann jemand nicht im wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen, wird unwiderlegbar vermutet, daß er Arbeitnehmer ist. Arbeitet jemand ohne eigene Mitarbeiter oder ohne eigenes Betriebskapital für einen anderen, so wird vermutet, daß er Arbeitnehmer ist.

(3) ...

(4) Die in Heimarbeit Beschäftigten sind Arbeitnehmer. ...“

11.3.1. Die Definition durch § 2 Abs. 1 S. 1 1. HS des Entwurfs

Der 1. HS des § 2 Abs. 1 S. 1 des Entwurfs stellt eine Bestimmung des Arbeitnehmerbegriffs dar, die sich an die Definition des Arbeitnehmers nach Rechtsprechung und herrschender Literatur anlehnt, aber enger ist. Während nach Meinung der Rechtsprechung und herrschenden Literatur Arbeitnehmer ist, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages im Dienste eines anderen zur Arbeit verpflichtet ist (siehe Kapitel 4.1. und 4.4.), kommt in der Definition des Landes Brandenburg ausdrücklich noch die Weisungsgebundenheit als Voraussetzung der Arbeitnehmereigenschaft hinzu.

Wohl stellt die Weisungsgebundenheit auch nach Rechtsprechung und herrschendem Schrifttum das wichtigste Indiz zur Feststellung der Arbeit „im Dienste eines anderen“ dar, ist aber eben nur ein Indiz und nicht wie im Entwurf Brandenburgs Tatbestandsmerkmal und Voraussetzung der Arbeitnehmereigenschaft. Konsequenz der engeren Sichtweise des Landes Brandenburg ist, daß bei einer großen Freiheit von Weisungen, wie dies bei z.B. bei Außendienstmitarbeitern und Telearbeitern im Rahmen eines Management by Objectives der Fall sein kann, die Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft auf Schwierigkeiten stößt. Hingegen kann die Rechtsprechung und herrschende Literatur ungezwungen auf die Kontrolle des Außendienstmitarbeiters oder Telearbeiters, die im Rahmen des Management by

Objectives praktisch die Weisungsbindung ersetzt, abstellen.

Die Weisungsbindung als unabdingbare Voraussetzung der Arbeitnehmereigenschaft ist abzulehnen, soweit sie wie im Entwurf des Landes Brandenburgs uneingeschränkt und nicht z.B. lediglich „im wesentlichen“ gefordert wird, da Arbeitnehmertätigkeiten existieren, die in großem Maße weisungsfrei stattfinden.

11.3.2. Die Definition durch § 2 Abs. 1 S. 1 2. HS des Entwurfs

Der 2. HS des § 2 Abs. 1 S. 1 des Entwurfs gründet systematisch und inhaltlich auf dem Modell Wanks.

11.3.2.1. Die Systematik des § 2 Abs. 1 S. 1 2. HS des Entwurfs

Die systematische Vorgehensweise entspricht im Prinzip derjenigen Wanks (vgl. dazu insb. Kapitel 4.5.). Zunächst wird der Arbeitnehmer durch verschiedene Merkmale bestimmt, dann werden aus der so entstandenen Personengruppe alle ausgeschieden, die die Merkmale der Selbständigkeit aufweisen.

Allerdings findet sich im Entwurf des Landes Brandenburgs ein entscheidender Unterschied im Vergleich zu Wank.

Wank erfaßt in seinem ersten Schritt mittels seiner typischen Arbeitnehmermerkmale (auf Dauer angelegte Arbeit nur für einen Arbeitnehmer, in eigener Person, ohne Mitarbeiter, im wesentlichen ohne eigenes Kapital, im wesentlichen ohne eigene Organisation) nicht nur Arbeitnehmer, sondern auch arbeitnehmerähnliche und nicht-arbeitnehmerähnliche Selbständige in Form von Ein-Personen-Unternehmen. Um dann in einem zweiten Schritt - nur - die seines Erachtens echten Selbständigen auszuscheiden (zu denen nach Ansicht Wanks nicht die arbeitnehmerähnlichen Selbständigen als wirtschaftlich Abhängige gehören), grenzt er alle von der Arbeitnehmereigenschaft aus, die die Merkmale der freiwilligen Übernahme eines Unternehmerrisikos, des Auftretens am Markt und der Ausgewogenheit im

Hinblick auf unternehmerische Chancen und unternehmerisches Risiko erfüllen.

Anders ist dies beim Entwurf des Landes Brandenburg. Durch diesen werden im Rahmen des ersten Schritts mittels der, zumal noch eingeeengten, Anwendung der Arbeitnehmerdefinition von Rechtsprechung und herrschendem Schrifttum in § 2 Abs. 1 S. 1 1. HS des Entwurfs von vornherein nur solche Personen erfaßt, die nach allen Ansichten Arbeitnehmer sind. Insbesondere fallen unter die Definition in § 2 Abs. 1 S. 1 1. HS des Entwurfs (im Gegensatz zu Wank) nicht die Erwerbsformen, die als arbeitnehmerähnliche Selbständigkeit eingeordnet werden, weil sich diese Tätigkeiten gerade dadurch auszeichnen, daß eine Weisungsgebundenheit nicht besteht. Insofern scheint das Land Brandenburg einen Fehler begangen zu haben, findet sich doch zum Gesetzentwurf folgende Begründung: „Absatz 1 der Vorschrift enthält die neue Arbeitnehmerdefinition. Abgestellt wird auf die persönliche weisungsgebundene Dienstleistung aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages ohne selbständiges Auftreten am Markt. Entscheidend soll sein, ob unternehmerische Chancen und Risiken wahrgenommen werden. Damit wird auch ein erheblicher Teil der arbeitnehmerähnlichen Personen (§ 12 a Tarifvertragsgesetz) erfaßt. Damit wird zugleich die Widersprüchlichkeit beseitigt, daß arbeitnehmerähnliche Personen zum Teil bereits gegenwärtig als Arbeitnehmer gelten, z.B. gemäß § 5 Abs. 1 S. 2 Arbeitsgerichtsgesetz und gemäß § 2 S. 2 BUrlG, ansonsten aber als selbständig angesehen werden.“⁷²⁸

In einem zweiten Schritt will das Land Brandenburg dann in Anlehnung an Wank aus den Personen, die unter die Definition in § 2 Abs. 1 S. 1 1. HS des Entwurfs fallen, mittels der Merkmale in § 2 Abs. 1 S. 1 2. HS des Entwurfs (nur) alle ausscheiden, die seines Erachtens tatsächlich selbständig sind, wozu z.B. arbeitnehmerähnliche Selbständige als wirtschaftlich Abhängige nicht gehören sollen: „Die in der Rechtsprechung entwickelte Abgrenzung nach dem Grad der Weisungsabhängigkeit erweist sich dabei als zunehmend disfunktional. Grund für die Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers ist nicht seine Weisungsabhängigkeit, sondern die Tatsache, daß der Arbeitnehmer wirtschaftlich, in seiner Existenzgrundlage, vom Arbeitgeber abhängig ist. Diesem Schutzzweck entspricht es, nur diejenigen vom Anwendungsbereich des Arbeitsrechts auszunehmen und damit als selbständig zu betrachten, die tatsächlich freiwillig ein unternehmerisches Risiko mit entsprechenden Chancen wahrnehmen können. Nur wenn auf die unternehmerischen Chancen abgestellt wird, ist es möglich,

⁷²⁸ Land Brandenburg (1996), 142.

die um sich greifende vorgetäuschte Scheinselbständigkeit zu bekämpfen.“⁷²⁹ Die Absicht des Landes Brandenburg, entgegen der Rechtsprechung nicht weisungsabhängige, sondern wirtschaftlich schutzbedürftige Personen dem Arbeitsrecht zu unterstellen, muß aber zwangsläufig scheitern, wenn durch § 2 Abs. 1 S. 1 1. HS des Entwurfs mit der Definition der Rechtsprechung und der zusätzlichen ausdrücklichen Voraussetzung der Weisungsgebundenheit zunächst überhaupt nur weisungsgebundene Personen, zu denen die wirtschaftlich Abhängigen und somit nach geltendem Recht Arbeitnehmerähnlichen gerade nicht gehören, in den Anwendungsbereich des Arbeitsrechts herein genommen werden.

11.3.2.2. Der Inhalt des § 2 Abs. 1 S. 1 2. HS des Entwurfs

Die inhaltliche Ausgestaltung des § 2 Abs. 1 S. 1 2. HS des Entwurfs in Verbindung mit der geschilderten Systematik wirkt sich schädlich aus.

Durch § 2 Abs. 1 S. 1 2. HS des Entwurfs werden aus dem Kreis der mittels § 2 Abs. 1 S. 1 1. HS des Entwurfs in den Arbeitnehmerbegriff eingeschlossenen Personen alle Erwerbstätigen herausgenommen, die

aufgrund freiwillig übernommenen Unternehmerrisikos selbständig
am Markt

aufzutreten.

Zu diesen Merkmalen gilt folgendes:

Die Übernahme eines Unternehmerrisikos stellt zwar insoweit ein Merkmal für die Abgrenzung des Arbeitnehmers vom Selbständigen dar, als ein Arbeitnehmer typischerweise kein Unternehmerrisiko trägt. Allerdings wird eine Person nicht schon dadurch zum Selbständigen, daß sie ein Unternehmerrisiko trägt. Es ist gerade ein Merkmal der scheinselbständigen Erwerbsformen, daß die Betroffenen ein unternehmerisches Risiko tragen. Soweit Wank darum eine dem Unternehmerrisiko entsprechende unternehmerische Chance verlangt und dieser Gedanke auch nach der in Kapitel 11.3.2.1. zitierten Begründung dem Gesetzentwurf des Landes Brandenburg zugrunde liegt, findet die Erforderlichkeit unternehmerischer

⁷²⁹ Land Brandenburg (1996), 142.

Chancen jedenfalls im Entwurf selbst keine Stütze, wenn dort nur von einem Unternehmerrisiko die Rede ist.

In § 2 Abs. 1 S. 1 2. HS des Entwurfs wird der Tatsache, daß die scheinselfständigen Erwerbsformen sich gerade durch die Übernahme eines Unternehmerrisikos auszeichnen, nur dadurch Rechnung getragen, daß die „Freiwilligkeit“ der Übernahme verlangt wird. Man war wohl der Ansicht, daß es sich bei scheinselfständigen Beschäftigungsformen immer um aufgezwungene handelt. Dies ist jedoch falsch, vielmehr werden derartige Tätigkeiten gerade in großem Umfang freiwillig eingegangen, um vor allem die Sozialversicherungsabgaben zu sparen (vgl. Kapitel 3.6.). Ganz abgesehen davon, daß das Merkmal der Freiwilligkeit schon prinzipiell abzulehnen ist (siehe Kapitel 10.4.).

Das Merkmal des „selfständigen“ Auftretens hat keine eigenständige Bedeutung. Es handelt sich dabei nicht nur um den reinen Gegenbegriff zum abhängigen Auftreten als Arbeitnehmer, sondern auch das Land Brandenburg macht durch die Formulierung „aufgrund freiwillig übernommenen Unternehmerrisikos“ deutlich, daß die Selbständigkeit des Auftretens aus der freiwilligen Übernahme eines Unternehmerrisikos folgt.

Das Auftreten „am Markt“ ist schließlich jedem möglich, sei es durch das Angebot seiner Arbeitskraft am Markt im Rahmen der Suche nach einer abhängigen Beschäftigung, sei es aber auch durch das Angebot einer oder sogar mehrerer abhängiger oder selfständiger Erwerbstätigkeiten neben einer abhängigen Beschäftigung (vgl. Kapitel 9.2. und 10.5.). Gerade die lediglich wirtschaftlich abhängigen Erwerbstätigen, die nach geltendem Recht die arbeitnehmerähnlichen Selfständigen darstellen und die das Land Brandenburg mit seinem Arbeitnehmerbegriff erfassen will, treten am Markt auf bzw. sind in der Lage, am Markt aufzutreten - ihre wirtschaftliche Abhängigkeit steht dem nicht entgegen, sondern fordert im Gegenteil zu einer anderweitigen bzw. zusätzlichen Verwertung der Arbeitskraft geradezu heraus.

Die Folge der Herausnahme solcher Personen durch § 2 Abs. 1 S. 1 2. HS des Entwurfs aus dem Kreis der mittels § 2 Abs. 1 S. 1 1. HS des Entwurfs in den Arbeitnehmerbegriff eingeschlossenen Personen, die aufgrund freiwillig übernommenen Unternehmerrisikos selfständig am Markt auftreten, ist nun das Gegenteil dessen, was der Gesetzgebungsvorschlag des

Landes Brandenburg erreichen will: Derjenige, der freiwillig ein Unternehmerrisiko übernimmt, z.B. um die Sozialversicherungsabgaben zu sparen, und mit seiner Arbeitskraft am Markt auftritt, indem er für mehrere Auftraggeber arbeitet, ist trotz der persönlichen und weisungsgebundenen (!) Leistung von Diensten für einen anderen aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages nach § 2 Abs. 1 S. 1 des Entwurfs des Landes Brandenburg kein Arbeitnehmer.

11.3.3. Die Vermutung in § 2 Abs. 2 S. 1 des Entwurfs

Die unwiderlegbare Vermutung in § 2 Abs. 2 S. 1 des Entwurfs, daß derjenige Arbeitnehmer ist, der nicht im wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann, nutzt die Merkmale des § 84 Abs. 1 S. 2 HGB, dreht die dortige Regelung jedoch um. Dadurch widerspricht sie der Arbeitnehmerdefinition in § 2 Abs. 1 S. 1 des Entwurfs, nach der ausschließlich derjenige (nach Art seiner Tätigkeit und Arbeitszeit) Weisungsgebundene Arbeitnehmer ist, der nicht aufgrund freiwillig übernommenen Unternehmerrisikos selbständig am Markt auftritt. In der Vermutung des § 2 Abs. 2 S. 1 des Entwurfs spielt diese Beschränkung durch § 2 Abs. 1 S. 1 2. HS keine Rolle, es kommt zu einer Systemwidrigkeit. Wenn das Land Brandenburg schon Wank folgend aus dem Arbeitnehmerbegriff alle Personen herausnehmen will, die „aufgrund eines freiwillig übernommenen Unternehmerrisikos selbständig am Markt auftreten,“ dann muß es diese Konzeption auch durchhalten. So jedoch ist es möglich, daß von einer Person, die nach § 2 Abs. 1 S. 1 des Entwurfs nicht unter den Arbeitnehmerbegriff fällt, nach § 2 Abs. 2 S. 1 des Entwurfs unwiderlegbar vermutet wird, daß sie Arbeitnehmer ist.

11.3.4. Die Vermutung in § 2 Abs. 2 S. 2 des Entwurfs

Die Regelung in § 2 Abs. 2 S. 2 des Entwurfs, wonach von jemandem, der ohne eigene Mitarbeiter oder ohne eigenes Betriebskapital für einen anderen arbeitet, vermutet wird, daß er Arbeitnehmer ist, widerspricht ebenfalls der Arbeitnehmerdefinition in § 2 Abs. 1 S. 1 des Entwurfs. Durch das Erfordernis der Weisungsbindung wird dort der wirtschaftlich abhängige Erwerbstätige, der nach geltendem Recht arbeitnehmerähnlicher Selbständiger ist, aus

dem Arbeitnehmerbegriff ausgeschieden (wenn auch entgegen der erklärten Absicht des Landes Brandenburg; siehe Kapitel 11.3.2.1.). Unter die Vermutungsregelung in § 2 Abs. 2 S. 2 des Entwurfs fällt dann jedoch wieder eine Vielzahl wirtschaftlich abhängiger, damit arbeitnehmerähnlicher Selbständiger, wenn für die Vermutung der Arbeitnehmereigenschaft genügt, daß jemand ohne eigene Mitarbeiter oder ohne eigenes Betriebskapital arbeitet, und auf die Weisungsbindung keine Rücksicht genommen wird.

Doch selbst wenn man diese Erfassung wirtschaftlich abhängiger, arbeitnehmerähnlicher Selbständiger grundsätzlich gut heißt, scheitert die Vermutungsregelung in § 2 Abs. 2 S. 2 des Entwurfs. Sie kann nämlich die Erfassung wirtschaftlich Abhängiger mit ihren Merkmalen „ohne eigene Mitarbeiter“ oder „ohne eigenes Betriebskapital“ gar nicht sicherstellen, da sie schon beim Einsatz eigenen Betriebskapitals, der eine wirtschaftliche Abhängigkeit z.B. wegen des Erfordernisses laufender Einnahmen nicht ausschließt, nicht greift.

Und schließlich entspricht die Regelung in § 2 Abs. 2 S. 2 des Entwurfs wiederum nicht dem Modell Wanks, auf das sie sich gerade stützt. Dies sieht auch Wank: „Da schon beim Fehlen einer der beiden Voraussetzungen die Arbeitnehmereigenschaft vermutet wird, ist der Begriff zu weit gefaßt. Von Arbeitnehmereigenschaft kann nur die Rede sein, wenn alle drei Kriterien fehlen, nämlich eigene Mitarbeiter, eigenes Betriebskapital, Auftreten am Markt (mehrere Vertragspartner).“⁷³⁰

11.3.5. Die Heimarbeiter in § 2 Abs. 4 S. 1 des Entwurfs

Die ausdrückliche Einbeziehung der Heimarbeiter in den Kreis der Arbeitnehmer nach § 2 Abs. 4 S. 1 des Entwurfs ist grundsätzlich konsequent, will doch das Land Brandenburg mit seinem Entwurf alle wirtschaftlich abhängigen, somit nach geltendem Recht arbeitnehmerähnlichen Selbständigen mit seinem Arbeitnehmerbegriff erfassen. Allerdings gelingt das weder in § 2 Abs. 1 S. 1 des Entwurfs, da dort die Weisungsgebundenheit vorausgesetzt wird, der die wirtschaftlich Abhängigen gerade nicht unterliegen, noch in § 2 Abs. 2 S. 2 des Entwurfs, da wirtschaftlich Abhängige ohne weiteres z.B. über eigenes Betriebskapital verfügen können. Wenn das Land Brandenburg also zwar die Heimarbeiter als wirtschaftlich

⁷³⁰ Wank (1997 B), 66, der dem Entwurf im übrigen positiv gegenübersteht.

Abhängige in das Arbeitsrecht einbezieht, andere wirtschaftlich Abhängige jedoch nicht erfaßt, ist dies widersprüchlich und verstößt auch gegen das verfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgebot (Art. 3 Abs. 1 GG).

11.3.6. Ergebnis zu Kapitel 11.3.

Dem Gesetzgebungsvorschlag des Landes Brandenburg kann nicht gefolgt werden.

Das Ziel des Landes Brandenburg, entgegen der Rechtsprechung für die Arbeitnehmereigenschaft nicht auf die Weisungsgebundenheit, sondern die wirtschaftliche Abhängigkeit einer Person abzustellen, um auch die nach geltendem Recht arbeitnehmerähnlichen Selbständigen zu erfassen, muß zwangsläufig scheitern, wenn in der Definition des Arbeitnehmerbegriffs als unabdingbare Voraussetzung der Arbeitnehmereigenschaft die Weisungsgebundenheit ausdrücklich verlangt wird. Hier ist die Definition des Landes Brandenburg noch enger als diejenige der Rechtsprechung und herrschenden Literatur.

Die nach dem Vorbild Wanks vorgenommene Einschränkung aller in einem ersten Schritt unter die Arbeitnehmermerkmale fallenden Personen um echte Selbständige scheitert daran, daß nicht wie bei Wank auch wirtschaftlich abhängige, nach geltendem Recht arbeitnehmerähnliche Selbständige zunächst vom Arbeitnehmerbegriff erfaßt werden. Vielmehr wirkt sich die in dem zweiten Schritt vorgenommene Einschränkung derart aus, daß Personen, die nach Rechtsprechung und herrschender Literatur Arbeitnehmer wären, aus dem Arbeitnehmerbegriff herausfallen.

Die Vermutungsregelungen des Landes Brandenburg sind im Rahmen des Entwurfs widersprüchlich und systemwidrig. Sie sind außerdem zum einen zu eng, da sie entgegen ihrer Intention nicht alle wirtschaftlich abhängigen, arbeitnehmerähnlichen Selbständigen erfassen, zum anderen zu weit, da sie (nach dem Modell Wanks) Selbständige erfassen.

Die ausdrückliche Einbeziehung der Heimarbeiter in den Arbeitnehmerbegriff widerspricht dem Grundsatz der Gleichbehandlung, da der Entwurf die übrigen wirtschaftlich abhängigen, arbeitnehmerähnlichen Selbständigen nicht zu erfassen vermag.

11.4. Ergebnis zu Kapitel 11.

Neben der Einzelkritik gilt für jeden Gesetzgebungsvorschlag, daß Fälle denkbar sind, in denen einzelne Voraussetzungen der Arbeitnehmerdefinitionen nicht erfüllt sind, aber dennoch eine nach allen Ansichten schutzbedürftige, abhängige Erwerbstätigkeit vorliegt (die nach geltendem Recht auch als Arbeitnehmereigenschaft einzuordnen ist). Das Ziel der Gesetzgebungsvorschläge, die Arbeitnehmereigenschaft und damit den Schutz durch das Arbeitsrecht auf alle Personen auszudehnen, die wirtschaftlich abhängig und darum schutzbedürftig sind, wird verfehlt.

Es zeigt sich deutlich, daß die Bestimmung der Arbeitnehmereigenschaft mittels Definitionen, also die Bestimmung eines Begriffs durch bestimmte Eigenschaften, die immer vorhanden sein müssen (zum Begriff der Definition siehe Kapitel 4.1.), im Bereich der Vielgestaltigkeit des Erwerbslebens wenn nicht völlig unmöglich, so doch ausgesprochen schwierig ist. Die beschriebenen Definitionsversuche scheitern jedenfalls.

12. Konsequenzen für die von der Rechtsprechung und herrschenden Literatur vertretene Meinung

(Siehe zu der Rechtsprechung und herrschenden Literatur - Persönliche Abhängigkeit und Typologie - zunächst oben Kapitel 4.1. und 4.4.).

Entscheidend für die Frage, ob es einer Neudefinition des Arbeitnehmerbegriffs bedarf, ist neben der Tauglichkeit der Alternativvorschläge die Fähigkeit von Rechtsprechung und herrschender Literatur, mit ihrer typologischen Abgrenzung des Arbeitnehmers vom Selbständigen auf die neuen Entwicklungen in der Arbeitswelt reagieren und die neuen Formen der Scheinselbständigkeit erfassen zu können. Ein besonderes Augenmerk ist dabei der Rechtssicherheit zu widmen.

12.1. Die Erfassung scheinselbständiger Erwerbsformen

Im Hinblick auf das Leitbild des Arbeitnehmerbegriffs der Rechtsprechung und herrschenden Literatur bestehen zwei gegensätzliche Ansichten:

Von denjenigen, die eine Neudefinition des Arbeitnehmerbegriffs fordern, wird der Rechtsprechung und herrschenden Literatur vorgeworfen, sie hingen einem veralterten Arbeitnehmerbegriff in Form des „Fabrikarbeiters“ nach. Dieses klassische Bild der Vornahme der Tätigkeit in der Betriebsstätte des Arbeitgebers unter klarer zeitlicher, örtlicher und tätigkeitsbezogener Bindung treffe heute jedoch nicht mehr zu und der traditionelle Arbeitnehmerbegriff von Rechtsprechung und herrschender Literatur müsse darum zwangsläufig versagen.⁷³¹

Die Befürworter des Arbeitnehmerbegriffs von Rechtsprechung und herrschendem Schrifttum sehen demgegenüber den entscheidenden Vorteil der Verwendung der Rechtsfigur des Typus gerade in dessen Anpassungsfähigkeit an die geänderten Strukturen und Formen in

⁷³¹ Vgl. Bauschke (1994), 210f.; Buschmann (1992), 135f.; Fraktion Bündnis 90/Die Grünen (1997), 1; Gitter (1996 B), 265; Hümmerich (1998), 2627f.; Kreuder (1996 B), 391; Steinmeyer, zitiert nach Elsner (1996

der Arbeitswelt. Eben dadurch sei über die Jahrzehnte hinweg eine Umgehung des Arbeits- und Sozialrechts zum Nachteil abhängig beschäftigter Personen verhindert worden.⁷³²

Zu prüfen ist folglich, inwieweit Rechtsprechung und herrschende Literatur mit ihrem Modell der Abgrenzung des Arbeitnehmers vom Selbständigen in der Lage sind, sich den Veränderungen in der Erwerbswelt anzupassen und scheinselbständige Erwerbsformen zu erfassen, oder ob sie dem veralterten Arbeitnehmerbild des „Fabrikarbeiters“ nachhängen.

12.1.1. Die Erfassung scheinselbständiger Erwerbsformen im Außendienst

Wie in Kapitel 3.8. dargestellt, handelt es sich bei dem Außendienst um den „klassischen Bereich der Scheinselbständigkeit“, da in diesem die zeitliche, örtliche und tätigkeitsbezogene Weisungsbindung aufgrund der Betriebsexternität und Erfolgsbezogenheit der Tätigkeit nie eine derartige Rolle spielen konnte wie beim „Fabrikarbeiter“.

Auf diese Situation hat nicht nur 1953 der Gesetzgeber mit der Neuregelung des Handelsvertreter-Rechts reagiert (siehe Kapitel 3.8.1.), sondern schon frühzeitig - erzwungenermaßen - auch die Rechtsprechung und herrschende Literatur. Ihr ist es dabei, wie in Kapitel 5.3. ausführlich gezeigt, gelungen, mit speziellen Merkmalen und Indizien die besonderen Umstände im Außendienst folgerichtig zu erfassen und den Arbeitnehmer im Außendienst vom selbständigen Handelsvertreter abzugrenzen. An dieser Stelle sei nur beispielhaft die Anpassung an das bei der betriebsexternen Tätigkeit erforderliche Management bei Objectives genannt. Da anders als bei der betriebsinternen Arbeit die Steuerung der betriebsexternen Arbeit nicht über ständige, in unmittelbarer Interaktion vorgenommene persönliche Weisungen, sondern nur über Zielvorgaben in Verbindung mit entsprechenden Anreizen und Kontrollen möglich ist, stellt die Rechtsprechung und herrschende Literatur z.B. ab auf:

Weisungen über einen Mindestumsatz bzw. -erfolg oder eine Zielplanung,

Weisungen über Mindestarbeitszeiten, die Erledigung eines bestimmten Arbeitspensums oder die genaue Festlegung der Reisezeiten,

Vorgaben hinsichtlich der Kundenbesuche, die zu einer weitgehenden Inanspruchnahme

A), 100; ders., zitiert nach Elsner (1996 B), 163; Wank, zitiert nach Elsner (1996 A), 101; ders., zitiert nach Elsner (1996 B), 164. Vgl. allg. zur Überalterung des arbeitsrechtlichen Systems Heinze (1997), 1f.

der als Arbeitszeit überhaupt in Betracht kommenden Zeit führen, eine umfassende Kontrolle und Leistungsüberprüfung sowie eine ausschließlich erfolgsabhängige Vergütung.

Es ist also u.a. gelungen, daß Merkmal der Fremdbestimmtheit der Arbeitsleistung nicht auf die Einzelheiten der Arbeitsleistung, sondern, wie es das Management by Objectives erforderlich macht, auf die Arbeitsziele zu beziehen. Bei der Abgrenzung des Außendienstangestellten vom Handelsvertreter zeigt sich deutlich die bereits vom RAG genutzte grundsätzliche Flexibilität des Modells von Rechtsprechung und herrschendem Schrifttum. Die Kritik, daß Rechtsprechung und herrschende Literatur für die Abgrenzung des Arbeitnehmers vom Selbständigen seit jeher und unverändert am „Fabrikarbeiter“ als dem betriebsintern und unter klarer zeitlicher, örtlicher und tätigkeitsbezogener Bindung Tätigen festhielten, ist falsch. Vielmehr kennen Rechtsprechung und herrschende Literatur praktisch ebenso lang den Außendienstmitarbeiter als betriebsextern und unter fehlender klarer zeitlicher, örtlicher und tätigkeitsbezogener Bindung Tätigen, haben ihre Abgrenzungsmerkmale auf diese Erwerbsform angepaßt und damit Flexibilität bewiesen.

12.1.2. Die Erfassung neuer Formen der Scheinselbständigkeit

Die Rechtsprechung hat die Anpassungsfähigkeit ihres Abgrenzungsmodells aber nicht nur für den Außendienst, sondern auch schon für die neuen Formen der Scheinselbständigkeit unter Beweis gestellt.

12.1.2.1. Das Frachtführer-Urteil des BAG

Mit am häufigsten wurde im Rahmen der Scheinselbständigkeit in den letzten Jahren die Tätigkeit als „selbständiger“ Frachtführer bzw. Kurierfahrer angeführt und diskutiert (vgl. bereits Kapitel 3.3.1.1.). Über die Arbeitnehmereigenschaft eines solchen hatte inzwischen

⁷³² BVerfG, Beschluß v. 20.5.1996 - 1 BvR 21/96, AP Nr. 82 zu § 611 BGB Abhängigkeit = NJW 1996, 2644 = NZS 1996, 522f. (522).

auch das BAG zu entscheiden.⁷³³ Seinem Urteil lag der folgende Sachverhalt zugrunde:⁷³⁴

Die Beklagte befaßt sich mit der Beförderung von Fracht- und Exportgut. Ihr Frachtzentrum in Düsseldorf führt Vor- und Nachlauf der Fracht (Hinbringen zum, Abholen vom Einzelkunden) mit Hilfe sog. Nahverkehrspartner durch. Bei diesen handelt es sich um Unternehmen, die mehrere Transportfahrzeuge mit Fahrern einsetzen sowie um Einzelpersonen, die ihre einzigen eigenen Transportfahrzeuge selbst führen. Die Transportfahrzeuge weisen die Farben und das Logo der Beklagten auf, die Transporteure tragen einheitliche Firmenkleidung der Beklagten. Alle Transporteure haben morgens um 6 Uhr zur Übernahme der Transportaufträge und der Transportgüter zu erscheinen. Die Auslieferungsaufträge werden erteilt, indem die Transportfahrer die für sie bestimmten Sendungen von einem Rollband im Depot der Beklagten nehmen. Auslieferung und Abholung von Transportgut haben zu den Zeitoptionen der Kunden zu erfolgen. Die Routen legen die Transporteure selbst fest. Während des Tages haben sich die Transporteure stündlich bei der Beklagten telefonisch zu melden, um ggf. neue Abholaufträge entgegenzunehmen.

Der Kläger hatte seit 1989 ein Kleintransportgewerbe angemeldet. Er fuhr sein einziges Transportfahrzeug selbst. Zunächst war er für ein Unternehmen tätig, das seinerseits Nahverkehrspartner der Beklagten war, seit Februar 1992 war es selbst deren Nahverkehrspartner. Im Formularvertrag mit der Beklagten hatte sich der Kläger verpflichtet, von Montag bis Freitag die von der Beklagten erteilten Nahverkehrsaufträge gegen Zahlung fester Vergütungen pro Sendung durchzuführen, alle Sendungen pünktlich und korrekt abzuliefern bzw. abzuholen, sein Fahrzeug in gutem Pflegezustand zu halten und nur solche Personen als Fahrer einzusetzen, die den Ansprüchen der Beklagten genügten.

Die Beklagte warf dem Kläger Vertragsverfehlungen vor und kündigte ihm deswegen ordentlich. Hiergegen erhob der Kläger Klage, die das Arbeitsgericht mit der Begründung abwies, der Kläger sei kein Arbeitnehmer der Beklagten gewesen. Das LAG Düsseldorf hat der Klage jedoch stattgegeben und angenommen, daß der Kläger Arbeitnehmer der Beklagten

⁷³³ BAG, Urteil v. 19.11.1997 - 5 AZR 653/96, NZA 1998, 364-368 = ZIP 1998, 612-617 = DB 1998, 624-626 = AiB 1998, 294f. mit Anm. Mayer. Eine gleichgelagerte Entscheidung stellt BAG, Beschluß v. 8.9.1997 - 5 AZB 3/97, NZA 1997, 1302f., dar.

⁷³⁴ Die Zusammenfassung des Sachverhalts basiert auf der Pressemitteilung 61/97 des BAG, abgedruckt in ArbuR 1998, 32f., und BB 1997, 2529.

gewesen und die Kündigung mangels sozialer Rechtfertigung unwirksam gewesen sei.⁷³⁵ Die Revision der Beklagten hatte keinen Erfolg.

Das BAG nahm ein Arbeitsverhältnis des Klägers mit der Beklagten an. Dabei stellt es zu Beginn fest, daß das LAG Düsseldorf den vom BAG entwickelten herkömmlichen Arbeitnehmerbegriff zugrunde gelegt habe und der Fall auch keinen Anlaß gebe, von diesem abzurücken. Anschließend legt es seinen Arbeitnehmerbegriff - wie üblich - dar und wendet ihn dann auf den vorliegenden Fall an:

Daß der Kläger nach der Präambel des Vertrags Frachtführer im Sinne des § 425 HGB sein sollte, sei rechtlich ohne Bedeutung. Zwar setze sich der Frachtführer, den der Gesetzgeber als Gewerbetreibenden und somit Selbständigen einordne, schon von Gesetzes wegen weitreichenden Weisungsrechten sowohl des Spediteurs als auch des Absenders und des Empfängers des Frachtgutes aus. Die Parteien hätten sich aber nicht auf solche Bindungen beschränkt, sondern Vereinbarungen getroffen und praktiziert, die zur Folge gehabt hätten, daß der Kläger gegenüber der Beklagten in weit höherem Maße als ein Frachtführer im Sinne des § 425 HGB unfrei gewesen sei, seine Tätigkeit auszuüben und seine Arbeitszeit zu gestalten.⁷³⁶

Der Kläger habe seine Arbeitszeit nicht im wesentlichen frei bestimmen können, da die Beklagte von montags bis freitags in der Zeit von 6.00 bis 16.00/17.00 Uhr über die Arbeitsleistung der Klägers habe verfügen könne. Die Einhaltung bestimmter Terminvorgaben sei für sich betrachtet zwar kein aussagekräftiger Hinweis auf ein Arbeitsverhältnis, da auch im Rahmen von Dienst- und Werkverträgen Termine für die Erledigung der Arbeit bestimmt werden könnten, allerdings habe die Beklagte im vorliegenden Fall an jedem Arbeitstag uneingeschränkt über die Arbeitsleistung des Klägers verfügt. Davon sei sie auch selbst ausgegangen, denn sie habe von Kunden angemeldete Sendungen bereits vor der telefonischen Meldung der Fahrer intern einzelnen Fahrern zugewiesen, ohne dies mit den Fahrern abzu-

⁷³⁵ LAG Düsseldorf, Urteil v. 4.9.1996 - 12 (6) (5) Sa 909/96, LAGE § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 33 = BB 1997, 891-893. Zu einer weiteren Entscheidung des LAG Düsseldorf zu der Arbeitnehmereigenschaft eines Frachtführers siehe LAG Düsseldorf, Beschluß v. 28.8.1995 - 14 Ta 330/94, BB 1995, 2275f. Zu der Arbeitnehmereigenschaft eines Kurierfahrers siehe z.B. ArbG Düsseldorf, Urteil v. 20.5.1988 - 4 Ca 5858/87 mit Anm. Buschmann, AiB 1989, 128-130.

⁷³⁶ Auch z.B. das ArbG Hamburg, Urteil v. 28.10.1987 - 6 Ca 544/86, bei Mayer (1990 B), 218, hat schon 1989 einen „selbständigen“ Kurierdienstfahrer aufgrund der detaillierten Vorgaben, die dem Fahrer hinsichtlich Dauer sowie Art und Weise der Tätigkeit gemacht wurden, als Arbeitnehmer angesehen.

stimmen.

Daß die Beklagte selbst von einer ständigen Dienstbereitschaft ausgegangen sei, werde des weiteren durch die vertragliche Regelung bestätigt, wonach die Bestimmung der festgelegten 20 Tage Jahresurlaub „einvernehmlich“ mit der Beklagten „spätestens vier Wochen vorher“ zu erfolgen habe.

Hinsichtlich der Gestaltung seiner Tätigkeit sei dem Kläger aus mehreren Gründen kein wesentlicher Spielraum verblieben:

Aufgrund der zeitlichen Inanspruchnahme durch die Auslieferung im Rahmen von Zeitblöcken bis 12.00 Uhr und der Verpflichtung, ab 11.00 bis 17.00 Uhr stündlich für die Entgegennahme von Abholaufträgen zur Verfügung zu stehen, sei eine Arbeit für andere Auftraggeber unter Berücksichtigung ausreichender Ruhezeiten faktisch so gut wie nicht möglich gewesen. Dies habe um so mehr gegolten, als es dem Kläger unter Androhung der fristlosen Kündigung verwehrt gewesen sei, fremde Sendungen auf dem Fahrzeug mitzuführen, was die Beklagte durch Stichproben auch kontrolliert habe.

Die Möglichkeit des Klägers, die Reihenfolge der Zustellungen und damit seine Fahrtroute selbst zu bestimmen, hätten nicht für eine selbständige Tätigkeit des Klägers gesprochen, da sich durch die Zeitoptionen der Kunden und den von der Beklagten zugewiesenen Bezirk für den Kläger nur eine geringe Gestaltungsmöglichkeit ergeben hätte.

Auch die für den Kläger verbindlichen Verhaltens- und Ordnungsregeln gingen in ihrer Intensität weit über das Maß hinaus, was zu einem selbständigen Unternehmer üblicherweise angenommen werde, und seien typisch für ein Arbeitsverhältnis. Die Beklagte hätte nicht lediglich ein ordentliches und gepflegtes Auftreten erwartet, sondern den Nahverkehrspartnern konkret vorgeschrieben, daß der Fahrer die Dienstkleidung der Beklagten zu tragen habe.

Schließlich sei die freie Gestaltung der Tätigkeit des Klägers auch durch die Bestimmung eingeschränkt gewesen, wann er sein Fahrzeug zu betanken, wann er notwendige Wartungs- und Pflegearbeiten durchzuführen und welche Ausrüstung vorhanden zu sein habe. Dies

habe um so mehr gegolten, als die Beklagte die Einhaltung der vertraglichen Bestimmungen durch „Fahrzeug-/Fahrer-Checks“ kontrolliert und mit der Androhung von Vertragsstrafen bzw. dem Nichteinsatz des Fahrzeugs sanktioniert habe.

Der Möglichkeit des Klägers, fremde Personen einzusetzen, sei kein besonderes Gewicht beizumessen. Zwar spreche die Berechtigung des zur Leistung Verpflichteten, die Leistung durch Dritte zu erbringen, aufgrund des eigenen Gestaltungsspielraums gegen die Annahme eines Arbeitsverhältnisses, schließe dieses allerdings nicht von vornherein aus. Dies gelte zumindest dann, wenn - wie im vorliegenden Fall - die persönliche Leistungserbringung die Regel und die Leistungserbringung durch einen Dritten eine seltene Ausnahme darstellt, die das Gesamtbild der Tätigkeit nicht nennenswert verändere.

Der Annahme eines Arbeitsverhältnisses nicht entgegen stünde auch, daß der Kläger mit seinem eigenen Fahrzeug die Frachtaufträge durchgeführt und selbst ein Kleintransportgewerbe angemeldet hätte. Beides besage nichts Entscheidendes über die rechtliche Zuordnung der vertraglichen Beziehung, da die Selbständigkeit eines Dienstverpflichteten nicht dadurch begründet werde, daß er mit der Bereitstellung eines Arbeitsmittels Verpflichtungen, Belastungen und Risiken übernehme, die über die Pflichten eines Arbeitnehmers hinausgingen. Entscheidend sei vielmehr, ob der Einsatz eines eigenen Fahrzeugs dem Eigentümer die Möglichkeit eröffne, seine Tätigkeit im wesentlichen frei zu gestalten.

12.1.2.2. Das Frachtführer-Urteil des LSG Berlin

Bereits in Kapitel 3.7.1.3. kurz angesprochen wurde der Sachverhalt, in dem das LSG Berlin über die Beschäftigteneigenschaft von Frachtführern zu entscheiden hatte und zu dem nach Abschluß des Instanzenzuges das BVerfG eingeschaltet wurde. Auch in diesem Fall erkannte das Gericht in „Unterfrachtführern“, die als Selbständige geführt wurden, Arbeitnehmer.⁷³⁷

Nach der Darstellung des durch die Sozialgerichte vertretenen Beschäftigtenbegriffs (siehe insoweit Kapitel 4.2.) führt das LSG zunächst für eine Eigenschaft der Unterfrachtführer als

⁷³⁷ LSG Berlin, Urteil v. 27.10.1993 - L 9 Kr 35/92, NZA 1995, 139-144.

Selbständige an, daß diese in der Regel (als Eigentümer oder Leasingnehmer) über eigene Betriebsmittel in Gestalt der Transportfahrzeuge verfügten, darüber entschieden, in welcher Größe diese angeschafft werden sollten und die laufenden Lasten der Fahrzeugunterhaltung trügen. Sie erhielten außerdem keine feste Entlohnung unabhängig von dem Ertrag der Arbeitsleistung, wie dies für einen Arbeitnehmer typisch sei. Ihre Vergütung sei vielmehr danach ausgerichtet, in welchem Umfang arbeitstäglich Transportfahrten ausgeführt und Honorare der Auftraggeber vereinnahmt würden, und bestünde in einem prozentualen Anteil der Umsätze. Sie sei also nicht wie bei einem typischen Dienstvertrag zeitabhängig, sondern ähnlich wie bei einem Werkvertrag abhängig vom Arbeitserfolg. Schließlich seien die Beteiligten auch in der Ausgestaltung der Arbeitszeit freier, als dies herkömmlicherweise bei Arbeitnehmern der Fall sei, da sie bezüglich des Umfangs und der Reihenfolge der zu erledigenden Aufgaben nicht im einzelnen fremden Weisungen unterlägen.

Auf der anderen Seite lägen in der Person der Unterfrachtführer typische Merkmale der Arbeitnehmereigenschaft vor, da viele Vertragsklauseln ihnen letztlich nur untergeordnete Hilfsfunktionen gegenüber dem von der Klägerin planmäßig ins Leben gerufenen, geleiteten und beherrschten organisatorischen Ganzen zuwiesen:

Die Unterfrachtführer müßten sich einem von der Klägerin dezidiert ausgearbeiteten, umfangreichen Vertragswerk unterwerfen, ohne dabei - anders als ein selbständiger Anbieter von Dienstleistungen im allgemeinen, an die Öffentlichkeit gerichteten Wirtschaftsverkehr - zumindest einen gewissen eigenen Gestaltungsspielraum zu besitzen. Sie seien damit in einer ähnlichen Lage wie Arbeitnehmer.

Die berufliche Tätigkeit der Unterfrachtführer sei nicht dem „klassischen“ Bereich der Selbständigkeit zuzuordnen, sondern werde herkömmlich üblicherweise - und sogar teilweise auch bei der Klägerin - von abhängig beschäftigten Arbeitnehmern in Speditionen verrichtet.

Die persönliche Abhängigkeit und Weisungsgebundenheit dokumentiere sich deutlich in ihrer Stellung gegenüber außenstehenden Dritten, insbesondere den Nachfragern von Transportleistungen. Ihnen gegenüber hätten die Unterfrachtführer nach dem Vertrag die Stellung einer bloßen Hilfsperson, da sie die Transportleistungen, zu denen sie sich gegenüber der Klägerin verpflichtet hätten, „ausschließlich“ für diese, „in deren Namen“ und „für deren

Rechnung“ durchführten. Das Auftreten eines Unterfrachtführers gegenüber den Kunden erfolge stets dergestalt, daß diese nur den Eindruck haben könnten, ein untergeordneter Repräsentant der Klägerin in der Stellung eines abhängig Beschäftigten werde für sie tätig. Die rechtliche Konstruktion einer vermeintlichen Selbständigkeit im Innenverhältnis werde weder ausdrücklich offenbart, noch sei sie nach dem äußeren Erscheinungsbild für Kunden erkennbar gewesen.

Den Fahrern sei jegliche Kundenakquisition auf eigenen Rechnung innerhalb und außerhalb der gegenüber der Klägerin eingegangenen Rechtsbeziehung untersagt und nur zugunsten der Klägerin möglich. Ein Verstoß dagegen sei sanktioniert worden.

Den Unterfrachtführern sei bis ins Detail vorgeschrieben, nach welchen Grundsätzen Transporte überhaupt hätten übernommen werden dürfen, in welcher Weise die ordnungsgemäße Durchführung eines Transportes hätten dokumentiert werden müssen und in welcher Weise die - sowieso im voraus allgemein für den Transportbetrieb von der Klägerin festgelegte - Vergütung durch den Kunden zu erbringen gewesen sei. Die Frachtführer hätten letztlich die bloße Stellung eines von der Klägerin abhängigen Kassierers mit Einziehungsvollmacht besessen.

In der Betriebsordnung werde ähnlich wie in einem Arbeitsverhältnis der Grundsatz der persönlichen Leistungserbringung hervorgehoben. Diese Ausprägung der persönlichen Abhängigkeit werde noch dadurch verstärkt, daß selbst in Fällen der Verhinderung - die überhaupt nur für „besondere Fälle“ anerkannt werde - keine vollständige Befreiung von der persönlichen Dienstleistungspflicht eintrete, sondern eine Ersatzperson gestellt werden solle. Die Bestimmung der Ersatzperson sei wiederum nicht dem eigenen Ermessen des jeweiligen Unterfrachtführers vorbehalten gewesen, sondern habe der „vorherigen Zustimmung“ der Klägerin bedurft.

Die Klägerin habe sich vertraglich in umfassender Weise Gestaltungs- und Kontrollrechte bezüglich der Fahrzeuge vorbehalten. Danach besäßen sämtliche Fahrzeuge ein einheitliches, dem Betrieb der Klägerin im Wirtschaftsverkehr dienliches äußeres Erscheinungsbild sowohl hinsichtlich der Farbe und Beschriftung als auch hinsichtlich des technischen und optischen Zustandes. Durch den Anspruch der Klägerin auf Prüfung dieses Zustandes und

der Berechtigung zu einschneidenden Sanktionen habe sie letztlich die Möglichkeit geschaffen, auch die ihr eigentumsrechtlich fremden Fahrzeuge zielgerichtet wegen des nicht zu übersehenden Werbeeffekts als eigenen Betriebsposten („Goodwill“) einzusetzen.

Die haftungs- und versicherungsrechtliche Ausgestaltung lege den Fahrern zwingende Belastungen auf, deren wirtschaftliche Nutznießerin allein die Klägerin sei. Es zeige sich eine rechtliche Konstruktion, die die Unterfrachtführer in ein noch größeres Abhängigkeitsverhältnis bringe als einen Arbeitnehmer, denn es würden - wie bei vielen anderen Vertragsregelungen auch - Elemente der abhängigen Beschäftigung mit Elementen der Selbständigkeit in einer Weise verknüpft, die zu einer Kumulation der Nachteile beider Formen der Erwerbstätigkeit führten, ohne auch die wesentlichen Vorteile zuzugestehen. Allein die Auferlegung besonderer Risiken mache einen abhängig Beschäftigten indes noch nicht zu einem Selbständigen.

Die Frachtführer seien über das planmäßig von der Klägerin zu den üblichen Arbeitszeiten (werktags 7.00 bis 18.30 Uhr, sonnabends 7.00 bis 13.00 Uhr) zur Verfügung gestellte Betriebs-Funksystem obligatorisch sowohl bei der Auftragsvergabe als auch durch die damit gewährleistete ständige Erreichbarkeit einer laufenden Kontrolle im täglichen Arbeitsablauf unterworfen. Über das Funksystem seien die Einsatzfahrer gleich den Beschäftigten eines Fuhrparks planmäßig zentral gesteuert worden.

Die Frachtführer seien vertraglich verpflichtet gewesen, Transportaufträge zu übernehmen.

Schließlich zeige auch die praktische Umsetzung des für die Erwerbstätigkeit der Unterfrachtführer maßgeblichen Vertragszwecks, daß die einer abhängigen Beschäftigung eigentümlichen Indizien überwögen.

12.1.2.3. Der Eismann-Beschluß des BAG

Neben den Frachtführern wird als Beispiel für die neuen Formen der Scheinselbständigkeit vor allem das Franchising angeführt (vgl. Kapitel 3.3.2.). In diesem Zusammenhang ist der sog. Eismann-Beschluß des BAG auf eine sehr große Aufmerksamkeit gestoßen, mit dem

das BAG deutlich machte, daß es sich nach dem von ihm vertretenen Arbeitnehmerbegriff auch bei sog. Franchisenehmern um Arbeitnehmer handeln könne.⁷³⁸

Der Entscheidung lag der folgende Sachverhalt zugrunde:

Der Kläger war als „Vertriebspartner“ im Franchise-System der Beklagten tätig. Er erhielt nach entsprechender Schulung durch die Beklagte das Alleinverkaufsrecht für ein bestimmtes, für ihn geschütztes Gebiet. In diesem hatte er in eigenem Namen und auf eigene Rechnung unter Nutzung der Marke der Beklagten deren Tiefkühlkost unter Inanspruchnahme eines Einkäuferrabatts zu kaufen und im Vertragsgebiet auf der Grundlage der jeweils gültigen Preisliste der Beklagten an Haushalte und Endverbraucher zu vertreiben. Nach dem Vertrag hatte die Zusammenarbeit „auf der Grundlage des Eismann-Handbuchs“ zu erfolgen, das „in seiner jeweils gültigen neuesten Fassung Bestandteil des Vertrages“ war. Dieses Handbuch enthielt detaillierte Regelungen über die bereitzuhaltende Ware, die Aufstellung von Tourenplänen, die wöchentlichen Einsatzzeiten (Tages-Touren von Montag bis Freitag, der Sonnabend als Reservetag bzw. als Tag für Büroarbeiten), Staupläne für das Tiefkühlfahrzeug sowie zahlreiche weitere Durchführungshinweise. Für die Einräumung der Nutzungsrechte an Namen und Marke der Beklagten, für Schulung und Ausbildung, Know-how-Übermittlung und Erstausrüstung hatte der Kläger an die Beklagte einen Kostenbeitrag von 20.000 DM zuzüglich Umsatzsteuer zu zahlen (§ 9 des Vertrags). In den Regelungen zur Rückabwicklung bei Vertragsbeendigung waren u.a. eine teilweise Erstattung dieses Kostenbeitrags, ein Anspruch des Vertriebspartners auf eine Abfindung für seine Aufbauleistung sowie ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot geregelt. Im Durchschnitt erhielt der Kläger in den letzten Monaten jeweils 2.600,39 DM ausgezahlt.

Nach der Kündigung des Vertrags durch den Kläger - die Beklagte kündigte kurz darauf ihrerseits den Vertrag fristlos - begehrte dieser die Rückzahlung des Kostenbeitrags, eine Abfindung für die Aufbauleistung sowie eine Entschädigung für das nachvertragliche Wettbewerbsverbot. Er hielt insoweit den Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen für gegeben und machte geltend, Arbeitnehmer der Beklagten gewesen zu sein. Jedenfalls sei er von der Beklagten wirtschaftlich abhängig gewesen, und für arbeitnehmerähnliche Personen

⁷³⁸ BAG, Beschluß v. 16.7.1997 - 5 AZB 29/96, DB 1997, 2127 = ZIP 1997, 1714f. = ArbuR 1997, 499-501 mit Anm. Buschmann = BetrR 1997, 107-109 mit Anm. Erhard. Ablehnend Bumiller, U. (1998). Vorin-

sei der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten ebenfalls eröffnet. Die Beklagte widersprach dem, da der Kläger als Franchisenehmer selbständiger Unternehmer gewesen sei.

Das Arbeitsgericht hat den Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen als eröffnet erachtet, das LAG hielt die allgemeinen Zivilgerichte für zuständig und verwies den Rechtsstreit an das Landgericht. Das BAG erklärte demgegenüber den Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen für zulässig.

Zunächst stellt das BAG klar, daß sich nicht schon aus dem so genannten Wesen des Franchise-Vertrags schließen lasse, daß der Kläger kein Arbeitnehmer sei, da es nicht darauf ankomme, wie ein Rechtsverhältnis bezeichnet werde, sondern welches sein Geschäftsinhalt sei. Es möge daher zutreffen, daß dem Franchising der Art, wie es hier praktiziert werde, genaue und detaillierte Anleitungen, Berichtspflichten des Franchisenehmers und Kontrollrechte des Franchisegebers immanent seien. Ob aber jemand, der in diesem System tätig werde, Arbeitnehmer oder Selbständiger sei, richte sich allein danach, ob er weisungsgebunden und abhängig sei oder ob er seine Chancen auf dem Markt selbständig und im wesentlichen weisungsfrei suchen könne. Ob dem LAG schließlich darin zu folgen sei, daß der Kläger tatsächlich kein Arbeitnehmer gewesen sei, brauche jedoch nicht abschließend entschieden zu werden. Es spreche zwar viel dafür, daß der Kläger Arbeitnehmer der Beklagten gewesen sei, darauf komme es aber letztlich nicht an, da der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen vorliegend schon deshalb eröffnet sei, weil der Kläger im Verhältnis zur Beklagten wegen seiner wirtschaftlichen Abhängigkeit und seiner einem Arbeitnehmer vergleichbaren sozialen Schutzbedürftigkeit jedenfalls Arbeitnehmerähnlicher und damit Arbeitnehmer im Sinne des ArbGG gewesen sei (§ 5 Abs. 1 S. 2 ArbGG).

Nach der Begründung der wirtschaftlichen Abhängigkeit als Voraussetzung der Arbeitnehmerähnlichkeit führte das BAG noch zu dem Erfordernis, daß der wirtschaftlich Abhängige vergleichbar einem Arbeitnehmer sozial schutzbedürftig ist, aus, daß sich der Kläger keine eigene Unternehmens- oder Betriebsorganisation außer dem Lieferwagen, den er wiederum von der Beklagten gemietet habe, unterhalten habe, und er seinerseits jedenfalls im Verkauf keine eigenen Arbeitnehmer beschäftigt habe. „Er war wie ein angestellter Verkaufsfahrer

tätig⁷³⁹.

12.1.3. Ergebnis zu Kapitel 12.1.

Den Gerichten gelingt es im Rahmen ihres Arbeitnehmerbegriffs, auch solche Tätigkeiten von der Arbeitnehmereigenschaft zu erfassen, in denen die Scheinselbständigkeit heute besonders verbreitet ist.

Dabei fällt insbesondere bei den Frachtführer-Entscheidungen auf, daß die Vorgehensweise und einzelnen Merkmale, die das BAG und das LSG Berlin anwenden, der Rechtsprechung zur Abgrenzung des Außendienstangestellten vom Handelsvertreter sehr nahe kommen. Auch beim Frachtführer wird nicht auf die Weisungsgebundenheit als solche, sondern auf das Maß der Weisungsgebundenheit abgestellt, da der Frachtführer - wie der Handelsvertreter - schon von Gesetzes wegen bestimmten Weisungen unterliegt. Im einzelnen werden dann ebenso wie beim Handelsvertreter als Indizien etwa die uneingeschränkte Verfügung über die Arbeitskraft, die Genehmigungspflicht für einen Urlaub, die Arbeit nur für einen Auftraggeber und ohne eigenen Mitarbeiter oder umfassende Kontrollrechte herangezogen.

An dieser Stelle bewahrheitet sich mithin nicht nur die Fähigkeit des Abgrenzungsmodells von Rechtsprechung und herrschendem Schrifttum, flexibel auf die neuen Formen der Scheinselbständigkeit zu reagieren und Umgehungsversuche „einzufangen“, sondern auch die dieser Arbeit zugrunde gelegte Prototypizität des Außendienstes für derartige neue Formen. Die Rechtsprechung und herrschende Literatur haben mit der Erfassung solcher Besonderheiten wie der Betriebsexternität im Außendienst den Grundstein für die Erfassung auch der am weitesten verbreiteten neuen scheinselbständigen Erwerbsformen gelegt.

12.2. Die Erfassung der Telearbeit

Wie in Kapiteln 3.9.2.2. und 6.2. dargestellt, gelang es dem arbeitsrechtlichen Schrifttum rasch, mit seinem Arbeitnehmerbegriff auch die neue, moderne Erwerbsform Telearbeit zu

⁷³⁹ Welche erhebliche Bedeutung dieser Fall für das betroffene Unternehmen hatte, zeigte dessen Versuch, eine

erfassen, indem es das rechtliche Merkmal der persönlichen Weisungsgebundenheit und der Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation an den Stand der technischen Organisationsmöglichkeiten anpaßt.

So wurden für das Merkmal der Weisungsgebundenheit die gewöhnlicherweise über den persönlichen Kontakt erteilten Weisungen in bezug auf Ort, Zeit und Dauer sowie Art und Weise der Tätigkeit ersetzt durch die kommunikationstechnisch vermittelten, digitalen Weisungen wie z.B. die Orientierung der Mitarbeiter an den vom Arbeitgeber eingesetzten Programmen. Die häufige Steuerung der Telearbeit über Arbeitsergebnisse wird etwa berücksichtigt, indem eine Festlegung der Arbeitszeit schon angenommen wird bei Vorgaben, die für eine persönliche Gestaltungsfreiheit keinen oder nur wenig Spielraum lassen, bei einer andauernden Dienstbereitschaft oder bei der Möglichkeit des Zugriffs auf betriebliche Systeme nur zu bestimmten Zeiten. Der Betriebsexternität begegnet man - wie schon im Außendienst - z.B. mit dem Abstellen auf die Kontrolle des Telearbeiters, herangezogen wird die Tätigkeit für einen oder mehrere Auftraggeber, das eigene Unternehmen mit eigenem Unternehmerrisiko und -chancen sowie die Frage, ob der Umfang der übertragenen Arbeiten eine anderweitige Verwertung der Arbeitskraft zuläßt.

Es zeigt sich hier wiederum die grundsätzliche Fähigkeit des Abgrenzungsmodells von Rechtsprechung und herrschender Literatur, auf neue, sogar ausgesprochen innovative Formen der Arbeitswelt zu reagieren. Die Rechtsprechung und herrschende Literatur haben mit der Erfassung solcher Besonderheiten wie der Betriebsexternität im Außendienst also nicht nur - wie soeben in Kapitel 12.1.2. festgestellt - den Grundstein für die Erfassung neuer scheinselbständiger Erwerbsformen wie der scheinselbständigen Frachtführer und Franchisenehmer gelegt, sondern auch ein wichtiges arbeitsrechtliches Potential für die Einbeziehung einer derart modernen Arbeitsform wie der Telearbeit in das Arbeitsrecht geschaffen. Vor allem dieser Fähigkeit ist es schließlich auch zu verdanken, daß die Scheinselbständigkeit bei der Telearbeit bislang nach den Feststellungen des Fraunhofer Instituts für Arbeitswirtschaft und Organisation so gut wie keine Rolle spielt (vgl. Kapitel 3.9.2.4.).

12.3. Die sogenannte Rechtsunsicherheit

Die Kritiker der typologischen Vorgehensweise von Rechtsprechung und herrschender Lehre sehen in dieser eine „Gefahr des Dezisionismus, bei dem ohne Offenlegung allgemeiner wertender Kriterien es in das Gutdünken des Richters anheimgestellt ist, welche Tätigkeiten sich für ein Arbeitsverhältnis ‚eignen‘,“ und meinen, daß damit „Rechtssicherheit- eines der Kernstücke des Rechtsstaats - verloren“ gehe.⁷⁴⁰

Auf den ersten Blick scheint sich diese Kritik in den soeben in Kapitel 12.1.2. beschriebenen Entscheidungen zur Arbeitnehmereigenschaft zu bestätigen: Die Gerichte der verschiedenen Instanzen haben zum Teil in ein und dem selben Fall die Rechtsform der Erwerbstätigkeit unterschiedlich bewertet, es besteht vordergründig „Rechtsunsicherheit“.

12.3.1. Die Rechtsunsicherheit aufgrund der typologischen Methode

Der „Rechtsunsicherheit“ als Folge der typologischen Methode soll zunächst ein Beschluß des BVerfG aus dem Jahr 1996 entgegengehalten werden. Anschließend wird auf wichtige Elemente der typologischen Methode eingegangen.

12.3.1.1. Die Position des BVerfG

Das BVerfG hatte 1996 über die Verfassungsgemäßheit der Unbestimmtheit des Beschäftigtenbegriffs in § 7 SGB IV a.F. (zu § 7 SGB IV n.F. siehe Kapitel 3.5.2.1.) zu entscheiden.

Im Zusammenhang mit der Nachforderung der AOK zur Zahlung von Beiträgen zur Kranken- und Rentenversicherung für 59 scheinselfständig beschäftigte „Unterfrachtführer“ (Einzelheiten in Kapitel 3.7.1.3.) erhob das betroffene Unternehmen Verfassungsbeschwerde, mit der es im wesentlichen geltend machte, daß § 7 SGB IV a.F. den sich aus dem

⁷⁴⁰ LAG Köln, Urteil v. 30.6.1995 - 2 Ca 1176/94, LAGE § 611 Arbeitnehmerbegriff Nr. 29, S. 16 (der dort abgedruckte Begriff „Rechtssicherung“ wurde durch „Rechtssicherheit“ ersetzt) mit Anm. Thüsing. Rechtsunsicherheit beklagen auch Brand, zitiert nach Elsner (1996 B), 165; ders. (1997), 555; Gitter (1996 B), 265; Meyer (1978), 45; Mohr (1994), 48f., 63-68; Kretschmer (1997), 329f. Vgl. auch Steinmeyer (1996), 354.

Grundgesetz ergebenden Anforderungen an das Bestimmtheitsgebot nicht standhalte. Das BVerfG hat die Annahme der Verfassungsbeschwerde abgelehnt und dabei folgende, gerade auch im Hinblick auf die Problematik der Scheinselbständigkeit wichtige Ausführungen getroffen:

„Eine verfassungsrechtlich bedenkliche Unbestimmtheit des § 7 SGB IV [a.F.] läßt sich ebensowenig feststellen wie eine Unbestimmtheit der entsprechenden für die Versicherungs- und Beitragspflicht maßgebenden Bestimmungen des Rechts der gesetzlichen Kranken-, Renten, Unfall- und Arbeitslosenversicherung ...

Gewisse Unsicherheiten und auch eine dem jeweiligen Rechtsgebiet spezifische unterschiedliche Auslegung bestimmter Vorschriften durch die Gerichte verschiedener Instanzen und verschiedener Gerichtszweige ist jeder Auslegung von Rechtsvorschriften immanent. Auch bei der Auslegung und Anwendung einer Bestimmung wie derjenigen des § 7 SGB IV [a.F.] ist angesichts der Vielzahl denkbarer Fallkonstellationen eine eindeutige Vorhersehbarkeit des Ergebnisses ausgeschlossen. Probleme bereiten insoweit allerdings nicht die eindeutigen Fallkonstellationen, sondern die Rand- und Übergangsbereiche, z.B. die zahlreichen Zwischenstufen zwischen versicherten Arbeitnehmern und sog. nicht versicherungspflichtigen freien Arbeitnehmern oder zwischen versicherten Tätigkeiten aufgrund eines Beschäftigungsverhältnisses und Tätigkeiten, die auf sonstigen, in der Regel ‚unversicherten Rechtsgründen‘ beruhen, z.B. auf gesellschaftsrechtlicher und vereinsrechtlicher Mitgliedschaft oder auf familiärer Beziehung. Das Gesetz bedient sich bei den Tatbeständen der Versicherungs- und Beitragspflicht nicht des tatbestandlich scharf kontrollierten Begriffs, der auf eine einfache Subsumtion hoffen ließe, sondern der Rechtsfigur des Typus; die versicherten Personen werden nicht im Detail definiert, sondern ausgehend vom Normalfall in der Form eines Typus beschrieben. Den jeweiligen Typus und dessen Kenntnis setzt das Gesetz stillschweigend voraus; es übernimmt ihn so, wie ihn der Gesetzgeber in der sozialen Wirklichkeit idealtypisch, d.h. im Normal- oder Durchschnittsfall vorfindet. Es ist nicht erforderlich, daß stets sämtliche als idealtypisch erkannten, d.h. den Typus kennzeichnenden Merkmale (Indizien) vorliegen. Diese können vielmehr in unterschiedlichem Maße und verschiedener Intensität gegeben sein; je für sich genommen haben sie nur die Bedeutung von Anzeichen oder Indizien. Entscheidend ist jeweils ihre Verbindung, die Intensität und die Häufigkeit ihres Auftretens im konkreten Einzelfall. Maßgeblich ist das Gesamtbild.

Gerade der Verwendung der Rechtsfigur des Typus ist es zu verdanken, daß die Vorschriften über die Versicherungspflicht und die Beitragspflicht trotz ihres Festhaltens an Begriffen wie Angestellte, Arbeiter, Arbeitsverhältnis oder Beschäftigungsverhältnis in Verbindung mit ihrer Konkretisierung durch Rechtsprechung und Literatur über Jahrzehnte hinweg auch bei geänderten sozialen Strukturen ihren Regelungszweck erfüllen und insbesondere die Umgehung der Versicherungs- und Beitragspflicht zum Nachteil abhängig beschäftigter Personen, z.B. durch der Realität nicht entsprechende, einseitig bestimmte Vertragsgestaltungen, verhindern konnten ...⁷⁴¹

Daß diese Ansicht nicht nur für den Beschäftigtenbegriff im Sozialversicherungsrecht gilt, folgt nicht nur aus der grundsätzlichen Übereinstimmung von Beschäftigten- und Arbeitnehmerbegriff, sondern auch aus der Rechtsprechung des BVerfG selbst. Dieses hat schon 1977 für die Abgrenzung des Außendienstangestellten vom Handelsvertreter zunächst ausgeführt, daß die Grenze zwischen selbständiger und unselbständiger Tätigkeit häufig schwierig zu ziehen sei und es auf die Würdigung aller Umstände des Einzelfalls ankomme, und anschließend eine eben solche Abwägung anhand einzelner typischer Merkmale vorgenommen.⁷⁴²

12.3.1.2. Die Indizien, das Gesamtbild und der hinreichende Grad der persönlichen Abhängigkeit

Die Anwendung der typologischen Methode durch die Rechtsprechung und herrschende Literatur im Rahmen der Bestimmung der Arbeitnehmereigenschaft läßt sich in drei grundsätzliche Schritte unterteilen:

1. Schritt: Entwicklung der den Typus kennzeichnenden Merkmale (Indizien): Bei der Arbeitnehmereigenschaft die persönliche Abhängigkeit mit den Indizien der Weisungsgebundenheit (Zeit und Dauer, Ort, Art und Weise der Tätigkeit), der Eingliederung, der Behandlung vergleichbarer Mitarbeiter usw.

⁷⁴¹ BVerfG, Beschluß v. 20.5.1996 - 1 BvR 21/96, AP Nr. 82 zu § 611 BGB Abhängigkeit = NJW 1996, 2644 = NZS 1996, 522f. (522).

2. Schritt: Betrachtung des Gesamtbildes

3. Schritt: Feststellung des hinreichenden Grades der persönlichen Abhängigkeit

Sämtliche dieser Schritte bei dem Einsatz der typologischen Methode lassen nun einen großen Auslegungs- und darum Anwendungsspielraum, der, je nach Sichtweise, zu einer erwünschten Flexibilität oder zu einer unerwünschten sog. Rechtsunsicherheit des Arbeitnehmerbegriffs führt. Fraglich ist jedoch, ob dieser Spielraum überhaupt zu vermeiden ist.

Wie die Prüfung der typischen Arbeitnehmermerkmale bei Wank (Kapitel 10.2.) und der Definitionen im Rahmen der Gesetzgebungsvorschläge (Kapitel 11.) gezeigt hat, lassen sich - jedenfalls bei den vorliegenden Modellen - immer auch Beispiele finden, bei denen die Merkmale für die Arbeitnehmereigenschaft nicht gegeben sind, eine solche aber dennoch nach allgemeiner Ansicht vorliegen kann. Selbst diejenigen also, die die Arbeitnehmereigenschaft zur Vermeidung von Scheinselbständigkeit vollständig erfassen wollen, sind dazu nicht in der Lage. Sie vermögen den Ansatzpunkt der Rechtsprechung und herrschenden Literatur, daß sich „bei der Vielfalt der Tatbestände menschlicher Arbeitsleistung - vom Fließbandarbeiter bis zum Chefarzt, von der Ballettänzerin bis zum Seemann - keine abstrakten, für alle Arten von Arbeitnehmern schlechthin geltenden Abgrenzungsmerkmale finden“⁷⁴³ nicht zu widerlegen. Ganz abgesehen davon, daß aus einem abgeschlossenen Kriterienkatalog für das Vorliegen der Arbeitnehmereigenschaft wohl schnell ein Kriterienkatalog für die Umgehung der Arbeitnehmereigenschaft werden würde.

Daß eine Gesamtbetrachtung der Tätigkeit, die Heranziehung des Gesamtbildes also, erforderlich ist, folgt bereits aus dem Gesetz. So unterliegt z.B. der Handelsvertreter nach § 86 Abs. 1 2. HS HGB und - wie jeder Auftragnehmer - nach § 675 iVm. § 665 BGB einem bestimmten Weisungsrecht seines Auftraggebers oder hat diesem etwa nach § 86 Abs. 2 HGB unverzüglich (Kontroll-) Mitteilungen zu machen. Die isolierte Betrachtung nur eines Ausschnitts der Tätigkeit - beim Handelsvertreter z.B. seiner Weisungsgebundenheit und seiner Mitteilungspflichten - kann auf Grund vielfacher Überschneidungen mit Arbeitnehmer-

⁷⁴² BVerfG, Beschluß v. 25.10.1977 - 1 BvR 15/75, BVerfGE 46, 224-246 (234). Vgl. zu den einzelnen Merkmalen die Nachweise Kapitel 5.3.

⁷⁴³ Hilger (1981), 265.

pflichten in bestimmten Teilbereichen der Tätigkeit nicht genügen.

Aus der „Weisungsbindung“, die jeder Selbständige auf Grund von Kunden-, Patienten-, Mandanten- usw. Wünschen in der ein oder anderen Intensität im Ergebnis unterliegt, folgt am Ende auch, daß nicht eine wie auch immer geartete persönliche Abhängigkeit als solche, sondern der Grad der persönlichen Abhängigkeit den Ausschlag für die Arbeitnehmereigenschaft geben muß. In unserer arbeitsteiligen Wirtschaftsordnung bestehen überall persönliche Abhängigkeiten, eine völlige Entscheidungsfreiheit über und in den eigenen Erwerbshandlungen kann so gut wie nicht existieren.

Unabhängig davon, ob sich der Spielraum bei der Anwendung der typologischen Methode nun positiv (Flexibilität) oder negativ (sog. Rechtsunsicherheit) auswirkt, ist ein Abstellen auf so unbestimmte Elemente wie Indizien, eine Gesamtbildbetrachtung und einen hinreichenden Grad persönlicher Abhängigkeit jedenfalls wegen der Vielgestaltigkeit der Arbeitswelt unvermeidlich.

12.3.2. Die Einheitlichkeit der Rechtsprechung

Von großer Bedeutung ist schließlich die Frage, auf welchem Weg unser Rechtssystem die Einheitlichkeit der Rechtsprechung und damit Rechtssicherheit herstellen will. Konkret gefragt: Führt die unterschiedliche Anwendung eines Begriffs durch die Rechtsprechung zu der Verpflichtung, diesen, sei es auf dem Rechtsprechungs-, sei es auf dem Gesetzgebungsweg, neu zu definieren?

Das BVerfG spricht in seinem Beschluß eine einfache juristische Erkenntnis aus, wenn es erklärt, daß jeder Auslegung von Rechtsvorschriften durch die Gerichte verschiedener Instanzen und verschiedener Gerichtszweige gewisse Unsicherheiten immanent seien, und sogar ausdrücklich sagt, daß bei der Auslegung und Anwendung einer Bestimmung wie derjenigen des § 7 SGB IV a.F. angesichts der Vielzahl denkbarer Fallkonstellationen eine eindeutige Vorhersehbarkeit des Ergebnisses ausgeschlossen sei (siehe im einzelnen Kapitel 12.3.1.1.).

Auf diesen Umstand, daß Sprache und Begriffe immer ambivalent sind, daß jede juristische Begriffsanwendung und Subsumtion unter Begriffe offen ist und zu unterschiedlichen Meinungen in der Literatur und Rechtsprechung führt, hat unser Rechtssystem auch reagiert. Allerdings nicht, indem es eine Neudefinition des streitigen Begriffs vorschreibt, sondern indem es Verfahren zur Verfügung stellt und zur Pflicht macht, um zu einer Einheitlichkeit der Rechtsprechung zu gelangen.

An erster Stelle stehen hier die Rechtsmittel im Prozeß, deren Sinn und Zweck es gerade ist, eine einheitliche Rechtsprechung durch die informelle, faktische Bindungswirkung höchst-richterlicher Judikate zu sichern, wenn die Prozesse zum Schluß an ein oberstes Gericht oder wenige obere Gerichte gelangen, während die Rechtsprechung der unteren Gerichte bei ihrer großen Zahl unübersichtlich und zersplittert bleiben muß.⁷⁴⁴

Neben den Rechtsmitteln bestehen in den höheren Stufen des Instanzenzuges wiederum zwingende Verfahren zur Sicherung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung. Will etwa ein Senat des BGH in einer Rechtsfrage von der Entscheidung eines anderen Senats des BGH abweichen, so muß diese Frage von dem Großen Senat des BGH, u.U. auch von dem Vereinigten Großen Senat, entschieden werden (vgl. § 132 Abs. 2 und Abs. 3 GVG). Entsprechende Regelungen finden sich auch für die anderen Bundesgerichte, wie z.B. in § 45 Abs. 2 und Abs. 4 ArbGG für das BAG. Im Vorfeld der Vorlage nach § 132 Abs. 2 GVG kann ein erkennender Senat des BGH eine Frage von grundsätzlicher Bedeutung dem Großen Senat des BGH u.a. sogar dann zur Entscheidung vorlegen, wenn das nach seiner Auffassung zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich ist (§ 132 Abs. 4 GVG), selbst wenn die abweichende Ansicht in der Entscheidung eines anderen Senats nicht zu den tragenden Entscheidungsgründen gehörte, sondern nur ein obiter dictum war, oder wenn der vorlegende Senat bei der Befassung eines anderen Senats mit derselben Rechtsfrage mit einer divergierenden Beantwortung allein rechnet.⁷⁴⁵

Zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe des Bundes besteht schließlich ein Gemeinsamer Senat dieser obersten Gerichtshöfe (Art. 95 Abs. 3 GG, § 1f. des Gesetzes zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung der obersten Ge-

⁷⁴⁴ Vgl. Jauernig (1998), 268; MüKo ZPO (1992) - Wolf, § 132 GVG Rn. 5; Zeiss (1997), 242.

⁷⁴⁵ Vgl. MüKo ZPO (1992) - Wolf, § 132 GVG Rn. 24.

richte des Bundes - RsprEinhG⁷⁴⁶ -).

Diese Verfahrensweisen sind nun nicht nur theoretisch, sondern werden aktuell auch für die Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs angewandt.

Das OLG Düsseldorf hat abweichend von dem in Kapitel 12.1.2.3. dargestellten Eismann-Beschluß des BAG die Zuständigkeit der Zivilgerichte für Klagen gegen Eismann-Franchisenehmer bejaht. Aus diesem Grund hat es in einem Verfahren gem. § 546 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 ZPO die Revision,⁷⁴⁷ in einem anderen Verfahren die sofortige weitere Beschwerde nach § 17 a Abs. 4 S. 5 GVG zugelassen.⁷⁴⁸ Dieser sofortigen weiteren Beschwerde hat der BGH dann mit der Begründung stattgegeben, daß es sich bei dem Eismann-Franchisenehmer entgegen der Ansicht des OLG jedenfalls um eine arbeitnehmerähnliche Person im Sinne des § 5 Abs. 1 S. 2 ArbGG handele. Dabei hat der BGH ausdrücklich die Rechtsprechung des BAG - insbesondere dessen Eismann-Beschluß – herangezogen und bestätigt.⁷⁴⁹ Die Einheitlichkeit der Rechtsprechung wurde gewahrt.

Im übrigen hat sich z.B. auch schon der Gemeinsame Senat der Obersten Gerichtshöfe des Bundes mit einer ganz ähnlichen Problematik befaßt, nämlich dem Begriff „der zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten“ in § 5 Abs. 1 BetrVG und § 4 Abs. 1 Bundespersonalvertretungsgesetz (BPersVG⁷⁵⁰).⁷⁵¹

12.4. Ergebnis zu Kapitel 12.

Die von der Rechtsprechung und herrschenden Literatur angewandte typologische Methode zur Bestimmung des Arbeitnehmer- und Beschäftigtenbegriffs ist nicht nur verfassungs-

⁷⁴⁶ Vom 19.6.1986 (BGBl. I, S. 661).

⁷⁴⁷ OLG Düsseldorf, Urteil v. 30.1.1998 - 16 U 182/96, ZIP 1998, 624-628 (628). Zustimmung Bumiller, U. (1998). Ablehnend Griebeling (1998 B).

⁷⁴⁸ OLG Düsseldorf, Beschluß v. 18.3.1998 - 6 W 2/97, ZIP 1998, 1039-1043 (1040). Ablehnend Wank (1998 C).

⁷⁴⁹ BGH, Beschluß v. 4.11.1998 – VIII ZB 12/98, ZIP 1998, 2104-2108 = DStR 1998, 2020-2023 mit Anm. Eckert.

⁷⁵⁰ Vom 15.3.1974 (BGBl. I, S. 693), zuletzt geändert durch Gesetz vom 16.12.1997 (BGBl. I, S. 3094).

⁷⁵¹ Beschl. des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes vom 12.3.1987 auf Vorlage des Bundesarbeitsgerichts - GmS-OGB 6/86, BVerwGE 77, 370-378 = BGHZ 100, 277-286. Die Anrufung zur Frage einer einheitlichen Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs wurde jedoch durch den BFH, Urteil v.

rechtlich unbedenklich, sondern auch gerade geeignet, flexibel auf die sich ständig ändernden Erwerbsformen zu reagieren und eine Umgehung des Schutzes durch das Arbeits- und Sozialrecht zu verhindern.

Rechtsprechung und herrschende Literatur haben für die Abgrenzung des Arbeitnehmers vom Selbständigen zu keinem Zeitpunkt am Bild des „Fabrikarbeiters“ festgehalten, sondern ihren Arbeitnehmerbegriff immer auch am betriebsextern und unter fehlender klarer zeitlicher, örtlicher und tätigkeitsbezogener Bindung tätigen Außendienstmitarbeiter fortgebildet.

Vor allem mit den für den Außendienst entwickelten Arbeitnehmermerkmalen, die die fehlende klare zeitliche, örtliche und tätigkeitsbezogene Bindung des Außendienstmitarbeiters kompensieren, ist die Rechtsprechung und herrschende Literatur in Verbindung mit der Flexibilität ihrer Abgrenzung in der Lage, sowohl die am weitesten verbreiteten neuen Formen der Scheinselbständigkeit, wie z.B. scheinselbständige Frachtführer und Franchisenehmer, als auch die hochmoderne Erwerbstätigkeit der Telearbeit zu erfassen.

Die Vielgestaltigkeit unseres Arbeitslebens verbietet ein Abgehen von der typologischen Methode zur Bestimmung der Arbeitnehmereigenschaft. Dies wird besonders deutlich an der Unmöglichkeit, mit den von den Kritikern der Rechtsprechung und herrschenden Literatur vorgeschlagenen Merkmalen für eine Neudefinition des Arbeitnehmerbegriffs sämtliche Arbeitnehmerformen zu erfassen.

Die fehlende eindeutige Vorhersehbarkeit bei der Abgrenzung von Arbeitnehmern und Selbständigen in einem Übergangsbereich dieser Erwerbsformen ist angesichts der Vielzahl denkbarer Fallkonstellationen in der Arbeitswelt nicht zu vermeiden. Auf eine daraus resultierende widersprüchliche Rechtsprechung einzelner Gerichte reagiert unser Recht allerdings nicht mit der Verpflichtung zur Neudefinition des streitigen Begriffs, sondern mit Verfahren zur Herbeiführung einer einheitlichen Rechtsprechung.

4.7.1968 - IV R 77/67, BStBl. II, 718, und das BSG, Urteil v. 31.10.1972 - 2 RU 186/69, BSGE 35, 20-32 (31f.), bislang als unzulässig angesehen, da er im Steuer- und Sozialrecht unterschiedlichen Zwecken diene.

13. Konsequenzen aus den Entwicklungen bei der Telearbeit

(Siehe zu den Entwicklungen bei der Telearbeit im einzelnen Kapitel 3.9.2.).

Die Betrachtung der Entwicklungen bei der Telearbeit führt zu wichtigen Erkenntnissen im Hinblick auf die Ursachen der Scheinselbständigkeit.

13.1. Die Scheinselbständigkeit als gesellschafts-, insbesondere interessenvertretungspolitisches Problem

Die Scheinselbständigkeit hat eine erhebliche gesellschafts-, vor allem aber interessenvertretungspolitische Dimension. Als Parallele seien etwa die atypischen Beschäftigungsverhältnisse genannt.

13.1.1. Vergleich der Entwicklung der scheinselfständigen Beschäftigung bei der Telearbeit und beim Außendienst

Die Betrachtung der Entwicklung der Scheinselbständigkeit bei der Telearbeit hat gezeigt, daß ein rasches und massives Eingreifen zum einen der politischen Parteien, insbesondere der SPD, zum anderen aber auch der Gewerkschaften und ihnen folgend der betroffenen Betriebsräte eine nennenswerte scheinselfständige Beschäftigung im Rahmen der Telearbeit verhindern konnte. Die große Gefahr der Telearbeit für die Arbeitnehmer in Form des Verlustes der Arbeitnehmereigenschaft und des arbeitsrechtlichen Schutzes wurde erkannt und formuliert, die Arbeitsrechtswissenschaft griff diese Bedenken auf und paßte die Merkmale ihres Arbeitnehmerbegriffs der Telearbeit an. Damit erhielten die sensibilisierten Interessenvertretungen der Arbeitnehmer die Mittel, um mit den Arbeitgebern Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen zum Schutz der Telearbeiter abschließen zu können, in denen als wichtigster Regelungspunkt die Arbeitnehmereigenschaft der Telearbeiter festgelegt wurde (siehe Kapitel 3.9.2.3.).

Ein ganz anderes Bild bietet der Außendienst. Dessen Geschichte ist geprägt von tiefgreifenden gesellschaftlichen, betrieblichen und vertretungspolitischen Schwierigkeiten. Der Außendienstmitarbeiter litt seit jeher unter einem negativen Image, sein fehlender betrieblicher Kontakt, die Kontrollprobleme und der Einkommensneid führten zu innerbetrieblichen Spannungen sowie zu Isolation und Vereinzelung. Dies wirkte sich auch auf die Interessenvertretung durch Betriebsräte und Gewerkschaften aus - bis hin zu einer „Abschottung der Gewerkschaften gegenüber dem Phänomen Außendienst“.⁷⁵² Gleichzeitig ist der Außendienst geprägt von scheinselbständiger Beschäftigung, und zwar derart stark, daß es zu ihrer Bekämpfung das erste und letzte Mal zu einer Definition der Arbeitnehmereigenschaft durch den Gesetzgeber kam (dazu ausführlich in Kapitel 3.8.1.).

Aus dieser Gegenüberstellung läßt sich ein deutlicher Schluß ziehen:

Der Arbeitnehmerbegriff der Rechtsprechung und herrschenden Literatur ist im Rahmen der Telearbeit und des Außendienstes der selbe, er ist jeweils den besonderen Umständen, vor allem der Betriebsexternität der Tätigkeit, angepaßt worden, zumeist sogar mittels der identischen Merkmale wie z.B. der umfassenden Kontrolle oder der fehlenden eigenen Unternehmensorganisation. Wenn nun bei der Telearbeit keine, im Außendienst jedoch eine hohe Scheinselbständigkeit herrscht, so kann dafür nicht der Arbeitnehmerbegriff ausschlaggebend verantwortlich sein.

Unterschiede bestanden allerdings in der gesellschaftlichen, insbesondere interessenvertretungspolitischen Situation der Telearbeiter und der Außendienstmitarbeiter. Während für die Arbeitnehmereigenschaft der Telearbeiter starke politische, gewerkschaftliche und arbeitsrechtswissenschaftliche Kräfte aktiv wurden, fehlte dies beim Außendienst völlig.

Daraus kann geschlossen werden, daß die Scheinselbständigkeit nicht, wie von den Befürwortern einer Neudefinition behauptet, in erster Linie eine Folge des Arbeitnehmerbegriffs der Rechtsprechung und herrschenden Literatur ist, sondern in hohem Maße ein gesellschafts-, insbesondere interessenvertretungspolitisches Problem darstellt. Hingegen ist der von den Befürwortern einer Neudefinition so heftig kritisierte Arbeitnehmerbegriff der Rechtsprechung und herrschenden Literatur aufgrund seiner Flexibilität in der Lage, schein-

⁷⁵² Weißbach/Witzgall/Vierthaler (1990), 7. Ausführlich in Kapitel 2.4.4.

selbständige Erwerbsformen zu verhindern, wie dies bei der für die Scheinselbständigkeit geradezu prädestinierten Arbeitsform der Telearbeit gezeigt wurde. Voraussetzung ist allerdings, daß der Kampf gegen die Scheinselbständigkeit von der Politik, der Verwaltung und insbesondere den Gewerkschaften und Betriebsräten tatsächlich und durchgreifend geführt wird. Wo - wie im Außendienst jahrzehntelang - kein Interesse und kein Wille dieser Gruppen an einer Abwehr der Scheinselbständigkeit besteht, findet eine solche auch nicht statt.

Mit dem flexiblen Arbeitnehmerbegriff der Rechtsprechung und herrschenden Literatur ist diesen Gruppen jedenfalls, wie bei der Telearbeit gesehen, ein rechtliches Mittel zur Erfassung auch neuester und für die Scheinselbständigkeit extrem anfälliger Erwerbsformen in die Hand gegeben. Gleichzeitig stehen den Interessenvertretungen der Arbeitnehmer - Gewerkschaften und Betriebsräten - aber mit der modernen Informations- und Kommunikationstechnik auch technische Mittel zur Verfügung, um die betriebsextern tätigen Arbeitnehmer - anders als jahrzehntelang im Außendienst - unproblematisch und direkt anzusprechen und sie in die kollektive Interessenwahrnehmung mit einzubeziehen (vgl. Kapitel 2.4.5.2.).

13.1.2. Parallele: Die atypischen Beschäftigungsverhältnisse

Eine interessante Parallele, die die Erklärung der Scheinselbständigkeit als vor allem gesellschafts- und interessenvertretungspolitisches Problem stützt, findet sich bei der Entwicklung der sog. atypischen Beschäftigungsverhältnisse. Dabei handelt es sich um solche Arbeitsverhältnisse, die von dem „Normalarbeitsverhältnis“ als dem auf unbestimmte Dauer vereinbarten Vollzeitarbeitsverhältnis abweichen.⁷⁵³ Zu den sog. atypischen Beschäftigungsverhältnissen zählen vor allem befristete Arbeitsverhältnisse, Teilzeitbeschäftigungen (mit unterschiedlicher Dauer der täglichen, wöchentlichen usw. Arbeitszeit) und Leiharbeiterverhältnisse.⁷⁵⁴

Als ein wichtiger Grund für die ständig wachsende Zahl der atypischen Beschäftigungsverhältnisse wird nun angeführt, daß deren zunehmende Verbreitung lange Zeit kaum Aufmerksamkeit erregte und erst recht nicht auf Protest und Widerstand stieß. Dies sei eine Fol-

⁷⁵³ Zum Begriff des „Normalarbeitsverhältnisses“ ausführlich Bosch (1986), 165f., und Däubler (1988), 302f. Vgl. auch Hickel (1989), 88 und 96; Möller (1988), 468f.; Mückenberger (1989), 211; Plander (1990), 21; Zachert (1988), 129.

ge des Umstands, daß atypische Beschäftigungsverhältnisse besonders häufig mit Frauen begründet würden.⁷⁵⁵ So liegt der Anteil der Frauen an der Gesamtzahl der Teilzeitbeschäftigten bei etwa 96 %, ⁷⁵⁶ „Teilzeitarbeit ist Frauenarbeit“.⁷⁵⁷ Aufmerksamkeit, Protest und Widerstand sei aber kaum in einer Gesellschaft zu erwarten, welche Frauen traditionell auf häusliche Reproduktionsaufgaben beschränke und es für solche, die - auch - an einer bezahlten Erwerbsarbeit interessiert seien, meist unausweichlich mache, atypische Beschäftigungsverhältnisse selbst wünschen zu müssen oder sich mit ihnen doch abzufinden.⁷⁵⁸ Daß solche Beschäftigungsverhältnisse in letzter Zeit in vermehrtem Umfang zum Gegenstand öffentlicher Aufmerksamkeit geworden seien, sei zum Teil auf den Protest betroffener Frauen sowie solcher, die sich für diese engagiert einsetzten, zurückzuführen. Eine breitere Resonanz habe jener Kritik allerdings überhaupt erst die Tatsache verschaffen, daß die Woge atypischer Beschäftigungsverhältnisse immer häufiger auch männliche Arbeitskräfte erfaßt habe.⁷⁵⁹

Auch im Rahmen der Begründung für die Verbreitung atypischer Beschäftigungsverhältnisse wird also die Wichtigkeit des gesellschafts-, insbesondere aber auch interessenvertretungspolitischen Widerstands gegen sozial unerwünschte Beschäftigungsformen deutlich. Die Erklärungsmuster für die Entstehung von Scheinselbständigkeit (im Außendienst) und atypische Beschäftigungsverhältnissen (von Frauen) stimmen überein.

13.2. Die Scheinselbständigkeit als Kontrollproblem

Mittelbar folgt aus den Entwicklungen bei der Telearbeit, daß die Scheinselbständigkeit auch ein Kontrollproblem ist. Wenn nämlich nicht wie bei der Telearbeit scheinselbständige Beschäftigungsformen schon im Vorfeld - also präventiv - durch gesellschaftliche, insbe-

⁷⁵⁴ Däubler (1988), 304. Vgl. auch Plander (1990), 21, und Zachert (1988), 133.

⁷⁵⁵ Plander (1990), 67.

⁷⁵⁶ Schaub (1996), 278.

⁷⁵⁷ So BAG, Urteil v. 14.10.1986 - 3 AZR 66/83, AR-Blattei (D), Betriebliche Altersversorgung, Entscheidung 183; Plander (1990), 65/66; Schaub (1996), 282.

⁷⁵⁸ Möller (1988), 473f.; auf S. 466 berichtet Möller davon, daß Frauen zwar schon lange vor den Männern über die Folgen neuer unternehmerischer Flexibilisierungsstrategien geforscht und geschrieben hätten, ihre empirischen Befunde und theoretischen Überlegungen aber noch immer einen unzureichenden Eingang in gewerkschaftliche Strategien gefunden hätten. Zwar gebe es auf jeder Tagung inzwischen Frauen, die zu dem Thema referierten, aber die Inhalte würden kaum oder gar nicht diskutiert, geschweige denn, daß sie in die männlichen Überlegungen einbezogen würden.

sondere vertretungspolitische Anstrengungen unterbunden werden, bedarf es verstärkter repressiver Verfahren (die ihrerseits wieder spezial- und generalpräventiv wirken).

13.2.1. Einsatz der bestehenden Kontrollmöglichkeiten

Wie in Kapitel 3.7. dargestellt, bestehen eine Vielzahl unterschiedlicher Möglichkeiten, um Scheinselbständigkeit aufzudecken.

Am schwächsten ist sicherlich die Geltendmachung der Arbeitnehmereigenschaft durch den Betroffenen selbst, sei es, daß er um seine Arbeit fürchtet, sei es aber auch, daß er wegen der Ersparnis von Lohnnebenkosten und den Steuervorteilen seine scheinselbständigen Status beibehalten will. Die größte Rolle spielt die prozessuale Feststellung des Status auf Betreiben des Betroffenen dementsprechend erst, wenn ihm gekündigt wird und er eine Kündigungsschutzklage erhebt.

Aussichtsreicher sind die prozessualen Kontrollmöglichkeiten des Betriebsrats. Diese verstärken dessen wichtige Rolle als vertretungspolitischen Repräsentanten erheblich, denn anders als die Gewerkschaften und die Politik ist er in der Lage, scheinselbständige Beschäftigungsformen vor Ort zu erkennen. Voraussetzung ist allerdings, daß ein Betriebsrat überhaupt besteht. Und selbst dieser kann, wie das Beispiel des Außendienstes zeigt, bei der Bekämpfung der Scheinselbständigkeit versagen.

Entscheidend sind somit die behördlichen Kontrollmöglichkeiten und deren Wahrnehmung. Neben den Krankenkassen, Gewerbeaufsichtsämtern, der Bundesanstalt für Arbeit, den Hauptzollämtern und den Finanzbehörden sind vor allem die Rentenversicherungsträger verpflichtet, von den auf sie übergegangenen umfassenden Prüfungsbefugnissen Gebrauch zu machen. Die Beispiele aus der Praxis (vgl. Kapitel 3.7.1.3. und 12.1.2.) haben gezeigt, daß eine Erfassung der Scheinselbständigkeit zunächst durch die Behörden, dann durch die ggf. eingeschalteten Gerichte funktioniert und insbesondere nicht am Arbeitnehmerbegriff der Rechtsprechung und herrschenden Literatur scheitert.

⁷⁵⁹ Vgl. Plander (1990), 64-67. Die Möglichkeiten gewerkschaftlicher Gegenwehr gegen atypische Beschäfti-

13.2.2. Parallele: Die Schwarzarbeit

Im Grunde stellt die Scheinselbständigkeit ein von der Schwarzarbeit her bekanntes Phänomen dar. Bei dieser weiß jeder, daß illegale Beschäftigung geleistet wird, aber sie findet dennoch statt. Und zwar zum großen Teil aus den selben Gründen wie bei der Scheinselbständigkeit, nämlich um die hohen Sozialabgaben und Steuern zu sparen. Dies wird deutlich am allgemeinen Sprachgebrauch, wonach als Schwarzarbeiter derjenige angesehen wird, der seiner Steuer- und Sozialversicherungspflicht nicht genügt.⁷⁶⁰ Zwar wird die Schwarzarbeit in § 1 Abs. 1 des Gesetzes zur Bekämpfung der Schwarzarbeit (SchwArbG⁷⁶¹) wesentlich enger gefaßt, aber Schwarzarbeit ist bis auf den Graubereich der „Nachbarschaftshilfe“ kein Definitions-, sondern ein gesellschaftspolitisches und Kontrollproblem. So regelt das SchwArbG neben hohen Geldstrafen ausführlich die Zusammenarbeit der nach Landesrecht für die Verfolgung von Schwarzarbeit zuständigen Behörden mit einer Vielzahl anderer Behörden (§ 3 SchwArbG), und diese Kooperations- und Auskunftspflichten der verschiedenen Behörden wurden zur besseren Bekämpfung der Schwarzarbeit in den vergangenen Jahren ständig erweitert.⁷⁶²

In Berlin besteht so z.B. eine Gemeinsame Ermittlungsgruppe Schwarzarbeit (GES) mit Vertretern des Landesarbeitsamtes, der AOK, der Steuerfahndung sowie des Hauptzoll- und des Landeskriminalamtes.⁷⁶³ Und 1995 wurde sogar eigens eine Prüfgruppe AD-Bau des Landesarbeitsamtes Berlin-Brandenburg mit insgesamt 150 Mitarbeitern gegründet, deren besondere Priorität die Verfolgung illegaler Beschäftigungsverhältnisse ist.⁷⁶⁴ Selbst im Internet stößt man schließlich bei der Suche nach dem Stichwort „Schwarzarbeit“ auf eine Vielzahl von Aufforderungen von Behörden und Handwerkskammern zur Anzeige des Verdachts der Durchführung und Beauftragung von Schwarzarbeit - bis hin zur Angabe des „Ansprechpartners“⁷⁶⁵ oder der Zimmernummer im Rathaus.⁷⁶⁶

gungsverhältnisse zeigt Däubler (1989), 305-308, auf.

⁷⁶⁰ Vgl. Marschner (1995), 84; Schaub (1996), 273; Weber (1995), 18.

⁷⁶¹ In der Fassung der Bekanntmachung vom 6.2.1995 (BGBl. I, S. 165), zuletzt geändert durch Gesetz vom 17.12.1997 (BGBl. I, S. 3108).

⁷⁶² Vgl. Buchner (1990), 45; Büttner (1994), 10-12; Grünberger (1995 B); Kreizberg (1994).

⁷⁶³ Vgl. Marschner (1995), 86.

⁷⁶⁴ Vgl. Fraktion der SPD (1997), 1.

⁷⁶⁵ So bei der Handwerkskammer für Unterfranken, www.hwk-unterfranken.de.

⁷⁶⁶ So beim Rathausinfo der Landeshauptstadt Düsseldorf „Schwarzarbeitsbekämpfung und Handwerksrecht“, www.duesseldorf.de.

Dieses Beispiel der Vorgehensweise zur Bekämpfung der Schwarzarbeit zeigt, wie ausgesprochen wichtig die umfassende tatsächliche, insbesondere behördliche Kontrolle zur Verhinderung unerwünschter Beschäftigungsverhältnisse ist, daß aber immer auch in der Gesellschaft ein Wille zur Verhinderung und Aufdeckung solcher Beschäftigungsverhältnisse bestehen muß, um diese effektiv zu bekämpfen.⁷⁶⁷

13.3. Ergebnis zu Kapitel 13.

Aus den Entwicklungen bei der Telearbeit, dem Außendienst und den atypischen Beschäftigungsverhältnissen kann geschlossen werden, daß die Scheinselbständigkeit nicht eine Folge des Arbeitnehmerbegriffs der Rechtsprechung und herrschenden Literatur, sondern ein gesellschafts-, insbesondere interessenvertretungspolitisches Problem darstellt. Nur wenn in der Politik, der Verwaltung und insbesondere bei den Gewerkschaften und Betriebsräten der Wille zur Verhinderung von Scheinselbständigkeit besteht, kann diese schon wie bei der Telearbeit im Vorfeld unterbunden werden.

Deutlich wird zugleich (vor allem bei der Betrachtung der Schwarzarbeit), daß als repressive Maßnahme die bestehenden Kontrollmöglichkeiten tatsächlich und durchgreifend einzusetzen sind.⁷⁶⁸

⁷⁶⁷ Was jedenfalls für die Schwarzarbeit zu bezweifeln ist. Nach einer Umfrage haben 42 % der Deutschen schon einmal Schwarzarbeiter beschäftigt und 22 % erklärten, selbst schwarz zu arbeiten, vgl. Berliner Morgenpost vom 6.4.1998 „Schwarzarbeit: SPD für harte Strafen“ (Online-Ausdruck).

⁷⁶⁸ Im Ergebnis wäre es jedoch wünschenswerter, wenn die Ursachen der Scheinselbständigkeit - insbesondere mittels einer Senkung der Sozialversicherungskosten und Steuern - bekämpft würden.

14. Zusammenfassung

In unserer Erwerbswelt ist eine erhebliche Zahl von Erwerbstätigen zu beobachten, die de facto wie abhängig Beschäftigte bzw. in einem ohne weiteres als typische Arbeitnehmertätigkeit zu deklarierenden Rechtsverhältnis, das nur durch eine vertragliche Umgestaltung zu einer selbständigen Tätigkeit umgewidmet wurde, arbeiten. Da über die Rechtsform einer Erwerbstätigkeit nicht deren vertragliche Bezeichnung oder Ausgestaltung, sondern die tatsächliche Durchführung entscheidet, ist die Bezeichnung dieser Erwerbsform als „Scheinselbständigkeit“ zutreffend; es handelt sich um Arbeitnehmer, die nur scheinbar bzw. zum Schein Selbständige sind. Für diese Erwerbsform abzulehnen sind hingegen die Bezeichnungen „abhängige Selbständigkeit“ oder „neue Selbständigkeit“.

Prädestiniert für eine scheinselbständige Beschäftigung sind betriebsextern Tätige. Sie sind schon notwendigerweise bezüglich der Gestaltung ihrer Arbeitszeit, ihres Arbeitsortes und der Durchführung ihrer Arbeit in großem Maße weisungsungebunden und selbstbestimmt. Die bei der betriebsexternen Tätigkeit erforderliche Kontrolle und Steuerung der Arbeit mittels des Managements by Objectives sowie Prämien und Provisionen beinhaltet zudem typische Merkmale einer selbständigen unternehmerischen Tätigkeit. Durch die Vorgabe von Arbeitszielen unabhängig von der Arbeitszeit erhält die Arbeit einen werkvertragsähnlichen Erfolgsbezug, durch die Entlohnung von erreichten Zielen entstehen unternehmerische oder zumindest unternehmerähnliche Risiken und Chancen. Auch ist die Hemmschwelle für den Schritt eines derartigen „Unternehmers im Unternehmen“ von der Arbeitnehmereigenschaft zum formal Selbständigen besonders gering. Schließlich sind bei einer betriebsexternen Tätigkeit die Merkmale einer abhängigen Beschäftigung sehr viel weniger augenfällig und schwieriger zu beweisen als bei betriebsinternen Tätigkeiten.

Es besteht die Gefahr, daß die betriebsexterne Arbeit und damit auch die Gefahr vermehrter Scheinselbständigkeit weiter zunimmt, da die Unternehmen auf die gesamtwirtschaftlichen Veränderungen u.a. mit der organisatorischen und räumlichen Dezentralisierung von Organisationseinheiten, Gruppen oder einzelnen Arbeitsplätzen bis hin zur - rechtlichen - Ausgründung reagieren.

Überhaupt erst möglich und schließlich gefördert wird diese Entwicklung hin zur dezentralen, betriebsexternen Tätigkeit durch die moderne Informations- und Kommunikationstechnik. Es kommt dementsprechend zu einer verstärkten Einführung von Telearbeit in ihren verschiedenen Formen. Die Scheinselbständigkeit im Rahmen der Telearbeit wurde bislang zwar durch die Gegenwehr von Politik, Arbeitsrechtswissenschaft und vor allem Gewerkschaften und Betriebsräten verhindert, doch besteht insbesondere im Zusammenhang mit der Einführung virtueller Unternehmensformen die Gefahr einer zunehmenden Scheinselbständigkeit durch Telearbeit fort.

Die Scheinselbständigkeit tritt in vielfältigen tatsächlichen und rechtlichen Erscheinungsformen auf und führt zu erheblichen Risiken sowohl für die betroffenen Scheinselbständigen als auch für die Allgemeinheit. Der Scheinselbständige genießt wegen seiner Behandlung als Selbständiger so gut wie keinen arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Schutz, aufgrund seiner fehlenden Pflichtmitgliedschaft in den Sozialversicherungen kommt es bei diesen zu Einnahmeverlusten, und im Notfall müssen die Kommunen mit Sozialhilfeleistungen einspringen.

Diese ganz überwiegende Unanwendbarkeit des Arbeits- und Sozialversicherungsrechts führt gleichzeitig zu eben jenen Vorteilen der Flexibilität und Kosteneinsparung, derentwegen Unternehmen Scheinselbständige einsetzen. Allerdings geht die scheinselbständige Arbeit häufig auch von den Betroffenen selbst aus, sei es wegen der schwierigen Arbeitsmarktlage, sei es aber auch ganz besonders wegen des erhofften höheren Einkommens durch Einsparung der Sozialversicherungsabgaben und Inanspruchnahme von Steuervorteilen.

Sowohl tatsächlich als auch rechtlich prototypisch für scheinselbständige Beschäftigungsformen ist die Außendiensttätigkeit. Ihre Betriebsexternität hat dazu geführt, daß sie den „klassischen Bereich“ der Scheinselbständigkeit darstellt. Auf diese Situation hat der Gesetzgeber mit der bislang einzigen ausdrücklichen Regelung zur arbeitsrechtlichen Abgrenzung von Arbeitnehmern und Selbständigen in § 84 HGB sowie der Schaffung weiterer Schutznormen für die Handelsvertreter in den §§ 85ff. HGB reagiert. Zudem stellt der Außendienst in Form der mobilen Telearbeit auch die Vorreiterrolle und zahlenmäßig größte Gruppe innerhalb der Telearbeit dar.

Eine Abmilderung des Problems der Scheinselbständigkeit durch die analoge Anwendung des Handelsvertreter-Schutzrechts auf solche unterlegenen Selbständigen, die aufgrund ihrer im Vergleich zum Auftraggeber wirtschaftlichen Schwäche besonders schützenswert sind, weil sich der Grundsatz der Vertragsfreiheit zu ihrem Nachteil auswirkt oder auswirken kann, ohne daß sie bereits wirtschaftlich abhängig und wie ein Arbeitnehmer sozial schutzbedürftig und damit arbeitnehmerähnlich sind, ist nicht möglich. Zwar besteht die für eine analoge Anwendung des Handelsvertreter-Rechts erforderliche (nachträgliche) Gesetzeslücke, jedoch ist der Normzweck der §§ 85ff. HGB ganz überwiegend vertriebsspezifisch. Die Lösung des Problems der Scheinselbständigkeit über den Arbeitnehmerbegriff ist nicht zu ersetzen. Fraglich erscheint allerdings, ob es dazu einer Neudefinition des Arbeitnehmerbegriffs bedarf.

Die Neubestimmungen und -definitionen der Arbeitnehmereigenschaft, die von der Literatur und einzelnen Bundesländern vorgeschlagen werden, können nicht überzeugen.

Das Abgrenzungsmodell von Richardi und Hromadka widerspricht in seinen Grundsätzen der Systematik der §§ 84ff. HGB, in seinen praktischen Auswirkungen dem Schutzcharakter des Arbeitsrechts und kann die Gefahr Scheinselbständigkeit nicht verringern.

Die von Lieb vertretene Ansicht, nach der insbesondere auf die Schutzbedürftigkeit des Erwerbstätigen abzustellen sei, ist sowohl mit allgemeinen Bestimmungen des Arbeits- und Sozialrechts als auch mit der Konzeption des Handelsvertreter-Rechts unvereinbar.

Wanks Abgrenzungsmodell ist nur von geringem Ertrag. Mit dem geltenden Recht unvereinbar ist das von ihm als Grundlage der Abgrenzung des Arbeitnehmers vom Selbständigen herangezogene Merkmal der wirtschaftlichen Abhängigkeit. Seine typischen Arbeitnehmermerkmale werden auch von der Rechtsprechung und ganz herrschenden Literatur jedenfalls zur Abgrenzung des Selbständigen vom Arbeitnehmer im Außendienst ständig angewandt und erweisen sich als zur Erfassung scheinselbständiger Beschäftigungsformen besonders geeignet. Sie sind aber unzureichend, da auch bei ihrem Nichtvorliegen eine Arbeitnehmereigenschaft nach allgemeiner Ansicht und geltendem Recht bestehen kann. Von den Merkmalen Wanks, die eine Selbständigkeit bezeichnen, ist nur die „unternehmerische Chance“ von Nutzen. Dieses Merkmal wird ebenfalls von der Rechtsprechung und dem

herrschenden Schrifttum in der Sache bereits ständig herangezogen und stellt ein wichtiges Leitbild bei der Gesamtabwägung der für und gegen eine Selbständigkeit sprechenden Umstände dar. Die „Freiwilligkeit der Übernahme des Unternehmerrisikos“ ist nur insoweit heranzuziehen, als umgekehrt eine unfreiwillige, aufgezwungene Übernahme eines unternehmerischen Risikos für eine Scheinselbständigkeit spricht. Das „Auftreten am Markt“ ist als Merkmal der Selbständigkeit unzutreffend und im System Wanks auch ohne eigene Aussagekraft. Die Gefahr der Rechtsunsicherheit ist bei Wank nicht geringer als bei der Rechtsprechung und herrschender Literatur, da auch Wank nur allgemeine Kriterien zur Verfügung stellt, deren Vorliegen allein durch eine Gesamtbetrachtung und -abwägung sämtlicher Umstände des Einzelfalls bestimmt werden kann.

Für die Gesetzgebungsvorschläge des Arbeitskreises Deutsche Rechtseinheit im Arbeitsrecht, des Freistaates Sachsen und des Landes Brandenburg gilt neben erheblichen Schwächen im Detail, daß jeweils Fälle denkbar sind, in denen die Arbeitnehmerdefinitionen nicht erfüllt, aber dennoch nach allen Ansichten eine Arbeitnehmereigenschaft vorliegen kann. Es wird deutlich, daß die Bestimmung der Arbeitnehmereigenschaft mittels Definitionen aufgrund der Vielgestaltigkeit des Erwerbslebens wenn nicht unmöglich, so doch ausgesprochen schwierig ist. Die vorgeschlagenen Definitionen scheitern jedenfalls.

Nur die von der Rechtsprechung und dem herrschenden Schrifttum angewandte typologische Bestimmung des Arbeitnehmerbegriffs ist sowohl mit dem geltenden Recht vereinbar als auch in der Lage, flexibel auf die sich ständig ändernden Erwerbsformen zu reagieren und eine Umgehung des Arbeits- und Sozialrechts zu verhindern. Insbesondere die seit Jahrzehnten für den Außendienst entwickelten Abgrenzungsmerkmale, die die fehlende klare zeitliche, örtliche und tätigkeitsbezogene Bindung des Außendienstmitarbeiters kompensieren, sind geeignet, sowohl die am weitesten verbreiteten neuen Formen der Scheinselbständigkeit, wie z.B. scheinselfständige Frachtführer und Franchisenehmer, als auch z.B. die hochmoderne Erwerbsform der Telearbeit zu erfassen. Unvermeidbar ist dabei wegen der Vielzahl denkbarer Fallkonstellationen in der Arbeitswelt die fehlende eindeutige Vorhersehbarkeit der Abgrenzung von Arbeitnehmern und Selbständigen in einem Übergangsbereich dieser Rechtsformen. Soweit daraus eine widersprüchliche Rechtsprechung einzelner Gerichte resultiert, sieht unser Rechtssystem aber nicht die Verpflichtung zur Neudefinition des streitigen Begriffs, sondern Verfahren zur Herbeiführung einer einheitlichen Rechtspre-

chung vor.

Aus dem Vergleich der Entwicklungen bei der Telearbeit und dem Außendienst folgt, daß die Scheinselbständigkeit nicht in erster Linie eine Folge des Arbeitnehmerbegriffs der Rechtsprechung und des herrschenden Schrifttums ist, sondern ein gesellschafts-, insbesondere interessenvertretungspolitisches Problem darstellt. Bei der Telearbeit ist es der Arbeitsrechtswissenschaft, der Politik, den Gewerkschaften und Betriebsräten mit dem tradierten Arbeitnehmerbegriff und vor allem mit den zum Außendienst entwickelten Abgrenzungsmerkmalen gelungen, scheinselbständige Beschäftigungsformen weitestgehend zu verhindern. Mit dem Arbeitnehmerbegriff der Rechtsprechung und herrschenden Literatur steht jedenfalls das geeignete rechtliche, mit der modernen Informations- und Kommunikationstechnik aber auch das geeignete technische Mittel zur Verfügung, um betriebsextern tätige und für die Scheinselbständigkeit besonders anfällige Mitarbeiter anzusprechen und deren Interessen zu bündeln.

Neben den bei der Telearbeit als funktionstüchtig gezeigten präventiven müssen schließlich auch die vorhandenen repressiven Maßnahmen, insbesondere die behördlichen Kontrollmöglichkeiten, konsequent eingesetzt werden.

Für die Bekämpfung der Scheinselbständigkeit ist eine Neudefinition des Arbeitnehmerbegriffs nicht erforderlich.

Literaturverzeichnis

- Abrahamczik**, Jürgen: Der Handelsvertretervertrag, München 1995
- ders.:** Die Abgrenzung des Handelsvertreters zum angestellten Außendienstmitarbeiter, in: Deutsches Steuerrecht, 34. Jg., 1996, S. 184 - 187
- Adlerstein**, Wolfgang: Neue Technologien - Neue Wege im Arbeitsrecht, in: Arbeit und Recht, 34. Jg., 1987, S. 101 - 104
- Adomeit**, Klaus: Das Arbeitsverhältnis - alternativ, in: Neue Juristische Wochenschrift, 37. Jg., 1984, S. 1337 - 1339
- ders.:** Das Arbeitsverhältnis zwischen Dienstvertrag und Gesellschaft, in: Juristische Arbeitsblätter, 20. Jg., 1988, S. 173 - 176
- Albers**, Sönke: Entscheidungshilfen für den persönlichen Verkauf, Habilitationsschrift, Berlin 1989
- ders.:** Optimales Verhältnis zwischen Festgehalt und erfolgsabhängiger Entlohnung bei Verkaufsaußendienstmitarbeitern, in: Schmalenbachs Zeitschrift für betriebswirtschaftliche Forschung, 47. Jg., 1995, S. 124 - 142
- Albrecht**, Rüdiger: Die Einrichtung von Tele- und Außenarbeitsplätzen - Rechtliche und personalpolitische Anforderungen, in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 13. Jg., 1996, S. 1240 - 1245
- Alff**, Richard: Handelsvertreterrecht, 2., neubearbeitete Auflage, Köln 1983
- Appel**, Clemens / **Frantziöch**, Petra: Sozialer Schutz in der Selbständigkeit, in: Arbeit und Recht, 46. Jg., 1998, S. 93 - 98
- Arbeitskreis Deutsche Rechtseinheit im Arbeitsrecht:** Welche wesentlichen Inhalte sollte ein nach Art. 30 des Einigungsvertrages zu schaffendes Arbeitsvertragsgesetz haben?, Gutachten D für den 59. Deutschen Juristentag, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.): Verhandlungen des 59. Deutschen Juristentages, Band I (Gutachten) Teil D, München 1992
- Arheit**, Günter: Vertriebsunterstützung durch EDV, in: Versicherungswirtschaft, 40. Jg., 1985, S. 540 - 543
- Arnold**, Oksana / **Faisst**, Wolfgang / **Härtling**, Martina / **Sieber**, Pascal: Virtuelle Unternehmen als Unternehmenstyp der Zukunft?, in: HMD Theorie und Praxis der Wirtschaftsinformatik, 32. Jg., 1995, Heft 185, S. 8 - 23

- Aszländer**, Friedrich / **Grosse-Keul**, Hans-Dieter: Auf dem Weg zum Computer Aided Selling, in: Versicherungswirtschaft, 43. Jg., 1988, S. 551 - 554
- Ausschuß für Arbeit und Sozialordnung**: Beschlußempfehlung und Bericht des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung (11. Ausschuß) a) zu dem Gesetzentwurf des Bundesrates - Drucksache 13/8942 - Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Scheinselbständigkeit, b) zu dem Gesetzentwurf der Fraktion der SPD - Drucksache 13/6549 - Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Scheinselbständigkeit, c) zu dem Antrag der Abgeordneten ... und der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen - Drucksache 13/7421 - Arbeits- und sozialrechtlicher Schutz für abhängige Selbständige, Deutscher Bundestag, 13. Wahlperiode, Drucksache 13/10269 vom 31.3.1998 [Seitenzahlen zitiert nach Online-Ausdruck]
- Badura**, Peter: Arbeit als Beruf (Art. 12 Abs. 1 GG), in: Hanau, Peter / Müller, Gerhard / Wiedemann, Herbert / Wlotzke, Otfried (Hrsg.): Festschrift für Wilhelm Herschel zum 85. Geburtstag, München 1982, S. 21 - 35
- Bahl-Benker**, Angelika: Elektronische Heimarbeit - die „schöne neue Arbeitswelt“?, in: Die Mitbestimmung, 29. Jg., 1983, S. 572 - 576 = Kohl, Heribert / Schütt, Bernd (Hrsg.): Neue Technologien und Arbeitswelt - Was erwartet die Arbeitnehmer?, Köln 1984, S. 61 - 70
- Ballauf**, Helga: Grauzone, in: Mitbestimmung, 42. Jg., 1996, Heft 9, S. 12 - 16
- Basse**, Horst / **Linke**, Marion: Mehr Effizienz durch Arbeitsplatz-Flexibilisierung, in: Personalführung, 29. Jg., 1996, S. 662-666
- Bauder**, Wolfgang: Zur Selbständigkeit des Franchise-Nehmers, in: Neue Juristische Wochenschrift, 42. Jg., 1989, S. 78 - 80
- Bauer**, Jobst-Hubertus / **Diller**, Martin: Karenzentschädigung und bedingte Wettbewerbsverbote bei Organmitgliedern, in: Betriebs-Berater, 50. Jg., 1995, S. 1134 - 1141
- Bauer**, Jobst-Hubertus / **Diller**, Martin / **Lorenzen**, Stefanie: Das neue Gesetz zur „Scheinselbständigkeit“, in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 16. Jg., 1999, S. 169 - 177
- Baumbach**, Adolf (Begr.) / **Hopt**, Klaus J.: Handelsgesetzbuch mit GmbH & Co., Handelsklauseln, Bank- und Börsenrecht, Transportrecht (ohne Seerecht), 29., völlig neubearbeitete und erweiterte Auflage, München 1995
- Bauschke**, Hans-Joachim: Auf dem Weg zu einem neuen Arbeitnehmerbegriff, in: Recht der Arbeit, 47. Jg., 1994, S. 209 - 215

- Beck**, Thorsten: Elektronische Fernarbeit und Arbeitsrecht, in: WSI Mitteilungen, 38. Jg., 1985, S. 550 - 558
- Becker**, Rudolf: Die freie Mitarbeit, Berlin 1982
- Beckschulze**, Martin: Betriebsratskosten für moderne Kommunikationsmittel, in: Der Betrieb, 51. Jg., 1998, S. 1815 - 1817
- Behme**, Wolfgang: ZP-Stichwort: Virtuelle Unternehmen, in: Zeitschrift für Planung, 1995, S. 297 - 300
- Belzer**, Volker / **Hilbert**, Josef: Virtuelle Unternehmen: Schlank, aber innovativ, in: Brödner, Peter / Pekruhl, Ulrich / Rehfeld, Dieter (Hrsg.): Arbeitsteilung ohne Ende?, München und Mering 1996, S. 149 - 167
- von Bergen**, Volker: Arbeitsrechtliche Entscheidungen zum Außendienst, in: Personal, 48. Jg., 1996, S. 444 - 447
- Berger-Delhey**, Ulf / **Alfmeier**, Klaus: Freier Mitarbeiter oder Arbeitnehmer?, in: Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht, 8. Jg., 1991, S. 257 - 260
- Berkowsky**, Wilfried: Außendienstspezifische Kündigungsgründe, insbesondere mangelnder Erfolg des angestellten Außendienstmitarbeiters, in: Rieder (Hrsg.): Rechtsfragen im angestellten Außendienst, Münster 1993, S. 149 - 173
- Berndt**, Joachim: Arbeitnehmer oder freier Mitarbeiter, in: Betriebs-Berater, 53. Jg., 1998, S. 894 - 896
- Beuthien**, Bertold: Telearbeit im Aufwind, in: Zeitschrift für Tarifrrecht, 1996, S. 204 - 209
- Beuthien**, Volker / **Wehler**, Thomas: Stellung und Schutz der freien Mitarbeiter im Arbeitsrecht, in: Recht der Arbeit, 31. Jg., 1978 (A), S. 2 - 10
- dies.**: Gemeinsame Anmerkung zu BAG, Urteil v. 9.3.1977 - 5 AZR 110/76 u.a., AP Nr. 15 - 21 zu § 611 BGB Abhängigkeit, 1978 (B)
- Bezani**, Thomas: Der arbeitsrechtliche Status von Rundfunk- und Fernsehmitarbeitern, in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 14. Jg., 1997, S. 856 - 861
- Bitter**, Walter: Zur Stellung der freien Mitarbeiter, in: Recht der Arbeit, 31. Jg., 1978, S. 24 - 26
- Bodenbender**, Wolfgang / **Griese**, Thomas: Die Kodifizierung des Arbeitsvertragsrechts aus der Sicht der Länder, in: Anzinger, Rudolf / Wank, Rolf (Hrsg.): Entwicklungen im Arbeitsrecht und Arbeitsschutzrecht, Festschrift für Otfried Wlotzke zum 70. Geburtstag, München 1996, S. 3 - 26

- Boemke**, Burkhard: Neue Selbständigkeit und Arbeitsverhältnis, in: Zeitschrift für Arbeitsrecht, 29. Jg., 1998, S. 285 – 326
- Börnecke**, Dirk: Der „ideale“ Telearbeiter, in: Arbeit und Arbeitsrecht, 54. Jg., 1999, S. 67f.
- Bösche**, Burchard / **Grimberg**, Herbert: Rechtsfragen der Außendiensttätigkeit, in: Däubler, Wolfgang / Bobke, Manfred / Kehrmann, Karl (Hrsg.): Arbeit und Recht, Festschrift für Albert Gnade zum 65. Geburtstag, Köln 1992, S. 377 - 402. [Der Beitrag ist auch erschienen als Broschüre der Gewerkschaft Nahrung-Genuss-Gaststätten (Hrsg.): Rechtsfragen der Außendiensttätigkeit, Eine Arbeitshilfe für Betriebsräte im Außendienst].
- Bogs**, Harald: Die Beurteilung der Selbständigkeit von Handelsvertretern als Methodenfrage der Sozialversicherungspflicht-Rechtsprechung, in: Versicherungsrecht, 28. Jg., 1977, S. 197 - 201
- Bopp**, Peter: Fragen der Arbeitszeit im Außendienst, in: Rieder (Hrsg.): Rechtsfragen im angestellten Außendienst, Münster 1993, S. 22 - 53
- Bopp**, Peter / **Molkenbur**, Josef: Mitbestimmung bei Leistungskontrollen der Angestellten im Außendienst, in: Betriebs-Berater, 50. Jg., 1995, S. 514 - 517
- Bosch**, Gerhard: Hat das Normalarbeitsverhältnis eine Zukunft?, in: WSI Mitteilungen, 39. Jg., 1986, S. 163 - 176
- Bosman**, Wieland: Arbeitsrechtliche Fragen bei der Einführung von Neuen Medien, in: Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht, 1. Jg., 1984, S. 185 - 188
- Brand**, Jürgen: Die sozialrechtlichen Abgrenzungskriterien der „Abhängigkeit / Selbständigkeit / Scheinselbständigkeit“ und die Folgen der Einstufung als Selbständiger bzw. abhängig Beschäftigter, in: Zeitschrift für Sozialreform, 42. Jg., 1996, S. 401 - 415
- ders.:** Die Behandlung des Problems „Scheinselbständigkeit“ durch die Sozialgerichte, in: Neue Zeitschrift für Sozialrecht, 6. Jg., 1997, S. 552 - 558
- Brandl**, Elke: Neues Unternehmenskonzept mit Zukunft, in: Arbeitgeber, 50. Jg., 1998, S. 398 – 401
- Braun**, Frank: Die Franchisenehmer, in: Arbeit und Arbeitsrecht, 53. Jg., 1998, S. 403 – 405
- Braun**, Frank / **Schoppe-Brings**, Karen: Mit heißer Nadel gestrickt! Zu den Änderungen der §§ 7 SGB IV und 2 SGB VI, in: Arbeit und Arbeitsrecht, 54. Jg., 1999, S. 58 - 60
- Brettreich-Teichmann**, Werner: Telearbeitskonjunktur - Auf und Ab von Projekten rund um virtuelle Arbeitsplätze, in: Office Management, 44. Jg., 1996, Heft 1-2, S. 81

- Breves**, Christiane: Die Abgrenzung des Arbeitnehmers vom freien Mitarbeiter, Dissertation, Aachen 1998
- Brox**, Hans / **Rüthers**, Bernd: Arbeitsrecht, 13., neubearbeitete Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln 1997
- Buchner**, Herbert: Schwarzarbeit und Rechtsordnung, in: Gewerbearchiv, 1990, S. 1 - 9, 41 - 46
- ders.**: Neuregelung des Arbeitsverhältnisrechts, in: Der Betrieb, 45. Jg., 1992, S. 1930 – 1932
- ders.**: Das Recht der Arbeitnehmer, der Arbeitnehmerähnlichen und der Selbständigen – jedem das Gleiche oder jedem das Seine?, in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht., 15. Jg., 1998, S. 1144 – 1153
- ders.**: Scheinselbständige und arbeitnehmerähnliche Selbständige in der Sozialversicherung – Gesetz zu „Korrekturen in der Sozialversicherung“, in: Der Betrieb, 52. Jg., 1999, S. 146 - 151
- Büssing**, André: Telearbeit und Telekooperation - Interdisziplinäre Perspektiven, in: Zeitschrift für Arbeitswissenschaft, 51. Jg., 1997, S. 194 - 196
- Büssing**, André / **Aumann**, Sandra: Telearbeit und Arbeitszeitgestaltung, in: WSI Mitteilungen, 49. Jg., 1996 (A), S. 450 - 459
- dies.**: Telearbeit aus arbeitspsychologischer Sicht, in: Arbeit, 5. Jg., 1996 (B), S. 133 - 153
- dies.**: Telezentren: die bessere Form der Telearbeit?, in: Zeitschrift für Arbeitswissenschaft, 51. Jg., 1997, S. 240 - 250
- Büttner**, Erhard: Schwarzarbeit, Leistungsmissbrauch und kein Ende, in: Gewerbearchiv, 1994, S. 7 - 12
- Bullinger**, Hans-Jörg / **Brettreich-Teichmann**, Werner / **Fröschle**, Hans-Peter: Das virtuelle Unternehmen - Koordination zwischen Markt und Hierarchie, in: Office Management, 43. Jg., 1995, Heft 12, S. 18 - 22
- Bullinger**, Hans-Jörg / **Fröschle**, Hans-Peter / **Brettreich-Teichmann**, Werner / **Hofmann**, Josephine: Das virtuelle Unternehmen - Konzept, Stand, Aussichten, in: Gewerkschaftliche Monatshefte, 46. Jg., 1995, S. 375 – 386
- Bumiller**, Johannes / **Stupperich**, Michael: Telecommuting - Flexible Art der Arbeitsgestaltung, in: Office Management, 44. Jg., 1996, Heft 9, S. 19 – 21
- Bumiller**, Ursula: Der Franchisenehmer zwischen Zivil- und Arbeitsgerichtsbarkeit, in: Neue Juristische Wochenschrift, 51. Jg., S. 2953 - 2955

- Bundesrat:** Empfehlungen der Ausschüsse zum Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Scheinselbständigkeit - Antrag der Länder Hessen, Nordrhein-Westfalen, Bundesrat-Drucksache 696/97 vom 16.9.1997 (Grunddrs. 793/96)
- ders.:** Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Scheinselbständigkeit, Deutscher Bundestag, 13. Wahlperiode, Drucksache 13/8942 vom 6.11.1997 [Seitenzahlen zitiert nach Online-Ausdruck]
- Bundesregierung:** Antwort auf die Große Anfrage der Fraktion der SPD - Drucksache 10/561 - Frauenarbeitslosigkeit, Deutscher Bundestag, 10. Wahlperiode, Drucksache 10/871 vom 11.1.1984
- dies.:** Antwort auf die Kleine Anfrage der Fraktion der SPD - Drucksache 12/7279 - Freie Mitarbeiter und selbständige Einzelunternehmer mit persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit (Scheinselbständigkeit), Deutscher Bundestag, 12. Wahlperiode, Drucksache 12/7484 vom 4.5.1994
- Buschmann, Rudolf:** Franchise-Arbeitnehmer, in: Arbeitsrecht im Betrieb, 9. Jg., 1988, S. 51 - 56
- ders.:** Anmerkung zu ArbG Düsseldorf, Urteil v. 20.5.1988 - 4 Ca 5858/87, Arbeitsrecht im Betrieb, 10. Jg., 1989, S. 129f.
- ders.:** Rechtsprobleme der Selbständigkeit, in: Däubler, Wolfgang / Bobke, Manfred / Kehrmann, Karl (Hrsg.): Arbeit und Recht, Festschrift für Albert Gnade zum 65. Geburtstag, Köln 1992, S. 129 - 141
- ders.:** Gemeine Marktwirtschaft, in: Arbeit und Recht, 44. Jg., 1996, S. 285 - 291
- ders.:** Anmerkung zu BAG, Beschluß vom 16.7.1997 - 5 AZB 29/96, in: Arbeit und Recht, 45. Jg., 1997, S. 500f.
- Canaris, Claus-Wilhelm:** Anmerkung zu BAG, Urteil v. 13.9.1969 - 3 AZR 138/68, in: Sammlung Arbeitsrechtlicher Entscheidungen, 1971, S. 111 - 114
- ders.:** Handelsrecht, 22., neubearbeitete und stark erweiterte Auflage, München 1995
- Carlsen, Harald / Zimmer, Dieter:** Aussendienstler lernen durch „Insight“, in: io Management Zeitschrift, 60. Jg., 1991, Heft 2, S. 73 - 76
- Collardin, Marcus:** Aktuelle Rechtsfragen der Telearbeit, Dissertation, Berlin 1995
- Däubler, Wolfgang:** Perspektiven des Normalarbeitsverhältnisses, in: Arbeit und Recht, 36. Jg., 1988, S. 302 - 308

- ders.:** Gläserne Belegschaften? Datenschutz für Arbeiter, Angestellte und Beamte, 3., überarbeitete und erweiterte Auflage, Köln 1993
- ders.:** Die Entsende-Richtlinie und ihre Umsetzung in das deutsche Recht, in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 8. Jg, 1997, S. 613 - 618
- ders.:** Das Arbeitsrecht 2, 11., vollständig überarbeitete Auflage, Reinbek bei Hamburg 1998
- Däubler, Wolfgang / Kittner, Michael / Klebe, Thomas** (Hrsg.): Betriebsverfassungsgesetz, Kommentar für die Praxis, 5., überarbeitete und erweiterte Auflage, Köln 1996
- Denck, Johannes:** Bildschirmarbeitsplätze und Mitbestimmung des Betriebsrats, in: Recht der Arbeit, 33. Jg., 1982, S. 279 - 299
- Deppe, Peter:** Untersuchung zur Leistungsbeurteilung von Außendienstmitarbeitern, Köln 1979
- Dersch, Hermann** (Begr.) / **Neumann, Dirk:** Bundesurlaubsgesetz, Kommentar, 8., neubearbeitete Auflage, München 1997
- Deter, Gerhard:** Aus der Gesetzgebung, in: Arbeit und Recht, 46. Jg., 1998, S. 239 - 242
- Deutscher Juristinnenbund, Kommission „Arbeitsrecht und moderne Technologien“:** Zur Telearbeit, in: Recht der Arbeit, 41. Jg., 1988, S. 305 - 308
- Dichtl, Erwin / Raffée, Hans / Niedetzky, Hans-Manfred:** Reisende oder Handelsvertreter, München 1981
- Dietz, Rolf / Richardi, Reinhard:** Betriebsverfassungsgesetz, Band 1: §§ 1-73 mit Wahlordnung, 6., völlig neubearbeitete Auflage, München 1981
- Diller, Martin / Schuster, Doris-Maria:** Aufhebungsverträge mit (Schein-)Selbständigen, in: Fachanwalt Arbeitsrecht, 2. Jg., 1998, S. 138 - 142
- Doleschal, Reinhard:** Arbeitnehmer und virtuelle Unternehmen, in: Computer Fachwissen, 6. Jg., 1997, Heft 7- 8, S. 4 - 8
- Dombrowski, Martin / Zettelmeyer, Bernd:** Die Wertermittlung der Nutzungsvorteile von Firmenwagen im Rahmen der Karenzentschädigung nach § 74 II HGB, in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 12. Jg., 1995, S. 155 - 160
- Dostal, Werner:** Telearbeit - Stand und Entwicklung, in: Personalführung, 29. Jg., 1996, S. 648 - 654
- Dries, Christian:** Mitarbeiterbefragung als Instrument des Personalmarketing, in: Personal, 43. Jg., 1991, S. 252 - 255
- Dütz, Wilhelm:** Arbeitsrecht, 3., neubearbeitete Auflage, München 1997

- Düwell**, Franz Josef: Beschäftigungsschutz und Sozialstaat, in: Arbeit und Recht, 46. Jg., 1998, S. 149 - 152
- Eberbach**, Wolfram / **Brauweiler**, Hans-Christian: Arbeitsrecht, 3., vollständig überarbeitete und erweiterte Auflage, München, Wien 1993
- Eberstein**, Hans Hermann: Zehn Jahre Rechtsprechung zum neuen Handelsvertreterrecht, in: Der Betriebs-Berater, 19. Jg., 1964, S. 271 - 277
- ders.**: Der Handelsvertreter-Vertrag, 7., überarbeitete und erweiterte Auflage, Heidelberg 1991
- Ebling**, Klaus (Hrsg.): Blümich, EStG · KStG · GewStG, Kommentar, Band 2: §§ 9 - 21 a EStG, Loseblattsammlung, Stand: Oktober 1997, München
- Eckert**, Michael: Arbeitnehmer oder „freier Mitarbeiter“ – Abgrenzung, Chancen, Risiken, in: Deutsches Steuerrecht, 35. Jg., 1997, S. 705 - 709
- ders.**: Anmerkung zu BGH, Beschluß v. 4.11.1998 – VIII ZB 12/98, in: Deutsches Steuerrecht, 36. Jg., 1998, S. 2023
- Eichenhofer**, Eberhard: Sozialrecht, Tübingen 1995
- v. Einem**, Hans-Jörg: „Abhängige Selbständigkeit“ - Handlungsbedarf für den Gesetzgeber?, in: Die Sozialversicherung, 48. Jg., 1993, S. 314 - 318
- ders.**: „Abhängige Selbständigkeit“, in: Betriebs-Berater, 49. Jg., 1994, S. 60 - 64
- Eisold**, Holger: Zwischen Euphorie und Ängsten, in: Arbeitgeber, 41. Jg., 1989, S. 1005 - 1007
- ELA**: Sozialversicherung - Abstimmung mit den Füßen, in: WirtschaftsWoche, 52. Jg., 1998, Heft 1/2, S. 16
- Elbe**, Annette: Unternehmer im Unternehmen, in: Mitbestimmung, 42. Jg., 1996, Heft 9, S. 17 - 19
- Els**, Stefan: Dienstreise und Arbeitszeit, in: Betriebs-Berater, 41. Jg., 1986, S. 2192 - 2193
- Elsner**, Susanne: Franchising - Scheinselbständigkeit - Sozialdumping, in: Soziale Sicherheit, 45. Jg., 1996 (A), S. 99 - 103
- dies.**: Bericht über das 28. Praktikerseminar des Instituts für Sozialrecht der Ruhr-Universität Bochum zum Thema „Franchising - Scheinselbständigkeit - Sozialdumping“, in: Neue Zeitschrift für Sozialrecht, 5. Jg., 1996 (B), S. 162 - 166
- Encarnacao**, José L. / **Lockemann**, Peter C. / **Rembold**, Ulrich: AUDIUS - Außendienstunterstützungssystem, Berlin, Heidelberg, New York ... 1990

- Ensthaler**, Jürgen (Hrsg.): Gemeinschaftskommentar zum Handelsgesetzbuch, 5., neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Neuwied, Kriftel, Berlin 1997
- Ertel**, Michael / **Ullsperger**, Peter: Telearbeit und Gesundheitsschutz, in: Computer Fachwissen, 5. Jg., 1996, Heft 6, S. 23f.
- Etzel**, Gerhard: Die Entwicklung des Arbeitsrechts seit Ende 1996, in: Neue Juristische Wochenschrift, 51. Jg., 1998, S. 1190 - 1203
- Ewert**, Dirk: Trend zur Telearbeit, in: Die Bank, 1996, S. 750 - 752
- ders.:** Personalpolitische Aspekte der Telearbeit, in: Personalführung, 30. Jg., 1997, S. 512 - 515
- Fabricius**, Fritz / **Kraft**, Alfons / **Wiese**, Günther / **Kreutz**, Peter: Betriebsverfassungsgesetz, Gemeinschaftskommentar, Band I: §§ 1 - 73 mit Wahlordnungen, 5. Auflage, Neuwied, Kriftel, Berlin 1994
- Falkenberg**, Rolf-Dieter: Freier Mitarbeiter - Arbeitnehmer - arbeitnehmerähnliche Person, in: Der Betrieb, 22. Jg., 1969, S. 1409 - 1413
- Fangmann**, Helmut: ISDN und Telearbeit - Mitbestimmte Regelungen zu ISDN, in: Arbeitsrecht im Betrieb, 15. Jg., 1994, S. 203 - 214
- Farthmann**, Friedhelm: Gesellschaftliche Aspekte der Telearbeit, in: Die Betriebswirtschaft, 44. Jg., 1984, S. 541 - 552
- Fenski**, Martin: Außerbetriebliche Arbeitsverhältnisse, Neuwied, Kriftel, Berlin 1994
- Fieber**, Heribert: Mitbestimmen, in: Mitbestimmung, 42. Jg., 1996, Heft 12, S. 32 - 34
- Fink**, Dietmar / **Meyer**, Norbert: Telearbeit - Phasenansatz zur Einführung einer Konzeption, in: Office Management, 44. Jg., 1996 (A), Heft 9, S. 14 - 18
- dies.:** Ehrlich mehr am besten, in: Harvard Business Manager, 18. Jg., 1996 (B), Heft 1, S. 19 - 26
- Finkenrath**, Rolf: Außendienstentlohnung nach Deckungsbeiträgen, 3. aktualisierte, erweiterte Auflage, München 1987
- Fischer**, Gerd: Anm. zu LAG Nürnberg, Urteile vom 25.2.1998 - 4 Sa 670/97 und 4 Sa 860/96, in: Arbeitsrecht im Betrieb, 19. Jg., 1998, S. 297 - 299
- Fischer**, Peter: Selbstangestellt, in: Mitbestimmung, 42. Jg., 1996, Heft 9, S. 20 - 23
- Fitting**, Karl / **Kaiser**, Heinrich / **Heither**, Friedrich / **Engels**, Gerd: Betriebsverfassungsgesetz, 18., neubearbeitete Auflage, München 1996

- Flohr**, Eckhardt: Sicherstellung der Selbständigkeit des Franchise-Nehmers, in: Wirtschaftsrechtliche Beratung, 4. Jg., 1997, S. 281 - 285
- Floto**, Udo: Jobmaschine Franchising, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 20.4.1998, S. B 1
- Förster**, Günter: Praktische Aspekte der Telearbeit, in: Computer und Recht, 13. Jg., 1997, S. 743 - 746
- Förster**, Günter / **Apenburg**, Eckhard: Bei Siemens - Konzepte und Strategien zur Einführung von Telearbeit, in: Office Management, 44. Jg., 1996, Heft 9, S. 28 - 30
- Fraktion Bündnis 90/Die Grünen**: Arbeits- und sozialrechtlicher Schutz für abhängige Selbständige, Deutscher Bundestag, 13. Wahlperiode, Drucksache 13/7421 vom 15.4.1997
- Fraktion der SPD**: Große Anfrage vom 2.11.1983 - Frauenarbeitslosigkeit, Deutscher Bundestag, 10. Wahlperiode, Drucksache 10/561
- dies**: Entwurf eines Gesetzes zum Ausbau und zur Sicherung der betrieblichen Mitbestimmung vom 23.7.1985, Deutscher Bundestag, 10. Wahlperiode, Drucksache 10/3666
- dies.**: Entschließungsantrag vom 11.4.1984 zur Großen Anfrage der Fraktion der SPD - Drucksachen 10/561, 10/871, 10/982 - Frauenarbeitslosigkeit, Deutscher Bundestag, 10. Wahlperiode, Drucksache 10/1283
- dies.**: Kleine Anfrage vom 13.4.1994 - Freie Mitarbeiter und selbständige Einzelunternehmer mit persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit (Scheinselbständigkeit), Deutscher Bundestag, 12. Wahlperiode, Drucksache 12/7279
- dies.**: Große Anfrage vom 24.3.1995 - Möglichkeiten zur Förderung einer Existenzgründungsbewegung, Deutscher Bundestag, 13. Wahlperiode, Drucksache 13/896
- dies.**: Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Scheinselbständigkeit vom 11.12.1996, Deutscher Bundestag, 13. Wahlperiode, Drucksache 13/6549
- dies.**: Kleine Anfrage vom 11.12.1997 - Bekämpfung von Schwarzarbeit und illegaler Beschäftigung in der Bauwirtschaft in Berlin, Deutscher Bundestag, 13. Wahlperiode, Drucksache 13/9464
- Fraunhofer Institut für Arbeitswirtschaft und Organisation**: Entwicklung der Telearbeit - Arbeitsrechtliche Rahmenbedingungen, Abschlußbericht, hrsg. vom Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung, Forschungsbericht Nr. 269 a, Stuttgart 1997.
- Freistaat Sachsen**: Entwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes (ArbVG), Bundesrat-Drucksache 293/95 vom 23.5.1995

- Freitag**, Peter: Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Vergütung im angestellten Außendienst, in: Rieder (Hrsg.): Rechtsfragen im angestellten Außendienst, Münster 1993, S. 72 - 83
- Fricke**, Wolfgang: So einsam vor dem Bildschirm?, in: Computer Fachwissen, 5. Jg., 1996, Heft 1, S. 21 - 23
- ders.:** Befunde zur „Scheinselbständigkeit“, in: Computer Fachwissen, 6. Jg., 1997, Heft 7-8, S. 52 - 54
- Gabler Wirtschaftslexikon**, Band F - K, 14., vollständig überarbeitete und erweiterte Auflage, Wiesbaden 1997
- Ganz**, Birgit: Betriebsvereinbarung: Laptops im Außendienst, in: Arbeitsrecht im Betrieb, 13. Jg., 1992, S. 189 - 192
- Garhammer**, Manfred / **Mundorf**, Norbert: Teleheimarbeit und Telecommuting: ein deutsch-amerikanischer Vergleich über kulturelle Bedingungen und soziale Auswirkungen einer neuen Arbeitsform, in: Zeitschrift für Arbeitswissenschaft, 51. Jg., 1997, S. 232 - 239
- Gast**, Wolfgang: Das Arbeitsrecht als Vertragsrecht, Heidelberg 1984
- ders.:** Arbeitsrecht und Abhängigkeit, in: Betriebs-Berater, 48. Jg., 1993, S. 66 - 69
- Gatter**, Willem: Alter Wein in neuen Schläuchen?, in: Computer Fachwissen, 6. Jg., 1997, Heft 7-8, S. 13 - 17
- Gaul**, Björn: Neues zum nachvertraglichen Wettbewerbsverbot, in: Der Betrieb, 48. Jg., 1995, S. 874 - 878
- Gaul**, Dieter: Das Arbeitsrecht im Betrieb, Band I, 8., vollständig neubearbeitete Auflage, Heidelberg 1986
- Gerhäuser**, Heinz / **Kreilkamp**, Peter: Dienstleistungen unabhängig vom Standort, in: Office Management, 43. Jg., 1995, Heft 12, S. 39 - 43
- Gerhards**, Thomas: Beschäftigungsverhältnisse in rechtlicher Bewertung, in: Arbeitgeber, 45. Jg., 1993, S. 453 - 455
- Gewerkschaft Nahrung-Genuss-Gaststätten** (Hrsg.): Arbeit im Außendienst, Hamburg 1991
- Giloy**, Jörg: Zum Begriff des Arbeitnehmers im steuerrechtlichen Sinne, in: Der Betrieb, 39. Jg., 1986, S. 822 - 827
- Gitter**, Wolfgang: Arbeitsrecht, 3., neubearbeitete Auflage, Heidelberg 1994

- ders.:** Sozialrecht, 4., neubearbeitete Auflage, München 1996 (A)
- ders.:** Die abhängigen Selbständigen - Zur Flucht aus der Sozialversicherungspflicht, in: Die Sozialgerichtsbarkeit, 43. Jg., 1996 (B), S. 263 - 265
- Glanegger, Peter / Güroff, Georg / Niedner, Hans Jochen / Peuker, Monika / Ruß, Werner / Stuhlfelner, Ulrich:** Heidelberger Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 4., neubearbeitete und erweiterte Auflage, Heidelberg 1995
- Glaser, Wilhelm:** Die psychologischen Aspekte der Telearbeit, in: Arbeitgeber, 50. Jg., 1998, S. 95 - 98, 102
- Glinz, Matthias:** Vertriebssteuerung und Außendienstkontrolle per Computer, München 1988
- Godehardt, Birgit:** Auf dem Datenhighway zum Arbeitsplatz, in: Personalwirtschaft, 23. Jg., 1996, S. 66f.
- Godehardt, Birgit / Klinge, Carsten:** Telearbeit - der erste Schritt zum virtuellen Unternehmen, in: Computerwoche 1996, Heft 37, S. 59 - 63
- Godehardt, Birgit / Worch, Andrea:** Das virtuelle Büro, in: Personalwirtschaft, 23. Jg., 1996, S. 9 - 12
- Goecke, Robert / Hesch, Gerhard:** Tele-Arbeits- und -Service-Center - Keimzellen virtueller Unternehmen, in: Office Management, 45. Jg., 1997, Heft 3, S 46 - 48
- Goerke, Thomas:** Arbeits- und datenschutzrechtliche Grundlagen der Telearbeit, in: Arbeit und Arbeitsrecht, 51. Jg., 1996, S. 188-191
- Götz, Hilmar:** Grundzüge des Arbeitsrechts, Band I, Arbeitsvertragsrecht, 3., völlig neubearbeitete und erweiterte Auflage, München, Wien 1996
- Goldmann, Monika / Richter, Gudrun:** Teleheimarbeit von Frauen, in: Office Management, 36. Jg., 1988, S. 28 - 30
- Grafe, Bernhard:** Die Telearbeit, Dissertation, Gießen 1991
- Grafe, Friederike,** Scheinselbständigkeit fordert zum Handeln heraus, in: Arbeit und Arbeitsrecht, 52. Jg., 1997, S. 119 - 122
- Grau, Walter,** Telearbeit bei IBM - Erfahrungen bei Einführung und in der Praxis, in: Office Management, 44. Jg., 1996, Heft 1-2, S. 82 – 86
- Griebeling, Gert:** Die Merkmale des Arbeitsverhältnisses, in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 15. Jg., 1998 (A), S. 1137 – 1144
- ders.:** Kurzkommentar zu OLG Düsseldorf, Urteil v. 30.1.1998 – 16 U 182/96, in: Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht, 14. Jg., 1998 (B), S. 341f.

- Griese**, Thomas: Lohn- und Sozialdumping als Folge von Scheinselbständigkeit, in: Arbeit und Recht, 43. Jg., 1995, S. 138 - 140
- ders.:** Die Gesetzentwürfe der Länder für ein Arbeitsvertragsgesetz, in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 13. Jg., 1996, S. 803 - 809
- Grieser**, Franz / **Irlbeck**, Thomas: Computer-Lexikon, München 1993
- Groothuis**, Ulrich: Pendler im Netz, in: WirtschaftsWoche, 1996, 50. Jg., Heft 38, S. 104 - 112
- Grünberger**, Johannes: Nachweisgesetz und Änderung des Kündigungsschutzgesetzes, in: Neue Juristische Wochenschrift, 48. Jg., 1995 (A), S. 2809 - 2813
- ders.:** Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und zur Änderung anderer Gesetze, in: Neue Juristische Wochenschrift, 48. Jg., 1995 (B), S. 14 - 17
- Grunewald**, Benno: Inhalt und Grenzen des arbeitsvertraglichen Nebentätigkeitsverbotes, in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 11. Jg., 1994, S. 971 - 973
- Grunsky**, Wolfgang: Voraussetzungen einer Entschädigungszusage nach § 74 II HGB, in: Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht, 5. Jg., 1988, S. 713 - 716
- Gutbrod**, Max: Zulässigkeit des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots ohne Karenzentschädigung?, in: Der Betrieb, 43. Jg., 1990, S. 1806f.
- Haag**, Werner / **Neubauer**, Frank: Entwicklungen und Trends in der Außendienstvergütung, in: Personal, 48. Jg., 1996, S. 424 - 429
- van Haaren**, Kurt / **Schwemmler**, Michael: Szenarien, in: Mitbestimmung, 42. Jg., 1996, Heft 12, S. 13 - 17
- Hässler**, Kay: Scheinselbständigkeit und arbeitnehmerähnliche Selbständige, in: Neue Wirtschafts-Briefe, Nr. 5 vom 01.02.1999, S. 377 - 386 (Fach 27, S. 4959 - 4968)
- Häusele**, Harald: Weisung und Gewissen im Arbeitsrecht - Oder: Weshalb der Arbeitnehmerbegriff Gewissensfreiheit enthält, Dissertation, Konstanz 1989
- Hamer**, Eberhard: Gegen die wachsende Scheinselbständigkeit, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 3.12.1997, S. 20
- Hanau**, Peter: Die Anforderungen an die Selbständigkeit des Versicherungsvertreters nach den §§ 84, 92 HGB, Karlsruhe 1997
- ders.:** Rundschreiben der Spitzenverbände zur Scheinselbständigkeit, Einführung, in: ZIP - Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 20. Jg., 1999, S. 252f.

- Hanau, Peter / Adomeit, Klaus:** Arbeitsrecht, 11., neubearbeitete Auflage, Neuwied, Kriftel, Berlin 1994
- Hanau, Peter / Peters-Lange, Susanne:** Schnittstellen von Arbeits- und Sozialrecht, in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 15. Jg., 1998, S. 785 - 791
- Hanau, Peter / Strick, Kerstin:** Qual der Wahl: Arbeitnehmer oder Selbständiger?, in: Arbeit und Arbeitsrecht, 53. Jg., 1998 (A), S. 185 – 189
- dies.:** Die Abgrenzung von Selbständigen und Arbeitnehmern (Beschäftigten) im Versicherungsaußendienst, Beilage Nr. 14/98 zu Der Betrieb, 51. Jg., 1998 (B), Heft 40
- Handelsdienst:** Marktstudie Außendienst 1990, Hamburg 1990
- Handlexikon Arbeitsrecht,** München 1991
- Hanel, Erich:** Wenn der Arbeitnehmer eine Nebentätigkeit ausübt, in: Personal, 38. Jg., 1986, S. 348f.
- ders.:** Arbeitnehmer oder freier Mitarbeiter?, in: Personal, 45. Jg., 1993, S. 534f.
- ders.:** Arbeitnehmer und Nebentätigkeit, in: Personal, 46. Jg., 1994, S. 92f.
- Harms, Jörg Menno:** „Telearbeit in Reinkultur wird keinen Aufschwung erleben“, in: Office Management, 44. Jg., 1996, Heft 9, S. 26
- Hartge, Thomas:** Telearbeit im Aufwind, in: Cogito, 9. Jg., 1993, Heft 2, S. 15 - 17
- Hartmann, Bernhard / Christians, Uwe:** Steuerliche Abgrenzung zwischen freiem Beruf, nichtselbständiger Arbeit und gewerblicher Tätigkeit, in: Der Betrieb, 37. Jg., 1984, S. 1365 - 1373
- Heilmann, Joachim:** Grundgedanken des Arbeitsrechts, in: Maus, Wilhelm (Hrsg.): Handbuch des Arbeitsrechts, Band I, Loseblattsammlung, Stand: Dezember 1982, Baden-Baden
- ders.:** Mutterschutzgesetz, Kommentar, 2. Auflage, Baden-Baden 1991
- Heilmann, Karin:** Arbeitsrechtlicher Status von Rundfunkmitarbeitern, in: Arbeit und Arbeitsrecht, 53. Jg., 1998, S. 190 - 192
- Heilmann, Wolfgang / de Vittorelli, Johanna:** Teleprogrammierung in der Bundesrepublik Deutschland, in: Office Management, 32. Jg., 1984, S. 442 – 444
- Heinze, Meinhard:** Wege aus der Krise des Arbeitsrechts – Der Beitrag der Wissenschaft, in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 14. Jg., 1997, S. 1 - 9
- Helml, Ewald:** Arbeitsrecht, 5., überarbeitete und ergänzte Auflage, München 1996
- Hendricks, Bernd:** Telearbeit in der Praxis, in: Computer Fachwissen, 5. Jg., 1996, Heft 6, S. 16 - 19

- Hensler**, Martin: Der Diskussionsentwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes des Arbeitskreises Deutsche Rechtseinheit im Arbeitsrecht, in: Juristenzeitung, 47. Jg., 1992, S. 833 - 845
- Herb**, Armin: Telearbeit - Chancen, Risiken und rechtliche Einordnung des Computerarbeitsplatzes zu Hause, in: Der Betrieb, 39. Jg., 1986, S. 1823 - 1825
- Hermanns**, Arnold / **Prieß**, Stefan: Computer Aided Selling (CAS), München 1987
- Herschel**, Wilhelm: Die typologische Methode und das Arbeitsrecht, in: Ballerstedt, Kurt / Friesenhahn, Ernst / v. Nell-Breuning, Oswald (Hrsg.): Recht und Rechtsleben in der sozialen Demokratie, Festgabe für Otto Kunze zum 65. Geburtstag, Berlin 1969, S. 225 - 241
- ders.:** Die arbeitnehmerähnliche Person, in: Der Betrieb, 30. Jg., 1977, S. 1185 - 1189
- ders.:** Gemeinsame Anmerkung zu BAG, Urteil v. 13.1.1983 - 5 AZR 156/82 und BAG, Urteil v. 13.1.1983 - 5 AZR 149/82, AP Nr. 42 und 43 zu § 611 BGB Abhängigkeit
- Hesch**, Gerhard / **Stein**, Susanne: Telearbeits- und Teleservice-Center - Erfolgsfaktoren für die marktorientierte Umsetzung eines innovativen Unternehmenskonzeptes, in: Zeitschrift für Arbeitswissenschaft, 51. Jg., 1997, S. 251 - 258
- Hesse**, Konrad: Verfassungsrecht und Privatrecht, Heidelberg 1988
- Hessel**, Philipp: Der Arbeitnehmerbegriff, in: Recht der Arbeit, 5. Jg., 1952, S. 410 - 412
- Heubisch**, Wolfgang: Oft aus der Not geboren, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 4.5.1998, S. B 3
- Heußner**, Hermann: Das abhängige Beschäftigungsverhältnis - Bindeglied zwischen Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, in: Arbeit und Recht, 23. Jg., 1975 (A), S. 307 - 312
- ders.:** Der freie Mitarbeiter - ein Arbeitnehmer?, in: Der Betrieb, 28. Jg., 1975 (B), S. 787 - 791
- Heymann**, Handelsgesetzbuch, hrsg. von Norbert Horn, 2., neubearbeitete und erweiterte Auflage, Berlin, New York 1995
- Hickel**, Rudolf: Deregulierung der Arbeitsmärkte: Grundlagen, Wirkungen und Kritik, in: Gewerkschaftliche Monatshefte, 40. Jg., 1989; S. 85 - 96
- Hilger**, Marie Luise: Rundfunkfreiheit und „freie Mitarbeiter“, in: Recht der Arbeit, 34. Jg., 1981, S. 265 - 271
- dies.:** Zum „Arbeitnehmer-Begriff“, in: Recht der Arbeit, 42. Jg., 1989, S. 1 - 7
- Hinze**, Sabine: Zur Bedeutung sozialpsychologischer Ansätze der Erklärung des Verhaltens von Außendienstmitarbeitern für Wirkungsfunktionen des persönlichen Verkaufs, Dissertation, Bonn 1990

- Hirte**, Heribert: Gesellschaftsrechtliche Fragen des „Outsourcing“, in: Computer und Recht, 8. Jg., 1992, S. 193 - 198
- Hitziger**, Hansjörg: Arbeitsbedingungen im Außendienst - Gestaltungsmöglichkeiten durch den Betriebsrat, in: Gewerkschaft Nahrung-Genuss-Gaststätten (Hrsg.): Arbeitsrecht im Außendienst, Hamburg 1991, S. 45 - 49
- Höland**, Armin: Das neue Nachweisgesetz - Arbeits- und zivilrechtliche Fragen, in: Arbeit und Recht, 44. Jg., 1996, S. 87 - 94
- Hönicke**, Ina: Räumliche Entfernung spielt keine Rolle mehr, in: Computerwoche, Beilage 3, 1996, S. 36 - 39
- Hoffmann**, Rudolf: Neue Technologien und Kündigungsschutz, in: Der Betrieb, 39. Jg., 1986, S. 1821f.
- Hofmann**, Josephine: Virtuelle Unternehmen, in: HMD Theorie und Praxis der Wirtschaftsinformatik, 33. Jg., 1996, Heft 192, S. 62 - 71
- dies.**: Virtualität - Konzept mit Konjunktur?, in: Computer Fachwissen, 6. Jg., 1997, Heft 7-8, S. 23 - 27
- Hofmann**, Paul: Anm. zu BAG, Urteil v. 16.5.1969 - AP Nr. 23 zu § 133 f GewO
- Hohmeister**, Frank / Küper, Anja: Individualvertragliche Arbeitszeitgestaltung bei der alternierenden Telearbeit, in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 15. Jg., 1998, S. 1206 - 1208
- Hohn**, Hannsjosef: Wettbewerbsverbote für Arbeitnehmer und Handelsvertreter (Teil 1), in: Der Betrieb, 20. Jg., 1967, S. 1852 - 1856
- ders.**: Verträge mit Angestellten im Außendienst, 8., neubearbeitete Auflage, Heidelberg 1992
- Holzhäuer**, Rainer: Telearbeit, in: Das Wirtschaftsstudium, 18. Jg., 1989, S. 90f.
- Hooffacker**, Gabriele: Das Einstellungsgespräch und die Auswahl von Außendienstmitarbeitern, München 1988
- dies.**: Neue Medien in Vertrieb und Außendienst, München 1991
- Hoose**, Anja: Telearbeit - Instrument zur Flexibilisierung und Deregulierung, in: Arbeit und Sozialpolitik, 47. Jg., 1994, Heft 11-12, S. 53 - 58
- dies.**: Telearbeit - Gegenwärtige Verbreitung und Zukunftschancen in Deutschland, in: Office Management, 43. Jg., 1995, Heft 12, S. 58 - 60
- dies.**: Telearbeit - Arbeitsform der Zukunft versus Arbeitslosigkeit, in: Wirtschaftswissenschaftliches Studium, 25. Jg., 1996, S. 142f.

- Hopfenitz**, Gerda / **Nietzer**, Wolf / **Stadie**, Volker: Scheinselbständigkeit – der Rechtsanwalt in der Situation der Vertragsgestaltung, in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 16. Jg., 1999, S. 19 - 23
- Hopt**, Klaus: Handelsvertreterrecht, Kommentar, München 1992
- ders.:** Die Selbständigkeit von Handelsvertretern und anderen Vertriebspersonen - Handels- und arbeitsrechtliche Dogmatik und Vertragsgestaltung, in: Der Betrieb, 51. Jg., 1998, S. 863 - 870
- Horn**, Norbert / **Hensler**, Martin: Der Vertriebsfranchisenehmer als selbständiger Unternehmer, in: ZIP - Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 19. Jg., 1998, S. 589 - 600
- v. Hoyningen-Huene**, Gerrick: Der „freie Mitarbeiter“ im Sozialversicherungsrecht, in: Betriebs-Berater, 42. Jg., 1987, S. 1730 - 1736
- Hromadka**, Wolfgang: Dienstreisen und Reisekosten, in: Arbeit und Arbeitsrecht, 49. Jg., 1994, S. 389f.
- ders.:** Arbeitnehmerbegriff und Arbeitsrecht, in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 14. Jg., 1997, S. 569 - 579
- ders.:** Zur Begriffsbestimmung des Arbeitnehmers, in: Der Betrieb, 51. Jg., 1998 (A), S. 195 – 201
- ders.:** Wer schutzbedürftig ist, ist Arbeitnehmer, in: Betriebs-Berater, 53. Jg., 1998 (B), Heft 31, S. I
- Huber**, Michaela: Schöne neue Welt der elektronischen Heimarbeit?, in: Psychologie Heute, 11. Jg., 1984, Heft 5, S. 61 - 67
- Hueck**, Alfred / **Nipperdey**, Hans Carl: Lehrbuch des Arbeitsrechts, Erster Band, Mannheim, Berlin, Leipzig 1928
- Hueck**, Götz: Arbeitnehmer und freie Mitarbeiter, in: Der Betrieb, 8. Jg., 1955, S. 384 - 387
- ders.:** Einige Gedanken zum Begriff des Arbeitnehmers, in: Recht der Arbeit, 22. Jg., 1969, S. 216 – 220
- Hümmerich**, Klaus: Arbeitsverhältnis als Wettbewerbsgemeinschaft, in: Neue Juristische Wochenschrift, 51. Jg., 1998, S. 2625 - 2634
- Hürlimann**, Werner: Laptops: Kommunikationswunder im Außendienst, in: io Management Zeitschrift, 58. Jg., 1989, Heft 10, S. 59 - 62
- Hunold**, Wolf: Dienstreisen des Arbeitnehmers im eigenen Pkw bzw. im Firmen-Pkw, Beilage Nr. 1/85 zu Der Betrieb, 38. Jg., 1985 (A), Heft 3

- ders.:** Der Einsatz von Privat-, Firmen- und Leasingfahrzeugen im Außendienst, 2. Auflage, München 1985 (B)
- ders.:** Zur Entwicklung des Einstellungsbegriffs in der Rechtsprechung (Randbelegschaften), in: Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht, 7. Jg., 1990, S. 461 - 465
- ders.:** Arbeitsrecht im Außendienst, München 1993 (A)
- ders.:** Arbeitszeit, insbesondere Reisezeit, im Außendienst, in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 10. Jg., 1993 (B), S. 10 - 15
- ders.:** Nebentätigkeit und Arbeitszeitgesetz, in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 12. Jg., 1995, S. 558 - 561
- Illig, Gert:** Außendienstführung und innerbetriebliche Kommunikation, in: Außendienst-Report '89, Beilage zu Personal, 41. Jg., 1989, S. 26 - 29
- Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung:** Empirische Befunde zur „Scheinselbständigkeit“, Ergebnisse des IAB-Projekts 4-448 V „Freie Mitarbeiter und selbständige Einzelunternehmer mit persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit“, hrsg. vom Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung, Forschungsbericht Nr. 262, Nürnberg 1996. (Zentrale Ergebnisse abgedruckt in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 14. Jg., 1997, S. 590 - 595; Recht der Arbeit, 50. Jg., 1997, S. 171 - 175).
- Jacobs, Antoine:** Arbeitnehmer und Selbständige – Einige Bemerkungen aus internationaler Sicht, in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 16. Jg., 1999, S. 23 - 26
- Jaeger, Hans Georg:** Spitzenleistungen im Vertrieb, Freiburg im Breisgau 1990
- Jahn, Kurt (Begr.):** Sozialgesetzbuch (SGB) für die Praxis, Viertes Buch (IV) Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung, Loseblattsammlung, Stand: Oktober 1997, Berlin
- Jauernig, Othmar:** Zivilprozeßrecht, 25., völlig neubearbeitete Auflage, München 1998
- Junker, Abbo:** Individualwille, Kollektivgewalt und Staatsintervention im Arbeitsrecht, in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 14. Jg., 1997, S. 1305 - 1319
- Kaiser, Walter:** Spitzenverbände - Für eine Kultur der Selbständigkeit, in: Arbeitgeber, 50. Jg., 1998, S. 296f.
- Kappus, Matthias:** Die Computerheimarbeit, in: Neue Juristische Wochenschrift, 37. Jg., 1984, S. 2384 - 2390

- ders.:** Teleprogrammierung: Organisationsformen und arbeitsvertragliche Beurteilung, in: Computer und Recht, 2. Jg., 1986 (A), S. 31 - 36
- ders.:** Rechtsfragen der Telearbeit, Dissertation, Heidelberg 1986 (B)
- ders.:** Telearbeit de lege ferenda, in: Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht, 4. Jg., 1987, S. 408 - 412
- Kappus**, Matthias / **Lenk**, Thomas: Bleibt Telearbeit ein theoretisches Modell?, in: Computer und Recht, 4. Jg., 1988, S. 251 - 254
- Kasseler Handbuch zum Arbeitsrecht**, hrsg. von Wolfgang Leinemann, Band 1, Arbeitsverhältnis und Inhalt des Arbeitsverhältnisses, Neuwied, Kriftel, Berlin 1997 [zitiert: Kasseler HB 1 (1997) - Bearbeiter]
- Kathrein**, Ute: Tarifvertrag über alternierende Teleheimarbeit, in: Arbeitgeber, 50. Jg., 1998 (A), S. 104 - 107
- dies.:** „Alternierende“ Teleheimarbeit bei der Deutschen Telekom AG, in: Arbeit und Arbeitsrecht, 53. Jg., 1998 (B), S. 201 - 203
- Kattler**, Thomas: Teleworking - Eine Übersicht über die wichtigsten Rahmenbedingungen (Teil 1), in: Office Management, 40. Jg., 1992, Heft 1-2, S. 37 - 42
- Keßler**, Rüdiger: Selbständigkeit oder Unselbständigkeit, Arbeitnehmer oder Selbständiger - Rechtsprechung im Vergleich zwischen Bundesarbeitsgericht, Bundesfinanzhof und Bundessozialgericht, in: 75 Jahre Reichsfinanzhof - Bundesfinanzhof, Festschrift, Bonn 1993, S. 563 - 589
- Kewenig**, Wilhelm / **Thomashausen**, André: Rundfunkfreiheit, Wissenschaftsfreiheit und Sozialstaatsprinzip, in: Neue Juristische Wochenschrift, 34. Jg., 1981, S. 417 - 425
- Keysselitz**, Benno: Teamarbeit in einer neuen Dimension, in: Office Management, 43. Jg., 1995, Heft 10, S. 88 - 90
- Kilian**, Wolfgang: Bildschirmarbeitsplätze und Mitbestimmung, in: Neue Juristische Wochenschrift, 34. Jg., 1981, S. 2545 - 2550
- Kilian**, Wolfgang / **Borsum**, Wolfgang / **Hoffmeister**, Uwe: Telearbeit und Arbeitsrecht, Forschungsbericht im Auftrag des Bundesministers für Arbeit und Sozialordnung, Hannover 1986
- dies.:** Telearbeit und Arbeitsrecht - Ergebnisse eines Forschungsprojekts, in: Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht, 4. Jg., 1987, S. 401 - 408

- Kindler**, Dieter: Veränderung von Vertriebsstrukturen - Ein betriebliches Beispiel, in: Gewerkschaft Nahrung-Genuss-Gaststätten (Hrsg.): Arbeit im Außendienst, Hamburg 1991, S. 18 - 22
- Kindler**, Peter: Verwirkung des Rechts auf außerordentliche Kündigung: Für welche Dienstvertragstypen gilt § 626 Abs. 2 BGB?, in: Betriebs-Berater, 43. Jg., 1988, S. 2051 - 2054
- Kirchhof**, Paul / **Söhn**, Hartmut (Hrsg.): Einkommensteuergesetz, Kommentar, Band 10, Loseblattsammlung, Stand: April 1998, Heidelberg
- Kittner**, Michael: Risiko: „Selbständig“, in: Die Quelle, 1997, S. 28
- Klebe**, Thomas / **Kunz**, Olaf: Vom Federhalter zum PC - Wann beginnt die Neuzeit für Betriebsräte?, in: Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht, 7. Jg., 1990, S. 257 - 260
- Klebe**, Thomas / **Wedde**, Peter: „Neue Technologien“ in Betrieb und Unternehmen, in: Arbeitsrecht im Betrieb, 13. Jg., 1992, S. 260, 277 - 279
- dies.**: Elektronische Kommunikation des Betriebsrats, in: Der Betrieb, 46. Jg., 1993, S. 1418 - 1421
- dies.**: Anmerkung zu ArbG Paderborn, Beschluß v. 29.1.1998 - 1 BV 35/97, in: Arbeitsrecht im Betrieb, 19. Jg., 1998, S. 284f.
- Klein**, Barbara: Telearbeit - nicht für Alle und nichts für Alles, in: Gablers Magazin, 12. Jg., 1998, Heft 2, S. 6 - 9
- Klein**, Hans-Werner: Leitende Angestellte im Außendienst von Großunternehmen, Dissertation, Heidelberg 1983
- Klein**, Stefan: Virtuelle Organisationen, in: Wirtschaftswissenschaftliches Studium, 23. Jg., 1994, S. 309 - 311
- Kleinhenz**, Gerhard: Arbeitsmarktkrise und Umbruch in der Arbeitswelt - Droht das „Ende der Erwerbsarbeit“?, in: Arbeit und Arbeitsrecht, 53. Jg., 1998, S. 401 - 403
- Klinge**, Carsten: Nordrhein-Westfalen - Quantitative Potentiale der Telearbeit, in: Office Management, 44. Jg., 1996, Heft 9, S. 34f.
- Klöpper**, Ralf: „Rechtsprobleme der Scheinselbständigkeit“, in: Arbeit und Recht, 40. Jg., 1992, S. 84 - 86
- Klotz**, Ulrich: Telearbeit - Die Umkehr des Fließbands, in: Office Management, 44. Jg., 1996 (A), Heft 9, S. 12f.
- ders.**: Rollenwechsel, in: Mitbestimmung, 42. Jg., 1996 (B), Heft 12, S. 39 - 42

- ders.:** „Die Bremser sitzen im mittleren Management“, in: Office Management, 45. Jg., 1997, Heft 3, S. 14f.
- Koch**, Horst Heinrich: Persönliche Abhängigkeit und Arbeitnehmerbegriff, in: Monatschrift für Deutsches Recht, 37. Jg., 1983, S. 629 - 633
- Koinecke**, Jürgen: Handelsvertreter oder Reisender?, in: Küstner, Wolfram: Handbuch des gesamten Außendienstrechts, Band 3, Heidelberg 1985, S. 37 - 69
- Kordey**, Norbert / **Korte**, Werner: Telearbeit in Europa, in: Office Management, 43. Jg., 1995, Heft 10, S. 73 - 78
- Korinth**, Michael: Die Flucht aus dem Arbeitsrecht - ein Kündigungsgrund?, in: Arbeit und Arbeitsrecht, 52. Jg., 1997, S. 228 - 231
- Kort**, Michael: Erforderliche Sachmittel gem. § 40 II BetrVG, in: Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht, 7. Jg., 1990, S. 598 - 600
- Korte**, Werner: Telearbeit - Status quo und Perspektiven, in: Office Management, 34. Jg., 1986, S. 224 - 230
- Korte**, Werner / **Robinson**, Simon: Telearbeit - Ein arbeitsorganisatorisches Konzept zur effektiven Gestaltung der Büroarbeit, in: Office Management, 36. Jg., 1988 (A), Heft 12, S. 8 - 15
- dies.:** Telearbeit als organisatorische Alternative - Anwendungspotentiale und Empfehlungen zur Vorgehensweise bei der Einführung, in: Office Management, 36. Jg., 1988 (B), Heft 12, S. 18 - 26
- Kotler**, Philip / **Bliemel**, Friedhelm: Marketing-Management, 8., vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Stuttgart 1995
- Krafft**, Manfred: Neue Einsichten in ein klassisches Wahlproblem? - Eine Überprüfung von Hypothesen der Neuen Institutionenlehre zur Frage „Handelsvertreter oder Reisende“, in: Die Betriebswirtschaft, 56. Jg., 1996, S. 759 - 776
- Kreft**, Burghard: Spezielle Fragen zum Arbeitsvertrag des Angestellten im Außendienst, in: Rieder (Hrsg.): Rechtsfragen im angestellten Außendienst, Münster 1993, S. 4 - 21
- Kreilkamp**, Peter: Perspektiven der Telekooperation, in: Office Management, 42. Jg., 1994, Heft 9, S. 56 - 59
- ders.:** Telearbeit – Ihre Einführung will gut vorbereitet sein, in: Arbeit und Arbeitsrecht, 54. Jg., 1999, S. 64 - 66
- Kreizberg**, Kurt: Schwarzarbeitsgesetz verschärft, in: Arbeitgeber, 46. Jg., 1994, S. 606 - 608

- Kretschmer**, Hans-Jürgen: Abhängige und selbständige Erwerbstätigkeit in der Sozialversicherung - Bemerkungen zum Problem der „abhängigen Selbständigkeit“, in: Zeitschrift für Sozialreform, 40. Jg., 1994, S. 462 - 484
- ders.:** Die Regelungsvorhaben zur Bekämpfung der „Scheinselbständigkeit“ aus Sicht der sozialgerichtlichen Praxis, in: Recht der Arbeit, 50. Jg., 1997, S. 327 - 333
- Kreuder**, Thomas: Brüchige Fundamente, in: Mitbestimmung, 42. Jg., 1996 (A), Heft 9, S. 36 - 38
- ders.:** Arbeitnehmereigenschaft und „neue Selbständigkeit“ im Lichte der Privatautonomie, in: Arbeit und Recht, 44. Jg., 1996 (B), S. 386 - 394
- Krüger**, Rainer: Die richtige Zusammenarbeit zwischen Außendienst und Innendienst, Landsberg am Lech 1984
- Küfner-Schmitt**, Irmgard: Die soziale Sicherheit der Telearbeiter, Spardorf 1986
- dies.:** Tarifliche Regelungsmöglichkeiten für Telearbeit, in: Zeitschrift für Tariffrecht, 1988, S. 81 - 89
- Küstner**, Wolfram: Verstoßen „Rennlisten“ gegen datenschutzrechtliche Bestimmungen?, in: Betriebs-Berater, 1984, S. 1906 - 1908 = Versicherungsvermittlung, 84. Jg., 1985, S. 144 - 148
- ders.:** Handbuch des gesamten Außendienstrechts, Band 3, Das Recht der angestellten Reisenden und anderer Vermittlerberufe, Heidelberg 1985
- Küstner**, Wolfram / v. **Manteuffel**, Kurt: Handbuch des gesamten Außendienstrechts, Band 1, Das Recht des Handelsvertreters, 2., neubearbeitete und erweiterte Auflage, Heidelberg 1992
- Küstner**, Wolfram / v. **Manteuffel**, Kurt / **Evers**, Jürgen: Handbuch des gesamten Außendienstrechts, Band 2, Der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters, 6., neubearbeitete und erweiterte Auflage, Heidelberg 1995
- Küttner**, Wolfdieter (Hrsg.): Personalbuch 1998, 5., vollständig neubearbeitete Auflage, München 1998
- Kunz**, Jürgen / **Kunz**, Petra: Freie-Mitarbeiter-Verträge als Alternative zur Festanstellung?, in: Der Betrieb, 46. Jg., 1993, S. 326 - 329
- Kurz**, Manfred: Durch höhere Motivation zu höherer Produktivität - Telearbeit bei IBM, in: Personalführung, 29. Jg., 1996, S. 656 - 661

- Länder Hessen und Nordrhein-Westfalen:** Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Scheinselbständigkeit, Bundesrat-Drucksache 793/96 vom 23.10.1996
- Land Brandenburg:** Entwurf eines Gesetzes zur Bereinigung des Arbeitsrechts, Bundesrat-Drucksache 671/96 vom 12.9.1996
- Lapp,** Charles L.: Reisende und Vertreter richtig kontrollieren, München 1966
- Larenz,** Karl: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6., neu bearbeitete Auflage, Berlin, Heidelberg, New York ... 1991
- Larenz,** Karl / **Canaris,** Claus-Wilhelm: Methodenlehre der Rechtswissenschaft [Studienausgabe], 3., neu bearbeitete Auflage, Berlin, Heidelberg, New York ... 1995
- Lehmann,** Axel / **Ruf,** Sabine: Qualität und Effizienz im Außendienst - ein Widerspruch?, in: Lehmann, Axel / Ruf, Sabine (Hrsg.): Qualität und Effizienz - Erfolgsfaktoren im Außendienst, Tagungsband zur 21. Schwerpunkttagung der I-VW Management-Information vom 6. November 1991, St. Gallen 1992
- Lenzian-Coane,** Marlies / **Kröger,** Carsten / **Guth,** Gordon: Virtuelle Unternehmen - Eine Vision bekommt Kontur, in: Diebold Management Report, 25. Jg., 1996, Heft 7, S. 3 - 5
- Lenk,** Thomas: Telearbeit aus betriebswirtschaftlicher Sicht, in: Computer und Recht, 5. Jg., 1989, Teil I: S. 54 - 59, Teil II: S. 158 - 160
- Leuchte,** Alexius / **Zimmer,** Mark: Das neue Gesetz zur „Scheinselbständigkeit“ – Probleme in der Praxis, in: Der Betrieb, 52. Jg., 1999, S. 381 - 383
- Lieb,** Manfred: Die Schutzbedürftigkeit arbeitnehmerähnlicher Personen, in: Recht der Arbeit, 27. Jg., 1974, S. 257 - 269
- ders.:** „Unternehmerähnliche Arbeitnehmer“, in: Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft, 65. Band, 1976 (A), S. 207 - 233
- ders.:** Zur Problematik der Provisionsfortzahlung im Urlaubs-, Krankheits- und Feiertagsfall, in: Der Betrieb, 29. Jg., 1976 (B), S. 2207 - 2211
- ders.:** Beschäftigung auf Produktionsdauer - selbständige oder unselbständige Tätigkeit?, in: Recht der Arbeit, 30. Jg., 1977, S. 210 - 219
- ders.:** Arbeitsrecht, 5., völlig neubearbeitete und erweiterte Auflage, Heidelberg 1994
- Linnenkohl,** Karl: Tele-Computing, in: Betriebs-Berater, 51. Jg., 1996, S. 51 - 53
- ders.:** Die Virtualisierung der Arbeitsbeziehungen, in: Betriebs-Berater, 53. Jg., 1998, S. 45 - 50
- ders.:** Selbständigen-Kultur und Arbeitsmarkt, in: Betriebs-Berater, 54. Jg., 1999, S. 48 - 54

- Linnenkohl**, Karl / **Kilz**, Gerhard / **Rauschenberg**, Hans-Jürgen / **Reh**, Dirk: Der Begriff des Arbeitnehmers und die „informationelle Abhängigkeit“, in: Arbeit und Recht, 39. Jg., 1991, S. 203 - 206
- Linnenkohl**, Karl / **Schütz**, Regina / **Rauschenberg**, Hans-Jürgen: Unterscheidung zwischen „Verhaltens- und Leistungs-“ sowie „anderen“ oder „persönlichen“ Daten bei moderner Informationsverarbeitung, in: Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht, 3. Jg., 1986, S. 769 - 772
- Littmann**, Eberhard / **Bitz**, Horst / **Hellwig**, Peter: Das Einkommensteuerrecht, Band 2, Loseblattsammlung, 15. Auflage, Stand: Juli 1998, Stuttgart
- Lobscheid**, Hans Gert: Rationelle Außendienstwerbung, in: Zeitschrift für Versicherungswesen, 17. Jg., 1966, S. 1 - 6
- Löwisch**, Manfred: Arbeitsrecht, 4., neubearbeitete Auflage, Düsseldorf 1996
- ders.**: Der arbeitsrechtliche Teil des sogenannten Korrekturgesetzes, in: Betriebs-Berater, 54. Jg., 1999, S. 102 - 107
- Löwisch**, Manfred / **Marienhagen**, Rolf: Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, Band I: Organisation der Betriebsverfassung (§§ 1-73 und Wahlordnung), 6., neubearbeitete und erweiterte Auflage, Heidelberg 1982 [zitiert: Galperin/Löwisch]
- Lohmüller**, Wolfgang: Aufgabe und Aufbau des Außendienstes einer Versicherungsunternehmung, IV. Die Organisationsabteilung, Zeitschrift für Versicherungswesen, 17. Jg., 1966, S. 1033 - 1038
- Loritz**, Karl-Georg: Mitarbeit im Rahmen von Gesellschaftsverträgen anstelle von Arbeitsverträgen, in: Recht der Arbeit, 45. Jg., 1992, S. 310 - 320
- Loritz**, Karl-Georg / **Koch**, Klaus-Hugo: Reisezeit als Arbeitszeit, in: Betriebs-Berater, 42. Jg., 1987, S. 1102 - 1108
- Mandelke**, Hans Jürgen: Leistungskontrollen im Außendienst, in: Rieder (Hrsg.): Rechtsfragen im angestellten Außendienst, Münster 1993
- Mankowski**, Peter: Ausländische Scheinselbständige und Internationales Privatrecht, in: Betriebs-Berater, 52. Jg., 1997, S. 465 - 472
- Marburger**, Horst: Zur Sozialversicherungspflicht von Vertretern und ähnlichen Personen, in: Betriebs-Berater, 34. Jg., 1979, S. 840 - 843
- Marketing-Report 31**: Neue Wege der Außendienststeuerung und Kontrolle, München 1988

- Marschner**, Andreas: Rechtliche Aspekte der Schwarzarbeit, in: Arbeit und Arbeitsrecht, 50. Jg., 1995, S. 84 - 86
- Martens**, Klaus-Peter: Arbeitsrechtlicher Reformzwang und gesellschaftsrechtliche Beschäftigungsverhältnisse, in: Recht der Arbeit, 32. Jg., 1979, S. 347 - 355
- Martinek**, Michael / **Semler**, Franz-Jörg (Hrsg.): Handbuch des Vertriebsrechts, München 1996
- Matschke**, Heinz: Arbeitszeitregelungen: Stiefkinder im Außendienst, in: Gewerkschaft Nahrung-Genuss-Gaststätten (Hrsg.): Arbeit im Außendienst, Hamburg 1991, S. 55
- Matthies**, Peter: Telearbeit - Das Unternehmen der Zukunft, Haar bei München 1997
- Matthießen**, Volker: Arbeits- und handelsvertreterrechtliche Ansätze eines Franchisenehmerschutzes, in: ZIP - Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 9. Jg., 1988, S. 1089 - 1096
- Mattler**, Johannes / **Geens**, William: Entwicklungstrends im Verkauf der Markenartikelindustrie, in: Gewerkschaft Nahrung-Genuss-Gaststätten (Hrsg.): Arbeit im Außendienst, Hamburg 1991, S. 6 - 17
- Maus**, Wilhelm: Die „freien Mitarbeiter“ der Deutschen Rundfunk- und Fernsehanstalten, in: Recht der Arbeit, 21. Jg., 1968, S. 367 - 376
- v. Maydell**, Bernd / **Ruland**, Franz: Sozialrechtshandbuch, 2. Auflage, Neuwied, Kriftel, Berlin 1996
- Mayer**, Udo: „Neue“ Selbständigkeit in Nordamerika, in: WSI Mitteilungen, 42. Jg., 1989, S. 80 - 88
- ders.**: Angestellte im Außendienst - Rechtsprechungsübersicht, in: Arbeitsrecht im Betrieb, 11. Jg., 1990 (A), S. 64 - 72
- ders.**: Rechtsprobleme bei der Personalpolitik mit Selbständigen, in: Arbeit und Recht, 38. Jg., 1990 (B), S. 213 - 221
- ders.**: Außendienst, in: Arbeitsrecht im Betrieb, 12. Jg., 1991 (A), S. 143 - 154
- ders.**: Arbeitnehmer im Außendienst, in: Der Betriebsrat, 1991 (B), S. 225 - 233
- ders.**: Der Schein trügt, in: Mitbestimmung, 41. Jg., 1995, Heft 9, S. 40 - 43
- ders.**: Arbeitsrecht für den Außendienst, 3., veränderte Auflage, Hannover 1996
- ders.**: Anm. zu BAG, Urteil v. 19.11.1997 - 5 AZR 653/96, in: Arbeitsrecht im Betrieb, 19. Jg., 1998, S. 295
- Mayer**, Udo / **Paasch**, Ulrich: Deregulierung von Arbeitsbedingungen durch selbständige Beschäftigung, in: WSI Mitteilungen, 40. Jg., 1987 (A), S. 581 - 589

- dies.:** Scheinselbständigkeit - ein neues Konzept in der Personalpolitik, in: Arbeitsrecht im Betrieb, 8. Jg., 1987 (B), S. 57 - 60
- dies.:** Selbständig, chic und frei? - Propagandistinnen in Kaufhäusern, in: Arbeitsrecht im Betrieb, 9. Jg., 1988, S. 242 - 246
- Mayer, Udo / Paasch, Ulrich / Ruthenberg, Hans-Jürgen:** Umgehung der Sozialversicherungspflicht durch Scheinselbständigkeit, in: Soziale Sicherheit, 37. Jg., 1988, S. 77 - 84
- Meeser, Joachim:** Handelsvertreterverträge, 2. Auflage, Planegg 1994
- Mertens, Peter:** Virtuelle Unternehmen, in: Wirtschaftsinformatik, 36. Jg., 1994, S. 169 - 172
- Mertens, Peter / Faisst, Wolfgang.:** Virtuelle Unternehmen - eine Organisationsstruktur für die Zukunft?, in: Technologie & Management, 44. Jg., 1995, Heft 2, S. 61 - 68
- dies:** Virtuelle Unternehmen nutzen weltweite Netze, in: Datenverarbeitung, Steuer, Wirtschaft, Recht - DSWR, 25. Jg., 1996, Heft 4, S. 93 - 98
- Meyer, Jürgen:** Handelsvertreterrecht, Wiesbaden 1978
- Meyer, Wolfgang:** Arbeitsrecht für die Praxis, 7., aktualisierte Auflage, Planegg 1995
- Michel, Beat:** Machen Laptops den Außendienst effektiver?, in: bank und markt, 24. Jg., 1995, Heft 2, S. 28 - 30
- Möller, Carola:** Flexibilisierung - Eine Talfahrt in die Armut, in: WSI Mitteilungen, 41. Jg., 1988, S. 466 - 475
- Mohr, Wolfgang:** Der Arbeitnehmerbegriff im Arbeits- und Steuerrecht, Dissertation, Frankfurt am Main, Berlin, Bern ... 1994
- ders.:** Anmerkung zu BAG, Urteil v. 20.7.1994 - 5 AZR 627/93, AP Nr. 73 zu § 611 BGB Abhängigkeit
- Molkenbur, Josef:** Leistungsanreize im angestellten Außendienst und Mitbestimmung des Betriebsrats, in: Rieder (Hrsg.): Rechtsfragen im angestellten Außendienst, Münster 1993, S. 84 - 105
- Moll-Iffland, Erika:** Arbeitsgericht urteilte: Zur Selbständigkeit des Versicherungsvermittlers, in: Versicherungswirtschaft, 51. Jg., 1996, S. 1141f.
- Mückenberger, Ulrich:** Der Wandel des Normalarbeitsverhältnisses unter Bedingungen einer „Krise der Normalität“, in: Gewerkschaftliche Monatshefte, 40. Jg., 1989, S. 211 - 223
- ders.:** Perspektiven einer deutschen Arbeitsvertragsrechtsreform?, in: Zeitschrift für Rechtspolitik, 25. Jg., 1992, S. 457 - 460

- Müller-Vogg**, Hugo: Der moderne Heimarbeiter ist ein Geschöpf des Computer-Zeitalters, in: *Personal*, 38. Jg., 1986, S. 228f.
- Müllner**, Wolfgang: Arbeitsrechtliche Aspekte der Telearbeit, in: *Computer und Recht*, 1. Jg., 1985, S. 33 - 39
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, hrsg. von Kurt Rebmann / Franz Jürgen Säcker / Roland Rixecker, Band 4, Schuldrecht, Besonderer Teil II (§§ 607-704), 3. Auflage, München 1997 [zitiert: MüKo BGB 4 (1997) - Bearbeiter]
- Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch**, hrsg. von Karsten Schmitdt, Band 1, München 1996 [zitiert: MüKo HGB (1996) - Bearbeiter]
- Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung**, hrsg. von Lüke, Gerhard / Walchs-höfer, Alfred, Band 3, §§ 803-1048 · EGZPO · GVG · EGGVG · Internationales Zivil-prozeßrecht, München 1992 [zitiert: MüKo ZPO (1992) - Bearbeiter]
- Näser**, Christian: Vergütung im Außendienst: Kostenblock oder Führungsinstrument?, in: *Außendienst-Report '89*, Beilage zu *Personal*, 41. Jg., 1989, S. 14 - 16
- Neflin**, Hermann: Der Industriepropagandist in handels- und steuerrechtlicher Sicht, in: *Der Betrieb*, 14. Jg., 1961, S. 833 - 835
- Neuburger**, Rahild: Telearbeit und Trend zur Virtualisierung - neue Formen der Arbeits-teilung und ihre technischen, organisatorischen und personellen Voraussetzungen, in: *Zeitschrift für Arbeitswissenschaft*, 51. Jg., 1997, S. 197 - 203
- Neumann**, Dirk: Der sächsische Entwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes, in: *Der Betrieb*, 48. Jg., 1995, S. 2013 - 2017
- Neumann**, Dirk / **Biebl**, Josef: *Arbeitszeitgesetz*, 12., neubearbeitete Auflage, München 1995
- Niebler**, Michael / **Meier**, Horst / **Dubber**, Anja: *Arbeitnehmer oder freier Mitarbeiter? Ein arbeits-, steuer- und sozialversicherungsrechtlicher Leitfadens durch das Recht der Be-schäftigungsverhältnisse*, Berlin 1994
- Niedetzky**, Hans-Manfred: *Neue Medien im Außendienst: Einsatzmöglichkeiten und Zu-kunftsperspektiven*, Dissertation, München 1988
- Nieschlag**, Robert / **Dichtl**, Erwin / **Hörschgen**, Hans: *Marketing*, 18., durchgesehene Auf-lage, Berlin 1997
- Niggemann**, Reinhard: *Aussendienst effizient steuern - Mehr erreichen*, Hamburg 1984

- Niggl**, Marcus: Teleworking als innovative Form organisationaler Zusammenarbeit - Ein erster Erfahrungsbericht zur Einführung alternierender Telearbeit bei der BMW AG, in: Zeitschrift für Arbeitswissenschaft, 51. Jg., 1997, S. 259 - 266
- Nouvortne**, Dirk: Telekommunikation - Moderne Arbeitsorganisationsformen, in: Office Management, 44. Jg., 1996, Heft 12, S. 58 - 60
- Oetker**, Hartmut: Betriebszugehörigkeit und gelockerte Betriebsbeziehung, in: Arbeit und Recht, 39. Jg., 1991, S. 359 - 369
- Oppolzer**, Alfred: Rückbau oder Ausbau des Arbeits- und Gesundheitsschutzes?, in: Arbeit und Recht, 42. Jg., 1994, S. 41 - 49
- ders.:** Individuelle Freiheit und kollektive Sicherheit im Arbeitsrecht, in: Arbeit und Recht, 46. Jg., 1998, S. 45 - 56
- Ordemann**, W.: Zur Abgrenzung zwischen Handelsvertreter und Angestelltem, in: Der Betriebs-Berater, 18. Jg., 1963, S. 498 - 500
- Ortmann**, Dietrich: Die stärkste Waffe des Marketing - der Außendienst, Bern und Stuttgart 1977
- Ott**, Marc C.: Virtuelle Unternehmen, in: Gablers Magazin, 10. Jg., 1996 (A), Heft 4, S. 18 - 21
- ders.:** Virtuelle Unternehmensführung - Zukunftsweisender Ansatz im Wettlauf um künftige Markterfolge, in: Office Management, 44. Jg., 1996 (B), Heft 7 - 8, S. 14 - 17
- Otten**, August Wilhelm: Heim- und Telearbeit, München 1996
- Otto**, Hansjörg: Gemeinsame Anmerkung zu BAG, Urteil v. 23.4.1980 - 5 AZR 426/79, BAG Urteil v. 7.5.1980 - 5 AZR 293/78 und BAG, Urteil v. 7.5.1980 - 5 AZR 593/78, AP Nr. 34 - 36 zu § 611 BGB Abhängigkeit
- ders.:** Rundfunkspezifischer Arbeitnehmerstatus?, in: Arbeit und Recht, 31. Jg., 1983, S. 1 - 9
- ders.:** Anmerkung zu BAG, Beschluß v. 25.3.1992 - 7 ABR 52/91, AP Nr. 48 zu § 5 BetrVG 1972
- ders.:** Einführung in das Arbeitsrecht, 2., völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Berlin, New York 1997
- Paasch**, Ulrich: Anmerkung zu ArbG Lübeck, Beschluß vom 29.6.1989 - 2 BV 46/89, in: Arbeitsrecht im Betrieb, 10. Jg., 1989, S. 350f.

- ders.:** „Selbstfahrende Unternehmer“ – oder: Wie der Traum von der Selbständigkeit unter die Räder kommt, in: WSI Mitteilungen, 43. Jg., 1990, S. 220 - 227
- ders.:** Abhängige Selbständigkeit, in: WSI Mitteilungen, 44. Jg., 1991, S. 216 - 226
- Palandt**, Bürgerliches Gesetzbuch, 57., neubearbeitete Auflage, München 1998
- Peter**, Jörg: Kernfragen der Telearbeit, in: Der Betrieb, 51. Jg., 1998, S. 573 - 579
- Peters**, Falk / **Orthwein**, Matthias: Alternierende Teleheimarbeit, in: Computer und Recht, 13. Jg., 1997 (A), S. 293 - 297
- dies.:** Teleheimarbeit bei der IBM, in: Computer und Recht, 13. Jg., 1997 (B), S. 355 - 360
- Petersen**, Ulrich / **Höpfner**, Eveline: Scheinselbständigkeit - Ein Beitrag zur aktuellen Diskussion, in: Die Angestelltenversicherung, 44. Jg., 1997, S. 65 - 76
- Pfarr**, Heide / **Drüke**, Helmut: Rechtsprobleme der Telearbeit, Baden-Baden 1989
- Picot**, Gerhard: Das soziale Schutzbedürfnis des Arbeitnehmers - Verantwortlichkeit des Arbeitgebers oder des sozialen Steuerstaates?, in: Recht der Arbeit, 32. Jg., 1979, S. 16 - 22
- Plander**, Harro: Bezirksleiter, Verkaufsleiter und andere Mittelinstanzen mehrstufiger Vertriebssysteme mit sogenannten unechten Untervertretern: Selbständige oder Arbeitnehmer?, in: Recht der Arbeit, 26. Jg., 1973, S. 234 - 243
- ders.:** Flucht aus dem Normalarbeitsverhältnis: An den Betriebs- und Personalräten vorbei?, Baden-Baden 1990
- Popp**, Gerfried: Status quo und Perspektive des arbeitsvertraglichen Direktionsrechts, in: Betriebs-Berater, 52. Jg., 1997, S. 1790 - 1792
- ders.:** Arbeitnehmer und Freie Mitarbeiter, in: Monatsschrift für Deutsches Recht, 52. Jg., 1998, S. 18 - 21
- Preis**, Ulrich: Die Zeit ist reif für ein modernes Arbeitsvertragsrecht, in: Arbeit und Arbeitsrecht, 51. Jg., 1996, S. 41 - 46
- Preis**, Ulrich / **Stoffels**, Markus: Die Inhaltskontrolle der Verträge selbständiger und unselbständiger Handelsvertreter, in: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, 160. Band, 1996, S. 442 - 492
- Rancke**, Friedbert: Arbeitnehmerbegriff und sozio-ökonomischer Strukturwandel - Eine Analyse der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, in: Arbeit und Recht, 27. Jg., 1979, S. 9 - 17

- Ratzek**, Wolfgang: Virtuelle Unternehmen: Das Networking-Konzept, in: Nachrichten für Dokumentation, 47. Jg., 1996, S. 267 - 275
- Rautenberg**, Thomas / **Obenauer**, Peter: Telearbeit - und sie kommt gewiß!, in: Computer Fachwissen, 5. Jg., 1996, Heft 2, S. 22f.
- Rechts- und Formularratgeber**: Arbeitsverträge und Stellenbeschreibungen, 2. überarbeitete Auflage, München 1985
- Rehberger**, Reinhold: Telearbeitsplätze - Stiller Probelauf, in: WirtschaftsWoche, 47. Jg., 1993, Heft 12, S. 123 - 125
- Reichwald**, Ralf: Telekooperation/Telearbeit/Telemanagement - Neues Verständnis für innovative Arbeitsformen, in: Office Management, 44. Jg., 1996, Heft 6, S. 16 - 19
- Reichwald**, Ralf / **Hermens**, Burkhard: Telekooperation und Telearbeit, in: Office Management, 42. Jg., 1994, Heft 10, S. 24 - 30
- Reichwald**, Ralf / **Möslein**, Kathrin / **Sachenbacher**, Hans / **Englberger**, Hermann: Telearbeit & Telekooperation: Bedingungen und Strategien erfolgreicher Realisierung, in: Zeitschrift für Arbeitswissenschaft, 51. Jg., 1997, S. 204 - 213
- Reim**, Uwe: Kreativität ohne Grenzen, in: Mitbestimmung, 43. Jg., 1997, Heft 9, S. 54 - 56
- Reinecke**, Gerhard: Neudefinition des Arbeitnehmerbegriffs durch Gesetz und Rechtsprechung?, in: ZIP - Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 19. Jg., 1998 (A), S. 581 - 588
- ders.**: Prozessuale und taktische Probleme bei der Geltendmachung der Arbeitnehmereigenschaft, in: Der Betrieb, 51. Jg., 1998 (B), S. 1282 - 1284
- Reiserer**, Kerstin: „Scheinselbständigkeit“ - Arbeitnehmer oder Selbständiger?, in: Betriebs-Berater, 53. Jg., 1998, S. 1258 - 1265
- ders.**: Handstreich des Gesetzgebers: Rentenversicherung für Selbständige, in: Betriebs-Berater, 54. Jg., 1999 (A), Heft 1, S. IV
- ders.**: „Schluß mit dem Mißbrauch der Scheinselbständigkeit“, in: Betriebs-Berater, 54. Jg., 1999 (B), S. 366 - 370
- Reiserer**, Kerstin / **Schulte**, Knut: Der GmbH-Geschäftsführer im Sozialversicherungsrecht, in: Betriebs-Berater, 50. Jg., 1995, S. 2162 - 2170
- Reiß**, Michael: Virtuelle Unternehmung - Organisatorische und personelle Barrieren, in: Office Management, 44. Jg., 1996, Heft 5, S. 10 - 13
- Reuter**, Michael: Die Arbeitsaufgabe und der Arbeitnehmerbegriff, Dissertation, Frankfurt am Main, Bern, New York 1985

- Rewolle**, Hans-Dietrich: Die Abgrenzung des Begriffs „Handelsvertreter“ zum Arbeitnehmer und die Zuständigkeit der Gerichte, in: Der Betrieb, 7. Jg., 1954, S. 214f.
- ders.:** Der Rechtsanwalt als freier Mitarbeiter, in: Der Betrieb, 31. Jg., 1978, S. 1497f.
- Richardi**, Reinhard: Arbeitnehmerbegriff und Arbeitsvertrag, in: Wilke, Dieter (Hrsg.): Festschrift zum 125jährigen Bestehen der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, Berlin, New York 1984
- Richardi**, Reinhard / **Wlotzke**, Otfried (Hrsg.): Münchner Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 1, Individualarbeitsrecht I, München 1992
- dies.:** Münchner Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2, Individualarbeitsrecht II, München 1993
- Rieble**, Volker: Die relative Verselbständigung von Arbeitnehmern – Bewegung in den Randzonen des Arbeitsrechts?, in: Zeitschrift für Arbeitsrecht, 29. Jg., 1998, S. 327 - 358
- Rieker**, Jochen: In weiter Ferne, in: Managermagazin, 25. Jg., 1995, Heft 11, S. 198 - 209
- Riester**, Walter: Multimedia - Konsequenzen für die Arbeitswelt, 1995, in: <http://www.igmetall.de/multimedia/28MultimediaKo.html>
- Rölz**, Peter / **Weber**, Ulrich: Im schlimmsten Fall droht der Konkurs, in: Welt am Sonntag vom 26.4.1998, S. 45
- Röthig**, Iris: Glücklich zu Hause, in: WirtschaftsWoche, 50. Jg., 1996, Heft 11, S. 98f.
- Rommé**, Oliver: Unternehmerrisiko, in: Zeitschrift für Arbeitsrecht, 28. Jg., 1997, S. 251 - 301
- Rudolphi**, Michael: Außendienststeuerung im Investitionsgütermarketing, Eine Problemanalyse unter praxeologischen Gesichtspunkten, Dissertation, Frankfurt/M., Bern, Cirencester/U.K. 1981
- Rüppel**, Cornelia / **Kröll**, Michael: Atypische Beschäftigungsformen und Rentenversicherung, in: Die Sozialversicherung, 47. Jg., 1992, S. 259 - 266
- Rüschbaum**, Ferdinand: Bildschirmtextgestützte Informationssysteme für den Außendienst, Dissertation, Heidelberg 1989
- Rüthers**, Bernd: Rundfunkfreiheit und Arbeitsrechtsschutz, in: Recht der Arbeit, 38. Jg., 1985, S. 129 - 146
- Rumpenhorst**, Elmar: Personalunion zwischen Arbeitnehmer und Selbständigem im gleichen Unternehmen?, in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 10. Jg., 1993, S. 1067 - 1069

- Saller**, Rudolf: Telearbeit, in: NJW-Computerreport, 9. Jg., 1996, S. 300 - 304
- Schade**, Otto-Werner: „Das Multimedia-Zeitalter ist angebrochen“, in: Office Management, 44. Jg., 1996, S. 27
- Schaffeld**, Burkhard: Tendenz steigend: Freie Mitarbeit bei den Medien, in: Arbeit und Arbeitsrecht, 53. Jg., 1998, S. 408 - 412
- Scharf**, Albert: Rechtsstellung der freien Mitarbeiter der Rundfunkanstalten, in: Recht der Arbeit, 31. Jg., 1978, S. 20 - 24
- Schaub**, Günter: Arbeitsrechtliche Formulareammlung und Arbeitsgerichtsverfahren, 6., überarbeitete Auflage, München 1994
- ders.:** Arbeitsrechts-Handbuch, 8., überarbeitete Auflage, München 1996
- ders.:** Flexibilisierung des Personaleinsatzes, in: Betriebs-Berater, 53. Jg., 1998, S. 2106 – 2111
- Scherl**, Hermann: „Scheinselbständigkeit“ als rechtliches und sozialpolitisches Problem, in: Datenverarbeitung Steuer Wirtschaft Recht, 24. Jg., 1995, S. 286 - 290
- Schiefer**, Bernd: Gesetz zur Anpassung arbeitsrechtlicher Bestimmungen an das EG-Recht, in: Der Betrieb, 48. Jg., 1995, S. 1910 - 1914
- Schliemann**, Harald: Flucht aus dem Arbeitsverhältnis - falsche oder echte Selbständigkeit?, in: Recht der Arbeit, 50. Jg., 1997, S. 322 - 326
- ders.:** Arbeitnehmerbegriff und Rechtsweg, in: Fachanwalt Arbeitsrecht, 2. Jg., 1998, S. 173 - 177
- Schlochauer**, Ursula: Überlegungen zu einer Kodifizierung des Arbeitsrechts, in: Anzinger, Rudolf / Wank, Rolf (Hrsg.): Entwicklungen im Arbeitsrecht und Arbeitsschutzrecht, Festschrift für Otfried Wlotzke zum 70. Geburtstag, München 1996, S. 121 - 144
- Schmalz**, Dieter: Methodenlehre für das juristische Studium, 3. Auflage, Baden-Baden 1992
- Schmid**, Hans Dieter / **Trenk-Hinterberger**, Peter: Grundzüge des Arbeitsrechts, 2., völlig überarbeitete Auflage, München 1994
- Schmidt**, Karsten (Hrsg.): Handelsrecht, 4., neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Köln, Berlin, Bonn ... 1994
- Schmidt**, Ludwig (Hrsg.): Einkommensteuergesetz, 17., völlig neubearbeitete Auflage, München 1998
- Schmitz**, **Karl**: Zwischen Festverdrahtung und Selbstorganisation, in: Mitbestimmung, 42. Jg., 1996, Heft 12, S. 18 – 21

- Schnapp**, Friedrich: Was können wir über das Sozialstaatsprinzip wissen?, in: Juristische Schulung, 38. Jg., 1998, S. 873 - 877
- Schneider**, Hans J.: Veränderungen im Außendienst, in: Personal, 48. Jg., 1996, S. 401
- Schnurpfeil**, Markus: Völlig autark, in: WirtschaftsWoche, 56. Jg., 1996, Heft 11, S. 94 - 98
- Schoden**, Michael: Nachweisgesetz, Köln 1996
- Schröder**, Georg: Zum Recht der Anzeigenvertreter, in: Der Betrieb, 23. Jg., 1970, S. 1625 - 1629
- ders.**: Recht der Handelsvertreter, 5., neubearbeitete Auflage, München 1973
- Schröder**, Lothar: Selbstbestimmung statt Selbstbetrug, Telearbeit (1), in: Computer Fachwissen, 5. Jg., 1996 (A), Heft 1, S. 16 - 21
- ders.**: Teils im Betrieb und teils zu Hause, Telearbeit (2), in: Computer Fachwissen, 5. Jg., 1996 (B), Heft 2, S. 18 - 22
- ders.**: Arbeiten im globalen Dorf, Telearbeit (3), in: Computer Fachwissen, 5. Jg., 1996 (C), Heft 3, S. 22 - 25
- ders.**: Geschützte Selbstbestimmung, in: Mitbestimmung, 42. Jg., 1996 (D), Heft 9, S. 30f.
- Schulin**, Bertram: Einführung, in: Sozialgesetzbuch (Beck-Texte im dtv), 24., vollständig überarbeitete Auflage, München 1998
- Schulz**, Georg: Gerichtsstand bei Reisetätigkeit - Erwiderung zu Ostrop/Zumkeller, NZA 1994, 644, in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 12. Jg., 1995, S. 14 - 16
- Schuppert**, Gunnar Folke: Zutrittsrechte zu Telearbeitsplätzen, Baden-Baden 1997
- Schwalbe**, Bärbel: Motivation: Schlüsselwort bei der Führung von Vertretern und Reisenden, in: Außendienst-Report '89, Beilage zu Personal, 41. Jg., 1989, S. 10 - 13
- Schwedes**, Rolf: Arbeitsgesetzbuch der DDR und seine Neufassung 1990, in: Anzinger, Rudolf / Wank, Rolf (Hrsg.): Entwicklungen im Arbeitsrecht und Arbeitsschutzrecht, Festschrift für Otfried Wlotzke zum 70. Geburtstag, München 1996, S. 145 - 172
- Schwemmler**, Michael: Deutsche Telekom AG - Experiment mit guten Chancen, in: Office Management, 44. Jg., 1996, S. 26f.
- Seifert**, Reinhardt: Vermittlung von Versicherungen durch Angestellte und Vertreter, in: Arbeit und Arbeitsrecht, 53. Jg., 1998, S. 405 - 408
- Selz**, Achim: Die Rolle der Informations- und Kommunikationstechnologie in Virtuellen Unternehmen, in: Wirtschaftswissenschaftliches Studium, 25. Jg., 1996, S. 309 - 311
- Semler**, Franz-Jörg: Handelsvertreter- und Vertragshändlerrecht, München 1988

- Senn**, Klaus: Die „flexible Arbeitsstätte“ zu Hause und im Büro, in: Personalführung, 24. Jg., 1991, S. 930 - 935
- Shirley**, Steve: Eine Firma ohne Büros, Steve Shirley im Gespräch mit Eliza G.C. Collins, in: Harvard Manager, 8. Jg., 1986, Heft 3, S. 23 - 26
- Sieber**, Pascal / **Griese**, Joachim: Virtuelle Unternehmen in der DV-Branche, in: Information Management, 6. Jg., 1997, Heft 2, S. 17 - 27
- Siebert**, Wolfgang: Die Abgrenzung zwischen Arbeitsverhältnis und selbständigem Dienstvertrag, in: Der Betriebs-Berater, 4. Jg., 1949, S. 746 - 748
- Sieg**, Karl: Betrachtungen zur Abgrenzung der selbständigen Tätigkeit von der abhängigen Beschäftigung, in: Die Sozialgerichtsbarkeit, 15. Jg., 1968, S. 511 - 515
- Simitis**, Spiros: Zur Verrechtlichung der Arbeitsbeziehungen, in: Kübler, Friedrich (Hrsg.): Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität, Baden-Baden 1984, S. 73 - 165
- Simmat**, Klaus: Dezentrale Arbeitsplätze - ein Modell mit Perspektiven, in: Personalführung, 29. Jg., 1996, S. 668 - 671
- Simon**, Jürgen / **Kuhne**, Harald: Arbeitsrechtliche Aspekte der Telearbeit, in: Betriebs-Berater, 42. Jg., 1987, S. 201 - 208
- Sitte**, Ralf: Neue Ansätze zur Eindämmung der „Scheinselbständigkeit“, in: Soziale Sicherheit, 46. Jg., 1997, S. 88 - 95
- Skaupy**, Walther: Zu den Begriffen „Franchise“, „Franchisevereinbarungen“ und „Franchising“, in: Neue Juristische Wochenschrift, 45. Jg., 1992, S. 1785 - 1790
- Söllner**, Alfred: Grundriß des Arbeitsrechts, 11., neubearbeitete Auflage, München 1994
- Soergel**, Hs. Th. (Begr.): Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 4/1, Schuldrecht III/1, 12., neubearbeitete Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln 1997 [zitiert: Soergel 4/1 (1997) - Bearbeiter]
- Späker**, Gaby / **Weißbach**, Hans-Jürgen: Rahmensuche, in: Mitbestimmung, 42. Jg., 1996, Heft 6, S. 27 - 29
- dies.**: Regulationsmodelle für Telearbeit - ein europäischer Vergleich, in: Zeitschrift für Arbeitswissenschaft, 51. Jg., 1997, S. 214 - 223
- Spitzenverbände der Sozialversicherungsträger**: Abgrenzungskatalog für die im Bereich Theater, Orchester, Rundfunk- und Fernsehanbieter, Film- und Fernsehproduktionen künstlerisch und publizistisch tätigen Personen vom 13. Mai 1992, in: Betriebs-Berater, 47. Jg., 1992, S. 1492 - 1494

- Stadler**, Klaus: Steuerung und Kontrolle des Außendienstes in Unternehmen der Versicherungswirtschaft, Dissertation, Karlsruhe 1981
- Stahlhacke**, Eugen / **Bachmann**, Bernwald / **Bleistein**, Franzjosef / **Berscheid**, Ernst-Dieter: Gemeinschaftskommentar zum Bundesurlaubsgesetz, 5., neubearbeitete und erweiterte Auflage, Neuwied, Berlin, Kriftel 1992
- Staub**, Hermann (Begr.) / **Canaris**, Claus-Wilhelm / **Schilling**, Wolfgang / **Ulmer**, Peter (Hrsg.): Handelsgesetzbuch, Großkommentar, Erster Band, 4., neubearbeitete Auflage, Berlin, New York 1995
- von Staudinger**, J.: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 611-619, 12., neubearbeitete Auflage, Berlin 1993 [zitiert: Staudinger (1993) - Bearbeiter]
- Stege**, Dieter / **Weinspach**, F. K.: Betriebsverfassungsgesetz, 7., überarbeitete und erweiterte Auflage, Köln 1994
- Steinle**, Wolfgang: „Weiche“ Telearbeit als Unternehmensstrategie, in: Office Management, 36. Jg., 1988, Heft 12, S. 6f.
- Steinle**, Claus / **Bruch**, Heike / **Unruhe**, Andreas: Grenzenlose Unternehmen - virtuelle Realität der Unternehmenspraxis?, in: io Management Zeitschrift, 64. Jg., 1995, Heft 12, S. 27 - 29
- Steinmeyer**, Heinz-Dietrich: Sozialdumping in Europa, in: Deutsches Verwaltungsblatt, 110. Jg., 1995, S. 962 – 968
- ders.**: Die Problematik der Scheinselbständigkeit, in: Zeitschrift für Sozialreform, 42. Jg., 1996, S. 348 - 386
- Steinmeyer**, Heinz-Dietrich / **Jürging**, Axel: Überlegungen zu einer gesamtdeutschen Kodifikation des Arbeitsvertragsrechts, in: Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht, 9. Jg., 1992, S. 777 - 785
- Steppan**, Günter: Informationsverarbeitung im industriellen Vertriebsaußendienst, Dissertation, Berlin, Heidelberg, New York ... 1990
- Stötter**, Viktor: Abgrenzung zwischen Handelsvertretern und Handelsreisenden, in: Der Betrieb, 31. Jg., 1978, S. 429 - 433
- Stötter**, Viktor / **Lindner**, Hans Christian / **Karrer**, Eugen: Die Provision und ihre Abrechnung, 2. Auflage, München 1980
- Stollmann**, Jost: „Das ist alles alte Denke“, in: Der Spiegel, 1998, Heft 27, S. 26 - 29

- Stolterfoht**, Joachim: Die Selbständigkeit des Handelsvertreters, Dissertation, Düsseldorf 1973 (A)
- ders.**: Tarifautonomie für arbeitnehmerähnliche Personen?, in: Der Betrieb, 26. Jg., 1973 (B), S. 1068 - 1076
- Student**, Dietmar: Schöner Schein, in: WirtschaftsWoche, 48. Jg., 1994, Heft 28, S. 21 - 24
- Stückemann**, Wolfgang: Dokumentationspflichten für den Arbeitgeber, in: Betriebs-Berater, 50. Jg., 1995, S. 1846 - 1849
- Thomsen**, Hermann: Psychologische Aspekte virtueller Arbeitsformen, in: Computer Fachwissen, 6. Jg., 1997, Heft 7-8, S. 56 - 59
- Thüsing**, Gregor: Anmerkung zu LAG Köln, Urteil v. 30.6.1995 - 4 Sa 63/95, LAGE § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 29, S. 27 - 32
- Thume**, Karl-Heinz: Neue Rechtsprechung zum Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters und des Vertragshändlers, in: Betriebs-Berater, 53. Jg., 1998, S. 1425 - 1431
- Tiefenbacher**, Erhard: Rechtsprobleme der Handelsvertreter-Firma, in: Betriebs-Berater, 36. Jg., 1981, S. 85 - 88
- Tippmann**, Michael: Arbeitsflexibilisierung durch Telearbeit, in: Arbeitgeber, 36. Jg., 1984, S. 236 - 238
- Trappe**, Hermann: Selbständig oder nicht selbständig?, in: Der Betriebs-Berater, 12. Jg., 1957, S. 1224 - 1226
- Traxel**, Wolfgang: „Scheinselbständigkeit“ bei Buchführungshelfern, in: Deutsche Steuerzeitung, 84. Jg., 1996, S. 364 - 366
- Trimbach**, Herbert / **Kutterer**, Cornelia: Der brandenburgische Entwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes, in: Neue Justiz, 51. Jg., 1997, S. 58 - 63
- Trinkhaus**, Hans: Arbeitsrechtliche Probleme des Handelsvertreterrechts, in: Recht der Arbeit, 11. Jg., 1958, S. 11 - 16
- Tupay**, Jella: Fragen im Zusammenhang mit der Nutzung des KFZ, in: Rieder (Hrsg.): Rechtsfragen im angestellten Außendienst, Münster 1993, S. 124 - 148
- Ulber**, Jürgen: Heimarbeit, neue Technologien und betriebliche Interessenvertretung, in: Arbeitsrecht im Betrieb, 6. Jg., 1985, S. 22 - 28
- Unger**, Fritz: Provision und Prämie als Instrumente der Außendienststeuerung, Dissertation, Mannheim 1981 (A)

- ders.:** Provision oder Prämie als zentraler Anreizfaktor zur Außendienststeuerung, in: Markenartikel, 43. Jg., 1981 (B), S. 689 - 696
- ders.:** Marktgerechte Außendienststeuerung durch Leistungsanreize, Heidelberg 1985
- ders.:** Monetäre Außendienststeuerung, in: Außendienst-Report '89, Beilage zu Personal, 41. Jg., 1989, S. 22 - 25
- Unterhinninghofen,** Hermann: Rechtlicher Status von Elektronischer Heimarbeit, in: Die Mitbestimmung, 29. Jg., 1983, S. 577f.
- Vahldieck,** Manfred: EDV-Einsatz im Außendienst, in: Gewerkschaft Nahrung-Genuss-Gaststätten (Hrsg.): Arbeit im Außendienst, Hamburg 1991, S. 40 - 44
- Veltins,** Michael: Zur analogen Anwendung von § 89 b HGB auf den Ausgleichsanspruch des Eigenhändlers, in: Neue Juristische Wochenschrift, 37. Jg., 1984, S. 2063 - 2067
- van Venrooy,** Gerd: Anm. zu BAG, Urteil v. 26.5.1992 - 9 AZR 27/91, AP Nr. 63 zu § 74 HGB
- Verband Deutscher Rentenversicherungsträger** (Hrsg.): Kommentar zum Recht der Gesetzlichen Rentenversicherung, Sozialgesetzbuch, Viertes Buch - Sozialversicherung, Loseblattsammlung, Stand: Januar 1997, Frankfurt a. M.[zitiert: VerbKomm]
- Verhandlungen des 59. Deutschen Juristentages**, hrsg. von der Ständigen Deputation des Deutschen Juristentages, Band II (Sitzungsberichte) Teil P, München 1992
- Viehöver,** Ulrich: Heim ins Büro, in: WirtschaftsWoche, 46. Jg., 1992, Heft 5, S. 80 - 83
- Viethen,** Hans Peter: Kodifizierung des Arbeitsvertragsrechts, in: Anzinger, Rudolf / Wank, Rolf (Hrsg.): Entwicklungen im Arbeitsrecht und Arbeitsschutzrecht, Festschrift für Otfried Wlotzke zum 70. Geburtstag, München 1996, S. 3 - 26
- Viets,** Bodo: Zur Teilnahme von Außendienstmitarbeitern an Betriebsversammlungen, in: Recht der Arbeit, 32. Jg., 1979, S. 272 - 275
- Voelzke,** Thomas: Scheinselbständigkeit, in: Küttner, Wolfdieter: Personalbuch 1998, 5., vollständig neubearbeitete Auflage, München 1998, S. 1687 - 1689
- Vogt,** Gudrun G.: Das virtuelle Unternehmen, in: Der Organisator, 76. Jg., 1994, Heft 1-2, S. 6 - 8
- Wahsner,** Roderich / **Steinbrück,** Hans-Joachim: Elektronische Fernarbeit - Mehr Selbständigkeit per Computer?, in: Arbeitsrecht im Betrieb, 5. Jg., 1984, S. 104 - 107
- Waniorek,** Gabriele: Gestaltungsformen der Telearbeit, Dissertation, Berlin 1989

- Wank**, Rolf: Gemeinsame Anmerkung zu BAG, Urteil v. 23.4.1980 - 5 AZR 426/79, BAG Urteil v. 7.5.1980 - 5 AZR 293/78 und BAG, Urteil v. 7.5.1980 - 5 AZR 593/78, AP Nr. 34 - 36 zu § 611 BGB Abhängigkeit
- ders.:** Das Einbehalten von Sozialversicherungsbeiträgen, in: Der Betrieb, 35. Jg., 1982, S. 645 - 651
- ders.:** Die juristische Begriffsbildung, München 1985
- ders.:** Arbeitnehmer und Selbständige, Habilitationsschrift, München 1988
- ders.:** Die „neue Selbständigkeit“, in: Der Betrieb, 45. Jg., 1992, S. 90 - 93
- ders.:** Anmerkung zu BAG, Beschluß v. 29.1.1992 - 7 ABR 25/91, AP Nr. 47 zu § 5 BetrVG, 1993
- ders.:** Franchisenehmer und Scheinselbständigkeit, in: Zeitschrift für Sozialreform, 42. Jg., 1996, S. 387 - 401
- ders.:** Telearbeit, Heidelberg 1997 (A)
- ders.:** Empirische Befunde zur „Scheinselbständigkeit“ - Juristischer Teil des IAB-Projekts 4-448 V „Freie Mitarbeiter und selbständige Einzelunternehmer mit persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit“, hrsg. vom Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung, Forschungsbericht Nr. 262 a, Nürnberg 1997 (B)
- ders.:** Das Individualarbeitsrecht der Telearbeit, in: Arbeitgeber, 50. Jg., 1998 (A), S. 99 - 102
- ders.:** Telearbeit und Arbeitsrecht, in: Arbeit und Arbeitsrecht, 53. Jg., 1998 (B), S. 192 - 195
- ders.:** Kurzkomentar zu OLG Düsseldorf, Beschluß v. 18.3.1998 - 6 W 2/97, in: Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht, 14. Jg., 1998 (C), S. 897f.
- Weber**, Christoph: Gesetzliche Maßnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit, in: Wirtschaftsrechtliche Beratung, 2. Jg., 1995, S. 18 - 20
- Weber**, Gero / **Walsh**, Ian: Die virtuelle Organisation, in: Gablers Magazin, 8. Jg., 1994, Heft 6-7, S. 24 - 27
- Wedde**, Peter: Der Schutz der Telearbeiter - eine Herausforderung an das Arbeitsrecht, in: Arbeit und Recht, 35. Jg., 1987, S. 325 - 332
- ders.:** Telearbeit, in: Arbeitsrecht im Betrieb, 13. Jg., 1992, S. 125 - 132
- ders.:** Rechtliche Aspekte der Telearbeit, in: IG Metall Vorstand, Abteilung Angestellte (Hrsg.): Teils im Betrieb - teils zu Hause, Frankfurt am Main 1993, S. 46 - 58
- ders.:** Telearbeit, 2., vollständig überarbeitete Auflage, Köln 1994 (A)

- ders.:** Telearbeit und Mitbestimmung des Betriebsrats, in: Computer und Recht, 10. Jg., 1994 (B), S. 230 - 236
- ders.:** Daten-Highways auch für Betriebsräte, in: Arbeitsrecht im Betrieb, 16. Jg., 1995, S. 692 - 697
- ders.:** Arbeiten auf der Datenautobahn - Rechtliche Aspekte der Telearbeit, in: Personalführung, 29. Jg., 1996 (A), S. 672 - 678
- ders.:** Digitalisierung der Arbeitswelt und Telearbeit - keine Chance für das Arbeitsrecht?, in: Recht der Datenverarbeitung, 12. Jg., 1996 (B), S. 5 - 9
- ders.:** Entwicklung der Telearbeit - arbeitsrechtliche Rahmenbedingungen, Gutachten für das Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung im Auftrag des Fraunhofer Instituts für Arbeitswirtschaft und Organisation (IAO) in Stuttgart, hrsg. vom Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung, Forschungsbericht Nr. 269, Eppstein 1997
- ders.:** Juristische Aspekte der Telearbeit, in: Gablers Magazin, 12. Jg., 1998, Heft 2, S. 10 - 13
- ders.:** Aktuelle Rechtsfragen der Telearbeit, in: Neue Juristische Wochenschrift, 52. Jg., 1999, S. 527 - 535
- Wedde, Peter / Klöver, Karen:** Outsourcing - Das Ende der Mitbestimmung, in: Computer und Recht, 9. Jg., 1993, S. 93 - 98
- Weiffenbach, W.:** Die Verwendung sogenannter Rennlisten aus der Sicht des Bundesdatenschutzgesetzes, in: Versicherungsvermittlung, 78. Jg., 1979, S. 12f.
- Weimar, Robert / Goebel, Dietrich:** Neue Grundsatzfragen um Scheinselbständigkeit und arbeitnehmerähnliche Selbständige, in: ZIP – Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 20. Jg., 1999, S. 217 - 226
- Weiss, Manfred / Gagel, Alexander (Hrsg.):** Handbuch des Arbeits- und Sozialrechts, Teil II, Loseblattsammlung, Stand: 32. Ergänzungslieferung
- Weißbach, Hans-Jürgen:** Telearbeit - eine Arbeitsform der Zukunft?, in: Mitbestimmung, 41. Jg., 1995, S. 35 - 38
- Weißbach, Hans-Jürgen / Witzgall, Elmar / Vierthaler, Robert:** Außendienstarbeit und neue Technologien, Opladen 1990
- Weißkopf, Kornelia / Korte, Werner / Nikutta, Randolph:** Die Continentale - Telearbeit in einem Versicherungsunternehmen, in: Office Management, 44. Jg., 1996, Heft 9, S. 22 - 25
- Welsch, Johann:** Führen auf Distanz, in: Personalwirtschaft, 23. Jg., 1996, S. 14 - 18

- Weltrich**, Ortwin: Zur Abgrenzung von Franchise- und Arbeitsvertrag, in: Der Betrieb, 41. Jg., 1988, S. 806 – 808
- Werner**, Klemens: Sein oder Schein, in: Arbeitsrecht pur, 2. Jg., 1998, Heft 7, S. 12 - 14
- Westphal**, Bernd: Neues Handelsvertreterrecht, Wiesbaden 1991
- v. Westphalen**, Friedrich Graf (Hrsg.): Handbuch des Handelsvertreterrechts in EU-Staaten und der Schweiz, Köln 1995
- Wicher**, Hans: Telearbeit - Chancen und Risiken, in: Das Wirtschaftsstudium, 17. Jg., 1988, S. 145 - 150
- Wiedemann**, Herbert: Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis, Dissertation, Karlsruhe 1966
- Wiegard**, Christiane: Qualifizierung im Außendienst, in: Gewerkschaft Nahrung-Genuss-Gaststätten (Hrsg.): Arbeitsrecht im Außendienst, Hamburg 1991, S. 26 - 37
- Wisskirchen**, Alfred / **Worzalla**, Michael: Arbeitsvertragsgesetz - Entwurf so nicht akzeptabel, in: Arbeitgeber, 44. Jg., 1992, S. 755-758
- Wlotzke**, Otfried: Das gesetzliche Arbeitsrecht in einer sich wandelnden Arbeitswelt, in: Der Betrieb, 38. Jg., 1985, S. 754 - 762
- Wolmerath**, Martin: Arbeitsrechtliche Probleme einer virtuellen Arbeitswelt, in: Computer Fachwissen, 6. Jg., 1997, Heft 7-8, S. 46 - 51
- Wolter**, Friedrich-Holger: Steuerung und Kontrolle des Außendienstes, Gernsbach 1978
- Woltereck**, Frank: Wo der Sozialstaat versagt: „Freie Mitarbeit“, in: Arbeit und Recht, 21. Jg., 1973, S. 129 - 135
- ders.:** Zweiwochenfrist bei außerordentlicher Kündigung eines Handelsvertreters, in: Der Betrieb, 37. Jg., 1984, 729f.
- Worzalla**, Michael: Neue Formen der Selbständigkeit, in: Arbeitgeber, 47. Jg., 1995, S. 47 - 49
- ders.:** Arbeitsverhältnis - Selbständigkeit, Scheinselbständigkeit, Neuwied, Kriftel, Berlin 1996
- Wulff-Nienhäuser**: Telearbeit - mehr als eine alternative Arbeitsform, in: Verwaltung Organisation Personal, 19. Jg., 1997, Heft 5, S. 36 - 40
- Wuth**, Armin W.: Der Außendienst: Planung, Organisation, Kontrolle - ein Leitfaden, Lünen 1989

- Zachert**, Ulrich: Neue Technologien - Rechtliche Möglichkeiten und Grenzen der Gegenwehr, in: WSI Mitteilungen, 38. Jg., 1985, S. 542 - 549
- ders.:** Die Zerstörung des Normalarbeitsverhältnisses, in: Arbeit und Recht, 36. Jg., 1988, S. 129 - 137 = Entwicklung und Perspektiven des Normalarbeitsverhältnisses, in: WSI Mitteilungen, 41. Jg., 1988, S. 457 - 466
- Zahn**, Ekkehard: Außendienst-Berichts-Systeme aufbauen und verkaufswirksam nutzen, Zürich 1979
- Zeiss**, Walter: Zivilprozeßrecht, 9., neubearbeitete Auflage, Tübingen 1997
- Zentes**, Joachim: Außendienststeuerung: Konstruktion und Implementierung eines computergestützten Entscheidungssystems, Habilitationsschrift, Stuttgart 1980
- Zeuner**, Albrecht: Überlegungen zum Begriff des Arbeitnehmers und zum Anwendungsbereich arbeitsrechtlicher Regelungen, in: Recht der Arbeit, 28. Jg., 1975, S. 84 - 88
- Zietsch**, Dietmar: Vertriebssteuersysteme für den Versicherungsaußendienst, in: Versicherungswirtschaft, 40. Jg., 1985, S. 634 - 643
- Zimmer**, Wolfgang: Home-Office - auch im Servicebereich eine Alternative?, in: Office Management, 43. Jg., 1995, Heft 10, S. 79 - 83
- Zippelius**, Reinhold: Juristische Methodenlehre, 5., neubearbeitete Auflage, München 1990
- Zmarzlik**, Johannes / **Anzinger**, Rudolf: Kommentar zum Arbeitszeitgesetz, Heidelberg 1995
- Zöllner**, Wolfgang / **Loritz**, Karl-Georg: Arbeitsrecht, 4., neubearbeitete Auflage, München 1992