

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Band 205

Die arbeitnehmerähnliche Person

Von

Nicole Neuvians



Duncker & Humblot · Berlin

NICOLE NEUVIANS

Die arbeitnehmerähnliche Person

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Band 205

Die arbeitnehmerähnliche Person

Von

Nicole Neuvians



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Neuvians, Nicole:

Die arbeitnehmerähnliche Person /

Nicole Neuvians. – Berlin : Duncker und Humblot, 2002

(Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht ; Bd. 205)

Zugl.: Bochum, Univ., Diss., 2001

ISBN 3-428-10771-3

D 294

Alle Rechte vorbehalten

© 2002 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme: Klaus-Dieter Voigt, Berlin

Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0582-0227

ISBN 3-428-10771-3

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☹

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Februar 2001 von der juristischen Fakultät der Ruhr-Universität Bochum als Dissertation angenommen. Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur sind bis zum Herbst 2000 berücksichtigt.

Mein Dank gilt in erster Linie meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Rolf Wank. Er hat das Thema der Arbeit angeregt und mit vielen hilfreichen Ratschlägen die Arbeit gefördert und unterstützt. Ebenfalls danken möchte ich Herrn Prof. Dr. Klaus Schreiber, der die Zweitberichterstattung übernommen hat.

Ganz herzlich bedanken möchte ich mich ferner bei Prof. Dr. Peter Pulte, der mir den entscheidenden Anstoß gegeben hat, mit der Promotion zu beginnen. Außerdem danke ich meinen Eltern und Thomas für die uneingeschränkte Unterstützung während der Arbeit an der Dissertation und der Vorbereitung auf das Rigorosum.

Oldenburg, im Januar 2002

Nicole Neuvians

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	21
B. Entstehungsgeschichte	23
I. Die ersten Regelungen zum Schutz Selbständiger	23
II. Die Entstehung des Begriffs der arbeitnehmerähnlichen Person	24
III. Einbeziehung in das Urlaubsrecht	25
IV. Zuerkennung der Tariffähigkeit	25
V. Neuere Entwicklungen	27
C. Abgrenzung der arbeitnehmerähnlichen Person zum Arbeitnehmer	28
I. Einordnung der arbeitnehmerähnlichen Person	28
II. Die Abgrenzungskriterien	29
1. Allgemeine Grundsätze	30
2. Die Kriterien der Rechtsprechung	30
a) Zeitliche Weisungsgebundenheit	31
b) Örtliche Weisungsgebundenheit	32
c) Fachliche Weisungsgebundenheit	32
d) Organisatorische Eingliederung	33
e) Unternehmerrisiko	33
f) Sonstige Kriterien	34
g) Kritische Würdigung	34
3. Die Kriterien in der Literatur	36
a) Verlust der Dispositionsfreiheit	36
b) Abgrenzbare Einzelleistung als Vertragsinhalt	37
c) Soziale Schutzbedürftigkeit	38
d) Freiwillige Wahl des Unternehmerrisikos	38
4. § 7 Abs. 4 SGB IV	40
a) Allgemeines	40
b) Keine Beschäftigung von versicherungspflichtigen Arbeitnehmern	41
c) Tätigkeit auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber	42
d) Verrichtung entsprechender Tätigkeiten durch Arbeitnehmer	44
e) Fehlen von typischen Merkmalen unternehmerischen Handelns	44
f) Vorherige Ausübung einer entsprechenden Tätigkeit als Arbeitnehmer durch den „Scheinselbständigen“	45
g) Kritische Würdigung	45
III. Zusammenfassende Bewertung	47

D. Der Begriff der arbeitnehmerähnlichen Person	48
I. Gesetzliche Grundlagen	48
II. Allgemeiner Begriff der arbeitnehmerähnlichen Person	49
1. Allgemeingültigkeit der Definition in § 12a TVG	50
a) Wortlaut	50
b) Entstehungsgeschichte	51
c) Systematik	51
d) Sinn und Zweck des § 12a TVG	52
2. Allgemeiner Begriff der arbeitnehmerähnlichen Person außerhalb der gesetzlichen Regelungen	53
3. Zusammenfassung	54
III. Der Begriff der arbeitnehmerähnlichen Person im Sinne des § 12a TVG	54
1. Das Verhältnis der einzelnen Kriterien des § 12a TVG zueinander	56
a) Die in Buchstabe a und b genannten Kriterien als zusätzliche Voraussetzungen	56
b) Konkretisierung der wirtschaftlichen Abhängigkeit durch die Kriterien in Buchstabe a und b	56
c) Die in Buchstabe a und b genannten Kriterien als Einschränkung der Voraussetzungen der Arbeitnehmerähnlichkeit	57
d) Die Oberbegriffe als Leitgedanken der Auslegung der Unterbegriffe	58
e) Zusammenfassung	59
2. Die einzelnen Voraussetzungen der Arbeitnehmerähnlichkeit	60
a) Erfasste Vertragsverhältnisse	60
(1) Dienst- oder Werkvertrag	60
(2) Die Rechtsverhältnisse der in Heimarbeit Beschäftigten	62
(3) Die Rechtsverhältnisse der Handelsvertreter	62
(4) Freie Berufe	63
b) Persönliche Erbringung der Leistung ohne Mitarbeit von Arbeitnehmern	64
c) Tätigkeit überwiegend für eine Person	64
d) Einnahmen in Höhe von mehr als der Hälfte bzw. mindestens eines Drittels des Entgelts aus Erwerbstätigkeit aus der entsprechenden Tätigkeit	65
(1) Grundsätze	65
(2) Das zu berücksichtigende Einkommen	66
e) Vertragspartner	69
IV. Der Begriff der arbeitnehmerähnlichen Person im Sinne des § 5 Abs. 1 Satz 2 ArbGG	70
1. Wirtschaftliche Abhängigkeit	70
2. Soziale Schutzbedürftigkeit	72
3. Kritische Würdigung	73

V.	Der Begriff der arbeitnehmerähnlichen Person im Sinne des § 2 Satz 2 BUrlG	74
1.	Wirtschaftliche Unselbständigkeit	75
2.	Soziale Schutzbedürftigkeit	76
3.	Kritische Würdigung	78
VI.	Der Begriff der arbeitnehmerähnlichen Person im Sinne des § 1 Abs. 2 Nr. 1 BeschäftigtenschutzG	78
VII.	Der Begriff der arbeitnehmerähnlichen Person im Sinne des § 2 Abs. 2 Nr. 3 ArbSchG	79
VIII.	Der arbeitnehmerähnliche Handelsvertreter	79
1.	Arbeitnehmerähnlichkeit nach § 92 a HGB	79
2.	Arbeitnehmerähnlichkeit im Sinne des § 5 Abs. 3 ArbGG	80
3.	Arbeitnehmerähnlichkeit im Sinne des Bundesurlaubsgesetzes	81
IX.	Der Arbeitnehmerähnliche im Bereich der Heimarbeit	83
X.	Der Arbeitnehmerähnliche nach § 2 Nr. 9 SGB VI	84
XI.	Zusammenfassende Bewertung	86
E.	Rechtsfolgen der Arbeitnehmerähnlichkeit	87
I.	Ausdrückliche gesetzliche Regelungen für arbeitnehmerähnliche Personen	87
1.	Das Tarifvertragsgesetz	87
a)	Die einer Regelung durch Tarifvertrag zugänglichen Normen ..	88
b)	Einheitliche Tarifverträge für Arbeitnehmer und Arbeitnehmerähnliche	89
2.	Das Bundesurlaubsgesetz	90
a)	Grundsatz	90
b)	Zeitpunkt des Urlaubs	91
c)	Urlaubsentgelt	93
d)	Urlaubsdauer	93
e)	Abgeltung des Urlaubs	94
f)	Erkrankung während des Urlaubs	94
g)	Erwerbstätigkeit während des Urlaubs	95
3.	Das Arbeitsgerichtsgesetz	95
4.	Das Beschäftigtenschutzgesetz	96
5.	Das Arbeitsschutzgesetz	96
6.	Das Heimarbeitsgesetz und andere für in Heimarbeit Beschäftigte geltende Rechtsfolgen	97
a)	Arbeitsschutz	98
b)	Kündigungsschutz	98
c)	Tarifvertragliche Gestaltung der Arbeitsbedingungen	99
d)	Geltung des Betriebsverfassungs- und des Mitbestimmungsgesetzes	99
e)	Entgeltsschutz	99

f) Urlaubsanspruch	100
g) Sonstiges	100
7. § 92a HGB	100
8. Zusammenfassende Bewertung	101
II. Allgemeine gesetzliche Regelungen für Arbeitnehmer und Selbstständige, die ihrem Sinn und Zweck nach auch für die Arbeitnehmerähnlichen gelten	102
1. Regelungen zur Vergütung	102
a) Vergütung, § 612 Absätze 1 und 2 BGB	102
b) Die Fälligkeit der Vergütung gemäß § 614 BGB	102
c) Vergütung bei Annahmeverzug des Dienstberechtigten gemäß § 615 BGB	102
d) Entgeltfortzahlung bei kurzfristigem Arbeitsausfall gemäß § 616 BGB	103
2. Schutz- und Fürsorgepflichten des Dienstberechtigten	104
a) Fürsorgepflichten bei Erkrankung des Dienstverpflichteten gemäß § 617 BGB	104
b) Schutz- und Fürsorgepflichten gemäß § 618 BGB	104
3. Beendigung von Dienstverhältnissen	105
a) § 620 BGB bei befristeten Dienstverträgen	105
b) Kündigungsfristen gemäß § 621 BGB	105
c) Kündigungsfristen bei Verträgen über mehr als 5 Jahren gemäß § 624 BGB	106
d) Fortsetzung des Dienstverhältnisses nach Beendigung gemäß § 625 BGB	106
e) Fristlose Beendigung des Dienstverhältnisses gemäß §§ 626 und 627 BGB	107
4. Sonstige Regelungen zum Inhalt des Dienstverhältnisses	108
a) Persönliche Verpflichtung zur Dienstleistung gemäß § 613 BGB	108
b) Freizeit zur Stellensuche gemäß § 629 BGB	108
c) Der Zeugnisanspruch gemäß § 630 BGB	109
5. Gesetz zur betrieblichen Altersversorgung	111
6. Sonderregelungen für Handelsvertreter	112
a) Kündigungsfristen gemäß § 89, 89 a HGB	112
b) Provisionsausgleichsanspruch	113
c) Wettbewerbsabreden	114
d) § 8 Arbeitsplatzschutzgesetz	114
7. Zusammenfassende Bewertung	114
III. Analoge Anwendung arbeitsrechtlicher Vorschriften	115
1. Arbeitsschutz	117
a) Mutterschutzgesetz	117
(1) Gesetzliche Regelung	117
(2) Stellungnahmen in Rechtsprechung und Literatur	118
(3) Auslegung des Mutterschutzgesetzes	119

(a) Wortlaut	119
(b) Systematik	119
(c) Entstehungsgeschichte	119
(d) Sinn und Zweck der Regelungen	120
(e) Gesamtabwägung	121
(4) Zulässigkeit einer analogen Anwendung	121
b) Jugendarbeitsschutzgesetz	122
(1) Gesetzliche Regelung	122
(2) Stellungnahmen in Rechtsprechung und Literatur	122
(3) Auslegung des Jugendarbeitsschutzgesetzes	123
(a) Wortlaut	123
(b) Systematik	124
(c) Entstehungsgeschichte	124
(d) Sinn und Zweck der Regelungen	124
(e) Gesamtabwägung	124
(4) Zulässigkeit einer analogen Anwendung	125
c) Arbeitszeitgesetz	125
(1) Gesetzliche Regelung	125
(2) Stellungnahmen in Rechtsprechung und Literatur	125
(3) Auslegung des Arbeitszeitgesetzes	126
(a) Wortlaut	126
(b) Systematik	126
(c) Entstehungsgeschichte	126
(d) Sinn und Zweck der Regelungen	126
(e) Gesamtabwägung	127
(4) Zulässigkeit einer analogen Anwendung	127
2. Existenzschutz	128
a) Kündigungsschutzgesetz	128
(1) Gesetzliche Regelungen	128
(2) Stellungnahmen in Rechtsprechung und Literatur	128
(3) Auslegung des Kündigungsschutzgesetzes	129
(a) Wortlaut	129
(b) Systematik	129
(c) Entstehungsgeschichte	130
(d) Sinn und Zweck der Regelungen	130
(e) Gesamtabwägung	130
(4) Zulässigkeit einer analogen Anwendung	130
b) § 613 a BGB, Schutz des Arbeitnehmers bei Betriebsübergang ..	131
(1) Gesetzliche Regelung	131
(2) Stellungnahmen in Rechtsprechung und Literatur	131
(3) Auslegung des § 613 a BGB	133
(a) Wortlaut	133
(b) Systematik	133

(c) Entstehungsgeschichte	134
(d) Sinn und Zweck der Regelung	134
(e) Gesamtabwägung	134
(4) Zulässigkeit einer analogen Anwendung	134
c) Arbeitsplatzschutzgesetz	135
(1) Gesetzliche Regelung	135
(2) Stellungnahmen in Rechtsprechung und Literatur	136
(3) Auslegung des Arbeitsplatzschutzgesetzes	136
(a) Wortlaut	136
(b) Systematik	136
(c) Entstehungsgeschichte	136
(d) Sinn und Zweck der Regelungen	136
(e) Gesamtabwägung	137
(4) Zulässigkeit einer analogen Anwendung	137
d) Entgeltfortzahlungsgesetz	138
(1) Gesetzliche Regelung	138
(2) Stellungnahmen in Rechtsprechung und Literatur	138
(3) Auslegung des Entgeltfortzahlungsgesetzes	138
(a) Wortlaut	138
(b) Systematik	138
(c) Entstehungsgeschichte	138
(d) Sinn und Zweck der Regelungen	139
(e) Gesamtabwägung	139
(4) Zulässigkeit einer analogen Anwendung	139
3. Betriebs- und Unternehmensverfassungsrecht	140
a) Betriebsverfassungsgesetz	140
(1) Gesetzliche Regelung	140
(2) Stellungnahmen in Rechtsprechung und Literatur	140
(3) Auslegung des Betriebsverfassungsgesetzes	142
(a) Wortlaut	142
(b) Systematik	142
(c) Entstehungsgeschichte	143
(d) Sinn und Zweck der Regelungen	143
(e) Gesamtabwägung	143
(4) Zulässigkeit einer analogen Anwendung	143
b) Mitbestimmungsgesetz	146
(1) Gesetzliche Regelung	146
(2) Stellungnahmen in Rechtsprechung und Literatur	146
(3) Auslegung des Mitbestimmungsgesetzes	146
(a) Wortlaut	146
(b) Systematik	146
(c) Entstehungsgeschichte	147

(d) Sinn und Zweck der Regelungen	147
(e) Gesamtabwägung	147
(4) Zulässigkeit einer analogen Anwendung	147
4. Sonstige arbeitsrechtliche Schutzgesetze	148
a) Arbeitnehmererfindungsgesetz	148
(1) Gesetzliche Regelung	148
(2) Stellungnahmen in Rechtsprechung und Literatur	149
(3) Auslegung des Arbeitnehmererfindungsgesetzes	150
(a) Wortlaut	150
(b) Systematik	150
(c) Entstehungsgeschichte	150
(d) Sinn und Zweck der Regelungen	150
(e) Gesamtabwägung	151
(4) Zulässigkeit einer analogen Anwendung	151
b) Zulässigkeit von nachvertraglichen Wettbewerbsverboten gemäß §§ 74 f. HGB	152
(1) Gesetzliche Regelung	152
(2) Stellungnahmen in Rechtsprechung und Literatur	153
(3) Auslegung der §§ 74 f. HGB	153
(a) Wortlaut	153
(b) Systematik	154
(c) Entstehungsgeschichte	154
(d) Sinn und Zweck der Regelungen	154
(e) Gesamtabwägung	154
(4) Zulässigkeit einer analogen Anwendung	154
c) Das Diskriminierungsverbot gemäß § 611 a BGB	155
(1) Gesetzliche Regelung	155
(2) Stellungnahmen in Rechtsprechung und Literatur	156
(3) Auslegung des § 611 a BGB	156
(a) Wortlaut	156
(b) Systematik	157
(c) Entstehungsgeschichte	157
(d) Sinn und Zweck der Regelung	157
(e) Gesamtabwägung	157
(4) Zulässigkeit einer analogen Anwendung	158
d) Gebot der Lohngleichheit gemäß § 612 Absatz 3 BGB	158
(1) Gesetzliche Regelung	158
(2) Stellungnahmen in Rechtsprechung und Literatur	158
(3) Auslegung des § 612 Abs. 3 BGB	159
(a) Wortlaut	159
(b) Systematik	159
(c) Entstehungsgeschichte	160

(d) Sinn und Zweck der Regelung	160
(e) Gesamtabwägung	160
(4) Zulässigkeit einer analogen Anwendung	160
e) Benachteiligungsverbot bei zulässiger Rechtsausübung gemäß § 612a BGB	161
(1) Gesetzliche Regelung	161
(2) Stellungnahmen in Rechtsprechung und Literatur	161
(3) Auslegung des § 612a BGB	162
(a) Wortlaut	162
(b) Systematik	162
(c) Entstehungsgeschichte	162
(d) Sinn und Zweck der Regelung	162
(e) Gesamtabwägung	163
(4) Zulässigkeit einer analogen Anwendung	163
5. Zusammenfassende Bewertung	163
IV. Analoge Anwendung des Heimarbeitsgesetzes und anderer für in Heimarbeit Beschäftigte geltende Vorschriften auf alle arbeitnehmerähnlichen Personen	165
V. Inhaltskontrolle der Verträge arbeitnehmerähnlicher Personen gemäß §§ 138, 242 BGB	166
1. Der Lösungsansatz von Appel und Frantziach	166
2. Einzelne Anwendungsfälle	167
3. Kritische Würdigung	168
VI. Zusammenfassung	171
F. Eigene Lösung	173
I. Einbeziehung arbeitnehmerähnlicher Personen in den Schutzbereich des Arbeitsrechts durch Neudefinition des Arbeitnehmerbegriffs	174
1. Grenzziehung innerhalb der Gruppe der Arbeitnehmerähnlichen ...	174
2. Neudefinition des Arbeitnehmerbegriffs	175
3. Definition mit Hilfe der teleologischen Methode	176
4. Die Kriterien des neuen Arbeitnehmerbegriffs	177
II. Notwendigkeit der Gleichstellung aus Art. 3 GG und dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 GG	181
III. Ungeeignetheit des Kriteriums der persönlichen Abhängigkeit zur Erfassung der schutzbedürftigen Personen	184
1. Unmöglichkeit der Erfassung problematischer Randbereiche	185
a) Dozenten und Lehrer	185
b) Freie Berufe	186
c) Franchiseverträge	186
2. Weisungsunterworfenheit im Rahmen selbständiger Vertragsverhältnisse	187
3. Ungeeignetheit aufgrund neuer technologischer Möglichkeiten und neuer Beschäftigungsformen	189

4. Die durch das Merkmal der persönlichen Abhängigkeit erzeugte Rechtsunsicherheit	191
5. Die gravierenden Folgen einer fehlerhaft vorgenommenen Einordnung	192
6. Nichterfassung eines Großteils schutzbedürftiger Personen	193
7. Fehlender Sinnzusammenhang zwischen persönlicher Abhängigkeit und der Anwendung des Arbeitsrechts	194
8. Unmöglichkeit einer sinnvollen Erklärung der Zwischenkategorie der arbeitnehmerähnlichen Person	195
IV. Kritik an der Einbeziehung der arbeitnehmerähnlichen Personen in den Arbeitnehmerbegriff	197
1. Allgemeine Kritik	197
2. Kritik an den einzelnen Kriterien	199
3. Unzulässige Inhaltskontrolle durch das Kriterium der Ausgewogenheit von unternehmerischen Chancen und Risiken	201
4. Kritik an der Einbeziehung arbeitnehmerähnlicher Personen in den Schutzbereich des Arbeitsrechts	202
5. Gewährung ausreichenden Schutzes durch die Regelungen des Wirtschaftsrechts	206
6. Die erhebliche Ausweitung des Arbeitnehmerbegriffs	206
7. Die bestehenden Vorschriften für arbeitnehmerähnliche Personen als systematisches Gegenargument	209
8. Die Problematik der Einordnung der in Heimarbeit Beschäftigten ..	211
V. Entsprechende Ansätze in der Rechtsprechung	212
1. Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts	213
2. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	214
3. Die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts	215
VI. Entsprechende Gesetzgebungsvorhaben	216
1. Der Kommissionsentwurf von 1977	216
2. Der Entwurf des Arbeitskreises Deutsche Rechtseinheit im Arbeitsrecht	216
3. Der Gesetzentwurf des Freistaats Sachsen	217
4. Der Gesetzentwurf des Landes Brandenburg	217
VII. Das Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit	218
1. Zweck des Gesetzes	218
2. Die Bedeutung des in § 7 Abs. 4 SGB IV aufgestellten Arbeitnehmerbegriffs für den arbeitsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff	219
3. Kritische Würdigung	221
VIII. Das europäische Gemeinschaftsrecht	222
IX. Die Abgrenzung in anderen europäischen Staaten	223
1. Französisches Recht	224
2. Italienisches Recht	224
3. Spanisches Recht	225
4. Englischsches Recht	225

5. Niederländisches Recht	225
6. Zusammenfassung	226
X. Zulässigkeit der Neudefinition durch die Gerichte	226
1. Entgegenstehende Gesetzesbindung der Gerichte	228
2. Zulässigkeit der Abweichung von der bisherigen Rechtsprechung ..	229
G. Ergebnis	232
Literaturverzeichnis	234
Sachwortverzeichnis	242

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
Abs.	Absatz
AFG	Arbeitsförderungsgesetz
AfP	Archiv für Presserecht
AktG	Aktiengesetz
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
ArbG	Arbeitsgericht
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
AR-Blattei SD	Arbeitsrechtsblattei Systematische Darstellung
ArbNERfG	Arbeitnehmererfindergesetz
ArbPlSchG	Arbeitsplatzschutzgesetz
ArbSchG	Arbeitsschutzgesetz
ArbuR	Arbeit und Recht (Zeitschrift)
ArbZG	Arbeitszeitgesetz
ARD	Arbeitsgemeinschaft der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten Deutschlands
ARS	Arbeitsrechtssammlung mit Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts, der Landesarbeitsgerichte und Arbeitsgerichte
Art.	Artikel
AuA	Arbeit und Arbeitsrecht (Zeitschrift)
Aufl.	Auflage
AZO	Arbeitszeitordnung
BABl.	Bundesarbeitsblatt
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Bundesarbeitsgerichtsentscheidung
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
BBiG	Berufsbildungsgesetz
Bd.	Band
BeschäftigtenschutzG	Beschäftigtenschutzgesetz
BetrAVG	Gesetz zur betrieblichen Altersversorgung
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen

BR-Drucks.	Bundesratsdrucksache
BSG	Bundessozialgericht
BSGE	Entscheidungen des Bundessozialgerichts
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BUrlG	Bundesurlaubsgesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
ders.	derselbe
dies.	dieselben
d.h.	das heißt
DJT	Deutscher Juristentag
DM	Deutsche Mark
Drucks.	Drucksache
E-ArbVG	Entwurf eines Arbeitsvertragsgesetzbuches – Allgemeines Arbeitsvertragsrecht
EAS	Europäisches Arbeits- und Sozialrecht
EG	Europäische Gemeinschaft
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EntgeltfortzG	Entgeltfortzahlungsgesetz
EStG	Einkommensteuergesetz
EuGH	Europäischer Gerichtshof
Euro-AS	Europäisches Arbeits- und Sozialrecht (Zeitschrift)
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
EzA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht
f.	folgende
ff.	fortfolgende
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
GK	Gemeinschaftskommentar
GK-KR	Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HAG	Heimarbeitsgesetz
HGB	Handelsgesetzbuch
Hrsg.	Herausgeber
JArbSchG	Jugendarbeitsschutzgesetz
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
Lkw	Lastkraftwagen

MitbestG	Mitbestimmungsgesetz
MuSchG	Mutterschutzgesetz
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
Nr.	Nummer
NRW	Nordrhein-Westfalen
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
OLG	Oberlandesgericht
RAG	Reichsarbeitsgericht
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
RGBL	Reichsgesetzblatt
RGRK	Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes
RT-Drucks.	Reichstagsdrucksache
Rz.	Randzeichen
S.	Seite
SGB	Sozialgesetzbuch
sog.	sogenannt
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschland
Sten.	Stenographische
TVG	Tarifvertragsgesetz
UFITA	Archiv für Urheber-, Film-, Funk- und Theaterrecht
v.	von
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung
z. B.	zum Beispiel
ZDG	Zivildienstgesetz
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
ZPO	Zivilprozeßordnung

A. Einleitung

Gegenstand dieser Untersuchung ist die arbeitnehmerähnliche Person. Zunächst ist festzustellen, wer zu diesem Personenkreis gehört und wie sich die arbeitnehmerähnliche Person vom Arbeitnehmer abgrenzen läßt. Sodann sind die Rechtsfolgen zu untersuchen, die sich aus dem Tatbestand der Arbeitnehmerähnlichkeit ergeben und es ist zu überprüfen, ob der Zweck, der mit der Schaffung der Rechtsfigur der arbeitnehmerähnlichen Person verfolgt wurde, durch die an ihn anknüpfenden Rechtsfolgen erreicht wird. Dies muß jedoch – wie die Untersuchung ergibt – verneint werden, so daß in einem weiteren Schritt Lösungsansätze entwickelt werden müssen, um denjenigen arbeitnehmerähnlichen Personen, die schutzbedürftig sind, den entsprechenden Sozialschutz zu verschaffen.

Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat sich bisher nur vereinzelt mit den Arbeitnehmerähnlichen befaßt. Grund hierfür ist, daß selten ein Beschäftigter auf Feststellung seiner Eigenschaft als Arbeitnehmerähnlicher klagt. Denn die Einstufung eines Beschäftigten als arbeitnehmerähnliche Person bringt weder für den Auftraggeber noch für den Beauftragten wesentliche Vorteile. Das Problembewußtsein bezüglich der Arbeitnehmerähnlichen ist erst in letzter Zeit im Rahmen der Diskussion um die sog. Scheinselbständigkeit wieder angestiegen. Zuletzt haben sich Rechtsprechung und Literatur mit diesem Problem in den 70er Jahren, als es um die rechtliche Einordnung der Rundfunkmitarbeiter ging, auseinandergesetzt. Mit der Wiederaufnahme der Diskussion um die Abgrenzung zwischen Selbständigen und Arbeitnehmern wird auch die Problematik der Arbeitnehmerähnlichen erneut aufgegriffen, wenn auch nur am Rande.

Auslöser der Diskussion ist unter anderem der unklare Arbeitnehmerbegriff der Rechtsprechung. Dieser führt zu großer Rechtsunsicherheit. Der Ausgang von Prozessen ist nicht mehr vorhersehbar. Viele Prozesse entstehen erst aufgrund der undurchsichtigen Rechtslage. Die Beschäftigten können selbst keine Einordnung ihrer Rechtsverhältnisse mehr vornehmen, dies ist nur durch eine verbindliche gerichtliche Klärung möglich. Desweiteren führt die Definition der Rechtsprechung, die sich zur Findung der Arbeitnehmerdefinition der ontologischen Methode bedient, dazu, daß zwar die unproblematischen Fälle regelmäßig eingeordnet werden können, daß aber in den Randbereichen eine Grauzone von Beschäftigungsverhältnissen entsteht, bei denen eine Zuordnung zu Arbeitnehmern oder Selbständigen nicht mehr möglich ist.

Dies liegt nicht zuletzt daran, daß eine zunehmende Verlagerung von früher betriebsintern vorgenommenen Tätigkeiten aus dem Betrieb erfolgt. Arbeiten werden an selbständige Unternehmer außerhalb des Betriebes vergeben, ganze Bereiche werden outgesourct. Durch Entwicklungen im technischen Bereich ist die Anwesenheit der Arbeitnehmer im Betrieb nicht mehr täglich erforderlich, im Rahmen von Telearbeitsplätzen kann ein Teil der Arbeiten von zu Hause aus erledigt werden. Zudem nehmen die Teilzeitarbeit der Beschäftigten, aber auch andere Formen flexiblerer Arbeitsgestaltung zu. Von der Erteilung von Weisungen wird außerdem zugunsten der Teamarbeit nur noch zurückhaltend Gebrauch gemacht. Zwischen dem heutigen Arbeitnehmer und dem klassischen Fabrikarbeiter bestehen somit nur noch wenige Übereinstimmungen.

Unabhängig von der gesetzlichen Situation ist wegen der hohen Arbeitslosenzahlen eine Verschärfung des Wettbewerbs unter den Beschäftigten eingetreten, die die gesetzliche Mangellage noch stärker hervortreten läßt. Beschäftigungsverhältnisse, die formal zwar als selbständige bezeichnet werden, tatsächlich aber Arbeitsverhältnisse sind, haben in den letzten Jahren zugenommen. Die Beschäftigten stimmen allen Vertragsgestaltungen zu, wenn sie nur überhaupt zu einer Beschäftigung führen. Hinzu kommen diejenigen Rechtsverhältnisse, die zwar formal dem Dienstvertragsrecht unterfallen, bei denen aber die Dienstnehmer aufgrund der allgemeinen wirtschaftlichen Situation so von einem Auftraggeber abhängig sind, daß sie dem klassischen Arbeitnehmer näher stehen als dem Selbständigen. Auch ein Teil der arbeitnehmerähnlichen Personen fällt unter diesen Bereich. Dennoch gibt es nur ungenügende Ansätze zum Schutz dieser Personen, obwohl seit Jahren der nach wie vor fehlende Sozialschutz für arbeitnehmerähnliche Person kritisiert wird, der eigentlich durch die Schaffung dieses Tatbestandes bezweckt war.

B. Entstehungsgeschichte

Vor Beginn der Untersuchung der heutigen Rechtslage bezüglich des Tatbestandes der arbeitnehmerähnlichen Person soll zunächst ein kurzer historischer Abriss seiner Entstehungsgeschichte gegeben werden.

I. Die ersten Regelungen zum Schutz Selbständiger

Die ursprüngliche Zielgruppe des Arbeitsrechts waren die klassischen Fabrikarbeiter. Schon früh wurde jedoch erkannt, daß diese nicht die einzigen schutzbedürftigen Personen waren. So sah bereits die Gewerbeordnung von 1869 den Schutz von außerhalb der Fabriken tätigen Personen vor.¹ Durch § 136 Gewerbeordnung des Norddeutschen Bundes, dessen Regelung bis heute in § 119b GewO fortbesteht, wurden die Hausgewerbetreibenden den Arbeitnehmern im Hinblick auf die den Lohnschutz betreffenden Regelungen der Gewerbeordnung gleichgestellt. Grund war die Erkenntnis, daß diese Personen zwar außerhalb der Betriebsstätte eines Unternehmers tätig wurden, aber dadurch nicht weniger schutzbedürftig waren als die im Betrieb arbeitenden Personen.

Ende des letzten Jahrhunderts existierten lediglich die Hausindustriellen als einzige Gruppe arbeitnehmerähnlicher Personen, wenn sie auch noch nicht so bezeichnet wurden. Es gab eine relativ klare Abgrenzung anhand ontologisch gefundener Merkmale zwischen den Arbeitnehmern, den Unternehmern und den dazwischen stehenden Hausindustriellen.² Hausindustrielle waren Personen, die als selbständige Gewerbetreibende in eigenen Betriebsstätten im Auftrag und für Rechnung anderer Gewerbetreibender mit der Herstellung oder Bearbeitung gewerblicher Erzeugnisse beschäftigt wurden.³ In der Begründung des Entwurfs eines Gesetzes betreffend die Krankenversicherung der Arbeiter werden sie als Übergangsstufe zwischen selbständigen Gewerbetreibenden und unselbständigen Arbeitern bezeichnet, die sich in ihrer wirtschaftlichen Lage nicht wesentlich von den Arbeitern unterscheiden.⁴

¹ *Pfarr*, in: Festschrift für *Karl Kehrman*, S. 75 (77).

² *Hromadka*, NZA 1997, 569 (572).

³ *Hromadka*, NZA 1997, 56 (573).

⁴ *Hromadka*, NZA 1997, 569 (573).