

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Band 197

Arbeitsverträge und Verträge mit Selbständigen

Rechtliche Qualifizierung von
Dienstleistungsverhältnissen als Abgrenzungs-
und Einordnungsproblem

Von

Frank Maschmann



Duncker & Humblot · Berlin

FRANK MASCHMANN

Arbeitsverträge und Verträge mit Selbständigen

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Band 197

Arbeitsverträge und Verträge mit Selbständigen

Rechtliche Qualifizierung von
Dienstleistungsverhältnissen als Abgrenzungs-
und Einordnungsproblem

Von

Frank Maschmann



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Maschmann, Frank:

Arbeitsverträge und Verträge mit Selbständigen : Rechtliche Qualifizierung von Dienstleistungsverhältnissen als Abgrenzungs- und Einordnungsproblem / von Frank Maschmann. – Berlin : Duncker und Humblot, 2001

(Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht ; Bd. 197)

Zugl.: Passau, Univ., Diss., 2000

ISBN 3-428-10528-1

D 739

Alle Rechte vorbehalten

© 2001 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme und Druck:

Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0582-0227

ISBN 3-428-10528-1

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ⊗

Vorwort

Die Arbeit wurde im Wintersemester 2000/2001 von der Juristischen Fakultät der Universität Passau als Dissertation angenommen.

Ohne meinen Lehrer, Herrn Prof. Dr. Wolfgang Hromadka, wäre sie nicht zu stande gekommen; er hat sie angeregt und gefördert. Ihm verdanke ich mehr, als hier gesagt werden kann.

Herrn Prof. Dr. Reiner Ascheid, Vorsitzender Richter am BAG a. D., danke ich sehr für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Passau, im Juli 2001

Frank Maschmann

Inhaltsverzeichnis

A. Einführung	21
I. Das Problem	21
1. Der Wandel zur Dienstleistungsgesellschaft	21
2. Bedeutung des Wandels für die verschiedenen Dienstleistungsverhältnisse	22
3. Zunehmende Unsicherheit bei der Qualifizierung von Dienstleistungsverhältnissen	23
a) Rechtstatsächliche Gründe	24
b) Rechtliche Gründe	26
aa) Fehlende Legaldefinition des Arbeitsvertrags	26
bb) Legaldefinitionen des Gegenbegriffs	28
c) Methodische Gründe	29
aa) Unterschiede zwischen Abgrenzung und Einordnung	30
bb) Anforderungen an die Abgrenzung	30
cc) Anforderungen an die Einordnung	32
II. Der Gang der Arbeit	32
B. Die Abgrenzung des Arbeitsvertrags nach traditioneller und neuerer Auffassung	34
I. Ausgangspunkte	34
II. Abgrenzung nach traditioneller Auffassung	36
1. Persönliche, nicht wirtschaftliche Abhängigkeit	36
a) Rechtshistorischer Hintergrund der Unterscheidung	37
b) Bedeutung der wirtschaftlichen Abhängigkeit	39
2. Merkmale persönlicher Abhängigkeit	40
a) Weisungsgebundenheit	41

b) Dimensionen der Weisungsgebundenheit	42
aa) Zeitliche Weisungsgebundenheit	42
(1) Weisungen zur Lage der Arbeitszeit	42
(2) Fehlende oder „gelockerte“ zeitliche Weisungsgebundenheit	44
(3) Dauer der Arbeitszeit	45
bb) Örtliche Weisungsgebundenheit	47
cc) Inhaltlich-fachliche Weisungsgebundenheit	49
c) Eingliederung	50
aa) Räumlich-zeitliche Eingliederung	51
bb) Arbeitsorganisatorische Abhängigkeit	51
d) Detaillierte Leistungsvorgabe	53
e) Untaugliche Abgrenzungskriterien und Indizien	55
f) Typologische Betrachtungsweise	56
III. Kritik der traditionellen Auffassung	58
1. Kritik am Begriff „persönliche Abhängigkeit“	58
2. Kritik am Merkmal „Weisungsgebundenheit“	61
3. Kritik an der typologischen Methode	62
a) Offenheit des Tatbestandes	62
b) Abstufbarkeit, Verzichtbarkeit und Kompensierbarkeit der Einzelmerkmale	65
c) Gesamtbeurteilung	67
d) Verkehrsanschauung und Branchenüblichkeit	68
aa) Allgemeine Bedeutung	68
bb) Verkehrsanschauungen im Arbeitsrecht	69
cc) Kritik	70
4. Kritik an der phänomenologischen Methode	72
IV. Abgrenzung nach neuerer Lehre	74
1. Grundanliegen	74
2. Unfähigkeit zur eigenen Daseinsvorsorge	75
3. Verlust unternehmerischer Dispositionsmöglichkeit	76

	Inhaltsverzeichnis	9
4. Freiwillige Übernahme eines Unternehmerrisikos	77	
a) Darstellung	78	
aa) Ausgangspunkt: „Duales Modell der Erwerbstätigkeit“	78	
bb) Leitgedanke der Abgrenzung	79	
cc) Unternehmerrisiko	79	
dd) Freiwilligkeit	81	
b) Rezeption in der Rechtsprechung	81	
aa) Bundesarbeitsgericht	81	
bb) Bundessozialgericht	82	
cc) Landesarbeitsgerichte	84	
c) Rezeption in der Gesetzgebung	85	
aa) Gesetzentwürfe zur Kodifikation des Arbeitsrechts	85	
bb) Sozialversicherungsrecht	86	
(1) Zentralbegriff der Beschäftigung	86	
(2) Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung	87	
(3) Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit	88	
(4) Rentenversicherungsrecht	89	
V. Kritik an der neueren Lehre	90	
1. Kritik an der Operationalisierung des Arbeitnehmerbegriffs	90	
a) Untermerkmale zur Operationalisierung des Arbeitnehmerbegriffs	90	
b) Arbeit auf Dauer	91	
c) Arbeit in eigener Person	93	
d) Arbeit ohne eigenes Kapital und ohne eigene Organisation	93	
2. Arbeitnehmer als Gegenbegriff zum Selbständigen	94	
a) Selbständigenbegriff	94	
b) Transzendieren der konkreten Vertragsbeziehung	96	
aa) Bedeutung	96	
bb) Probleme	96	
c) Arbeitnehmerbegriff durch Negation der Merkmale des Selbständigenbegriffs	99	
aa) Arbeitnehmer als Anbieter einer (unselbständigen) Dienstleistung	99	
bb) Keine dichotome Merkmalsverteilung	100	

3. Die unangemessene Risiko-Chance-Kombination	101
a) Risiko aus der Teilnahme am Markt	102
b) Unangemessene Vertragsgestaltung	102
aa) Bedeutung	102
bb) Unzulässige Verschränkung von Inhalts- und Statuskontrolle	103
cc) „Schwellenwert“ unternehmerischer Beschränkung ?	104
dd) Rechtssicherheit und Gleichbehandlung	105
ee) Freiwilligkeit	105
VI. Zusammenfassung und Schlußfolgerungen	106
 C. Der Arbeitsvertrag im System der Verträge über Dienstleistungen	 110
I. Arbeitsvertrag als Unterfall des Dienstvertrags	110
1. Strikt vertragsbezogener Ansatz	110
a) „Arbeitnehmereigenschaft“ als „relatives“, auf den Arbeitsvertrag bezogenes Merkmal	110
b) Dienstvertrag und Werkvertrag als Grundformen entgeltlicher Dienstleistungsverträge	111
2. Dienstvertrag, freier Dienstvertrag, Arbeitsvertrag	112
3. Die Abgrenzung von Dienstvertrag und Werkvertrag	114
a) Ausgangspunkte	114
aa) Ein notorisches Problem des Schuldrechts	114
bb) Gründe für die Unsicherheit	115
b) Werkvertrag als Vertrag über eine erfolgsbezogene Dienstleistung	117
aa) „Wirken“ und „Werk“	117
bb) Erfolgs- und Zeitbezogenheit einer Dienstleistung	117
(1) Erfolg als „natürliche Grenze“ einer Dienstleistung	117
(2) Zeit als Maß für den Umfang einer nicht erfolgsbezogenen Dienstleistung	118
(3) Grundsätzliche Inkompatibilität der beiden Kategorien	118
(4) Ausnahme: Zeitbestimmung im Werkvertrag	119
(5) Ausnahme: Werkvertrag als Dauerschuldverhältnis	120
cc) Werkvertragstypischer Erfolg bei Sachwerken	120
dd) Werkvertragstypischer Erfolg bei Leistwerken	121

c) Konzepte zur werkvertraglichen Qualifizierung von Leistwerken	123
aa) Immanente Bedeutungsinhalte des Erfolgsbegriffs als Tatbestandsmerkmal	124
(1) Garantie für künftigen Erfolgseintritt	124
(2) Ergebnis „jenseits“ der Arbeitsleistung	124
(3) „Erreichbarkeit“ des Erfolges	125
(4) Weitere Kriterien	125
bb) Gegenleistung als Anknüpfungspunkt	126
(1) Akkordlohn als werkvertragstypische Vergütungsform	126
(2) Kritik	127
cc) Außerhalb der Leistungsbeziehung liegende Unterscheidungsmerkmale	128
(1) Werkunternehmerschaft als „Status“	128
(2) Kritik	129
(3) Weitere Konsequenzen eines außervertraglichen Ansatzes	130
dd) Rechtsfolgen des Werkvertrags als Anknüpfungspunkt	131
(1) Begründung für ein „Denken von den Rechtsfolgen“	131
(2) Einwände gegen ein „Denken von den Rechtsfolgen“	131
(3) Die den Werkvertrag charakterisierende Rechtsfolge	132
(a) Unmöglichkeit der Leistung als maßgebliches Abgrenzungskriterium?	132
(aa) Verträge über Sachwerke	133
(bb) Verträge über Leistwerke	134
(b) Annahmeverzug als maßgebliches Abgrenzungskriterium?	134
(c) Gewährleistungsrecht als maßgebliches Abgrenzungskriterium?	135
(aa) Schutz des Äquivalenzinteresses als prägender Umstand	135
(bb) Einwände	137
(cc) Leistungsbeschreibung	138
d) Konsequenzen	140
aa) Werkvertrag als Dauerschuldverhältnis	140
bb) Bestimmung der Art und Weise der Zielerreichung durch den Werkunternehmer	140
cc) Konsequenzen für die Merkmale des Arbeitsvertrags	141

II. Persönliche Dienstleistungspflicht	141
1. Personenbezogenes Schuldverhältnis und persönliche Dienstleistungspflicht	141
a) Personen- und sachbezogene Schuldverhältnisse	141
b) Persönliche Dienstleistungspflicht	142
aa) Inhalt	142
bb) Grundsatz der nicht persönlich zu bewirkenden Leistungspflicht	143
2. Persönliche Dienstleistungspflicht als Kennzeichen des Dienstvertrags im weiteren Sinne	143
a) § 613 Satz 1 BGB als dienstvertragliche Ausnahme	143
b) Durchbrechungen	144
aa) Im Dienstvertragsrecht	145
bb) Im Werkvertragsrecht	145
3. Persönliche Dienstleistungspflicht beim Arbeitsvertrag	146
a) Persönliche Dienstleistungspflicht als Leitbild	146
b) Notwendiges Kriterium?	147
aa) Höchstpersönliche Leistungspflicht beim mittelbaren Arbeitsverhältnis	148
(1) Begriff des mittelbaren Arbeitsverhältnisses	148
(2) Leistungspflicht des „Hauptarbeitnehmers“	149
bb) Höchstpersönliche Leistungspflicht beim Gruppenarbeitsverhältnis ..	150
(1) Betriebsgruppe	150
(2) Eigengruppe	151
(a) Bedeutung und Formen	151
(b) Leistungspflicht der Angehörigen einer Eigengruppe	152
(3) Job-Sharing	153
4. Zusammenfassung	154
III. Das maßgebliche Abgrenzungskriterium für den Arbeitsvertrag	155
1. Rechtstatsächlicher Ausgangsbefund	155
a) Recht und Rechtswirklichkeit	155
b) Arbeitsorganisatorische Bedürfnisse oder wirtschaftliche Abhängigkeit als maßgeblicher Anknüpfungspunkt	156

Inhaltsverzeichnis	13
c) Arbeitsorganisatorischer Grundtatbestand	157
aa) Arbeitsteilung und die Frage der Koordination	157
(1) Teilung der Arbeit	157
(2) Problem der Steuerung	158
(3) Steuerungsformen	158
bb) Marktförmige Selbststeuerung oder hierarchische Fremdsteuerung	159
(1) Selbststeuerung durch den Markt	159
(a) Kennzeichen	159
(b) Das ökonomische Kalkül für die Selbststeuerung nach der Transaktionskostentheorie	160
(2) Fremdsteuerung	162
(a) Vorteile	162
(b) Macht und Hierarchie	163
(c) Konsens und Hierarchie als inkompatible Steuerungsverfahren	163
(d) Entwicklung hierarchischer Koordinationsverfahren in der Praxis	164
(3) Resümee	167
2. Rechtliche Anerkennung	168
a) Notwendigkeit der Anerkennung	168
b) Anknüpfungspunkte	169
3. Vertragliche Einräumung von Leitungsmacht als Wesensmerkmal des Arbeitsvertrags	170
4. Leitungsrecht, Verfügbarkeit und persönliche Abhängigkeit	171
5. Der Inhalt des arbeitsvertraglichen Leitungsrechts	172
6. Leitungsrecht im hier verstandenen und Weisungsrecht im traditionellen Sinne	174
a) Leitungsrecht im hier verstandenen Sinne	175
b) Weisungsrecht im traditionellen Sinne	175
aa) Weisungsrecht als „Konkretisierungskompetenz“	175
bb) Arbeitspflicht als Gattungsschuld	177
b) Stellungnahme	177
aa) Dienstpflicht ist Speziesschuld	177
bb) Konkretisierungsbedürftigkeit kein arbeitsvertragstypisches Merkmal	179

c) Leitungsrecht als Gestaltungsrecht und die Bedeutung des § 315 BGB	180
aa) Darstellung	180
bb) Kritik	182
7. Das arbeitsvertragliche Leitungsrecht in Abgrenzung zu anderen Anordnungsbefugnissen	183
a) Weisungen beim Werkvertrag	184
aa) Weisungen und Wünsche	184
bb) Anerkennung eines werkvertraglichen Weisungsrechts	185
cc) Struktur des werkvertraglichen Weisungsrechts	186
(1) Quantitativer oder qualitativer Ansatz	186
(2) Stellungnahme	188
b) Weisungen beim Auftrag und bei Geschäftsbesorgungsverträgen	189
aa) Anerkennung eines Weisungsrechts	189
bb) Weisungsrecht nur bei Selbständigenverträgen	190
cc) Struktur des Weisungsrechts bei Verträgen über eine entgeltliche Geschäftsbesorgung	191
(1) Geschäftsbesorgungsvertrag mit Erfolgshaftung	191
(2) Geschäftsbesorgungsvertrag ohne Erfolgshaftung	191
(3) Weisungsfreie Bereiche	193
(4) Abweichungsrecht	194
c) Weisungen aufgrund vereinbarter Leistungsbestimmungsrechte	196
aa) Begriff des vereinbarten Leistungsbestimmungsrechts	196
bb) Arten	197
(1) Konkretisierende Leistungsbestimmungsrechte	197
(2) Ändernde Leistungsbestimmungsrechte	198
(a) Zwecke	198
(b) Bestimmtheitsgebot	199
8. Anordnungsbefugnisse des Arbeitgebers jenseits des arbeitsvertraglichen Leitungsrechts	200
a) Weisungen aufgrund des Eigentums an Produktionsmitteln und aufgrund des Hausrechts	200
aa) Eigentum an Produktionsmitteln als (untaugliche) Basis der Leitungsmacht	200
bb) Hausrecht des Arbeitgebers	202

Inhaltsverzeichnis	15
b) Weisungen zur Durchsetzung öffentlich-rechtlicher Verpflichtungen	202
c) Weisungen aufgrund von Änderungsvorbehalten im Arbeitsvertrag	203
d) Weisungen bei Notfällen	204
IV. Der Sinnzusammenhang zwischen dem arbeitsvertraglichen Tatbestand und den arbeitsrechtlichen Rechtsfolgen	205
1. Kritik der neueren Lehre	205
2. Gegeneinwände	206
a) Überbetonung des teleologischen Moments	206
b) Verkennung der rechtstatsächlichen Unterschiede der verschiedenen Dienstleistungsverhältnisse	207
c) Folgerungen	208
3. Normalarbeitsverhältnis und typisierte Schutzbedürftigkeit	208
a) Existenzschutz durch den Arbeitgeber	208
b) Rechtfertigung	209
aa) Historische Gründe	209
bb) Materielle Gründe	210
c) Bedeutung der Verfügbarkeit	211
aa) Keine unmittelbar-funktionale Verbindung zum arbeitsrechtlichen Existenzschutz	211
bb) Verbindung zum Berufs- und Kontinuitätsschutz	213
(1) Vorschriften zum Berufsschutz	213
(a) Persönlichkeitsschutz und arbeitsbezogener Berufsschutz	213
(b) Schutz vor Haftungsrisiken	214
(2) Kontinuitätsschutz	215
4. Verfügbarkeit und abgestuftes Arbeitsrecht	218
5. Zusammenfassung	218
D. Die Qualifizierung eines konkreten Dienstleistungsverhältnisses	220
I. Bedeutung	220
II. Rechtsformzwang und Qualifikationskompetenz	220
1. Rechtsformzwang	220

2. Qualifikationskompetenz	221
a) Autonome Qualifikation	222
aa) Literatur	222
bb) Rechtsprechung	224
b) Heteronome Qualifikation	225
c) Stellungnahme	225
d) Autonome Qualifikation unter heteronomem Vorbehalt	228
aa) Freie Wahl unter Vorbehalt der Mißbrauchskontrolle	229
bb) Zulassung der autonomen Qualifikation bei mangelnder Schutzbedürftigkeit im Einzelfall	230
cc) Wahl der Vertragsform als Fall der Inhaltskontrolle („Vertragszuordnungskontrolle“)	231
dd) Stellungnahme	233
e) Zusammenfassung	237
III. Rechtsformverfehlung	239
1. Begriff	239
2. Notwendige Reichweite des Konsenses	240
a) Einigung über „tatsächliche Umstände“	240
b) Einigung über „Rechtsfolgekomplexe“	241
c) Beachtlichkeit des Rechtsfolgewillens in Abhängigkeit vom Schutzzweck des Gesetzes	242
d) Stellungnahme	243
e) Konsequenzen	245
3. Verkennung der Rechtslage	245
a) Eine Partei verkennt die Rechtslage	246
aa) Rechtsfolgeirrtum im Spannungsfeld zwischen Inhalts- und Motivirrtum	246
bb) Verkennung des Geschäftstyps „Arbeitsvertrag“	249
b) Beide Parteien erkennen die Rechtslage	250
aa) Struktur	250
bb) Der beiderseitige Rechtsirrtum als typische Fallgruppe des Instituts „Fehlen der Geschäftsgrundlage“	251
(1) Grundgedanken	251

Inhaltsverzeichnis	17
(2) Anwendbarkeit des Instituts	252
(a) Vorrang vertraglicher Regelungen	252
(b) Vorrang spezieller gesetzlicher Regelungen	253
(3) Fehlen der Geschäftsgrundlage	254
(a) Allgemeine Grundsätze	254
(b) Geschäftsgrundlage bei einer gemeinsamen Verkennung der Rechtslage	255
(aa) Zweistufige Prüfung	255
(bb) Fehlvorstellungen	255
(cc) Kausalität	256
(4) Unzumutbarkeit	257
(a) Opfergrenze	257
(b) Voraussehbarkeit und Vermeidbarkeit	259
(5) Rechtsfolgen	261
(a) Allgemein	261
(b) Bei gemeinsamer Verkennung der Vertragsnatur	261
IV. Durchführung der Vertragsqualifikation	262
1. Elemente der Qualifikation	262
2. Qualifizierung anhand des Vertragstextes	263
a) Notwendigkeit und Bedeutung einer Vertragsurkunde	263
b) Bestandteile der Vertragsurkunde	265
aa) Überblick	265
bb) Überschrift	265
(1) Überschrift „Arbeitsvertrag“	265
(2) Sonstige Überschrift	266
cc) Präambel	268
dd) Rechte- und Pflichtenteil	269
(1) Arbeitsvertrag	270
(2) Selbständigenvertrag	270
(a) Vertragsgegenstand	271
(b) Ausschluß des Leitungsrechts	272
(c) Sonstige Regelungen	273
ee) Vertragsanlagen	274
ff) „Bekenntnis-“ oder „Versicherungsklauseln“	275
(1) Bedeutung	275
(2) Verzicht und Verwirkung	276

3. Tatsächliche Vertragsdurchführung	276
a) Grundfragen	277
aa) Begriff der tatsächlichen Durchführung	277
bb) Vertragsvollzug als außervertraglicher Umstand	278
cc) Gründe für die Berücksichtigung des Vertragsvollzugs	278
(1) Vertragsvollzug als Hilfsmittel der Auslegung	279
(2) Vertragsvollzug als Gegenstand der Auslegung	280
b) Abredegemäßer Vollzug	281
c) Abredewidriger Vollzug	281
aa) Zeit- und Häufigkeitsmoment	281
bb) Struktur	282
cc) Lösung der h. M.	282
d) Anfängliche Divergenz	283
aa) Einvernehmliche Abweichung	283
bb) Einseitige Abweichung	285
(1) Erklärung des Dienstberechtigten	285
(a) Objektiver Erklärungstatbestand	285
(aa) Erteilung von Weisungen	286
(α) Grundsatz	286
(β) Beispiele	287
(bb) Einseitige Aufstellung von Dienst- und Organisationsplänen	289
(cc) Ausgabe von Tourenplänen und Kundenlisten	294
(dd) Kontrolle	298
(b) Subjektiver Erklärungstatbestand	300
(aa) Notwendigkeit der Berücksichtigung	300
(bb) Vorhandenes und fehlendes Erklärungsbewußtsein	300
(cc) Voraussetzungen für die Zurechnung der im Vertragsvollzug konkurrenz zum Ausdruck kommenden Rechtsfolgewirkungen	301
(dd) Zurechnung des Verhaltens Dritter	303
(2) Erklärung des Dienstnehmers	304
(a) Objektiver Erklärungstatbestand	304
(b) Subjektiver Tatbestand	306

Inhaltsverzeichnis	19
e) Nachträgliche Divergenz	306
aa) Struktur	306
bb) Schriftformklauseln	308
(1) Bedeutung für konkludente Vertragsänderungen	308
(2) Konkludente Vertragsänderung bei einfachen Schriftformklauseln	309
(3) Konkludente Vertragsänderung bei qualifizierten Schriftformklauseln	310
(4) Konkludente Vertragsänderung bei vorformulierten Schriftformklauseln	312
E. Ergebnisse der Arbeit	316
Literaturverzeichnis	322
Sachwortverzeichnis	345

A. Einführung

I. Das Problem

1. Der Wandel zur Dienstleistungsgesellschaft

Zu den größten Herausforderungen der Gegenwart gehört der Wandel von der Industrie- zur Dienstleistungsgesellschaft. Der Anteil, den Dienstleistungen zur Bruttowertschöpfung der deutschen Volkswirtschaft beitragen, wächst rasant. Er stieg von 32,1% im Jahre 1960 auf 68,7% im Jahre 2000¹. Immer mehr Personen werden im Dienstleistungsbereich tätig. 1960 arbeiteten in Deutschland noch 61,7% aller Erwerbstätigen in den Bereichen des „primären“ und des „sekundären“ Wirtschaftssektors (Land- und Forstwirtschaft, Fischerei, Bergbau, verarbeitendes Gewerbe, Energie- und Bauindustrie) und nur 27,4% im Dienstleistungsbereich, dem „tertiären“ Sektor (Transport und Verkehr, Finanzen und Versicherungen, Immobilien, Forschung, Beratung und Entwicklung, Groß- und Einzelhandel, Gaststätten- und Hotelgewerbe). 40 Jahre später hat sich dieses Verhältnis umgekehrt: Im Jahre 2000 arbeiteten nur noch 31,8% der Erwerbstätigen im produzierenden Gewerbe, 68,1% dagegen im Dienstleistungsbereich². In den USA waren bereits 1990 mehr als 70% aller Erwerbstätigen mit Dienstleistungen beschäftigt³.

Als eine der Hauptursachen für diese Entwicklung gilt die unterschiedliche Produktivitätsentwicklung in den Wirtschaftssektoren. Während sich die Produktivität bei der Herstellung von Gütern durch Automation und Technisierung laufend steigern lässt, sind Dienstleistungen eher „rationalisierungsresistent“; bei ihnen steht der „Faktor Mensch“ im Vordergrund, dessen Arbeitskraft nur schwer durch Maschinen ersetzt werden kann. Folglich ist der Bedarf an Arbeitskräften bei der reinen Güterproduktion rückläufig, während er bei Dienstleistungen nicht zuletzt wegen gewandelter Konsumpräferenzen, die mit der allgemeinen Sättigung der Gütermärkte einhergehen, ständig steigt. *Jean Fourastié*, der mit seinem 1949 erschienenen Werk „Die große Hoffnung des 20. Jahrhunderts“ die Diskussion über die Dienstleistungsgesellschaft eröffnete und mit der Theorie der „Tertiarisierung der Beschäftigung“ zur Popularität verhalf⁴, befand, daß der „Hunger nach Tertiä-

¹ Institut der deutschen Wirtschaft, Deutschland in Zahlen, Ausgabe 2001, Tab. 2.4.

² Ebd., Tab. 2.5.

³ Häußermann/Siebel, Dienstleistungsgesellschaften, S. 51.

⁴ Die Theorie, daß sich mit der Entwicklung der Produktivkräfte der Schwerpunkt der Beschäftigungs- und Konsumstrukturen vom primären über den sekundären zum tertiären

rem“ unstillbar sei⁵; seines Erachtens würden alle, die im Zuge der Rationalisierung der industriellen Produktion ihren Arbeitsplatz verlören, im Dienstleistungsbereich neue und sogar bessere Beschäftigungen finden; diese „tertiäre Zivilisation“ sei die große Hoffnung des 20. Jahrhunderts, weil sie nicht nur zu einer Höherentwicklung der menschlichen Lebensweise führe, sondern auch zur Bewältigung krisenhafter Phänomene, wie etwa der Arbeitslosigkeit, und damit politische und ökonomische Stabilität gewährleiste⁶. Allerdings blieben diese optimistischen Prognosen nicht ohne Widerspruch⁷.

Neben dieser „sektoralen Tertiarisierung“ vom Produktions- zum Dienstleistungsbereich vollzieht sich eine „funktionale Tertiarisierung“ innerhalb des güterproduzierenden Sektors. Die Zahl der Industriebeschäftigten, die ihre Arbeit unmittelbar in der Fertigung verrichten, sinkt, dagegen übernehmen mehr und mehr Mitarbeiter Aufgaben, die nur noch indirekt mit der Herstellung eines Produktes zu tun haben und die man deshalb als „produktionsorientierte Dienstleistungen“ bezeichnet; dazu gehören vornehmlich Forschung und Entwicklung, Design, Produktions- und Prozeßplanung, Verwaltung, Management, Werbung und Verkauf. Besonders deutlich wird dieser Tertiarisierungsprozeß, wenn Industriebetriebe produktionsorientierte Dienste von externen, darauf spezialisierten Fremdfirmen beziehen, die selbst nicht mehr zum Produktions-, sondern zum Dienstleistungssektor gehören.

2. Bedeutung des Wandels für die verschiedenen Dienstleistungsverhältnisse

Der Wandel zur Dienstleistungsgesellschaft verspricht vor allem für Selbständige besondere Chancen. Ihre Zahl nimmt in Deutschland seit Anfang der neunziger Jahre ständig zu, vor allem in den neuen Bundesländern, wo sich ihre Zahl zwischen 1989 und 1996 verdreifachte. Die Selbständigenquote, d. h. der prozentuale Anteil der Selbständigen an den Erwerbstägigen, erhöhte sich von 1990 bis 1999 von 7,3% auf 9,9%. Der größte Anstieg war dabei im Dienstleistungssektor zu verzeichnen, wo 1994 rund 4,7% der Erwerbstägigen, d. h. rund 1,4 Millionen Personen, selbständig tätig waren⁸. Der Grund hierfür lag nicht zuletzt in neuen Organis-

Sektor hin verschiebt, ist älter; sie geht wesentlich auf das 1940 von *Colin Clark* veröffentlichte Buch „The Conditions of Economic Progress“ zurück, der sich bei seiner sektoralen Einteilung der Beschäftigung auf Vorarbeiten von *Alan Fisher* (Production – Primary, Secondary, Tertiary, in: *The Economic Record* 15 (1939), S. 24 – 38) bezog; zur Theoriegeschichte *Häußermann/Siebel*, Dienstleistungsgesellschaften, S. 27 ff.

⁵ *Fourastié*, Hoffnung, S. 126, 274 ff.

⁶ *Fourastié*, Hoffnung, S. 126 ff., 247 ff.

⁷ *Häußermann/Siebel*, Dienstleistungsgesellschaften, S. 44 ff.

⁸ *Hopt*, FS Medicus (1999) S. 235 (237 f.) m.w.N.

sationskonzepten, die seit Ende der achtziger Jahre unter den Schlagworten „Lean Production“ und „Lean Management“ eine Konzentration auf die betrieblichen Kernaufgaben propagierten und zu einer Verringerung der Fertigungstiefe, zur Vergabe von Teilen der Vor- und Zwischenproduktion an andere Betriebe und zur Auslagerung betrieblicher Dienstleistungen an Fremdfirmen führten. Hinzu kamen neue Zulieferformen, wie just-in-time-Verträge, sowie Absatz- und Vertriebskonzepte, wie das Franchising, die es auch kleineren und mittleren Unternehmen ermöglichen, mit geringem Kapital- und Werbeaufwand den Marktzutritt erfolgreich zu bewerkstelligen, wenngleich um den Preis der Einbindung in ein übergreifendes System der nach- oder vorgelagerten Marktstufe und damit einer Beschränkung eigener unternehmerischer Betätigung⁹. Die Motive, die Personen bewegen, eine selbständige Erwerbstätigkeit aufzunehmen, sind vielfältig. Klammert man die Fälle, in denen Dienstnehmer aus Arbeitsverhältnissen unfreiwillig in die Selbständigkeit „gedrängt“ werden¹⁰, aus, so dürfte der Wunsch nach größerer persönlicher und wirtschaftlicher Unabhängigkeit die größte Rolle spielen. Sich die Arbeit frei einzuteilen und die Chance auf ein höheres Erwerbseinkommen halten viele für wichtiger als den Schutz, den ihnen das Arbeitsrecht bietet¹¹.

Der Wandel zur Dienstleistungsgesellschaft spiegelt sich nicht zuletzt in der Bedeutung, die Verträgen über Dienstleistungen zukommt. Sie werden zahlreicher und wichtiger, ihr Inhalt komplexer und vielgestaltiger. Der „typische“ Dienstleistungsvertrag existiert schon lange nicht mehr, der Vertrag richtet sich nach den individuellen Bedürfnissen der Parteien. Ist allerdings ein Dienstleistungsvertrag als Arbeitsvertrag zu qualifizieren, ziehen die zwingenden gesetzlichen und kollektivvertraglichen Vorschriften des Arbeitsrechts der Vereinbarungsbefugnis eine nicht zu überschreitende Grenze. Im Arbeitsrecht herrscht Rechtsformzwang. Dieser macht es erforderlich, die Rechtsnatur eines konkreten Dienstleistungsverhältnisses genau zu bestimmen.

3. Zunehmende Unsicherheit bei der Qualifizierung von Dienstleistungsverhältnissen

Dabei wird die Unterscheidung, ob die Dienste von einem Arbeitnehmer auf arbeitsvertraglicher oder von einem Selbständigen auf nicht arbeitsvertraglicher Grundlage verrichtet werden, immer schwieriger. Das hat rechtstatsächliche, rechtliche und methodische Gründe.

⁹ Braun, NZA-Sonderheft 1999, S. 5; Hopt, FS Dieterich (1999), S. 235 (237 f.).

¹⁰ Zur Zulässigkeit einer betriebsbedingten Kündigung, mit der der Arbeitgeber ein Arbeitsverhältnis beenden will, um danach mit dem Mitarbeiter ein freies Dienstverhältnis zu begründen, BAG, Urt. v. 9. 5. 1996, AP Nr. 79 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung.

¹¹ Zu weiteren Motiven Hohmeister/Goretzki, Freie Mitarbeit, S. 31.