

Institut für Arbeitsmarkt-
und Berufsforschung

Die Forschungseinrichtung der
Bundesagentur für Arbeit



IAB-Bibliothek

Die Buchreihe des Instituts für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung

364

Scheinselbständigkeit in Deutschland

Rechtliche Grundlagen und empirische Befunde

Hans Dietrich, Alexander Patzina, Rolf Wank (Hg.)

Forschungsarbeiten



Institut für Arbeitsmarkt-
und Berufsforschung

Die Forschungseinrichtung der
Bundesagentur für Arbeit

150
IAB Jahre

IAB-Bibliothek

Die Buchreihe des Instituts für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung

364

Scheinselbständigkeit in Deutschland

Rechtliche Grundlagen und empirische Befunde

Hans Dietrich, Alexander Patzina, Rolf Wank (Hg.)

Forschungsarbeiten

wbv

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Dr. Hans Dietrich arbeitet als wissenschaftlicher Mitarbeiter im IAB-Forschungsbereich „Bildungs- und Erwerbsverläufe“ und untersucht insbesondere Fragestellungen zu den Themen Bildung, Beschäftigung und Arbeitslosigkeit im Lebensverlauf.

Alexander Patzina M.Sc. arbeitet als wissenschaftlicher Mitarbeiter im IAB-Forschungsbereich „Bildungs- und Erwerbsverläufe“ und promoviert am Lehrstuhl für empirische Wirtschaftssoziologie der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg.

Prof. em. Dr. Rolf Wank, vormals Inhaber des Lehrstuhls für „Bürgerliches Recht, Handels-, Wirtschafts- und Arbeitsrecht“ an der Ruhr-Universität Bochum, forscht insbesondere zum Arbeitsrecht, Bürgerlichen Recht, Handelsrecht und Sozialrecht sowie zur juristischen Methodenlehre.

Diese Publikation ist unter folgender Creative-Commons-Lizenz veröffentlicht:
<http://creativecommons.org/licenses/by-sa/3.0/de/>



Herausgeber der Reihe IAB-Bibliothek: Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung der Bundesagentur für Arbeit (IAB), Regensburger Straße 100, 90478 Nürnberg, Telefon (09 11) 179-0
■ **Redaktion:** Martina Dorsch, Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung der Bundesagentur für Arbeit, Telefon (09 11) 179-32 06, E-Mail: martina.dorsch@iab.de ■ **Gesamtherstellung:** W. Bertelsmann Verlag, Bielefeld (wbv.de) ■ **Rechte:** Kein Teil dieses Werkes darf ohne vorherige Genehmigung des IAB in irgendeiner Form (unter Verwendung elektronischer Systeme oder als Ausdruck, Fotokopie oder Nutzung eines anderen Vervielfältigungsverfahrens) über den persönlichen Gebrauch hinaus verarbeitet oder verbreitet werden.

© 2017 Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung, Nürnberg/
W. Bertelsmann Verlag GmbH & Co. KG, Bielefeld

In der „IAB-Bibliothek“ werden umfangreiche Einzelarbeiten aus dem IAB oder im Auftrag des IAB oder der BA durchgeführte Untersuchungen veröffentlicht. Beiträge, die mit dem Namen des Verfassers gekennzeichnet sind, geben nicht unbedingt die Meinung des IAB bzw. der Bundesagentur für Arbeit wieder.

ISBN 978-3-7639-4114-8 (Print)
ISBN 978-3-7639-4115-5 (E-Book)
ISSN 1865-4096

Best.-Nr. 300942

www.iabshop.de

www.iab.de

Erratum

In der vorliegenden Publikation „Scheinselbständigkeit in Deutschland“ (ISBN: 978-3-7639-4114-8, DOI: 10.3278/300942w) ist uns leider ein Fehler in der Beschriftung der Tabelle 9.3 auf Seite 157 unterlaufen.

Die Beschriftung der Spalten muss richtig wie folgt lauten:

Tabelle 9.3: Kriterien-Vergleich beim BAG-Modell – 1995 und 2014

BAG-Modell	nein	ja	neutral	fehlende Angaben
<i>Inhaltliche Weisungsbindung</i>				
1995	55	40	3	2
2014	55	38	7	1
<i>Prozentuale Veränderung</i>	0	-2	4	-1
<i>Zeitliche Weisungsbindung</i>				
1995	67	29	2	2
2014	58	41	–	2
<i>Prozentuale Veränderung</i>	-9	12	–	0
<i>Örtliche Weisungsbindung</i>				
1995	39	52	–	9
2014	28	67	3	2
<i>Prozentuale Veränderung</i>	-11	15	–	-7
<i>Personelle Einbindung</i>				
1995	62	34	–	4
2014	57	41	–	2
<i>Prozentuale Veränderung</i>	-5	7	–	-2
<i>Materielle Einbindung</i>				
1995	59	34	–	7
2014	73	24	–	3
<i>Prozentuale Veränderung</i>	14	-10	–	-4
Quelle: IAB-Projekt 1563 und IAB-Projekt 448; Angaben auf Basis ungewichteter Daten; Angaben in Prozent.				

Wir bitten diesen Fehler zu entschuldigen.

Inhalt

Teil 1: Quantitative Erfassung von scheinselbständig Erwerbstätigen – Empirische Studie

von Hans Dietrich und Alexander Patzina

(Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung, Nürnberg)

Abbildungsverzeichnis zu Teil 1	17
Tabellenverzeichnis zu Teil 1	19
Vorwort	23
1 Einführung	27
2 Arbeits- und sozialrechtliche Vorschläge zur Abgrenzung von abhängiger und selbständiger Erwerbsarbeit	29
2.1 Begriffsbildung	29
2.2 BAG-Modell	30
2.3 Alternativ-Modell	31
2.4 BAG-Plus-Modell	32
3 Die empirische Erhebung und das Konstrukt der Grauzone	37
3.1 Das Konzept der Grauzone als Hilfskonstrukt für eine empirische Erhebung	37
3.2 Befragungspopulationen, zweistufiges Erhebungsdesign und Feldverlauf	38
4 Die Bestimmung scheinselbständig Erwerbstätiger auf Basis alternativer Rechtsmodelle	41
4.1 BAG-Modell: Operationalisierung und Befunde	41
4.1.1 Inhaltliche bzw. fachliche Weisungsbindung	42
4.1.2 Zeitliche Weisungsbindung	45
4.1.3 Örtliche Weisungsbindung	48
4.1.4 Zusammenarbeit mit Mitarbeitern des Auftraggebers (personelle Einbindung)	52
4.1.5 Arbeit mit den Arbeitsmitteln des Auftraggebers (materielle Einbindung)	55
4.1.6 Selbständigkeit und Abhängigkeit im BAG-Modell	57
4.2 Alternativ-Modell	59
4.2.1 Inhaltliche unternehmerische Freiheit	61

4.2.1.1	Eigener Kundenstamm	61
4.2.1.2	Freie Preisgestaltung	63
4.2.2	Freie Zeiteinteilung	64
4.2.3	Örtliche unternehmerische Freiheit	67
4.2.4	Eigene Unternehmensorganisation	68
4.2.4.1	Eigene Mitarbeiter	68
4.2.4.2	Eigene Geschäftsräume	71
4.2.4.3	Eigenes Betriebskapital	72
4.2.5	Selbständigkeit und Abhängigkeit im Alternativ-Modell	73
4.3	BAG-Plus-Modell	76
4.4	Synoptische Betrachtung der empirischen Befunde nach dem BAG-Modell, Alternativ-Modell und BAG-Plus-Modell	78
4.4.1	Die Modellbefunde insgesamt	78
4.4.2	Haupt- und Nebenerwerbstätige im Vergleich	79
4.4.3	Welche Modellkriterien treiben die Befunde?	80
4.5	Hochrechnung der Modellbefunde	83
5	Wer ist in der Grauzone tätig?	87
5.1	Ost-West	88
5.2	Geschlecht	90
5.3	Alter	92
5.4	Migrationshintergrund	95
5.5	Allgemeinbildender Schulabschluss	97
5.6	Beruflicher Abschluss	98
5.7	Erwerbserfahrung	100
5.8	Arbeitslosigkeitserfahrung im Erwerbsverlauf	101
5.9	Zwischenfazit	103
6	Was tun Erwerbstätige in der Grauzone von selbständiger und abhängiger Erwerbsarbeit?	105
6.1	Berufe	105
6.2	Wirtschaftszweig des Vertragspartners	111
6.3	Betriebsgröße des (wichtigsten) Auftraggebers	116
6.4	Arbeitszeitaufkommen	119
6.5	Art der Vertragsbeziehung	122
6.6	Multivariate Modellbildung – Welche Faktoren fördern scheinselbständige Vertragsverhältnisse? Ein Zwischenfazit	124

7	Subjektive Statuszuordnung und Rechtsunsicherheit der Befragten: Personen in der Grauzone, die sich selbst als Arbeiter und Angestellte einordnen	133
7.1	Subjektiv wahrgenommener Erwerbsstatus	133
7.2	Subjektive Statuszuordnung und Anspruch auf bezahlten Urlaub	134
7.3	Subjektive Statuszuordnung und Bezeichnung des Vertragsverhältnisses	136
7.4	Zwischenfazit	137
8	Einkommensanalysen	139
8.1	Einkommensverteilung der Haupterwerbstätigen in der Grauzone nach Rechtsstatus	141
8.2	Einkommensverteilungen von Grauzonen-Erwerbstätigen und regulär Erwerbstätigen im Vergleich	144
8.3	Erwerbseinkommen und Existenzsicherung	146
8.4	Zwischenfazit	148
9	Zusammenfassung und Einordnung der Befunde: Vergleich mit Befunden aus 1995 und 2014	151
9.1	Zusammenfassung Befunde 2014	151
9.2	Vergleich der aktuellen Befunde mit denen für das Jahr 1995	153
	Literatur zu Teil 1	159
	Anhang zu Teil 1	161
A1	Erhebungskonzept und Durchführung der empirischen Erhebung ..	161
A1.1	Computergestützte Telefoninterviews und Dual-Frame-Ansatz	161
A1.1.1	Grundgesamtheit der Befragung	162
A1.1.2	Zwei Befragungspopulationen und zweistufige Befragung	162
A1.1.3	Screening-Interview	163
A1.2	Durchführung der empirischen Erhebung	167
A1.2.1	Vorstudie	167
A1.2.2	Haupterhebung	167
A1.2.2.1	Realisierte Stichprobe	167
A1.2.2.2	Datenqualität	170
A1.2.2.2.1	Abbruchgründe	171
A1.2.2.2.2	Panelbereitschaft	175

A1.3	Ergebnistabelle einer logistischen Regression zum Zusammenhang zwischen dem Alter Befragter und der Modelleinstufung	179
A1.4	Ergebnisvergleich linearer und logistischer Regressionen	180
A2	Gewichtung und Hochrechnungsfaktoren	183
A2.1	Auswahlwahrscheinlichkeit im Dual-Frame-Ansatz (Designgewichtung)	183
A2.2	Hochrechnungsfaktoren für Grauzone und Vergleichspopulation	183
A3	Skalenqualität der Instrumente	185
A4	Schematische Verläufe der Abfrage von modellrelevanten Kriterien	187
A5	Berufe, die in der Grauzone ausgeübt werden (KldB2010)	189
A6	Offene Nennungen von Vertragsarten (Frage F029 des Fragebogens)	205

Teil 2: Quantitative Erfassung von scheinselbständig Erwerbstätigen	
– Juristische Grundlagen	211
von Rolf Wank (Ruhr-Universität Bochum)	
Abkürzungsverzeichnis zu Teil 2	213
I Ziele des juristischen Teils	217
II Entwicklungen seit dem früheren Gutachten	219
1. § 7 SGB IV in der Fassung des „Gesetzes zur Förderung der Selbständigkeit“	219
2. § 7 SGB IV in der Fassung des „Zweiten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt“	220
3. Geltende Fassung des § 7 SGB IV	220
III Gesetzgebung vor der Neufassung des § 611 a BGB	223
1. § 84 HGB und § 7 SGB IV	223
a) § 84 HGB	223
b) § 7 SGB IV	224
2. Arbeitnehmer und Beschäftigte	225
a) Vorläufige Terminologie	225
b) Sozialversicherungsrecht	225
c) Arbeitsrecht	226
d) Entsprechende Anwendung	227
e) Mitarbeiter	227
f) Empirische Untersuchung	227
3. Erweiternde Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs	228
4. Arbeitnehmer und Arbeitnehmerähnliche	228
a) Abgrenzung	228
b) Empirische Untersuchung	230
5. Einheitlicher Arbeitnehmerbegriff?	231
IV Rechtsprechung von EuGH und BVerfG	233
1. Teleologische Begriffsbildung und teleologischer Vergleich	233
a) Ontologische und teleologische Begriffsbildung	233
b) Ontologischer und teleologischer Vergleich	234
2. Europäischer Gerichtshof	235
a) Anwendbarkeit des Unionsrechts	235
b) Empirische Untersuchung	239
c) Einzelheiten	239
aa) Primärrecht	239
bb) Sekundärrecht	239
3. Bundesverfassungsgericht	240

V	Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts	243
1.	Grundsatz	243
a)	Definition des Dienstnehmers	243
aa)	Privatrechtlicher Vertrag	244
bb)	Dienste für einen anderen	245
cc)	Leistung in Person	245
dd)	Leistung gegen Entgelt	245
ee)	Andere Gegenbegriffe	246
ff)	Empirische Untersuchung	246
b)	Definition des Arbeitnehmers	247
aa)	Ungeordnete Umschreibung	248
bb)	Geordnete Umschreibung	250
2.	Einzelheiten der Rechtsprechung des BAG	251
a)	Prämissen	251
aa)	Klassenbegriff oder Typusbegriff	251
bb)	Merkmale, Unterbegriffe und Indizien	253
(1)	Merkmale	253
(2)	Unterbegriffe	254
(3)	Indizien	255
(4)	Empirische Untersuchung	256
cc)	Arbeit in Person für einen anderen gegen Entgelt	256
dd)	Tatsächliche Durchführung (Rechtsformzwang)	257
b)	Hauptkriterien	261
aa)	Weisungsbindung und Eingliederung	261
bb)	Empirische Untersuchung	262
cc)	Vorwegnahme der Weisungen im Arbeitsvertrag	263
(1)	Die Rechtsprechung des BAG	263
(2)	Stellungnahme	264
(3)	Empirische Untersuchung	265
dd)	Weisungen jeder Art oder unternehmerische Weisungen	265
(1)	Art der Weisung	265
(2)	Empirische Untersuchung	266
ee)	Örtliche Weisungsbindung	266
(1)	Vorüberlegungen	266
(2)	Die Rechtsprechung des BAG	268
(3)	Stellungnahme und Folgerungen für die empirische Untersuchung	268

ff)	Zeitliche Weisungsbindung	269
	(1) Vorüberlegungen	270
	(2) Die Rechtsprechung des BAG	272
	(3) Stellungnahme und Folgerungen für die empirische Untersuchung	273
gg)	Inhaltliche Weisungsbindung.....	273
	(1) Vorüberlegungen	273
	(2) Die Rechtsprechung des BAG	275
	(3) Stellungnahme	276
	(4) Folgerungen für die empirische Untersuchung	278
hh)	Gesamtbetrachtung zur Weisungsbindung	280
	(1) Alle Umstände des Einzelfalles	280
	(2) Der Trend zu entgrenzter Arbeit	280
ii)	Eingliederung durch Abhängigkeit vom Personal des Vertragspartners	282
	(1) Vorüberlegungen	282
	(2) Die Rechtsprechung des BAG	285
	(3) Stellungnahme	285
	(4) Empirische Untersuchung	286
jj)	Eingliederung durch Abhängigkeit vom Material des Vertragspartners	286
	(1) Vorüberlegungen	286
	(2) Die Rechtsprechung des BAG	286
	(3) Empirische Untersuchung	287
kk)	Eingliederung durch Einbindung in die Organisation des Vertragspartners	287
	(1) Vorüberlegungen	287
	(2) Die Rechtsprechung des BAG	288
	(3) Empirische Untersuchung	288
c)	Zwischenergebnis zu Weisungsbindung und Eingliederung	288
d)	Ungenanntes Kriterium: Handeln auf eigene Rechnung	289
e)	Hauptberuf oder Nebenberuf	291
	aa) Umfang der Arbeitsleistung	291
	bb) Nebenberuf	292
	cc) Rechtsprechung	292
	dd) Empirische Untersuchung	293

f)	Unternehmerrisiko	293
aa)	Vorüberlegungen	293
bb)	Die Rechtsprechung des BAG	295
g)	Hilfskriterien	296
aa)	Vorüberlegungen	296
bb)	Rechtsprechung von BAG und BSG	297
cc)	Stellungnahme	298
VI	Alternative Ansichten in der Literatur	299
VII	Das Alternativ-Modell	303
1.	Das Modell	303
2.	Die empirische Befragung	305
VIII	Das BAG-Plus-Modell und Synopse	309
1.	Das BAG-Plus-Modell	309
2.	Synoptische Betrachtung von BAG-Modell, Alternativ-Modell und BAG-Plus-Modell	309
IX	Arbeitsrecht und Gesellschaftsrecht	311
1.	Rechtsgebietskonkurrenz	311
2.	Gesellschafter und Arbeitnehmer	312
3.	GmbH-Fremdgeschäftsführer in der Rechtsprechung des EuGH	313
4.	Die Rechtsprechung in Deutschland	316
a)	Bisherige Rechtsprechung	316
b)	Antidiskriminierungsrecht	318
c)	Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft	318
d)	Vereinsmitglieder	319
5.	Folgerungen für die empirische Untersuchung	319
X	Abgrenzung zu Arbeitnehmerähnlichen	321
1.	Vorüberlegungen	321
a)	Prozessrecht	321
b)	Materielles Recht	322
2.	Die Rechtsprechung des BAG	326
3.	Stellungnahme und Folgerungen für die empirische Untersuchung	327

XI	Besondere Vertragsgestaltungen	329
1.	Werkvertrag und Arbeitsvertrag	329
a)	Vorüberlegungen	329
aa)	Teleologische Definition	330
bb)	Dreifache Abgrenzung	330
b)	Die Rechtsprechung des BAG	331
c)	Stellungnahme	332
aa)	Weisungsbindung und Eingliederung	332
bb)	Verantwortung für ein Werk	333
cc)	Abgrenzbares Werk	333
dd)	Indizien	333
ee)	Tatsächliche Durchführung	334
ff)	Unternehmerische Entscheidungen auf eigene Rechnung	334
d)	Folgerungen für die empirische Untersuchung	334
2.	Drittpersonaleinsatz – Abgrenzung zur Leiharbeit	335
a)	Vorüberlegungen	335
b)	Rechtsprechung des BAG	337
c)	Rechtsprechung der Landesarbeitsgericht	337
d)	Stellungnahme	339
aa)	Teleologische Argumentation	339
bb)	Rechtsfolge	341
e)	Folgerungen für die empirische Untersuchung	341
3.	Sonstige Aufspaltung der Arbeitgeberstellung	342
a)	Vorüberlegungen	342
b)	Die Rechtsprechung des BAG	343
c)	Stellungnahme	343
4.	Grenzüberschreitend tätige Scheinselbständige	343
a)	Vorüberlegungen	343
b)	Rechtsprechung	343
c)	Stellungnahme	344
5.	Telearbeit	346
6.	Praktikanten	346
a)	Rechtslage	346
b)	Empirische Untersuchung	349

7. Abrufarbeit und Rahmenverträge	349
a) Rechtslage	349
b) Empirische Untersuchung	354
8. Crowdfunding	354
9. Arbeit auf Anforderung (On-demand-economy) am Beispiel von Putzdiensten, Fahrdiensten und Mobilarbeitern	359
a) Putzdienste	359
b) Fahrdienste	359
c) Mobilarbeiter	360
d) Stellungnahme	360
10. Honorarärzte und Interimsmanager	361
a) Honorarärzte	361
aa) Gesetzliche Regelung	362
bb) Rechtsprechung	363
cc) Literatur	363
b) Interimmanager	368
11. Bewerber und Scheinbewerber	368
12. Statuswechsel	370
XII Rechtsprechungsanalyse nach Berufsgruppen	373
1. Fertigungsberufe	375
2. Technische Berufe	375
3. Kaufleute	375
a) Frachtführer und Fahrer, Piloten	376
aa) Vorüberlegungen	376
bb) Rechtsprechung	376
cc) Stellungnahme und Folgerungen für die empirische Untersuchung	377
b) Handelsvertreter	378
aa) Vorüberlegungen	378
bb) Rechtsprechung	378
cc) Stellungnahme	383
dd) Folgerungen für die empirische Untersuchung	384
c) Franchisenehmer	384
aa) Vorüberlegungen	384
bb) Rechtsprechung	385
cc) Stellungnahme und Folgerungen für die empirische Untersuchung	386

4. Verkehrsberufe (Kurierfahrer, Auslieferungsfahrer, Piloten)	387
a) Vorüberlegungen	387
b) Rechtsprechung	387
c) Stellungnahme und Folgerungen für die empirische Untersuchung	388
5. Büroberufe	388
6. Fachlich weisungsfreie Mitarbeiter im Allgemeinen	389
a) Vorüberlegungen	389
b) Rechtsprechung	389
c) Stellungnahme und Folgerungen für die empirische Untersuchung	389
7. Freie Berufe	390
a) Vorüberlegungen	390
b) Rechtsprechung	390
c) Stellungnahme	391
8. Gesundheitsberufe	391
a) Vorüberlegungen	391
b) Rechtsprechung	391
c) Stellungnahme	392
9. Lehrberufe und Erziehungsberufe	393
a) Vorüberlegungen	393
b) Rechtsprechung	393
c) Stellungnahme und Folgerungen für die empirische Untersuchung	396
10. Künstlerische Berufe und Kulturberufe	397
a) Vorüberlegungen	397
b) Rechtsprechung	397
c) Stellungnahme und Folgerungen für die empirische Untersuchung	398
11. Rechtsberatende und steuerberatende Berufe	399
a) Vorüberlegungen	399
b) Rechtsprechung	399
c) Stellungnahme und Folgerungen für die empirische Untersuchung	400

12. Medienberufe	400
a) Vorüberlegungen	400
b) Rechtsprechung	400
c) Stellungnahme	403
aa) Verfassungsrecht	403
bb) Einfaches Recht	404
d) Folgerungen für die empirische Untersuchung	404
13. Sportler	404
a) Vorüberlegungen	404
b) Rechtsprechung	405
c) Stellungnahme	405
d) Folgerungen für die empirische Untersuchung	406
14. Einzelfälle von Berufen	406
XIII Gesamtabwägung	407
XIV Andere oberste Gerichtshöfe des Bundes	409
XV Stand der Literatur	411
1. Theorie der persönlichen Abhängigkeit	411
2. Teleologischer Arbeitnehmerbegriff	411
3. Wissenschaftstheoretische Grundlegung	412
4. Praktische Bedeutung	413
5. Folgerungen	414
6. Kritik am teleologischen Arbeitnehmerbegriff	418
7. Widerlegung der Kritik	418
a) Unseriöse Zitierweise	418
b) Fehlende innere Logik im Verhältnis Selbständige, Arbeitnehmerähnliche und Arbeitnehmer	418
c) Fehlendes Verständnis für Subsumtion bei Gegenbegriffen	420
d) Fehlende innere Logik zum Merkmal „wirtschaftlich abhängig“ ...	420
e) Unverständnis für Hermeneutik	422
f) Fehlende teleologische Begriffsbildung	422
g) Fehlende innere Logik am Beispiel von Prokuristen und Lehrern ...	423
h) Untragbare Folgerungen bei Anknüpfung an den Grad der Weisung, die nicht die unternehmerische Entscheidungsfreiheit zum Inhalt hat	423
i) Bezug auf vertragsfremde Merkmale?	424
j) Fehlende Rechtssicherheit	424
k) Regelungsdefizit nach gegenwärtiger Rechtsprechung	424

XVI Rechtsvergleichung	425
XVII Vorgaben für eine empirische Untersuchung	427
1. Fragebogen auf der Grundlage der BAG-Rechtsprechung	427
2. Keine gesetzliche Vorgabe	428
3. Wenige Vorgaben durch EuGH und BVerfG	428
4. Rechtsgebietskonkurrenz (insbes. GmbH-Fremdgeschäftsführer)	429
5. Tatsächliche Durchführung	429
Vorbemerkung zu 6. bis 12.	429
6. Der Arbeitsvertrag als Dienstvertrag	431
7. Hauptkriterien	431
a) Vorfragen zu §§ 611, 613 BGB	432
b) Vertragliche Bezeichnung und tatsächliche Durchführung	432
c) Weisungsbindung	432
aa) Vorwegnahme der Weisungen im Arbeitsvertrag	432
bb) Örtliche Weisungsbindung	433
cc) Zeitliche Weisungsbindung	433
dd) Inhaltliche Weisungsbindung	434
d) Eingliederung	435
8. Abgrenzung zum Arbeitnehmerähnlichen	436
9. Scheinwerkvertrag und Arbeitsvertrag	436
10. Scheinwerkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung	438
11. Hilfskriterien	439
12. Fragebogen unter Berücksichtigung des teleologischen Arbeitnehmerbegriffs	439
Literatur zu Teil 2	441
Sachregister zu Teil 2	455
Abstract	461
Kurzfassung	464

Abbildungsverzeichnis zu Teil 1

Abbildung 3.1: Das Konstrukt der Grauzone	38
Abbildung 4.1: Gestaltung der Arbeit	43
Abbildung 4.2: Kontrolle der Arbeit	44
Abbildung 4.3: Inhaltliche Weisungsbindung im BAG-Modell	45
Abbildung 4.4: Vereinbarung einer bestimmten täglichen Mindestarbeitszeit	46
Abbildung 4.5: Entscheidung über Arbeitszeit	47
Abbildung 4.6: Zeitliche Weisungsbindung im BAG-Modell	47
Abbildung 4.7: Arbeit an einem bestimmten Arbeitsort	48
Abbildung 4.8: Bei einem Arbeitsort: Wer bestimmt den Arbeitsort?	49
Abbildung 4.9: Örtliche Weisungsbindung bei wechselnden Arbeitsorten nach Art der Arbeitsorte	50
Abbildung 4.10: Bei wechselnden Arbeitsorten: Auswahl der Kunden	51
Abbildung 4.11: Bei wechselnden Arbeitsorten: Wer entscheidet über die Reihenfolge der Kundenkontakte?	51
Abbildung 4.12: Örtliche Weisungsbindung im BAG-Modell	52
Abbildung 4.13: Zusammenarbeit mit Personal des Auftraggebers	53
Abbildung 4.14: Falls Zusammenarbeit mit Personal des AG: Verpflichtung zur Zusammenarbeit	54
Abbildung 4.15: Personelle Einbindung in die Organisation des AG im BAG-Modell	54
Abbildung 4.16: Verwendung eigener Arbeitsmittel bzw. Arbeitsmittel des AG	56
Abbildung 4.17: Falls Verwendung von Arbeitsmitteln des AG: Verpflichtung zur Verwendung?	56
Abbildung 4.18: Materielle Einbindung beim AG im BAG-Modell	57
Abbildung 4.19: Zuordnung der Erwerbstätigen in der Grauzone nach dem BAG-Modell	58
Abbildung 4.20: Zahl der Kunden in den vergangenen sechs Monaten	62
Abbildung 4.21: Kundenstamm nach Alternativ-Modell	63
Abbildung 4.22: Entscheidung über Preisfestlegung	64
Abbildung 4.23: Eigene Preisbildung des Auftragnehmers nach Alternativ-Modell	64
Abbildung 4.24: Entscheidung über Arbeitszeit	65
Abbildung 4.25: Freie Zeiteinteilung im Alternativ-Modell	66

Abbildung 4.26: Freie Ortswahl im Alternativ-Modell	68
Abbildung 4.27: Zahl sozialversicherungspflichtig beschäftigter Mitarbeiter	69
Abbildung 4.28: Leistungserbringung	70
Abbildung 4.29: Mitarbeiter nach Alternativ-Modell	71
Abbildung 4.30: Geschäftsräume nach dem Alternativ-Modell	71
Abbildung 4.31: Betriebskapital nach Alternativ-Modell	73
Abbildung 4.32: Zuordnung der Erwerbstätigen in der Grauzone nach dem Alternativ-Modell	74
Abbildung 4.33: Zuordnung der Erwerbstätigen in der Grauzone nach dem BAG-Plus-Modell	76
Abbildung 4.34: Modellbefunde insgesamt: BAG-, Alternativ- und BAG-Plus-Modell	78
Abbildung 4.35: Modellübersicht: BAG-, Alternativ- und BAG-Plus-Modell für Haupterwerbstätige	79
Abbildung 4.36: Modellübersicht: BAG-, Alternativ- und BAG-Plus-Modell für Nebenerwerbstätige	80
Abbildung 5.1: Vorhergesagte Wahrscheinlichkeiten, in der Grauzone abhängig beschäftigt zu sein, nach Altersgruppen (bivariater Zusammenhang)	94
Abbildung 9.1: Gegenüberstellung der Befunde für das BAG-Modell – 1995 und 2014	154
Abbildung 9.2: Gegenüberstellung der Befunde für das Alternativ-Modell – 1995 und 2014	155
Abbildung A1.1: Grundgesamtheit der Befragung und Erhebungskonzept	163
Abbildung A1.2: Screening-Logik 1995	164
Abbildung A1.3: Screening-Logik 2014	166
Abbildung A1.4: Verteilung von fehlenden Werten getrennt nach Populationszugehörigkeit (links Grauzonenpopulation; rechts Vergleichspopulation)	170
Abbildung A4.1: Schematischer Verlauf der Abfrage zum Arbeitsort	187
Abbildung A4.2: Schematischer Verlauf der Abfrage zur personellen Integration in die Organisation des Auftraggebers (AG).....	188
Abbildung A4.3: Schematische Darstellung der Abfrage zur materiellen Integration in die Organisation des Auftraggebers (AG).....	188

Tabellenverzeichnis zu Teil 1

Tabelle 2.1:	Schematisierte Darstellung alternativer Rechtsmodelle zur Bestimmung der Arbeitnehmereigenschaft	34
Tabelle 4.1:	AG-Vorgaben zu Sortiment und Öffnungszeiten in Handel und Vertrieb	43
Tabelle 4.2:	Für Auftraggeber bestehen Gleitzeit-/Kernzeit-Regelungen	65
Tabelle 4.3:	Bereitschaftsdienst/Rufbereitschaft	66
Tabelle 4.4:	Erwerbstätige in der Grauzone nach vertraglichen Alternativen bei Vertragsabschluss und rechtlicher Stellung (Alternativ-Modell)	75
Tabelle 4.5:	BAG-Plus-Modell: Vertragsalternativen und Vertragsdauer bis zu zwei Jahre (Hilfskriterien)	77
Tabelle 4.6:	BAG-Modellbefunde und Effekte der Modellkriterien	81
Tabelle 4.7:	Alternativ-Modellbefunde und Effekte der Modellkriterien	82
Tabelle 4.8:	BAG-Plus-Modell und Effekte der Modellkriterien	83
Tabelle 4.9:	Hochrechnung der Modellbefunde für Haupterwerbstätige in der Grauzone	84
Tabelle 4.10:	Hochrechnung der Modellbefunde für Nebenerwerbstätige in der Grauzone	85
Tabelle 5.1:	Demografische Merkmale der Grauzonen-Erwerbstätigen und Anteile an der Grundgesamtheit der Erwerbstätigen	87
Tabelle 5.2:	Erwerbsstatus in der Grauzone nach Rechtsmodellen und Region – Haupterwerbstätige	89
Tabelle 5.3:	Erwerbsstatus in der Grauzone nach Rechtsmodellen und Region – Nebenerwerbstätige	90
Tabelle 5.4:	Haupterwerbstätige in der Grauzone nach Rechtsmodellen und Geschlecht	91
Tabelle 5.5:	Befragte mit Nebentätigkeiten in der Grauzone nach Rechtsmodellen und Geschlecht	91
Tabelle 5.6:	Haupterwerbstätige nach Rechtsmodell und Alter	92
Tabelle 5.7:	Nebenerwerbstätige nach Modellierung und Alter	93
Tabelle 5.8:	Haupterwerbstätige in der Grauzone nach Rechtsmodellen und Migrationshintergrund	96
Tabelle 5.9:	Nebenerwerbstätige in der Grauzone nach Rechtsmodellen und Migrationshintergrund	96
Tabelle 5.10:	Haupterwerbstätige in der Grauzone nach Rechtsmodellen und allgemeinbildendem Abschluss	97

Tabelle 5.11: Nebenerwerbstätige in der Grauzone nach Rechtsmodellen und allgemeinbildendem Abschluss	98
Tabelle 5.12: Haupterwerbstätige in der Grauzone nach Rechtsmodellen und beruflichem Abschluss	99
Tabelle 5.13: Nebenerwerbstätige in der Grauzone nach Rechtsmodellen und beruflichem Abschluss	100
Tabelle 5.14: Erwerbstätige in der Grauzone nach Rechtsmodellen und potenzieller Erwerbserfahrung	101
Tabelle 5.15: Haupterwerbstätige nach Rechtsmodellen und kumulierten Dauern der Arbeitslosigkeit	102
Tabelle 5.16: Nebenerwerbstätige nach Rechtsmodellen und kumulierter Dauer der Arbeitslosigkeit	103
Tabelle 6.1: Ausgeübter Beruf der Grauzonen-Erwerbstätigen und Anteile an der Grundgesamtheit der Erwerbstätigen	105
Tabelle 6.2a: Haupterwerbstätige nach BAG-Modell und ausgeübtem Beruf	107
Tabelle 6.2b: Haupterwerbstätige nach Alternativ-Modell und ausgeübtem Beruf	108
Tabelle 6.2c: Haupterwerbstätige nach BAG-Plus-Modell und ausgeübtem Beruf	109
Tabelle 6.3: Nebenerwerbstätige nach Rechtsmodellen und ausgeübtem Beruf	110
Tabelle 6.4: Wirtschaftszweig der Grauzonen-Erwerbstätigen und Anteile an der Grundgesamtheit der Erwerbstätigen	112
Tabelle 6.5: Haupterwerbstätige nach Rechtsmodellen und Wirtschaftszweig	113
Tabelle 6.6: Nebenerwerbstätige nach Rechtsmodellen und Wirtschaftszweig	115
Tabelle 6.7: Betriebsgröße des (wichtigsten) Auftraggebers von Grauzonen-Erwerbstätigen und Anteile an der Grundgesamtheit der Erwerbstätigen	117
Tabelle 6.8: Haupterwerbstätige in der Grauzone nach der Betriebsgröße des Auftraggebers und Einstufung nach BAG-, Alternativ- und BAG-Plus-Modell	118
Tabelle 6.9: Nebenerwerbstätige in der Grauzone nach der Betriebsgröße des Auftraggebers und Einstufung nach BAG-, Alternativ- und BAG-Plus-Modell	119
Tabelle 6.10: Wochenarbeitszeit von Grauzonen-Erwerbstätigen und Anteile an der Grundgesamtheit der Erwerbstätigen	120

Tabelle 6.11: Haupterwerbstätige nach BAG-, Alternativ- und BAG-Plus-Modell und der Wochenarbeitszeit	121
Tabelle 6.12: Nebenerwerbstätige nach BAG-, Alternativ- und BAG-Plus-Modell und der Wochenarbeitszeit	122
Tabelle 6.13: Vertragstyp	123
Tabelle 6.14: Vertragsstruktur Haupterwerbstätiger und Modelleinstufung ..	123
Tabelle 6.15: Vertragstyp Nebenerwerbstätiger und Modelleinstufung	124
Tabelle 6.16: Determinanten des Erwerbsstatus von Haupterwerbstätigen in der Grauzone (OLS)	127
Tabelle 6.17: Ergebnisse linearer Regressionen für Haupttätigkeiten (OLS) ...	128
Tabelle 6.18: Ergebnisse linearer Regressionen für Haupttätigkeiten (OLS) ...	129
Tabelle 6.19: Ergebnisse linearer Regressionen für Nebentätigkeiten (OLS) ...	130
Tabelle 6.20: Ergebnisse linearer Regressionen für Nebentätigkeiten (OLS) ...	131
Tabelle 6.21: Ergebnisse linearer Regressionen für Nebentätigkeiten (OLS) ...	132
Tabelle 7.1: Erwerbstätige in der Grauzone nach subjektiv wahrgenommener Stellung im Erwerbsleben	133
Tabelle 7.2: Haupterwerbstätige nach Modelleinstufung und wahrgenommener Stellung im Erwerbsleben	134
Tabelle 7.3: Haupterwerbstätige in der Grauzone nach subjektiver Statuszuordnung und Anspruch auf bezahlten Urlaub	135
Tabelle 7.4: Haupterwerbstätige in der Grauzone nach Anspruch auf bezahlten Urlaub und rechtlicher Statusbestimmung	135
Tabelle 7.5: Grauzonen-Erwerbstätige nach der Bezeichnung des Vertrags ...	136
Tabelle 7.6: Haupterwerbstätige nach Vertragsbezeichnung und Modelleinstufung	137
Tabelle 8.1: Durchschnittliches Monatseinkommen (in €) Haupterwerbstätiger nach Statusbewertung durch Rechtsmodelle (Mittelwerte ohne Kontrollvariablen)	141
Tabelle 8.2: OLS – Monatliches Erwerbseinkommen Haupterwerbstätiger in der Grauzone nach Rechtsstatus (Modelle ohne Kontrollvariablen)	142
Tabelle 8.3: OLS – Monatliches Erwerbseinkommen Haupterwerbstätiger in der Grauzone nach Rechtsstatus (Modelle mit Kontrollvariablen)	143
Tabelle 8.4: OLS – Unterschiede im log. Bruttomonatseinkommen nach Modellprüfung und Populationszugehörigkeit (Modell ohne Kontrollvariablen)	144

Tabelle 8.5:	OLS – Unterschiede im log. Bruttomonatseinkommen nach Modellprüfung und Populationszugehörigkeit (Modell mit Kontrollvariablen)	145
Tabelle 8.6:	Beitrag des Erwerbseinkommens für den Lebensunterhalt der Befragten und subjektiver Erwerbsstatus in der Grauzone	146
Tabelle 8.7:	Haupterwerbstätige in der Grauzone nach Rechtsstatus und existenzsichernder Funktion des Erwerbseinkommens	147
Tabelle 8.8:	Nebenerwerbstätige in der Grauzone nach Rechtsstatus und existenzsichernder Funktion des Erwerbseinkommens	148
Tabelle 9.1:	Hochrechnung der Modellbefunde für Haupterwerbstätige in der Grauzone (Zahlen in Tsd.)	156
Tabelle 9.2:	Hochrechnung der Modellbefunde für Nebenerwerbstätige in der Grauzone (Zahlen in Tsd.)	156
Tabelle 9.3:	Kriterien-Vergleich beim BAG-Modell – 1995 und 2014	157
Tabelle 9.4:	Kriterien-Vergleich beim Alternativ-Modell – 1995 und 2014	158
Tabelle A1.1:	Stichprobenmerkmale nach Populationszugehörigkeit	169
Tabelle A1.2:	Abgebrochene Interviews nach Befragungspopulation	172
Tabelle A1.3:	Merkmale der Abbrecher in Befragungsmodulen, Grauzonen- und Vergleichspopulation	173
Tabelle A1.4:	Determinanten eines Interview-Abbruchs – Ergebnisse linearer Wahrscheinlichkeitsmodelle	174
Tabelle A1.5:	Determinanten der Panelbereitschaft (lineare Wahrscheinlichkeitsmodelle)	176
Tabelle A1.6:	Zusammenhang zwischen Alter und Modelleinstufung	179
Tabelle A1.7:	Determinanten des Erwerbsstatus für Haupttätigkeiten in der Grauzone – Vergleich der Ergebnisse linearer Regressionsmodelle und logistischer Regressionsmodelle	180
Tabelle A3.1:	Korrelation und Übereinstimmung der Modelle	185
Tabelle A3.2:	Statistische Kennwerte der Modelle	185

Vorwort

Scheinselbständigkeit bezeichnet ein Vertragsverhältnis, bei dem Erwerbstätige laut Vertrag als Selbständige tätig werden, während bei objektiver Betrachtung die Merkmale eines Arbeitnehmers erfüllt sind und diesen Erwerbstätigen demzufolge arbeitsrechtlicher Schutz als Arbeitnehmer zukommt. Um Scheinselbständigkeit zu erfassen, wird der Arbeitnehmerbegriff in Abgrenzung zum selbständig Tätigen definiert.

In Zusammenarbeit mit dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) sowie mit Prof. Rolf Wank als juristischem Gutachter hat das IAB im Jahr 2014 eine umfassende Studie zu Scheinselbständigkeit in Deutschland durchgeführt. Mit der Studie wurde beabsichtigt, eine aktuelle Übersicht zum Aufkommen und zur Ausgestaltung von scheinselbständiger Beschäftigung in Deutschland zu gewinnen. Die Studie untergliedert sich in einen empirischen und einen juristischen Teil: im ersten Teil werden Konzeption und Befunde der empirischen Studie dargestellt und diskutiert; im zweiten Teil werden die juristischen Grundlagen zur Identifikation scheinselbständig Erwerbstätiger diskutiert und daraus Schlussfolgerungen für die empirische Studie gezogen. Ferner werden im zweiten Teil die empirischen Befunde aus juristischer Sicht bewertet. Die Studie knüpft methodisch und konzeptionell an die erste IAB-Scheinselbständigen-Studie von 1996 an, wurde jedoch konzeptionell und erhebungstechnisch weiterentwickelt. Hinsichtlich der Abgrenzung von abhängiger und selbständiger Erwerbsarbeit basiert die Studie auf der rechtlichen Situation, wie sie zum Zeitpunkt der Konzeption der empirischen Befragung im Frühjahr 2014 gegeben war. Da zu diesem Zeitpunkt keine Legaldefinition zum Arbeitnehmerbegriff vorlag, wurde wesentlich auf die höchstrichterliche Rechtsprechung auf EU- sowie Bundesebene zurückgegriffen. Das Rechtsgutachten von Prof. Wank, das Teil dieser Publikation ist, hat die Rechtsprechung und die darauf bezogene juristische Literatur aufgearbeitet und daraus forschungsleitende Hinweise für eine empirische Erhebung abgeleitet. Im empirischen Teil dieser Publikation kann die Umsetzung dieser Empfehlungen und die darauf aufsetzende Modellbildung differenziert nachvollzogen werden. Neben einem Modell, das eng an die herrschende Rechtsprechung angelehnt ist (BAG-Modell) wurden zwei Alternativ-Modelle verfolgt, die ebenfalls im juristischen Gutachten eingeführt werden. Diese Modellbildung eröffnet alternative Perspektiven auf den Arbeitnehmerbegriff. Aus sozialwissenschaftlicher Sicht erlaubt dieses Vorgehen zudem eine Abschätzung der Belastbarkeit und Robustheit der präsentierten Befunde. Aufbauend auf eine ausführliche Deskription der empirischen Grundlagen der alternativen Modellbildung wird im empirischen Teil nicht nur eine Abschätzung des quantitativen Aufkommens scheinselbständig

Erwerbstätiger in Deutschland vorgenommen, sondern es werden auch differenziert die Personen beschrieben, die in entsprechenden Vertragsverhältnissen tätig sind sowie deren soziale und ökonomische Lage. Mit Blick auf die systematische Konzeption der Studie sind die Ergebnisse anschlussfähig zu den am 1. April 2017 in Kraft getretenen Legaldefinitionen zum Arbeitnehmerbegriff (§ 611 a BGB und § 1 Absatz 1 Satz 2 AÜG).

Teil 1: Quantitative Erfassung von scheinselbständig Erwerbstätigen – Empirische Studie

*von Hans Dietrich und Alexander Patzina
(Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung, Nürnberg)*

1 Einführung

Das IAB hat 1996 dem Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung (BMAS) den Forschungsbericht „Empirische Befunde zur Scheinselbständigkeit“ (Dietrich 1996) vorgelegt, der Befunde einer empirischen Studie aus dem Jahre 1995 enthält. Ziel der Studie war es, das Aufkommen scheinselbständig Erwerbstätiger in Deutschland unter Verwendung alternativer Abgrenzungskriterien quantitativ und qualitativ zu bestimmen und eine Datengrundlage für den Gesetzgeber bereitzustellen. Bis 1999 hat sich der Gesetzgeber wiederholt mit Fragen zur Scheinselbständigkeit beschäftigt und dabei auf Befunde der IAB-Studie zurückgegriffen (Dietrich 1999a, b). Seitdem liegen keine neueren Daten zum Aufkommen scheinselbständiger Erwerbstätigkeit in Deutschland vor (Bonin und Zierahn 2012).

Der bereits in den 1980er Jahren einsetzende Anstieg der Zahl selbständig Erwerbstätiger in Deutschland hat sich weiter fortgesetzt. Im Jahr 2012 betrug die Summe aus Selbständigen und mithelfenden Familienangehörigen in Deutschland rund 4,5 Millionen (Mai und Marder-Puch 2013). Der Anteil selbständig Erwerbstätiger an allen Erwerbstätigen¹ ist dabei von 9,5 % auf 10,9 % angestiegen (Fritsch et al. 2012). Die Selbständigen-Quote in Deutschland liegt jedoch weiterhin deutlich unter dem europäischen Durchschnittswert von 15 %. Der Anteil der Solo-Selbständigen (Selbständige, die keine weiteren Mitarbeiter beschäftigen) hat in Deutschland von 51 % im Jahr 2002 auf 57 % im Jahr 2012 zugenommen (Mai und Marder-Puch 2013: 486). Auch dieser Wert liegt deutlich unter dem europäischen Durchschnitt von 79 % (Eurostat 2015).

Weiterhin ist anzunehmen, dass Unternehmen auf die Gesetzesänderungen zur Bekämpfung von Scheinselbständigkeit in den 1990er Jahren reagiert haben und entsprechende Prüfkriterien berücksichtigen, die von den Sozialversicherungsträgern oder den Kammern bei Prüfung von abhängigen Vertragsverhältnissen seitdem verwendet werden. Hinweise von Praktikern bestätigen, dass insbesondere größere Unternehmen auf die veränderte Rechtslage reagiert haben und die „Scheinselbständigen-Problematik“ in ihrer Einstellungspraxis berücksichtigen. In welchem Umfang jedoch scheinselbständige Erwerbstätigkeit derzeit in Deutschland ausgeübt wird, ist empirisch weitgehend unklar. Ebenso fehlen Befunde dazu, inwieweit sich in jüngster Zeit etwa im Zuge der europäischen Einigung und der damit verbundenen Arbeitnehmerfreizügigkeit sowie der europäischen Dienstleistungsfreiheit neue Erscheinungsformen „scheinselbständiger Erwerbstätigkeit“ herausgebildet haben.

¹ In den nachfolgenden Angaben zur selbständigen Erwerbstätigkeit sind Selbständige in der Landwirtschaft ausgeschlossen.

Vor diesem Hintergrund wurde im Jahr 2014 erneut eine repräsentative Erhebung zum Umfang scheinselbständiger Erwerbstätigkeit durchgeführt – mit dem Ziel, auch aktuelle Entwicklungen zu berücksichtigen, alternative Rechtsmodelle quantitativ abzuschätzen und diese Erwerbsgruppe qualitativ zu beschreiben. Weiterhin soll die sozioökonomische Lage scheinselbständig Erwerbstätiger im Vergleich zur Gesamtheit der Erwerbstätigen in der Bundesrepublik Deutschland dargestellt werden.²

In Kapitel 2 werden hierzu alternative Ansätze der Modellierung des Arbeitnehmerbegriffs eingeführt, die für das weitere Vorgehen grundlegend sind und Kapitel 3 beschreibt das Design und den Feldverlauf der empirischen Erhebung. Kapitel 4 berichtet die Befunde der empirischen Modellierung der alternativen Rechtsmodelle einschließlich der quantitativen Hochrechnung der Befunde auf die bundesdeutsche Erwerbsbevölkerung. Kapitel 5 beschreibt die Personen, die je nach Rechtsmodell als scheinselbständig Erwerbstätige bewertet werden, und Kapitel 6 beschreibt die Art der Tätigkeit, die dabei ausgeübt wird. Kapitel 7 thematisiert die Unsicherheit von Erwerbstätigen in der Grauzone von selbständiger und abhängiger Erwerbstätigkeit, den Rechtsstatus des Vertragsverhältnisses angemessen zu bestimmen. Kapitel 8 analysiert die Einkommenssituation scheinselbständig Erwerbstätiger im Vergleich zu abhängig bzw. selbständig Erwerbstätigen. Kapitel 9 fasst die Ergebnisse zusammen und vergleicht sie mit den Befunden aus 1995.

2 An dieser Stelle sei Kerstin Tanis für ihre wertvolle Unterstützung der Forschungsarbeit ausdrücklich gedankt.

2 Arbeits- und sozialrechtliche Vorschläge zur Abgrenzung von abhängiger und selbständiger Erwerbsarbeit

Viele Erwerbsaktivitäten können aus rechtlicher Perspektive sowohl in selbständiger Tätigkeit als auch in abhängiger Beschäftigung ausgeübt werden. Dabei können weder die berufliche Zuordnung noch die formale Struktur der Unternehmung bzw. der selbständigen Aktivität als eindeutige Kriterien herangezogen werden. Aus rechtlicher Perspektive gestaltet sich die Abgrenzung zwischen selbständiger und abhängiger Tätigkeit je nach Fallkonstellation oft schwierig und ist im Arbeits-, Sozialversicherungs-, Steuer- und Gewerberecht nicht immer einheitlich vorzunehmen. Vielmehr wird bei richterlichen Entscheidungen letztendlich auf den Einzelfall und dessen konkrete Ausgestaltung verwiesen. Während im Arbeitsrecht für die Abgrenzung von selbständiger und abhängiger Erwerbstätigkeit der Arbeitnehmerbegriff entscheidend ist, stellt das Sozialrecht auf den Begriff des „Beschäftigten“ ab. Die Abgrenzungskriterien aus beiden Rechtsgebieten sind im Wesentlichen übereinstimmend (vgl. Wank 1997: 29). Derzeit steht die arbeitsrechtliche Bestimmung der Arbeitnehmereigenschaft im Mittelpunkt, während für die sozialrechtliche Fragestellung infolge einer Reihe von Gesetzesänderungen in den späten 90er Jahren derzeit kein größerer Handlungsbedarf gesehen wird.

2.1 Begriffsbildung

Ob eine Tätigkeit rechtlich als selbständige Tätigkeit zu bewerten ist oder ob eine Person abhängige Arbeit leistet und deshalb möglicherweise nur „zum Schein“ selbständig tätig ist, hängt von der Definition des Arbeitnehmerbegriffs (und damit zugleich auch der des Selbständigen) ab. Eine umfassende gesetzliche Definition hat zu dem Zeitpunkt, als die empirische Studie konzipiert und durchgeführt wurde, nicht vorgelegen (vgl. Thüsing 2011: 5; Wank 2017 in diesem Band). Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) und der überwiegende Teil der rechtswissenschaftlichen Literatur legen eine Abgrenzung zugrunde, die vor allem auf die „persönliche Abhängigkeit“ Bezug nimmt. Für den Regelfall lässt sich die Einteilung auf dieser Grundlage eindeutig vornehmen. Es gibt aber Grenzbereiche, in denen es fraglich ist, ob jemand als Arbeitnehmer oder als Selbständiger anzusehen ist. Die Rechtsprechung betont, die Abgrenzung sei eine Sache des Einzelfalles unter Gesamtwürdigung aller Umstände.

Eine derart offene, aus der Rechtspraxis stammende Definition lässt sich im Rahmen einer empirisch-quantitativen Erhebung nur bedingt abbilden. Vielmehr ist hier eine systematische Operationalisierung der relevanten Begriffe erforderlich. Als limitierender Faktor ist dabei zu berücksichtigen, dass eine empirische Er-

hebung bei der Erfassung vertragsrelevanter Sachverhalte auf die Selbstauskunft von Personen zurückzugreifen hat, die mit der rechtlichen Natur der Sachverhalte in der Regel nicht vertraut sind (siehe hierzu auch Kapitel 7 in diesem Bericht).

Unter Rückgriff auf Systematisierungsansätze von Wank (1997 sowie 2017 in diesem Band) werden drei Ansätze zur empirischen Bestimmung des Arbeitnehmer-Status herangezogen. Unter der Bezeichnung BAG-Modell findet ein Abgrenzungsmodell Anwendung, das sich an der vorherrschenden Rechtsauffassung und der höchstrichterlichen Rechtsprechung orientiert und die hier zentralen Abgrenzungsmerkmale von selbständiger und abhängiger Erwerbstätigkeit systematisiert und einer Operationalisierung zugänglich macht (siehe BAG-Modell). Da bislang keine umfassende gesetzliche Definition des Arbeitnehmerbegriffs vorliegt, wurden dem „BAG-Modell“ bereits in der ersten Scheinselbständigen-Studie zwei alternative Modelle an die Seite gestellt, die in der Studie als „Sozialversicherungsmodell“ und als „Alternativ-Modell“ bezeichnet wurden. Das Sozialversicherungsmodell wird aufgrund der veränderten sozialversicherungsrechtlichen Lage hier nicht weiter verfolgt.³ Das Alternativ-Modell mit dem Leitbegriff des „Unternehmerrisikos“ wird auch mit Blick auf die Vergleichbarkeit mit der ersten Scheinselbständigen-Studie aus dem Jahr 1995 erneut aufgegriffen. Als drittes Modell versucht das BAG-Plus-Modell eine Synthese aus dem BAG-Modell und dem Alternativ-Modell, wobei es dem Leitgedanke „Verteilung von Chancen und Risiken“ folgt.

2.2 BAG-Modell

Das BAG und das Bundessozialgericht (BSG) haben in langjähriger Rechtsprechung eine Kasuistik entwickelt, die in der Praxis bei der Abgrenzung von abhängiger und selbständiger Erwerbstätigkeit zugrunde gelegt wird. Dabei kommt es in der Rechtsprechung von BAG und BSG entscheidend darauf an, ob und in welchem Umfang der zur Arbeitsleistung Verpflichtete „persönlich abhängig“ ist. Die persönliche Abhängigkeit wird wiederum aufgespalten in „Weisungsgebundenheit“ und „Eingliederung in den Betrieb“. Eine Weisungsbindung muss in örtlicher, zeitlicher und fachlicher Hinsicht bestehen. Die Eingliederung in den Betrieb äußert sich in einem „Angewiesensein“ auf das Personal und auf die Arbeitsmittel des Auftraggebers. Wenn das BAG auch eine Reihe zusätzlicher Indizien für die Abgrenzung nennt, so lassen sich doch aus der Rechtsprechung die bereits genannten fünf Kriterien als zentral ansehen: die örtliche, zeitliche und inhaltliche Weisungsbindung sowie die Zusammenarbeit mit Mitarbeitern bzw. die Arbeit mit Arbeitsmitteln des Auftraggebers (siehe Tabelle 2.1).

³ Im Gegensatz zur Situation Mitte der 90er Jahre stehen in der neueren Rechtsliteratur arbeitsrechtliche Fragestellungen im Vordergrund; zu diesem Befund kommt auch ein Gutachten von Prof. Rolf Wank, das für diese Studie in Auftrag gegeben wurde (Wank 2017 in diesem Band).

Das BAG und das BSG betonen in ständiger Rechtsprechung, dass es für die Abgrenzung des Arbeitnehmers vom selbständig Erwerbstätigen darauf ankomme, ob Merkmale der abhängigen oder selbständigen Beschäftigung im Einzelfall überwiegen. Aus der Vielzahl möglicher Merkmale gibt es nach der Rechtsprechung kein Einzelmerkmal, das immer unverzichtbar vorliegen muss, damit man von persönlicher Abhängigkeit sprechen kann. Vielmehr haben die Gerichte die von ihnen herausgestellten Kriterien für eine abhängige Beschäftigung jeweils im Einzelfall unterschiedlich gewichtet und stets auf eine Gesamtschau abgestellt. Bei Abweichungen der tatsächlichen Durchführung von der vertraglichen Vereinbarung ist die tatsächliche Gestaltung des Erwerbsverhältnisses maßgebend.

Angesichts der offenen Definition durch BAG und BSG war eine empirische Erhebung nur in der Weise möglich, dass die in der Rechtsprechung selbst genannten fünf zentralen Kriterien zugrunde gelegt wurden. Bei der Auswertung wurde angenommen, dass dann, wenn diese Kriterien im Einzelfall weitgehend erfüllt waren, nach der Rechtsprechung eine abhängige Erwerbstätigkeit vorliegt. Waren die Merkmale weitgehend nicht erfüllt, wurde davon ausgegangen, dass die Rechtsprechung eine selbständige Erwerbstätigkeit annehmen würde.

2.3 Alternativ-Modell

Bis vor einigen Jahren ist das arbeitsrechtliche Schrifttum zum Arbeitnehmerbegriff der Rechtsprechung des BSG und des BAG weitgehend gefolgt, wenn auch mit gewissen unterschiedlichen Nuancen und Gewichtungen einzelner Kriterien. Einige Autoren haben der Rechtsprechung alternative Lösungen entgegengesetzt. Die Ansätze hierzu lassen sich dahingehend zusammenfassen, dass es statt auf die persönliche Abhängigkeit in Form der Weisungsgebundenheit des zur Arbeitsleistung Verpflichteten auf die „soziale Schutzbedürftigkeit“ oder auf den „Verlust der Dispositionsfreiheit“ ankomme.

Damit gewinnt ein alternativer Ansatz, der anstelle der „persönlichen Abhängigkeit“ das „Unternehmerrisiko“ adressiert, an Bedeutung. Dieser Ansatz wurde zwischenzeitlich von mehreren Landesarbeitsgerichten und dem Landessozialgericht Berlin entweder als neues Abgrenzungskriterium oder als Leitgedanke bei der Interpretation der „persönlichen Abhängigkeit“ aufgegriffen. Neuere juristische Forschungsarbeiten legen durchweg dieses Kriterium zugrunde.

Dem Alternativ-Modell folgend ist der entscheidende Gedanke das dem deutschen Recht zugrunde liegende duale Modell der Erwerbstätigkeit (Wank 1997: 74 sowie 2017: 303 ff.). Der unternehmerisch tätige Selbständige übernimmt Risiken des Marktes, hat aber auch besondere Chancen und wird von der Rechtsordnung überwiegend auf die eigene Vorsorge verwiesen. Der Arbeitnehmer tritt demgegen-

über nicht unternehmerisch am Markt auf; er ist auf den Schutz durch die Arbeitsrechtsordnung angewiesen. Arbeitnehmer ist danach derjenige, der nicht am Markt auftritt, keine eigene Unternehmensorganisation aufweist und dessen Vertragsverhältnis keine angemessene Verteilung von Chancen und Risiken vorsieht.

Die drei Hauptkriterien untergliedern sich jeweils in weitere Unterkriterien. Ein Erwerbstätiger verfügt über keine eigene Unternehmensorganisation, wenn er keine oder nur wenige Mitarbeiter beschäftigt, über keine eigenen Geschäftsräume verfügt sowie kein eigenes Betriebskapital einsetzt. Wer nur für einen Auftraggeber arbeitet, tritt nicht am Markt auf. Eine angemessene Verteilung von Chancen und Risiken ist nicht gegeben, wenn keine unternehmerische Freiheit im Hinblick auf Ort, Zeit und Inhalt des Arbeitseinsatzes besteht. Insofern kann auf dieselben Kriterien zurückgegriffen werden, die das BAG bei der „persönlichen Abhängigkeit“ zugrunde legt, mit dem Unterschied, dass der Gesamtheit von Bindungen die Gesamtheit von Chancen und Risiken gegenübergestellt wird. Die drei genannten Kriterien sind anders als die Kriterien nach der Rechtsprechung abschließend. Allerdings sind die drei Kriterien wiederum in Unterkriterien gegliedert (siehe Tabelle 2.1). Auf diese Weise ergeben sich sieben Unterkriterien, die für die empirische Betrachtung als zentral erachtet werden. Das Hilfskriterium „freiwillige Übernahme der Vertragsbeziehung“, das bei gerichtlichen Entscheidungen hilfsweise herangezogen wird, wird bei der Operationalisierung des Alternativ-Modells nicht in die Modellbildung aufgenommen. Im Weiteren wird jedoch der Erklärungsbeitrag des Hilfskriteriums „freiwillige Übernahme“ ergänzend betrachtet (siehe Kapitel 4.2.5).

2.4 BAG-Plus-Modell

Das BAG-Plus-Modell (siehe Wank 2017: 309) setzt am BAG-Modell an und orientiert sich am Prinzip der Weisungsbindung als strukturierendes Element der persönlichen Abhängigkeit. Gleichwohl wird hier das BAG-Abgrenzungskriterium der „persönlichen Weisungsbindung“ dahingehend interpretiert, inwieweit das Vertragsverhältnis zwischen einem Erwerbstätigen (bzw. Vertrags-/Auftragsnehmer, kurz AN) und seinem Auftraggeber (AG) es dem AN erlaubt, sich über dieses Vertragsverhältnis hinausgehend am Markt zu bewegen, weitere Kunden zu rekrutieren und deren Aufträge auch angemessen abzuarbeiten.

Bei der Bestimmung der Arbeitnehmereigenschaft nach dem BAG-Plus-Modell wird einerseits auf das Spannungsverhältnis zwischen persönlicher Abhängigkeit und unternehmerischer Freiheit abgestellt. Als zweites Abgrenzungskriterium wird, analog zum BAG-Modell, das Kriterium der Eingliederung in die Organisation des Auftraggebers herangezogen. Mit dem BAG-Plus-Modell liegt eine Synthese des BAG- und des Alternativ-Modells vor (Tabelle 2.1).

Erneut untergliedern sich beide Abgrenzungskriterien in weitere Unterkriterien. Das Hauptkriterium der inhaltlichen unternehmerischen Freiheit interpretiert die inhaltliche bzw. fachliche Weisungsbindung des BAG-Modells in spezifischer Weise und identifiziert es über die Merkmale „eigener Kundenstamm“ und „freie Preisgestaltung“. Hinzu kommen die Kriterien der „freien Zeiteinteilung“ sowie der „örtlichen unternehmerischen Freiheit“.

Das Hauptkriterium „Einbindung in die Organisation des Auftraggebers“ greift auf die Unterkriterien „Zusammenarbeit mit Mitarbeitern des Auftraggebers (personelle Eingliederung)“ sowie „Arbeiten mit den Arbeitsmitteln des Auftraggebers (= materielle Einbindung)“ zurück (siehe Tabelle 2.1). Ergänzend werden zwei Hilfskriterien herangezogen und diskutiert.

Ein erstes Hilfskriterium berücksichtigt, dass sich mit zunehmender Erfahrung in einer selbständigen Betätigung die Qualität der Zusammenarbeit zwischen Auftraggeber und -nehmer qualitativ verändern kann. Die Erfahrung wird dabei zum einen über die faktische Vertragslaufzeit operationalisiert; alternativ wird auch die Dauer selbständiger Erwerbserfahrung insgesamt in die Betrachtung einbezogen (siehe hierzu ausführlicher Kapitel 4.2.5).

Als zweites Hilfskriterium wird die Frage nach Erwerbsalternativen bei Vertragsabschluss in die Analyse einbezogen. Hier wird von der Überlegung ausgegangen, inwieweit die Befragten zwischen diesem Vertragsverhältnis und Alternativen wählen können bzw. ob die befragten Vertragsnehmer entsprechende Erwerbsalternativen für sich selbst nicht wahrgenommen haben.

Erkenntnisleitend wird im Falle kurzer Vertragslaufzeiten (bis zu zwei Jahre) bei fehlenden Alternativen angenommen, dass die unternehmerische Freiheit vertraglich begrenzt sein könnte.

Im Falle längerer Vertragslaufzeiten (drei und mehr Jahre) könnte einerseits angenommen werden, dass Vertragsnehmer zunehmend in die Organisation des Auftraggebers integriert werden und demzufolge eigene Aktivitäten auf dem Markt reduziert werden. Demnach wäre von einer zunehmenden Bindung an den Vertragsgeber auszugehen. Alternativ wäre anzunehmen, dass mit zunehmender Vertragsdauer die Erfahrung als Selbständiger zunimmt und sich daraus wachsende unternehmerische Freiheiten für den Erwerbstätigen (AN) ergeben.⁴

⁴ Beim Hilfskriterium wird berücksichtigt, ob eine freiwillige Übernahme des Unternehmerrisikos durch den Erwerbstätigen vorliegt. Hier wird in der Literatur darauf abgestellt, ob der Erwerbstätige selbst diese Form der selbständigen Tätigkeit gewählt hat oder ob sie ihm vom Auftraggeber aufgezwungen wurde; ob der Auftraggeber ihm alternative Vertragsmodelle (als Selbständiger oder als Arbeitnehmer) zur Wahl gestellt hat. Als weiteres Hilfskriterium wird auf die Dauer der Vertragsbeziehung abgestellt. Dabei wird angenommen, dass mit zunehmender Dauer der Vertragsbeziehung der Freiwilligkeit eine abnehmende Bedeutung zukommt. Invers dazu kann mit zunehmender Dauer der Vertragsbeziehung angenommen werden, dass dann die Einbindung des Auftragnehmers in die Unternehmung des Auftraggebers zunimmt.

Tabelle 2.1: Schematisierte Darstellung alternativer Rechtsmodelle zur Bestimmung der Arbeitnehmereigenschaft

BAG-Modell	Alternativ-Modell	BAG-Plus-Modell
Leitgedanke: persönliche Abhängigkeit	Leitgedanke: Unternehmerrisiko – keine angemessene Verteilung von Chancen und Risiken	Leitgedanke: persönliche Abhängigkeit – Verteilung von Chancen und Risiken
Abgrenzungskriterium: Weisungsbindung	Abgrenzungskriterium: keine inhaltliche unternehmerische Freiheit	Abgrenzungskriterium: inhaltliche unternehmerische Freiheit
• inhaltliche bzw. fachliche Weisungsbindung • zeitliche Weisungsbindung • örtliche Weisungsbindung	• kein eigener Kundenstamm • keine freie Preisgestaltung • keine zeitliche unternehmerische Freiheit (freie Zeiteinteilung) • keine örtliche unternehmerische Freiheit	• eigener Kundenstamm • freie Preisgestaltung • freie Zeiteinteilung • örtliche unternehmerische Freiheit
Abgrenzungskriterium: Eingliederung in die Organisation des Auftraggebers	Abgrenzungskriterium: keine eigene Unternehmensorganisation	Abgrenzungskriterium: keine eigene Unternehmensorganisation
• Zusammenarbeit mit Mitarbeitern des Auftraggebers (personelle Eingliederung) • Arbeit mit Arbeitsmitteln des Auftraggebers (= materielle Einbindung)	• keine eigenen Mitarbeiter • keine eigenen Geschäftsräume • kein eigenes Betriebskapital Abgrenzungskriterium: kein Auftreten am Markt • nur ein Auftraggeber Hilfskriterium: freiwillige Übernahme des Unternehmerrisikos	• Zusammenarbeit mit Mitarbeitern des Auftraggebers (personelle Eingliederung) • Arbeit mit Arbeitsmitteln des Auftraggebers (= materielle Einbindung) Hilfskriterien: bei kurzer Dauer: Freiwilligkeit bei mehrjährigen Verträgen: Vertragsdauer
Quelle: Eigene Darstellung.		

Während das BAG-Modell unter dem Leitgedanken der „persönlichen Abhängigkeit“ insbesondere auf die persönliche Weisungsbindung sowie die Integration in die Organisation des Auftraggebers abstellt, hebt das Alternativ-Modell das Unternehmerrisiko hervor und betont die angemessene Verteilung von Chancen und Risiken des unternehmerischen Handelns. Das BAG-Plus-Modell verknüpft beide Ansätze. Unter Verwendung dieser drei Modelle wird mit der vorliegenden empirisch-quantitativen Studie das Aufkommen von Erwerbstätigen in Deutschland identifiziert, die je nach Abgrenzungsmodell als Scheinselbständige zu bewerten sind. Die Verwendung alternativer Modelle liefert gleichermaßen Hinweise auf die Sensitivität der modellrelevanten Kriterien. Weiterhin dient das Vorgehen dazu, die Bandbreite des möglichen Aufkommens scheinselbständig Erwerbstätiger auf Basis alternativer Modelle abzubilden. Schließlich erlaubt das Vorgehen auch, die Belastbarkeit der Befunde in Abhängigkeit von der Art der Tätigkeit und personen-spezifischen Merkmalen abzuschätzen.

3 Die empirische Erhebung und das Konstrukt der Grauzone

Wie in Kapitel 2 dargestellt, finden sich neben dem Arbeitnehmerbegriff, der auf die herrschende Rechtsprechung abstellt (BAG-Modell), alternative Ansätze (Alternativ-Modell, BAG-Plus-Modell), die bei der Abgrenzung selbständiger von abhängig ausgeübter Erwerbstätigkeit herangezogen werden können. Daraus ergibt sich für eine empirische Erhebung die Anforderung, dass die Datenerhebung so offen angelegt ist, dass alternative Rechtsmodelle zum Arbeitnehmerbegriff gleichermaßen abgebildet werden können. Dies macht es zum einen erforderlich, einen umfangreichen und differenzierten Satz an Informationen zur vertraglichen Ausgestaltung der Beziehung zwischen Erwerbstätigen zu ihrem Auftrag- bzw. Arbeitgeber zu erheben. Zum anderen ist es aus einer forschungsökonomischen Perspektive erforderlich, Personen, die als potenziell scheinselbständig Erwerbstätige infrage kommen, möglichst früh im Erhebungsprozess belastbar einzugrenzen. Empirisch wird dies dadurch gelöst, dass in einem ersten Schritt Erwerbstätige identifiziert werden, die der Grauzone von selbständiger und abhängiger Erwerbstätigkeit zugeordnet werden können. Die so identifizierte Population wird in einem zweiten Schritt vertieft zum interessierenden Vertragsverhältnis befragt. Nachfolgend wird zunächst in Abschnitt 3.1 das Hilfskonstrukt der Grauzone dargestellt und in Abschnitt 3.2 die Befragungspopulation, das zweistufige Erhebungsdesign und das Ergebnis der Datenerhebung berichtet.

3.1 Das Konzept der Grauzone als Hilfskonstrukt für eine empirische Erhebung

Das Konzept der Grauzone ist ein empirisches Hilfskonstrukt, das eine kosteneffiziente Organisation der Datenerhebung erlaubt. Dabei werden der Grauzone diejenigen Erwerbstätigen zugerechnet, die sowohl Merkmale einer beruflich selbständigen bzw. freiberuflich ausgeübten Tätigkeit als auch die einer abhängigen Beschäftigung als Arbeiter oder Angestellte aufweisen (Grauzone von abhängiger und selbständiger Erwerbstätigkeit). Die Grauzonenpopulation umfasst insbesondere Selbständige oder Freiberufler, die in wirtschaftlicher Hinsicht im Wesentlichen von einem Auftraggeber abhängig sind, nur einen Auftraggeber haben oder bei mehreren gleichwertigen Auftraggebern einen dominanten Vermittler haben. Juristisch ist in solchen Fällen zu prüfen, ob der Auftraggeber Arbeitgeberereigenschaften aufweist und inwieweit es sich de jure um ein arbeitsvertragliches Verhältnis handelt.

Ferner werden der Grauzone auch Personen zugerechnet, die sich selbst als Arbeiter oder Angestellte bezeichnen, denen jedoch arbeitnehmertypische und in der Regel gesetzlich geregelte Leistungen, wie Arbeitgeberbeiträge zur Sozialver-

sicherung oder die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, vorenthalten werden. Die Grauzonenpopulation ist demzufolge zwischen den Erwerbsformen der selbständigen und abhängigen Erwerbstätigkeit zu verorten. Abbildung 3.1 veranschaulicht die analytische Verortung der Grauzonenpopulation grafisch.

Abbildung 3.1: Das Konstrukt der Grauzone



Quelle: Dietrich (1996: 17).

3.2 Befragungspopulationen, zweistufiges Erhebungsdesign und Feldverlauf

Erwerbstätige können sowohl in Bezug auf ihre Haupterwerbstätigkeit als auch hinsichtlich einer selbständigen Nebentätigkeit der Grauzone von selbständiger und abhängiger Erwerbstätigkeit zugeordnet werden. Demzufolge umfasst die Grundgesamtheit der Befragung alle Personen im Alter von 18 bis 65 Jahren, die sich selbst als Erwerbstätige oder aber primär als Nichterwerbstätige (Schüler, Studenten, Hausfrauen, Arbeitslose oder (Früh-)Rentner)⁵ einstufen, jedoch eine Nebentätigkeit ausüben, die den Kriterien der Grauzone entspricht.

⁵ Entscheidend ist hierbei die subjektive Selbstzuordnung der Befragten zur sogenannten Stellung im Erwerbsleben.

Die Erhebung wurde als computergestützte Telefonbefragung (CATI) durchgeführt. Die Befragung erfolgt in zwei Stufen. In einem ersten Schritt (nachfolgend als Screening-Phase bezeichnet) wird die Zugehörigkeit der Befragten zur Grauzone festgestellt. In der Screening-Phase wird eine repräsentative Stichprobe der oben (Kapitel 3.1) definierten Grundgesamtheit befragt, die über einen bundesdeutschen Festnetzanschluss bzw. eine bundesdeutsche Mobilfunknummer verfügt.

In einem zweiten Schritt werden alle Befragten, die aufgrund des Screenings der Grauzone zuzurechnen sind, vertieft zu ihrem Vertragsverhältnis, ihrem Erwerbsverlauf sowie zu ihrer sozioökonomischen Lage befragt. Ergänzend wird in der zweiten Stufe eine Unterstichprobe der Erwerbstätigen, die aufgrund des Screening-Verfahrens nicht der Grauzone zugeordnet werden, zu ihrer Erwerbssituation sowie zur sozioökonomischen Lage befragt. Diese Gruppe wird nachfolgend als Vergleichsgruppe bezeichnet und erlaubt es, die Grauzonenpopulation im Gesamt der Erwerbstätigen zu verankern.

Die Datenerhebung wurde zwischen dem 15. September und dem 17. Dezember 2014 vom infas Institut für angewandte Sozialwissenschaften, Bonn durchgeführt. Um 1.744 Interviews mit Personen zu realisieren, die der Grauzone zugeordnet werden, wurden 33.521 Personen der Grundgesamtheit kontaktiert. Von den regulär Erwerbstätigen, die im Rahmen des Screening-Verfahrens identifiziert wurden, ist eine Subgruppe von 3.148 Personen als Vergleichspopulation befragt worden (siehe ausführlicher in Anhang A1).

4 Die Bestimmung scheinselbständig Erwerbstätiger auf Basis alternativer Rechtsmodelle

Im Folgenden wird die in Kapitel 2 eingeführte Formalisierung aktueller Ansätze zur Abgrenzung selbständiger und abhängiger Erwerbsarbeit aufgegriffen, die Operationalisierung der Kriterien dargestellt sowie die quantitative Verteilung der je nach Modellierung identifizierten scheinselbständig Erwerbstätigen auf Basis der Daten der empirischen Erhebung berichtet und diskutiert.

Die Bestimmung der materiellen Vertragsnatur und damit verbunden die Unterscheidung zwischen selbständig und abhängig ausgeübter Erwerbstätigkeit unterliegen einer Reihe von Restriktionen. Das empirische Vorgehen unterscheidet sich von der typischen Rechtspraxis in mehrfacher Hinsicht. Es ist nicht nur die Möglichkeit begrenzt, juristische Konzepte angemessen empirisch zu operationalisieren, sondern im Rahmen einer empirisch-quantitativen Analyse wird auch eine „Urteilsbildung“ vorgenommen, die deutlich von einer richterlichen Entscheidung abweichen muss, da sie anderen Verfahrensweisen unterliegt.

Während in der Rechtsprechung per Urteilsspruch eine klare Zuordnung zu den abhängig Beschäftigten bzw. zu den Selbständigen erfolgt, wird im Rahmen der empirischen Studie neben den Selbständigen sowie den abhängig Beschäftigten („Scheinselbständige“) als weitere Ausprägung die Gruppe der „Semi-Selbständigen“ ausgewiesen. Den „Semi-Selbständigen“ werden Erwerbstätige in der Grauzone zugewiesen, für die auf Basis der empirischen Daten keine eindeutige Zuordnung zu einer selbständig bzw. einer abhängig ausgeübten Erwerbstätigkeit vorliegt. Die Gruppe der Semi-Selbständigen zeichnet sich vielmehr dadurch aus, dass dieser Personenkreis auch nach der umfangreichen Überprüfung zu annähernd gleichen Anteilen Merkmale aufweist, die sowohl auf eine selbständige Betätigung als auch auf eine abhängige Beschäftigung hinweisen.

Unter Berücksichtigung dieser Vorbemerkungen werden nachfolgend die Operationalisierung der einzelnen Rechtskonzepte und die damit erzielten Befunde dargestellt.⁶

4.1 BAG-Modell: Operationalisierung und Befunde

Wie bereits in Kapitel 2.1 eingeführt, sieht die Rechtsprechung zur Identifikation von Scheinselbständigkeit folgende fünf Kriterien als zentral an: 1) örtliche Weisungsbindung, 2) zeitliche Weisungsbindung, 3) inhaltliche bzw. fachliche Weisungsbindung, 4) Arbeit mit Mitarbeitern des Auftraggebers und 5) Arbeit

6 Aufgrund maschineller Rundung der Zahlen kann eine leichte Abweichung von 100 % erfolgen.

mit Arbeitsgeräten des Auftraggebers. Die ebenfalls in Kapitel 2 angesprochene offene Definition des Arbeitnehmerbegriffs durch BAG und BSG wurde bei der Konzeption der empirischen Erhebung in der Weise gelöst, dass die zentral in der Rechtsprechung bzw. in der Literatur verwendeten Kriterien hier kumulativ aufgegriffen wurden. Erkenntnisleitend für das weitere Vorgehen ist die Annahme, dass die Kumulation der Kriterien eine summarische Bewertung konkreter Vertragsverhältnisse hinsichtlich der Zuordnung von abhängig bzw. selbständig ausgeübter Erwerbstätigkeit erlaubt. In einem ersten Schritt werden die fünf Kriterien des BAG-Modells und die dabei berücksichtigten Merkmale dargestellt und in einem zweiten Schritt auf Basis eines konsolidierten Modells (hier BAG-Modell) eine Bewertung der jeweils beobachteten Vertragsverhältnisse vorgenommen.

4.1.1 Inhaltliche bzw. fachliche Weisungsbindung

Die inhaltliche bzw. fachliche Weisungsbindung kann vom Auftraggeber je nach Organisationsmodell oder Tätigkeitsbereich unterschiedlich wahrgenommen werden: a) der Auftraggeber (AG) kann weitgehend vorgeben, auf welche Art und Weise die Leistung erbracht werden soll, b) der Auftraggeber kontrolliert Durchführung oder Ergebnis der Leistungserbringung, c) der Auftraggeber macht im Bereich von Handel und Vertrieb über die gesetzlichen Regelungen hinausgehend Vorgaben zu den Geschäftszeiten bzw. der Auftraggeber gibt die Auswahl oder die Zusammenstellung des Sortiments vor.

Bezogen auf die Art und Weise, wie die Leistung erbracht bzw. Arbeit ausgeführt wird, geben 63 % der Befragten an, dass sie ihre Arbeit selbst gestalten können. Bei 10 % der Befragten gibt der Auftraggeber Art und Weise der Leistungserbringung vor und bei 17 % der Befragten wird die Arbeit teilweise vorgegeben. Bei weiteren 8 % ist die Art der Leistungserbringung durch die Sache selbst vorgegeben (Abbildung 4.1).

Für den Bereich Handel und Vertrieb kann die inhaltliche bzw. fachliche Weisungsbindung darüber hinaus gehend dadurch gegeben sein, dass der Auftraggeber dem Vertragsnehmer Vorgaben hinsichtlich der Öffnungszeiten oder bezüglich der Auswahl und der Zusammenstellung des Einkaufs- bzw. des Verkaufssortiments macht. Hier wird der branchenspezifische Handlungsspielraum für selbständige Betätigung begrenzt und somit das Kriterium der inhaltlichen Weisungsbindung erfüllt.

Rund 60 % der Befragten, die im Bereich Handel und Vertrieb tätig sind, sind beim Einkaufs- bzw. Verkaufssortiment oder bei den Öffnungszeiten durch Vorgaben des Auftraggebers gebunden. Im Einzelnen weisen 45 % der Befragten im Bereich Handel und Vertrieb auf Vorgaben des Auftraggebers beim Einkaufssortiment hin und 42 % beim Verkaufssortiment. Weiterhin verweist nahezu jeder zweite

Befragte (47 %) auf Vorgaben des Auftraggebers hinsichtlich der Öffnungszeiten (Tabelle 4.1).

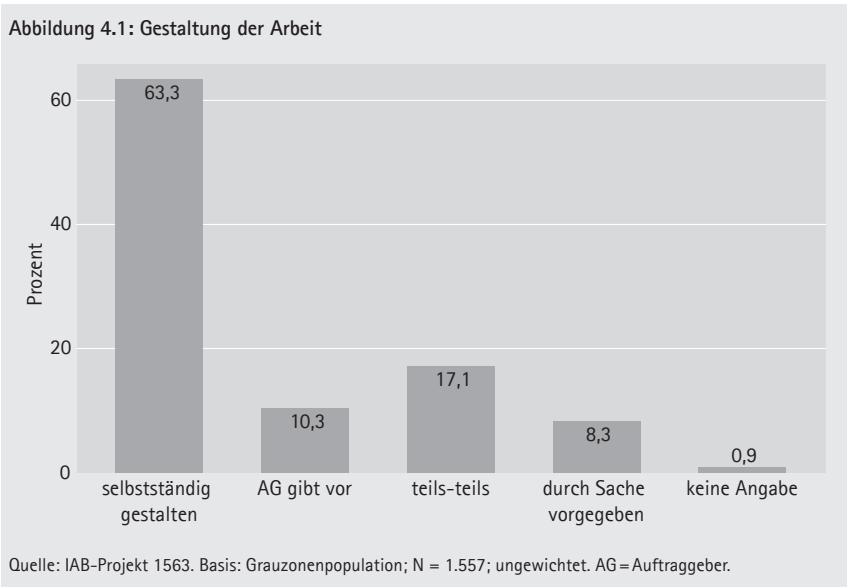


Tabelle 4.1: AG-Vorgaben zu Sortiment und Öffnungszeiten in Handel und Vertrieb

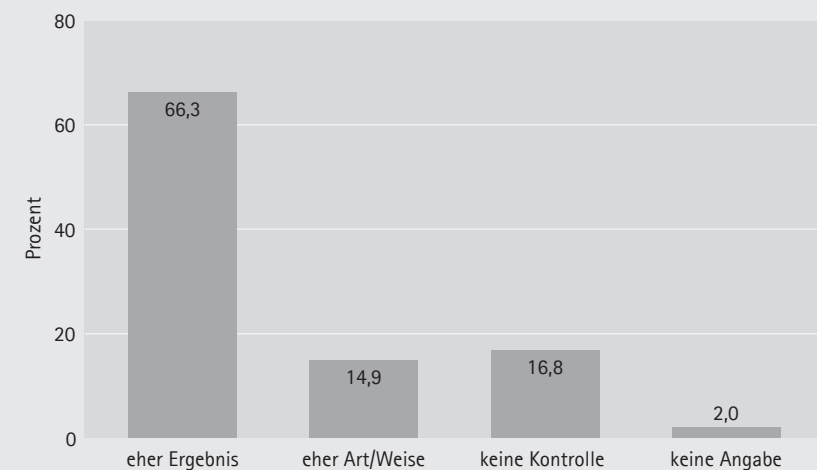
	Absolute Häufigkeiten	Relative Häufigkeiten (Basis: N Nennungen)	Relative Häufigkeiten (Basis: N Befragte)
Verkaufssortiment	86	31,5	42,4
Einkaufssortiment	92	33,7	45,3
Öffnungszeiten	95	34,8	46,8
Insgesamt	273	100	134,5

Quelle: IAB-Projekt 1563. N = 273 Nennungen von 206 Befragten aus Handel und Vertrieb; Mehrfachnennungen möglich. AG = Auftraggeber.

Inhaltliche bzw. fachliche Weisungsbindung kann auch dadurch zum Ausdruck kommen, dass der Auftraggeber bezüglich der Art und Weise der Leistungserbringung umfänglich die Kontrolle wahrnimmt. Konkret wurden die Interviewten gefragt, inwieweit sie sich durch den Auftraggeber in ihrer Tätigkeit kontrolliert sehen. Es wurde zwischen der Kontrolle des Arbeitsergebnisses sowie der Kontrolle von Art und Weise der Durchführung unterschieden. 66 % sehen eine Ergebniskontrolle, 15% primär eine Kontrolle der Art und Weise der Durchführung als gegeben an und 17 % nehmen keine Kontrolle durch den Auftraggeber wahr. Bei der Bewertung spricht die Kontrolle der Art und Weise der Leistungserbringung für

eine abhängige Beschäftigung, während die Erfolgskontrolle typischerweise einer selbständigen Betätigung entspricht (Abbildung 4.2).

Abbildung 4.2: Kontrolle der Arbeit

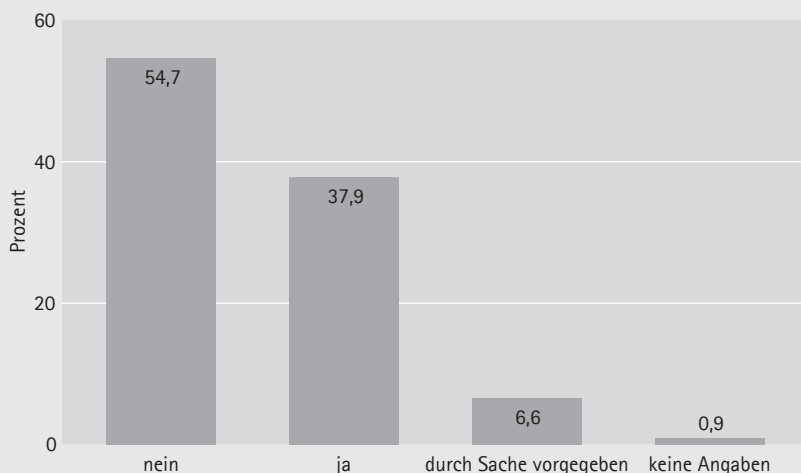


Quelle: IAB-Projekt 1563. N = 1.557.

Für die Bildung des Kriteriums „inhaltliche Weisungsbindung“ im BAG-Modell werden die vorgestellten Merkmale auf Basis ihres relativen Gewichts je Befragten verknüpft. Daraus ergibt sich folgendes Ergebnis: Bei knapp zwei Dritteln der Erwerbstätigen, die der Grauzone von selbständiger und abhängiger Erwerbstätigkeit zugeordnet werden, lassen sich hinsichtlich des analysierten Vertragsverhältnisses im Wesentlichen keine Hinweise auf eine inhaltliche bzw. fachliche Weisungsbindung erkennen. Bei einem Drittel der Befragten haben sich konkrete Hinweise auf eine inhaltliche bzw. fachliche Weisungsbindung ergeben (Abbildung 4.3).

Im Vergleich zur ersten Scheinselbständigen-Erhebung hat sich hier die Befundlage deutlich verändert. Bei der Erhebung in 1995 unterlagen nach eigenen Angaben rund 40% der Befragten in der Grauzone einer inhaltlichen bzw. fachlichen Weisungsbindung. Quantitative Veränderungen der Ausgestaltung der Vertragsbeziehungen in der Grauzone könnten dabei einerseits auf einen sektoralen bzw. qualifikatorischen Wandel der Erwerbslandschaft verweisen, aber auch auf eine Neugestaltung der Arbeitsorganisation insgesamt, der zufolge auch im Bereich der abhängig ausgeübten Beschäftigung die Art der Leistungserbringung gegenüber dem Ergebnis der Tätigkeit an Bedeutung verliert. Vor diesem Hintergrund wäre die Bedeutung der inhaltlichen bzw. fachlichen Weisungsbindung im Gesamtgefüge des BAG-Modells grundsätzlich neu zu bewerten.

Abbildung 4.3: Inhaltliche Weisungsbindung im BAG-Modell



Quelle: IAB-Projekt 1563. N = 1.557.

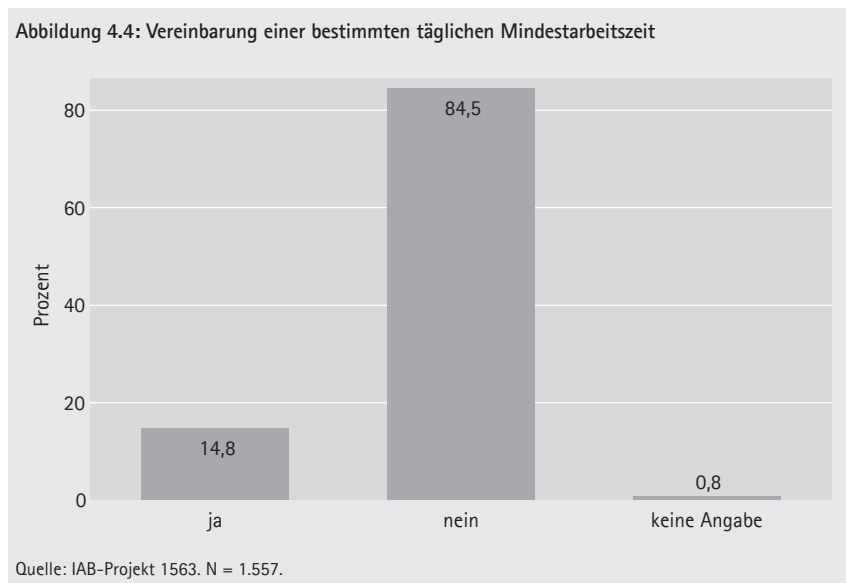
4.1.2 Zeitliche Weisungsbindung

Bei der Bestimmung des Abgrenzungskriteriums „persönliche Abhängigkeit“ im BAG-Modell nimmt die zeitliche Weisungsbindung in den juristischen Ausführungen eine herausgehobene Stellung ein. Aus arbeitssoziologischer Perspektive waren jedoch bereits 1995 Tendenzen der Auflösung von starren Arbeits- bzw. Schichtmodellen festzustellen. Dieser Trend scheint sich fortgesetzt zu haben. Im Bereich der abhängigen Beschäftigung ist eine zunehmende Verbreitung von flexiblen Arbeitszeitmodellen mit variablen Beginn- und Endzeiten sowie von Kernzeitregelungen zu beobachten. Die Abgrenzung selbstständiger von abhängiger Erwerbsarbeit auf Basis starrer arbeitgeberseitig definierter Arbeitszeitregelungen könnte vor diesem Hintergrund einerseits an Bedeutung verlieren, andererseits jedoch durch flexiblere Vorgaben ersetzt werden. Als handlungsleitend gilt die Annahme, dass arbeitszeitliche Vorgaben die Wahrnehmung des unternehmerischen Handelns eingrenzen und demzufolge für den Vertragsnehmer eine zeitliche Weisungsbindung gegeben ist.

Zur Bestimmung der zeitlichen Weisungsbindung werden nachfolgend zwei Aspekte als relevant erachtet: a) die Vereinbarung einer bestimmten täglichen Mindestarbeitszeit und b) mögliche Vorgaben der Auftraggeber bezüglich der Lage der täglichen Arbeitszeit.

In Bezug auf die tägliche (Mindest-)Arbeitszeit geben 15 % der Befragten in der Grauzone an, dass mit dem Auftraggeber eine bestimmte tägliche (Mindest-)

Arbeitszeit vereinbart wurde; 85 % der Befragten haben keine feste tägliche (Mindest-)Arbeitszeit vereinbart (Abbildung 4.4).



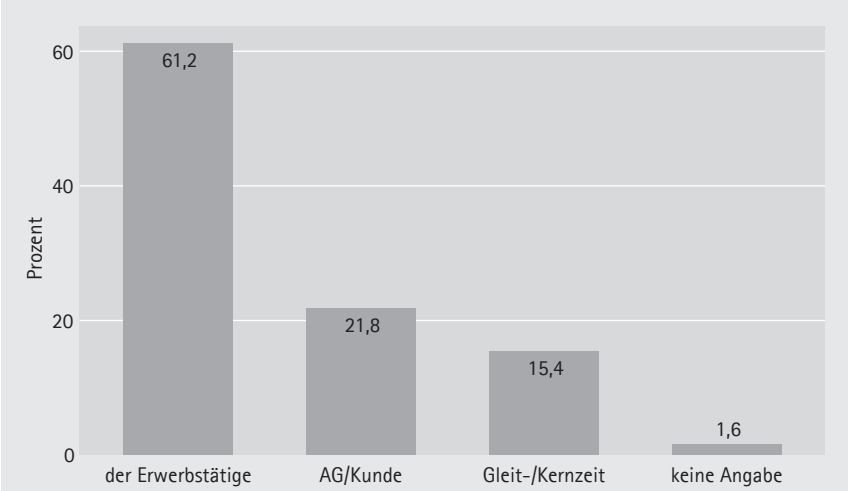
Aus diesen Angaben kann jedoch noch nicht abgeleitet werden, dass für die überwiegende Mehrzahl der Befragten Zeitsouveränität besteht. In einem weiteren Schritt wurden die Befragten danach befragt, ob betriebliche Gleitzeitregelungen oder Kernzeitregelungen zur Anwendung kommen. Aus den Angaben wird deutlich, dass 61 % der Befragten über eine Zeitsouveränität im oben definierten Sinn verfügen, bei 22 % der Befragten wird die Arbeitszeit im Wesentlichen vom Auftraggeber vorgegeben und bei weiteren 15 % nimmt der Auftraggeber über Kern- bzw. Gleitzeitregelungen Einfluss auf die Lage bzw. den Umfang der Arbeitszeit (Abbildung 4.5).

Bei der Bestimmung der zeitlichen Weisungsbindung werden sowohl Vereinbarungen zur täglichen Mindestarbeitszeit als auch direkte und indirekte Arbeitszeitvorgaben durch den Auftraggeber als Indikatoren berücksichtigt. Eine zeitliche Weisungsbindung und damit ein Hinweis auf abhängige Beschäftigung wird dann angenommen, wenn tägliche Mindestarbeitszeiten vertraglich vereinbart sind oder im Rahmen des Vertragsverhältnisses Gleitzeitregelungen bzw. Kernzeitregelungen zur Anwendung kommen.

Für das weitere Vorgehen werden beide Merkmale wie folgt zusammengefasst: Von einer abhängigen Betätigung wird dann ausgegangen, wenn eine feste tägliche Mindestarbeitszeit oder eine verbindliche Gleitzeit- oder Kernzeitregelung für den Beschäftigten vereinbart ist, die im Wesentlichen die Lage der täglichen Ar-

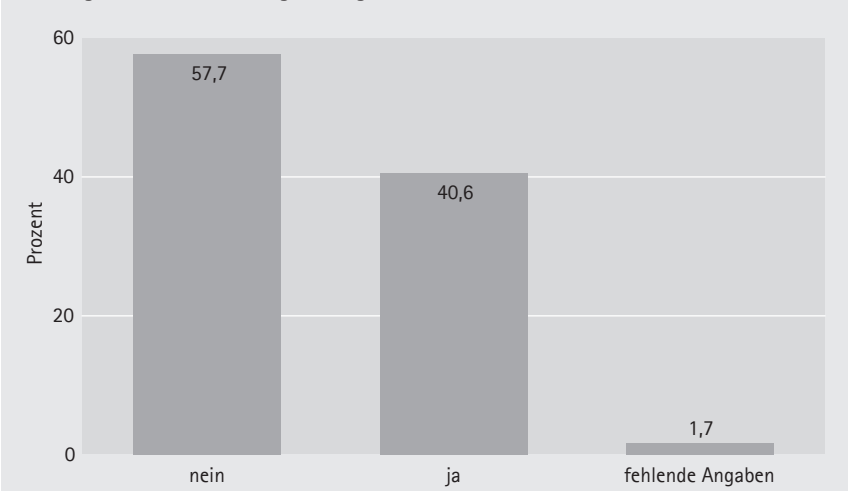
beitszeit definiert. Daraus ergibt sich folgendes Bild: 41 % der Befragten unterliegen einer zeitlichen Weisungsbindung, bei 58 % der Befragten ist dieses Kriterium nicht gegeben (Abbildung 4.6).

Abbildung 4.5: Entscheidung über Arbeitszeit



Quelle: IAB-Projekt 1563. N = 1.557. AG = Auftraggeber.

Abbildung 4.6: Zeitliche Weisungsbindung im BAG-Modell

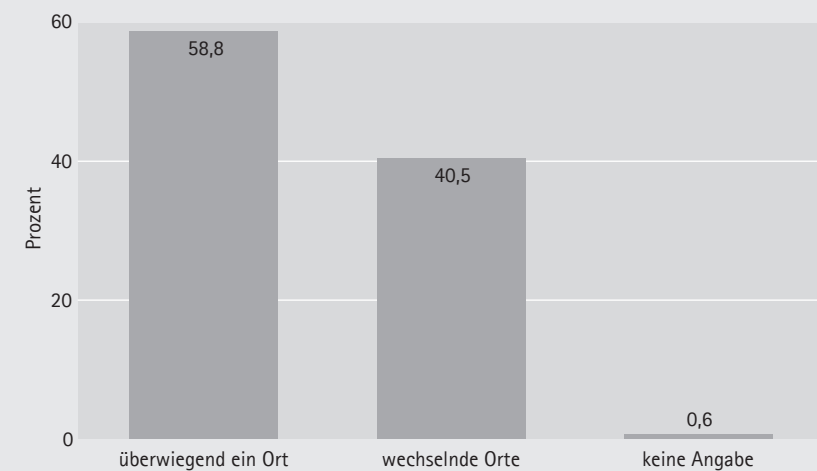


Quelle: IAB-Projekt 1563. N = 1.557.

4.1.3 Örtliche Weisungsbindung

Die „örtliche Weisungsbindung“ ist das dritte Kriterium, das zur Bestimmung der Arbeitnehmereigenschaft im Rahmen des BAG-Modells herangezogen wird. Dabei wird von der Überlegung ausgegangen, dass eine örtliche Weisungsbindung als Indikator für eine abhängige Tätigkeit gegeben ist, wenn Vertragsnehmer im Wesentlichen nicht selbst über den Ort entscheiden können, an dem Güter produziert oder Dienstleistungen erbracht werden. Im Detail wird nachfolgend unterschieden, ob die im Rahmen eines konkreten Vertragsverhältnisses vereinbarten Leistungen insgesamt überwiegend an einem Ort oder an verschiedenen bzw. wechselnden Orten erbracht werden. Die Mehrzahl der Befragten in der Grauzone von selbständiger und abhängiger Erwerbstätigkeit ist für den Vertragspartner überwiegend an einem Ort tätig (59 %), während 41 % der Befragten für den Auftraggeber an verschiedenen bzw. wechselnden Orten tätig werden (Abbildung 4.7).

Abbildung 4.7: Arbeit an einem bestimmten Arbeitsort



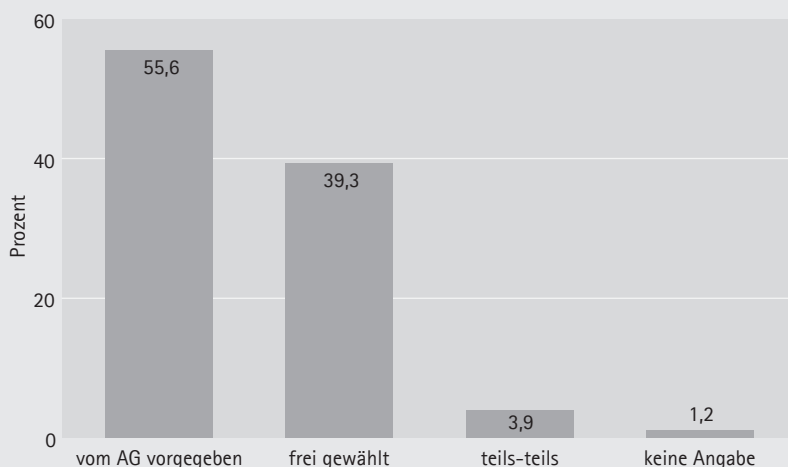
Quelle: IAB-Projekt 1563. N = 1.557.

Für den Fall, dass die Tätigkeit im Rahmen des hier betrachteten Vertragsverhältnisses überwiegend an einem Ort erfolgt, ist für die Bewertung wesentlich, inwieweit die Vertragsnehmer den jeweiligen Arbeitsort selbst bestimmen können. Die Frage, ob die zu erbringende Tätigkeit dabei zu Hause oder beim Auftraggeber, in geschlossenen Räumen oder im Freien ausgeübt wird, wird dabei als nachrangig betrachtet.

Bei Befragten, die überwiegend an einem Ort tätig sind, wird von örtlicher Weisungsbindung dann ausgegangen, wenn dieser Arbeitsort im Wesentlichen

vom jeweiligen Auftraggeber vorgegeben wird. Empirisch kann gezeigt werden, dass bei etwa 56 % der Befragten, die überwiegend an einem Ort tätig sind, der jeweilige Vertragspartner (AG) den Arbeitsort vollständig und bei 4 % teilweise vorgibt. In diesen Fällen wird von örtlicher Weisungsbindung ausgegangen und dies als Hinweis auf abhängige Beschäftigung interpretiert. Bei 39 % der Befragten in der Grauzone kann der Arbeitsort frei gewählt werden; dies wird als Hinweis auf eine selbständig ausgeübte Erwerbstätigkeit interpretiert (Abbildung 4.8).

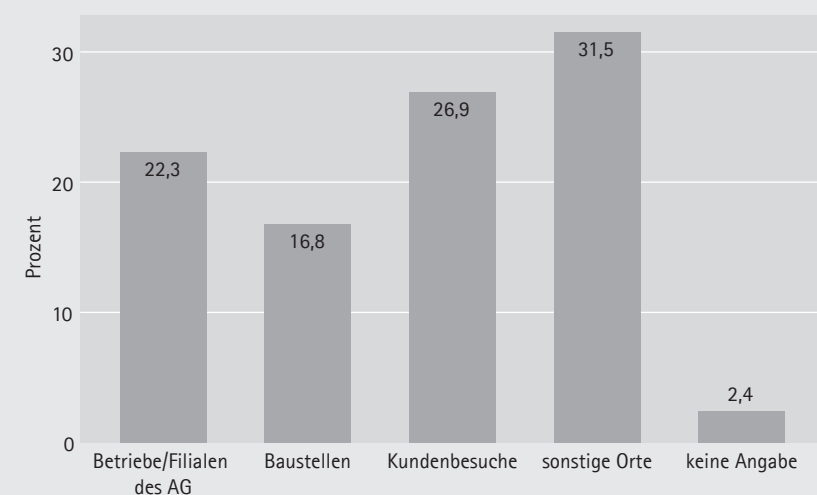
Abbildung 4.8: Bei einem Arbeitsort: Wer bestimmt den Arbeitsort?



Quelle: IAB-Projekt 1563. Teilgruppe an einem Ort: N = 915. AG = Auftraggeber.

Davon abzugrenzen sind Vertragsverhältnisse, in deren Rahmen die Befragten an verschiedenen bzw. wechselnden Orten tätig werden. Als mögliche wechselnde Orte kommen Filialen oder Baustellen des Vertragspartners ebenso in Betracht wie Kunden, mit denen Befragte für den Vertragspartner tätig werden. Empirisch zeigt sich, dass Befragte, die an wechselnden Orten tätig werden, in sehr unterschiedlichen Umgebungen aktiv sind: 27 % erbringen ihre Leistung im Rahmen von Kundenbesuchen bzw. Liefertätigkeiten, 22 % sind in verschiedenen Betrieben bzw. Filialen des Vertragspartners tätig, 17 % sind auf verschiedenen Baustellen des Vertragspartners tätig und 32 % werden an sonstigen Orten tätig (Abbildung 4.9).

Abbildung 4.9: Örtliche Weisungsbindung bei wechselnden Arbeitsorten nach Art der Arbeitsorte



Quelle: IAB-Projekt 1563. Teilgruppe an wechselnden Orten: N = 631. AG = Auftraggeber.

Wird die Leistung von den Vertragsnehmern in Filialen und auf Baustellen des Vertragspartners (AG) erbracht, wird dieser in Bezug auf die örtliche Weisungsbindung als neutral bewertet, da die Ortswahl durch die Sache selbst vorgegeben ist. Liegen hingegen wechselnde Kundenbesuche oder Liefertätigkeiten vor, bedarf die Frage der Ortswahl einer näheren Betrachtung. Kriterien, die in diesem Kontext für eine örtliche Weisungsbindung sprechen, sind, ob diese Kunden durch den Vertragspartner (AG) vorgegeben werden, ob der Vertragspartner die Reihenfolge der Kundenbesuche, die Route, die bei den Kundenbesuchen oder Liefertätigkeiten einzuhalten ist, oder das Einsatzgebiet vorgibt.

Hinsichtlich der Auswahl der Kunden kann gezeigt werden, dass bei insgesamt 44 % der Befragten die Kunden unmittelbar durch den Vertragspartner vorgegeben werden und bei weiteren 10 % zum Teil. Bei knapp der Hälfte (45 %) entscheidet der Befragte selbst über die Kunden, für die die Leistung letztlich erbracht wird (Abbildung 4.10).

Falls der Vertragspartner (AG) die Kunden bzw. Lieferadressen vorgibt, entscheidet dieser auch bei 34 % dieser Teilgruppe überwiegend und bei weiteren 16 % teilweise über die Reihenfolge der Kundenbesuche, während 50 % der Befragten dieser Teilgruppe die Möglichkeit haben, über die Reihenfolge der Kundenbesuche selbst zu entscheiden (Abbildung 4.11).

Abbildung 4.10: Bei wechselnden Arbeitsorten: Auswahl der Kunden

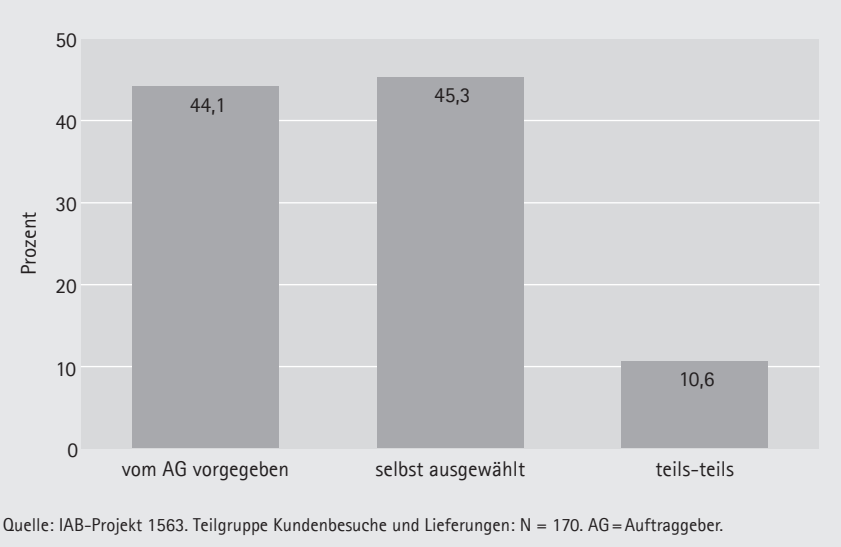
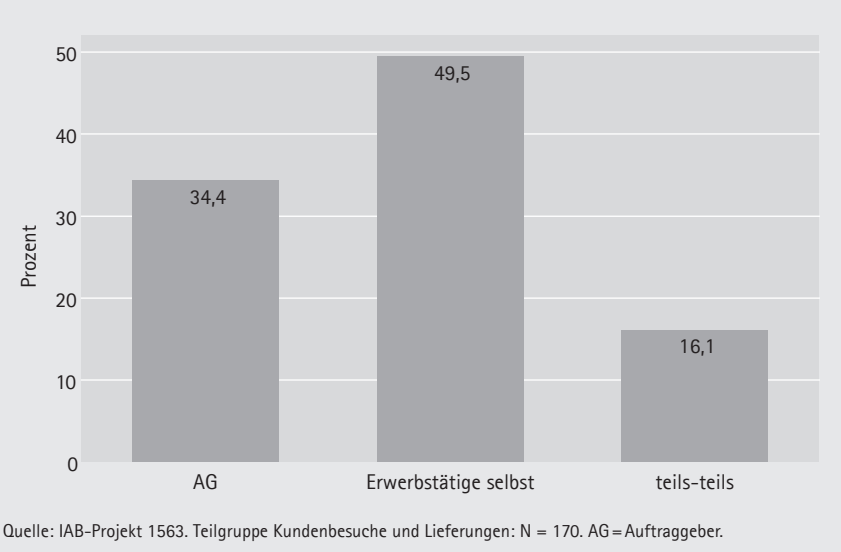


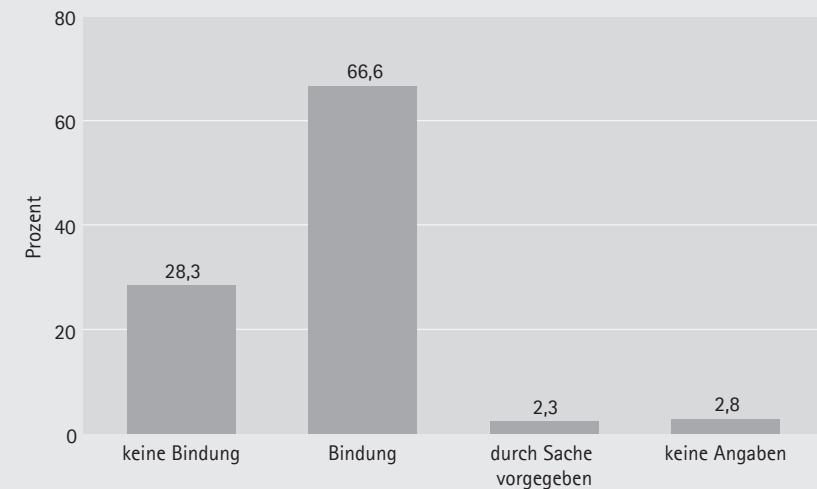
Abbildung 4.11: Bei wechselnden Arbeitsorten: Wer entscheidet über die Reihenfolge der Kundenkontakte?



Falls sowohl die Kunden als auch die Reihenfolge, in der die Kunden besucht werden, bzw. die Route, in der die Kunden angefahren werden, vom Auftraggeber vorgegeben werden, wird für die Teilgruppe der Grauzonen-Erwerbstätigen, die für ihren Auftraggeber bei unterschiedlichen Kunden tätig sind, vom Kriterium der örtlichen Weisungsbindung ausgegangen.

Daraus ergibt sich mit Blick auf die örtliche Weisungsbindung folgendes Bild: Für 67 % der Befragten ist von einer örtlichen Weisungsbindung auszugehen, bei 28 % liegen keine Hinweise auf eine örtliche Weisungsbindung vor und bei weiteren 22 % ist die Ortswahl von der Sache her vorgegeben und somit mit Blick auf die örtliche Weisungsbindung als neutral zu bewerten. Dieser Gruppe wurden auch die wenigen Fälle mit unvollständiger Information zugeschlagen (Abbildung 4.12).

Abbildung 4.12: Örtliche Weisungsbindung im BAG-Modell



Quelle: IAB-Projekt 1563. N = 1.557.

4.1.4 Zusammenarbeit mit Mitarbeitern des Auftraggebers (personelle Einbindung)

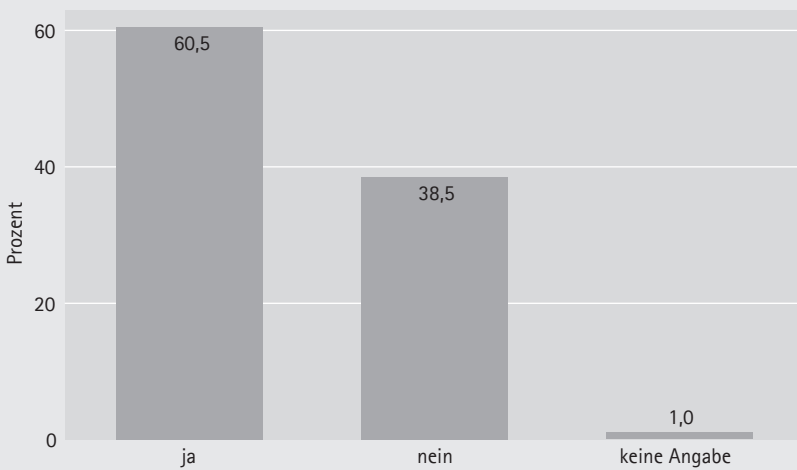
Neben dem Abgrenzungskriterium der Weisungsbindung, das sich in die inhaltliche bzw. fachliche, örtliche und zeitliche Weisungsbindung untergliedert, bildet die Einbindung der Vertragsnehmer in die Organisation des Auftraggebers das zweite Abgrenzungskriterium, das im BAG-Modell bei der Bestimmung von abhängiger bzw. selbständiger Erwerbstätigkeit Berücksichtigung findet. Das Kriterium der Einbindung der Vertragsnehmer in die Organisation des Auftraggebers beinhaltet zwei Teilaspekte: den Aspekt der personellen Einbindung und den Aspekt der materiellen Einbindung in die Organisation des Auftraggebers.

Von einer personellen Einbindung in die Organisation des Auftraggebers wird im Rahmen des BAG-Modells nachfolgend dann ausgegangen, wenn der Vertragsnehmer verpflichtet ist, mit Mitarbeitern des Auftraggebers zusammenzuarbeiten. Empirisch werden die nötigen Informationen zur inhaltlichen Klärung dieses Krite-

riums durch zwei hierarchisch verknüpfte Fragen erhoben. Zunächst wird geklärt, ob überhaupt eine Zusammenarbeit mit dem Personal des Auftraggebers gegeben ist. Falls dies der Fall ist, wird der Frage nachgegangen, ob diese Zusammenarbeit vertraglich verpflichtend vorgegeben ist oder ob dies für die Befragten lediglich als Option angeboten wird. Falls es den Befragten freigestellt ist, zu entscheiden, ob sie mit dem Personal des Vertragspartners (AG) zusammenarbeiten oder ob ggf. eigene Mitarbeiter für die Erledigung der vertraglich vereinbarten Leistungen hinzugezogen werden können, wird dies als Indikator für eine selbstständige Betätigung bewertet. Falls der Befragte jedoch zur Zusammenarbeit mit dem Personal des Auftraggebers verpflichtet ist, wird dies als Indikator für eine abhängige Beschäftigung bewertet.

Aus Abbildung 4.13 wird ersichtlich, dass 61 % der Befragten mit Personal des Auftraggebers zusammenarbeiten; bei 39 % aus dieser Teilgruppe ist die Verpflichtung zur Zusammenarbeit nicht gegeben, 1 % der Befragten hat zu diesem Aspekt keine Angaben gemacht.

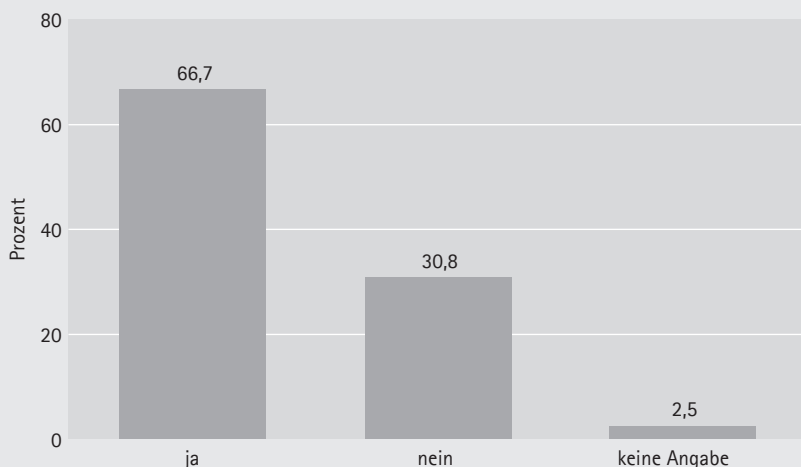
Abbildung 4.13: Zusammenarbeit mit Personal des Auftraggebers



Quelle: IAB-Projekt 1563. N = 1.557.

Falls die Befragten mit Personal des Auftraggebers zusammenarbeiten, wird in einem zweiten Schritt geprüft, ob die Befragten verpflichtet sind, mit Mitarbeitern des Auftraggebers zusammenzuarbeiten. Wie aus Abbildung 4.14 ersichtlich wird, sind 67 % der Befragten, die mit Personal des Auftraggebers zusammenarbeiten, zur Zusammenarbeit verpflichtet; für 31 % besteht keine Verpflichtung.

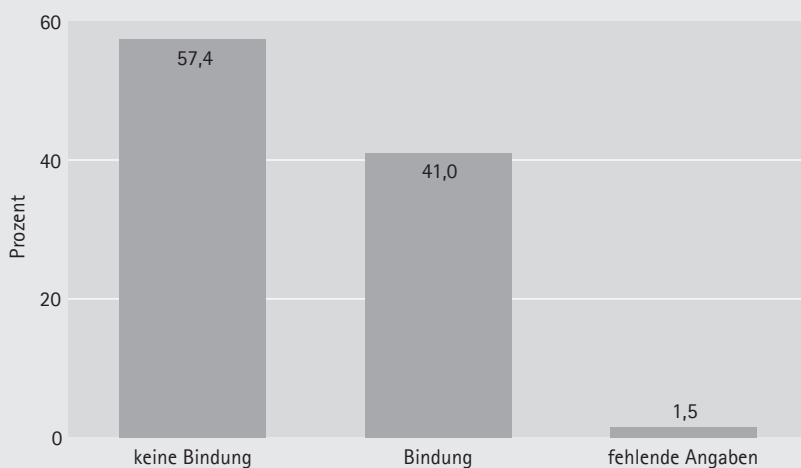
Abbildung 4.14: Falls Zusammenarbeit mit Personal des AG: Verpflichtung zur Zusammenarbeit



Quelle: IAB-Projekt 1563. N = 958. AG = Auftraggeber.

Somit ergibt sich für die Frage nach der personellen Einbindung der Befragten in die Organisation des Arbeit- bzw. Auftraggebers (Vertragspartners) folgender Befund: Insgesamt sind 41 % der Befragten personell in die Organisation des Vertragspartners eingebunden, bei 57 % ist dies nicht der Fall, bei 2 % der Befragten kann die Frage aufgrund fehlender Angaben nicht abschließend beantwortet werden; diese Gruppe wird nachfolgend als neutral behandelt (Abbildung 4.15.)

Abbildung 4.15: Personelle Einbindung in die Organisation des AG im BAG-Modell



Quelle: IAB-Projekt 1563. N = 1.557. AG = Auftraggeber.

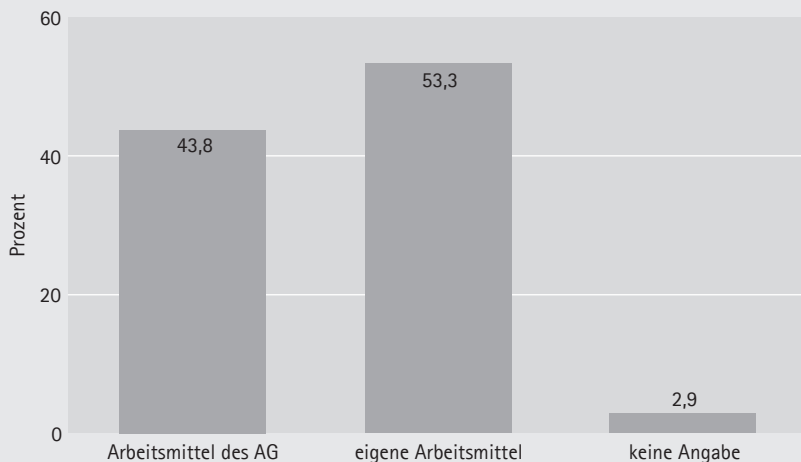
4.1.5 Arbeit mit den Arbeitsmitteln des Auftraggebers (materielle Einbindung)

Beim fünften Merkmal, „materielle Einbindung“, wird im BAG-Modell der Frage nachgegangen, inwieweit der Befragte verpflichtet ist, mit Arbeitsmitteln des Auftraggebers tätig zu werden. Das Merkmal „materielle Einbindung“ wird im Rahmen dieser Erhebung zweistufig bestimmt. Zunächst wird gefragt, ob die Organisation des Auftraggebers bei der Erstellung der Güter oder Dienstleistungen genutzt wird und der Befragte mit Geräten und Arbeitsmitteln des Arbeit- bzw. Auftraggebers tätig wird. Falls dies der Fall ist, wird nachgefragt, ob der Befragte dazu verpflichtet ist, die Geräte und Arbeitsmittel des Auftraggebers zu nutzen, oder ob der Befragte die Freiheit hat, die entsprechenden Güter oder Dienstleistungen mit eigenen Arbeitsmitteln bereitzustellen. Dieser Sachverhalt lässt sich empirisch als Grad der materiellen oder sachlichen Einbindung in die Organisation des Arbeit- bzw. Auftraggebers interpretieren.

In der empirischen Erhebung wurde demzufolge zunächst gefragt, ob die Befragten in der Grauzone von selbständiger und abhängiger Erwerbstätigkeit bei der Arbeit im Rahmen des hier betrachteten Vertragsverhältnisses ausschließlich bzw. überwiegend Arbeitsmittel des Arbeit- bzw. Auftraggebers (z. B. Maschinen, Werkzeuge, Bürogeräte oder Fahrzeuge) verwenden oder ob sie dabei ausschließlich bzw. überwiegend auf eigene Arbeitsmittel zurückgreifen. Durch die Art der Fragestellung wurde der Befragte veranlasst, eine Beurteilung hinsichtlich des Schwerpunktes bei der Arbeitsmittelverwendung vorzunehmen (*forced choice*). Dennoch hat sich der Anteil der Antwortverweigerer, also auch derer, die ihre Situation durch die Antwortvorgaben nicht angemessen wiedergefunden haben, nicht erhöht und liegt mit 3 % im durchschnittlichen Anteil der Antwortverweigerer von etwa 2–3 % bei vergleichbaren Fragen. Aus Abbildung 4.16 wird ersichtlich, dass rund 44 % der Befragten überwiegend bzw. ausschließlich mit Arbeitsmitteln des Auftraggebers arbeiten und 53 % primär auf eigene Arbeitsmittel zurückgreifen, 3 % der Befragten haben die Antwort verweigert.

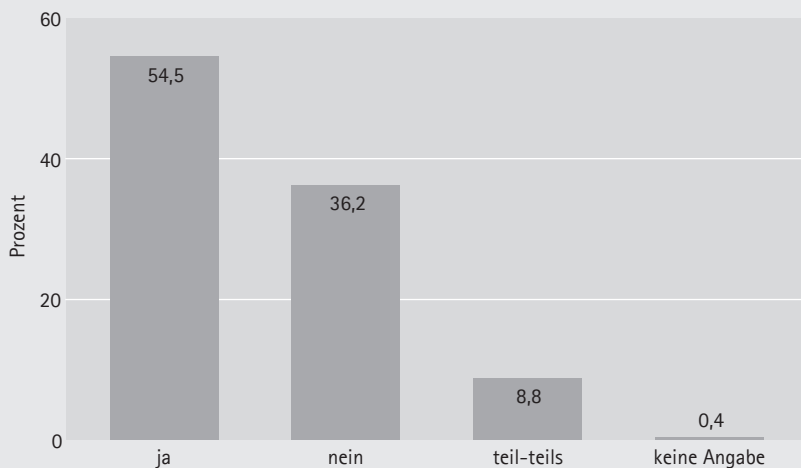
Für diejenigen, die Arbeitsmittel des Vertragspartners verwenden, stellt sich, wie angeführt, im zweiten Schritt die Frage nach der Verpflichtung durch den Vertragspartner, diese zu benutzen. Wie aus Abbildung 4.17 ersichtlich wird, sind 55 % der Befragten überwiegend und weitere 9 % teilweise dazu verpflichtet, Arbeitsmittel des Auftraggebers zu verwenden, während 36 % dies lediglich als Option begreifen, zwischen eigenen Arbeitsmitteln oder denen des Auftraggebers zu wählen.

Abbildung 4.16: Verwendung eigener Arbeitsmittel bzw. Arbeitsmittel des AG



Quelle: IAB-Projekt 1563. N = 1.557. AG = Auftraggeber.

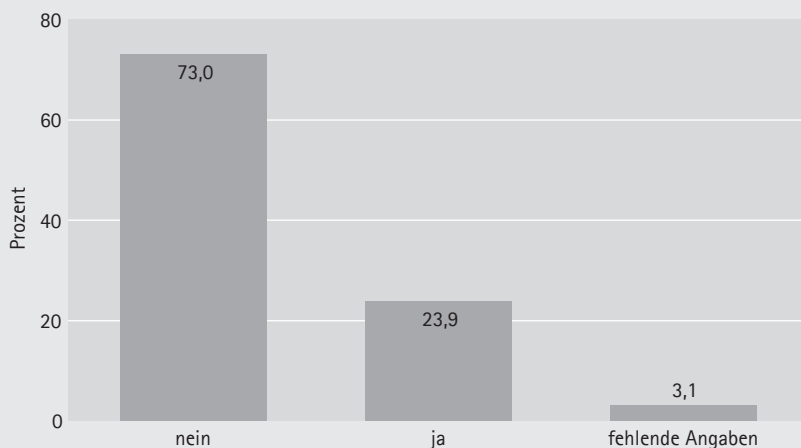
Abbildung 4.17: Falls Verwendung von Arbeitsmitteln des AG: Verpflichtung zur Verwendung?



Quelle: IAB-Projekt 1563. N = 682. AG = Auftraggeber.

Daraus ergibt sich hinsichtlich der Frage der materiellen Einbindung folgendes Resultat: 24% der Befragten sind bei ihrer Tätigkeit im Rahmen der hier betrachteten Vertragsverhältnisse dazu verpflichtet, teilweise oder umfassend auf Arbeitsmittel des Auftraggebers zurückzugreifen, während 73 % entweder keine Arbeitsmittel des Auftraggebers verwenden oder es ihnen freigestellt ist, Arbeitsmittel des Auftraggebers oder die eigenen zu verwenden. Für 3 % der Befragten liegen hierzu keine verwertbaren Informationen vor (Abbildung 4.18).

Abbildung 4.18: Materielle Einbindung beim AG im BAG-Modell



Quelle: IAB-Projekt 1563. N = 1.557. AG = Auftraggeber.

4.1.6 Selbständigkeit und Abhängigkeit im BAG-Modell

In Orientierung an der geltenden BAG-Rechtsprechung wurde das BAG-Modell formuliert (siehe Kapitel 2), das auf zwei Abgrenzungskriterien, die „persönliche Weisungsbindung“ und die „Eingliederung in die Unternehmung des Auftraggebers“, abstellt. Dabei untergliedert sich das Kriterium der „persönlichen Weisungsbindung“ in die Dimensionen inhaltliche bzw. fachliche, zeitliche und örtliche Weisungsbindung, während das Kriterium „Einbindung in die Organisation des Auftraggebers“ den Bezug des Auftragnehmers zur Organisation des Auftraggebers thematisiert.

Empirisch zeigt sich, dass 38 % der Grauzonen-Erwerbstätigen einer inhaltlichen Weisungsbindung unterliegen, 41 % einer zeitlichen Weisungsbindung und 67 % einer örtlichen Weisungsbindung. 41 % der Grauzonen-Erwerbstätigen sind persönlich und 24 % materiell in den Betrieb des Vertragspartners eingebunden.

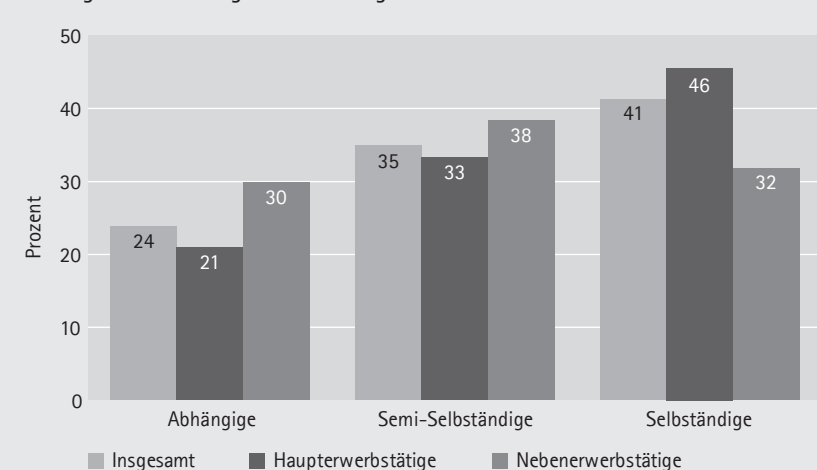
In einer Gesamtbeurteilung werden die fünf modellrelevanten Kriterien herangezogen, um das Vertragsverhältnis zwischen den Befragten und ihren Vertragspartnern auf abhängige Beschäftigung hin zu bewerten. Für die Bestimmung der Arbeitnehmereigenschaft nach dem BAG-Modell werden folgende Setzungen getroffen:

- a) Es müssen für mindestens vier der fünf Kriterien des BAG-Modells verwertbare Informationen vorliegen, um eine Zuordnung vornehmen zu können. Diese Setzung ist lediglich bei 19 von 1.557 Fällen nicht gegeben, d. h., lediglich 0,1 % der Befragten können im Rahmen der abschließenden Modellbildung nicht berücksichtigt werden.

- b) Befragte aus der Zielpopulation, für die vier und mehr verwertbare Kriterien vorliegen, werden in Bezug zum Vertragsverhältnis, das der Analyse zugrunde gelegt wurde, dann als abhängig Beschäftigte eingestuft, wenn mindestens 66 % der Kriterien eine abhängige Beschäftigung anzeigen. Demzufolge müssen bei vier beantworteten Kriterien mindestens drei für eine abhängige Beschäftigung sprechen. Analog hierzu werden Befragte als Selbständige eingestuft, wenn mindestens 66 % der Kriterien für eine selbständige Erwerbstätigkeit sprechen. Personen, die weder der Gruppe der „Selbständigen“ noch der Gruppe der „Abhängigen“ eindeutig zurechenbar sind, werden als „Semi-Selbständig“ eingestuft. Mit dieser Regel ist gewährleistet, dass die Kriterien jeweils mehrheitlich erfüllt sein müssen.⁷

Dies führt zu folgendem Befund: Insgesamt sind 41 % der Befragten im Rahmen des BAG-Modells als Selbständige einzustufen. Weitere 35 % der Befragten weisen Merkmale auf, die zum Teil eine selbständige Betätigung nahelegen und zum Teil für eine abhängige Beschäftigung sprechen. Diese werden unter der Bezeichnung „Semi-Selbständig“ dem Grenzbereich zwischen der selbständigen Erwerbstätigkeit und der abhängigen Beschäftigung zugeordnet. 24 % der Befragten sind eindeutig als abhängig Beschäftigte einzustufen und können demzufolge entsprechend dem BAG-Modell als „Scheinselbständige“ bezeichnet werden (Abbildung 4.19).

Abbildung 4.19: Zuordnung der Erwerbstätigen in der Grauzone nach dem BAG-Modell



Quelle: IAB-Projekt 1563. N = 1.538; berücksichtigt werden Personen mit verwertbaren Informationen zu vier und mehr Abgrenzungskriterien; populationsgewichtete Angaben.

⁷ Die Grenze von 66 % wurde auch gewählt, um die Vergleichbarkeit der Befunde mit der ersten Scheinselbständigkeits-Studie zu gewährleisten.

In einem weiteren Schritt wird bei der Beurteilung der Erwerbsverhältnisse aufgrund des BAG-Modells zwischen Befragten, die ihre Erwerbstätigkeit in der Grauzone als Haupterwerbstätigkeit ausüben, und denen, die aufgrund einer Nebentätigkeit der Grauzone zugeordnet wurden, unterschieden (siehe Abbildung A1.3; Screening-Prozess für Haupt- und Nebentätigkeiten).

Wie aus Abbildung 4.19 ersichtlich wird, unterscheiden sich Haupt- und Nebenerwerbstätige in der Grauzone erheblich bezüglich der Bewertung der Arbeitnehmereigenschaft. 46 % der Haupterwerbstätigen in der Grauzone sind nach dem BAG-Modell als Selbständige einzustufen, weitere 33 % als Semi-Selbständige und 21 % als abhängig Beschäftigte. Die nach dem BAG-Modell als abhängig Beschäftigte eingestuft Erwerbstätigen werden nachfolgend als „Scheinselbständige“ bezeichnet, da sie zwar formal als selbständig Erwerbstätige in Erscheinung treten, aufgrund der materiellen Struktur der Verträge jedoch als abhängig Beschäftigte einzustufen sind (siehe Abbildung 4.19).

Bei den Nebentätigkeiten in der Grauzone sind 32 % der Befragten als Selbständige, 38 % als Semi-Selbständige und 30 % als abhängig Beschäftigte bzw. als Scheinselbständige zu bewerten.

Weiterhin zeigt sich, dass Haupterwerbstätige gegenüber Nebenerwerbstätigen in der Grauzone auf Basis des BAG-Modells häufiger als selbständig Erwerbstätige eingestuft werden.

Mögliche Erklärungsansätze für diese Beobachtung können darin begründet sein, dass einer Nebenerwerbstätigkeit eine andere Relevanz zukommt als einer Haupttätigkeit. Möglicherweise werden, wenn die Absicherung der eigenen Existenz über die Haupttätigkeit gegeben ist, vermehrt scheinselbständige Vertragsverhältnisse akzeptiert. Ferner ist es denkbar, dass im Haupterwerb abhängig Beschäftigten die Problematik scheinselbständiger Vertragsverhältnisse vielfach nicht bekannt ist im Vergleich zu hauptberuflich Selbständigen, die durch Berufsverbände und Fachzeitschriften auf die Problematik aufmerksam gemacht werden.

4.2 Alternativ-Modell

Während das BAG-Modell auf die persönliche Weisungsbindung und die Integration in die Organisation des Vertragspartners als Abgrenzungskriterien bei der Bestimmung der Arbeitnehmereigenschaft zurückgreift, stellt das Alternativ-Modell die Möglichkeiten und Grenzen des unternehmerischen Handelns in den Mittelpunkt seiner Betrachtung. Aus rechtsempirischer Sicht ist von selbständigem Handeln in Abgrenzung zu abhängiger Beschäftigung dann auszugehen, wenn eine gerechte Verteilung von Chancen und Risiken unternehmerischen Handelns

gegeben ist. Selbständige sind überwiegend auf die eigene Vorsorge verwiesen und werden von den Schutzrechten des Sozialrechts nicht in dem Umfang erfasst, wie dies für Arbeitnehmer üblich ist. Die soziale Sicherung liegt, von bestimmten Ausnahmen abgesehen (wie der Künstlersozialversicherung, den Versorgungswerken von Handwerkern oder anderen Kammern etc.; siehe auch Kapitel 5.2), in der Verantwortung der Selbständigen selbst.

Werden in konkreten Vertragsverhältnissen jedoch unternehmerische Chancen weitgehend unterbunden und ggf. Risiken in erheblichem Umfang auf den Vertragsnehmer übertragen, dann sind die Möglichkeiten einer selbständigen Betätigung erheblich eingeschränkt und der Schutzgedanke des Arbeitnehmerbegriffs tritt in den Vordergrund. Typisch für Arbeitnehmer ist demzufolge, dass sie nicht unternehmerisch am Markt auftreten und aus eigenem Tun nur begrenzt Zugewinn realisieren können. Arbeitnehmer sind demzufolge in besonderer Weise auf den Schutz durch das Arbeits- und Sozialrecht angewiesen.

Bei der Bestimmung der Arbeitnehmereigenschaft auf Basis des Alternativ-Modells steht als Leitgedanke die angemessene Verteilung von Chancen und Risiken selbständigen Handelns im Vordergrund. Formal selbständig Tätige sind dann als Arbeitnehmer zu bewerten, wenn eine angemessene Verteilung von Chancen und Risiken nicht gegeben ist. Als Kriterien werden dabei berücksichtigt:

- inhaltliche unternehmerische Freiheit,
- eigene Unternehmensorganisation und
- eigenständiges Auftreten am Markt.

Im Rahmen der empirischen Erhebung wurden die drei Kriterien wie folgt operationalisiert:

Das Kriterium inhaltliche unternehmerische Freiheit wird durch vier Unterkriterien konkretisiert: 1) örtliche unternehmerische Freiheit, 2) zeitliche unternehmerische Freiheit, 3) eigener Kundenstamm und 4) freie Preisbildung.

Das Kriterium „keine eigene Unternehmensorganisation“ wird in drei Unterkriterien aufgelöst: 1) eigene Mitarbeiter, 2) eigene Geschäftsräume, und 3) eigenes Betriebskapital.

Das Kriterium „kein Auftreten am Markt“ ist bereits bei der Identifizierung der Erwerbstätigen in der Grauzone als Auswahlkriterium vorgegeben (Screening-Verfahren). In die Befragung wurden nur Erwerbstätige einbezogen, die für einen (dominanten) Auftraggeber bzw. (dominanten) Vermittler, der zugleich Arbeitgeberfunktionen wahrnimmt, tätig sind (siehe Anhang A1.1.3).

In der Rechtspraxis wird in Zweifelsfällen hilfsweise das Kriterium der „Freiwilligkeit“ herangezogen. Hier geht es darum, ob das Unternehmerrisiko in Form einer selbständigen Tätigkeit freiwillig übernommen wurde oder ob dies vom Auftrag-

geber aufgezwungen wurde oder ob der Auftraggeber zwei adäquate Beschäftigungsmodelle (als Selbständiger oder als Arbeitnehmer) zur Wahl gestellt hat oder nicht. In der Rechtsprechung wird dem Merkmal der Freiwilligkeit insbesondere dann Bedeutung zugemessen, wenn aufgrund der sonstigen Kriterien kein eindeutiges Urteil zu fällen ist. Diese besondere Würdigung des Einzelfalls in spezifischen Fällen lässt sich für eine empirisch angelegte Betrachtung, wie sie hier vorliegt, nicht durchführen. Vor diesem Hintergrund wird bei der Modellierung des Alternativ-Modells „Unternehmerrisiko“ auf das subjektiv begründete Moment der „Freiwilligkeit bei Vertragsschluss“ verzichtet, aber im Ergebnis berichtet.

4.2.1 Inhaltliche unternehmerische Freiheit

Das Abgrenzungskriterium „inhaltliche unternehmerische Freiheit“ teilt sich in die Unterkriterien „kein eigener Kundenstamm“ und „freie Preisgestaltung“ auf. Dabei unterscheidet sich das Kriterium der „inhaltlichen unternehmerischen Freiheit“ des Alternativ-Modells wesentlich von der Konzeption der inhaltlichen Weisungsbindung des BAG-Modells. Während das BAG-Modell den Aspekt der persönlichen Weisungsbindung betont, wird im Alternativ-Modell der Aspekt des unternehmerischen Handelns in den Vordergrund gerückt. Dies kommt insbesondere in der Möglichkeit zum Ausdruck, einen eigenen Kundenstamm aufzubauen, sowie in der Möglichkeit der freien Preisgestaltung. Mit der freien Preisgestaltung wird das ökonomische Kriterium der optimalen Ressourcenallokation betont. Eine optimale Ressourcenallokation setzt die individuelle Möglichkeit voraus, Chancenstrukturen zu erkennen und diese unter Berücksichtigung der individuellen Risikobereitschaft wahrzunehmen. Wird durch vertragliche Bindung unternehmerisches Handeln begrenzt und die Übernahme von Risiken zulasten des Vertragsnehmers betont, ist der Schutzgedanke des Arbeitsrechts zu beachten.

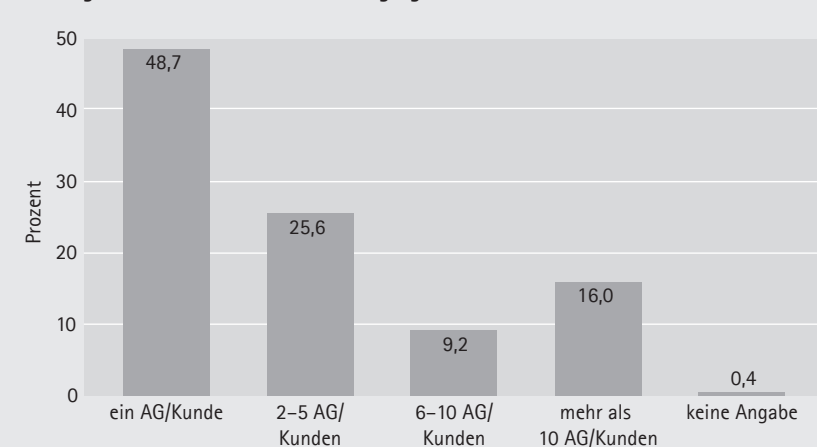
4.2.1.1 Eigener Kundenstamm

Eigenständiges unternehmerisches Handeln kommt wesentlich darin zum Ausdruck, dass Selbständige in der Lage sind, selbst zu entscheiden, für wen und für wie viele Kunden sie in welchem Umfang Güter oder Dienstleistungen anbieten bzw. bereitstellen. Handlungsleitend für die empirische Prüfung ist die Frage, ob Selbständige über eigene Kunden bzw. über einen eigenen Kundenstamm verfügen oder ob die Kunden etwa von Dritten zugewiesen werden. Im Falle einer Zuweisung von Kunden durch Dritte stellt sich insbesondere die Frage, inwieweit der Vermittler dabei auch Arbeitgeberfunktionen übernimmt.

Bei der Bildung des Unterkriteriums „eigener Kundenstamm“ werden zwei Aspekte berücksichtigt: a) die Zahl der Kunden und b) die Frage, ob der Selbständige

sich die Kunden selbst gesucht hat oder ob diese ausschließlich, überwiegend bzw. teilweise vermittelt wurden. In einem ersten Schritt wird die Anzahl der Kunden im Zeitraum von sechs Monaten vor dem Interview betrachtet. Empirisch gesehen waren 49 % der Befragten im vorgegebenen Beobachtungszeitraum von sechs Monaten ausschließlich für einen Vertragspartner tätig. Weitere 26 % sind für zwei bis fünf Auftraggeber tätig geworden, 9 % für sechs bis zehn und 16 % für mehr als zehn Auftraggeber.

Abbildung 4.20: Zahl der Kunden in den vergangenen sechs Monaten



Quelle: IAB-Projekt 1563. N = 1.557. AG = Auftraggeber.

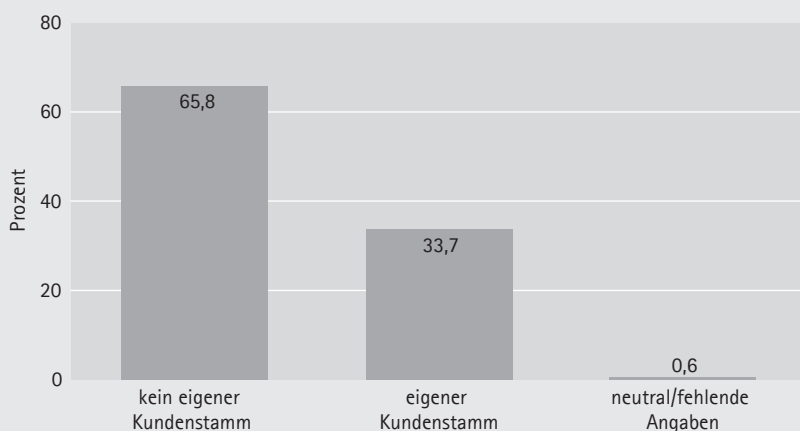
Im Falle mehrerer Kunden können Zweifel an der „Selbständigkeit“ von Selbständigen angebracht sein: zum einen, wenn diese mit einem dominanten Auftraggeber kooperieren, zum anderen, wenn die Kunden durch einen Dritten vermittelt werden und der Vermittler dabei auf die Art der Leistungserbringung Einfluss nimmt.

Als dominant wurde ein Auftraggeber definiert, wenn er in wirtschaftlicher Hinsicht sehr viel wichtiger war als andere Auftraggeber/Kunden. Von einer wirtschaftlich sehr wichtigen Vertragsbeziehung wurde dann ausgegangen, wenn hier in den vergangenen sechs Monaten mehr als 80 % des Umsatzes erwirtschaftet wurden. Dieses Kriterium kam bereits im Screening-Prozess zur Anwendung. Im Falle von zwei und mehr Kunden wurden Selbständige bereits im Screening-Verfahren nur dann der Grauzone zugerechnet, wenn das Vertragsverhältnis durch einen dominanten Auftraggeber bzw. Vermittler mit Arbeitgeberfunktionen geprägt ist (siehe Tabelle A1.3 zur Screening-Logik im Anhang).

Als zweites Kriterium wird berücksichtigt, inwieweit die Befragten sich ihre Kunden selbst gesucht haben bzw. diese von Dritten vermittelt wurden. Im Falle der Vermittlung durch Dritte wurden bereits im Screening nur diejenigen Personen

der Grauzone zugerechnet, bei denen der Vermittler auch Arbeitgeberfunktionen (Anweisungen und/oder Abrechnung) übernommen hat. Daraus ergibt sich für die Erwerbstätigen in der Grauzone hinsichtlich des Kriteriums „eigener Kundenstamm“ folgender Befund: Lediglich ein Drittel der Erwerbstätigen in der Grauzone verfügt über einen eigenen Kundenstamm, bei zwei Dritteln der Befragten kann nicht von einem eigenen Kunden(-stamm) ausgegangen werden. Bei knapp 1 % liegen keine vollständigen Informationen vor (Abbildung 4.21).

Abbildung 4.21: Kundenstamm nach Alternativ-Modell



Quelle: IAB-Projekt 1563. N = 1.557.

4.2.1.2 Freie Preisgestaltung

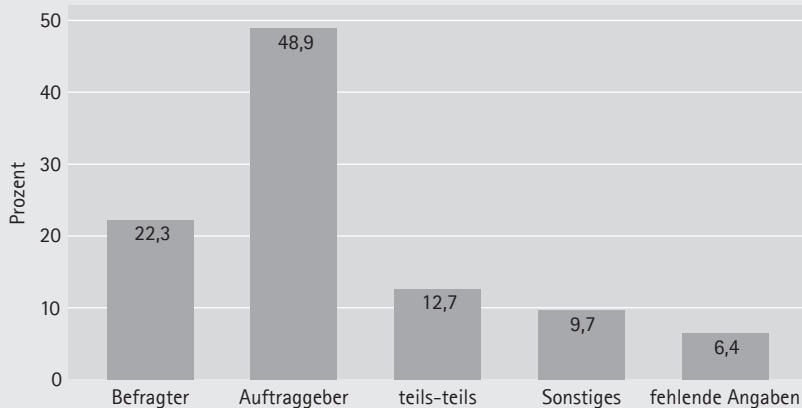
Neben der freien Wahl der Kunden erfährt unternehmerisches Handeln im Wesentlichen Freiheitsspielräume durch die Möglichkeit, die Preise unter Marktbedingungen entsprechend den eigenen unternehmerischen Erfordernissen frei zu gestalten. Dabei ergeben sich folgende Optionen: a) die Befragten können selbst den Preis für bereitgestellte Güter oder Dienstleistungen setzen, b) der Auftraggeber gibt den Preis vor, c) der Auftraggeber nimmt teilweise Einfluss auf die Preisgestaltung und d) der Preis ergibt sich aufgrund von Gebührenordnungen oder anderen Formen allgemeiner Preissetzung (Buchpreisbindung etc.).

Abbildung 4.22 gibt den empirischen Befund wieder. Danach setzen 22 % den Preis selbst, bei 49 % entscheidet dies der Auftraggeber vollständig und bei weiteren 13 % teilweise. In 10 % der Fälle ist der Preis extern (etwa auf Basis einer Gebührenordnung) definiert und 7 % der Befragten gaben hierzu keine belastbare Antwort.

Für die Modellierung ergibt sich daraus folgender Befund: Jeder fünfte Befragte in der Grauzone (22 %) entscheidet selbst über die Preisbildung, bei nahezu zwei Dritteln der Befragten (62 %) ist der Auftraggeber aktiv an der Preisbildung beteiligt

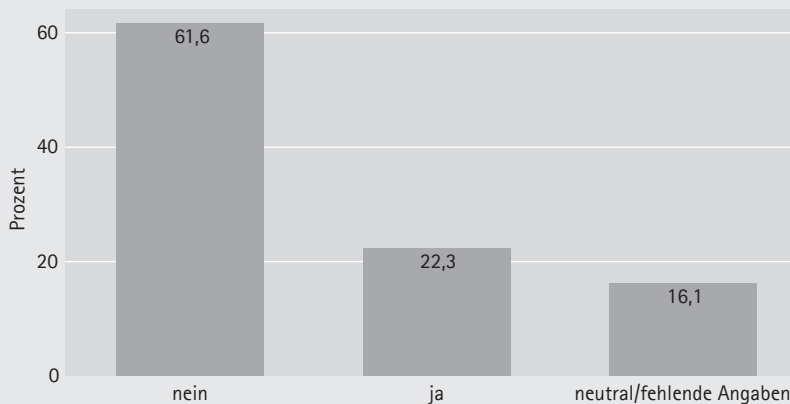
(erneut wird die Antwortkategorie „teils – teils“ dem Auftraggeber zugeordnet) und bei 16 % kann dieses Kriterium aufgrund externer Preisbildung bzw. fehlender Angaben bei der Modellbildung nicht berücksichtigt werden.

Abbildung 4.22: Entscheidung über Preisfestlegung



Quelle: IAB-Projekt 1563. N = 1.557.

Abbildung 4.23: Eigene Preisbildung des Auftragnehmers nach Alternativ-Modell

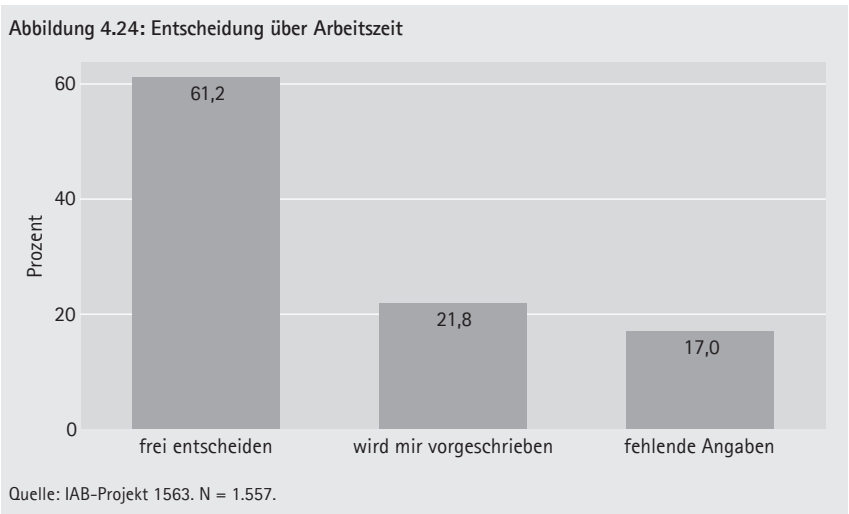


Quelle: IAB-Projekt 1563. N = 1.557.

4.2.2 Freie Zeiteinteilung

Der erkenntnisleitenden Annahme gemäß erlaubt es das unternehmerische Handeln, die freie Zeiteinteilung, den Arbeitseinsatz und somit die Höhe des erzielten Einkommens zu bestimmen. Der Arbeitnehmer hingegen unterliegt typischerweise

der fremden Verfügungsgewalt über die Einteilung der Arbeitszeit. Empirisch wurden die Erwerbstätigen in der Grauzone gefragt, ob sie selbst darüber entscheiden können, wann die Arbeitsleistung erbracht wird.



In Zeiten der Flexibilisierung der Arbeitszeiten für abhängig Beschäftigte könnten einerseits fixe Zeitvorgaben zugunsten flexibler Zeitregime, wie Gleitzeit oder Kernzeit-Regelungen, an Bedeutung verlieren. Demzufolge wurde mit dem Kriterium „freie Zeiteinteilung“ berücksichtigt, inwieweit der Auftragnehmer beim Auftraggeber in Dienstplänen berücksichtigt wird oder ob für den Auftragnehmer Gleitzeit- oder Kernarbeitszeiten des Auftraggebers gelten. Wie Tabelle 4.2 zu entnehmen ist, gelten für 19 % Dienstpläne und für 15 % Gleit- oder Kernzeiten des Auftraggebers.

Tabelle 4.2: Für Auftraggeber bestehen Gleitzeit-/Kernzeit-Regelungen

	Absolute Häufigkeiten	Relative Häufigkeiten (Basis: N Nennungen)	Relative Häufigkeiten (Basis: N Befragte)
Dienstplan	288	17,5	18,5
Gleit-/Kernzeit	239	14,5	15,4
weder noch	1.120	68,0	71,9
Nennungen insgesamt	1.647	100	105,78

Quelle: IAB-Projekt 1563. 1.647 Nennungen von 1.557 Befragten; Mehrfachnennung möglich.

Schließlich wurde das Merkmal „Bereitschaftsdienst/Rufbereitschaft“ erhoben, das erfasst, ob die Befragten außerhalb der normalen Arbeitszeit auch zu Bereitschaftsdiensten oder zu Rufbereitschaft verpflichtet sind. 5 % der Befragten sind zu Bereitschaftsdienst und 7 % zu Rufbereitschaft verpflichtet, 91 % sind davon nicht betroffen (Tabelle 4.3).

Tabelle 4.3: Bereitschaftsdienst/Rufbereitschaft

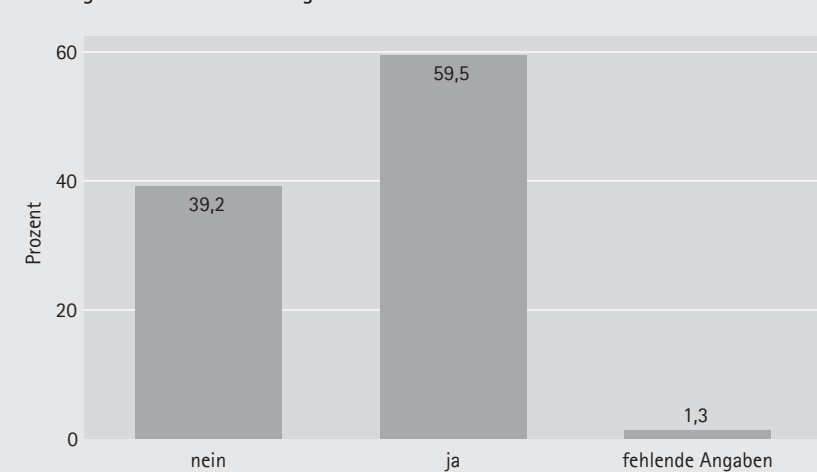
	Absolute Häufigkeiten	Relative Häufigkeiten (Basis: N Nennungen)	Relative Häufigkeiten (Basis: N Befragte)
Bereitschaftsdienst	70	4,4	4,5
Rufbereitschaft	105	6,6	6,7
weder noch	1.410	89,0	90,6
Nennungen insgesamt	1.585	100	101,8

Quelle: IAB-Projekt 1563. 1.585 Nennungen von 1.557 Befragten; Mehrfachnennung möglich.

Für die Bildung des Kriteriums „freie Zeiteinteilung“ wurden die Merkmale „tägliche AZ-Regelung“ sowie „Dienstplan/Gleitzeitregelungen“ berücksichtigt. Auf das Merkmal „Rufbereitschaft/Bereitschaftsdienst“ wurde verzichtet, da entsprechende Vorgaben typischerweise auch für bestimmte Gruppen von Selbständigen bzw. freien Berufen (Ärzte, Apotheker, Informatiker oder bestimmte Handwerksberufe) gegeben sein können.

Daraus ergibt sich folgendes Bild: 39 % der Befragten verfügen im Wesentlichen nicht über die Möglichkeit, die Arbeitszeit frei einzuteilen, bei 60 % der Befragten ist dieses Kriterium gegeben, lediglich 1 % der Befragten hat diese Frage nicht beantwortet (Abbildung 4.25). Unter Berücksichtigung von Bereitschaftsdienst/Rufbereitschaft wäre insgesamt betrachtet weiteren 4 % die freie Zeiteinteilung verwehrt.

Abbildung 4.25: Freie Zeiteinteilung im Alternativ-Modell



Quelle: IAB-Projekt 1563. N = 1.557.

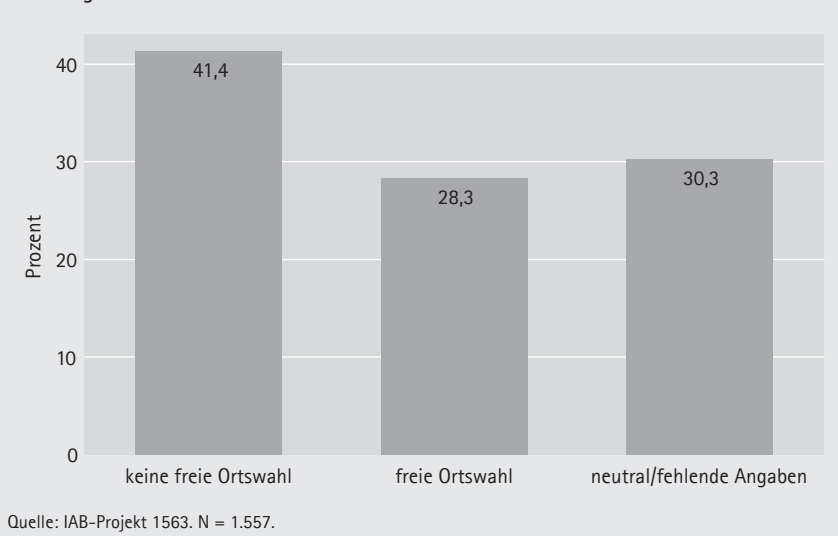
4.2.3 Örtliche unternehmerische Freiheit

Unternehmerische Freiheit in örtlicher Hinsicht kommt darin zum Ausdruck, dass der Selbständige den Ort seiner unternehmerischen Betätigung frei wählen kann. Empirisch ist dabei zunächst zu bestimmen, ob der Befragte im Rahmen des hier betrachteten Vertragsverhältnisses im Wesentlichen an einem Ort tätig wird oder ob er an verschiedenen Orten tätig ist. Hier ist z. B. an Kundenbesuche zu denken, die der Auftragnehmer im Namen des Auftraggebers zu erledigen hat. Einschränkungen sind bei der Bestimmung der örtlichen unternehmerischen Freiheit insofern zu beachten, als unter Umständen der Ort durch die Sache selbst vorgegeben ist und somit jenseits der Entscheidungsmöglichkeiten der Vertragspartner liegt. In diesem Fall ist das Merkmal „örtliche unternehmerische Freiheit“ als neutral zu bewerten. Wie schon für das BAG-Modell aufgezeigt werden konnte (Abbildung 4.7), sind 59 % der Erwerbstätigen in der Grauzone überwiegend an einem Ort tätig und weitere 41 % an wechselnden Orten. Von den Befragten, die ihre Leistung überwiegend an einem bestimmten Ort erbringen, entscheiden 40 % selbst über den Arbeitsort, bei 60 % gibt der Auftraggeber den Arbeitsort vor.

Bezogen auf die 41 % der Befragten, die im Rahmen der hier betrachteten Vertragsbeziehung an verschiedenen Orten (etwa in verschiedenen Betrieben oder Filialen des Vertragspartners, auf Baustellen, bei Kunden oder Liefertätigkeiten) tätig werden, ist der Ort der Leistungserbringung vielfach bereits durch die Art der Tätigkeit (z. B. verschiedene Baustellen) vorgegeben. Insbesondere bei Kundenbesuchen oder Liefertätigkeiten stellt sich in besonderer Weise die Frage nach der Weisungsbindung. Im Detail geht es darum, wer die Kunden auswählt und die Reihenfolge der Besuche bzw. die Route festlegt. Bei drei Viertel der Selbständigen, die an variablen Orten tätig werden, sind diese Orte durch die Sache selbst definiert, bei 15 % sind diese Orte durch den Auftraggeber vorgegeben und bei 12 % durch den Befragten selbst gewählt.

In der Zusammenschau beider Varianten der Ortswahl ergibt sich demnach, dass entsprechend dem Kriterium „freie Ortswahl“ im Alternativ-Modell 28 % der Befragten über eine freie Ortswahl verfügen, bei 41 % übernimmt der Auftraggeber die Frage der Ortswahl, bei 30 % der Befragten ist das Merkmal „freie Ortswahl“ von der Sache her vorgegeben und als neutral zu behandeln. Analog wurden die wenigen Fälle behandelt, über die nur unzureichende Informationen vorliegen (Abbildung 4.26).

Abbildung 4.26: Freie Ortswahl im Alternativ-Modell



4.2.4 Eigene Unternehmensorganisation

Unabhängig von der Rechtsform oder dem Unternehmenskonzept lässt sich eine Unternehmensorganisation formal durch drei Merkmale bestimmen: die Mitarbeiter, die Betriebsstätte sowie das Betriebskapital. Alle drei Merkmale sind typischerweise erforderlich, um am Markt selbständig unternehmerisch agieren zu können.

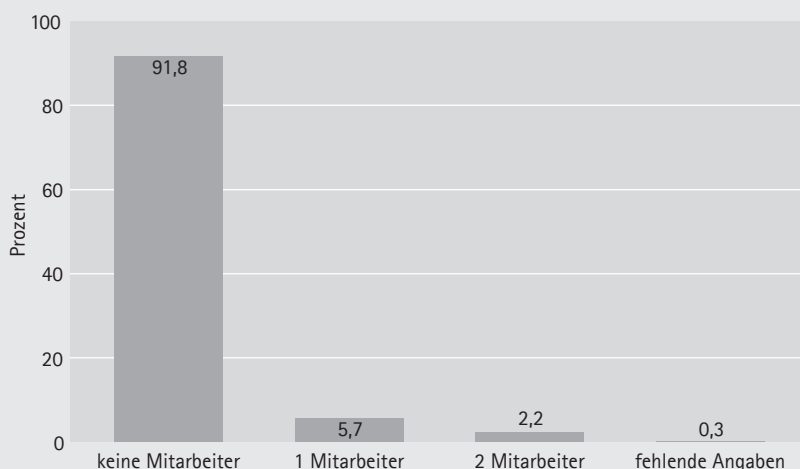
4.2.4.1 Eigene Mitarbeiter

Bereits beim Screening-Prozess wird von der Annahme ausgegangen, dass Personen, die mehr als zwei Mitarbeiter sozialversicherungspflichtig beschäftigen, in jedem Fall als Selbständige zu behandeln sind, da in diesen Fällen die Beschäftigung Dritter bereits auf die unternehmerische Betätigung verweist. Selbständige, die mehr als zwei Mitarbeiter selbständig beschäftigten, wurden deshalb nicht der Grauzone zugeordnet. Bezogen auf die Erwerbstätigen in der Grauzone kann empirisch gezeigt werden, dass 92 % der Erwerbstätigen ohne sozialversicherungspflichtige Mitarbeiter tätig sind. 6 % der Grauzonen-Erwerbstätigen beschäftigen einen und 2 % zwei Mitarbeiter sozialversicherungspflichtig (Abbildung 4.27).

Unabhängig von der Zahl der Mitarbeiter ist das Merkmal der persönlichen Leistungserbringung zu berücksichtigen. Ein Kennzeichen abhängiger Beschäftigung ist darin zu sehen, dass im Rahmen eines Arbeitsvertrags die vertraglich vereinbarte Leistung persönlich erbracht werden muss. Die selbständige Betätigung

hingegen eröffnet die Möglichkeit, Tätigkeiten an eigene Mitarbeiter zu delegieren, um so unternehmerische Chancen wahrnehmen zu können. Im Rahmen der empirischen Befragung wurde erhoben, ob die Befragten im Rahmen des jeweils betrachteten Vertragsverhältnisses die vertraglich vereinbarte Leistung persönlich zu erbringen haben oder ob die Möglichkeit besteht, die Leistungserbringung an eigene Mitarbeiter zu delegieren. Unabhängig von der konkreten Mitarbeiterzahl wird somit die prinzipielle Möglichkeit einer unternehmerischen Betätigung erhoben. Je nach Marktsituation und unternehmerischem Kalkül wären demzufolge die Möglichkeiten für eine eigene Mitarbeiterschaft gegeben.

Abbildung 4.27: Zahl sozialversicherungspflichtig beschäftigter Mitarbeiter



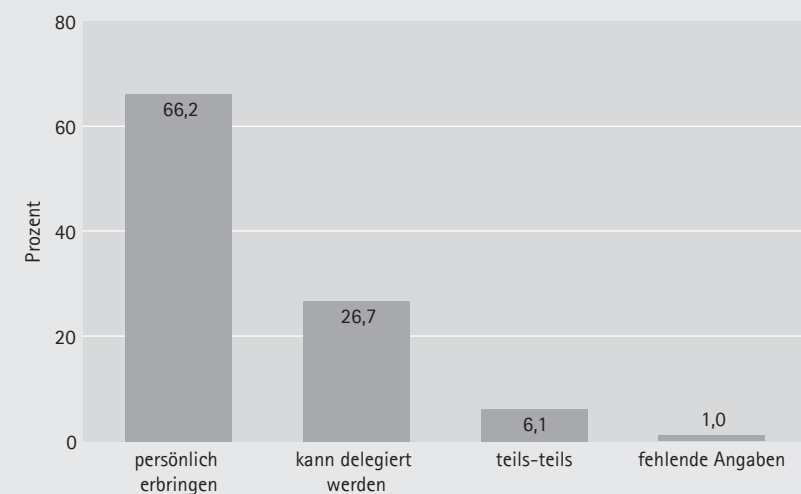
Quelle: IAB-Projekt 1563. N = 1.557.

Empirisch wird jedoch deutlich, dass 66% der Befragten die vertraglich vereinbarte Leistung persönlich zu erbringen haben und somit über keine Möglichkeit verfügen, unternehmerisch tätig zu werden und gegebenenfalls zusätzliche Mitarbeiter zu beschäftigen. Weitere 6% sind verpflichtet, die Leistung zumindest teilweise selbst zu erbringen. Für 27% der Befragten besteht die Möglichkeit, Tätigkeiten an Mitarbeiter zu delegieren und unternehmerisch im eigentlichen Sinne tätig zu werden (Abbildung 4.28). Empirisch sind die Merkmale „persönliche Leistungserbringung“ sowie „Zahl der Mitarbeiter“ hoch korreliert.

Eine Sonderstellung wurde hier in der ersten Scheinselbständigen-Studie (siehe Dietrich 1996) den freien Berufen zugesprochen. In der vorliegenden Studie sind 38% aller Befragten in der Grauzone den Katalogberufen der freien Berufe zuzuordnen (28% der Haupterwerbstätigen und 45% der selbständigen Nebentätigen) (siehe ausführlicher Kapitel 6.1). Freie Berufe zeichnen sich dadurch aus, dass die

freiberufliche Leistung, die den jeweiligen freien Beruf konstituiert, persönlich zu erbringen ist. Im Falle, dass Freiberufler im obigen Sinne Mitarbeiter beschäftigen, werden diese typischerweise nicht mit Aufgaben betraut, die Gegenstand der vertraglichen vereinbarten Leistung sind, sondern lediglich mit unterstützenden Hilfstätigkeiten. Hier ist etwa an Arztpraxen, Anwaltskanzleien oder Architekturbüros zu denken. Gleichwohl scheint dieses Kriterium der persönlich erbrachten freiberuflichen Leistung aus ökonomischer Sicht derzeit deutlich an Bedeutung zu verlieren. Gemeinschaftspraxen von Ärzten, *law firms* etc. sprechen hier für eine Öffnung der persönlich erbrachten Leistung, so dass dieser Aspekt immer weniger dazu herangezogen werden kann, den Sonderstatus persönlich erbrachter Leistung im Kontext der freien Berufe zu begründen.

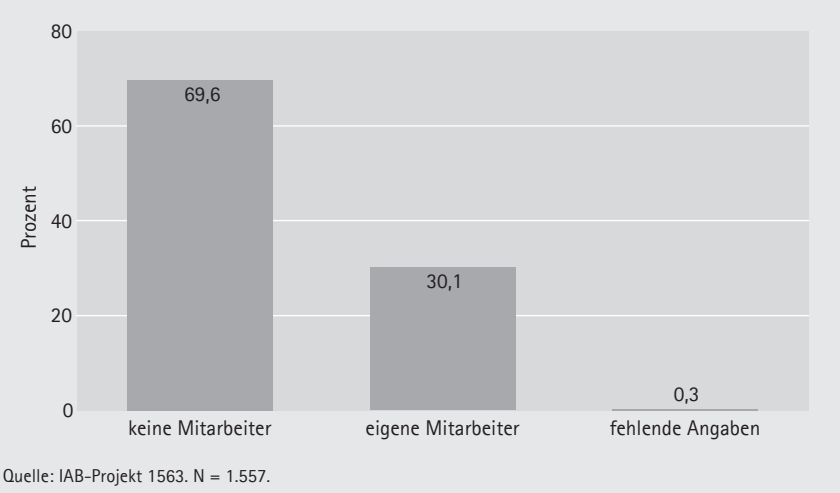
Abbildung 4.28: Leistungserbringung



Quelle: IAB-Projekt 1563. N = 1.557.

Nachfolgend wird beim Kriterium „eigene Mitarbeiter“ auf die Merkmale „Zahl der Mitarbeiter“ und „persönliche Leistungserbringung“ zurückgegriffen. Das Kriterium „eigene Mitarbeiter“ ist dann gegeben, wenn a) eigene Mitarbeiter beschäftigt werden bzw., falls keine beschäftigt werden, prinzipiell die Möglichkeit besteht, auf eigene Mitarbeiter zurückzugreifen. Wie aus Abbildung 4.29 ersichtlich wird, ist das Kriterium „eigene Mitarbeiter“ bei 30 % der Befragten gegeben, bei 70 % besteht keine Beschäftigung(–smöglichkeit) eigener Mitarbeiter.

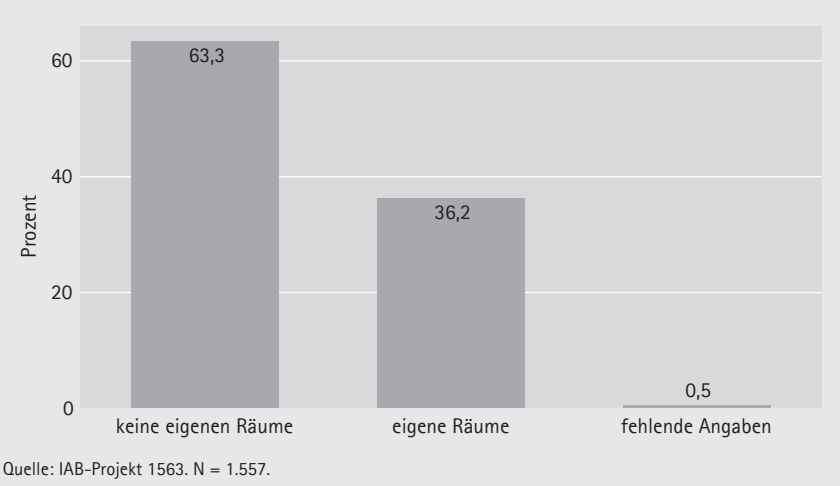
Abbildung 4.29: Mitarbeiter nach Alternativ-Modell



4.2.4.2 Eigene Geschäftsräume

Grundlage für die Bestimmung des Merkmals „eigene Geschäftsräume“ ist analog zum BAG-Modell die Überlegung, ob die Betätigung im Wesentlichen an einem bestimmten Ort erfolgt oder an wechselnden Orten. Als empirischer Ausgangspunkt dient somit erneut die Frage „Arbeiten Sie überwiegend an einem bestimmten Arbeitsort oder an wechselnden Orten?“. Dabei wird deutlich, dass 63 % der Befragten im Rahmen des hier betrachteten Vertragsverhältnisses überwiegend an einem Ort tätig sind, 36 % werden an wechselnden Orten tätig und 1 % der Befragten hat zu dieser Frage keine Angaben gemacht.

Abbildung 4.30: Geschäftsräume nach dem Alternativ-Modell



Wenn die Befragten für ihren Auftraggeber überwiegend an einem bestimmten Arbeitsort tätig werden, dann ist in diesem Kontext relevant, ob die Befragten dabei überwiegend in den eigenen Räumen arbeiten und somit die eigene räumliche Organisation als Grundlage der selbständigen Betätigung zu begreifen ist oder ob diese Räumlichkeit durch den Vertragspartner bzw. von dritten Kunden, für die der Befragte im Auftrag eines Vertragspartners tätig wird, gestellt wird und somit dem Befragten in örtlicher Hinsicht die Möglichkeit der selbständigen Betätigung vorenthalten bleibt.

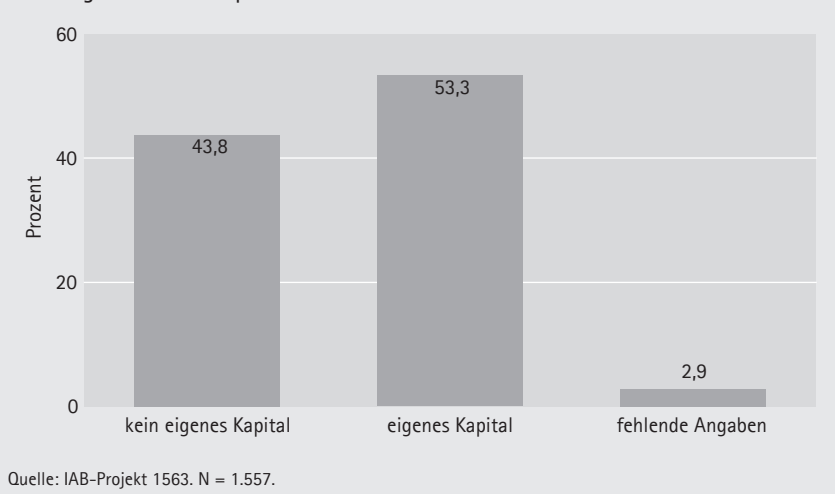
Anders stellt sich die Situation dar, wenn die Betätigung regelmäßig an wechselnden Orten erfolgt, wie dies etwa bei Außendiensttätigkeiten der Fall ist. In diesem Zusammenhang liegt es in der Natur der Betätigung, dass der Arbeitsort durch den Ablauf der Tätigkeit oder über den Ort, der vom Kunden selbst vorgegeben wird, definiert ist. Dabei unterscheiden sich selbständig Erwerbstätige nicht von abhängig Beschäftigten. Als entscheidend wird jedoch erachtet, ob der Befragte über ein eigenes Büro bzw. über eigene Geschäftsräume, eine eigene Werkstatt usw. verfügt, von wo aus die Tätigkeit vorbereitet und ausgewertet wird. Falls diese Räumlichkeiten beim Vertragspartner angesiedelt sind bzw. falls keine derartigen räumlichen Voraussetzungen gegeben sind, wird im Weiteren angenommen, dass das Merkmal „eigene Geschäftsräume“ nicht gegeben ist, somit ein Hinweis auf eine abhängig ausgeübte Betätigung vorliegt.

4.2.4.3 Eigenes Betriebskapital

Eigenes Betriebskapital ist als weitere Voraussetzung für die Wahrnehmung von unternehmerischen Chancen und Risiken und somit für unternehmerisches Handeln anzusehen. Entscheidend ist hier, ob die Befragten im Rahmen des jeweils relevanten Vertragsverhältnisses eigenes Betriebskapital einsetzen oder im Wesentlichen auf Kapital des Vertragspartners zurückgreifen.

Empirisch wurde mit der Frage „Benutzen Sie bei ihrer Arbeit ausschließlich oder überwiegend Arbeitsmittel ihres Auftraggebers, z. B. Maschinen, Bürogeräte oder Fahrzeuge? Oder verwenden Sie dabei ausschließlich oder überwiegend ihre eigenen Maschinen, Werkzeuge, Bürogeräte oder Fahrzeuge?“ die Informationsgrundlage für das Kriterium „eigenes Betriebskapital“ ermittelt. Das Kriterium weist dann auf eine selbständige Betätigung hin, wenn die Befragten eigene Arbeitsmittel einsetzen. Das Kriterium weist auf eine abhängig ausgeübte Beschäftigung hin, wenn der Befragte im Wesentlichen Kapital des Vertragspartners einsetzt. 44 % der Befragten setzen in dem hier beobachteten Vertragsverhältnis kein eigenes Kapital ein, 53 % setzen eigenes Kapital ein. Relativierend ist zudem anzumerken, dass bei 50 % derer, die eigenes Betriebskapital einsetzen, der Wert des Kapitals weniger als 5.000 € beträgt und nur bedingt von Unternehmenskapital im eigentlichen Sinn auszugehen ist (Abbildung 4.31).

Abbildung 4.31: Betriebskapital nach Alternativ-Modell



4.2.5 Selbständigkeit und Abhängigkeit im Alternativ-Modell

Im Alternativ-Modell mit dem Leitgedanken des „Unternehmerrisikos“ werden bei der Bestimmung der Arbeitnehmereigenschaft sieben Kriterien berücksichtigt (siehe Kapitel 2 sowie insbesondere Tabelle 2.1): „örtliche unternehmerische Freiheit“, „zeitliche unternehmerische Freiheit“, „inhaltliche unternehmerische Freiheit“, repräsentiert durch die Kriterien „eigener Kundenstamm“ und „freie Preisgestaltung“ sowie das Abgrenzungskriterium „eigene Organisation“, dargestellt durch die Kriterien „eigene Mitarbeiter“, „eigene Geschäftsräume“ und „eigenes Betriebskapital“. Ferner geht das Screening-Merkmal „ein (dominanter) Auftraggeber bzw. Vermittler“ indirekt in die Modellierung ein. Als Hilfskriterium wird die Freiwilligkeit der Übernahme des Unternehmerrisikos herangezogen.

Analog zum BAG-Modell belegen die Befunde zu den Kriterien des Alternativ-Modells, dass die einzelnen Kriterien des Alternativ-Modells mit unterschiedlicher Verteilung in der Grauzonenpopulation vorliegen. 66 % der Grauzonenbefragten verfügen über keinen eigenen Kundenstamm, 62 % können Preise nicht selbst festlegen, 39 % verweisen auf bindende Zeiteinteilung und 41 % auf Ortsvorgaben durch den Vertragspartner. 70 % der Grauzonen-Erwerbstätigen können die Leistungserbringung nicht an Mitarbeiter delegieren und 63 % verfügen über keine eigenen Geschäftsräume.

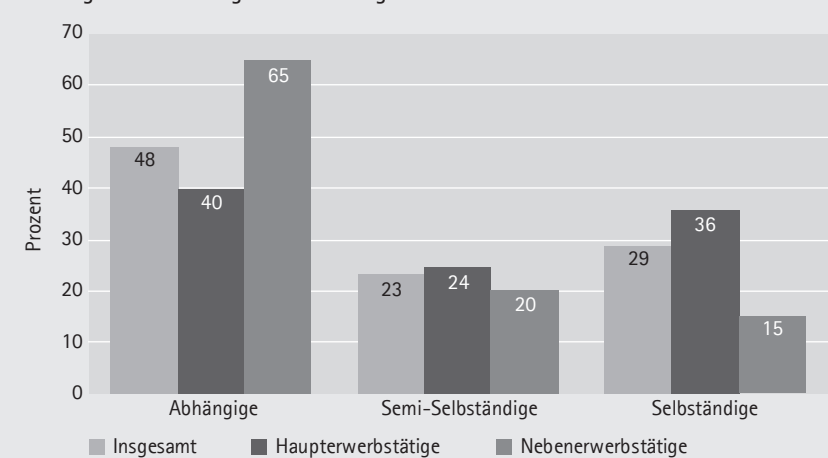
Auf Grundlage des Alternativ-Modells wird nachfolgend dann eine Zuordnung zu abhängiger Beschäftigung vorgenommen, wenn bei den Befragten neben dem Merkmal „nur ein (dominanter) Auftraggeber“ für mindestens vier der sieben Untermerkmale ausreichende Informationen zur Verfügung stehen.

Insgesamt betrachtet liegen für 98,5 % der Befragten Informationen für vier bis sieben der insgesamt sieben in die Prüfung einbezogenen Merkmale vor. Lediglich für 1,5 % der Befragten stehen demzufolge weniger als 50 % der nötigen Informationen zur Verfügung (d. h., hier liegen lediglich für maximal drei Kriterien verwertbare Informationen vor). Diese in der Grauzone tätigen Befragten können bei der Modellbildung im Alternativ-Modell nicht berücksichtigt werden.

Analog zum BAG-Modell wird bei dem Alternativ-Modell aus den dargestellten Einzelmerkmalen ein Gesamtmodell gebildet, wobei analog zum BAG-Modell davon ausgegangen wird, dass mehr als 66 % der verwertbaren Kriterien auf eine abhängige Tätigkeit hinweisen müssen, um die jeweilige Person als abhängig erwerbstätig einzustufen. Das bedeutet bei vier verwertbaren Kriterien müssen mindestens drei für eine abhängige Erwerbstätigkeit sprechen,⁸ bei fünf bzw. sechs verwertbaren Kriterien müssen mindestens vier Kriterien auf eine abhängige Erwerbstätigkeit hinweisen und bei sieben Kriterien müssen mindestens fünf Kriterien erfüllt sein. Analog hierzu erfolgt die Setzung für den Hinweis auf Selbstständigkeit. Daneben finden sich erneut Befragte, die keiner der beiden Gruppen eindeutig zuzuordnen sind und als „Semi-Selbstständige“ bezeichnet werden.

Empirisch kann nun gezeigt werden, dass nach dem Alternativ-Modell 29 % der Befragten in der Grauzone als Selbständige einzustufen sind, 23 % weder eindeutig als selbstständig noch als abhängig Erwerbstätige und somit als „Semi-Selbstständige“ zu bewerten sind und schließlich 48 % als „abhängig Beschäftigte“ (und demzufolge als Scheinselbständige) einzustufen sind (Abbildung 4.32).

Abbildung 4.32: Zuordnung der Erwerbstätigen in der Grauzone nach dem Alternativ-Modell



Quelle: IAB-Projekt 1563. N = 1.557; vier und mehr gültige Kriterien je Person; populationsgewichtete Angaben.

8 Wobei für 0,9 % aller Fälle lediglich vier Kriterien verwertbar sind.

Weiterhin ist bei der rechtlichen Einstufung in der Grauzone durch das Alternativ-Modell zu unterscheiden, inwieweit es sich bei den analysierten Vertragsverhältnissen um eine Haupterwerbstätigkeit oder um eine Nebentätigkeit in der Grauzone handelt. Dabei wird deutlich, dass von den Haupterwerbstätigen in der Grauzone entsprechend dem Alternativ-Modell 36 % als Selbständige eingestuft werden, 24 % als Semi-Selbständige und 40 % als abhängig Beschäftigte. Demgegenüber werden auf Basis des Alternativ-Modells 15 % der Befragten, die hinsichtlich ihrer Nebentätigkeit der Grauzone zugeordnet wurden, als Selbständige eingestuft, weitere 20 % als Semi-Selbständige und 65 % als abhängig Beschäftigte bzw. Scheinselbständige (ausführlicher zur Demografie der Grauzonen-Erwerbstätigen und der Bestimmung der Vertragssituation nach den drei Rechtsmodellen siehe Kapitel 5).

Schließlich wird das Hilfskriterium der freiwilligen Übernahme des Unternehmersrisikos berücksichtigt. Hier wird darauf abgestellt, dass Personen „unfreiwillig“ selbständige Verträge eingehen, aufgrund fehlender Alternativen oder Outsourcing-Prozessen von Betrieben (siehe Dietrich 1996a). Wie Tabelle 4.4 zu entnehmen ist, üben Erwerbstätige in der Grauzone von selbständiger und abhängiger Erwerbstätigkeit signifikant häufiger abhängige Vertragsformen aus, wenn sie bei Aufnahme des Vertragsverhältnisses keine Vertragsalternativen gesehen haben. Differenziert nach Haupt- und Nebentätigkeit, lässt sich dieser Zusammenhang lediglich im Falle von Haupterwerbstätigkeiten zeigen, jedoch nicht bei Nebentätigkeiten.

Tabelle 4.4: Erwerbstätige in der Grauzone nach vertraglichen Alternativen bei Vertragsabschluss und rechtlicher Stellung (Alternativ-Modell)

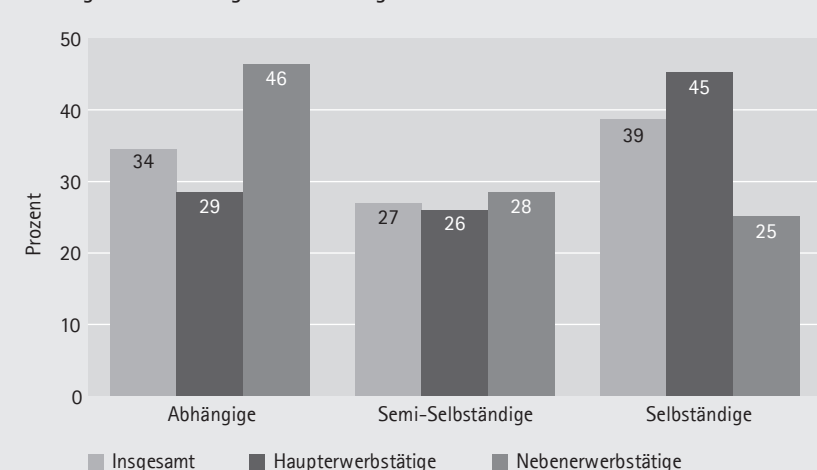
Wahl zwischen diesem Auftraggeber und anderen Vertragspartnern		
	Spalten-%	
	ja	nein
	Insgesamt	
Abhängige	45,4	54,1
Semi-Selbständige	21,5	22,4
Selbständige	33,1	23,5
Signifikanz	***	
	Haupterwerbstätige	
Abhängige	35,9	43,4
Semi-Selbständige	22,5	23,3
Selbständige	41,6	33,3
Signifikanz	*	
	Nebenerwerbstätige	
Abhängige	65,3	64,9
Semi-Selbständige	19,3	21,6
Selbständige	15,4	13,5
Signifikanz	n. s.	
Quelle: IAB-Projekt 1563. N = 1.557; vier und mehr gültige Kriterien je Person; Signifikanzniveau *95 %, **99 %, ***99,9 % (auf Basis ungewichteter Daten). n. s. = nicht signifikant.		

4.3 BAG-Plus-Modell

Das BAG-Plus-Modell setzt am BAG-Modell an und orientiert sich am Prinzip der Weisungsbindung als strukturierendes Element der persönlichen Abhängigkeit. Gleichwohl wird hier das Kriterium der Weisungsbindung dahingehend interpretiert, inwieweit ein gegebenes Vertragsverhältnis zwischen einem selbständig Erwerbstätigen und seinem Auftraggeber es dem selbständig Erwerbstätigen erlaubt, sich darüber hinausgehend am Markt zu bewegen und alternative Kunden/Aufträge zu akquirieren und auch abzuarbeiten. Demzufolge wird bei der Bestimmung der Arbeitnehmereigenschaft hier das Spannungsverhältnis zwischen persönlicher Abhängigkeit und unternehmerischer Freiheit in den Mittelpunkt der Betrachtung gestellt. Ergänzend wird, analog zum BAG-Modell, das Kriterium der Eingliederung in die Organisation des Auftraggebers herangezogen.

Empirisch zeigt sich, dass 37 % der Befragten nach dem BAG-Plus-Modell als Selbständige und weitere 28 % als Semi-Selbständige einzustufen sind. Rund ein Drittel (35 %) ist als abhängig Beschäftigte und damit als Scheinselbständige zu bewerten. Erneut unterscheiden sich Haupt- bzw. Nebentätigkeiten deutlich hinsichtlich der Bewertung der Vertragssituation durch das BAG-Plus-Modell. Dabei stuft das BAG-Plus-Modell Haupterwerbstätige in erheblich höherem Umfang als Selbständige ein (46 %) als nebenberuflich wahrgenommene Vertragsverhältnisse (25 %). Nahezu invers zeichnet sich der Befund bei der Bewertung von Vertragsverhältnissen als scheinselbständige Verträge ab: 27 % im Haupterwerb und 47 % im Nebenerwerb.

Abbildung 4.33: Zuordnung der Erwerbstätigen in der Grauzone nach dem BAG-Plus-Modell



Quelle: IAB-Projekt 1563. BAG-Plus-Modell N = 1.454; vier und mehr gültige Kriterien je Person; populationsgewichtete Angaben.

Für das BAG-Plus-Modell wurden ergänzend zwei Hilfskriterien herangezogen: zum einen die Frage, ob bei Abschluss des aktuellen Vertrags vertragliche Alternativen bestanden. Zum anderen der Aspekt, ob mit zunehmender Vertragsdauer der Aspekt der Selbständigkeit bei den Vertragsverhältnissen an Bedeutung gewinnt. Prinzipiell können Unternehmer oder Selbständige zeitweise oder im Extremfall auch auf längere Dauer nur für einen Auftraggeber bzw. Kunden tätig werden. Dabei stellt sich die Frage, ob das unternehmerische Handeln der Erwerbstätigen dann nicht zunehmend vom Vertragspartner geprägt wird. Da der Selbständige dann nur begrenzt oder nicht mehr am Markt auftritt, stellt sich gleichermaßen die Frage der Konkurrenzfähigkeit.

Tabelle 4.5 folgend zeigt sich aus empirischer Sicht, dass bei kurzen Vertragsdauern kein Zusammenhang zwischen der Frage nach Vertragsalternativen bei Abschluss des gegenwärtigen Vertrags und dem Grad der selbständigen Betätigung besteht. Jedoch gibt es ungeachtet fehlender Signifikanz des Zusammenhangs Hinweise darauf, dass bei kurzen Vertragsdauern der Grad der Selbständigkeit eher begrenzt zu sein scheint, da ein Großteil der Personen, die eine Vertragsdauer bis zu zwei Jahren berichten, gemäß den drei hier berücksichtigten Rechtsmodellen als „abhängig Beschäftigte“ eingestuft werden (in Tabelle 4.5 exemplarisch für das BAG-Plus-Modell dargestellt).

Tabelle 4.5: BAG-Plus-Modell: Vertragsalternativen und Vertragsdauer bis zu zwei Jahre (Hilfskriterien)

	Wahl zwischen diesem Auftraggeber und anderen Vertragspartnern	
	ja	nein
Abhängige	40,6	44,9
Semi-Selbständige	33,0	28,9
Selbständige	26,4	26,2
Insgesamt	100	100
Signifikanz	n. s.	n. s.

Quelle: IAB-Projekt 1563. BAG-Plus-Modell; vier und mehr gültige Kriterien je Person; Teilgruppe: Vertragsdauer bis zu zwei Jahre, N = 673; Signifikanzniveau *95 %, **99 %, ***99,9 % (auf Basis ungewichteter Daten).
n. s. = nicht signifikant.

Wird weiterhin der Zusammenhang zwischen Vertragsdauer und dem Grad der Selbständigkeit untersucht, zeigt sich, dass mit zunehmender Vertragsdauer der Anteil selbständiger Verträge in der Grauzone zunimmt. Jedoch kann aufgrund der Querschnittsdaten nicht entschieden werden, ob sich die Vertragsverhältnisse mit zunehmender Markterfahrung der Befragten von einer mehr abhängigen zu einer mehr selbständigen Vertragsform entwickelt haben, ob formal selbständige

Vertragsbeziehungen, die einen stark abhängigen Vertragscharakter aufweisen, schneller wieder vom Markt verschwinden oder ob kürzere Vertragsverhältnisse grundsätzlich ein höheres Maß an Bindung aufweisen.

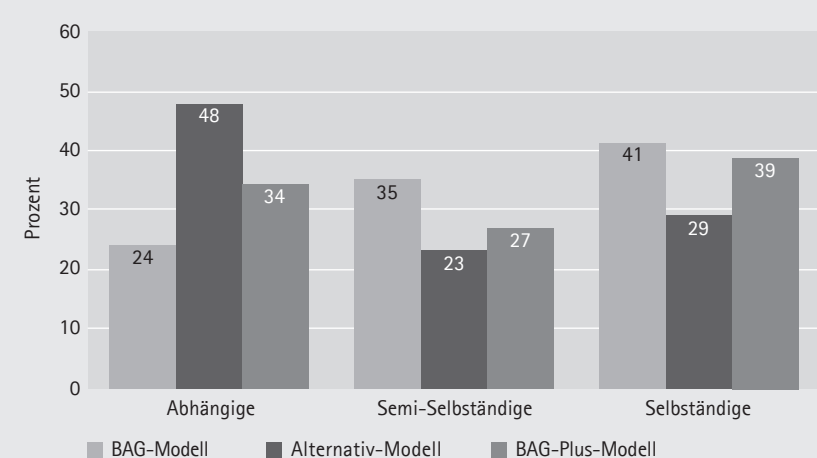
4.4 Synoptische Betrachtung der empirischen Befunde nach dem BAG-Modell, Alternativ-Modell und BAG-Plus-Modell

Nachfolgend werden, basierend auf den Operationalisierungen in Kapitel 4, die empirischen Befunde für das BAG-Modell, das Alternativ-Modell und das BAG-Plus-Modell verglichen und in einem zweiten Schritt auf die bundesdeutsche Erwerbsbevölkerung hochgerechnet. (In einem dritten Schritt wurde zudem die Mess- bzw. Skalenqualität der jeweiligen Konstrukte, die dem BAG-Modell, Alternativ-Modell und BAG-Plus-Modell zugrunde liegen, überprüft. Die entsprechenden Ergebnisse finden sich im Anhang A3).

4.4.1 Die Modellbefunde insgesamt

Wie aus Abbildung 4.34 ersichtlich wird, kommt die Bewertung der vertraglichen Ausgestaltung der Erwerbssituation in der Grauzone entsprechend den drei Rechtsmodellen zu unterschiedlichen Ergebnissen. Während im BAG-Modell 41 % der Befragten auf Basis der Angaben zum Vertragsverhältnis als Selbständige eingestuft werden, sind dies auf Basis des Alternativ-Modells 29 % der Befragten und beim BAG-Plus-Modell 39 % der Befragten.

Abbildung 4.34: Modellbefunde insgesamt: BAG-, Alternativ- und BAG-Plus-Modell



Quelle: IAB-Projekt 1563; populationsgewichtete Angaben.

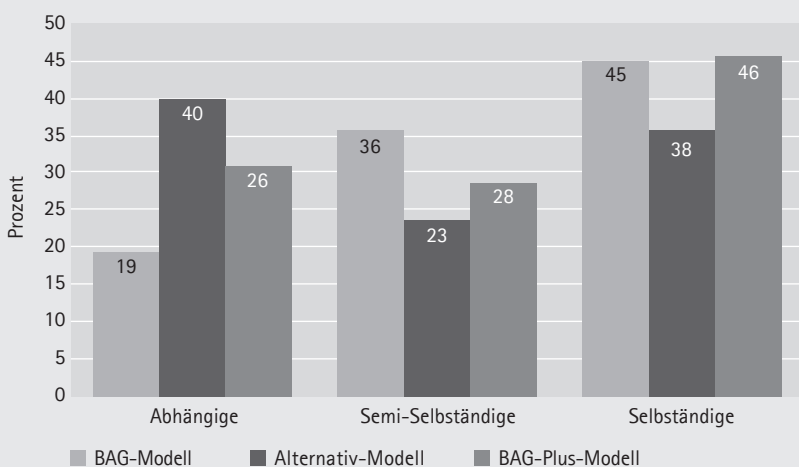
Deutlich stärker unterscheiden sich die drei Modelle bei der Zuordnung der Befragten in der Grauzone zur Gruppe der abhängig Beschäftigten. Das BAG-Modell stuft 24 % der Befragten in der Grauzone als abhängig Beschäftigte und damit als Scheinselbständige ein, das Alternativ-Modell bewertet 48 % als abhängig beschäftigt und das BAG-Plus-Modell geht bei 34 % von einer abhängigen Beschäftigung aus.

Weiterhin unterscheiden sich die drei Modelle nennenswert hinsichtlich der Trennschärfe zwischen abhängiger und selbständiger Betätigung. Das BAG-Modell kann 35 % der Befragten nicht eindeutig der Gruppe der abhängig Beschäftigten bzw. den Selbständigen zuordnen; diese werden der Gruppe der Semi-Selbständigen zugeordnet. Das Alternativ-Modell trennt besser zwischen abhängiger und selbständiger Erwerbstätigkeit, lediglich 23 % werden der Gruppe der Semi-Selbständigen zugeordnet. Das BAG-Plus-Modell erweist sich ebenfalls als relativ trennscharf; dem BAG-Plus-Modell zufolge werden 27 % als Semi-Selbständige eingestuft (zur Mess- bzw. Skalenqualität siehe ausführlicher Abschnitt A.3 im Anhang).

4.4.2 Haupt- und Nebenerwerbstätige im Vergleich

Weiterhin ist bemerkenswert, dass sich für die drei Rechtsmodelle jeweils deutliche Unterschiede für Haupt- und Nebenerwerbstätige in der Grauzone ergeben.

Abbildung 4.35: Modellübersicht: BAG-, Alternativ- und BAG-Plus-Modell für Haupterwerbstätige



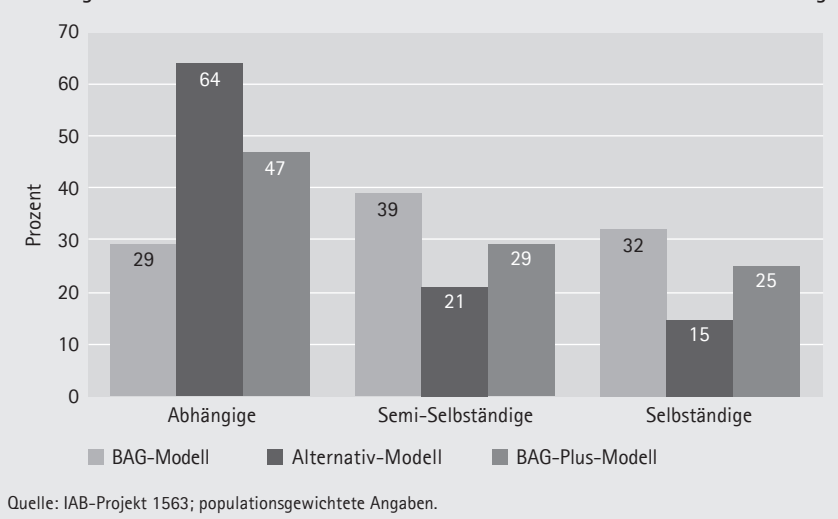
Quelle: IAB-Projekt 1563; populationsgewichtete Angaben.

Während das BAG-Modell 21 % der Haupterwerbstätigen als abhängig Beschäftigte bewertet, kommt das Alternativ-Modell zu einem Anteil von 40 % und das

BAG-Plus-Modell zu einem Anteil von 29 % (Abbildung 4.35). Demgegenüber bewertet das BAG-Modell nahezu jeden zweiten Befragten als Selbständigen (46 %). Analog ist das beim BAG-Plus-Modell der Fall (45 %), während das Alternativ-Modell bei 36 % der befragten Haupterwerbstätigen in der Grauzone von einer selbständigen Betätigung ausgeht.

Gegenüber der Bewertung der Haupterwerbstätigen kommen das Alternativ-Modell, aber auch das BAG-Plus-Modell sowie das BAG-Modell bei Nebenerwerbstätigen in der Grauzone zu deutlich anderen Befunden. Das BAG-Modell identifiziert 30 % der Nebenerwerbstätigen als abhängig Beschäftigte, das Alternativ-Modell 65 % und das BAG-Plus-Modell 46 %. Alternativ wird bei allen drei Modellen jeweils bei einer Minderheit der Nebentätigkeit in der Grauzone von einer selbständigen Vertragssituation ausgegangen: 32 % im BAG-Modell, 15 % im Alternativ-Modell und 25 % im BAG-Plus-Modell.

Abbildung 4.36: Modellübersicht: BAG-, Alternativ- und BAG-Plus-Modell für Nebenerwerbstätige



Für die drei hier verwendeten Modelle kann somit gezeigt werden, dass alle drei Rechtsmodelle bei Haupterwerbstätigen in der Grauzone jeweils höhere Anteile der Befragten der Gruppe der Selbständigen zuordnen, als dies bei Aktivitäten der Fall ist, die als Nebentätigkeit ausgeübt werden.

4.4.3 Welche Modellkriterien treiben die Befunde?

In diesem Abschnitt wird die Sensitivität der modellspezifischen Kriterien für die drei Rechtsmodelle dargestellt. Die Befunde werden jeweils in Bezug zum

Gesamt der Erwerbstätigen in der Grauzone gesetzt. Wie in Abschnitt 4.1 dargestellt wird, unterliegen 38 % der Befragten in der Grauzone nach dem BAG-Modell einer inhaltlichen Weisungsbindung. Aus Tabelle 4.6 wird nun ersichtlich, dass nahezu jeder zweite Erwerbstätige, der einer inhaltlichen Weisungsbindung unterliegt, nach dem BAG-Modell als abhängig Beschäftigter eingestuft wird. Demgegenüber sind Erwerbstätige in der Grauzone, die keiner inhaltlichen Weisungsbindung unterliegen, mehrheitlich (62 %) als selbständig Erwerbstätige zu bewerten. Deutlich stärker ausgeprägt ist der Zusammenhang bei den Merkmalen „zeitliche Weisungsbindung“ und „materielle Einbindung“. 67 % aller Erwerbstätigen in der Grauzone, die materiell in den Betrieb des Auftraggebers eingebunden sind, werden nach dem BAG-Modell als abhängig Beschäftigte ausgewiesen. Falls eine zeitliche Weisungsbindung vorliegt, werden 52 % der Befragten als abhängig Beschäftigte bewertet. Demzufolge identifizieren insbesondere die Kriterien „zeitliche Weisungsbindung“ und „materielle Einbindung“ beim BAG-Modell sehr gut, aber nicht vollständig die rechtliche Bewertung des Erwerbsstatus (Tabelle 4.6).

Tabelle 4.6: BAG-Modellbefunde und Effekte der Modellkriterien

	BAG-Modell Zeilen-%		
	abhängig	semi-selbständig	selbständig
<i>inhaltliche Weisungsbindung</i>			
nein	3,8	34,4	61,8
ja	48,3	44,1	7,7
<i>zeitliche Weisungsbindung</i>			
nein	2,8	33,5	63,7
ja	52,4	43,0	4,6
<i>örtliche Weisungsbindung</i>			
nein	4,1	18,9	77,1
ja	32,1	46,1	21,8
<i>personelle Einbindung</i>			
nein	5,6	35,0	59,4
ja	48,9	40,2	10,9
<i>materielle Einbindung</i>			
nein	9,2	39,4	51,4
ja	66,5	31,1	2,4
Quelle: IAB-Projekt 1563; populationsgewichtete Angaben.			

Beim Alternativ-Modell (siehe Abschnitt 4.2) ist der Zusammenhang zwischen den Modellkriterien und der Bewertung als abhängig Beschäftigte noch wesentlich stärker ausgeprägt als beim BAG-Modell. Fehlt eigenes Betriebskapital, dann sind

87 % der Grauzonen-Erwerbstätigen als abhängig Beschäftigte zu bewerten. Im Falle fehlender Freiheit bei der zeitlichen Disposition sind nach dem Alternativ-Modell 82 % der Befragten als abhängig Beschäftigte einzustufen, und wenn der Arbeitsort vom Vertragspartner vorgegeben ist, sind 78 % der Erwerbstätigen als abhängig Beschäftigte zu bewerten (Tabelle 4.7).

Tabelle 4.7: Alternativ-Modellbefunde und Effekte der Modellkriterien

Alternativ-Modell			
	Zeilen-%		
	abhängig	semi-selbständig	selbständig
<i>freie Ortswahl</i>			
nein	78,4	16,6	5,0
ja	16,3	27,0	56,7
<i>eigener Kundenstamm</i>			
nein	66,1	20,8	13,1
ja	21,2	25,4	53,4
<i>freie Preisgestaltung</i>			
nein	65,7	21,6	12,7
ja	10,7	24,5	64,8
<i>freie Zeiteinteilung</i>			
nein	82,0	13,0	5,0
ja	25,7	30,0	44,4
<i>eigene Mitarbeiter</i>			
nein	64,6	21,5	14,0
ja	19,0	24,6	56,4
<i>eigene Geschäftsräume</i>			
nein	69,8	20,3	9,9
ja	17,6	26,5	56,0
<i>eigenes Betriebskapital</i>			
nein	87,4	11,1	1,5
ja	20,5	31,3	48,2
Quelle: IAB-Projekt 1563; populationsgewichtete Angaben.			

Analoge Befunde ergeben sich für das BAG-Plus-Modell; erneut sind die materielle Einbindung (86 %) sowie die freie Zeiteinteilung (69 %) gute Prädiktoren für abhängige (= scheinselbständige) Erwerbstätigkeit (Tabelle 4.8).

Tabelle 4.8: BAG-Plus-Modell und Effekte der Modellkriterien

BAG-Plus-Modell			
Zeilen-%			
	abhängig	semi-selbständig	selbständig
<i>freie Ortswahl</i>			
nein	63,9	24,3	11,8
ja	12,9	17,5	69,6
<i>eigener Kundenstamm</i>			
nein	49,4	30,9	19,7
ja	9,8	23,8	66,4
<i>freie Preisgestaltung</i>			
nein	49,9	30,3	19,8
ja	4,9	18,2	77,0
<i>freie Zeiteinteilung</i>			
nein	69,0	23,4	7,6
ja	10,0	32,1	57,9
<i>personelle Einbindung</i>			
ja	60,5	27,8	11,6
nein	18,4	29,0	52,6
<i>materielle Einbindung</i>			
ja	86,0	13,4	0,5
nein	19,5	32,7	47,8
Quelle: IAB-Projekt 1563; populationsgewichtete Angaben.			

4.5 Hochrechnung der Modellbefunde

Für die Hochrechnung der Befunde kamen sowohl Designgewichte, die die individuelle Auswahlwahrscheinlichkeit infolge der Haushaltskomposition sowie den *Dual-Frame-Ansatz* berücksichtigen (siehe Anhang A1 und A2), als auch kalibrierte Hochrechnungsgewichte zum Einsatz (siehe Anhang A2). Die Hochrechnungsfaktoren wurden an Populationsgrößen auf Basis des Mikrozensus 2013 angepasst. Grundgesamtheit für Randverteilungen bilden die Erwerbstätigen in Deutschland mit mindestens einer Stunde Erwerbstätigkeit pro Woche (ILO-Konzept) in Privathaushalten in Deutschland im Alter von 18 bis 65 Jahren, ohne Landwirte und ohne unbezahlt mithelfende Familienangehörige. Weiterhin wurden Personen von der Grundgesamtheit ausgeschlossen, die ausschließlich eine abhängige Nebentätigkeit ausüben.

Dies ergibt eine Grundgesamtheit von 34.265.000 Personen, die theoretisch in das Screening einbezogen wurden. Davon wurden auf Basis des Screenings 1,64 Mio. der Grauzone von selbständiger und abhängig ausgeübter Erwerbstätigkeit zugeordnet, davon 1,1 Mio. im Haupterwerb und 533 Tsd. im Nebenerwerb (zum Vergleich mit den Befunden aus 1995 siehe Kapitel 9).

Nachfolgend werden die hochgerechneten Befunde für Haupt- und Nebenerwerbstätige getrennt dargestellt. Bezogen auf die 1,1 Mio. Haupterwerbstätigen in der Grauzone von selbständiger und abhängiger Erwerbstätigkeit werden auf Basis des BAG-Modells 511 Tsd. Erwerbstätige als beruflich selbständig eingestuft, 235 Tsd. als abhängig Beschäftigte und 362 Tsd. weisen gleichermaßen Merkmale als Selbständige und abhängig Beschäftigte auf und werden der Gruppe der Semi-Selbständigen zugeordnet (Tabelle 4.9).

Tabelle 4.9: Hochrechnung der Modellbefunde für Haupterwerbstätige in der Grauzone

Rechtsmodell	Abhängige	Semi-Selbständige	Selbständige	Insgesamt
BAG-Modell	234.547	362.028	510.896	1.107.471
Alternativ-Modell	436.007	261.573	409.891	1.107.471
BAG-Plus-Modell	310.849	270.909	525.713	1.107.471
Quelle: IAB-Projekt 1563; populationsgewichtete Angaben.				

Laut Alternativ-Modell sind 410 Tsd. Erwerbstätige in der Grauzone als selbständig Beschäftigte einzustufen, 436 Tsd. als abhängig Beschäftigte und weitere 262 Tsd. als Semi-Selbständige.

Auf Basis des BAG-Plus-Modells sind 526 Tsd. Haupterwerbstätige in der Grauzone als Selbständige einzustufen, 311 Tsd. als abhängig Beschäftigte zu bewerten, 271 Tsd. als Semi-Selbständige.

Gegenüber den Haupterwerbstätigen kommen die drei Rechtsmodelle bei den Personen, die aufgrund einer von den Befragten selbst als selbständig oder freiberuflich eingestuften Nebentätigkeit in die Befragung aufgenommen wurden, zu deutlich niedrigeren Selbständigen-Anteilen. Hochgerechnet werden etwa 533 Tsd. Personen in Bezug auf ihre Nebentätigkeit der Grauzone von selbständiger und abhängiger Erwerbstätigkeit zugeordnet.

Tabelle 4.10: Hochrechnung der Modellbefunde für Nebenerwerbstätige in der Grauzone

Rechtsmodell	Abhängige	Semi-Selbständige	Selbständige	Insgesamt
BAG-Modell	157.660	203.412	172.267	533.339
Alternativ-Modell	344.301	107.187	81.851	533.339
BAG-Plus-Modell	241.958	155.416	135.965	533.339
Quelle: IAB-Projekt 1563; populationsgewichtete Angaben.				

Dabei sind entsprechend der Beurteilung durch das BAG-Modell 172 Tsd. Nebenerwerbstätige in der Grauzone als Selbständige einzustufen, 203 Tsd. als Semi-Selbständige und 158 Tsd. als abhängig Beschäftigte bzw. Scheinselbständige. Demgegenüber ist auf Basis des Alternativ-Modells von 82 Tsd. selbständigen Nebenerwerbstätigen in der Grauzone auszugehen, weitere 107 Tsd. werden der Gruppe der Semi-Selbständigen zugeordnet und 344 Tsd. werden als abhängig Beschäftigte eingestuft. Das BAG-Plus-Modell ordnet 136 Tsd. Nebenerwerbstätige der Grauzone der Gruppe der Selbständigen zu und 242 Tsd. Nebenerwerbstätige werden als abhängig Beschäftigte eingestuft (Tabelle 4.10).

5 Wer ist in der Grauzone tätig?

Nachfolgend werden die Erwerbstätigen in der Grauzone von selbständiger und abhängiger Erwerbstätigkeit hinsichtlich zentraler soziodemografischer Merkmale beschrieben und deren Einstufung als Selbständige, Semi-Selbständige bzw. abhängig Beschäftigte („Scheinselbständige“) auf Basis der in Kapitel 3 eingeführten Rechtsmodelle bewertet. Analysegrundlage bilden 1.557 Erwerbtätige, die auf Basis ihrer Haupt- bzw. Nebentätigkeit der Grauzone zugeordnet wurden. Die Erwerbstätigen in der Grauzone haben einen Anteil von 4,8 % an der Grundgesamtheit der Erwerbstätigen in Deutschland (siehe Tabelle 5.1 auf Basis gewichteter Daten; siehe Anhang A1 zur Definition der Grundgesamtheit und dem Erhebungsverfahren sowie Anlage A2 zum Gewichtungsverfahren).

Tabelle 5.1: Demografische Merkmale der Grauzonen-Erwerbstätigen und Anteile an der Grundgesamtheit der Erwerbstätigen

Merkmal	Grauzonen- Anteil an der Grundgesamtheit	Populationsanteil an der Grauzone	Anteil Nebenerwerbstätiger an der Grauzone
	Populationsanteile in %	Spalten-%	Anteil in %
Insgesamt	4,8	100	32,5
<i>Region</i>			
Ost	4,5	18,1	20,8
West	4,7	69,7	36,5
keine Angabe	6,2	12,2	27,2
<i>Geschlecht</i>			
männlich	5,0	58,0	28,4
weiblich	4,5	42,0	38,2
<i>Alter</i>			
18–24	6,6	8,2	49,2
25–34	3,8	17,4	37,9
35–44	5,0	24,2	31,8
45–54	4,4	29,6	29,6
55–65	5,7	19,6	25,6
keine Angaben	5,0	1,0	29,7
<i>Migration</i>			
kein Migrationshintergrund	4,5	77,8	33,3
Migrationshintergrund	5,7	20,3	30,8
keine Angaben	4,7	1,9	20,3

Tabelle 5.1 (Fortsetzung): Demografische Merkmale der Grauzonen-Erwerbstätigen und Anteile an der Grundgesamtheit der Erwerbstätigen

Merkmal	Grauzonen- Anteil an der Grundgesamtheit	Populationsanteil an der Grauzone	Anteil Nebenerwerbstätiger an der Grauzone
	Populationsanteile in %	Spalten-%	Anteil in %
<i>Allgemeinbildender Schulabschluss</i>			
max. Hauptschulabschluss	3,7	22,1	25,7
mittlere Reife	3,7	27,1	29,0
Hochschulberechtigung/Abitur	6,5	49,0	37,9
keine Angaben	8,8	1,8	21,1
<i>Berufliche Bildung</i>			
kein Ausbildungsabschluss	7,5	9,5	31,1
Ausbildung/Lehre	3,5	40,7	30,3
Meister/Techniker/Fachschule	4,8	15,7	25,1
Hochschulabschluss	7,2	31,6	40,2
keine Angaben	5,6	2,5	23,6
<i>Arbeitslosigkeit (kum.) in Jahren</i>			
nie	4,8	44,1	35,1
unter 1 Jahr	4,3	23,8	35,9
unter 2 Jahren	4,7	11,6	26,8
unter 3 Jahren	7,1	7,9	23,7
unter 4 Jahren	3,1	2,4	41,9
unter 5 Jahren	4,2	1,6	30,8
5 und mehr Jahre	5,1	5,3	17,1
keine Angabe	9,3	3,3	33,4
Quelle: IAB-Projekt 1563. N = 4.553 insgesamt und 1.557 in der Grauzone; populationsgewichtete Angaben.			

5.1 Ost-West

Die Befragten werden auf Basis ihres Wohnsitzes den Regionen „Ost“ und „West“ in Deutschland zugeordnet, wobei die Regionen entsprechend den alten und neuen Bundesländern aufgeteilt sind. Wie Tabelle 5.1 zu entnehmen ist, haben 18 % der Befragten in der Grauzone ihren Wohnsitz in Ostdeutschland, 70 % im Westen

und bei 12 % der Befragten kann keine Regionalzuordnung vorgenommen werden.⁹ In regionaler Hinsicht unterscheidet sich der Anteil an Nebenerwerbstätigen in der Grauzone signifikant. Während in Ostdeutschland 21 % der Grauzonenaktivitäten als Nebentätigkeiten ausgeübt werden, sind es im Westen 37 %.

Tabelle 5.2: Erwerbsstatus in der Grauzone nach Rechtsmodellen und Region – Haupterwerbstätige

	abhängig	semi-selbständig	selbständig
Zeilen-%			
BAG-Modell			
Ost	18,8	33,5	47,6
West	20,6	32,3	47,1
Signifikanz	n. s.		
Alternativ-Modell			
Ost	34,7	24,7	40,6
West	40,5	23,8	35,7
Signifikanz	n. s.		
BAG-Plus-Modell			
Ost	21,1	30,7	48,2
West	29,2	25,2	45,6
Signifikanz	*		
Quelle: IAB-Projekt 1563. N = 898; populationsgewichtete Angaben; Signifikanzniveau *95 %, **99 %, ***99,9 % (auf Basis ungewichteter Daten). n. s. = nicht signifikant.			

Weder bei den Haupterwerbstätigkeiten noch bei den Nebentätigkeiten hat die regionale Zuordnung einen systematischen Effekt auf die Bewertung der Vertragsstruktur (Tabelle 5.3).¹⁰

9 Bei Interviews mit Mobilgeräten konnte der Wohnort nicht in jedem Einzelfall eindeutig lokalisiert werden, dabei lässt sich jedoch kein eindeutiger Ost-West-Effekt nachweisen.

10 Die Signifikanztests erfolgen für alle präsentierten Zusammenhänge mittels des Pearson χ^2 -Tests und anhand des Fischer's-Exact-Tests. Beide Tests überprüfen die Nullhypothese, dass kein systematischer Zusammenhang zwischen zwei Variablen besteht, das bedeutet, dass die beobachteten Werte zwei unterschiedlichen Populationen/Verteilungen entstammen. Liegen Werte aus der χ^2 -Verteilung vor, die mindestens über dem kritischen Wert von 12,59 liegen, kann die Nullhypothese verworfen und ein systematischer Zusammenhang zwischen zwei Variablen angenommen werden.

Tabelle 5.3: Erwerbsstatus in der Grauzone nach Rechtsmodellen und Region – Nebenerwerbstätige

	abhängig	semi-selbständig Zeilen-%	selbständig
<i>BAG-Modell</i>			
Ost	33,4	30,5	36,1
West	28,3	40,1	31,6
Signifikanz		n. s.	
<i>Alternativ-Modell</i>			
Ost	57,0	19,3	23,7
West	65,8	20,5	14,7
Signifikanz		n. s.	
<i>BAG-Plus-Modell</i>			
Ost	33,6	34,4	32,0
West	47,2	28,2	24,6
Signifikanz		n. s.	
Quelle: IAB-Projekt 1563. N = 659; populationsgewichtete Angaben; Signifikanzniveau *95 %, **99 %, ***99,9 % (auf Basis ungewichteter Daten). n. s. = nicht signifikant.			

5.2 Geschlecht

Bezogen auf die Grundgesamtheit werden 5 % der männlichen Erwerbstätigen und 4,5 % der weiblichen Erwerbstätigen der Grauzone zugeordnet. Demzufolge haben Männer eine leicht erhöhte Chance, in der Grauzone tätig zu sein. Damit liegt der Männeranteil in der Grauzone mit 58 % über dem Geschlechteranteil bei den Erwerbstätigen insgesamt. Signifikante Geschlechterunterschiede ergeben sich hinsichtlich der Zuordnung zu Haupt- und Nebentätigkeiten. Während 38 % der Frauen in der Grauzone als Nebenerwerbstätige aktiv sind, sind es 24 % bei den Männern (siehe Tabelle 5.1).

Die Vertragsverhältnisse von Frauen in der Grauzone werden bei den Haupterwerbstätigen auf Basis der drei Rechtsmodelle jeweils signifikant häufiger als „scheinsebständig“ eingestuft, als dies bei den Männern der Fall ist (siehe Tabelle 5.4). So liegt nach dem BAG-Modell bei den weiblichen Erwerbstätigen der Anteil derer, die als abhängig Beschäftigte eingestuft werden, bei ca. 29 %, während der Anteil bei den Männern bei 16 % liegt. 27 % der haupterwerbstätigen Frauen und 36 % der haupterwerbstätigen Männer werden der Kategorie der Semi-Selbstständigen zugeordnet und 44 % der haupterwerbstätigen Frauen bzw. 48 % der Männer werden nach dem BAG-Modell als selbständig eingestuft.

Das Alternativ- und das BAG-Plus-Modell folgen derselben Logik, jedoch mit einem deutlich stärker ausgeprägten geschlechtsspezifischen Niveauunterschied, d. h., sie klassifizieren insgesamt mehr Vertragsverhältnisse von Haupterwerbstätigen als abhängige Beschäftigungsverhältnisse. Das Alternativ-Modell bewert-

tet 56 % der weiblichen und 33 % der männlichen Haupterwerbstätigen in der Grauzone als abhängig Beschäftigte und das BAG-Plus-Modell kommt bei 40 % der Frauen und bei 29 % der Männer zum Befund einer abhängigen Beschäftigung.

Tabelle 5.4: Haupterwerbstätige in der Grauzone nach Rechtsmodellen und Geschlecht

	abhängig	semi-selbständig Zeilen-%	selbständig
<i>BAG-Modell</i>			
weiblich	28,6	27,8	43,6
männlich	16,3	36,7	47,1
Signifikanz		**	
<i>Alternativ-Modell</i>			
weiblich	50,4	19,8	29,8
männlich	33,4	27,2	39,3
Signifikanz		***	
<i>BAG-Plus-Modell</i>			
weiblich	40,1	18,1	41,8
männlich	21,5	31,1	47,4
Signifikanz		***	
Quelle: IAB-Projekt 1563. N = 898; populationsgewichtete Angaben; Signifikanzniveau *95 %, **99 %, ***99,9 % (auf Basis ungewichteter Daten).			

Im Gegensatz zu den Haupterwerbstätigen in der Grauzone ergibt sich für selbstständig ausgeübte Nebentätigkeiten in der Grauzone ein gänzlich anderes Bild. Für Nebentätigkeiten ergeben sich keine geschlechtsspezifischen Unterschiede hinsichtlich der Bewertung durch die Rechtsmodelle (Tabelle 5.5).

Tabelle 5.5: Befragte mit Nebentätigkeiten in der Grauzone nach Rechtsmodellen und Geschlecht

	abhängig	semi-selbständig Zeilen-%	selbständig
<i>BAG-Modell</i>			
weiblich	27,9	40,1	32,0
männlich	31,4	36,6	32,0
Signifikanz		n. s.	
<i>Alternativ-Modell</i>			
weiblich	65,3	22,0	12,7
männlich	64,3	18,7	17,0
Signifikanz		n. s.	
<i>BAG-Plus-Modell</i>			
weiblich	46,6	29,8	23,6
männlich	46,0	27,2	26,8
Signifikanz		n. s.	
Quelle: IAB-Projekt 1563. N = 659; populationsgewichtete Angaben; Signifikanzniveau *95 %, **99 %, ***99,9 % (auf Basis ungewichteter Daten). n. s. = nicht signifikant.			

5.3 Alter

Das deutschlandweite Durchschnittsalter der Erwerbstätigen im Alter von 18 bis 65 liegt bei 42,8 Jahren. In der Grauzone ist es mit 43,2 Jahren leicht höher. Differenziert nach dem Erwerbsstatus liegt es bei den Haupterwerbstätigen bei 44,1 Jahren und bei den Nebenerwerbstätigen bei 41,2 Jahren. Dabei variiert die Wahrscheinlichkeit, der Grauzone zugerechnet zu werden, mit dem Alter. Insbesondere die jüngste (18–24 Jahre) und die älteste Altersgruppe (55–65 Jahre) weisen dabei die höchste Wahrscheinlichkeit auf, der Grauzone zugeordnet zu werden (siehe Tabelle 5.1). Weiterhin hat das Alter der Erwerbstätigen einen deutlichen Einfluss darauf, als Haupt- bzw. Nebenerwerbstätige auf dem Arbeitsmarkt aktiv zu werden. In der Altersgruppe der 18- bis 24-Jährigen ist die Wahrscheinlichkeit am höchsten, eine Nebentätigkeit auszuüben. Mit zunehmendem Alter sinkt der Anteil derer, die eine Nebentätigkeit in der Grauzone ausüben, von 49 % bei den 18- bis 24-Jährigen auf 26 % bei den 55- bis 65-Jährigen (siehe Tabelle 5.1).

Tabelle 5.6: Haupterwerbstätige nach Rechtsmodell und Alter

	abhängig	semi-selbständig Zeilen-%	selbständig
<i>BAG-Modell</i>			
18–24	44,7	38,0	17,3
25–34	29,3	41,6	29,1
35–44	22,5	29,9	47,6
45–54	12,7	30,5	56,8
55–65	17,4	33,5	49,1
Signifikanz		***	
<i>Alternativ-Modell</i>			
18–24	87,2	8,4	4,4
25–34	60,1	16,0	23,9
35–44	35,0	27,4	37,6
45–54	27,5	30,0	42,5
55–65	32,9	24,5	42,6
Signifikanz		***	
<i>BAG-Plus-Modell</i>			
18–24	60,6	26,4	13,0
25–34	50,2	17,0	32,8
35–44	23,0	31,6	45,4
45–54	17,1	25,5	57,4
55–65	24,6	27,7	47,7
Signifikanz		**	
Quelle: IAB-Projekt 1563. N = 898; populationsgewichtete Angaben; N fehlende Angaben = 1,1 %;			
Signifikanzniveau *95 %, **99 %, ***99,9 % (auf Basis ungewichteter Daten).			

Hinsichtlich der Statusbestimmung der Erwerbsverhältnisse in der Grauzone von selbständig und abhängig ausgeübten Haupterwerbstätigkeiten und dem Alter der Erwerbstätigen zeichnet sich für die drei Rechtsmodelle ein systematischer Trend ab: Mit zunehmenden Alter sinkt der Anteil abhängig Beschäftigter und steigt der Anteil selbständig Erwerbstätiger bis zur Altersgruppe der 45- bis 54-Jährigen. Für die älteste Altersgruppe (55–65 Jahre) ist hingegen ein inverser Verlauf zu beobachten: Der Anteil der abhängig Beschäftigten liegt wieder leicht über dem Wert der nächst jüngeren Alterskohorte (siehe Tabelle 5.6).

Tabelle 5.7: Nebenerwerbstätige nach Modellierung und Alter

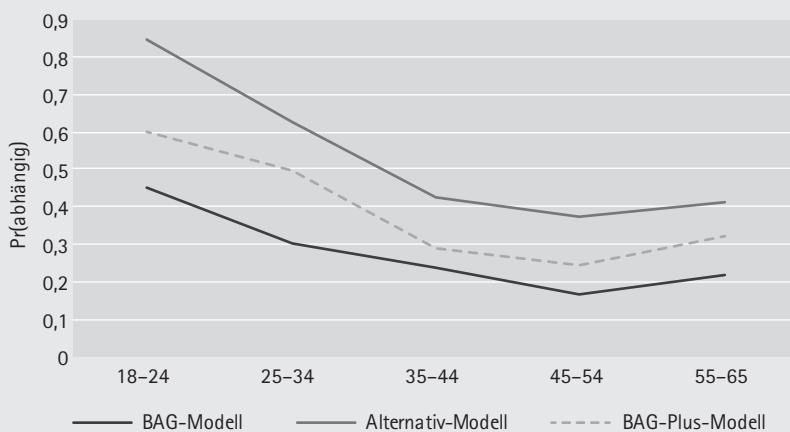
	abhängig	semi-selbständig Zeilen-%	selbständig
<i>BAG-Modell</i>			
18–24	47,8	33,9	18,3
25–34	31,6	47,0	21,4
35–44	25,9	39,3	34,8
45–54	21,4	36,6	42,0
55–65	33,3	32,7	34,0
Signifikanz		***	
<i>Alternativ-Modell</i>			
18–24	84,8	4,6	10,6
25–34	67,9	20,6	11,6
35–44	58,3	24,7	17,0
45–54	58,9	21,0	20,2
55–65	65,1	24,2	10,7
Signifikanz		***	
<i>BAG-Plus-Modell</i>			
18–24	57,6	28,4	14,1
25–34	49,6	31,6	18,8
35–44	40,2	26,6	33,2
45–54	39,5	29,4	31,1
55–65	52,8	26,6	20,6
Signifikanz		**	
Quelle: IAB-Projekt 1563. N = 659; populationsgewichtete Angaben; N fehlende Angaben = 1,1 %; Signifikanzniveau *95 %, **99 %, ***99,9 % (auf Basis ungewichteter Daten).			

Für Nebentätigkeiten in der Grauzone ist der Trend im Vergleich zu Haupttätigkeiten weitgehend ähnlich, jedoch bei allen drei Rechtsmodellen auf einem jeweils höheren Niveau. Die Rechtsmodelle ordnen ebenfalls vor allem jüngere Altersgruppen vermehrt den abhängig Beschäftigten zu und erneut steigt der Anteil der als abhängig beschäftigt eingestuften Erwerbstätigen in der Altersgruppe der 55- bis 65-Jährigen an. Damit nimmt die Verteilung einen u-förmigen Verlauf an. Hinsichtlich der Einstufung als Selbständige durch die Rechtsmodelle zeigt sich

ein invers u-förmiger Zusammenhang. Der Anteil an Selbständigen steigt über die Altersgruppen hinweg an und geht erst in der Altersgruppe zwischen 55 und 65 Jahren zurück. Die Zusammenhänge weisen bei den drei Rechtsmodellen den gleichen Trend auf, jedoch mit beachtlichen Niveauunterschieden. Insbesondere das Alternativ-Modell geht bei Nebentätigkeit in der Grauzone mehrheitlich von einer abhängigen Beschäftigung aus (Tabelle 5.7).

Zieht man zusätzlich zur tabellarischen Überprüfung die vorhergesagten Wahrscheinlichkeiten auf Basis einer bivariaten logistischen Regression (mit der abhängigen Variable: 1 = abhängig) heran, werden die bereits beschriebenen Trends bestätigt. Mit zunehmendem Alter sinkt die Wahrscheinlichkeit für Erwerbstätige, als „scheinselbständig“ klassifiziert zu werden, und flacht dann ab. Hinsichtlich der unterschiedlichen Rechtsmodelle zeigen sich lediglich Niveaueffekte. Junge Erwerbstätige (18–24 Jahre) weisen nach dem Alternativ-Modell die höchste Wahrscheinlichkeit auf, abhängig beschäftigt zu sein, wohingegen das BAG-Modell signifikant geringere Wahrscheinlichkeiten vorhersagt. Die Effektstärken des BAG-Plus-Modells liegen zwischen dem BAG-Modell und dem Alternativ-Modell. Es zeigen sich größtenteils signifikante Gruppenunterschiede, wobei sich lediglich die Gruppe der 55- bis 65-Jährigen nicht signifikant von den 35- bis 44-Jährigen und 45- bis 55-Jährigen unterscheidet (siehe Abbildung 5.1 sowie Tabelle A1.6 im Anhang).

Abbildung 5.1: Vorhergesagte Wahrscheinlichkeiten, in der Grauzone abhängig beschäftigt zu sein, nach Altersgruppen (bivariater Zusammenhang)



Quelle: IAB-Projekt 1563. N = 1.557; populationsgewichtete Angaben.

5.4 Migrationshintergrund

Zwischen dem Migrationshintergrund und der Einstufung durch die alternativen Rechtsmodelle besteht bei Haupterwerbstätigen ein statistisch höchst signifikanter Zusammenhang. Ein Migrationshintergrund wird dann angenommen, wenn eines der folgenden sieben Merkmale gegeben ist. 1) Der Befragte ist nicht in Deutschland geboren, 2) der Befragte besitzt nicht die deutsche Staatsbürgerschaft bzw. 3) die zweite Staatsbürgerschaft des Befragten ist nicht die deutsche, 4) die Muttersprache des Befragten ist nicht die deutsche Sprache bzw. 5) der Befragte gibt neben der deutschen Sprache eine weitere Muttersprache an, 6) die gesprochene Sprache im Haushalt des Befragten ist nicht Deutsch oder 7) der Hauptwohnsitz des Befragten liegt im Ausland.

Dieser Definition folgend sind Erwerbstätige ohne Migrationshintergrund mit einem Anteil an der Grundgesamtheit von 4,5 % leicht unterdurchschnittlich in der Grauzone aktiv, während 5,6 % der Erwerbstätigen mit Migrationshintergrund in der Grauzone aktiv sind. Der Anteil an Nebenerwerbstätigen in der Grauzone unterscheidet sich nicht signifikant hinsichtlich des Migrationshintergrunds. 33 % der Befragten ohne Migrationshintergrund und 31 % mit Migrationshintergrund üben in der Grauzone eine Nebentätigkeit aus (siehe Tabelle 5.1).

Hinsichtlich der Bewertung der Vertragsverhältnisse in der Grauzone zeigen sich für die Haupterwerbstätigen signifikante Unterschiede zwischen Erwerbstätigen mit bzw. ohne Migrationsmerkmale. Das BAG-Modell bewertet 18 % der Haupterwerbstätigen in der Grauzone ohne Migrationshintergrund als abhängig Beschäftigte, während dies bei 32 % der Erwerbstätigen mit Migrationshintergrund der Fall ist (siehe Tabelle 5.8). Beim Alternativ-Modell werden 34 % der Haupterwerbstätigen ohne Migrationshintergrund als abhängig Beschäftigte eingestuft und 60 % der Haupterwerbstätigen mit Migrationshintergrund. Das BAG-Plus-Modell kommt zu einem Anteil abhängig Beschäftigter von 24 % bzw. 43 %. Demgegenüber stuft das BAG-Modell 49 % der Haupterwerbstätigen ohne Migrationshintergrund als selbständig Erwerbstätige ein, aber nur 33 % der Haupterwerbstätigen mit Migrationshintergrund. Vom Alternativ-Modell werden 41 % der Haupterwerbstätigen ohne Migrationshintergrund als selbständig Erwerbstätige bewertet, aber nur 18 % derer mit Migrationshintergrund und das BAG-Plus-Modell kommt zu einer Relation 51 % zu 24 % (siehe Tabelle 5.8).

Tabelle 5.8: Haupterwerbstätige in der Grauzone nach Rechtsmodellen und Migrationshintergrund

	Haupterwerbstätige Zeilen-%		
	abhängig	semi-selbständig	selbständig
<i>BAG-Modell</i>			
kein Migrationshintergrund	18,0	32,6	49,4
Migrationshintergrund	31,7	35,7	32,6
Signifikanz		**	
<i>Alternativ-Modell</i>			
kein Migrationshintergrund	34,3	24,6	41,1
Migrationshintergrund	59,6	22,8	17,6
Signifikanz		***	
<i>BAG-Plus-Modell</i>			
kein Migrationshintergrund	24,3	24,5	51,3
Migrationshintergrund	43,4	32,2	24,4
Signifikanz		***	
Quelle: IAB-Projekt 1563. N = 898; populationsgewichtete Angaben; N fehlende Angaben = 2,6 %; Signifikanzniveau *95 %, **99 %, ***99,9 % (auf Basis ungewichteter Daten).			

Bei Personen, die eine Nebentätigkeit in der Grauzone ausüben, hat der Migrationshintergrund bei den drei Rechtsmodellen keinen signifikanten Effekt auf die Bewertung der Vertragsverhältnisse (Tabelle 5.9).

Tabelle 5.9 Nebenerwerbstätige in der Grauzone nach Rechtsmodellen und Migrationshintergrund

	Nebentätigkeit Zeilen-%		
	abhängig	semi-selbständig	selbständig
<i>BAG-Modell</i>			
kein Migrationshintergrund	28,9	39,1	32,0
Migrationshintergrund	33,1	35,3	31,5
Signifikanz		n. s.	
<i>Alternativ-Modell</i>			
kein Migrationshintergrund	64,2	21,0	14,9
Migrationshintergrund	67,7	16,8	15,5
Signifikanz		n. s.	
<i>BAG-Plus-Modell</i>			
kein Migrationshintergrund	46,0	28,9	25,1
Migrationshintergrund	47,9	25,5	26,6
Signifikanz		n. s.	
Quelle: IAB-Projekt 1563. N = 659; populationsgewichtete Angaben; N fehlende Angaben = 1,4 %; Signifikanzniveau *95 %, **99 %, ***99,9 % (auf Basis ungewichteter Daten). n. s. = nicht signifikant.			

5.5 Allgemeinbildender Schulabschluss

Die Grauzonenpopulation erweist sich als höchst selektive Stichprobe aus der Gesamtheit der bundesdeutschen Erwerbstätigen im Alter von 18 bis 65 Jahren. Erwerbstätige mit (Fach-)Abitur weisen nicht nur eine deutlich erhöhte Chance auf, in der Grauzone erwerbstätig zu sein, sie stellen auch die am häufigsten besetzte Qualifikationsgruppe in der Grauzonenpopulation (siehe Tabelle 5.1). Personen mit einer Hochschulreife sind demzufolge in der Grauzone deutlich überrepräsentiert. Insgesamt besitzen 36 % ein Abitur bzw. ein Fachabitur, 35 % eine mittlere Reife und 28 % verfügen maximal über einen Hauptschulabschluss. Bezogen auf den Umfang der Tätigkeit in der Grauzone nach allgemeinbildendem Abschluss sind die (Fach-)Abiturienten mit 38 % überdurchschnittlich häufig in einer Nebentätigkeit in der Grauzone aktiv (siehe Tabelle 5.1).

Jenseits dieser quantitativen Größen ergeben sich jedoch kaum signifikante Effekte der schulischen Qualifikation auf die Beurteilung der Vertragssituation nach den drei Rechtsmodellen. Über die allgemeinen Bewertungsunterschiede der drei Modelle hinausgehend besteht kaum ein Zusammenhang zwischen der Allgemeinbildung der befragten Erwerbstätigen und der Modelleinstufung (siehe Tabelle 5.10).

Tabelle 5.10: Haupterwerbstätige in der Grauzone nach Rechtsmodellen und allgemeinbildendem Abschluss

	abhängig	semi-selbständig	selbständig
	Zeilen-%		
	<i>BAG-Modell</i>		
max. Hauptschulabschluss	24,8	38,3	36,9
mittlere Reife	19,4	26,8	53,8
(Fach-)Abitur	19,8	35,5	44,6
Signifikanz		*	
	<i>Alternativ-Modell</i>		
max. Hauptschulabschluss	46,2	26,6	27,1
mittlere Reife	33,9	29,9	36,3
(Fach-)Abitur	40,5	19,1	40,4
Signifikanz		*	
	<i>BAG-Plus-Modell</i>		
max. Hauptschulabschluss	35,0	22,7	42,3
mittlere Reife	22,1	29,0	48,9
(Fach-)Abitur	29,4	25,8	44,8
Signifikanz		n. s.	
Quelle: IAB-Projekt 1563. N = 898; populationsgewichtete Angaben; N fehlende Angaben = 1,9 %;			
Signifikanzniveau *95 %, **99 %, ***99,9 % (auf Basis ungewichteter Daten). n. s. = nicht signifikant.			

Dies gilt analog für Personen, deren Nebentätigkeiten der Grauzone zugeordnet wurden (Tabelle 5.11). Hier lässt sich lediglich für das BAG-Plus-Modell ein schwach signifikanter Effekt der Allgemeinbildung auf den Rechtsstatus aufzeigen.

Tabelle 5.11: Nebenerwerbstätige in der Grauzone nach Rechtsmodellen und allgemeinbildendem Abschluss

	abhängig	semi-selbständig Zeilen-%	selbständig
<i>BAG-Modell</i>			
max. Hauptschulabschluss	42,1	30,0	28,0
mittlere Reife	19,4	26,8	53,8
(Fach-)Abitur	19,8	65,5	44,6
Signifikanz		n. s.	
<i>Alternativ-Modell</i>			
max. Hauptschulabschluss	68,9	17,7	13,5
mittlere Reife	69,0	18,2	12,8
(Fach-)Abitur	62,1	22,2	15,8
Signifikanz		n. s.	
<i>BAG-Plus-Modell</i>			
max. Hauptschulabschluss	50,2	26,1	23,7
mittlere Reife	52,0	22,7	25,4
(Fach-)Abitur	42,8	31,9	25,2
Signifikanz		**	
Quelle: IAB-Projekt 1563. N = 659; populationsgewichtete Angaben; N fehlende Angaben = 1,4 %; Signifikanzniveau *95 %, **99 %, ***99,9 % (auf Basis ungewichteter Daten). n. s. = nicht signifikant.			

5.6 Beruflicher Abschluss

Differenziert nach den Abschlussniveaus der beruflichen Bildung weisen sowohl Erwerbstätige ohne beruflichen Abschluss als auch Erwerbstätige mit einem Hochschulabschluss eine überdurchschnittlich hohe Wahrscheinlichkeit auf, in der Grauzone erwerbstätig zu sein (siehe Tabelle 5.1). Innerhalb der Grauzone stellen Erwerbstätige mit einem Lehrabschluss bzw. einem vergleichbaren schulischen Berufsabschluss mit 41 % die am stärksten besetzte Bildungsgruppe, gefolgt von den Hochschulabsolventen (32 %), den Meistern, Technikern und sonstigen Fachschulabsolventen (16 %) und den Erwerbstätigen ohne Abschluss (10 %). Während Hochschulabsolventen dabei überdurchschnittlich häufig in der Grauzone eine Nebentätigkeit ausüben, sind Erwerbstätige in der Grauzone ohne Abschluss bzw. mit Lehrabschluss nur zu einem Drittel nebenerwerbstätig. Bei Meistern und Technikern in der Grauzone ist nur etwa ein Viertel mit einer Nebentätigkeit in der Grauzone

aktiv. Auch unter Berücksichtigung der Allgemeinbildung erweist sich der berufliche Abschluss bei der rechtlichen Bewertung der Vertragsverhältnisse als erklärungstark.

Tabelle 5.12: Haupterwerbstätige in der Grauzone nach Rechtsmodellen und beruflichem Abschluss

	abhängig	semi-selbständig Zeilen-%	selbständig
<i>BAG-Modell</i>			
keine Ausbildung	31,6	36,8	31,6
Lehre	25,8	31,8	42,4
Meister/Techniker	10,9	35,6	53,5
Hochschulabschluss	16,0	33,2	50,8
Signifikanz		***	
<i>Alternativ-Modell</i>			
keine Ausbildung	61,6	20,2	18,3
Lehre	43,8	25,9	30,3
Meister/Techniker	24,3	30,0	45,8
Hochschulabschluss	35,5	19,1	45,4
Signifikanz		***	
<i>BAG-Plus-Modell</i>			
keine Ausbildung	57,0	15,0	28,0
Lehre	31,4	26,2	42,4
Meister/Techniker	15,0	30,6	54,4
Hochschulabschluss	21,9	27,4	50,7
Signifikanz		***	
Quelle: IAB-Projekt 1563. N = 898; populationsgewichtete Angaben; N fehlende Angaben = 3,7 %; Signifikanzniveau *95 %, **99 %, ***99,9 % (auf Basis ungewichteter Daten).			

Die Vertragsverhältnisse von Erwerbstätigen mit Meister-, Techniker- und anderen Fachschulabschlüssen werden dabei von den drei Rechtsmodellen überwiegend als selbständig eingestuft. Auch Vertragsverhältnisse von Personen mit Hochschulabschluss werden überwiegend als selbständig eingestuft, wenn auch nicht in dem Umfang, wie dies bei Meistern und Technikern der Fall ist. Vertragsverhältnisse von Erwerbstätigen ohne beruflichen Abschluss werden überdurchschnittlich als abhängig bewertet (siehe Tabelle 5.12).

Abgeschwächt zeigt sich dieser Befund auch für Nebentätigkeiten in der Grauzone. Erneut weisen Meister und Techniker die höchste Wahrscheinlichkeit auf, als selbständig Erwerbstätige eingestuft zu werden, während dies bei Erwerbstätigen ohne beruflichen Abschluss nur bei einem geringen Anteil von jeweils unter 10 % der Fall ist. Dies gilt gleichermaßen für die drei Rechtsmodelle (Tabelle 5.13).

Tabelle 5.13: Nebenerwerbstätige in der Grauzone nach Rechtsmodellen und beruflichem Abschluss

	abhängig	semi-selbständig	selbständig
	Zeilen- %		
BAG-Modell			
keine Ausbildung	42,3	48,8	8,9
Lehre	37,8	32,6	29,6
Meister/Techniker	21,8	35,2	42,9
Hochschulabschluss	21,5	41,9	36,7
Signifikanz	**		
Alternativ-Modell			
keine Ausbildung	93,1	3,3	3,7
Lehre	64,3	20,2	15,4
Meister/Techniker	58,6	18,5	22,8
Hochschulabschluss	60,4	24,5	15,1
Signifikanz	**		
BAG-Plus-Modell			
keine Ausbildung	62,1	30,9	7,1
Lehre	49,6	23,6	26,8
Meister/Techniker	43,4	27,2	29,3
Hochschulabschluss	40,6	32,6	26,8
Signifikanz	**		
Quelle: IAB-Projekt 1563. N = 659; populationsgewichtete Angaben; N fehlende Angaben = 2,4 %; Signifikanzniveau *95 %, **99 %, ***99,9 % (auf Basis ungewichteter Daten).			

5.7 Erwerbserfahrung

Hinsichtlich der Erwerbserfahrung, gemessen in potenzieller Erwerbserfahrung seit Abschluss der Ausbildung, unterscheiden sich die Befragten in der Grauzone nicht von den Erwerbstätigen insgesamt in Deutschland. Im Schnitt weisen die Erwerbstätigen eine durchschnittliche Erwerbserfahrung von 20,7 Jahren auf, die der Grauzonen-Erwerbstätigen liegt mit 20,4 Jahren geringfügig darunter.

Mit Blick auf die rechtliche Stellung der Erwerbstätigen in der Grauzone kommt der Erwerbserfahrung ein schwach diskriminierender Effekt zu. Tendenziell verfügen die als abhängig beschäftigt eingestuft Erwerbstätigen in der Grauzone über eine kürzere Dauer an Erwerbserfahrung. Dies gilt sowohl für die Haupterwerbstätigen als auch für die Erwerbstätigen, die aufgrund einer selbständigen Nebentätigkeit der Grauzone zugerechnet wurden (siehe Tabelle 5.14).

Tabelle 5.14: Erwerbstätige in der Grauzone nach Rechtsmodellen und potenzieller Erwerbserfahrung

	abhängig	semi-selbständig	selbständig
	potenzielle Erwerbserfahrung in Jahren		
	Haupterwerbstätige		
BAG-Modell	18,5 Jahre	21,0 Jahre	23,3 Jahre
Alternativ-Modell	18,4 Jahre	24,2 Jahre	23,1 Jahre
BAG-Plus-Modell	18,4 Jahre	22,5 Jahre	23,1 Jahre
	Nebentätigkeit		
BAG-Modell	17,4 Jahre	17,2 Jahre	20,2 Jahre
Alternativ-Modell	17,6 Jahre	19,6 Jahre	19,1 Jahre
BAG-Plus-Modell	18,5 Jahre	16,9 Jahre	19,2 Jahre
Quelle: IAB-Projekt 1563. N = 1.557; populationsgewichtete Angaben.			

Quelle: IAB-Projekt 1563. N = 1.557; populationsgewichtete Angaben.

5.8 Arbeitslosigkeitserfahrung im Erwerbsverlauf

Erwerbstätige in der Grauzone unterscheiden sich hinsichtlich der Betroffenheit von Arbeitslosigkeit im Lebensverlauf nicht systematisch von der Erwerbspopulation insgesamt. Innerhalb der Grauzone waren zwei Drittel der Befragten (68 %) nie bzw. insgesamt unter einem Jahr erwerbslos. 24 % waren zwischen einem bis zu fünf Jahren arbeitslos und 5 % waren fünf Jahre und länger arbeitslos. Weiterhin unterscheiden sich Haupt- und Nebenerwerbstätige in der Grauzone nicht systematisch in Bezug auf die kumulierte Dauer der Erwerbstätigkeit im Lebensverlauf (siehe Tabelle 5.1).

Wird jedoch bei den Erwerbstätigen in der Grauzone auf Basis der drei Rechtsmodelle die Bewertung der Vertragsverhältnisse berücksichtigt, dann zeichnet sich hier ein deutlicher Effekt der individuellen Arbeitslosigkeitserfahrung ab. Bei den Haupterwerbstätigen in der Grauzone nimmt mit der Dauer individueller Erwerbslosigkeit im Lebensverlauf der Anteil der Grauzonen-Erwerbstätigen, die je nach Rechtsmodell als abhängig Beschäftigte eingestuft werden, systematisch zu. Gleichmaßen nimmt der Anteil der Vertragsverhältnisse, die als selbständig eingestuft werden, mit zunehmender Arbeitslosigkeitsdauer nahezu stetig ab (siehe Tabelle 5.15). Dies gilt mit den bekannten Niveau-Unterschieden für alle drei Rechtsmodelle. Gleichwohl ist dieser korrelative Befund mit Vorsicht zu bewerten. Aufgrund der Art der Erhebung (Querschnittsbefragung) kann der kausale Einfluss individueller Arbeitslosigkeitserfahrung auf die vertragliche Ausgestaltung der Erwerbsaktivität nicht bestimmt werden. Ebenso kann nicht abschließend zwischen Selektionsprozessen in Erwerbsverhältnisse in der Grauzone und dem Verbleib in

diesen Erwerbsformen unterschieden werden. Erst unter Verwendung von Wiederholungsbefragungen lässt sich die kausale Struktur der Effekte identifizieren.

Tabelle 5.15: Haupterwerbstätige nach Rechtsmodellen und kumulierten Dauern der Arbeitslosigkeit

	abhängig	semi-selbständig	selbständig
	Zeilen-%		
	BAG-Modell		
nie	16,1	26,6	57,2
unter 1 Jahr	18,0	41,1	40,9
unter 2 Jahren	16,3	39,8	43,9
unter 3 Jahren	31,0	37,2	31,8
unter 4 Jahren	38,9	31,0	30,1
unter 5 Jahren	46,1	28,7	25,2
5 und mehr Jahre	35,3	41,0	23,7
Signifikanz	***		
	Alternativ-Modell		
nie	32,8	23,3	43,9
unter 1 Jahr	39,2	24,2	36,7
unter 2 Jahren	37,2	34,8	28,0
unter 3 Jahren	44,8	29,2	26,0
unter 4 Jahren	67,2	20,6	12,2
unter 5 Jahren	63,3	11,7	25,1
5 und mehr Jahre	66,6	10,4	23,0
Signifikanz	***		
	BAG-Plus-Modell		
nie	21,9	25,0	53,1
unter 1 Jahr	30,5	27,2	42,3
unter 2 Jahren	26,7	27,6	45,8
unter 3 Jahren	29,2	29,8	41,0
unter 4 Jahren	49,1	33,6	17,3
unter 5 Jahren	54,8	8,5	36,8
5 und mehr Jahre	49,5	24,3	26,2
Signifikanz	**		
Quelle: IAB-Projekt 1563. N = 898; populationsgewichtete Angaben; N fehlende Angaben = 3,7 %;			
Signifikanzniveau *95 %, **99 %, ***99,9 % (auf Basis ungewichteter Daten).			

Anders stellt sich der Sachverhalt bei Nebenerwerbstätigen in der Grauzone dar. Hier besteht ebenfalls für alle drei Rechtsmodelle kein systematischer Zusammenhang zwischen der rechtlichen Bewertung der Vertragsverhältnisse und der kumulierten Dauer der Arbeitslosigkeit (siehe Tabelle 5.16).

Tabelle 5.16: Nebenerwerbstätige nach Rechtsmodellen und kumulierter Dauer der Arbeitslosigkeit

	abhängig	semi-selbständig	selbständig
	Zeilen-%		
BAG-Modell			
nie	34,0	39,8	26,3
unter 1 Jahr	23,6	41,7	34,8
unter 2 Jahren	31,3	35,8	33,0
unter 3 Jahren	22,3	35,7	42,0
unter 4 Jahren	10,0	40,1	49,9
unter 5 Jahren	44,1	27,6	28,3
5 und mehr Jahre	22,2	19,6	58,2
Signifikanz	n. s.		
Alternativ-Modell			
nie	70,6	18,0	11,4
unter 1 Jahr	60,3	21,1	18,7
unter 2 Jahren	59,8	21,4	18,8
unter 3 Jahren	47,4	33,9	18,7
unter 4 Jahren	65,2	7,2	27,6
unter 5 Jahren	53,0	47,0	0,0
5 und mehr Jahre	65,0	14,4	20,6
Signifikanz	n. s.		
BAG-Plus-Modell			
nie	53,7	25,6	20,8
unter 1 Jahr	39,3	34,3	26,4
unter 2 Jahren	41,4	28,9	29,7
unter 3 Jahren	29,9	28,8	41,4
unter 4 Jahren	37,0	28,2	34,8
unter 5 Jahren	44,2	27,5	28,3
5 und mehr Jahre	35,6	25,7	38,8
Signifikanz	n. s.		
Quelle: IAB-Projekt 1563. N = 659; populationsgewichtete Angaben; N fehlende Angaben = 2,6 %; Signifikanzniveau *95 %, **99 %, ***99,9 % (auf Basis ungewichteter Daten). n. s. = nicht signifikant.			

5.9 Zwischenfazit

Das Risiko, scheinselfständig erwerbstätig zu sein, ist nicht gleich verteilt über die Erwerbsgruppen in Deutschland. Im Gegensatz zu Erwerbstätigen ohne Migrationshintergrund bzw. männlichen Erwerbstätigen weisen Migranten bzw. Frauen ein signifikant höheres Risiko auf, als scheinselfständig bewertet zu werden; und diese Befunde sind für alle drei Rechtsmodelle gültig.

Weiterhin kommt dem beruflichen Abschluss eine wichtige Bedeutung zu; mit steigendem Bildungsniveau sinkt das Risiko, scheinselbständig Erwerbstätig zu sein, wobei Meister und Techniker das geringste Risiko aufweisen, als scheinselbständig Erwerbstätige aktiv zu werden.

Neben soziodemografischen Merkmalen sind biografische Merkmale zu beachten. Erwerbseinsteiger sowie Erwerbstätige beim Übergang in den Ruhestand weisen ein deutlich höheres Risiko auf, scheinselbständig erwerbstätig zu sein, als Erwerbstätige im *prime-age*. Analog sinkt das Risiko, scheinselbständig erwerbstätig zu sein, mit den Jahren an Erwerbserfahrung und steigt mit der kumulierten Dauer der Arbeitslosigkeitserfahrung.

In regionaler Hinsicht, aber auch mit Blick auf die allgemeine Schulbildung können keine systematischen Effekte beobachtet werden.

6 Was tun Erwerbstätige in der Grauzone von selbständiger und abhängiger Erwerbsarbeit?

6.1 Berufe

Erwerbstätige, die in der Grauzone von selbständiger und abhängiger Erwerbsarbeit tätig werden, finden sich im gesamten Spektrum der beruflichen Tätigkeiten, z. B. Alten- und Krankenpflege, Bautätigkeiten, beratende Tätigkeiten, Bürokräfte, Dozenten, Erzieher, Gärtner, Journalisten, Kassierer, Kraftfahrer, Lagertätigkeiten, Mechaniker, Putz- und Reinigungskräfte, Sekretariatstätigkeiten, Techniker, Verkauf, Versand usw., wieder. Tabelle 6.1 gibt eine nach Berufsgruppen (Berufsklassifikation KLDB 2010) zusammengefasste Übersicht.

Tabelle 6.1: Ausgeübter Beruf der Grauzonen-Erwerbstätigen und Anteile an der Grundgesamtheit der Erwerbstätigen

Merkmal	Grauzonen- Anteil an der Grundgesamtheit Populationsanteil in %	Populationsanteil an der Grauzone	Anteil Neben- erwerbstätiger an der Grauzone
		Spalten-%	Anteil in %
Insgesamt	4,8	100	32,5
<i>Berufsgruppen</i>			
landwirt. Berufe	9,2	4,2	25,7
Rohstoffgewinnung	2,8	5,4	34,4
technische Berufe	2,4	5,7	25,5
Architekten u. Bauplaner	6,0	1,7	25,4
Bauberufe	5,1	7,3	10,1
Naturwissenschaft u. Ingenieure	4,0	3,2	22,5
Verkehrsberufe	3,4	5,9	23,0
Schutz- u. Reinigungsberufe	7,6	3,7	22,6
Einkauf, Vertrieb u. Handel	5,9	4,5	30,2
Verkaufsberufe	4,1	5,0	20,3
Gastronomie, Hotel u. Tourismus	7,6	3,2	46,3
Unternehmensorganisation	2,4	6,1	29,8
Buchhaltung u. Recht	5,5	7,8	18,9
Gesundheits- u. Sozialberufe	3,2	9,8	41,5
Lehrberufe	13,3	8,5	72,2
Geisteswissenschaften etc.	19,0	4,9	38,1
Werbung u. Marketing	8,8	3,9	28,1
Quelle: IAB-Projekt 1563. N = 4.553 insgesamt und 1.557 in der Grauzone; populationsgewichtete Angaben; N fehlende Angaben Grauzone insgesamt = 9,5 %.			

Ausgehend von den Populationsanteilen der Erwerbstätigen in der Grauzone erweisen sich die Geisteswissenschaften (19 %), die Lehrberufe (13 %), Werbung und Marketing-Berufe (9 %), Schutz- und Reinigungsberufe (8 %) sowie Berufe in Gastronomie, Hotel und Tourismus (8 %) als die Berufsgruppen, die sich mit erhöhter Wahrscheinlichkeit der Grauzone zuordnen lassen. Bezogen auf die Erwerbstätigen der Grauzone stellen die Gesundheits- und Sozialberufe die am häufigsten besetzte Berufsgruppe, gefolgt von den Lehrenden und ausbildenden Berufen (8 %) und den Bauberufen (7 %).

Bemerkenswert ist dabei, dass insbesondere in den Lehrberufen (72 %), in Gastronomie, Hotel und Tourismus (46 %) und in den Gesundheits- und Sozialberufen (41 %) Erwerbstätigkeit in der Grauzone zu nennenswerten Anteilen als Nebentätigkeit ausgeübt wird.

Nicht nur die Verortung von Erwerbsverhältnissen in die Grauzone variiert berufstypisch, auch die Bewertung der Vertragsverhältnisse in der Grauzone als selbständig bzw. abhängig („scheinselbständig“) ausgeübte Erwerbsverhältnisse unterscheidet sich in berufsspezifischer Hinsicht höchst signifikant. Während insgesamt die befragten Haupterwerbstätigen in der Grauzone entsprechend dem BAG-Modell zu 46 % als Selbständige, zu 21 % als abhängig Erwerbstätige („Scheinselbständige“) und zu 33 % als Semi-Selbständige bewertet werden, lassen sich nun signifikant unterschiedliche Anteile an Selbständigen, Semi-Selbständigen und Scheinselbständigen für die einzelnen Berufsgruppen aufzeigen. Nach dem BAG-Modell sind insbesondere Erwerbstätige in den Verkaufsberufen (51 %), in den Berufen von Gastronomie, Hotel und Tourismus (36 %), den Verkehrsberufen (36 %) sowie den Gesundheits- und Sozialberufen (31 %) überproportional häufig als abhängig Beschäftigte („Scheinselbständige“) zu bewerten. Bei den eindeutig selbständig ausgeübten Tätigkeiten ergibt sich gleichermaßen eine beachtliche Spannweite über die einzelnen Berufsgruppierungen hinweg. Dabei weisen Haupterwerbstätige in den Verkehrsberufen (29 %), in Gastronomie, Hotel und Tourismus (30 %) sowie in den Schutz- und Reinigungsberufen (30 %) die niedrigsten Selbständigen-Anteile auf, während die Berufsgruppe Buchhaltung und Recht mit 82 % den höchsten Selbständigen-Anteil aufweist (Tabelle 6.2a).

Tabelle 6.2a: Haupterwerbstätige nach BAG-Modell und ausgeübtem Beruf

	abhängig	semi-selbständig	selbständig
	Zeilen-%		
landwirt. Berufe	4,7	53,0	42,3
Rohstoffgewinnung	24,9	24,1	51,1
technische Berufe	19,9	35,1	45,0
Architekten u. Bauplaner	18,2	10,1	71,7
Bauberufe	16,0	47,5	36,5
Naturwissenschaft u. Ingenieure	10,3	46,4	43,3
Verkehrsberufe	36,4	34,4	29,3
Schutz- u. Reinigungsberufe	14,1	55,5	30,4
Einkauf, Vertrieb u. Handel	14,0	32,4	53,6
Verkaufsberufe	51,4	14,5	34,1
Gastronomie, Hotel u. Tourismus	32,9	35,7	31,4
Unternehmensorganisation	20,0	37,4	42,6
Buchhaltung u. Recht	9,1	8,9	82,0
Gesundheits- u. Sozialberufe	31,1	26,9	42,0
Lehrberufe	13,9	54,7	31,5
Geisteswissenschaften etc.	19,5	39,0	41,5
Werbung u. Marketing	16,7	31,1	52,2
Signifikanz		***	
Quelle: IAB-Projekt 1563. N = 898; populationsgewichtete Angaben; N fehlende Angaben = 7,3 %; Signifikanzniveau *95 %, **99 %, ***99,9 % (auf Basis ungewichteter Daten).			

Im Alternativ-Modell, das im Vergleich zum BAG-Modell einen höheren Anteil von Haupterwerbstätigen in der Grauzone als abhängig Beschäftigte einstuft, variiert die Bewertung der Vertragsverhältnisse der Haupterwerbstätigen deutlich berufsspezifisch. Die Berufsgruppen Verkehrsberufe (71 %), Schutz und Reinigung (71 %) sowie Gastronomie, Hotel und Tourismus (69 %) weisen überdurchschnittlich hohe Anteile an Erwerbstätigen auf, die als abhängig Beschäftigte und somit als „Scheinselbständige“ eingestuft werden. Demgegenüber sind die Anteile in den Berufsgruppen Buchhaltung und Recht (18 %) sowie im Einkauf und Vertrieb (22 %) vergleichsweise niedrig. Hohe Anteile an Selbständigen weisen die Berufsgruppen Vertrieb und Marketing (57 %) sowie Naturwissenschaften und Ingenieure (51 %) auf, während die Berufsgruppen Schutz und Reinigung (2 %) oder die Lehrberufe (12 %) vergleichsweise niedrige Selbständigen-Anteile aufweisen (Tabelle 6.2b).

Tabelle 6.2b: Haupterwerbstätige nach Alternativ-Modell und ausgeübtem Beruf

	abhängig	semi-selbständig	selbständig
	Zeilen-%		
landwirt. Berufe	27,4	31,0	41,6
Rohstoffgewinnung	40,4	12,5	47,1
technische Berufe	48,4	17,3	34,3
Architekten u. Bauplaner	52,3	26,3	21,5
Bauberufe	22,7	39,3	38,0
Naturwissenschaft u. Ingenieure	37,1	11,2	51,7
Verkehrsberufe	54,6	25,0	20,5
Schutz- u. Reinigungsberufe	70,7	27,5	1,9
Einkauf, Vertrieb u. Handel	22,3	43,4	34,4
Verkaufsberufe	71,0	9,0	20,0
Gastronomie, Hotel u. Tourismus	68,6	9,4	22,0
Unternehmensorganisation	25,4	25,2	49,4
Buchhaltung u. Recht	17,7	33,8	48,5
Gesundheits- u. Sozialberufe	49,6	22,7	27,7
Lehrberufe	66,8	21,6	11,7
Geisteswissenschaften etc.	31,4	17,9	50,7
Werbung u. Marketing	26,5	16,0	57,5
Signifikanz		***	
Quelle: IAB-Projekt 1563. N = 1.557; populationsgewichtete Angaben; N fehlende Angaben = 7,3 %; Signifikanzniveau *95 %, **99 %, ***99,9 % (auf Basis ungewichteter Daten).			

Das BAG-Plus-Modell bestätigt bei den Haupterwerbstätigen im Wesentlichen die Befunde des BAG- und Alternativ-Modells (Tabelle 6.2.c).

Tabelle 6.2c: Haupterwerbstätige nach BAG-Plus-Modell und ausgeübtem Beruf

	abhängig	semi-selbständig	selbständig
	Zeilen-%		
landwirt. Berufe	18,0	12,7	69,3
Rohstoffgewinnung	30,4	15,5	54,1
technische Berufe	36,5	19,0	44,5
Architekten u. Bauplaner	18,9	45,5	35,6
Bauberufe	10,7	37,6	51,7
Naturwissenschaft u. Ingenieure	18,8	32,1	49,2
Verkehrsberufe	45,2	35,7	19,1
Schutz- u. Reinigungsberufe	36,6	34,9	28,5
Einkauf, Vertrieb u. Handel	17,7	31,2	51,1
Verkaufsberufe	62,9	6,6	30,5
Gastronomie, Hotel u. Tourismus	48,2	22,7	29,1
Unternehmensorganisation	24,9	22,4	52,6
Buchhaltung u. Recht	13,8	28,9	57,2
Gesundheits- u. Sozialberufe	39,5	29,9	30,6
Lehrberufe	35,5	34,8	29,7
Geisteswissenschaften etc.	24,2	25,8	50,0
Werbung u. Marketing	18,8	18,2	63,0
Signifikanz		***	
Quelle: IAB-Projekt 1563. N = 898; populationsgewichtete Angaben; N fehlende Angaben = 7,3 %; Signifikanzniveau *95 %, **99 %, ***99,9 % (auf Basis ungewichteter Daten).			

Die Erwerbstätigen, deren Nebentätigkeit der Grauzone zugeordnet wurde, weisen im Vergleich zu den Haupterwerbstätigen bei den drei Rechtsmodellen weitgehend vergleichbare berufsspezifische Muster auf. Jedoch sind für die hier erfassten Nebenerwerbstätigkeiten im Vergleich zu den entsprechenden Haupterwerbstätigkeiten in der Grauzone deutlich höhere Anteile von Erwerbstätigen als abhängig Beschäftigte einzustufen. Demzufolge sind die in Tabelle 6.3 dargestellten Modellbefunde, wenn auch mit berufsspezifischer Variation, in Bezug auf die Nebentätigkeiten in der Grauzone deutlich stärker ausgeprägt, als dies jeweils bei den Haupterwerbstätigen der Fall ist.

Tabelle 6.3: Nebenerwerbstätige nach Rechtsmodellen und ausgeübtem Beruf

	abhängig	semi-selbständig	selbständig
	Zeilen-%		
BAG-Modell			
landwirt. Berufe	25,9	12,5	61,6
Rohstoffgewinnung	36,0	37,6	26,4
technische Berufe	49,3	8,8	42,0
Architekten u. Bauplaner	52,5	4,1	43,4
Bauberufe	25,2	32,3	42,6
Naturwissenschaft u. Ingenieure	4,6	47,7	47,7
Verkehrsberufe	27,6	56,3	16,1
Schutz- u. Reinigungsberufe	55,0	23,6	21,4
Einkauf, Vertrieb u. Handel	14,1	14,5	71,4
Verkaufsberufe	16,1	65,1	18,9
Gastronomie, Hotel u. Tourismus	75,8	20,8	3,4
Unternehmensorganisation	35,5	34,8	29,6
Buchhaltung u. Recht	3,7	36,9	59,4
Gesundheits- u. Sozialberufe	26,9	40,8	32,3
Lehrberufe	25,5	53,5	21,0
Geisteswissenschaften etc.	21,6	47,1	31,4
Werbung u. Marketing	3,7	54,4	41,9
Signifikanz		***	
Alternativ-Modell			
landwirt. Berufe	38,3	14,0	47,7
Rohstoffgewinnung	49,8	27,8	22,4
technische Berufe	48,4	19,8	31,9
Architekten u. Bauplaner	22,7	46,5	30,8
Bauberufe	71,3	28,7	0,0
Naturwissenschaft u. Ingenieure	55,1	10,2	34,7
Verkehrsberufe	81,1	11,2	7,8
Schutz- u. Reinigungsberufe	78,6	7,7	13,7
Einkauf, Vertrieb u. Handel	40,0	31,9	28,0
Verkaufsberufe	78,2	17,3	4,6
Gastronomie, Hotel u. Tourismus	89,5	5,0	5,5
Unternehmensorganisation	57,6	24,7	17,7
Buchhaltung u. Recht	32,0	40,7	27,4
Gesundheits- u. Sozialberufe	68,3	26,1	5,6
Lehrberufe	86,1	13,4	0,5
Geisteswissenschaften etc.	61,9	24,2	14,0
Werbung u. Marketing	26,4	35,1	38,5
Signifikanz		***	

Tabelle 6.3 (Fortsetzung): Nebenerwerbstätige nach Rechtsmodellen und ausgeübtem Beruf

	abhängig	semi-selbständig	selbständig
	Zeilen-%		
BAG-Plus-Modell			
landwirt. Berufe	32,3	6,1	61,6
Rohstoffgewinnung	34,5	31,4	34,2
technische Berufe	46,9	21,2	31,9
Architekten u. Bauplaner	22,6	46,6	30,8
Bauberufe	55,0	16,4	28,7
Naturwissenschaft u. Ingenieure	16,4	16,8	66,9
Verkehrsberufe	65,1	23,6	11,4
Schutz- u. Reinigungsberufe	71,1	10,7	18,2
Einkauf, Vertrieb u. Handel	20,0	22,7	57,3
Verkaufsberufe	29,5	55,4	15,1
Gastronomie, Hotel u. Tourismus	89,5	0,0	10,5
Unternehmensorganisation	44,4	35,8	19,8
Buchhaltung u. Recht	16,8	30,4	52,8
Gesundheits- u. Sozialberufe	47,4	27,8	24,8
Lehrberufe	58,0	34,6	7,3
Geisteswissenschaften etc.	39,8	42,3	17,9
Werbung u. Marketing	21,4	41,2	37,4
Signifikanz		***	
Quelle: IAB-Projekt 1563. N = 659; populationsgewichtete Angaben; N fehlende Angaben = 12,4 %;			
Signifikanzniveau *95 %, **99 %, ***99,9 % (auf Basis ungewichteter Daten).			

6.2 Wirtschaftszweig des Vertragspartners

Neben der beruflichen ergibt sich gleichermaßen eine ausgeprägte wirtschaftszweigspezifische Schwerpunktsetzung beim Aufkommen scheinselfständig Erwerbstätiger.

Die branchenspezifische Wahrscheinlichkeit, in der Grauzone erwerbstätig zu sein, ist in den Bereichen Sonstige Dienstleistungen, Kredit und Versicherung, Land- und Forstwirtschaft sowie Bildung und Wissenschaft deutlich höher als in der Gesamtwirtschaft.

Die sektorale Verortung der Tätigkeit erfolgt dabei über die Wirtschaftszweiguordnung des Auftraggebers. Wie aus Tabelle 6.4 ersichtlich wird, sind 13 % der befragten Haufterwerbstätigen, die der Grauzone zugeordnet wurden, im Bereich der industriellen und handwerklichen Produktion tätig, 10 % in den privaten Haushalten, weitere 9 % sind im Bereich Bildung und Wissenschaft tätig. Daran wird deutlich, dass insbesondere im tertiären Sektor verstärkt Erwerbstätige zu finden

sind, deren Haupterwerbstätigkeit der Grauzone von selbständiger und abhängiger Erwerbstätigkeit zugeordnet wird.

Erwerbstätigkeiten in der Grauzone werden in den Branchen Bildung und Wissenschaft, Gesundheit und Körperpflege, Gastronomie und Sonstige Branchen überdurchschnittlich häufig als Nebentätigkeit ausgeübt (Tabelle 6.4).

Tabelle 6.4: Wirtschaftszweig der Grauzonen-Erwerbstätigen und Anteile an der Grundgesamtheit der Erwerbstätigen

Merkmal	Grauzonen- Anteil an der Grundgesamtheit Populationsanteile in %	Populationsanteil an der Grauzone Spalten-%	Anteil Neben- erwerbstätiger an der Grauzone Anteil in %
Insgesamt	4,8	100	32,5
<i>Wirtschaftszweig</i>			
privater Haushalt		10,4	30,7
Land- u. Forstwirtschaft	8,4	3,7	20,3
Verarb. Gewerbe (ohne Bau)	2,3	12,8	27,8
Baugewerbe	4,8	7,5	4,5
Handel	3,2	7,5	21,4
Verkehr u. Nachricht	3,9	4,8	23,9
Kredit u. Versicherung	8,6	6,0	22,9
Sonst. Dienstleistungen	8,9	19,1	31,5
Gastronomie	6,2	3,8	50,6
Bildung u. Wissenschaft	7,0	8,6	59,2
Gesundheit u. Körperpflege	2,8	7,7	56,3
IT u. Telekommunikation	6,2	3,4	24,4
Sonstige	2,4	3,7	58,4
Quelle: IAB-Projekt 1563. N = 4.553 insgesamt und 1.557 in der Grauzone; populationsgewichtete Angaben.			

Übereinstimmend in den drei Rechtsmodellen werden Haupterwerbstätige in der Grauzone, die in den Branchen Gastronomie, Handel sowie Gesundheit und Körperpflege tätig sind, überdurchschnittlich häufig als abhängig Beschäftigte eingestuft und korrespondierend selten als selbständig Erwerbstätige bewertet (Tabelle 6.5).

Tabelle 6.5: Haupterwerbstätige nach Rechtsmodellen und Wirtschaftszweig

	abhängig	semi-selbständig	selbständig
	Zeilen-%		
BAG-Modell			
privater Haushalt	9,7	29,8	60,4
Land- u. Forstwirtschaft	3,7	60,7	35,6
Verarb. Gewerbe (ohne Bau)	29,2	27,1	43,7
Baugewerbe	9,5	47,0	43,6
Handel	39,7	30,6	29,7
Verkehr u. Nachricht	27,0	43,3	29,7
Kredit u. Versicherung	3,3	9,6	87,1
Sonst. Dienstleistungen	17,9	32,9	49,2
Gastronomie	48,5	31,1	20,5
Bildung u. Wissenschaft	15,9	47,4	36,8
Gesundheit u. Körperpflege	35,7	18,7	45,6
IT u. Telekommunikation	12,8	43,0	44,2
Sonstige	40,4	26,2	33,4
keine Angabe	9,7	29,8	60,4
Signifikanz		***	
Alternativ-Modell			
privater Haushalt	25,3	30,2	44,6
Land- u. Forstwirtschaft	28,3	38,9	32,9
Verarb. Gewerbe (ohne Bau)	44,1	20,4	35,5
Baugewerbe	21,9	34,7	43,3
Handel	67,2	15,9	16,9
Verkehr u. Nachricht	48,9	24,4	26,7
Kredit u. Versicherung	9,0	47,9	43,1
Sonst. Dienstleistungen	34,2	17,2	48,7
Gastronomie	79,5	8,7	11,8
Bildung u. Wissenschaft	63,3	20,9	15,9
Gesundheit u. Körperpflege	63,1	8,3	28,6
IT u. Telekommunikation	29,9	30,4	39,6
Sonstige	42,6	33,1	24,2
Signifikanz		***	

Tabelle 6.5 (Fortsetzung): Haupterwerbstätige nach Rechtsmodellen und Wirtschaftszweig

	abhängig	semi-selbständig	selbständig
	Zeilen-%		
BAG-Plus-Modell			
privater Haushalt	11,0	25,2	63,8
Land- u. Forstwirtschaft	21,3	18,7	60,1
Verarb. Gewerbe (ohne Bau)	33,2	27,7	39,1
Baugewerbe	9,8	27,9	62,3
Handel	54,7	16,9	28,5
Verkehr u. Nachricht	39,0	38,0	23,0
Kredit u. Versicherung	9,0	29,6	61,4
Sonst. Dienstleistungen	24,6	21,7	53,7
Gastronomie	76,4	3,2	20,5
Bildung u. Wissenschaft	40,7	32,7	26,6
Gesundheit u. Körperpflege	43,2	29,5	27,3
IT u. Telekommunikation	21,5	46,6	31,9
Sonstige	40,4	24,4	35,2
Signifikanz		***	
Quelle: IAB-Projekt 1563. N = 898; populationsgewichtete Angaben; N fehlende Angaben = 0,9 %; Signifikanzniveau *95 %, **99 %, ***99,9 % (auf Basis ungewichteter Daten).			

Mit Blick auf die Nebentätigkeiten in der Grauzone kommen die drei Rechtsmodelle übereinstimmend zu dem Befund, dass diese insgesamt deutlich häufiger als abhängig Beschäftigte bewertet werden (Tabelle 6.6). Jedoch ist die Branchenzuordnung nicht so homogen wie bei den Haupterwerbstätigen. Grauzonen-Nebentätigkeiten in der Gastronomie werden von den drei Modellen überwiegend als abhängige Beschäftigung ausgewiesen. Nebentätigkeiten werden insbesondere vom BAG-Modell als abhängige Beschäftigung identifiziert, während das Alternativ-Modell sowie das BAG-Plus Modell die Branchen Gesundheit und Körperpflege sowie Bildung und Wissenschaft als weitere Branchen mit ausgesprochen hohen Werten von abhängiger Beschäftigung in der Grauzone identifizieren.

Tabelle 6.6: Nebenerwerbstätige nach Rechtsmodellen und Wirtschaftszweig

	abhängig	semi-selbständig	selbständig
	Zeilen-%		
BAG-Modell			
privater Haushalt	25,1	23,0	51,9
Land- und Forstwirtschaft	48,3	13,9	37,7
Verarb. Gewerbe (ohne Bau)	39,2	25,3	35,5
Baugewerbe	49,1	5,4	45,5
Handel	24,2	34,1	41,7
Verkehr und Nachricht	33,2	45,8	21,0
Kredit und Versicherung	26,9	41,7	31,5
Sonst. Dienstleistungen	22,2	44,1	33,7
Gastronomie	64,7	32,4	2,9
Bildung u. Wissenschaft	23,3	53,8	22,9
Gesundheit u. Körperpflege	31,6	40,8	27,6
IT u. Telekommunikation	8,6	36,1	55,4
Sonstige	21,8	46,1	32,1
Signifikanz		***	
Alternativ-Modell			
privater Haushalt	41,9	37,0	21,1
Land- und Forstwirtschaft	62,4	20,9	16,7
Verarb. Gewerbe (ohne Bau)	58,3	20,2	21,5
Baugewerbe	63,4	26,2	10,4
Handel	55,7	14,1	30,1
Verkehr u. Nachricht	72,5	17,6	10,0
Kredit u. Versicherung	47,5	42,5	10,0
Sonst. Dienstleistungen	51,3	25,4	23,3
Gastronomie	93,6	3,0	3,5
Bildung u. Wissenschaft	84,1	13,6	2,3
Gesundheit u. Körperpflege	80,7	16,3	3,0
IT u. Telekommunikation	42,4	6,6	51,1
Sonstige	66,5	17,2	16,3
Signifikanz		***	

Tabelle 6.6 (Fortsetzung): Nebenerwerbstätige nach Rechtsmodellen und Wirtschaftszweig

	abhängig	semi-selbständig	selbständig
	Zeilen-%		
	<i>BAG-Plus-Modell</i>		
privater Haushalt	31,7	19,5	48,8
Land- u. Forstwirtschaft	41,9	22,1	35,9
Verarb. Gewerbe (ohne Bau)	38,1	28,4	33,5
Baugewerbe	45,8	33,3	20,9
Handel	41,2	24,7	34,1
Verkehr u. Nachricht	47,8	28,1	24,1
Kredit u. Versicherung	40,2	28,4	31,4
Sonst. Dienstleistungen	43,2	31,1	25,7
Gastronomie	72,3	22,7	5,0
Bildung u. Wissenschaft	55,8	35,3	8,8
Gesundheit u. Körperpflege	56,0	28,6	15,4
IT u. Telekommunikation	9,1	17,6	73,4
Sonstige	44,6	31,4	24,1
Signifikanz		***	
Quelle: IAB-Projekt 1563. N = 659; populationsgewichtete Angaben; N fehlende Angaben = 0,5 %; Signifikanzniveau *95 %, **99 %, ***99,9 % (auf Basis ungewichteter Daten).			

6.3 Betriebsgröße des (wichtigsten) Auftraggebers

Neben dem Wirtschaftszweig des Vertragspartners wird die Betriebsgröße der örtlichen Betriebseinheit des Vertragspartners als zweites Merkmal herangezogen, um die Aktivität von Erwerbstätigen in der Grauzone zu beschreiben.

Die Wahrscheinlichkeit, als Erwerbstätiger in der Grauzone tätig zu sein, ist bei Kleinstbetrieben mit bis zu neun Beschäftigten am größten und sinkt mit zunehmender Betriebsgröße.

Bezogen auf die Verteilung innerhalb der Grauzonen-Erwerbstätigen sind 10 % für private Haushalte tätig. Hier kann eine Betriebsgröße sinnvollerweise nicht ausgewiesen werden. 26 % der Befragten sind für Vertragspartner mit bis zu neun Mitarbeitern tätig, weitere 21 % sind für Betriebe mit zehn bis 49 Mitarbeitern tätig, 20 % für Betriebe mit 50 bis 999 Mitarbeitern und 9 % für Betriebe mit mehr als 1.000 Mitarbeitern. 12 % der Befragten machten keine Angabe zur Betriebsgröße des Vertragspartners. Der Anteil Nebenerwerbstätiger an der Grau-

zone variiert signifikant mit der Größe des beauftragenden Betriebs. Insbesondere bei mittelständischen Vertragspartnern (Betriebsgrößen 10–49 Mitarbeiter) ergibt sich ein überproportional hoher Anteil Nebenerwerbstätiger an der Grauzone, während bei Großbetrieben (1.000 Mitarbeiter und mehr) Nebentätige in der Grauzone deutlich unterrepräsentiert sind.

Tabelle 6.7: Betriebsgröße des (wichtigsten) Auftraggebers von Grauzonen-Erwerbstätigen und Anteile an der Grundgesamtheit der Erwerbstätigen

Merkmal	Grauzonen- Anteil an der Grundgesamtheit Populationsanteile in %	Populationsanteil an der Grauzone Spalten-%	Anteil Neben- erwerbstätiger an der Grauzone Anteil in %
Insgesamt	4,8	100	32,5
<i>Betriebsgröße</i>			
1–9 Beschäftigte	7,5	25,6	30,5
10–49 Beschäftigte	4,2	21,1	36,2
50–1.000 Beschäftigte	2,7	20,1	31,2
1.000 + Beschäftigte	3,3	9,4	22,4
privater HH	12,8	10,4	30,7
Quelle: IAB-Projekt 1563. N = 4.553 insgesamt und 1.557 in der Grauzone; populationsgewichtete Angaben. Fehlende Angaben Grauzone insgesamt = 12,4 %.			

Die Betriebsgrößeneffekte haben bei den drei Rechtsmodellen in unterschiedlichem Umfang Einfluss auf die Bewertung der Vertragsverhältnisse. Bezogen auf die Haupterwerbstätigen weisen das BAG und das BAG-Plus-Modell signifikante, jedoch keine nach der Betriebsgröße hin systematischen Effekte auf (Tabelle 6.8). Dies verweist insbesondere auf Effekte dritter Einflussgrößen, wie des Berufs der Befragten oder der Branchenzugehörigkeit des beauftragenden Betriebs. Diese Merkmale sind selbst mit der Betriebsgröße korreliert.

Tabelle 6.8: Haupterwerbstätige in der Grauzone nach der Betriebsgröße des Auftraggebers und Einstufung nach BAG-, Alternativ- und BAG-Plus-Modell

	abhängig	semi-selbständig	selbständig
	Zeilen-%		
BAG-Modell			
1–9 Beschäftigte	21,0	30,0	49,0
10–49 Beschäftigte	25,1	37,2	37,6
50–1.000 Beschäftigte	23,5	36,6	39,9
1.000 + Beschäftigte	24,5	36,9	38,6
privater HH	9,7	29,8	60,4
Signifikanz		***	
Alternativ-Modell			
1–9 Beschäftigte	39,1	23,8	37,1
10–49 Beschäftigte	49,3	21,8	29,0
50–1.000 Beschäftigte	44,0	19,9	36,1
1.000 + Beschäftigte	42,1	19,3	38,6
privater HH	25,3	30,2	44,6
Signifikanz		n. s.	
BAG-Plus-Modell			
1–9 Beschäftigte	26,7	25,1	48,2
10–49 Beschäftigte	36,7	29,8	33,5
50–1.000 Beschäftigte	33,8	26,5	39,8
1.000 + Beschäftigte	32,4	25,1	42,6
privater HH	11,0	25,2	63,8
Signifikanz		**	
Quelle: IAB-Projekt 1563. N = 898; populationsgewichtete Angaben; N fehlende Angaben = 11,1 %;			
Signifikanzniveau *95 %, **99 %, ***99,9 % (auf Basis ungewichteter Daten). n. s. = nicht signifikant.			

Analog zu den Haupterwerbstätigen finden sich bei den Nebentätigkeiten signifikante, aber keineswegs systematische Effekte der Betriebsgröße auf die Bewertung der Verträge (Tabelle 6.9).

Tabelle 6.9: Nebenerwerbstätige in der Grauzone nach der Betriebsgröße des Auftraggebers und Einstufung nach BAG-, Alternativ- und BAG-Plus-Modell

	abhängig	semi-selbständig	selbständig
	Zeilen-%		
BAG-Modell			
1–9 Beschäftigte	32,3	33,7	34,0
10–49 Beschäftigte	36,7	33,2	30,1
50–1.000 Beschäftigte	31,9	45,4	22,7
1.000 + Beschäftigte	16,7	49,1	34,3
privater HH	25,1	23,0	51,9
Signifikanz		***	
Alternativ-Modell			
1–9 Beschäftigte	57,6	19,7	22,7
10–49 Beschäftigte	72,9	14,8	12,3
50–1.000 Beschäftigte	69,1	20,7	10,2
1.000 + Beschäftigte	57,9	26,7	15,4
privater HH	41,9	37,0	21,1
Signifikanz		***	
BAG-Plus-Modell			
1–9 Beschäftigte	41,2	23,9	34,9
10–49 Beschäftigte	50,8	25,9	23,3
50–1.000 Beschäftigte	50,9	38,3	10,8
1.000 + Beschäftigte	40,8	34,0	25,2
privater HH	31,7	19,5	48,8
Signifikanz		***	
Quelle: IAB-Projekt 1563. N = 659; populationsgewichtete Angaben; N fehlende Angaben = 14,1 %; Signifikanzniveau *95 %, **99 %, ***99,9 % (auf Basis ungewichteter Daten).			

6.4 Arbeitszeitaufkommen

Die Arbeitszeiterfassung der Befragten erfolgte in mehreren Stufen. Ist das Arbeitszeitvolumen mit dem Vertragspartner fest vereinbart, was bei 44 % der Befragten der Fall ist, wird auf diese Information für nachfolgende Analysen zurückgegriffen. Wurde keine Wochenarbeitszeit vereinbart (31 %), wird auf die tatsächliche Arbeitszeit, die in einer Woche für diesen Vertragspartner geleistet wird, zurückgegriffen. Bei 12 % der Befragten fehlen Angaben zur Wochenarbeitszeit.

Die Wahrscheinlichkeit, als Erwerbstätiger der Grauzone zugeordnet zu werden, liegt bei geringfügiger Beschäftigung bei 20 %. Mit zunehmender Wochenarbeitszeit sinkt die Wahrscheinlichkeit, der Grauzone zugeordnet zu werden, bis auf unter 3 % bei einer Wochenarbeitszeit von 35 Stunden und mehr.

Von den befragten Haupterwerbstätigen arbeiten 41 % 35 Wochenstunden und mehr, 19 % 15 bis 35 Wochenstunden und 28 % wenden für ihren zentralen Vertragspartner lediglich weniger als 15 Wochenstunden auf (Tabelle 6.10).

Der Anteil der Nebenerwerbstätigen an der Grauzone ist bei den Erwerbstätigen mit einem Arbeitsvolumen von unter 15 Wochenstunden mit 55 % am höchsten und geht bei Erwerbstätigen mit einem wöchentlichen Arbeitsvolumen von 35 Stunden und mehr auf 14 % zurück (Tabelle 6.10).¹¹

Tabelle 6.10: Wochenarbeitszeit von Grauzonen-Erwerbstätigen und Anteile an der Grundgesamtheit der Erwerbstätigen

Merkmal	Grauzonen- Anteil an der Grundgesamtheit	Populationsanteil an der Grauzone	Anteil Neben- erwerbstätiger an der Grauzone
	Populationsanteile in %	Spalten-%	Anteil in %
Insgesamt	4,8	100	32,5
<i>Wochenarbeitszeit</i>			
bis unter 15 WStd.	20,5	28,1	55,4
15 WStd. bis unter 35 WStd.	4,2	19,0	18,5
35 WStd. und mehr	2,8	40,9	13,7
Quelle: IAB-Projekt 1563. N = 4.553 insgesamt und 1.557 in der Grauzone; populationsgewichtete Angaben.			

Das Merkmal Wochenarbeitszeit differenziert die Einordnung der befragten Haupterwerbstätigen entsprechend den Rechtsmodellen statistisch signifikant. Danach sinkt mit zunehmender Wochenarbeitszeit der Anteil der abhängig Beschäftigten und steigt der Anteil derer, die als selbständig Erwerbstätige bewertet werden. Bei Berücksichtigung des Niveaueffekts gilt dieser Befund für die drei Rechtsmodelle im Haupterwerb (Tabelle 6.11)

11 Hohe Arbeitszeitvolumen von selbständig Nebenerwerbstätigen können bspw. dadurch erklärt werden, dass Erwerbspersonen eine Teilzeit-Stelle als abhängig Beschäftigte wahrnehmen und diese in der Befragung als Haupterwerb definiert haben, während die in selbständiger Tätigkeit ausgeübte Betätigung als Nebenerwerb berichtet wird. Dazu kann etwa beitragen, dass die soziale Absicherung dieser Befragten primär über die abhängige Beschäftigung gewährleistet ist. Weiterhin kann die faktische Arbeitszeit der selbständigen Betätigung erheblich im Zeitverlauf variieren. Letzteres kann dazu führen, dass temporär mehr Arbeitszeit für die selbständige Nebentätigkeit aufgebracht wird als für die eigentliche Haupttätigkeit.

Tabelle 6.11: Haupterwerbstätige nach BAG-, Alternativ- und BAG-Plus-Modell und der Wochenarbeitszeit

	abhängig	semi-selbständig	selbständig
	Zeilen-%		
BAG-Modell			
bis unter 15 WStd.	24,8	33,2	42,0
15 WStd. bis unter 35 WStd.	27,2	29,4	43,4
35 WStd. und mehr	17,2	35,2	47,6
Signifikanz		*	
Alternativ-Modell			
bis unter 15 WStd.	53,9	14,6	31,6
15 WStd. bis unter 35 WStd.	41,4	24,3	34,3
35 WStd. und mehr	35,0	26,4	38,6
Signifikanz		***	
BAG-Plus-Modell			
bis unter 15 WStd.	37,1	22,1	40,8
15 WStd. bis unter 35 WStd.	33,6	22,9	43,5
35 WStd. und mehr	25,6	27,3	47,1
Signifikanz		***	
Quelle: IAB-Projekt 1563. N = 898; populationsgewichtete Angaben; N fehlende Angaben = 6,2 %; Signifikanzniveau *95 %, **99 %, ***99,9 % (auf Basis ungewichteter Daten).			

Ein anderes Bild ergibt sich bei den Nebentätigkeiten in der Grauzone hinsichtlich der rechtlichen Bewertung der Vertragsverhältnisse. Im Gegensatz zu den Haupterwerbstätigen steigt der Anteil an abhängig Beschäftigten mit zunehmender Wochenarbeitszeit bei den drei Rechtsmodellen (Tabelle 6.12).

Tabelle 6.12: Nebenerwerbstätige nach BAG-, Alternativ- und BAG-Plus-Modell und der Wochenarbeitszeit

	abhängig	semi-selbständig	selbständig
Zeilen-%			
BAG-Modell			
bis unter 15 WStd.	15,0	47,8	37,3
15 WStd. bis unter 35 WStd.	45,8	32,5	21,7
35 WStd. und mehr	73,7	22,8	3,5
Signifikanz	***		
Alternativ-Modell			
bis unter 15 WStd.	64,2	20,7	15,1
15 WStd. bis unter 35 WStd.	74,0	18,0	7,9
35 WStd. und mehr	82,4	11,9	5,8
Signifikanz	***		
BAG-Plus-Modell			
bis unter 15 WStd.	36,6	34,2	29,2
15 WStd. bis unter 35 WStd.	68,3	14,7	17,0
35 WStd. und mehr	75,0	22,0	3,1
Signifikanz	***		
Quelle: IAB-Projekt 1563. N = 659; populationsgewichtete Angaben; N fehlende Angaben = 24,3 %; Signifikanzniveau *95 %, **99 %, ***99,9 % (auf Basis ungewichteter Daten).			

6.5 Art der Vertragsbeziehung

Im Rahmen der Erhebung wurde unterschieden, inwieweit Befragte in zwei- bzw. in dreiseitige Verträge eingebunden sind. Während im zweiseitigen Vertrag der Vertragspartner der Leistungsempfänger ist, liegen dreiseitigen Verträgen komplexere Vertragsstrukturen zugrunde. Hier ist etwa an Vermittler zu denken, die für den Befragten den Kontakt zu dritten Leistungsnehmern herstellen und ggf. in diesem Kontext auch Arbeitgeberfunktionen übernehmen. Aufgrund der Screening-Logik wurden in dieser Studie Befragte dann der Grauzone zugerechnet, wenn der Vermittler eine dominante Rolle im Vertragsgefüge übernommen hat, z. B. dadurch, dass er dem Befragten Anweisungen erteilt oder für diesen die Rechnung stellt.

Tabelle 6.13 zeigt auf, dass in der Grauzone mehrheitlich Erwerbstätige auf Basis zweiseitiger Verträge aktiv sind (83 %); immerhin 14 % der Befragten verweisen auf dreiseitige Verträge. Der Anteil an Nebentätigkeiten ist bei beiden Vertragsformen annähernd gleich.

Tabelle 6.13: Vertragstyp

Vertragstyp	Populationsanteil an der Grauzone	Anteil Nebenerwerbstätiger an der Grauzone
	Spalten-%	Anteil in %
Insgesamt	100	32,5
zweiseitiger Vertrag	82,7	33,0
dreiseitiger Vertrag	14,2	31,8
keine Angabe	3,0	22,4
Quelle: IAB-Projekt 1563. N = 4.553 insgesamt und 1.557 in der Grauzone; populationsgewichtete Angaben.		

Hinsichtlich der rechtlichen Bewertung der Verträge ergeben sich beim BAG-Modell keine signifikanten Effekte, beim Alternativ-Modell schwach signifikante Effekte auf dem 10 %-Niveau und beim BAG-Plus-Modell stark signifikante Effekte.

Tabelle 6.14: Vertragsstruktur Haupterwerbstätiger und Modelleinstufung

Vertragstyp	abhängig	semi-selbständig	selbständig
Zeilen-%			
BAG-Modell			
zweiseitiger Vertrag	21,4	33,4	45,2
dreiseitiger Vertrag	23,8	31,4	44,8
Signifikanz	n. s.		
Alternativ-Modell			
zweiseitiger Vertrag	39,8	23,0	37,2
dreiseitiger Vertrag	44,3	26,6	29,1
Signifikanz	n. s.		
BAG-Plus-Modell			
zweiseitiger Vertrag	29,1	23,6	47,3
dreiseitiger Vertrag	31,3	37,3	31,5
Signifikanz	***		
Quelle: IAB-Projekt 1563. N = 898; populationsgewichtete Angaben; N fehlende Angaben = 2,7 %;			
Signifikanzniveau *95 %, **99 %, ***99,9 % (auf Basis ungewichteter Daten). n. s. = nicht signifikant.			

Bei den Nebentätigkeiten finden sich keine systematischen Befunde zum Zusammenhang von Vertragstyp und Modelleinstufung (Tabelle 6.15).

Tabelle 6.15: Vertragstyp Nebenerwerbstätiger und Modelleinstufung

Vertragstyp	abhängig	semi-selbständig	selbständig
Zeilen-%			
BAG-Modell			
zweiseitiger Vertrag	28,3	39,5	32,2
dreiseitiger Vertrag	36,4	31,5	32,0
Signifikanz	n. s.		
Alternativ-Modell			
zweiseitiger Vertrag	64,8	20,0	15,3
dreiseitiger Vertrag	63,2	24,1	12,6
Signifikanz	n. s.		
BAG-Plus-Modell			
zweiseitiger Vertrag	45,9	28,1	25,9
dreiseitiger Vertrag	48,6	28,2	23,2
Signifikanz	n. s.		
Quelle: IAB-Projekt 1563. N = 659; populationsgewichtete Angaben; N fehlende Angaben = 1,7 %;			
Signifikanzniveau *95 %. **99 %. ***99,9 % (auf Basis ungewichteter Daten). n. s. = nicht signifikant.			

6.6 Multivariate Modellbildung – Welche Faktoren fördern scheinselbständige Vertragsverhältnisse? Ein Zwischenfazit

In den vorausgehenden Abschnitten wurde der Zusammenhang soziodemografischer Merkmale (Region, Geschlecht, Alter, Allgemeinbildung/berufliche Bildung, Migrationshintergrund, potenzielle Erwerbserfahrung und individuelle kumulierte Arbeitslosigkeitserfahrung) und tätigkeitsspezifischer Merkmale (Beruf, Wirtschaftszweig und Betriebsgröße des Auftraggebers, Wochenarbeitszeit, Bezeichnung des Vertrags sowie Vertragstyp) der Erwerbstätigen in der Grauzone mit der rechtlichen Bewertung der Vertragsverhältnisse auf Basis der in Kapitel 2 eingeführten Rechtsmodelle dargestellt.

Nachfolgend wird der multivariate Zusammenhang zwischen soziodemografischen und tätigkeitsspezifischen Merkmalen einerseits und der materiellen Vertragsstruktur andererseits differenziert für die drei Rechtsmodelle beschrieben. Als abhängige Variable wird auf die in Kapitel 4.1.6 eingeführte Summenbildung der Vertragsmerkmale zurückgegriffen. Dem BAG-Score liegen fünf Kriterien zugrunde (inhaltliche, zeitliche, örtliche Weisungsbindung und die personelle und materielle Eingliederung in die Organisation des Auftraggebers). Die Einzelwerte werden aufaddiert und durch die Anzahl gültiger Werte geteilt. Der nach dieser Logik gebildete BAG-Score hat somit einen Wertebereich von 0 bis 1; wenn alle fünf BAG-Kriterien Abhängigkeit anzeigen, nimmt der Score den Wert 1 an. Liegt

keine Weisungsbindung und keine Einbindung in den Betrieb des Auftraggebers vor, nimmt der Score den Wert 0 an.¹²

Zur Bildung des Alternativ-Scores gehen die Kriterien eigener Kundenstamm, keine Preisbindung, keine örtliche und zeitliche Weisungsbindung, eigene Mitarbeiter, eigene Geschäftsräume und eigenes Betriebskapital in die Scorebildung ein. Die Scorebildung erfolgt analog zum BAG-Modell. Der Score nimmt die Ausprägung 1 an, wenn keine angemessene Verteilung von Chancen und Risiken vorliegt, und 0, wenn eine angemessene Verteilung von Chancen und Risiken voll gegeben ist.

Das BAG-Plus-Modell verbindet beide Modelle, wobei das Kriterium der persönlichen Abhängigkeit mit dem der angemessenen Verteilung von Chancen und Risiken verknüpft wird. Bei der Bildung des BAG-Plus-Scores gehen somit die Kriterien unternehmerische Freiheit (eigener Kundenstamm, freie Preisgestaltung, freie Zeiteinteilung, örtliche unternehmerische Freiheit) und Eingliederung in die Organisation des Auftraggebers (materielle und personelle Einbindung) ein. Der Wertebereich des BAG-Plus-Scores reicht analog von 0 bis 1.

Um die Vergleichbarkeit zwischen den Modellen zu gewährleisten, wird ein einheitliches Analysesample gebildet. Es werden nur Befragte in die Analysen einbezogen, bei denen für jedes Modell mindestens vier verwertbare Kriterien zur Scorebildung vorliegen. Dieses Vorgehen führt zum Ausschluss von insgesamt 78 Personen (19 Haupterwerbstätige und 59 Nebenerwerbstätige in der Grauzone) bzw. 5 % der erfassten Grauzonenpopulation. In die Analyse werden 1.479 Personen (879 Haupterwerbstätige und 600 Nebenerwerbstätige) einbezogen.

Es werden getrennt für Haupt- und Nebenerwerbstätige in der Grauzone und dem jeweiligen Rechtsmodell lineare Regressionsmodelle (OLS) geschätzt, mit dem Modellscore für Scheinselbständigkeit als abhängiger Variable. In die Modellbildung geht jeweils ein definierter Satz an demografischen Merkmalen als erklärende Variablen ein, die in Kapitel 5 eingeführt wurden. Die Modelle werden im Weiteren schrittweise um ein Tätigkeitsmerkmal erweitert; abschließend wird jeweils ein reduziertes Gesamtmodell berechnet. Die sozio-demografischen Merkmale erwiesen sich über die drei Modelle hinweg als äußerst robust und erklärungsstark. Danach üben Frauen in der Grauzone mit höherer Wahrscheinlichkeit eine scheinselbständige Erwerbstätigkeit aus als Männer (6–8 %, je nach Modell). Insbesondere Erwerbstätige unter 25 Jahren

12 Die Skalierung kann näherungsweise als metrisch interpretiert werden; demzufolge werden lineare Regressionsmodelle geschätzt. Im Anhang (Tabelle A1.4) werden ergänzend die Befunde nicht linearer (Logit-)Modelle gegenübergestellt. Die Befunde entsprechen sich hinsichtlich Effektrichtung und Signifikanzniveau weitestgehend. Da die Befunde linearer Regressionsmodelle intuitiv einfacher zu interpretieren sind, wurde diesen hier der Vorzug geben (Angrist/Pischke 2009: 94–109).

sind mit erhöhter Wahrscheinlichkeit scheinselbständig Beschäftigte. Mit zunehmendem Alter bzw. zunehmender Erwerbs Erfahrung sinkt die Wahrscheinlichkeit einer scheinselbständigen Betätigung.¹³ Im Vergleich zu Erwerbstätigen ohne Migrationshintergrund kommt Erwerbstätigen mit Migrationshintergrund eine um 6–9 % höhere Wahrscheinlichkeit zu, als abhängig Beschäftigte tätig zu sein. Während bei Grauzonen-Erwerbstätigen der Allgemeinbildung unter Kontrolle von Drittvariablen kein eigenständiger Erklärungsbeitrag zukommt, zeigen die beruflichen Abschlüsse signifikante Effekte. Dabei erhöhen in der Grauzonenpopulation fehlende berufliche Abschlüsse bzw. berufliche Abschlüsse auf dem Sekundar-II-Niveau (betriebliche Lehre bzw. schulische Berufsausbildung) die Wahrscheinlichkeit, dass eine scheinselbständige Beschäftigung ausgeübt wird, um etwa 7 % im Vergleich zu Erwerbstätigen mit Hochschulabschluss. Mit zunehmender Dauer der Arbeitslosigkeit steigt die Wahrscheinlichkeit, scheinselbständig beschäftigt zu sein (ca. 2 % je Jahr Erwerbslosigkeit) (siehe Tabellen 6.16–6.18).

In regionaler Hinsicht kommt das BAG-Modell zu einer gering höheren Wahrscheinlichkeit für abhängige Beschäftigung in Westdeutschland; das Alternativ-Modell und das BAG-Plus-Modell bestätigen diesen Befund jedoch nicht.

Einen nennenswerten zusätzlichen Beitrag zur Varianzreduktion leistet das Merkmal ausgeübter Beruf. Der Rechtsstatus ist systematisch mit bestimmten Berufsgruppen verknüpft (siehe ausführlich Abschnitt 6.1). Dies gilt analog für das Merkmal Wirtschaftszweige, welches mit dem Merkmal Beruf korreliert. Die Betriebsgröße sowie die Dauer der Vertragsverhältnisse nehmen auch im Gesamtmodell (B9/A9/BP9) signifikanten Einfluss auf die vertragliche Ausgestaltung, während das Arbeitszeitvolumen in keinem Modell für Haupterwerbstätige einen zusätzlichen Erklärungsbeitrag leistet. Mit Blick auf die Vertragsalternativen kommen die Modelle zu keinem einheitlichen Befund (siehe Modell B7/A7/BP7 in den Tabellen 6.16–6.18).

13 Unter Kontrolle der Bildung korreliert das Alter der Befragten mit der Berufserfahrung, weshalb hier verkürzt der Alterseffekt als Effekt der Erwerbs Erfahrung interpretiert werden kann. Wird anstelle des Alters direkt auf Erwerbs Erfahrung kontrolliert, ergeben sich analoge Befunde; auf eine zusätzliche Darstellung wurde hier verzichtet.

Tabelle 6.16: Determinanten des Erwerbsstatus von Haupterwerbstätigen in der Grauzone (OLS)

Abhängige Variable: BAG-Score	(B1)	(B2)	(B3)	(B4)	(B5)	(B6)	(B7)	(B8)	(B9)
Westdeutschland	0,01**	0,01**	0,01**	0,01**	0,01**	0,01**	0,01**	0,01**	0,01**
Männlich (Ref. weiblich)	-0,08***	-0,07***	-0,07***	-0,09***	-0,07***	-0,08***	-0,08***	-0,08***	-0,07***
Altersgruppen (Ref. 18–24 Jahre)									
25–34	-0,14**	-0,12**	-0,12**	-0,14***	-0,14***	-0,12**	-0,14**	-0,14***	-0,10*
35–44	-0,21***	-0,19***	-0,19***	-0,21***	-0,21***	-0,18***	-0,21***	-0,21***	-0,15***
45–54	-0,24***	-0,22***	-0,22***	-0,24***	-0,24***	-0,20***	-0,24***	-0,24***	-0,19***
55–65	-0,22***	-0,20***	-0,21***	-0,22***	-0,23***	-0,18***	-0,22***	-0,22***	-0,17***
Migranten	0,07***	0,07***	0,07***	0,07***	0,07***	0,06**	0,07***	0,07***	0,06***
Allgemeinbildender Schulabschluss	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)
Berufliche Bildung (Ref. tertiärer Abschluss)									
kein Ausbildungsabschluss	0,07*	0,06	0,06	0,08**	0,07*	0,08**	0,07*	0,08**	0,07*
Ausbildung/Lehre	0,06**	0,06***	0,07***	0,07***	0,06***	0,06***	0,06**	0,06**	0,07***
Meister/Techniker/Fachschule	0,00	0,00	0,02	0,01	0,01	0,01	0,00	0,01	0,01
Arbeitslosigkeit (kum.)	0,02***	0,02***	0,02***	0,02***	0,02***	0,02***	0,02***	0,02***	0,02***
Ausgeübter Beruf	x	✓ (***)	x	x	x	x	x	x	✓ (***)
Wirtschaftszweig	x	x	✓ (***)	x	x	x	x	x	x
Betriebsgröße des AG	x	x	x	✓ (***)	x	x	x	x	✓ (***)
Arbeitszeitaufkommen	x	x	x	x	✓ (**)	x	x	x	x
Vertragsdauer	x	x	x	x	x	✓ (**)	x	x	✓ (**)
Vertragsalternativen	x	x	x	x	x	x	✓ (n. s.)	x	x
Vertragstyp	x	x	x	x	x	x	x	✓ (n. s.)	x
Konstante	0,56***	0,35***	0,28***	0,51***	0,59***	0,49***	0,56***	0,56***	0,25***
N Beobachtungen	874	874	874	874	874	874	874	874	874
R ²	0,113	0,165	0,185	0,151	0,119	0,130	0,114	0,118	0,218
Adj. R ²	0,098	0,135	0,159	0,132	0,101	0,113	0,097	0,101	0,181
Prob > F	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000
AIC (Modellgüte)	269	249	220	240	268	257	271	268	209
Signifikanzniveau: * $p < 0,1$, ** $p < 0,05$, *** $p < 0,01$. n. s. = nicht signifikant. AG = Auftraggeber.									
Quelle: IAB-Projekt 1563.									

Tabelle 6.17: Ergebnisse linearer Regressionen für Haupttätigkeiten (OLS)

Abhängige Variable: Alternativ-Score	(A1)	(A2)	(A3)	(A4)	(A5)	(A6)	(A7)	(A8)	(A9)
Westdeutschland	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)
Männlich (Ref. weiblich)	-0,11***	-0,07***	-0,07***	-0,11***	-0,09***	-0,10***	-0,10***	-0,10***	-0,06***
Altersgruppen (Ref. 18–24 Jahre)									
25–34	-0,23***	-0,24***	-0,22***	-0,23***	-0,24***	-0,21***	-0,23***	-0,24***	-0,22***
35–44	-0,31***	-0,31***	-0,30***	-0,31***	-0,31***	-0,28***	-0,31***	-0,31***	-0,28***
45–54	-0,32***	-0,33***	-0,31***	-0,32***	-0,32***	-0,29***	-0,32***	-0,32***	-0,29***
55–65	-0,32***	-0,32***	-0,31***	-0,32***	-0,33***	-0,28***	-0,32***	-0,32***	-0,29***
Migranten	0,10***	0,09***	0,10***	0,10***	0,10***	0,10***	0,10***	0,10***	0,09***
Allgemeinbildender Schulabschluss	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)
Berufliche Bildung (Ref. tertiärer Abschluss)									
kein Ausbildungsabschluss	0,08**	0,07*	0,08**	0,08**	0,07*	0,09**	0,08**	0,09**	0,08**
Ausbildung/Lehre	0,05**	0,05**	0,07***	0,06***	0,06***	0,06***	0,05**	0,06***	0,05**
Meister/Techniker/Fachschule	-0,02	-0,02	-0,00	-0,02	-0,01	-0,01	-0,02	-0,01	-0,02
Arbeitslosigkeit (kum.)	0,03***	0,02***	0,02***	0,03***	0,02***	0,02***	0,03***	0,03***	0,02***
Ausgeübter Beruf	x	✓(***)	x	x	x	x	x	x	✓(***)
Wirtschaftszweig	x	x	✓(***)	x	x	x	x	x	x
Betriebsgröße des AG	x	x	x	✓(**)	x	x	x	x	✓(*)
Arbeitszeitaufkommen	x	x	x	x	✓(***)	x	x	x	x
Vertragsdauer	x	x	x	x	x	✓(***)	x	x	✓(***)
Vertragsalternativen	x	x	x	x	x	x	✓(*)	x	✓(*)
Vertragstyp	x	x	x	x	x	x	x	✓(***)	✓(***)
Konstante	0,80***	0,71***	0,67***	0,77***	0,86***	0,74***	0,81***	0,78***	0,66***
N Beobachtungen	874	874	874	874	874	874	874	874	874
R ²	0,175	0,231	0,226	0,188	0,190	0,195	0,182	0,187	0,278
Adj. R ²	0,163	0,204	0,202	0,171	0,175	0,180	0,168	0,173	0,241
Prob > F	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000
AIC (Modellgüte)	173	146	143	169	162	158	169	164	115
Signifikanzniveau: * $p < 0,1$, ** $p < 0,05$, *** $p < 0,01$. n. s. = nicht signifikant. AG = Auftraggeber.									
Quelle: IAB-Projekt 1563.									

Tabelle 6.18: Ergebnisse linearer Regressionen für Haupttätigkeiten (OLS)

Abhängige Variable: BAG-Plus-Score	(BP1)	(BP2)	(BP3)	(BP4)	(BP5)	(BP6)	(BP7)	(BP8)	(BP9)
Westdeutschland	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)
Männlich (Ref. weiblich)	-0,11***	-0,07***	-0,08***	-0,12***	-0,10***	-0,11***	-0,11***	-0,11***	-0,08***
Altersgruppen (Ref. 18–24 Jahre)									
25–34	-0,14***	-0,14***	-0,13***	-0,14***	-0,15***	-0,13**	-0,14***	-0,15***	-0,13***
35–44	-0,25***	-0,23***	-0,23***	-0,24***	-0,25***	-0,22***	-0,24***	-0,24***	-0,20***
45–54	-0,25***	-0,25***	-0,24***	-0,25***	-0,26***	-0,22***	-0,25***	-0,26***	-0,22***
55–65	-0,24***	-0,23***	-0,23***	-0,24***	-0,25***	-0,21***	-0,24***	-0,24***	-0,21***
Migranten	0,10***	0,09***	0,09***	0,10***	0,10***	0,09***	0,10***	0,09***	0,09***
Allgemeinbildender Schulabschluss	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)
Berufliche Bildung (Ref. tertiärer Abschluss)									
kein Ausbildungsabschluss	0,10***	0,09**	0,10***	0,11***	0,10***	0,11***	0,10***	0,12***	0,11***
Ausbildung/Lehre	0,06***	0,07***	0,08***	0,08***	0,07***	0,07***	0,06***	0,07***	0,07***
Meister/Techniker/Fachschule	-0,01	-0,01	0,01	-0,01	-0,00	-0,01	-0,01	-0,01	-0,01
Arbeitslosigkeit (kum.)	0,02***	0,02***	0,02***	0,02***	0,02***	0,02***	0,02***	0,02***	0,02***
Ausgeübter Beruf	x	✓ (***)	x	x	x	x	x	x	✓ (***)
Wirtschaftszweig	x	x	✓ (***)	x	x	x	x	x	x
Betriebsgröße des AG	x	x	x	✓ (***)	x	x	x	x	✓ (***)
Arbeitszeitaufkommen	x	x	x	x	✓ (**)	x	x	x	x
Vertragsdauer	x	x	x	x	x	✓ (***)	x	x	✓ (***)
Vertragsalternativen	x	x	x	x	x	x	✓ (n. s.)	x	x
Vertragstyp	x	x	x	x	x	x	x	✓ (***)	✓ (***)
Konstante	0,65***	0,57***	0,54***	0,60***	0,69***	0,59***	0,65***	0,63***	0,64***
N Beobachtungen	874	874	874	874	874	874	874	874	874
R ²	0,153	0,191	0,211	0,187	0,162	0,171	0,155	0,169	0,256
Adj. R ²	0,140	0,162	0,187	0,170	0,147	0,155	0,140	0,154	0,220
Prob > F	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,000
AIC (Modellgüte)	164	157	127	137	159	151	165	151	104
Signifikanzniveau: * $p < 0,1$, ** $p < 0,05$, *** $p < 0,01$. n. s. = nicht signifikant. AG = Auftraggeber.									
Quelle: IAB-Projekt 1563.									

Bei den Nebentätigkeiten in der Grauzone kommt den Demografie-Merkmalen – wie schon bei der Vorstellung der Merkmale in Kapitel 5 gezeigt – nur ein schwacher Effekt zu. Die rechtliche Verortung der Erwerbstätigkeit wird wesentlich über die Tätigkeitsmerkmale bestimmt. Insbesondere die berufliche Ausrichtung und der Wirtschaftszweig erweisen sich als maßgeblich. Im Gegensatz zu den Haupterwerbstätigen kommt bei den Nebentätigkeiten dem Arbeitszeitaufkommen erhebliche Bedeutung zu. Merkmale des Vertrags leisten bei Nebentätigkeiten im Gegensatz zu den Haupterwerbstätigkeiten keinen Beitrag zur Bestimmung der rechtlichen Stellung (Tabellen 6.19–6.21).

Tabelle 6.19: Ergebnisse linearer Regressionen für Nebentätigkeiten (OLS)

Abhängige Variable: BAG-Score	(BN1)	(BN2)	(BN3)	(BN4)	(BN5)	(BN6)	(BN7)	(BN8)	(BN9)
Westdeutschland	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)
Männlich (<i>Ref. weiblich</i>)	0,04*	0,05**	0,05**	0,04*	0,03	0,04*	0,05*	0,04*	0,03
<i>Altersgruppen (Ref. 18–24 Jahre)</i>									
25–34	0,07	0,05	0,07	0,05	0,09*	0,07	0,07	0,07	0,05
35–44	-0,05	-0,06	-0,05	-0,07	-0,02	-0,04	-0,05	-0,04	-0,04
45–54	-0,11**	-0,13**	-0,11**	-0,13**	-0,06	-0,10*	-0,10*	-0,10*	-0,11**
55–65	-0,01	-0,04	-0,01	-0,03	0,03	-0,01	-0,01	-0,01	-0,01
Migranten	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)
Allgemeinbildender Schulabschluss	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)
<i>Berufliche Bildung (Ref. tertiärer Abschluss)</i>									
kein Ausbildungsabschluss	0,03	-0,02	0,06	0,06	0,05	0,03	0,03	0,04	0,02
Ausbildung/Lehre	0,06**	0,04	0,05*	0,07**	0,04	0,06**	0,05*	0,06**	0,02
Meister/Techniker/Fachschule	-0,03	-0,04	-0,02	-0,02	-0,05	-0,03	-0,03	-0,03	-0,05
Arbeitslosigkeit (<i>kum.</i>)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)
Ausgeübter Beruf	x	✓(***)	x	x	x	x	x	x	✓(***)
Wirtschaftszweig	x	x	✓(***)	x	x	x	x	x	x
Betriebsgröße des AG	x	x	x	✓(***)	x	x	x	x	✓(***)
Arbeitszeitaufkommen	x	x	x	x	✓(***)	x	x	x	✓(***)
Vertragsdauer	x	x	x	x	x	✓(n. s.)	x	x	x
Vertragsalternativen	x	x	x	x	x	x	✓(n. s.)	x	x
Vertragstyp	x	x	x	x	x	x	x	✓(n. s.)	x
Konstante	0,46***	0,29***	0,32***	0,44***	0,38***	0,44***	0,46***	0,46***	0,21***
N Beobachtungen	595	595	595	595	595	595	595	595	595
R ²	0,062	0,158	0,139	0,107	0,155	0,072	0,076	0,064	0,286
Adj. R ²	0,046	0,118	0,105	0,083	0,136	0,052	0,057	0,044	0,241
Prob > F	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0001	0,0000
AIC (Modellgüte)	259	229	234	240	203	258	254	262	147
Signifikanzniveau: * $p < 0,1$, ** $p < 0,05$, *** $p < 0,01$. n. s. = nicht signifikant. AG = Auftraggeber.									
Quelle: IAB-Projekt 1563.									

Tabelle 6.20: Ergebnisse linearer Regressionen für Nebentätigkeiten (OLS)

Abhängige Variable: Alternativ-Score	(AN1)	(AN2)	(AN3)	(AN4)	(AN5)	(AN6)	(AN7)	(AN8)
Westdeutschland	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)
Männlich (<i>Ref. weiblich</i>)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)
Altersgruppen	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)
Migranten	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)
Allgemeinbildender Schulabschluss	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)
Berufliche Bildung	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)
Arbeitslosigkeit (<i>kum.</i>)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)
Ausgeübter Beruf	✓(***)	x	x	x	x	x	x	✓(***)
Wirtschaftszweig	x	✓(***)	x	x	x	x	x	x
Betriebsgröße des AG	x	x	✓(***)	x	x	x	x	✓(**)
Arbeitszeitaufkommen	x	x	x	✓(***)	x	x	x	✓(***)
Vertragsdauer	x	x	x	x	✓(n. s.)	x	x	x
Vertragsalternativen	x	x	x	x	x	✓(n. s.)	x	x
Vertragstyp	x	x	x	x	x	x	✓(n. s.)	x
Konstante	0,51***	0,56***	0,63***	0,67***	0,66***	0,69***	0,68***	0,46***
N Beobachtungen	595	595	595	595	595	595	595	595
R ²	0,163	0,118	0,032	0,033	0,011	0,024	0,002	0,226
Adj. R ²	0,138	0,098	0,023	0,028	0,006	0,020	0,000	0,192
Prob > F	0,0000	0,0000	0,002	0,0002	0,0853	0,0009	0,6140	0,0000
AIC (Modellgüte)	36	59	98	93	107	97	110	5
Signifikanzniveau: * $p < 0,1$, ** $p < 0,05$, *** $p < 0,01$. n. s. = nicht signifikant. AG = Auftraggeber.								
Quelle: IAB-Projekt 1563.								

Tabelle 6.21: Ergebnisse linearer Regressionen für Nebentätigkeiten (OLS)

Abhängige Variable: BAG-Plus-Score	(BPN1)	(BPN2)	(BPN3)	(BPN4)	(BPN5)	(BPN6)	(BPN7)	(BPN8)
Westdeutschland	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)
Männlich (<i>Ref. weiblich</i>)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)
Altersgruppen	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)
Migranten	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)
Allgemeinbildender Schulabschluss	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)
Berufliche Bildung	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)
Arbeitslosigkeit (kum.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)
Ausgeübter Beruf	✓(***)	x	x	x	x	x	x	✓(***)
Wirtschaftszweig	x	✓(***)	x	x	x	x	x	x
Betriebsgröße des AG	x	x	✓(***)	x	x	x	x	✓(***)
Arbeitszeitaufkommen	x	x	x	✓(***)	x	x	x	✓(***)
Vertragsdauer	x	x	x	x	✓(n. s.)	x	x	x
Vertragsalternativen	x	x	x	x	x	✓(n. s.)	x	x
Vertragstyp	x	x	x	x	x	x	✓(n. s.)	x
Konstante	0,42***	0,48***	0,52***	0,53***	0,55***	0,58***	0,57***	0,34***
N Beobachtungen	595	595	595	595	595	595	595	595
R ²	0,108	0,085	0,050	0,076	0,009	0,024	0,004	0,228
Adj. R ²	0,082	0,064	0,042	0,071	0,004	0,021	0,001	0,194
Prob > F	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,1654	0,0007	0,2936	0,0000
AIC (Modellgüte)	89	96	103	82	124	113	125	19
Signifikanzniveau: * $p < 0,1$, ** $p < 0,05$, *** $p < 0,01$. n. s. = nicht signifikant. AG = Auftraggeber.								
Quelle: IAB-Projekt 1563.								

7 Subjektive Statuszuordnung und Rechtsunsicherheit der Befragten: Personen in der Grauzone, die sich selbst als Arbeiter und Angestellte einordnen

In diesem Kapitel wird die rechtliche Einordnung von Erwerbstätigen, die der Grauzone zugeordnet werden, aus Sicht der Betroffenen selbst dargestellt. Auf Basis des Screening-Moduls (siehe ausführlich Abschnitt 1.1.3 Screening-Interview im Anhang A1) wurden Haupterwerbstätige dann der Grauzone zugeordnet, wenn sie sich selbst als Arbeiter oder Angestellte bezeichnen, aber eigenen Angaben zufolge von ihrem Vertragspartner weder zur Rentenversicherung noch Lohnfortzahlung im Krankheitsfall Arbeitgeberbeiträge erhalten. Bei Nebentätigkeiten in der Grauzone kommt diesem Aspekt keine Relevanz zu, da hier nur selbstständige bzw. freiberuflich ausgeübte Nebentätigkeiten erfasst wurden.

7.1 Subjektiv wahrgenommener Erwerbstatus

Wie Tabelle 7.1 zu entnehmen ist, haben immerhin 20 % der Erwerbstätigen in der Grauzone sich selbst als Arbeiter oder Angestellte bezeichnet, obwohl ihnen wesentliche Arbeitnehmereigenschaften fehlen. Hochgerechnet handelt es sich dabei um 224 Tsd. Erwerbstätige.

Tabelle 7.1: Erwerbstätige in der Grauzone nach subjektiv wahrgenommener Stellung im Erwerbsleben

	Haupttätigkeiten	
	relative Häufigkeiten	Anzahl in GG
Arbeiter	7,2	79.346
Angestellte	13,1	144.692
Freiberufler	3,9	42.972
Selbstständige	75,9	840.461
Insgesamt	100	1.107.471
Quelle: IAB-Projekt 1563. N = 898; populationsgewichtete Angaben.		

In einem zweiten Schritt wird die rechtliche Stellung der Erwerbstätigen in der Grauzone differenziert nach der subjektiven Statuszuordnung betrachtet. Dabei stimmt die subjektive Statusangabe der Befragten weitgehend mit den Befunden der drei Rechtsmodelle überein. Diese kommen nur zu geringen Anteilen zu einem abweichenden Befund und konstatieren entgegen der subjektiven Statusveror- tung nur wenige Arbeiter oder Angestellte als selbständig Erwerbstätige in der Grauzone. Insbesondere das Alternativ-Modell weist hier nahezu Identität mit der subjektiven Statuszuordnung auf (Tabelle 7.2).

Tabelle 7.2: Haupterwerbstätige nach Modelleinstufung und wahrgenommener Stellung im Erwerbsleben

	abhängig	semi-selbständig	selbständig
Zeilen-%			
BAG-Modell			
Arbeiter	46,5	51,5	2,0
Angestellte	65,1	27,0	7,9
Freiberufler	12,2	38,0	49,8
sonst. Selbständige	11,5	32,5	56,0
Signifikanz	***		
Alternativ-Modell			
Arbeiter	98,5	1,5	0,0
Angestellte	94,6	4,6	0,8
Freiberufler	41,4	26,0	32,7
sonst. Selbständige	24,9	29,9	45,2
Signifikanz	***		
BAG-Plus-Modell			
Arbeiter	81,8	18,2	0,0
Angestellte	85,6	9,8	4,7
Freiberufler	21,2	34,6	44,3
sonst. Selbständige	14,4	29,2	56,4
Signifikanz	***		
Quelle: IAB-Projekt 1563. N = 898; populationsgewichtete Angaben; Signifikanzniveau *95 %, **99 %, ***99,9 % (auf Basis ungewichteter Daten).			

7.2 Subjektive Statuszuordnung und Anspruch auf bezahlten Urlaub

Ergänzend wurde als weiteres Merkmal, das typisch für die Arbeitnehmereigenschaft ist, das Kriterium Anspruch auf bezahlten Urlaub in die Betrachtung einbezogen. Dabei zeigt sich, dass das Merkmal bezahlter Urlaub stark mit der subjektiven Statuszuordnung korreliert. Dennoch haben nennenswerte Anteile derer, die sich als Arbeiter (73 %) oder Angestellte (58 %) bewerten, keinen Anspruch auf diese Arbeitgeberleistung. Dies bestätigt die Zuordnung zur Grauzone und den Verdacht auf scheinselbständige Betätigung.

Tabelle 7.3: Haupterwerbstätige in der Grauzone nach subjektiver Statuszuordnung und Anspruch auf bezahlten Urlaub

	Anspruch auf bezahlten Urlaub		
	ja	nein	fehlende Angaben
Arbeiter	22,0	72,8	5,2
Angestellte	37,4	57,8	4,8
Freiberufler	12,1	87,9	0,0
sonst. Selbständige	6,0	93,0	1,0
Insgesamt	11,5	86,7	1,8
Quelle: IAB-Projekt 1563. N = 898; populationsgewichtete Angaben.			

Der Anspruch auf bezahlten Urlaub erweist sich somit als gutes Hilfsmerkmal abhängiger Beschäftigung, gleichwohl erlaubt er nur eine ungenaue Vorhersage. Insbesondere beim BAG-Modell wird nur jeder zweite Befragte (47 %) ohne Anspruch auf bezahlten Urlaub auch als abhängig Beschäftigter bewertet. Beim Alternativ-Modell (78 %) und beim BAG-Plus-Modell (67 %) ist die Vorhersagequalität besser, aber auch nicht perfekt (Tabelle 7.4).

Tabelle 7.4: Haupterwerbstätige in der Grauzone nach Anspruch auf bezahlten Urlaub und rechtlicher Statusbestimmung

Anspruch auf bezahlten Urlaub	abhängig	semi-selbständig Zeilen-%	selbständig
<i>BAG-Modell</i>			
ja	46,6	32,1	21,3
nein	17,3	33,4	49,3
Signifikanz		***	
<i>Alternativ-Modell</i>			
ja	78,5	11,0	10,5
nein	34,4	26,3	39,3
Signifikanz		***	
<i>BAG-Plus-Modell</i>			
ja	66,9	17,2	15,9
nein	23,1	27,5	49,4
Signifikanz		***	
Quelle: IAB-Projekt1563; populationsgewichtete Angaben; N fehlende Angaben = 1,3 %; Signifikanzniveau *95 %, **99 %, ***99,9 % (auf Basis ungewichteter Daten).			

7.3 Subjektive Statuszuordnung und Bezeichnung des Vertragsverhältnisses

Obwohl die materielle Natur von Erwerbsverhältnissen in der Grauzone von selbständiger und abhängiger Erwerbsarbeit nicht ohne Weiteres angemessen bestimmt werden kann und vielfach einer differenzierteren Betrachtung bedarf, wurden die in die Erhebung einbezogenen Erwerbstätigen nach der Bezeichnung des Vertrags gefragt, den sie mit ihrem Arbeits- bzw. Auftraggeber geschlossen haben. Dazu wurde von den Erwerbstätigen in der Grauzone erhoben, ob sie mit ihrem Arbeits- bzw. Auftraggeber einen schriftlichen Vertrag geschlossen haben und, falls eine schriftliche Vereinbarung vorliegt, welche Bezeichnung der Vertrag trägt.

Bei 24 % der Haupterwerbstätigkeiten wurde kein schriftlicher Vertrag abgeschlossen. Für diese Gruppe wurde im Rahmen der Befragung keine weitere Spezifizierung der Vertragsbezeichnung vorgenommen. 16 % der befragten Haupterwerbstätigen verweisen auf einen Arbeitsvertrag, 15 % nennen einen Werk- oder Dienstvertrag und 25 % geben eine Rahmenvereinbarung über freie Mitarbeit an. 16 % können ihren Vertragstyp nicht den im Interview vorgeschlagenen Kategorien zuordnen (siehe Auflistung der häufigsten Nennungen sonstiger Vertragsformen im Anhang A6). Von 4 % der Befragten liegt keine Information zur Vertragsbenennung vor (Tabelle 7.5).

Tabelle 7.5: Grauzonen-Erwerbstätige nach der Bezeichnung des Vertrags

Vertragsbenennung	Populationsanteil an der Grauzone	Anteil Haupterwerbstätige an der Grauzone
		Spalten-%
Insgesamt	100	100
kein schriftlicher Vertrag	26,3	27,3
Arbeitsvertrag	19,2	18,2
Werk- oder Dienstvertrag	13,2	14,4
Rahmenvereinbarung	19,5	18,8
sonst. schriftlicher Vertrag	16,8	17,1
fehlende Angaben	5,1	4,2

Quelle: IAB-Projekt 1563. N = 4.553 insgesamt und 1.557 in der Grauzone; populationsgewichtete Angaben.

Während Werk- oder Dienstvertrag, Rahmenvereinbarung oder Vertragsverhältnisse in der Grauzone, die nicht schriftlich fixiert sind, mehrheitlich als selbständige Tätigkeit zu bewerten sind, wird jede zweite Erwerbsaktivität im Haupterwerb, die laut Angaben der Befragten arbeitsvertraglich geregelt ist, vom BAG-Modell

auch als abhängige Beschäftigung bewertet. Nach dem Alternativ-Modell sind dies 82 % und nach dem BAG-Plus-Modell 77 % (Tabelle 7.6).

Tabelle 7.6: Haupterwerbstätige nach Vertragsbezeichnung und Modelleinstufung

	abhängig	semi-selbständig Zeilen-%	selbständig
<i>BAG-Modell</i>			
kein schriftlicher Vertrag	10,5	31,2	58,3
Arbeitsvertrag	52,8	33,0	14,2
Werk- oder Dienstvertrag	14,2	42,0	43,8
Rahmenvereinbarung	20,2	33,6	46,3
sonst. schriftlicher Vertrag	9,3	30,0	60,7
fehlende Angabe	30,3	16,7	53,0
Signifikanz		***	
<i>Alternativ-Modell</i>			
kein schriftlicher Vertrag	22,3	29,6	48,1
Arbeitsvertrag	81,6	14,8	3,6
Werk- oder Dienstvertrag	39,3	22,1	38,6
Rahmenvereinbarung	38,3	25,7	36,0
sonst. schriftlicher Vertrag	25,8	25,9	48,3
fehlende Angabe	42,1	29,5	28,5
Signifikanz		***	
<i>BAG-Plus-Modell</i>			
kein schriftlicher Vertrag	11,3	22,6	66,2
Arbeitsvertrag	77,1	9,9	13,0
Werk- oder Dienstvertrag	23,4	32,7	43,9
Rahmenvereinbarung	24,2	30,1	45,8
sonst. schriftlicher Vertrag	13,0	36,5	50,5
fehlende Angabe	30,5	35,7	33,9
Signifikanz		***	
Quelle: IAB-Projekt 1563. N = 898; populationsgewichtete Angaben.			

7.4 Zwischenfazit

In diesem Abschnitt wurde die Beziehung zwischen objektiver und subjektiver Bewertung von Vertragsverhältnissen in der Grauzone von selbständiger und abhängiger Erwerbsarbeit näher betrachtet. Bemerkenswert ist dabei, dass ein Teil der Erwerbstätigen sich selbst in ihrem Erwerbsstatus als Arbeiter oder Ange-

stellte bezeichnen, obwohl ihnen wesentliche Arbeitnehmereigenschaften, wie die Arbeitgeberbeiträge zur Rentenversicherung oder die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall, vorenthalten werden. Als weiteres arbeitnehmertypisches Merkmal wurde der Anspruch auf bezahlten Urlaub erhoben. Somit stehen die subjektive Statusbezeichnung und die Feststellung fehlender Arbeitgeberleistungen bei einer Reihe von Befragten im Widerspruch zueinander. Aufgrund der Gesamtqualität der Daten und der internen Stringenz der Antworten kann diese Beobachtung nicht auf fehlerhaftes Antwortverhalten der Befragten reduziert werden.

Die Bewertung der Vertragsverhältnisse durch die drei Rechtsmodelle legt in diesen Fällen mehrheitlich eine abhängige Beschäftigung und somit ein schein-selbstständiges Vertragsverhältnis nahe. Diese Annahme wird etwa auch gestützt durch die Benennung der Verträge durch die Befragten, für den Fall, dass ein schriftlicher Vertrag geschlossen wurde.

Weiterhin machte die Studie deutlich, dass einem Teil der befragten Erwerbs-tätigen die rechtliche Grundlage ihres Vertragsverhältnisses nicht bewusst ist und sie demzufolge nur unvollständig über die Konsequenzen der faktischen Ausge-staltung ihrer Erwerbsverhältnisse informiert sind.

8 Einkommensanalysen

Das Erwerbseinkommen wird in der Ökonomie typischerweise als Maß für die Produktivität der Individuen herangezogen und in der Soziologie als ein Maß der individuellen Statuserreichung. Im Vergleich zwischen selbständig und abhängig ausgeübter Erwerbstätigkeit kann es ferner als Incentive für Statuswechsel bzw. als Maß für die Attraktivität rechtlich unterschiedlich ausgestalteter Vertragsverhältnisse Verwendung finden. Im Folgenden wird der Frage nachgegangen, inwieweit Erwerbstätige in der Grauzone sich von den Erwerbstätigen insgesamt hinsichtlich des Erwerbseinkommens unterscheiden und welcher Zusammenhang zwischen der rechtlichen Stellung innerhalb der Grauzone und der Einkommensverteilung besteht.

Die Erfassung des Erwerbseinkommens bei selbständig Erwerbstätigen ist komplexer, als dies bei abhängig Beschäftigten der Fall ist. Selbständig Erwerbstätige erzielen vielfach kein fixes monatliches Einkommen. Vielmehr variiert das Erwerbseinkommen im Jahresverlauf in Abhängigkeit etwa von der Auftragslage oder den Zahlungsmodalitäten. Angaben zum durchschnittlichen Monatseinkommen können demzufolge von selbständig Erwerbstätigen oft nur näherungsweise gemacht werden. Ferner ist zu berücksichtigen, dass Selbständige bei der Einkommensangabe Unternehmenskosten und weitere betriebliche Kostenfaktoren (Ausgaben für Vorprodukte, Rücklagen etc.) zu berücksichtigen haben, die die Vergleichbarkeit zum Einkommen aus abhängig ausgeübter Erwerbsarbeit beeinträchtigen können.¹⁴

Bei der Einkommenserhebung in der Grauzone ist weiterhin zu berücksichtigen, ob die Befragten zum Zeitpunkt des Interviews lediglich für nur einen Auftraggeber bzw. einen dominanten Auftraggeber tätig sind. Im Falle weiterer Auftraggeber wurde nach dem Erwerbseinkommen bei diesem dominanten Vertragspartner gefragt (zur Screening-Logik siehe Anhang A1).

Selbständige und abhängig Beschäftigte der Vergleichspopulation wurden nach dem monatlichen Erwerbseinkommen insgesamt gefragt (unter Berücksichtigung von Weihnachtsgeld, Urlaubsgeld etc.).

Einkommensfragen führen in sozialwissenschaftlichen Studien häufig zu einem deutlich erhöhten *item non-response*. Die Einkommenserhebung der Scheinselbständigen-Studie ist demzufolge bei einer durchschnittlichen Verweigerungsquote von 12 % als sehr gut zu bezeichnen. Haupterwerbstätige weisen im Vergleich zu Nebenerwerbstätigen eine leicht erhöhte Verweigerungsquote auf (12 % zu 9 %). Das gute Resultat kann zum einen auf die erfahrenen Inter-

¹⁴ Im Rahmen der Scheinselbständigen-Studie wurden Selbständige gefragt, wie hoch das durchschnittliche persönliche Bruttoeinkommen aus der selbständigen Tätigkeit ist, mit dem Hinweis, dass die Befragten dabei die durchschnittliche monatliche Entnahme nach Abzug der Unternehmenskosten angeben sollen.

wiewer zurückzuführen sein, die zum Einsatz kamen. Zum andern könnten die Gestaltung des Erhebungsprogramms sowie das dabei verwendete zweistufige Verfahren der Einkommenserhebung zur guten Qualität der Einkommensangaben geführt haben. In einem ersten Schritt wurden die Befragten offen nach ihrem persönlichen Erwerbseinkommen gefragt. Bei 71 % der befragten Haupterwerbstätigen wurde eine Angabe zum monatlichen Einkommen erzielt. Falls die offene Einkommensfrage nicht beantwortet wurde, wurden die Befragten (17 %) gebeten, ihr Erwerbseinkommen vorgegebenen Einkommensklassen zuzuordnen. Die klassiert erhobenen Einkommensinformationen werden bei den Einkommensanalysen durch den empirisch beobachteten Klassenmittelwert (Median) der offen erhobenen Angaben ersetzt.¹⁵

Ausfallanalysen zur Einkommensverweigerung ergaben bei Kontrolle einkommensrelevanter Merkmale (Alter, Bildungsniveau, Geschlecht) keine systematische Verzerrung im Antwortverhalten.

Das durchschnittliche monatliche Bruttoeinkommen der Haupterwerbstätigen in der Scheinsebständigen-Studie liegt bei 2.750 Euro (Medianeinkommen: 2.400 Euro). Differenziert nach Grauzonen- und Vergleichspopulation zeigt sich, dass das durchschnittliche Monatseinkommen in der Grauzone bei 3.359 Euro (Medianeinkommen: 2.000 Euro) und in der Vergleichspopulation bei 2.737 Euro (Medianeinkommen: 2.400 Euro) liegt. Die Mittelwertangaben liefern einen ersten Hinweis darauf, dass sich die Einkommensverteilungen beider Populationen systematisch unterscheiden.

Nebenerwerbstätige erzielen im Rahmen ihrer Nebentätigkeit durchschnittlich 839 Euro brutto im Monat. Differenziert nach der Grauzonenzugehörigkeit zeigt sich, dass Nebenerwerbstätige der Grauzone monatlich im Schnitt 896 Euro brutto verdienen und Nebenerwerbstätige der Vergleichspopulation 797 Euro. Das Medianeinkommen liegt in der Grauzone bei 450 Euro und in der Vergleichspopulation bei 400 Euro. Die deutliche Abweichung von Mittelwert und Median ist auf deutliche Einkommensausreißer nach oben zurückzuführen.

Nachfolgend werden differenzierte Analysen zum Einkommen der Haupterwerbstätigen durchgeführt. Bei der Einkommensschätzung werden lineare Modelle verwendet (OLS-Modelle) und das monatliche Bruttoeinkommen in seiner logarithmierten Form berücksichtigt. Neben technischen Argumenten (Normalisierung der Einkommensverteilung und Ausreißer-Behandlung) erlaubt es die logarithmierte Form der abhängigen Variablen, die Koeffizienten der Schätzung als prozentuale Effekte zu interpretieren.

¹⁵ Für die Einkommensanalysen wurde der Analysedatensatz um Ausreißer (deutlich unplausible Angaben beim Einkommen) bereinigt (N = 38 Personen; 1 %).

Bei der Einkommensanalyse werden folgende Aspekte geprüft: 1) die Einkommensverteilung der Haupterwerbstätigen in der Grauzone nach Rechtsstatus und 2) die Einkommensverteilung in der Grauzone in Relation zur Vergleichspopulation.

8.1 Einkommensverteilung der Haupterwerbstätigen in der Grauzone nach Rechtsstatus

Tabelle 8.1 berichtet die durchschnittlichen Einkommen Haupterwerbstätiger in der Grauzone differenziert nach der Einstufung durch die drei Rechtsmodelle. Konsistent in den drei Rechtsmodellen weisen die Erwerbstätigen in der Grauzone, die je nach Rechtsmodell als selbständig Erwerbstätig eingestuft werden, systematisch höhere Einkommen auf und unterscheiden sich je nach Rechtsmodell signifikant von den als semi-selbständig bzw. als abhängig beschäftigt eingestufenen Erwerbstätigen in der Grauzone. Unter Vernachlässigung von Kontrollvariablen korreliert der Erwerbsstatus in der Grauzone demzufolge mit dem berichteten Einkommen (Tabelle 8.1).

Tabelle 8.1: Durchschnittliches Monatseinkommen (in €) Haupterwerbstätiger nach Statusbewertung durch Rechtsmodelle (Mittelwerte ohne Kontrollvariablen)

	abhängig	semi-selbständig	selbständig
	Zeilen-%		
	Haupterwerbstätige		
BAG-Modell	1.927 €	2.902 €	3.930 €
Alternativ-Modell	1.970 €	3.028 €	4.500 €
BAG-Plus-Modell	1.966 €	2.905 €	4.042 €
Vergleichspopulation	2.671 €	–	3.534 €
Quelle: IAB-Projekt 1563; populationsgewichtete Angaben.			

Tabelle 8.2 berichtet für die drei Rechtsmodelle jeweils den Effekt der Vertragsverhältnisse auf das Bruttomonatseinkommen (ohne weitere Kontrollvariablen). Die Befunde belegen einen systematischen Effekt des Rechtsstatus (abhängig Beschäftigter („Scheinselbständige“), Semi-Selbständiger und Selbständiger) auf das geschätzte Monatseinkommen, wobei sich das Alternativ-Modell als das erklärungsstärkste erweist.

Tabelle 8.2: OLS – Monatliches Erwerbseinkommen Haupterwerbstätiger in der Grauzone nach Rechtsstatus (Modelle ohne Kontrollvariablen)

Bruttomonatseinkommen (log)	BAG-Modell	Alternativ-Modell	BAG-Plus-Modell
<i>Stellung nach Modellprüfung (Ref. abhängig)</i>			
semi-selbständig	0,41***	0,68***	0,46***
selbständig	0,71***	0,77***	0,72***
Kontrollvariablen	x	x	x
Konstante	7,10***	7,12***	7,12***
N Beobachtungen	694	694	694
R ²	0,059	0,111	0,073
Adj. R ²	0,056	0,108	0,071
Prob > F	0,0000	0,0000	0,000
AIC (Modellgüte)	2.056	2.017	2.045
Signifikanzniveau: * $p < 0,05$, ** $p < 0,01$, *** $p < 0,001$.			
Quelle: IAB-Projekt 1563.			

Der Effekt der Rechtsmodelle schwächt sich deutlich ab, wenn die Einkommenschätzung um Humankapitalindikatoren und weitere Kontrollvariablen erweitert wird (Tabelle 8.3). Im BAG-Modell wird der Effekt des Erwerbsstatus schwächer, bleibt jedoch signifikant: Haupterwerbstätige Selbständige erzielen demzufolge in der Grauzone im Mittel ein um 19 % höheres monatliches Erwerbseinkommen als abhängig Beschäftigte. Auch beim Alternativ-Modell sowie beim BAG-Plus-Modell schwächt sich der Effekt der Rechtsmodelle auf das Einkommen unter Kontrolle weiterer Kovariaten deutlich ab, der Zusammenhang wird hier auch nicht mehr signifikant.

Für alle drei Rechtsmodelle ist somit festzustellen, dass der Rechtsstatuts und die Einkommenshöhe wesentlich von einem gemeinsamen Satz an erklärenden Variablen getrieben werden. Die deutliche Korrelation von Rechtsmodellen und Einkommen in der Grauzone spricht für die Belastbarkeit der gewählten Rechtsmodelle.

Tabelle 8.3: OLS – Monatliches Erwerbseinkommen Haupterbstätiger in der Grauzone nach Rechtsstatus (Modelle mit Kontrollvariablen)

Bruttomonatseinkommen (log)	BAG-Modell	Alternativ-Modell	BAG-Plus-Modell
<i>Stellung nach Modellprüfung (Ref. abhängig)</i>			
semi-selbständig	0,18*	0,15+	0,05
selbständig	0,19*	0,10	0,09
Bildungsniveau (in Jahren)	0,04**	0,04**	0,04**
Potenzielle Erwerbserfahrung (in Jahren)	0,03*	0,03*	0,03*
Quad. pot. Erwerbserfahrung	-0,00+	-0,00+	-0,00+
Kum. Arbeitslosigkeitserfahrung (in Jahren)	-0,05+	-0,06*	-0,05*
Quad. kum. Arbeitslosigkeits- erfahrung	0,00	0,00	0,00
Männer	0,24**	0,25***	0,24**
Betriebsgröße (Ref. 1–9 MA)	0,00	0,00	0,00
10–49 MA	0,04	0,04	0,04
50–1.000 MA	0,16+	0,15+	0,16+
> 1.000 MA	0,33**	0,33**	0,33**
privater Haushalt	-0,10	-0,10	-0,10
weitere Kontrollvariablen	✓	✓	✓
Konstante	3,67***	3,76***	3,72***
N Beobachtungen	694	694	694
R ²	0,593	0,592	0,590
Adj. R ²	0,540	0,538	0,537
Prob > F	0,0000	0,0000	0,0000
AIC (Modellgüte)	1.631	1.633	1.635
Signifikanzniveau: + $p < 0,1$, * $p < 0,05$, ** $p < 0,01$, *** $p < 0,001$.			
Quelle: IAB-Projekt 1563.			
Weitere Kontrollvariablen: Dauer beim Arbeitgeber bzw. Auftraggeber (AG), Interaktion der Dauer bei einem AG, logarithmierte Wochenarbeitszeit, Dummy für Person ist voll auf Einkommen angewiesen, Dummy, wenn mind. 1 Kind unter 14 Jahren im Haushalt lebt, Migrationshintergrund (analog zur Definition in Kapitel 5.4), Dummy für Gesundheitszustand (sehr gut, gut, befriedigend = 1), Dummy für Arbeitslosigkeit vor aktueller Tätigkeit, Dummy für Befristung des Vertragsverhältnisses, Beruf (KldB2010 2-Steller), Bundesland-Dummys.			

Im Detail zeigt sich, dass Männer in der Grauzone signifikant höhere Einkommen erzielen als Frauen. Weiterhin steigt das Monatseinkommen ceteris paribus mit der Betriebsgröße des potenziellen Auftraggebers. Zwischen privaten Haushalten und Kleinstbetrieben zeigen sich keine signifikanten Unterschiede.

8.2 Einkommensverteilungen von Grauzonen-Erwerbstätigen und regulär Erwerbstätigen im Vergleich

Die Scheinselbständigen-Studie erlaubt ferner eine Verortung der Grauzonenpopulation in der Gesamtheit der deutschen Erwerbsgesellschaft. Nachfolgend wird das Erwerbseinkommen in der Grauzone in Beziehung zum Einkommen der Vergleichspopulation gesetzt.

Die in den Tabellen 8.4 und 8.5 berichteten Befunde verwenden die als abhängig Beschäftigte eingestuftten Erwerbstätigen der Grauzone als Referenzgruppe und vergleichen diese mit den Semi-Selbständigen sowie den Selbständigen in der Grauzone sowie mit den abhängig Beschäftigten und den Selbständigen der Vergleichspopulation.

Tabelle 8.4: OLS – Unterschiede im log. Bruttomonatseinkommen nach Modellprüfung und Populationszugehörigkeit (Modell ohne Kontrollvariablen)

Bruttomonatseinkommen (log)	BAG-Modell	Alternativ-Modell	BAG-Plus-Modell
<i>Stellung nach Modellprüfung und Populationszugehörigkeit (Ref. abhängig in der Grauzone)</i>			
abhängig in Vergleichspopulation	0,69***	0,67***	0,67***
semi-selbständig in Grauzone	0,41***	0,68***	0,46***
selbständig in Grauzone	0,71***	0,77***	0,72***
selbständig in Vergleichspopulation	0,80***	0,78***	0,78***
Kontrollvariablen	x	x	x
Konstante	7,10***	7,12***	7,12***
N Beobachtungen	3.184	3.184	3.184
R ²	0,041	0,062	0,047
Adj. R ²	0,039	0,061	0,046
Prob > F	0,0000	0,0000	0,0000
AIC (Modellgüte)	7380,343	7306,723	7359,658
Signifikanzniveau: * $p < 0,10$, * $p < 0,05$, ** $p < 0,01$, *** $p < 0,001$.			
Quelle: IAB-Projekt 1563.			

Erneut wird zunächst ein sparsames Einkommensmodell geschätzt, bei dem ausschließlich der Rechtsstatus als erklärende Variable Verwendung findet. Abhängig Beschäftigte in der Grauzone erzielen demzufolge analog zu Tabelle 8.2 signifikant niedrigere Monatslöhne als semi-selbständig bzw. selbständig Erwerbstätige. Abhängig Beschäftigte in der Grauzone erzielen aber auch deutlich geringere Einkommen als abhängig Beschäftigte in der Vergleichspopulation. Hingegen unterscheiden sich die selbständig Erwerbstätigen in der Grauzone hinsichtlich des Monatseinkommens nicht systematisch von den Selbständigen

der Vergleichspopulation.¹⁶ Diese Befunde gelten für die drei Rechtsmodelle (Tabelle 8.4).

In einem zweiten Schritt werden die Modelle um Humankapitalindikatoren, um soziodemografische Merkmale sowie um weitere Kovariaten ergänzt (Tabelle 8.5). Erneut geht der Einfluss der Statusvariablen im Vergleich zum reduzierten Modell erheblich zurück. Die Tendenz wird jedoch in abgeschwächter Form bestätigt.

Tabelle 8.5: OLS – Unterschiede im log. Bruttomonatseinkommen nach Modellprüfung und Populationszugehörigkeit (Modell mit Kontrollvariablen)

Bruttomonatseinkommen (log)	BAG-Modell	Alternativ-Modell	BAG-Plus-Modell
<i>Stellung nach Modellprüfung und Populationszugehörigkeit (Ref. abhängig in der Grauzone)</i>			
abhängig in Vergleichspopulation	0,21***	0,17***	0,16***
semi-selbständig in Grauzone	0,15**	0,17***	0,08
selbständig in Vergleichspopulation	0,26***	0,21***	0,20***
selbständig in Grauzone	0,22***	0,18***	0,17***
Bildungsniveau (in Jahren)	0,06***	0,06***	0,06***
Pot. Erwerbserfahrung (in Jahren)	0,02***	0,02***	0,02***
Quad. pot. Erwerbserfahrung	-0,00***	-0,00***	-0,00***
kum. Arbeitslosigkeitserfahrung (in Jahren)	-0,04***	-0,04***	-0,04***
Quad. kum. Arbeitslosigkeits- erfahrung	0,00**	0,00**	0,00**
Männer	0,21***	0,22***	0,22***
Betriebsgröße (Ref. 1–9 MA)			
10–49 MA	0,10***	0,10***	0,10***
50–1.000 MA	0,21***	0,21***	0,21***
> 1.000 MA	0,36***	0,36***	0,36***
privater Haushalt	-0,10*	-0,10*	-0,10*
weitere Kontrollvariablen	✓	✓	✓
Konstante	3,24***	3,31***	3,29***
N Beobachtungen	3.184	3.184	3.184
R ²	0,615	0,615	0,614
Adj. R ²	0,604	0,604	0,604
Prob > F	0,0000	0,0000	0,0000
AIC (Modellgüte)	4.638	4.635	4.642

Signifikanzniveau: * $p < 0,10$, * $p < 0,05$, ** $p < 0,1$, *** $p < 0,001$.

Quelle: IAB-Projekt 1563.

Weitere Kontrollvariablen: Dauer bei Arbeitgeber bzw. Auftraggeber (AG), Interaktion der Dauer bei einem AG, logarithmierte Wochenarbeitszeit, Dummy für Person ist voll auf Einkommen angewiesen, Dummy, wenn mind. 1 Kind unter 14 Jahren im Haushalt lebt, Migrationshintergrund (analog zur Definition in Kapitel 5.4), Dummy für Gesundheitszustand (sehr gut, gut, befriedigend = 1), Dummy für Arbeitslosigkeit vor aktueller Tätigkeit, Dummy für Befristung des Vertragsverhältnisses, Beruf (KldB2010 2-Steller), Bundesland-Dummys.

¹⁶ T-Tests auf Gruppenunterschiede zeigen keinen signifikanten Unterschied zwischen den Selbständigen-Populationen.

Die Gruppe der formal Selbständigen und der durch die Modellprüfung als selbständig eingestuften Erwerbspersonen weist in allen Modellen signifikant höhere Bruttomonatseinkommen im Vergleich zu potenziell Scheinselbständigen auf. Auch die Gruppe der Abhängigen aus der Vergleichspopulation stellt sich signifikant zu den Abhängigen der Grauzone besser. Das Gleiche trifft auf Semi-Selbständige zu mit Ausnahme der Semi-Selbständigen nach dem BAG-Plus-Modell.

Anhand der Modelle ist ebenfalls ersichtlich, dass die Humankapitalindikatoren die erwarteten Effektstärken zeigen. So führt eine Investition in ein weiteres Jahr Bildung zu einem um 6 % höheren Monatseinkommen. Zudem zeigt die Berufserfahrung einschließlich des Interaktionsterms die erwartete Richtung.

Das identifizierte Netto-*gender-wage-gap* liegt bei ca. 22 %. Dies erscheint relativ hoch. Berücksichtigt man jedoch den dem Analysesample zugrunde liegenden großen Anteil Selbständiger, liegt der Befund im erwarteten Bereich (vgl. Lechmann & Schnabel 2012: 11). Ferner können Erwerbspersonen wie erwartet mit steigender Betriebsgröße entweder des Arbeitgebers oder des Auftraggebers im Mittel höhere Bruttomonatseinkommen erzielen.

8.3 Erwerbseinkommen und Existenzsicherung

In einem letzten Schritt wird kurz auf die existenzsichernde Funktion des Erwerbseinkommens in der Grauzone eingegangen. Empirisch zeigt sich, dass jeder zweite Haupterwerbstätige (57 %) in der Grauzone „voll“ auf dieses Erwerbseinkommen angewiesen ist; weitere 28 % sind teilweise auf dieses Erwerbseinkommens angewiesen und 13 % der Haupterwerbstätigen in der Grauzone geben an, ihren Lebensunterhalt überwiegend aus anderen Quellen zu bestreiten (Tabelle 8.6).

Tabelle 8.6: Beitrag des Erwerbseinkommens für den Lebensunterhalt der Befragten und subjektiver Erwerbsstatus in der Grauzone

	Haupterwerbstätige	Nebenerwerbstätige
	Spalten-%	
voll angewiesen	57,4	12,6
teilweise angewiesen	28,0	22,8
überwiegend aus anderen Quellen	12,8	63,1
fehlende Angaben	1,8	1,5
Signifikanz	***	
Quelle: IAB-Projekt 1563; populationsgewichtete Angaben; Signifikanzniveau *95 %, **99 %, ***99,9 % (auf Basis ungewichteter Daten).		

Erwartungsgemäß bestreiten 63 % derjenigen, die aufgrund ihrer Nebentätigkeit der Grauzone zugerechnet wurden, ihren Lebensunterhalt überwiegend aus anderen Quellen. 13 % der Nebenerwerbstätigen sind jedoch nach eigenen Angaben „voll“ und 29 % „teilweise“ auf dieses Erwerbseinkommen angewiesen (Tabelle 8.6). Hier kann es sich zum Beispiel um Schüler oder Studenten handeln, die ihre Bildungsphase wesentlich selbst finanzieren.

Wird die subjektive Bewertung des Erwerbseinkommens als Beitrag zur Sicherung des Lebensunterhalts in Beziehung gesetzt zur rechtlichen Bewertung der Erwerbsverhältnisse in der Grauzone, so ergeben sich für Haupt- und Nebenerwerbstätige deutlich unterschiedliche Befunde, wobei die Rechtsmodelle zu konsistenten Befunden kommen. Bei Haupterwerbstätigen in der Grauzone besteht ein positiver Zusammenhang zwischen der existenzsichernden Funktion des hier betrachteten Vertragsverhältnisses und der rechtlichen Bewertung des Vertragsverhältnisses als selbständige Erwerbstätigkeit (Tabelle 8.7).

Tabelle 8.7: Haupterwerbstätige in der Grauzone nach Rechtsstatus und existenzsichernder Funktion des Erwerbseinkommens

	abhängig	semi-selbständig	selbständig
Zeilen-%			
BAG-Modell			
voll angewiesen	21,5	28,1	50,5
teilweise angewiesen	15,9	37,0	47,1
überwiegend aus anderen Quellen	29,5	45,9	24,6
Signifikanz	***		
Alternativ-Modell			
voll angewiesen	35,4	26,8	37,8
teilweise angewiesen	39,9	22,6	37,6
überwiegend aus anderen Quellen	59,4	16,3	24,3
Signifikanz	***		
BAG-Plus-Modell			
voll angewiesen	25,4	28,0	46,6
teilweise angewiesen	26,6	21,7	51,7
überwiegend aus anderen Quellen	46,8	24,7	28,5
Signifikanz	***		
Quelle: IAB-Projekt 1563. N = 869 und N = 595; populationsgewichtete Angaben; N fehlende Angaben = 1,1 %; Signifikanzniveau *95 %, **99 %, ***99,9 % (auf Basis ungewichteter Daten).			

Bei den Nebentätigkeiten in der Grauzone findet sich ein inverser Zusammenhang. Sind Nebenerwerbstätige auf die Tätigkeit in der Grauzone angewiesen, so handelt es sich mit erhöhter Wahrscheinlichkeit um eine de facto abhängig ausgeübte Erwerbstätigkeit. Beide Effekte erweisen sich als statistisch hoch signifikant (Tabelle 8.8).

Tabelle 8.8: Nebenerwerbstätige in der Grauzone nach Rechtsstatus und existenzsichernder Funktion des Erwerbseinkommens

	abhängig	semi-selbständig	selbständig
	Zeilen-%		
BAG-Modell			
voll angewiesen	47,8	40,2	12,0
teilweise angewiesen	37,6	36,5	26,0
überwiegend aus anderen Quellen	22,8	38,8	38,3
Signifikanz	***		
Alternativ-Modell			
voll angewiesen	89,1	3,2	7,7
teilweise angewiesen	63,4	23,5	13,1
überwiegend aus anderen Quellen	60,0	22,8	17,2
Signifikanz	***		
BAG-Plus-Modell			
voll angewiesen	65,0	24,5	10,5
teilweise angewiesen	51,4	20,6	27,9
überwiegend aus anderen Quellen	40,1	32,4	27,5
Signifikanz	***		
Quelle: IAB-Projekt 1563. N = 869 und N = 595; populationsgewichtete Angaben; N fehlende Angaben = 1,1 %; Signifikanzniveau *95 %, **99 %, ***99,9 % (auf Basis ungewichteter Daten).			

8.4 Zwischenfazit

Für die Grauzonenpopulation kann gezeigt werden, dass der rechtliche Status (untergliedert in abhängig beschäftigt bzw. scheinselbständig, semi-selbständig und selbständig) bei den drei Rechtsmodellen hoch korreliert ist mit dem Monatseinkommen, das aus dem analysierten Vertragsverhältnis erzielt wird. Dieser Befund gilt analog für den Zusammenhang zwischen der subjektiven Bewertung des Haushaltseinkommens durch die Befragten und dem rechtlichen Status des

analysierten Vertragsverhältnisses. Demzufolge weisen als selbständig eingestufte Grauzonen-Erwerbstätige subjektiv wie objektiv die günstigeren Einkommensstrukturen auf, während Grauzonen-Erwerbstätige, die aufgrund des analysierten Vertragsverhältnisses als scheinselbständig eingestuft werden, systematisch ungünstigere Einkommensmuster aufweisen. Dies gilt erneut sowohl für die subjektive wie die objektive Betrachtung der Einkommenssituation.

Für die drei Rechtsmodelle kann weiterhin gezeigt werden, dass die Bewertung des Erwerbsstatus von Erwerbstätigen in der Grauzone und das Erwerbseinkommen, das aus dieser Erwerbstätigkeit erzielt wird, von einem gemeinsamen Satz an erklärenden Variablen getrieben wird. Ein gemeinsamer Satz an erklärenden Variablen (individuelles Bildungsniveau, Berufserfahrung in Jahren, kumulierte Dauer an Arbeitslosigkeit, Betriebszugehörigkeit, Wochenarbeitszeit, Geschlecht, Kinder im Haushalt, Migrationshintergrund, Gesundheitszustand, Arbeitslosigkeit vor aktueller Tätigkeit, Befristung des Vertragsverhältnisses, Beruf (KldB2010 2-Steller) sowie Bundesland) modelliert sowohl die rechtliche Stellung als auch das erzielte Monatseinkommen mit hoher Güte.

Diese Befunde weisen darauf hin, dass die rechtliche Stellung und das individuelle Einkommen gleichermaßen als Proxy für die individuelle Arbeitsmarktposition herangezogen werden können. Die Korrelation zwischen Erwerbsstatus nach jeweiligem Rechtsmodell und Einkommen in der Grauzone kann somit auch für eine externe Validierung bzw. als Maß interner Konsistenz der Rechtsmodelle herangezogen werden. Kriterien, welche individuelle Wettbewerbsnachteile auf dem Arbeitsmarkt nahelegen (wie fehlende Qualifikation, fehlende Berufserfahrung oder Dauer der Arbeitslosigkeitserfahrung) kommen somit sowohl in ungünstigen Vertragsverhältnissen als auch in Einkommenseinbußen zum Ausdruck.

9 Zusammenfassung und Einordnung der Befunde: Vergleich mit Befunden aus 1995 und 2014

9.1 Zusammenfassung Befunde 2014

Konsistent mit den Befunden der ersten Scheinselbständigen-Studie aus dem Jahr 1995 (Dietrich 1996) hängt die Abschätzung der Zahl scheinselbständig Erwerbstätiger wesentlich davon ab, welches Rechtsmodell bei der Abschätzung herangezogen wird. In der vorliegenden Studie wurden neben dem sog. BAG-Modell, das auf die herrschende Rechtsprechung abstellt, alternative Ansätze (Alternativ-Modell, BAG-Plus-Modell, siehe Kapitel 2) für die Abgrenzung von selbständig und abhängig ausgeübter Erwerbstätigkeit herangezogen.

In Kapitel 4 konnte gezeigt werden, dass die Bewertung der vertraglichen Ausgestaltung der Erwerbssituation in der Grauzone zu deutlich unterschiedlichen Zahlen scheinselbständig Erwerbstätiger führt, je nachdem welches der drei Rechtsmodelle zugrunde gelegt wird.

Auf Basis des BAG-Modells hat die Studie hochgerechnet rund 235 Tsd. scheinselbständig Erwerbstätige im Haupterwerb identifiziert. Das Alternativ-Modell stuft 436 Tsd. Erwerbstätige als scheinselbständig Beschäftigte ein, während das BAG-Plus-Modell die Größenordnung auf rund 311 Tsd. beziffert. Betrachtet man hingegen nur die Tätigkeiten, die von Erwerbstätigen oder Nichterwerbspersonen im Nebenerwerb ausgeübt werden, so kommt eine Hochrechnung auf Basis des BAG-Modells zu 158 Tsd. das Alternativ-Modell zu 344 Tsd. und das BAG-Plus-Modell zu 242 Tsd. scheinselbständig Erwerbstätigen.

Wie kommen diese modellspezifisch unterschiedlichen Größenordnungen zustande? Während beim BAG-Modell insbesondere die materielle Einbindung in den Betrieb des Auftraggebers sowie die zeitliche Weisungsbindung überdurchschnittlich hoch mit scheinselbständiger Erwerbstätigkeit korreliert sind, kommt beim Alternativ-Modell dem fehlenden Betriebskapital sowie der vom Auftraggeber vorgegebenen Zeiteinteilung besondere Bedeutung zu. Beim BAG-Plus-Modell bilden ebenfalls die materielle Einbindung sowie die Zeiteinteilung gute Prädiktoren für scheinselbständig ausgeübte Erwerbstätigkeit.

Mit Blick auf standarddemografische und erwerbsverlaufsrelevante Charakteristika der Befragten erweisen sich die Befunde für alle drei Rechtsmodelle als gleichermaßen robust und erklärungsstark. So weisen Frauen in allen Modellen eine höhere Wahrscheinlichkeit auf, eine scheinselbständige Erwerbstätigkeit auszuüben, als Männer. Das Gleiche gilt für Erwerbstätige unter 25 Jahren bzw. Erwerbseinsteiger im Vergleich zu älteren Erwerbstätigen bzw. Erwerbstätigen mit längerer Erwerbserfahrung. Gegenüber Erwerbstätigen ohne Migrationshin-

tergrund weisen Erwerbstätige mit Migrationshintergrund eine 6 bis 9 % höhere Wahrscheinlichkeit auf, scheinselbständig erwerbstätig zu sein. Während der Allgemeinbildung – unter Kontrolle weiterer demografischer Merkmale – kein eigenständiger Erklärungsbeitrag zukommt, erhöhen fehlende berufliche Abschlüsse die Wahrscheinlichkeit einer scheinselbständigen Beschäftigung. Zudem sind Menschen umso häufiger scheinselbständig, je länger sie in ihrem bisherigen Erwerbsleben arbeitslos waren. So steigt die Wahrscheinlichkeit einer scheinselbständigen Beschäftigung je Jahr Erwerbslosigkeit um ca. 2 %. Dies legt nahe, dass Erwerbstätige, die aufgrund individueller Merkmale wie Qualifikation, Berufserfahrung oder Arbeitslosigkeitserfahrung über eine schwächere Arbeitsmarktposition verfügen, häufiger scheinselbständige Tätigkeiten ausüben. Dieser Befund ergibt sich für alle drei Rechtsmodelle.

Ein erhöhtes Aufkommen scheinselbständiger Betätigung findet sich ferner für bestimmte Berufsgruppen bzw. Wirtschaftszweige, wobei der Wirtschaftszweig und der Beruf vielfach korreliert sind. Die Betriebsgröße sowie die Dauer des Vertragsverhältnisses nehmen auch unter Kontrolle von Drittvariablen einen signifikanten Einfluss auf das individuelle Risiko, scheinselbständig erwerbstätig zu sein. Demgegenüber leistet das Arbeitszeitvolumen keinen zusätzlichen Erklärungsbeitrag.

Die Studie zeigt weiterhin, dass der rechtliche Status (untergliedert in abhängig beschäftigt bzw. scheinselbständig, semi-selbständig und selbständig) bei den drei Rechtsmodellen hoch mit dem Monatseinkommen korreliert ist, das mit dem analysierten Vertragsverhältnis erzielt wird. Dieser Befund gilt analog für den Zusammenhang zwischen der subjektiven Bewertung des Haushaltseinkommens durch die Befragten und dem rechtlichen Status des analysierten Vertragsverhältnisses. Demzufolge weisen als selbständig eingestufte Grauzonen-Erwerbstätige subjektiv wie objektiv relativ höhere Einkommen auf, während Grauzonen-Erwerbstätige, die aufgrund des analysierten Vertragsverhältnisses als scheinselbständig gelten, systematisch schlechter verdienen. Dies gilt erneut sowohl für die subjektive wie die objektive Betrachtung der Einkommenssituation.

Für die drei Rechtsmodelle kann weiterhin gezeigt werden, dass die Bewertung des Erwerbsstatus von Erwerbstätigen in der Grauzone und das Erwerbseinkommen, das aus dieser Erwerbstätigkeit erzielt wird, von einem gemeinsamen Satz an erklärenden Variablen getrieben wird. Ein gemeinsamer Satz an erklärenden Variablen (individuelles Bildungsniveau, Berufserfahrung in Jahren, kumulierte Dauer an Arbeitslosigkeit, Betriebszugehörigkeit/Dauer mit einem Auftraggeber, Wochenarbeitszeit, Geschlecht, Kinder im Haushalt, Migrationshintergrund, Gesundheitszustand, Arbeitslosigkeit vor aktueller Tätigkeit, Befristung des Vertragsverhältnisses, Beruf sowie Bundesland) erklärt sowohl die rechtliche Stellung als

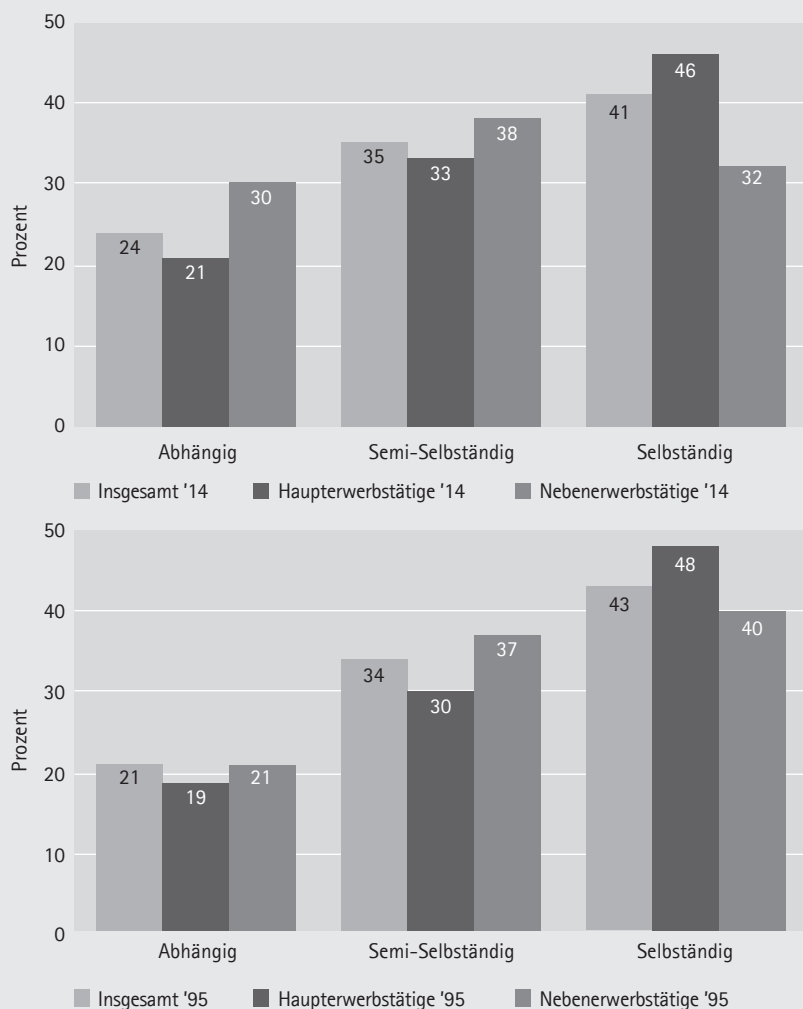
auch das erzielte Monatseinkommen mit hoher Güte. Diese Befunde weisen darauf hin, dass die rechtliche Stellung und das individuelle Einkommen gleichermaßen brauchbare Indikatoren für die individuelle Arbeitsmarktposition insgesamt sind. Der Zusammenhang von Erwerbsstatus nach jeweiligem Rechtsmodell und Einkommen in der Grauzone kann somit auch für eine externe Validierung bzw. als Maß interner Konsistenz der Rechtsmodelle herangezogen werden. Ungünstige Arbeitsmarktpositionen kommen somit sowohl in ungünstigen Vertragsverhältnissen als auch in niedrigem Einkommen zum Ausdruck.

9.2 Vergleich der aktuellen Befunde mit denen für das Jahr 1995

Bei einem Vergleich der Befunde aus dem Jahr 1995 mit den aktuellen Befunden ist zu berücksichtigen, dass sich die qualitativen und quantitativen Rahmenbedingungen für den bundesdeutschen Arbeitsmarkt zum Teil wesentlich verändert haben. Hier sei etwa darauf verwiesen, dass die Zahl der Erwerbstätigen insgesamt zwischen 1995 und 2014 von 36 auf 40 Millionen gestiegen ist (Statistisches Bundesamt 2015). Auch der Anteil selbständig Erwerbstätiger stieg im gleichen Zeitraum von 9,5 % auf 10,9 %, ebenso der Anteil der Solo-Selbständigen innerhalb der Gruppe der Selbständigen (von 51 % auf 57 %). Dies entspricht einem Anstieg der Zahl der Solo-Selbständigen von 1,7 auf 2,5 Millionen. Während diese Faktoren einen potenziellen Anstieg der Zahl der scheinselfständig Erwerbstätigen nahelegen könnten, sind ebenso die mehrfach veränderte Gesetzgebung zur Scheinselbständigen-Frage oder der verstärkte Einsatz von Prüfungen auf Scheinselbständigkeit etwa bei den Kranken- bzw. Rentenkassen oder den Kammern zu berücksichtigen. Letztere Aspekte könnten zu einem Rückgang der Zahl scheinselfständig Erwerbstätiger beigetragen haben.

Auf Basis der empirischen Befunde ist festzustellen, dass in diesem Zeitraum die Zahl der Haupterwerbstätigen, die der Grauzone zugerechnet werden, von 938 Tsd. auf 1.107 Tsd. und somit um 17 % gestiegen ist. Demzufolge ist die Zahl der Grauzonen-Erwerbstätigen stärker angestiegen als die Zahl der Erwerbstätigen insgesamt (+11 %-Punkte). Gleichzeitig ist sie jedoch deutlich hinter dem Anstieg der Zahl der Solo-Selbständigen (+47 %-Punkte) zurückgeblieben (Tabelle 9.1). Demzufolge scheint einerseits die Entwicklung der Solo-Selbständigen die quantitative Entwicklung der Grauzone getrieben zu haben, andererseits könnten etwa gesetzliche Änderungen und die Ausgestaltung der Erwerbsverhältnisse den Anstieg gedämpft haben.

Abbildung 9.1: Gegenüberstellung der Befunde für das BAG-Modell – 1995 und 2014



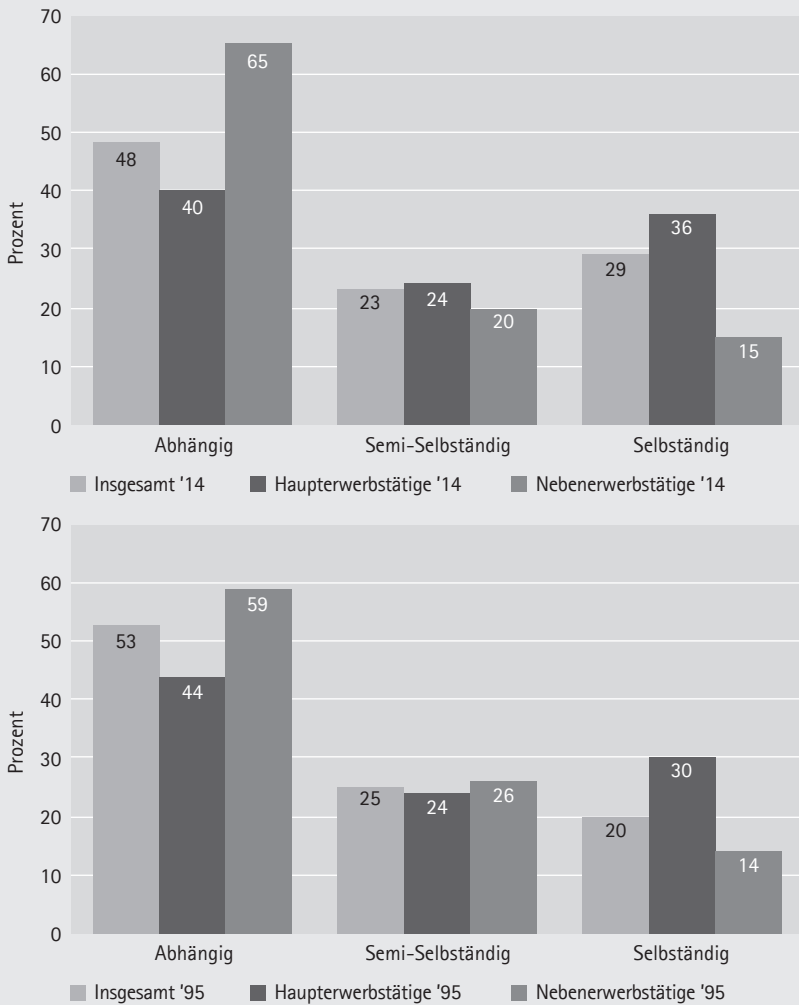
Quelle: IAB-Projekt 1563 und IAB-Projekt 4-448V; populationsgewichtete Befunde.

Wie die Abbildungen 9.1 und 9.2 zeigen, unterscheiden sich die für das Jahr 2014 ausgewiesenen Anteile an abhängig Beschäftigten (= Scheinselbständigen), Semi-Selbständigen und Selbständigen nicht substantiell von denen, die für das Jahr 1995 ermittelt wurden. Dies gilt für die Bewertung der Grauzonen-Erwerbstätigen insgesamt ebenso wie für die beiden Teilgruppen der Haupterwerbstätigen bzw. Nebenerwerbstätigen in der Grauzone.

Dies könnte darauf zurückzuführen sein, dass das Screening-Instrument, das bei beiden Studien zur Identifikation der Grauzonenzugehörigkeit herangezogen

wurde, in 2014 im Vergleich zu 1995 eine Gruppe von Erwerbstätigen mit ähnlichen Strukturmustern identifiziert hat.

Abbildung 9.2: Gegenüberstellung der Befunde für das Alternativ-Modell – 1995 und 2014



Quelle: IAB-Projekt 1563 und IAB-Projekt 4-448V; populationsgewichtete Befunde.

Hochgerechnet auf die jeweiligen Populationszahlen hat die Zahl der als abhängig eingestuftten Haupterwerbstätigen in der Grauzone (Scheinselbständige) beim BAG-Modell von 179 auf 235 Tsd. zugenommen. Beim Alternativ-Modell ist die Zahl der scheinselbständig Erwerbstätigen im Haupterwerb von 410 Tsd. auf 436 Tsd. angestiegen (Tabelle 9.1).

Tabelle 9.1: Hochrechnung der Modellbefunde für Haupterwerbstätige in der Grauzone (Zahlen in Tsd.)

Rechtsmodell	Abhängige (scheinselbständig)	Semi- Selbständige	Selbständige	Insgesamt
BAG-Modell 2014	235	362	511	1.107
<i>BAG-Modell 1995</i>	<i>179</i>	<i>282</i>	<i>450</i>	<i>938</i>
Alternativ-Modell 2014	436	262	410	1.107
<i>Alternativ-Modell 1995</i>	<i>410</i>	<i>226</i>	<i>282</i>	<i>938</i>
BAG-Plus-Modell	311	271	523	1.107
Quelle: IAB-Projekt 1563 sowie IAB-Projekt 448; populationsgewichtete Befunde.				

Anders stellt sich die Situation bei Vertragsverhältnissen dar, die als Nebentätigkeit ausgeübt werden. Eine veränderte Erwerbsbeteiligung sowie ggf. auch die Folgen veränderter Einstellungspraktiken infolge verschärfter Kontrollen führten zu einer deutlichen Reduzierung der Nebentätigkeiten, die der Grauzone zugeordnet werden. Diese Zahl ging von insgesamt 1,5 Millionen im Jahr 1995 auf 533 Tsd. im Jahr 2014 zurück. Die Zahl der scheinselbständig ausgeübten Nebentätigkeiten ist dabei von 329 Tsd. auf 158 Tsd. im BAG-Modell sowie von 901 Tsd. auf 344 Tsd. im Alternativ-Modell zurückgegangen (Tabelle 9.2).

Tabelle 9.2: Hochrechnung der Modellbefunde für Nebenerwerbstätige in der Grauzone (Zahlen in Tsd.)

Rechtsmodell	Abhängige (scheinselbständig)	Semi- Selbständige	Selbständige	Insgesamt
BAG-Modell 2014	158	203	172	533
<i>BAG-Modell 1995</i>	<i>329</i>	<i>573</i>	<i>610</i>	<i>1.539</i>
Alternativ-Modell 2014	344	107	82	533
<i>Alternativ-Modell 1995</i>	<i>901</i>	<i>403</i>	<i>217</i>	<i>1.539</i>
BAG-Plus-Modell	242	155	136	533
Quelle: IAB-Projekt 1563 sowie IAB-Projekt 448; populationsgewichtete Befunde.				

Neben quantitativen Veränderungen der Zahl der Grauzonen-Erwerbstätigen insgesamt sowie der Anteile scheinselbständig Erwerbstätiger (je nach Rechtsmodell) wird deutlich, dass sich die Relevanz einzelner Abgrenzungskriterien zwischen 1995 und 2014 verändert hat. Beim BAG-Modell haben die zeitliche und die örtliche Weisungsbindung an Erklärungskraft verloren, während insbesondere die materielle Einbindung in die Unternehmung des Auftraggebers an Bedeutung gewonnen hat (Tabelle 9.3).

Tabelle 9.3: Kriterien-Vergleich beim BAG-Modell – 1995 und 2014

BAG-Modell	ja	nein	neutral	fehlende Angaben
<i>Inhaltliche Weisungsbindung</i>				
1995	55	40	3	2
2014	55	38	7	1
<i>Prozentuale Veränderung</i>	0	-2	4	-1
<i>Zeitliche Weisungsbindung</i>				
1995	67	29	2	2
2014	58	41	–	2
<i>Prozentuale Veränderung</i>	-9	12	–	0
<i>Örtliche Weisungsbindung</i>				
1995	39	52	–	9
2014	28	67	3	2
<i>Prozentuale Veränderung</i>	-11	15	–	-7
<i>Personelle Einbindung</i>				
1995	62	34	–	4
2014	57	41	–	2
<i>Prozentuale Veränderung</i>	-5	7	–	-2
<i>Materielle Einbindung</i>				
1995	59	34	–	7
2014	73	24	–	3
<i>Prozentuale Veränderung</i>	14	-10	–	-4
Quelle: IAB-Projekt 1563 und IAB-Projekt 448; Angaben auf Basis ungewichteter Daten; Angaben in Prozent.				

Beim Alternativ-Modell ist das Kriterium der freien Zeiteinteilung nur noch bedingt vergleichbar, da weitere Fragen zu Rufbereitschaft/Bereitschaftsdienst sowie zu Gleit-Kernzeitregelungen in die Modellbildung aufgenommen wurden. Diese Kriterien verweisen auf Einschränkungen der zeitlichen Freiheit bei Erwerbstätigen in der Grauzone. Analog wird das Kriterium eigener Kundenstamm besser erfasst, was tendenziell ebenfalls auf eine Eingrenzung der unternehmerischen Freiheit verweist. Dem gegenüber weisen nun höhere Anteile Haupterwerbstätige in der Grauzone eigene Geschäftsräume oder eigenes Unternehmenskapital auf, als dies im Jahr 1995 der Fall war. Dazu dürfte die veränderte Gesetzeslage sicherlich beigetragen haben (Tabelle 9.4).

Tabelle 9.4: Kriterien-Vergleich beim Alternativ-Modell – 1995 und 2014

Alternativ-Modell	ja	nein	neutral	fehlende Angaben
Inhaltliche unternehmerische Freiheit				
<i>Eigener Kundenstamm</i>				
1995	13	40	41	6
2014	34	66	–	1
Prozentuale Veränderung	21	26	–	–5
<i>Freie Preisgestaltung</i>				
1995	14	42	43	–
2014	22	62	16	–
Prozentuale Veränderung	8	20	–27	–
<i>Freie Zeiteinteilung</i>				
1995	59	37	2	2
2014	60	39	–	1
Prozentuale Veränderung	1	2	–	–1
<i>Örtliche unternehmerische Freiheit</i>				
1995	26	57	16	–
2014	28	41	30	–
Prozentuale Veränderung	2	–16	14	–
Eigene Unternehmensorganisation				
<i>Eigene Mitarbeiter</i>				
1995	34	66	–	–
2014	30	70	–	–
Prozentuale Veränderung	–4	4	–	–
<i>Eigene Geschäftsräume</i>				
1995	27	67	–	6
2014	36	63	–	1
Prozentuale Veränderung	9	–4	–	–5
<i>Eigenes Betriebskapital</i>				
1995	38	55	–	7
2014	53	44	–	3
Prozentuale Veränderung	15	–11	–	–4
Quelle: IAB-Projekt 1563 und IAB-Projekt 448; Angaben auf Basis ungewichteter Daten; Angaben in Prozent.				

Literatur zu Teil 1

- Angrist, Joshua D./Jörn-Steffen Pischke (2009): *Mostly Harmless Econometrics: An Empiricist's Companion*. Princeton University Press.
- Arcos, Antonio/María del Mar Rueda/Manuel Trujillo/David Molina (2015): Review of Estimation Methods for Landline and Cell Phone Surveys, *Sociological Methods & Research* 44 (3): 458–485.
- Aurum, Richard/Walter Müller (eds. 2004): *The reemergence of self-employment. A comparative study of self-employment dynamics and social inequality*. Princeton NJ (Princeton University Press).
- Bauer, Andrea/Reiner Gilberg/Adam Giza/Doris Hess/Jette Kellerhoff/Martin Kleudgen/Anna Weißpflug (2015): *Methoden- und Feldbericht. Hauptstudie: „Quantitative Erfassung von scheinselfständigen Erwerbstätigen“*. Infas, Institut für angewandte Sozialwissenschaft GmbH (Bonn).
- Bonin, Holger/Ulrich Zierahn (2012): *Machbarkeitsstudie zur Erfassung der Verbreitung und Problemlagen der Nutzung von Werkverträgen*. BMAS Forschungsbericht 432. Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung (Berlin).
- Cortina, Jose M. (1993): What is Coefficient Alpha? Examination of Theory and Applications, *Journal of Applied Psychology* 78 (1): 98–104.
- Cremers, Jan (2011): *Auf der Suche nach billigen Arbeitskräften in Europa. Lebens- und Arbeitsbedingungen entsandter Arbeitnehmer*. European Institute for Construction Labour Research (CLR) Studies 6. European Institute for Construction Labour Research (Brussels).
- Dietrich, Hans (1996): *Empirische Befunde zur „Scheinselbständigkeit“ Zentrale Ergebnisse des IAB-Projektes „Freie Mitarbeiter und selbständige Einzelunternehmer mit persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit“*. IAB-Werkstattbericht 7/1996. Nürnberg.
- Dietrich, Hans (1996a): *Empirische Befunde zur „Scheinselbständigkeit“*. BMAS Forschungsbericht 262. Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung (Bonn).
- Dietrich, Hans (1998): *Erwerbsverhalten in der Grauzone von selbständiger und abhängiger Erwerbsarbeit, Beiträge zur Arbeitsmarkt- und Berufsforschung* 205, Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung der Bundesanstalt für Arbeit, Nürnberg.
- Dietrich, Hans (1999a): *Aufkommen von Scheinselbständigkeit infolge des Gesetzes zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte vom 19.12.1998*. Deutscher Bundestag Ausschussdrucksache 14/360: 55–57.

- Dietrich, Hans (1999b): Modellrechnung zur Wirkung des geplanten Gesetzes zur Förderung der Selbständigkeit vom 26.10.1999. Deutscher Bundestag Ausschussdrucksache 14/458 vom 02.11.1999.
- Dietrich, Hans (1999c): Empirische Befunde zur selbständigen Erwerbstätigkeit unter besonderer Berücksichtigung scheinselbständiger Erwerbsverhältnisse. In: Mitteilungen aus der Arbeitsmarkt- und Berufsforschung 32 (1): 85–101.
- European Commission (2010): European Employment Observatory Review Self-employment in Europe 2010. Luxemburg (EC)
- Eurostat (2015): European Union Labour force survey – Annual results 2014. [http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Labour_market_and_Labour_force_survey_\(LFS\)_statistics](http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Labour_market_and_Labour_force_survey_(LFS)_statistics); download am 05.02.2016).
- Fritsch, Michael/Alexander Kritikos/Alina Rusakova (2012): Selbständigkeit in Deutschland: Der Trend zeigt seit langem nach oben. DIW Wochenbericht 4/2012.
- Granato, Nadia (1999): Die Befragung von Arbeitsmigranten: Einwohnermeldeamt-Stichprobe und telefonische Erhebung? In ZUMA-Nachrichten 23 (45):44–60.
- Häder, Michael (2009): Empirische Sozialforschung: Eine Einführung. Wiesbaden (VS Verlag).
- Jacob, Rüdiger/Andreas Heinz/Jean Philippe Décieux (2013): Umfrage: Einführung in die Methoden der Umfrageforschung. (www.oldenbourg-verlag.de/go/9783486714982).
- Lechmann, Daniel/Claus Schnabel (2012): Why is there a gender earnings gap in self-employment? A decomposition analysis with German data. In: IZA Journal of European Labor Studies 1 (1): 1–25.
- Mai, Christoph-Martin/Katharina Marder-Puch (2013): Selbstständigkeit in Deutschland. In: Wirtschaft und Statistik 2013 (7): 482–496.
- Statistisches Bundesamt 2015: Fachserie 1 Reihe 4.1.1. (<http://www.datenportal.bmbf.de/portal/de/K04.html>).
- Thüsing, Gregor (2011): Scheinselbständigkeit im internationalen Vergleich. Bonner Schriften zum deutschen und europäischen Recht der Arbeit und der Sozialen Sicherheit. Band 12. Frankfurt am Main (Peter Lang).
- Wank, Rolf (1997): Empirische Befunde zur „Scheinselbständigkeit“ – Juristischer Teil. BMAS Forschungsbericht 262 a. Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung (Bonn).
- Wank, Rolf (2017) (Teil 2 in diesem Band): Quantitative Erfassung von scheinselbständig Erwerbstätigen – Juristische Grundlagen, IAB-Bibliothek 364, S. 211 ff.

Anhang zu Teil 1

A1 Erhebungskonzept und Durchführung der empirischen Erhebung

A1.1 Computergestützte Telefoninterviews und Dual-Frame-Ansatz

Bei der Design-Entwicklung der aktuellen Studie wurde wesentlich auf das Erhebungskonzept zurückgegriffen, das bei der ersten Scheinselbständigen-Studie (Dietrich 1996) entwickelt wurde. Aufgrund der Komplexität des Erhebungsprogramms wurde damals eine schriftliche Befragung ausgeschlossen (Dietrich 1996a). Ebenso musste aus Kostengründen auf eine persönliche Befragung verzichtet werden. Vielmehr wurde die Befragung mittels computergestützter Telefoninterviews (CATI-Verfahren) durchgeführt. Damals wie heute sprechen die Kostenargumente, eine flexible Handhabung des Fragenprogramms, eine komplexe Filterführung und insbesondere auch Fragen der Akzeptanz und der Erreichbarkeit der angezielten Population für dieses Verfahren (siehe Dietrich 1996: 16 ff.).

Auf Basis umfangreicher methodischer Vorstudien wurde für die erste Scheinselbständigen-Erhebung die Entscheidung getroffen, die Datenerhebung im Rahmen einer Mehrthemen-Befragung (sog. Buserhebung) durchzuführen. Die Beteiligung an Mehrthemen-Befragungen war zu diesem Zeitpunkt eine kostengünstige Variante für die Befragungen bevölkerungsrepräsentativer Strichproben. Inzwischen hat der Einsatz von Mehr-Themen- bzw. Bus-Befragungen insbesondere im Kontext sozialwissenschaftlicher Studien an Bedeutung verloren, da die Teilnahmbereitschaft in den letzten Jahren hier deutlich zurückgegangen ist und methodische Probleme von Mehr-Themen-Befragungen (verzerrte Stichprobe, fehlende Angaben zur Unit-Verweigerung etc.) an Beachtung gewonnen haben.

In Erweiterung zum früheren Design wurden nun auch Mobilfunknummern berücksichtigt. Da im Jahr 1995 mobile Telefone noch wenig verbreitet und mit erheblichen Erhebungskosten verknüpft waren, wurden sie damals bei empirischen Erhebungen in der Regel nicht berücksichtigt. Gleichzeitig konnten die amtlichen Telefonverzeichnisse aufgrund ihrer hohen Eintragedichte von 97 % (Granato 1999: 46 ff.) noch hinreichend belastbar für die Stichprobenziehung herangezogen werden. 2014 stellt sich die Lage grundlegend anders dar. Mobile Anschlüsse haben zum Teil die Festnetzanschlüsse ersetzt und die Eintragedichte in Telefonverzeichnisse hat deutlich nachgelassen. Somit hätte der Ausschluss von mobilen Telefonanschlüssen zu einer systematischen Verzerrung der Stichprobe geführt. Da sich die Kosten von Mobilfunk-basierten Interviews kaum von Festnetz-Interviews unterscheiden, kann

auch das Kostenargument inzwischen vernachlässigt werden. Schließlich fehlt eine systematische Datengrundlage für Festnetzanschlüsse. Die zentrale methodische Herausforderung war es somit, Festnetz- und Mobilnetz-Kunden gleichermaßen repräsentativ zu erfassen. Dazu wurde im Rahmen eines Dual-Frame-Ansatzes auf computer-generierte Stichproben von Festnetz- und Mobilanschlüssen zurückgegriffen. Es wurde angenommen, dass selbständig erwerbstätige Personen aufgrund ihrer spezifischen Arbeitssituation über Mobilanschlüsse vielfach besser erreichbar sind, als über Festnetzanschlüsse.¹⁷ Im Rahmen eines Dual-Frame-Ansatzes werden sowohl für Festnetzanschlüssen als auch Mobilfunknummern systematische Stichproben generiert und beide Substichproben über ein spezifisches Gewichtungungsverfahren zu einer Populationsstichprobe verknüpft (Häder 2009: 161; ferner: Jacob et al. 2013). Gegenüber Einwohnerstichproben wird beim Dual-Frame-Ansatz von einer besseren Populationsausschöpfung ausgegangen.

A1.1.1 Grundgesamtheit der Befragung

Erwerbstätige können sowohl hinsichtlich der Haupterwerbstätigkeit als auch hinsichtlich einer selbständigen Nebentätigkeit der Grauzone von selbständiger und abhängiger Erwerbstätigkeit zugeordnet werden. Demzufolge umfasst die Grundgesamtheit der Telefonbefragung Personen im Alter von 18 bis 65 Jahren, die sich selbst als Erwerbstätige¹⁸ bezeichnen als auch Nichterwerbstätige (Schüler, Studenten, Hausfrauen, Arbeitslose oder (Früh-)Rentner im Alter von 18–65 Jahren), die eine selbständige Nebentätigkeit ausüben.

A1.1.2 Zwei Befragungspopulationen und zweistufige Befragung

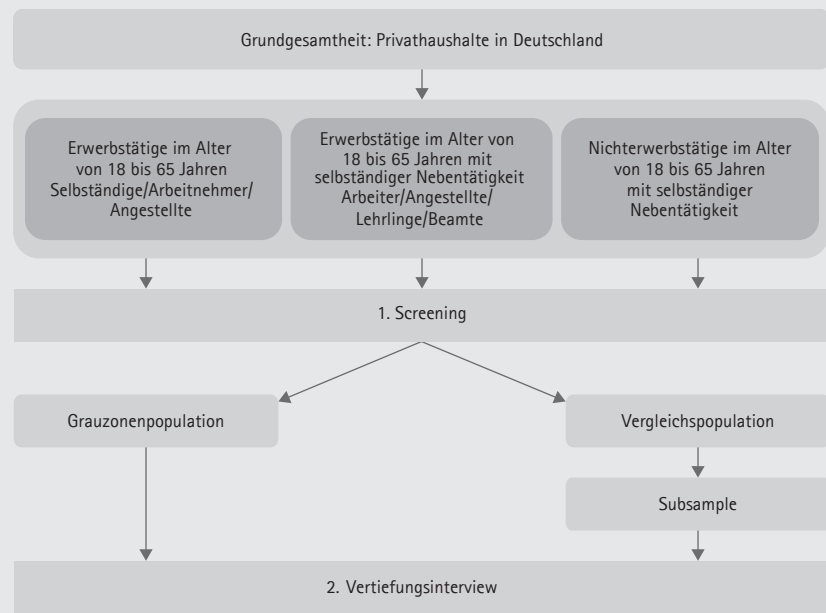
Da die Studie sowohl das Aufkommen und die Verteilung scheinselbständiger Erwerbstätigkeit analysiert als auch ein Vergleich scheinselbständig Erwerbstätiger mit regulär Erwerbstätigen durchgeführt wird, wird neben der Grauzonenpopulation auch eine repräsentative Stichprobe von Erwerbstätigen in Deutschland befragt, die nachfolgend als Vergleichspopulation bezeichnet wird. Die Vergleichspopulation umfasst Arbeiter, Angestellte, Freiberufler, Selbständige im Haupterwerb sowie abhängig Beschäftigte, Lehrlinge, Beamte und primär Nichterwerbstätige mit einer selbständigen Nebentätigkeit, die nicht der Grauzone zugeordnet wurde.

¹⁷ Zur Erfassungsproblematik selektiver Subgruppen mit Dual-Frame-Ansätzen siehe etwa Arcos et al. 2015.

¹⁸ Grundlage ist hierbei die Selbstzuordnung der Befragten zur Stellung im Erwerbsleben; demzufolge können subjektiv Nichterwerbstätige (wie Schüler, Studenten, Hausfrauen oder Rentner) Nebentätigkeiten ausüben.

Zur Identifikation und Befragung der Grauzonen- sowie der Vergleichspopulation wurde ein zweistufiges Erhebungsdesign gewählt. In der ersten Stufe wird aus der Grundgesamtheit der Befragung mittels eines Screening-Verfahrens (genauer im nächsten Abschnitt) die Zugehörigkeit der Befragten zur Grauzonenpopulation bzw. zur Vergleichspopulation ermittelt. Nach Ermittlung des Populationsstatus wird die Grauzonenpopulation sowie die Vergleichspopulation vertieft zur Erwerbstätigkeit und sozialen Lage befragt (siehe Abschnitt A1.1.4)

Abbildung A1.1: Grundgesamtheit der Befragung und Erhebungskonzept

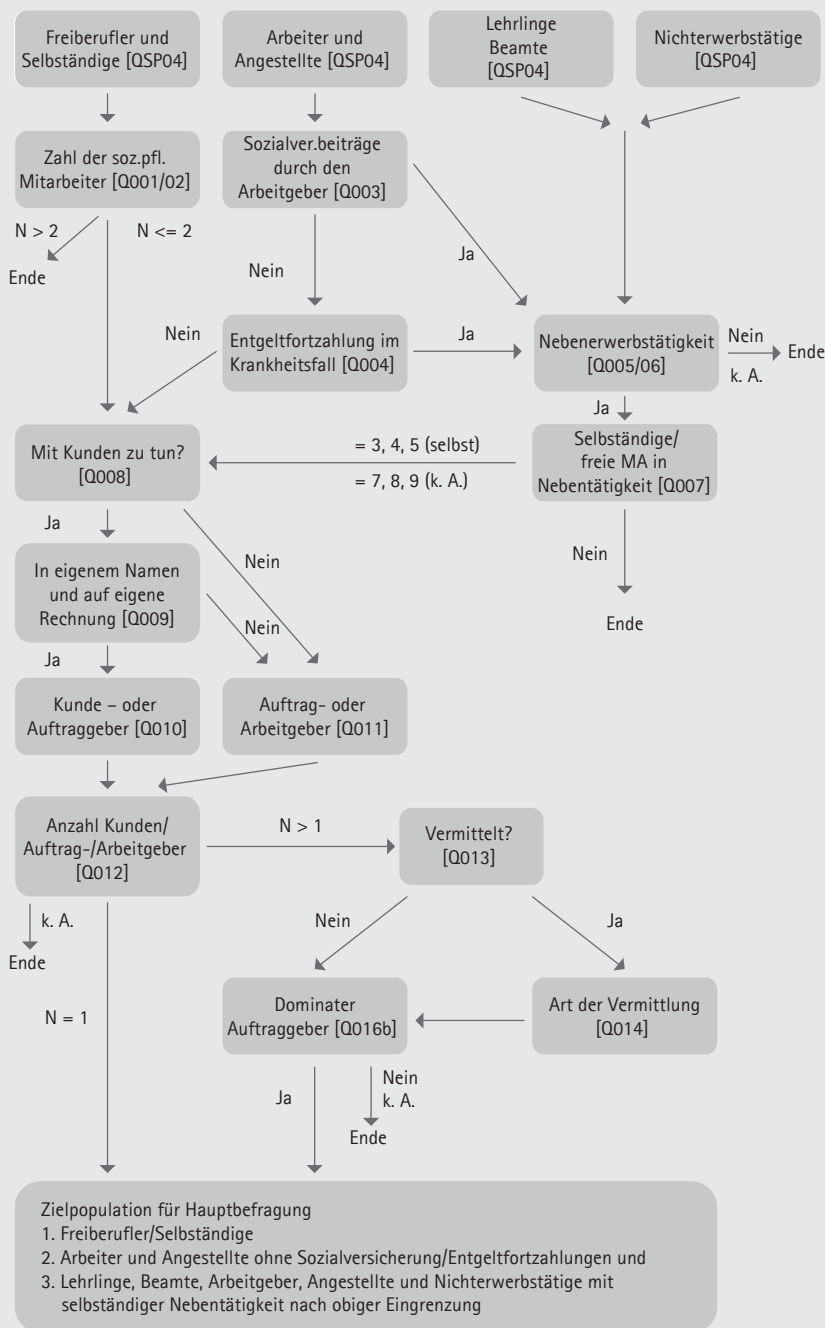


Quelle: Eigene grafische Darstellung.

A1.1.3 Screening-Interview

Dem komplexen rechtlichen Konstrukt der „Scheinselbständigkeit“ ist es geschuldet, dass die Identifizierung potenzieller Scheinselbständiger in der Grundgesamtheit nicht anhand einfacher Item-Batterien oder amtlichen Daten erfolgen kann. Deshalb muss der Status (Grauzonen- vs. Vergleichspopulation) einer Zielperson mittels ausgewählter Fragen zu Beginn jedes Interviews ermittelt werden. Dazu wurde bereits 1995 folgende Screening-Logik entwickelt:

Abbildung A1.2: Screening-Logik 1995



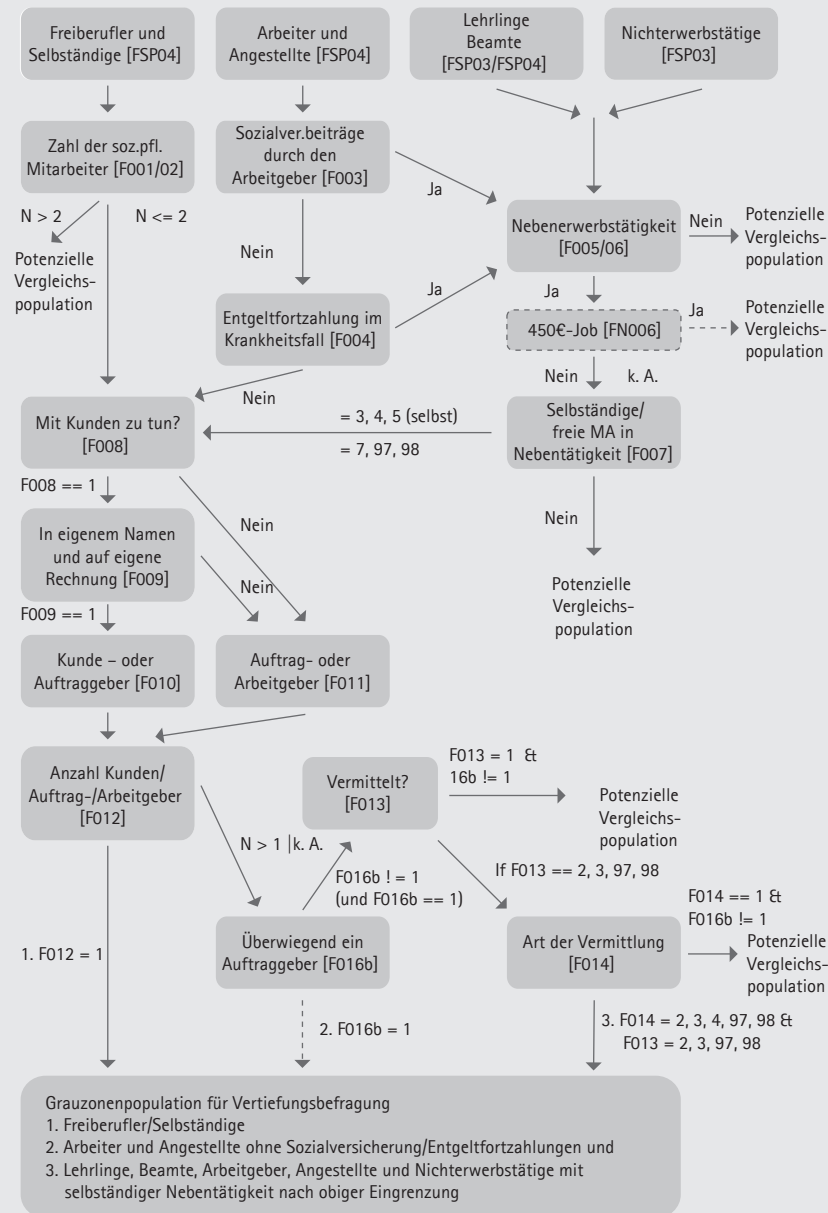
Quelle: Dietrich (1996: 29).

Das Screening hat wesentlich die Funktionen, die Zugehörigkeit zur Grauzonenpopulation zu bestimmen. Die wesentlichen Kriterien sind: a) ausschließlich für einen Vertragspartner tätig bzw. für mehrere Vertragspartner tätig, wobei ein Auftraggeber in wirtschaftlicher Hinsicht besonders wichtig ist (Kriterium: 80 % des Gesamtumsatzes der letzten 6 Monate entfällt auf diesen Vertragspartner) oder b) im Falle mehrerer gleichwertiger Auftraggeber übernimmt ein dominanter Vermittler Arbeitgeberfunktionen (Weisungen und/oder Rechnungslegung).

Somit wurden im Vergleich zur Vorgängerstudie (Dietrich 1996) im Screening kaum Änderungen vorgenommen. Eine Änderung ergibt sich lediglich dadurch, dass nun ebenfalls Personen der Grauzone zugeordnet werden, wenn lediglich ein „dominanter“ Vermittler identifiziert wird, d. h. wenn es einen Vermittler gibt, der Abrechnungsleistungen übernimmt, Anweisungen gibt oder beides der Fall ist und gleichzeitig kein dominanter Auftraggeber (mind. 80 % des Gesamtumsatzes) identifiziert wurde. Das hat zur Folge, dass diese Population nun trennschärfer in der Grauzone im Vergleich zu 1995 identifiziert werden kann. Weiterhin wird im Screening erfasst, ob es sich bei Nebentätigkeiten abhängig Beschäftigter oder Nichterwerbstätiger um 450-Euro-Jobs handelt. Ein Überblick über das modifizierte Screening-Verfahren gibt nachstehende Abbildung A1.3.

Eine grundlegende Änderung im Vergleich zu 1995 stellt die Identifizierung einer Vergleichspopulation durch das Screening-Modul dar, die Arbeiter, Angestellte, Freiberufler, Selbständige im Haupterwerb sowie abhängig Beschäftigte, Lehrlinge, Studenten, Beamte und Nichterwerbstätige mit einer selbständigen Nebentätigkeit enthält, die auf Basis des Screenings nicht der Grauzone zugeordnet werden.

Abbildung A1.3: Screening-Logik 2014



Quelle: Eigene grafische Darstellung.

A1.2 Durchführung der empirischen Erhebung

A1.2.1 Vorstudie

Zur Vorbereitung der Datenerhebung wurde ein Pretest durchgeführt, der die Sicherstellung der Haupterhebung gewährleistete. Auf Basis der Erkenntnisse der Vorstudie war es möglich, relevante Änderungen für die Hauptstudie vorzunehmen. Im Vergleich zu den im Jahr 1995 durchgeführten Vorstudien, bei denen der Fokus darauf lag, eine geeignete Methode des Feldzugangs zu entwickeln, war das Ziel der aktuellen Vorstudie die Adäquanz der Programmierung und der Filtersteuerung des Fragebogens zu testen. Ferner diente der Pretest dazu, den aktuellen Anteil der Grauzonen-Erwerbstätigen an allen Erwerbstätigen (Inzidenzrate) zu ermitteln. Diese Informationen erlaubt es, das benötigte Stichprobenvolumen und die dafür benötigte Erhebungszeit abzuschätzen sowie die Erhebungskosten zu kalkulieren.

Weiterhin wurden mit dem Pretest alternative Stichprobendesign getestet. Der Dual-Frame-Ansatz (siehe Kapitel 1.3) geht von einer Kombination von Festnetz- und Mobilfunkanschlüssen aus, deren Mischungsverhältnis studienspezifisch zu bestimmen ist. Im Pretest wurden alternativ Festnetz- und Mobilfunkanschlüsse im Verhältnis von 70 zu 30 und 50 zu 50 getestet. Es zeigte sich, dass eine Relation von Festnetz- zu Mobilfunkanschlüssen von 50 zu 50 für die Erhebung effektiver ist als ein Verhältnis von als 70:30. Daraufhin sind Mobilfunk- und Festnetznummern in einem proportionalem Verhältnis in die Gesamtstichprobe eingegangen.

A1.2.2 Haupterhebung

A1.2.2.1 Realisierte Stichprobe

Im Zeitraum von 15. September bis 17. Dezember 2014 wurden insgesamt 33.521 (inkl. Abbrecher im Screening-Modul) Personen in ein Screening-Interview einbezogen. Von diesen Screening-Fällen wurden 1.744 Personen der Grauzonenpopulation zugeordnet. Von den Erwerbstätigen, die nicht der Grauzone zugeordnet wurden, wurden 3.148 Personen als Substichprobe der Vergleichspopulation vertieft zu ihrer Erwerbstätigkeit befragt. Bereinigt um Interview-Abbrüche stehen 1.501 Grauzonen-Fälle und 3.000 Befragte der Vergleichspopulation für Analysen zur Verfügung. Die Abbruchquote berechnet sich demzufolge mit 13,9 % für Grauzonen-Erwerbstätige und mit 4,7 % für die Vergleichspopulation. Weiterhin wurden 11 Personen in die Befragung einbezogen, die nachträglich nicht der Grundgesamtheit zugerechnet wurden. Somit ergibt sich eine Fallzahl von 4.490 Beobachtun-

gen. Von den 1.557 Befragten, die aufgrund des Screening-Modells der Grauzone zugerechnet wurden, liegen für 1.494 Befragte vollständige Interviews vor. Für die Vergleichsgruppe wurden 2.996 vollständige Interviews realisiert. Tabelle A1.1 gibt einen Überblick über zentrale soziodemografische Merkmale der Stichprobenpopulationen (wie berufliche Stellung, den Schulabschluss, Altersklassen und Geschlecht der Befragten insgesamt sowie getrennt nach Haupt- und Nebenerwerb). Weiterhin gibt die Tabelle Auskunft über die Realisierung der Interviews in Abhängigkeit vom Stichprobenansatz.

Das schulische Bildungsniveau der Grauzonen-Erwerbstätigen ist im Vergleich zur Erwerbsbevölkerung im Alter von 18 bis 65 Jahren deutlich höher. Insgesamt haben 60 % der Grauzonen-Erwerbstätigen ein Zertifikat, das den Zugang zu einer Hochschule gewährt, wohingegen in der Grundgesamtheit lediglich jeder Dritte über ein solches schulisches Zertifikat verfügt. Hinsichtlich der Altersstruktur unterscheidet sich die Grauzonenpopulation lediglich gering von der der Grundgesamtheit. In der Grauzone sind lediglich mit einer höheren Wahrscheinlichkeit Personen der Altersgruppe 55–65 Jahre anzutreffen.

Deutlich wird ebenfalls, dass Männer mit einer höheren Wahrscheinlichkeit in der Grauzone von abhängiger und selbständiger Erwerbsarbeit tätig sind. Der Anteil an erwerbstätigen Männern liegt in der Grundgesamtheit bei 53 %. Der korrespondierende Anteil in der Grauzone beträgt 57 %.

In der Grauzonenpopulation wurden 861 zu ihrer Haupterwerbstätigkeit befragt und 633 zu einer Nebentätigkeit.

Tabelle A1.1: Stichprobenmerkmale nach Populationszugehörigkeit

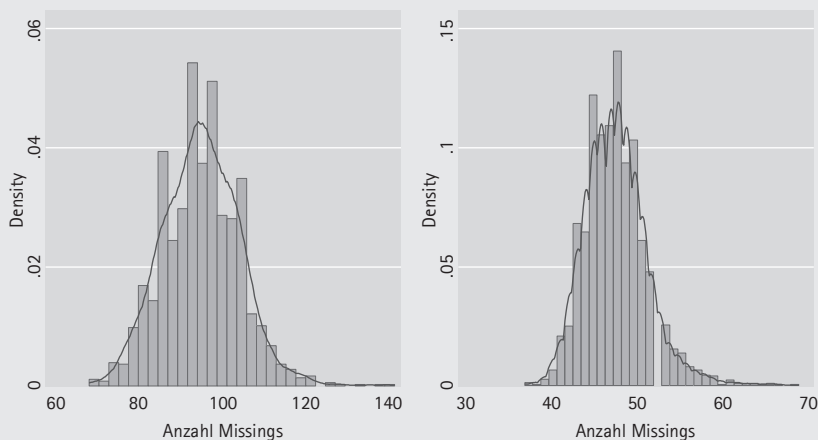
	Grauzone			Vergleichspopulation			Nicht vertieft befragte Vergleichspopulation			GG (MZ)
	Insg.	Haupt.	Neben.	Insg.	Haupt.	Neben.	Insg.	Haupt.	Neben.	Haupt.
<i>Stellung im Beruf</i>										
Arbeiter	4,6	4,4	4,7	17,9	18,2	8,2	14,6	14,7	8,5	21,0
Angestellter	29,3	11,9	53,1	73,9	74,2	64,7	58,5	58,4	66,1	57,8
Beamter	3,4	–	8,1	0,27	–	5,9	7,5	7,5	7,6	4,8
Freiberufler	19,7	34,1	–	2,4	2,5	–	1,9	2,0	–	9,8
sonstiger Selbständiger	28,6	49,6	–	5,0	5,2	–	4,5	4,6	–	
Nichterwerbstätig	14,5	–	34,1	0,6	–	21,2	11,8	11,6	17,8	–
Missing und sonstige	–	–	–	–	–	–	1,2	1,2	–	6,6
<i>Schulabschluss</i>										
Hauptschulabschluss	12,0	13,8	9,5	18,1	18,2	11,8	17,4	17,6	10,1	25,7
Mittlere Reife	23,3	38,3	21,6	34,7	35,0	23,5	32,4	32,6	23,8	35,5
Fachhochschulreife	14,5	13,2	16,3	13,9	13,8	18,8	13,7	13,6	15,4	9,0
Allg./Fachg. Hochschulreife	45,3	42,3	49,3	30,4	30,0	43,5	32,2	31,8	47,2	27,0
Anderer Abschluss	1,4	1,6	1,1	0,9	0,9	–	1,1	1,1	1,1	0,2
Ausländischer Abschluss	3,0	3,8	1,9	1,7	1,7	2,4	2,6	2,6	2,3	–
Kein Schulabschluss	0,3	0,4	0,3	0,2	0,2	–	0,4	0,4	0,6	2,4
Keine Information	0,2	0,4	–	0,1	0,1	–	0,3	0,30	–	0,1
<i>Altersklassen</i>										
18–24 Jahre	7,8	4,3	12,5	4,6	4,5	9,4	8,9	8,9	6,8	9,6
25–34 Jahre	17,4	15,1	20,5	19,7	19,7	22,4	18,0	18,0	15,6	20,4
35–44 Jahre	21,2	22,8	19,1	21,7	21,6	25,9	21,0	20,9	23,3	23,3
45–54 Jahre	28,5	30,6	25,8	34,7	34,9	25,9	29,9	29,8	29,0	28,9
55–65 Jahre	24,6	26,7	21,8	19,1	19,2	16,4	20,2	20,3	15,9	17,8
Missing	0,5	0,6	0,3	0,2	0,2	–	2,2	2,0	9,4	–
<i>Geschlecht</i>										
Männlich	57,1	59,7	53,5	54,9	54,9	59,5	53,3	53,1	61,6	53,2
Weiblich	42,9	40,3	46,5	45,1	45,1	43,5	46,7	46,9	38,4	46,8
N Befragte = 100 %	1.494	861	633	2.996	2.911	85	28.130	27.469	661	38.105.000
Quelle: IAB-Projekt 1563; eigene Berechnungen.										

A1.2.2.2 Datenqualität

Die Validität der im Rahmen einer telefonischen Befragung erhobenen Daten ist zentral für das Gelingen des Projekts. Nachdem infas die Befragungsdaten an das IAB übermittelt hatte, wurden diese auf ihre Qualität hin überprüft. Eine wichtige Dimension der Datenqualität ist der Füllgrad von Variablen, die für die Operationalisierung der Rechtsmodelle benötigt werden. Die Datenprüfung legt nahe, dass die modellrelevanten Variablen kaum fehlende Werte aufweisen und somit eine belastbare Operationalisierung der Rechtsmodelle sichergestellt ist. Darüber hinaus sind die Variablen des Soziale Lage-Moduls sehr gut gefüllt, ebenso hat die Erfassung des individuellen Einkommens und der Bildung sehr gut funktioniert. Lediglich die Frage nach dem Alter hat zu einem erhöhten Aufkommen an fehlenden Werten geführt. Insgesamt liegen von 325 Befragten keine offenen Angaben zum Alter vor. Fehlende Werte in dieser Variable sind jedoch weniger problematisch, da eine Approximation des Alters über Informationen zum Jahr des Schulabschlusses und des beruflichen Abschlusses erfolgen kann.

Eine weitere Dimension der Datenqualität ist die Verteilung von fehlenden Angaben. Nach Ausschluss von neun Extremfällen folgt die Verteilung der fehlenden Werte wesentlich der Normalverteilung (Abbildung A1.4). Somit kann eine Verzerrung der Angaben durch systematische Ausfälle ausgeschlossen werden.

Abbildung A1.4: Verteilung von fehlenden Werten getrennt nach Populationszugehörigkeit (links Grauzonenpopulation; rechts Vergleichspopulation)



Quelle: IAB-Projekt 1563; eigene grafische Darstellung.

Als weitere Dimensionen der Datenqualität werden die Abbruchneigung und die Panelbereitschaft herangezogen. Dazu folgt im nächsten Abschnitt eine Deskription der Abbrecher-Population. In einem weiteren Schritt werden mögliche Selektivitäten bezüglich der Panelbereitschaft analysiert und Implikationen für weitere Erhebungen abgeleitet.

A1.2.2.2.1 Abbruchgründe

Bereits in der Vorstudie wurde im Vergleich zur ersten Studie ein leicht erhöhtes Abbruchrisiko der Befragten im Grauzonen-Modul festgestellt. Dazu könnte beigetragen haben, dass Scheinselbständigkeit Mitte der 1990er noch kaum ein öffentliches Thema war, jedoch seit den Gesetzesänderungen zur Bekämpfung von Scheinselbständigkeit das Problembewusstsein in der Bevölkerung deutlich zugenommen haben dürfte. Um die Abbrecher-Fälle spezifisch analysieren zu können, wurde das Erhebungsinstitut gebeten, für die Hauptstudie einen Datensatz zu Studienabbrechern bereitzustellen, der für Analysen zur Abbruchwahrscheinlichkeit herangezogen werden kann. Es zeigt sich, dass das Abbruchrisiko während eines Interviews insgesamt relativ gering ist. Insgesamt wurden 33.521 Personen in die Studie einbezogen und befragt. Davon wurden 901 Interviews (2,7 %) entweder in der Screening-Phase (510 Personen) oder in den Vertiefungsmodulen (391 Personen) abgebrochen. Von diesen Abbrechern konnten 243 Fälle der Grauzonenpopulation und 148 der Vergleichspopulation zugeordnet werden (siehe Tabelle A1.2). Weitere 510 Personen, konnten keiner der beiden Populationen zugeordnet werden, da das Interview bereits abgebrochen wurde, bevor die Gruppenzugehörigkeit eindeutig geklärt werden konnte. Im Folgenden werden die Interviews analysiert, für die die Gruppenzugehörigkeit zur Grauzonen- bzw. zur Vergleichspopulation vorgenommen werden konnte. Diese Analyse bezieht sich folglich auf 391 Befragte (siehe Tabelle A1.2).

Tabelle A1.2: Abgebrochene Interviews nach Befragungspopulation

	Erwerbstätige der Grauzonenpopulation		Erwerbstätige der Vergleichspopulation (Vertiefungs-Interview vorgesehen)		Erwerbstätige der Vergleichspopulation (nur Screening-Interview vorgesehen)		Teilgruppenzugehörigkeit durch Abbruch nicht definierbar		Gesamt	
	abs.	in %	abs.	in %	abs.	in %	abs.	in %	abs.	in %
Abbrüche im Fragebogen gesamt	289	100	193	100	87	100	332	100	901	100
<i>Davon:</i>										
Screening-Phase	46	15,9	45	23,3	87	100	332	100	510	41,8
Erwerbstätigen-Modul Grauzone (Modul IIa)	180	62,3	–	–	–	–	–	–	180	14,8
Erwerbstätigen-Modul der Vergleichspopulation (Modul IIb)	–	–	71	36,8	–	–	–	–	71	5,8
Soziale Lage-Modul (Modul III)	63	21,8	77	39,9	–	–	–	–	140	11,5
Quelle: Bauer et al. (2015: 47).										

Befragte der Grauzonenpopulation haben Interviews häufiger abgebrochen als Mitglieder der Vergleichspopulation. Von 1.737 Interviews, die durch das Grauzonen-Modul befragt wurden, wurden 243 abgebrochen (ca. 14 %), davon 63 Abbrüche im Soziale Lage-Modul; für 1.557 Mitglieder der Grauzonenpopulation liegen verwertbare Informationen zum Vertragsverhältnis vor. Dies entspricht einer bereinigten Abbrecher-Quote von 10 %. In der Vergleichspopulation wurden 148 Interviews (5 %) abgebrochen.

Die Deskription der Abbrecher in Tabelle A1.2 lässt auf keine grundlegende Systematik von Abbrüchen innerhalb der Grauzonenpopulation schließen. Es bestehen jedoch Unterschiede im Vergleich von Abbrechern der Vergleichspopulation mit vollständig realisierten Interviews der Vergleichspopulation. Es zeigt sich, dass sich innerhalb der Abbrecher-Population mehr Arbeiter, mehr Frauen und mehr Personen mit einem Hauptschulabschluss befinden.

Tabelle A1.3: Merkmale der Abbrecher in Befragungsmodulen, Grauzonen- und Vergleichspopulation

	Abbrecher Grauzone	Grauzone realisiertes Interview	Abbrecher Vergleichspop.	Vergleichs- Population realisiertes Interview
<i>Stellung im Beruf</i>				
Nichterwerbstätige	12,8	14,5	0,7	0,6
Arbeiter	7,0	4,6	24,3	17,9
Angestellte	30,4	29,3	66,9	73,9
Beamte	2,5	3,4	–	0,27
Freiberufler	17,3	19,7	3,4	2,4
sonst. Selbständige	30,0	28,6	4,7	5,0
<i>Geschlecht</i>				
Männlich	57,2	57,1	47,3	54,9
Weiblich	42,8	42,9	52,7	45,1
<i>Schulabschluss</i>				
Hauptschulabschluss ¹	15,2	12,0	27,7	18,1
Mittlere Reife	19,8	23,3	35,1	34,7
Fachhochschulreife	15,2	14,5	13,5	13,9
Allgemein/fachgebundene Hochschulreife	40,3	45,3	16,2	30,4
Anderer Abschluss ²	2,9	1,4	2,7	0,9
Ausländischer Abschluss	5,4	3,0	3,4	1,7
Kein Schulabschluss	0,8	0,3	0,7	0,2
Keine Information	0,4	0,2	0,7	0,1
<i>Stichprobenansatz</i>				
Festnetzstichprobe	34,2	37,9	30,4	33,7
Mobilfunkstichprobe	65,8	62,1	69,6	66,3
N Personen	243	1.494	148	2.996
¹ einfacher und qualifizierender Hauptschulabschluss zusammengefasst				
² anderer Abschluss und Sonder-/Förderschulabschluss zusammengefasst				
Quelle: IAB-Projekt 1563.				

Ein Interview-Abbruch kann durch zahlreiche Gründe indiziert sein. Bspw. ist die Passung des Instruments zur vertraglichen Situation der Befragten entscheidend, ferner muss ein grundlegendes Interesse der Befragten vorhanden sein. Weiterhin ist der positive Verlauf eines Interviews von der Sukzession von „heiklen“ Fragen, von Interviewer-Merkmalen oder der Dauer eines Interviews abhängig. Für die durchgeführte Befragung kann nun anhand multivariater linearer Wahrscheinlichkeitsmodelle eruiert werden, ob bestimmte Merkmale von Interviewern oder Befragten zu systematischen Interview-Abbrüchen führen. Dazu wird Modell 1 ein Gesamtmodell präsentiert, das Grauzonen- und Vergleichspopulation beinhaltet, um den Einfluss der Populationszugehörigkeit auf die Abbruch-Wahrscheinlichkeit zu bestimmen. Ferner werden zwei weitere Modelle (Modell 2 & 3) präsentiert, die nach Populationszugehörigkeit differenzierte Analysen ermöglichen.

Tabelle A1.4: Determinanten eines Interview-Abbruchs – Ergebnisse linearer Wahrscheinlichkeitsmodelle

	Modell 1 Gesamt M. Eff.	Modell 2 Grauzone M. Eff.	Modell 3 Ver-Pop. M. Eff.
Interviewer-Eigenschaften			
Männlich (Ref. weiblich)	-0,021***	-0,032**	-0,011
Interviewer jünger als 25 Jahre	-0,010	-0,015	-0,000
Schulabschluss (Ref. Abitur)			
Hauptschulabschluss	0,048*	0,126***	-0,014
Mittlere Reife	0,012	0,019	0,005
Sonstiger Abschluss/keine Angabe	0,015	0,046	0,002
Beruflicher Abschluss (Ref. tertiärer Abschluss)			
Kein beruflicher Abschluss	0,006	0,002	0,007
Berufliche Ausbildung	-0,008	-0,025	0,005
Keine Angabe	-0,020	-0,022	-0,019
Befragten-Merkmale			
Geschlecht (Ref. weiblich)	-0,013*	-0,001	-0,020**
Bildungsjahre (Allgemeinbildung)	-0,210***	-0,266**	-0,158***
Interaktionseffekt	0,009***	0,012**	0,007***
Bildungsjahre # Bildungsjahre			
Stichprobenansatz (Ref. Mobilfunkstichprobe)	0,014*	0,025	0,009
Grauzonenzugehörigkeit (Ref. Vergleichspopulation)	0,245***	–	–
Interviewdauer (in Minuten)	-0,013***	-0,015***	-0,008***
Stellung im Beruf (Ref. abhängig beschäftigt)			
Nichterwerbstätige	-0,022	-0,032	0,019
Selbständig beschäftigt	0,019*	-0,004	0,026*
Status innerhalb der Grauzone (Ref. 1 AG)			
Dominanter Auftraggeber (AG)	–	0,041**	–
Dominanter Vermittler	–	0,110***	–
N Beobachtungen	4.859	1.723	3.126
Freiheitsgrade	16	17	15
R ²	0,148	0,201	0,053
Adj.-R ²	0,145	0,193	0,048
F > Prob	0,0000	0,0000	0,0000
Signifikanzniveau: * $p < 0,10$, ** $p < 0,05$, *** $p < 0,01$; M. Eff. = Marginaler Effekt.			
Quelle: IAB-Projekt 1563.			

Ergebnisse unterschiedlicher Modellspezifikationen belegen den geringen Einfluss der Interviewer-Eigenschaften auf die Wahrscheinlichkeit eines Interviewer-Abbruchs. Dabei zeigt sich lediglich, dass männliche Interviewer innerhalb der Grauzone (Modell 2) die Abbruchwahrscheinlichkeit um ca. 3 %-Punkte verringern. Weiterhin stellt sich heraus, dass Interviewer mit einem Hauptschulabschluss im Vergleich zu Interviewern mit einem Abitur häufiger Interview-Abbrüche generieren. Für Interviews der Vergleichspopulation finden sich keine Effekte von Interviewer-Eigenschaften auf die Abbruchwahrscheinlichkeit (Modell 3).

Wie aus Modell 1 ersichtlich wird, ist die Abbruchwahrscheinlichkeit in der Grauzonenpopulation in Relation zur Vergleichspopulation um 25 % erhöht. Dazu kann die Komplexität und die Dauer des Grauzonen-Moduls beigetragen haben. Zudem beinhaltet das Grauzonen-Modul im Vergleich zum „Vertiefermodul Vergleichspopulation“ ein Set an schwer zu erhebenden Fragen.

Das Gesamtmodell zeigt zudem, dass Männer eine statistisch signifikant niedrigere Wahrscheinlichkeit aufweisen, ein Interview abubrechen. Jedoch ist der Effekt mit 1,3 % eher gering. Ein starker nicht linearer Effekt geht von der Allgemeinbildung Befragter aus. Mit einem zusätzlichen Jahr Allgemeinbildung verringert sich die Abbruchwahrscheinlichkeit um 21 %. Jedoch dreht sich der negative Effekt leicht für höhere Bildungsgruppen. Dennoch zeigt sich, dass ein starker positiver Bildungseffekt hinsichtlich der Abbruchneigung vorliegt.

Die Stellung im Beruf differenziert nach Nichterwerbstätigen, abhängig Beschäftigten und Selbständigen und übt einen marginalen Einfluss auf die Abbruchwahrscheinlichkeit aus. Es findet sich lediglich ein schwacher positiver Zusammenhang zwischen subjektiv wahrgenommener Selbständigkeit und der Abbruchwahrscheinlichkeit.

Modell 2 zeigt, dass die Befunde aus dem Gesamtmodell weitgehend auch für die Grauzonenpopulation gültig sind. Es zeigt sich jedoch kein Effekt für das Geschlecht sowie für die subjektiv wahrgenommene Stellung im Beruf.

Tendenziell zeigt sich, dass Personen mit einem Arbeit- bzw. Auftraggeber eine geringere Abbruch-Wahrscheinlichkeit aufweisen. Gelangen Befragte mittels des Zuteilungskriteriums „dominanter Auftraggeber“ in die Grauzone, erhöht dies die Abbruch-Wahrscheinlichkeit um 4,3 %. Befragte mit lediglich einem dominanten Vermittler haben eine um 11 % erhöhte relative Abbruchwahrscheinlichkeit. Eventuell ist sich diese Gruppe im Besonderen über ihren potenziellen Scheinselbständigen-Status bewusst und vermeidet deshalb die Befragung. Jedoch sind Passungsprobleme des Erhebungsinstruments an die spezielle Vertragssituation dieser „Grauzonen-Fälle“ ebenso möglich.

Die Vergleichspopulation betrachtend (Modell 3) bestätigen sich die Befunde aus dem Gesamtmodell. Lediglich der Bildungseffekt ist nicht so ausgeprägt wie in der Grauzonenpopulation.

A1.2.2.2.2 Panelbereitschaft

Insgesamt haben sich 1.929 der 4.490 Befragten (ca. 43 %) bereit erklärt, an einer Wiederholungsbefragung teilzunehmen. Bei der Vergleichspopulation liegt der Anteil der Panelbereiten bei 44 % (1.321 Befragte) und bei der Grauzonenpopulation ist der Anteil mit 41 % (608 Befragte) leicht niedriger.

Um Determinanten der Panelbereitschaft zu identifizieren, werden lineare Wahrscheinlichkeitsmodelle geschätzt, bei denen neben Charakteristika der Befragten auch Informationen zu den Interviewern mit berücksichtigt wurden (siehe Tabelle A 1.5).

Tabelle A1.5: Determinanten der Panelbereitschaft (lineare Wahrscheinlichkeitsmodelle)

	Modell 1	Modell 2	Modell 3	
	Gesamt	Gesamt	Teilpopulationen Grauzone	Vergl.-Pop.
Interviewer-Eigenschaften				
Männlich (<i>Ref. weiblich</i>)	-0,027 ⁺	-0,016	-0,012	-0,019
Interviewer jünger als 25 Jahre	-0,055 ^{**}	-0,029 ⁺	-0,048 ⁺	-0,015
Schulabschluss (<i>Ref. Abitur</i>)				
Hauptschulabschluss	-0,060	-0,029	-0,050	-0,007
Mittlere Reife	-0,022	-0,006	-0,005	-0,008
Sonstiger Abschluss/keine Angabe	-0,085 ^{**}	-0,041 ⁺	-0,049	-0,037
Beruflicher Abschluss (<i>Ref. tertiärer Abschluss</i>)				
Kein beruflicher Abschluss	0,033	0,031	0,022	0,034
Berufliche Ausbildung	0,037	0,036	0,006	0,053 ⁺
Keine Angabe	0,038	0,044 [*]	0,020	0,059 [*]
Befragten-Merkmale				
Männlich (<i>Ref. weiblich</i>)	0,079 ^{***}	0,050 ^{***}	0,050 [*]	0,053 ^{**}
Bildungsniveau (<i>in Jahren</i>)	0,083 [*]	0,040	0,001	0,064 ⁺
Interaktionsterm Bildungsniveau	-0,003 [*]	-0,002	-0,000	-0,002 ⁺
Stellung im Beruf (<i>Ref. abhängig Beschäftigte</i>)				
Nichterwerbstätige	-0,062 ⁺	-0,063 [*]	-0,051	-0,053
Selbständig beschäftigt	0,001	0,027	0,040	0,001
Mobilfunkstichprobe	-0,015	-0,002	0,010	-0,008
Anzahl Personen im Haushalt (<i>Ref. 1-Personen-HH</i>)				
2-Personen HH	0,001	-0,009	-0,014	-0,008
3-Personen-HH	-0,017	-0,037 ⁺	0,018	-0,068 ^{**}
4-Personen-HH	-0,041 ⁺	-0,035 ⁺	-0,053	-0,028
5-Personen-HH und größer	-0,007	-0,014	-0,016	-0,018
Deutsche Staatsbürgerschaft	0,028	0,034	0,067 ⁺	0,009
Kumulierte Arbeitslosigkeitserfahrung (<i>in Jahren</i>)	0,005 ⁺	0,004	-0,001	0,007 [*]
Grauzonenpopulation	-0,023	-0,017		
Fehlende PLZ-Information		-0,115 ^{***}	-0,101 [*]	-0,121 ^{***}
Fehlende Lohninformation		-0,125 ^{***}	-0,098 ^{***}	-0,140 ^{***}
Fehlende Altersangabe		-0,403 ^{***}	-0,376 ^{***}	-0,412 ^{***}
Matchbereitschaft		0,401 ^{***}	0,417 ^{***}	0,390 ^{***}
N Beobachtungen	4.490	4.490	1.494	2.996
Freiheitsgrade	21	25	24	24
R ²	0,018	0,249	0,250	0,253
Adj.-R ²	0,013	0,245	0,238	0,247
F > Prob	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000
Signifikanzniveau ⁺ $p < 0,10$, [*] $p < 0,05$, ^{**} $p < 0,01$, ^{***} $p < 0,001$. Konstante nicht ausgewiesen.				
Quelle: IAB-Projekt 1563.				

Der Tabelle können vier verschiedene Modelle entnommen werden. Im 1. Modell wird undifferenziert nach Populationszugehörigkeit der Einfluss von Interviewer- und Befragten-Eigenschaften auf die Teilnahmebereitschaft untersucht. In einem zweiten Schritt wurden in Modell 2 Informationen zum Antwortverhalten aufgenommen. Modell 3 und 4 differenzieren nach Populationsstatus. Dabei wurde versucht, skeptische Befragte zu identifizieren, indem Dummy-Variablen gebildet wurden, die zum einen anzeigen, ob ein Befragter die offene Lohnabfrage verweigert hat oder ob bereits die Altersfrage verneint wurde. Zudem wurden Befragte identifiziert, die als „befragungswillig“ bezeichnet werden, wenn sie ihre Match-erlaubnis gegeben haben (ebenfalls Dummy-Variable 1 = matchbereit). Weiterhin wurde versucht, den Einfluss der Platzierung heikler Fragen zu modellieren, indem die Siedlungsstruktur-Variable mitaufgenommen wurde. Diese wurde aus der PLZ-Information generiert. Die PLZ wird direkt vor der Panelbereitschaft abgefragt und kann als sensitive Frage klassifiziert werden.

Die multivariate Analyse zeigt, dass in keinem Modell das Interviewer-Geschlecht sowie das berufliche Bildungsniveau der Interviewer einen Einfluss auf die Panelbereitschaft haben. Der signifikante Koeffizient der Dummy-Variable „Interviewer jünger als 25 Jahre“ hingegen zeigt einen Effekt des Alters der Interviewer auf die Panelbereitschaft der Befragten. Ist der Interviewer jünger als 25 Jahre, verringert das die Teilnahmewahrscheinlichkeit Befragter um ca. 5 %. Dieser Wert bleibt unter Kontrolle des Antwortverhaltens ebenfalls im Modell 2 signifikant jedoch leicht abgeschwächt bestehen. Das Interviewer-Alter scheint vor allem in der Grauzone eine Rolle zu spielen (Modell 3). Innerhalb der Vergleichspopulation zeigt sich kein Alterseffekt (Modell 4).

Das schulische Bildungsniveau von Interviewern scheint keine Rolle zu spielen. Jedoch zeigen sich signifikante Effekte in der Gruppe von Interviewern, die keine Angabe machen oder einen sonstigen Schulabschluss berichten. Es handelt sich dabei jedoch um schwache Effekte.

Männliche Befragte weisen in beiden Populationen und im Gesamtmodell eine höhere Neigung auf, am Panel teilzunehmen. Das Bildungsniveau Befragter hat lediglich einen schwachen nicht-linearen Einfluss auf die Teilnahmebereitschaft. Kontrolliert man jedoch für das Antwortverhalten Befragter, verschwindet der Bildungseffekt. Die Bildungsgruppen unterscheiden sich daher nicht signifikant hinsichtlich der Teilnahmebereitschaft und somit kann davon ausgegangen werden, dass keine Stichprobenverzerrende Systematik vorliegt, die auf das Bildungsniveau Befragter zurückzuführen ist. Ebenso zeigen weitere Individualmerkmale wie die Stellung im Beruf, Arbeitslosigkeitserfahrung, Staatsangehörigkeit, Alter, Populationszugehörigkeit und Haushaltsgröße sowie der Stichprobenansatz keinen Effekt auf die Teilnahmebereitschaft. Somit kann davon ausgegangen werden, dass

die Bruttostichprobe der Panelpopulation unverzerrt hinsichtlich wesentlicher soziodemografischer Merkmale ist.

Einen größeren Einfluss scheinen jedoch das Timing von Fragen und das Antwortverhalten Befragter auf die Teilnahmebereitschaft auszuüben. Durch die Hinzunahme relevanter Variablen erhöht sich der Anteil der erklärten Varianz deutlich. So wirken fehlende Werte in der PLZ-Variablen, in der Altersvariablen und bei den offenen Lohnangaben signifikant negativ auf die Neigung erneut an der Befragung teilzunehmen. Dabei scheinen sich die unterschiedlichen Populationen hinsichtlich Effektstärke und statistischen Signifikanzen der Effekte nicht zu unterscheiden. Interessant ist der Effekt der Altersvariable: Wenn Befragte bereits zu einem frühen Zeitpunkt der Befragung ihres Alters ablehnend gegenüber stehen, sind sie ebenfalls nicht bereit, am Panel teilzunehmen. An diesem Punkt stellt sich die Frage, ob die Erhebung dieser Information dazu führt, dass die Interviewstimmung kippt oder ist diese Frage ein Indikator für nicht-befragungsbereite Personen? Wenn Befragte grundsätzlich bereit sind an der (oder einer) Befragung teilzunehmen – modelliert über die Matchbereitschaft – erhöht dies auch die Neigung am Panel zu partizipieren signifikant.

A1.3 Ergebnistabelle einer logistischen Regression zum Zusammenhang zwischen dem Alter Befragter und der Modelleinstufung

Abbildung 5.1 (in Kapitel 5.3) basiert auf einem logistischen Regressionsmodell, mit der Wahrscheinlichkeit, in der Grauzone abhängig beschäftigt (= scheinselfständig) erwerbstätig zu sein, als abhängige Variable. Tabelle A1.6 dokumentiert die Odds Ratios des Schätzmodells. In Abbildung 5.1 wurden zur besseren Verständlichkeit anstelle der Odds Ratios für die jeweiligen Rechtsmodelle die vorhergesagten Wahrscheinlichkeiten abhängig beschäftigt zu sein – in Abhängigkeit vom individuellen Alter – grafisch dargestellt.

Tabelle A1.6: Zusammenhang zwischen Alter und Modelleinstufung

Abhängige Variable: Modell-einstufung „abhängig“ = 1	BAG-Modell	Alternativ-Modell	BAG-Plus-Modell
<i>Alter (Referenz: 18–24 Jahre)</i>			
25–34 Jahre	0,52***	0,30***	0,65***
35–44 Jahre	0,37***	0,13***	0,26***
45–54 Jahre	0,23***	0,10***	0,21***
55–65 Jahre	0,33***	0,12***	0,31***
N Beobachtungen	1557	1557	1557
Freiheitsgrade	4	4	4
Pseudo R ²	0,033	0,067	0,048
Prob > chi ²	0,0000	0,0000	0,0000
Signifikanzniveau: * $p < 0,1$, ** $p < 0,05$, *** $p < 0,01$.			
Quelle: IAB-Projekt 1563. Ergebnisse einer logistischen Regression, Odds Ratios.			

A1.4 Ergebnisvergleich linearer und logistischer Regressionen

Tabelle A1.7 fasst die finalen Befunde der Tabellen 6.16–6.18 zusammen und stellt den Befunden der linearen Regressionsmodelle die Befunde logistischer Regressionsmodelle gegenüber. Tabelle A1.7 zeigt, dass die beiden Modelle sich weitgehend entsprechen.

Tabelle A1.7: Determinanten des Erwerbsstatus für Haupttätigkeiten in der Grauzone – Vergleich der Ergebnisse linearer Regressionsmodelle und logistischer Regressionsmodelle

	(B9-OLS) M. Effekt	(B9-Logit) DME	(A9-OLS) M. Effekt	(A9-Logit) DME	(BP9-OLS) M. Effekt	(BP9-Logit) DME
Westdeutschland	0,01**	0,01	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)
Männlich (<i>Ref. weiblich</i>)	-0,07***	-0,08***	-0,06***	-0,12***	-0,08***	-0,14***
Altersgruppen (<i>Ref. 18–24 Jahre</i>)						
25–34	-0,10*	-0,17**	-0,22***	-0,42***	-0,13***	-0,15
35–44	-0,15***	-0,20***	-0,28***	-0,51***	-0,20***	-0,29***
45–54	-0,19***	-0,23***	-0,29***	-0,55***	-0,22***	-0,29***
55–65	-0,17***	-0,23***	-0,29***	-0,54***	-0,21***	-0,27***
Migranten	0,06***	0,09***	0,09***	0,09***	0,09***	0,11***
Allgemeinbildender Schulabschluss	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)	(n. s.)
Berufliche Bildung (<i>Ref. tertiärer Abschluss</i>)						
Kein Ausbildungsabschluss	0,07*	0,08*	0,08**	0,09	0,11***	0,23***
Ausbildung/Lehre	0,07***	0,10***	0,05**	0,07*	0,07***	0,12***
Meister/Techniker/Fachschule	0,01	0,02	-0,02	-0,03	-0,01	0,00
Arbeitslosigkeit (kum.)	0,02***	0,02***	0,02***	0,03***	0,02***	0,03***
Ausgeübter Beruf	✓(***)	✓(*)	✓(***)	✓(***)	✓(***)	✓(**)
Wirtschaftszweig	x	x	x	x	x	x
Betriebsgröße des Auftraggebers	✓(***)	✓(*)	✓(*)	✓(*)	✓(***)	✓(**)
Arbeitszeitaufkommen	x	x	x	x	x	x
Vertragsdauer	✓(**)	✓(*)	✓(***)	✓(*)	✓(***)	✓(**)
Vertragalternativen	x	x	✓(*)	(n. s.)	x	x
Vertragstyp	x	x	✓(***)	✓(***)	✓(***)	✓(*)
Konstante	0,25***	***	0,66***	*	0,64***	*
N Beobachtungen	874	873	874	873	874	873
R ² /Pseudo-R ²	0,218	0,140	0,278	0,212	0,256	0,185
Adj. R ²	0,181	–	0,241	–	0,220	–
Prob > F/Prob > chi ²	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,000	0,0000
AIC (Modellgüte)	209	817	115	1022	104	921

Signifikanzniveau: * $p < 0,1$, ** $p < 0,05$, *** $p < 0,01$. n. s. = nicht signifikant. Im Logit-Modell ein Fall weniger, da fehlende Angabe in der Altersvariable in dem Modell nicht berücksichtigt werden kann.

M. Effekt = Marginaler Effekt. DME = Durchschnittlicher marginaler Effekt.

Quelle: IAB-Projekt 1563.

Erläuterung zu Tabelle A1.7:

- Effektinterpretation im OLS-Modell: Durchschnittliche Veränderungen der abhängigen Variable (Score) um die entsprechende Anzahl an „Scorepunkten“ aufgrund einer Erhöhung der erklärenden Variable um eine Einheit.
- Effektinterpretation im Logit-Modell (präsentiert sind durchschnittliche marginale Effekte (AME)): Ein AME gibt die über alle Beobachtungen gemittelte prozentuale Veränderung der Wahrscheinlichkeit an, durch die alternativen Rechtsmodelle abhängig eingestuft zu werden, wenn sich die erklärende Variable um eine Einheit erhöht.

A2 Gewichtung und Hochrechnungsfaktoren

A2.1 Auswahlwahrscheinlichkeit im Dual-Frame-Ansatz (Designgewichtung)

Im Allgemeinen dient die Gewichtung dazu, erwartungstreue Populationsparameter mittels der generierten Stichprobe zu schätzen. Dabei korrigieren Gewichte Verzerrungen aufgrund von Nicht-Teilnahme von bestimmten Populationen der Grundgesamtheit (Teilnahmeselektivität) und ermöglichen es, weiterhin unterschiedliche Auswahlwahrscheinlichkeiten von Befragten zu berücksichtigen.

Unterschiedliche Ziehungswahrscheinlichkeiten können durch die zwei unterschiedlichen Auswahlrahmen (Festnetz- und Telefonstichprobe), die der Brutstichprobe zugrunde liegen, verursacht werden (genauer zum Dual-Frame-Ansatz siehe Anhang A1.1). Bei bundesweiten Befragungen wird jedoch davon ausgegangen, dass der Auswahlrahmen die Auswahlwahrscheinlichkeit nicht beeinflusst. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die Ziehungswahrscheinlichkeit durch die Haushaltsgröße kontaktierter Personen und durch die Anzahl an Festnetz- und Mobilfunknummern eines Haushaltes bzw. einer Person determiniert ist.

Auf Basis dieser Informationen wird ein Designgewicht erstellt, das die Stichprobenansätze zueinander und die beschriebene Determinanten untereinander und zum Umfang der realisierten Stichprobe in Beziehung setzt.

Wird dementsprechend eine Auswahlwahrscheinlichkeit für jeden Befragten erstellt, müssen die Designgewichte „getrimmt“ werden. Grundsätzlich gilt, dass eine zu große Streuung der Gewichte vermieden werden sollte, da diese die Varianz der Schätzungen erhöht. Folglich werden Extremwerte (Ausreißer nach oben und nach unten) korrigiert, in dem die Extremwerte auf die Werte des 95- bzw. 5-Prozent-Perzentil gesetzt werden.

A2.2 Hochrechnungsfaktoren für Grauzone und Vergleichspopulation

Die getrimmten Designgewichte stellen die Grundlage der Kalibrierung dar, d. h. sie sind die Basis für die Erstellung von Hochrechnungsfaktoren, die die Verteilung von Populationsparametern in der Grundgesamtheit berücksichtigen. Dabei wurden die Hochrechnungsfaktoren an den Eckwerten des Mikrozensus (2013) und den aktuellsten Angaben des Statistischen Bundesamts zum Stand der Erwerbstätigen (mind. 1 Std. pro Woche = ILO-Konzept) im Alter von 18 bis 65 Jahren unter Ausschluss von Landwirten und mithelfenden Familienangehörigen ausgerichtet (Bauer et al. 2015: 72).

Die Ausrichtung der Stichprobe erfolgte anhand des Geschlechts, des Alters, der Staatsangehörigkeit, des höchsten Schulabschlusses, der beruflichen Stellung, der Haushaltsgröße, des Bundeslandes und anhand der politischen Gemeindegrößenklassen (genauer Bauer et al. 2015: 73). Das Ergebnis der Kalibrierung sind Hochrechnungsfaktoren für die Grundgesamtheit der 18- bis 65-jährigen Erwerbstätigen.

Damit valide Schätzungen mittels der vertieft interviewten Vergleichspopulation generiert werden können, müssen die ermittelten Gewichte dieser Unterstichprobe in Bezug zur Gesamtheit der Vergleichspopulation gesetzt werden, d. h. dass die Hochrechnungsfaktoren der vertieft befragten Vergleichspopulation proportionalisiert werden. Durch die Proportionalisierung wird dafür gesorgt, dass die Summe der Hochrechnungsfaktoren der Vertiefer-Befragungspopulation der Summe aller (Screening-Interviews und Vertiefer-Interviews) Hochrechnungsfaktoren der Vergleichspopulation entspricht.

A3 Skalenqualität der Instrumente

Nachfolgend wird die interne Messqualität der drei Modelle und ihrer Kriterien sowie die Beziehung der drei Modelle zueinander diskutiert. Wie Tabelle A3.1 zu entnehmen ist, unterscheiden sich die drei Modelle statistisch signifikant hinsichtlich ihrer Bewertung von Erwerbstätigkeit in der Grauzone von selbständiger und abhängiger Erwerbstätigkeit. Weiterhin zeigt sich, dass die drei Modelle zueinander weitgehend konsistent in der Bewertung sind.

Tabelle A3.1: Korrelation und Übereinstimmung der Modelle

Signifikanz % Übereinstimmung	BAG	Alternativ	BAG-Plus
BAG-Modell		***	***
Alternativ-Modell	53 %		***
BAG-Plus-Modell	67 %	67 %	

Quelle: IAB-Projekt 1563.

Das BAG-Plus-Modell, das bei der Bewertung der Erwerbstätigkeit in der Grauzone zwischen dem BAG-Modell und dem Alternativ-Modell anzusiedeln ist, kommt in 67 % der Fälle zur gleichen Einstufung wie das BAG-Modell, ebenso aber mit 67 % zur gleichen Einstufung wie das Alternativ-Modell. Das Alternativ-Modell und das BAG-Modell kommen hingegen nur in 53 % der Fälle zum gleichen Ergebnis.

Tabelle A3.2: Statistische Kennwerte der Modelle

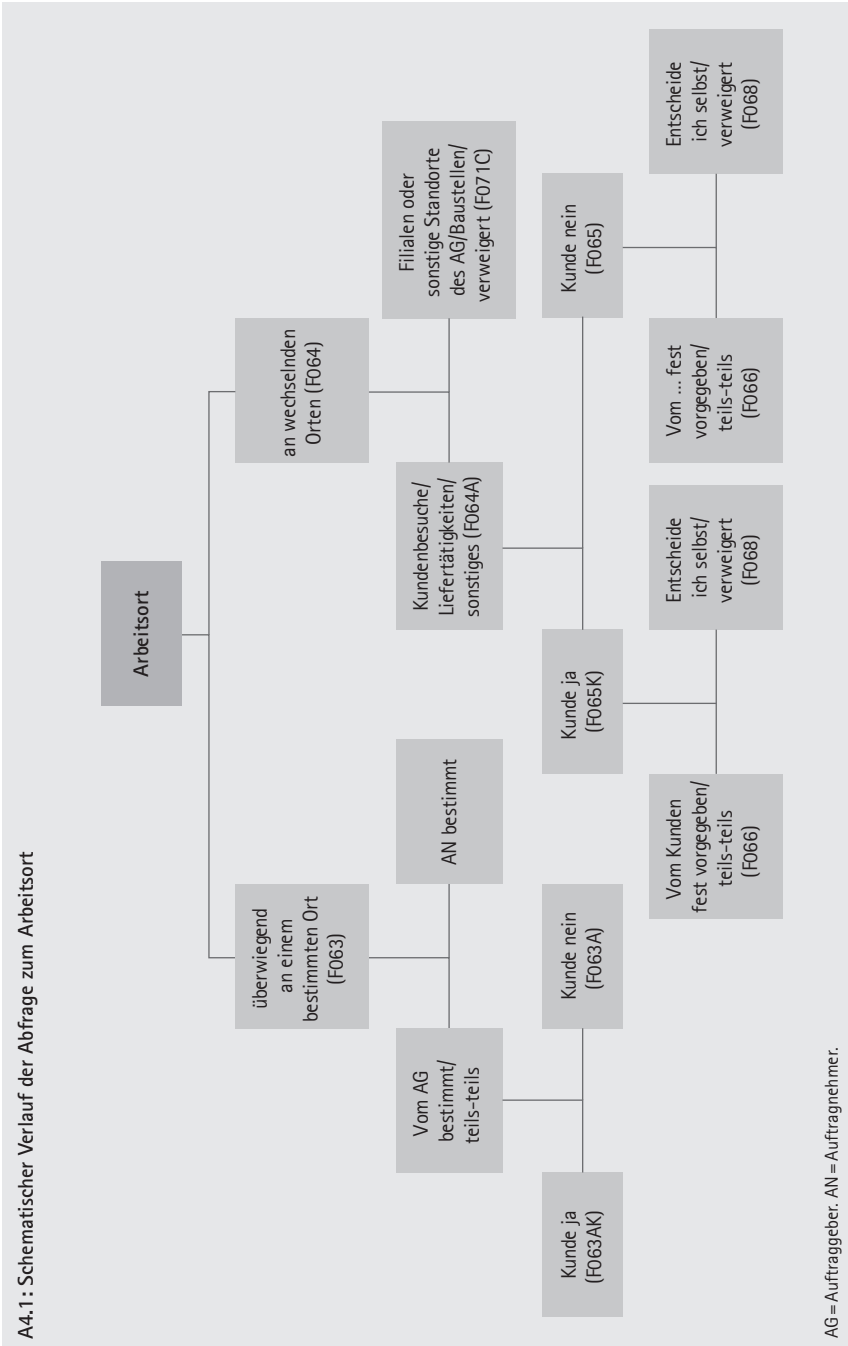
	Cronbachs Alpha	N Faktoren (Eigenvalue*)
BAG-Modell	.62	1 (1.18269)
Alternativ-Modell	.71	1 (1.99248)
BAG-Plus-Modell	.63	1 (1.39248)

* Eigenvalue > 0.5

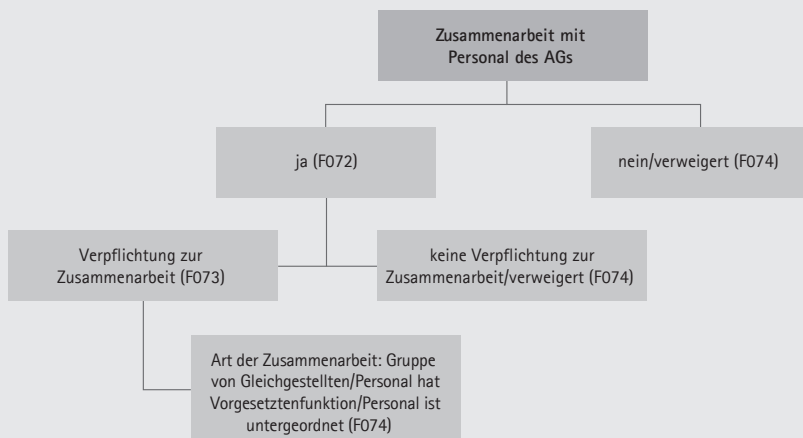
Quelle: IAB-Projekt 1563.

Wie Tabelle A3.2 zu entnehmen ist, weisen alle drei Modelle befriedigende Werte für das Cronbachs Alpha aus. Das Cronbachs Alpha ist eine Maßzahl für die interne Konsistenz einer Skala und beschreibt das Ausmaß, in dem die Aufgaben bzw. Fragen einer Skala miteinander in Beziehung stehen (Cortina 1993). Eine Faktorenanalyse misst die Dimensionalität einer Skala. Für die drei Modelle wurden getrennte Faktorenanalysen durchgeführt. Demzufolge sind die drei Modelle geprägt von jeweils einem dominanten Faktor und es ist Eindimensionalität der Skala anzunehmen. Hinsichtlich der Kennwerte schneidet das Alternativ-Modell am besten ab, bei guten Befunden für alle drei Modelle.

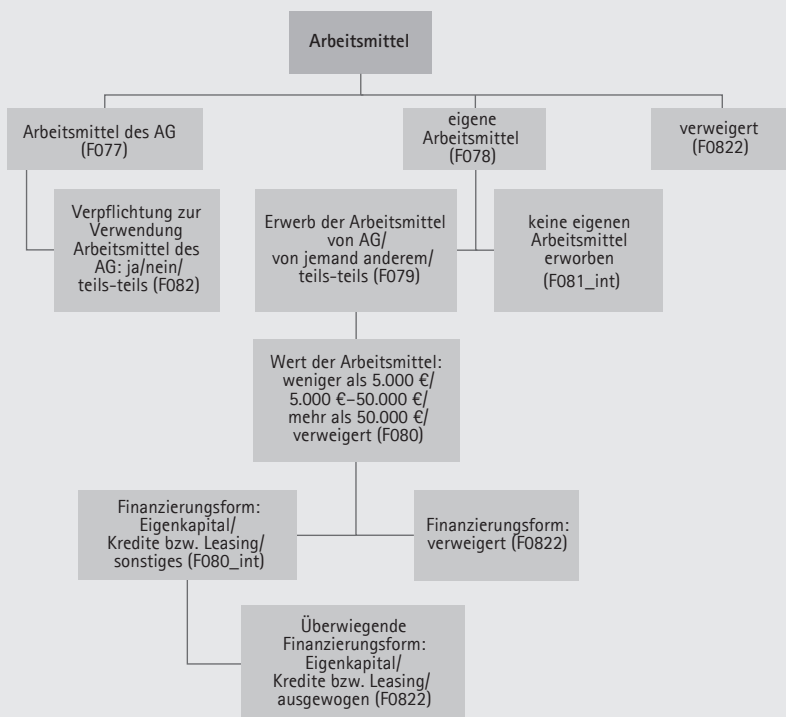
A4 Schematische Verläufe der Abfrage von modellrelevanten Kriterien



A4.2: Schematischer Verlauf der Abfrage zur personellen Integration in die Organisation des Auftraggebers (AG)



A4.3: Schematische Darstellung der Abfrage zur materiellen Integration in die Organisation des Auftraggebers (AG)



A5 Berufe, die in der Grauzone ausgeübt werden (KldB2010)

Berufs-Verocodung nach KldB2010	Berufs-Code	Erwerbsstellung
(Fremd-)Sprachenlehrer/innen – Experte	84454	Haupttätigkeit
Altenpflege – Fachkraft	82102	Haupttätigkeit
Altenpflege – Helfer	82101	Haupttätigkeit
Anlageberater, Finanzdienstl. – Experte	72124	Haupttätigkeit
Anlageberater, Finanzdienstl. – Fachkraft	72122	Haupttätigkeit
Anlageberater, Finanzdienstl. – Spezialist	72123	Haupttätigkeit
Anlagen-, Behälter-, Apparatebau – Experte	34344	Haupttätigkeit
Arbeitssicherh., Sich.-technik – Experte	53124	Haupttätigkeit
Arbeitssicherh., Sich.-technik – Spezialist	53123	Haupttätigkeit
Architektur – Experte	31114	Haupttätigkeit
Ärzte/Ärztinnen – Experte	81404	Haupttätigkeit
Ärzte/Ärztinnen – Experte	81484	Haupttätigkeit
Athleten, Berufssportler – Spezialist	94243	Haupttätigkeit
Aufsicht – Büro- und Sekretariat	71493	Haupttätigkeit
Aufsicht – Reinigung	54193	Haupttätigkeit
Aufsicht – Unternehmensorg., -strategie	71393	Haupttätigkeit
Aufsicht – Bauplan., -überwach., Architektur	31193	Haupttätigkeit
Aufsicht – Hauswirtschaft, Verbraucherber.	83293	Haupttätigkeit
Aufsicht – Techn. Produktionsplan., -steuer.	27393	Haupttätigkeit
Aufsicht – Theater-, Film-, Fernsehproduktion	94493	Haupttätigkeit
Aus- und Trockenbau – Fachkraft	33302	Haupttätigkeit
Automatisierungstechnik – Spezialist	26123	Haupttätigkeit
Autoren, Schriftsteller – Experte	92434	Haupttätigkeit
Bäckereifachverkäufer/in	62312	Haupttätigkeit
Bankkaufleute – Fachkraft	72112	Haupttätigkeit
Barkeeper/innen – Fachkraft	63322	Haupttätigkeit
Bauabrechnung, -kalkulation – Spezialist	31173	Haupttätigkeit
Bauelektrik – Fachkraft	26212	Haupttätigkeit
Bauplanung, -überwachung – Experte	31104	Haupttätigkeit
Bauplanung, -überwachung – Spezialist	31103	Haupttätigkeit
Bautischlerei – Fachkraft	33332	Haupttätigkeit
Bauwerkserhaltung, -erneuerung – Fachkraft	31152	Haupttätigkeit
Berg- und Tagebau – Experte	21114	Haupttätigkeit
Berufe im Gartenbau – Experte	12104	Haupttätigkeit
Berufe im Gartenbau – Fachkraft	12102	Haupttätigkeit
Berufskraftfahrer (Güterv./LKW) – Fachkraft	52122	Haupttätigkeit

Berufs-Vercodung nach KldB2010	Berufs-Code	Erwerbsstellung
Berufskraftfahrer (Pers./PKW) – Fachkraft	52112	Haupttätigkeit
Betriebl. Ausbild., Berufspäd. – Spezialist	84223	Haupttätigkeit
Bild- und Tontechnik – Spezialist	94533	Haupttätigkeit
Bildhauerei – Fachkraft	93312	Haupttätigkeit
Bodenverlegung – Fachkraft	33102	Haupttätigkeit
Brandschutz – Fachkraft	53132	Haupttätigkeit
Buchhaltung – Spezialist	72213	Haupttätigkeit
Bühnen- und Kostümbildneri – Experte	94614	Haupttätigkeit
Büro-, Sekretariatskräfte – Helfer	71401	Haupttätigkeit
Büro-, Sekretariatskräfte – Fachkraft	71402	Haupttätigkeit
Chemie – Experte	41304	Haupttätigkeit
Dachdeckerei – Fachkraft	32142	Haupttätigkeit
Data-Warehouse-Analyst	43353	Haupttätigkeit
Detektive/Detektivinnen – Fachkraft	53152	Haupttätigkeit
Digital- und Printmediengestaltung – Spezialist	23213	Haupttätigkeit
Dolmetscher, Übersetzer – Experte	71424	Haupttätigkeit
Drechserei, Spielzeugherstell. – Fachkraft	93332	Haupttätigkeit
Einkauf – Spezialist	61113	Haupttätigkeit
Ergotherapie – Spezialist	81723	Haupttätigkeit
Ernährungsberatung – Spezialist	82233	Haupttätigkeit
Erwachsenenbildung – Experte	84404	Haupttätigkeit
Fachärzte Kinder-, Jugendmedizin – Experte	81414	Haupttätigkeit
Fachärzte Sinnes, Geschlechtsorg. – Experte	81444	Haupttätigkeit
Fachberater – Reha-technik und Sanitätshauswaren	62422	Haupttätigkeit
Fachkinderkrankenpflege – Spezialist	81323	Haupttätigkeit
Fahrzeugführer, Straßenverk. – Fachkraft	52182	Haupttätigkeit
Fleischverarbeitung – Fachkraft	29232	Haupttätigkeit
Fliesen-, Platten-, Mosaikverleg. – Fachkraft	33112	Haupttätigkeit
Fluglehrer/innen – Spezialist	84523	Haupttätigkeit
Forstwirtschaft – Fachkraft	11712	Haupttätigkeit
Forstwirtschaft – Helfer	11711	Haupttätigkeit
Fotografie – Fachkraft	23322	Haupttätigkeit
Friedhofsgärtnerei – Fachkraft	12132	Haupttätigkeit
Führer Erdbeweg., verw. Maschinen – Fachkraft	52522	Haupttätigkeit
Führung – Einkauf und Vertrieb	61194	Haupttätigkeit
Führung – Gastronomie	63394	Haupttätigkeit
Führung – Hotellerie	63294	Haupttätigkeit
Führung – Landwirtschaft	11194	Haupttätigkeit

Berufs-Vercodung nach KldB2010	Berufs-Code	Erwerbsstellung
Führung – Techn. Produktionsplan., -steuer.	27394	Haupttätigkeit
Führung – Bauplan., -überwach., Architektur	31194	Haupttätigkeit
Führung – Lebens-, Genussmittelherstellung	29294	Haupttätigkeit
Führung – Versicherung-, Finanzdienstleist.	72194	Haupttätigkeit
Garten-, Landschafts-, Sportplatzbau – Experte	12144	Haupttätigkeit
Garten-, Landschafts-, Sportplatzb. – Fachkraft	12142	Haupttätigkeit
Gastronomieservice – Fachkraft	63302	Haupttätigkeit
Gastronomieservice – Helfer	63301	Haupttätigkeit
Gebäudereinigung – Fachkraft	54112	Haupttätigkeit
Gebäudetechnik – Fachkraft	34102	Haupttätigkeit
Gebäudetechnik – Spezialist	34103	Haupttätigkeit
Gebietsverkaufsleiter	61194	Haupttätigkeit
Gerüstbau – Fachkraft	32162	Haupttätigkeit
Geschäftsführer und Vorstände – Experte	71104	Haupttätigkeit
Gesundheits-, Krankenpflege – Fachkraft	81302	Haupttätigkeit
Gesundheitsberatung – Experte	82214	Haupttätigkeit
Gesundheitsberatung – Spezialist	82213	Haupttätigkeit
Grafik-Kommunikat., Fotodesign – Experte	23224	Haupttätigkeit
Grafik-Kommunikat., Fotodesign – Fachkraft	23222	Haupttätigkeit
Grafik-Kommunikat., Fotodesign – Spezialist	23223	Haupttätigkeit
Handelsmakler, Auktionatoren – Spezialist	61133	Haupttätigkeit
Haus- und Familienpflege – Fachkraft	83142	Haupttätigkeit
Hauswirtschaft – Helfer	83211	Haupttätigkeit
Heilerziehungspflege, Sonderpäd. – Spezialist	83133	Haupttätigkeit
Heilerziehungspflege, Sonderpäd. – Helfer	83131	Haupttätigkeit
Heilerziehungspflege, Sonderpäd. – Experte	83134	Haupttätigkeit
Heilkunde und Homöopathie – Fachkraft	81752	Haupttätigkeit
Heizungs- und Sanitärinstallateur	34212	Haupttätigkeit
Hochbau – Fachkraft	32102	Haupttätigkeit
Hochbau – Helfer	32101	Haupttätigkeit
Hochschullehre und -forschung – Experte	84304	Haupttätigkeit
Holz- und Bautenschutz – Fachkraft	33242	Haupttätigkeit
Holz-, Möbel-, Innenausbau – Fachkraft	22342	Haupttätigkeit
Holz-, Möbel-, Innenausbau – Spezialist	22343	Haupttätigkeit
Holzbe-, -verarbeitung – Helfer	22301	Haupttätigkeit
Hotelservice – Fachkraft	63222	Haupttätigkeit
Immobilienvermarktung, -verwal. – Fachkraft	61312	Haupttätigkeit
Immobilienvermarktung, -verwal. – Spezialist	61313	Haupttätigkeit

Berufs-Vercodung nach KldB2010	Berufs-Code	Erwerbsstellung
Inform.-, Telekommunikationst. – Experte	26314	Haupttätigkeit
Inform.-, Telekommunikationst. – Fachkraft	26312	Haupttätigkeit
Inform.-, Telekommunikationst. – Spezialist	26313	Haupttätigkeit
Informatik – Experte	43104	Haupttätigkeit
Informatik – Fachkraft	43102	Haupttätigkeit
Innenarchitektur – Experte	93214	Haupttätigkeit
IT-Anwendungsberatung – Experte	43224	Haupttätigkeit
IT-Anwendungsberatung – Spezialist	43223	Haupttätigkeit
IT-Anwendungstraining – Experte	84444	Haupttätigkeit
IT-Koordination – Spezialist	43323	Haupttätigkeit
IT-Netzwerktechnik – Spezialist	43313	Haupttätigkeit
IT-Systemadministration – Spezialist	43343	Haupttätigkeit
Journalist	92414	Haupttätigkeit
Kameratechnik – Spezialist	94523	Haupttätigkeit
Kassierer, Kartenverkäufer – Fachkraft	62112	Haupttätigkeit
Kaufleute Groß-, Außenhandel – Fachkraft	61212	Haupttätigkeit
Kaufleute im Handel – Fachkraft	61282	Haupttätigkeit
Kaufm., techn. Betriebswirt. – Fachkraft	71302	Haupttätigkeit
Kaufmann – Versicherungen	72132	Haupttätigkeit
Kinderbetreuung, -erziehung – Fachkraft	83112	Haupttätigkeit
Kinderbetreuung, -erziehung – Helfer	83111	Haupttätigkeit
Klavier- und Cembalobau – Fachkraft	93642	Haupttätigkeit
Klempnerei – Fachkraft	34202	Haupttätigkeit
Klinische Psychologie – Experte	81624	Haupttätigkeit
Köche/Köchinnen – Fachkraft	29302	Haupttätigkeit
Köche/Köchinnen – Helfer	29301	Haupttätigkeit
Konstruktion und Gerätebau – Experte	27224	Haupttätigkeit
Konstruktion und Gerätebau – Spezialist	27223	Haupttätigkeit
Kontrolleur	27312	Haupttätigkeit
Kosmetik – Fachkraft	82322	Haupttätigkeit
Kraftfahrzeugtechnik – Fachkraft	25212	Haupttätigkeit
Krankenschwester	81302	Haupttätigkeit
Küchenspezialist (Verkaufsberater)	62252	Haupttätigkeit
Kundenmanagement – Spezialist	92133	Haupttätigkeit
Kunst-, Antiquitätenhandel – Fachkraft	62522	Haupttätigkeit
Kunst-, Theaterpädagogik – Experte	84434	Haupttätigkeit
Kunsth. Schmuckher., Edelsteinbe. – Fachkraft	93522	Haupttätigkeit
Kunsth. Schmuckher., Edelsteinbe. – Spezialist	93523	Haupttätigkeit

Berufs-Vercodung nach KldB2010	Berufs-Code	Erwerbsstellung
Kunsthandwerk, bild. Kunst – Experte	93304	Haupttätigkeit
Kunstmaler, Zeichner – Spezialist	93323	Haupttätigkeit
Kurierfahrer	52182	Haupttätigkeit
Lagerarbeiter	51311	Haupttätigkeit
Lagerwirtschaft – Fachkraft	51312	Haupttätigkeit
Lagerwirtschaft – Helfer	51311	Haupttätigkeit
Land-, Baumaschinentechnik – Fachkraft	25222	Haupttätigkeit
Landschaftsgärtner	12142	Haupttätigkeit
Landwirtschaft – Fachkraft	11102	Haupttätigkeit
Landwirtschaft – Helfer	11101	Haupttätigkeit
Landwirtschaft – Spezialist	11103	Haupttätigkeit
Lehrkräfte allg. Schule – Experte	84184	Haupttätigkeit
Lehrkräfte allg. Schule – Spezialist	84183	Haupttätigkeit
Lehrkräfte berufsbild. Fächer – Spezialist	84213	Haupttätigkeit
Lehrkräfte in d. Sekundarstufe – Experte	84124	Haupttätigkeit
Leitungsinallation, -wartung – Fachkraft	26262	Haupttätigkeit
Lektoren/innen – Experte	92424	Haupttätigkeit
Maler-, Lackiererarbeiten – Fachkraft	33212	Haupttätigkeit
Manager	71104	Haupttätigkeit
Mannequin, Dressmen, sonst. Models – Fachkraft	94232	Haupttätigkeit
Marketingspezialist	92113	Haupttätigkeit
Markt-, Meinungsforschung – Experte	91344	Haupttätigkeit
Markt-, Meinungsforschung – Helfer	91341	Haupttätigkeit
Maschinen-, Anlagenführer – Fachkraft	25122	Haupttätigkeit
Maschinen, Gerätezusammensetzer – Fachkraft	25112	Haupttätigkeit
Maschinenbau-, Betriebstechn. – Fachkraft	25102	Haupttätigkeit
Maschinenbau-, Betriebstechn. – Experte	25104	Haupttätigkeit
Maschinenführer	25122	Haupttätigkeit
Maurer	32122	Haupttätigkeit
Maurerhandwerk – Fachkraft	32122	Haupttätigkeit
Medienberater	92	Haupttätigkeit
Medizin. Fachangestellte – Fachkraft	81102	Haupttätigkeit
Medizintechnik – Spezialist	82503	Haupttätigkeit
Metallbau – Experte	24414	Haupttätigkeit
Metallbau – Fachkraft	24412	Haupttätigkeit
Metallbearbeitung – Helfer	24201	Haupttätigkeit
Modedesign – Spezialist	28213	Haupttätigkeit
Moderation, Unterhaltung – Spezialist	94383	Haupttätigkeit

Berufs-Vercodung nach KldB2010	Berufs-Code	Erwerbsstellung
MTA	81212	Haupttätigkeit
Museum – Experte	94704	Haupttätigkeit
Musik- und Kunsttherapie – Spezialist	81743	Haupttätigkeit
Musiker/innen – Experte	94114	Haupttätigkeit
Musikpädagogik – Experte	84414	Haupttätigkeit
Musikpädagogik – Fachkraft	84412	Haupttätigkeit
Natur-, Landschaftspflege – Fachkraft	11722	Haupttätigkeit
Nicht ärztliche Psychotherapie – Experte	81634	Haupttätigkeit
Nicht klinische Psychologie – Experte	81614	Haupttätigkeit
Nichtärztl. Therapie, Heilk. – Spezialist	81783	Haupttätigkeit
Nutztierhaltung – Fachkraft	11212	Haupttätigkeit
Objekt-, Werte-, Personenschutz – Fachkraft	53112	Haupttätigkeit
Öffentliche Verwaltung – Fachkraft	73202	Haupttätigkeit
Öffentlichkeitsarbeit – Spezialist	92203	Haupttätigkeit
Packer/in	51311	Haupttätigkeit
Personaldienstleistung – Experte	71524	Haupttätigkeit
Personaldienstleistung – Fachkraft	71522	Haupttätigkeit
Personaldienstleistung – Spezialist	71523	Haupttätigkeit
Pflasterer, Steinsetzer – Fachkraft	32212	Haupttätigkeit
Pharmazie – Experte	81884	Haupttätigkeit
Physiotherapeut	81713	Haupttätigkeit
Physiotherapie – Spezialist	81713	Haupttätigkeit
Platz-, Gerätewarte/innen – Fachkraft	34112	Haupttätigkeit
Post- und Zustelldienste – Fachkraft	51322	Haupttätigkeit
Post- und Zustelldienste – Helfer	51321	Haupttätigkeit
Prod. Fertigprodukte aus Holz – Fachkraft	22332	Haupttätigkeit
Produkt-, Industriedesign – Experte	93104	Haupttätigkeit
Programmierung – Spezialist	43423	Haupttätigkeit
Putzfrau	54101	Haupttätigkeit
Qualitätsbeauf. Gesundheitsw. – Spezialist	82243	Haupttätigkeit
Rasenmäher	12101	Haupttätigkeit
Rechtsanwälte/-anwältinnen – Experte	73134	Haupttätigkeit
Rechtsberat., -sprech., -ordn. – Experte	73184	Haupttätigkeit
Rechtsberatung, -sprechung – Experte	73104	Haupttätigkeit
Redakteure, Journalisten – Experte	92414	Haupttätigkeit
Redakteure, Journalisten – Spezialist	92413	Haupttätigkeit
Regie – Spezialist	94413	Haupttätigkeit
Reinigung – Helfer	54101	Haupttätigkeit

Berufs-Vercodung nach KldB2010	Berufs-Code	Erwerbsstellung
Reiseleiter, Fremdenführer – Fachkraft	63142	Haupttätigkeit
Reiseleiter, Fremdenführer – Spezialist	63143	Haupttätigkeit
Reiseverkehrskaufmann	63112	Haupttätigkeit
Sanitär, Heizung, Klimatechnik – Fachkraft	34212	Haupttätigkeit
Schauspieler/innen – Experte	94214	Haupttätigkeit
Schilder-, Lichtreklameherst. – Fachkraft	93542	Haupttätigkeit
Schneidermeister	28293	Haupttätigkeit
Schornsteinfeger/innen – Fachkraft	42212	Haupttätigkeit
Softwareentwicklung – Experte	43414	Haupttätigkeit
Softwareentwicklung – Spezialist	43413	Haupttätigkeit
Softwareverkäufer/in	43233	Haupttätigkeit
Sozialarbeit, Sozialpädagogik – Experte	83124	Haupttätigkeit
Speditions-, Logistikkaufleute – Fachkraft	51622	Haupttätigkeit
Sportlehrer/innen – Spezialist	84503	Haupttätigkeit
Sportlehrer/innen – Spezialist	84583	Haupttätigkeit
Sprachtherapeut/in	81733	Haupttätigkeit
Stadt- und Raumplanung – Experte	31124	Haupttätigkeit
Steuerberatung – Experte	72304	Haupttätigkeit
Steuerberatung – Fachkraft	72302	Haupttätigkeit
Systemgastronomie – Fachkraft	63312	Haupttätigkeit
Taxifahrer/in	52112	Haupttätigkeit
Tech. Produktionspl., -steuerung – Experte	27304	Haupttätigkeit
Tech. Produktionspl., -steuerung – Spezialist	27303	Haupttätigkeit
Tech. Servicekr. Wartung, Instand. – Helfer	25131	Haupttätigkeit
Tech. Servicekr. Wartung, Instand. – Experte	25134	Haupttätigkeit
Techn. Forschung, Entwickl. – Experte	27104	Haupttätigkeit
Technische Informatik – Experte	43124	Haupttätigkeit
Technische Qualitätssicherung – Experte	27314	Haupttätigkeit
Technische Qualitätssicherung – Fachkraft	27312	Haupttätigkeit
Technische Qualitätssicherung – Spezialist	27313	Haupttätigkeit
Technische Zeichner/innen – Fachkraft	27212	Haupttätigkeit
Textilreinigung – Fachkraft	54132	Haupttätigkeit
Theater-, Film-, Fernsehprod. – Experte	94404	Haupttätigkeit
Tiefbau – Fachkraft	32202	Haupttätigkeit
Tierärzte/-ärztinnen – Experte	81504	Haupttätigkeit
Tourismuskauflleute – Experte	63114	Haupttätigkeit
Tourismuskauflleute – Fachkraft	63112	Haupttätigkeit
Trainer – Fitness, Gymnastik – Spezialist	84553	Haupttätigkeit

Berufs-Vercodung nach KldB2010	Berufs-Code	Erwerbsstellung
Übersetzer/in	71424	Haupttätigkeit
Umweltschutzverwalt., -beratung – Spezialist	42313	Haupttätigkeit
Unternehmensberatung – Experte	71324	Haupttätigkeit
Unternehmensorganisation, -planung – Experte	71314	Haupttätigkeit
Unteroffiziere mit Portepee	1203	Haupttätigkeit
Veranstaltungs-, Bühnentechnik – Fachkraft	94512	Haupttätigkeit
Veranstaltungs-, Bühnentechnik – Spezialist	94513	Haupttätigkeit
Veranstaltungsservice, -manag. – Helfer	63401	Haupttätigkeit
Veranstaltungsservice, -manag. – Spezialist	63403	Haupttätigkeit
Verkauf (Bekleid., Leder, Sport) – Fachkraft	62212	Haupttätigkeit
Verkauf (Büro, Geschenk, Spiel) – Fachkraft	62232	Haupttätigkeit
Verkauf (KFZ, Zweirad, Zubehör) – Fachkraft	62272	Haupttätigkeit
Verkauf (Möbel, Einrichtung) – Fachkraft	62252	Haupttätigkeit
Verkauf (o. Produktspez.) – Fachkraft	62182	Haupttätigkeit
Verkauf (ohne Produktspez.) – Fachkraft	62102	Haupttätigkeit
Verkauf (Schmuck, Uhren) – Fachkraft	62222	Haupttätigkeit
Verkauf Back-, Konditoreiwaren – Fachkraft	62312	Haupttätigkeit
Verkauf Lebensmittel – Fachkraft	62302	Haupttätigkeit
Verkauf Lebensmittel – Helfer	62301	Haupttätigkeit
Verkauf Lebensmittel – Fachkraft	62382	Haupttätigkeit
Verkauf von Fleischwaren – Fachkraft	62322	Haupttätigkeit
Verkäufer	62102	Haupttätigkeit
Verlags-, Medienkaufleute – Fachkraft	92382	Haupttätigkeit
Verlags-, Medienkaufleute – Fachkraft	92302	Haupttätigkeit
Verleih (außer Geld u. Pfand) – Fachkraft	61162	Haupttätigkeit
Vermessungstechnik – Fachkraft	31212	Haupttätigkeit
Versicherungskaufleute – Fachkraft	72132	Haupttätigkeit
Versicherungskaufleute – Spezialist	72133	Haupttätigkeit
Versicherungsmakler/in	72133	Haupttätigkeit
Vertrieb (außer IKT) – Experte	61124	Haupttätigkeit
Vertrieb (außer IKT) – Fachkraft	61122	Haupttätigkeit
Vertrieb (außer IKT) – Spezialist	61123	Haupttätigkeit
Verw. Sozial-, Gesundheitswes. – Fachkraft	73222	Haupttätigkeit
Web-Entwickler/in	43153	Haupttätigkeit
Weinküfer/innen – Fachkraft	29122	Haupttätigkeit
Werbung und Marketing – Experte	92114	Haupttätigkeit
Werbung und Marketing – Fachkraft	92112	Haupttätigkeit
Werbung und Marketing – Spezialist	92113	Haupttätigkeit

Berufs-Vercodung nach KldB2010	Berufs-Code	Erwerbsstellung
Wirtschaftsinformatik – Spezialist	43113	Haupttätigkeit
Wirtschaftsprüfung – Experte	72244	Haupttätigkeit
Zahntechnik – Fachkraft	82542	Haupttätigkeit
Zimmerei – Fachkraft	33322	Haupttätigkeit
Zusteller/in	51322	Haupttätigkeit
nicht codierbar	999999	Haupttätigkeit
(Fremd-)Sprachenlehrer/innen – Experte	84454	Nebentätigkeit
Altenpflege – Fachkraft	82102	Nebentätigkeit
Altenpflege – Helfer	82101	Nebentätigkeit
Angeh. gesetzgeb. Körperschaften – Experte	71214	Nebentätigkeit
Anlageberater, Finanzdienstl. – Experte	72124	Nebentätigkeit
Anlageberater, Finanzdienstl. – Spezialist	72123	Nebentätigkeit
Apotheker, Pharmazeuten – Experte	81804	Nebentätigkeit
Arbeitssicherh., Sich.-technik – Spezialist	53123	Nebentätigkeit
Architektur – Experte	31114	Nebentätigkeit
Arzt	81404	Nebentätigkeit
Ärzte/Ärztinnen – Experte	81404	Nebentätigkeit
Ärzte/Ärztinnen – Experte	81484	Nebentätigkeit
Athleten, Berufssportler – Spezialist	94243	Nebentätigkeit
Aufsicht – Unternehmensorg., -strategie	71393	Nebentätigkeit
Aufsicht – Hauswirtschaft, Verbraucherber.	83293	Nebentätigkeit
Aufsicht – Medizin-Orthopädie-, Rehathechnik	82593	Nebentätigkeit
Aufsicht – Theater-, Film-, Fernsehproduktion	94493	Nebentätigkeit
Autoren, Schriftsteller – Experte	92434	Nebentätigkeit
Barkeeper/innen – Fachkraft	63322	Nebentätigkeit
Bauabrechnung, -kalkulation – Spezialist	31173	Nebentätigkeit
Bauelektrik – Fachkraft	26212	Nebentätigkeit
Baumschule, Stauden, Zierpflanzen – Fachkraft	12122	Nebentätigkeit
Bauplanung, -überwachung – Spezialist	31103	Nebentätigkeit
Bautischlerei – Fachkraft	33332	Nebentätigkeit
Bauwerkserhaltung, -erneuerung – Spezialist	31153	Nebentätigkeit
Bekleidungsherstellung – Fachkraft	28222	Nebentätigkeit
Berufskraftfahrer (Güterv./LKW) – Fachkraft	52122	Nebentätigkeit
Berufskraftfahrer (Pers./PKW) – Fachkraft	52112	Nebentätigkeit
Bestattungswesen – Fachkraft	82402	Nebentätigkeit
Betreuer – Schulheim/Internatschulen	83112	Nebentätigkeit
Betriebl. Ausbild., Berufspäd. – Experte	84224	Nebentätigkeit
Betriebl. Ausbild., Berufspäd. – Spezialist	84223	Nebentätigkeit

Berufs-Vercodung nach KldB2010	Berufs-Code	Erwerbsstellung
Betriebsinterne Wahlämter – Experte	71234	Nebentätigkeit
Bild- und Tontechnik – Experte	94534	Nebentätigkeit
Bild- und Tontechnik – Spezialist	94533	Nebentätigkeit
Buchhaltung – Spezialist	72213	Nebentätigkeit
Bühnen- und Kostümbildneri – Fachkraft	94612	Nebentätigkeit
Büro-, Sekretariatskräfte – Helfer	71401	Nebentätigkeit
Büro-, Sekretariatskräfte – Fachkraft	71402	Nebentätigkeit
Datenbankentwick., -administr. – Spezialist	43353	Nebentätigkeit
Detektive/Detektivinnen – Fachkraft	53152	Nebentätigkeit
Dialogmarketing – Fachkraft	92122	Nebentätigkeit
Digital- und Printmediengestaltung – Spezialist	23213	Nebentätigkeit
Dirigenten/Dirigentinnen – Experte	94134	Nebentätigkeit
Dokument., Informationsdienst – Fachkraft	73332	Nebentätigkeit
Dokument., Informationsdienst – Spezialist	73333	Nebentätigkeit
Dolmetscher, Übersetzer – Experte	71424	Nebentätigkeit
Dozent	84	Nebentätigkeit
Drucktechnik – Fachkraft	23412	Nebentätigkeit
Einkauf – Spezialist	61113	Nebentätigkeit
Elektrotechnik – Experte	26304	Nebentätigkeit
Elektrotechniker	26303	Nebentätigkeit
Ergotherapie – Spezialist	81723	Nebentätigkeit
Ernährungsberatung – Spezialist	82233	Nebentätigkeit
Erwachsenenbildung – Experte	84404	Nebentätigkeit
Erziehungswissenschaft – Experte	91334	Nebentätigkeit
Fachärzte Innere Medizin – Experte	81424	Nebentätigkeit
Fachärzte Psychiatr., Psychother. – Experte	81464	Nebentätigkeit
Fachkinderkrankenpflege – Spezialist	81323	Nebentätigkeit
Fahrer	52122	Nebentätigkeit
Fahrlehrer/innen – Spezialist	84513	Nebentätigkeit
Fahrzeugführer, Straßenverk. – Fachkraft	52182	Nebentätigkeit
Fahrzeugreinigung – Fachkraft	54152	Nebentätigkeit
Fahrzeugtechnik – Helfer	25201	Nebentätigkeit
Feinwerktechnik – Fachkraft	24512	Nebentätigkeit
Fotografie – Fachkraft	23322	Nebentätigkeit
Führer Erdbeweg., verw. Maschinen – Fachkraft	52522	Nebentätigkeit
Führung – Gastronomie	63394	Nebentätigkeit
Führung – Versicherung-, Finanzdienstleist.	72194	Nebentätigkeit
Gartenbau – Helfer	12101	Nebentätigkeit

Berufs-Vercodung nach KldB2010	Berufs-Code	Erwerbsstellung
Garten-, Landschafts-, Sportplatzbau – Experte	12144	Nebentätigkeit
Gastronomieservice – Fachkraft	63302	Nebentätigkeit
Gastronomieservice– Helfer	63301	Nebentätigkeit
Gebäudereinigung – Fachkraft	54112	Nebentätigkeit
Gebäudetechnik– Fachkraft	34102	Nebentätigkeit
Geoinformatik – Experte	43144	Nebentätigkeit
Geschäftsführer und Vorstände – Experte	71104	Nebentätigkeit
Geschichtswissenschaften – Experte	91224	Nebentätigkeit
Gesundheits-, Krankenpflege – Fachkraft	81302	Nebentätigkeit
Gesundheitsberatung – Experte	82214	Nebentätigkeit
Gesundheitsberatung – Spezialist	82213	Nebentätigkeit
Grafik-Kommunikat., Fotodesign – Experte	23224	Nebentätigkeit
Grafik-Kommunikat., Fotodesign – Fachkraft	23222	Nebentätigkeit
Grafik-Kommunikat., Fotodesign – Spezialist	23223	Nebentätigkeit
Handelskaufmann	61203	Nebentätigkeit
Haus- und Familienpflege – Fachkraft	83142	Nebentätigkeit
Haus- und Familienpflege – Spezialist	83143	Nebentätigkeit
Haus-, Zootierpflege – Fachkraft	11522	Nebentätigkeit
Hauswirtschaft – Fachkraft	83212	Nebentätigkeit
Hauswirtschaft – Helfer	83211	Nebentätigkeit
Heilerziehungspflege, Sonderpäd. – Spezialist	83133	Nebentätigkeit
Heilerziehungspflege, Sonderpäd. – Helfer	83131	Nebentätigkeit
Heilerziehungspflege, Sonderpäd. – Fachkraft	83132	Nebentätigkeit
Heilkunde und Homöopathie – Fachkraft	81752	Nebentätigkeit
Hochbau – Fachkraft	32102	Nebentätigkeit
Hochschullehre und -forschung – Experte	84304	Nebentätigkeit
Holz-, Möbel-, Innenausbau – Fachkraft	22342	Nebentätigkeit
Hotelservice – Fachkraft	63222	Nebentätigkeit
Hotelservice – Helfer	63221	Nebentätigkeit
Immobilienvermarktung, -verwal. – Spezialist	61313	Nebentätigkeit
Inform.-, Telekommunikationst. – Fachkraft	26312	Nebentätigkeit
Inform.-, Telekommunikationst. – Spezialist	26313	Nebentätigkeit
Informatik – Experte	43104	Nebentätigkeit
Informatik – Fachkraft	43102	Nebentätigkeit
IT-Anwendungsberatung – Experte	43224	Nebentätigkeit
IT-Systemadministration – Spezialist	43343	Nebentätigkeit
Journalist	92414	Nebentätigkeit
Kältetechnik – Fachkraft	34232	Nebentätigkeit

Berufs-Vercodung nach KldB2010	Berufs-Code	Erwerbsstellung
Kameratechnik – Fachkraft	94522	Nebentätigkeit
Kassierer, Kartenverkäufer – Fachkraft	62112	Nebentätigkeit
Kaufleute Groß-, Außenhandel – Fachkraft	61212	Nebentätigkeit
Kaufleute im Handel – Fachkraft	61282	Nebentätigkeit
Kaufm., techn. Betriebswirt. – Fachkraft	71302	Nebentätigkeit
Kinderbetreuung, -erziehung – Fachkraft	83112	Nebentätigkeit
Kinderbetreuung, -erziehung – Helfer	83111	Nebentätigkeit
Klinische Psychologie – Experte	81624	Nebentätigkeit
Köche/Köchinnen – Fachkraft	29302	Nebentätigkeit
Köche/Köchinnen – Helfer	29301	Nebentätigkeit
Komiker, Kabarettisten – Spezialist	94313	Nebentätigkeit
Kosmetik – Fachkraft	82322	Nebentätigkeit
Kraftfahrzeugtechnik – Fachkraft	25212	Nebentätigkeit
Kundenmanagement – Spezialist	92133	Nebentätigkeit
Kunst-, Theaterpädagogik – Experte	84434	Nebentätigkeit
Kunsthandwerk, bild. Kunst – Experte	93304	Nebentätigkeit
Lagergehilfe	62101	Nebentätigkeit
Lagerwirtschaft – Helfer	51311	Nebentätigkeit
Landwirtschaft – Fachkraft	11102	Nebentätigkeit
Landwirtschaft – Helfer	11101	Nebentätigkeit
Lehrer	84124	Nebentätigkeit
Lehrkr. außerschul. Bild. – Spezialist	84483	Nebentätigkeit
Lehrkräfte allg. Schule – Experte	84184	Nebentätigkeit
Lehrkräfte allg. Schule – Spezialist	84183	Nebentätigkeit
Lehrkräfte berufsbild. Fächer – Spezialist	84213	Nebentätigkeit
Lehrkräfte berufsbildende Fächer – Experte	84214	Nebentätigkeit
Lehrkräfte in d. Sekundarstufe – Experte	84124	Nebentätigkeit
Markt-, Meinungsforschung – Experte	91344	Nebentätigkeit
Markt-, Meinungsforschung – Helfer	91341	Nebentätigkeit
Markt-, Meinungsforschung – Spezialist	91343	Nebentätigkeit
Maschinen-, Anlagenführer – Fachkraft	25122	Nebentätigkeit
Maschinenbau-, Betriebstech. – Fachkraft	25102	Nebentätigkeit
Maschinenbau-, Betriebstech. – Spezialist	25103	Nebentätigkeit
Maskenbildnerei – Fachkraft	82342	Nebentätigkeit
Medieninformatik – Spezialist	43153	Nebentätigkeit
Medizin. Fachangestellte – Fachkraft	81102	Nebentätigkeit
Metalloberflächenbehandl. – Spezialist	24303	Nebentätigkeit
Modedesign – Experte	28214	Nebentätigkeit

Berufs-Vercodung nach KldB2010	Berufs-Code	Erwerbsstellung
Modellbau – Fachkraft	27232	Nebentätigkeit
Moderation, Unterhaltung – Spezialist	94303	Nebentätigkeit
Moderation, Unterhaltung – Spezialist	94383	Nebentätigkeit
Musiker/innen – Experte	94114	Nebentätigkeit
Musik-, Gesangs-, Dirigententät. – Experte	94184	Nebentätigkeit
Musikpädagogik – Experte	84414	Nebentätigkeit
Musikpädagogik – Fachkraft	84412	Nebentätigkeit
Nachhilfelehrer	84184	Nebentätigkeit
Natur-, Landschaftspflege – Experte	11724	Nebentätigkeit
Nicht ärztliche Psychotherapie – Experte	81634	Nebentätigkeit
nicht codierbar	2	Nebentätigkeit
nicht codierbar	999999	Nebentätigkeit
Nichtärztl. Therapie, Heilk. – Spezialist	81783	Nebentätigkeit
Nutztierhaltung – Fachkraft	11212	Nebentätigkeit
Obj. Pers. Brandschutz – Experte	53184	Nebentätigkeit
Objekt-, Werte-, Personenschutz – Fachkraft	53112	Nebentätigkeit
Obstverkäufer	62382	Nebentätigkeit
Öffentliche Verwaltung – Fachkraft	73282	Nebentätigkeit
Öffentlichkeitsarbeit – Spezialist	92203	Nebentätigkeit
Personalentwickl., -sachbearbeit. – Experte	71514	Nebentätigkeit
Pharmazie – Spezialist	81883	Nebentätigkeit
Physiotherapie – Spezialist	81713	Nebentätigkeit
Piloten, Verkehrsflugzeugführer – Spezialist	52313	Nebentätigkeit
Platz-, Gerätewarte/innen – Fachkraft	34112	Nebentätigkeit
Post- und Zustelldienste – Fachkraft	51322	Nebentätigkeit
Post- und Zustelldienste – Helfer	51321	Nebentätigkeit
Programmierung – Spezialist	43423	Nebentätigkeit
Promoter	62182	Nebentätigkeit
Putzfrau	54101	Nebentätigkeit
Raumausstattung – Fachkraft	93232	Nebentätigkeit
Rechtsberat., -sprech., -ordn. – Experte	73184	Nebentätigkeit
Rechtsberatung, -sprechung – Experte	73104	Nebentätigkeit
Redakteure, Journalisten – Experte	92414	Nebentätigkeit
Redakteure, Journalisten – Fachkraft	92412	Nebentätigkeit
Redakteure, Journalisten – Spezialist	92413	Nebentätigkeit
Regenerative Energietechnik – Experte	26244	Nebentätigkeit
Reinigung – Helfer	54101	Nebentätigkeit
Reiseleiter, Fremdenführer – Fachkraft	63142	Nebentätigkeit

Berufs-Vercodung nach KldB2010	Berufs-Code	Erwerbsstellung
Reiseleiter, Fremdenführer – Spezialist	63143	Nebentätigkeit
Rettungsdienst – Fachkraft	81342	Nebentätigkeit
Sänger/innen – Experte	94124	Nebentätigkeit
Sanitär, Heizung, Klimatechnik – Fachkraft	34212	Nebentätigkeit
Segelflugehrer	84523	Nebentätigkeit
Seminarleiter/in – Erwachsenenbildung	84404	Nebentätigkeit
Softwareentwicklung – Experte	43414	Nebentätigkeit
Sozial-, Erziehungs-, Suchtberat. – Experte	83154	Nebentätigkeit
Sozialarbeit, Sozialpädagogik – Experte	83124	Nebentätigkeit
Soziologie – Experte	91324	Nebentätigkeit
Speditions-, Logistikkaufleute – Experte	51624	Nebentätigkeit
Speditions-, Logistikkaufleute – Fachkraft	51622	Nebentätigkeit
Sportlehrer/innen – Experte	84504	Nebentätigkeit
Sportlehrer/innen – Spezialist	84503	Nebentätigkeit
Sportlehrer/innen – Spezialist	84583	Nebentätigkeit
Stadt- und Raumplanung – Experte	31124	Nebentätigkeit
Steno-, Phonotypisten – Fachkraft	71432	Nebentätigkeit
Steuerfachmann/-frau	72303	Nebentätigkeit
Stylist	82312	Nebentätigkeit
Tänzer, Choreografen – Experte	94224	Nebentätigkeit
Tanzlehrer/innen – Spezialist	84533	Nebentätigkeit
Tätowierer, Piercer – Fachkraft	82332	Nebentätigkeit
Techn. Forschung, Entwickl. – Spezialist	27103	Nebentätigkeit
Technische Qualitätssicherung – Fachkraft	27312	Nebentätigkeit
Technische Qualitätssicherung – Spezialist	27313	Nebentätigkeit
Tech. Servicekr. Wartung, Instand. – Spezialist	25133	Nebentätigkeit
Teilezurichter/in	24202	Nebentätigkeit
Theater-, Film-, Fernsehprod. – Experte	94404	Nebentätigkeit
Theologie, Gemeindearbeit – Fachkraft	83382	Nebentätigkeit
Theologie, Gemeindearbeit – Spezialist	83383	Nebentätigkeit
Tiefbau – Helfer	32201	Nebentätigkeit
Tierpflege – Helfer	11501	Nebentätigkeit
Trainer – Ballsportarten – Spezialist	84543	Nebentätigkeit
Trainer – Fitness, Gymnastik – Spezialist	84553	Nebentätigkeit
Trainer/in	845	Nebentätigkeit
Trainer/in – EDV	84444	Nebentätigkeit
Umweltschutztechnik – Experte	42204	Nebentätigkeit
Unternehmensberatung – Experte	71324	Nebentätigkeit

Berufs-Vercodung nach KldB2010	Berufs-Code	Erwerbsstellung
Unternehmensorg., -strateg. – Fachkraft	71382	Nebentätigkeit
Unternehmensorganisation, -planung – Experte	71314	Nebentätigkeit
Veranstaltungs-, Bühnentechnik – Fachkraft	94512	Nebentätigkeit
Veranstaltungs-, Bühnentechnik – Spezialist	94513	Nebentätigkeit
Veranstaltungsservice, -manag. – Helfer	63401	Nebentätigkeit
Veranstaltungsservice, -manag. – Spezialist	63403	Nebentätigkeit
Vereinstrainer/Platzwart	84503	Nebentätigkeit
Verkäufer/in	62102	Nebentätigkeit
Verkauf (Bekleid., Leder, Sport) – Fachkraft	62212	Nebentätigkeit
Verkauf (Möbel, Einrichtung) – Fachkraft	62252	Nebentätigkeit
Verkauf (o. Produktspez.) – Fachkraft	62182	Nebentätigkeit
Verkauf (ohne Produktspezialis.) – Fachkraft	62102	Nebentätigkeit
Verkauf (ohne Produktspezialis.) – Helfer	62101	Nebentätigkeit
Verkauf Back-, Konditoreiwaren – Fachkraft	62312	Nebentätigkeit
Verkauf drogerie- und apothekenübl. Waren – Fachkraft	62412	Nebentätigkeit
Verkauf Lebensmittel – Fachkraft	62382	Nebentätigkeit
Verkauf von Fleischwaren – Fachkraft	62322	Nebentätigkeit
Verlags-, Medienkaufleute – Fachkraft	92382	Nebentätigkeit
Verlags-, Medienkaufleute –Spezialist	92303	Nebentätigkeit
Vermessungstechnik – Experte	31214	Nebentätigkeit
Versicherungskaufleute – Fachkraft	72132	Nebentätigkeit
Versicherungskaufleute – Spezialist	72133	Nebentätigkeit
Vertrieb (außer IKT) – Spezialist	61123	Nebentätigkeit
Weinbau – Fachkraft	11602	Nebentätigkeit
Werbung und Marketing – Spezialist	92113	Nebentätigkeit
Zahnärzte, Kieferorthopäden – Experte	81474	Nebentätigkeit
Zeitungsberichterstatter/in	92414	Nebentätigkeit
Zimmerei – Fachkraft	33322	Nebentätigkeit

A6 Offene Nennungen von Vertragsarten (Frage F029 des Fragebogens)

2 Jahres Vertrag

Abmachung

Ähnlich Arbeitsvertrag über freie Mitarbeit, der Auftraggeber zahlt keine Sozialabgaben, aber ich bin weisungsgebunden

Agenturvertrag

Alimentiert

Als Prüfer berufen von der Industrie- und Handelskammer

Anforderung nach Bedarf

Angebot

Arbeit auf Abruf

Arbeitsauftrag (Auftrag VOB)

Arbeitsgelegenheit, Arbeitsmaßnahme

Auf Abruf

Aufsichtsratsvertrag

Auftrag

Auftrag auf Tagesbasis: 1 Tag im Monat

Auftragsbezogene Vereinbarung via e mail Kontakt

Auftragserteilung

Auftragserteilung auf Grundlage eines Angebots

Aushilfsjob

Aushilfstätigkeit

Aushilfsvertrag

Autorenvertrag

Befristete Maßnahme jeweils für 3 Monate in unregelmäßigen Abständen

Behandlungsvertrag

Beratervereinbarung

Beratervertrag

Beratungsvereinbarung

Beratungsvertrag

Beschäftigungsvertrag

Bestimmt Art nach Paragraph 82 HGB

Bestimmte Arbeiten müssen zu bestimmten Zeitpunkten fertig sein.

Betreuungsvertrag

Betreuungszusage

Catering für Events und es wird mündlich vereinbart, was gekocht wird

Dienstleistung anwaltliche Beratung
Dienstleistungsvereinbarung
Dienstleistungsvertrag
EEG Vergütung mit Garantie 20 Jahre staatlich festgelegt
Ehrenamtsvereinbarung
Ein Honorarvertrag
Ein Kontrakt – Arbeiten können bis 50.000 € ausgeführt werden
Ein Maklervvertrag
Ein mündliches Vertrauensverhältnis
Ein Übungsleiter Trainer Vertrag
Eine „private Vereinbarung“ nach Wortlaut der ZP
Eine Anstellung als ehrenamtlicher Arbeiter
Eine Berufung, ist aber schwer zu erklären.
Ein Geschäftsvertrag (eine Geschäftsvereinbarung)
Eine kündbare Bindung, die festhält, dass die ZP die Geschäfte nur mit seinem Kunden tätigen darf.
Eine mündliche Vereinbarung
Eine mündliche Zusage
Eine Satzung
Einfach den Auftrag erteilt, mündlich wie schriftlich
Eingliederungsvereinbarung
Engagementvertrag
Entgelt für die Wohnungsmiete
Enthalten sind Regelungen zum Thema der Mediation und Abrechnung.
Ernennung durch Beamten
Es ist eine Vereinbarung, dass ich gemäß der Richtlinien des hessischen Schulgesetzes Unterricht vertrete.
Es war so, dass ich einfach nur angeschrieben wurde.
Es wurde eine Ausschreibung mit Festpreisen gemacht, danach wird gearbeitet.
Fester Stundensatz an bestimmten Tagen
Finanzdienstleistungsvermittlervertrag
Freiberuflich
Freier Mitarbeitervertrag
Gartenpflege Vertrag
Geheimhaltungsvereinbarung
Gemeinsame Terminvereinbarung
Gerichtsbeschluss
Geschäftsbedingungen zur Auslieferung Montage

Gewisse Vorgaben sind erfasst und vertraglich geregelt: Hygienevorschriften und Kühlvorgaben für die Warenbehandlung sowie zum Ausliefern der Speisen.

Habe eine mündliche Vereinbarung getroffen, dass ich dort arbeiten kann

Handelsgebietsvertrag

Handelsvertretervereinbarung

Handelsvertretervertrag

HGB Paragraph 84

Honorararbeit

Honorarvereinbarung

Honorarvertrag

Honorarvertrag. Wenn Kunden da sind, dann gibt es Arbeit, wenn nicht, dann nicht.

Ich bin als Zusatzkraft eingesetzt, wenn ein Mitarbeiter ausfällt

Ich muss mir die Erlaubnis holen, dass ich die Finanzdienstleistung für meine Kunden erfüllen kann

Ich wurde mal gefragt, ob ich das machen würde.

Je nach Kunden

Kassenärztliche Zulassung

Kein Arbeitsvertrag

Kennt den Namen der Vereinbarung nicht

Kooperationsvertrag

Kundenvereinbarung

Laufzeit des Vertrags beträgt immer 1 1/2 Jahre.

Lehrauftrag

Lehrvertrag

Lektoratsvereinbarungen

Liefervereinbarung

Liefervertrag

Lizenzvereinbarung

Lizenz für ein Franchise-Unternehmen

Lose Vereinbarung

Maklervvertrag

Messung von Erstellung für Gesundheitspass

Mietvertrag, Auftrag über Projektplanung

Minijobvertrag

Mit Absprache

Mündlich vereinbart

Mündlich vereinbart, dass die Hausverwaltung gemacht wird

Mündlich vereinbarte Arbeitszeit und Entlohnung, kein spezieller Vertrag

Mündliche

Mündliche Absprache

Mündliche Absprache über eine Kursübernahme

Mündliche Vereinbarung

Mündliche Vereinbarung auf die Fa. Acht zu geben, damit jeder gut arbeitet

Mündliche Vereinbarung, dass wenn Arbeitsüberschuss vorhanden ist, ich diesen Arbeitsüberschuss übernehmen darf.

Mündliche Vereinbarung für Dienstleistung

Mündliche Vereinbarung über Arbeitszeiten

Mündliche Vereinbarung über die Stundenanzahl

Mündlicher Architektenvertrag

Multiplikatorentätigkeit

Nachfrageabhängiger Zeitvertrag

Nachunternehmensvertrag

Nebenjob als Putzfrau

Niederschwelliges Betreuungsangebot

Normale Dienstleistung

Planungsaufträge

Produktvereinbarung

Projektvertrag

Provisionsvereinbarung

Provisionsvereinbarung/Honorarvereinbarung

Provisionsvertrag

Psychotherapievertrag

Rahmenauftrag

Rahmenvereinbarung je nach Auftrag

Rahmenvertrag

Rahmenvertrag für neue Agenturverträge für geänderte Provisionen

Regeln aufgezählt, die der Agentur sehr wichtig sind

Rahmenvertrag, nicht Freiberufler

Schriftliche Vereinbarung

Sie bekommt Angebote. Sie entscheidet, ob sie arbeiten will oder nicht

Sogenannter Kontrakt

Sonstige Vereinbarung

Tagespflegevereinbarung

Tarifvertrag

Telefonische Anforderung auf Lieferung des Brennstoffes

Therapievereinbarung

Über Arbeitszeitenvereinbarung
Übungsleitervereinbarung
Übungsleitervertrag
Unternehmervertrag
Unterrichtsvertrag
Urheber- und Honorarvertrag
Variable Arbeit, keine bestimmte Anzahl an Stunden als Hilfskraft im Pflegeheim
Vereinbarung als Dienstleister
Vereinbarung als Vertretung des Hausmeisters
Vereinbarung auf einem Stück Papier
Vereinbarung beruht auf einem Gerichtsbeschluss
Vereinbarung, dass der Hauptkunde unterbindet, dass ZP seine Kunden direkt bearbeitet oder an sie herantritt.
Vereinbarung, dass ich nach bestimmten Tarifen bezahlt werde.
Vereinbarung für Übungsleiter
Vereinbarung über die ehrenamtliche Tätigkeit
Vereinbarung über die Tätigkeit (Ort, Stelle, wo ich rein mache)
Vereinbarung über ein Stipendium bei einer Stiftung
Vereinbarung über Honorartätigkeiten
Vereinbarung zur Förderung von Kindern und Kindertagespflege
Vermittlervertrag
Vermittlungsvertrag für die Versicherungswirtschaft
Vermögensberatervertrag
Verpflichtung nur für diese Firma tätig zu sein
Verschwiegenheitsklauseln/Geheimhaltung/die Haftung
Vertrag
Vertrag für eine monatliche Tätigkeit von 120,00 €
Vertrag für geringfügig Beschäftigte
Vertrag über PR Arbeit, projektbezogene Verträge
Vertrag wegen versicherungstechnischer Dinge die den Auftrag betreffen
Vertrag, dass man die Trauben abliefern darf, 3 Jahre Kündigungsfrist
Vertretervertrag
Vertriebspartnervertrag
Verwaltungsvertrag
Wir haben einen Vertrag aufgesetzt, dass ich regelmäßig diese Tätowierungen durchführen darf, ohne jedes Mal eine neue Einverständniserklärung ausfüllen zu müssen
Wird nach km bezahlt
Zufällige mündliche Vereinbarung
Zulassung

Teil 2: Quantitative Erfassung von scheinselbständig Erwerbstätigen – Juristische Grundlagen

von Rolf Wank (Ruhr-Universität Bochum)

Abkürzungsverzeichnis zu Teil 2

a. A.	anderer Ansicht
aaO.	am angegebenen Ort
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a. F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft
AG	Die Aktiengesellschaft, Zeitschrift
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
Anm.	Anmerkung
AP	Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts (Arbeitsrechtliche Praxis)
ArbG	Arbeitsgericht
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
ArbZG	Arbeitszeitgesetz
ASiG	Arbeits sicherheitsgesetz
AuA	Arbeit und Arbeitsrecht, Zeitschrift
AÜG	Arbeitnehmerüberlassungsgesetz
Aufl.	Auflage
AuR	Arbeit und Recht, Zeitschrift
BAföG	Bundesausbildungsförderungsgesetz
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des BAG
BB	Betriebs-Berater, Zeitschrift
BBiG	Berufsbildungsgesetz
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BeckRS	Beck online Rechtsprechung
Beil.	Beilage
BetrAVG	Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BSG	Bundessozialgericht

BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BUrlG	Bundesurlaubsgesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, amtliche Sammlung
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
CR	Computer und Recht, Zeitschrift
DB	Der Betrieb, Zeitschrift
ders.	derselbe
Diss.	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
DStR	Deutsches Steuerrecht, Zeitschrift
E-AÜG	Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmer- überlassungsgesetzes und anderer Gesetze
ErfK	Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht
EUArbR	Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZA	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht, Zeitschrift
EzA	Entscheidungen zum Arbeitsrecht
EzAÜG	Entscheidungssammlung zum Arbeitnehmerüberlassungsgesetz und zum sonstigen drittbezogenen Personaleinsatz
FamPflegeZG	Familienpflegezeitgesetz
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
Fn.	Fußnote
gem.	gemäß
GenDG	Gendiagnostikgesetz
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
GK	Gemeinschaftskommentar
GmbHG	Gesetz über die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau

HAG	Heimarbeitsgesetz
HEAS	Handbuch des europäischen Arbeits- und Sozialrechts (Hanau, Peter/Steinmeyer, Heinz-Dietrich/Wank, Rolf)
HGB	Handelsgesetzbuch
h. L.	herrschende Lehre
h. M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
HWK	Henssler, Martin/Willemsen, Heinz Josef/Kalb, Heinz-Jürgen (HWK), Arbeitsrecht Kommentar
i. d. F.	in der Fassung
i. S. (d.)	im Sinne (der/des)
i. V. m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter, Zeitschrift
JArbR	Jahrbuch des Arbeitsrechts
JR	Juristische Rundschau, Zeitschrift
JVA	Justizvollzugsanstalt
Jura	Jura, Ausbildungszeitschrift
JZ	Juristenzeitung
KR	Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften
krit.	kritisch
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
LAGE	Entscheidungen der Landesarbeitsgerichte (Hrsg. Stahlhacke)
LSG	Landessozialgericht
MBSE	Maßnahmen zur Berufsvorbereitung und sozialen Eingliederung
MedR	Medizinrecht, Zeitschrift
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht, Zeitschrift
MiLoG	Mindestlohngesetz
MünchArbR	Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht
MuSchG	Mutterschutzgesetz
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen

Nachw.	Nachweise
n. F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift, Zeitschrift
n. v.	nicht veröffentlicht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZA-RR	NZA-Rechtsprechungs-Report-Arbeitsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
PflegeZG	Pflegezeitgesetz
RdA	Recht der Arbeit, Zeitschrift
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen, Zeitschrift
SGB	Sozialgesetzbuch
SGb	Die Sozialgerichtsbarkeit, Zeitschrift
Slg.	Sammlung
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
TVG	Tarifvertragsgesetz
TzBfG	Teilzeit- und Befristungsgesetz
VHS	Volkshochschule
WM	Wertpapier-Mitteilungen, Zeitschrift
w. N.	weitere Nachweise
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz
ZESAR	Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZinsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
z. T.	zum Teil

I Ziele des juristischen Teils

Der Auftrag des Gutachtens geht dahin, im Wege einer empirischen Untersuchung festzustellen, welche Beschäftigten zwar ihrem Vertrag nach als Selbständige bezeichnet und behandelt werden, aber bei objektiver Betrachtung ihres Vertragsverhältnisses Arbeitnehmer sind („Scheinselbständige“). Dabei geht es vorrangig darum, deren Zahl und Zusammensetzung festzustellen; im Hinblick auf mögliche Folgerungen für die Gesetzgebung soll zugleich darauf hingewiesen werden, was bei einer wissenschaftlich korrekten und praktisch brauchbaren Definition des Arbeitnehmers zu beachten ist.

Während zu Beginn der Ausarbeitung des Gutachtens noch keine Legaldefinition des Arbeitnehmers vorhanden war und daher auf die Arbeitnehmerdefinition der Rechtsprechung zurückgegriffen werden musste, ist inzwischen § 611 a in das BGB eingefügt worden, der eine Definition des Arbeitsvertrages und damit implizit eine Definition des Arbeitnehmers enthält. Der juristische Teil des Gutachtens stand dem Ministerium noch vor dem ersten Referentenentwurf in Form eines vorläufigen Gutachtens bereits zur Verfügung. Die empirische Untersuchung erfolgte auf der Grundlage der BAG-Rechtsprechung sowie des vorläufigen Gutachtens. Soweit sich nach dem „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze“, E-AÜG (BR-Drs. 294/16 v. 2.6.2016) Änderungen gegenüber der Rechtslage ergeben, die Gegenstand des Gutachtens ist, wird darauf jeweils hingewiesen. Der Inhalt des Änderungsgesetzes und damit der zukünftige § 611 a BGB sind nicht Gegenstand dieses Rechtsgutachtens; teilweise wird auf die zukünftige Regelung verwiesen.

Methoden, Begriffe und Ergebnisse der Rechtswissenschaft können nicht ohne Weiteres bei der empirischen Sozialforschung angewendet werden; juristische und sozialwissenschaftliche Definitionen unterscheiden sich.¹ Dementsprechend mussten im Rahmen des juristischen Teils die **Rechtsbegriffe in operationale Begriffe**² „übersetzt“ werden, die sich für einen Fragebogen eignen.³ So antwortet wohl kaum ein Beschäftigter auf die Frage „Sind Sie Scheinselbständiger?“ korrekt. Deshalb muss sie übersetzt werden in die Frage, ob jemand nach seinem Vertrag Selbständiger ist, und zugleich muss nach objektiven Kriterien für eine eventuelle Arbeitnehmereigenschaft gefragt werden (vgl. § 611 a Abs. 1 Satz 5 BGB).⁴ Die Frage, ob jemand nach seinem Vertrag Arbeitnehmer oder Selbständiger ist, kann

1 Wank, Empirische Befunde, S. 12 ff.; Dietrich/Patzina, Quantitative Erfassung, S. 37 f.

2 Dietrich, Empirische Befunde, S. 40 ff.; Dietrich/Patzina, Quantitative Erfassung, S. 19, 41 f.; Wank, Begriffsbildung, S. 100 ff.; s. auch Seewald, NZS 2015, 481, 488 ff.

3 Wank, Empirische Befunde, S. 18 ff.

4 Dietrich, Empirische Befunde, S. 16 f.

z. B. dahingehend übersetzt werden, ob der Vertragspartner des Beschäftigten für ihn Sozialversicherungsbeiträge abführt (dabei muss allerdings berücksichtigt werden, dass das für Minijobs nicht gilt).⁵ Wenn der Vertragspartner selbst von der Arbeitnehmereigenschaft des Erwerbstätigen ausgeht, kann angenommen werden, dass der Erwerbstätige tatsächlich Arbeitnehmer ist.

Während sich das genannte Indiz für die empirische Untersuchung zur Ermittlung einer Grauzone gut eignet, scheidet eine Berücksichtigung derartiger formaler Kriterien als Indiz für eine objektive Beurteilung der Arbeitnehmereigenschaft aus. Das Indiz gibt nur an, ob die Parteien den Beschäftigten als Arbeitnehmer ansehen, aber nicht, ob objektiv gesehen eine Arbeitnehmereigenschaft vorliegt.

Eine **Legaldefinition** gab es zur Zeit der empirischen Untersuchung, also vor dem neuen § 611 a BGB, noch nicht. Der in Rechtsprechung und Literatur oft zitierte § 84 HGB ist nicht verallgemeinerungsfähig (dazu u. III 1). Auch die Negativdefinition in § 5 BetrVG ist nicht weiterführend.⁶ Soweit der Begriff in einem Gesetz näher erläutert wird, bezieht sich das nur auf das jeweilige Gesetz. Angesichts des Fehlens einer Legaldefinition musste für die empirische Untersuchung in erster Linie der **Arbeitnehmerbegriff der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung** zugrunde gelegt werden (s. zum BAG-Modell u. V). Dabei besteht allerdings das Problem, dass das BAG auf eine klare Definition verzichtet und „alle Umstände des Einzelfalles“ berücksichtigen will. Da auf dieser Grundlage eine seriöse Befragung nicht möglich ist,⁷ wird die vorhandene BAG-Rechtsprechung analysiert, und es werden – soweit das möglich ist – daraus im Wege einer wohlwollenden Interpretation die Kriterien abgeleitet, die das BAG üblicherweise in seinen Fällen zur Abgrenzung zwischen Arbeitnehmern und Selbständigen zugrunde legt.⁸

Die entsprechenden Kriterien werden im Schlussteil zusammengestellt und im Hinblick auf eine empirische Befragung aufbereitet (s. u. XVII).

5 S. zu der der Befragung zugrunde liegenden „Grauzone“ Dietrich/Patzina, Quantitative Erfassung, S. 37 ff.

6 Wank, EuZA 2016, 143, 146.

7 Dietrich, Empirische Befunde, S. 1.

8 So bereits Wank, Empirische Befunde, S. 14 ff.

II Entwicklungen seit dem früheren Gutachten

Die vorliegende Studie knüpft an eine Studie der beiden Verfasser aus dem Jahre 1997 an.⁹ Im Anschluss daran hatte der Gesetzgeber sich des Problems der Scheinselbständigkeit erstmals angenommen. Dazu wurde eine Regelung im Sozialgesetzbuch IV gewählt. Der Sinn dieses Vorgehens war, dass zunächst Erfahrungen mit der neuen Definition im Sozialversicherungsrecht gewonnen werden sollten, bevor man die Erkenntnisse auf eine Regelung im Arbeitsrecht übertrug. Insofern ist es auch für die vorliegende arbeitsrechtliche Untersuchung geboten, auf die Gesetzgebung zum Sozialversicherungsrecht einzugehen. In § 7 Absatz 4 SGB IV wurde eine operationale Definition des Beschäftigten, also des Arbeitnehmers im Sinne des Sozialversicherungsrechts, eingefügt.¹⁰

1. § 7 SGB IV in der Fassung des „Gesetzes zur Förderung der Selbständigkeit“

Änderungen im SGB IV erfolgten insbes. in § 7 Abs. 1 und in § 7 Abs. 4.

§ 7 SGB IV neuer Absatz 1 Satz 2:

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

§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB IV blieb bis heute unverändert. Damit wird in Satz 1 auf den Arbeitnehmerbegriff des Arbeitsrechts Bezug genommen, und dieser wird nach dem Verständnis des Gesetzgebers bestimmt durch Weisungsbindung und Eingliederung.

Zusätzlich wurde in Abs. 4 eine Operationalisierung vorgenommen. Diese wurde allerdings nicht verallgemeinert, sondern bezog sich nur auf Personen, die ihre Mitwirkungspflicht nicht erfüllen. Die Neuregelung lautete:¹¹

§ 7 SGB IV neuer Absatz 4:

„Bei einer erwerbsmäßig tätigen Person, die ihre Mitwirkungspflichten nach § 206 des Fünften Buches Sozialgesetzbuch oder nach § 196 Abs. 1 des Sechsten Buches Sozialgesetzbuch nicht erfüllt, wird vermutet, dass sie beschäftigt ist, wenn mindestens drei der folgenden fünf Merkmale vorliegen:

⁹ Dietrich/Wank, Freie Mitarbeiter und selbständige Einzelunternehmer mit persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit, Empirische Befunde zur „Scheinselbständigkeit“, Band 1 – Dietrich, 1996, Band 2 – Wank, 1997.

¹⁰ Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit v. 20.12.1999, BGBl. I 2000 v. 10.1.2000, S. 2.

¹¹ Dazu Bauer/Baeck/Schuster, Scheinselbständigkeit, Rn. 113 ff.

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

Satz 1 gilt nicht für Handelsvertreter, die im Wesentlichen frei ihre Tätigkeit gestalten und über ihre Arbeitszeit bestimmen können. Die Vermutung kann widerlegt werden."

Angesichts der Kritik in Politik und Presse, insbesondere auch von Arbeitgeberverbänden, hat der Gesetzgeber die entsprechende Vorschrift wenige Jahre später wieder aufgehoben, indem er Absatz 4 durch eine Regelung mit ganz anderem Inhalt ersetzt hat.¹²

2. § 7 Abs. 4 SGB IV in der Fassung des „Zweiten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt“

„(4) Für Personen, die für eine selbständige Tätigkeit einen Zuschuss nach § 421 I des Dritten Buches beantragen, wird widerlegbar vermutet, dass sie in dieser Tätigkeit als Selbständige tätig sind. Für die Dauer des Bezugs dieses Zuschusses gelten diese Personen als selbständig Tätige."

Absatz 1 blieb unverändert. Bei der Kritik am Gesetz wurde nicht unterschieden zwischen dem Inhalt des Abs. 4 – ein teilweise zutreffender Versuch einer Operationalisierung – und der verbesserungsbedürftigen Gesetzgebungstechnik.¹³

3. Geltende Fassung des § 7 Abs. 1 SGB IV

Die jetzt geltende Vorschrift des § 7 SGB IV enthält weiterhin die bereits in der Fassung von 1999 enthaltene Formulierung in Abs. 1. Diese nimmt auf das Arbeitsrecht Bezug und verzichtet auf eigene Kriterien.

¹² Zweites Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23.12.2002, BGBl. 2002, Nr. 87; § 7 Abs. 4 SGB a. F. wurde zum 1.1.2003 aufgehoben.

¹³ S. zur Kritik an der Gesetzgebungstechnik Wank, AuR 2001, Teil 1, S. 291 ff., Teil 2, S. 327 ff.

geltende Fassung des § 7 Abs. 1 SGB IV:

„Beschäftigung ist die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers.“

§ 7 Abs. 4 betrifft die Sonderproblematik der grenzüberschreitenden Beschäftigung.

Damit ist wieder der Status quo ante erreicht: Abgesehen von dem Hinweis auf Weisungsbindung und Eingliederung und abgesehen davon, dass diese Konkretisierung nur für das Sozialversicherungsrecht vorliegt, **fehlte es und fehlt bis zum geplanten Inkrafttreten des neuen § 611 a BGB am 1.4.2017 im Arbeitsrecht an einer gesetzlichen Abgrenzung** zwischen Arbeitnehmern und Selbständigen (zu § 84 HGB s. u. III 1, V 1 b) aa). Das führt zu einer Rechtsunsicherheit, die in der Praxis zulasten von Personen geht, die zwar in Wahrheit Arbeitnehmer sind und denen Arbeitnehmerrechte zustünden, die aber im Vertrag (zu Unrecht) als Selbständige bezeichnet werden („Scheinselbständige“).

In der Literatur wird zwar teilweise darauf hingewiesen, dass eine langjährige Rechtsprechung des BAG bestehe, so dass es keiner gesetzlichen Regelung bedürfe. Auch vor der Schaffung des neuen § 611 a BGB wurde das wiederum vorgebracht.¹⁴ Dabei wird aber übersehen, dass das BAG auf eine Gesamtabwägung aller Umstände des Einzelfalles abstellt und insbesondere keine operationale Definition anbietet. Damit lässt sich für die Betroffenen nicht vorhersehen, wie die Rechtsprechung einen Fall entscheidet. Im Übrigen ist die vom BAG zugrunde gelegte Definition zwar für den unproblematischen Regelfall geeignet, vermag aber gerade die problematischen Sonderfälle nicht sachgerecht zu erfassen. Das BAG kommt nur dadurch meist zu zutreffenden Ergebnissen, dass es sich nicht an seine eigenen Prämissen hält.

Inzwischen sind gegenüber der Studie von 1997 neue Probleme hinzugekommen. Da Gesetzgebung und Rechtsprechung zur Leiharbeit restriktiver geworden sind, gehen Arbeitgeber verstärkt dazu über, **Werkverträge** abzuschließen (s. u. XI 1, 2). Das können echte Werkverträge sein, aber auch Scheinwerkverträge anstelle von Arbeitnehmerüberlassungsverträgen. Für die Abgrenzung zwischen echten Werkverträgen einerseits und Leiharbeitsverträgen andererseits kommt es auf ähnliche Überlegungen an wie allgemein bei der Abgrenzung zwischen Arbeitnehmern und Selbständigen. Das wird in § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG n. F. aufgegriffen.

Im Hinblick auf die Stellung von **GmbH-Fremdgeschäftsführern** hat sich dadurch eine Änderung ergeben, dass nunmehr die Rechtsprechung des EuGH zu be-

¹⁴ Giesen, DB 36/2015, Standpunkte S 5.

achten ist, die von der bis dahin bestehenden Rechtsprechung des BAG abweicht (dazu IX 3).

Crowdworking, sharing economy und Interim-Arbeiten werfen neue Probleme auf (s. u. XI 8–10).

Gegenüber dem früheren Gutachten hat sich die Gesetzeslage insoweit verändert, als inzwischen neben die genannten Begriffe der Begriff des **Beschäftigten** getreten ist (dazu im Folgenden unter III 2). Das Verhältnis der Begriffe Arbeitnehmer, Arbeitnehmerähnlicher und Beschäftigter zueinander muss daher im vorliegenden Zusammenhang geklärt werden.

Einzugehen ist auf die in der Literatur an der früheren Fassung des § 7 SGB IV geäußerte Kritik insoweit, als es um die **praktische Umsetzung** geht. Echte Selbständige dürfen nicht unzulässiger Weise als Arbeitnehmer qualifiziert werden. Insoweit muss bei einer Gesetzgebung und bei der Umsetzung in behördliche Richtlinien darauf geachtet werden, dass nur signifikante Merkmale verwandt werden.

Soweit es dagegen um die **wissenschaftliche Auseinandersetzung** geht, kann die Kritik nicht überzeugen. Sie beruht teilweise auf Falschzitenen, lässt eine wissenschaftstheoretische Grundlegung vermissen oder offenbart Unverständnis für elementare wissenschaftstheoretische Zusammenhänge sowie der Grundvoraussetzungen für eine juristische Definition und ist zudem in sich unschlüssig (s. u. XV 7). Aus der Kritik lässt sich weder eine wissenschaftlich tragfähige Alternative ableiten noch werden praktisch brauchbare Abgrenzungskriterien angeboten. Vielmehr wird der Status quo als angemessen bezeichnet, obwohl damit nachweisbar die eigentlichen Problemfälle nicht schlüssig gelöst werden können. Sofern es Sinn einer Rechtstatsachenforschung ist, vorhandene Defizite ebenso wie Lösungen zu ihrer Behebung aufzuzeigen, bieten weder die Rechtsprechung noch die h. M. in der Literatur eine Hilfe zur Behebung dieser Defizite.

III Gesetzgebung vor der Neufassung des § 611 a BGB

Bei Handelsvertretern stellt sich angesichts der kundenbezogenen Tätigkeit und der weitgehenden Weisungsfreiheit in besonderem Maße das Abgrenzungsproblem.¹⁵ Im deutschen Recht ist § 84 HGB einschlägig.

1. § 84 HGB und § 7 SGB IV

Nach dem Gesetzesstand zur Zeit der Erstellung des vorliegenden empirischen Gutachtens gab es im Arbeitsrecht keine Legaldefinition des Arbeitnehmers.¹⁶ Zwar fand sich in einigen Gesetzen eine Legaldefinition, sie war aber auf das jeweilige Gesetz bezogen, wie z. B. in § 5 BetrVG.

a) § 84 HGB

Die Vorschrift lautet:

- (1) Handelsvertreter ist, wer als selbständiger Gewerbetreibender ständig damit betraut ist, für einen anderen Unternehmer (Unternehmer) Geschäfte zu vermitteln oder in dessen Namen abzuschließen. Selbständig ist, wer im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann.
- (2) 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.

Insofern enthält § 84 HGB zwar eine Legaldefinition. Die Vorschrift war jedoch von vornherein als Sondervorschrift für Handelsvertreter vorgesehen.¹⁷ Zudem widerspricht sie der im Übrigen vom BAG und von der herrschenden Meinung in der Literatur verwandten Definition.¹⁸ So fehlt in § 84 HGB die „örtliche Weisungsbindung“ ebenso wie die „Eingliederung“. Daher muss man sich entscheiden: Entweder man wendet § 84 HGB auch in anderen Fällen analog an – dann muss man allerdings klar sagen, dass man an der üblichen Definition nicht festhält – oder man verwendet die sonst übliche Definition; dann kann man allerdings nicht zugleich § 84 HGB anwenden. Dagegen ist es unzulässig, was aber in Rechtsprechung und Literatur verbreitet geschieht, beide Definitionen nebeneinander zu verwenden und vorzugeben, sie hätten denselben Inhalt.

15 S. zum Handelsvertreterrecht in Europa Wank in Flohr/Martinek, European Distribution Laws, erscheint 2017.

16 S. Wank, Arbeitnehmer, S. 7 ff.; ders., Empirische Befunde, S. 30 f.; ders., EuZA 2016, 143, 144 ff.

17 Unzut. deshalb Boemke, ZfA 1998, 285, 301, 302, nach dessen Ansicht § 84 Abs. 1 Satz 2 HGB allgemein verbindlich ist.

18 Wank, Arbeitnehmer, S. 7, 257 ff.; ders. in Blanke u. a., Neue Beschäftigungsformen, 1. Teil Rn. 66 ff.

Eine – fälschliche – Berufung auf § 84 HGB findet sich z. B. in:

BAG 21.2.1990 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 57¹⁹

BAG 25.5.2005 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 117

BAG 15.2.2012 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 123

BAG 29.8.2012 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 124

BAG 17.4.2013 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 125 (Rn. 15)

BAG 25.9.2013 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 126 (Rn. 15)

Bei Handelsvertretern wendet das BAG zwar scheinbar § 84 HGB an, legt dabei aber tatsächlich die übliche, weitergehende Definition zugrunde.

Für die vorliegende **empirische Untersuchung** musste angesichts dessen, dass sich das BAG überwiegend auf eine andere Definition bezieht, die Berücksichtigung des § 84 HGB ausscheiden.

Die Neuregelung des § 611 a BGB enthält zwei Definitionen nebeneinander, zum einen die allgemein übliche mit fünf Unterbegriffen und zum anderen, wörtlich aus dem Gesetz übernommen, die aus § 84 Abs. 1 Satz 2 HGB mit nur zwei Unterbegriffen.

b) § 7 SGB IV

Die vorübergehend bestehende Legaldefinition²⁰ im **Sozialversicherungsrecht** in § 7 Abs. 4 SGB IV wurde wieder aufgehoben.²¹ Die jetzige Regelung findet sich in § 7 Abs. 1 SGB IV. Satz 1 definiert Beschäftigung als „nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis“. Damit nimmt die Vorschrift weitestgehend auf das Arbeitsrecht Bezug. Die Regelung lässt offen, ob nicht über die arbeitsrechtliche Regelung hinaus einige Fälle im Sozialrecht anders geregelt sein können. So gilt beispielsweise nach § 7 Abs. 2 SGB IV auch der Erwerb beruflicher Kenntnisse im Rahmen einer betrieblichen Berufsbildung als Beschäftigung im Sinne des Gesetzes. Der geltende § 7 Abs. 1 S. 2 SGB IV verweist jedenfalls grundsätzlich auf die Kriterien Weisung und Eingliederung und damit auf die BAG-Rechtsprechung, ohne eigene Akzentuierung. Wenn man davon ausgeht, dass der Gesetzgeber einen Gleichlauf von Arbeitsrecht und Sozialversicherungsrecht erreichen wollte, so wird dieses Ziel durch die Neuregelung des § 611 a BGB durchkreuzt. Ebenso wie die neuere BAG-Rechtsprechung enthält § 611 a BGB nämlich nicht nur *eine* Definition, sondern zwei: die allgemein übliche mit fünf Unterbegriffen in Satz 1 und 2 und daneben die des § 84 Abs. 1 Satz 2 HGB mit nur zwei

19 Das BAG meint – unzutreffend –, § 84 Abs. 1 Satz 2 HGB enthalte „eine allgemeine gesetzgeberische Wertung“.

20 Vom 1.4.1999 bis zum 31.12.2002.

21 Zu der Vermutungsregelung *Bauer/Diller/Schuster*, NZA 1999, 1297; *Thüsing*, Arbeit und Arbeitsrecht 2015, 644, 645; *Wank*, AuR 2001, 291 ff., 327 ff.; *ders.*, EuZA 2016, 143, 160; *Willemsen/Mehrens*, NZA 2015, 897, 902.

Unterbegriffen. In beiden Definitionen kommt die Eingliederung – anders als in § 7 Abs. 1 SGB IV – nicht mehr vor, so dass zweifelhaft ist, welchen Inhalt § 7 Abs. 1 SGB IV ab 1.4.2017 hat, wenn § 611 a BGB bis dahin in Kraft tritt.

2. Arbeitnehmer und Beschäftigte

a) Vorläufige Terminologie

Wenn unklar ist, ob eine beschäftigte Person Arbeitnehmer oder Selbständiger ist, empfiehlt sich bis vor einigen Jahren als **neutraler Oberbegriff**, der einer Prüfung zugrunde zu legen ist, der des „Beschäftigten“. Da inzwischen der „Beschäftigte“ ein terminus technicus ist, empfiehlt sich nunmehr der Oberbegriff des „Erwerbstätigen“. Erst nach der Subsumtion kann man dann zu dem Ergebnis gelangen, dass es sich entweder um einen Arbeitnehmer oder um einen Selbständigen handelt. Dementsprechend kann man auch anfangs noch nicht vom „Arbeitgeber“ sprechen, sondern nur vom (untechnisch gesprochen) „Auftraggeber“²² oder „Vertragspartner“²³.

Neben der Bezeichnung als Arbeitnehmer findet sich in einigen Gesetzen für abhängig Beschäftigte die Bezeichnung „Beschäftigter“. Hierbei müssen zwei Verwendungsweisen unterschieden werden.²⁴

b) Sozialversicherungsrecht

Zum einen geht es um den Arbeitnehmerbegriff des Sozialversicherungsrechts. Am einfachsten wäre es, dafür schlicht auf den Arbeitnehmerbegriff des Arbeitsrechts zu verweisen. Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur legen aber Wert auf die Besonderheiten des Sozialversicherungsrechts. Deshalb wird der arbeitsrechtliche Begriff des Arbeitnehmers in § 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV durch den Begriff des „Beschäftigten“ ersetzt,²⁵ der damit für das gesamte Sozialversicherungsrecht verbindlich ist. Das Gesetz sagt aber schon selbst, dass es sich um eine Tätigkeit „insbesondere in einem Arbeitsverhältnis“ handelt und verweist in Satz 2 auf Weisungsbindung und Eingliederung, und damit auf die vom BAG (jedenfalls in der Vergangenheit) genannten Kriterien.²⁶ Ob und inwieweit es daneben Platz für einen eigenständigen Arbeitnehmerbegriff des Sozialversicherungsrechts gibt, kann hier offenbleiben.²⁷ Jedenfalls lässt sich daraus – anders als nach der früheren Fassung dieser Bestimmung – kein Erkenntnisgewinn für das Arbeitsrecht ableiten.

²² So auch BAG 25.9.2013 NZA 2013, 1348.

²³ Wank, Arbeitnehmer, S. 3 f.

²⁴ Maties, Festschrift für Wank, S. 323, 325 f.

²⁵ ErFK-Rolls, § 7 SGB IV Rn. 3; Greiner, NZS 2009, 657, 663.

²⁶ Zur Rechtsprechung des BSG Erren, Vorstandsmitglied, S. 223 ff.

²⁷ Wank, EuZA 2016, 143, 145.

c) Arbeitsrecht

Eine andere Bedeutung des Beschäftigtenbegriffs betrifft seine Anwendung im Arbeitsrecht.²⁸ Der Begriff findet sich in folgenden Gesetzen: § 6 Abs. 1, 2 AGG, § 7 Abs. 1 PflegeZG, § 7 Nr. 12 GenDG, § 3 Abs. 11 BDSG, § 2 Abs. 2 FamPflegeZG.²⁹

Dabei wird immer auch der Arbeitnehmerbegriff in seiner üblichen Bedeutung im Arbeitsrecht verwandt; daneben werden Personengruppen einbezogen, die vom Arbeitsrecht nicht erfasst werden. Der Begriff des Beschäftigten bezeichnet daher kein aliud, sondern „Arbeitnehmer plus“. Eine Ursache für die Verwendung des Beschäftigtenbegriffs im Arbeitsrecht ist, dass das Sekundärrecht der EU einen eigenen, weitergehenden Arbeitnehmerbegriff verwendet. Um ihn adäquat in deutsches Recht umzusetzen, ist die Verwendung eines neuen Begriffs naheliegend.³⁰

Eine andere Ursache ist die, dass manche arbeitsrechtlichen Gesetze auf Personen ausgedehnt werden sollen, die keine Arbeitnehmer sind, ohne dass der Arbeitnehmerbegriff allgemein erweitert werden sollte. Infolgedessen sind bei der Bestimmung des Arbeitnehmerbegriffs eine Reihe von Personengruppen mit Leuten, die zwar arbeiten, aber keine Arbeitnehmer sind, auszuklammern.³¹

In allen genannten Vorschriften werden außer den Arbeitnehmern auch die zu ihrer Berufsbildung Beschäftigten einbezogen sowie die Arbeitnehmerähnlichen. Im Hinblick auf die zu ihrer Berufsbildung Beschäftigten gilt zwar allgemein, dass sie keine Arbeitnehmer sind, § 10 BBiG. Aber das Gesetz selbst bestimmt, dass auf den Berufsbildungsvertrag, „soweit sich aus seinem Wesen und Zweck nichts anderes ergibt“, Arbeitsrecht anzuwenden ist. Die Einbeziehung in diesem Gesetz und in ähnlichen Gesetzen kann man als eine Art Analogie verstehen: Die Vorschriften für Arbeitnehmer finden auf diese Personen entsprechende Anwendung.³²

Arbeitnehmerähnliche sind zwar keine Arbeitnehmer. Aber einige Vorschriften sehen die entsprechende Anwendung arbeitsrechtlicher Vorschriften auf Arbeitnehmerähnliche vor (s. im Folgenden unter III 4). Durch den Kunstgriff des Beschäftigtenbegriffs wird auch hier eine gesetzliche Analogie vorgenommen.

Schließlich werden in den genannten Gesetzen – mit Ausnahme des Pflegezeitgesetzes – in den Begriff des Beschäftigten auch **Bewerber** (dazu XI 11) und **ehemalige Arbeitnehmer** einbezogen. In den sonstigen arbeitsrechtlichen Vorschriften ist ihre Berücksichtigung unterschiedlich. So werden in § 6 Abs. 1 Satz 2 AGG aus-

28 *ErfK-Preis*, § 611 BGB, Rn. 24; *Erren*, Vorstandsmitglied, S. 517 ff.; *Forst*, RdA 2014, 157, 163 f.; *Richardi*, NZA 2010, 1101; *Wank*, EuZA 2016, 143, 144 f.

29 Dazu *Richardi*, NZA 2010, 1101.

30 *Forst*, RdA 2014, 157, 163.

31 *S. ErfK-Preis*, § 611 BGB Rn. 8 ff.; für England s. *Mark Freedland/Nicola Kountouris*, The Legal Constitution of Personal Work Relations.

32 *MünchArbR-Richardi*, § 117 Rn. 41; allgemein zur entsprechenden Anwendung *Maties*, JR 2007, 265 ff.

drücklich auch Arbeitsplatzbewerber erfasst, während sich der allgemeine arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz nicht auf Bewerber bezieht.

Beamte, Richter, Soldaten und Zivildienstleistende werden von § 7 Abs. 11 BDSG als Beschäftigte ebenfalls erfasst. In der übrigen Rechtsordnung muss insoweit unterschieden werden: Soweit es sich um rein deutsches Recht handelt, stellen Beamte eine eigene Kategorie gegenüber Arbeitnehmern dar.³³ Anders ist es im Unionsrecht; hier werden schlicht-hoheitlich Beschäftigte zu den Arbeitnehmern gerechnet, während Beschäftigte mit Hoheitsbefugnissen vom Arbeitnehmerbegriff ausgenommen sind.³⁴ Wo deutsches Recht auf Gemeinschaftsrecht zurückgeht, wird teilweise ebenfalls eine Anwendung von Arbeitsrecht auf Beamte angeordnet, wie in § 24 AGG.

Darüber hinaus ist der Anwendungsbereich des BDSG auch auf **Rehabilitanden** und andere ausgedehnt.

d) Entsprechende Anwendung

Wenn Arbeitsrecht auf Personen angewandt werden soll, die keine Arbeitnehmer sind oder deren Arbeitnehmereigenschaft streitig ist, besteht eine andere Gesetzestechnik als die, sie unter den Begriff des Beschäftigten zu fassen, darin, eine entsprechende Anwendung von Arbeitsrecht anzuordnen. Das geschieht beispielsweise in § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG in Bezug auf Organmitglieder.

Der Gesetzgeber kann auch bei Personen, die offensichtlich keine Arbeitnehmer sind, anordnen, dass sie als Arbeitnehmer i. S. des Gesetzes *gelten*. So ist der Gesetzgeber verfahren bei Beamten, Soldaten und Arbeitnehmern des öffentlichen Dienstes, die in Betrieben privatrechtlich organisierter Unternehmen tätig sind, § 5 Abs. 1 Satz 3 BetrVG.³⁵

e) Mitarbeiter

Den Begriff des „Mitarbeiters“ verwendet § 33 b Abs. 21 Nr. 3 WpHG.³⁶

f) Empirische Untersuchung

Für die empirische Untersuchung folgt daraus: Die Verwendung des Beschäftigtenbegriffs in den genannten Gesetzen gibt keine Veranlassung, bei einer Untersuchung zum Arbeitnehmerbegriff zu einem neuen Ansatz zu kommen. Alle genannten Vorschriften enthalten weiterhin den Arbeitnehmerbegriff; sie fügen nur weitere Personengruppen hinzu. So werden auch Arbeitnehmer und Arbeitneh-

33 MünchArbR-Richardj, § 17 Rn. 41; s. auch Bieder in Fütterer/Pötters/Stiebert/Traut, Arbeitsrecht für wen und wofür?, S. 71 ff.

34 S. z. B. zum Beamten im Befristungsrecht Brose in Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, 2015, § 9 Rn. 19 ff.

35 Dazu Heise/Felder, NZA 2009, 1069.

36 Dazu Däubler, AuR 2012, 380, 383 f.; Forst, AG 2013, 277.

merähnliche nicht etwa als einheitliche Gruppe erfasst, sondern auch weiterhin einander gegenübergestellt. Soweit Bewerber und ausgeschiedene Arbeitnehmer ebenfalls dem Beschäftigtenbegriff unterliegen, sollte sich eine empirische Untersuchung auf aktive Arbeitnehmer beschränken. Für die Definition des Arbeitnehmers dagegen sind beide Personengruppen ebenfalls zu berücksichtigen.

3. Erweiternde Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs

Wie dargelegt, werden von manchen gesetzlichen Vorschriften zum Arbeitnehmerschutz nicht nur Arbeitnehmer erfasst, sondern kraft ausdrücklicher gesetzlicher Regelung auch andere Personen, wie insbes. Arbeitnehmerähnliche oder, noch weitergehend, Beschäftigte. Das ändert nichts am Arbeitnehmerbegriff, sondern bedeutet nur eine partielle Erweiterung des Anwendungsbereichs von Arbeitsrecht.

Erfüllungsgehilfen von Werkunternehmern, die in einem Einsatzbetrieb arbeiten, werden auch nicht dadurch zu Arbeitnehmern des Einsatzbetriebs, dass der Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht und ein Informationsrecht hat (vgl. § 80 Abs. 2 BetrVG nach dem E-AÜG). Etwas anderes gilt nur insofern, als Leiharbeiter im Einsatzbetrieb in Zukunft im Betriebsverfassungsrecht kraft Gesetzes bei den Schwellenwerten mitzählen, so nach § 14 Abs. 2 S. 4 AÜG; sie gelten im Einsatzbetrieb als Arbeitnehmer im Sinne des Gesetzes.

Jedenfalls werden diese Personen durch diese extensive Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs nicht zu Arbeitnehmern. Für die empirische Untersuchung folgt daraus, dass derartige Erweiterungen des Arbeitnehmerbegriffs unbeachtet bleiben, da sie sich nur punktuell auswirken und nicht den Arbeitnehmerbegriff im Allgemeinen betreffen.

4. Arbeitnehmer und Arbeitnehmerähnliche

a) Abgrenzung

Für eine sinnvolle Definition ist es notwendig, den Gegenbegriff zu bestimmen und dann die Unterscheidungsmerkmale herauszuarbeiten. Der Gegenbegriff des **Selbständigen** kommt in arbeitsrechtlichen Gesetzen nicht vor. Üblicherweise wird als Gegenbegriff zum Arbeitnehmer der „freie Dienstnehmer“ genannt.³⁷ Das ist zwar allgemein üblich, aber unzutreffend. Als Gegenstück kommt vielmehr jeder Vertragstyp in Betracht, der die – selbständige – Tätigkeit für einen anderen zum Gegenstand hat. Das kann ein Werkvertrag sein (s. u. XI 1), aber auch irgendein

37 Man kann auch als Gegenbegriff den Arbeitgeber wählen, so *Maties*, Festschrift für Wank, 2014, S. 323.

anderer Vertragstyp.³⁸ Aus rechtsdogmatischer Sicht empfiehlt es sich, als Gegenbegriff zum Arbeitnehmer den des „Selbständigen“ zu verwenden.

Hierbei ist zu klären, wie sich der Begriff des Arbeitnehmerähnlichen zu den Begriffen „Arbeitnehmer“ und „Selbständiger“ verhält.

In einigen Gesetzen wird der „Arbeitnehmerähnliche“ genannt:³⁹

§ 12 a TVG

§ 2 BUrlG

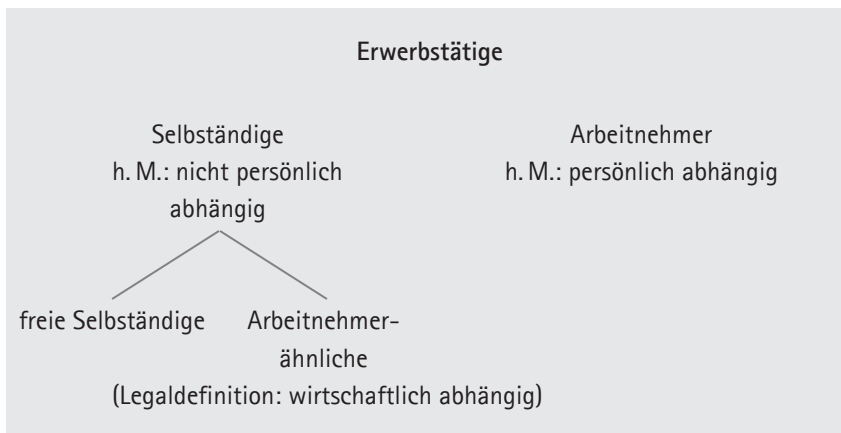
§ 5 ArbGG, ferner im

HGB und im

HAG

Im Hinblick auf die drei Begriffe „Arbeitnehmer“, „Arbeitnehmerähnlicher“ und „Selbständiger“ sind zwei unterschiedliche Zuordnungen möglich.⁴⁰ Entweder der Arbeitnehmerähnliche ist ein Unterfall des Selbständigen, oder er stellt eine eigene, dritte Kategorie dar.⁴¹

Die Rechtslage ist eindeutig. Innerhalb der Gruppe der Selbständigen gibt es die freien Selbständigen und die Arbeitnehmerähnlichen.⁴²



³⁸ Henssler, RdA 2016, 18, 21; Wank, EuZA 2016, 143, 162.

³⁹ S. Wank, Arbeitnehmer, S. 9.

⁴⁰ S. zum EU-Recht Pottschmidt, Arbeitnehmerähnliche Personen; zu Großbritannien Sutschet, EuZA 2016, 171 ff.

⁴¹ Unzutr. Wiedergabe der Rechtsprechung bei Griebeling, NZA 1998, 1137, 1140.

⁴² Wank, Empirische Befunde, S. 22; insoweit zutr. Griebeling, NZA 1998, 1137, 1139.

Das ist jedenfalls dann offensichtlich, wenn man den Arbeitnehmer durch seine persönliche Abhängigkeit kennzeichnet und feststellt, dass beim Arbeitnehmerähnlichen die persönliche Abhängigkeit fehlt. Dementsprechend heißt es bei *Rost*⁴³:

„Das BAG definiert arbeitnehmerähnliche Personen nunmehr in st. Rspr. als Selbständige, die sich von Arbeitnehmern durch den Grad der persönlichen Abhängigkeit unterscheiden.“ „An die Stelle der persönlichen Abhängigkeit tritt das Merkmal der wirtschaftlichen Abhängigkeit bzw. Unselbständigkeit; außerdem muss der wirtschaftlich Abhängige seinem gesamten sozialen Status nach einem Arbeitnehmer vergleichbar schutzbedürftig sein.“

Im Gegensatz zu dieser Prämisse behaupten einige Autoren, der Arbeitnehmerähnliche stelle eine eigene, dritte Kategorie neben Arbeitnehmern und Selbständigen dar.⁴⁴ Beide einander ausschließenden Aussagen stehen manchmal bei denselben Autoren im gleichen Abschnitt.⁴⁵ Soweit auf dieser Grundlage Einwände gegen einen teleologischen Arbeitnehmerbegriff abgeleitet werden, richten sich die Einwände gegen die Autoren selbst. Wenn es auf einem Bauernhof braun-weiße und schwarz-weiße Kühe sowie Pferde gibt, so gibt es dort nicht drei Kategorien, sondern nur zwei (Kühe und Pferde), wobei die eine der beiden Kategorien weiter unterteilt wird. Nach Ansicht der Kritiker dagegen gibt es auf diesem Bauernhof drei Arten von Tieren.

b) Empirische Untersuchung

Daraus ergibt sich für die empirische Untersuchung: Erfasst werden sollen Arbeitnehmer im Gegensatz zu Selbständigen. Da Arbeitnehmerähnliche keine eigene Kategorie bilden, sondern nur eine Untergruppe der Selbständigen, würde es eigentlich genügen, auf diese beiden Kategorien abzustellen.⁴⁶ Wie aber unten ausgeführt (s. u. X), folgen BAG und Teile der Literatur nicht dieser Logik.

Aus einem weiteren Grund ist die Befassung mit dem Arbeitnehmerähnlichen hier erheblich: Die Kritiker des hier vertretenen Arbeitnehmerbegriffs behaupten, nach diesem Modell gäbe es keine Arbeitnehmerähnlichen. Das ist, wie mehrfach ausdrücklich dargelegt, nicht der Fall. Arbeitnehmer und Arbeitnehmerähnliche sind zwar beide wirtschaftlich abhängig; aber nur für den Arbeitnehmer besteht eine Weisungsbindung, für den Arbeitnehmerähnlichen nicht. Auch klammern die

43 KR-*Rost*, 10. Aufl. 2013, Arbeitnehmerähnliche Personen, Rn. 8.

44 S. z. B. *Buchner*, NZA 1998, 1144 ff., der nicht unterscheidet zwischen „eigenständiger Gruppe“ und „eigenständiger Untergruppe der Selbständigen“: niemand bestreitet die eigenständige Untergruppe dieser Selbständigen; s. *Wank*, Arbeitnehmer, S. 235 ff. Ähnlich am Thema vorbei *Hromádka*, NZA 1997, 569, 576, dessen Schaubild zur wirtschaftlichen Abhängigkeit des Arbeitnehmerähnlichen unzutreffend ist; *ders.*, NZA 2007, 838; ferner *Rost* in KR, 10. Aufl. 2013, Arbeitnehmerähnliche Personen, Rn. 15 a.

45 S. z. B. KR-*Rost*, 10. Aufl. 2013, Arbeitnehmerähnliche Personen, Rn. 8 einerseits, Rn. 15 a andererseits.

46 S. bereits *Wank*, Empirische Befunde, S. 22 f.

Vertreter der Gegenmeinung einige schutzbedürftige Personengruppen aus dem Arbeitnehmerbegriff aus und weisen sie den Arbeitnehmerähnlichen zu, so dass es auf die Grenzziehung ankommt.

5. Einheitlicher Arbeitnehmerbegriff?

Wie bezüglich des Arbeitnehmerbegriffs im Unionsrecht an anderer Stelle dargelegt,⁴⁷ ist es nicht selbstverständlich, dass ein und derselbe Arbeitnehmerbegriff für alle Gesetze gilt.⁴⁸ Vielmehr könnte gemäß der „Relativität der Rechtsbegriffe“⁴⁹ jeweils ein anderer Arbeitnehmerbegriff anzuwenden sein.⁵⁰

Da aber unabhängig von den speziellen Gesetzeszwecken allen arbeitsrechtlichen Gesetzen ein gemeinsamer Schutzgedanke zugrunde liegt, empfiehlt es sich, einen allgemeinen Arbeitnehmerbegriff⁵¹ „vor die Klammer zu ziehen“.⁵² Zu unterscheiden ist zwischen einem „Grundbegriff“⁵³ und Modifikationen.⁵⁴ Allerdings muss dieser allgemeine Arbeitnehmerbegriff aber auch die Anwendbarkeit aller arbeitsrechtlichen Gesetze erklären können. Richtig heißt es bei *Preis*:

Das ist „nur aus dem Normzweck der arbeitsrechtlichen Schutzgesetze insgesamt möglich“.⁵⁵

Das ist allerdings nicht der Fall, wenn der Arbeitnehmerbegriff, wie nach der Rechtsprechung, nur auf § 106 GewO und auf die Mitbestimmung nach dem Betriebsverfassungsrecht Bezug nimmt und die Anwendbarkeit zahlreicher arbeitsrechtlicher Gesetze nicht erklären kann. Es ist nicht nachvollziehbar, warum es beispielsweise ein Mindestlohngesetz gibt, wenn doch Arbeitnehmer nur in Bezug auf eine persönliche Abhängigkeit durch arbeitsrechtliche Gesetze geschützt werden sollen und gerade nicht im Hinblick auf ihre wirtschaftliche Abhängigkeit.

Einige Vertreter der h. M. argumentieren widersprüchlich. Einerseits gibt es nach ihrer Meinung einen einheitlichen Arbeitnehmerbegriff für das gesamte Arbeitsrecht. Andererseits fühlen sich die Vertreter der h. M. an ihre Prämisse nicht gebunden und meinen, der materielle Geltungsgrund sei bei den einzelnen Gesetzen so verschieden, „dass die Einbeziehung in den einen Regelungsbereich nicht

47 Wank, EuZA 2008, 172 ff.; s. auch Junker, EuZA 2016, 184 ff.

48 Wank, EuZA 2016, 143, 146 ff.

49 Wank, Begriffsbildung, S. 110 ff.

50 Zum Ganzen Wank, Arbeitnehmer, S. 37 ff.

51 Dafür BAG 25.3.1992 NZA 1992, 899; ErFK-Preis, § 611 BGB Rn. 35; Wank, Arbeitnehmer, S. 37 ff.; a. A. MünchArbR-Richardi, § 16 Rn. 44 ff.; Heinze, NZA 1997, 1, 3 ff.; differenzierend HWK-Thüsing, Vor § 611 BGB Rn. 21.

52 ErFK-Preis, § 611 BGB Rn. 38.

53 Dazu Wank, Begriffsbildung, S. 6.

54 S. auch Brammssen, RdA 2010, 267, 271; ErFK-Preis, § 611 BGB Rn. 35.

55 ErFK-Preis, § 611 BGB Rn. 44.

notwendigerweise dazu zwingt, eine Person auch in den anderen Regelungsbe-
reich einzubeziehen".⁵⁶

Es ist müßig darüber zu streiten, ob man beim Grundbegriff des Arbeitnehmers
von einem **Statusbegriff** sprechen sollte⁵⁷ oder nicht.⁵⁸ Offensichtlich ist nicht ein
Status i. S. des Beamtenrechts gemeint. Wie schon früher ausgeführt, kann die-
selbe Person „im Hauptberuf Beamter sein und im Nebenberuf Arbeitnehmer, im
Hauptberuf Selbständiger und im Nebenberuf Arbeitnehmer" usw.⁵⁹ Gemeint ist,
dass man die gleichen Kriterien bei einer bestimmten Person für ein ganzes Bündel
arbeitsrechtlicher Gesetze anwenden kann.

Dass man den Grundbegriff des Arbeitnehmers je nach Bedarf um weitere Per-
sonengruppen anreichern kann, zeigt die Verwendung des Begriffs „Beschäftigter".
Sie lässt den Arbeitnehmerbegriff unberührt, dehnt aber den Anwendungsbereich
aus (dazu o. III 2).

56 MünchArbR-Richardi, § 16 Rn. 43.

57 Wank, Arbeitnehmer, S. 37 (mit klarer Erläuterung des Gemeinten); ebenso Rebhahn, RdA 2009, 154, 158 f. Über
Nominaldefinitionen kann man nur bezüglich ihrer Zweckmäßigkeit streiten und nicht bezüglich ihrer Wahrheit.
Dieser Unterschied wird vielfach verkannt.

58 ErfK-Preis, § 611 BGB Rn. 38.

59 Wank, Empirische Befunde, S. 26.

IV Rechtsprechung von EuGH und BVerfG

Der Arbeitnehmer ist bis zur geplanten Verabschiedung des neuen § 611 a BGB im deutschen Recht nicht legal definiert. Soweit auf § 84 HGB Bezug genommen wird,⁶⁰ ist das in doppelter Hinsicht unzutreffend. Die Vorschrift wurde von vornherein als Sondervorschrift des Handelsrechts verstanden⁶¹ und bleibt inhaltlich noch hinter der Definition der herrschenden Meinung zurück, da sie das zweite Hauptkriterium, die Eingliederung, ebenso wenig nennt wie die örtliche Weisungsbindung, so dass das BAG sie nur mit Mühe und inneren Widersprüchen im Handelsvertreterrecht anwendbar machen kann.⁶² Sie als allgemeine Regelung zu verstehen, verbietet sich. Fehlte es somit an einer gesetzlichen Vorgabe, so hätte die Rechtsprechung durchaus auf der Grundlage des geltenden Rechts zu einem juristisch richtigen und praktisch überzeugenden Ergebnis kommen können. Allerdings hat die Rechtsprechung weiterhin die Theorie der persönlichen Abhängigkeit zugrunde gelegt, die kritisch zu sehen ist (dazu u. XV).

Wenn man für die empirische Untersuchung die Rechtsprechung der Arbeitsgerichte zugrunde legt, so muss im Übrigen auch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und des Bundesverfassungsgerichts berücksichtigt werden.

1. Teleologische Begriffsbildung und teleologischer Vergleich

a) Ontologische und teleologische Begriffsbildung

In der folgenden Darstellung der Rechtsprechung von EuGH, BVerfG und BAG soll diese Rechtsprechung nach ihrem eigenen Verständnis aufgezeigt werden. Eine Kritik an dieser Rechtsprechung soll getrennt davon im Anschluss erfolgen (s. u. XV).

Allerdings ist es schon an dieser Stelle erforderlich, bei der Darstellung eine gewisse Leitlinie zugrunde zu legen, da die bloße Aneinanderreihung von Merkmalen nur schwer eine Verallgemeinerung und damit einen Transfer erlaubt. Eine sinnvolle empirische Untersuchung ist auf dieser Grundlage nicht möglich. Anders ist es, wenn man dieser Rechtsprechung von vornherein eine innere Logik zugrunde legt. Das ist allerdings nur begrenzt machbar.

Die Rechtsprechung der genannten Gerichte leidet nämlich darunter, dass sie teilweise eine ontologische Begriffsbildung verwendet,⁶³ d. h. es wird nicht immer dargelegt, welcher Zusammenhang zwischen dem Zweck eines Gesetzes und der Bildung des Arbeitnehmerbegriffs besteht. Damit ist nicht vorhersehbar, ob die

60 S. z. B. Preis, *ErfK-BGB*, § 611 Rn. 50.

61 Dazu Wank, *Arbeitnehmer*, S. 7, 257 ff.

62 Dazu Wank in Martinek/Semler/Flohr, *Handbuch des Vertriebsrechts*, § 14 Rn. 32 ff.

63 Dazu Wank, *Arbeitnehmer*, S. 24 m. w. N. Fn. 156.

Rechtsprechung in einem Streitfall zur Bejahung der Arbeitnehmereigenschaft käme. Eine Ausnahme stellt die Rechtsprechung des EuGH zum autonomen Begriff des Arbeitnehmers in den Richtlinien dar; hier hat der EuGH selbst betont, dass es verschiedene Arbeitnehmerbegriffe je nach dem Zweck des einzelnen Gesetzes gibt (s. IV 2).

Richtig wäre in allen Fällen statt einer ontologische Begriffsbildung eine teleologische Begriffsbildung, die am Zweck eines Gesetzes oder der Gesamtheit der arbeitsrechtlichen Gesetze ausgerichtet ist (dazu unten XV).⁶⁴

b) Ontologischer und teleologischer Vergleich

Das rein ontologische Vorgehen ist insbesondere dann ungeeignet, wenn es um den Vergleich zweier rechtlicher Regelungen geht (z. B. Normalarbeitsverhältnis, Leiharbeit, Werkvertrag). Das in Rechtsprechung und Literatur übliche Vorgehen ist das des **zweckfreien Vergleichs**.⁶⁵ Regelung A wird mit ihren Untermerkmalen vorgestellt, danach Regelung B mit ihren Untermerkmalen, sodann erfolgt die Anwendung auf den Fall. Deutlich wird das beispielsweise, wenn der Fall „Werkvertrag mit Erfüllungsgehilfen“ abgegrenzt wird von dem Fall der Arbeitnehmerüberlassung und ohne teleologische Sicht § 631 BGB und § 1 AÜG geprüft werden. Dabei wird nicht berücksichtigt, dass eine Definition „an sich“ methodisch unbrauchbar ist und ebenso auch ein Vergleich von Definitionen „an sich“. Bei einem teleologischen Vergleich müssen dagegen die Untermerkmale von A und B von vornherein in Bezug auf den Vergleich von A und B herangezogen werden.⁶⁶ Wie schon Aristoteles bekannt war, wird der Klassenbegriff dadurch gebildet, dass seine Untermerkmale mit denen eines Gegenbegriffs verglichen werden.⁶⁷ Wenn ein Schimmel im Verhältnis zum Gegenbegriff des Rappen definiert werden soll, so kommt es weder auf die Mähne noch auf die Nüstern noch auf die Hufe an, sondern allein auf die weiße Farbe im Gegensatz zur schwarzen Farbe. Das zutreffende Vorgehen beim teleologischen Vergleich sieht daher wie folgt aus:

- Zweck der Regelung A
- Zweck der Regelung B
- Unterschiede bei den Zwecken:
 - zweckbezogene Untermerkmale von A im Vergleich zu den
 - zweckbezogenen Untermerkmalen von B
- Anwendung auf den Fall.

⁶⁴ S. Wank, Arbeitnehmer, S. 34 ff.

⁶⁵ S. die Literatur zum Verhältnis von Werkvertrag zu Leiharbeit; dazu u. XI 1, 2.

⁶⁶ Vgl. Wank in Blanke u. a., Neue Beschäftigungsformen, 1. Teil, Rn. 85.

⁶⁷ Wank, Die juristische Begriffsbildung, S. 8, 123 ff.

Allerdings kommt die Rechtsprechung – unabhängig von ihrem angreifbaren Ansatz – aufgrund praktischen Judizes meist zu zutreffenden Ergebnissen.

Bei der Darstellung der Rechtsprechung wird daher auf den zweckbezogenen Vergleich im Hinblick auf den jeweiligen Gegenbegriff Bezug genommen.

2. Europäischer Gerichtshof

a) Anwendbarkeit des Unionsrechts

Wenn im deutschen Recht der Begriff des Arbeitnehmers oder der des Arbeitnehmerähnlichen verwandt wird, ist die Rechtslage unterschiedlich je nachdem, ob es sich um einen EU-induzierten Arbeitnehmerbegriff handelt oder um einen rein deutschen Arbeitnehmerbegriff. Beruht die Regelung des deutschen Rechts auf EU-Recht, ist diese angesichts des „Vorrangs des Gemeinschaftsrechts“⁶⁸ auch für Deutschland verbindlich.

Soweit es um die Definition des Arbeitnehmers im Unionsrecht geht,⁶⁹ ist die Rechtsprechung des EuGH verbindlich. Insofern ist sowohl der Arbeitnehmerbegriff im Primärrecht der EU als auch im Sekundärrecht heranzuziehen.

Anders als in der Literatur teilweise vertreten, gibt es den einen Arbeitnehmerbegriff des Unionsrechts nicht.⁷⁰ Wie der EuGH mehrfach und richtig festgestellt hat,⁷¹ kommt es auf den Zweck der jeweiligen Regelung an, und insofern können sich wegen unterschiedlicher Zwecke mehrere voneinander abweichende Arbeitnehmerbegriffe im Recht der EU ergeben.⁷²

Vorab muss man unterscheiden zwischen den Fällen, in denen das geschriebene Unionsrecht oder der EuGH auf das nationale Recht verweisen, und den Fällen, in denen der EuGH eine „autonome Begriffsbildung“⁷³ vornimmt. Verweist das Unionsrecht auf das nationale Recht, kann der Arbeitnehmerbegriff allein nach den Maßstäben des deutschen Rechts gebildet werden. So bestimmt sich beispielsweise der Begriff des Teilzeitbeschäftigten nach nationalem Recht, wobei dieses allerdings dem Inhalt der Richtlinie nicht zuwiderlaufen darf.⁷⁴

68 EuGH 15.7.1964 Rs. 6/64 – Costa ENEL, Slg. 1964, 1253, 1270; *Preis/Sagan*, Europäisches Arbeitsrecht, § 1 Rn. 31 ff.

69 Wank, Empirische Befunde, S. 32 ff.

70 Scheibeler, Begriffsbildung, S. 98: zwei Arbeitnehmerbegriffe; Ziegler, Arbeitnehmerbegriffe, S. 444 f.: drei Arbeitnehmerbegriffe; s. auch Wank, EuZA 2008, 172 ff.; Junker, EuZA 2016, 184 ff.

71 Nachw. bei Wank, EuZA 2008, 172, 178 ff.

72 Wank, EuZA 2008, 172, 178 ff.; ferner Borelli, AuR 2011, 142; Junker, EuZA 2016, 184 ff.; Rebhahn, EuZA 2012, 3, 5.

73 Dazu Franzen, Privatrechtsangleichung, S. 475 ff.; Pechstein/Drechsler in Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, S. 232 ff.; Pottschmidt, Arbeitnehmerähnliche Personen in Europa, S. 90, 144; *Preis/Sagan*, Europäisches Arbeitsrecht, § 1 Rn. 76; Rebhahn, in Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, S. 518 f.; Reinfelder, RdA 2016, 87, 94 ff.; Ziegler, Arbeitnehmerbegriffe, S. 79 ff., 402 ff.

74 S. zum englischen Teilzeit-Richter EuGH 1.3.20132 Rs. C-393/10 – O'Brien, NZA 2012, 313.

Allerdings kennt die Rechtsprechung des EuGH auch eine eingeschränkte Verweisung. Zwar verweist in diesen Fällen die Richtlinie auf das nationale Recht. Dieses unterliegt aber insoweit Beschränkungen, als der *effet utile* und der Gleichbehandlungsgrundsatz beachtet werden müssen.⁷⁵ Erfolgt eine solche Verweisung nicht ausdrücklich und bejaht der EuGH auch nicht eine konkludente Verweisung auf nationales Recht, so gilt der eigenständige Begriff des EU-Rechts.⁷⁶

Eine Besonderheit kann darin bestehen, dass das deutsche Recht im Wege einer überschießenden Umsetzung auf den EU-Begriff Bezug nimmt in einem Fall, in dem das nicht verpflichtend wäre; dann gilt der autonome Begriff aufgrund der Entscheidung des deutschen Gesetzgebers. Des Weiteren kann der EU-Begriff eine Ausstrahlungswirkung in dem Sinne haben, dass um der Einheitlichkeit der Regelungsmaterie Willen der EU-Begriff auch auf nicht-EU-indizierte Bereiche übernommen wird. Schließlich kann es sein, dass in ein und demselben Gesetz einmal der deutsche, das andere Mal der autonome Begriff anwendbar sind. So ist im Kündigungsschutzgesetz zwar generell der Betriebsbegriff des deutschen Rechts anzuwenden, wie er zum Betriebsverfassungsrecht entwickelt wurde; aber in den §§ 17 ff. KSchG gilt wegen der Massenentlassungsrichtlinie der autonome Betriebsbegriff des EuGH.⁷⁷

Der EuGH nimmt bei seiner autonomen Begriffsbildung vielfach auf einen Grundbegriff des Arbeitnehmers Bezug, den er zur **Arbeitnehmerfreizügigkeit** entwickelt hat.⁷⁸ Trotz der umfangreichen Rechtsprechung des EuGH zum Arbeitnehmerbegriff im Recht der Arbeitnehmerfreizügigkeit ergeben sich daraus allerdings nur wenige brauchbare Erkenntnisse.⁷⁹ Zum einen muss darauf hingewiesen werden, dass der Arbeitnehmerbegriff im Hinblick auf die Freizügigkeit anders zu verstehen ist als im sonstigen Arbeitsrecht. So ist z. B. jemand der Arbeit sucht, im Freizügigkeitsrecht – anders als im sonstigen Arbeitsrecht mit Ausnahme des Antidiskriminierungsrechts – Arbeitnehmer.⁸⁰ Zum anderen ist die Definition des EuGH zu allgemein. Für den EuGH ist wichtig, dass jemand Arbeit ausübt unter der Leitung eines anderen. Das hilft insofern nicht weiter, als das für Dienstnehmer und Arbeitnehmer in gleicher Weise zutrifft. Wichtig wäre daher, die Art der Abhängigkeit genauer zu umschreiben. Eben dies gelingt dem EuGH aber nicht. Das

75 Heuschmid, EuZA 2014, 514, 515 mit Verweis auf die Schlussanträge Kokott in der Rs. O'Brien; Junker, EuZA 2016, 184, 196 f.

76 Franzen, Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft, 1991, S. 482; Junker, EuZA 2016, 184, 196 f.; Scheibeler, Begriffsbildung durch den Europäischen Gerichtshof, 2006, S. 21; Uffmann, EuZA 2012, 518, 522; Ziegler, Arbeitnehmerbegriffe, S. 80, 403 f.

77 S. EuGH 27.1.2005 C-188/03 Slg. 2005, I-885 – Junk.

78 Nachw. bei Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, § 1 Rn. 111.

79 S. im Einzelnen Wank in Flohr/Martinek, European Distribution Law, erscheint 2017, A VII 3.

80 EuGH Rs. C-379/11, EU:C:2012:798 – Rn. 26 – Caves Krier Freres; EuGH 19.6.2014 Rs. C-507/12 – Rn. 35, NZA 2014, 765 = ZESAR 2015, 30 – Jessy Saint Prix.

ist einerseits insofern von Nachteil, als das Unionsrecht insoweit keine Rechtssicherheit bietet. Der Vorteil liegt aber darin, dass der nationale Gesetzgeber und die nationale Rechtsprechung frei sind, genau diese Konkretisierung vorzunehmen. Es genügt, wenn sie insoweit die – wenigen – Vorgaben des EuGH beachten.⁸¹

Im Einzelnen ergeben sich aus dieser Rechtsprechung folgende Aussagen:

- Weder die geringe Höhe der Vergütung noch die Herkunft der Mittel sind bedeutsam.⁸²
- Auch wenn die Bezahlung unter dem Existenzminimum liegt, kann die Person Arbeitnehmer i. S. des Freizügigkeitsrechts sein.⁸³
- Die Dauer der ausgeübten Tätigkeit ist unbeachtlich.⁸⁴
- Die vorübergehende Aufgabe einer Tätigkeit z. B. wegen Schwangerschaft ändert an der Arbeitnehmereigenschaft nichts, wenn „innerhalb eines angemessenen Zeitraums“ wieder eine Beschäftigung aufgenommen werden soll.⁸⁵

In der neueren Rechtsprechung hat der EuGH allerdings genau die drei Kriterien als maßgeblich herausgestellt, auf die es auch nach der hier vertretenen Ansicht ankommt:

- Weisungsrecht,
- Eingliederung in die Organisation
- Unternehmerrisiko.⁸⁶

Die Arbeitnehmereigenschaft liege vor, „sofern sie (gemeint: die erwerbstätige Person) nach Weisung ihres Arbeitgebers handelt, insbesondere was ihre Freiheit bei der Wahl von Zeit, Ort und Inhalt ihrer Arbeit angeht, nicht an gesellschaftlichen Risiken dieses Arbeitgebers beteiligt ist und während der Dauer des Arbeitsverhältnisses in dessen Unternehmen eingegliedert ist und daher mit ihm eine wirtschaftliche Einheit bildet“ (aaO. Rn. 36).

Bei der Prüfung, inwieweit Vorgaben des Unionsrechts bestehen, muss zunächst festgestellt werden, ob das deutsche Recht auf Unionsrecht beruht, weil nur dann eine Bindung an den EuGH besteht. Das ist bei richtiger Betrachtung

81 S. die Darstellung der EuGH-Rechtsprechung zum Arbeitnehmerbegriff bei *Erren*, Vorstandsmitglied, S. 472 ff.; *Junker*, EuZA 2016, 184 ff.; s. zuletzt EuGH 11.11.2015 Rs. C-422/14 Rn. 29 NJW 2016, 927 – Pujante Rivera.

82 EuGH 31.5.1989 344/87 Slg. 1989, 1621 – Bettray; 30.3.2006 C-10/05, Slg. 2006, I-3145 = EuZW 2006, 437 Rn. 22 – Mattern und Cikotic; 4.6.2009 C-22/08 Slg. 2009, I-4585 = EuZW 2009, 702 – Koupantantze; EuGH 9.7.2015 C-229/14 – NJW 2015, 2481 = NZA 2015, 861 – Balkaya.

83 EuGH 23.3.1982 – 53/81, Slg. 1982, 1035 = NJW 1983, 1249 Rn. 15 f. – Levin; 14.12.1995 C-317/93, Slg. 1995, I-4625 = NJW 1996, 445 Rn. 19 – Nolte; 4.6.2009 C-22/08 EuZW 2009, 702 – Koupantantze.

84 EuGH 26.2.1992 C-3/90, Slg. 1992, I-1071 = NVwZ 1992, 657 Rn. 16 – Bernini; 6.11.2003 C-413/01 Slg. 2003, I-13187 = EuZW 2004, 117 Rn. 25 – Ninni-Orasche; 4.6.2009 C-22/08 EuZW 2009, 702 – Koupantantze.

85 EuGH 19.6.2014 Rs. 507/12 NZA 2014, 765 – Jessy Saint Prix; dazu *Junker*, EuZA 2016, 184, 192 f.

86 EuGH C-413/13 NZA 2015, 55 = ZESAR 2016, 340 – FNV Kunsten; dazu *Fuchs*, ZESAR 2016, 297.

nur dann der Fall, wenn es der **Umsetzung von Unionsrecht** in nationales Recht dient. Das bedeutet allerdings nicht, dass nur deutsches Recht betroffen ist, das nach dem Inkrafttreten des Unionsrechts entstanden ist. Entspricht nämlich das deutsche Recht bereits einer Regelung im Recht der EU, bedarf es keiner neuen nationalen Regelung, sondern die vorhandene Regelung dient der Umsetzung des Unionsrechts. Immer aber muss zwischen dem Unionsrecht auf der einen Seite und dem deutschen Recht ein Umsetzungszusammenhang bestehen.

Der EuGH hat allerdings in der Rs. Åkerberg Fransson⁸⁷ deutlich gemacht, dass er sich an diesen Grundsatz nur begrenzt gebunden fühlt. Er hat in diesem Verfahren einen Zusammenhang zwischen dem nationalen Recht und dem Unionsrecht hergestellt, den man nur bei großzügigster Auslegung nachvollziehen kann. Setzt der EuGH diese Rechtsprechung fort, ist damit zu rechnen, dass der EuGH auch in anderen Fällen einen Zusammenhang mit Unionsrecht konstruieren wird, wo ein solcher bei juristisch korrekter Betrachtungsweise nicht besteht.

Eine Bindung des deutschen Gesetzgebers besteht allerdings auch dann nur insoweit, als deutsches Recht Unionsrecht umsetzt, gleichgültig wie weit man Umsetzung von Unionsrecht versteht. In allen Fällen also, in denen im deutschen Recht der Arbeitnehmerbegriff verwandt wird und in denen dieses deutsche Recht der Umsetzung von Unionsrecht, im Arbeitsrecht insbesondere der Umsetzung von EU-Richtlinien, dient, ist der deutsche Gesetzgeber an die Vorgaben des EuGH gebunden. Wie erwähnt, ergeben sich beim Grundbegriff des Arbeitnehmers nach der EuGH-Rechtsprechung keine Restriktionen für den deutschen Gesetzgeber. Anders steht es mit dem Sonderfall des **GmbH-Fremdgeschäftsführers** (s. u. IX 3). Hierzu liegen zwei Entscheidungen des EuGH vor, die von einer verbreiteten Ansicht im deutschen Recht abweichen.⁸⁸ Hier ist der deutsche Gesetzgeber an die autonome Begriffsbildung des EuGH gebunden.

Eine solche Bindung besteht nicht nur für das konkrete Gesetz, das auf die vom EuGH entschiedene Problematik Bezug nimmt (im Falle Danosa auf das Mutter-schaftsrecht, im Falle Balkaya auf das Massenentlassungsrecht). Wenn die Aussage des EuGH allgemeiner Art ist und nicht auf das konkrete nationale Gesetz bezogen ist, so ist sie auf alle deutschen Gesetze übertragbar, in denen der Arbeitnehmerbegriff nach denselben Gesichtspunkten zu entwickeln ist.

Daraus ergibt sich ein weiteres Problem. Es gibt dann beispielsweise im Falle des GmbH-Geschäftsführers eine Vielzahl von deutschen Gesetzen, die der Umsetzung von Unionsrecht dienen und in denen die Entscheidung des EuGH zugrunde

87 EuGH 26.2.2013 Rs. C-617/10 NZA 2013, 498 – Åkerberg Fransson.

88 EuGH 11.11.2010 Rs. C-232/09 NJW 2011, 2343 = EuZW 2011, 74 – Danosa; dazu Fischer, NJW 2011, 2329; Junker, NZA 2011, 950; ders., EuZA 2016, 184, 198 f.; Leopold, ZESAR 2011, 362; Oberthür, NZA 2011, 253; Wank, RdA 2011, 178; EuGH 9.7.2015 C-229/14 – NJW 2015, 2481 = NZA 2015, 861 – Balkaya; zum Ganzen unten IX 3.

gelegt werden muss. Daneben gibt es andere Gesetze, die auf GmbH-Geschäftsführer anwendbar sind und nicht der Umsetzung von Unionsrecht dienen. In diesen Fällen dürfte der deutsche Gesetzgeber einen abweichenden Arbeitnehmerbegriff verwenden, ohne gegen Unionsrecht zu verstoßen. Ein solcher gespaltenen Arbeitnehmerbegriff für vergleichbare Fälle ist aber nicht empfehlenswert und auf Dauer nicht aufrechtzuerhalten. Das bedeutet, dass autonome Begriffe des Unionsrechts aus pragmatischen Gründen auch dann auf die Dauer in deutsches Recht übernommen werden, wenn zwar keine Umsetzung von Unionsrecht erfolgt, aber die Interessenlage ähnlich ist wie in den Gesetzen, die eine Umsetzung verwirklichen.

b) Empirische Untersuchung

Für die empirische Untersuchung ergibt sich: Wenn der Beschäftigte ein GmbH-Fremdgeschäftsführer ist, wird er insgesamt zu den Arbeitnehmern gerechnet.

c) Einzelheiten

aa) Primärrecht

Soweit im Primärrecht der EU der Begriff des Arbeitnehmers verwendet wird, gilt dieser Begriff unmittelbar im deutschen Recht; d. h. ohne dass es einer Umsetzung in eine deutsche Rechtsvorschrift bedarf.

Zum Primärrecht gehören EUV, AEUV, die Charta der Grundrechte der EU sowie die allgemeinen Rechtsgrundsätze.⁸⁹ Wenn also beispielsweise in Art. 45 AEUV betreffend die Arbeitnehmerfreizügigkeit der Begriff des Arbeitnehmers verwandt wird, so gilt dafür der autonome Begriff des Arbeitnehmers, also so wie der EuGH ihn entwickelt hat. Das bedeutet, dass die entsprechende Umsetzung der Arbeitnehmerfreizügigkeit in deutsche Rechtsvorschriften diesen Vorgaben entsprechen muss.

bb) Sekundärrecht

Im Sekundärrecht⁹⁰ muss, soweit das Arbeitsrecht betroffen ist, zwischen Verordnungen und Richtlinien der EU unterschieden werden. Für das Arbeitsrecht sind allerdings nur wenige **EU-Verordnungen** maßgeblich. Verordnungen gelten in Deutschland unmittelbar.⁹¹

Der ganz überwiegende Teil des Arbeitsrechts der EU wird durch **Richtlinien** normiert.⁹² Im Unterschied zu Verordnungen gelten Richtlinien nicht unmittelbar, sondern sie bedürfen jeweils der Umsetzung in deutsches Recht. Soweit in den

⁸⁹ Hanau/Steinmeyer/Wank, HEAS, § 9 Rn. 19 ff.; Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, § 1 Rn. 22 ff.

⁹⁰ Dazu Hanau/Steinmeyer/Wank, HEAS, § 9 Rn. 49 ff.; Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, § 1 Rn. 27 ff.

⁹¹ Zu Verordnungen Hanau/Steinmeyer/Wank, HEAS, § 9 Rn. 59 ff.

⁹² Zu Richtlinien Hanau/Steinmeyer/Wank, HEAS, § 9 Rn. 84 ff.; Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, § 1 Rn. 113 ff.

Richtlinien auf den Arbeitnehmerbegriff Bezug genommen wird, kann eine Bindung an EU-Recht bestehen. Hier muss jedoch zwischen verschiedenen Varianten abgegrenzt werden.

Inzwischen liegen einige Veröffentlichungen zu der Frage vor, für welche deutschen Gesetze der EU-Begriff des Arbeitnehmers im Hinblick auf GmbH-Geschäftsführer gilt und für welche nicht.⁹³ Für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung würde es zu weit führen, dieser Differenzierung im Einzelnen nachzugehen, insbes. da in der untersuchten Personengruppe die Zahl der GmbH-Geschäftsführer gering sein dürfte.

Folgerungen für die **empirische Untersuchung**: Soweit den Richtlinien ein „autonomer Arbeitnehmerbegriff“ zugrunde liegt, muss dieser für das deutsche Recht übernommen werden. Da aber in der vorliegenden Untersuchung keine Unterscheidung nach den einzelnen arbeitsrechtlichen Gesetzen getroffen werden kann, sondern nur einheitlich ein Arbeitnehmerbegriff für eine Person gilt, wurde für jede Person nur eine Zuordnung getroffen.

3. Bundesverfassungsgericht

Das Bundesverfassungsgericht hatte in der Vergangenheit kaum Gelegenheit, sich mit der Definition des Arbeitnehmers zu befassen. In den von ihm entschiedenen Fällen war regelmäßig eindeutig, ob jemand Arbeitnehmer oder Selbständiger war.⁹⁴

Intensiv mit der Frage befasst wurde das BVerfG in den sog. WDR-Fällen. In ihnen ging es darum, ob es für Beschäftigte bei **Rundfunkanstalten** einen eigenen Arbeitnehmerbegriff gibt (s. u. XII 12). Das hat das Bundesverfassungsgericht zwar zunächst bejaht,⁹⁵ aber es ist später zutreffend wieder davon abgerückt.⁹⁶ Vielmehr geht es nur darum, dass es für Beschäftigte bei Rundfunkanstalten leichtere Befristungsmöglichkeiten geben muss.⁹⁷

Das Bundesverfassungsgericht hat auch die vom BAG zugrunde gelegte typologische Methode gebilligt.⁹⁸

In der Literatur wird teilweise geltend gemacht, wenn das BAG den teleologischen Arbeitnehmerbegriff seiner Rechtsprechung zugrunde legen würde statt des bisher von ihm verwendeten ontologischen Arbeitnehmerbegriffs, dann liege darin

93 S. insbes. *Preis/Sagan*, ZGR 2013, 26 ff.; weitere Nachw. bei *Hildebrand*, Arbeitnehmerschutz, S. 45.

94 Zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts *Wank*, Empirische Befunde, S. 38 ff.

95 BVerfG 13.1.1982 BVerfGE 59, 231.

96 BVerfG 18.2.2000 – 1 BvR 491, 562/93 – und BvR 624/98 – NZA 2000, 653; s. auch BVerfG 19.7.2000 – 1 BvR 6/97 – NZA 2000, 1049.

97 *Wank*, Auslegung und Rechtsfortbildung, S. 206 ff.

98 BVerfG 20.5.1996 NZA 1996, 1063.

eine unzulässige **Rechtsfortbildung**.⁹⁹ Das ist aus mehreren Gründen unzutreffend. Die Definition des BAG lässt sich nicht auf einen Sinnzusammenhang zwischen Tatbestand und Rechtsfolgen zurückführen; sie ist daher unteleologisch und willkürlich;¹⁰⁰ sie bedarf einer Umdefinition durch Aufnahme eines teleologischen Leitgedankens. Da es bis zum Inkrafttreten des neuen § 611 a BGB keine Legaldefinition des Arbeitnehmers gab und das Gesetz die Definition der Rechtsprechung überlassen hat, würde eine geänderte Rechtsprechung keine Rechtsfortbildung bedeuten, sondern nur die geänderte und auf die Gesetzeszwecke des Arbeitsrechts bezogene „Konkretisierung eines unbestimmten Rechtsbegriffs“.¹⁰¹ Da die Rechtsprechung mangels teleologischer Begriffsbildung gegen wissenschaftstheoretische Grundanforderungen verstieß und somit – entgegen der Ansicht des BVerfG – willkürlich war, ist eine davon abweichende korrekte Gesetzesanwendung geradezu geboten.

Folgerungen für die **empirische Untersuchung**: Da der vom BAG verwandte Arbeitnehmerbegriff vom BVerfG gebilligt wurde, musste er der empirischen Untersuchung zugrunde gelegt werden.

99 Hromadka NZA 1997, 569, 576; ErfK-Preis, § 611 BGB Rn. 58.

100 Vgl. BVerfG 27.1.1998 BVerfGE 97, 169 betr. Kündigung im Kleinbetrieb.

101 Wank, Die Auslegung von Gesetzen, S. 50; ders., Begriffsbildung, S. 44 f.

V Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts

1. Grundsatz

Da der Arbeitnehmer nach der Konstruktion der §§ 611 ff. BGB und auch noch nach dem neuen § 611 a BGB ein Unterfall des Dienstnehmers ist (richtiger wäre die Gegenüberstellung des Arbeitnehmers mit Selbständigen im Allgemeinen), wären folgende Abgrenzungen geboten:

- Definition des Dienstvertrages im Vergleich zu anderen Verträgen, z. B. Werkverträgen.
- Untergliederung der Dienstnehmer in freie Dienstnehmer und Arbeitnehmer.

Stattdessen werden in Rechtsprechung und Literatur beide Fragen häufig miteinander vermengt.

a) Definition des Dienstnehmers

Zum Arbeitnehmerbegriff liegt eine langjährige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts vor. Das BAG hat vereinzelt teleologische Überlegungen angestellt,¹⁰² durchweg aber einen ontologischen Arbeitnehmerbegriff zugrunde gelegt. Der Arbeitnehmerbegriff des BAG wurde nie rechtsdogmatisch begründet; vielmehr beruft sich das BAG jeweils allein auf seine frühere Rechtsprechung. Um eine ontologische Begriffsbildung handelt es sich insofern, als man vom äußeren Erscheinungsbild des typischen Arbeitnehmers die juristische Definition abgeleitet hat, ohne nach dem Zweck der arbeitsrechtlichen Gesetze zu fragen.

Üblicherweise definiert das BAG¹⁰³ (im Einklang mit der Literatur¹⁰⁴) wie folgt: „Arbeitnehmer ist, wer auf Grund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist“.¹⁰⁵

Ebenso z. B.:

BAG 15.3.1978 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 26

BAG 14.3.2007 AP BGB § 611 Arbeitnehmerähnlichkeit Nr. 7

BAG 15.2.2012 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 123 = NZA 2012, 731

BAG 29.8.2012 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 124

zuletzt BAG 11.8.2015 – 9 AZR 98/14, juris

¹⁰² BAG 23.4.1980 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 34.

¹⁰³ Zum „BAG-Modell“ Dietrich/Patzina, Quantitative Erfassung, S. 30.

¹⁰⁴ S. z. B. MünchArbR-Richardi, § 16 Rn. 12.

¹⁰⁵ Z. B. BAG 25.9.2013 NZA 2013, 1348 Rn. 16.

aus der LAG-Rechtsprechung:

LAG Berlin-Brandenburg 23.2.2007 NZA-RR 2007, 424

Diese Definition geht zurück auf *Alfred Hueck*. Danach ist Arbeitnehmer, wer aufgrund privatrechtlichen Vertrags zur Arbeit im Dienst eines anderen verpflichtet ist.¹⁰⁶ Allerdings ging es Hueck gar nicht um die Abgrenzung von Arbeitnehmern und freien Dienstnehmern, sondern um die Gegenüberstellung von Arbeitsverträgen und anderen schuldrechtlichen Verträgen, die auf eine „Sach- oder Vermögensleistung“ gerichtet sind. Damit steht bereits am Anfang der h. L. ein Falschzitat.

Die Definition entspricht nicht den methodischen Anforderungen.¹⁰⁷ Eine Definition soll diejenigen Merkmale benennen, auf die es im Verhältnis zum Gegenbegriff¹⁰⁸ ankommt. Die richtigen Gegenbegriffe sind hier „abhängig Beschäftigter“ und „Selbständiger“.¹⁰⁹ Da der Arbeitsvertrag als Unterfall des Dienstvertrages definiert wird, gehören alle diejenigen Kriterien nicht in die Definition, die in gleicher Weise den Dienstvertrag und den Arbeitsvertrag kennzeichnen,¹¹⁰ also:

- privatrechtlicher Vertrag
- Dienstleistung
- für einen anderen
- Leistung in Person.

aa) Im Hinblick auf den **privatrechtlichen Vertrag** geht es um die Abgrenzung zu einer Beschäftigung aufgrund einer anderen Rechtsgrundlage, insbes. zum Beamtenverhältnis und zum öffentlich-rechtlichen Vertrag.¹¹¹

Im Hinblick auf die **vertragliche Verpflichtung** ist jeweils zu klären, ob sich der Beschäftigte zur Leistung im Rahmen eines Arbeitsvertrages oder im Rahmen eines Dienstvertrages verpflichtet hat. Das ist insbes. bei Rahmenverträgen schwer zu entscheiden.¹¹² Hierzu stellt das BAG fest:

„Eine Rahmenvereinbarung, welche nur die Bedingungen der erst noch abzuschließenden Arbeitsverträge wiedergibt, selbst aber noch keine Verpflichtung zur Arbeitsleistung begründet, ist kein Arbeitsvertrag.“¹¹³

¹⁰⁶ A. Hueck in Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht Bd. I, § 9 II.

¹⁰⁷ S. die Anforderungen an eine korrekte Definition bei Puppe, Kleine Schule des juristischen Denkens, 3. Aufl. 2008, S. 78; Schneider/Schnapp, Logik für Juristen, 6. Aufl. 2006, S. 51 ff.; Wank, Begriffsbildung, S. 51 ff.

¹⁰⁸ Wank, Begriffsbildung, S. 39 ff.

¹⁰⁹ Wank, Empirische Befunde, S. 75.

¹¹⁰ Derselbe Fehler findet sich in der Rechtsprechung des EuGH, s. u. IV 2.

¹¹¹ Dazu ErfK-Preis, § 611 BGB Rn. 36; Erren, Vorstandsmitglied, S. 101; MünchArbR-Richardi, § 16 Rn. 15; Schaub-Vogelsang, § 8 Rn. 14.

¹¹² Zu Rahmenverträgen Bieder, RdA 2015, 388; Forst, NZA 2014, 998; Wank, EuZA 2016, 143, 165 ff. sowie u. XI 7.

¹¹³ BAG 15.2.2012 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 122.

Ergänzend heißt es in einer späteren Entscheidung:

„Allerdings muss die Arbeitsleistung nicht schon von vornherein im Einzelnen festgelegt sein. Die arbeitsvertragliche Vereinbarung kann auch beinhalten, dass der Arbeitgeber die konkrete Verpflichtung zur Arbeitsleistung erst durch eine einseitige, gemäß § 106 GewO zu treffende Weisung auslöst.“¹¹⁴

Frühere Entscheidungen dazu sind:

BAG 31.7.2002 – AP TzBfG § 4 Nr. 2

BAG 16.4. 2003 – NZA 2004, 40

Als Abgrenzungskriterium für das Verhältnis von freiem Dienstvertrag zum Arbeitsvertrag ist das Kriterium ungeeignet, da beide privatrechtliche Verträge sind.

bb) Dass es sich um **Dienste für einen anderen**¹¹⁵ handeln muss, unterscheidet den Dienstvertrag vom Werkvertrag (s. u. XI 1, 2). Für die Abgrenzung zwischen freiem Dienstvertrag und Arbeitsvertrag gibt das Merkmal nichts her, da freie Dienstnehmer und Arbeitnehmer gleichermaßen für einen anderen tätig sind.

cc) Dass die **Leistung in Person** zu erbringen ist, § 613 BGB, gilt grundsätzlich für den Dienstvertrag als Oberbegriff, also eigentlich für freien Dienstvertrag und Arbeitsvertrag in gleicher Weise; für das Arbeitsverhältnis ist das aber zwingend, für das Dienstverhältnis nicht (s. u. V 2a) cc). Als Abgrenzungsmerkmal ist das Merkmal also ebenfalls ungeeignet; anders ist es, wenn man dieses Kriterium als Indiz heranzieht.¹¹⁶

dd) Meist in den Urteilen des BAG nicht genannt wird das weitere Merkmal, dass die Tätigkeit **gegen Entgelt** erfolgen muss.¹¹⁷ In einem Fall, in dem dieses Merkmal akut war (ehrenamtliche Tätigkeit eines Telefonseelsorgers) hat das BAG aus dem Fehlen der Entgeltvereinbarung abgeleitet, dass es sich nicht um einen Arbeitnehmer handelt.¹¹⁸ Entsprechend hat das LAG Nürnberg die Arbeitnehmereigenschaft bei einem Amateurspieler verneint, der nur einen geringfügigen Spesenersatz erhielt.¹¹⁹

¹¹⁴ BAG 16.5.2012 NZA 2012, 974.

¹¹⁵ MünchArbR-Richardi, § 16 Rn. 16; Nachw. bei Erren, Vorstandsmitglied, S. 101 f.

¹¹⁶ BAG 16.7.1977 AP BGB § 611 Zeitungsaussträger Nr. 4; 19.11.1997 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 90; rechtsvergleichend Rebhahn, RdA 2009, 154, 160.

¹¹⁷ Dazu Maties, Festschrift für Wank, S. 323, 324; rechtsvergleichend Rebhahn, RdA 2009, 154, 160.

¹¹⁸ BAG 29.8.2012 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 124 = NZA 2012, 1433.

¹¹⁹ LAG Nürnberg 27.1.1995 NZA-RR 1996, 1.

In einer Entscheidung des BAG zu sog. Vertragsamateuren heißt es:

„Vertragsamateure i. S. des § 15 der Spielordnung des Deutschen Fußballbundes sind dann Arbeitnehmer, wenn sie ... ihre Leistung für den Verein in einer für ein Arbeitsverhältnis typischen Arbeitsweise erbringen.“¹²⁰

Der Ausdruck Vertragsamateur ist insofern missverständlich; er muss gegenüber dem Begriff „Amateur“ abgegrenzt werden. Das Problem ist im Zusammenhang mit dem Mindestlohngesetz akut geworden. Spieler, die nur eine Aufwandsentschädigung erhalten, sind keine Arbeitnehmer und unterliegen somit nicht dem Mindestlohngesetz.¹²¹

ee) Andere Gegenbegriffe: In der vorliegenden Untersuchung geht es nur um die Abgrenzung zwischen Arbeitnehmern und Selbständigen, die zur Aufdeckung von Scheinselbständigkeit führt. Es gibt auch andere Gegenbegriffe zum Arbeitnehmer; sie spielen aber hier keine Rolle.¹²² Andere Abgrenzungen bleiben dabei außer Betracht, wie

- Arbeitnehmer/Beamter¹²³
- Arbeitnehmer/mithelfender Familienangehöriger¹²⁴
- Arbeitnehmer/Strafgefangener.¹²⁵

Mit der Frage nach einem privatrechtlichen Vertrag scheiden *Beamte* i.S. des deutschen Rechts aus (nach Unionsrecht kann anderes gelten, aber das betrifft nur spezielle Gesetze). Bei *mithelfenden Familienangehörigen* stellt sich die Frage der Scheinselbständigkeit nicht. *Strafgefangene* wurden nicht interviewt (zu *Gesellschaftern* und GmbH-Geschäftsführern s. u. IX).

Es wird also eine *partielle Definition*¹²⁶ zugrunde gelegt; der Arbeitnehmer wird in der empirischen Untersuchung nur im Verhältnis zum Gegenbegriff des Selbständigen untersucht.

ff) Für die empirische Untersuchung folgt aus Vorstehendem: Zwar muss das Vorliegen der Merkmale eines Dienstvertrages erfragt werden („aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages“, „Dienstleistung für einen anderen“), für die Abgrenzung zwischen freiem Dienstvertrag und Arbeitsvertrag aber, also für das zugrunde

120 BAG 10.5.1990 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 51.

121 Riechert/Nimmerjahn, Mindestlohngesetz, 2015, § 22 Rn. 129.

122 Wank, Empirische Befunde, S. 21.

123 ErK-Preis, § 611 BGB Rn. 120.

124 ErK-Preis, § 611 BGB Rn. 133.

125 ErK-Preis, § 611 BGB Rn. 132; Wank in Blanke u. a., Neue Beschäftigungsformen, 1. Teil Rn. 4, 6.

126 Wank, Begriffsbildung, S. 53, 129.

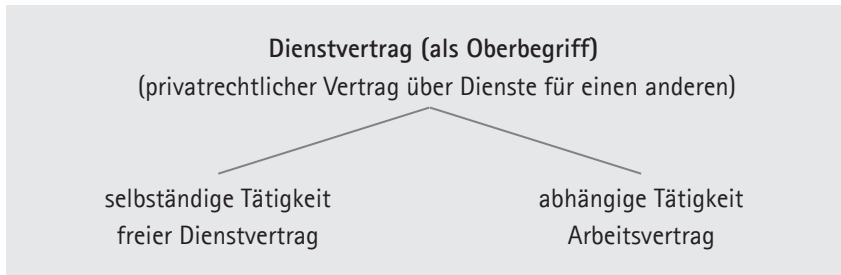
liegende Thema der Scheinselbständigkeit, sind diese Kriterien nur als Vorfragen von Bedeutung; für die eigentliche Abgrenzung sind sie unbrauchbar.

b) Definition des Arbeitnehmers

Die typische Arbeitnehmerdefinition des BAG lautet:

„Arbeitnehmer ist, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist.“¹²⁷

Beachtet man demgegenüber die allgemeinen logischen Regeln für eine zulässige Definition, so gehören in die **Definition des Arbeitnehmers** nur die allein für den Arbeitsvertrag kennzeichnenden Merkmale, also diejenigen bezüglich der Abhängigkeit. Eine zutreffende Definition kann daher nur so aussehen (dabei wird – methodisch zweifelhaft, aber üblich) nur der Gegenbegriff des Dienstnehmers herangezogen:



Gegenbegriff ist hier der Selbständige. Andere Gegenbegriffe, wie Beamter, Organmitglied einer Gesellschaft, Gesellschafter, mithelfender Familienangehöriger oder Strafgefangener, werden hier ausgeblendet. Etwas anderes gilt für GmbH-Fremdgeschäftsführer (dazu u. IX 3).

Zentrales Abgrenzungskriterium des Bundesarbeitsgerichts im Hinblick auf Arbeitnehmer oder Selbständige ist die „**persönliche Abhängigkeit**“.¹²⁸ Was das genau heißt, wird in der Rechtsprechung nicht immer klar. So heißt es in einer frühen Entscheidung des BAG¹²⁹:

„Wesentliches Merkmal des Arbeitsverhältnisses ist die persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber bei der Arbeitsleistung, insbesondere

127 BAG 15.2.2012 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 123; ebenso zuletzt BAG 11.8.2015 NZA-RR 2016, 288 betr. Artistengruppe.

128 BAG 28.2.1961 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 1, ferner 16.3.1994 Nr. 68, 30.11.1994 Nr. 74, 26.7.1995 Nr. 79 usw.; Nachw. bei Wank, Arbeitnehmer, S. 12.

129 BAG 28.2.1962 – 4 AZR 141/61 – AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 1.

auch hinsichtlich der Arbeitszeit; im Einzelnen lassen sich insoweit keine allgemeingültigen abgrenzenden Merkmale aufstellen, aus deren Vorhandensein oder Fehlen sich die Frage nach der persönlichen Abhängigkeit ohne weiteres beantworten ließe."

Der Begriff persönliche Abhängigkeit wird in der Rechtsprechung weiter aufgespalten. Die in dem oben genannten Urteil zu findende Formulierung im Hinblick auf die persönliche Abhängigkeit lautet: „weisungsgebundene, fremdbestimmte Arbeit in persönlicher Abhängigkeit". Das ist redundant, weil tautologisch.

Mit dem Merkmal „persönliche Abhängigkeit" kann man in einer empirischen Untersuchung nur arbeiten, wenn es weiter konkretisiert wird und wenn diese Konkretisierung logischen und sachlichen Anforderungen entspricht. Das ist in den Umschreibungen des BAG nicht immer der Fall.

aa) Ungeordnete Umschreibung

Schon die herkömmliche Arbeitnehmerdefinition des BAG¹³⁰ ist an verschiedenen Stellen widersprüchlich und ungenau. Danach ist Arbeitnehmer, wer

- weisungsgebundene
- fremdbestimmte Arbeit
- in persönlicher Abhängigkeit leistet.

Das ist widersprüchlich, weil dem Ganzen der Oberbegriff „persönliche Abhängigkeit" vorgelagert ist, der seinerseits Oberbegriff zu Weisungsbindung und Eingliederung ist; d. h. in dieser Definition fehlt einerseits die Eingliederung, und andererseits besagen alle drei genannten Kriterien dasselbe.

Üblicherweise wird die persönliche Abhängigkeit aufgespalten in die beiden Unterbegriffe „Weisungsbindung" und „Eingliederung". Was darunter konkret zu verstehen ist, wird nicht klar gesagt. So heißt es in einer neueren Entscheidung:

„Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit betreffen."¹³¹

Dem wird kommentarlos die Legaldefinition des §§ 84 HGB an die Seite gestellt¹³²:

„Arbeitnehmer ist derjenige Mitarbeiter, der nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit einteilen kann".

130 Vgl. z. B. BAG 15.2.2012 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 123; zuletzt BAG 11.8.2015 NZA-RR 2016, 288 betr. Zirkusartisten.

131 BAG 25.9.2013 NZA 2013, 1348.

132 Kritisch dazu o. unter III 1.

Die Aneinanderreihung der üblichen Definition und der Legaldefinition in § 84 HGB ist so als würde man sagen:

$$X = a + b + c + d + e = a + b$$

Diese Art der Umschreibung ist ungeordnet. Anscheinend sollen „Inhalt“, „Durchführung“ und „Tätigkeit“ dasselbe bedeuten. „Zeit“ und „Dauer“ sind beides Aspekte der zeitlichen Bindung und sollten unter einem Gesichtspunkt zusammengefasst werden. Die örtliche Bindung erscheint in § 84 HGB nicht. Sowohl in der zuerst genannten Umschreibung als auch in § 84 HGB fehlt die Eingliederung. Hier wird also Inkommensurables als gleich hingestellt.

Da das BAG auf eine systematische Ordnung der von ihm verwandten Kriterien verzichtet, werden die Kriterien des BAG teils in der Rechtsprechung selbst, teils in der Literatur manchmal in einem anderen systematischen Zusammenhang dargestellt als hier (s. auch o. unter V 1 b) aa). So heißt es beispielsweise bei *Preis*:¹³³

„Die persönliche Abhängigkeit – und mit ihr die Arbeitnehmereigenschaft – ist anzunehmen, wenn statt der freien Tätigkeitsbestimmung die Einbindung in eine **fremde Arbeitsorganisation** vorliegt, die sich im **Weisungsrecht des Arbeitgebers** bezüglich Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit zeigt.“

Dieselbe Formulierung findet sich auch in der Rechtsprechung des BAG.¹³⁴

Danach ist die Eingliederung der Oberbegriff, das Weisungsrecht ist bloßer Unterbegriff. Das ist weder in der Sache zutreffend noch ist es mit den üblichen Aussagen des BAG zu vereinbaren.

Ähnlich verfährt allerdings auch das Bundessozialgericht, wenn es formuliert:

Entscheidend ist „die Eingliederung der Tätigkeiten in den Betrieb des Arbeitgebers, die mit dessen Weisungsrecht oder mit der dieses ersetzenden funktionsgerechten Teilhabe am Betriebsablauf verbunden ist.“¹³⁵

Nicht mit der üblichen Abgrenzung zu vereinbaren ist auch der Orientierungssatz der Richterinnen und Richter des BAG zur Arbeitnehmereigenschaft bei Erteilung ergänzenden Aufbauunterrichts in einer Justizvollzugsanstalt:¹³⁶

„Entscheidend ist der Grad der persönlichen Abhängigkeit, der sich insbesondere aus der zeitlichen und organisatorischen Einbindung, z. B. durch einen vom Arbeitgeber einseitig vorgegebenen Stundenplan, ergeben kann.“

Auch hier findet sich eine ungeordnete Mischung von Kriterien.

¹³³ Vgl. *ErfK-Preis*, § 611 BGB Rn. 51 unter Hinweis auf BAG 30.11.1994 NZA 1995, 622.

¹³⁴ Nachw. bei *Erren*, Vorstandsmitglied, S. 80.

¹³⁵ BSG 22.11.1973 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 11.

¹³⁶ BAG 15.2.2012 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 123.

Der Hinweis auf den „*Grad der persönlichen Abhängigkeit*“¹³⁷ ist zumindest missverständlich. Bei einem Klassenbegriff gibt es kein Mehr oder Weniger. Jemand ist Arbeitnehmer oder er ist es nicht. Er ist entweder weisungsgebunden i. S. der Legaldefinition oder er ist es nicht. „Der Rückgriff auf den Grad der persönlichen Abhängigkeit bedeutet im Grunde eine Wiederholung der Fragestellung und damit den Verzicht auf allgemeine Erfassung“.¹³⁸

Gemeint ist möglicherweise Folgendes: Freie Dienstnehmer und Arbeitnehmer sind beide weisungsgebunden. Je nach dem Grad der Abhängigkeit handelt es sich entweder um einen Dienstnehmer oder um einen Arbeitnehmer.

Aber auch dann ist die Formulierung zweifelhaft. Man muss nämlich unterscheiden zwischen Weisungen, die die Arbeit selbst betreffen (arbeitsbezogenen Weisungen) und Weisungen, die das Arbeitsverhältnis betreffen (arbeitsvertragsbezogene Weisungen). Es geht also nicht (nur) um die Intensität, sondern vor allem um die Art der Weisung. Beim Werkvertrag ist dem BAG diese Unterscheidung durchaus bekannt,¹³⁹ und auch in der Literatur wird entsprechend unterschieden.¹⁴⁰ Es gibt keinen Grund, das beim Dienstvertrag anders zu sehen.

bb) Geordnete Umschreibung

Im Folgenden wird eine wohlwollende Auslegung der BAG-Rechtsprechung zugrunde gelegt, die nicht dieser ungeordneten Umschreibung, sondern den üblicherweise vom BAG herangezogenen Kriterien entspricht. Danach steht für das BAG die „persönliche Abhängigkeit“ im Vordergrund. Dabei wird die persönliche Abhängigkeit aufgespalten in Weisungsbindung und Eingliederung. Beide Merkmale werden kumulativ verstanden.¹⁴¹

Der Begriff **Weisungsbindung** wird seinerseits untergliedert in Weisungsbindung bezüglich Inhalt, Ort und Zeit der Arbeit. Bei der **Eingliederung** geht es um den Rückgriff auf Personal und auf Material des Vertragspartners sowie um die Einbindung in die Organisation des Vertragspartners (s. das Schema u. V 2 a) bb).

Zwar wird auf diese Weise der Anschein erweckt, als liege ein genügend differenziertes Prüfprogramm vor. Tatsächlich ist aber nach der Rechtsprechung unklar, wie im Einzelnen Weisungsbindung und Eingliederung zu verstehen sind und welches Gewicht welche Faktoren haben. Um eine operationale Definition handelt es sich nicht. Im Gegenteil, das BAG verweist durchweg auf **alle Umstände des Einzelfalles**. So heißt es auch in der neuesten Entscheidung wieder: Entscheidend

137 Nachw. zur Rechtsprechung bei *Erren*, Vorstandsmitglied, S. 82.

138 So zutr. MünchArbR-*Richardi*, § 16 Rn. 20 unter Bezugnahme auf *Jacobi* aus dem Jahre 1927.

139 BAG 24.5.2006 – 7 AZR 365/05 – EzAÜG § 631 BGB Werkvertrag Nr. 39.

140 *Greiner*, NZA 2013, 697, 700 m. w. N.

141 *Dietrich/Patzina*, Quantitative Erfassung, S. 30 f.

ist „eine Gesamtabwägung aller Umstände des Einzelfalles“.¹⁴² Damit verzichtet das BAG auf jede Orientierungshilfe.¹⁴³ In einer früheren Entscheidung erklärt das BAG ausdrücklich, dass es eine allgemeingültige Definition für unmöglich hält:

„Bei der Frage, in welchem Maße der Mitarbeiter persönlich abhängig ist, ist vor allem die Eigenart der jeweiligen Tätigkeit zu berücksichtigen. Es gibt keine abstrakten, für alle Arten von Arbeitnehmern schlechthin geltenden Kriterien. 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.“¹⁴⁴

Entscheidend ist gegen die bisherige Rechtsprechung anzuführen, dass sie einen ontologischen Arbeitnehmerbegriff zugrunde legt und damit bereits in der Prämisse angreifbar ist. Nur ein teleologischer Arbeitnehmerbegriff kann demgegenüber von einer juristisch zutreffenden Prämisse ausgehen.

Für die **empirische Untersuchung** ist der Arbeitnehmerbegriff in seiner Auslegung durch das BAG zu verwenden. Dabei wird – entgegen vielfachen Ungeheimheiten in der Rechtsprechung – in wohlwollender Auslegung eine geordnete Umschreibung des Arbeitnehmerbegriffs zugrunde gelegt.

2. Einzelheiten der Rechtsprechung des BAG

Im Folgenden soll die Rechtsprechung des BAG im Einzelnen dargestellt werden. Zur besseren Systematisierung ist zu unterscheiden zwischen der Prämisse, den Hauptkriterien und den Hilfskriterien.

a) Prämissen

aa) Klassenbegriff oder Typusbegriff

Das BAG begründet nicht, warum es die von ihm genannten Kriterien für die Abgrenzung zwischen Arbeitnehmern und Selbständigen zugrunde legt. Da juristische Begriffe teleologisch definiert werden müssen, spricht es gegen eine Begriffsbildung, wenn nicht angegeben wird, um welche Rechtsfolgen es bei der Abgrenzung geht. Dem entspricht es, dass das BAG – sofern es sich zu dem Methodenproblem äußert – nicht einen Klassenbegriff verwendet, wie allgemein für Begriffe in der

¹⁴² BAG 11.8.2015 NZA-RR 2016, 288 betr. Zirkusartisten.

¹⁴³ Dazu Wank in Blanke u. a., Neue Beschäftigungsformen, 1. Teil Rn. 64.

¹⁴⁴ BAG 15.3.1978 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 26.

Rechtswissenschaft üblich, sondern meint, der Arbeitnehmer sei ein **Typusbegriff**.¹⁴⁵ So heißt es in einer Entscheidung:

„Für die Abgrenzung von Arbeitnehmern und „freien Mitarbeitern“ gibt es kein Einzelmerkmal, das aus der Vielzahl möglicher Merkmale unverzichtbar vorliegen muß, damit man von persönlicher Abhängigkeit sprechen kann. Es ist deshalb aus Gründen der Rechtssicherheit (sic!) unvermeidlich, die unselbständige Arbeit typologisch abzugrenzen.“¹⁴⁶

Nach dem Verständnis des BAG bedeutet das, dass nicht belegt zu werden braucht, warum ein Kriterium überhaupt herangezogen wird, dass es keine abschließende Zahl von Kriterien gibt, dass zwischen den einzelnen Kriterien kein Rangverhältnis besteht und dass auch das wichtigste Kriterium im Einzelfall durchaus fehlen kann.¹⁴⁷

Obwohl danach der Typusbegriff zu willkürlicher Rechtsprechung geradezu einlädt und somit gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstößt, hat das BVerfG die Bezugnahme auf einen Typusbegriff gebilligt.¹⁴⁸

Soweit sich das BAG insofern auf das Methodenschrifttum beruft, insbesondere auf *Larenz*,¹⁴⁹ wird dieses nicht zutreffend wiedergegeben. Vorab ist festzustellen, dass sich *Larenz* in seinen Aussagen zum Typusbegriff selbst widerspricht, so dass er kaum als geeigneter Kronzeuge herangezogen werden kann.¹⁵⁰ So bezeichnet *Larenz* den Tierhalter im BGB als Typusbegriff,¹⁵¹ während es sich tatsächlich um einen klassischen Fall von Klassenbegriff handelt, nämlich um eine Person, die ein Tier beaufsichtigt und versorgt.¹⁵²

Aber selbst *Larenz* stellt gewisse Anforderungen an einen juristischen Typusbegriff, denen die Rechtsprechung des BAG keinesfalls genügt. So muss nach *Larenz* für einen Typusbegriff ein **Leitgedanke** herausgestellt werden, und die **Anzahl der Kriterien** ist nicht beliebig.¹⁵³ Eine Unschärfe besteht nur insofern, als nicht immer alle Kriterien erfüllt sein müssen und keine feste Gewichtung vorgenommen wird. Soweit sich Autoren und Gerichte auf *Larenz* als Gewährsmann stützen, übernehmen sie nur den Ausdruck, ohne auch nur die damit verbundenen Anforderungen

145 BAG 8.6.1967 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 6 und 28.6.1973 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 10; BAG 21.1.1966 BAGE 18, 87 = AP HGB § 92 Nr. 2; 23.4.1980 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 33; ähnlich in BAG 23.4.1980 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 34; dazu *Griebeling*, NZA 1998, 1137, 1138: „Ein Typus bestimmt sich nicht nach festen, unverzichtbaren Kriterien“ (m. a. W. alles ist beliebig); zum Ganzen *Wank*, Arbeitnehmer, S. 22 f.

146 BAG 23.4.1980 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 34; s. auch 9.6.2010 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 121.

147 BAG 15.3.1978 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 26.

148 BVerfG 20.5.1996 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 82.

149 *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 216 ff.

150 Kritisch zu *Larenz* *Kuhlen*, Typuskonzeptionen.

151 *Larenz*, Methodenlehre, S. 218, 221.

152 *Röthel*, Jura 2014, 1124.

153 *Larenz*, Methodenlehre, S. 468.

zu nennen und zu berücksichtigen. Für Gerichte und Gesetzgeber ist die Berufung auf einen „Typus“ oder auf „alle Umstände des Einzelfalles“ eine bequeme Möglichkeit, sich den Anforderungen an eine juristische Definition zu entziehen.

Für eine empirische Untersuchung ist ein Rückgriff auf einen Typus ungeeignet; es wird nicht deutlich, auf welche Merkmale es ankommt. Auch für die Praxis ist das Verfahren nicht geeignet: Die Vertragsparteien möchten im Voraus wissen, wie ihr Rechtsverhältnis einzuordnen ist und das nicht Jahre später vom Gericht erfahren.

Die Verwendung von juristischen Typusbegriffen ist grundsätzlich abzulehnen, da sie einen Verzicht auf die Anwendung einer juristischen Methode bedeutet.¹⁵⁴ Besonders misslich ist es, wenn für den zentralen Begriff des Arbeitsrechts, den Begriff des Arbeitnehmers, durch die Verwendung eines Typusbegriffs Rechtsunsicherheit geschaffen wird.¹⁵⁵

Um eine empirische Untersuchung auf der Grundlage der BAG-Rechtsprechung durchführen zu können, war es notwendig, die Rechtsprechung in operationale Begriffe in Form eines im Recht allgemein üblichen Klassenbegriffs zu übertragen.

bb) Merkmale, Unterbegriffe und Indizien

In der Literatur wird der teleologischen Begriffsbildung teilweise vorgehalten, ihre Kriterien seien nicht sachgerecht.¹⁵⁶ Dabei wird unzutreffenderweise nicht unterschieden zwischen Merkmalen, Unterbegriffen und Indizien.

(1) Merkmale müssen bei einem Klassenbegriff alle vorliegen, damit der Tatbestand erfüllt ist. Es ist unzutreffend, wenn das BAG, wie dargelegt, behauptet, derartige Merkmale ließen sich für den Arbeitnehmerbegriff nicht angeben. Wie § 7 Abs. 1 SGB IV zeigt, sind solche Merkmale mit „*Weisungsbindung*“ und „*Eingliederung*“ durchaus vorhanden. Für diese Merkmale muss ein Leitgedanke benannt werden, der sich aus den Rechtsfolgen ergibt, die an den Tatbestand anknüpfen: Im Hinblick auf welche Rechtsfolgen wird der Tatbestand gebildet, welche Merkmale sind im Hinblick auf diese Rechtsfolgen signifikant?

Das BAG meint, *Leitgedanke* sei die *persönliche Abhängigkeit*. Das ist zumindest zu kurz gegriffen, da alle Gesetze mit Bezug auf wirtschaftliche Leistungen des Arbeitgebers (Entgeltfortzahlungsgesetz, § 615 BGB, § 616 BGB, Mindestlohn-gesetz usw.) gerade nichts mit einer persönlichen Abhängigkeit zu tun haben, sondern allein mit einer wirtschaftlichen Abhängigkeit. Die persönliche Abhängigkeit

154 *Brammsen*, RdA 2010, 267, 269; *Kuhlen*, Typuskonzeptionen, passim; MünchArbR-*Richardi*, § 16 Rn. 45; *ErfK-Preis*, § 611 BGB Rn. 54; *Rebhahn*, RdA 2009, 154, 161; *Rüthers*, RdA 1985, 129, 131; *Wank*, Begriffsbildung, S. 123 ff.; *ders.*, Arbeitnehmer, S. 39; *ders.*, Empirische Befunde, S. 14.

155 Geradezu zynisch dazu BAG 23.4.1980 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 34: Rechtssicherheit durch Verwendung eines Typus!

156 S. z. B. *Buchner*, NZA 1998, 1144, 1147.

deckt allenfalls einen Teil der daran anknüpfenden Rechtsfolgen ab, wie z. B. § 106 GewO. Dagegen ist es widersprüchlich, wenn man, wie das BAG, die inhaltliche Weisungsbindung einerseits zum zentralen Merkmal erhebt und andererseits im Einzelfall meint, darauf verzichten zu können.

Merkmale i. S. von Klassenbegriffen sind für den Arbeitnehmer „persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit“ sowie „Eingliederung“. Diese sind allerdings – anders als beim BAG – zu verstehen unter dem Leitgedanken der fehlenden unternehmerischen Entscheidungsfreiheit bei einem Handeln auf eigene Rechnung. Anders als nach der Rechtsprechung des BAG, nach der eines der wichtigsten Merkmale ohne Weiteres fehlen kann und alles von „allen Umständen des Einzelfalles abhängt“ – was noch nicht einmal den geringen Anforderungen an einen Typusbegriff nach *Larenz* erfüllt – handelt es sich um zwingend erforderliche Merkmale.

(2) Wie bei anderen Klassenbegriffen auch, muss man zwischen zwingenden Merkmalen einerseits und ihren **Unterbegriffen** andererseits unterscheiden. Bei den Unterbegriffen kann es sich entweder ebenfalls um zwingende Merkmale handeln oder um Indizien; im zweiten Fall müssen sie nicht alle vorliegen, aber je mehr von ihnen vorliegen und in je stärkerem Maße sie vorliegen, umso eher ist das Vorliegen des Merkmals zu bejahen.¹⁵⁷

Allerdings kann man, in wohlwollendem Verständnis der BAG-Rechtsprechung, das BAG auch so verstehen, dass es in einer ersten Stufe einen Klassenbegriff verwendet.¹⁵⁸ Das wird im Folgenden im Hinblick auf die Hauptkriterien aufgezeigt.¹⁵⁹

Ohnehin kommt es in der Rechtswissenschaft, entgegen den üblichen Darstellungen, meist weniger auf die – wenig aussagekräftigen – Oberbegriffe an als vielmehr auf die Unterbegriffe in Form einer Begriffspyramide.¹⁶⁰ Hauptkriterien des BAG sind **Weisungsbindung** und **Eingliederung**.¹⁶¹

Allerdings hat das BAG in den letzten Jahren in seinem allgemeinen Vorspann zu Urteilen zur Arbeitnehmereigenschaft das Merkmal „Eingliederung“ meist entfallen lassen, ohne diese erhebliche Rechtsprechungsänderung jemals zu thematisieren, geschweige denn zu begründen, so dass der Gesetzgeber des § 611 a BGB entschuldbar der Meinung war, er gebe mit der wörtlichen Wiederholung dieses Vorspanns die aktuelle Rechtsprechung zutreffend wieder. In den Urteilsgründen hält das BAG jedoch auch weiterhin an diesem Merkmal fest, so wenn im Urteil zur Cutterin gesagt wird, sie sei in die Arbeitsorganisation der Beklagten einge-

157 Das erkennt *Buchner*, NZA 1998, 1144, 1147, 1159, der nicht zwischen Merkmalen und Indizien unterscheidet.

158 *Wank* in Blanke u. a., *Neue Beschäftigungsformen*, 1. Teil Rn. 96 f.

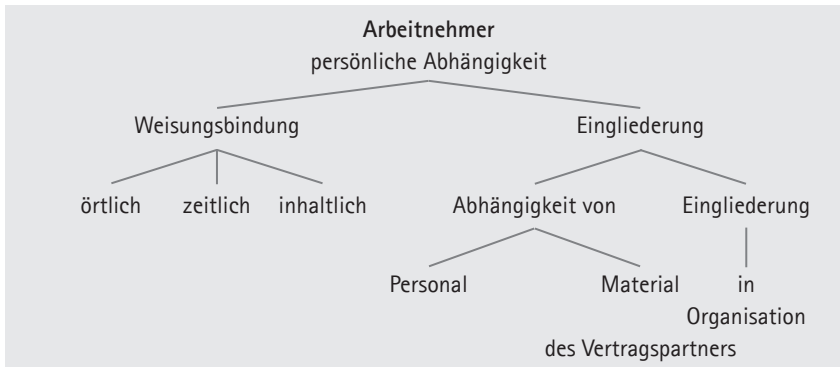
159 Vgl. *Wank*, *Empirische Befunde*, S. 15.

160 *Wank*, *Begriffsbildung*, S. 15; *ders.*, *Empirische Befunde*, S. 16 f.

161 S. zur Eingliederung allerdings auch den davon abweichenden neueren Urteilsvorspann; dazu V 2 b) ii).

bunden, sie habe mit Mitarbeitern der Beklagten zusammenzuarbeiten und deren technische Einrichtungen zu benutzen und sich an arbeitsorganisatorische Vorgaben zu halten. Das sind genau die Untermerkmale zur Eingliederung, wies sie hier zugrunde gelegt werden (s. u. V 2 b) ii) jj) kk).

Diese Hauptkriterien werden jeweils durch Unterkriterien ausdifferenziert,¹⁶² nämlich durch örtliche, zeitliche und inhaltliche Weisungsbindung sowie personelle und materielle Eingliederung.¹⁶³ Dadurch ergibt sich folgendes Bild:¹⁶⁴



(3) Auf einer tieferen Stufe im Begriffsbaum kann man zur Konkretisierung der Unterbegriffe Indizien heranziehen. Bemerkenswert ist, dass die Rechtsprechung des BAG seit den ersten Entscheidungen zum Arbeitnehmerbegriff derartige Indizien verwandt hat und bis heute verwendet. Dagegen werden dieselben Indizien, wenn sie von den Vertretern einer teleologischen Begriffsbildung verwandt werden, abgelehnt.¹⁶⁵

Für Indizien gilt eine „Verwendung als Einbahnstraße“: Liegen sie vor, spricht das auf Anhieb für die Arbeitnehmereigenschaft. Aber wenn sich im Hinblick auf die Merkmale zeigt, dass der Beschäftigte selbständig ist – er hat einen unternehmerischen Entscheidungsspielraum und arbeitet insoweit auf eigene Rechnung – können die Indizien außer Betracht bleiben, im Ergebnis ist der Beschäftigte ein Selbständiger. Umgekehrt ergibt sich aus dem Fehlen von Indizien nicht zwingend die Arbeitnehmereigenschaft, weil zwar die Weisungsbindung locker sein kann, der Beschäftigte aber keinen unternehmerischen Spielraum hat, sondern nur einen Spielraum ohne unternehmerische Auswirkungen (z. B. eine blaue oder eine rote Kappe zu tragen).

¹⁶² S. Dietrich/Patzina, Quantitative Erfassung, S. 30 f.

¹⁶³ Wie wenig exakt die „Definition“ des BAG ist, wird auch daran deutlich, dass z. B. Richardi, MünchArbR § 16 Rn. 23 in der Rechtsprechung folgende Unterbegriffe erkennt: fachliche, zeitliche und örtliche Weisungsgebundenheit sowie organisatorische Abhängigkeit und Fremdnützigkeit.

¹⁶⁴ S. auch Dietrich/Patzina, Quantitative Erfassung, S. 30 f.

¹⁶⁵ S. z. B. ErFK-Preis, § 611 BGB Rn. 57.

Derartige Indizien werden unten unter VII 1 genannt. Ein Fehler in Gesetzgebungsvorschlägen besteht darin, diese Indizien als Merkmale zu verstehen; d. h. wenn eines dieser Indizien fehlt, soll das gegen die Arbeitnehmereigenschaft sprechen. Nach dem früheren § 7 Abs. 4 SGB IV (s. o. II 1) war beim Fehlen mehrerer Indizien die Arbeitnehmereigenschaft zu vermuten. Der § 611 a BGB vorangehende Referentenentwurf hatte einige Indizien aufgeführt, die bei verständiger Lektüre auch als bloße Indizien erkennbar waren.¹⁶⁶ In der Literatur wurden sie demgegenüber verbreitet als Merkmale (miss)verstanden, die zwingend vorliegen müssten.

Angesichts dessen ist es gefährlich, im Gesetz Indizien zu benennen; wenn es geschieht, müssen sie ausdrücklich als bloße Indizien erkennbar sein. Bedenklich ist es, derartige Umstände zu Vermutungstatbeständen oder gar zu Merkmalen zu erheben.

(4) Die genannten Unterscheidungen sind zwar für eine juristische Definition außerordentlich wichtig. Für die **empirische Untersuchung** spielen sie dagegen nur mittelbar eine Rolle. Wie eingangs dargelegt, lassen sich juristische Begriffe nicht unmittelbar für eine Befragung verwerten; sie müssen umgesetzt werden in operationale Begriffe (s. o. I). Diese müssen allerdings so gewählt werden, dass sie das juristisch Gemeinte zutreffend widerspiegeln. Insofern wurde bei der Auswahl der Fragen im Rahmen der empirischen Untersuchung auf die hier entwickelten Erkenntnisse zurückgegriffen.

cc) Arbeit in Person für einen anderen gegen Entgelt

Ausgangspunkt aller Abgrenzungen ist die Tatsache, dass jemand in Person für einen anderen gegen Entgelt arbeitet.

Aus § 613 BGB ergibt sich, dass sowohl Dienstnehmer als auch Arbeitnehmer die Arbeit in Person zu erbringen haben. Davon gibt es zwar für Dienstnehmer, aber nicht für Arbeitnehmer Ausnahmen. Nur wenn nach dem Vertrag die Arbeit in Person zu erbringen ist, stellt sich das Abgrenzungsproblem.

Des Weiteren ist Voraussetzung, dass eine Tätigkeit für einen anderen erbracht wird. Damit scheiden Verkäufe, aber auch Werkverträge, bei denen allein das Ergebnis völlig unabhängig von der zugrunde liegenden Arbeit geschuldet wird, aus.

Es kann dahingestellt bleiben, ob zwingende Voraussetzung des Dienstvertrages die Entgeltlichkeit ist. Nach der Rechtsprechung ist jedenfalls für das Arbeitsverhältnis die Entgeltlichkeit eine notwendige Voraussetzung. In einer Entscheidung zu einem **Ehrenamt**¹⁶⁷ hat das BAG ausgeführt, dass auch die Vereinbarung der Unentgeltlichkeit von Dienstleistungen bis zur Grenze des Missbrauchs rechtlich

¹⁶⁶ Wank, EuZA 2016, 143, 159 ff.

¹⁶⁷ BAG 29.8.2012 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 124.

zulässig ist, wenn eine Vergütung nicht zu erwarten ist. Bei der Ausübung eines unentgeltlichen Ehrenamts bestehe zwar ein Dienstvertrag, aber kein Arbeitsvertrag. In diesem Urteil stellt das BAG klar heraus, worum es beim Arbeitnehmerbegriff geht: Um die Sicherung oder Besserung der wirtschaftlichen Existenz durch Anwendung zwingender arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften. Das ist richtig und entspricht dem hier zugrunde gelegten Ansatz. Es stimmt aber nicht mit der sonstigen Rechtsprechung überein. Danach hätte das BAG (sachfremd, aber nach der Rechtsprechung konsequent) überprüfen müssen, ob und inwieweit der ehrenamtliche Mitarbeiter der örtlichen Telefonseelsorge Weisungen des Trägers der Telefonseelsorge unterliegt.

An diesem Fall kann exemplarisch gezeigt werden, dass man bei der Rechtsprechung unterscheiden muss zwischen der schematischen Anwendung eines Prüfschemas auf der einen Seite (folgerichtig, aber manchmal neben der Sache) und der aufgrund richtigen Judizes zutreffenden Rechtsprechung für eine Fallgruppe.

dd) Tatsächliche Durchführung (Rechtsformzwang)

Als Prämisse ist der Prüfung dieser Kriterien vorgeschaltet, dass es nicht auf die Bezeichnung des Vertrages durch die Parteien ankommt, sondern auf die „**tatsächliche Durchführung**“.¹⁶⁸

BAG 28.5.1973 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 10

BAG 13.1.1983 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 43

BAG 28.1.1990 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 55

BAG 3.4.1990 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 58

BAG 20.7.1994 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 73

BAG 22.3.1995 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 76

BAG 19.11.1997 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 93

BAG 30.9.1998 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 103

BAG 25.5.2005 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 117

BAG 20.5.2009 AP BGB § 611 Arbeitnehmerähnlichkeit Nr. 16

BAG 9.6.2010 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 121

BAG 15.2.2012 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 123

BAG 29.8.2012 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 124

BAG 17.4.2013 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 125 (Rn. 34)

BAG 25.9.2013 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 126 (Rn. 17)

¹⁶⁸ ErfK-Preis, § 611 BGB Rn. 47 f.; Schmidt/Schwerdtner, Scheinselbständigkeit, Rn. 49 ff.; Wank in Blanke u. a., Neue Beschäftigungsformen, 1. Teil Rn. 25; Nachw. bei Erren, Vorstandsmitglied, S. 85; zum englischen Recht s. Bogg, Industrial Law Journal 2012, 328; rechtsvergleichend Rebhahn, RdA 2009, 154, 162; zum EU-Recht EUArbR-Steinmeyer, Art. 45 AEUV Rn. 11 f.

Zur Klarstellung muss darauf hingewiesen werden, dass es eigentlich auf zweierlei ankommt, nämlich auf die „*tatsächliche Vertragsgestaltung*“ und auf die „*tatsächliche Durchführung*“. Im ersten Fall geht es darum, dass die Bezeichnung als Selbständiger im Vertrag und die konkrete Ausgestaltung des Vertrags nicht übereinstimmen. Der angeblich Selbständige unterliegt, wenn man die Gesamtheit der Vertragsbestimmungen betrachtet, Bindungen wie ein Arbeitnehmer. Insofern kann man schon vor der Durchführung des Vertrages feststellen, dass eine Scheinselbständigkeit vorliegt.

Im zweiten Fall geht es darum, dass nach der Bezeichnung im Vertrag und nach dem äußeren Anschein der Vertragsbestimmungen eine selbständige Tätigkeit vorliegen könnte; tatsächlich wird der Vertrag aber so gehandhabt, dass der Erwerbstätige Bindungen wie ein Arbeitnehmer unterliegt. Der Unterschied zwischen beiden Fallgestaltungen wird allerdings in Rechtsprechung und Literatur üblicherweise ausgeblendet.

Arbeitsrecht ist Schutzrecht zugunsten von Arbeitnehmern.¹⁶⁹ Deshalb ist es weitgehend zwingendes Recht. Die Anwendung dieses zwingenden Rechts könnten Arbeitgeber leicht vermeiden, wenn sie Personen, die in Wahrheit Arbeitnehmer sind, im Vertrag als Selbständige bezeichnen und diese dadurch zu Selbständigen würden. Um das zu verhindern, ist der zwischen den Parteien bestehende Vertrag *objektiv zu qualifizieren*.¹⁷⁰ Um Widersprüche zwischen objektiv bestehender Rechtslage und falscher Bezeichnung im Vertrag aufzudecken, stellt das BAG auf die tatsächliche Durchführung des Vertrages ab, und damit auf die Gestaltung, die der Vertragspartner tatsächlich zugrunde legt.

Die tatsächliche Durchführung ist im Hinblick auf die Abgrenzungskriterien zu überprüfen. Hilfskriterien wie Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen oder Anmeldung eines Gewerbes können (wie Sozialversicherung und Lohnsteuer) nur zugunsten der Arbeitnehmereigenschaft hilfsweise herangezogen werden, nicht jedoch beispielsweise die Gewerbeanmeldung zugunsten der Eigenschaft als Selbständiger (s. u. V 2 g).¹⁷¹

Was gemeint ist, ist allgemein bekannt: „Der Rechtsbegriff des Arbeitnehmers ist weder vertrags- noch tarifdispositiv“.¹⁷² Dass immer dann, wenn objektiv gesehen kein Arbeitsverhältnis vorliegt, die allgemeine schuldrechtliche Freiheit der Typenwahl gilt, steht auf einem anderen Blatt. Angesichts dieser klaren Lage ist der Streit müßig, ob es sich um einen **Rechtsformzwang** bei Arbeitsverhältnissen

169 ErfK-Preis, § 611 BGB Rn. 37.

170 BAG 22.3.1995 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 76 = NZA 1995, 823; 12.9.1996 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 89 = NZA 1997, 600; 15.12.1999 NZA 2000, 534.

171 ErfK-Preis, § 611 BGB Rn. 49.

172 ErfK-Preis, § 611 BGB Rn. 39.

handelt¹⁷³ oder nicht.¹⁷⁴ Es geht – wie beim „Statusbegriff“ – um eine Nominaldefinition und nicht um eine Realdefinition, also nicht um richtig oder falsch, sondern um zweckmäßig oder nicht.¹⁷⁵

Die tatsächliche Durchführung ist allerdings dann nicht aussagekräftig, wenn das Verhalten der Beteiligten auf der Wahrnehmung öffentlich-rechtlicher Befugnisse beruht.¹⁷⁶

Das Kriterium der tatsächlichen Durchführung wird in zahlreichen Urteilen des BAG zugrunde gelegt und ist auch in der Literatur weitestgehend unumstritten. Dieses Ergebnis kann nach *Preis*¹⁷⁷ auf eine Inhaltskontrolle gestützt werden.¹⁷⁸ Ungeklärt ist allerdings, wie in Zweifelsfällen zu verfahren ist. Hat sich der Beschäftigte frei und bewusst für eine Stellung als Selbständiger entschieden, etwa wenn ihm beide Vertragstypen zur Auswahl angeboten wurden, so ist – auch bei späterem Sinneswandel – an dieser Entscheidung festzuhalten.¹⁷⁹ Es kann sein, dass ungefähr gleich viele Argumente für die Eigenschaft als Arbeitnehmer wie für die Eigenschaft als Selbständiger sprechen. Teilweise wird vorgeschlagen, dann der Vertragsfreiheit den Vorrang einzuräumen,¹⁸⁰ während nach anderen Autoren bestehende Zweifel für die Bejahung der Arbeitnehmereigenschaft sprechen.¹⁸¹

Haben die Parteien bewusst ein Arbeitsverhältnis gewählt, bedarf es keiner Inhaltskontrolle.¹⁸² Das ist der Sinn des Merkmals „freiwillige Übernahme eines Unternehmerrisikos“, das in der Literatur oft fälschlich so dargestellt wird, als ob immer eine Überprüfung der Freiwilligkeit vorgeschlagen würde.¹⁸³

Das BAG entscheidet zugunsten des Parteiwillens, auch unter Berufung auf das bisherige Berufsleben,¹⁸⁴ ansonsten im Rahmen der Gesamtabwägung aller Umstände des Einzelfalles.¹⁸⁵ In einem Urteil des LAG Saarbrücken heißt es:

173 So LAG Berlin 16.8.1983 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 44; *Fenn*, Festschrift für Bosch, S. 171 ff.

174 So *ErFK-Preis*, § 611 BGB Rn. 38 ff. (richtig aber Rn. 50, 62: „Vertragstypenzwang“); *Jahnke*, ZHR 1982 Bd. 146, S. 595 ff.; *Stoffels*, NZA 2000, 690 ff.

175 S. zu der Unterscheidung *Wank*, Begriffsbildung, S. 51, 55 f., 60 ff.

176 BAG 9.4.2014 – 10 AZR 590/13 – NZA-RR 2014, 522.

177 *ErFK-Preis*, § 611 BGB Rn. 39.

178 Nach *Forst*, RdA 2014, 157, 163 handelt es sich um ein Problem des institutionellen Rechtsmissbrauchs.

179 *ErFK-Preis*, § 611 BGB Rn. 60; *Wank*, Arbeitnehmer, S. 104 ff.; krit. *Hilger*, RdA 1989, 1, 6 f.

180 BAG 9.6.2010 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 121 = NZA 2010, 872; 11.8.2015 NZA-RR 2016, 288 betr. Artistengruppe.

181 *ErFK-Preis*, § 611 BGB Rn. 45.

182 BAG 12.9. 1996 – 5 AZR 1066/94 – AP BGB § 611 Freie Mitarbeiter Nr. 1; 18.3.2014 – 9 AZR 684/12 –; 8.9.2015 – 9 AZB 21/15 – NZA 2015, 1342.

183 S. auch *Dietrich/Patzina*, Quantitative Erfassung, S. 33.

184 BAG 24.10. 1978 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 30.

185 BAG 9.6.2010 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 121 = NZA 2010, 872.

„Sprechen ... einzelne Merkmale für die Annahme eines Arbeitsverhältnisses und andere für die eines reinen Mitarbeiterverhältnisses, so kommt dem ausdrücklich erklärten Parteiwillen, daß der Regisseur als freier Mitarbeiter tätig ist, ausschlaggebende Bedeutung zu.“¹⁸⁶

Ähnlich formuliert es das Bundessozialgericht.¹⁸⁷

Allerdings hat das BAG auch zutreffend erkannt, dass es mit der Freiwilligkeit des Arbeitnehmers nicht immer weit her ist:

„Hat der Dienstberechtigte dem zur Dienstleistung Verpflichteten nur einen Vertrag als freier Mitarbeiter angeboten und ihm keine Gelegenheit gegeben, sich um eine Anstellung als Arbeitnehmer zu bewerben, so ist die Wahl dieser Vertragsform dann ein Mißbrauch der Vertragsfreiheit, wenn sie nicht durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt ist, sondern nur der Umgehung des Sozialschutzes, insbesondere des Kündigungsschutzes, dient. In diesem Fall muss der Dienstberechtigte sich so behandeln lassen, als habe er einen Arbeitsvertrag abgeschlossen.“¹⁸⁸

Schließlich ist ungeklärt, wie weit im Einzelnen der Bereich des zwingenden Rechts geht und wo Spielraum für vertragliche Abweichungen besteht. Dabei geht es einmal um die Frage, ob es sich bei einer bestimmten gesetzlichen Regelung überhaupt um zwingendes Recht oder um **dispositives Recht** handelt, zum anderen um die Frage, in wieweit innerhalb des dispositiven Rechts Abweichungen möglich sind.

Da Arbeitsrecht dem Schutz der Beschäftigten dient, braucht es nicht angewandt zu werden, wenn der Beschäftigte des Schutzes nicht bedarf. Das ist zum einen der Fall, wenn dem Beschäftigten vom Auftraggeber eine Alternative angeboten wird. Hat er die faire Wahl zwischen einer Beschäftigung als Arbeitnehmer oder als Selbständiger und entscheidet er sich für die Selbständigkeit, so ist das zu akzeptieren.¹⁸⁹ In anderen Fällen, insbesondere bei weisungsfreier Tätigkeit, sind die Arbeitsbedingungen für Arbeitnehmer und Selbständige ähnlich, wie z. B. bei Honorärärzten im Vergleich zu angestellten Ärzten. Der Honorararzt erhält ein höheres Honorar und entscheidet sich selbst für eine selbständige Tätigkeit in wechselnden Kliniken. Auch dann gibt es keine Veranlassung, ihm die Arbeitnehmereigenschaft aufzuzwingen (s. dazu u. XI 10).

186 LAG Saarbrücken 8.11. 1967 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 7.

187 BSG 22.11. 1973 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 11.

188 BAG 14.2.1974 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 12.

189 Obwohl offensichtlich ist, dass nur dieser Fall gemeint ist – nämlich freie Wahl als Voraussetzung dafür, dass eine Inhaltskontrolle unterbleibt –, interpretiert *Hromádka*, DB 1998, 195, 196 f. dieses von mir genannte Merkmal sinnwidrig so, als sollte in jedem Fall die Freiwilligkeit geprüft werden.

b) Hauptkriterien

Vom Scheindienstvertrag und vom Scheinwerkvertrag ist das Scheinarbeitsverhältnis zu unterscheiden.¹⁹⁰ Es wird beispielsweise geschlossen, wenn der Insolvenzschuldner als Arbeitgeber ohne Erhalt einer Arbeitsleistung Lohn zahlt.¹⁹¹

aa) Weisungsbindung und Eingliederung

Wie dem oben angegebenen Schema zu entnehmen ist, werden die beiden Hauptkriterien Weisungsbindung und Eingliederung durch Unterbegriffe erläutert.

Dabei zeigt sich, dass sich unter dem Dach der „persönlichen Abhängigkeit“ zwei ganz verschiedene Kriterien verbergen, nämlich die Weisungsbindung und die wirtschaftliche Abhängigkeit.

Was die *Weisungsbindung* angeht, erfasst die Rechtsprechung damit Weisungen im Sinne des § 106 GewO. Wenn derartige Weisungen tatsächlich erteilt werden, ist dies ein starkes Indiz für die Arbeitnehmereigenschaft; nicht deshalb, weil die Weisungsbindung die Schutzbedürftigkeit begründet – wie überwiegend, aber unzutreffend behauptet wird; sondern weil sich ein Selbständiger auf derartige Weisungen gar nicht einlassen würde. Wer sich darauf einlässt, erscheint als wirtschaftlich abhängig und damit arbeitsrechtlich schutzbedürftig.

Die Vertreter der h. M. gestehen teilweise zu, dass zwischen der Weisungsbindung und der Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers, wie sie durch arbeitsrechtliche Gesetze manifestiert wird, kein unmittelbarer Sinnzusammenhang besteht.¹⁹² Das wäre auch unschädlich, wenn jedenfalls eine vollständige *Korrelation* bestünde, d. h. wenn sich immer dann, wenn eine Weisungsbindung vorliegt, das auch genau auf den Personenkreis bezöge, der dem Arbeitsrecht unterliegen soll. Diese Beziehung gilt zwar für die Vielzahl der unproblematischen Fälle, also für diejenigen, für die man weder eine gesetzliche Regelung noch die Rechtsprechung braucht; auch in manchen Zweifelsfällen besteht eine starke Indizwirkung. Aber in den verbleibenden Zweifelsfällen ist die Weisungsbindung nicht mehr als ein Indiz, so dass es dringend weiterer Kriterien bedarf.

Inhaltlich kann sich die Weisungsbindung auf die *Art der Arbeitsausübung* oder auf unternehmerische Weisungen oder auf arbeitsvertragliche Umstände beziehen.¹⁹³ Die Rechtsprechung versteht unter Weisungsbindung unterschiedslos Weisungen jeder Art, obwohl es sich um ganz unterschiedliche Kategorien handelt. Ob jemand am Montag diesen oder jenen Vorgang bearbeiten soll, hat mit der Schutzbedürftigkeit (z. B. bezüglich Lohnfortzahlung im Krankheitsfall), gar nichts zu tun.

190 Benecke, RdA 2016, 65; Porten, Medizinrecht 2015, 327.

191 BAG 18.9.2014 – 6 AZR 145/13 – DB 2015, 499.

192 Hromadka, NZA 1997, 575; Zöllner/Loritz/Hergenröder, Arbeitsrecht, § 4 III 5.

193 Zu der Unterscheidung Wank, EuZA 2016, 143, 161 m. w. N.

Eine differenzierte Betrachtung findet sich in der Rechtsprechung zum einen beim Werkvertrag¹⁹⁴ und zum anderen in folgendem Zusammenhang: Beim Handelsvertreter wird danach unterschieden, ob es sich um Weisungen handelt, die nach dem Gesetz auch gegenüber einem selbständigen Handelsvertreter erteilt werden können, oder um darüber hinausgehende Weisungen (s. u. XII 3 b).

Im Übrigen können Weisungen als Abgrenzungskriterium zwischen Arbeitnehmern und Selbständigen (ebenso wie die Eingliederung) nur insoweit verwendet werden, als sich keine *Erfordernisse aus der Natur der Sache* ergeben. Man muss sich also jeweils fragen, ob dieselbe Tätigkeit auch verrichtet werden könnte, wenn dem Beschäftigten keine Vorgaben gemacht würden und wenn er nicht in die Organisation des Auftraggebers eingebunden wäre.

Mit welchen Vertragspartnern Verträge abzuschließen sind, welche Verkaufspreise gelten sollen, wo, was und zu welchen Preisen eingekauft werden soll usw. sind im Gegensatz zu den üblicherweise in der Rechtsprechung genannten, für die Schutzbedürftigkeit wenig relevanten Weisungen *unternehmerische Entscheidungen*. Für die Frage, ob jemand, der solche unternehmerischen Entscheidungen trifft, arbeitsrechtlich schutzbedürftig ist, ist dieses Merkmal allerdings isoliert gesehen ebenfalls irrelevant. Hinzukommen muss vielmehr, ob der Beschäftigte *auf eigene Rechnung* handelt oder auf Rechnung des Vertragspartners. Hier geht es *unmittelbar um die wirtschaftliche Abhängigkeit*, die Weisungsbindung ist nicht nur Indiz, sondern sie sagt unmittelbar etwas darüber aus, ob der Beschäftigte in wirtschaftlicher Hinsicht vom Vertragspartner abhängig ist oder ob er auf eigene Rechnung arbeitet, selbst unternehmerische Entscheidungen trifft und daher keines arbeitsrechtlichen Schutzes bedarf.

Wenn die Rechtsprechung persönliche Abhängigkeit als Weisungsbindung und Eingliederung versteht, erfasst sie damit etwas Richtiges. Allerdings blendet sie aus, dass es um unternehmerische Entscheidungen geht, dass die *Eingliederung als Teil der wirtschaftlichen Abhängigkeit* der entscheidende Parameter ist und dass das Merkmal „Handeln auf eigene Rechnung“ hinzukommen muss.

bb) Empirische Untersuchung

Für die empirische Untersuchung folgt daraus, dass zusätzlich zu den vom BAG genannten Merkmalen danach gefragt werden muss, ob eine unternehmerische Entscheidungsfreiheit besteht und ob der Beschäftigte auf eigene Rechnung handelt.

Es könnte als eine Verfälschung der Rechtsprechungsanalyse erscheinen, wenn man (zusätzlich) ein Merkmal zugrunde legt, das vom BAG nicht explizit genannt

194 BAG 24.5.2006 – 7 AZR 365/05 – EzAÜG § 631 BGB Werkvertrag Nr. 39.

wird. Sieht man sich jedoch die vom BAG entschiedenen Fälle an, so stellt sich heraus, dass dann, wenn das BAG seine eigenen Kriterien anwendet, das (zutreffende) Ergebnis darauf beruht, dass das BAG letzten Endes unausgesprochen auf das Merkmal „auf eigene Rechnung“ abgestellt hat (s. auch V 2d, XV 7 g).

Im Folgenden werden die Kriterien zunächst nach der Rechtsprechung des BAG untersucht. Für die empirische Untersuchung wurde vorgeschlagen, auf die fünf vom BAG verwandten Unterbegriffe abzustellen und anschließend mit Zusatzkriterien den teleologischen Zusammenhang zwischen Weisungsbindung und arbeitsrechtlicher Schutzbedürftigkeit herzustellen.¹⁹⁵

cc) Vorwegnahme der Weisungen im Arbeitsvertrag

Im Hinblick auf die Weisungsbindung ist allerdings eine Vorklärung erforderlich. Typischerweise enthält ein **Arbeitsvertrag** nur eine allgemeine Tätigkeitsbeschreibung; alles Weitere ergibt sich aus den Weisungen bei der Durchführung des Vertrages, § 106 GewO. Der Vertrag kann aber bereits detaillierte Vorgaben enthalten, so dass spätere Weisungen weitgehend überflüssig sind. Aus dieser Tatsache kann man zwei unterschiedliche Folgerungen ziehen.

(1) Die Rechtsprechung des BAG

Das BAG hält es für entscheidend, dass der Vertragspartner während der Durchführung des Arbeitsvertrages Weisungen erteilt. Es sieht es allerdings als ausreichend an, wenn der Arbeitgeber dazu die rechtliche Möglichkeit hätte, auch wenn er sie tatsächlich nicht voll ausnützt.¹⁹⁶ Wenn aber der Vertrag bereits alle Details enthält und spätere Weisungen nicht erforderlich sind, liege kein Arbeitsverhältnis vor.¹⁹⁷

So heißt es in einer Entscheidung:

„Die Lehrkraft ... steht dann nicht in einem Arbeitsverhältnis, wenn der Inhalt der Dienstleistung und die Arbeitszeit im Einzelnen vertraglich geregelt und damit dem Weisungsrecht des Arbeitgebers entzogen werden.“¹⁹⁸

Die konkrete Festlegung der Arbeitsleistung kann sich nach der Rechtsprechung außer durch bereits im Arbeitsvertrag enthaltene Regelungen durch eine spätere **Konkretisierung** ergeben.

„Arbeitspflichten können sich, ohne dass ausdrücklich Erklärungen ausgetauscht werden, nach längerer Zeit auf bestimmte Arbeitsbedingungen konkretisieren. Dies setzt voraus, dass über den bloßen Zeitablauf hinaus Umstände vor-

¹⁹⁵ Dietrich/Patzina, Quantitative Erfassung, S. 31 ff.

¹⁹⁶ BAG 12.9.1996 NZA 1997, 194.

¹⁹⁷ BAG 30.11.1994 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 74 = NZA 1995, 622; BAG 20.1.2010 – 5 AZR 99/09 – AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 122 Rn. 18 betreffend einen Orchestermusiker.

¹⁹⁸ BAG 30.10.1991 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 59.

liegen, die ein schutzwürdiges Vertrauen des Arbeitnehmers auf Beibehaltung des bisherigen Leistungsinhalts für die Zukunft begründen."¹⁹⁹

Nach der Rechtsprechung soll es also gegen die Arbeitnehmereigenschaft sprechen, wenn der zugrunde liegende Vertrag bereits alle Vorgaben enthält; denn dann brauche der Auftraggeber ja später keine Weisungen mehr zu erteilen, es fehle an der Weisungsbindung.²⁰⁰

Demgegenüber haben BGH²⁰¹ und BAG²⁰² in den Eismann-Fällen zutreffend erkannt, dass die detaillierten Vorgaben in einem umfangreichen Handbuch den Verkaufsfahrern keine Möglichkeit zu eigenen unternehmerischen Entscheidungen auf eigene Rechnung boten und haben deshalb auf Weisungsbindung und die Eigenschaft als Arbeitnehmer oder Arbeitnehmerähnlicher erkannt.

(2) Stellungnahme

In der Rechtsprechung des BAG nimmt das Merkmal „inhaltliche Weisungsbindung“ eine überragende Rolle ein. In den meisten Urteilen steht es im Vordergrund der Prüfung; die anderen Kriterien werden oft nur am Rande herangezogen. Der Sache nach geht es um Folgendes: Welche Aufgaben ein Arbeitnehmer zu erfüllen hat, ergibt sich in erster Linie aus seinem Arbeitsvertrag. Dieser kann abstrakt eine Tätigkeit nennen, z. B. Redakteur; oder die Tätigkeit kann konkretisiert werden, z. B. Lokalredakteur für Köln. Die Konkretisierung kann insbes. auch durch die Eingruppierung nach einem Tarifvertrag erfolgen. Schließlich kann der Arbeitsvertrag auch im Einzelnen die Tätigkeiten aufzählen, die anfallen.

Im Alltag werden die Aufgaben danach durch Ausübung des Weisungsrechts (Direktionsrechts) konkretisiert. Zulässig sind nur Weisungen innerhalb des Rahmens, der durch den Arbeitsvertrag gesteckt wird, wobei berufstypische Tätigkeiten nicht eigens genannt zu werden brauchen.²⁰³

Da es sich um das tragende Merkmal des BAG handelt, sollte man meinen, dass wenn es an der inhaltlichen Weisungsbindung fehlt, kein Arbeitsverhältnis vorliegen kann. Die Rechtsprechung ist jedoch widersprüchlich.

Das BAG erkennt den Sinn des Merkmals Weisungsbindung. Es geht darum, dass der Vertragspartner keinen eigenen unternehmerischen Spielraum hat. Insofern ist es gleichgültig, ob der Spielraum dem Beschäftigten bereits durch den Ver-

199 BAG 26.9.2012 – 10 AZR 336/11 – DB 2013, 290.

200 BAG 13.11.1991 NZA 1992, 1125.

201 BGH 4.11.1998 BGHZ 140, 11.

202 BAG 16.7.1997 AP ArbGG § 5 Nr. 92 (Kreuder).

203 Tettinger/Wank/Ennuschat, § 106 GewO Rn. 4 ff.

trag beschnitten wird oder durch spätere Weisungen. Insofern spricht die genaue Vorgabe im Vertrag gerade für die Arbeitnehmereigenschaft.²⁰⁴

Das Merkmal darf nicht isoliert gesehen werden. Wenn der Vertrag bereits alle Tätigkeiten vorsieht *und* der Beschäftigte auf eigenes Risiko und auf eigene Rechnung handelt, spricht das für einen Dienstvertrag oder einen Werkvertrag. Sind dagegen die beiden Zusatzerfordernisse nicht erfüllt, spielt die Frage Vorabbindung oder spätere Weisung keine Rolle. Die Thematik wird besonders aktuell bei der Arbeitnehmereigenschaft von Lehrern. Hier argumentiert das BAG genau umgekehrt zu dem oben genannten Ansatz des BAG: Gerade wenn ein Curriculum vorliege, also eine vorweggenommene Weisungsbindung, spreche das für die Arbeitnehmereigenschaft.²⁰⁵

(3) Empirische Untersuchung

Für die empirische Untersuchung folgt daraus: Da es ohnehin nicht auf die Bestimmungen im Vertrag ankommt, sondern auf die tatsächliche Durchführung, und insoweit auch die Konkretisierung berücksichtigt wird, genügt es, wenn nach der tatsächlich ausgeübten Weisungsbindung gefragt wird.

Insofern hat die **Befragung** ergeben, dass die Beschäftigten in der Grauzone zu 63 % ihre Arbeit selbständig gestalten können. Nur 10 % bejahten Vorgaben durch den Auftraggeber und 17 % eine teilweise Weisungsbindung. Eine Bindung in der Sache selbst ergab sich für 8 % der Befragten.²⁰⁶

dd) Weisungen jeder Art oder unternehmerische Weisungen

(1) Art der Weisung

Soweit es um örtliche, zeitliche oder fachliche Weisungen geht, macht das BAG keinen Unterschied nach der Art der Weisung. Es ist danach gleichgültig, ob die Weisung darin besteht, eine blaue oder eine rote Kappe zu tragen, oder darin, wie viele Kunden in welcher Zeit zu besuchen sind. Das BAG prüft nur, ob überhaupt Weisungen irgendwelcher Art erteilt wurden. Die zentrale Frage, ob zwischen der Weisung und den Schutzzwecken des Arbeitsrechts ein innerer Zusammenhang besteht, wird vom BAG so gut wie nie gestellt – eine Ausnahme stellt die Eismann-Entscheidung dar, in der das BAG feststellt, dass Art und Umfang der Weisungen eine Tätigkeit als freier Dienstnehmer ausschließen. Im Übrigen erfolgt auch keine Abwägung nach dem Gewicht der Weisungen; auch wird nicht immer klar unter-

204 BAG 30.9.1998 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 103 = NZA 1999, 374.

205 BAG 30.10.1991 NZA 1992, 407.

206 *Dietrich/Patzina*, Quantitative Erfassung, S. 43, Abbildung 4.1.

schieden, ob eine Bindung zwingend aus der Sache folgt oder ob die Parteien die Wahl hätten.

Richtigerweise muss geprüft werden, *ob der Beschäftigte unternehmerischen Weisungen unterliegt, die sich auf sein Einkommen auswirken*. Wird ihm die Zeiteinteilung vorgeschrieben, so dass er keine anderen Einkünfte erzielen kann, so ist das für die Abgrenzung von Bedeutung. Wenn er dagegen ohnehin acht Stunden täglich bei dem Vertragspartner arbeitet, spielt es für die Arbeitnehmer-eigenschaft keine Rolle, ob er morgens um acht oder um neun Uhr anfangen muss.

(2) Empirische Untersuchung

Für die empirische Untersuchung folgt daraus: Einerseits soll herausgefunden werden, wie das BAG den Fall entscheiden würde. Insofern ist nach Weisungen jeder Art zu fragen. Andererseits zeigt aber insbesondere die Eismann-Entscheidung, dass das BAG den Fokus gelegentlich zutreffend auf die unternehmerische Weisungsbindung legt. Insofern sollte die Fragestellung beides erfassen.

Bei der **Befragung** hat sich gezeigt, dass im Bereich Handel und Verkehr 60 % der Befragten im Hinblick auf *fachliche Weisungen* Vorgaben gemacht wurden, und zwar hinsichtlich der Öffnungszeiten 47 %, hinsichtlich der Zusammensetzung des Einkaufssortiments 45 % und hinsichtlich des Verkaufssortiments 42 %.²⁰⁷

Eine Weisungsbindung spiegelt sich auch in der *Kontrolle* durch den Auftraggeber. So unterlagen 66 % der Befragten einer Kontrolle des Ergebnisses und 15 % einer Kontrolle der Art und Weise der Durchführung der Arbeit.²⁰⁸

Ein Vergleich mit der früheren Befragung zeigt, dass die Bedeutung der Weisungsbindung zurückgegangen ist.²⁰⁹

ee) Örtliche Weisungsbindung

(1) Vorüberlegungen²¹⁰

Für einen **Selbständigen** ist charakteristisch, dass er in der Wahl des Ortes für die Ausübung seiner Tätigkeit frei ist. Wer also beispielsweise ein bestimmtes Produkt verkauft, kann dieses an jedem beliebigen Ort der Welt herstellen. Die Ausarbeitung eines Gutachtens kann am häuslichen Schreibtisch erfolgen, weit entfernt von dem Sitz des Auftraggebers.

²⁰⁷ Dietrich/Patzina, Quantitative Erfassung, S. 43; Abbildung 4.1.

²⁰⁸ Dietrich/Patzina, Quantitative Erfassung, S. 44; Tabelle 4.2.

²⁰⁹ Dietrich/Patzina, Quantitative Erfassung, S. 44.

²¹⁰ S. auch Wank, Arbeitnehmer, S. 13 f.; ders., Empirische Befunde, S. 45; ders. in Blanke u. a., Neue Beschäftigungsformen, 1. Teil Rn. 36 ff.

Für den **Arbeitnehmer** ist charakteristisch, dass er seine Arbeit an dem Ort verrichtet, der ihm durch Anordnung des Arbeitgebers zugewiesen worden ist. Das kann beispielsweise die Produktionsstätte des Arbeitgebers sein, oder die Schule, in der der Lehrer unterrichtet.

Für die Abgrenzung wichtig sind, wie immer, die Fälle, die vom **Idealtypus abweichen**. Das ist in weiten Bereichen der Fall: So können Selbständige an den Ort des Auftraggebers gebunden sein und Arbeitnehmer in der Wahl des Aufenthaltsorts frei sein.

Bezogen auf **Selbständige** arbeiten manche angestellte Handwerker typischerweise an einer festen Arbeitsstätte, andere aber, wie z. B. Bauhandwerker, an der jeweils wechselnden Arbeitsstätte des Auftraggebers. Auch kann es sein, dass Handwerker nicht an einer festen Arbeitsstelle arbeiten, sondern an wechselnden Arbeitsstellen bei wechselnden Kunden ihres Arbeitgebers, wie z. B. angestellte Klempner, Elektriker oder Monteure.²¹¹ Der Unternehmensberater muss sich ein Bild vor Ort beim Kunden machen, der selbständige Wirtschaftsprüfer hat wochenlang seinen Sitz in einem Büro des von ihm geprüften Unternehmens.

Im Hinblick auf **Arbeitnehmer** kann es bei Außendienstmitarbeitern sein, dass Arbeitnehmern der jeweilige Aufenthaltsort fest zugewiesen wird; es kann aber auch sein, dass sie beispielsweise im Hinblick auf Kundenbesuche in Reihenfolge und Dauer des Aufenthalts an einem bestimmten Ort frei sind. Schließlich kann es sein, dass der Arbeitnehmer, wie ein Selbständiger, die Arbeit an seinem eigenen Wohnsitz verrichtet, wie z. B. ein Telearbeitnehmer.²¹² Ein Lehrer z. B. nimmt die Unterrichtsvorbereitung zuhause vor und unterrichtet in der Schule.

Sofern man angesichts dieser Abweichungen vom Idealbild das Kriterium der örtlichen Weisungsbindung mit Gewinn heranziehen kann, kommt es einmal darauf an, ob die Ortswahl vom Vertragspartner vorgegeben wird oder ob sie vom Beschäftigten frei gewählt werden kann.²¹³ Soweit der Ort durch die Art der Tätigkeit vorgegeben ist, z. B. beim Klassenunterricht in der Schule, ist das Kriterium nur dann aussagekräftig, wenn eine Abweichung vom Normalfall vorliegt. So kann beispielsweise der Klavierlehrer den Unterricht in seiner Wohnung erteilen, was ein Kriterium für seine Selbständigkeit als Lehrer sein kann.

In der Diskussion um einen Referentenentwurf zu § 611 a BGB hat das Merkmal örtliche Weisungsbindung eine große Rolle gespielt. Es wurde im Gesetzentwurf stark hervorgehoben. Die Kritiker haben dem Beispiele wie die vorgenannten entgegengehalten, in denen unstreitig Selbständige in den Räumen des Vertrags-

211 *ErFK-Preis*, § 611 BGB Rn. 51.

212 Zur Telearbeit s. u. XI 5.

213 *Uffmann*, *Interim Management*, S. 221 m. w. N.

partners arbeiten.²¹⁴ Insoweit wurde in der früheren literarischen Diskussion sowie in der Rechtsprechung versäumt, danach zu unterscheiden, ob die örtliche Bindung in der Natur der Sache liegt – dann gibt es keine Indizwirkung – oder ob sie aus der Weisung des Vertragspartners folgt.

(2) Die Rechtsprechung des BAG

Das BAG²¹⁵ hat das Merkmal der örtlichen Weisungsbindung in ständiger Rechtsprechung als Kriterium herangezogen.²¹⁶ Es hat festgestellt, dass auch Mitarbeiter im Außendienst örtlichen Weisungen unterliegen können.²¹⁷

BAG 13.1.1983 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 42

BAG 9.5.1984 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 45

BAG 6.5.1998 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 94 = NZA 1999, 205

BAG 9.6.2010 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 121 (Rn. 28 f., zu § 84 HGB, in dem die örtliche Abhängigkeit gar nicht vorkommt!)

zuletzt:

BAG 17.4.2013 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 125 (Rn. 25)

BAG 25.9.2013 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 126 (Rn. 22)

(3) Stellungnahme und Folgerungen für die empirische Untersuchung

Anders als nach der Rechtsprechung muss man drei Fälle unterscheiden:

- Der Ort wird vom Beschäftigten frei gewählt: Indiz für Selbständigkeit.
- Der Ort wird vom Auftraggeber festgelegt: Indiz für Arbeitnehmereigenschaft.
- Der Ort ist durch die Art der Arbeit vorgegeben – kein aussagekräftiges Indiz.

Richtig äußert sich das BAG zur dritten Variante:

Die örtliche Bindung „ist im pädagogischen Bereich typisch und besagt nichts über eine persönliche Abhängigkeit.“²¹⁸

In seiner Entscheidung zur Leiterin einer Außenstelle hat das BAG diese Erkenntnis allerdings nicht berücksichtigt.²¹⁹

Im Übrigen bietet das Merkmal eine gewisse Hilfe bei der Abgrenzung. Auch aus teleologischer Sicht ist die freie Wahl des Arbeitsortes ein Ausfluss unternehmerischer Gestaltungsfreiheit.

214 Z. B. *Gaul-Hahne*, BB 2016, 58, 61.

215 Nachw. bei *Wank*, Arbeitnehmer, S. 13; *Erren*, Vorstandsmitglied, S. 91 f.

216 S. z. B. BAG 13.1.1983 AP BGB § 611 Nr. 42.

217 BAG 6.5.1998 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 102 = NZA 1999, 205.

218 BAG 9.5.1984 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 45.

219 BAG 25.5.2005 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 118; krit. *Wank*, Festschrift für Küttner, S. 5, 7 ff.

Folgerung für die **empirische Untersuchung**: das Merkmal muss erfragt werden; dabei ist aber zwischen den drei Varianten zu unterscheiden:²²⁰

- Können sie den Ort ihrer Tätigkeit frei wählen?
- Oder wird Ihnen der Ort vom Vertragspartner vorgeschrieben?
- Oder ergibt sich Ihr Arbeitsort zwingend aus der Art der Tätigkeit?²²¹

Ein Sinnzusammenhang mit der Schutzbedürftigkeit ergibt sich aus der örtlichen Abhängigkeit insofern, als die Möglichkeit freier Ortswahl ein Indiz für unternehmerische Entscheidungen auf eigene Rechnung ist.

Bei der **Befragung** wurde das Merkmal örtliche Weisungsbindung weiter untergliedert. Zunächst wurde gefragt, ob die Tätigkeit an einem festen Ort oder an wechselnden Orten verrichtet wird. Wenn die Arbeit an einem festen Ort geleistet wird, ist bei 56 % der Befragten der Vertragspartner für die Auswahl zuständig, 39 % können den Arbeitsort frei wählen.²²²

Dass an wechselnden Orten gearbeitet wird, kann daran liegen, dass es sich um Filialen des Auftraggebers, um Kunden oder sonstige Vorgaben handelt.²²³

Bezüglich Kundenbesuche können 45 % der Befragten selbst entscheiden, welche Kunden sie aufsuchen.²²⁴

Zusammenfassend ergab sich:

- örtliche Weisungsbindung: 67 %
- keine örtliche Weisungsbindung: 28 %
- von der Sache her sich ergebende Wahl des Ortes: 2,3 %.²²⁵

ff) Zeitliche Weisungsbindung

Dem Merkmal zeitliche Weisungsbindung kam in Bezug auf den Fabrikarbeiter, der für die herkömmliche Definition des Arbeitnehmers Pate gestanden hat,²²⁶ große Bedeutung zu. Er hatte seine festen Arbeitszeiten. Mit der Zunahme flexibler Arbeitszeiten²²⁷ verliert das Merkmal zusehends seine Konturen. Abgesehen davon war schon immer nicht klar, welche Art von zeitlicher Weisungsbindung mit dem Merkmal gemeint war. Das verwundert nicht, da es auch bei diesem Merkmal in der Rechtsprechung an einer teleologischen Interpretation fehlt.

²²⁰ Zur Operationalisierung Wank, Empirische Befunde, S. 47 ff.

²²¹ S. Dietrich/Patzina, Quantitative Erfassung, S. 50.

²²² Dietrich/Patzina, Quantitative Erfassung, S. 49; Abbildung 4.8.

²²³ Dietrich/Patzina, Quantitative Erfassung, S. 50; Abbildung 4.9.

²²⁴ Dietrich/Patzina, Quantitative Erfassung, S. 51; Abbildung 4.10.

²²⁵ Dietrich/Patzina, Quantitative Erfassung, S. 52.

²²⁶ MünchArbR-Richardj, § 16 Rn. 46.

²²⁷ ErFK-Wank, § 3 ArbZG Rn. 16 ff.

(1) Vorüberlegungen²²⁸

Im Hinblick auf das Merkmal der zeitlichen Weisungsbindung²²⁹ muss untergliedert werden in:²³⁰

- Dauer des Beschäftigungsverhältnisses
- Umfang der Arbeitszeit
- Beginn und Ende der Arbeitszeit
- Aufteilung der Arbeitszeit.

Das Merkmal „*Dauer des Rechtsverhältnisses*“ kann als Indiz herangezogen werden.²³¹ Ein Arbeitnehmer ist meist für eine gewisse Zeit an einen Vertragspartner gebunden, ein typischer Selbständiger tritt gegenüber wechselnden Vertragspartnern am Markt auf. Missverständlich ist allerdings die in den allgemeinen Vorbemerkungen der Urteile des BAG zu findende Formulierung, das Weisungsrecht könne sich auch auf die Dauer der Arbeitszeit beziehen. Das ist unzutreffend, da sie zum Vertragsinhalt gehört und damit dem Direktionsrecht entzogen ist.

Ein besonderer Aspekt der zeitlichen Weisungsbindung ist die zeitlich-organisatorische Eingliederung. Sie zeigt sich insbes. in der Aufnahme in *Dienstpläne*.²³² Gegenstück zur Zeitsouveränität ist das Erfordernis der ständigen Dienstbereitschaft.²³³

Allerdings wird in Rechtsprechung und Literatur üblicherweise beim Merkmal „zeitliche Weisungsbindung“ nicht differenziert, sondern die Aspekte werden unterschiedslos unter dem Begriff der zeitlichen Weisungsbindung behandelt.

Der **Selbständige** ist typischerweise in den genannten Hinsichten frei. Er kann selbst entscheiden, wie er seine tägliche Arbeit einrichtet und verteilt. Er kann entscheiden, ob er eine bestimmte Arbeit am Vormittag oder am Nachmittag verrichtet, und er kann selbst entscheiden, ob er zur Herstellung des Produkts eine Woche oder zwei Wochen einsetzen will. Auch kann er, um private Angelegenheiten zu verrichten, sich selbst „frei geben“, und er kann Urlaub zu der Zeit machen, die ihm als günstig erscheint.

Demgegenüber ist der **Arbeitnehmer** in seiner Zeiteinteilung nicht frei. Typischerweise schreibt ihm der Arbeitgeber vor, welche Arbeit er wann zu verrichten hat. Die Lage der Arbeitszeit ist regelmäßig dadurch vorgegeben, dass der Arbeit-

228 S. auch Wank, Arbeitnehmer, S. 14 f.; ders., Empirische Befunde, S. 45; ders. in Blanke u. a., Neue Beschäftigungsformen, 1. Teil Rn. 40 ff.

229 Dazu Wank, Arbeitnehmer, S. 143 f., 156 f.; ders., Empirische Befunde, S. 45 f.

230 Wank in Blanke u. a., Neue Beschäftigungsformen, 1. Teil Rn. 40.

231 Vgl. Rebhahn, RdA 2009, 154, 167 f.

232 BAG 21.4.1994 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 68; 16.2.1994 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 70 = AP BGB § 611 BGB Rundfunk Nr. 15; 16.6.1998 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 101 = AP ArbGG 1979 § 5 Nr. 44; zum Zusammenhang mit der Eingliederung Uffmann, Interim Management, S. 219.

233 BAG 7.5.1980 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 35.

nehmer Teil einer Organisation mit festen Arbeitszeiten ist, also mit einem für alle festgelegten Zeitpunkt des Arbeitsbeginns und des Arbeitsendes. Damit ist auch die Dauer der täglichen Arbeitszeit und die Verteilung der Arbeitszeit auf die Woche vorgegeben. Der Arbeitgeber kann Vorgaben darüber machen, in welcher Zeit eine Arbeit zu erledigen ist. Schließlich muss die Lage und die Dauer des Urlaubs vom Arbeitgeber genehmigt werden, wobei regelmäßig eine Abstimmung mit den Urlaubsplänen der anderen Arbeitnehmer stattfinden muss.

Abweichungen vom Idealtypus können sich dadurch ergeben, dass der Selbständige rechtlich oder faktisch zeitlichen Zwängen unterliegt. So kann der Handwerker im Falle eines Rohrbruchs seine Leistung nicht auf den nächsten Tag verschieben, ebenso wenig der Arzt, der im Notfall herbeigerufen wird.

Für Arbeitnehmer ergibt sich eine Abweichung vom Idealtypus insbesondere in Fällen flexibler Arbeitszeit.²³⁴ Hier kann der Arbeitnehmer beispielsweise, solange er eine Kernarbeitszeit beachtet, zu selbst gewählten Zeiten mit der Arbeit beginnen und die Arbeit zu selbst gewählten Zeiten beenden.²³⁵ Jedoch liegen die Gestaltungsformen des Bereitschaftsdienstes, der Arbeitsbereitschaft und der Rufbereitschaft innerhalb des Spektrums der Arbeitnehmerstellung.²³⁶

Je mehr die Arbeitsrechtsgesetzgebung zum Arbeitszeitrecht Grenzen setzt, desto geringer wird der Spielraum des Arbeitgebers für zeitliche Weisungen.²³⁷

Das Merkmal „Zeit“ ist auch von Bedeutung im Hinblick auf die Abgrenzung Vollzeit/Teilzeit²³⁸ und die Abgrenzung Hauptberuf/Nebenberuf (s. zum Nebenberuf u. V 2 e).

Zwar sind **Teilzeitbeschäftigte** ebenfalls Arbeitnehmer, und sie unterliegen dem Diskriminierungsverbot des § 4 Abs. 1 TzBfG im Vergleich zu Vollzeitbeschäftigten. Soweit nur zeitweise Beschäftigte Arbeitnehmer sind, ergeben sich keine Besonderheiten.²³⁹ Andererseits kann aber bei Personen, die nur zeitweilig für einen anderen arbeiten, gerade deswegen die Arbeitnehmereigenschaft fehlen. Ein noch stärkeres Indiz für Selbständigkeit als die Freiheit zur Zeiteinteilung innerhalb eines Beschäftigungsverhältnisses ist die Freiheit, über seine Zeit außerhalb eines Beschäftigungsverhältnisses zu verfügen und die Zeit für andere Einkünfte einsetzen zu können.²⁴⁰ Der Unterschied zwischen einem Unternehmer mit vielen Kunden und einem Teilzeitarbeitnehmer wird meist

234 Dazu *ErfK-Wank*, § 3 ArbZG Rn. 16 ff.; *ErfK-Preis*, § 611 BGB Rn. 67.

235 *ErfK-Preis*, § 611 BGB Rn. 51.

236 *ErfK-Preis*, § 611 BGB Rn. 67.

237 *Rebhahn*, RdA 2009, 154, 160.

238 *Wank* in *Blanke u. a.*, *Neue Beschäftigungsformen*, 1. Teil Rn. 10.

239 *ErfK-Preis*, § 611 BGB Rn. 73.

240 *Wank*, *Empirische Befunde*, S. 45 f.

dadurch deutlich, dass der Teilzeitarbeitnehmer auf Dauer nur für einen Auftraggeber arbeitet.²⁴¹

Ob die Arbeit im Hauptberuf oder im **Nebenberuf** ausgeübt wird, dürfte eigentlich keine Rolle spielen. Das BAG hat jedoch manchmal die Arbeitnehmereigenschaft gerade im Hinblick auf den Nebenberuf verneint.²⁴²

(2) Die Rechtsprechung des BAG

Das BAG²⁴³ legt der zeitlichen Weisungsbindung üblicherweise mehr Bedeutung bei als der örtlichen. So heißt es in einer frühen Entscheidung:

„Wesentliches Merkmal des Arbeitsverhältnisses ist die persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber bei der Arbeitsleistung, insbesondere auch hinsichtlich der Arbeitszeit ...“²⁴⁴

Entsprechend wurde bei einem Redakteur und Reporter darauf abgestellt, „ob die Anstalt ... über Arbeitszeit und Arbeitskraft wie ein Arbeitgeber verfügt.“²⁴⁵

Soweit auf § 84 HGB verwiesen wird, wird ohnehin – fälschlich – allein auf die zeitliche Weisungsbindung (und nicht auch auf örtliche und fachliche) Bezug genommen:

BAG 19.11.1997 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 90 = NZA 1998, 364

BAG 9.6.2010 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 121 (Rn. 21 f.)

BAG 15.2.2012 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 123 (Rn. 17 ff.)

Im Übrigen ist gerade die *freie Zeiteinteilung* oft ausschlaggebend.²⁴⁶

Das BAG differenziert nicht nach den verschiedenen Aspekten einer zeitlichen Bindung.

In einer Entscheidung hat es auf die *Dauer der Beschäftigung* abgestellt:

„Ein Künstler, der auf der Jubiläumsveranstaltung eines Unternehmens einmalig eine von ihm selbst gestaltete Zaubershow darbietet, ist weder Arbeitnehmer noch arbeitnehmerähnliche Person ...“²⁴⁷

Das BAG weist insbes. dem Merkmal „*ständige Dienstbereitschaft*“ große Bedeutung zu.²⁴⁸ Das Gleiche gilt für die Aufnahme in *Dienstpläne*; dazu z. B.:

241 S. zum Nebenberuf Wank, Empirische Befunde, S. 24.

242 BAG 16.10.2013 NZA 2014, 264 (nebenberuflicher Bereitschaftsdienst eines Arztes).

243 Nachw. bei Erren, Vorstandsmitglied, S. 88 ff.; Wank, Arbeitnehmer, S. 14 ff.

244 BAG 28.2. 1962 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 1.

245 BAG 8.10.1975 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 18.

246 BAG 21.9.1977 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 24.

247 BAG 6.12. 1974 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 14.

248 BAG 19.11.1997 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 35 = NZA 1998, 364; 6.5.1998 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 102 = NZA 1999, 205.

BAG 16.3.1994 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 68 = NZA 1994, 1132

BAG 16.2.1994 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 70 = NZA 1995, 21

BAG 16.6.1998 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 101

BAG 8.11.2006 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 118 = NZA 2007, 321

(3) Stellungnahme und Folgerungen für die empirische Untersuchung

Aus teleologischer Sicht ist nicht die zeitliche Bindung als solche entscheidend, sondern ob der Beschäftigte angesichts dessen die Möglichkeit zu eigener unternehmerischen Gestaltung hat, sei es dass er auch für andere tätig wird, sei es dass er bei geschickter Zeiteinteilung sein Einkommen optimieren kann. In der Rechtsprechung wird dieses Merkmal stets für die Abgrenzung herangezogen. Als Indiz im Hinblick auf unternehmerische Gestaltungsmöglichkeiten ist das Merkmal brauchbar.

Bei der **Befragung** hat sich allerdings herausgestellt, dass dem Merkmal durchaus nicht die überragende Bedeutung zukommt, wie es nach der Rechtsprechung den Anschein hat. Wenn man unter zeitlicher Weisungsbindung versteht, dass eine tägliche Mindestarbeitszeit vereinbart wurde, dann unterliegen (nur) 41 % der Befragten einer zeitlichen Bindung.²⁴⁹ Eine Zeitsouveränität besteht allerdings nur im Rahmen von Gleitzeitregelungen mit Kernarbeitszeit (so für 61 % der Befragten).²⁵⁰

Allerdings wurde nur der Umfang der täglichen Arbeitszeit abgefragt. Einzelheiten wie Beginn und Ende der täglichen Arbeit, Aufteilung und Unterbrechung der Arbeit (Pausen, Urlaub) blieben unberücksichtigt.

Im Bereich *Handel und Verkehr* wurde nach Vorgaben betreffend die Öffnungszeiten gefragt. Hier bejahten 47 % der Befragten eine Bindung.²⁵¹

gg) Inhaltliche Weisungsbindung

(1) Vorüberlegungen²⁵²

Entscheidendes Abgrenzungskriterium ist die inhaltliche Weisungsbindung (nach anderer Terminologie „fachliche Weisungsbindung“).²⁵³

„Der Grad des Weisungsrechts ist der **zentrale Gesichtspunkt** bei der Feststellung der persönlichen Abhängigkeit“.²⁵⁴

²⁴⁹ Dietrich/Patzina, Quantitative Erfassung, S. 47; Abbildung 4.6.

²⁵⁰ Dietrich/Patzina, Quantitative Erfassung, S. 46.

²⁵¹ Dietrich/Patzina, Quantitative Erfassung, S. 43; Tabelle 4.1.

²⁵² Wank, Arbeitnehmer, S. 16 f.; ders., Empirische Befunde, S. 46.; ders. in Blanke u. a., Neue Beschäftigungsformen, 1. Teil, Rn. 50 ff.

²⁵³ Wank, Arbeitnehmer, S. 157 f.; dazu Dietrich/Patzina, Quantitative Erfassung, S. 42.

²⁵⁴ ErFK-Preis, § 611 BGB Rn. 61 unter Hinweis auf BAG 30.11.1994 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 74 = NZA 1995, 622.

Für **Selbständige** ist charakteristisch, dass sie ein eigenes Angebot unterbreiten, das ihren Vorstellungen entspricht. Allerdings gehört eine Mitsprache des Vertragspartners meist dazu. Sie kann darin bestehen, dass dieser genaue Vorgaben dazu macht, wie die geschuldete Leistung auszusehen hat, so dass für den Selbständigen kaum ein eigener Spielraum bleibt. Es kann aber auch so sein, dass zunächst nur eine allgemeine Leistungsbeschreibung vorliegt und dass der Vertragspartner während der Durchführung des Vertrages fachliche Wünsche äußert oder Weisungen erteilt.²⁵⁵

Charakteristisch für Selbständige ist, dass sie mit **eigenem unternehmerischem Spielraum** arbeiten. Im Rahmen einer Produktion bedeutet das, dass sie entscheiden können, ob sie die Arbeit allein oder mit Mitarbeitern verrichten, welche Mitarbeiter sie für welchen Zeitraum und für welchen Lohn beschäftigen, welche Produkte sie im Sortiment führen, bei wem und zu welchen Konditionen sie einkaufen, an wen und zu welchen Konditionen sie verkaufen und wann sie die Lieferung erbringen. Entsprechende Spielräume bestehen auch im Rahmen einer Dienstleistung.

Weil sie ein eigenes unternehmerisches Risiko mit eigenen unternehmerischen Chancen übernommen haben, kann die Rechtsordnung darauf verzichten, ihnen arbeitsrechtlichen Schutz zu gewähren.

Demgegenüber ist der **Arbeitnehmer** grundsätzlich den inhaltlichen Weisungen des Arbeitgebers unterworfen. Derartige Weisungen können bereits im Voraus allgemein erfolgen. So kann der Arbeitsvertrag die zu leistende Arbeit bereits weitgehend konkret beschreiben (s. o. V 2 b) cc). Es können Routinearbeiten zu verrichten sein, die dem Arbeitnehmer nur zu Beginn des Arbeitsverhältnisses mit Wirkung für einen langen Zeitraum erläutert werden. Inhaltliche Weisungen können aber auch jeweils ad hoc erfolgen.

Abweichungen vom Idealtypus ergeben sich einmal in den Fällen, in denen der Auftraggeber des Selbständigen weitgehend eigene Vorgaben macht. Juristisch mag man diese als fachliche Weisungen beispielsweise im Rahmen eines Werkvertrages bezeichnen, aber sie können den inhaltlichen Weisungen im Rahmen eines Arbeitsvertrages sehr ähnlich sehen.

Auf Seiten von Arbeitnehmern finden sich vielfach **weisungsfreie Tätigkeiten** (dazu u. XII 6).²⁵⁶ Das kann einmal daran liegen, dass es sich um Spezialisten handelt, deren Arbeit ohnehin nicht von anderen vorgegeben werden kann (u. a. auch bei Ärzten oder Künstlern, s. u. XII 8 und 10). Ferner kann es sein, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer genügend Fachkompetenz zutraut, um ihm Entscheidungsfreiheit zuzubilligen. Schließlich ist eine inhaltliche Weisung vielfach rein tatsächlich

255 Zur Unterscheidung zwischen arbeitsbezogenen und arbeitsvertragsbezogenen Weisungen BAG 5.3.1991 AP Be-trVG 1972 § 99 Nr. 90; Brauneisen/Ibes, RdA 2014, 213; ErFK-Wank, § 1 AÜG Rn. 13, 15.

256 ErFK-Preis, § 611 BGB Rn. 51.

nicht möglich, beispielsweise bei Außendienstmitarbeitern (s. u. XII 3a, b, 4). So kann der im Außendienst beschäftigte Handwerker zwar bei seinem Arbeitgeber in Zweifelsfällen anrufen oder der Arbeitgeber kann in einem bestimmten Umfang durch Anrufe die Tätigkeit kontrollieren; aber im Wesentlichen arbeitet der angestellte Handwerker in diesem Fall weisungsfrei.

(2) Die Rechtsprechung des BAG

In der Rechtsprechung des BAG nimmt das Merkmal „inhaltliche Weisungsbindung“ eine überragende Rolle ein. In den meisten Urteilen steht es im Vordergrund der Prüfung; die anderen Kriterien werden oft nur am Rande herangezogen. Der Sache nach geht es um Folgendes: Welche Aufgaben ein Arbeitnehmer zu erfüllen hat, ergibt sich in erster Linie aus seinem Arbeitsvertrag. Dieser kann abstrakt eine Tätigkeit nennen, z. B. Redakteur; oder die Tätigkeit kann etwas konkretisiert umschrieben sein, z. B. Lokalredakteur Köln. Die Konkretisierung kann insbesondere auch durch eine bestimmte Eingruppierung nach einem Tarifvertrag erfolgen. Schließlich kann der Arbeitsvertrag im Einzelnen aufzählen, welche Tätigkeiten zu verrichten sind.

In manchen Fällen spielt für die Rechtsprechung die fachliche Weisungsbindung eine tragende Rolle.²⁵⁷ In einer Entscheidung des LAG Düsseldorf wurde einer Kustodin, die als Museumshüterin tätig war, der Arbeitnehmerstatus u. a. mit der Begründung abgesprochen, dass sie nicht habe darlegen können, dass sie als Museumshüterin weisungsgebunden tätig war.²⁵⁸

Im Alltag werden die Aufgaben danach durch Ausübung des Weisungsrechts (Direktionsrechts) nach § 106 GewO konkretisiert.²⁵⁹ Zulässig sind nur Weisungen innerhalb des Rahmens, der durch den Arbeitsvertrag gesteckt wird, wobei berufstypische Tätigkeiten nicht eigens genannt zu werden brauchen.

Da es sich um das tragende Merkmal des BAG handelt, sollte man meinen, immer dann wenn es an einer inhaltlichen Weisungsbindung fehlt, kann kein Arbeitsverhältnis vorliegen. Die Rechtsprechung ist jedoch widersprüchlich. Einerseits wird dieses Merkmal vom BAG besonders betont,²⁶⁰ andererseits soll es aber eine Arbeitnehmereigenschaft auch ohne fachliche Weisungsbindung geben!²⁶¹ So gibt es Urteile, in denen eine fachliche Weisungsbindung vorliegt und in denen das betont wird. In den meisten dieser Fälle ist die Abgrenzung aufgrund dessen

257 Z. B. BAG 15.3.1978 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 26; 20.7.1994 AP BGB § 611 Nr. 73.

258 LAG Düsseldorf 18.12.2004 – 15 Ta 582/14 –, PM v. 7.1.2015.

259 Dazu Tettinger/Wank/Ennuschat, GewO, § 106.

260 BAG 8.6.1967 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 6.

261 Z. B. BAG 2.6.1976 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 20; 15.3.1978 BAG AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 26; 23.4.1980 BAG AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 34.

ohnehin einfach. Demgegenüber wurde ein Beschäftigter, weil dem Vertragspartner „kein Direktionsrecht hinsichtlich der Ausführung der Arbeit im Einzelfall“ zustand, vom BSG als selbständiger Handelsvertreter angesehen.²⁶²

In den Fällen aber, in denen die Abgrenzung schwieriger ist und in denen es gerade auf eine hilfreiche Definition ankäme, versagt die Definition. Bei den „**fachlich weisungsfreien Arbeitnehmern**“ soll es auf das Merkmal, das eigentlich entscheidend für die Abgrenzung ist, nicht ankommen (s. dazu u. XII 6).

So heißt es in einer Entscheidung:

„Der starke wirtschaftliche und künstlerische Einfluß, den ein Sender auf eine überwiegend für ihn tätige Orchestergesellschaft ausübt, kann nicht bewirken, daß der Sender Arbeitgeber der Orchesterm Mitglieder wird, die in einem Arbeitsverhältnis zu der Orchestergesellschaft stehen.“²⁶³

Das BAG erkennt also zutreffend, dass die fachliche Weisungsbindung – in der vom BAG vorgenommenen ontologischen Interpretation – ein ungeeignetes Kriterium für die Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft oder für die Zuordnung zu einem Arbeitgeber ist.

(3) Stellungnahme

Methodisch wäre der Rückgriff auf dieses Merkmal nur dann überzeugend, wenn sich ein Zusammenhang zwischen der inhaltlichen Weisungsbindung einerseits und den verschiedenen arbeitsrechtlichen Gesetzen andererseits aufzeigen ließe; wenn also die inhaltliche Weisungsbindung eine Schutzbedürftigkeit beispielsweise im Hinblick auf die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall indizieren würde. Wenn man jedoch, wie das BAG, auf Weisungen jeder Art Bezug nimmt, ergibt das Merkmal wenig Sinn. Ob ein Arbeitnehmer die Arbeit A oder die Arbeit B verrichten soll, hat mit der Schutzbedürftigkeit im Krankheitsfall nicht das Geringste zu tun.²⁶⁴

Nach der BAG-Rechtsprechung ist es unerheblich, welcher Art die inhaltlichen Weisungen sind. In teleologischer Hinsicht muss man jedoch unterscheiden, ob nur die Ausübungsmodalitäten der Arbeit betroffen sind oder deren Inhalte, insbesondere die unternehmerische Entscheidungsfreiheit. Schreibt der Vertragspartner beispielsweise das Tragen von Dienstkleidung vor, so betrifft das § 106 GewO; das setzt aber schon voraus, dass der Beschäftigte Arbeitnehmer ist. Geht es beim Unterricht einer Lehrkraft darum, welcher Stoff behandelt wird, so ist dies ebenfalls allein eine Frage des § 106 GewO und hat mit der Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers nichts zu tun. Richtig ist allerdings, dass wenn Weisungen

262 BSG 11.8. 1966 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 5.

263 BAG 26.1975 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 19.

264 Das blendet *Buchner*, NZA 1998, 1144, 1151 aus.

im Sinne des § 106 GewO erteilt werden, dies ein starkes Indiz für die Arbeitnehmereigenschaft ist (denn ein Selbständiger würde sich normalerweise nicht so bevormunden lassen). Umgekehrt bedeutet das Fehlen derartiger Weisungen aber noch keine Selbständigkeit, wie das Beispiel der fachlich weisungsfreien Mitarbeiter zeigt (XII 6). Da die Rechtsprechung den entscheidenden Aspekt, unternehmerische Entscheidungen auf eigene Rechnung, verkennt, gelingt ihr eine widerspruchsfreie Lösung des Problems des weisungsfreien Mitarbeiters nicht. Mangels Weisungsbindung müsste das BAG nach seinen Prämissen die Eigenschaft als Selbständiger bejahen; aber da das BAG selbst erkennt, dass das Ergebnis unzutreffend wäre, stellt es in diesen Fällen auf eher nebensächliche Aspekte von Weisungen ab.

Entscheidend ist also, was das BAG nicht berücksichtigt:

- Erteilt der Vertragspartner unternehmerische Weisungen, oder hat der Beschäftigte unternehmerische Entscheidungsfreiheit?
- Wirken sich die unternehmerischen Entscheidungen für Rechnung des Vertragspartners aus oder für eigene Rechnung des Beschäftigten? Scheinselbständigkeit erkennt man daran, dass der Beschäftigte nach dem Vertrag zwar auf eigene Rechnung handelt, de facto aber keinen unternehmerischen Entscheidungsspielraum hat.

In einigen Fällen hat das BAG mangels Weisungsbindung eine Arbeitnehmereigenschaft abgelehnt, obwohl es sich offenkundig um Arbeitnehmer handelte. So hat es bei einer Tagesmutter in einem SOS-Kinderdorf die Arbeitnehmereigenschaft verneint, weil diese selbst entscheiden konnte, ob sie Kartoffeln oder Nudeln kaufte und ob sie um 10 Uhr oder um 11 Uhr zum Einkaufen ging.²⁶⁵ Bei einer Frau, die rund um die Uhr im Arbeitseinsatz steht, klingt die Argumentation eher zynisch.

Auch kann es – entgegen der Ansicht des BAG – für die Schutzbedürftigkeit eines Lehrers keine Rolle spielen, ob für sein Fach ein Curriculum besteht (dann Arbeitnehmer) oder nicht (dann Selbständiger).²⁶⁶

Wenn das BAG meint, auf sein eigentlich zentrales Merkmal der fachlichen Weisungsbindung verzichten zu können, so entwertet sich die Rechtsprechung selbst. Diese Aussage ist der beste Beweis dafür, dass das vom BAG zugrunde gelegte Merkmal ungeeignet ist; denn wenn ein zentrales Merkmal durchaus verzichtbar ist, belegt das, dass es in Wirklichkeit auf etwas anderes ankommt.

²⁶⁵ BAG 25.5.2005 AP BGB § 611 Lehrer, Dozenten Nr. 10.

²⁶⁶ BAG 30.10.1991 NZA 1992, 407; krit. ErfK-Preis, § 611 BGB Rn. 88; Wank, Festschrift für Küttner, S. 5 ff.; im Einzelnen u. XI 9.

Es genügt auch nicht, darauf zu verweisen, dass ja noch die übrigen Abgrenzungskriterien verbleiben; die örtliche und die zeitliche Weisungsbindung sind im Grunde nur Ausprägungen der inhaltlichen Weisungsbindung und können für sich genommen die Arbeitnehmereigenschaft nicht begründen. Damit verbleibt nur die Eingliederung als Merkmal, die aber ebenfalls in diesen Fällen oft fehlen wird.

Entscheidend ist, ob weisungsfreie Beschäftigte **nicht auf eigene Rechnung**²⁶⁷ arbeiten; gleichgültig wie sie ihren Arbeitseinsatz gestalten, ihr Entgelt ist davon unabhängig. Sie üben keine eigene unternehmerische Tätigkeit aus.

Schwierig wird die Abgrenzung allerdings in den Fällen, in denen nicht Dienstvertrag und Arbeitsvertrag, sondern Werkvertrag und Arbeitsvertrag voneinander abzugrenzen sind. Ein Beispiel bietet das neueste BAG-Urteil zu Zirkusartisten.²⁶⁸ Ein Zirkusartist als Mitglied einer Artistengruppe verunglückte während einer Hochseilnummer. Da die Artisten vom Zirkusunternehmen nicht zur Krankenversicherung angemeldet worden waren, stellten alle ihre Arbeit ein. Das BAG verneinte die Arbeitnehmereigenschaft des Artisten. Er sei nach einem „Vertrag über freie Mitarbeit“ eingestellt worden. Der Vertrag sehe ein Weisungsrecht nicht vor.

Abgesehen davon, dass es nicht auf den Vertragstext ankommt, sondern auf die objektive Rechtslage, bestehen Zweifel an der formalen Argumentation des Urteils. Verständlicher wird es, wenn man anstelle der ontologischen Betrachtung eine teleologische Betrachtung vornimmt. Einerseits ist die Eingliederung bei einem Zirkusunternehmen besonders stark. Die Artisten sind in ein tägliches Programm eingebunden, müssen stets die gleiche vertragsgemäße Leistung vorführen, sich an vorgegebene Orte und Zeiten halten, auf dem Zirkusgelände wohnen, mit dem Zirkus alle paar Tage den Ort wechseln usw. Andererseits hatte die Artistengruppe ihr Programm als fertiges Paket angeboten, gleichsam als abnahmefähiges Werk, das jeden Tag neu geliefert wird. Zudem können Zirkusakrobaten in jeder Spielzeit zu einem anderen Zirkus wechseln. Insgesamt kann man aus alledem ableiten, dass die Artistengruppe hier ein eigenes Risiko übernommen hat. Die Mitglieder der Gruppe haben das Programm selbst zusammengestellt und selbst für Personal und Ausrüstung gesorgt.²⁶⁹

(4) Folgerungen für die empirische Untersuchung

Im Grunde ist auf der Grundlage der BAG-Rechtsprechung eine seriöse Befragung nicht möglich. Fragt man einen Beschäftigten, ob er weisungsfrei arbeitet, und antwortet er mit ja, so müsste er eigentlich als Selbständiger zu qualifizieren

267 Zu diesem Merkmal *Rebhahn*, RdA 2009, 154, 165, der insoweit von wirtschaftlicher Unselbständigkeit spricht.

268 BAG 11.8.2015 NZA-RR 2016, 288 betr. Artistengruppe.

269 Zur freiwilligen Übernahme eines Unternehmerrisikos *Wank*, Arbeitnehmer, S. 130 f.

sein, obwohl er, wenn er dabei auf fremde Rechnung arbeitet, nach allgemeiner Ansicht Arbeitnehmer ist. Die Rechtsprechung qualifiziert in manchen Fällen entweder – fälschlich – Arbeitnehmer als Selbständige (Beispiele: die Tagesmutter, der Volkshochschuldozent²⁷⁰), oder sie stellt im Widerspruch zur eigenen Prämisse auf Äußerlichkeiten (Ort, Zeit) ab und gelangt nur dadurch zu einem zutreffenden Ergebnis.

Für die empirische Untersuchung folgt daraus: Die Fragen müssen so formuliert sein, dass ein Ergebnis herauskommt, als wenn das BAG den Fall entschieden hätte. Es würde in diesen Fällen (meist) mit ungeeigneten Fragen, aber zutreffendem Judiz dadurch zum richtigen Ergebnis gelangen, dass es unausgesprochen ein Zusatzkriterium berücksichtigt, nämlich das Handeln auf eigene Rechnung. Deshalb muss dieses richtige Ergebnis zusätzlich durch folgende Frage erfasst werden:

- Arbeiten sie auf eigene Rechnung?

Die Befragung hielt sich an die fünf vom BAG üblicherweise zugrunde gelegten Merkmale.

Insoweit ergab sich, dass

- bei 8 % der Befragten die Art und Weise der Leistungserbringung aus der Sache selbst folgte.

Bei den übrigen Befragten zeigte sich:

- 63 % konnten ihre Arbeit selbst gestalten.
- Bei 10 % gab ihr Auftraggeber die Art der Leistung überwiegend vor und
- bei 17 % teilweise.²⁷¹

Es stellte sich heraus, je mehr Freiheit dem Beschäftigten nach dem Vertrag eingeräumt wurde, desto höher war sein Einkommen.

Im Bereich *Handel und Verkehr* kamen Besonderheiten hinzu. Hier können die Auftraggeber Einfluss auf die Öffnungszeit, auf Einkaufs- und Verkaufssortiment nehmen. Rund 60 % der Befragten sind insoweit gebunden.²⁷²

Eine Weisungsbindung kann sich auch aus einer *Kontrolle* ergeben, wobei eine Kontrolle der Art und Weise der Leistung eher für eine abhängige Beschäftigung spricht und eine Kontrolle des Ergebnisses für eine selbständige Tätigkeit.²⁷³

270 Wank, Festschrift für Küttner, S. 5 ff.

271 Dietrich/Patzina, Quantitative Erfassung, S. 42.

272 Dietrich/Patzina, Quantitative Erfassung, S. 42.

273 Dietrich/Patzina, Quantitative Erfassung, S. 43.

Bei einer zusammenfassenden Betrachtung ergaben sich im Hinblick auf die Weisungsbindung gegenüber der Befragung 1995 deutliche Veränderungen.²⁷⁴

hh) Gesamtbetrachtung zur Weisungsbindung

(1) Würde das BAG seine Urteile zur Arbeitnehmereigenschaft genauer begründen statt nur auf seine bisherige Rechtsprechung und auf **alle Umstände des Einzelfalles** zu verweisen, so müsste es eine teleologische Begriffsbildung vornehmen; d. h. es müsste aufzeigen, inwiefern die für Arbeitnehmer typische Schutzbedürftigkeit, wie sie sich in arbeitsrechtlichen Gesetzen niederschlägt, bei einem Beschäftigten vorliegt. In den wenigen Urteilen, in denen das geschehen ist, kam das BAG zu nachvollziehbaren und praktikablen Ergebnissen.

Eigentlich müsste das BAG in jedem Fall örtliche, zeitliche und inhaltliche Weisungsbindung prüfen, jeweils gewichten und dann zu einem Gesamturteil bezüglich der Weisungsbindung kommen. Das geschieht jedoch meist nicht, da das BAG gemäß seiner typologischen Methode einmal so und einmal anders entscheidet, mal dieses Merkmal betont und andere ganz weglässt, mal andere, teleologisch nebensächliche Aspekte in den Vordergrund stellt. Manchmal steht dann die zeitliche Weisungsbindung im Vordergrund,²⁷⁵ mal die zeitliche und die örtliche,²⁷⁶ mal „Art und zeitliche Lage“,²⁷⁷ mal die inhaltliche, ohne dass darin ein System erkennbar wäre.

Unschädlich für die Bejahung der Weisungsbindung ist es nach Ansicht des BAG, „wenn der Arbeitgeber sein Weisungsrecht längere Zeit nicht ausübt“.²⁷⁸

Die Pflicht, Anordnungen von Behörden zu befolgen, ist nach der Rechtsprechung kein Merkmal arbeitsvertraglicher Weisungsbindung.²⁷⁹

(2) Der Trend zu entgrenzter Arbeit

Betrachtet man die Entwicklung der Arbeitswelt, so stellt man fest, dass die Weisungsbindung – jedenfalls in dem Sinne, wie sie das BAG versteht – eine immer geringere Rolle spielt. Der Trend geht zu „entgrenzter Arbeit“.²⁸⁰

274 Dietrich/Patzina, Quantitative Erfassung, S. 44.

275 BAG 22.8.2001 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 109 und 9.10.2002 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 114.

276 BAG 14.1.1982 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 39 und 27.3.1991 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 53.

277 BAG 9.5.1984 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 45.

278 BAG 12.9.1996 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 88.

279 BAG 25.5.2005 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 117.

280 Brandt/Polom/Danneberg, Gute digitale Arbeit, 2016.

Die *zeitliche Weisungsbindung* wird dadurch verringert, dass von fester Arbeitszeit zu flexibler Arbeitszeit gewechselt wird.²⁸¹ Zudem wird der Arbeitnehmer durch Tablets und Smartphones jederzeit erreichbar, die Grenzen zwischen Arbeit und Freizeit verschwimmen.²⁸² Den Wechsel bei der Arbeitszeit macht eine Studie zu Hochqualifizierten deutlich:²⁸³

	1992	2011
Arbeitnehmer mit Samstagsarbeit	20 %	27 %
Sonntagsarbeit	10 %	14,5 %
Arbeit nach 18 Uhr	15 %	27 %

Die *örtliche Weisungsbindung* war bei Fahrern und Mitarbeitern im Außendienst schon immer eingeschränkt. Da diese Personen heute über Mobiltelefone jederzeit erreichbar sind, erübrigen sich unternehmerische Vorgaben weitgehend. Andererseits führt die jederzeitige Erreichbarkeit zu einem ganz neuen Maß an Kontrollmöglichkeiten. Die Erlaubnis zur Arbeit im „home office“, also zu Arbeitstagen, die zuhause verbracht werden können, lässt die örtliche Weisungsbindung insoweit entfallen, Arbeit und Freizeit gehen in einander über.²⁸⁴

Die *inhaltliche Weisungsbindung* wird zunehmend durch unternehmensinterne soziale Netzwerke gesteuert. Damit entfällt der feste Rahmen, die Strukturierung durch den Arbeitsvertrag. Der Arbeitnehmer wird überall einsetzbar. Er gibt – freiwillig – seine Fähigkeiten preis. Eine Leistungskontrolle des „gläsernen Arbeitnehmers“ ist jederzeit möglich – die ständige Kontrollmöglichkeit ersetzt die Weisung.

Auch *Zielvereinbarungen* ersetzen häufig die konkrete Weisung.²⁸⁵ Positiv kann man sie als Möglichkeit des Arbeitnehmers sehen, durch eigene Vorschläge und eigene Anstrengungen sein Einkommen zu erhöhen. Auf der anderen Seite füllen sie den Arbeitsvertrag mit einem starken werkvertraglichen Element auf. Zwar erweitert sich die Autonomie des Arbeitnehmers, aber zugleich erhöht sich seine Unterordnung.²⁸⁶ Während den Arbeitnehmer vom Selbständigen unterscheidet, dass er gerade kein unternehmerisches Risiko trägt, wird dem Arbeitnehmer durch eine Zielvereinbarung ein wirtschaftliches Risiko aufgebürdet.

281 S. ErFK-Wank, § 3 ArbZG Rn. 16 ff.

282 Wank, RdA 2014, 285.

283 Appel/Schmidt, AuA 2015, 101.

284 S. Wank, Telearbeit, 1997; zum „virtuellen Arbeitsplatz“ s. Haupt/Wollenschläger, NZA 2001, 289.

285 Dazu BAG 4.11.2012 NZA 2013, 1150; Annuß, NZA 2007, 290; Behrens/Rinsdorf, NZA 2003, 364; Deich, Arbeitsvertragliche Gestaltung von Zielvereinbarungen; Salamon, NZA 2014, 465.

286 Alain Supiot, La Gouvernance par les nombres, 2015.

Folgerungen für die **empirische Untersuchung**: Fragt man stets nach örtlicher, zeitlicher und inhaltlicher Weisungsbindung und ergänzt man das um die Frage, ob unternehmerische Entscheidungen auf eigene Rechnung möglich sind, so erhält man – ungeachtet der missverständlichen Formulierungen in den Urteilen des BAG – in aller Regel genau das Ergebnis, zu dem das BAG kommen würde.

ii) Eingliederung durch Abhängigkeit vom Personal des Vertragspartners

(1) Vorüberlegungen

Die „persönliche Abhängigkeit“ wird vom BAG typischerweise aufgespalten in „Weisungsbindung“ und „Eingliederung“ („organisatorische Abhängigkeit“). Dabei wird die Eingliederung wiederum untergliedert in die beiden Unterbegriffe Abhängigkeit vom Personal des Auftraggebers und Abhängigkeit vom Material des Auftraggebers.²⁸⁷ Manchmal wird aber auch pauschal auf die organisatorische Einbindung Bezug genommen, die den gesamten Bereich abdeckt.²⁸⁸

Auch in anderen Rechtsordnungen spielt das Merkmal Eingliederung eine große Rolle.²⁸⁹

Das Merkmal Eingliederung wurde von Beginn an als Teil der persönlichen Abhängigkeit in der Rechtsprechung genannt. Ein Urteil aus dem Jahre 2001 formuliert noch: „Dabei ist für die häufig erforderliche Abgrenzung zum Rechtsverhältnis eines freien Mitarbeiters der Grad der persönlichen Abhängigkeit und die mit der Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation verbundenen Weisungsgebundenheit maßgeblich.“²⁹⁰ In § 7 Abs. 1 SGB IV wird es, unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des BAG, neben der Weisungsbindung aufgeführt. Zwar nennt das BAG in seinen neueren Urteilen in dem jeweils übereinstimmenden allgemeinen Vorspann der Entscheidungsgründe die Eingliederung nicht mehr. In § 611 a BGB wurde dieser neuere Text übernommen (s. dazu auch V 2 a) bb). Das BAG hat aber nie ausdrücklich erklärt, dass und warum es das Merkmal aufgegeben hat. In seiner Grundsatzentscheidung zu Rundfunkmitarbeitern²⁹¹ hat das BAG noch ausgeführt, zwar stehe die Tätigkeit bei einigen Berufsgruppen einer fachlichen Weisungsgebundenheit entgegen. Ihre persönliche Abhängigkeit²⁹² zeige sich aber darin, dass sie in ihrer Arbeit auf die Apparate des Arbeitgebers und auf das Mit-

287 Dazu Dietrich/Patzina, Quantitative Erfassung, S. 52.

288 S. die Rechtsprechungsnachweise bei Erren, Vorstandsmitglied, S. 95.

289 Rebhahn, RdA 2009, 154, 164, 167.

290 BAG 28.3.2001 NZA 2002, 1294.

291 BAG 15.3.1978 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 26 = NJW 1970, 2168.

292 Unzutr. zitiert bei Hromadka, NZA 1997, 569, der in seinem Zitat „persönliche Abhängigkeit“ durch Weisungsbindung ersetzt.

arbeiter-Team angewiesen seien. Das Gleiche gilt für alle Fälle von weisungsfreien Mitarbeitern: Eine „persönliche Abhängigkeit“ i. S. der Rechtsprechung kann dann nur wegen ihrer Eingliederung bejaht werden.

Manchmal vermeidet das BAG allerdings eine klare Gegenüberstellung von „Weisungsbindung“ und „Eingliederung“. In seinem Urteil zur Cutterin²⁹³ argumentiert das BAG zwar, die Klägerin sei in die Arbeitsorganisation bei der Beklagten eingebunden und habe mit Mitarbeitern der Beklagten zusammenarbeiten und deren technische Einrichtungen benutzen müssen und sich an „arbeitsorganisatorische Vorgaben“ zu halten (Rn. 26). Aber diese Einbindung in die Arbeitsorganisation (in Rn. 26) wird versteckt zwischen fachlicher Weisungsbindung (Rn. 24), örtlicher Weisungsbindung (Rn. 25) und zeitlicher Weisungsbindung (Rn. 27), so als sei Eingliederung nichts anderes als eine Art der Weisungsbindung. De facto wird eine Begriffsvertauschung suggeriert: Aus dem eigenständigen Kriterium „Eingliederung“ wird eine Unterform der Weisungsbindung, die schließlich im allgemeinen Vorspann der einschlägigen Urteile ganz verschwinden kann.

Irreführend ist auch die Aussage, dass sich die Eingliederung insbes. im Weisungsrecht zeige. Auch das ist eine Begriffsvertauschung.²⁹⁴

Angesichts der Unklarheiten der Rechtsprechung war in der empirischen Untersuchung weiterhin das Merkmal „Eingliederung“ mit seinen verschiedenen Aspekten zugrunde zu legen.²⁹⁵

Dass das BAG für das Betriebsverfassungsrecht die sog. Zwei-Komponenten-Lehre aufgegeben hat,²⁹⁶ hat allein mit den Besonderheiten der betrieblichen Mitbestimmung zu tun und ist ohne Bedeutung für das Individualarbeitsrecht.

Wenn ein **Selbständiger** einen Auftrag erhält, so bleibt es ihm überlassen, ob er ihn in eigener Person ausführt oder ob er dabei Mitarbeiter einsetzt, gleich welche und wie viele.

Demgegenüber regelt § 613 BGB sowohl für Selbständige²⁹⁷ als auch für **Arbeitnehmer**,²⁹⁸ dass sie den Dienstvertrag oder Arbeitsvertrag nur in Person erfüllen können (s. V 1 a), cc). Das bedeutet, dass sie keine Hilfskräfte einsetzen können und dass auch eine Vertretung ausscheidet. Wenn also ein Beschäftigter für die Ausführung des Vertrages darauf angewiesen ist, dass ihm Mitarbeiter des Vertragspartners zuarbeiten, so ist dies ein starkes Indiz für Arbeitnehmertätigkeit.

293 BAG 17.4.2013 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 125 = NZA 2013, 903 = NJW 2013, 2984.

294 BAG 30.11.1994 NZA 1995, 622.

295 Kritisch zum Merkmal Eingliederung *Uffmann*, Interim Management, S. 222 ff. m. w. N.

296 BAG 13.3.2013 – 7 ABR 69/11 – NZA 2013, 789.

297 BAG 26.5.1999 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 106 = NZA 1999, 983.

298 BAG 13.3.2008 NZA 2008, 878.

Daraus ergeben sich folgende Konsequenzen:

Sind die Gegenbegriffe **freier Dienstnehmer und Arbeitnehmer**, so ist in beiden Fällen die Arbeitsleistung in Person zu erbringen. Allerdings kann davon beim freien Dienstnehmer abgewichen werden, nicht aber beim Arbeitnehmer. Daraus folgt: Ist nach der ausdrücklichen Regelung im Vertrag der Einsatz von Mitarbeitern zulässig oder ergibt sich das zwangsläufig aus der Art der Arbeit oder ist das für diese Art der Arbeit allgemein üblich, so kann es sich bei dem Vertrag nicht um einen Arbeitsvertrag handeln.²⁹⁹

Allerdings kann es sein, dass der Vertragspartner in den Vertrag die Bestimmung aufnimmt, der Beschäftigte dürfe Mitarbeiter einsetzen, während das in Wahrheit nach der vorgegebenen Art der Arbeit und der Höhe der Entlohnung nicht möglich ist.³⁰⁰ Dann bleibt, wegen der abweichenden tatsächlichen Durchführung, dieses Merkmal außer Betracht.

Lauten die Gegenbegriffe **Werkunternehmer und Arbeitnehmer**, gilt eine andere Betrachtung. Eine dem § 613 BGB entsprechende Vorschrift gibt es im Werkvertragsrecht nicht. Insofern wird der Werkvertrag auch nicht im Regelfall dadurch gekennzeichnet, dass der Werkunternehmer die Leistung in Person erbringt. Gleiches gilt für die meisten anderen Verträge von Selbständigen.

Für **Arbeitnehmer** gilt dagegen § 613 BGB ausnahmslos. Wer Mitarbeiter beschäftigt oder sich durch andere vertreten lassen darf, ist kein Arbeitnehmer. Eine umgrenzte Ausnahme wird teilweise angenommen für gelegentlich mithelfende Familienangehörige. Insofern bedarf es aber der Zustimmung des Arbeitgebers.

Ein Indiz für die Arbeitnehmereigenschaft ist es, wenn der Beschäftigte auf die Mitarbeit von Personal des Auftraggebers angewiesen ist. Das hat das BAG beispielsweise für eine Cutterin festgestellt.³⁰¹

Aus dem Gesagten folgt: Das Abgrenzungsproblem zwischen Arbeitnehmern und Selbständigen stellt sich von vornherein nur bei denjenigen, die die Leistung für einen anderen ohne Mitarbeiter erbringen. Der Gegenbegriff ist daher nicht der Unternehmer mit seinem Betrieb mit Produktionsstätte und zahlreichen Mitarbeitern; sondern es geht von vornherein nur um sogenannte **Solo-Selbständige**³⁰² oder **Einmann-Unternehmer**.³⁰³

299 BAG 16.7.1997 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 92 = NZA 1998, 368; 12.12.2001 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 111 = NZA 2002, 787.

300 BAG 16.7.1997 AP ArbGG § 5 Nr. 92 (Kreuder) – Eismann-Fall.

301 BAG 17.4.2013 NZA 2013, 903; s. auch Henssler, RdA 2016, 18, 20.

302 S. zu ihnen Deinert, Soloselbständige; ErK-Preis, § 611 BGB Rn. 99; Leighton/Brown, Future Working: The Rise of Europe's Independent Professionals (iPros), 2013; Rebhahn, RdA 2009, 154, 155 f.; Waltermann, Gutachten B zum 68. DJT, 2010, S. 101, 111, 119; Schliemann, Festschrift für Wank, 2014, S. 531, 533.

303 ErK-Preis, § 611 BGB Rn. 99.

Daraus ergeben sich auch Folgerungen für das Verhältnis von Arbeitnehmern und **Arbeitnehmerähnlichen**.³⁰⁴ Wer persönlich und wirtschaftlich abhängig ist und seine Arbeit in Person erbringt, ist Arbeitnehmer. Wer wirtschaftlich abhängige Arbeit für einen anderen unter Zuhilfenahme von Mitarbeitern erbringt, kann Arbeitnehmerähnlicher oder freier Selbständiger sein. Die teilweise in der Literatur vorgebrachte Kritik am teleologischen Arbeitnehmerbegriff, danach gäbe es keine Unterscheidung zwischen Arbeitnehmern und Arbeitnehmerähnlichen,³⁰⁵ liegt damit offenkundig neben der Sache: Der Arbeitnehmer ist definitionsgemäß ein Beschäftigter ohne Mitarbeiter, der Arbeitnehmerähnliche kann Mitarbeiter einsetzen.

(2) Die Rechtsprechung des BAG

Auf die Eingliederung verweist das BAG z. B. in folgenden Urteilen:³⁰⁶

BAG 3.10.1975 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 17

BAG 13.8.1980 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 37

BAG 9.9.1981 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 38

zuletzt:

BAG 15.2.2012 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 123 (Rn.16, 22)

BAG 17.4.2013 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 125 (Rn. 26)

(3) Stellungnahme

Wenn ein Beschäftigter antwortet, dass er eigene Mitarbeiter beschäftigt, so kann er – entgegen § 613 BGB – Dienstnehmer sein. Innerhalb der Gruppe der Dienstnehmer ist aber der Arbeitnehmer dadurch gekennzeichnet, dass er keine eigenen Mitarbeiter einsetzt. Das Kriterium gehört zu den vom BAG verwandten Kriterien und ist zugleich Ausdruck der Tatsache, dass insoweit kein unternehmerischer Entscheidungsspielraum besteht.

Während es den Selbständigen kennzeichnet, dass er auf eigene Mitarbeiter zurückgreift – oder nach dem Vertrag zurückgreifen darf – ist der Arbeitnehmer, wenn er die Hilfe anderer braucht, auf andere Arbeitnehmer desselben Arbeitgebers angewiesen. Er ist Teil einer Organisation, in der andere Beschäftigte nicht seinen Weisungen unterliegen.

304 Wiedemann/Wank, § 12 a TVG, Rn. 1 ff.

305 Hromádka, NZA 1997, 569, 565 ff.

306 S. auch die Nachw. der Rechtsprechung bei Erren, Vorstandsmitglied, S. 80.

Das gilt auch für Vorgesetzte. Zwar können sie Weisungen erteilen, aber die Weisungsunterworfenen sind nicht bei ihnen, sondern beim Arbeitgeber angestellt, und der Vorgesetzte unterliegt seinerseits den Anordnungen seines Arbeitgebers.

(4) Empirische Untersuchung

Bei der **Befragung** wurde in zwei Stufen vorgegangen: Zunächst wurde gefragt, ob der Beschäftigte mit Mitarbeitern des Auftraggebers zusammenarbeitet und wenn ja, ob er zur Zusammenarbeit verpflichtet ist. Danach sind 67 % der Befragten, die mit dem Personal des Auftraggebers zusammenarbeiten, zur Zusammenarbeit verpflichtet.³⁰⁷ Insgesamt waren 41 % der Befragten in der Grauzone in diesem Sinne „persönlich abhängig“, 57 % dagegen nicht.³⁰⁸

jj) Eingliederung durch Abhängigkeit vom Material des Vertragspartners

(1) Vorüberlegungen³⁰⁹

Soweit Material eingesetzt wird, handelt es sich bei der Arbeit eines **Selbständigen** um Material, das er selbst stellt. Ein Dienstvertrag kann vielfach ganz ohne oder mit nur wenig Material ausgeführt werden. Beim Werkvertrag hängt es davon ab, ob es sich um eine Produktion handelt oder um eine Bearbeitung oder Reparatur. In letzterem Fall wird die Arbeit am Material des Vertragspartners vorgenommen.

Arbeitnehmer sind dadurch gekennzeichnet, dass sie kein eigenes Material einsetzen, sondern das des Arbeitgebers.

Abweichungen vom Idealfall: Bei Arbeitnehmern kann es ausnahmsweise sein, dass sie eigenes Material einsetzen. Das ist beispielsweise der Fall bei Musikern, die ihr eigenes Instrument benutzen. Auch kann es sein, dass ein Außendienstmitarbeiter seinen eigenen Pkw bei der Arbeit einsetzt. Typischerweise aber wird dem Arbeitnehmer das Material vom Arbeitgeber gestellt.

(2) Die Rechtsprechung des BAG

Auf die Abhängigkeit vom Material des Arbeitgebers hat das BAG u. a. in folgenden Urteilen abgestellt:

BAG 9.3.1977 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 21

BAG 15.3.1978 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 25

³⁰⁷ Dietrich/Patzina, Quantitative Erfassung, S. 54.

³⁰⁸ Dietrich/Patzina, Quantitative Erfassung, S. 54; Abbildung 4.15.

³⁰⁹ Allgemein zur Eingliederung Wank, Arbeitnehmer, S. 17 f.; ders., Empirische Befunde, S. 46; ders. in Blanke u. a., Neue Beschäftigungsformen, 1. Teil Rn. 58 f.

(3) Empirische Untersuchung

Da es unüblich ist, dass Arbeitnehmer eigenes Material einsetzen, hat dieses Merkmal Indizwert sowohl nach den Kriterien des BAG als auch im Hinblick auf das Fehlen der Möglichkeit zur eigenen unternehmerischen Entscheidung.

Bei der Befragung ergab sich, dass 44 % der Befragten überwiegend oder ausschließlich mit Arbeitsmitteln des Arbeitgebers arbeiten.³¹⁰ Im Ergebnis sind 24 % der Befragten verpflichtet, ganz oder teilweise auf Arbeitsmittel des Auftraggebers zurückzugreifen, 73 % dagegen nicht.³¹¹

kk) Eingliederung durch Einbindung in die Organisation des Vertragspartners

Wie dargelegt, haben die Kriterien der personellen und der materiellen Eingliederung nur eine begrenzte Indizwirkung. Das wurde auch in der Kritik des ersten Referentenentwurfs zu § 611 a BGB gegen derartige Kriterien, insbes. gegen das Kriterium „in den Räumen des Auftraggebers“, geltend gemacht. Aber auch in den Fällen, in denen es an einem Kriterium oder an beiden Kriterien fehlt, lässt sich für Arbeitnehmer jedenfalls deren Eingliederung in die Organisation des Vertragspartners feststellen. Deutlich wird dies beispielsweise im Stellenplan, in Dienstplänen, in der Aufteilung von Bezirken u. a. In Rechtsprechung und Lehre wird zwischen den drei Möglichkeiten (personelle, materielle und organisatorische Eingliederung) nicht immer deutlich unterschieden. Wenn man ein treffsicheres Merkmal sucht, empfiehlt sich die „organisatorische Eingliederung“, wobei die personelle und die materielle Eingliederung als Indizien hinzutreten.

(1) Vorüberlegungen

Da der **Selbständige** über Inhalt, Ort und Zeit seiner Arbeit selbst entscheidet, liegt es auch an ihm, wie er seine Arbeit organisiert.

Demgegenüber führt die Weisungsbindung des **Arbeitnehmers** dazu, dass er auch in die Organisation des Arbeitsablaufs beim Arbeitgeber eingebunden ist.³¹² Zeitlich kann sich eine Bindung z. B. durch Dienstpläne oder durch ein Rotationsystem bei Schichtarbeit ergeben, in örtlicher Hinsicht ist die Arbeit jeweils dort zu verrichten, wo sie der Arbeitgeber benötigt. Inhaltlich muss die Arbeit mit anderen Mitarbeitern abgestimmt werden; es muss jeweils geklärt werden, in wieweit Räume, Fahrzeuge oder Material auf Seiten des Arbeitgebers zur Verfügung stehen.

Abweichungen vom Idealtyp ergeben sich dann, wenn auch ein Selbständiger in die Organisation des Vertragspartners in einem hohen Maße einbezogen ist. Das

310 Dietrich/Patzina, Quantitative Erfassung, S. 56.

311 Dietrich/Patzina, Quantitative Erfassung, S. 56, Abbildung 4.17.

312 Wank, Arbeitnehmer, S. 158 ff., 163 f.

kann eine örtliche Abhängigkeit, eine zeitliche in Bezug auf Dienstpläne oder eine fachliche in Bezug auf das Programm des Auftraggebers sein. Das ist beispielsweise der Fall bei Zulieferern, die im Rahmen einer just in time-Lieferung genaue zeitliche Vorgaben sowie Vorgaben bei der Art der Auslieferung einhalten müssen oder bei Wirtschaftsprüfern, die in dem geprüften Unternehmen unter Zuhilfenahme der Zuarbeit von Mitarbeitern des Unternehmens arbeiten oder bei IT-Beschäftigten, die in den Räumen des Bestellers und mit dessen Personal zusammenarbeiten, ferner bei Kantinenpächtern, die Räume und Maschinen des Verpächters nutzen.

(2) Die Rechtsprechung des BAG

Auf eine Eingliederung durch Einbeziehung in die Organisation des Vertragspartners geht das BAG beispielsweise in folgenden Urteilen ein:³¹³

BAG 6.12.1974 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 14

BAG 3.10.1975 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 15

BAG 2.6.1976 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 21

BAG 15.3.1978 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 25

sowie aus jüngster Zeit

BAG 15.2.2012 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 123 (Rn. 16)

BAG 17.4.2013 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 125 (Rn. 26)

(3) Empirische Untersuchung

Man kann die Frage nach der Eingliederung entweder im Hinblick auf die Eigenschaft als Arbeitnehmer oder im Hinblick auf die Eigenschaft als Selbständiger angehen, es läuft jeweils auf dasselbe hinaus. Fragt man: „Sind Sie in die Organisation des Vertragspartners eingegliedert“, so führt die bejahende Antwort zur Arbeitnehmereigenschaft. Fragt man umgekehrt: „Haben Sie eine eigene Arbeitsstätte“³¹⁴ und „Organisieren sie ihre Arbeit selber?“, so weist das auf Selbständigkeit in. Die teilweise in der Literatur vorgebrachten Einwände gegen diese zweitgenannte Art der Frage sind nicht nachvollziehbar, da sie nur die Umkehrung der Frage nach der Arbeitnehmereigenschaft bedeuten.

c) Zwischenergebnis zu Weisungsbindung und Eingliederung

Auf der Grundlage der in der Rechtsprechung überwiegend zugrunde gelegten fünf Merkmale kann man im Zusammenhang mit der empirischen Untersuchung Folgendes feststellen:

313 S. auch die Rechtsprechungs-Nachw. bei *Erren*, Vorstandsmitglied, S. 79.

314 Dazu *Dietrich*, Empirische Befunde, S. 70; *Wank*, Arbeitnehmer, S. 162; *Erk-Preis*, § 611 BGB Rn. 70.

Zugrunde gelegt wurde, dass mindestens vier der fünf Kriterien vorliegen. Wenn drei Kriterien erfüllt waren, wurde angenommen, dass eine abhängige Beschäftigung vorliegt. Danach ergaben sich

- 41 % Selbständige
- 35 % Semi-Selbständige
- 24 % abhängig Beschäftigte (Scheinselbständige).³¹⁵

Besonderheiten ergaben sich bei *Nebentätigkeiten*.³¹⁶ Bei ihnen ließ sich häufiger eine Scheinselbständigkeit feststellen; die Ergebnisse waren:

- 32 % Selbständige
- 38 % Semi-Selbständige
- 30 % Scheinselbständige.

d) Ungenanntes Kriterium: Handeln auf eigene Rechnung

Ein zentrales Merkmal wird in der Rechtsprechung nicht genannt: Das **Handeln** muss **auf eigene Rechnung** erfolgen, wenn die Selbständigkeit bejaht werden soll.³¹⁷ Auch wenn es ungenannt bleibt, ist das Merkmal de facto nach der Rechtsprechung Voraussetzung für die Arbeitnehmereigenschaft. Beim Prokuristen und beim leitenden Angestellten nach § 5 Abs. 3 BetrVG liegt kraft Legaldefinition eine weitgehende fachliche Weisungsfreiheit vor, die bestehende örtliche und zeitliche Bindung müsste demgegenüber in den Hintergrund treten. Folgerichtig müsste das BAG *den Prokuristen und den leitenden Angestellten* als Selbständige einordnen. Tatsächlich hat das BAG, ohne das je zu problematisieren, zwar nicht folgerichtig, aber richtigerweise nie in Zweifel gezogen, dass diese Personen Arbeitnehmer sind. Dasselbe gilt für „*fachlich weisungsfreie Mitarbeiter*“. Auch diese sind im Ergebnis – zwar nicht folgerichtig, aber zutreffend – als Arbeitnehmer qualifiziert worden. Für dieses Ergebnis muss also ein Merkmal maßgeblich sein, das zwar vom BAG nicht genannt wird, das aber letztlich den Ausschlag gibt.

Verkannt hat das BAG die Bedeutung dieses ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals allerdings beim *GmbH-Fremdgeschäftsführer*. Bei ihm hat es die weitgehende fachliche Weisungsfreiheit in den Vordergrund gestellt. Das war schon nach dem eigenen Ansatz des BAG insoweit schief, als es die im Gesetz vorgesehene Weisungshoheit der Gesellschafter unberücksichtigt ließ.³¹⁸ Aufgrund dieser – schon an sich unzutreffenden – Prämisse hat das BAG GmbH-Fremdgeschäftsführer als unabhängige Dienstnehmer angesehen. Das war schon immer unzutref-

315 Dietrich/Patzina, Quantitative Erfassung, S. 58, Abbildung 4.19.

316 Dietrich/Patzina, Quantitative Erfassung, S. 59.

317 Wank, Festschrift für Küttner, S. 5, 11, 12; ders., EuZA 2008, 172, 188.

318 Wank, Festschrift für Wiedemann, S. 587, 597 f.

fend, da es darauf ankommt, ob der Beschäftigte auf eigene Rechnung handelt. Daran fehlt es beim Fremdgeschäftsführer, der für die GmbH handelt.

Seit der EuGH-Entscheidung in der Rechtssache *Danosa*³¹⁹ steht nun allerdings auch für das BAG fest, dass der GmbH-Fremdgeschäftsführer jedenfalls in den deutschen Gesetzen, die auf EU-Recht beruhen, als Arbeitnehmer zu behandeln ist.

Somit kann man heute verallgemeinernd feststellen: Auch wenn das Merkmal vom BAG nicht genannt wird, liefert das Merkmal „Handeln auf fremde Rechnung“ den Schlüssel zur sonst nicht möglichen Erklärung, warum ein weisungsfreier Mitarbeiter Arbeitnehmer ist.

Im Falle von Scheinselbständigkeit handelt der Beschäftigte – formal gesehen – auf eigene Rechnung. Im Hinblick auf die tatsächliche Durchführung ist aber erkennbar, dass er nicht mit unternehmerischer Entscheidungsfreiheit auf eigene Rechnung handelt (so war es im Eismann-Fall), so dass BGH³²⁰ und BAG³²¹ mit Recht die Eigenschaft als freier Dienstnehmer verneint haben.

Da das BAG den wirtschaftlichen Hintergrund der Abgrenzungsfrage in der Regel ausblendet und allein die persönliche Abhängigkeit im Blick hat, kommt es in manchen Fällen entweder zu sachlich unzutreffenden Ergebnissen oder zwar zu richtigen Ergebnissen, aber im Widerspruch zu seinen eigenen Prämissen.

So sind der GmbH-Geschäftsführer, der Prokurist und der leitende Angestellte weitestgehend von Weisungen frei. Würde das BAG folgerichtig argumentieren, wären diese Personen Selbständige. Tatsächlich kommt es aber darauf, dass die Genannten unternehmerisch tätig sind, nicht entscheidend an: Der Geschäftsführer arbeitet auf Rechnung der GmbH, der Prokurist und der leitende Angestellte arbeiten auf Rechnung ihres Unternehmens. Legt man den für die Abgrenzung entscheidenden Aspekt zugrunde, nämlich die Tragung des eigenen unternehmerischen Risikos mit seinen Risiken und Chancen, kommt man zu dem richtigen Ergebnis, dass alle Genannten Arbeitnehmer sind.

Während das BAG in den Urteilen zur Arbeitnehmereigenschaft den zentralen Aspekt unerwähnt lässt, hat es im Verbraucherschutzrecht eine zutreffende teleologische Begriffsbildung vorgenommen. Es ging um die Verbrauchereigenschaft von GmbH-Geschäftsführern.³²² Hier hat das BAG zur Begründung der Verbrauchereigenschaft genau die Kriterien verwandt, die für die Abgrenzung zwischen Arbeitnehmern und Selbständigen richtig sind.

Anders als das BAG (außerhalb des Verbraucherschutzrechts) hat der BFH diesen Zusammenhang zutreffend erkannt. Er hatte über die Umsatzsteuerpflicht

319 EuGH 11.11.2010 Rs. C-2342/09 NJW 2011, 2343 = EuZW 2011, 74 – *Danosa*.

320 BGH 4.11.1998 BGHZ 140, 11.

321 BAG 16.7.1997 AP ArbGG § 5 Nr. 92 (*Kreuder*).

322 BAG 19.5.2010 – 5 AZR 253/09 – ZIP 2010, 1816 = RdA 2011, 178 (*Wank*).

eines Journalisten zu entscheiden, der als „fester freier Mitarbeiter“ bei einer öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt beschäftigt war. Der BFH entschied, „besondere Bedeutung komme dem Handeln auf eigene Rechnung und eigene Verantwortung und dem Unternehmerrisiko (Vergütungsrisiko) zu“.³²³

So entschied auch der EuGH zu Art. 4 Abs. 4 RL 77/388/EWG: Es liege keine selbständige Tätigkeit vor, wenn nicht für eigene Rechnung und auf eigene Verantwortung gehandelt werde.³²⁴

e) Hauptberuf oder Nebenberuf

aa) Umfang der Arbeitsleistung

Ob die Arbeitnehmereigenschaft zu bejahen ist, könnte auch davon abhängen, wie der Umfang der Arbeitsleistung ist und ob sie im Hauptberuf oder im Nebenberuf ausgeübt wird.³²⁵

Was den Umfang der Arbeitsleistung angeht, so lassen sich daraus zwei Schlüsse ziehen. *Wenn* der Beschäftigte Arbeitnehmer ist, dann ist Arbeitsrecht auf ihn anwendbar, unabhängig von der Dauer der Beschäftigung und vom zeitlichen Aufwand. Die Ausführungen des EuGH, die ausgeübte Tätigkeit dürfe nicht nur untergeordnet und unwesentlich sein,³²⁶ sind missverständlich. Sie beziehen sich wohl nur auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit und würden vom EuGH wohl auch nicht auf andere Fälle übertragen. Jedenfalls nach der Teilzeitrichtlinie der EU und nach dem TzBfG steht fest, dass auch der Teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer ist, ja nach § 2 Abs. 2 TzBfG auch der nur geringfügig Beschäftigte. Wegen des Diskriminierungsverbots nach § 4 Abs. 1 TzBfG ist Arbeitsrecht auch im vollen Umfang auf ihn anwendbar.

In späteren Urteilen hat der EuGH seine Ausführungen richtig gestellt. In einem Urteil vom 14.12.1995³²⁷ sowie in einem Urteil vom 18.7.2007³²⁸ hat er bestätigt, dass weder die Höhe der Vergütung noch die Herkunft der Mittel für diese Vergütung Auswirkungen auf die Arbeitnehmereigenschaft haben. Das wurde auch bezüglich der Arbeitnehmereigenschaft im Hinblick auf den Beschluss Nr. 1/80 des Assoziationsrats v. 19.9.1980 über die Entwicklung der Assoziation EWG-Türkei bezüglich einer wöchentlichen Arbeitszeit von 5,5 Stunden bejaht.³²⁹ Soweit sich

323 BFH 25.6.2009 DStR 2009, 1848, 1849.

324 EuGH 18.10.2007 Rs. C-355/06 Slg. 2007, I-8863 = DStR 2007, 1958 Rn. 22 f. – van der Steen.

325 Wank, Empirische Befunde, S. 24 ff.

326 EuGH 26.2.1992 Rs. C-357/89, Slg. 1992, I-1027 = EuZW 1992, 315 = NJW 1992, 1493 – Rn. 14 – Raulin.

327 EuGH 14.12.1995, Rs. C-444/93, Slg. 1995, I-4741 = EuZW 1996, 75 = NJW 1996, 4462 – Mogner und Scheffel.

328 EuGH 18.7.2007, Rs. C-213/05, Slg. 2007, I-6347 = EuZW 2007, 576, Rn. 27 – Geven.

329 EuGH 4.2.2010, Rs. C-14/09, EuZW 2010, 268 – Hava Genc; dazu Junker, EuZA 2016, 184, 193.

also der Arbeitnehmerbegriff im deutschen Recht auf den Arbeitnehmerbegriff der EU bezieht, wird auch die geringfügige Beschäftigung erfasst. Für rein deutsches Recht gilt dies ohnehin.

Das beantwortet jedoch nicht die *Vorfrage*: Ist derjenige, der nur für eine kurze Zeit und nur in geringem Umfang beschäftigt ist, überhaupt Arbeitnehmer oder ist er Selbständiger?

Vergleicht man einen Klavierlehrer, der wenige Stunden in einer Woche unterrichtet, mit einem teilzeitbeschäftigten Schullehrer, wird der Unterschied deutlich: Der Umfang der Arbeitszeit pro Woche mag bei beiden gleich sein. Aber der Klavierlehrer kann den Lohn und die Arbeitszeit selbst festsetzen und jeweils individuell mit dem Schüler verhandeln. Der Schullehrer hat keine unternehmerische Gestaltungsfreiheit. Eine kurzfristige Beschäftigung gibt die Möglichkeit, mit vielen Vertragspartnern Verträge abzuschließen und sich als Selbständiger zu betätigen. Diese unternehmerische Gestaltungsfreiheit – mehrere Vertragspartner, selbst gewählte Arbeitsbedingungen, zeitliche Flexibilität – macht den Selbständigen aus, nicht die geringe Stundenzahl als solche.

bb) Nebenberuf

Eine andere Frage ist, ob jemand mit geringer Stundenzahl seine Arbeit nur im Nebenberuf ausübt. Sieht man als einen Schutzzweck des Arbeitsrechts die Existenzsicherung, dann steht fest, dass die Existenz des Beschäftigten nicht von diesem Nebenberuf abhängt – es sei denn der Hauptberuf ist so karg entlohnt, dass der Beschäftigte auf diesen Zusatzverdienst für seinen Lebensunterhalt angewiesen ist. Vom Schutzzweck her gesehen müsste die Frage lauten: Ist die nebenberufliche Tätigkeit für die Existenzgrundlage erforderlich? Wenn ja, würde daraus die Arbeitnehmereigenschaft auch im Nebenberuf folgen; ist sie das nicht, wäre eine Einstufung als Selbständiger die Folge.

cc) Rechtsprechung

Die Rechtsprechung bietet hierzu kein klares Bild. *Einerseits* wurde in einem Fall nur nebenberuflicher Tätigkeit die Arbeitnehmereigenschaft auch unter Hinweis auf den Nebenberuf *verneint*; so im Falle eines nebenberuflichen Theaterintendanten.³³⁰

In einem Urteil des BAG³³¹ heißt es:

„Nebenberuflich tätige Rundfunkreporter können auch dann freie Mitarbeiter sein, wenn sie viele Jahre fortlaufend eingesetzt werden.“

330 BAG 16.8.1977 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 23.

331 BAG 22.4.1998 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 96.

Andererseits heißt es in einem Urteil des BSG:

„Im Nebenamt tätige Fleischbeschauerärzte, die Einzelvergütungen in Form von Gebührenanteilen erhalten, stehen in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis.“³³²

Im Ergebnis darf es keine Rolle spielen, ob die Tätigkeit im Nebenberuf ausgeübt wird. Denn die Entscheidung für oder gegen die Arbeitnehmereigenschaft sollte aufgrund von Umständen erfolgen, die im Vertrag selbst angelegt sind.

Das LAG Frankfurt hat allerdings in einer frühen Entscheidung betont, dass die Tätigkeit im Nebenberuf erfolgte und dass der Beschäftigte deshalb kein Arbeitnehmer sei:³³³

„Wer nebenberuflich in einem kleineren Verein Fußballmannschaften trainiert, ist regelmäßig kein Arbeitnehmer.“

dd) Empirische Untersuchung

Für die empirische Untersuchung folgt daraus: Zwar spielt die Unterscheidung zwischen Hauptberuf und Nebenberuf für die Existenzsicherung des Arbeitnehmers eine große Rolle. Aber das BAG macht insofern beim Arbeitnehmerbegriff keine Unterschiede, so dass im Rahmen der vorliegenden Untersuchung diese Unterscheidung nicht vertieft wurde.

Außer den genannten Hauptkriterien zieht die Rechtsprechung im Einzelfall weitere Kriterien heran. Da diese in den Standardformulierungen des BAG bezüglich Weisungsbindung und Eingliederung nicht vorkommen, sollen sie im Folgenden als Hilfskriterien berücksichtigt werden.

f) Unternehmerrisiko

aa) Vorüberlegungen

Da Gegenbegriff des Arbeitnehmers der Selbständige ist und da für Arbeitnehmer eine Fülle von Schutzvorschriften eingreift, die für Selbständige nicht gelten, kann die Abgrenzung nur im Hinblick auf eine teleologische Überlegung vorgenommen werden: Der Selbständige hat freiwillig ein Unternehmerrisiko³³⁴ übernommen, das ihm Chancen bietet, aber auch Risiken auferlegt.³³⁵ Dagegen ist der Arbeitnehmer wirtschaftlich vom Arbeitgeber abhängig.³³⁶

³³² BSG 24.11.1967 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 13.

³³³ LAG Frankfurt a. M. 27.10.1964 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 4.

³³⁴ Wank, Empirische Befunde, S. 47 f. Diesen Aspekt betonen BAG 21.1.1966 HGB § 92 Nr. 2; 16.7.1997 – 5 AZB 29/96 – NZA 1997, 1126; s. auch BAG 30.9.1988 – 5 AZR 563/97 – NZA 1999, 374; zum EuGH s. o. IV 2 a; ferner Henssler, RdA 2016, 18, 19; Hromadka, NZA 1997, 569.

³³⁵ Zutreffend BAG 13.7.1978 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 29.

³³⁶ Nach Hromadka, NZA 1997, 569, der den Arbeitnehmerbegriff historisch versteht und meint, das sei auch heute verbindlich, trifft diese Feststellung „mit gutem Gespür das historisch Richtige“. Unzutr. ist seine Folgerung, dass dadurch Arbeitnehmerähnliche ausgeschlossen würden.

Das BAG führt in einem Urteil aus:

„Allein die wirtschaftliche Abhängigkeit vermag kein Arbeitsverhältnis zu begründen“.³³⁷

Das behauptet allerdings auch niemand, so dass unverständlich ist, was ein solcher Satz soll. Die tatsächlich zu entscheidende Frage lautet, wie das BAG zu einem zutreffenden Arbeitnehmerbegriff kommen will, wenn es dieses Kriterium überhaupt nicht berücksichtigt.

Das Merkmal „wirtschaftliche Abhängigkeit“ muss zunächst operationalisiert werden. Das geschieht, indem man, wie hier, auf unternehmerische Chancen und Risiken auf eigene Rechnung abstellt. Im Übrigen ist die wirtschaftliche Abhängigkeit der Leitgedanke, der hinter dem Arbeitnehmerbegriff steht und im Hinblick auf die Untermerkmale von Bedeutung ist.

Der Aspekt der *wirtschaftlichen Abhängigkeit* erscheint in Rechtsprechung und Literatur unter den verschiedensten Bezeichnungen, wobei allerdings großer Wert darauf gelegt wird, diesen Ansatz nicht als solchen zu bezeichnen. Rechtsprechung und Literatur erkennen manchmal zutreffend, dass es gerade hierauf ankommt, wollen aber nicht von „wirtschaftlicher Abhängigkeit“ sprechen. Da es sich ohnehin um einen Nominalbegriff³³⁸ handelt, kann man auf diese Bezeichnung verzichten, sofern man nur in der Sache die richtigen Kriterien zugrunde legt.

In der ersten Gruppe werden in der Rechtsprechung Aspekte berücksichtigt, die die wirtschaftliche Abhängigkeit des Beschäftigten betreffen. Insoweit ist zu beachten, dass Gegenbegriff des Arbeitnehmers der Selbständige ist. Wenn das BAG den Arbeitnehmer ontologisch beschreibend definiert, so liegt es nahe, auch beim Gegenbegriff so vorzugehen. Bei der Anwendung auf den Fall stellt das BAG dann fest, welche typischen Merkmale eines Selbständigen, wie eigenes Personal und eigene Organisation, beim klagenden Beschäftigten fehlen.

Im Einzelnen kommt insoweit eine Fülle von Kriterien in Betracht. Man braucht dabei jeweils nur an die spiegelbildlichen Merkmale beim Arbeitnehmer zu denken.

Eines der vom BAG angewandten Hilfskriterien ist die **Zahl der Vertragspartner**.³³⁹ Für Selbständige ist typisch, dass sie ihre Arbeit am Markt anbieten und damit für unbestimmt viele Vertragspartner. Demgegenüber hat der Arbeitnehmer nur einen Vertragspartner, den Arbeitgeber.

Abweichungen vom Idealtypus ergeben sich, wenn ein Selbständiger sei es vorübergehend, sei es auf Dauer nur für einen Vertragspartner arbeitet (dann kann es sich um einen Arbeitnehmerähnlichen handeln). Auch können Arbeitnehmer gleich-

337 BAG 20.1.2010 – 5 AZR 99/09 – AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 119.

338 Wank, Begriffsbildung, S. 55 f., 60 ff.

339 Für Handelsvertreter Wank in Martinek/Semler/Flohr, Handbuch des Vertriebsrechts, § 14 Rn. 78.

zeitig mehrere Arbeitsverhältnisse aufnehmen und beispielsweise die eine Tätigkeit als Hauptberuf, eine andere oder mehrere andere im Nebenberuf ausüben.

Im Gegensatz zum Arbeitnehmer kann der Selbständige **Ort und Zeit** seiner Tätigkeit selbst bestimmen, er kann die **Inhalte seiner Arbeit** selbst festsetzen.

Deutlich wird der Unterschied dann, wenn der Beschäftigte im Streitfall über eine eigene **Organisation** mit eigenen Mitarbeitern, einer eigenen Produktionsstätte oder einem eigenen Büro verfügt.

bb) Die Rechtsprechung des BAG

Nach der Rechtsprechung³⁴⁰ entscheidet für die Arbeitnehmereigenschaft allein die persönliche Abhängigkeit; auf die wirtschaftliche Abhängigkeit komme es nicht an.

BAG 30.10.1991 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 59

BAG 16.3.1994 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 68

BAG 30.11.1994 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 74

Dennoch hat auch das BAG manchmal Fragen der wirtschaftlichen Abhängigkeit, also des Unternehmerrisikos, als Hilfskriterien in die Abwägung einbezogen. Soweit dies geschehen ist, hat das BAG dabei die hier genannten Aspekte berücksichtigt, insbesondere die Frage, wen das Risiko trifft, ob die Leistung am Markt gefragt ist.³⁴¹ In einer Entscheidung heißt es zutreffend, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitskraft

„nicht – wie ein Unternehmer – nach selbst gesetzten Zielen unter eigener Verantwortung und mit eigenem Risiko am Markt anbieten kann.“³⁴²

Das entspricht vollkommen dem hier zugrunde gelegten Verständnis. Derselbe Gedanke kommt auch in der Formulierung „Arbeitsleitung im Dienst eines anderen“ zum Ausdruck oder im „Verlust eigener Dispositionsmöglichkeit“.³⁴³

Auch hat das BAG zutreffend erkannt, dass von freiwillig übernommenem Unternehmerrisiko nur dann die Rede sein kann, wenn der Beschäftigte nicht nur unternehmerische Risiken trägt, sondern wenn er nach dem Vertrag und auch tatsächlich unternehmerische Chancen hat, wenn also

„diesem Risiko größere Freiheiten in der Gestaltung und ... beim Einsatz der eigenen Arbeitskraft gegenüberstehen.“³⁴⁴

340 Dazu Wank, Empirische Befunde, S. 47. Diesen Aspekt betont BAG 21.1.1966 AP HGB § 92 Nr. 2; ebenso BAG 16.7.1997 NZA 1997, 1126; s. auch BAG 30.9.1988 – 5 AZR 563/97 – NZA 1999, 374; ferner Henssler, RdA 2016, 18, 19; Hromadka, NZA 1997, 569.

341 BAG 27.7.1961 AP BGB § 611 Ärzte, Gehaltsansprüche Nr. 24.

342 BAG 23.4. 1980 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 34.

343 Lieb/Jacobs, Arbeitsrecht, § 1 I 2; Wiedemann, Das Arbeitsverhältnis; Wank, Anm. zu BAG AP BetrVG 1972 § 4 Nr. 47.

344 BAG 17.5.1978 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 28.

In zwei Fällen war das Merkmal sogar das tragende Abgrenzungskriterium:

BAG 23.4.1980 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 34

BAG 20.7.1982 AP BGB § 611 Mittelbares Arbeitsverhältnis Nr. 5

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass das BAG auch die „**Fremdnützigkeit**“ der Arbeitsleistung betont.³⁴⁵ Soweit dabei auf die Definition „Leistung für einen anderen“ hingewiesen wird, ist dieses Merkmal für eine Abgrenzung untauglich; denn es trifft auf freie Dienstnehmer und auf Arbeitnehmer in gleicher Weise zu.

Entscheidend ist die wirtschaftliche Zurechnung des Ergebnisses, also **für wessen Rechnung** der Beschäftigte handelt: ob auf eigene Rechnung mit unternehmerischem Entscheidungsspielraum oder auf fremde Rechnung. Da dieses entscheidende Abgrenzungskriterium in Rechtsprechung und Literatur meist außer Acht gelassen wird, ist die h. M. nicht in der Lage, Prokuristen oder GmbH-Fremdgeschäftsführer zutreffend einzuordnen: Sie treffen unternehmerische Entscheidungen und müssten folgerichtig Selbständige sein (was nach h.M. für den Prokuristen verneint und für den GmbH-Fremdgeschäftsführer bejaht wird); da sie aber für fremde Rechnung arbeiten, sind sie Arbeitnehmer.

g) Hilfskriterien

Außer den genannten Hauptkriterien zieht die Rechtsprechung im Einzelfall weitere Kriterien heran.³⁴⁶ Da diese in den Standardformulierungen des BAG bezüglich Weisungsbindung und Eingliederung nicht vorkommen, sollen sie im Folgenden als Hilfskriterien berücksichtigt werden.

aa) Vorüberlegungen

Wenn man, wie das BAG, von einem Typusbegriff ausgeht – zudem mit einem von der Methodenlehre abweichenden Verständnis von Typus –, dann ist man auch frei darin, beliebige, teleologisch gesehen unbeachtliche Merkmale in die Abwägung einzubeziehen.

Als Kriterium wird insoweit genannt, ob der Arbeitgeber **Lohnsteuern und Sozialversicherungsbeiträge für den Beschäftigten** abführt.³⁴⁷ In Wahrheit geht es um die Frage, inwieweit die tatsächliche Durchführung des Vertrages Indiz für die objektive Qualifikation ist (s. o. V 2 a) dd). Insoweit ist zu unterscheiden. Führen die Parteien den Vertrag so aus, wie ein Arbeitsverhältnis ausgeführt wird, dann

³⁴⁵ BAG 15.3.1978 AP BGB § 611 BGB Abhängigkeit Nr. 26; 23.4.1980 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 34.

³⁴⁶ Wank, Empirische Befunde, S. 49.

³⁴⁷ BAG 8.6.1967 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 6; 3.10.1975 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 16; LAG Mecklenburg-Vorpommern 20.8.2013 BeckRS 2013, 73005.

kann das zeigen, dass sie eine etwaige Bezeichnung als Vertrag eines Selbständigen selbst nicht ernst nehmen. Wenn die Hauptkriterien auf eine Arbeitnehmerীগenschaft hinweisen, dienen die Hilfskriterien der Absicherung dieser Erkenntnis.

Wenn die Hauptkriterien dagegen für eine Selbständigkeit sprechen, haben die genannten Hilfskriterien keine eigenständige Bedeutung. Ein Rechtsformzwang besteht nur *zugunsten* von Arbeitnehmern.³⁴⁸ Umgekehrt können die Parteien eines Vertrages mit einem Selbständigen diesem Rechte einräumen, wie sie sonst einem Arbeitnehmer zustehen. Dadurch wird der Beschäftigte nicht zum Arbeitnehmer.

bb) Rechtsprechung von BAG und BSG

In einer frühen Entscheidung hat das **BAG** zulasten eines Beschäftigten die Einordnung als Selbständiger auch darauf gestützt, dass er sein Einkommen selbst *versteuerte*.³⁴⁹ Auch hat es darauf Bezug genommen, dass der Beschäftigte keinen Anspruch auf *Urlaub* gehabt habe. Inzwischen ist es von diesem Ansatz mit Recht abgerückt.

Das BAG stellt nunmehr mit Recht fest, dass diese und ähnliche Hilfstatsachen nur zugunsten des Arbeitnehmers herangezogen werden dürfen.³⁵⁰ Umgekehrt bedeutet die Tatsache, dass der Vertragspartner keine Lohnsteuer und keine Sozialversicherungsbeiträge abführt, nur, dass der Beschäftigte nach Meinung des Vertragspartners kein Arbeitnehmer ist.³⁵¹ Da es aber ohnehin nicht auf die Meinung der Parteien ankommt, sondern auf die objektive Rechtslage, haben diese Hilfstatsachen in diesem Falle keine Bedeutung.³⁵²

Ein anderes Hilfskriterium ergibt sich aus dem *Vergleich mit anderen Beschäftigten*:

„Wenn die Anstalt einen solchen Bühnenbildner in den wesentlichen Punkten ebenso behandelt wie andere von ihr festangestellte Bühnenbildner, kann auch dies ein Grund sein, dem ersteren den Status eines Arbeitnehmers zuzuerkennen (Bestätigung von AP Nr. 10 zu § 611 BGB Anhängigkeit).“³⁵³

Hilfskriterium ist nach der Rechtsprechung auch, ob der Beschäftigte zur Erledigung seiner Vertragspflichten darauf angewiesen ist, selbst *Mitarbeiter zu beschäftigen*.³⁵⁴ Wie oben dargelegt (s. o. V 1 a) cc), gilt gem. § 613 BGB allerdings

348 BAG 26.5.1999 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 104 = NZA 1999, 983.

349 BAG 13. 12. 1962 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 3.

350 BAG 26.5.1999 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 104 = NZA 1999, 983.

351 BAG 3.10.1975 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 16; ähnlich BAG 9.3.1977 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 21.

352 BAG 9.3.1977 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 22.

353 BAG 3.10. 1975 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 17; ähnlich 10.5.1990 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 51.

354 BAG 16.7.1997 AP BGB § 611 Zeitungsasträger Nr. 4; 12.12.2001 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 111; 4.12.2002 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 115; 7.2.2007 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 118.

für freie Dienstnehmer und Arbeitnehmer in gleicher Weise, dass sie ihrer Arbeit persönlich zu leisten haben.

Das Sozialversicherungsrecht knüpft an das Arbeitsrecht an. Wer Arbeitnehmer i. S. des Arbeitsrechts ist, müsste – auch nach § 7 SGB IV – grundsätzlich „Beschäftigter“ i. S. des Sozialversicherungsrechts sein.³⁵⁵ Tatsächlich sind die Ergebnisse in den beiden Rechtsgebieten nicht immer kongruent. So ist der Arbeitgeber im Arbeitsrecht zur Lohnzahlung ohne Arbeit u. a. in Fällen der Krankheit und des Urlaubs verpflichtet, da das Arbeitsverhältnis fortbesteht. Im Sozialversicherungsrecht wird aber vielfach nicht auf das Vertragsverhältnis sondern auf die tatsächliche Beschäftigung abgestellt. 2008 hat das BSG aber richtig erkannt, dass eine Freistellung von der Arbeit das Beschäftigungsverhältnis nicht beendet.³⁵⁶

cc) Stellungnahme

Während in der Literatur dem Merkmal teilweise eine selbständige Bedeutung beigemessen wird, erkennt das BAG richtig, dass die Beteiligten insoweit nur die Folgerungen aus ihrer Qualifizierung des Vertrages ziehen. Wenn der Vertragspartner aber Steuern und Sozialversicherung für den Beschäftigten abführt, gibt er selbst zu erkennen, dass er den Beschäftigten für einen Arbeitnehmer hält und kann sich nicht auf eine Qualifikation als freier Mitarbeiter berufen. Insofern ist es berechtigt, in einer empirischen Untersuchung dieses Indiz zu berücksichtigen.

355 Darstellung der BSG-Rechtsprechung bei *Erren*, Vorstandsmitglied, S. 223 ff.

356 BSG 24.9.2008 AP SGB IV Nr. 3; s. auch *Rolfs/Witschen*, NZA 2011, 881.

VI Alternative Ansichten in der Literatur

Während es das BAG und große Teile des Schrifttums häufig so darstellen, als ob der vorherrschende Ansatz zur Bestimmung des Arbeitnehmerbegriffs allgemein anerkannt sei und eine abweichende Ansicht nur vereinzelt vertreten werde, zeigt sich, dass in Wahrheit eine ganze Reihe derjenigen Autoren, die sich intensiver mit dem Arbeitnehmerbegriff beschäftigt haben, einen Ansatz zugrunde legen, der – in Übereinstimmung mit dem bei der empirischen Untersuchung als zweites zugrunde gelegten Alternativ-Modell – zumindest auch auf das Unternehmerrisiko³⁵⁷ abstellt.³⁵⁸

Dementsprechend wurde bei der empirischen Untersuchung dem „BAG-Modell“ ein „Alternativ-Modell“ gegenübergestellt.³⁵⁹

Ein entsprechender Ansatz findet sich bei *Berning*,³⁶⁰ *Beuthien/Wehler*,³⁶¹ *Bodenbender/Griese*,³⁶² *Bücker*,³⁶³ *Buhl*,³⁶⁴ *Diller*,³⁶⁵ *Erren*,³⁶⁶ *Fohrbeck/Wiesand/Wolterek*,³⁶⁷ *Gast*,³⁶⁸ *Gittermann*,³⁶⁹ *Heuberger*,³⁷⁰ *Konzen*,³⁷¹ *Krause*,³⁷² *Kreuder*,³⁷³ *Lieb*,³⁷⁴ *Maties*,³⁷⁵ *Mohr*,³⁷⁶ *Neuvians*,³⁷⁷ *Traeger*,³⁷⁸ *Völker*,³⁷⁹ *von Einem*³⁸⁰ und *Wiedemann*.³⁸¹ Gemeinsam ist den genannten Autoren, dass sie – im Gegensatz zum BAG – versuchen, den Arbeitnehmerbegriff teleologisch zu bestimmen. Allein da-

357 *Wank* in Martinek/Semler/Flohr, Handbuch des Vertriebsrechts, § 13 Rn. 36 ff., 59 ff.

358 Zum Ganzen eingehend *Erren*, Vorstandsmitglied, S. 106 ff.

359 *Dietrich/Patzina*, Quantitative Erfassung, S. 31 f. sowie u. VII.

360 *Berning*, Die Abhängigkeit des Franchise-Nehmers, 1993, S. 89.

361 *Beuthien/Wehler*, RdA 1978, 2.

362 *Bodenbender/Griese*, Festschrift Wlotzke, 1996, S. 3, 23 f.

363 *Bücker*, Festschrift Kohte, 2016, S. 21, 42.

364 *Buhl*, Problematik, S. 185, 198.

365 *Diller*, Gesellschafter und Gesellschaftorgane als Arbeitnehmer, 1994, S. 101 ff.

366 *Erren*, Vorstandsmitglied, S. 396.

367 *Fohrbeck/Wiesand/Wolterek*, Arbeitnehmer, S. 19.

368 *Gast*, Arbeitsvertrag, S. 109.

369 *Gittermann*, Arbeitnehmerstatus und Betriebsverfassung in Franchise-Systemen, 1995, S. 75 ff.

370 *Heuberger*, Sachliche Abhängigkeit, S. 157.

371 *Konzen*, ZfA 1982, 259, 289 ff.

372 *Krause*, Mitarbeit in Unternehmen, S. 251 ff.

373 *Kreuder*, Anm. zu BAG 16.7.1997 AP ArbGG § 5 Nr. 92.

374 *Lieb*, RdA 1977, 210, 215 f.

375 *Maties*, Festschrift für Wank, S. 323 ff.

376 *Mohr*, Der Arbeitnehmerbegriff im Arbeits- und Steuerrecht, 1994, S. 99.

377 *Neuvians*, Die arbeitnehmerähnliche Person, S. 175 ff.

378 *Traeger*, Reichweite, S. 179 ff.

379 *Völker*, Die Scheinselbständigkeit im schweizerischen Arbeitsrecht, Diss. Zürich 2004, S. 131 f., 146.

380 *von Einem*, BB 1994, 60, 63.

381 *Wiedemann*, Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis, 1966, S. 13 ff.

durch heben sie sich methodologisch gesehen positiv von der Rechtsprechung und der verbreiteten Gegenmeinung in der Literatur ab. Alle genannten Autoren kommen bei ihrer teleologischen Betrachtung zu dem Ergebnis, dass eine Definition des Arbeitnehmerbegriffs den Aspekt der wirtschaftlichen Abhängigkeit mit berücksichtigen muss. Die Ansichten darüber, wie das im Einzelnen zu geschehen hat, divergieren.

Seinen Ausgangspunkt nimmt dieser alternative Ansatz in dem Habilitationsvortrag von *Wiedemann*.³⁸² Nach seiner Ansicht kennzeichnet den Arbeitnehmer der Verlust der wirtschaftlichen Dispositionsfreiheit, indem er seine Arbeitskraft dem Arbeitgeber zur Verfügung stellt.

Im Anschluss daran sieht auch *Lieb*³⁸³ einen Verzicht auf eigene wirtschaftliche Dispositionen und damit auf unternehmerische Chancen als Charakteristikum des Arbeitnehmers; im Gegenzug sei der Arbeitgeber zur Daseinsvorsorge des Arbeitnehmers verpflichtet.

Mit Recht kritisieren *Beuthien/Wehler*³⁸⁴ die fehlende teleologische Sicht der h. M. Teleologisch gesehen sei die soziale Schutzbedürftigkeit der Grund für den arbeitsrechtlichen Schutz. Schon *Beuthien/Wehler* weisen die Ungereimtheit der h. M. zum Arbeitnehmerähnlichen nach:³⁸⁵ Der Arbeitnehmerähnliche wird legaldefiniert als sozial schutzwürdig. Da er einem Arbeitnehmer ähnlich sei, müsse der Arbeitnehmer erst recht sozial schutzwürdig sein. Zwar verwenden *Beuthien/Wehler* weiterhin die Formulierung „persönliche Abhängigkeit“, verstehen sie aber anders als die h. M., nämlich als wirtschaftliche Abhängigkeit.

Nach *Fohrbeck/Wiesand/Wolterek*³⁸⁶ kommt es für die Abgrenzung nicht auf die persönliche Abhängigkeit an, sondern auf die unternehmerische Tätigkeit.

*Gast*³⁸⁷ charakterisiert den Arbeitnehmer dadurch, dass er nicht über eigene Betriebsmittel verfüge und auf eigene unternehmerische Tätigkeit verzichtet habe.

Wie in „Arbeitnehmer und Selbständige“ im Einzelnen dargelegt, liegt dem geltenden Arbeitsrecht ein **duales Modell der Erwerbstätigkeit** zugrunde.³⁸⁸ Diese Erkenntnis findet sich bereits bei *Buhl*.³⁸⁹ Nach seiner Ansicht ist der Arbeitnehmer persönlich und wirtschaftlich abhängig. Der Arbeitgeber verfüge demgegenüber über eine eigene Unternehmensorganisation.

382 *Wiedemann*, Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis, 1966.

383 *Lieb*, RdA 1977, 210.

384 *Beuthien/Wehler*, RdA 1978, 2.

385 S. u. X.

386 *Fohrbeck/Wiesand/Wolterek*, Arbeitnehmer, S. 19; s. auch *Wank*, Arbeitnehmer, S. 154 ff.

387 *Gast*, Arbeitsvertrag, S. 109.

388 *Wank*, Arbeitnehmer, S. 82 ff.

389 *Buhl*, Problematik, S. 185, 198.

*Traeger*³⁹⁰ stellt vor allem darauf ab, dass der Arbeitgeber einen eigenen Kapitaleinsatz tätige.

Für *Heuberger*³⁹¹ ist die „sachliche Abhängigkeit“ des Arbeitnehmers das Entscheidende, die die persönliche und die wirtschaftliche Abhängigkeit umfasse.

Nach *Konzen*³⁹² ist, wie nach *Wiedemann* und *Lieb*, der Verlust der wirtschaftlichen Dispositionsmöglichkeit maßgeblich. Wie *Konzen* zutreffend feststellt, besteht zwischen der Weisungsbindung und vielen Rechtsfolgen auf dem Gebiet des Arbeitsrechts kein Sinnzusammenhang.

Auch für *von Einem*³⁹³ ist die wirtschaftliche Abhängigkeit das entscheidende Abgrenzungskriterium. Der Auftraggeber übertrage das wirtschaftliche Risiko auf den Beschäftigten und mache sich selbst unternehmerische Chancen zunutze.

*Krause*³⁹⁴ hält zwar am Merkmal „persönlich abhängig“ fest, versteht es aber anders als die h. M.

Meine Auffassung habe ich in verschiedenen Veröffentlichungen dargestellt.³⁹⁵

Fasst man diese Ansichten zusammen, so ergibt sich – wobei die Terminologie unterschiedlich ist: Keiner von den Autoren meint, dass das vom BAG verwandte Merkmal der persönlichen Abhängigkeit einen genügenden Sinnzusammenhang mit den Rechtsfolgen auf dem Gebiet des Arbeitsrechts aufweise, so dass die Rechtsprechung den Ansprüchen an eine teleologische Begriffsbildung nicht genüge. Vielmehr sei es unabdingbar, die wirtschaftliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers in die Definition einzubeziehen.

Festzuhalten ist auch, dass das von den Kritikern zugrunde gelegte Verständnis von wirtschaftlicher Abhängigkeit nichts mit dem Verständnis derjenigen zu tun hat, die sie kritisieren und das daher an der Sache vorbeigeht.

Da die Kritiker der teleologischen Begriffsbildung den Unterschied zwischen Tatbestandsmerkmalen und teleologischen Leitgedanken verkennen, greifen sie eine Ansicht an, die so nicht besteht. Als typisch kann die Formulierung bei *Buchner* gelten:

390 *Traeger*, Reichweite, S. 179 ff.

391 *Heuberger*, Sachliche Abhängigkeit, S. 157.

392 *Konzen*, ZfA 1982, 259, 289 ff., 309.

393 *von Einem*, BB 1969, 60.

394 *Krause*, Mitarbeit in Unternehmen, S. 251 ff., 328.

395 *Wank*, Arbeitnehmer und Selbständige, 1988; ferner u. a. DB 1992, 90; Zeitschrift für Sozialreform 1996, 387; Festschrift für Küttner, S. 5 ff.; EuZA 2008, 172; EuZA 2016, 143; Abschnitt A VII in Flohr/Martinek, European Distribution Law; *Wank/Maties*, NZA 2007, 353; zusammenfassende Darstellung auch bei *Erren*, Vorstandsmitglied, S. 119 ff.

„Für die Arbeitnehmerstellung wird wirtschaftliche Abhängigkeit nicht gefordert. Allerdings wird sie im Regelfall vorliegen, und dies war zweifellos mitbestimmend für die Ausgestaltung des arbeitsrechtlichen Schutzes, der weitgehend auf wirtschaftliche Absicherung der Arbeitnehmer ausgerichtet ist.“³⁹⁶

Aus dieser richtigen Erkenntnis ziehen die Kritiker der teleologischen Begriffsbildung nicht die notwendige Folgerung, dass „wirtschaftliche Abhängigkeit“ in dieser unspezifischen Redeweise zwar kein Tatbestandsmerkmal der Arbeitnehmerdefinition ist, dass aber die Merkmale des Arbeitnehmerbegriffs geeignet sein müssen, die wirtschaftliche Abhängigkeit widerzuspiegeln.

Allerdings divergieren die Autoren bei der Beschreibung der wirtschaftlichen Abhängigkeit. So wird teilweise nur der Verlust der wirtschaftlichen Dispositionsmöglichkeit herausgestellt. Die wirtschaftliche Übermacht des Arbeitgebers wird teilweise in der Unternehmensorganisation gesehen, teils im Betriebskapital. Immer aber geht es dabei um die Wahrnehmung unternehmerischer Chancen.

Auch in der Rechtsprechung einiger *Landesarbeitsgerichte* findet sich der hier genannte Ansatz.³⁹⁷ Beispielsweise kommt es nach einer Entscheidung des LAG Köln darauf an, ob in eigener Person, ohne Mitarbeiter, im Wesentlichen ohne eigenes Kapital und eigene Organisation auf Dauer angelegte Arbeit nur für einen Auftraggeber geschuldet wird.³⁹⁸

396 Buchner, NZA 1998, 1144, 1146.

397 LAG Hamm 16.10.1989 ZIP 1990, 88; LAG Hamburg 6.2.1990 – 3 Sa 50/89 – LAG Niedersachsen 7.9.1990 LAGE BGB § 611 Arbeitnehmereigenschaft Nr. 24; LAG Köln 30.6.1995 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 80; LAG Schleswig-Holstein 24.3.1999 – 2 Sa 556/98 – n.v.

398 LAG Köln 30.6.1995 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 80.

VII Das Alternativ-Modell

1. Das Modell

Die genannten Ansichten werden in der Schrift „Arbeitnehmer und Selbständige“ aufgegriffen.³⁹⁹ Deshalb bot es sich an, dieses Modell in der empirischen Untersuchung als Alternativ-Modell neben das Modell des BAG zu stellen, um herauszufinden, ob und wie weit sich die Ergebnisse insbes. im Hinblick auf die Anzahl der Scheinselbständigen unterscheiden.⁴⁰⁰ In diesem Zusammenhang konnte auch die Signifikanz der in Rechtsprechung und Literatur genannten Merkmale beleuchtet werden. Der Ansatz des Alternativ-Modells nimmt auf den Verlust der wirtschaftlichen Dispositionsmöglichkeit, also auf die fehlende Möglichkeit zur Wahrnehmung unternehmerischer Chancen, Bezug. Zugleich wird versucht, vom Bild des Selbständigen her, die Voraussetzungen unternehmerischer Betätigung konkret zu benennen. Bei Vorliegen dieser Merkmale ist jedenfalls eine Arbeitnehmereigenschaft abzulehnen. Rechtsprechung und weite Teile der Literatur machen demgegenüber nicht den Versuch, operationale Merkmale aufzuzeigen, sondern überlassen alles der richterlichen Einschätzung im Einzelfall. Danach ist eine Definition des Arbeitnehmers nicht möglich.

Nach *Wank* liegt der Abgrenzung zwischen Arbeitnehmern und Selbständigen ein **duales Modell der Erwerbstätigkeit** zugrunde.⁴⁰¹ Der Arbeitnehmer verzichtet auf eigene unternehmerische Chancen; dafür verpflichtet die Rechtsordnung den Arbeitgeber zur Daseinsvorsorge für den Arbeitnehmer. Zu unterscheiden ist dabei zwischen dem Berufsschutz und dem Existenzschutz⁴⁰² sowie zwischen dem Individualarbeitsrecht und dem kollektiven Arbeitsrecht.⁴⁰³ Ein Zusammenhang zwischen Weisungsbindung und Existenzschutz besteht nicht.⁴⁰⁴ Dem Arbeitnehmer ist der Selbständige gegenüberzustellen, der gekennzeichnet ist durch unternehmerische Chancen, aber auch Risiken.⁴⁰⁵ Zwar werden auch Arbeitnehmer teilweise unternehmerisch tätig; aber ihnen wird das Ergebnis nicht finanziell zugerechnet;⁴⁰⁶ soweit also die Rechtsprechung argumentiert, wer unternehme-

399 Zusammenfassung des Modells bei *Erren*, Vorstandsmitglied, S. 151 ff., 176 ff.

400 *Dietrich/Patzina*, Quantitative Erfassung, S. 31, 59 ff.

401 *Wank*, Arbeitnehmer, S. 82 ff.

402 *Wank*, Arbeitnehmer, S. 59 ff.; *ders.*, Handbuch Neue Beschäftigungsformen, S. 1, 36, 37; *ders.*, Festschrift für Küttner, S. 5, 10; *ders.*, RdA 2010, 193, 195.

403 *Wank*, Arbeitnehmer, S. 58 f.

404 *Wank*, Arbeitnehmer, S. 117 f.; *ders.*, Handbuch Neue Beschäftigungsformen, S. 37; *ders.*, Festschrift für Küttner, S. 5, 10; *ders.*, NZA 1999, 225, 226.

405 *Wank*, Arbeitnehmer, S. 129 ff.; *ders.*, Handbuch Neue Beschäftigungsformen, S. 61.

406 *Wank*, Arbeitnehmer, S. 129, 134; *ders.*, Handbuch Neue Beschäftigungsformen, S. 52, 62; *ders.*, NZA 1999, 225, 227; *ders.*, Festschrift für Küttner, S. 5, 111, 12; *ders.*, EuZA 2008, 172, 188.

risch tätig sei, könne kein Arbeitnehmer sein, ist das unschlüssig. Wichtig ist auch, ob das Unternehmerrisiko freiwillig übernommen wurde.⁴⁰⁷

Ist damit die teleologische Grundlage gegeben, dann ist es insbes. für die Praxis wichtig, das Merkmal „Möglichkeit zu eigenen unternehmerischen Entscheidungen auf eigene Rechnung“ zu *operationalisieren*. Demgegenüber äußert das BAG geradezu zynisch, wenn es seine Entscheidung von „allen Umständen des Einzelfalles“ abhängig mache, biete das die größte Rechtssicherheit.⁴⁰⁸ Geht man demgegenüber von dem Leitgedanken der fehlenden unternehmerischen Betätigungsmöglichkeit aus, so bietet sich die Prüfung an,⁴⁰⁹ ob der Beschäftigte

(1) nur oder im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber arbeitet (*kein Auftreten am Markt*),⁴¹⁰

- und zwar dauerhaft⁴¹¹

(2) über *keine eigene Unternehmensorganisation* verfügt,⁴¹²

- nämlich kein eigenes Kapital⁴¹³
- und keine eigene Geschäftsräume hat⁴¹⁴ und
- keine eigenen Mitarbeiter beschäftigt.⁴¹⁵

(3) Die *unternehmerische Entscheidungsfreiheit* mit angemessener Verteilung von Chancen und Risiken⁴¹⁶ zeigt sich – wie nach der h. M. – in der Weisungsbindung; sie ist aufzugliedern in

- örtliche
- zeitliche
- und fachliche Weisungsbindung.

407 Wank, Arbeitnehmer, S. 107; ders., NZA 1999, 225, 227.

408 BAG 23.4.1980 AP BGB § 611 Nr. 34.

409 S. Dietrich/Patzina, Quantitative Erfassung, S. 32 ff.

410 Wank, Arbeitnehmer, S. 165 ff.; dort auch dazu, dass es sich (nur) um ein Indiz für unternehmerischen Entscheidungsspielraum handelt.

411 S. die Nachw. zur älteren Literatur bei Wank, Arbeitnehmer, S. 28 sowie die Einschränkungen S. 118 f.

412 Wank, Arbeitnehmer, S. 163 f.; ders., NZA 1999, 225, 228. Da es sich nur um eine andere Formulierung gegenüber der auch vom BAG genannten „organisatorischen Eingliederung“ handelt, geht eine Kritik ins Leere.

413 BAG 13.8.1980 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 37; Wank, Arbeitnehmer, S. 160; dort auch ausdrücklich, dass es sich nicht um eine notwendige Bedingung handelt, sondern (nur) um ein Indiz; die Kritik bei ErfK-Preis, § 611 BGB Rn. 57 geht daher ins Leere.

414 BAG 13.8.1980 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 37; Wank, Arbeitnehmer, S. 160 f.

415 BAG 27.7.1961 NJW 1961, 286; 13.8.1980 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 37; 12.12.2001 NZA 2002, 787; Wank, Arbeitnehmer, S. 162 f.; die Kritik von ErfK-Preis, § 611 BGB Rn. 57 geht ins Leere, da seine Argumente dort bereits zu finden sind.

416 Wank, Arbeitnehmer, S. 127 ff.

Dabei zählt allerdings nicht, wie nach h. M., jede irgendwie geartete Weisungsbindung, sondern eine unternehmerische Weisungsbindung, z. B. ausgedrückt durch

- keinen eigenen Kundenstamm⁴¹⁷
- keine eigene Preisgestaltung.

Wichtig ist die Feststellung, dass es sich dabei nicht um Merkmale handeln kann, sondern nur um *Indizien*; denn auch bei einem Arbeitnehmer können einige dieser Indizien ganz oder teilweise vorliegen wie auch umgekehrt jemand ein Selbständiger sein kann, bei dem nicht alle genannten Voraussetzungen vorliegen.

Gegen diese Indizien sind insofern keine Einwände tragfähig, als diese Indizien auch von der Rechtsprechung und von der h. M. in der Literatur für die Abgrenzung herangezogen werden. Man darf die einzelnen Kriterien allerdings nicht isoliert sehen; sondern je mehr Indizien es für die Selbständigkeit gibt, desto eher ist sie zu bejahen. Auf der Grundlage der genannten Kriterien ergibt sich folgende Definition:⁴¹⁸

„Arbeitnehmer ist, wer eingegliedert in die Arbeitsorganisation eines anderen Arbeit nach dessen Weisungen leistet. Arbeitnehmer ist im Zweifel, wer ohne eigene Mitarbeiter und ohne eigene Arbeitsorganisation im Wesentlichen nur für einen Vertragspartner arbeitet, wenn der zugrunde liegende Vertrag keine unternehmerische Entscheidungsfreiheit mit Zurechnung des Ergebnisses an den Beschäftigten vorsieht.“

In dieser Definition verbinden sich die der h. M. entsprechenden zwingenden *Merkmale* (Weisungsbindung und Eingliederung) mit *Indizien*, die kumulativ zu prüfen sind, aber nur eine Vermutung begründen. Sie sind unter dem teleologischen Leitgedanken zu prüfen, ob der Beschäftigte die Möglichkeit zu eigenen unternehmerischen Entscheidungen für eigene Rechnung hat. Der Unterschied zur h. M. liegt darin, dass sowohl die Merkmale als auch die Indizien nicht ontologisch-formal, sondern teleologisch zu beurteilen sind.

2. Die empirische Befragung

Da die in der Literatur vertretenen oben vorgestellten (VI) alternativen Ansätze im Kern in das im Vorstehenden erläuterte Modell eingearbeitet sind, wurde bei der empirischen Untersuchung dem BAG-Modell das Alternativ-Modell an die Seite gestellt.⁴¹⁹ Dabei wurden die Hauptkriterien in Untermerkmale aufgelöst. Örtli-

417 Vgl. BAG 21.1.1966 DB 1966, 546, 548; 27.6.2001 NZA 2002, 742.

418 Wank, AuR 2007, 244, 249.

419 Dietrich/Patzina, Quantitative Erfassung, S. 31, 59 ff.

che⁴²⁰ und zeitliche Freiheit⁴²¹ sind ähnlich wie nach h. M. festzustellen. Die inhaltliche Weisungsgebundenheit wurde in operationale Merkmale aufgegliedert, nämlich in „eigener Kundenstamm“⁴²² und „freie Preisgestaltung“.⁴²³

Das Merkmal „Unternehmensorganisation“ wurde operationalisiert durch

- keine eigenen Mitarbeiter⁴²⁴
- keine eigenen Geschäftsräume⁴²⁵
- kein eigenes Geschäftskapital.⁴²⁶

Das Merkmal „kein Auftreten am Markt“ ergibt sich bereits durch das Screening.⁴²⁷

Damit ergab sich folgender Begriffsbaum (siehe S. 307).

Die Befragung kam zu dem Ergebnis, dass in der Grauzone nur ein Drittel über einen eigenen *Kundenstamm* verfügt.⁴²⁸ Das Fehlen eines eigenständigen Kundenstamms spricht gegen die Selbständigkeit.

Eine *freie Preisgestaltung* können nur 22 % der Befragten vornehmen, bei den anderen entscheidet der Auftraggeber ganz oder teilweise, in 16 % der Fälle ist der Preis extern, etwa durch eine Gebührenordnung, vorgegeben.⁴²⁹

Das Kriterium *freie Zeiteinteilung* ist bei 60 % der Befragten gegeben, bei 39 % nicht.⁴³⁰

Die Kriterien *Bereitschaftsdienst und Rufbereitschaft* wurden zwar erhoben, aber nicht in die Auswertung einbezogen.⁴³¹

Eine *freie Ortswahl* konnten nur 28 % der Befragten vornehmen, bei 41 % nahm die Ortswahl der Auftraggeber vor, und bei 30 % lag sie in der Natur der Sache.⁴³²

420 Dietrich/Patzina, Quantitative Erfassung, S. 67.

421 Dietrich/Patzina, Quantitative Erfassung, S. 64 ff.

422 Dietrich/Patzina, Quantitative Erfassung, S. 61.

423 Dietrich/Patzina, Quantitative Erfassung, S. 63.

424 Dietrich/Patzina, Quantitative Erfassung, S. 68 ff.

425 Dietrich/Patzina, Quantitative Erfassung, S. 71.

426 Dietrich/Patzina, Quantitative Erfassung, S. 72.

427 Dietrich/Patzina, Quantitative Erfassung, S. 60.

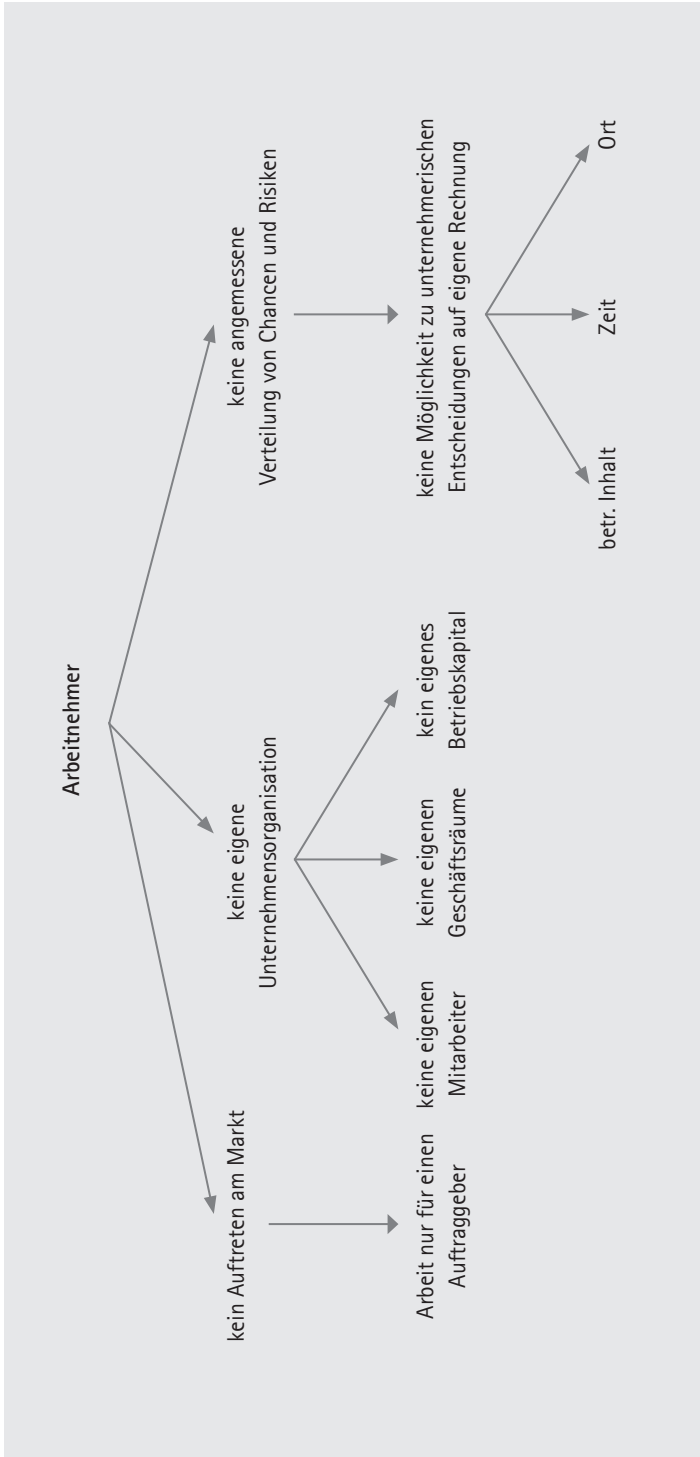
428 Dietrich/Patzina, Quantitative Erfassung, S. 63; Abbildung 4.21.

429 Dietrich/Patzina, Quantitative Erfassung, S. 64.; Abbildung 4.22.

430 Dietrich/Patzina, Quantitative Erfassung, S. 64 ff.

431 Dietrich/Patzina, Quantitative Erfassung, S. 66.

432 Dietrich/Patzina, Quantitative Erfassung, S. 68; Abbildung 4.26.



Das Kriterium „eigene Unternehmensorganisation“ wurde untergliedert in „eigene Mitarbeiter“, „eigene Betriebsstätte“ und „eigenes Betriebskapital“. Von den Befragten in der Grauzone arbeiten 92 % ohne sozialversicherungspflichtige Mitarbeiter.⁴³³

66 % der Befragten waren zu persönlicher Arbeitsleistung verpflichtet.⁴³⁴ Im Hinblick auf das Kriterium „eigene Geschäftsräume“ ist festzustellen, dass 63 % der Befragten nicht über eigene Geschäftsräume verfügten.⁴³⁵ Über eigenes Betriebskapital verfügten 53 % der Befragten.⁴³⁶

Bei der **Gesamtbeurteilung** wurden, wie oben ausgeführt, mehrere Indizien berücksichtigt. Eine Arbeitnehmereigenschaft wurde bejaht, wenn 4 der 7 Indizien vorlagen.⁴³⁷ Danach waren 29 % der Befragten als Selbständige einzuordnen und 48 % als abhängig Beschäftigte in Form der Scheinselbständigkeit, während 23 % einer Grauzone zuzuordnen waren.⁴³⁸

Des Weiteren wurde bei der Befragung unterschieden zwischen Haupttätigkeit und *Nebentätigkeit*.⁴³⁹ Von den hauptberuflich Tätigen konnten 36 % als Selbständige und 40 % als Arbeitnehmer eingeordnet werden.⁴⁴⁰

Für die Nebentätigkeit ergab sich:

- 15 % Selbständige
- 20 % Semi-Selbständige
- 65 % Scheinselbständige

433 Dietrich/Patzina, Quantitative Erfassung, S. 68; Abbildung 4.26.

434 Dietrich/Patzina, Quantitative Erfassung, S. 70.

435 Dietrich/Patzina, Quantitative Erfassung, S. 71; Abbildung 4.30.

436 Dietrich/Patzina, Quantitative Erfassung, S. 73; Abbildung 4.31.

437 Dietrich/Patzina, Quantitative Erfassung, S. 74.

438 Dietrich/Patzina, Quantitative Erfassung, S. 74 ff.; Abbildung 4.32.

439 Zur Bedeutung für die Arbeitnehmereigenschaft Wank, Arbeitnehmer, S. 222 ff.

440 Dietrich/Patzina, Quantitative Erfassung, S. 75.

VIII Das BAG-Plus-Modell und Synopse

1. Das BAG-Plus-Modell

Als drittes Modell neben dem BAG-Modell und dem Alternativ-Modell wurde der Befragung das BAG-Plus-Modell zugrunde gelegt.⁴⁴¹ Es wird in dieser Form sonst nicht vertreten. Es zeichnet sich dadurch aus, dass es im Grundsatz der Rechtsprechung folgt, diese aber im Hinblick auf die Weisungsbindung mit Elementen der selbständigen Teilnahme am Markt anreichert.⁴⁴² Insbesondere das Merkmal Eingliederung, das jahrzehntelang auch für das BAG mitentscheidend war und das dementsprechend auch in § 7 Abs. 1 SGB IV genannt wird, das aber in der neueren Rechtsprechung ohne Begründung aufgegeben wurde, ist mit aufgenommen worden. Die freiwillige Übernahme eines Unternehmerrisikos wurde in der Form berücksichtigt, ob für den Beschäftigten Erwerbsalternativen bestanden.⁴⁴³

Danach ergibt sich:

- Selbständige: 39 % der Befragten
- Semi-Selbständige: 27 %
- Scheinselbständige: 34 %

Es wurde auch untersucht, inwieweit zwei Hilfskriterien weiter helfen, nämlich Alternativen zum abgeschlossenen Vertrag und Vertragsdauer. Zwar nimmt bei langer Vertragsdauer der Anteil der Selbständigen zu; da es aber dafür unterschiedliche Gründe geben kann, können daraus für die vorliegende Untersuchung keine Schlüsse gezogen werden.

2. Synoptische Betrachtung von BAG-Modell, Alternativ-Modell und BAG-Plus-Modell

Vergleicht man die Ergebnisse der drei Modelle mit einander,⁴⁴⁴ so zeigt sich, dass nach dem BAG-Modell mehr Beschäftigte als Selbständige eingestuft werden als nach dem Alternativ-Modell. Festzuhalten ist aber, dass es auch nach dem Alternativ-Modell unter den Beschäftigten in der Grauzone „echte Selbständige“ gibt; der vielfach vorgebrachte Einwand, bei diesem Modell gebe es keine Arbeitnehmerähnlichen mehr, hat schon insofern nie gestimmt, als beispielsweise

⁴⁴¹ Dietrich/Patzina, Quantitative Erfassung, S. 32, 76 ff.

⁴⁴² Dietrich/Patzina, Quantitative Erfassung, S. 76, Abbildung 4.33.

⁴⁴³ Dietrich/Patzina, Quantitative Erfassung, S. 33, 77.

⁴⁴⁴ S. das Schema bei Dietrich/Patzina, Quantitative Erfassung, S. 34.

Beschäftigte mit Mitarbeitern von vornherein aus dem Arbeitnehmerbegriff ausgeklammert wurden. Aber auch unter den Solo-Selbständigen gibt es nach diesem Modell echte Selbständige – allerdings mehr Scheinselbständige als nach dem BAG-Modell. In Zahlen ergibt sich:⁴⁴⁵

	BAG-Modell	Alternativ-Modell	BAG-Plus-Modell
Selbständige	41 %	29 %	39 %
Scheinselbständige	24 %	48 %	34 %
Semi-Selbständige	35 %	23 %	27 %

Besonderheiten ergaben sich für *Nebentätigkeiten*:⁴⁴⁶

- BAG-Modell 29 %
- Alternativ-Modell 64 %
- BAG-Plus-Modell 47 %

⁴⁴⁵ Dietrich/Patzina, Quantitative Erfassung, S. 78, Abbildung 4.34.

⁴⁴⁶ Dietrich/Patzina, Quantitative Erfassung, S. 79.

IX Arbeitsrecht und Gesellschaftsrecht

Das BAG betont, die „Eigenart der jeweiligen Tätigkeit“ sei zu berücksichtigen,⁴⁴⁷ und § 611 a Abs. 1 Satz 3 BGB nimmt das auf.

Das wird teilweise so verstanden, als müsste man für jeden Beruf eigene Abgrenzungskriterien zugrunde legen. Dementsprechend werden in der Literatur vielfach Entscheidungen geordnet nach einzelnen Berufen aufgelistet (so auch hier unter XII). Tatsächlich handelt es sich insoweit um drei verschiedene Aspekte:

- Arbeitsverhältnisse und andere Rechtsverhältnisse (s. im Folgenden unter IX)
- besondere vertragliche Konstruktionen (s. u. XI)
- besondere Berufe (s. u. XII).

Des Weiteren kommt es darauf an, ob der Entscheidung besondere Aspekte des Einzelfalles zugrunde liegen oder ob sie Verallgemeinerungen erlaubt.

Die Fragestellung ist bei den drei genannten Aspekten jeweils unterschiedlich. Bei der ersten Frage geht es um eine „Rechtsgebietskonkurrenz“,⁴⁴⁸ also darum, ob überhaupt die Vorschriften des Arbeitsrechts anwendbar sind oder die eines anderen Rechtsgebiets.

Bei der zweiten Frage ist zu prüfen, ob durch eine bestimmte Vertragskonstruktion die Anwendung von Arbeitsrecht vermieden wird. Sie betrifft also nicht bestimmte Berufe, sondern die Vertragskonstruktion im Allgemeinen.

Bei der dritten Frage geht es darum, ob je nach Beruf andere Kriterien für die Abgrenzung zwischen Arbeitnehmern und Selbständigen anwendbar sind.

In einem ersten Schritt soll das Verhältnis von Arbeitsrecht und Gesellschaftsrecht untersucht werden.

1. Rechtsgebietskonkurrenz

Zunächst muss geprüft werden, ob ein Beschäftigter Gesellschafter oder Arbeitnehmer ist. So hat das BAG Mitarbeiter eines *Zimmererunternehmens* als Gesellschafter und nicht als Arbeitnehmer angesehen.⁴⁴⁹ Das Gleiche galt für den Partner einer *Anwaltskanzlei*⁴⁵⁰ sowie für *Rote-Kreuz-Schwestern*⁴⁵¹ sowie für einen *GmbH-Gesellschafter* mit mehr als 50 % Anteilen.⁴⁵²

447 BAG 15.3.1978 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 26, 17.5.1978 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 28; BAG 13.11.1991 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 60 = NZA 1992, 1125.

448 *Maties*, Festschrift für Wank, S. 323, 338; *Wank*, Festschrift für Wiedemann, S. 587 ff.; *Wank/Maties*, NZA 2007, 353 f.

449 BAG 10.4.1991 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 54.

450 BAG 15.4.1993 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 65.

451 BAG 6.7.1995 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 77; s. die Vorlage des BAG an den EuGH 17.3.2015 – 1 ABR 62/12 (A).

452 BAG 6.5.1998 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 95.

Soweit es sich um Organmitglieder einer Gesellschaft handelt, müssen drei Fallgestaltungen auseinander gehalten werden⁴⁵³:

- der bloße Kapitalanleger (Nur-Gesellschafter)
- der mitarbeitende Gesellschafter-Geschäftsführer
 - als Mehrheitsgesellschafter
 - als Minderheitsgesellschafter
- der Geschäftsführer ohne Kapitalbeteiligung (Fremdgeschäftsführer).⁴⁵⁴

Im Hinblick auf einen *Nur-Gesellschafter* kann sich die Frage stellen, ob er ein Scheingesellschafter und in Wahrheit ein Arbeitnehmer ist. So ziehen manche Sekten Anhänger zu gering entlohnter Arbeit heran, ohne ihnen die Rechte eines Gesellschafters einzuräumen. Im Übrigen kann sich das Abgrenzungsproblem bei einem Minderheitsgesellschafter stellen, der zur Leistung von Diensten verpflichtet ist.

Beim *Gesellschafter-Geschäftsführer* kann man zwischen der Stellung als Gesellschafter (nach Gesellschaftsrecht) und derjenigen als Geschäftsführer (nach Arbeitsrecht) unterscheiden.

2. Gesellschafter und Arbeitnehmer

Das Abgrenzungsproblem stellt sich bei einem *mitarbeitenden Gesellschafter*. So kann eine OHG aus zwei Gesellschaftern bestehen, von denen einer für die kaufmännische und einer für die technische Seite verantwortlich ist. Beide sind ganztags auf Dauer nur für die OHG beschäftigt. In diesem Fall greift eine Rechtsgebietskonkurrenz ein: Die Gesamtheit ihrer Arbeitsbedingungen richtet sich nach Gesellschaftsrecht und nicht nach Arbeitsrecht.

An dieser Betrachtung ändert sich auch nichts bei einem *Gesellschafter-Geschäftsführer*. Seine Organstellung als Geschäftsführer ist zwar in groben Zügen im Gesetz geregelt. Seine Arbeitsbedingungen sind aber Teil seiner Gesellschafterstellung. Das anzuwendende Urlaubsrecht beispielsweise richtet sich nach Gesellschaftsrecht und nicht nach Arbeitsrecht. Das gilt jedenfalls für den Mehrheitsgesellschafter.⁴⁵⁵

453 Wank, EuZA 2016, 143, 152 f.

454 Wank/Maties, NZA 2007, 535.

455 Lunk, NZA 2015, 917, 919.

Wenn ein Gesellschafter einer GmbH über mehr als 50 % der Stimmanteile verfügt, steht das seiner Arbeitnehmereigenschaft entgegen.⁴⁵⁶ Das Gleiche gilt für Gesellschafter mit einer Sperrminorität.

Problematisch ist die Rechtsstellung des *Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführers*.⁴⁵⁷ Beispielsweise wird ein langjähriger verdienter Mitarbeiter mit einem Kapitalanteil von 5 % in die Gesellschaft aufgenommen. Richten sich seine Arbeitsbedingungen jetzt nach Gesellschaftsrecht (weil er Gesellschafter ist) oder nach Arbeitsrecht (weil seine Tätigkeit im Grunde unverändert ist und er in der Gesellschafterversammlung den Mehrheitsgesellschaftern untergeordnet ist)?

3. GmbH-Fremdgeschäftsführer in der Rechtsprechung des EuGH

Aktuell im Vordergrund steht die Frage nach der Rechtsstellung des GmbH-*Fremdgeschäftsführers*, also eines Geschäftsführers, der nicht zugleich Gesellschafter ist. Von den genannten Fällen unterscheidet sich der folgende dadurch, dass der Beschäftigte keinerlei Gesellschaftsanteil besitzt.

Bis zu der Entscheidung des EuGH in der *Rechtssache Danosa*⁴⁵⁸ war in Rechtsprechung und Literatur streitig, ob GmbH-Fremdgeschäftsführer Arbeitnehmer oder Selbständige sind. Das BAG war der Meinung, dass es sich im Regelfall um freie Dienstnehmer handelt, aber ausnahmsweise auch um Arbeitnehmer handeln könne.⁴⁵⁹ Ein großer Teil der Autoren sah GmbH-Fremdgeschäftsführer ebenfalls als Selbständige an.⁴⁶⁰ Nach einer anderen in der Literatur vertretenen Meinung wurden GmbH-Fremdgeschäftsführer allgemein als Arbeitnehmer angesehen.⁴⁶¹

Die Ansicht des BAG und der ihm zustimmenden Literatur ist widersprüchlich.

Auf der einen Seite wird generell angenommen, dass es bei der persönlichen Abhängigkeit nicht darauf ankommt, ob sich die Weisungsbindung (wie hier vertreten) auf unternehmerische Weisungen bezieht oder auf Weisungen anderer Art. Im Gegensatz dazu wird beim Fremdgeschäftsführer betont, dass er unternehme-

456 BAG 17.9.2014 NZA 2014, 1293 = NJW 2015, 572; Fischer, NJW 2011, 2329, 2331; Lunk/Rodenbusch, GmbHR 2012, 188, 190; Oberthür, NZA 2011, 253, 254; Schubert, EuZA 2011, 362, 365; w. N. bei Hildebrand, Arbeitnehmerschutz, S. 49.

457 Zur Sozialversicherungspflicht von Steinau-Steinrück, NJW-Spezial 2016, 306.

458 EuGH 11.11.2010 Rs. C-232/09 – NJW 2011, 2343 = NZA 2011, 143 = EuZW 2011, 74 = EWIR 2011, 27 (Wank) – Danosa.

459 BAG 9.5.1985 BAGE 49, 81 = NZA 1986, 792; BAG 24.1.2005 AP KSchG 1969 § 1 Wartezeit Nr. 19 = NJW 2006, 1899 = NZA 2006, 366; zur Rechtsprechung des BAG Reinecke, ZIP 1997, 1525; U. H. Schneider, GmbHR 1993, 10; s. aber auch BAG 26.5.1999 AP GmbHG § 35 Nr. 10.

460 Boemke, ZfA 1998, 209, 212 ff.; Fleck, Festschrift für Hilger/Stumpf, 1983, S. 197, 202, 208; Goette, Festschrift für Wiedemann, 2002, S. 873; Henssler, RdA 1992, 289 ff.; Martens, Festschrift für Hilger/Stumpf, 1983, S. 437, 440 ff.; MünchArbR-Richardi, § 17 Rn. 56.

461 Annuß, ZinsO 2001, 344, 345 ff.; Diller, Gesellschafter, S. 137 ff.; Kamanabrou, DB 2002, 146, 147; Krause, Mitarbeit, S. 297 ff., 303 f., 332 ff.; Miller, BB 1977, 723, 725 f.; Trinkhaus, DB 1968, 1756 ff.; Wank, Festschrift für Wiedemann, 2002, S. 587 ff.; ders., Anm. zu BAG 19.5.2010, RdA 2011, 178; ferner Wank/Maties, NZA 2007, 353 f.

risch für die GmbH tätig sei. Vor allem wird beim Fremdgeschäftsführer vom BAG völlig ausgeblendet, dass er – anders als ein Nur-Gesellschafter – voll und ganz für fremde Rechnung arbeitet. Ob und wie viel Gewinn die GmbH aufgrund seines unternehmerischen Einsatzes macht, schlägt sich in seinem Gehalt nicht nieder. Dass das Handeln nicht auf eigene Rechnung erfolgt, schließt entgegen der Ansicht des BAG die Eigenschaft als Selbständiger aus.

Schließlich wendet das BAG auch in einer weiteren Hinsicht seine eigene Rechtsprechung nicht auf diese Fallgruppe an. Nach dem GmbH-Gesetz unterliegen Fremdgeschäftsführer den Weisungen der Gesellschafter. Darauf, ob diese das ihnen zustehende Weisungsrecht täglich ausüben, kommt es auch nach der Rechtsprechung nicht an. Folgerichtig hätte das BAG die Arbeitnehmereigenschaft bejahen müssen.

Schließlich können die Gesellschafter dem Geschäftsführer das Vertrauen entziehen und ihn entlassen. Das ändert zwar nach der in Deutschland allgemein anerkannten *Trennungstheorie*⁴⁶² nichts daran, dass sie weiterhin Beschäftigte sind; aber da ihr Beschäftigungsverhältnis durch den Entzug der Geschäftsführerstellung funktionslos ist, wird es vielfach auch – mit ordentlicher Kündigung – zu einer Beendigung dieses Rechtsverhältnisses kommen.⁴⁶³

Alles in allem war die Rechtsprechung des BAG zu Fremdgeschäftsführern schon immer unzutreffend.

Neue Bewegung ist in die Problematik durch mehrere Entscheidungen des EuGH gekommen.

In der Rs. **Danosa**⁴⁶⁴ hielt der EuGH die Geschäftsführerin einer lettischen Kapitalgesellschaft i. S. des EU-Mutterschaftsrechts für eine Arbeitnehmerin. Der EuGH stellt fest, dass es auf die Qualifikation des Beschäftigungsverhältnisses im nationalen Recht nicht ankomme. Vielmehr müsse der Begriff des Arbeitnehmers in der RL 98/59 autonom und einheitlich ausgelegt werden. Der EuGH nimmt insoweit zunächst auf seinen **allgemeinen Arbeitnehmerbegriff** Bezug. Wesentliches Merkmal ist danach,

„dass eine Person

- während einer bestimmten Zeit
- für einen anderen
- nach dessen Weisung Leistungen erbringt,
- für die sie als Gegenleistung eine Vergütung erhält.“⁴⁶⁵

462 Betr. GmbH BAG 25.10.2007 NZA 2008, 168; BGH 14.7.19980 BGHZ 78, 82, 85; 14.11.1983 BGHZ 89, 48, 52; 26.6.1995 NJW 1995, 2850; 28.10.2002 NJW 2003, 351, 10.5.2010 NJW 2010, 2343, 2346, 11.10.2010 NJW 2011, 920; *Kleindiek* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, Anh. § 6 Rn. 1; *Oetker* in Henssler/Strohn, § 35 GmbHG Rn. 6; umfassende Nachw. bei *Erren*, Vorstandsmitglied, S. 13.

463 S. BGH 11.10.2010 BB 2011, 334.

464 EuGH 11.11.2010 Rs. C-232/09 – NZA 2011, 143 = NJW 2011, 2343 = EuZW 2011, 74 – *Danosa*.

465 EuGH 11.11.2010 Rn. 39 – *Danosa*.

Speziell für **Geschäftsführer** stellt der EuGH auf folgende Kriterien ab:⁴⁶⁶

- die Bedingungen, unter denen das Mitglied des Leitungsorgans bestellt wird,
- die Art der ihm übertragenen Aufgaben,
- den Rahmen, in dem diese Aufgaben ausgeführt werden,
- den Umfang der Befugnisse des Betroffenen,
- die Kontrolle, der das Mitglied innerhalb der Gesellschaft unterliegt
- sowie schließlich die Umstände, unter denen es abberufen werden kann.

Diese Begriffsbildung ist aus methodischer Sicht ebenso wenig geeignet wie die des BAG. Eine weiterführende Argumentation findet sich demgegenüber in einer Entscheidung des EuGH zum Fremdgeschäftsführer einer Gesellschaft (s. o. IV 2 a). Entscheidendes Merkmal ist für den EuGH in den anderen Fällen die Weisungsbindung. Dieses Merkmal wird weder konkretisiert (inhaltliche, örtliche und zeitliche Weisungsbindung) noch wird, wie es geboten wäre, auf die „unternehmerische Entscheidung auf eigene Rechnung“ abgestellt. Die Eingliederung als weiteres wichtiges Merkmal fehlt. Die Ansammlung der in der Danosa-Entscheidung genannten Kriterien lässt den teleologischen Bezug nicht erkennen; außerdem fehlt eine Trennung zwischen der Organstellung (Bestellung und Abberufung von Organen) und der Stellung als Beschäftigter, wie es in der deutschen Trennungstheorie anerkannt ist und wie es auch hier geboten wäre. Auch kommt es, entgegen BAG und EuGH, nicht auf die wirtschaftliche Tätigkeit als solche an, sondern darauf, ob sie auf Rechnung der Gesellschaft oder auf Rechnung des Geschäftsführers erfolgt.⁴⁶⁷

Wenn die Begründung auch verbesserungsbedürftig ist, so unterscheidet sich die EuGH-Rechtsprechung jedenfalls dadurch von der des BAG, dass sie zum zutreffenden Ergebnis kommt. Der EuGH hat diese Rechtsprechung inzwischen bestätigt. So hat er in der Rechtssache Kommission/Italien auf das Danosa-Urteil verwiesen.⁴⁶⁸

Das **Arbeitsgericht Verden** hatte über den Schwellenwert nach der Massenentlassungsrichtlinie im Hinblick auf § 17 KSchG zu entscheiden und hat dem EuGH die Fragen vorgelegt, wie der autonome Arbeitnehmerbegriff des EU-Rechts bei GmbH-Geschäftsführern zu verstehen sei und ob GmbH-Geschäftsführer in Deutschland immer auch Arbeitnehmer i. S. des § 17 KSchG sein müssten.⁴⁶⁹ Darauf hat der EuGH in der Entscheidung *Balkaya* geantwortet.

466 EuGH 11.11.2010 Rn. 47 – Danosa.

467 Kocher, Festschrift für Kohte, 2016, S. 925, 937 f.

468 EuGH, ECLI:EU:C:2014:77 = BeckRS 2014, 81554 Rn. 17.

469 ArbG Verden, NZA 2014, 665; dazu Hohenstatt/Naber, NZA 2014, 637.

Im Urteil **Balkaya**⁴⁷⁰ hat der EuGH die Danosa-Rechtsprechung fortgeführt. In dem Verfahren kam es im Rahmen des § 17 KSchG darauf an, ob der Geschäftsführer, der an der GmbH keine Geschäftsanteile hielt, als Arbeitnehmer für den Schwellenwert von 20 Arbeitnehmern mitzuzählen sei. Das hat der EuGH unter Verweisung auf das Danosa-Urteil bejaht.⁴⁷¹

Zu dem Danosa-Urteil gibt es in Deutschland eine Reihe von Stellungnahmen.⁴⁷² In der Literatur besteht weitgehend Übereinstimmung darüber, dass diese Rechtsprechung allgemein auch für Deutschland gilt und dort jedenfalls für alle diejenigen Rechtsvorschriften, die eine Umsetzung des EU-Rechts enthalten und auf den EU-Arbeitnehmerbegriff Bezug nehmen⁴⁷³ (z. B. AGG, ArbZG, BUrlG, MuSchG, § 17 KSchG⁴⁷⁴), also nicht nur für die Umsetzung von EU-Mutterschaftsrecht.

4. Die Rechtsprechung in Deutschland

a) Bisherige Rechtsprechung

In früheren Urteilen hat das BAG den GmbH-Fremdgeschäftsführer als freien Dienstnehmer angesehen; im Einzelfall könne allerdings ein Arbeitsverhältnis vorliegen.⁴⁷⁵

Viele Streitigkeiten setzen bereits bei der Frage des Rechtswegs ein.⁴⁷⁶ Mit der Bestellung zum Geschäftsführer endet ein früher begründetes Arbeitsverhältnis. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses bedarf der Schriftform nach § 623 BGB. Sie wird durch den (schriftlichen) Abschluss eines Vertrages zum Geschäftsführer gewahrt.⁴⁷⁷

Teilweise ging es um Fälle, in denen ein früherer Angestellter zeitweilig zum Geschäftsführer ernannt wurde und nach *Beendigung des Amtes* als Geschäfts-

470 EuGH 9.7.2015 – C-229/14 – NZA 2015, 861 = NJW 2015, 2481 = BeckRS 2015, 80897 – Balkaya; dazu Brötzmann, GmbHR 2015, 984; Forst, EuZW 2015, 664; Hohenstadt/Naber, NZA 2014, 637; Junker, EuZA 2016, 184, 199 f.; Lingemann/Otte, DB 2015, 1965; Lunk, NZA 2015, 917; Weber/Zimmer, EuZA 2016, 224 ff.

471 S. auch EuGH 10.9.2015 Rs. C-47/14 ZIP 2015, 2340 – Holterman Ferho Exploitation.

472 EUArbR-Steinmeyer Art. 45 AEUV Rn. 13 ff.; Fischer, NJW 2011, 2329; Hepp, Mutterschutz für GmbH-Geschäftsführerinnen, 2016; Hildebrand, Arbeitnehmerschutz von geschäftsführenden Organen im Lichte der Danosa-Entscheidung des EuGH, 2014; Junker, NZA 2011, 950; Leopold, ZESAR 2011, 362; Maties, Festschrift für Wank, S. 323, 339; Preis/Sagan, ZGR 2013, 26; Schubert, ZESAR 2013, 5; dies, ZIP 2013, 289; Siefer, Der Schutz von Geschäftsführern und Vorstandsmitgliedern gegen Diskriminierungen, 2016; Wank, RdA 2011, 178; ders., Anm. zu BGH AP AGG § 22 Nr. 6; Wilsing/Meyer, NJW 2012, 3211.

473 Bauer/Krieger/Arnold, Arbeitsrechtliche Aufhebungsverträge, 9. Aufl. 2014, D Rn. 9 ff.; Lunk/Rodenbusch, GmbHR 2012, 188, 190 ff.; Oetker in Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2014, § 35 Rn. 82 a; Schubert, ZESAR 2013, 5, 6; w. N. bei Hildebrand, Arbeitnehmerschutz, S. 45, 48 f.

474 S. o. IV 2 sowie Preis/Sagan, ZGR 2013, 26.

475 BAG 26.5.1999 NZA 1999, 987; BAG 26.5.1993 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 106; 24.11.2005 NZA 2006, 366; 25.10.2007 NZA 2008, 168; 31.7.2014 – 2 AZR 422/13 – NJW 2015, 508 = NZA 2015, 101.

476 Lunk, NJW 2015, 528; Reinfelder, RdA 2016, 87, 94 ff.; Stagat, NZA 2015, 193; Vielmeyer, NZA 2016, 1241.

477 BAG 19.7.2007 NZA 2007, 1095.

führer wieder Angestellter war. Hatte das BAG zunächst ein „ruhendes Arbeitsverhältnis“ angenommen, das nunmehr wieder auflebe, so ist es später von dieser Konstruktion wieder abgerückt. Vielmehr bedarf es nach der jetzigen Auffassung des BAG eines neuen Arbeitsvertrages.

Probleme bereitet auch die Stellung des Beschäftigten nach einer *Abberufung*⁴⁷⁸ als Geschäftsführer.⁴⁷⁹ Das zugrunde liegende Rechtsverhältnis – gleichgültig ob man es, wie das BAG früher, als Dienstverhältnis oder, wie jedenfalls heute geboten, als Arbeitsverhältnis qualifiziert, bleibt gemäß der Trennungstheorie bis zu einer Kündigung bestehen.⁴⁸⁰ Für diesen Zeitraum ergeben sich einige Folgerungen.⁴⁸¹

Die Fiktion des § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG endet, wenn der Geschäftsführer durch die Gesellschafter abberufen wird.⁴⁸²

Soweit der GmbH-Fremdgeschäftsführer von deutschen Vorschriften erfasst wird, die keine Umsetzung von EU-Recht enthalten, wäre es möglich, den früheren Meinungsstreit fortzusetzen. In diesem Falle könnte das BAG zu einer gespaltenen Lösung kommen, indem GmbH-Fremdgeschäftsführer jeweils Arbeitnehmer wären, wenn die Vorschrift EU-Recht umsetzt, und Selbständige, wenn das nicht der Fall ist. Wahrscheinlicher ist allerdings, dass sich auf Dauer eine einheitliche Behandlung durchsetzt, nach der GmbH-Fremdgeschäftsführer immer als Arbeitnehmer angesehen werden.⁴⁸³

Das BAG hatte noch keine Gelegenheit, die EuGH-Rechtsprechung in der Rs. Danosa auf deutsches Recht zu übertragen oder hat diese Gelegenheit jedenfalls nicht wahrgenommen.⁴⁸⁴ In einem neuen Urteil wendet das BAG auf die betriebliche Altersversorgung § 17 BetrAVG i.V. m. § 6 BetrAVG an.⁴⁸⁵ Die gesamte umfangreiche Diskussion darüber, was sich aus § 17 BetrAVG ergibt, war überflüssig, da auf den klagenden GmbH-Geschäftsführer § 6 BetrAVG direkt anwendbar war, wenn man das Danosa-Urteil berücksichtigt.

Im Gegensatz zum BAG gelangte das BSG schon vor der Danosa-Entscheidung zu dem zutreffenden Ergebnis, dass GmbH-Fremdgeschäftsführer Beschäftigte (= Arbeitnehmer) i. S. des Sozialversicherungsrechts sind. Es zieht zur Argumentation genau die Kriterien heran, wie sie bei der teleologischen Begriffsbildung genannt werden, nämlich soziale Schutzbedürftigkeit, wirtschaftliche Abhängigkeit, kein

478 BAG 22.10.2014 – 10 AZB 46/14 – NJW 2015, 570.

479 Zur Amtsniederlegung BAG 3.12.2014 – 10 AZB 98/14 – NJW 2015, 718 = NZA 2015, 180.

480 *Erren*, Vorstandsmitglied, S. 20 ff.

481 S. z. B. *Bork*, NZA 2015, 199.

482 BAG 22.10.2014 NJW 2015, 570; dazu *Geck/Fiedler*, BB 2015, 1077; *Lunk*, NJW 2015, 528.

483 Dazu *Wank*, EWIR 2011, 27; *Junker*, NZA 2011, 950.

484 Zu den Folgen der Entscheidung für das deutsche Recht s. die Nachw. bei *Hildebrand*, Arbeitnehmerschutz, S. 48 f.

485 BAG 15.4.2014 AP BetrAVG § 30 a (*Fischer*).

unternehmerisches Risiko, kein eigenes Kapital, keine eigene Betriebsstätte und keine eigenen Hilfskräfte.⁴⁸⁶

b) Antidiskriminierungsrecht

Wie oben zum Beschäftigtenbegriff ausgeführt, umfasst der arbeitsrechtliche Begriff des Beschäftigten sowohl Arbeitnehmer als auch andere Erwerbstätige. Für das AGG bedeutet das scheinbar, dass es gleichgültig ist, ob GmbH-Fremdgeschäftsführer Arbeitnehmer sind (dann unterliegen sie nach § 6 Abs. 1 AGG dem Gesetz) oder als Organmitglieder Beschäftigte (dann unterliegen sie nach § 6 Abs. 3 AGG dem Gesetz).⁴⁸⁷ Der Unterschied besteht jedoch darin, dass der Fremdgeschäftsführer nach Abs. 1 innerhalb des gesamten Arbeitsrechts dem AGG unterfällt, nach Abs. 3 dagegen nur bezüglich der Einstellungs- und Entlassungsbedingungen. Der Unterschied zeigt sich insbes., wenn die befristete Organstellung nicht verlängert wird – sieht man darin keine „Entlassungsbedingung“, wird der Geschäftsführer nicht geschützt.

Der BGH hat in einem Fall zur Diskriminierung eines GmbH-Geschäftsführers § 6 Abs. 3 AGG angewandt, obwohl im Hinblick auf die Danosa-Entscheidung der Geschäftsführer Arbeitnehmer war mit der Rechtsfolge, dass § 6 Abs. 1 AGG hätte angewandt werden müssen.⁴⁸⁸

c) Vorstandmitglieder einer Aktiengesellschaft

Die Danosa-Entscheidung ist auch beachtlich für die Vorstandmitglieder einer Aktiengesellschaft. Zwar unterliegen sie – anders als GmbH-Geschäftsführer – keinen Weisungen, also hier des Aufsichtsrats oder der Hauptversammlung. Sie werden deshalb in Rechtsprechung und Literatur in Deutschland nicht als Arbeitnehmer angesehen.⁴⁸⁹ Die Frage der Zulässigkeit von Abberufungen stellt sich bei ihnen aber im Hinblick auf § 6 Abs. 3 AGG.⁴⁹⁰

486 S. die Nachw. bei *Maties*, Festschrift für Wank, S. 323, 336; zur Sozialversicherungspflicht eines Minderheitsgesellschafters LSG Rheinland-Pfalz 18.5.2016 BeckRS 2016, 69534.

487 Zum Antidiskriminierungsrecht bei Gesellschaftsorganen *Kort*, WM 2013, 1049; *Oetker* in Bitburger Gespräche, S. 35, 38; *Preis/Sagan*, ZGR 2013, 26; *Schubert*, ZIP 2013, 289; w. Nachw. bei *Hildebrand*, Arbeitnehmerschutz, S. 45.

488 BGH 23.4.2012 – II ZR 163/120 – AP AGG § 22 Nr. 6 (*Wank*) = NJW 2012, 2346 = NZA 2012, 797; dazu *Maties*, Festschrift für Wank, S. 323, 339 f.

489 *Dauner-Lieb* in Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2014, § 84 Rn. 15; *Lunk/Rodenbusch*, GmbHR 2012, 188, 190; *Schubert*, ZESAR 2013, 5, 8; w. Nachw. bei *Erren*, Vorstandsmitglied, S. 294 ff., 302; *Hildebrand*, Arbeitnehmerschutz, S. 30 f., 84 f.; a. A. *Erren*, Vorstandsmitglied, S. 633 ff.; *Fischer*, NJW 2011, 2329, 2331; Nachw. der Kritik an der h. M. bei *Erren*, Vorstandsmitglied, S. 302 ff.

490 Dazu *Kliemt*, RdA 2015, 232.

d) Vereinsmitglieder

Im Hinblick auf Vereinsmitglieder stellt sich die Frage, inwieweit Gesellschaftsrecht Arbeitsrecht verdrängt.⁴⁹¹

Im Verhältnis Arbeitsrecht und Sozialversicherungsrecht⁴⁹² ist seit dem 1.1.2015 § 27 Abs. 3 BGB zu beachten, nach dem Mitglieder eines Vereins ehrenamtlich tätig sind. Nach § 40 Abs. 1 BGB können Vereine allerdings eine abweichende Regelung in ihrer Satzung treffen.

Wie bereits ausgeführt, wurden Rot-Kreuz-Schwestern, die über Gestellungsverträge vermittelt werden, vom BAG nicht als (Leih-)Arbeitnehmerinnen angesehen.⁴⁹³ Jedoch darf – ganz allgemein – eine Gestellung über Vereine nicht zu Umgehungszwecken benutzt werden.⁴⁹⁴

5. Folgerungen für die empirische Untersuchung

Das wahrscheinlichere Ergebnis, dass jedenfalls für alle deutschen Rechtsvorschriften, die auf EU-Recht beruhen, GmbH-Geschäftsführer als Arbeitnehmer behandelt werden und dass in Zukunft diese Sicht auch auf rein deutsche Normen erstreckt werden wird, kann für die vorliegende empirische Untersuchung vorweggenommen werden. Daraus folgt, dass die allgemeinen Kriterien zugrunde gelegt werden können. Jedenfalls sind auch GmbH-Fremdgeschäftsführer in die Befragung einzubeziehen, die nach der früheren Rechtsprechung Selbständige waren.

491 Mestwerdt, NZA 2014, 281; Wank/Maties, NZA 2007, 353.

492 Zum Sozialversicherungsrecht Plagemann/Plagemann/Hesse, NJW 2015, 439.

493 S. zu Rote-Kreuz-Schwestern Maties, Festschrift für Wank, S. 323, 340.

494 So zutr. IAG Schleswig-Holstein 1.12.2015 – 1 Sa 439 b/14 – PM v. 12.1.2016, Revision zugelassen; ferner Schmüling in Reufels, Personaldienstleistungen, B Rn. 15; s. auch BGH 27.9.2011 NJW 2012, 471.

X Abgrenzung zu Arbeitnehmerähnlichen

1. Vorüberlegungen

Der Gutachtenauftrag bezieht sich auf die Feststellung, wer Scheinselbständiger ist. Nach den Regeln der Logik müsste dabei die Erfassung der Arbeitnehmerähnlichen außen vor bleiben.⁴⁹⁵ Im Folgenden soll demgegenüber aufgezeigt werden, warum die Einbeziehung in die vorliegende Untersuchung erforderlich ist.

Anders als beim Arbeitnehmerbegriff spielt der Arbeitnehmerähnliche im **EU-Recht** keine große Rolle. Vielmehr kennt das EU-Recht im Wesentlichen nur die Unterscheidung zwischen Arbeitnehmern und Selbständigen.⁴⁹⁶

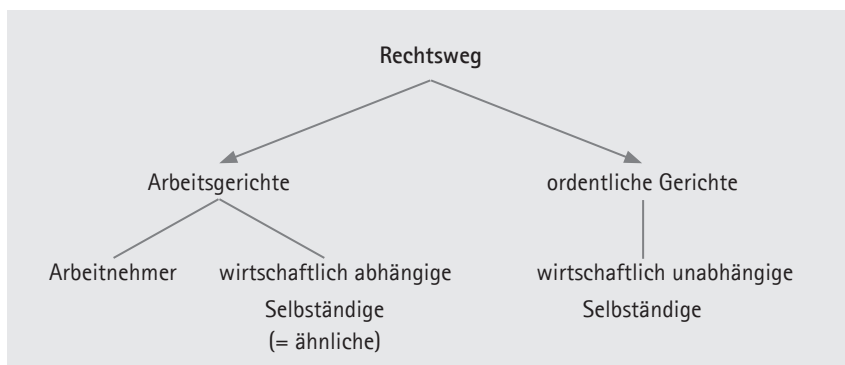
In einer neuen Entscheidung hat der EuGH allerdings ausgeführt, dass Personen, die nach deutschem Recht wohl als Arbeitnehmerähnliche zu qualifizieren wären, ebenso wie Arbeitnehmer vom Kartellrecht ausgenommen sind.⁴⁹⁷

Die Probleme liegen im Prozessrecht und im materiellen Recht.

a) Prozessrecht

Im Prozessrecht besteht die Besonderheit, dass zwar grundsätzlich eine Trennung der Rechtswege in der Weise besteht, dass Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis vor die Arbeitsgerichte gehören und Streitigkeiten aus anderen Schuldverhältnissen vor die ordentlichen Gerichte.

Davon macht aber § 5 ArbGG eine Ausnahme, indem auch für einen Teil der Selbständigen die Arbeitsgerichte zuständig sind. Im Ergebnis sieht die Rechtswegzuständigkeit also wie folgt aus:



495 S. zum Arbeitnehmerähnlichen im Gegensatz zum Arbeitnehmer Wank, Arbeitnehmer, S. 235 ff.; ders., Empirische Befunde, S. 21; ders. in Wiedemann, TVG, § 12 a.

496 Pottschmidt, Arbeitnehmerähnliche Personen in Europa, 2006; Schubert, Der Schutz der arbeitnehmerähnlichen Personen, 2004, S. 156 ff.; Wank, EuZA 2008, 172 ff.; vgl. rechtsvergleichend Rebhahn, RdA 2009, 236 ff.

497 S. die Anm. von Eufinger zu EuGH 4.12.2014 Rs. C-413/13 DB 2015, 192.

Für die Rechtsprechung bedeutet das, dass ein Gericht bei der Zulässigkeitsprüfung einer Klage offen lassen kann, ob ein Beschäftigter Arbeitnehmer oder Arbeitnehmerähnlicher ist, wenn feststeht, dass er jedenfalls kein wirtschaftlich unabhängiger Selbständiger ist. So war es beispielsweise im Eismann-Fall: Während der BGH eindeutig die Arbeitnehmereigenschaft der Beschäftigten feststellte,⁴⁹⁸ konnte das BAG für die Rechtswegentscheidung offen lassen, ob die Beschäftigten Arbeitnehmer oder Arbeitnehmerähnliche waren.⁴⁹⁹

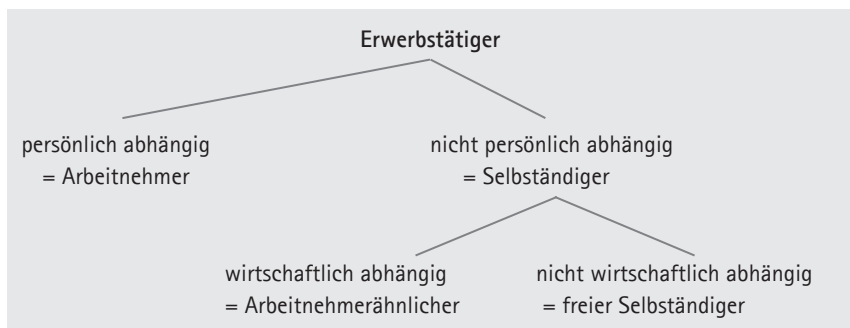
Ein weiteres prozessuales Problem ist zwar für die vorliegende Untersuchung unerheblich, aber für das Verständnis von Entscheidungen zur Arbeitnehmereigenschaft wichtig.⁵⁰⁰

Da der Rechtsweg von der Arbeitnehmereigenschaft (oder von der Eigenschaft als Arbeitnehmerähnlicher) abhängt, muss schon bei der Zulässigkeit die Arbeitnehmereigenschaft, also eine materiellrechtliche Frage, geprüft werden, obwohl die Zulässigkeitsprüfung eigentlich von materiellrechtlichen Fragen frei bleiben sollte.

Eine materiellrechtliche Entscheidung innerhalb der Zulässigkeitsprüfung ist immer dann erforderlich, wenn sich die streitige Rechtsfolge nur beim Vorliegen einer Arbeitnehmereigenschaft ergibt; z. B. gibt es eine Lohnfortzahlung im Krankheitsfall nur für Arbeitnehmer. Die Entscheidung ist aber dann entbehrlich, wenn sich die streitige Rechtsfolge sowohl aus einem Arbeitsverhältnis als auch aus einem Schuldverhältnis als freier Selbständiger ergeben kann; z. B. ist § 626 BGB auf beide Rechtsverhältnisse anwendbar. In diesem Fall kann für die Zulässigkeitsprüfung die Entscheidung bis zur Begründetheitsprüfung zurückgestellt werden.

b) Materielles Recht

Im materiellen Recht, also bei der Begründetheitsprüfung, müsste sich die Prüfung nach den Regeln der Logik wie folgt gliedern:



498 BGH 4.11.1998 BGHZ 140, 11; RdA 1999, 268 (Wank).

499 BAG 16.7.1997 AP ArbGG § 5 Nr. 92 (Kreuder).

500 Zum Ganzen Greiner, Jura 2014, 273.

Angelpunkt des Ganzen ist also die *Ausgangsfrage*, ob der *Erwerbstätige persönlich abhängig* ist oder nicht. Für die Überprüfung der Scheinselbständigkeit folgt daraus:

- Ist der Beschäftigte nach seinem Vertrag ein Selbständiger?
Wenn ja: Ist er in Wahrheit „persönlich abhängig“? Wenn ja, ist er ein Scheinselbständiger.
- Ist der Beschäftigte nicht persönlich abhängig?
Wenn nein, ist er entweder freier Selbständiger oder wirtschaftlich abhängiger Selbständiger, also Arbeitnehmerähnlicher. Er ist jedenfalls kein Arbeitnehmer und damit auch in keinem Fall Scheinselbständiger.

Allerdings folgen weder die Rechtsprechung noch große Teile der Literatur diesen durch die Logik und die Folgerichtigkeit vorgegebenen Denkschritten. Vielmehr wird – statt vorab nur zu klären, ob der Beschäftigte Arbeitnehmer oder Selbständiger ist – bereits an dieser Stelle die Eigenschaft als Arbeitnehmerähnlicher geprüft, obwohl es sich um die ganz andere Abgrenzung zwischen freien Selbständigen und wirtschaftlich abhängigen Selbständigen handelt.

Übergeht man den ersten Prüfungspunkt, kann es sein, dass man einen Beschäftigten als Arbeitnehmerähnlichen einordnet, der in Wahrheit (wegen seiner persönlichen Abhängigkeit) Arbeitnehmer ist. Es ist daher unzulässig, die Prüfung der persönlichen Abhängigkeit zu überspringen. Tatsächlich verfahren die Gerichte aber so, dass sie diese Frage gar nicht prüfen, sondern, wenn die Arbeitnehmerähnlichkeit angesprochen wird, von vornherein nur nach der wirtschaftlichen Abhängigkeit fragen. Das ist immer dann der Fall, wenn sich ein Gesetz ausdrücklich (auch) auf Arbeitnehmerähnliche bezieht.

Insofern sind zwei Fallgestaltungen zu unterscheiden: § 12 a TVG enthält eine Legaldefinition des Arbeitnehmerähnlichen; alle anderen Gesetze, in denen Arbeitnehmerähnliche Adressaten sind, sprechen nur vom „Arbeitnehmerähnlichen“ oder von „wirtschaftlich abhängigen“ Beschäftigten, ohne Legaldefinition. Das bedeutet: Im ersten Fall kann und muss ein Gericht von der Legaldefinition ausgehen, in allen anderen Fällen muss es den unbestimmten Rechtsbegriff „wirtschaftlich abhängig“ selbst konkretisieren.⁵⁰¹

Im Falle des § 12 a TVG ist von der – gesetzestechnisch missglückten⁵⁰² – Regelung auszugehen, nach der es auf folgende Kriterien ankommt:

- persönliche Leistungserbringung
- im Wesentlichen ohne Mitarbeiter von Arbeitnehmern und

⁵⁰¹ Zur Konkretisierung von unbestimmten Rechtsbegriffen Wank, Begriffsbildung, S. 44 f.; ders., Auslegung, S. 50.

⁵⁰² Wiedemann-Wank, § 12 a TVG, Rn. 33 ff.

- entweder Tätigkeit (nur) für eine Person oder
- von einer Person im Durchschnitt mehr als die Hälfte des Gesamteinkommens aus der Erwerbstätigkeit (bei Künstlern usw. ein Drittel, § 12 a Abs. 3 TVG).

Bei genauerer Betrachtung zeigt sich, dass nur zwei Merkmale zu prüfen sind,

- persönliche Leistungserbringung
- zeitlich oder finanziell gesehen Arbeit im Wesentlichen nur für einen Vertragspartner.

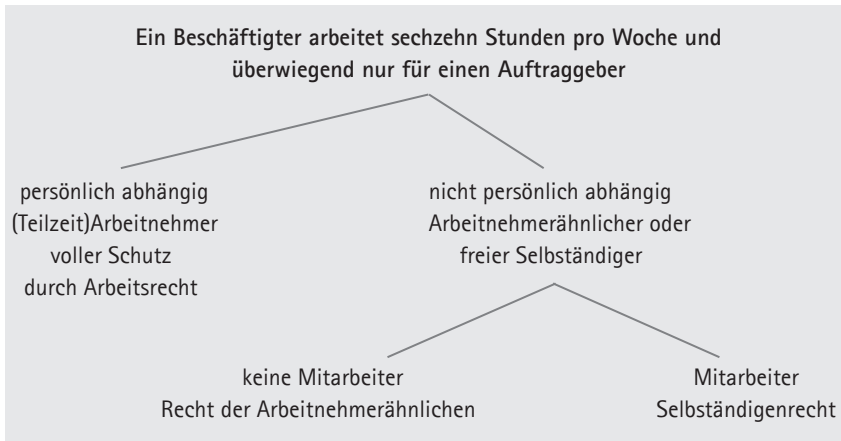
Das Merkmal *persönliche Leistungserbringung* trifft nach § 613 BGB, wie oben dargelegt, auf freie Selbständige, auf Arbeitnehmerähnliche und auf Arbeitnehmer in gleicher Weise zu. Entgegen dem Gesetz spielt es aber bei Selbständigen – je nach Vertragstyp oder konkreter Vertragsgestaltung – keine Rolle, ob sie die Leistung persönlich erbringen oder mit Hilfe von Mitarbeitern. Gehört aber die persönliche Leistungserbringung zum Vertragsinhalt, ohne dass dies durch die Art der Leistung vorgegeben wäre, dann ist dies ein Indiz für die Arbeitnehmer-eigenschaft; denn beim Arbeitnehmer gehört nach allgemeiner Ansicht die persönliche Leistungserbringung zu den Wesensmerkmalen.

Das zweite in § 12 a TVG genannte Merkmal hat keine eigenständige Bedeutung. Vielmehr ist zu prüfen, ob die Arbeit vollständig (Buchstabe a) oder im Wesentlichen (Buchstabe b) ohne Mitarbeiter erfolgt.

Das dritte in § 12 a TVG genannte Merkmal ist die Arbeit (zeitlich oder finanziell) *überwiegend (nur) für einen Vertragspartner*. Bei einem in Vollzeit beschäftigten Arbeitnehmer ist dieses Merkmal in gleicher Weise gegeben. Das gilt aber auch für einen Teilzeitbeschäftigten, der nur für diesen einen Vertragspartner arbeitet.

Die Kriterien „persönliche Leistung“, „nur für einen Vertragspartner“, „ohne Mitarbeiter“ müssten, wenn es sich um eine taugliche Abgrenzung handelt, den Arbeitnehmerähnlichen sowohl zum freien Selbständigen als auch zum Arbeitnehmer sinnvoll abgrenzen. Das leisten sie jedoch nicht. Auch der Teilzeitarbeitnehmer, der eine persönliche Leistung nur für einen Vertragspartner ohne Mitarbeiter erbringt, erfüllt alle drei Voraussetzungen. Wie dargelegt, muss immer auch ein viertes Merkmal erfüllt sein, das den Arbeitnehmerähnlichen vom Arbeitnehmer unterscheidet: nur der Arbeitnehmer ist persönlich abhängig. Auch der freie Selbständige ist nicht persönlich abhängig; aber er arbeitet nicht nur für einen Vertragspartner und beschäftigt Mitarbeiter.

Beispiel:



Nach der hier vertretenen Ansicht, dass sowohl Arbeitnehmer als auch Arbeitnehmerähnliche wirtschaftlich abhängig sind (darauf beruht ja gerade die Arbeitnehmerähnlichkeit des Arbeitnehmerähnlichen), ergibt sich nichts anderes: Fehlt es an einer Weisungsbindung, ist der Beschäftigte weder Arbeitnehmer noch Arbeitnehmerähnlicher. Der Unterschied zur Ansicht des BAG besteht darin, dass sich die Weisungsbindung nach Ansicht des BAG auf jedes Merkmal bezieht, auch wenn es vom Schutzzweck des Arbeitsrechts her für die Abgrenzung irrelevant ist, nach teleologischer Auslegung dagegen nur auf solche Merkmale, die die unternehmerische Entscheidung auf eigene Rechnung betreffen und damit auf den Zweck arbeitsrechtlicher Gesetze Bezug nehmen.

Für die Unterscheidung innerhalb der Gruppe der Selbständigen nach wirtschaftlich unabhängigen Selbständigen und wirtschaftlich abhängigen Selbständigen = Arbeitnehmerähnlichen ergibt sich Folgendes:

Der „wirtschaftlich unabhängige Selbständige“ ist der Gegenbegriff⁵⁰³ zum Arbeitnehmer. Er

- unterliegt keinen Weisungen,
- er ist nicht in das Unternehmen des Vertragspartners eingegliedert, d. h.:
 - Er hat eigenes Personal.
 - Er verwendet eigenes Material.
 - Er hat eine eigene Organisation.

Weitere Merkmale, die den wirtschaftlich unabhängigen Selbständigen kennzeichnen, ergeben sich nicht bereits aus dem Gegenbegriff, also aus der Verneinung der

⁵⁰³ Zu Gegenbegriffen Wank, Begriffsbildung, S. 39 ff.

Merkmale für einen Arbeitnehmer, machen aber idealtypisch die wirtschaftliche Unabhängigkeit aus:

- Er trifft unternehmerische Entscheidungen auf eigene Rechnung (das ergibt sich auch aus der fehlenden Eingliederung).
- Er tritt am Markt auf, d. h. er arbeitet nicht nur für einen Vertragspartner, sondern für unbestimmt viele.

Aus dieser großen Gruppe der Selbständigen greift das Recht der Arbeitnehmerähnlichen eine kleinere Gruppe heraus, nämlich die von einem Vertragspartner abhängigen Solo-Selbständigen. Von den oben genannten Merkmalen fehlen beim Arbeitnehmerähnlichen also zwei:

- Er hat keine eigenen Mitarbeiter.
- Er tritt nicht am Markt auf, sondern arbeitet im Wesentlichen nur für einen Vertragspartner.

Folgt man der hier vorgenommenen Aufteilung, so ist der allgemein gegen die teleologische Arbeitnehmerdefinition erhobene Einwand, sie erlaube keine Abgrenzung zum Arbeitnehmerähnlichen, unzutreffend:

Nur der Arbeitnehmer ist persönlich und wirtschaftlich abhängig, wobei in Fällen fehlender Weisungsbindung die vorhandene Eingliederung, also die darin verkörperte wirtschaftliche Abhängigkeit, den Ausschlag gibt. Fehlt es an der Weisungsbindung und an der Eingliederung, handelt es sich um einen Selbständigen. Wenn dann Kriterien wirtschaftlicher Abhängigkeit anderer Art als bezüglich der Eingliederung vorliegen; wenn der Beschäftigte also zwar eine eigene Organisation hat, aber eben keine Mitarbeiter, und wenn er nur für einen Auftraggeber arbeitet, gilt für ihn ebenfalls das Recht der Selbständigen, aber zusätzlich greifen einige wenige Vorschriften für Arbeitnehmerähnliche ein.

2. Die Rechtsprechung des BAG

Die Rechtsprechung des BAG zum Arbeitnehmerähnlichen beginnt mit einer Entscheidung von 1962.⁵⁰⁴ In ihr äußert sich das BAG zum Begriff der arbeitnehmerähnlichen Person.

In einigen Entscheidungen wird die Eigenschaft als Arbeitnehmerähnlicher als unstreitig vorausgesetzt, und es standen nur Fragen der Anwendung im Einzelfall

⁵⁰⁴ BAG 13.12.1962 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 3.

an, wie Feststellungsklage und Kündigungsfrist (Auslauffrist).⁵⁰⁵ Diese Urteile sind für die Abgrenzung nicht ergebnisgebend.

Da das BAG nur im Falle des § 12 a TVG an eine Legaldefinition gebunden ist, kann es in anderen Fällen selbst entscheiden, auf welche Merkmale es die wirtschaftliche Abhängigkeit gründet. So hat es im Falle eines Kameramannes (nur) auf die Bindung an einen Vertragspartner abgestellt:

„Ist ein freier Mitarbeiter wirtschaftlich völlig von einem Auftraggeber abhängig, der ihm jahrelang ständig Einzelaufträge erteilt hat, so entsteht über die Vertragsbeziehung im Einzelfall hinaus ein arbeitnehmerähnliches Dauerrechtsverhältnis ...“⁵⁰⁶

In einer anderen Entscheidung hat es beide Kriterien des § 12 a TVG berücksichtigt:

„Freie Mitarbeiter gelten nur dann als arbeitnehmerähnliche Personen, wenn sie im Wesentlichen für einen Auftraggeber tätig sind und die hieraus fließende Vergütung ihre Existenzgrundlage darstellt.“⁵⁰⁷

In einer Entscheidung von 1974 stellte das BAG fest, dass ein Künstler, der auf der Jubiläumsveranstaltung eines Unternehmens einmalig eine von ihm selbst gestaltete Zaubershow darbietet, weder Arbeitnehmer noch arbeitnehmerähnliche Person i. S. von § 3 Abs. 1 Satz 2 ArbGG ist.⁵⁰⁸ Eine entsprechende Feststellung traf das BAG bezüglich eines Theaterintendanten, der jeweils nur eine Freilichtaufführung im Jahr leitete.⁵⁰⁹

In einer Entscheidung von 1978 meinte das BAG, § 12 a TVG enthalte keine Kriterien für die Abgrenzung zwischen Arbeitnehmern und Arbeitnehmerähnlichen.⁵¹⁰

3. Stellungnahme und Folgerungen für die empirische Untersuchung

Wenn man die Anzahl der Scheinselbständigen feststellen will, könnte man die weitere Prüfung beenden, wenn man feststellt, dass der Beschäftigte nicht persönlich abhängig ist. Ob er dann freier Selbständiger oder Arbeitnehmerähnlicher ist, könnte dann dahinstehen. So geht die Rechtsprechung aber nicht vor. Vielmehr wird unter Überspringung des Merkmals persönliche Abhängigkeit sofort die wirtschaftliche Abhängigkeit geprüft.

505 Z. B. BAG 7.1.1971 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 8.

506 BAG 8.6.1967 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 6.

507 BAG 7.1.1971 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 8.

508 BAG 6.12.1974 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 14.

509 BAG 16.8.1977 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 23.

510 BAG 15.3.1978 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 26.

Da in dieser empirischen Untersuchung auf die Rechtsprechung des BAG Bezug genommen wird, muss im Prüfprogramm auch die Abgrenzung zum Arbeitnehmerähnlichen verortet werden. Das bedeutet, dass trotz der Klärung, dass der Beschäftigte nicht weisungsgebunden ist und damit eigentlich aus der Problematik zur Scheinselbständigkeit herausfällt, noch die wirtschaftliche Abhängigkeit i. S. des Rechts der Arbeitnehmerähnlichen zu prüfen ist.

Nach den Fragen zur Weisungsbindung und zur Eingliederung müssen, wenn beides verneint wird, also noch die Fragen gestellt werden, die den Arbeitnehmerähnlichen ausmachen, also:

- Führen Sie Ihre Arbeit im Wesentlichen ohne eigene Mitarbeiter aus?
- Arbeiten Sie in zeitlicher Hinsicht im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber?
- Macht das Einkommen, das Sie aus der Arbeit für nur einen Auftraggeber erzielen, mehr als die Hälfte Ihres Gesamteinkommens aus Ihrer Erwerbstätigkeit aus (bei Künstlern: mehr als ein Drittel)?

XI Besondere Vertragsgestaltungen

1. Werkvertrag und Arbeitsvertrag

Bei dieser Abgrenzung geht es nicht um eine bestimmte Berufsgruppe, sondern um zwei Vertragstypen (§ 631 BGB, Werkvertrag, und § 611 BGB, Arbeitsvertrag). Aber auch insoweit stellt sich die Frage, ob die allgemeinen Abgrenzungskriterien brauchbar sind.

a) Vorüberlegungen

Zweifelsfälle zur Arbeitnehmereigenschaft betreffen in der Regel die Abgrenzung zwischen dem freien Dienstvertrag und dem Arbeitsvertrag. In Betracht kommt als Gegenbegriff aber auch jeder andere Vertrag eines Selbständigen. In der Unternehmenspraxis werden in letzter Zeit, nicht zuletzt um die Anwendung des Leiharbeitsrechts zu vermeiden, vermehrt sogenannte Werkverträge⁵¹¹ abgeschlossen.⁵¹² Auch die Einführung des allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns wird wahrscheinlich die Tendenz zum Abschluss von Werkverträgen verstärken.

Die Auseinandersetzung mit Rechtsprechung und Literatur zum Thema Werkvertrag und Scheinselbständigkeit ist dadurch erschwert, dass man mehrere Fallgestaltungen auseinanderhalten muss, dass diese aber nicht immer getrennt behandelt werden.

Soweit es sich um Scheinwerkverträge handelt⁵¹³ und **Leiharbeitsrecht** anzuwenden ist, handelt es sich um eine eigene Problematik (s. dazu unten unter XI 2).

Anders steht es, wenn der **Beschäftigte selbst als Werkunternehmer** auftritt. Diese Fallgruppe wird hier als erste untersucht.⁵¹⁴

Im BGB stehen die Vorschriften über Dienstnehmer und Arbeitnehmer (§§ 611 ff. BGB) und über Werkunternehmer (§§ 631 ff. BGB) unverbunden nebeneinander; eine Abgrenzung muss durch Auslegung gewonnen werden.

Für eine sachgerechte Abgrenzung muss man sich zunächst Klarheit über die methodischen Grundlagen verschaffen. Üblicherweise finden sich insoweit zwei Fehler; zum einen wird eine *ontologische Definition* zugrunde gelegt, zum anderen wird verkannt, dass *drei Begriffe* gegeneinander abzugrenzen sind. Der verbreitet ontologische Vergleich (dazu IV 1 b) hat zwar den Vorteil der leichteren Lesbarkeit.

511 Zu dem Gesetzesvorhaben betr. *Bauvertrag* und *Verbraucherbauvertrag* s. den Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts v. 24.9.2015, Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz.

512 S. auch *Rieble/Junker/Giesen*, Freie Industriedienstleistung als Alternative zur regulierten Zeitarbeit, 2012; zu *Dohna-Jaeger*, AuR 2013, 238.

513 Zum Contracting s. *Schmülling* in Reufels, Personaldienstleistungen, unter B.

514 S. zu der Zweiteilung der Problematik *Krause*, ZfA 2014, 349, 51 f.; *Schüren/Fasholz*, NZA 2015, 1473.

Er verstößt aber gegen die Grundregel für Definitionen, dass sie sich nach der Fragehinsicht richtet; wenn gegen zwei Begriffe abzugrenzen ist, dann muss auch die Definition im Rahmen dieses Dreiecks erfolgen.

aa) Teleologische Definition

In Rechtsprechung und Literatur wird verbreitet ein Ansatz zugrunde gelegt, der auf das äußere Erscheinungsbild abstellt. Daraus folgen **ontologische Definitionen und ontologische Vergleiche**. Man beschreibt das, was man im Regelfall sieht und leitet daraus die Definition ab. Das Vorgehen sieht dann so aus: Was kennzeichnet den typischen Werkvertrag, was kennzeichnet den typischen Arbeitsvertrag, welche von den jeweils aufgezählten Kriterien werden vom zu beurteilenden Vertrag überwiegend erfüllt (s. o. V 1 b)? Dieses Vorgehen kann zwar zu zutreffenden Ergebnissen führen. Dabei besteht allerdings die Gefahr, dass der Kern des Problems verkannt wird.

Demgegenüber muss eine **teleologische Definition und ein teleologischer Vergleich** zugrunde gelegt werden. Es muss gefragt werden, ob dem geltenden Recht die Wahl des einen oder des anderen Vertragstyps gleichgültig ist, oder ob das Gesetz zwingend die Anwendung der Vorschriften des einen Vertragstyps erfordert.

bb) Dreifache Abgrenzung

Die Besonderheit bei der Abgrenzung von Arbeitsvertrag und Werkvertrag liegt darin, dass hier nicht zwei Begriffe einander gegenüberzustellen sind (Dienstvertrag/Arbeitsvertrag), sondern drei, nämlich Dienstvertrag, Werkvertrag und Arbeitsvertrag. Ob die Parteien einen Dienstvertrag oder einen Werkvertrag abschließen, unterliegt der im Schuldrecht geltenden Vertragsfreiheit. Demgegenüber gilt sowohl gegenüber dem freien Dienstvertrag als auch gegenüber dem Werkvertrag ein Rechtsformzwang (dazu o. V 2 a) dd).



Da der Arbeitsvertrag ein Unterfall des Dienstvertrages ist, kann immer schon dann kein Arbeitsvertrag vorliegen, wenn ein Erfolg geschuldet wird. Zwar kann auch der Arbeitsvertrag Elemente des Werkvertrages enthalten, beispielsweise durch Akkordlohn⁵¹⁵ oder Zielvereinbarungen.⁵¹⁶ Besteht jedoch der Kern der geschuldeten Leistung in einem Erfolg, scheidet ein Arbeitsvertrag aus. Zur Annahme eines Arbeitsvertrages trotz Bestimmung eines Erfolgs als Vertragsinhalt kann man nur dann kommen, wenn sich aus der tatsächlichen Durchführung des Vertrages ergibt, dass der Beschäftigte nicht als Selbständiger, sondern als abhängig Beschäftigter tätig ist. Dann liegt zwar scheinbar ein auf einen Erfolg gerichteter Vertrag vor; tatsächlich schuldet der Beschäftigte aber als Arbeitnehmer keinen Erfolg, sondern nur Dienste. Ausschlaggebend sind damit die Kriterien für die Arbeitnehmereigenschaft; ob der Beschäftigte, wenn er selbständig wäre, Dienstnehmer oder Werkunternehmer wäre, kann dann dahinstehen.

Auch hier scheidet, wie beim Dienstvertrag gem. § 613 BGB (s. o. V 1 a) cc), von vornherein als unproblematisch der Fall aus, dass der Beschäftigte eigenes Personal und eigene Sachmittel einsetzt. Problematisch ist vielmehr nur der (angebliche) **Solo-Werkunternehmer** im Vergleich zum Arbeitnehmer. Die Problematik unterscheidet sich von derjenigen zum Thema Dienstvertrag/Arbeitsvertrag insofern, als Dienstvertrag und Werkvertrag verschiedene Inhalte haben. Ist der Dienstvertrag auf eine Dienstleistung gerichtet und der Werkvertrag auf ein Werk,⁵¹⁷ so scheint es, als ob es zwischen Werkvertrag und Arbeitsvertrag von vornherein keine Berührungspunkte geben könne. Der Arbeitnehmer ist gerade nicht zur Leistung eines Werks verpflichtet. Wird daher ein bestimmtes Werk zum Gegenstand des Vertrages gemacht, scheidet – scheinbar – eine Arbeitnehmereigenschaft von vornherein aus. Wenn es aber im Übrigen an den Voraussetzungen für eine selbständige Tätigkeit fehlt, ändert die Bezeichnung als Werkvertrag und die Angabe eines Werks nichts an der Qualifizierung als Arbeitsvertrag.

b) Die Rechtsprechung des BAG

In einem neueren Urteil hat das BAG zur Abgrenzung zwischen Werkvertrag und Arbeitsvertrag ausgeführt:⁵¹⁸

„Fehlt es an einem vertraglich festgelegten abgrenzbaren, dem Auftragnehmer als eigene Leistung zurechenbaren und abnahmefähigen Werk, kommt ein Werkvertrag kaum in Betracht, weil der „Auftraggeber“ dann durch weitere Weisungen

⁵¹⁵ MünchArbR-Krause, 3. Aufl. 2009, § 57 Rn. 18 ff.

⁵¹⁶ MünchArbR-Krause, 3. Aufl. 2009, § 57 Rn. 36 ff.

⁵¹⁷ Greiner, AcP 211 (2011), 221 m. w. N.

⁵¹⁸ BAG 25.9.2013 NZA 2013, 1348 = NJW 2013, 3672; dazu Anm. Boemke, RdA 2015, 115; Anm. Nölke, SAE 2015, 59.

den Gegenstand der vom „Auftragnehmer“ erbringenden Leistung erst bestimmen und damit Arbeit und Einsatz erst bindend organisieren muss.“

„Richten sich die vom Auftragnehmer zu erbringenden Leistungen nach dem jeweiligen Bedarf des Auftraggebers, kann darin ein Indiz gegen eine werk- und für eine arbeitsvertragliche Beziehung liegen, etwa wenn mit der Bestimmung von Leistungen auch über Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit entschieden wird. Wesentlich ist, inwiefern Weisungsrechte ausgeübt werden und in welchem Maß der Auftragnehmer in einen bestellerseitig organisierten Produktionsprozess eingegliedert ist.“

Die Abgrenzung war Gegenstand einer Entscheidung des BAG, die eine wissenschaftliche Hilfskraft beim Bayerischen Landesamt für Denkmalpflege (BLfD) betraf. Es ging um die Erfassung von Funden und Fundstellen und um die Nachqualifizierung von Bodenschätzen.

Der Beschäftigte war zur persönlichen Leistungserbringung verpflichtet.

Das BAG stellt fest, dass kein konkreter „Werkerfolg“ geschuldet worden sei, sondern dass der Beschäftigte zu tätigkeitsbezogenen Leistungen verpflichtet war. Die örtliche Einbindung wird darin gesehen, dass der Beschäftigte an den Standort der Ortsakten gebunden war und seine Arbeit nur vom PC-Arbeitsplatz der BLfD erbringen konnte. In zeitlicher Hinsicht wird die Bindung an die vorgegebenen Öffnungszeiten genannt. Inhaltliche Weisungen ergäben sich aus den Richtlinien des Projekthandbuchs einschließlich der Formulierungsvorgaben der Listentexte.

Ähnlich hat sich das BAG in früheren Urteilen ausgedrückt.⁵¹⁹

c) Stellungnahme

Für das BAG sind nach seiner Rechtsprechung Weisungsbindung und Eingliederung – oder spiegelbildlich das Fehlen von Weisungsbindungen durch den Vertragspartner und das Fehlen einer Eingliederung in dessen Betrieb – entscheidend.

aa) „Weisungsbindung“ und „Eingliederung“ sind aber die allgemeinen Kriterien zur Abgrenzung zwischen Dienstvertrag und Arbeitsvertrag, das Besondere des Werkvertrages kommt darin nicht zum Ausdruck. Das muss auch gegenüber denjenigen Autoren festgestellt werden, die sich im Hinblick auf die Weisungsbindung (in Abgrenzung zur Leiharbeit) mit diesem Kriterium begnügen.⁵²⁰

519 BAG 6.8.2004 AP AÜG § 9 Nr. 6; BAG 14.8.2008 EzAÜG § 10 Fiktion Nr. 121; zur Rechtsprechung s. *Leitner*, NZA 1991, 293.

520 *Schüren/Hamann*, § 1 AÜG Rn. 133, 144 ff.; *Thüsing/Waas*, § 1 AÜG Rn. 74 ff.; mit Recht kritisch *Greiner*, NZA 2013, 697, 698.

Das BAG erkennt zutreffend, dass es sowohl beim Werkvertrag als auch beim Arbeitsvertrag *Weisungen* gibt. So kann der Werkbesteller „dem Werkunternehmer selbst oder dessen Erfüllungsgehilfen Anweisungen für die Ausführung des Werks erteilen.“⁵²¹

Was die Weisungen angeht, muss unterschieden werden zwischen werkvertraglichen Weisungen und arbeitsvertraglichen Weisungen,⁵²² also zwischen „fachlich-methodischen Weisungen“, die für den echten Werkvertrag typisch sind, und „örtlich-zeitlichen Weisungen“,⁵²³ also der „Personalhoheit“.⁵²⁴

bb) Die Besonderheit des Werkvertrages kommt in der Rechtsprechung darin zum Ausdruck, dass der Werkunternehmer „für die Erfüllung der in dem Vertrag vorgesehenen Dienste oder für die Herbeiführung des geschuldeten Werks gegenüber dem Drittunternehmen verantwortlich bleibt.“⁵²⁵ Zu den Merkmalen „Weisungsbindung“ und „Eingliederung“ muss also die „Verantwortung für ein Werk“ hinzukommen. Insbesondere *Schüren* hat hervorgehoben, dass die maßgebliche Kontrollfrage zur Abgrenzung zwischen Scheinwerkvertrag und echtem Werkvertrag die ist, ob der angebliche Werkunternehmer tatsächlich auf **Gewährleistung** in Anspruch genommen wird.⁵²⁶

cc) Wichtig ist, dass es sich um ein abnahmefähiges, **abgrenzbares Werk** handelt.⁵²⁷ Es gibt nur wenige Tätigkeiten, die als solche für Arbeitnehmer typisch sind. Für die Abgrenzung kommt es darauf an, wie die Tätigkeit geschuldet wird.⁵²⁸

dd) Außer den genannten Kriterien werden in Rechtsprechung und Literatur weitere, unterschiedliche **Indizien** herangezogen, wie Vergütung nach Stunden statt pauschal oder der Abgabe einer Erfolgsgarantie.⁵²⁹ Wie *Greiner* mit Recht einwendet, sind viele dieser Kriterien aber bei beiden Vertragsformen anzutreffen.⁵³⁰

521 BAG 18.1.2012 NZA-RR 2012, 455.

522 *ErfK-Preis*, § 611 BGB Rn. 14.

523 Formulierungen nach *Greiner*, NZA 2013, 697, 700.

524 S. auch *Boemke*, RdA 2015, 115, 116; *Maschmann*, NZA 2013, 1305, 1308 f.

525 BAG 18.1.2012 NZA-RR 2012, 455.

526 *Schüren*, Festschrift für Däubler, 1999, 90 ff.; *ders.*, Jahrbuch des Arbeitsrechts 41 (2004), S. 49, 69 f.; *Schüren/Fasholz*, NZA 2015, 1473, 1476 f.; zustimmend *Greiner*, NZA 2013, 697, 699; krit. *Maschmann*, NZA 2013, 1305, 1306 f.

527 BAG 9.11.1994 BB 1995, 1293, 1295; *Boemke*, RdA 2015, 115, 117; *Boemke/Lembke*, AÜG, § 1 Rn. 88; *von Hoyningen-Huene*, BB 1985, 1659, 1673.

528 *Boemke*, RdA 2015, 115, 117.

529 Nachw. bei *ErfK-Wank*, § 1 AÜG Rn. 20.

530 S. auch *ErfK-Wank*, § 1 AÜG Rn. 12.

So gibt es auch bei einem Werkvertrag eine Abrechnung nach Stunden, und eine „Erfolgsgarantie“ ist auch beim Werkvertrag selten.

Während man für einfache Fälle mit den genannten Kriterien zu einer sinnvollen Abgrenzung gelangt, ist in Grenzfällen eine *teleologische Abgrenzung* unabdingbar. Die Problematik stellt sich unterschiedlich für Solo-Scheinselbständige (s. o.) und für Scheinselbständige dar, die in Wahrheit Leiharbeitnehmer sind. Der Rechtsformzwang soll verhindern, dass einem Beschäftigten Risiken auferlegt und arbeitsrechtliche Schutzvorschriften vorenthalten werden, ohne dass dem unternehmerische Chancen aufgrund freiwilliger Risikoübernahme gegenüberstehen. Maßgeblich für die Abgrenzung ist daher die unternehmerische Entscheidungsfreiheit, die auf einem freiwillig übernommenen Unternehmerrisiko beruht.

ee) Im Übrigen gilt auch hier, wie bei der Abgrenzung zwischen Dienstvertrag und Arbeitsvertrag, dass es auf die **tatsächliche Durchführung** ankommt. Das setzt voraus, dass die vom Vertrag abweichende Handhabung von den Parteien zumindest geduldet wird.⁵³¹

ff) Zwar ist auch hier einzuwenden, dass das BAG eine ontologische Definition verwendet und insofern auf Äußerlichkeiten der Weisungsbindung und der Eingliederung abstellt, statt auf die Möglichkeit zu **unternehmerischen Entscheidungen auf eigene Rechnung**. In der Sache erscheint allerdings ein Aspekt des Unternehmerrisikos in der Passage: „Trotz rechtlicher Zeitsouveränität war der Kläger nach dem wahren Geschäftsinhalt nicht in der Lage, seine Arbeitszeit i. S. von § 84 HGB frei einzuteilen.“⁵³²

d) Folgerungen für die empirische Untersuchung

Im Prüfprogramm des BAG und der Literatur nicht enthalten ist allerdings das eigentlich ausschlaggebende Kriterium, ob der Beschäftigte nach dem Vertrag und auch tatsächlich die Möglichkeit zu **unternehmerischen Entscheidungen auf eigene Rechnung** hat. Es wird aber vorgeschlagen, auch danach zu fragen, weil das BAG – ohne das zu benennen – in der Sache ebenfalls diesen Aspekt berücksichtigt.

⁵³¹ Boemke, RdA 2015, 115, 116.

⁵³² BAG 25.9.2013 – 10 AZR 282/12 – NZA 2013, 1348.

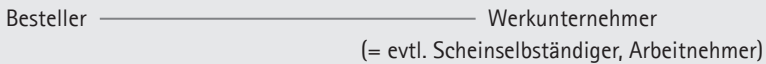
2. Drittpersonaleinsatz – Abgrenzung zur Leiharbeit

a) Vorüberlegungen

In den bisherigen Ausführungen wurden immer nur Zweipersonenverhältnisse betrachtet (ein angeblicher freier Dienstnehmer oder Werkunternehmer ist in Wahrheit Arbeitnehmer). Probleme können sich aber auch beim Drittpersonaleinsatz ergeben.⁵³³ Hierbei sind mehrere Grundfälle zu unterscheiden.

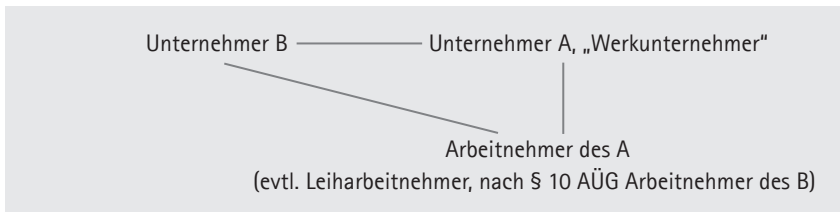
Zum einen geht es um die aktuelle Problematik, wann ein **echter Werkvertrag** besteht und wann ein **Scheinwerkvertrag**, der in Wirklichkeit ein Vertrag zur Arbeitnehmerüberlassung ist (s. im Vorigen). Für den echten Werkvertrag ergibt sich folgendes Bild:

Zweierbeziehung



Handelt es sich dagegen in Wahrheit um **Arbeitnehmerüberlassung**, ergibt sich folgendes Bild:

Dreierbeziehung



Ist der Beschäftigte **Arbeitnehmer eines echten Werkunternehmers**, greift der volle arbeitsrechtliche Schutz. Man mag beklagen, dass durch Ausgliederung von Unternehmensaktivitäten ein Arbeitnehmer des Werkunternehmers schlechtere Arbeitsbedingungen hat, als wenn er Arbeitnehmer des Werkbestellers wäre – z. B. indem ein ungünstigerer Tarifvertrag eingreift oder weil Schwellenwerte, wie z. B. in § 23 KSchG, nicht eingreifen. Das ist aber kein Problem der Scheinselbständigkeit⁵³⁴ und muss hier außer Betracht bleiben.

⁵³³ Dazu aus neuerer Zeit *Baeck/Winzer*, NZA 2015, 269; *Boemke*, Anm. zu BAG 25.5.2023 RdA 2015, 115; *Bücker*, Festschrift für Höland, 2015, S. 477; *Franzen*, RdA 2015, 141; *Henssler*, RdA 2016, 18; *Wank*, EuZA 2016, 143, 158.

⁵³⁴ Vermengung der Probleme bei *Klebe*, NZA Editorial 13/2013.

Einschlägig ist demgegenüber der Fall, dass der **Beschäftigte als Subunternehmer** eines Werkunternehmers auftritt und damit als Selbständiger in Ausführung eines Werkvertrages, während er in Wahrheit nicht selbständig handelt. Dann ergibt sich die allgemeine Folge, dass jemand, der als Selbständiger auftritt, aber in Wahrheit Arbeitnehmertätigkeit ausübt, als Arbeitnehmer zu behandeln ist. Beim drittbezogenen Personaleinsatz eines Scheinselbständigen besteht dann das Folgeproblem, zu klären, wessen Arbeitnehmer er ist: Arbeitnehmer des Werkbestellers (der in Wahrheit Entleiher ist), oder Arbeitnehmer des Werkunternehmers (der in Wahrheit ein Verleiher ist).

In der früheren Untersuchung von 1997 wurde das Problem bereits in der Weise angesprochen, als zwischen *Rechtsverhältnissen mit und ohne Kundenbeziehung* unterschieden wurde.⁵³⁵

Die besondere Problematik eines drittbezogenen Personaleinsatzes besteht darin, dass die *Arbeitgeberstellung aufgespalten* sein kann: Bei einem echten Werkvertrag und bei einem echten Arbeitnehmerstatus erhält der Beschäftigte Weisungen nur von seinem Arbeitgeber; darüber hinaus kann es aber auch fachliche Weisungen vom Werkbesteller geben.

Um eine scheinselbständige Beschäftigung handelt es sich, wenn der scheinbare Werkunternehmer einen Vertrag mit einem scheinbar selbständigen Subunternehmer schließt, wobei dieser in Wahrheit wie ein Arbeitnehmer des Werkbestellers fungiert.

Wenn von vornherein klar ist, dass ein Leiharbeitsvertrag vorliegt, aber gegen Leiharbeitsrecht verstoßen wird, ist die **Rechtsfolge** je nach Verstoß unterschiedlich. Fehlt es an einer Leiharbeiterlaubnis, wird der Beschäftigte kraft Gesetzes zu einem Arbeitnehmer des Entleihers, § 10 AÜG. Verstößt der Verleiher aber gegen die Vorschrift, dass keine dauerhafte Überlassung erfolgen darf, sondern nur eine vorübergehende, greift, wie das BAG jüngst festgestellt hat, diese Sanktion nicht ein;⁵³⁶ der Leiharbeitnehmer bleibt Arbeitnehmer des Verleihers, aber die Vertragsgestaltung ist unwirksam. Nach der Neuregelung in § 10 Abs. 1 i.V.m. § 9 Abs. 1 Nr. 1 b AÜG führt demgegenüber die verdeckte Arbeitnehmerüberlassung zur Fiktion eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher.

Im vorliegenden Fall zeigt die rechtstatsächliche Betrachtung, dass der Beschäftigte in Wahrheit Leiharbeitnehmer ist und dass der Werkunternehmer in Wahrheit eine Verleiherlaubnis benötigt hätte. Folgerichtig muss dann nach § 10 AÜG kraft Gesetzes ein Arbeitsvertrag mit dem Werkbesteller als einem Entleiher zustande kommen.

⁵³⁵ Wank, Empirische Befunde, S. 23.

⁵³⁶ BAG 10.12.2013 NZA 2014, 196.

Die hier angesprochene Problematik wird üblicherweise im Hinblick auf die Abgrenzung Werkvertrag/Leiharbeitsvertrag behandelt. Sie stellt sich aber in gleicher Weise (abgesehen vom Kriterium „Erfolg“) bei der Abgrenzung Dienstvertrag/Leiharbeitsvertrag.

b) Rechtsprechung des BAG

Ursprünglich hat das BAG die Abgrenzung zwischen Werkvertrag und Leiharbeit allein auf das Merkmal Eingliederung gestützt. Nach der Grundsatzentscheidung vom 18.1.1978⁵³⁷ soll es dagegen auf **volle Eingliederung und volle Weisungsbindung** ankommen.

Wichtig ist neben der Herausstellung der beiden Kriterien statt nur eines Kriteriums auch die Betonung des Grades,⁵³⁸ nämlich dass es sich um eine **volle** Eingliederung in den Betrieb des Entleihers handeln muss und dass die Arbeitnehmer ihre Arbeit *allein* nach dessen Weisungen ausüben.⁵³⁹

In seiner Entscheidung vom 15.6.1983⁵⁴⁰ hat das BAG festgestellt, dass es (auch hier) auf die **tatsächliche Durchführung** ankommt. Das hat das BAG in allen späteren Urteilen bestätigt. Diese Rechtsprechung wird in § 12 Abs. 1 Satz 2 AÜG übernommen.

Weitere Urteile zur Thematik sind:

BAG 25.6.1986 5 AZR 507/83 EzAÜG Nr. 203

BAG 18.1.1989 AP AÜG § 14 Nr. 2

BAG 20.5.2009 AP BGB § 611 Arbeitnehmerähnlichkeit Nr. 16 (Rn. 19)

BAG 15.2.2012 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 123 (Rn. 13)

usw., zuletzt

BAG 29.8.2012 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 124 (Rn. 15)

BAG 17.4.2013 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 125 (Rn. 15)

BAG 25.9.2013 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 126 (Rn. 17)

c) Rechtsprechung der Landesarbeitsgerichte

In einem Urteil vom 12.4.1989 hat das **LAG Baden-Württemberg**⁵⁴¹ zutreffend mit dem Schutzzweck des AÜG argumentiert.

⁵³⁷ BAG 8.11.1978 EzAÜG Nr. 50.

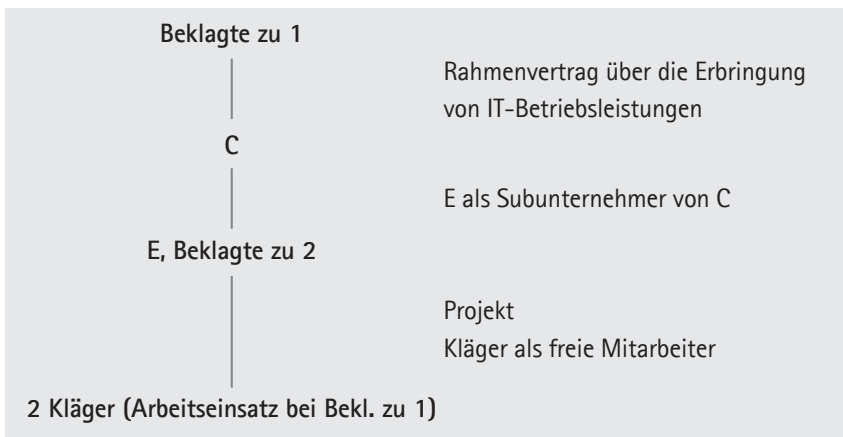
⁵³⁸ Dazu *Tuengerthal/Andorfer*, BB 2016, 1909.

⁵³⁹ S. die Formulierungen in BAG 14.8.1985 – 5 AZR 225/84, ähnlich 30.1.1991 NZA 1992, 209, 6.8.1997 EzAÜG BGB § 631 Werkvertrag Nr. 39, 6.8.2003 NZA 2004, 1182.

⁵⁴⁰ BAG 15.6.1983 AP AÜG § 10 Nr. 5.

⁵⁴¹ LAG Baden-Württemberg 12.4.1989 DB 1990, 2071.

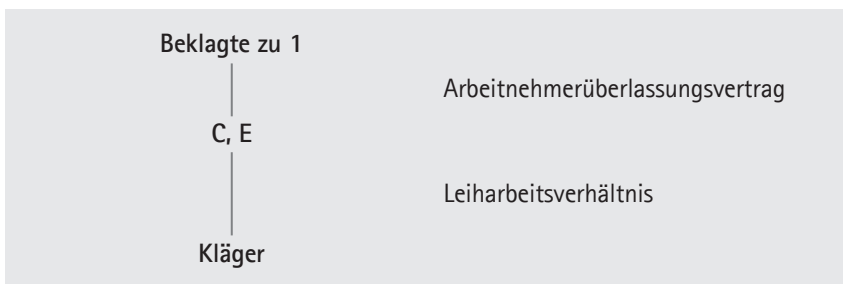
In einem späteren Urteil lag dem LAG Baden-Württemberg ein Fall vor, in dem zwischen Dienstvertrag, Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung zu unterscheiden war.⁵⁴² Nach den Vertragstexten lag folgende Gestaltung vor:



Je nach der tatsächlichen Durchführung des Vertrages könnte vorliegen:
Bei einer selbstständigen Tätigkeit der Kläger:



Bei unselbstständiger Tätigkeit der Kläger:



⁵⁴² LAG Baden-Württemberg 18.12.2014 BB 2013, 2809.; s. zur Problematik auch *Bücker*, Festschrift für Kohte, 2016, S. 21, 43.

Nach Ansicht des LAG waren die Kläger in den Betrieb der Beklagten zu 1 eingegliedert mit der Folge, dass kraft Gesetzes (§ 10 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 9 Abs. 1 AÜG) zwischen dem Kläger und der Beklagten zu 1 ein Arbeitsverhältnis zu Stande gekommen sei. Die Vertragsgestaltung und die tatsächliche Durchführung stimmten nicht überein. Den Klägern sei ein bestimmter Ort, eine bestimmte Arbeitszeit und ein bestimmter vertraglicher Inhalt vorgegeben worden. Bei den Weisungen habe es sich nicht um werkvertragliche, sondern um arbeitsvertragliche Weisungen gehandelt. So seien werkvertragliche Weisungen der Beklagten nicht an C, sondern direkt an die Kläger gerichtet worden; daneben hätten die Kläger von der Beklagten zu 1 auch arbeitsvertragliche Weisungen erhalten.

Besondere, hier nicht zu vertiefende Probleme werfen die „sonstige *unternehmerische Zusammenarbeit*“⁵⁴³ und die Abgrenzung der Arbeitnehmerüberlassung von *Matrixarbeiten*⁵⁴⁴ auf.

d) Stellungnahme

aa) Eine methodisch korrekte Abgrenzung zwischen Werkvertrag und Leiharbeit kann nur unter Beachtung einer **teleologischen Argumentation** erfolgen.⁵⁴⁵

In Rechtsprechung und Literatur werden die verschiedensten Abgrenzungsmerkmale vorgeschlagen;⁵⁴⁶ meist fehlt eine Ableitung aus dem Zweck des AÜG, so dass die Wahl der Merkmale zufällig erscheint. Richtigerweise muss die **Argumentation vom Zweck** (oder von den Zwecken) **des AÜG ausgehen**;⁵⁴⁷ nicht vom Zweck von BGB-Vorschriften, da sich der Rechtsformzwang auf Arbeitsrecht und Leiharbeit bezieht.

Hierbei unterliegen Rechtsprechung und Literatur demselben Denkfehler, wie ihn das BAG bei der Neuinterpretation der Schwellenwerte im Betriebsverfassungsrecht im Hinblick auf Leiharbeitnehmer begeht: Es argumentiert vom Betriebsverfassungsgesetz her, während vom Zweck des AÜG her interpretiert werden müsste. Der Gesetzgeber des AÜG wollte auch bei der Novelle zum AÜG keine Neuausrichtung der Schwellenwerte; erst der Koalitionsvertrag enthält eine entsprechende Absicht.⁵⁴⁸

⁵⁴³ Baeck/Winzer, NZA 2015, 269, 271.

⁵⁴⁴ Hennig, AuA 2015, 646.

⁵⁴⁵ Leitner, NZA 1991, 293; Greiner, NZA 2013, 697, 701; ErFK-Wank, § 1 AÜG Rn. 19 ff.

⁵⁴⁶ S. die Nachw. bei ErFK-Wank, § 1 AÜG Rn. 17 f.

⁵⁴⁷ Zutr. Maschmann, NZA 2013, 1305, 1307.

⁵⁴⁸ Zum Ganzen ErFK-Wank, § 1 AÜG Einl. Rn. 35 b ff.; Koalitionsvertrag von CDU, CSU und SPD, Deutschlands Zukunft gestalten, S. 69.

Allgemein ist bei der teleologischen Auslegung zu unterscheiden zwischen den Zwecken des gesamten Gesetzes (Primärzweck) und den Zwecken einzelner Vorschriften (Sekundärzwecke).⁵⁴⁹ Die beiden Schutzzwecke des AÜG kommen bereits in der ersten amtlichen Begründung zum Ausdruck: Schutz vor unseriösen Verleihern und Schutz des Leiharbeitnehmers im Hinblick auf die besonderen Gefahren im Vergleich zu anderen Arbeitsverhältnissen.⁵⁵⁰ Die Besonderheit besteht in der gespaltenen Arbeitgeberstellung: Verleihunternehmen ist es eher möglich, ohne Erfüllung von Arbeitgeberpflichten zu arbeiten. Von daher ergeben sich folgende Abgrenzungsmerkmale:

Wie nach der Rechtsprechung, kommt es darauf an, ob der Beschäftigte in den Betrieb des Drittunternehmens eingegliedert ist und den Weisungen des Drittunternehmers unterliegt. § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG übernimmt diese Rechtsprechung.

Im Einzelnen heißt das:⁵⁵¹

- Material des (angeblichen)Werkunternehmers oder Material des Werkbestellers
- Zusammenarbeit mit Personal des Werkunternehmers oder des Bestellers
- Eingliederung in die Organisation des Werkunternehmers oder des Bestellers
- Weisungen bezüglich Ort und Zeit der Arbeit durch den Werkunternehmer oder durch den Besteller
- Weisungen bezüglich des Inhalts der Arbeit sowohl in fachlicher Hinsicht als auch in arbeitsrechtlicher Hinsicht durch den Werkunternehmer oder durch den Besteller
- Personalhoheit beim Werkunternehmer oder beim Besteller (z. B. bezüglich Urlaubsgewährung usw.).

Des Weiteren kommt es, wie die Rechtsprechung richtig erkennt, darauf an, ob der Vertragspartner des Beschäftigten das Unternehmerrisiko eines Werkunternehmers trägt, also insbes. rechtlich und tatsächlich die Gewährleistung übernimmt.

Der hier als Beispiel vorgestellten Entscheidung des LAG Baden-Württemberg ist in der Sache zuzustimmen. Nach der tatsächlichen Vertragsdurchführung hatten die Kläger keinen eigenen unternehmerischen Entscheidungsspielraum. Nach der hier vertretenen Ansicht ist das das im Zusammenhang mit örtlicher und zeitlicher Weisungsbindung entscheidende Kriterium. Sie waren danach Arbeitnehmer und keine Selbständigen.

549 Greiner, NZA 2013, 697, 701.

550 ErfK-Wank, § 1 AÜG Rn. 20 f.

551 S. auch Boemke, RdA 2015, 141; Franzen, RdA 2015, 141; Henssler, RdA 2016, 18, 22.

bb) Zur Rechtsfolge: Wenn festgestellt wird, dass der angeblich selbständige Subunternehmer in Wahrheit Leiharbeiter ist, dann ist in einem zweiten Schritt zu klären, ob er Arbeitnehmer des Verleihers (im Falle des LAG BW: von E) oder kraft Gesetzes Arbeitnehmer des Entleihers ist (in dem Beispielsfall: der Beklagten zu 1).

Das LAG BW hat hier § 10 AÜG angewandt und die Kläger zu Arbeitnehmern des Beklagten zu 1 erklärt. Das Gericht erklärt, dass hier eine Verleiherlaubnis erforderlich gewesen wäre, dass diese hier fehlt und dass deshalb § 10 AÜG (direkt) anwendbar ist.

Allerdings besorgen sich viele Scheinwerkunternehmer vorsichtshalber zusätzlich eine Verleiherlaubnis („Vorratserlaubnis“). Wird dann der Scheinwerkvertrag als Leiharbeit erkannt, berufen sie sich auf die Verleiherlaubnis – was mit geltendem Recht vereinbar ist und die Anwendung des § 10 AÜG verhindert.⁵⁵² Wie *Schüren*⁵⁵³ vorgeschlagen hat, müsste in diesen Fällen das Rechtsverhältnis von vornherein als Leiharbeitsverhältnis deklariert werden; anderenfalls ist die spätere Berufung auf die (vorsorglich bereit gehaltene) Verleiherlaubnis nicht anzuerkennen. Im Entwurf des Gesetzes zur Änderung des Leiharbeitsrechts wird die Pflicht zur Offenlegung normiert; eine spätere Berufung auf die Verleiherlaubnis ist nach § 1 Abs. 1 Satz 5 und 6 i. V. m. § 9 Abs. 1 Nr. 1 a AÜG n. F. ausgeschlossen.

e) Folgerungen für die empirische Untersuchung

Die vom BAG herangezogen Kriterien der Eingliederung und der Weisungsbindung – mit der entsprechenden Umformulierung für das Dreiecksverhältnis im Gegensatz zur üblichen Zweierbeziehung – erweisen sich auch bei teleologischer Sicht als geeignet. In Bezug auf die Abgrenzung zum Werkvertrag kommt das Merkmal „Haftung für den Erfolg“ hinzu. Die ansonsten in Rechtsprechung und Literatur genannten Kriterien sind heranzuziehen als Untermerkmale zu den genannten, im Übrigen aber verzichtbar.

Für die Befragung bleiben die Fälle außen vor, in denen der Beschäftigte entweder Arbeitnehmer des Werkunternehmers oder kraft Gesetzes Arbeitnehmer des Entleihers ist, aber in jedem Fall Arbeitnehmer. Es geht nur um den Fall, in dem der Beschäftigte entweder Selbständiger ist oder Scheinselbständiger und damit Arbeitnehmer.

⁵⁵² So auch BAG 12.7.2016 – 9 AZR 352/15 –, Pressemitteilung.

⁵⁵³ *Schüren*, NZA 2013, 176, 178.

3. Sonstige Aufspaltung der Arbeitgeberstellung

a) Vorüberlegungen

In der Praxis findet sich die Gestaltung, dass als Vertragspartner des Beschäftigten nicht, wie üblich, ein einzelner Arbeitgeber auftritt, sondern dass mehrere Vertragspartner dem Beschäftigten Aufgaben zuweisen.⁵⁵⁴ Solche Fälle sind:

- Gruppenarbeitsverhältnis
- mittelbares Arbeitsverhältnis
- Konzernarbeitsverhältnis.

In diesen Fällen könnte jeder der beteiligten Vertragspartner darauf hinweisen, dass er ja kein umfassendes Weisungsrecht ausübe und deshalb auch kein Arbeitgeber sein könne. Das Argument mag zutreffen, wenn nach der Art der Arbeit tatsächlich mehrere voneinander unabhängige Vertragspartner mit dem Beschäftigten in Beziehung stehen. Dagegen handelt es sich um einen Fall von Umgehung, wenn gezielt diese Konstruktion gewählt wird. Indizien dafür sind, dass die mehreren Auftraggeber unter der gleichen Leitung stehen und dass in der Geschäftsführung weitgehende Personalidentität besteht. In diesem Fall der Umgehung müssen die verschiedenen Auftraggeber als Einheit gesehen werden.

Ein **Gruppenarbeitsverhältnis**⁵⁵⁵ kann sowohl in der Form der Betriebsgruppe als auch in der Form der Eigengruppe bestehen. Die Betriebsgruppe besteht in einer Zusammenfassung von Arbeitnehmern durch den Arbeitgeber zu einer Arbeitsgruppe; für das vorliegende Gutachten ist diese Fallgestaltung ohne Bedeutung.

Bei der **Eigengruppe** tritt entweder die gesamte Gruppe dem Vertragspartner gegenüber als Gruppe auf – dann richten sich die Rechtsverhältnisse der Gruppenmitglieder im Innenverhältnis nach Gesellschaftsrecht und können hier außer Betracht bleiben. Oder die einzelnen Beschäftigten schließen unmittelbar als Arbeitnehmer jeweils mit dem Arbeitgeber einen Vertrag ab; dann ergeben sich ebenfalls keine Abgrenzungsprobleme zur Scheinselbständigkeit.

Beim **mittelbaren Arbeitsverhältnis**⁵⁵⁶ schließt der Leiter einer Gruppe (z. B. ein Orchesterleiter) mit einem anderen einen Arbeitsvertrag, dessen Inhalt aber, entgegen § 613 BGB, die Erfüllung mit Hilfe anderer ist, die der Leiter als Arbeitnehmer beschäftigt (z. B. Orchestermitglieder). Da diese Beschäftigten in einem Arbeitsverhältnis stehen, gibt es ebenfalls kein Problem betreffend Scheinselbständigkeit.

⁵⁵⁴ Allgemein zur Aufspaltung von Arbeitgeberfunktionen *ErfK-Preis*, § 611 BGB Rn. 192.

⁵⁵⁵ Dazu *ErfK-Preis*, § 611 BGB Rn. 164 ff.

⁵⁵⁶ Dazu *ErfK-Preis*, § 611 BGB Rn. 172 ff.

Entsprechendes gilt für **Konzernarbeitsverhältnisse**,⁵⁵⁷ wenn ein Arbeitnehmer zwar bei einem Konzernunternehmen eingestellt wird, aber bei einem anderen Konzernunternehmen arbeitet.

b) Die Rechtsprechung des BAG

In einem Fall hat das BAG geprüft, ob die Konstruktion eines mittelbaren Arbeitsverhältnisses dazu geführt hat, zwingendes Gesetzes- und Tarifrecht zu umgehen.⁵⁵⁸ Ein Hausmeister hatte im eigenen Namen und auf fremde Rechnung Reinigungskräfte eingestellt.

c) Stellungnahme

Anders als im vorigen Abschnitt geht es hier zwar ebenfalls um eine gespaltene Arbeitgeberstellung; aber die Beschäftigten sind unzweifelhaft Arbeitnehmer, und es geht nur darum, aus welcher Rechtsbeziehung sich die arbeitsrechtlichen Rechte und Pflichten ergeben. Damit handelt es sich aber nicht um Fragen der Scheinselbständigkeit, so dass diese Fälle für das Gutachten außer Betracht bleiben können.

4. Grenzüberschreitend tätige Scheinselbständige

a) Vorüberlegungen

Werden Scheinselbständige, die normalerweise bei einem Arbeitgeber mit Sitz im Ausland tätig sind, von ihrem Arbeitgeber im Rahmen einer Entsendung vorübergehend in Deutschland beschäftigt, so bestimmt sich die Anwendbarkeit des deutschen Arbeitsrechts und damit auch die Frage der Qualifikation als Rechtsverhältnis eines Selbständigen oder eines Arbeitnehmers nach Art. 8 und 9 der Rom-I-Verordnung, gegebenenfalls i.V.m. der Entsenderichtlinie (RL 96/71/EG). Der Arbeitnehmerbegriff der Entsenderichtlinie und des durch die Entsenderichtlinie erstreckten deutschen Eingriffsrechts ist gemäß Art. 2 Abs. 2 der Entsenderichtlinie derjenige des Mitgliedstaats, in den der Arbeitnehmer entsandt wird (siehe auch Art. 3 Abs. 1 Buchst. a) der Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG).

b) Rechtsprechung

Einen Sonderfall stellen diejenigen Beschäftigten dar, die über eine ausländische **Bescheinigung** verfügen.⁵⁵⁹ Dies ist eine Bescheinigung des Staates, aus dem der

557 Dazu *ErFK-Preis*, § 611 BGB Rn. 197 ff.; *Vögt*, *Arbeitsrecht im Konzern*, 2014.

558 BAG 20.7.1982 AP BGB § 611 Mittelbares Arbeitsverhältnis Nr. 5.

559 Typischerweise geht es um die sog. A 1-Bescheinigung sowie um Art. 19 Abs. 2 der zur Durchführung der VO 883/2004/EG erlassenen VO 987/2009/EG.

Ausländer kommt, darüber, ob der Betreffende Arbeitnehmer oder Selbständiger ist. Diese Bescheinigungen sind nach EU-Recht innerhalb der EU verbindlich, also auch im Ausland anzuerkennen.⁵⁶⁰ Legt beispielsweise ein Engländer, der für einen deutschen Unternehmer arbeitet, eine solche Bescheinigung vor, die ihn als Selbständigen ausweist, so kann er der Meinung sein, damit für deutsche Stellen verbindlich seine Qualifikation als Selbständiger nachgewiesen zu haben, selbst wenn bei objektiver Betrachtung nach deutschem Recht zweifellos eine Arbeitnehmertätigkeit ausgeübt wird.

Der EuGH löst das Problem in folgender Weise: Grundsätzlich ist die Bescheinigung auch für Deutschland verbindlich. Die Aussagen des EuGH beziehen sich allerdings nur auf die Systeme der sozialen Sicherheit. Die Träger der sozialen Sicherheit sind insoweit gebunden, als sich die Bescheinigung dazu äußert, ob der Beschäftigte dem System der sozialen Sicherheit des Mitgliedstaats unterliegt, in dem die Bescheinigung ausgestellt wurde. In einem Missbrauchsfall müssen die Sozialversicherungsträger des Mitgliedstaates, in dem der entsandte Arbeitnehmer vorübergehend beschäftigt ist, zunächst darauf hinwirken, dass die Bescheinigung zurückgenommen wird (vgl. Art. 5 Abs. 1 der Durchführungsverordnung VO (EG) Nr. 987/2009).⁵⁶¹ Unabhängig von dieser sozialversicherungsrechtlichen Frage bleibt offen, wie sich die Bescheinigung in einem Missbrauchsfall arbeitsrechtlich auswirkt.

c) Stellungnahme

In diesen Fällen ist eine Reihe von Vorfragen zu klären.

Zunächst muss festgestellt werden, ob der Beschäftigte dem deutschen oder dem ausländischen Recht unterliegt. Das richtet sich nach dem *internationalen Privatrecht*. Danach ist folgende Gestaltung möglich:

Beispiel:

Speditour S in Deutschland gründet eine Tochterfirma T in Polen. T in Warschau stellt deutsche Beschäftigte für Fahrten in Deutschland ein. Wenn T nicht nur auf dem Papier, sondern auch in Wahrheit die Arbeitgeberstellung gegenüber den Fahrern einnimmt und die Parteien das vereinbaren, unterliegt der Sachverhalt polnischem Arbeitsrecht.

Da es sich um einen Fall von Entsendung handelt (ein ausländischer Arbeitgeber beschäftigt ausländische Arbeitnehmer nach ausländischem Arbeitsrecht in Deutschland), greift der Schutz des *Arbeitnehmer-Entsendegesetzes* ein.

⁵⁶⁰ S. zur Vorgängerbescheinigung E-101 EuGH 10.2.2000 Rs. C-202/97 NZA-RR 2000, 201 – FTS.

⁵⁶¹ EuGH 10.2.2000 Rs. C-202/97, NZA-RS 2000, 201 – FTS; 26.1.2006 Rs. C-2/05 ZESAR 2006, 225, 228 – Herbolich-Kiere; dazu *Rüchle/Schmidt*, RdA 2015, 407, 414.

Da der Beschäftigte in jedem Fall Arbeitnehmer ist (ob nach deutschem oder nach polnischem Recht), ist diese Fallgestaltung für die vorliegende Untersuchung ohne Bedeutung.

Einschlägig ist dagegen der Fall, dass T die Beschäftigten als „*Selbständige*“ in Deutschland einsetzt. Fraglich ist dann, ob sich der Fahrer auf eine Bescheinigung berufen kann, er sei Selbständiger nach polnischem Recht, und zwar auch dann, wenn in Deutschland Anzeichen für eine Scheinselbständigkeit vorliegen.

Man kann die Fälle über Missbrauchsrecht lösen; d.h. die ausländische Bescheinigung ist zwar nach EU-Recht grundsätzlich in Deutschland anzuerkennen; das gilt aber nicht, wenn ersichtlich ein Rechtsmissbrauch vorliegt.

Zu einer besseren Lösung kommt man, wenn man sich den *Aussagegehalt der Bescheinigung* vergegenwärtigt.⁵⁶² Manche Autoren meinen, die A 1-Bescheinigung sei auch für deutsche Behörden arbeitsrechtlich bindend.⁵⁶³ Nach überwiegender Ansicht steht die A 1-Bescheinigung dagegen der Anwendung des deutschen Arbeitsrechts nicht entgegen.⁵⁶⁴

Sinn der der Entsendebescheinigung zugrunde liegenden Regelung ist es, dass ein entsandter Beschäftigter weiterhin dem Sozialversicherungssystem seines Herkunftslandes unterliegt. Ein kurzfristiger Einsatz in einem anderen Mitgliedstaat soll nicht zu einem Wechsel des Systems der sozialen Sicherheit führen.⁵⁶⁵

Vorab ist zu bedenken, dass die Bescheinigung für das Sozialversicherungsrecht gedacht ist⁵⁶⁶ und dass daher fraglich ist, ob sie auch eine Bindungswirkung für das Arbeitsrecht hat.⁵⁶⁷ Im Recht der EU sind für entsandte Arbeitnehmer Arbeitsrecht (Entsenderichtlinie) und Sozialversicherungsrecht (Koordinierungsverordnungen) deutlich voneinander getrennt.⁵⁶⁸ Aufgrund der Bescheinigung lässt sich feststellen, dass die ausländische Behörde feststellt, der Beschäftigte sei im Zeitpunkt der Ausstellung der Beschäftigung im Ausstellungsland ein Selbständiger. Das mag zutreffend sein oder nicht (wie bei einer unüberprüften Gefälligkeitsbescheinigung): Für die Überprüfung der Scheinselbständigkeit in Deutschland trifft die Bescheinigung keine Aussage. Sie äußert sich nämlich nur zur Tätigkeit im Ausland, kann aber nichts darüber sagen, welche Tätigkeit der Antragsteller anschließend in einem anderen Land ausübt. Die Aussagekraft der Bescheinigung ist insoweit eingeschränkt. In Deutschland darf also nicht überprüft wer-

562 Zum Ganzen *Räuchle/Schmidt*, RdA 2015, 407; *D. Ulber*, ZESAR 2015, 1.

563 *Tuengerthal/Geißer*, AuA 2014, 84, 88; *Schüren/Schüren*, AÜG, 4. Aufl. 2010, Rn. 831.

564 *Thüsing/Thüsing*, AÜG, 3. Aufl. 2011, Einl. Rn. 70; *Ulber/Ulber*, AÜG, 4. Aufl. 2011, § 10 Rn. 3.

565 *Eichenhofer*, Sozialrecht der Europäischen Union, 5. Aufl. 2013, Rn. 159.

566 *Räuchle/Schmidt*, RdA 2015, 407, 410.

567 Verneinend *Ulber*, ZESAR 2015, 1, 7 f.

568 *Räuchle/Schmidt*, RdA 2015, 407, 410 f.

den, ob der Beschäftigte im Ausland Arbeitnehmer oder Selbständiger war. Für seine gegenwärtige Tätigkeit in Deutschland hat die Bescheinigung dagegen nur eine beschränkte Bindungswirkung. Ob der Beschäftigte, der sich auf seine Selbständigkeit beruft, in Wahrheit Scheinselbständiger ist, ist unabhängig von der Bescheinigung in einem Missbrauchsfall nach deutschem Arbeitsrecht zu prüfen.

5. Telearbeit

Innerhalb der Gruppe der Telearbeiter⁵⁶⁹ muss zwischen mehreren Fallgestaltungen unterschieden werden.

Am unproblematischsten sind die Fälle, in denen der Telearbeiter in der überwiegenden Zeit im Büro arbeitet und nur gelegentlich („home office“)⁵⁷⁰ und nur an einem oder zwei Tagen zuhause arbeitet („*alternierende Telearbeit*“).⁵⁷¹ Dadurch wird nach allgemeiner Ansicht seine Arbeitnehmerstellung nicht aufgehoben.

Anders könnte es bei denen stehen, die von vornherein einen Telearbeitsplatz haben; beispielsweise die Mutter, die während der ersten Zeit der Kinderbetreuung ihre übliche Bürotätigkeit zuhause verrichtet. Verleitet durch den Wortlaut des § 2 Abs. 1 Satz 1 HAG (in selbstgewählter Arbeitsstätte) meinen manche, diese Personen seien Heimarbeiter und damit (nur) Arbeitnehmerähnliche.

Dabei wird die Systematik der arbeitsrechtlichen Gesetze verkannt. Sinn des Heimarbeitsgesetzes ist es, Personen, die keine Arbeitnehmer, aber ähnlich schutzbedürftig sind, dadurch zu sichern, dass sie (wenigstens) den Status eines Heimarbeiters erhalten. Wer aber schon – bei richtiger Subsumtion – Arbeitnehmer ist, braucht diesem Schutz nicht.

Telearbeitnehmer sind nach den üblichen Kriterien Arbeitnehmer.⁵⁷²

6. Praktikanten

a) Rechtslage

Ein Praktikantengesetz gibt es nicht.⁵⁷³ Regelungen finden sich zum einen im Berufsbildungsgesetz und zum anderen im Mindestlohngesetz.⁵⁷⁴ Das Besondere an der Stellung von Praktikanten ist, dass sie in erster Linie nicht zum Zwecke der

⁵⁶⁹ S. Wank, Empirische Befunde, S. 115.

⁵⁷⁰ S. auch den Forschungsbericht „Mobiles und entgrenztes Arbeiten“, BMAS.

⁵⁷¹ Wank, Telearbeit Rn. 45; Wedde, Telearbeit Rn. 178; ebenso ErfK-Preis § 611 BGB Rn. 81.

⁵⁷² Einzelheiten bei Wank, Telearbeit, Rn. 171 ff.; ders., NZA 1999, 225.

⁵⁷³ Zu Praktikanten Moties, RdA 2007, 135; Orlowski, Praktikanten- und Volontärverträge, 2014; Laura Schmitt in Fütterer/Pötters/Stiebert/Traut, Arbeitsrecht – für wen und wofür?, 2014, S. 37 ff.; Wank, EuZA 2016, 143, 158; zum „Einfühlungsverhältnis“ Barth, BB 2009, 2646.

⁵⁷⁴ Dazu BAG 13.3.2003 – 6 AZR 564/01 – BeckRS 2008, 54164; BAG 19.6.1974 AP BAT § 3 Nr. 3.

Arbeit gegen Entgelt, sondern zu Ausbildungszwecken beschäftigt werden und insofern Auszubildenden vergleichbar sind. Echte Praktikantenverhältnisse sind „andere Vertragsverhältnisse“ i. S. d. § 26 BBiG. Die wichtigsten Vorschriften über die Berufsausbildung gelten auch für sie, wie §§ 10–23, 25 BBiG; u. a. haben sie einen Anspruch auf eine angemessene Vergütung. Für Auszubildende enthält das Berufsbildungsgesetz folgende Lösung (§ 10 Abs. 1 und 2 BBiG):

- Einerseits sind sie keine Arbeitnehmer, da bei ihnen der Ausbildungszweck im Vordergrund steht und nicht der Arbeitszweck,
- andererseits sind wegen ihrer Schutzbedürftigkeit einige Vorschriften des Arbeitsrechts auf sie entsprechend anwendbar.

Die gleiche Lösung müsste auch für Praktikanten gelten. Das *Mindestlohngesetz* sieht dagegen eine abweichende Lösung vor. Nach § 22 Abs. 1 S. 2 MiLoG gelten Praktikanten grundsätzlich als Arbeitnehmer – das ist in dieser Allgemeinheit unzutreffend. Um diesen Fehler wieder wettzumachen, differenziert das Gesetz im Weiteren zwischen Pflichtpraktikum und freiwilligem Praktikum. Pflichtpraktika (§ 22 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 und Nr. 4 MiLoG) unterliegen nicht dem Mindestlohngesetz. Auch § 26 BBiG gilt für sie nicht.⁵⁷⁵ Bei ihnen ist offenkundig, dass sie Ausbildungszwecken dienen und dass der für Arbeitnehmer geltende Mindestlohn für sie unpassend ist. Entscheidend für die Zuordnung ist, dass das Praktikum zwingende Voraussetzung für den Abschluss der Ausbildung ist.⁵⁷⁶ Gemeint sind Personen, die nach dem Ende ihres Studiums oder ihrer Berufsausbildung ein Praktikum absolvieren.

Anders steht es bei freiwilligen Praktika (Orientierungspraktika, § 22 Abs. 1 Nr. 2 und 3 MiLoG). Hier findet sich im Gesetz keine inhaltliche, sondern eine zeitliche Unterscheidung: Derartige Praktika bis zu drei Monaten unterliegen dem Gesetz nicht, wohl aber Praktika über einen längeren Zeitraum.

Die Regelung wird ihrer gesetzgeberischen Aufgabe nicht gerecht. Der Sache nach gehört eine Regelung des Praktikantenverhältnisses ohnehin in das Berufsbildungsgesetz oder in ein Praktikantengesetz und nicht in ein Mindestlohngesetz. Wenn man eine Regelung schafft, muss man unterscheiden zwischen echten Praktika und *Scheinpraktika*. Vielfach werden sog. Praktikanten wie Arbeitnehmer eingesetzt und erhalten keine Ausbildung. Es ist dann im Einzelfall zu prüfen, ob dem Beschäftigten eine Ausbildung gewährt wird (dann Praktikant) oder ob er nur zur Arbeit eingesetzt wird (dann Arbeitnehmer). Die vom Mindestlohngesetz gewählte zeitliche Grenze geht dagegen am Thema vorbei.

575 BAG 19.6.1974 AP BAT § 3 Nr. 3; 25.3.1981 AP BBiG 1969 § 19 Nr. 1; BAG 18.11.2008 NZA 2009, 435, 437.

576 Burkhard-Pötter/Sura, NJW 2015, 517, 519.

Eine neue Rechtslage ist durch das EuGH-Urteil in der Rechtssache **Balkaya**⁵⁷⁷ entstanden. Es ging um die Frage, ob in der Massenentlassungsrichtlinie (Art. 1 Abs. 1 Buchst. a RL 98/59) für den Schwellenwert von 20 Arbeitnehmern Praktikanten zu den Arbeitnehmern zählen. Der EuGH bezeichnet Praktikanten als „Personen, die im Rahmen eines Praktikums

- ohne Vergütung durch den Arbeitgeber,
- jedoch finanziell gefördert und anerkannt durch die für Arbeitsförderung zuständigen öffentlichen Stellen
- in einem Unternehmen praktisch mitarbeiten,
- um Kenntnisse zu erwerben oder zu vertiefen oder eine Berufsausbildung zu absolvieren.“

Der EuGH rechnet sie jedenfalls für die Massenentlassungsrichtlinie unterschiedslos zu den Arbeitnehmern.⁵⁷⁸ Das ist sachwidrig und widerspricht auch der allgemeinen Arbeitnehmerdefinition des EuGH, nach der ein Arbeitnehmer jemand ist, der gegen Entgelt arbeitet.⁵⁷⁹ Schon nach der Definition des Praktikanten durch den EuGH fehlt es bei den im Urteil Genannten an beiden Voraussetzungen: Diese Personen arbeiten nicht, um für den Vertragspartner eine diesem nützliche Leistung zu erbringen, sondern „um Kenntnisse zu erwerben oder zu vertiefen“. Sie erhalten auch kein Arbeitsentgelt als Gegenleistung, sondern eine Unterhaltsbeihilfe oder Aufwandsentschädigung.⁵⁸⁰ Der EuGH unterscheidet – anders als das insoweit gelungenere Mindestlohngesetz – weder zwischen Pflichtpraktikum und freiwilligem Praktikum, noch nach dem Verhältnis von fremdnütziger Arbeit zu Ausbildung noch zwischen Entgelt als Gegenleistung und Unterhaltsbeihilfe. Das Urteil enthält keine substantielle Aussage zum Zweck der Regelung in der Richtlinie, sondern verwendet in seinem Urteil eine im Arbeitsrecht in der Rechtsprechung des EuGH gängige Floskel:

„Diese Auslegung wird im Übrigen durch die Zielsetzung der Richtlinie bestätigt, die ausweislich ihres zweiten Erwägungsgrundes unter anderem den Schutz der Arbeitnehmer bei Massenentlassungen verstärken soll. Diesem Ziel entsprechend dürfen die Begriffe, die den Anwendungsbereich der Richtlinie festlegen, darunter der in ihrem Art. 1 Abs. 1 Buchst. verwendete Begriff des „Arbeitnehmers“, nicht eng ausgelegt werden ...“ (Rn. 44).

577 EuGH 9.7.2015 – C-229/14 NJW 2015, 2481 = NZA 2015, 861 – Balkaya; dazu im Hinblick auf Praktikanten *Weber/Zimmer*, EuZA 2016, 224, 234 f.

578 Anders für eine vorübergehende Nebenerwerbstätigkeit von Schülern, EuGH 1.10.2015 NZA 2015, 1309 – O/Bio Philippe Auguste SARL; dazu *Junker*, EuZA 2016, 184, 193 f.

579 Dazu *Lunk*, NZA 2015, 917, 919.

580 *Burkard-Pötter/Sura*, NJW 2015, 517, 519.

Das ist methodisch unzutreffend. Auch in arbeitsrechtlichen Gesetzen und Richtlinien müssen Begriffe richtig definiert werden, also stets unter Abwägung von Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinteressen und nicht „möglichst weit“, genauso wenig wie Gesetze zugunsten von Arbeitgebern „möglichst weit“ gegen die Interessen von Arbeitnehmern ausgelegt werden dürfen. Wie verfehlt die Definition des EuGH ist, zeigt sich etwa daran, dass danach Schüler, deren Eltern Leistungen nach dem BAföG beziehen, Arbeitnehmer i. S. des EuGH sind.

Die Entscheidung des EuGH ist jedenfalls für den Arbeitnehmerbegriff der Massenentlassungsrichtlinie für Deutschland verbindlich. Es ist anzunehmen, dass der EuGH diese Definition auch auf andere EU-Richtlinien übertragen wird. Für nicht-EU-induziertes deutsches Recht, wozu auch das MiLoG gehört, gilt es nicht.

b) Empirische Untersuchung

Für die empirische Untersuchung war die Rechtslage vor dem Urteil des EuGH maßgeblich. Insoweit gilt:

- Entgegen der Aussage im Mindestlohngesetz sind Praktikanten keine Arbeitnehmer.
- Beschäftigte aufgrund von Pflichtpraktika sind auch nach dem MiLoG keine Arbeitnehmer.
- Beschäftigte aufgrund eines echten freiwilligen Praktikums sind keine Arbeitnehmer; bei einer Beschäftigung von mehr als drei Monaten unterliegen sie zwar dem MiLoG; aber trotz dieser Falschbezeichnung werden sie im Übrigen nicht zu Arbeitnehmern.
- Beschäftigte, die zwar im Rahmen eines freiwilligen Praktikums eingestellt wurden, in Wahrheit aber nur zur Arbeit herangezogen werden, sind entgegen dem MiLoG von Anfang an Arbeitnehmer.

Für eine heutige Untersuchung würde gelten, dass Praktikanten im Hinblick auf EU-induziertes Recht durchweg Arbeitnehmer sind, im Hinblick auf deutsches Recht dagegen nicht.

7. Abrufarbeit und Rahmenverträge

a) Rechtslage

Bei einer Untersuchung zur Scheinselbständigkeit ist notwendigerweise auch auf diese Fallgestaltung einzugehen; sie kann dazu führen, dass Arbeitnehmer fälschlich zu Selbständigen umqualifiziert werden.

Ein wichtiger Grund, Selbständige statt Arbeitnehmer zu beschäftigen, liegt darin begründet, dass ein Arbeitnehmer auch für die Zeit bezahlt werden muss, in der

er nicht arbeitet – weil der Arbeitgeber in Annahmeverzug ist, §§ 611, 615 BGB – während ein Selbständiger nur dann bezahlt wird, wenn er konkret eingesetzt wird.

Eine Teilzeittätigkeit macht den Arbeitgeber flexibler: So kann der zusätzliche Teilzeitbeschäftigte gezielt während der Stoßzeiten beschäftigt werden. Noch größere Flexibilität gewinnt der Arbeitgeber, wenn er Teilzeit *auf Abruf* vereinbart. Er kann in diesem Fall gem. § 12 TzBfG rahmenmäßig tägliche und wöchentliche Arbeitszeit vereinbaren und im Übrigen die Arbeit jeweils konkret – mit Vorlaufzeit – abrufen, wenn sie benötigt wird.

Enthält ein Arbeitsvertrag keine Festlegung der Dauer der wöchentlichen und der täglichen Arbeitszeit, so führt das nach Meinung des BAG nicht zur Unwirksamkeit des Vertrages auf Abruf; der Arbeitgeber sei aber nach § 12 Abs. 1 Satz 3 und 4 TzBfG gebunden.⁵⁸¹

Größtmögliche Flexibilität für den Arbeitgeber bei möglichst geringer Bindung versprechen **Nullstundenverträge**.⁵⁸² In einem entsprechenden Vertragstext heißt es beispielsweise: „Es ist eine Festbeschäftigung mit flexibler Arbeitszeit nach den betrieblichen Erfordernissen vereinbart.“⁵⁸³ Hinzukommen kann die Formulierung, dass „keinerlei Anspruch auf eine wöchentliche durchschnittliche Beschäftigungsdauer“ besteht.⁵⁸⁴

Fraglich ist, ob in diesem Fall überhaupt ein Arbeitsvertrag vereinbart wurde oder nicht vielmehr ein Werkvertrag.⁵⁸⁵ Einerseits spricht für einen Arbeitsvertrag, dass eine persönliche Abhängigkeit im Sinne eines Weisungsrechts besteht. Andererseits ist der Beschäftigte jeweils darin frei, ob er einen Auftrag annimmt; darin könnte der Ausdruck einer Selbständigkeit liegen. In der Literatur wird teilweise differenziert:⁵⁸⁶ Wenn der Beschäftigte zur Leistung auf Abruf verpflichtet sei, liege insgesamt ein Arbeitsvertrag vor. Könne er dagegen Aufträge auch ablehnen, liege zunächst ein bloßer Rahmenvertrag vor, aufgrund dessen dann später jeweils einzelne befristete Arbeitsverträge geschlossen werden könnten.

Immerhin ist der Beschäftigte nach beiden Konstruktionen ein Arbeitnehmer, allerdings im einen Fall aufgrund eines umfassenden Arbeitsvertrages, im anderen Fall aufgrund einer Reihe einzelner Verträge. Ob die zweite Konstruktion überhaupt gewollt ist, ist durch Auslegung des „**Rahmenvertrages**“⁵⁸⁷ zu ermitteln. Typischerweise wird dem Beschäftigten nach Abschluss der Vereinbarung

581 BAG 24.9.2014 – 5 AZR 1024/12 – NZA 2014, 1328.

582 Wank, EuZA 2016, 143, 165 ff.; zum englischen Recht *Sutschet*, EuZA 2016, 171, 180 ff.

583 BAG 24.9.2014 – 5 AZR 124/12 – NZA 2014, 1328 (Krieger); Anm. *Schneider/Specs*, DB 2015, 132.

584 So im Falle LAG Rheinland-Pfalz 7.4.2011 – 5 Sa 637/10 – BeckRS 2011, 74684.

585 Bieder, RdA 2015, 388, 389 f.

586 Forst, NZA 2014, 998, 999 f.

587 Hierzu rechtsvergleichend *Rebhahn*, RdA 2009, 154, 170 f.

ein bestimmter Arbeitseinsatz angeboten. Insofern könnte ein bloßes Angebot vorliegen, das der Beschäftigte durch sein Schweigen ablehnen könnte. Die Gestaltung wird aber vom Unternehmen so gewollt sein, dass Schweigen als Zustimmung gilt und dass ein Beschäftigter ausdrücklich von seinem Ablehnungsrecht Gebrauch machen muss. Dann verstößt diese Vertragsgestaltung allerdings gegen AGB-Recht. Auch würde die Wirksamkeit der späteren einzelnen befristeten Arbeitsverträge nach dem ersten Vertrag an der Vorbeschäftigungsklausel des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG scheitern. Hinzu kommt, dass durch die künstliche Zerlegung in einzelne Verträge dem Beschäftigten der Schutz durch alle diejenigen Vorschriften genommen würde, die an den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses anknüpfen. Insgesamt ist daher die Konstruktion des Rahmenvertrages als eine Umgehung arbeitsrechtlicher Vorschriften abzulehnen. Die Folge ist, dass es sich um einen einheitlichen Arbeitsvertrag handelt, bei dem die einzelnen Leistungen abgerufen werden.

Es bleibt die Frage, ob es sich um einen Arbeitsvertrag oder um eine Reihe von Werkverträgen handelt. Grundsätzlich ist diese Frage nach dem objektiven Vertragsinhalt und nach seiner tatsächlichen Durchführung zu beantworten. Anders steht es aber, wenn der Auftraggeber selbst den Vertrag als Arbeitsvertrag bezeichnet. Das ist in beiden oben dargestellten Varianten der Fall. Da in diesem Fall ein höherer Schutz des Beschäftigten als nach Selbständigenrecht gewährt wird und sich der Auftraggeber an dieser Qualifizierung festhalten lassen muss, ist hier die Einstufung als Arbeitsvertrag vorzunehmen.

Allerdings ist dann innerhalb des Arbeitsrechts zu untersuchen, welche Schutzvorschriften eingreifen.

Wenn der Arbeitgeber überhaupt *keine feste Stundenzahl* im Vertrag angibt, so ist die Wirksamkeit dieser Regelung sowohl unter Transparenz- als auch unter inhaltlichen Aspekten zu prüfen.

Aus *Transparenzgesichtspunkten* muss nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB eine feste Stundenzahl angegeben werden; davon sind Abweichungen nach oben oder unten möglich.

Es bieten sich mehrere Lösungswege an: Entweder man lässt unabhängig von § 12 TzBfG Rahmenvereinbarungen mit befristeten Einzelverträge zu⁵⁸⁸ oder man greift auf § 12 TzBfG als Auffangtatbestand zurück oder man nimmt eine ergänzende Vertragsauslegung vor. Zu der erstgenannten Lösung ist der Zehnte Senat im Jahre 2012, zu der zweiten der Fünfte Senat im Jahre 2014 gelangt.⁵⁸⁹ Die Rechtsfolge beim Fünften Senat ist, dass kraft Gesetzes eine zeitliche Vorgabe besteht,

588 BAG 15.2.2012 – 10 AZR 111/11 – AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 122.

589 BAG 24.9.2014 NZA 2014, 1328.

gleichgültig wie viele Stunden der Arbeitnehmer zuvor im Durchschnitt gearbeitet hat. Nach der Lösung, die vom Neunten Senat vertreten wird, ist eine ergänzende Vertragsauslegung vorzunehmen.⁵⁹⁰ Dazu ist festzustellen, wie viele Stunden in der Woche der Arbeitnehmer in der Vergangenheit durchschnittlich gearbeitet hat; das können weniger oder mehr als zehn Wochenstunden sein. Diese Stundenzahl wird dann Vertragsinhalt.

Das Teilzeit- und Befristungsgesetz sperrt allerdings nicht die *AGB-Kontrolle*.⁵⁹¹ Diese ist jedoch dadurch eingeschränkt, dass § 307 Abs. 3 BGB eine Kontrolle der Hauptleistungspflichten ausschließt. Die Regelung darüber, ob und in welchem Umfang Arbeit zu leisten ist, unterliegt daher keiner Kontrolle. Eine Inhaltskontrolle ist aber nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB deshalb möglich, weil die Regelung eine Abweichung von der Bestimmung des § 615 BGB enthält. Die Klausel ist dahingehend einzuschränken, dass der flexible Anteil der abrufbaren Arbeitsleistung nicht mehr als 25 % betragen darf.⁵⁹² Wenn man das anders sieht, kommt eine Kontrolle nach § 138 BGB in Betracht.⁵⁹³ Soweit die Vertragsgestaltung dazu führt, dass der Arbeitnehmer mit dem Einkommen aus diesem Vertrag nicht seinen Lebensunterhalt bestreiten kann, ist darauf hinzuweisen, dass das Mindestlohngesetz nur den Stundenlohn regelt, nicht aber das Gesamteinkommen, so dass es bei Teilzeitbeschäftigten ohnehin nicht zur Existenzsicherung führt. Auch sonst sieht das Arbeitsrecht keine Sicherung eines Mindesteinkommens zur Existenzsicherung vor.

Soweit es um die Unsicherheit bezüglich des jeweiligen Einsatzes geht, könnte § 12 TzBfG die Wertung vorgeben, dass eine Vertragsgestaltung auf Abruf rechtlich zulässig ist. Würde man dem folgen, so ergäbe sich, dass Arbeitnehmern durch die geschickte Kombination arbeitsrechtlicher und werkvertraglicher Elemente ein elementarer arbeitsrechtlicher Schutz vorenthalten werden kann.

Man wird dem Problem jedoch nur dann gerecht, wenn man von den Schutzzwecken des Arbeitsrechts ausgeht.⁵⁹⁴ Wenn man bei einer teleologischen Begriffsbildung den Arbeitnehmer vom Selbständigen dadurch unterscheidet, dass er zwar gewisse unternehmerische Chancen nicht hat, dass dafür aber das unternehmerische Risiko vom Arbeitgeber zu tragen ist, dann ist eine Kombination von Arbeitsvertrag mit Tragung des Wirtschaftsrisikos wie beim Werkvertrag durch den Arbeitnehmer unzulässig. Danach trägt grundsätzlich der Arbeitgeber das Wirtschaftsrisiko und damit das **Beschäftigungsrisiko**. Das kommt insbesondere in §§ 611, 615 BGB zum

590 BAG 21.6.2011 AP TzBfG § 9 Nr. 7; zustimmend *Preis*, RdA 2015, 244, 247.

591 *Bieder*, RdA 2015, 388, 393 ff.; *Preis*, RdA 2015, 244, 246.

592 Vgl. BAG 7.12.2005 – 5 AZR 535/04 – NZA 2006, 423; *Müller-Wenner*, AuA 2015, 413, 414.

593 *Bieder*, RdA 2015, 388, 397.

594 *Wank*, EuZA 2016, 143, 166.

Ausdruck. Die Vorschrift wird zwar überwiegend als dispositiv angesehen. Aber wenn man, wie das BAG, den Arbeitnehmer als Verbraucher qualifiziert und die Abbedingung in AGB enthalten ist, so ist sie nach § 307 Abs. 2 Satz 1 BGB unwirksam. Bei der Verteilung des Wirtschaftsrisikos handelt es sich um eine Grundnorm des Arbeitsrechts. Wer die Vorteile der Weisungsbindung für sich in Anspruch nimmt, darf das nur unter gleichzeitiger Tragung des Wirtschaftsrisikos. Die geschilderte Ausgestaltung des Nullstundenvertrages widerspricht diesem Grundgedanken und ist daher insgesamt unwirksam. Zwingend erforderlich ist, dass der Arbeitsvertrag eine *bestimmte Wochenstundenzahl als Angebot verbindlich* festlegt.

Diesem Erfordernis ist nach Meinung eines Autors bereits dann Genüge getan, wenn der Arbeitgeber im Vertrag auch nur eine Stunde angibt.⁵⁹⁵ Nach dieser Ansicht ist der Arbeitgeber nur auf eine Stunde festgelegt, nach Meinung des Fünften Senats des BAG ist er ohne Angabe einer Stundenzahl auf zehn Wochenstunden festgelegt. Nach beiden Ansichten hätte der Arbeitgeber aufgrund entsprechender Vereinbarungen einen Spielraum zwischen einer Stunde (oder zehn Stunden) und 48 Stunden, entsprechend dem Arbeitszeitgesetz.

Wenn man sich vergegenwärtigt, dass das BAG bei Widerrufsvorbehalten von Sonderzuwendungen nur einen Spielraum von bis zu 25% für zulässig hält, ist der Spielraum bezüglich der Arbeitszeit nicht hinnehmbar. Allerdings ist das BAG⁵⁹⁶ und sind einige Autoren⁵⁹⁷ der Meinung, ein Arbeitgeber dürfe in einem Arbeitsvertrag einerseits Ort, Zeit und Inhalt der Arbeit festlegen, sich aber vorbehalten, den Arbeitnehmer aufgrund des Weisungsrechts überall auf der Welt rund um die Uhr zu beliebigen Arbeiten einzusetzen.⁵⁹⁸ Sie verkennen, dass es auf das Gleiche hinausläuft, ob sich der Arbeitgeber im Vertrag von vornherein alle Freiheiten vorbehält oder ob er sich eine beliebige Änderung des Vereinbarten vorbehält. So wie bei Sonderzuwendungen Flexibilität nur innerhalb eines Korridors zulässig ist, gilt das auch für den Spielraum bei Ort, Zeit und Inhalt der Arbeit. Wird der variable Spielraum in Prozent der festen Größe bemessen, dann bedeutet das für die vorliegende Problematik, dass die Nennung einer hohen Wochenstundenzahl dem Arbeitgeber entsprechend mehr Spielraum gibt, während bei fester Vereinbarung von einer Stunde der Spielraum nur Minuten beträgt.⁵⁹⁹

Diese Lösung ergibt sich bei teleologischer Abgrenzung von Arbeitnehmern und Selbständigen und aus dem entsprechenden Arbeitnehmerbegriff: Wählt ein Auftraggeber die Vorteile des Weisungsrechts und damit den Arbeitnehmerstatus, dann

595 Bieder, RdA 2015, 388, 399.

596 BAG 19.1.2011 NZA 2011, 631.

597 Preis/Genenger, NZA 2008, 969, 970 ff.

598 Kritisch Wank, NZA Beilage 2/2012, 41, 48.

599 So richtig Preis, RdA 2015, 244, 246.

kann er das Unternehmerrisikos bezüglich der schwankenden Nachfrage nach Arbeit nur innerhalb einer bestimmten Bandbreite auf Arbeitnehmer übertragen.

b) Empirische Untersuchung

Wie dargelegt, handelt es sich um Arbeitsverträge und nicht um Werkverträge Selbständiger. Bei richtiger Bestimmung des Arbeitnehmerbegriffs im Gegensatz zum Begriff des Werkunternehmers ergibt sich ein ausgewogenes Verhältnis von Rechtssicherheit und Bestandschutz für den Arbeitnehmer und Flexibilität für den Arbeitgeber. Inwieweit im Übrigen ein ausreichender Schutz besteht, ist nicht Gegenstand der Untersuchung.

8. Crowdfunding

Eine besondere Erscheinungsform des Outsourcings ist das Crowdsourcing. Das ist die Auslagerung von bestimmten Aufgaben eines Unternehmens mit Hilfe eines allgemeinen Aufrufs, in der Regel durch das Internet. Beim Crowdfunding⁶⁰⁰ stellt ein Unternehmen eine Arbeitsaufgabe ins Internet und damit für eine Vielzahl von Interessenten, um schließlich – bei Billigung der Lösung – einzelne oder alle zu entlohnen, wobei es darauf ankommt, ob Teilaufgaben oder komplexe Aufgaben zu lösen sind. Die Teilnehmer werden Crowdfunder genannt. Durch die weltweite Nutzung des Internets hat Crowdfunding einen sehr hohen Verbreitungsgrad. So sind bei der Kampagne „Mein Burger 2012“ eines bekannten Fastfood-Unternehmens 150.000 Ideen eingegangen.⁶⁰¹ Das bekannteste Geschäftsmodell ist das von Amazon Mechanical Turk,⁶⁰² in Deutschland z. B. Clickworker.⁶⁰³

Crowdfunder erhoffen sich, Erfahrungen zu sammeln und Arbeit und Freizeit besser auf einander abstimmen zu können.

Man kann unterscheiden zwischen Arbeit für den Auftraggeber selbst (dazu im Folgenden) oder über einen Vermittler für den Auftraggeber auf der einen Seite und von hier sogenannter Arbeit auf Anforderung (Auf-Abruf-Arbeit, work on demand) wie z. B. Uber oder Putzdienste (dazu unten 9).

600 Dazu die Beiträge in Benner, Crowdfunder – zurück in die Zukunft? – Perspektiven digitaler Arbeit, 2015; ferner die Beiträge von Bosch, Leimeister, Granzow, Däubler, Waas und Buntenbach in 10. Hans-Böckler-Forum zu Arbeits- und Sozialrecht, 2015, und Wank, EuZA 2016, 143, 168.

601 Leimeister in Benner, Crowdfunding, S. 9, 10.

602 Sinnigerweise nimmt der Name auf einen täuschenden Automaten Bezug. Andere Online-Plattformen sind z. B. oDesk, Freelancer, Twago.

603 Strube in Benner, Crowdfunding, S. 75, 83 f.

Crowdworking gibt es in mehreren Formen,⁶⁰⁴

- innerhalb eines Unternehmens („internes Crowdsourcing“, nur für Unternehmensangehörige)⁶⁰⁵,
- außerhalb eines Unternehmens („externes Crowdsourcing“, ggf. weltweit)
 - wettbewerblich
 - zeitorientiert: nur der erste Einreicher wird entlohnt
 - ergebnisorientiert: nur der beste Einreicher wird entlohnt
 - zusammenarbeitsbasiert: Nachdem ein Crowdworker eine Lösung ins Internet eingestellt hat, beteiligen sich auch andere daran; es wird schließlich eine gemeinsame Lösung angeboten; die Gruppe wird bezahlt,
 - nicht wettbewerblich: Jeder Einsender wird bezahlt.

Ob es sich bei Crowdworkern um Arbeitnehmer oder um Selbständige handelt, wurde bisher nur wenig untersucht. Die anbietenden Unternehmen, die auch die Vertragsbedingungen formulieren, stellen Crowdworker nur als Selbständige ein.⁶⁰⁶ Da es aber auf die tatsächliche Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses ankommt, könnte es sich auch um Scheinselbständige handeln.⁶⁰⁷

In Amerika wird in der Literatur z. T. vertreten, dass Crowdworker unter das amerikanische Mindestlohngesetz fallen.⁶⁰⁸ In der deutschen Literatur werden sie als Selbständige eingestuft.⁶⁰⁹

Die Ansicht, Crowdworker würden vom *amerikanischen Mindestlohngesetz* erfasst, ist abzulehnen. Auch nach dem für die Abgrenzung maßgeblichen „economic reality test“⁶¹⁰ kommt es darauf an, dass es hier an einer entsprechenden Weisungsbindung fehlt, und das amerikanische Mindestlohngesetz gilt nur für Arbeitnehmer.⁶¹¹ Cherry hebt demgegenüber einen zutreffenden Gesichtspunkt hervor, nämlich dass „Crowdarbeit häufig aus ungelernten Tätigkeiten besteht, die kein unternehmerisches Handeln erfordern und keine entsprechenden Risiken und Chancen auf Gewinn und Verlust aufweisen“,⁶¹² also genau die Kriterien, die hier als maßgeblich genannt werden. Sie übersieht aber entscheidende Gesichtspunkte.

604 Leimeister in Benner, Crowdworking, S. 16; F. Schmidt, Arbeitsmärkte, S. 5 ff.

605 Öhrler/Spies in Benner, Crowdworking, S. 43, 45, 49 ff.

606 Cohen in Benner, Crowdworking, S. 303, 308.

607 Cherry in Benner, Crowdworking, S. 231 ff; Nachw. zur amerikanischen Literatur bei Kittur/Nickerson/Bernstein in Benner, Crowdworking, S. 173 ff.

608 Cherry in Benner, Crowdworking, S. 231 ff.

609 Däubler in Benner, Crowdworking, S. 243, 246; Klebe/Neugebauer, AuR 2014, 4, 5.

610 Wank, Festschrift für Küttner, 2006, S. 5, 17 f. m. w. N.; speziell für Crowdworker Nachw. bei Cherry, aaO. S. 231, 235 Fn. 10. Ein Kriterienkatalog des Arbeitsministeriums der USA findet sich bei Cohen, aaO. S. 303, 314 f.

611 Gegen das Unternehmen CrowdFlower war eine Sammelklage anhängig, dazu Cohen in Benner, Crowdworking, S. 303, 313; sie ist inzwischen durch Vergleich beendet, Klebe, AuR 2016, 277, 281.

612 Cherry in Benner, Crowdworking, S. 231, 235.

Es kann sein, dass einzelne Beschäftigte dauerhaft für ein und dasselbe Unternehmen arbeiten.⁶¹³ *Arbeitnehmer* werden sie dadurch aber nicht: Sie sind nicht in die Organisation eingepplant; sie können den nächsten Auftrag annehmen, müssen es aber nicht; sie können diese Woche für den einen Unternehmer arbeiten, nächste Woche für einen anderen.

Auf der Grundlage der h. M. könnte man sie deshalb als Arbeitnehmer ansehen, weil sie einer intensiven Kontrolle unterliegen, wie man sie bei keinem Selbständigen findet. So werden beispielsweise nicht nur die gearbeiteten Stunden mit einer App festgehalten, sondern das Programm macht auch in unregelmäßigen Abständen Kontrollen; Tastaturschläge und Mausklicks pro Minute werden registriert.⁶¹⁴

In Betracht kommt aber eine Stellung als *Arbeitnehmerähnlicher*.⁶¹⁵ Zwar bringt dies – entgegen den Aussagen vieler Autoren zum Arbeitnehmerbegriff, die den Arbeitnehmerähnlichen als sinnvolle Alternative ansehen – materiellrechtlich sehr wenig, aber der Weg zu den Arbeitsgerichten würde eröffnet. Einerseits sind Crowdworker selbständig, weil sie das Risiko übernommen haben, selbst für Aufträge zu sorgen; andererseits kann sich im Laufe der Zeit eine enge Zusammenarbeit ergeben, so dass sie für das Unternehmen ständig als der geeignete Auftragnehmer erscheinen, wobei sie ihrerseits auf die Zusammenarbeit mit genau diesem Unternehmen zur Bestreitung ihres Lebensunterhalts angewiesen sind. Die meisten Crowdworker arbeiten allerdings im Nebenberuf und in Teilzeit,⁶¹⁶ so dass bei ihnen auch die Einstufung als Arbeitnehmerähnlicher entfällt.⁶¹⁷

Für das Arbeitsrecht hat das erhebliche Folgen: Obwohl Crowdworker vergleichbare Arbeit wie Angestellte verrichten, werden ihnen alle Schutzvorschriften des Arbeitsrechts vorenthalten.⁶¹⁸ Sie verdienen weniger als Angestellte und sie verhindern, dass Angestellte entsprechende Arbeitsplätze erhalten.⁶¹⁹ Die betriebliche Mitbestimmung greift nur eingeschränkt.⁶²⁰ Zwar können sie sich von einer Gewerkschaft beraten lassen,⁶²¹ aber Tarifverträge mit normativer Wirkung kann eine Gewerkschaft nach § 12 a TVG nur für Arbeitnehmer und Arbeitnehmerähnliche abschließen, nicht aber für freie Selbständige.⁶²²

613 Strube in Benner, Crowdworking, S. 75, 79.

614 Frankfurter allgemeine Sonntagszeitung 16.11.2014, Nr. 46, S. 32.

615 Bejaht von Benner in Benner, Crowdworking, S. 289, 299; Heuschmidt/Klebe, Festschrift für Kohte, 2016, S. 73, 78; Selzer in Husemann/Wietfeld, Zwischen Theorie und Praxis, S. 27, 44.

616 Das amerikanische Steuersoftware-Unternehmen Intuit hat in einer Umfrage herausgefunden, dass 79 Prozent der Beschäftigten in der Auf-Abruf-Wirtschaft in Teilzeit arbeiten; FAZ 31.8.2015, Nr. 201, S. 22.

617 S. auch Däubler in Benner, Crowdworking S. 243, 246.

618 Leimeister in Brenner, Crowdworking, S. 32.

619 Cohen in Benner, Crowdworking, S. 303, 311 f.

620 Klebe in Benner, Crowdworking, S. 277 ff.

621 Benner in Benner, Crowdworking, S. 289 ff.

622 Wiedemann-Wank, § 12 a TVG, Rn. 2, 24 ff., 90.

Rechtspolitisch ist fraglich, ob nicht der Arbeitnehmerbegriff erweitert werden sollte oder ob nicht einige arbeitsrechtliche Gesetze auch auf Solo-Selbständige einschließlich der Crowdworker erstreckt werden sollten.⁶²³

Unterliegen Crowdworker also dem Recht der Selbständigen, so wird es sich in den meisten Fällen bei ihren Verträgen um Werkverträge, gelegentlich auch um Dienstverträge handeln.⁶²⁴ Charakteristisch für den Schutz Selbständiger ist, dass gerade der wichtigste Punkt, die Entgeltvereinbarung, keiner rechtlichen Kontrolle unterliegt.⁶²⁵ Zwar unterliegen die Werkverträge von Crowdworkern den §§ 305 ff. BGB, aber die Lohnhöhe bleibt bei der Kontrolle außen vor, § 307 Abs. 3 BGB. Das deutsche Mindestlohngesetz gilt nur für Arbeitnehmer (und teilweise für Praktikanten), ebenso wie das amerikanische Mindestlohngesetz. Eine Untergrenze ergibt sich allein aus § 138 BGB. Auf die 2/3-Grenze, auf die das BAG bei der Kontrolle der Lohnhöhe zurückgreift,⁶²⁶ kann man nicht unmittelbar Bezug nehmen. Sie betrifft nur den Lohn von Arbeitnehmern ohne Tarifbindung gegenüber Arbeitnehmern mit Tarifbindung. Man kann aber argumentieren: Wenn jeder Arbeitnehmer mindestens 8,50 je Stunde erhalten muss und wenn ein Selbständiger Büro, Versicherung und Steuer zusätzlich zum Lohn selbst zahlen muss,⁶²⁷ dann ist der Lohn eines Werkunternehmers, der dieselbe Arbeit wie ein Angestellter verrichtet, unterhalb von 8,50 Euro immer sittenwidrig.⁶²⁸

Diese Ausführungen gelten für einen Crowdworker, der dem deutschen Arbeitsrecht unterliegt, z. B. bei Clickworker. Da ein großer Teil der Auftraggeber den Firmensitz in den USA hat⁶²⁹ und Verträge nach amerikanischem Recht abschließt, kommen deutsche Crowdworker nur dann nach Art. 6 Abs. 2 Rom I-Verordnung in den Genuss zumindest einiger Schutzbestimmungen des *deutschen Rechts*, wenn sie Verbraucher i. S. des § 14 BGB sind. Des Weiteren muss nach Art. 6 Abs. 1 a) oder b) der Unternehmer entweder seine berufliche oder gewerbliche Tätigkeit in dem Staat ausüben, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, oder seine Tätigkeit muss in irgendeiner Weise auf diesen Staat ausgerichtet sein. Nach Ansicht von *Däubler* liegen für den typischen, nur gelegentlich Beteiligten die Voraussetzungen vor.⁶³⁰

623 Vgl. die Entschließung des EU-Parlaments vom 14. Januar 2014 über „Sozialschutz für alle, einschließlich selbständig Erwerbstätiger“; ferner *Deinert*, *Soloselbständige*; *Klebe*, AuR 2016, 277, 279.

624 *Däubler* in Benner, *Crowdworking*, S. 243, 246; *Klebe/Neugebauer*, AuR 2014, 5.

625 Zur Entgelthöhe bei Crowdworkern *Irani/Silbermann*, S. 131, 143; *Leimeister*, S. 9, 29; *Müller-Gemmecke*, S. 355, 356 f.; *Nießen*, S. 67, 69 f.; *F. A. Schmidt*, S. 367, 378 ff.; *Strube*, S. 75, 76 ff., 84, alle in Benner, *Crowdworking*.

626 BAG 22.4.2009 NZA 2009, 837.

627 *Däubler* in Benner, *Crowdworking*, S. 243, 261.

628 Zum Verhältnis von Mindestlohn zu Sittenwidrigkeit BAG 18.11.2015 NJW 2016, 2359; *Wank*, RdA 2015, 88, 94.

629 Für Amazon Mechanical Turk gilt das Recht von Massachusetts.

630 *Däubler* in Benner, *Crowdworking*, S. 243, 248 ff., 265 ff.

Vorab ist aber die Frage zu klären, ob der Crowdworker überhaupt ein Entgelt für seine Arbeit erhält. Insoweit sind verschiedene Geschäftsmodelle zu unterscheiden: Ist die Arbeitsaufgabe in Teilaufgaben zerlegt worden,⁶³¹ so können die einzelnen Teillösungen vom Unternehmer zusammengefügt und auch einzeln entlohnt werden. Geht es allerdings um eine komplexe und umfassende Lösung, wird meist nur die beste Lösung angenommen und bezahlt.⁶³² So finden sich Vertragsbedingungen, nach denen jeder Bewerber einerseits ein fertiges Produkt abliefern muss, andererseits aber nur der Sieger des Wettbewerbs und allenfalls zusätzlich die Gewinner auf den ersten Plätzen überhaupt ein Entgelt erhalten.⁶³³

Man könnte darauf hinweisen, dass es auch andere Fälle gibt, in denen jemand einem anderen eine Leistung erbringt und von diesem nicht bezahlt wird. Nicht vergleichbar sind Autoren, die einem Verlag ein fertiges Manuskript anbieten, das dieser nicht veröffentlichen will: Schreiben ohne Verlagsvertrag ist Handeln auf eigene Gefahr. Vergleichbar sind folgende Fälle: Handwerker, die einen Kostenvoranschlag einreichen; Anbieter, die an einer öffentlichen Ausschreibung teilnehmen; Architekten bei einem Architektenwettbewerb; Sportler bei einem Wettkampf mit Preisgeld; Teilnahme bei einem Preisausschreiben.⁶³⁴ Diese Fälle stimmen insoweit mit der Vertragsgestaltung beim Crowdfunding überein, als die Auftragsbeschreibung vom Auftraggeber herrührt und dass nur der „Sieger“ entlohnt wird. Der maßgebliche Unterschied liegt aber darin, dass der Handwerker, der Architekt, der Teilnehmer an einer öffentlichen Ausschreibung nur eine Planung einreichen und kein fertiges Endprodukt. Beim sportlichen Wettkampf steht die sportliche Teilnahme im Vordergrund und nicht das Bestreiten des Lebensunterhalts.

Wenn demgegenüber beim Crowdfunding alle außer dem Sieger für ein fertiges, anspruchsvolles Produkt nichts erhalten, so widerspricht das dem Grundgedanken der werkvertraglichen Bestimmungen der §§ 632 a, 642 und 649 BGB.⁶³⁵ Auch wenn kein Entgelt unter Einschluss eines Gewinns zu zahlen ist, so muss jedenfalls die geleistete Arbeit vergütet werden. Ein Verstoß gegen diesen Grundgedanken führt zur Sittenwidrigkeit der Vertragsgestaltung.⁶³⁶ Bei einem Vertrag nach deutschem Recht bedeutet das eine Unwirksamkeit nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB,⁶³⁷ bei einem Vertrag nach ausländischem Recht einen Verstoß gegen die Eingriffsnormen des Verbraucherrechts mit demselben Ergebnis. Entweder das Unternehmen

631 „Cognitive Piecework“, F. A. Schmidt in Benner, Crowdfunding, S. 367, 376 ff.

632 *Leimeister* in Benner, Crowdfunding, S. 23 f.

633 *Leimeister*, S. 29; *Öhrler/Spies*, S. 43, 47; *Strube*, S. 75, 86, alle in Benner, Crowdfunding.

634 Vgl. *Däubler*, S. 243, 253 in Benner, Crowdfunding; dort auch *Fahimi*, S. 335, 343: „The winner takes it all“.

635 *Däubler*, aaO. S. 243, 254.

636 *Däubler*, aaO. S. 243, 255.

637 *Däubler*, aaO. S. 243, 255; *Wank*, EuZA 2016, 143, 168.

stellt in diesen Fällen als Aufgabe nur den Plan ins Internet oder es hat für alle brauchbaren Einsendungen den Werklohn gem. §§ 642, 649 BGB analog zu zahlen.

9. Arbeit auf Anforderung (On-demand-economy) am Beispiel von Putzdiensten, Fahrdiensten und Mobilarbeitern

Eine andere Form des Crowdsourcing gegenüber dem oben genannten Crowdworking für ein Unternehmen als Auftraggeber stellt die hier sogenannte „Arbeit auf Anforderung“ (On-demand-economy)⁶³⁸ dar, bei der Beschäftigte über einen Vermittlungsdienst an Dritte vermittelt werden. Während es bei Arbeitsvermittlung und Leiharbeit⁶³⁹ um die Vermittlung von Arbeitnehmern geht, werden hier – jedenfalls nach den zugrunde liegenden Verträgen – Selbständige vermittelt.

a) Putzdienste

Ein Beispiel ist ein Internetportal für private Putzhilfen.⁶⁴⁰ Durch Maus-Click lassen sich innerhalb von 60 Sekunden Reinigungskräfte bestellen. Alle vermittelten Putzhilfen sind haftpflichtversichert und unfallversichert; sie sind als selbständige Dienstleister angemeldet.

In Betracht kommt, dass die Putzfrauen wirklich Selbständige sind und als Selbständige mit dem Vermittler einen Vertrag schließen, aufgrund dessen sie nach einem Vertrag zwischen Vermittler und Kunden beschäftigt werden. Alternativ könnten sie Arbeitnehmerinnen der Kunden oder des Vermittlers sein.

Ein Arbeitsverhältnis mit dem jeweiligen Kunden scheidet aus, weil dieser keine rechtsgeschäftliche Beziehung mit der Putzhilfe eingeht. Die Putzfrauen könnten aber Arbeitnehmerinnen des Vermittlers sein, so dass es sich hier um Leiharbeit handeln würde. Auf die fachliche Weisungsbindung, auf die das BAG abstellen würde – behält sich der Vermittler ein Weisungsrecht bezüglich der Art des Putzens vor, hat der Kunde ein entsprechendes Weisungsrecht – kommt es nicht entscheidend an. Vielmehr ist maßgeblich, ob die Putzfrauen – wie bei der Leiharbeit – beim Vermittler fest eingeplant sind und einen Auftrag nach dessen Weisung übernehmen müssen, oder ob sie sich nach eigenem Wunsch für eine bestimmte Arbeit zur Verfügung stellen.

b) Fahrdienste

Ein amerikanisches Unternehmen hat u. a. auch in Deutschland ein Fahrdienstsystem eingerichtet, bei dem unklar ist, ob die darin Beschäftigten Arbeitnehmer oder

638 Lingemann/Otte, NZA 2015, 1042; Wank, EuZA 2016, 143, 167.

639 ErfK-Wank, § 1 AÜG, Rn. 45 ff.

640 Derartige Unternehmen sind z. B. Booka Tiger, Clean Agents, Helpling, dazu Lingemann/Otte, NZA 2015, 1042, 1044.

Selbständige sind. Dieses System ist in öffentlich-rechtlicher⁶⁴¹ und in privatrechtlicher Hinsicht⁶⁴² zu prüfen.

Öffentlich-rechtlich bedürfen Taxiunternehmen der Konzession; die Fahrer müssen eine entsprechende Prüfung ablegen. Bei den Uber-Fahrern fehlt es an beidem.

Arbeitsrechtlich werden die Fahrer als Selbständige geführt. Dem Kunden wird über eine Online-Plattform eine sofort verfügbare Dienstleistung vermittelt. Man spricht hier von einer „On-demand-Economy“. Legt man den Arbeitnehmerbegriff des BAG zugrunde, könnte man darauf abstellen, dass Uber den Fahrern während der Fahrt keine Weisungen erteilt. Der Fahrer erhält einen bestimmten Auftrag, den er selbständig durchführt. Allerdings tritt der Fahrer nicht selbst am Markt auf, sondern das Unternehmen. Im Innenverhältnis sind die Arbeitsbedingungen allein von Uber aufgestellt.

c) Mobilarbeiter

Eine weitere Erscheinungsform sind die sogenannten Mobiljobber. Sie haben einen Vertrag mit einem Auftraggeber, aufgrund dessen sie zu bestimmten Dienstleistungen verpflichtet sind, wie Öffnungszeiten von Restaurants oder Ladenlokalen festzustellen, Speisekarten zu fotografieren, ein Produkt zu testen oder festzustellen, wo und wie Produkte des Auftraggebers in einem Laden platziert sind. Bei manchen Auftraggebern erhalten die Auftragnehmer zunächst kein Geld, sondern Punkte, und bei genügend viel Punkten auch einen Auftrag, während anderen Mobilarbeitern (App-Jobbern) ab dem ersten Auftrag gezahlt wird.⁶⁴³

d) Stellungnahme

In allen diesen Fällen ist die rechtliche Beurteilung schwierig. Zum einen kann es sich bei den Beschäftigten um Selbständige handeln. Dafür könnte sprechen, wenn sie eine freie Preisgestaltung vornehmen könnten und für die Durchführung der Arbeit weder allgemeinen Richtlinien noch konkreten Vorgaben unterliegen. Sie können aber auch Arbeitnehmer der Dienstleister sein, und zwar entweder als normale Arbeitnehmer oder als Leiharbeitnehmer. Die Beurteilung richtet sich nach der Vertragsgestaltung. Deutsche Rechtsprechung steht bislang aus.

641 Dazu *Ingold*, NJW 2014, 3334.

642 *Lingemann/Otte*, NZA 2015, 1042 ff.

643 *Der Spiegel*, Heft 52/2014, S. 72.

10. Honorärärzte und Interimmanager

Neue Vertragstypen bringen neue Probleme bei der Abgrenzung zwischen Arbeitnehmern und Selbständigen mit sich.

a) Honorärärzte

In früheren Zeiten haben Krankenhäuser mit festangestelltem Personal gearbeitet. In einem Vertretungsfall wurde ein befristeter Arbeitsvertrag geschlossen. Demgegenüber treten seit einiger Zeit Ärzte als Honorärärzte auf – nach ihrem Vertrag als Selbständige, die auf Zeit in einem Krankenhaus arbeiten.

Die Definition der Honorärärzte lautet in einer neuen Dissertation zu diesem Thema:

„Hauptberufliche Honorärärzte, die ohne Vertragsarztzulassung für wechselnde Auftraggeber, die nicht ihre Patienten sind, ohne zusätzliche (Fest-)Anstellung unterschiedlich lange auf Basis einer Honorarvereinbarung freiberuflich tätig werden und deren Haupteinkommen aus dieser Tätigkeit besteht, sind Honorärärzte im engeren Sinne.“⁶⁴⁴

Nach der Definition der Bundesärztekammer und der Kassenärztlichen Bundesvereinigung sind dies Fachärzte, die in medizinischen Einrichtungen zeitlich befristet und auf Honorarbasis freiberuflich tätig sind.⁶⁴⁵ In beiden genannten Definitionen wird, wie es auch in der Literatur zu Franchisenehmern häufig geschieht, in der Definition bereits die rechtliche Einstufung als Freiberufler und Selbständige vorweggenommen.⁶⁴⁶ Gerade diese Qualifizierung bedarf aber der Überprüfung.

Für die zutreffende rechtliche Beurteilung müssen die Rechtstatsachen geklärt werden. So gibt es in der Gruppe der Ärzte:⁶⁴⁷

- Honorarvertretungsärzte. Sie sind nur im Vertretungsfalle in einer Klinik tätig.
- Honorarkooperationsärzte.⁶⁴⁸ Sie ergänzen typischerweise als niedergelassene Vertragsärzte das Leistungsspektrum einer Klinik.
- Honorarkonsiliarärzte. Sie sind typischerweise niedergelassene Vertragsärzte, die im Einzelfall zu einer Beratung herangezogen werden.⁶⁴⁹

644 Oda Christiane Goetzke, Die Rechtstellung des Honorararztes, 2014.

645 Honorärärztliche Tätigkeit in Deutschland, Positionsbestimmung der Bundesärztekammer und der Kassenärztlichen Bundesvereinigung, 2011, S. 16; abrufbar unter <http://daris.kbv.de/daris/doccontent.dll?LibraryName>.

646 Hanau, Medizinrecht 2015, 77; Uffmann, ZfA 2012, 1, 4, 5 ff.

647 Hanau, Medizinrecht 2015, 77.

648 Schäfer, Honorärärzte im Krankenhaus – eine arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Positionsbestimmung, 2014.

649 Dazu Genzel/Degener-Hencke in Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl. 2010, § 84 Rn. 27; Goetzke, Rechtsstellung, S. 160 f.

- Honorarbelegärzte. Diese Ärzte haben eigene Betten für Patienten im Krankenhaus; sie rechnen ihre Leistungen mit den Patienten direkt und nicht über das Krankenhaus ab.⁶⁵⁰

Von diesen verschiedenen Formen von Arzttätigkeit sind die angestellten Krankenhausärzte zu unterscheiden. Sie sind örtlich und zeitlich von den Weisungen des Krankenhausträgers abhängig. Inhaltlichen Weisungen unterliegen sie insoweit, als ihnen nicht das Berufsrecht die eigene Entscheidung überlässt. Sie sind organisatorisch eingebunden und von der Einrichtung des Krankenhauses mit dessen Räumen und Apparaturen und der Unterstützung durch das Verwaltungs- und das Pflegepersonal abhängig. Bezahlt werden sie vom Krankenhausträger und nicht von den Patienten. Ein eigenes unternehmerisches Risiko tragen sie nicht.

Kennzeichnend für den Honorararzt ist, dass er ein Honorar vom Krankenhaus erhält. Er tritt nach außen im Namen des Krankenhauses auf.⁶⁵¹ Damit unterscheidet er sich vom *Belegarzt*. Belegärzte sind nach der Legaldefinition des § 23 Bundespflegesatzverordnung (wortgleich § 18 Abs. 1 Krankenhausentgeltgesetz) „nicht im Krankenhaus angestellte Vertragsärzte, die berechtigt sind, ihre Patienten (Belegpatienten) im Krankenhaus unter Inanspruchnahme der hierfür bereit gestellten Dienste, Einrichtungen und Mittel stationär oder teilstationär zu behandeln, ohne dafür vom Krankenhaus ein Entgelt zu erhalten.“ Der Patient schließt mit dem Krankenhausträger und dem Belegarzt einen gespaltenen Krankenaufnahmevertrag ab. Der Belegarzt rechnet bei sozialversicherten Patienten mit der Kassenärztlichen Vereinigung und bei Privatpatienten unmittelbar ab. Mit dem Krankenhaus schließt er einen Belegarztvertrag ab. Dass Belegärzte selbständig sind, ist unstreitig.⁶⁵²

aa) Gesetzliche Regelung

Seit dem 1.1.2013 ergibt sich aus § 2 Abs. 1 Krankenhausentgeltgesetz, dass abrechnungsfähige Krankenhausleistungen auch durch nicht angestellte Ärzte erbracht werden können.

Das LSG Baden-Württemberg interpretiert die Vorschrift so, dass sie nur für niedergelassene Honorarärzte gilt; anderenfalls handele es sich um Angestellte.⁶⁵³ Diese Auslegung ist abzulehnen, wie sich aus der Ausschussbegründung ergibt.⁶⁵⁴

⁶⁵⁰ Goetzke, Rechtsstellung, S. 161 ff.

⁶⁵¹ Uffmann, ZfA 2012, 1, 5.

⁶⁵² Hess in Prütting, Fachanwalt Kommentar Medizinrecht, 2. Aufl. 2012, § 18 KHEntgG Rn. 11 ff.; Zimmerling in Weth/Thomae/Reichold, Arbeitsrecht im Krankenhaus, 2007, Teil 5 E Rn. 14.

⁶⁵³ LSG Baden-Württemberg 17.4.2013 – L 5R3755/11 – NZS 2013, 501.

⁶⁵⁴ Hanau, Medizinrecht (MedR) 2015, 77, 79.

Ohnehin wird durch diese Vorschrift nur geklärt, was abrechnungsfähige Krankenhausleistungen sind. Die arbeitsrechtliche Einordnung ist davon unberührt.

bb) Rechtsprechung

Eine Entscheidung des BAG zu Honorarärzten liegt bisher nicht vor, wohl aber gibt es zu Ärzten eine Reihe von Entscheidungen der Landesarbeitsgerichte sowie des BGH. Einige befassen sich speziell mit Honorarärzten, andere mit Ärzten im Rettungsdienst und im Notdienst.

Bei *Honorarärzten* ist nach einer Entscheidung des Thüringer LAG die Eingliederung in die Organisation der Klinik nicht ausschlaggebend.⁶⁵⁵ Nach Ansicht des LAG Hamm ist die örtliche Bindung nicht entscheidend, da auch Belegärzte – die anerkanntermaßen Selbständige sind – an den Ort der Arbeitsleistung gebunden seien.⁶⁵⁶

Zum *Rettungsnotdienst* berief sich der BGH darauf, dass der Notarzt jeweils selbst über seinen Einsatz entschieden habe.⁶⁵⁷ Auch das LAG Hamm hielt es bei einem Notarzt für entscheidend, dass bei der Erstellung des Dienstplans auf die persönlichen Wünsche und Umstände der Ärzte Rücksicht genommen worden sei.⁶⁵⁸

Für *Betriebsärzte* ergibt sich aus § 2 Abs. 3 des Arbeitssicherheitsgesetzes, dass sie sowohl als Arbeitnehmer als auch als Selbständige eingesetzt werden können. Dementsprechend hat das LAG Rheinland-Pfalz einen externen Betriebsarzt als Selbständigen eingestuft.⁶⁵⁹ Ebenso entschied der BGH in einem Fall zu § 627 BGB.⁶⁶⁰

Aus den genannten Urteilen ergibt sich,⁶⁶¹ dass beim Fehlen von fachlicher Weisungsbindung eine bestehende örtliche Weisungsbindung und eine Eingliederung in die Organisation der Klinik nicht als entscheidend angesehen wurden; vielmehr wurde allein darauf abgestellt, ob der Arzt in der Einteilung der Zeit frei war.

cc) Literatur

In der Literatur wird aus den genannten Urteilen und aus einem Vergleich mit der Rechtsprechung des BAG zum Arbeitnehmerbegriff im Allgemeinen der Schluss gezogen, dass Honorarärzte Selbständige seien.⁶⁶² Es fragt sich, mit welchen Kriterien das zu begründen ist.

655 LAG Thüringen 29.4.2020 – 1 Ta 29/10; dazu *Hanau*, MedR 2015, 77, 83; *Uffmann*, ZfA 2012, 1, 16.

656 LAG Hamm 7.2.2011 – 2 Ta 505/10; dazu *Hanau*, MedR 2015, 77, 83; *Uffmann*, ZfA 2012, 1, 17.

657 BGH 21.3.1991 NJW 1991, 2954; dazu *Hanau*, MedR 2015, 77, 83.

658 LAG Hamm 11.1.1999 – 17 Sa 1615/98; ähnlich LAG Hamm 6.9.2007 – 8 Sa 802/07; dazu *Hanau*, MedR 2015, 77, 83; *Uffmann*, ZfA 2012, 1, 16.

659 LAG Rheinland-Pfalz – 11.3.2014 – 6 Sa 236/13.

660 BGH 13.11.2014 JR 2016, 16 m. Anm. *Wank*.

661 Zusammenfassung der Rechtsprechung bei *Hanau*, MedR 2015, 77, 84; *Uffmann*, ZfA 2012, 1, 18.

662 *Hanau*, MedR 2015, 77, 83, 84; *Uffmann*, ZfA 2012, 1 ff.; *Oda Christiane Goetzke*, Die Rechtsstellung des Honorararztes, 2014; s. auch *Wank*, EuZA 2016, 143, 168.

(1) In seiner allgemeinen Rechtsprechung zum Arbeitnehmerbegriff stellt das BAG die *fachliche Weisungsbindung* in den Vordergrund. Aber gerade bei qualifizierten oder berufsständisch normierten Tätigkeiten soll das Merkmal keine Rolle spielen. So unterliegt der Arzt im Krankenhaus zwar keinen fachlichen Weisungen, er ist aber nach der Rechtsprechung trotzdem Arbeitnehmer.⁶⁶³ Jedenfalls kann man nicht argumentieren, da der Honorararzt weisungsfrei handele, könne er kein Arbeitnehmer sein. Dabei wird nicht genügend zwischen der Weisungsfreiheit bei der ärztlichen Tätigkeit als solcher und den vom Krankenhaus gestalteten organisatorischen Rahmenbedingungen unterschieden. Grundsätzlich gilt, dass es nach der Rechtsprechung des BAG auf das von BAG als tragend bezeichnete Merkmal der inhaltlichen Weisungsbindung immer dann nicht ankommt, wenn das BAG ein bestimmtes Ergebnis für richtig hält.

Aus den sonst vom BAG zugrunde gelegten Merkmalen sind die örtliche Weisungsbindung⁶⁶⁴ und die Eingliederung zu nennen. Auch die Rechtsprechung des BAG zur *örtlichen Weisungsbindung* ist widersprüchlich. Manchmal wird diesem Merkmal eine große Bedeutung beigemessen, in anderen Fällen soll es bedeutungslos sein. Richtigerweise ist zu unterscheiden: Gehört die örtliche Bindung – wie bei Schulen, Handwerksreparaturen im Haus oder bei Behandlung bettlägeriger Patienten – zur Berufsausübung, so kann dieses Merkmal keine Rolle spielen. Anders ist es dann, wenn der Ort der Berufsausübung frei wählbar ist. Sowohl für den angestellten Arzt als auch für den Honorararzt ist charakteristisch, dass sie den Ort ihrer Tätigkeit nicht frei wählen können, sondern im Krankenhaus arbeiten. Ein Indiz für Selbständigkeit, wie es bei freier Ortswahl gegeben wäre, liegt jedenfalls nicht vor.

Unter den sonst vom BAG genannten tragenden Merkmalen ist die *Eingliederung* hervorzuheben, also die Abhängigkeit von Personal und Material des Auftraggebers.⁶⁶⁵ Da Honorarärzte im Rahmen der Organisation des Krankenhauses arbeiten, sind sie auf Material und Personal des Krankenhauses angewiesen. Zu Rundfunkmitarbeitern hat das BAG ausgeführt, dass sie ihre Arbeit zwangsläufig in den Räumen der Rundfunkanstalt verrichten müssen, so dass dieses Kriterium nicht ausschlaggebend sein dürfe.⁶⁶⁶ Übertragen auf Honorarärzte ergibt sich daraus, dass deren Eingliederung in die Organisation der Klinik für das BAG nicht entscheidend sein sollte. Jedenfalls ergibt sich auch kein Indiz für eine Selbständigkeit der Honorarärzte.

Zu dieser Beurteilung kommt man, wenn man diesen Unterbegriff zweckfrei, ohne Rücksicht auf den Zweck der Abgrenzung, betrachtet. Entscheidend ist, ob

663 Selbst der Chefarzt, BAG 27.7.1961 AP BGB § 611 Ärzte Gehaltsansprüche Nr. 24.

664 Dazu Uffmann, ZfA 2012, 1, 19.

665 Dazu Goetzke, Rechtsstellung, S. 156.

666 BAG 19.1.2000 AP BGB § 611 Rundfunk Nr. 33; AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 74.

es alternative organisatorische Modelle gibt und ob bei dem gewählten Modell aufgrund der Eingliederung noch Raum für eigene unternehmerische Entscheidungen bleibt oder nicht. Ist das nicht der Fall, führt gerade die Eingliederung zur Arbeitnehmereigenschaft, gemessen am Vergleichsmodell des Arztes mit eigener Praxis und eigenem Personal.⁶⁶⁷

Damit verbleibt als Rest der ansonsten vom BAG für maßgeblich erklärten Abgrenzungsgesichtspunkte allein die *zeitliche Weisungsbindung*.⁶⁶⁸ Eigentlich müsste man sie bejahen; denn ein Honorararzt kann keine Termine im Krankenhaus nach eigenem Gutdünken festlegen, sondern er ist in den Dienstplan der Klinik eingebunden.⁶⁶⁹ Das allein verbleibende Abgrenzungskriterium ist dann, ob der Dienstplan in Ausübung des Weisungsrechts einseitig vom Auftraggeber aufgestellt wird oder ob er in Absprache mit dem Arzt erstellt wird. Nun ist es aber auch – beispielsweise bei Teilzeitkräften im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses – nicht ungewöhnlich, dass bei der zeitlichen Festlegung des Arbeitseinsatzes auf die Wünsche des Beschäftigten Rücksicht genommen wird. Es ist einfach unvermeidlich, dass sich bei allen Wünschen des Honorararztes seine Tätigkeit in den Dienstplan des Krankenhauses einfügen muss. Allerdings kann er in seinem Einstellungsvertrag bestimmte zeitliche Korridore vorgeben und sich von Wechselschichten und Notdiensten ausnehmen lassen.

Nach alledem fragt es sich, warum es von dem eher zweitrangigen Kriterium der gewissen Freiheit bei der Zeiteinteilung abhängen soll, ob Lohnfortzahlung im Krankheitsfall, Urlaub und Urlaubsgeld, Kündigungsschutz und Mutterschutz gewährt werden. Dazu heißt es in einer neuen Dissertation: „Der einzige Unterschied zwischen ihm (gemeint: dem angestellten Arzt) und einem Honorararzt im engeren Sinne besteht in dem Arbeitsverhältnis, das er mit seinem Arbeitgeber abschließt. Die Aufgaben und vertraglichen Verhältnisse zu den Patienten sind bei beiden Erscheinungsformen des ärztlichen Berufes gleich: Er ist in einem ähnlichen Umfang in die Betriebsabläufe des Krankenhauses eingebunden.“⁶⁷⁰

Wenn die genannten Autoren übereinstimmend den Honorararzt für einen Selbständigen halten, obwohl angestellter Arzt und Honorararzt sich im äußeren Erscheinungsbild gleichen, dann kann man den Unterschied nicht in den Merkmalen sehen, die BAG und h. L. zugrunde legen. Insoweit regiert das Eigenleben der Unterbegriffe,⁶⁷¹ eine Besinnung auf den Zweck des Arbeitsrechts fehlt. Zwei

667 Sie ist deshalb das Gegenteil einer „Leerformel“; so aber Uffmann, ZfA 2012, 1, 20 f.

668 Dazu BAG 13.11.1991 – 7 AZR 31/91 – AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 60 = NZA 1992, 1125 betr. Stundenplan in einer Schule; 30.10.1991 – 7 ABR 19/91 – AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 59 = NZA 1992, 407.

669 Goetzke, Rechtsstellung, S. 154 f.

670 Goetzke, Rechtsstellung, S. 165 f.

671 Wank, Die juristische Begriffsbildung, 1985, S. 135 ff

Aspekte werden in der Rechtsprechung nicht beachtet, das Unternehmerrisiko und die Freiwilligkeit der Übernahme des Unternehmerrisikos.

(2) Ein **Unternehmerrisiko** findet sich beim *Honorarbelegarzt*. Er entscheidet selbst, welche Patienten er wann wie behandelt und stellt selbst die Rechnung in seinem Namen aus. Insofern kann er sein unternehmerisches Risiko selbst steuern. Beim hier untersuchten Honorararzt wird zu Unrecht die Frage des „unternehmerischen Entscheidungsspielraums auf eigene Rechnung“ ausgeblendet. Es kommt darauf an, ob der Honorararzt unternehmerischen Spielraum⁶⁷² hat und ob er auf eigene Rechnung handelt; d. h. ob er selbst abrechnet oder der Krankenhausträger.

Der Honorararzt ist Teil der Krankenhausorganisation. Diese entscheidet, welche Patienten zu behandeln sind, sie rechnet die Leistungen in ihrem Namen ab. Ein gravierender Unterschied zwischen einem angestellten Krankenhausarzt und einem Honorararzt ist nicht erkennbar. Der geringe zeitliche Spielraum bei der Aufstellung des Dienstplans kann die Abgrenzung nicht rechtfertigen.

In Bezug auf das Unternehmerrisiko bietet es sich an, wie beim *Betriebsarzt* zu unterscheiden: Hat der Betriebsarzt eine eigene Arztpraxis außerhalb des Betriebs mit anderen Patienten als den Betriebsangehörigen, so ist die Tätigkeit als Betriebsarzt nur ein ausgelagerter Teil seiner selbständigen Tätigkeit. Wer dagegen ohne eigene Praxis nur als Betriebsarzt tätig ist, ist Angestellter des Unternehmens.

Folgt man dem, so ist jedenfalls der Honorararzt mit eigener Praxis ein Selbständiger. Das Gleiche gilt für die oben genannten Honorarkooperationsärzte und die Honorarkonsiliarärzte. Allerdings verfügen wohl die meisten Honorarärzte nicht über eine eigen Praxis, so dass deren Rechtsstellung einer besonderen Betrachtung bedarf.

Die Kritik an diesem Abgrenzungskriterium setzt daran an, dass eine eigene Betriebsorganisation gerade bei freien Berufen nicht immer erforderlich und daher kein geeignetes Kriterium sei.⁶⁷³ Der Einwand mag bei einem unqualifizierten Anwalt ohne Bibliothek greifen, nicht aber wenn man sich die Einrichtungskosten einer Arztpraxis vergegenwärtigt. Auch ist entscheidend, ob ein Freiberufler in seiner eigenen Kanzlei oder Praxis unternehmerische Entscheidungen auf eigene Rechnung fällen kann oder ob er voll in die Planung und Organisation einer Klinik eingebunden ist. Daraus müsste folgen: Der Honorararzt ohne eigene Arztpraxis ist aufgrund dieser Einbindung in die Organisation Arbeitnehmer.

Der Einwand, mit der Bezugnahme auf eine eigene Praxis werde auf einen außerhalb des Vertrages liegenden Umstand abgestellt,⁶⁷⁴ verfängt nicht. Das Gleiche

672 S. zum Unternehmerrisiko Uffmann, ZfA 2012, 1, 21 ff.

673 Uffmann, ZfA 2012, 1, 22.

674 Uffmann, ZfA 2012, 1, 19.

che gilt nämlich auch für das von der Rechtsprechung als maßgeblich angesehene Kriterium. Ob der Dienstplan einseitig oder einvernehmlich aufgestellt wurde, sieht man dem Dienstplan nicht an. Rechtsprechung und Literatur stellen auf die Umstände beim Zustandekommen und auf die Verhandlungsstärke ab, also genau auf außerhalb des Vertrages liegende Umstände.

Es bleibt ein Aspekt, der in Rechtsprechung und Literatur meist zu kurz kommt, nämlich der *Schutzzweck des Arbeitsrechts*. Ein Rechtsformzwang oder Typenzwang im Verhältnis von Arbeitsvertrag zu freiem Dienstvertrag besteht deshalb, weil der Auftraggeber in der Regel die Bedingungen diktiert und eine Vertragsgestaltung zu seinen Gunsten wählt.⁶⁷⁵ Vor dieser Umgehung arbeitsrechtlichen Schutzes muss der Bewerber geschützt werden. Insofern bietet das Arbeitsrecht auch einen „Schutz vor sich selbst“, wenn der Scheinselbständige aus einer Zwangslage heraus einen Vertrag als – scheinbar – Selbständiger unterschrieben hat.⁶⁷⁶ Schutzbedürftig ist der Bewerber dagegen nicht, wenn er eine faire Option hat und sich genauso gut für eine Angestellten Tätigkeit wie für eine selbständige Tätigkeit entscheiden kann. Deshalb hatte ich bereits vor längerer Zeit als Abgrenzungskriterium die „freiwillige Übernahme eines Unternehmerrisikos“ genannt.⁶⁷⁷ Die Wahlfreiheit kann allerdings nur dann als Kriterium dienen, wenn derart qualifiziert Beschäftigte am Markt gefragt sind und die Bedingungen stellen können und wenn die Entlohnung eine Höhe erreicht, bei der der Beschäftigte selbst für seine Absicherung sorgen kann.⁶⁷⁸

Fragt man unter diesem Aspekt, warum ein Arzt die Tätigkeitsform des Honorararztes wählt, dann verweisen die Betroffenen auf die Unabhängigkeit von einem festen Arbeitgeber. Auch können unerwünschte Arbeitszeiten, wie Arbeit am Wochenende und Nacharbeit, vermieden werden. Auch die Lebenssituation des Honorararztes unterscheidet sich typischerweise von der des angestellten Arztes. Es handelt sich vielfach um eine Arbeit im Ruhestand oder um eine Frau, die nach einer längeren Berufspause den beruflichen Wiedereinstieg will. Schließlich ist das Nettoentgelt des Honorararztes erheblich höher als das des angestellten Arztes. Anders als andere selbständige Ärzte trägt er zudem nicht die Kosten und den Organisationsaufwand für eine eigene Praxis.⁶⁷⁹ Für die Klinik ergibt sich der Einsatz von Honorarärzten aus einem Personalmangel, oder aus der Notwendigkeit, Spezialisten bereitzuhalten.⁶⁸⁰

675 Uffmann, ZfA 2012, 1, 26 m. w. N. Fn. 118.

676 Unzutr. Uffmann, ZfA 2012, 1, 30 f. Ihre Aufspaltung in Vertragstypenwahl und Rechtsfolgenwahl wird der Besonderheit des Arbeitsrechts nicht gerecht.

677 Wank, Arbeitnehmer, S. 106 f.; ders., DB 1992, 90, 91; ferner Kreuder, AuR 1996, 386, 389; Uffmann, ZfA 2012, 1, 31.

678 Uffmann, ZfA 2012, 1, 35.

679 Zum Ganzen Goetzke, Rechtsstellung, S. 34 f., 47.

680 Goetzke, Rechtsstellung, S. 37 f.

Hinzu kommt ein Zusammenhang zwischen dem Merkmal „*Auftreten am Markt*“ und der Selbständigkeit. Da der Honorararzt ständig den Auftraggeber wechselt, übt er eine unternehmerische Entscheidung in der Zeit aus.

Bei den hier genannten Kriterien handelt es sich um Umstände außerhalb des Vertrages (Marktmacht, Verhandlungsstärke, Freiwilligkeit, Optionen, wechselnde Vertragspartner); aber nur diese Umstände können es rechtfertigen, eine Tätigkeit, die sich in fast allen Hinsichten als Angestelltentätigkeit darstellt, als selbständige Tätigkeit zu qualifizieren.⁶⁸¹ Dagegen eignen sich die Begründungen von BGH, BAG und in der daran anknüpfenden Literatur nicht dazu, unter den Anforderungen einer teleologischen Begriffsbildung im Gegensatz zu einer Anknüpfung an zufällige Äußerlichkeiten zu einem schlüssigen Ergebnis zu gelangen.

b) Interimmanager

Ein weiteres Beispiel für den Einsatz von Selbständigen in Tätigkeiten, die ursprünglich von Arbeitnehmern ausgeübt wurden, findet sich bei den Interimmanagern.⁶⁸²

11. Bewerber und Scheinbewerber

Bewerber um einen Arbeitsplatz sind nach deutschem Arbeitsrecht keine Arbeitnehmer. Dafür ist vielmehr das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses Voraussetzung. Im Antidiskriminierungsrecht der EU sind sie demgegenüber ebenfalls Arbeitnehmer, so dass für den Zugang zum Arbeitsmarkt auch insoweit der Arbeitnehmerbegriff maßgeblich ist.⁶⁸³ In § 6 Abs. 3 AGG zählen sie zu den „Beschäftigten“, die Arbeitnehmern gleichgestellt werden. Wenn es darum geht, wer Arbeitnehmer ist und damit den Schutz des Arbeitsrechts genießen soll, dann müssen auch diejenigen behandelt werden, die nur scheinbar als Arbeitnehmer tätig werden wollen, also die Scheinbewerber.

Da der Schutz durch Arbeitsrecht ganz entscheidend davon abhängt, ob ein Bewerber überhaupt eine Stelle bekommt, ist ein diskriminierungsfreies Bewerbungsverfahren für Bewerber elementar. Es ist daher verständlich, dass § 15 AGG bei einer Verletzung dieser Anforderungen Schadensersatzansprüche gewährt. Dagegen gibt es allerdings in zwei Fällen Bedenken: Wenn der Bewerber offensichtlich nicht qualifiziert ist und/oder wenn er nicht ernsthaft an der Stelle interessiert ist, sondern nur an einem Schadensersatzanspruch (Scheinbewerber oder AGG-Hopper).

681 Wank, EuZA 2016, 143, 168 f.; Bejahung der Wahlfreiheit als ausschlaggebend bei Uffmann, ZfA 2012, 1, 25 ff.; ablehnend Hanau, MedR 2015, 77, 81.

682 Dazu Dilenge, DB 2015, 2271; Uffmann, Interim Management.

683 EUArbR-Mohr, RL 2000/78/EG Art. 3 Rn. 4 ff., 11 ff.

Ist der Bewerber von vornherein **ungeeignet**, so beruht die Ablehnung darauf; er wird nicht etwa „wegen“ eines der geschützten Merkmale abgelehnt.⁶⁸⁴ Unter Verstoß gegen diese Erkenntnis spricht der EuGH auch ungeeigneten Bewerbern Schadensersatzansprüche zu – unter Vermengung von Gesellschaftspolitik und Schadensersatzrecht.⁶⁸⁵

Auch derjenige, der sich in der **Absicht** bewirbt, **nicht eingestellt zu werden**, und dann unter Hinweis auf ein Diskriminierungsmerkmal Schadensersatz zu verlangen, wird nicht „wegen“ dieses Merkmals nicht eingestellt, sondern weil er für den Arbeitgeber erkennbar kein ernsthafter Bewerber ist.⁶⁸⁶

Bei teleologischer Auslegung und unter Beachtung grundlegender Strukturen des Schadensersatzrechts müsste Bewerbern in beiden Fällen Schadensersatz mangels Kausalität versagt bleiben.

In Fällen der nicht ernsthaften Bewerbung lehnen Rechtsprechung und Literatur Schadensersatzansprüche teilweise mit der Begründung ab, dass sich der Bewerber missbräuchlich verhalte.⁶⁸⁷ Es ist aber zweifelhaft, ob sich jemand, der sich ein unbrauchbares Gesetz und eine verfehltete EuGH-Rechtsprechung zunutze macht, missbräuchlich verhält. Das BAG versucht eine Lösung neuerdings unter einem anderen rechtsdogmatischen Aspekt. Richtigerweise sollte man entweder das Merkmal „wegen“ ernst nehmen oder das Merkmal Bewerber durch die ungeschriebenen Tatbestandsmerkmale „nicht offensichtlich ungeeignet“ und „ernsthaft“ flankieren.⁶⁸⁸

Das BAG lehnt im Falle eines *ungeeigneten Bewerbers* einen Anspruch ab, weil sich der Bewerber nicht in einer vergleichbaren Lage wie ein geeigneter Bewerber befinde.⁶⁸⁹ Das ist in der Sache richtig, in der rechtsdogmatischen Begründung allerdings zweifelhaft und zudem nicht EuGH-konform, da der EuGH ja auch den völlig ungeeigneten Bewerber schützt, der im Zusammenhang mit dem Bewerbungsverfahren – ohne jeden Einfluss auf das Verfahren – diskriminiert wurde.

684 Zutr. BAG 14.11.2013 – 8 AZR 997/12 – NZA 2014, 489.

685 Dazu Wank, Festschrift für Richardi, 2007, S. 441, 447 ff.

686 Zu Scheinbewerbern Bauer/Krieger, SAE 2015, 75; Horcher, NZA 2015, 1049; M. Schmidt, ZESAR 2015, 427; Thüsing/Lambrich, BB 2002, 1146; Wank, EuZA 2016, 143, 169.

687 BVerwG 3.3.2011 NZA 2011, 977; BAG 3.10.1975 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 16; BAG 26.9.2013 AP AGG § 15 Nr. 9; Ehrlich, BB 1996, 1007 f.; Horcher, NZA 2015, 1047, 1048 f.; Kamanabrou, Anm. zu BAG AP BGB § 611 a Nr. 21; Sowka, NZA 1994, 967, 970 f.; Zwanziger, DB 1998, 1330, 1331.

688 Wank, EuZA 2016, 143, 170.

689 BAG 18.3.2010 NZA 2010, 872, 873; 7.4.2011 – 8 AZR 679/37–; 13.10.2011 – 8 AZR 608/10 –; 16.2.2012 – 8 AZR 697/10 – NZA 2012, 667; 21.2.2013 – 8 AZR 180/12 – NZA 2013, 840; 26.9.2013 – 8 AZR 650/12 – NZA 2014, 258; 14.11.2013 – 8 AZR 997/12 – NZA 2014, 489; 23.1.2014 – 8 AZR 118/13 – DB 2014, 1440; krit. allerdings BAG 22.10.2015 – 8 AZR 384/14 –; s. auch Anm. Specks, DB 2015, 1724 zu LAG Schleswig-Holstein 2.12.2014 – 1 Sa 236/14.

Im Falle der *nicht ernsthaften Bewerbung* lehnt das BAG einen Anspruch ab, weil es dann an dem Merkmal „Bewerber“ fehle. Da aber die EU-Richtlinie nicht den Begriff des Bewerbers kenne, sondern nur vom „Zugang zur Beschäftigung oder zu abhängiger Erwerbstätigkeit“ spreche, hat das BAG dem EuGH die Frage vorgelegt, ob die formale Bewerbung ausreicht oder ob die Bewerbung ernsthaft sein müsse.⁶⁹⁰ Der EuGH hat daraufhin entschieden, dass im Falle eines nicht ernsthaften Bewerbers bereits der Anwendungsbereich der Richtlinie nicht eröffnet sei⁶⁹¹ und damit die hier vertretene Auffassung bestätigt, dass beim Arbeitnehmerbegriff anzusetzen ist.

12. Statuswechsel

Zweifel bezüglich der Arbeitnehmereigenschaft können sich auch bei einem Statuswechsel ergeben; so wenn ein bisher Selbständiger zu einem Arbeitnehmer wird und wenn ein bisheriger Arbeitnehmer zu einem Selbständigen wird.

Wenn die Parteien einvernehmlich das bisherige Rechtsverhältnis eines Selbständigen in das eines Arbeitnehmers umwandeln, besteht kein Kontrollbedürfnis. Dem Beschäftigten wird dadurch der Schutz des Arbeitsrechts gewährt.

Problematisch sind dagegen die Fälle des *„Hineinwachsens in ein Arbeitsverhältnis“*.⁶⁹² In diesen Fällen ist der Beschäftigte zunächst eindeutig ein Selbständiger. Er wird aber von demselben Auftraggeber immer häufiger zu Aufträgen herangezogen und immer stärker in dessen Organisation eingegliedert. Da es nicht auf den Vertragstext ankommt, sondern auf die objektive Durchführung des Vertrages, schlägt das Rechtsverhältnis irgendwann in ein Arbeitsverhältnis um. Da es sich um einen schleichenden Prozess handelt, wird man ein Arbeitsverhältnis erst dann bejahen können, wenn die Umwandlung dauerhaft und offenkundig ist.⁶⁹³

Bei der umgekehrten Fallgestaltung, der Umwandlung von Arbeitsverhältnissen in Rechtsverhältnisse Selbständiger, sind grundsätzlich Bedenken angebracht, ob sich der Auftraggeber durch Umbenennung und kosmetische Operationen dem Arbeitsrecht entziehen will. Exemplarisch lässt sich das Problem an der *weight-watchers*-Entscheidung des BAG⁶⁹⁴ aufzeigen. Einerseits blieben die bisherigen

690 BAG 18.6.2015 NZA 2015, 1063.

691 EuGH Rs. C-423/15 NJW 2016, 2796 m. Anm. Stiebert = NZA 2016, 1014 – Kratzer; dazu auch Fooren, NJW-Spezial, 2016, 562.

692 BAG 15.2.2012 – 10 AZR 111/11 – NZA 2012, 733; 20.5.2009 – 5 AZR 31/08 – NZA-RR 2010, 172; Rosenfelder, Der arbeitsrechtliche Status des freien Mitarbeiters, 1982, S. 123 ff.; Tillmanns, RdA 2015, 285; Wank, Arbeitnehmer, S. 111.

693 S. zu der Problematik Dietrich/Patzina, Quantitative Erfassung, S. 77 f.

694 BAG 9.5.1996 NZA 1996, 1145.

Arbeitnehmer auch nach der Vertragsumwandlung an das Unternehmenskonzept gebunden und waren in dessen Organisation eingebunden. Andererseits gingen aber die unternehmerischen Entscheidungen und die damit verbundenen Chancen und Risiken auf sie über. Das BAG hat sie daher mit Recht als Selbständige anerkannt.

XII Rechtsprechungsanalyse nach Berufsgruppen

Eine Aufspaltung der Frage nach dem Vorliegen einer Scheinselbständigkeit in verschiedene Berufsgruppen ist aus zwei Gründen angezeigt: zum einen, weil das BAG je nach Beruf manchmal unterschiedliche Akzente setzt, zum anderen weil die Häufigkeit des Problems rechtstatsächlich nach Berufen divergiert.⁶⁹⁵

In einem Urteil des BAG heißt es:

„Bei der Frage, in welchem Maße der Mitarbeiter persönlich abhängig ist, muß die Eigenart der jeweiligen Tätigkeit berücksichtigt werden.“⁶⁹⁶

Für die **empirische Untersuchung** fragt es sich, ob für jeden Beruf jeweils besondere Kriterien zugrunde gelegt werden müssen, oder ob auf die allgemeinen Kriterien zurückgegriffen werden kann. Im Extremfall müsste es nach der Aussage des BAG für jeden Beruf jeweils einen eigenen Fragebogen geben. Im anderen Fall müssten Zusatzfragen für bestimmte Berufe vorgesehen werden, und im extremen Gegenfall ist der Vorbehalt des BAG ohne Bedeutung. Deshalb wird im Folgenden eine Reihe von Berufen darauf hin untersucht, ob sich nach der Rechtsprechung Unterschiede gegenüber den allgemeinen Abgrenzungskriterien ergeben.

Einschränkend ist allerdings Folgendes zu berücksichtigen: Da fast jeder der unten genannten Berufe sowohl in selbständiger als auch in abhängiger Tätigkeit ausgeübt werden kann, sind die Entscheidungen des BAG immer nur auf den Einzelfall bezogen. Zusammenstellungen von Berufsgruppen ohne derartige Einordnung sind daher nur begrenzt verallgemeinerungsfähig.⁶⁹⁷ Insoweit kann man dann analysieren, welche von den allgemein üblichen Kriterien das BAG jeweils anwendet.

Darüber hinaus können die Entscheidungen allgemeine Aussagen zu bestimmten Berufsgruppen enthalten, indem die üblichen Merkmale ergänzt werden (so z. B. bezüglich der rechtlichen Organisation des Schulträgers, die in kein sinnvolles Schema passt), abgewandelt werden (z. B. bei Rundfunkmitarbeitern zwar wechselnde Zeiten der Inanspruchnahme, aber Eintragung in Dienstpläne), oder indem von dem üblichen Schema ganz abgewichen wird (beim „weisungsfreien Mitarbeiter“ kommt die „inhaltliche Weisungsbindung“ nicht zum Tragen).

Für die vorliegende Untersuchung ist auch die Anknüpfung an die vorangegangene Untersuchung 1997 besonders wichtig. Deshalb werden im Folgenden diejenigen Berufsgruppen analysiert, die Grundlage der früheren Untersuchung waren. Signifikante Änderungen haben sich nicht bei der Art der Berufe ergeben, sondern

⁶⁹⁵ Dietrich, Empirische Befunde, S. 12, 102 ff.

⁶⁹⁶ BAG 15.3.1978 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 26; s. die Nachw. zur Rechtsprechung bei Erren, Vorstandsmitglied, S. 83 f.

⁶⁹⁷ S. auch ErfK-Preis, § 611 BGB Rn. 63.

bei der – damals bereits angesprochenen – Art der Vertragsgestaltung. Da auf die Einteilung nach der früheren Untersuchung verwiesen wird, wird nicht danach unterschieden, ob sich im Ergebnis nach Häufigkeit und rechtlicher Problematik diese Einteilung auch aus heutiger Sicht empfehlen würde.

Damals wurden folgende Berufsgruppen⁶⁹⁸ getrennt untersucht:⁶⁹⁹

- Fertigungsberufe
- technische Berufe
- Kaufleute
- Verkehrsberufe
- Büroberufe
- Publizisten usw.
- Gesundheits- und soziale Berufe
- Lehre und Wissenschaft
- Gästebetreuer.

Einige Befragte machten zu ihrem Beruf keine Angaben.⁷⁰⁰

Diese Einteilung wird im Folgenden übernommen. Allerdings hat sich gezeigt, dass man mehrere Berufsgruppen unter einer speziellen Sicht bündeln kann. Das betrifft insbesondere die Fälle einer abgeschwächten Weisungsbindung. Dieser Fall kann aus zwei Gründen eintreten:

- Der Beschäftigte unterliegt nach der Art der Arbeit (Außendienst, Fahrer) nur einer geringen Kontrolle. Darauf wird bei den Verkehrsberufen im Allgemeinen und unter den Kaufleuten beim Frachtführer im Besonderen einzugehen sein.
- Der Beschäftigte kann aber auch wegen seiner Fachkompetenz nur einer geringen Kontrolle unterliegen. Dieser Fall tritt insbesondere bei den freien Berufen auf. Darauf wird in einem Vorspann zu den freien Berufen zurückzukommen sein. Auch zeigt sich, dass unter diesem Aspekt die Gesamtheit der freien Berufe einer gesonderten Betrachtung bedarf, so dass die frühere Liste um einige andere freie Berufe ergänzt werden könnte.

Darüber hinaus empfiehlt sich evtl. eine Ergänzung um die Berufsgruppe der Sportler (s. u. 13).

698 Eine weitere Aufschlüsselung nach den einzelnen Berufsangaben der Befragten bei *Dietrich*, Empirische Befunde, S. 159 ff.

699 S. 96 ff.

700 S. *Wank*, Empirische Befunde, S. 102.

Die empirische Untersuchung hat gezeigt, dass Erwerbstätige in der Grauzone in allen Berufen zu finden sind.⁷⁰¹ Das Risiko einer Scheinselbständigkeit ist bei Frauen und bei Migranten signifikant erhöht.⁷⁰² In einigen Berufen sind besonders viele Scheinselbständige anzutreffen, so in den Bereichen Geisteswissenschaften, Lehrberufe und Gastronomie, wobei der Anteil je nach dem zugrunde gelegten Modell variiert.⁷⁰³

1. Fertigungsberufe

Im Hinblick auf Produktionsunternehmen⁷⁰⁴ gibt es grundsätzlich keine Abgrenzungsprobleme. Das liegt daran, dass die Produktion von Waren technische Hilfsmittel und eine Organisation verlangt, über die einzelne Beschäftigte nicht verfügen. Für die von *Lieb* ins Spiel gebrachte „Beschäftigung auf Produktionsdauer“ gibt es daher kaum Ansatzpunkte.⁷⁰⁵

Bekannt ist das Beispiel der aus osteuropäischen Ländern kommenden Metzger, die als Selbständige auftreten und in Fleischfabriken oder Schlachthöfen arbeiten. Da sie in die Organisation eingebunden sind, ist die Feststellung der Scheinselbständigkeit einfach. Eine andere Sache ist es, inwieweit die Gesetzesumgehung aufgedeckt wird.

Zu Zimmerleuten als Gesellschaftern s. eine BAG-Entscheidung von 1991.⁷⁰⁶

2. Technische Berufe

Aus diesen Berufen sind keine Besonderheiten zu vermelden.

Eine Entscheidung des BAG betrifft die Frage eines Ehegatten-Arbeitsverhältnisses bei einem Elektriker.⁷⁰⁷

3. Kaufleute

Innerhalb der Berufsgruppe der Kaufleute sind mehrere Unterfälle zu untersuchen. Zum einen geht es um Frachtführer, bei denen sich die Abgrenzungsproblematik mit der allgemeinen Abgrenzungsproblematik bei Fahrern überschneidet. Han-

701 *Dietrich/Patzina*, Quantitative Erfassung, S. 105.

702 *Dietrich/Patzina*, Quantitative Erfassung, S. 103, 151.

703 *Dietrich/Patzina*, Quantitative Erfassung, S. 105 ff.

704 S. auch *Wank*, Empirische Befunde, S. 115 f.

705 *Lieb*, RdA 1977, 210 ff.

706 BAG 10.4.1991 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 54.

707 BAG 21.4.1993 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 67.

delsvertreter als im HGB eigens geregelte Berufsgruppe weisen Sonderprobleme im Hinblick auf diese Spezialregelung auf. Schließlich sind aus der Gruppe der Absatzmittler Franchisenehmer besonders hervorzuheben. Zum Kommissionär erkennt das BAG richtig, dass es auch hier, wie beim Handelsvertreter, trotz der Regelung in § 383 HGB, selbständige und abhängige Kommissionäre geben kann.⁷⁰⁸

a) Frachtführer und Fahrer, Piloten

Die Gruppe der Fahrer⁷⁰⁹ kann man zum einen der Gruppe der „weisungsfreien Mitarbeiter“ zuordnen (dazu XII 6), zum anderen als Frachtführer i. S. des HGB der Gruppe der Absatzmittler (dazu im Folgenden) oder unabhängig davon als eigene Gruppe behandeln.

aa) Vorüberlegungen⁷¹⁰

Gerade der Beruf des Fahrers ist besonders geeignet, das Abgrenzungsproblem zu verdeutlichen. Er arbeitet nicht am Ort des Auftraggebers und kann sich vielleicht die tägliche Route selbst einteilen und selbst seine Wege suchen. Während des Tagesablaufs unterliegt er vielleicht keiner Kontrolle und kann sich den Zeitablauf und die Pausen selbst einrichten.

Wird ihm einmal die Liste der aufzusuchenden Orte morgens übergeben, erfolgen während des Tages keine weiteren Anweisungen. Das alles spricht dafür, dass er, nach der herkömmlichen Definition, ein Selbständiger ist. Aber die Rechtsprechung erkennt selbst, dass diese Abgrenzungskriterien in Wahrheit nur Äußerlichkeiten betreffen, und kommt zutreffend zu dem Ergebnis, dass es sich regelmäßig um Arbeitnehmer handelt.

bb) Rechtsprechung

In dem früheren Gutachten⁷¹¹ wurde bereits eine Entscheidung des LAG Hamburg genannt, in der ein *Kurierfahrer* als Arbeitnehmer qualifiziert wurde.⁷¹²

In einem Urteil zu einem *Frachtführer* stellt das BAG fest, dass der Frachtführer i. S. des § 425 HGB zwar ein selbständiges Gewerbe betreibt; wenn seine Tätigkeit aber stärker eingeschränkt sei, als nach der gesetzlichen Regelung geboten, könne er ein Arbeitnehmer sein.⁷¹³ Bei einem anderen Frachtführer lehnte das BAG die

708 BAG 4.12.2002 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 115; zum Ganzen *Wank* in Martinek/Semler/Flohr, Handbuch des Vertriebsrechts, § 16; zum Kommissionsagenten BAG 13.7.1978 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 29.

709 *ErfK-Preis*, § 611 BGB Rn. 78; *Schmidt/Schwerdtner*, Scheinselbständigkeit, Rn. 263 ff.

710 *Wank* in Blanke u. a., Neue Beschäftigungsformen, 1. Teil Rn. 194.

711 *Wank*, Empirische Befunde, S. 107.

712 LAG Hamburg, nachgewiesen bei *Wank*, DB 1992, 90.

713 BAG 19.11.1997 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 90; dazu *Buchner*, NZA 1998, 1144, 1145.

Arbeitnehmereigenschaft für den Fall ab, dass der Beschäftigte seine Arbeitszeit frei einteilen könne und nicht nur die theoretische Möglichkeit hätte, auch für andere Kunden auf eigene Rechnung zu fahren.⁷¹⁴ Der BGH qualifizierte in einem Urteil einen Frachtführer als Arbeitnehmerähnlichen.⁷¹⁵

Besonderes Aufsehen hat die Rechtsprechung zu den *Eismann-Fällen* hervorgerufen. Kläger waren *Auslieferungsfahrer* von Tiefkühlkost. Sie waren nach ihrem Vertrag als Selbständige tätig. Der BGH qualifizierte sie demgegenüber als Arbeitnehmer.⁷¹⁶ Das BAG konnte es angesichts der Tatsache, dass § 5 ArbGG für Arbeitnehmer und für Arbeitnehmerähnliche gilt, offenlassen, zu welcher Kategorie die Kläger gehörten; jedenfalls waren sie auch nach der Ansicht des BAG keine freien Selbständigen.⁷¹⁷

Für eine bestimmte Art der Vertragsgestaltung hat das BAG allerdings die Arbeitnehmereigenschaft verneint.⁷¹⁸ In dem Fall konnte die Klägerin selbst entscheiden, ob sie einen Auftrag annahm. Es bestand auch keine Pflicht zur Dienstbereitschaft, und die Klägerin durfte auch eigene Mitarbeiter einsetzen.

Das BAG hielt den *Co-Piloten* eines Verkehrsflugzeugs für einen Arbeitnehmer, weil er dem Weisungsrecht des Flugkapitäns unterworfen und in Dienstplänen aufgeführt sei.⁷¹⁹

cc) Stellungnahme und Folgerungen für die empirische Untersuchung

Alle vom BAG allgemein genannten Kriterien sind bei einem Fahrer nur schwach ausgeprägt, so dass mehr für eine Stellung als Selbständiger sprechen würde. Anders als das BAG suggeriert, beruht die vom BAG vorgenommene Entscheidung für die Arbeitnehmereigenschaft nicht auf den vom BAG sonst genannten Kriterien, sondern darauf, dass der Fahrer für fremde Rechnung arbeitet.

BGH und BAG gelangen gerade in den *Eismann-Fällen* trotz methodisch angreifbarer Prämissen zum zutreffenden Ergebnis. Mit Recht legen beide Gerichte den Fokus auf die wirtschaftliche Abhängigkeit der Fahrer und auf das Auseinanderklaffen von vertraglicher Regelung und tatsächlicher Durchführung.⁷²⁰

Für die empirische Untersuchung ist es wichtig zu fragen, ob unternehmerische Entscheidungsfreiheit besteht und auf wessen Rechnung die Tätigkeit erfolgt.

714 BAG 30.9.1998 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 103.

715 BGH 21.10.1998 NZA 1999, 110.

716 BGH 4.11.1998 BGHZ 140, 11.

717 BAG 16.7.1997 AP ArbGG § 5 Nr. 92 (Kreuder).

718 BAG 27.6.2001 – 5 AZR 561/99 – NZA 2002, 742.

719 BAG 16.3.1994 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 68 = SAE 1995, 122 (Boemke).

720 Wank, Anm. zu BGH RdA 1999, 268.

b) Handelsvertreter

aa) Vorüberlegungen⁷²¹

Im Folgenden geht es um die große Gruppe der Vertriebsmittler oder Absatzmittler,⁷²² unter denen die Handelsvertreter die markanteste Gruppe darstellen.

Absatzmittler in einem engeren Sinne ist nur der Handelsvertreter. Allgemein müssten für Vertriebsmittler (Handelsvertreter, Franchisenehmer usw.)⁷²³ eigentlich die allgemeinen Abgrenzungskriterien gelten. Jedoch ist für Handelsvertreter die Abgrenzung zwischen der Ausübung des Berufs als Selbständiger oder als Arbeitnehmer in einer eigenen Vorschrift geregelt:

§ 84 Abs. 1 HGB: Handelsvertreter ist, wer als selbständiger Gewerbetreibender ständig damit betraut ist, für einen anderen Unternehmer (Unternehmer) Geschäfte zu vermitteln oder in dessen Namen abzuschließen. Selbständig ist, wer im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann.

Abs. 2: Wer, ohne selbständig zu sein, ständig damit betraut ist, für einen Unternehmer Geschäfte zu vermitteln oder in dessen Namen abzuschließen, gilt als Angestellter.

Ein besonderes Problem ergibt sich in diesem Bereich dadurch, dass es in diesen Beschäftigungsverhältnissen regelmäßig um Kundenbeziehungen geht. Es besteht eine Dreiecksbeziehung Auftraggeber/Beschäftigter/Kunde. Das muss bei der Art der Fragen berücksichtigt werden.⁷²⁴

bb) Rechtsprechung

An Rechtsprechung zu Handelsvertretern liegt vor:

BAG

BAG 12.6.1996 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 87 (betr. Tankwart)

BAG 9.6.2010 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 121 (Versicherungsvertreter)

BAG 21.1.1966 BAGE 18, 87 = AP HGB § 92 Nr. 2

BAG 15.12.1999 AP HGB § 92 Nr. 5

BAG 15.12.1999 AP HGB § 92 Nr. 6

⁷²¹ Zu Handelsvertretern *Reiserer/Bölz*, Werkvertrag, Rn. 74 ff.; *Schmidt/Schwerdtner*, Scheinselbständigkeit, Rn. 187 ff.; *Wank*, Arbeitnehmer, S. 256 ff.; *ders.*, Empirische Befunde, S. 97 ff.; *ders.* in *Martinek/Semler/Flohr*, Handbuch des Vertriebsrechts, § 14.

⁷²² *Wank*, Empirische Befunde, S. 96 ff.

⁷²³ *Wank* in *Martinek/Semler/Flohr*, Handbuch des Vertriebsrechts, 3. Kapitel.

⁷²⁴ *Wank*, Empirische Befunde, S. 23 f.

BGH

BGH 11.7.1953 BGHZ 10, 187

BGH 7.12.1961 BGHZ 36, 142

BVerfG

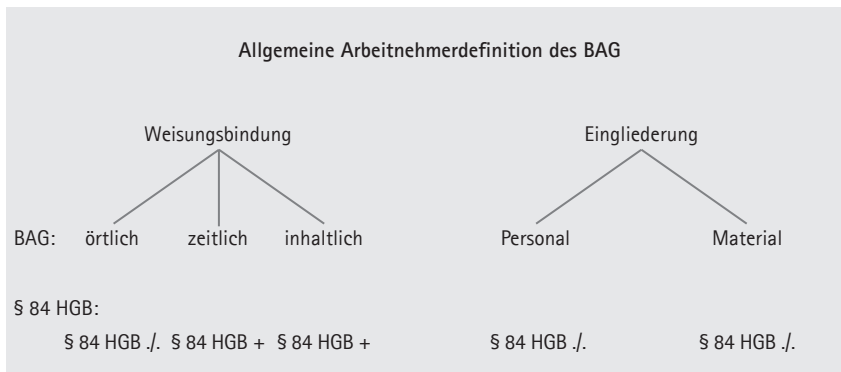
BVerfG 25.10.1977 BVerfGE 46, 224

Bei diesen Berufen steht das BAG vor zwei Problemen.

(1) Speziell für Handelsvertreter enthält das Gesetz ausnahmsweise eine **Legaldefinition** zur Abgrenzung zwischen angestellten und selbständigen Handelsvertretern in **§ 84 HGB**.

Die heutige Definition muss an der Handelsvertreter-Richtlinie der EG vom 18.12.1986⁷²⁵ gemessen werden. Dazu ist eine unionsrechtskonforme Auslegung erforderlich. Eine nähere Untersuchung ergibt aber, dass aus dem Unionsrecht insoweit kein Änderungsbedarf folgt.⁷²⁶

Die Legaldefinition in § 84 HGB aus dem Jahre 1953 ist nicht kompatibel mit der allgemeinen Definition des BAG zur Arbeitnehmereigenschaft.



Von den insgesamt fünf tragenden Merkmalen für die allgemeine Arbeitnehmerdefinition des BAG enthält § 84 HGB nur zwei. Es ist daher unzutreffend, wenn es BAG und Teile der Literatur⁷²⁷ so darstellen, als ob es sich um die gleiche Definition handele.

⁷²⁵ ABl. L 382/17.

⁷²⁶ Wank in Flohr/Martinek, European Distribution Law, erscheint 2017.

⁷²⁷ Z. B. Erfk-Preis, § 611 BGB Rn. 50; Henssler, RdA 2016, 18, 19.

Das BAG könnte entweder das Gesetz beiseiteschieben und auf den allgemeinen Arbeitnehmerbegriff zurückgreifen. Angesichts der Bindung der Gerichte an das Gesetz setzt das allerdings voraus, dass das BAG insoweit die Notwendigkeit und die Zulässigkeit einer Rechtsfortbildung aufzeigt. Dazu findet sich in den neueren Urteilen nichts.

Alternativ könnte das BAG § 84 HGB korrekt anwenden. Das wäre allerdings in der Sache unbefriedigend.

Das BAG versucht einen dritten Weg: Es wendet zwar scheinbar § 84 HGB an, unterschiebt der Vorschrift (mit ihren zwei Merkmalen) aber die Kriterien des allgemeinen Arbeitnehmerbegriffs (mit seinen fünf Merkmalen). Auf diese Weise wird sowohl die „örtliche Weisungsbindung“ als auch das selbständige Merkmal „Eingliederung“ in das Merkmal „Weisungsbindung“⁷²⁸ hineininterpretiert.⁷²⁹

Ursprünglich hatte das BAG ausgeführt, die Kriterien in § 84 HGB seien unzureichend, und hat daher seine Rechtsprechung zum allgemeinen Arbeitnehmerbegriff so fortgeführt, als ob es keine gesetzliche Regelung gegeben hätte.⁷³⁰ In neuerer Zeit zitiert das BAG zwar § 84 HGB. Es meint, dass für die Abgrenzung allein § 84 HGB heranzuziehen sei; auf weitere Merkmale komme es nicht an.⁷³¹ In der Sache wendet es aber nicht § 84 HGB an, sondern den von ihm entwickelten Arbeitnehmerbegriff, einschließlich örtliche Weisungsbindung und Eingliederung.

So in BAG 9.6.2010 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 121 (Rn. 30 ff.)

Der freie Umgang mit dem Gesetz und die Inkompatibilität der beiden Arbeitnehmerbegriffe werden dadurch erleichtert, dass das BAG „alle Umstände des Falles in Betracht ziehen und schließlich in ihrer Gesamtheit würdigen“⁷³² will.

(2) Ein zweites Problem ergibt sich für das BAG daraus, dass das HGB auch für den selbständigen Handelsvertreter weitgehende **Weisungsrechte** für den Unternehmer vorsieht. So besteht nach § 86 Abs. 1 2. Halbsatz HGB eine umfassende Interessenwahrnehmungspflicht. Der Handelsvertreter muss den Markt beobachten und Geschäftsbeziehungen pflegen. Er ist nach § 86 Abs. 2 HGB verpflichtet, Rechenschaft abzulegen und Weisungen des Unternehmers zu folgen. Wenn aber für das BAG maßgebliches Abgrenzungskriterium die Weisungsbindung ist, und das Gesetz den selbständigen Handelsvertreter Weisungen des Unternehmers unterwirft, dann erscheint eine Anwendung des allgemeinen Arbeitnehmerbegriffs als nicht möglich.

728 S. zum Tankstellenhalter als Handelsvertreter BAG 11.8.1966 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 5.

729 BAG 9.6.2010 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 121; dazu Wank in Martinek/Semler/Flohr, Handbuch des Vertriebsrechts, § 14 Rn. 34.

730 BAG 21.6.1966 BAGE 18, 87, 103 = AP HGB § 92 Nr. 2.

731 BAG 5.12.1999 AP HGB § 84 Nr. 12; BAG 21.1.1966 AP HGB § 92 Nr. 6 = BAGE 18, 87.

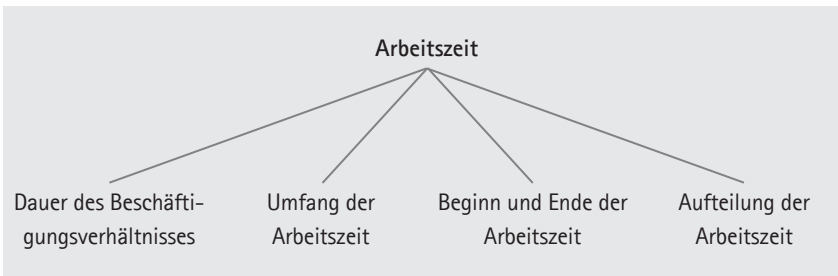
732 BAG 15.12.1999 AP HGB § 92 Nr. 6.

Der BGH führt dazu aus, die Weisungsbindung des selbständigen Handelsvertreters sei von der des angestellten Handelsvertreters völlig verschieden.⁷³³ Der selbständige Handelsvertreter sei nur der allgemeinen Unternehmenspolitik unterworfen. Die Gerichte behelfen sich dadurch, dass sie durch die im Gesetz vorgesehenen Weisungsrechte die Selbständigkeit nicht als gefährdet ansehen, sondern nur wenn sich der Unternehmer weitergehende Weisungsrechte einräumt.⁷³⁴ Im Übrigen hat die Rechtsprechung, obwohl das Merkmal „Eingliederung“ in § 84 HGB nicht erscheint, diesem Merkmal erhebliche Bedeutung beigemessen.⁷³⁵

Wie allgemein bei der Abgrenzung, stellt das BAG auch beim Handelsvertreter auf die tatsächliche Durchführung des Vertrages ab.⁷³⁶

Subsumiert man, wie neuerdings das BAG, die im Gesetz nicht enthaltenen Untermerkmale unter die in § 84 HGB genannten beiden Merkmale „Arbeitszeit“ und „freie Gestaltung der Tätigkeit“, so ergibt sich Folgendes:

Das Merkmal „Arbeitszeit“ wird von Rechtsprechung und Literatur undifferenziert verwendet, obwohl es mehrere Facetten hat (s. dazu bereits o. V 2 b) ff).



Ein auf kurze Zeit angelegtes Beschäftigungsverhältnis eines Handelsvertreters wird es in der Praxis kaum geben, da zum Bild des Handelsvertreters die langfristige Marktpflege gehört.

Beim Umfang der Arbeitszeit gibt es zwei Aspekte: Ist die Arbeitszeit voll damit ausgefüllt, dass der Handelsvertreter nur für diesen einen Unternehmer tätig wird, ist das ein Indiz für eine Arbeitnehmerstellung. Im Übrigen ist die entscheidende Frage, wer über den Umfang der Arbeit entscheidet. So kann der Unternehmer

- eine bestimmte zeitliche Mindesttätigkeit festsetzen,⁷³⁷
- ein bestimmtes Mindestsoll festsetzen, bei dessen Unterschreitung die Vergütung um 40 % absinkt. Nach Ansicht des BAG ist das für die Abgrenzung

733 BGH 11.7.1953 BGHZ 10, 187; BGH 7.12.1961 BGHZ 36, 142, 1243.

734 BAG 9.6.2010 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 121 Rn. 30 ff.

735 BVerfG 25.10.1977 BVerfGE 46, 224, 233; BAG 21.1.1966 BAGE 18, 87, 91 = AP HGB § 92 Nr. 2.

736 BAG 15.12.1999 AP HGB § 92 Nr. 5; 15.12.1999 AP HGB § 92 Nr. 6; 5.12.1999 AP HGB § 84 Nr. 12.

737 BAG 15.12.1999 AP HGB § 92 Nr. 5; 5.12.1999 AP HGB § 84 Nr. 12.

unerheblich⁷³⁸ – obwohl man die zeitliche Weisungsbindung kaum deutlicher zum Ausdruck bringen kann.

- Zur freien Zeiteinteilung gehört auch, dass der Handelsvertreter seine Urlaubszeit selbst festlegen kann.⁷³⁹

Wenn der Unternehmer dem Handelsvertreter Fortbildungsprogramme anbietet, dann wird die Selbständigkeit dadurch solange nicht beeinflusst, als die Teilnahme freiwillig erfolgt.⁷⁴⁰

Im Hinblick auf die anderen vier Merkmale neben der Arbeitszeit gilt Folgendes:

Eine *örtliche Weisungsbindung* ist für Handelsvertreter typisch. Als Abgrenzungsmerkmal ist sie insofern wenig geeignet, als § 87 Abs. 2 HGB diese Möglichkeit auch für selbständige Handelsvertreter vorsieht.

Im Hinblick auf die *inhaltliche Weisungsbindung* lassen sich keine Argumente aus solchen Weisungen gewinnen, die sich auf Art und Umfang des Handels beziehen.

Im Übrigen stellt das BAG darauf ab, ob gegenüber den gesetzlichen Vorgaben eine erhöhte Intensität bei den Weisungen besteht. So unterliegt der Handelsvertreter zwar nach § 86 Abs. 2 HGB einer Berichtspflicht. Aber eine umfassende Berichtspflicht führt zur Arbeitnehmereigenschaft.

BAG 24.4.1980 – 3 AZR 911/77 – AP HGB § 84 Nr. 1

BAG 15.12.1999 – 5 AZR 3/99 – AP HGB § 92 Nr. 5 = NZA 2000, 534

BAG 15.12.1999 – 5 AZR 770/98 – AP HGB § 92 Nr. 6 = NZA 2000, 481

BAG 15.12.1999 – 5 AZR 566/98 – AP HGB § 92 Nr. 9 = NZA 2000, 447

Auch das Merkmal *Eingliederung* wird vom BAG weiterhin berücksichtigt, obwohl es sich nur schwer unter das gesetzliche Merkmal „freie Gestaltung seiner Tätigkeit“ subsumieren lässt. Es geht eben nicht um Weisungen, sondern um die Einbindung in eine fremde Organisation.⁷⁴¹

So spricht es für die Selbständigkeit, wenn der Unternehmer dem Handelsvertreter beim Aufbau einer eigenen Büroorganisation hilft.⁷⁴² Für Selbständigkeit spricht es auch, wenn der Handelsvertreter eigene Mitarbeiter oder Untervertreter einsetzen darf.⁷⁴³

738 BAG 5.12.1999 AP HGB § 84 Nr. 12.

739 BAG 15.12.1999 AP HGB § 92 Nr. 5.

740 BAG 5.12.1999 AP HGB § 84 Nr. 12.

741 Wank, RdA 1999, 297, 308; unzut. LAG Nürnberg, AuR 1999, 160, 161 (unter 6 d); Oberthür/Lohr, NZA 2001, 126, 132 f.

742 BAG 15.12.1999 AP HGB § 92 Nr. 6.

743 BAG 15.12.1999 AP HGB § 92 Nr. 9 = NZA 2000, 447; BAG 15.12.1999 AP HGB § 92 Nr. 6.

cc) Stellungnahme

Die Definition in § 84 HGB ist mit ihrer rudimentären Merkmalsbildung gegenüber derjenigen, die das BAG allgemein verwendet, weniger geeignet. Es entspricht aber nicht der Methodenehrlichkeit,⁷⁴⁴ eine Übereinstimmung zweier Definitionen zu behaupten, wo sie offensichtlich nicht besteht. Vielmehr sollte offen darauf hingewiesen werden, dass die Definition in § 84 HGB nur den damaligen Erkenntnisstand wiedergibt und einer besseren Erkenntnis nicht entgegenstehen will. Eindeutig verbietet es sich aber, wie es verbreitet geschieht, § 84 HGB als allgemeine Rechtsgrundlage für den Arbeitnehmerbegriff zu verwenden.

Legt man die sonst üblichen Kriterien zugrunde, so ergibt sich:

Für die Selbständigkeit eines Handelsvertreters spricht:

- eine eigene Ortswahl für die Handelsvertreterstätigkeit⁷⁴⁵
 - Freiheit bei der Einteilung der Zeit⁷⁴⁶
 - das Fehlen einer inhaltlichen Weisungsbindung, die über das gesetzlich vorgesehene Maß hinausgeht,
 - keine Eingliederung in die fremde Organisation im Hinblick auf Personal, da der Handelsvertreter eigene Mitarbeiter und Untervertreter einsetzen darf⁷⁴⁷
 - keine Eingliederung in die fremde Organisation im Hinblick auf Material, wenn der Handelsvertreter
 - über eigene Geschäftsräume⁷⁴⁸
 - über eine eigene Geschäftseinrichtung⁷⁴⁹
 - über eigene Betriebsmittel⁷⁵⁰
- verfügt.

Kennzeichnend für das Fehlen einer organisatorischen Einbindung und für ein Auftreten am Markt ist es, wenn der Handelsvertreter für mehrere Unternehmen tätig ist.⁷⁵¹

⁷⁴⁴ Dazu Wank, NZA Sonderbeilage 3/2011, S. 126.

⁷⁴⁵ Hanau/Strick, DB Beil. Nr. 14, 1999, 8; Hopt, DB 1998, 863, 866; Wank in Martinek/Semler/Flohr, Handbuch des Vertriebsrechts, § 14 Rn. 88.

⁷⁴⁶ Hanau/Strick, DB Beil. Nr. 14, 1999, 7 f.; Hopt, DB 1998, 863 f., 866 f.; Wank in Martinek/Semler/Flohr, Handbuch des Vertriebsrechts, § 14 Rn. 84.

⁷⁴⁷ BAG 15.12.1999 AP HGB § 92 Nr. 9 = NZA 2000, 447; BAG 15.12.1999 AP HGB § 92 Nr. 6; Baumbach/Hopt, § 84 HGB Rn. 36; Flohr/Wauschkuhn/Billing, Vertriebsrecht, § 84 HGB Rn. 82 f.; Hanau/Strick, DB Beil. Nr. 14/12998, 10; Hopt, DB 1998, 863, 865; Wank in Martinek/Semler/Flohr, Handbuch des Vertriebsrechts, § 14 Rn. 77.

⁷⁴⁸ BVerfG 25.10.1977 BVerfGE 46, 224, 234; Flohr/Wauschkuhn/Billing, Vertriebsrecht, § 84 HGB Rn. 82 f.; Hopt, DB 1998, 863, 866; Wank in Martinek/Semler/Flohr, Handbuch des Vertriebsrechts, § 14 Rn. 77.

⁷⁴⁹ Baumbach/Hopt § 84 HGB Rn. 36.

⁷⁵⁰ Hopt, DB 1998, 863, 865.

⁷⁵¹ OLG Celle MDR 1958, 341; ebenso Baumbach/Hopt, § 84 HGB Rn. 36.

dd) Folgerungen für die empirische Untersuchung

Angesichts des § 84 HGB scheint es so, als müsse bei Handelsvertretern nur nach den beiden in dieser Vorschrift genannten Merkmalen gefragt werden und bei anderen Berufen nach allen fünf Kriterien. Auch der Vorspann der neueren BAG-Urteile deutet darauf hin. Tatsächlich wendet das BAG auch bei Handelsvertretern die üblichen fünf Merkmale an, wenn auch unter anderer Bezeichnung, so dass sich die Befragung insofern nicht unterscheidet.

Allerdings muss bei Handelsvertretern angesichts der im HGB vorgesehenen gesetzlichen Bindungen gefragt werden, ob darüber hinausgehende Bindungen bestehen (dann Arbeitnehmereigenschaft). Die Weisungsbindung ist also nicht völlig verschieden, sondern sie erreicht bei Arbeitnehmern und bei Selbständigen nur eine unterschiedliche Intensität.

c) Franchisenehmer

aa) Vorüberlegungen⁷⁵²

Außer den Handelsvertretern gibt es eine Reihe anderer Berufe von Absatzmittlern, bei denen sich ebenfalls die Frage stellt, ob sie in selbständiger oder in abhängiger Tätigkeit ausgeübt werden. Dazu gehören Franchisenehmer,⁷⁵³ Kommissionäre und Kommissionsagenten⁷⁵⁴ sowie Vertragshändler.⁷⁵⁵

Für Franchisenehmer gibt es keine gesetzliche Regelung und damit auch keine Legaldefinition. § 84 HGB ist nicht anwendbar.

Üblicherweise werden Franchiseverhältnisse wie folgt definiert:

„Franchising ist ein Dauerschuldverhältnis, kraft dessen der Franchisegeber seinem Partner, dem Franchisenehmer, gegen ein direktes oder indirektes Entgelt das Recht einräumt, bestimmte Waren oder Dienstleistungen im eigenen Namen und auf eigene Rechnung zu vertreiben und dabei unter Beachtung des Organisations- und Werbekonzepts des Franchisegebers dessen Namen, dessen Warenzeichen oder andere Schutzrechte und dessen gewerbliche und technische Erfahrungen zu nutzen, wobei der Franchisegeber seinem Partner neben der Schulung im Vertriebssystem auch Rat und Beistand schuldet, aber auch das Recht hat, den Franchisenehmer bei der Ausführung des Systems zu kontrollieren und zu dessen Einhaltung Weisungen zu erteilen.“⁷⁵⁶

752 Zu Franchisenehmern *ErFK-Preis*, § 611 BGB Rn. 29 ff.; *Reiserer/Freckmann/Träumer*, Scheinselbständigkeit, A Rn. 70 ff.; *Schmidt/Schwerdtner*, Scheinselbständigkeit, Rn. 236 ff.; *Wank*, Arbeitnehmer, S. 281 ff.; *ders.*, Empirische Befunde, S. 103 ff.; *ders.*, Zeitschrift für Sozialreform 1996, 387; *ders.* in *Martinek/Semler/Flohr*, Handbuch des Vertriebsrechts, § 15.

753 *Wank*, Empirische Befunde, S. 103 ff.

754 Zu ihnen *Wank* in *Martinek/Semler/Flohr*, Handbuch des Vertriebsrechts, § 16; *ders.*, Empirische Befunde, S. 106.

755 Zu ihnen *Wank* in *Martinek/Semler/Flohr*, Handbuch des Vertriebsrechts, § 16; *ders.*, Empirische Befunde, S. 101 f.

756 Definition nach *Wank* in *Martinek/Semler/Flohr*, Handbuch des Vertriebsrechts, § 15 Rn. 2 m. w. N.; s. z. B. BAG 30.5.1978 AP HGB § 60 Nr. 9.

Zum Teil wird argumentiert, der Franchisenehmer sei schon kraft Definition ein Selbständiger; also könne sich das Problem der Arbeitnehmereigenschaft eines Franchisenehmers gar nicht stellen.

Zum Ganzen:

Rechtsprechung: BAG 16.7.1997 NZA 1997, 1126

BGH 4.1.1998 NZA 1999, 53

LAG Düsseldorf 20.10.1987 ZIP 1988, 454

OLG Schleswig 27.8.1986 NJW-RR 1987, 220

Literatur: Bauder, NJW 1989, 78, 79

Buchner, CR 1989, 37

Ekkenga, AG 1989, 305

Hilger, RdA 1989, 1, 4 f.

Küstner, Anm. zu BAG AP HGB § 84 Nr. 1

Skaupy, NJW 1992, 1785, 1790

Weber, JA 1983, 347, 350

Weltrich, BB 1988, 806

Hierbei werden die Probleme der Scheinselbständigkeit und des Rechtsformzwanges verkannt. Es geht nicht darum, ob der Franchisegeber den Franchisenehmer im Vertrag zu einem Selbständigen erklärt, sondern ob der Franchisenehmer bei objektiver Betrachtung nur Scheinselbständiger und damit Arbeitnehmer ist.

bb) Rechtsprechung

Heute hat sich die Ansicht durchgesetzt, dass der bloße Abschluss eines Franchisevertrags offen lässt, ob es sich um den Vertrag eines Selbständigen oder eines Arbeitnehmers handelt.⁷⁵⁷ Die gegenteilige Auffassung beruht auf Begriffsjurisprudenz.⁷⁵⁸

Grundlegend waren ein Urteil des BGH⁷⁵⁹ und des BAG⁷⁶⁰ betreffend die Verkaufsfahrer eines Eiswarenherstellers („Eismann“), die auf der Grundlage von Franchiseverträgen arbeiteten. Zwar wurden sie im Vertrag als Selbständige bezeichnet; die Ausgestaltung der Verträge und deren praktische Durchführung ergaben aber, dass sie entweder Arbeitnehmer oder Arbeitnehmerähnliche waren, aber keine freien Selbständigen.

757 Umfassende Nachw. bei Wank in Martinek/Semler/Flohr, Handbuch des Vertriebsrechts, § 15 Rn. 6 ff.

758 Krit. Berning, Die Abhängigkeit des Franchise-Nehmers, 1993, S. 115 ff., 136 ff.

759 BGH 4.11.1998 BGHZ 140, 11 = NJW 1999, 218 = RdA 1999, 268 (Wank).

760 BAG 16.7.1997 AP ArbGG § 5 Nr. 92 (Kreuder).

Das BAG konnte die materiellrechtliche Frage offenlassen, da nach § 5 ArbGG der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten nicht nur für Arbeitnehmer, sondern auch für Arbeitnehmerähnliche eröffnet ist. In der Sache dürfte das BAG mit dem BGH übereinstimmen, der zum materiellen Recht entscheiden hat. Danach sprach für die Arbeitnehmereigenschaft der Verkaufsfahrer:

- Arbeit nur für einen Auftraggeber
- Arbeit ohne eigene Mitarbeiter
- fehlender unternehmerischer Entscheidungsspielraum
- kein fairer Ausgleich von Risiken und Chancen.

Der Vertrag gewährte den Fahrern nur „ein Einkommen im unteren Bereich, das zu dem erforderlichen Zeitaufwand und dem gebotenen persönlichen Einsatz des Beklagten in keinem vernünftigen Verhältnis“ stand.⁷⁶¹

cc) Stellungnahme und Folgerungen für die empirische Untersuchung

Die beiden Entscheidungen von BGH und BAG haben in aller Deutlichkeit gezeigt, worum es bei der Abgrenzung wirklich geht. Eine Weisungsbindung in dem oberflächlichen Sinne, wie sie üblicherweise verstanden wird, geht am Kern des Problems vorbei. Entscheidend ist, ob die Weisungsbindung unternehmerische Freiheit bietet oder nicht. Das Handeln im eigenen Namen und auf eigene Rechnung muss auch wirklich dazu führen, dass bei angemessenen unternehmerischen Entscheidungen ein adäquates Einkommen erzielt werden kann. Wer nach seinem Vertrag realistische unternehmerische Chancen hat, der trägt auch unternehmerische Risiken. Nur insofern haben die Vertreter der Ansicht Recht, dem Franchisevertrag seien Risiken immanent. Wenn aber der Franchisegeber den Franchisnehmer so sehr in seine Organisation einspannt, dass der Franchisnehmer zwar unternehmerische Risiken trägt, aber keine unternehmerischen Chancen hat, dann wird auf diese Weise Arbeitsrecht umgangen.

Für die empirische Untersuchung kann die Rechtsprechung des BGH und des BAG zugrunde gelegt werden. Danach ist wie auch in anderen Fällen nach den fünf typischen Merkmalen zu fragen.

761 BGH 4.11.1998 RdA 1999, 268 ff.

4. Verkehrsberufe (Kurierfahrer, Auslieferungsfahrer, Piloten)

a) Vorüberlegungen

Die Berufsgruppe der Fahrer oder der Beschäftigten in der Berufsgruppe Transport und Verkehr⁷⁶² kann man zum einen der Gruppe der „weisungsfreien Mitarbeiter“ zuordnen (s. u. 6), zum anderen (beim Frachtführer i. S. des HGB und beim Verkaufsfahrer) der Berufsgruppe der Absatzmittler (s. o. 3) oder – wie hier – teilweise unabhängig davon als eigene Gruppe behandeln.

Ein Kurierfahrer oder ein Auslieferungsfahrer sind nicht ortsgebunden. Sie unterliegen während der Fahrt keinen Weisungen bezüglich der Zeitaufteilung und erhalten während des Tages keine weiteren Weisungen. Verpflichtet man sie darüber hinaus, ihr eigenes Fahrzeug zu benutzen oder stellt man ihnen ein Leasing-Fahrzeug zur Verfügung, so scheinen alle Einzelmerkmale für eine Selbständigkeit zu sprechen.⁷⁶³

Von einigen Landesarbeitsgerichten wurden sie dagegen als Arbeitnehmer qualifiziert.⁷⁶⁴

Dass das Ergebnis nicht stimmen kann, zeigt sich, wenn man den Aspekt unternehmerische Chancen und Risiken ins Spiel bringt. Der einzige Spielraum besteht dann darin, das Fahrtempo zu bestimmen (was bei Staus und Tempolimits schwierig ist), die schnellste Fahrtroute zu wählen und die Waren schnell an die Kunden zu übergeben. Es erstaunt nicht, dass sich im internationalen Vergleich⁷⁶⁵ gerade am Beispiel der Fahrer zeigt, was die herkömmliche Definition (persönliche Abhängigkeit) nicht leistet und worauf es tatsächlich ankommt.

Bei einer europäischen Fluggesellschaft sind die Piloten als angeblich Selbstständige beschäftigt. Hierbei dürfte es sich um Scheinselbstständige handeln, schon aufgrund der Rechtsprechung des BAG. Die Piloten sind in den Flugplan eingebunden, sie sind Teil einer komplexen Arbeitsorganisation und auf die von der Fluggesellschaft gestellten Flugzeuge und deren Personal angewiesen.

b) Rechtsprechung

Die Rechtsprechung lässt sich mit sicherem Judiz nicht von ihren eigenen Prämissen blenden, sondern entscheidet in der Sache richtig.

Kurierfahrer, die Teil der Arbeitsorganisation sind, wurden als Arbeitnehmer qualifiziert:

⁷⁶² Wank, Empirische Befunde, S. 107.

⁷⁶³ Zu angeblich selbstständigen Busfahrern SG Dresden, 8.8.2012 – S 18 KR 412/09 – AuR 2012, SR 487.

⁷⁶⁴ LAG Hamburg 6.2.1990 – 3 Sa 50/89; LAG Köln 5.3.1997 MDR 1997, 752; dazu Wank, DB 1992, 90, 93.

⁷⁶⁵ Zum amerikanischen Recht Wank, Festschrift für Küttner, S. 5, 17 f.

LAG Hamburg 6.2.1990 – 3 Sa 50/89

LAG Köln 5.3.1997 MDR 1997, 752

Zum Ganzen *Wank*, DB 1992, 90

Für eine bestimmte Art der Vertragsgestaltung hat das BAG allerdings die Arbeitnehmereigenschaft verneint.⁷⁶⁶ Die Klägerin konnte selbst entscheiden, ob sie einen Auftrag annahm. Es bestand keine Präsenzpflcht und keine Pflicht zur Dienstbereitschaft, und sie durfte eigene Mitarbeiter einsetzen.

Ähnlich entschied das BAG für einen Frachtführer.⁷⁶⁷ Der BGH qualifizierte einen Frachtführer als Arbeitnehmerähnlichen.⁷⁶⁸

c) Stellungnahme und Folgerungen für die empirische Untersuchung

Für die Rechtsprechung besteht, wie allgemein beim „fachlich weisungsfreien Arbeitnehmer“, das Problem, dass die scheinbar maßgeblichen Kriterien und das Ergebnis nicht zusammenpassen. Nach den zugrunde liegenden Kriterien müssten die Gerichte folgerichtig die Selbständigkeit bejahen, aber im Ergebnis entscheiden sie sich für die Arbeitnehmereigenschaft.

Um bei den Fragen zum richtigen Ergebnis zu gelangen, muss man deshalb eine Frage nach den realistischen unternehmerischen Chancen in die anderen Merkmale integrieren.

5. Büroberufe

Kundenberater, die Kunden in deren Räumen aufsuchen und nach Anweisungen ihres Auftraggebers beraten, sind regelmäßig Arbeitnehmer.⁷⁶⁹

Sekretariatsarbeiten werden regelmäßig in einer Arbeitnehmerstellung ausgeübt;⁷⁷⁰ weitere Urteile betreffen den *Bezirksstellenleiter* einer Lottoagentur⁷⁷¹ und *Propagandistinnen*.⁷⁷²

Anders als in Produktionsberufen besteht wenig unternehmerischer Spielraum bei der Ausübung der Arbeit. Entscheidend ist auch hier, ob die Tätigkeit auf eigene Rechnung erfolgt.

766 BAG 27.6.2001 – 5 AZR 561/99 NZA 2002, 2125.

767 BAG 30.9.1998 – 5 AZR 563/97 – NZA 1999, 374 (s. o. XII 3 a).

768 BGH 21.10.1998 NZA 1999, 110.

769 BAG 6.5.1998 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 102 = NZA 1999, 205.

770 BAG 11.12.1996 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 91 = NZA 1997, 818.

771 BSG 1.12.1972 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 27; BAG 24.10.1978 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 30; 14.8.1995 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 83.

772 BSG 24.10.1978 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 30.

6. Fachlich weisungsfreie Mitarbeiter im Allgemeinen

a) Vorüberlegungen

Wenn die fachliche Weisungsbindung das ausschlaggebende Merkmal sein soll, dann ist der „fachlich weisungsfreie Arbeitnehmer“ ein Widerspruch in sich. In den Fällen aber, in denen Arbeitnehmer kraft ihrer Sachkunde oder in Ausübung eines freien Berufs keinen fachlichen Weisungen des Vertragspartners unterliegen, bejaht das BAG trotzdem die Arbeitnehmereigenschaft. Es muss dabei, um zur Arbeitnehmereigenschaft zu gelangen, Äußerlichkeiten der örtlichen und der zeitlichen Weisungsbindung überbetonen.

Richtiger wäre es zu erkennen, dass das Merkmal Weisungsbindung in dem üblichen Verständnis des BAG für die Abgrenzung ungeeignet ist. Ob jemand fachlichen Weisungen unterliegt oder nicht, spielt keine Rolle, solange der Beschäftigte keine unternehmerischen Entscheidungen auf eigene Rechnung fällen kann. Umgekehrt hat das Merkmal, wenn es vorliegt, einen erheblichen Indizwert: Wer fachlichen Weisungen unterliegt, hat in der Regel auch keinen unternehmerischen Spielraum.

b) Rechtsprechung

Das BAG hat in zahlreichen Fällen eine Arbeitnehmereigenschaft bejaht, in denen der Beschäftigte fachlich weisungsfrei war. Dabei handelt es sich zum großen Teil um Urteile zu den freien Berufen (dazu u. 7), aber auch um Urteile zu sonstigen Fachkräften.

BAG 24.10.1963 AP BGB § 611 Ärzte, Gehaltsansprüche Nr. 26

BAG 8.10.1975 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 18

BAG 2.6.1976 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 20

c) Stellungnahme und Folgerungen für die empirische Untersuchung

Wird festgestellt, dass der Beschäftigte fachlichen Weisungen unterliegt, spricht das nach Ansicht des BAG (und bei teleologischer Begriffsbildung) für die Arbeitnehmereigenschaft. Umgekehrt spricht, wie das BAG richtig sieht, das Fehlen fachlicher Weisungsbindung nicht zwingend für die Eigenschaft als Selbständiger.

In diesen Fällen müsste das BAG nach seiner eigenen Prämisse zwar die Eigenschaft als Selbständiger bejahen; es gelangt aber aufgrund zutreffenden Judizes trotz einer unzutreffenden Prämisse meist zu richtigen Ergebnissen. Das gelingt dem BAG dadurch, dass es im Einzelfall örtliche und zeitliche Weisungsbindung überbetont. Diese auf den Einzelfall bezogene Rechtsprechung lässt sich in einer empirischen Befragung nicht abbilden. Deshalb muss hilfsweise ein Merkmal herangezogen werden, das das BAG zwar nicht nennt, das in der Sache aber immer den Ausschlag gegeben hat.

Für die **empirische Untersuchung** folgt daraus: Es genügt nicht, allgemein nach Freiheit von Weisungen irgendwelcher Art zu fragen; sondern es geht um Weisungen, die die unternehmerische Freiheit und damit die Höhe des Einkommens betreffen, wie z. B. die in der empirischen Untersuchung erfragte Freiheit bei der Auswahl des Sortiments und bei den Öffnungszeiten.

7. Freie Berufe

a) Vorüberlegungen

Der freie Beruf⁷⁷³ ist ein Rechtsbegriff; Gegenbegriff dazu ist das Gewerbe.⁷⁷⁴ Allgemein werden dazu – im Anschluss an die historische Entwicklung – Tätigkeiten in folgenden Bereichen gerechnet (Tätigkeiten in den Medien werden gesondert behandelt):

- Kunst
- Wissenschaft
- Heilberufe
- Rechtsberatung und Steuerberatung
- pädagogische Berufe.

Die Bezeichnung als „freier Beruf“ besagt nur, um welche Tätigkeiten es sich handelt. Sie bedeutet nicht, dass diese Tätigkeit nur von Selbständigen ausgeübt werden kann. So kann der Inhaber einer Arztpraxis den freien Beruf eines Arztes als Selbständiger ausüben und seinerseits Ärzte als Angestellte beschäftigen.⁷⁷⁵ Von daher sollte man annehmen, dass auch im Bereich der freien Berufe der Arbeitnehmerbegriff in der gleichen Weise anzuwenden ist wie sonst.

b) Rechtsprechung

Für die Rechtsprechung ergibt sich jedoch das Problem, dass auch Angestellte in den freien Berufen **vielfach weisungsfrei** arbeiten.⁷⁷⁶ Bei konsequenter Anwendung des allgemeinen Arbeitnehmerbegriffs des BAG wären sie damit aber keine Arbeitnehmer, sondern Selbständige. Das Ergebnis wäre zwar folgerichtig, wird aber vom BAG nicht gewünscht.⁷⁷⁷ Scheidet aber das wichtigste Unterscheidungskriterium aus, so muss auf die eigentlich wenig aussagekräftigen Merkmale örtliche und zeitliche Weisungsbindung zurückgegriffen werden. Das ist zwar me-

773 Wank, Empirische Befunde, S. 110 ff.

774 Tettinger/Wank/Ennuschat, GewQ, 8. Aufl. 2011, § 1 Rn. 1 ff.

775 Vgl. ErFK-Preis, § 611 BGB Rn. 10 f.

776 OLG Köln 15.9.1993 NJW-RR 1993, 1526; s. auch Uffmann, Interim Management, S. 214 ff.

777 Dem BAG zust. ErFK-Preis, § 611 BGB Rn. 85.

thodisch zweifelhaft, kann aber in Verbindung mit andern Kriterien zu richtigen Ergebnissen führen.⁷⁷⁸

c) Stellungnahme

Wie allgemein bei fachlich weisungsfreien Mitarbeitern, lässt die üblicherweise vorgenommene Prüfung das Entscheidende außer Ansatz: Erfolgt die Tätigkeit auf eigene Rechnung (z. B. eigene Kanzlei, eigene Praxis), oder für fremde Rechnung (angestellter Anwalt, angestellter Arzt)?

8. Gesundheitsberufe

a) Vorüberlegungen

Innerhalb der ärztlichen Berufe⁷⁷⁹ gibt es Entscheidungen zu Chefärzten, Ärzten im Allgemeinen und Pharmabernatern.

Charakteristisch ist die Situation des *Chefarztes*. Kraft seiner Sachkunde unterliegt er keinen Weisungen. Er ist Vorgesetzter der anderen Ärzte, und sein Arbeitgeber wird durch die Krankenhausverwaltung in Form von kaufmännischen Angestellten vertreten. Wendet man die üblichen Abgrenzungskriterien des BAG an, müsste es sich eigentlich um einen Selbständigen handeln.

b) Rechtsprechung

Rechtsprechung des BAG findet sich in:

BAG 27.7.1961 AP BGB § 611 Ärzte, Gehaltsansprüche Nr. 24

BAG 24.10.1967 AP BGB § 611 Ärzte, Gehaltsansprüche Nr. 26

Zur Rechtsprechung der LAG s. im Text.

Das BAG erkennt aber, dass das Ergebnis nicht richtig sein kann. Obwohl die fachliche Weisungsbindung angeblich das Hauptkriterium ist, stellt das BAG in diesen Fällen auf die Eingliederung ab.⁷⁸⁰ Der Chefarzt sei zeitlich gebunden, indem er dem Dienstplan unterliege und indem er die Urlaubszeit genehmigen lassen müsse. Inhaltlich sei er insofern gebunden, als er sämtliche Patienten des Krankenhauses behandeln müsse.

Für *Betriebsärzte* kommt nach dem ASiG sowohl die Vertragsgestaltung als selbständiger Arzt als auch die als Angestellter des Unternehmens in Betracht.

778 S. die Nachw. zur Rechtsprechung der LAG bei *ErfK-Preis*, § 611 BGB Rn. 11.

779 Dazu *Reiserer/Bölz*, Werkvertrag, Rn. 52 ff.; *Reiserer/Freckmann/Träumer*, Scheinselbständigkeit, A Rn. 58 f.; *Schmidt/Schwerdtner*, Scheinselbständigkeit, Rn. 722 ff.

780 BAG 27.7.1961 AP BGB § 611 Ärzte, Gehaltsansprüche Nr. 24; 24.10.1967 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 26; zum Ganzen *Peris*, Die Rechtslage zwischen angestelltem Chefarzt und Krankenhausträger, 2002, S. 59 ff.

Auch hier führt der Ansatz des BAG nicht weiter; nach der ausdrücklichen gesetzlichen Regelung gibt es selbständige und angestellte Betriebsärzte, § 2 Abs. 3 Satz 2 und Satz 4 ASiG. In jedem Fall muss der Betriebsarzt Arzt sein und über die erforderliche Fachkunde verfügen. Danach könnte es also eigentlich gar keine angestellten Betriebsärzte geben. Tatsächlich kommt es auch hier nach der Rechtsprechung auf die organisatorische Eingliederung an.⁷⁸¹

Für Ärzte, die *im Nebenberuf Bereitschaftsdienst* leisten, haben Landesarbeitsgerichte die Arbeitnehmereigenschaft verneint.⁷⁸²

Eine neue Gestaltungsform stellt der *Honorararzt* dar, der für eine bestimmte Zeitspanne in einem Betrieb arbeitet. Die Rechtsprechung stellt für die Abgrenzung darauf ab, ob er in seiner Zeiteinteilung frei ist und ob er Behandlungen ablehnen kann;⁷⁸³ s. dazu im Einzelnen *Uffmann* sowie o. XI 10 a.⁷⁸⁴

Bei *Pharmaberatern* haben Landesarbeitsgerichte die Entscheidung vom Grad der zeitlichen Beanspruchung abhängig gemacht. Ein Berater, der mindestens zehn Arztbesuche am Arbeitstag vornehmen und zweimal wöchentlich Besuchsberichte verfassen musste, wurde als Arbeitnehmer angesehen.

LAG Hamm 5.10.1989 DB 1990, 2027

LAG Hamm 13.10.1989 DB 1990, 2018

s. auch LAG Düsseldorf 6.3.1991 DB 1991, 2668

Nebenberufliche *Fleischbeschautierärzte* sind nach Meinung des BSG Arbeitnehmer.⁷⁸⁵

c) Stellungnahme

Wie das Beispiel der Betriebsärzte zeigt, gibt die Tätigkeit als solche keine Auskunft über die Arbeitnehmereigenschaft. Es kommt vielmehr darauf an, ob der Beschäftigte eine eigene Organisation auf eigene Rechnung betreibt oder ob er in eine fremde Organisation einbezogen ist. Dementsprechend war z. B. der Zauber-künstler mit einmaligem Auftritt kein Arbeitnehmer.⁷⁸⁶

781 Zum Betriebsarzt als freiem Mitarbeiter LAG München 2.8.1984 NJW 1985, 696; s. auch Anm. *Wank* JR 2016, 16.

782 LAG Hamm 7.2.2011 LAGE ArbGG 1979 § 5 Nr. 15; LAG Rheinland-Pfalz 28.6.2011 – 11 Ta 123/11.

783 LAG Hamm 6.9.2007 – 8 Sa 802/07; LAG Hamm 7.2.2011 LAGE ArbGG 1979 § 5 Nr. 5.

784 *Uffmann*, ZfA 2012, 1 ff.

785 BSG 24.11.1967 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 13.

786 BAG 6.12.1974 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 14.

9. Lehrberufe und Erziehungsberufe

a) Vorüberlegungen

Zu den Lehrberufen⁷⁸⁷ hat das BAG in der Vergangenheit einerseits folgerichtig, aber zugleich nach bedenklchen Kriterien entschieden.

Zum einen soll es auf „methodisch-didaktische Anweisungen des Arbeitgebers zur Gestaltung des Unterrichts“ ankommen,⁷⁸⁸ zum anderen soll je nach *Schulform* oder Organisation des Trägers⁷⁸⁹ eine Vermutung für die Arbeitnehmergemeinschaft bestehen. Beides hat mit dem Sinn und Zweck einer Abgrenzung zwischen Arbeitnehmern und Selbständigen nichts zu tun. Folgt man dem BAG, so ist von zwei Lehrerinnen mit im Übrigen gleichen Arbeitsbedingungen diejenige, die „methodisch-didaktischen Anweisungen“ unterliegt, Arbeitnehmerin, während die Lehrerin, die ihren Unterricht nach ihren eigenen Vorstellungen gestalten kann, selbständig ist. Vor diesem erkennbar sachwidrigen Ergebnis rettet sich das BAG durch seine Bezugnahme auf die Schulform. Richtig wäre die Erkenntnis, dass derartige Inhalte von Weisungen für die Abgrenzung unerheblich sind (s. o. V 2 b) dd).

b) Rechtsprechung

Zu den Lehrberufen gibt es eine umfangreiche Rechtsprechung des BAG:

BAG 14.1.1982 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 39 (Lehrer)

25.8.1982 Nr. 41 (VHS-Dozent)

15.4.1986 Nr. 47 (Musiklehrer)

15.4.1986 Nr. 48 (Lehrkraft für MBSE)

30.10.1991 Nr. 59 (Lehrer und Ausbilder)

13.11.1991 Nr. 60 (VHS-Lehrerin)

24.6.1992 Nr. 61 (Musiklehrerin)

27.7.1994 Nr. 72 (technische Lehrerin)

26.7.1995 Nr. 79 (nebenberufliche Tätigkeit an VHS)

12.9.1996 Nr. 88 (Lehrer am Abendgymnasium)

19.11.1997 Nr. 93 (Dozent)

29.5.2002 Nr. 116 (VHS-Dozent)

20.1.2010 Nr. 120 (Lehrer an Abendschule)

15.2.2012 Nr. 123 (Lehrkraft in JVA)

16.5.2012 – 5 AZR 251/11 – NZA 2012, 971 = NJW 2012, 2905

787 ErfK-Preis, § 611 BGB Rn. 87 ff.; Reiserer/Freckmann/Träumer, Scheinselbständigkeit, A Rn. 42 ff.; Wank, Empirische Befunde, S. 112 ff.

788 BAG 30.10.1991 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 59; ebenso BAG 13.11.1991 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 60.

789 BAG 24.6.1992 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 61; 12.9.1996 AP § 611 BGB Abhängigkeit Nr. 88 = NZA 1997, 600 (betr. Abendgymnasium); 20.1.2010 – 5 AZR 106/09 – AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 120.

(aa) Für die Frage, ob eine Lehrerin selbständig oder angestellt ist, soll es nach dieser Rechtsprechung darauf ankommen, an welcher Schulform sie tätig ist.⁷⁹⁰ Nach Ansicht des BAG sind Lehrer an *allgemeinbildenden Schulen* in aller Regel in ein dichtes Regelwerk von Gesetzen, Verordnungen und Richtlinien in Bezug auf die Unterrichtsziele und im Hinblick auf Art und Umfang des Unterrichts zwingend eingebunden, sie seien deshalb Arbeitnehmer.

Es ist offensichtlich, dass zwischen diesem Kriterium und der Schutzbedürftigkeit als der Grundlage des Arbeitsrechts kein Sinnzusammenhang besteht. Um jedoch zu verhindern, dass im öffentlichen Schuldienst Beschäftigte dann, wenn ihnen kein Curriculum vorgeschrieben ist, zu Selbständigen werden, stellt das BAG – zwar nicht folgerichtig, aber als Notbremse – die Behauptung auf, für Beschäftigte im staatlichen Schuldienst gelte die Vermutung der Abhängigkeit.⁷⁹¹ In einer neuen einschlägigen Entscheidung⁷⁹² heißt es dementsprechend:

„Wer an einer allgemeinbildenden Schule unterrichtet, ist in der Regel Arbeitnehmer, auch wenn er seinen Beruf nebenberuflich ausübt. Dagegen können etwa Volkshochschuldozenten, die außerhalb schulischer Lehrgänge unterrichten, oder Lehrkräfte, die nur Zusatzunterricht erteilen, als freie Mitarbeiter beschäftigt werden.“

Auf die **inhaltlichen Vorgaben** im Schuldienst stellt auch das *LAG Düsseldorf* ab.⁷⁹³

Die Umstände des Einzelfalles „sprechen für eine selbstständige Tätigkeit, wenn die Hausaufgabenbetreuung (ergänze: im offenen Ganztage einer Schule) inhaltlich nicht vorgegeben und die Lage der Arbeitszeit zuvor konkret vereinbart worden ist und Weisungen insoweit nicht ergehen. Allein die Erstellung eines Stundenplanes für den Ganztage führt nicht zu einer Eingliederung im Sinne eines Arbeitsverhältnisses ...“

(bb) Wenn allerdings das nach diesen allgemeinen Aussagen folgerichtige Ergebnis als nicht sachgemäß angesehen wird, verzichtet das BAG auf die von ihm aufgestellten Kriterien. So heißt es in dem genannten Urteil zum Ergänzungsunterricht:

„Der Arbeitnehmereigenschaft des Klägers steht nicht entgegen, dass er bei der inhaltlichen Ausgestaltung und Durchführung seiner Unterrichtserteilung im Wesentlichen frei von Weisungen ist.“⁷⁹⁴ Das liege bei schwer sozialisierbaren Menschen in der Natur der Sache.

790 BAG 24.6.1992 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 61.

791 S. zum Ganzen *Wank*, Festschrift für Küttner, S. 5 ff.

792 BAG 16.5.2012 – 5 AZR 251/11 – NZA 2012, 971 = NJW 2012, 2905.

793 LAG Düsseldorf Urt. v. 18.3.2013 – 9 Sa 1746/12 – BeckRS 2013, 69036.

794 BAG 16.5.2012 NJW 2012, 2905 Rn. 24.

(cc) Gegenüber den sonstigen Aussagen des BAG stellt der 7. Senat des BAG fest, dass es für die Arbeitnehmereigenschaft nicht auf die Abhängigkeit von Lehrplänen ankomme, sondern darauf, ob und inwieweit die Lehrkraft in zeitlicher Hinsicht einem Weisungsrecht des Schulträgers unterliegt.⁷⁹⁵

Auch in anderen Entscheidungen wird die zeitliche Weisungsabhängigkeit als ausschlaggebend angesehen.

„Weisungsabhängigkeit in zeitlicher Hinsicht ist gegeben, wenn ständige Dienstbereitschaft erwartet wird oder wenn der Mitarbeiter in nicht unerheblichem Umfang auch ohne entsprechende Vereinbarung herangezogen wird, ihm also die Arbeitszeiten letztlich „zugewiesen“ werden ... insofern stellt die Einteilung eines Mitarbeiters in Stundenpläne ohne vorherige Absprache ein starkes Indiz für die Arbeitnehmereigenschaft dar.“⁷⁹⁶

(dd) In anderen Urteilen sagt das BAG – richtig, aber entgegen seinen sonstigen Vorbemerkungen –, dass die **allgemeinen Grundsätze** auch für Unterrichtstätigkeit gelten.⁷⁹⁷

Von dieser zutreffenden Erkenntnis ist das BAG in einer späteren Entscheidung wieder abgerückt, indem es die überholten Formulierungen wieder aufgreift.⁷⁹⁸

(ee) Da das BAG gemäß seiner typologischen Methode je nach Art des Auftraggebers unterscheidet, ergab sich – jedenfalls nach der früheren, inzwischen aber wieder aufgegriffenen Rechtsprechung – folgende Aufteilung:

- Lehrer an allgemeinbildenden Schulen: Arbeitnehmer

BAG 19.11.1997 – 5 AZR 21/97 – AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 93 (Dozent)

BAG 7.2.1990 – 5 AZR 89/89 – juris

BAG 24.6.1992 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 61

BAG 21.11.2013 – 6 AZR 23/12 – BeckRS 2014, 65838

- andere Lehrer: Selbständige

Allerdings hat das BAG Lehrer, die in Kursen des zweiten Bildungswegs unterrichteten, den Lehrern an allgemeinbildenden Schulen gleichgestellt.⁷⁹⁹ Demgegenüber hat das BAG *Volkshochschuldozenten und Lehrer an Musikschulen* überwiegend als freie Mitarbeiter angesehen.

⁷⁹⁵ BAG 30.10.1991 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 59 = NZA 1992, 407; 13.11.1991 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 60 = NZA 1992, 1125.

⁷⁹⁶ BAG 15.2.2012 NJW 2012, 2903, unter Verweis auf eine Reihe von Urteilen.

⁷⁹⁷ BAG 15.2.2012 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 123 (Rn. 14).

⁷⁹⁸ BAG 21.11.2013 – 6 AZR 23/12 – BeckRS 2014, 65838.

⁷⁹⁹ BAG 12.9.1996 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 89 = NZA 1997, 600; BAG 29.5.2002 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 112 = NZA 2002, 1232.

BAG 15.2.1965 AP BGB § 611 Lehrer/Dozenten Nr. 7

BAG 24.6.1992 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 61

BAG 12.9.1996 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 89

BAG 19.11.1997 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 90

BAG 29.5.2002 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 112

Dabei wurden unterschiedliche Kriterien herangezogen. Im Hinblick auf die Lehr-tätigkeit (= fachliche Weisungsbindung) soll es für Selbständigkeit sprechen, wenn keine Vorgaben in methodisch-didaktischer Hinsicht erfolgen. Andererseits sah es das BAG als unschädlich an, wenn zwar Rahmenlehrpläne bestanden, der Lehrer aber methodisch-didaktische Freiheit genoss.

BAG 26.7.1995 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 79 (betr. Volkshochschul-Dozenten)

Im Hinblick auf die zeitliche Weisungsbindung war entscheidend, ob der Lehrer den Unterrichtsverlauf mit beeinflussen konnte (dann Selbständigkeit). Im Hinblick auf die Einbeziehung in die Organisation (= Eingliederung) spielte eine Rolle, inwieweit Nebenpflichten zu erfüllen waren. Um Arbeitnehmer handelte es sich danach, wenn der Schulträger einseitig den Unterrichtsgegenstand sowie Zeit und Ort der Tätigkeit vorgab⁸⁰⁰ oder wenn der Lehrer zu zahlreichen weiteren Leistungen verpflichtet war.⁸⁰¹

Kaum einzuordnen ist das Kriterium, dass es darauf ankommen soll, ob die Schüler keiner Unterrichtspflicht unterliegen – was das mit der Schutzbedürftigkeit von Lehrern zu tun haben könnte, erschließt sich nicht.

(ff) Im Hinblick auf *erzieherische Berufe* ist eine Entscheidung des BAG zu nennen, in der die Arbeitnehmereigenschaft eines Jugendbetreuers verneint wurde.⁸⁰²

In Anbetracht der Möglichkeit zur freien Zeiteinteilung hat das BAG die Arbeitnehmereigenschaft von *Ehe-, Erziehungs- und Familienberatern* bejaht.

BAG 6.5.1998 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 102 = NZA 1998, 873.

c) Stellungnahme und Folgerungen für die empirische Untersuchung

Weder das Abstellen auf ein Curriculum noch das Abstellen auf den Schulträger können sinnvollerweise zur Abgrenzung beitragen.⁸⁰³ In den neuesten Urteilen stellt

800 BAG 19.11.1997 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 93.

801 BAG 30.10.1991 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 59.

802 BAG 9.5.1984 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 45.

803 Ebenso *ErFK-Preis*, § 611 BGB Rn. 88.

ein Senat des BAG die zeitliche Abhängigkeit in den Vordergrund und legt – mit Recht – die allgemeinen Kriterien zugrunde. Andererseits greift ein anderer Senat des BAG⁸⁰⁴ wieder ganz auf die alten, unzutreffenden Kriterien zurück. In der empirischen Untersuchung konnten nicht alle diese Besonderheiten erfragt werden. Wenn man die Rechtsprechung im Einzelnen aufgreifen wollte, müsste man auch danach fragen. Bei diesen Berufen müsste dann weiterhin gefragt werden:

- Ist ein Curriculum vorgegeben? (dann Arbeitnehmer)
- Ist der Auftraggeber eine öffentliche Schule? (dann Arbeitnehmer)
- Handelt es sich um einen VHS-Dozenten? (dann Selbständiger)
- Handelt es sich nicht um einen der Vorgenannten, sondern um einen Privatlehrer, dann gelten die allgemeinen Kriterien.

10. Künstlerische Berufe und Kulturberufe

a) Vorüberlegungen

Auch für künstlerische Berufe⁸⁰⁵ als freie Berufe ist charakteristisch, dass die Tätigkeit nicht vorgegebenen Weisungen folgt, sondern Ausdruck der Persönlichkeit des Künstlers ist. (Beschäftigte bei Rundfunk und Fernsehen werden gesondert untersucht, s. u. 12.)

b) Rechtsprechung

Im Hinblick auf *Musiker* findet sich in der Rechtsprechung eine weite Spanne der Möglichkeiten.

So wurden als Selbständige eingestuft diejenigen Musiker, die nicht fest engagiert waren, sondern verschiedene Verpflichtungen hatten. Das betraf z. B. einen Theaterintendanten⁸⁰⁶, einen international auftretenden Opernsänger⁸⁰⁷ ebenso wie den Dirigenten eines Kurorchesters.⁸⁰⁸ Umgekehrt hielt das BAG einen Orchestermusiker, der regelmäßig zu Orchesterdiensten herangezogen wurde, für einen Arbeitnehmer.⁸⁰⁹ Das gilt auch für einen Orchestermusiker, der in anderen Orchestern desselben Orchesterträgers arbeitet,⁸¹⁰ sowie für einen Flötisten als Orchestermusiker.⁸¹¹

804 BAG 21.11.2013 – 6 AZR 23/12 – NZA 2014, 687.

805 Dazu *Reiserer/Freckmann/Träumer*, Scheinselbständigkeit, A Rn. 56 ff.; *ErfK-Preis*, § 611 BGB, Rn. 86.

806 BAG 16.8.1977 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 23.

807 BAG 7.2.2007 – 5 AZR 270/06 – AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 118 = NZA 2007, 1072 (nur Leitsatz).

808 BAG 20.1.2010 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 119.

809 BAG 3.10.1975 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 16 und 7.5.1980 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 36; offengelassen wurde die Entscheidung in BAG 14.2.1974 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 12.

810 LAG Frankfurt a. M. 14.12.1990 – 13 Sa 1563/89 –.

811 BAG 9.10.2002 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 114.

Ein Musikbearbeiter⁸¹² wurde nicht als Arbeitnehmer angesehen; Arbeitnehmer waren dagegen ein Pianist⁸¹³ und der Fotoreporter einer Zeitung.⁸¹⁴

Im Hinblick auf den künstlerischen Bereich heißt es im Leitsatz eines Beschlusses des *LAG Mecklenburg-Vorpommern*.⁸¹⁵ „Hat der *künstlerische Leiter eines Theaters* (Hervorhebung R. W.) die von ihm geschuldeten Dienste in eigener Person zu erbringen und setzt die Erledigung der vereinbarten Arbeitsaufgaben zwangsläufig eine umfassende Eingliederung in die betrieblichen Abläufe des Vertragspartners voraus, so ist regelmäßig vom Bestand eines Arbeitsverhältnisses jedenfalls dann auszugehen, wenn auch die übrigen Vertragskonditionen (z. B. Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen, Urlaubsgewährung etc.) den Willen der Parteien zum Abschluss eines Arbeitsvertrages belegen.“

Nicht im Einklang mit der Rechtsprechung des BAG steht, dass die inhaltliche Weisungsbindung ausgeklammert wird. Richtig ist allerdings, dass eine Überprüfung entbehrlich ist, wenn beide Parteien übereinstimmend vom Vorliegen eines Arbeitsvertrages ausgehen (s. o. V 2 a) dd).

Der *Lektor* eines Verlags, der weitgehend seine Arbeitszeit selbst bestimmen und an selbst gewählten Orten arbeiten konnte, wurde als freier Mitarbeiter angesehen.⁸¹⁶

c) Stellungnahme und Folgerungen für die empirische Untersuchung

Wenn die Parteien des Vertrages übereinstimmend vom Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses ausgehen, so braucht dies ohnehin nicht von den Gerichten überprüft zu werden. Anders kann es nur im Sozialversicherungsrecht sein, da dort eine unzutreffende Einordnung zu unberechtigten Leistungen der Solidargemeinschaft führen kann.

Im Übrigen müssen die Gerichte mangels Weisungsbindung auch hier auf die organisatorische Einbindung abstellen. Ansonsten gelten die allgemeinen Kriterien.

812 BAG 21.9.1977 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 24.

813 BAG 29.12.1989 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 50.

814 BAG 16.6.1998 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 101.

815 LAG Mecklenburg Vorpommern, Beschluss vom 20.8.2013 – 3 Ta 23/13 – BeckRS 2013, 73005.

816 BAG 27.3.1991 NZA 1991, 933.

11. Rechtsberatende und steuerberatende Berufe

a) Vorüberlegungen

Rechtsanwälte⁸¹⁷ unterliegen nach § 1 BRAO keinen inhaltlichen Weisungen. Da nach der Rechtsprechung die Weisungsbindung das entscheidende Kriterium ist, dürfte es danach keine angestellten Rechtsanwälte geben.

Tatsächlich sind bei der Ausübung des Rechtsanwaltsberufes mehrere Fallgestaltungen zu unterscheiden:

- Bürogemeinschaft
- Sozietät
- selbständige Tätigkeit
- angestellte Tätigkeit.

Sofern nur eine *Bürogemeinschaft* vorliegt, handelt jeder Rechtsanwalt als Selbständiger, nur bestimmte Büroabläufe werden koordiniert.

Sind Rechtsanwälte in einer *Sozietät* zusammengeschlossen, so geht es nicht um das Gegensatzpaar Arbeitnehmer/Selbständiger, sondern um die Abgrenzung Arbeitnehmer/Gesellschafter.⁸¹⁸ Insoweit ist es verfehlt, mit den üblichen Abgrenzungskriterien zu arbeiten. Der Rechtsanwalt als Gesellschafter übt seine Tätigkeit als Selbständiger in Gemeinschaft mit anderen aus. Soweit ein Schutz vor Lebensrisiken und eine Inhaltskontrolle der zugrunde liegenden Verträge stattfindet, richtet sich dies nach Gesellschaftsrecht und nicht nach Arbeitsrecht.⁸¹⁹

Im Übrigen kann ein Rechtsanwalt für eine bestimmte Kanzlei arbeiten, indem er entweder ihr freier Mitarbeiter oder ihr Angestellter ist. Eine eigene Kanzlei gründen nur wenige junge Rechtsanwälte. 70 % wählen bei ihrem Berufseinstieg entweder eine Festanstellung in einer bestehenden Kanzlei oder arbeiten für eine bestehende Kanzlei als freie Mitarbeiter.⁸²⁰

b) Rechtsprechung

Die Rechtsprechung grenzt zwischen Arbeitsverhältnis und Gesellschafterstellung⁸²¹ danach ab, ob der Rechtsanwalt an feste Dienststunden gebunden ist, nur für diese Kanzlei arbeiten darf und ob ihm Mandanten zugeteilt werden.⁸²²

817 Dazu *Erk-Preis*, § 611 BGB, Rn. 83 f.; *Reiserer/Freckmann/Träumer*, Scheinselbständigkeit, A Rn. 77 ff.; *Schmidt/Schwerdtner*, Scheinselbständigkeit, Rn. 316 ff.

818 Dazu *Wank/Maties*, NZA 2007, 353 ff. sowie o. IX.

819 *Wank*, Festschrift für Wiedemann, S. 587 ff.

820 Pressemitteilung des Söldan Instituts v. 8.6.2015; zur Frage des sittenwidrigen Anwaltslohns s. BAG 17.12.2014 – 5 AZR 663/13 – AP BGB § 138 Nr. 70 m. Anm. *Henssler/Locher*.

821 Bejaht in BAG 15.4.1993 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 65.

822 BAG 16.8.1990 EzA § 4 KSchG n. F. Nr. 38; LAG Berlin 16.12.1986 NZA 1987, 488.

Selbständigkeit wurde angenommen bei einem Anwalt, der eigene Kanzleiräume hatte und auch andere Mandanten auf eigene Rechnung vertreten durfte,⁸²³ eine Arbeitnehmereigenschaft bei einem jungen Assessor.⁸²⁴

c) Stellungnahme und Folgerungen für die empirische Untersuchung

Auch hier ist wieder entscheidend, ob der Beschäftigte über eine eigene Organisation verfügt und auf eigene Rechnung arbeitet.

12. Medienberufe

a) Vorüberlegung⁸²⁵

Für die Mitarbeiter in Medienberufen, also bei Zeitungen, beim Rundfunk und beim Fernsehen, müsste eigentlich der allgemeine Arbeitnehmerbegriff in gleicher Weise gelten.

Etwas anderes scheint sich aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in den WDR-Entscheidungen zu ergeben.⁸²⁶ Danach muss im Arbeitsrecht der Bedeutung der Rundfunkfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 1 GG Rechnung getragen werden. Dafür ist jedoch – entgegen dem äußeren Anschein dieser Rechtsprechung – kein gesonderter Arbeitnehmerbegriff erforderlich. Der Rundfunkfreiheit wird entsprochen, wenn man erleichterte Befristungsmöglichkeiten entsprechend den Erfordernissen des Programms anerkennt.

b) Rechtsprechung

(1) Für Mitarbeiter bei Rundfunk und Fernsehen konnte das BAG *vor der WDR-Entscheidung des BVerfG* seine eigenen Kriterien zugrunde legen; s. z. B.

BAG 8.11.1967 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 7 zum Regisseur

BAG 7.1.1971 Nr. 8 zum freien Mitarbeiter als Arbeitnehmerähnlichem

BAG 20.6.1973 Nr. 10 zum Nachrichtensprecher

BAG 22.11.1973 Nr. 11 zum Sprecher

BAG 3.10.1975 Nr. 15 zum Sprecher und Übersetzer als Arbeitnehmer

BAG 8.10.1975 Nr. 18 zu einem Redakteur und Reporter

BAG 2.6.1976 Nr. 20 zu einem Requisiteur

⁸²³ LAG Frankfurt a. M. 16.3.1990 BB 1990, 2492.

⁸²⁴ BAG 30.11.1978 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 31.

⁸²⁵ Dazu *ErfK-Preis*, § 611 BGB, Rn. 90 ff.; *Reiserer/Freckmann/Träumer*, Scheinselbständigkeit, A Rn. 51 ff.; *Wank*, Arbeitnehmer, S. 304 ff.; *ders.*, Empirische Befunde, S. 41 ff., 108 ff.; *ders.* in Blanke u. a., Neue Beschäftigungsformen, 1. Teil Rn. 193.

⁸²⁶ Dazu *Wank*, Arbeitnehmer, S. 317 ff.; *ders.*, Empirische Befunde, S. 41 ff.

BAG 9.3.1977 Nr. 21 zu einem Journalisten für einen Sender
 BAG 22.6.1977 Nr. 22 zu einem Reporter und Filmproduzenten
 BAG 15.3.1978 Nr. 25 zu einem Reporter
 BAG 15.3.1978 Nr. 26 zu einer Autorin und Regisseurin
 BAG 14.2.1979 Nr. 32 zu einem Kameramann
 BAG 23.4.1980 Nr. 34 zu einem Drehbuchautor und Regisseur
 BAG 7.5.1980 Nr. 35 zu einem Hörfunkkorrespondenten

*Nach der BVerfG-Entscheidung*⁸²⁷ meinte das BAG, die Rundfunkfreiheit bei der Abgrenzung zwischen Arbeitnehmern und Selbständigen berücksichtigen zu müssen. Demgemäß unterscheidet es seitdem deutlich zwischen **programmgestaltenden Mitarbeitern** und anderen Mitarbeitern.⁸²⁸

Dazu das Grundsatzurteil BAG 15.3.1978 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 26 (m. Anm. *Kamanabrou*)
 ferner BAG 3.12.1992 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 64
 BAG 30.11.1994 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 74
 BAG 22.3.1995 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 76

Für nicht programmgestaltenden Mitarbeiter gelte die allgemeine Abgrenzung.

In seinem Urteil zum Status einer *Cutterin*⁸²⁹ hat das BAG seine Aussage präzisiert. In der Vergangenheit hatte das Gericht verschiedentlich ausgeführt, die nicht programmgestaltende Tätigkeit in Rundfunkanstalten lasse sich regelmäßig nur in Arbeitsverhältnissen ausführen. Das BAG stellt nunmehr klar, dass damit keine verbindliche Regel gemeint ist, sondern nur ein Hinweis auf einen Erfahrungswert. Bei nicht programmgestaltenden Mitarbeitern seien die Kriterien für die Arbeitnehmereigenschaft häufiger erfüllt als bei programmgestaltenden Mitarbeitern.

Als nicht programmgestaltend wurden bloße rundfunktypische Mitarbeiter angesehen, wie Mitarbeiter in der Verwaltung, oder mit betriebstechnischen Arbeiten. Dementsprechend wurden als Arbeitnehmer angesehen:

- Sprecher⁸³⁰
- Aufnahmeleiter⁸³¹
- Übersetzer⁸³²

827 BVerfG 13.1.1982 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 40.

828 S. auch *Wrede*, NZA 1999, 1019, 1022 ff.

829 BAG 17.4.2013 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 125 = NZA 2013, 903 = NJW 2013, 2984.

830 BAG 11.3.1998 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 98.

831 BAG 16.2.1994 NZA 1995, 21.

832 BAG 30.11.1994 NZA 1995, 622.

- Korrespondenten⁸³³
- Mitarbeiter des fremdsprachlichen Dienstes.⁸³⁴

Innerhalb der Gruppe der **programmgestaltenden Mitarbeiter** unterscheidet das BAG nach mehreren Bereichen, nämlich

- Vorbereitung,
- journalistisch-schöpferischer oder künstlerischer Teil,
- technischer Teil.

Als programmgestaltend und damit als Selbständige angesehen wurden z. B.:

- Filmkritiker⁸³⁵
- Fotoreporter⁸³⁶
- Regisseur.⁸³⁷

Je mehr Gestaltungsfreiheit und Eigeninitiative dem Mitarbeiter eingeräumt werde, desto eher sei eine Selbständigkeit anzunehmen. Hier stellt sich z. B. die Frage, ob der Beschäftigte inhaltlichen Weisungen bei der Ausgestaltung seines Programms unterliegt.

Der zeitlichen Weisungsbindung räumt das BAG große Bedeutung ein. So spreche es stark für die Arbeitnehmereigenschaft, wenn der Beschäftigte ständig zur Verfügung stehen muss⁸³⁸ oder wenn er in einem Dienstplan aufgeführt wird.⁸³⁹

Dass „Programmgestaltung“ nicht der entscheidende Gesichtspunkt sein kann, stellt das BAG in seinem Urteil zur Cutterin⁸⁴⁰ selbst fest, wenn danach auch bei programmgestaltenden Mitarbeitern ein Arbeitsverhältnis vorliegen kann.

Aus einer Entscheidung des BAG aus dem Jahre 2014 geht hervor, dass das BAG zwischen dem Thema Arbeitnehmer oder freier Mitarbeiter und dem Thema Befristung aus Gründen der Rundfunkfreiheit unterscheidet. Im Einzelnen führt das BAG aus, der Rundfunkfreiheit komme gegenüber dem Interesse des Arbeitnehmers an einer Dauerbeschäftigung kein genereller Vorrang zu. Bei der Prüfung, ob für die Befristung ein sachlicher Grund bestehe, komme es insbesondere darauf an, mit welcher Intensität der Mitarbeiter auf das Programm Einfluss nehmen

833 BAG 7.5.1980 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 35.

834 BAG 3.10.1975 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 17; 11.3.1998 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 98.

835 BAG 19.1.2000 NZA 2000, 1102.

836 BAG 16.6.1998 NZA 1998, 839.

837 BAG 13.1.1983 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 43.

838 BAG 9.6.1993 NZA 1994, 169.

839 BAG 8.11.2006 NZA 2007, 321; Ausnahme: BAG 20.9.2000 NZA 2001, 551.

840 BAG 17.4.2013 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 125 = NZA 2013, 903 = NJW 2013, 2984.

könne und ob die erforderliche Flexibilität der Programmgestaltung gewahrt werden könne.⁸⁴¹

(2) Im Zeitungsbereich wurden pauschal bezahlte *Bildberichterstatte*r, die in jedem Monat eine bestimmte Zahl von Bildern liefern mussten, als freie Mitarbeiter angesehen.⁸⁴²

c) Stellungnahme

Im Hinblick auf diese Rechtsprechung ist zwischen einem verfassungsrechtlichen und einem einfachrechtlichen Aspekt zu unterscheiden.

aa) **Verfassungsrechtlich** nimmt das BAG mit der Orientierung am Merkmal „Programmgestaltung“ auf die WDR-Rechtsprechung des BVerfG⁸⁴³ Bezug.⁸⁴⁴ Das BVerfG hatte zwischen Art. 5 Abs. 1 GG (Rundfunkfreiheit) und Art. 12 GG (Berufsfreiheit der Mitarbeiter) abzuwägen. Es war, was die verfassungsrechtliche Abwägung betrifft, zu zutreffenden Ergebnissen gekommen; allerdings waren seine rechtsdogmatischen Aussagen zum Arbeitsrecht angreifbar. Verfassungsrechtlich vorgegeben ist, dass die arbeitsrechtlichen Gestaltungsformen der Beschäftigung dem Rundfunk die Verwirklichung seiner Zwecke ermöglichen müssen. Entgegen der Ansicht des BVerfG ist das aber durch Teilzeitbeschäftigungen und befristete Beschäftigungen in Form von Arbeitsverträgen ohne Weiteres möglich (vgl. § 14 Abs. 1 Nr. 4 TzBfG „Eigenart der Arbeitsleistung“). Nicht erforderlich ist es, aus diesem Grunde auf einen freien Dienstvertrag statt auf einen Arbeitsvertrag zurückzugreifen.⁸⁴⁵ Für einen eigenständigen Arbeitnehmerbegriff des Rundfunkmitarbeiters bestand und besteht kein Bedarf.⁸⁴⁶ Die Nähe zur Tendenz spielt beim Rundfunk wie auch bei anderen Tendenzbetrieben für § 118 BetrVG eine Rolle sowie für Meinungsfreiheit und Antidiskriminierungsrecht, nicht aber für die Art des Beschäftigungsverhältnisses. Das sagt das BAG im Grunde im Urteil zur Cutterin auch.

Deshalb sollte das BAG die nur vor dem Hintergrund der zweifelhaften BVerfG-Rechtsprechung erhebliche Unterscheidung zwischen programmgestaltenden und nicht programmgestaltenden Mitarbeitern als für die Qualifizierung des Arbeitsverhältnisses ungeeignet aufgeben.

841 BAG 4.12.2013 NZA 2014, 1018.

842 BAG 29.1.1992 – 7 ABR 25/91 – NZA 1992, 835.

843 BVerfG 13.1.1982 BVerfGE 59, 231 = NJW 1982, 1447.

844 Dazu Wank, Auslegung und Rechtsfortbildung im Arbeitsrecht, Fall 11, S. 206 ff.

845 Bedenklich insoweit bereits das dem Urteil zugrunde liegende Rechtsgutachten von Ossenbühl, Rechtsprobleme der Freien Mitarbeit im Rundfunk, 1988, S. 23 f.

846 Zum Ganzen Wank, RdA 1982, S. 363, 370.

bb) Einfachrechtlich entspricht die Orientierung an dem Grad der Möglichkeit zur Programmgestaltung – wenn man von der verfassungsrechtlichen Verbrämung absieht – der allgemeinen Abgrenzung, wonach es auf den Grad der Weisungsbindung oder der eigenen Gestaltungsfreiheit ankommt.

Hier wie auch sonst in der Rechtsprechung wird die Gestaltungsfreiheit jedoch auf Inhalte bezogen, die mit dem Sinn des Arbeitnehmerschutzes nichts zu tun haben. Das BAG meint, sobald eine Cutterin sich unter sonst völlig gleichen Arbeitsbedingungen künstlerisch verwirklicht, erhält sie keine Lohnfortzahlung im Krankheitsfalle und genießt keinen Kündigungsschutz; denn wer sich in seinem Beruf künstlerisch entfaltet, braucht anscheinend nicht durch Arbeitsrecht geschützt zu werden (Rn. 22, 24). Rechtfertigen lässt sich der Rechtsformzwang zulasten des Arbeitgebers jedoch nicht (allein) deshalb, weil eine Cutterin nicht künstlerisch tätig wird, sondern weil der Gesamtheit der arbeitsrechtlichen Vorschriften das Modell zugrunde liegt, dass diese Beschäftigung als Existenzgrundlage dient. Richtigerweise ist demgegenüber Weisungsbindung zu verstehen als das Fehlen eigener unternehmerischer Möglichkeiten; diese Möglichkeiten hat eine nur für eine Rundfunkanstalt arbeitende Cutterin von vornherein nicht. Auch bei diesem Urteil fällt der Unterschied zwischen einer (zweifelhaften) Begründung und dem (zutreffenden) Ergebnis auf.

d) Folgerungen für die empirische Untersuchung

Für die empirische Untersuchung folgt daraus, dass nach neuester Auffassung des BAG jedenfalls im Hinblick auf nicht programmgestaltende Mitarbeiter bei Rundfunk und Fernsehen keine von den allgemeinen Kriterien abweichenden Maßstäbe gelten.

Das BAG stellt selbst klar, dass für die Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft bei Rundfunk und Fernsehen das Merkmal Programmgestaltung keine eigene Bedeutung hat, sondern dass es auf den Umfang der Weisungsbindung ankommt. Deshalb können nach dem heutigen Stand der Rechtsprechung auch in diesem Bereich die allgemeinen Fragen zugrunde gelegt werden.

13. Sportler

a) Vorüberlegungen

Der größte Teil der Sportler⁸⁴⁷ sind Amateure. Eine Spesenerstattung führt nicht zur Arbeitnehmereigenschaft (s. o. V 1 a) dd).⁸⁴⁸ Soweit es sich um angestellte

⁸⁴⁷ Dazu *ErfK-Preis*, § 611 BGB Rn. 95; *Reiserer/Freckmann/Träumer*, Scheinselbständigkeit, A Rn. 74 ff.; *Schmidt/Schwerdtner*, Scheinselbständigkeit, Rn. 385 ff.

⁸⁴⁸ LAG Nürnberg 27.1.1995 NZA-RR 1996, 1; OLG Stuttgart 17.11.1977 AuR 1978, 125.

Sportler handelt, bestehen im Allgemeinen keine Probleme, sie als Arbeitnehmer zu qualifizieren.

Besondere Probleme ergeben sich daraus, dass Sportler meist zugleich *Vereinsmitglieder* sind. Deshalb könnte sich ihre Rechtsstellung statt nach Arbeitsrecht nach Vereinsrecht richten. Soweit allerdings ihre Weisungsbindung über das Maß an Verpflichtungen aufgrund der Vereinsmitgliedschaft hinausgeht, sind sie Arbeitnehmer.⁸⁴⁹

b) Rechtsprechung

Vertragsamateure, die nur eine Fahrtkostenerstattung erhalten, sind weder Arbeitnehmer noch Arbeitnehmerähnliche.⁸⁵⁰

Ein nebenberuflicher Trainer wurde nicht als Arbeitnehmer anerkannt.⁸⁵¹

Fußballtrainer sind typischerweise Arbeitnehmer.⁸⁵²

Das BAG erklärt allerdings sämtliche *Fußballspieler*, einschließlich der Bundesligaspieler mit Millioneneinkünften, zu Arbeitnehmern, da sie ja den Weisungen des Trainers unterliegen und sich an Spielzeiten zu halten haben.⁸⁵³

c) Stellungnahme

Diese Rechtsprechung macht deutlich, dass die Bestimmung der Arbeitnehmer-eigenschaft hier wie auch im Übrigen ohne einen Blick auf den Zweck des gesamten Arbeitsrechts erfolgt. Arbeitsrecht ist ein besonderes Dienstvertragsrecht für schutzbedürftige Dienstnehmer. Soweit es um Arbeitsschutzrecht und Antidiskriminierungsrecht geht, gilt dies für Millionäre als Fußballspieler in gleicher Weise wie für alle Arbeitnehmer. Wenn sie aber für den Schutz vor Lebensrisiken der arbeitsrechtlichen Absicherung nicht bedürfen, da sie für alle Risiken problemlos selbst vorsorgen können, bedarf es der Anwendung von Arbeitsrecht nicht.⁸⁵⁴

Ähnliche Probleme stellen sich im Übrigen auch für *Führungskräfte* in Wirtschaftsunternehmen.⁸⁵⁵

849 BAG 10.5.1990 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 51.

850 LAG Nürnberg 27.1.1995 NZA-RR 1996, 1.

851 LAG Frankfurt 27.10.1964 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 4.

852 BAG 10.5.1990 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 51.

853 BAG 17.1.1979 AP BGB § 611 Berufssport Nr. 2; 10.5.1990 NZA 1991, 308; ebenso *Bepfer* in *Fütterer/Pötters/Stiebert/Traut*, Arbeitsrecht – für wen und wofür?, S. 11 ff.

854 *Lars Weber*, Rechtliche Strukturen und Beschäftigungsverhältnisse im Fußballsport, 2008, S. 170 ff.

855 *Bayreuther*, NZA 2013, 1238; *Bauer/von Medem*, NZA 2013, 1233.

d) Folgerungen für die empirische Untersuchung

Für die empirische Untersuchung ist allerdings von der Rechtsprechung des BAG auszugehen. Eine gesonderte Frage im Hinblick auf Bundesligafußballspieler und Millionäre in anderen Sportarten erübrigt sich.

14. Einzelfälle von Berufen

Im Folgenden werden einige weitere von der Rechtsprechung entschiedene Fälle aufgeführt, die nicht den vorgenannten Berufsgruppen zuzuordnen sind.⁸⁵⁶ Der oben gemachte Vorbehalt (s. o. XII am Anfang) gilt hier erst recht.

Gebührenbeauftragte der Rundfunkanstalten sind Arbeitnehmer, wenn sie bei der Arbeitszeit Bindungen unterliegen.⁸⁵⁷

Auch *Piloten* sind regelmäßig Arbeitnehmer.⁸⁵⁸

Zu einem *Sargträger* s. LAG Düsseldorf.⁸⁵⁹

Bei *Taxifahrern* ist die Einordnung unterschiedlich erfolgt. Entscheidend ist, ob der Fahrer einer festen zeitlichen Bindung unterliegt oder ob er Fahrten auch ablehnen darf.⁸⁶⁰

Wenn *Zeitungszusteller* auf andere Personen zurückgreifen müssen, um ihr Pensum zu erfüllen, spricht das gegen die Arbeitnehmereigenschaft.⁸⁶¹

Ein *Handicapper* wurde nicht als Arbeitnehmer angesehen,⁸⁶² ebenso wenig wie ein Kundenberater für elektrische Geräte.⁸⁶³

Toilettenfrauen, deren Hauptaufgabe die Bewachung der Trinkgeldteller ist, wurden vom SG Berlin als Arbeitnehmerinnen eingestuft.⁸⁶⁴

Zu nennen sind ferner die Entscheidungen zu einem ehrenamtlichen *Telefonseelsorger*⁸⁶⁵ und zu einem *Stromableser*.⁸⁶⁶

856 *ErfK-Preis*, § 611 BGB, Rn. 78 ff.; *Reiserer/Freckmann/Träumer*, Scheinselbständigkeit, A Rn. 90 ff.

857 BAG 26.5.1999 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 106.

858 BAG 16.3.1994 NZA 1994, 1132.

859 LAG Düsseldorf 9.9.1997 BB 1997, 2592.

860 BAG 29.5.1991 EzA BetrVG 1972 § 19 Nr. 31; BAG 29.5.1991 AP BetrVG 1972 § 9 Nr. 2.

861 BAG 16.7.1997 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 92 = NZA 1988, 368; kritisch *Schmidt/Schwerdtner*, Scheinselbständigkeit Rn. 288.

862 BAG 7.12.1961 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 2.

863 BAG 6.5.1998 AP BGB AP § 611 Abhängigkeit Nr. 102.

864 SG Berlin 29.8.2012 – S 73 KR 1505/10 – bei *Winkel/Nakielski*, AuR 2013, 262.

865 BAG 15.2.2012 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 123.

866 BAG 24.7.1992 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 63.

XIII Gesamtabwägung

Bei strenger Betrachtung ist eine empirische Untersuchung auf der Grundlage der BAG-Rechtsprechung eigentlich nicht möglich.

Das liegt zum einen daran, dass das BAG (mit Billigung des BVerfG) meint, der Arbeitnehmerbegriff sei ein **Typusbegriff**. Würde das BAG den Typusbegriff wenigstens im Sinne von *Larenz* verstehen, wäre eine Formulierung in einem Fragebogen immerhin noch möglich. Da das BAG aber Typus in einem nur von ihm gebrauchten Sinne versteht, nämlich dass es auf **alle Umstände des Einzelfalles** ankommt, ist es eigentlich nicht möglich, anhand bestimmter Merkmale die Arbeitnehmereigenschaft zu erfragen.

Hinzu kommt, dass das BAG meint, einen allgemeinen Arbeitnehmerbegriff könne es nicht geben, da alles von der **Eigenart der jeweiligen Tätigkeit** abhängt. Danach müsste man so viele Fragebögen verfassen wie es Berufe gibt.

Die genannten Vorbemerkungen erlauben es dem BAG, die einzelnen Fälle unbelastet von klaren Vorgaben zu entscheiden. Eine rechtssichere Voraussage gibt es damit weder für Arbeitnehmer, noch für Arbeitgeber, noch für eine empirische Untersuchung. Der Aufgabe eines Revisionsgerichts, für die „Einheit der Rechtsanwendung“ zu sorgen, wird das BAG nicht gerecht.

Wie die Analyse der Rechtsprechung allerdings zeigt, lassen sich – jedenfalls bei wohlwollender Interpretation – den Urteilen des BAG allgemeine Aussagen entnehmen. Im klaren Fall liegen Weisungsbindung und Eingliederung vor, wobei beide Merkmale in ganz bestimmte Untermerkmale aufgespalten werden.

Wenn man im Einzelfall alle Kriterien für einen bestimmten Sachverhalt überprüft hat, so können alle Kriterien für ein bestimmtes Ergebnis, beispielsweise die Arbeitnehmereigenschaft, sprechen. Eine weitere Abwägung ist dann entbehrlich. Anders steht es, wenn sich bei den einzelnen Kriterien unterschiedliche Ergebnisse zeigen. Dann kommt es darauf an, welche Kriterien letztlich den Ausschlag geben.

Sinnvoll wäre es und den Anforderungen an Rechtssicherheit würde es entsprechen, wenn es eine Regel dafür gäbe, wie sich die einzelnen Kriterien im Rahmen einer **Gesamtabwägung** zueinander verhalten. Insbesondere müsste angegeben werden, welchen Rang, welche **Gewichtung** die einzelnen Unterbegriffe einnehmen. Diese Aufgabe erfüllt die Rechtsprechung des BAG nicht.

Allerdings verfolgt das BAG ⁸⁶⁷ mit Recht einen **komparativen Ansatz**⁸⁶⁸. Je stärker ein Merkmal verwirklicht ist, desto mehr spricht für die Arbeitnehmereigenschaft.

867 BAG 30.11.1994 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 74 = NZA 1995, 622; s. auch *ErfK-Preis*, § 611 BGB Rn. 64.

868 Zur komparativen Definition *Wank*, Begriffsbildung, S. 38 f., 126 f.

Der stärksten Belastungsprobe ist die Rechtsprechung ausgesetzt, wenn der Mitarbeiter **fachlich weisungsfrei** arbeitet. Das ist insbesondere in den freien Berufen der Fall, aber auch bei anderen Fachleuten. Von den drei Komponenten der Weisungsbindung entfällt dann die – angeblich entscheidende – inhaltliche Weisungsbindung, und das BAG weicht auf örtliche und vor allem auf zeitliche Weisungsbindung aus. Allerdings ist auch diese oft nur rudimentär vorhanden, etwa in Form von Dienstplänen.

Für eine rechtssichere Beurteilung wäre es des Weiteren erforderlich, dass nicht auf unbestimmte Rechtsbegriffe zurückgegriffen werden muss, sondern dass **operationale Kriterien** zur Verfügung stehen. Auch das leistet die Rechtsprechung nicht. Sie verzichtet durchweg darauf, die genannten Untermerkmale zu konkretisieren und ihnen eine operationale Prägung zu geben.

XIV Andere oberste Gerichtshöfe des Bundes

Der Arbeitnehmerbegriff spielt auch in der Rechtsprechung der anderen obersten Gerichtshöfe des Bundes eine Rolle, also in der Rechtsprechung des BSG, des BGH,⁸⁶⁹ des BFH und des BVerwG.⁸⁷⁰ Zwar ist es wünschenswert, dass die entscheidende Abgrenzung im Arbeitsrecht vorgenommen wird, weil alle anderen angesprochenen Rechtsgebiete daran anknüpfen. Andererseits kann es im vorliegenden Zusammenhang nur darum gehen, für das Arbeitsrecht die Abgrenzung vorzunehmen. Was sich daraus dann für die anderen Rechtsgebiete ergibt, muss an dieser Stelle offen bleiben.

869 Z. B. BGH 15.12.1986 NJW 1987, 2751.

870 Z. B. BVerwG 16.5.2013 5 C 2012 NZA-RR 2013, 534.

XV Stand der Literatur

Wenn es um eine gesetzliche Regelung geht, sollte der Stand der Literatur mit herangezogen werden. Für die Abgrenzung zwischen Arbeitnehmern und Selbstständigen gibt es eine herrschende Meinung, die auf der Linie des BAG liegt, und eine Minderheitsmeinung, die einen teleologischen Arbeitnehmerbegriff vertritt.⁸⁷¹

Daneben gibt es noch einen Ansatz, nach dem der Bereich der Beschäftigung in mehrere Kreise zu untergliedern ist.⁸⁷²

1. Theorie der persönlichen Abhängigkeit

Nach der herrschenden Meinung in der Literatur ist Arbeitnehmer, wer persönlich abhängig ist. Wenn man sich das Bild eines typischen Arbeitnehmers vor Augen hält, dann besteht kein Zweifel daran, dass dieser von Weisungen seines Arbeitgebers abhängig ist. Dass die Definition den Standardfall zutreffend erfasst, soll nicht bestritten werden. Selbst wenn das Merkmal theoretisch ungeeignet sein sollte, erfüllt es in der Praxis als Indiz für das Vorliegen der Arbeitnehmereigenschaft eine sinnvolle Funktion. Wenn es bei einer Definition nur darum ginge, klare Fälle zu erfassen, könnte man sich mit der ontologischen Definition begnügen. Definitionen, und insbesondere juristische Definitionen werden aber vor allem dann gebraucht, wenn es um eine Meinungsverschiedenheit, um einen Rechtsstreit geht. Das sind dann vielfach Grenzfälle, in denen man mit der herkömmlichen Methode nicht weiter kommt. Eine sinnvolle Definition des Arbeitnehmers muss daher in der Lage sein, gerade diese zweifelhaften Grenzfälle zutreffend zu erfassen. Das ist mit der Theorie der persönlichen Abhängigkeit nicht möglich.

2. Teleologischer Arbeitnehmerbegriff

Gewiss kann man eine Definition in der Weise aufstellen, dass man sich mit der Feststellung begnügt, das habe man schon immer so gemacht.⁸⁷³ Man kann sich auch auf die Feststellung zurückziehen, dass man doch den Regelfall zutreffend erfasse. Den wissenschaftstheoretischen und den praktischen Anforderungen an eine juristische Definition erfüllt dieses Vorgehen nicht. Dem entspricht vielmehr

871 Nachw. zur Literatur zum Arbeitnehmerbegriff bei *Erren*, Vorstandsmitglied, S. 99; zum alternativen Ansatz in der Literatur s. o. VI.

872 S. die Darstellung bei *Erren*, Vorstandsmitglied, S. 180 f. und die Darstellung der Kritik an diesem Modell aaO. S. 198 ff.

873 *Griebeling*, NZA 1998, 1137, 1139; *Hromadka*, NZA 1997, 569, 572 ff.

nur ein Arbeitnehmerbegriff, der auf Sinn und Zweck der Gesamtheit der arbeitsrechtlichen Schutzgesetze Bezug nimmt.⁸⁷⁴

3. Wissenschaftstheoretische Grundlegung

Grundlegend ist die Erkenntnis, dass es keine richtige Definition an sich gibt. Definitionen erfüllen immer einen bestimmten Zweck.⁸⁷⁵ Richtig oder auch nur vertretbar kann nur eine Definition sein, die den durch den verfolgten Zweck gesetzten Anforderungen entspricht. Was daraus für eine Definition folgt, ist je nach Fachgebiet verschieden. So können die Anforderungen an eine naturwissenschaftliche Definition von denen an eine sozialwissenschaftliche Definition oder an eine juristische Definition erheblich abweichen. Es gilt also zunächst einmal festzustellen, welche Zwecke mit einer juristischen Definition verfolgt werden.

Insoweit muss man sich zunächst allgemein darüber klar werden, welchem Zweck ein Gesetz oder eine Gruppe von Gesetzen dienen. Die Definition muss so ausgestaltet sein, dass der Gesetzesanwender unter Rückgriff auf diese Definition den Zweck des Gesetzes verwirklicht. Wenn also ein arbeitsrechtliches Gesetz den Zweck verfolgt, bestimmte Beschäftigte zu schützen, dann müssen einerseits alle erfasst werden, die dieses Schutzes bedürfen; andererseits sollen aber aus der Definition diejenigen ausgeklammert werden, auf die der Schutzzweck nicht zutrifft. Auf jeden Fall kann eine Definition nicht *lege artis* gebildet sein, die den Zusammenhang zwischen dem Schutzzweck einer arbeitsrechtlichen Vorschrift auf der einen Seite und der Legaldefinition auf der anderen Seite nicht herstellt. Auch wenn eine solche Definition in der Zukunft allgemein anerkannt wird, ändert das nichts daran, dass sie wissenschaftstheoretisch unzureichend ist.

Gesetze verfolgen über den konkreten Normzweck hinaus weitere, allgemeine Normzwecke.⁸⁷⁶ Einer dieser Normzwecke ist, dass das Gesetz in der Praxis anwendbar ist. Das bedeutet, dass der Anwendungsbereich klar ist und dass die zugrunde zu legenden Kriterien möglichst eindeutig zu erkennen sind.

874 Wank, Arbeitnehmer, S. 45 ff., 56 ff.; ders. in Blanke u. a., Neue Beschäftigungsformen, 1. Teil Rn. 73 Fn. 72; ders., Empirische Befunde, S. 58 ff. Dass die Frage nach dem Sinnzusammenhang zwischen Tatbestand und Rechtsfolge sinnvoll ist, erkennt auch Griebeling, NZA 1998, 1137, 1138 an.

875 Betr. Arbeitnehmerdefinition s. Bauschke, RdA 1994, 209 f.; Beuthien/Wehler, RdA 1978, 2 ff.; Maties, Festschrift Wank, S. 323, 330 ff.; Wank, Festschrift Küttner, S. 5, 9 ff.

876 Wank, Begriffsbildung, S. 93, 95 ff.

4. Praktische Bedeutung

Die praktische Bedeutung⁸⁷⁷ der unterschiedlichen Definitionen des Arbeitnehmerbegriffs hängt davon ab, ob es sich um eine Nominaldefinition oder um eine Realdefinition⁸⁷⁸ handeln soll.

Ginge es nur um eine reine Benennung, dann wäre es gleichgültig, ob man vom Arbeitnehmer, vom Beschäftigten oder vom Werk tätigen spricht. Tatsächlich ist es aber sowohl die Absicht des Gesetzgebers als auch die der Autoren, eine Realdefinition aufzustellen, d. h. eine in der Sache richtige Abgrenzung zu treffen. Soweit es dabei um den Gesetzesbegriff des Arbeitnehmers geht, richtet sich die Definition nach Sinn und Zweck des Gesetzes. Handelt es sich aber um ein ganzes Rechtsgebiet, könnte man zwar für jedes einzelne Gesetz nach dessen Sinn und Zweck eine eigene Definition aufstellen. Das wird aber allgemein abgelehnt (s. dazu o. III 5). Dann kann aber nur eine Definition korrekt sein, die dem Sinn und Zweck aller oder jedenfalls der meisten arbeitsrechtlichen Gesetze gerecht wird.

Soweit auf die persönliche Abhängigkeit im Sinne von Weisungsbindung abgestellt wird, kann dieses Ziel nicht erreicht werden.⁸⁷⁹ Zum einen werden auf diese Weise schutzbedürftige Personen nicht erfasst. Beispiele dafür sind die Tagesmutter und der Volkshochschuldozent, die mit Sicherheit schutzbedürftig sind, aber vom BAG aufgrund einer formalen Betrachtung zur Weisungsfreiheit als Selbständige eingestuft wurden.

Zum anderen werden auf diese Weise nicht schutzbedürftige Personen erfasst, wie z. B. der Fußball spielende Millionär, der zum Training erscheinen muss und deshalb Arbeitnehmer sein soll (eine Lösung ist allerdings nur *de lege ferenda* möglich).

Des Weiteren fallen in vielen Fällen die Prämissen des BAG und der h. M. in der Literatur und das Ergebnis der Rechtsprechung auseinander.⁸⁸⁰ So müssten der Prokurist und der leitende Angestellte, die kraft Definition selbständig unternehmerische Entscheidungen treffen, Selbständige sein; sie werden aber, ohne Thematisierung des Widerspruchs, als Angestellte angesehen. Umgekehrt wurde nach der früheren Rechtsprechung des BAG der GmbH-Geschäftsführer, der keine unternehmerischen Entscheidungen auf eigene Rechnung trifft, zu Unrecht als Selbständiger angesehen.

Schließlich haben einige der vom BAG und von der h. M. in der Literatur verwandten Merkmale mit dem Zweck vieler arbeitsrechtlicher Gesetze nichts zu tun.

877 Dazu Wank in Blanke u. a., Neue Beschäftigungsformen, 1. Teil Rn. 7.

878 S. zur Unterscheidung Wank, Begriffsbildung, S. 51, 55 f., 60 ff.

879 Wank in Blanke u. a., Neue Beschäftigungsformen, 1. Teil Rn. 101 ff.

880 S. die Beispiele bei Wank in Blanke u. a., Neue Beschäftigungsformen, 1. Teil Rn. 51 ff.

Am Beispiel der Cutterin beim Fernsehen: Wirkt sie nicht programmgestaltend mit, so erhält sie⁸⁸¹

- Lohnfortzahlung im Krankheitsfall,
- bezahlten Jahresurlaub,
- bezahlten Bildungsurlaub,
- Mutterschutz,
- Kündigungsschutz usw.

Hat die gleiche Arbeit aber Auswirkungen auf die Programmgestaltung, soll die Anwendung des Arbeitsrechts entfallen. Es ist nicht ersichtlich, was der Arbeitsinhalt Programmgestaltung mit der Schutzbedürftigkeit eines Beschäftigten zu tun hat.

5. Folgerungen

Aus dem Gesagten folgt, dass eine Legaldefinition des Arbeitnehmers den wissenschaftstheoretischen und den juristischen Anforderungen nur dann genügt, wenn sie *einerseits teleologisch gebildet*⁸⁸² *und andererseits praktikabel* ist.

Um einen *Sinnzusammenhang zwischen dem Gesetzeszweck und der Definition* herzustellen, muss man einerseits prüfen, inwieweit bei dieser oder jener Definition der Zweck erreicht wird oder verfehlt wird. Wenn der Gesetzeszweck in einer Abgrenzung zwischen zwei Fällen besteht, muss auch geklärt werden, welcher Gedanke der unterschiedlichen Regelung für beide Fälle zugrunde liegt. Wenn im deutschen Zivilrecht zwischen dem Recht der Selbständigen auf der einen Seite und dem der Arbeitnehmer auf der anderen Seite unterschieden wird, dann muss man die unterschiedliche Zwecksetzung herausarbeiten. Sie liegt in einem **dualen Modell der Erwerbstätigkeit**.⁸⁸³ Vom Selbständigen wird erwartet, dass er für seine Lebensrisiken selbst Vorsorge treffen kann. Er trifft unternehmerische Entscheidungen, das finanzielle Ergebnis für Gewinne und Verluste trifft ihn. Anders gesagt, da er selber seine unternehmerische Tätigkeit so gestalten kann, dass er entsprechende Gewinne macht, muss er auch Risiken oder Verluste selbst tragen. Umgekehrt unterstellt sich der Arbeitnehmer den Weisungen eines anderen. Dieser trägt als Arbeitgeber und Unternehmer wirtschaftliche Risiken, muss aber kraft Gesetzes eine Vielzahl von Risiken übernehmen und den Ar-

881 S. auch die Zusammenstellung bei *Reiserer/Freckmann/Träumer*, Scheinselbständigkeit, A Rn. 13 f.

882 *Wank*, Arbeitnehmer, S. 145 ff.; *ders.*, Empirische Befunde, S. 74 ff.; *ders.* in Blanke u. a., Neue Beschäftigungsformen, 1. Teil Rn. 77 ff.

883 *Wank*, Arbeitnehmer, S. 82 ff.

beitnehmer davon entlasten.⁸⁸⁴ Eines der zahlreichen Beispiele liefert § 615 BGB. Der Arbeitnehmer erhält seinen Lohn auch dann, wenn der Arbeitgeber keine Arbeit für ihn hat. Der entscheidende Abgrenzungsgedanke lautet also: Wer fällt unternehmerische Entscheidungen und wen trifft das unternehmerische Risiko für deren Folgen? Der Arbeitnehmer ist dadurch gekennzeichnet, dass er keine unternehmerischen Entscheidungen trifft. Der wesentliche Unterschied zur herrschenden Meinung besteht darin, dass nicht auf die arbeitsrechtliche Weisung abzustellen ist, sondern auf die **unternehmerische Entscheidung auf eigene Rechnung**. Damit beseitigt man Widersprüche, die nach der herrschenden Meinung zwangsläufig auftreten. So ist ein Prokurist dadurch definiert, dass er eigenverantwortlich entscheidet und gerade nicht ständig Weisungen seines Arbeitgebers einholt. Damit müsste er, wollte man der Prämisse der herrschenden Meinung folgen, ein Selbständiger sein. Damit stünde aber im Widerspruch, dass dasselbe HGB den Prokuristen aufgrund seiner Weisungsfreiheit als Selbständigen, aufgrund seines Vertrages aber als kaufmännischen Handlungsgehilfen und damit als Arbeitnehmer qualifizieren würde. Der Widerspruch lässt sich dadurch auflösen, dass der Prokurist zwar keinen oder nur wenigen arbeitsrechtlichen Weisungen unterliegt und dass er zwar unternehmerische Entscheidungen trifft, aber nicht auf eigene Rechnung.

Diesen Grundgedanken der Abgrenzung zwischen Arbeitnehmern und Selbständigen kann man anhand der verschiedensten arbeitsrechtlichen Gesetze überprüfen. Dabei lässt sich jeweils eine spezifische arbeitsrechtliche Schutzregelung für Arbeitnehmer finden, der auf Seiten eines Selbständigen nach BGB oder HGB kein entsprechender Schutz gegenüber steht. Von daher ist es dann auch methodisch zulässig und zutreffend, einen allgemeinen Arbeitnehmerbegriff zu entwickeln, der für die verschiedensten Arbeitnehmerschutzgesetze gilt, solange nicht im Gesetz selbst ein anderer Begriff verwandt wird oder sich aus Besonderheiten dieses Gesetzes eine Abweichung ergibt. Ob man einen solchen **gemeinsamen Begriff für verschiedene Gesetze** Statusbegriff oder anders nennt, ist gleichgültig. Natürlich ist damit nicht gemeint, dass jemand aufgrund einer solchen Definition quasi wie in einer Stände-Gesellschaft den Status eines Arbeitnehmers hat. Dieselbe Person kann je nach Lebenssachverhalt in der einen Beziehung ein Arbeitnehmer, in einer anderen Beziehung ein Selbständiger sein.

Aus dem Vorherigen folgt, dass Arbeitnehmer jemand ist, der **arbeitsrechtlich schutzbedürftig** ist.⁸⁸⁵ Diese Schutzbedürftigkeit besteht nicht deshalb oder jedenfalls nicht nur deshalb, weil die Person Weisungen unterliegt, sondern weil

884 *Rebhahn*, RdA 2009, 154, 157.

885 BAG 23.4.1980 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 34; *ErfK-Preis*, § 611 BGB Rn. 37; *Lieb/Jacobs*, Arbeitsrecht, § 1 I 2; *Mikosch*, Festschrift für Löwisch, 2007, S. 189, 192 ff.

sie keine eigenen unternehmerischen Entscheidungen auf eigene Rechnung fällen kann. Auf diese Weise wird ein Sinnzusammenhang zwischen dem Tatbestand mit seiner Arbeitnehmerdefinition und den daran anknüpfenden Rechtsfolgen des Arbeitnehmerschutzes hergestellt.

Wenn die arbeitsrechtliche Schutzbedürftigkeit der gemeinsame Zweck aller arbeitsrechtlichen Schutzgesetze ist, dann muss zunächst festgestellt werden, was diese Gesetze jeweils schützen. Wenn man behauptet, der gemeinsame Zweck aller arbeitsrechtlichen Schutzgesetze sei der Schutz des Arbeitnehmers gegenüber fremden Weisungen, so ist das unzutreffend. Vor unzulässigen fremden Weisungen schützen den Arbeitnehmer § 106 GewO und die Mitwirkungsrechte des Betriebsrats sowie einzelne Vorschriften, die das Ermessen des Arbeitgebers beschränken, wie z. B. § 7 BUrlG. Kündigungsschutzgesetz, Entgeltfortzahlungsgesetz oder Mutterschutzgesetz sowie eine Fülle anderer Gesetze weisen dagegen keinen Sinnzusammenhang mit dem Weisungsrecht des Arbeitgebers auf.

Soweit auf das zweite Hauptkriterium, die Eingliederung, verwiesen wird, ändert das wenig. Warum jemand, der in eine fremde Arbeitsorganisation eingegliedert ist, deshalb eine Lohnfortzahlung im Krankheitsfalle erhält und ein Selbständiger nicht, wird dadurch nicht erklärt.

Eine Analyse der arbeitsrechtlichen Schutzgesetze ergibt, dass sie sich auf zwei Schutzgedanken zurückführen lassen, auf den Berufsschutz und auf den Existenzschutz.⁸⁸⁶

Soweit ausgeführt wird, die wirtschaftliche Abhängigkeit sei zwar gesetzliches Motiv für den Arbeitnehmerschutz, das brauche aber in der Definition nicht zum Ausdruck zu kommen, ist das unverständlich. Eine teleologische Definition muss die wesentlichen Merkmale enthalten, die einen Begriff von seinem Gegenbegriff unterscheiden. Das zeigt z. B. die Abgrenzung zwischen wirtschaftlich unabhängigen Selbständigen und Arbeitnehmerähnlichen. Der Arbeitnehmerähnliche ist ein Selbständiger, der wirtschaftlich abhängig ist. Die wirtschaftliche Abhängigkeit ist hier nicht nur Motiv des Gesetzgebers, sondern zwingender Bestandteil der Definition.

Begründen ließe sich der Verzicht auf das tragende Merkmal der Arbeitnehmer Eigenschaft in der Definition allenfalls mit folgender Argumentation: Wenn man Merkmale findet, die sicherstellen, dass ein Sinnzusammenhang zwischen der Definition und den gewünschten Rechtsfolgen besteht und wenn sich diese Merkmale leicht feststellen lassen, so kann man auf diese Merkmale zurückgreifen. So wird z. B. die Geschäftsfähigkeit nicht mit der Einsichtsfähigkeit im konkreten Fall

886 Wank, Arbeitnehmer, S. 56 ff.; ders., NZA 1999, 225, 226 f.

begründet (das entspräche dem Sinnzusammenhang), sondern – operational – mit der Vollendung des 18. Lebensjahres.

Man kann also statt unmittelbar auf ein sinntragendes Merkmal auf ein anderes, operationales, zurückgreifen. Das ist aber nur dann zulässig, wenn das verwandte **Merkmal signifikant** ist; d. h. wenn es mit einem hohen Grad an Treffsicherheit das eigentlich gemeinte Merkmal repräsentiert. Würde man beispielsweise in einer Umfrage zur Religiosität der Befragten statt des Merkmals „gläubig“ das Merkmal „Kirchensteuerzahler“ verwenden, so wäre das zwar leicht feststellbar, aber nicht signifikant.

Für die Feststellung, ob jemand Arbeitnehmer ist, ist das Merkmal „persönlich abhängig“ nur begrenzt signifikant. In den Zweifelsfällen – und nur für diese braucht man eine Definition – garantiert das Merkmal, wie oben gezeigt, gerade nicht den notwendigen Sinnzusammenhang. Zudem ist die Berufung auf die persönliche Abhängigkeit, vor allem wenn man einen Typusbegriff i. S. des BAG verwendet, keinesfalls leicht festzustellen.

Da die praktischen Zweifelsfälle Solo-Selbständige betreffen, geht es im Kern darum festzustellen, ob der Beschäftigte im Verhältnis zu seinem Vertragspartner wirtschaftlich abhängig ist oder nicht; d. h. ob er in diesem Vertragsverhältnis einen eigenen unternehmerischen Spielraum im Hinblick auf die Zurechnung von Risiken und Chancen auf eigene Rechnung hat.

Die Abgrenzung muss sich am Gegenbegriff des wirtschaftlich unabhängigen Selbständigen ausrichten. Anders gesagt: Wenn der Beschäftigte sein Einkommen dadurch selbst steuern kann, dass er Personal und Material nach seinen Vorstellungen einsetzt und die Arbeit nach seinen Vorstellungen organisieren kann, ist er Selbständiger. Wenn er das nicht kann oder wenn seine unternehmerische Tätigkeit nicht auf seine Rechnung erfolgt, ist er Arbeitnehmer.

Insofern zeigt sich, dass die vom BAG verwandten Merkmale Weisungsbindung und Eingliederung mit den daraus abgeleiteten fünf Untermerkmalen durchaus sinnvoll angewandt werden können. Das ist dann möglich, wenn man diese *Merkmale* nicht sinnfrei, losgelöst von den Zwecken des Arbeitsrechts versteht, sondern jeweils *bezogen auf ihren arbeitsrechtlichen Schutzzweck*.⁸⁸⁷ Dann kommt es nicht darauf an, ob der Arbeitnehmer in seiner Zeiteinteilung frei ist, sondern ob er daraus unternehmerischen Gestaltungsspielraum gewinnt. Und dann ist nicht ausschlaggebend, ob jemand – wie der Prokurist oder der GmbH-Fremdgeschäftsführer – unternehmerische Entscheidungen fällt, sondern ob er das im eigenen Namen und auf eigene Rechnung tut.

⁸⁸⁷ Hromadka, DB 1998, 195, 199; Wank in Blanke u. a., Neue Beschäftigungsformen, 1. Teil Rn. 56 f.

6. Kritik am teleologischen Arbeitnehmerbegriff

Der teleologische Arbeitnehmerbegriff sieht sich einer Kritik durch die Vertreter der h. M. ausgesetzt.⁸⁸⁸ So wird diesem Begriff entgegengehalten, dass es danach keine Arbeitnehmerähnlichen mehr gebe, dass dem Schutzbedürfnis durch die Vorschriften für Arbeitnehmerähnliche Rechnung getragen werde, dass Weisungsabhängigkeit schon immer als das richtige Kriterium anerkannt sei, dass es auf wirtschaftliche Abhängigkeit nicht ankommen dürfe: Auch Unternehmer seien wirtschaftlich abhängig, und auch Millionäre müssten unbedingt durch Arbeitsrecht geschützt werden.

7. Widerlegung der Kritik

Diese Kritik überzeugt nicht.⁸⁸⁹

a) Unseriöse Zitierweise

Die genannte Kritik richtet sich schon dadurch selbst, dass ihre tragenden Argumente auf grob unseriöser Zitierweise beruhen. So wird von Kritikern vorgebracht: Wenn man diesem Ansatz folge, gäbe es keine Arbeitnehmerähnlichen mehr. Diese seien aber im geltenden Recht als eigene Kategorie vorgesehen. Die teleologische Auslegung verstoße daher gegen geltendes Gesetzesrecht.⁸⁹⁰

Da in meiner Schrift über Arbeitnehmer und Selbständige ein eigener Abschnitt den Arbeitnehmerähnlichen gewidmet ist und ich im Einzelnen darlege, inwieweit Arbeitnehmerähnliche in dem von mir entwickelten System ihren Platz haben,⁸⁹¹ geht die Kritik ins Leere (s. auch im Folgenden unter b).

b) Fehlende innere Logik im Verhältnis Selbständige, Arbeitnehmerähnliche und Arbeitnehmer

Anders als die Kritiker meinen, nach deren Ansicht der Arbeitnehmerähnliche eine dritte Kategorie neben Arbeitnehmern und Selbständigen ist, handelt es sich beim Arbeitnehmerähnlichen um einen Unterfall des Selbständigen.⁸⁹²

Auch trifft es nicht zu, dass eine teleologische Begriffsbildung keinen Raum für Arbeitnehmerähnliche lasse.⁸⁹³

888 S. die (referierende) Zusammenfassung der Kritik bei *Erren*, Vorstandsmitglied, S. 146 ff., 213 ff.

889 S. auch *Wank* in *Blanke u. a.*, Neue Beschäftigungsformen, 1. Teil, Rn. 73 ff. und zusammenfassend *Erren*, Vorstandsmitglied, S. 216 ff., 665 ff.

890 *Griebeling*, NZA 1998, 1137, 1142.

891 *Wank*, Arbeitnehmer, S. 125 ff.

892 Insofern zutr. *Boemke*, ZfA 1998, 285, 299.

893 So aber *Buchner*, NZA 1998, 1144, 1146; *Hromadka*, DB 1998, 195, 196; MünchArbR-*Richardi*, § 16 Rn. 44; *Rosenfelder*, Status, S. 96; dagegen *Wank*, AuR 2007, 244, 246; EuZA 2008, 172, 189; Festschrift für Küttner, S. 5, 15.

Hierbei sind die Kritiker nicht in der Lage, ein in sich schlüssiges System zu erläutern, in dem jede dieser drei angeblich eigenen Kategorien sinnvoll voneinander abzugrenzen sind. So heißt der Arbeitnehmerähnliche deshalb so, weil er tatbestandlich einem Arbeitnehmer ähnlich ist.⁸⁹⁴ Da nach herrschender Meinung für den Arbeitnehmer aber die persönliche Abhängigkeit entscheidend ist, müsste man genau diese auch beim Arbeitnehmerähnlichen vorfinden. Nach allgemeiner Ansicht ist aber der Arbeitnehmerähnliche gerade nicht persönlich abhängig. Nach den Regeln der Logik gibt es damit keinen Ansatzpunkt, um ihn mit einem Arbeitnehmer zu vergleichen. Diese Ungereimtheit zieht sich durch das gesamte Spektrum der Abgrenzung. Sie wird vermieden, wenn man dem System des teleologischen Arbeitnehmerbegriffs folgt.⁸⁹⁵

ontologischer Arbeitnehmerbegriff

Arbeitnehmer:	nur persönlich abhängig wirtschaftliche Abhängigkeit unerheblich
Arbeitnehmerähnlicher:	einem Arbeitnehmer ähnlich Das Merkmal, das für die Arbeitnehmereigenschaft maßgeblich ist, liegt allerdings bei ihm nicht vor. Zwar ist er wirtschaftlich abhängig, aber auf dieses Merkmal kann es bei einem Vergleich mit einem Arbeitnehmer nicht ankommen. Damit gibt es für einen Vergleich mit einem Arbeitnehmer keinerlei Grundlage.

teleologischer Arbeitnehmerbegriff

Arbeitnehmer:	persönlich abhängig wirtschaftlich abhängig
Arbeitnehmerähnlicher	nur wirtschaftlich abhängig; deshalb kein Arbeitnehmer, aber
(abhängiger Selbständiger):	einem Arbeitnehmer ähnlich
freier Selbständiger:	persönlich unabhängig wirtschaftlich unabhängig

⁸⁹⁴ Vgl. *Maties*, Festschrift für Wank, S. 323, 333.

⁸⁹⁵ S. auch *Maties*, Festschrift für Wank, S. 323, 334.

c) Fehlendes Verständnis für Subsumtion bei Gegenbegriffen

Da Gegenbegriff des Arbeitnehmers der freie Dienstnehmer oder allgemein der Selbständige ist, kann man die Subsumtion entweder in der Weise durchführen, dass man die für die Selbständigkeit sprechenden Merkmale prüft (wenn man sie verneint, handelt es sich um einen Arbeitnehmer), oder indem man die für die Arbeitnehmereigenschaft sprechenden Merkmale prüft (liegen sie nicht vor, handelt es sich um einen Selbständigen). Rechtsprechung und Lehre verfolgen allein den zweiten Weg. Das kann dazu führen, dass scheinbar Selbständige, die formal Weisungsfreiheit genießen, als Selbständige qualifiziert werden, obwohl objektiv gesehen die Voraussetzungen für eine Selbständigkeit nicht vorliegen. Scheinselbstständige werden also oft nicht zutreffend erfasst.

Das vermeidet man, indem man prüft, ob bei teleologischer Definition die notwendigen Voraussetzungen für eine selbständige Tätigkeit, d. h. für unternehmerische Entscheidungen auf eigene Rechnung, vorliegen. Kriterien dafür sind:

- Arbeit nicht nur für einen Vertragspartner, sondern Auftreten am Markt
- sachliche Mittel für eigene unternehmerische Entscheidungen
 - eigenes Personal
 - eigene Arbeitsstätte (Büro, Produktionsräume)
 - eigene Materialien
- Freiheit der Entscheidung im Hinblick auf den Inhalt der Dienstleistung oder Herstellung.

Die Kritik an diesem Vorgehen ist unberechtigt. Die Verwendung dieser Merkmale bei der Subsumtion bedeutet nicht, für die Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft müsse man auf Umstände außerhalb des Vertrages, wie z. B. die Zahl der Vertragspartner, zurückgreifen.⁸⁹⁶ Die Subsumtion richtet sich nach der **tatsächlichen Durchführung des Vertrages**. Kontrollfragen sind: Lässt es der Vertrag zu, dass der Beschäftigte am Markt auftritt oder arbeitet er in Vollzeit auf Dauer für einen Vertragspartner, so dass ein Auftreten am Markt schon nach dem Vertrag gar nicht möglich ist? Es ist nicht ersichtlich, inwiefern dadurch auf außerhalb des Vertrages liegende Kriterien zurückgegriffen wird.

d) Fehlende innere Logik zum Merkmal „wirtschaftlich abhängig“

Gegenüber dem Merkmal wirtschaftlich abhängig wird geltend gemacht, dass es „keinen bestimmten Vertragstyp qualifiziert“.⁸⁹⁷ Das Argument ist unverständlich. Es geht bei der Abgrenzung um Dienstnehmer. Insoweit ist zu unterscheiden zwi-

⁸⁹⁶ So aber *ErFK-Preis*, § 611 BGB Rn. 57.

⁸⁹⁷ *ErFK-Preis*, § 611 BGB Rn. 62.

schen dem Dienstvertrag eines wirtschaftlich Abhängigen und dem Dienstvertrag eines wirtschaftlich Unabhängigen. Das Argument würde sich zudem auch gegen die Legaldefinition des Arbeitnehmerähnlichen richten. Des Weiteren wird vorgebracht, auch Großunternehmen als Zulieferer seien wirtschaftlich abhängig. Das Argument ist abwegig.⁸⁹⁸ Bei Großunternehmen kommt niemand auch nur in die Nähe eines Abgrenzungsproblems. Nach § 613 BGB leistet der Arbeitnehmer seine Arbeit persönlich, ohne Mitarbeiter. § 613 BGB gilt für Dienstnehmer und Arbeitnehmer in gleicher Weise. Die Definition lautet also: „Ein in Person seine Arbeit Leistender in wirtschaftlicher Abhängigkeit“. Wie man diesen Beschäftigten mit einem großen Zulieferer-Unternehmen vergleichen kann, ist nicht nachvollziehbar.

Da nach keiner vorhandenen Arbeitnehmerdefinition nur ein einzelnes Merkmal ausschlaggebend ist, sondern immer nur eine Kumulation von Merkmalen herangezogen wird, ist es ungereimt vorzubringen, dass ein bestimmtes einzelnes Merkmal für die Abgrenzung nicht genüge.

Soweit geltend gemacht wird, wenn man das Merkmal wirtschaftlich abhängig beim Arbeitnehmer bejahe, gäbe es keinen Arbeitnehmerähnlichen, ist das, wie dargelegt, ebenso verfehlt. Wenn der Arbeitnehmerähnliche sowohl nach h. M. als auch nach teleologischer Begriffsbildung ein Selbständiger und damit nicht persönlich abhängig ist, unterscheidet er sich dadurch vom Arbeitnehmer.

Soweit geltend gemacht wird, wenn man die wirtschaftliche Abhängigkeit berücksichtige, stelle man auf außerhalb des Vertrages liegende Umstände ab,⁸⁹⁹ richtet sich die Kritik gegen eine Behauptung, die nur die Vertreter der h. M. aufstellen. Nach der hier vertretenen Ansicht (die auch den Eismann-Urteilen von BGH und BAG zugrunde liegt) kommt es darauf an, ob in dem Vertrag des Beschäftigten eine wirtschaftliche Abhängigkeit angelegt ist.

Wenn kritisch gesagt wird, die Berücksichtigung der Zahl der Vertragspartner stelle unzulässiger Weise auf Umstände außerhalb des Vertrages ab, wird nicht berücksichtigt, dass bei teleologischer Begriffsbildung keineswegs vorausgesetzt wird, dass ein Selbständiger mehrere Vertragspartner hat; vielmehr unterstützt es das Vorbringen, der Beschäftigte sei Selbständiger, wenn er mehrere Vertragspartner hat. Es ist aber ebenso gut möglich, dass ein Beschäftigter mehrere Arbeitsverhältnisse hat.

Der Zusammenhang zwischen Arbeitnehmereigenschaft und wirtschaftlicher Abhängigkeit lässt sich am Beispiel des Profifußballspielers deutlich aufzeigen (s. o. XII 13).⁹⁰⁰ Nach der Rechtsprechung und der h. M. in der Literatur sind Profifußballspieler Arbeitnehmer.⁹⁰¹ Begründet wird das damit, dass sie den Weisungen

898 Wank in Blanke u. a., Neue Beschäftigungsformen Rn. 112 ff.

899 S. zuletzt Uffmann, Interim Management, S. 235.

900 Dazu Bepler in Fütterer/Pötters/Stiebert/Traut, Arbeitsrecht – für wen und wofür?, S. 11 ff.

901 S. die Nachw. bei Bepler, aaO.

des Trainers unterworfen sind. Ihre Arbeitnehmereigenschaft wird selbst dann bejaht, wenn der Fußballspieler 6 Millionen Euro im Jahr verdient.

Bei teleologischer Sicht ist Arbeitsrecht das Recht zum Schutze von Personen, die im Rahmen ihrer Erwerbstätigkeit eines besonderen Berufs- und Existenzschutzes bedürfen. Soweit es um die Frage geht, ob ein Beschäftigter angesichts der Höhe seines Privatvermögens Arbeitnehmer ist (der Millionär, der aus Hobby arbeitet), existiert das Problem nur in der Phantasie der Kritiker einer teleologischen Begriffsbildung.⁹⁰² Bei teleologischer Begriffsbildung kommt es auf außerhalb des Vertrages liegende Umstände, wie das Privatvermögen eines Beschäftigten, nicht an.⁹⁰³

Soweit es allerdings um das **Arbeitseinkommen** geht, handelt es sich um einen Umstand aus dem Rechtsverhältnis selbst. Das Sozialrecht – bei dem Leistungen zulasten des Staates und der Versichertengemeinschaft gehen – berücksichtigt dies. Eine Versicherungspflicht besteht nur bis zur Beitragsbemessungsgrenze. Wer mehr verdient, braucht sich nicht in der Sozialversicherung zu versichern – und entlastet diese damit von hohen Leistungen. Dagegen sollen nach h. M. dann, wenn nicht der Staat Lasten tragen soll, sondern ein privater Vertragspartner, dieser alle arbeitsrechtlichen Lasten auch dann tragen, wenn der Beschäftigte alle Risiken aufgrund seines Einkommens im Wege privater Vorsorge selbst tragen könnte. In diesem Falle wäre es geboten, jedenfalls bei einem exorbitant hohen Einkommen – z. B. mehr als 1 Million Euro – zumindest de lege ferenda die Arbeitnehmereigenschaft zu verneinen.⁹⁰⁴ Allerdings müssten – wie bei Arbeitnehmerähnlichen – Antidiskriminierungsrecht und Arbeitsschutzrecht auch bei ihnen gelten.

e) Unverständnis für Hermeneutik

Um zu einer teleologischen Begriffsbildung zu gelangen, ist es erforderlich, einen Sinnzusammenhang zwischen Tatbestand und Rechtsfolge herzustellen. Manche Kritiker meinen, dies sei ein Zirkelschluss.⁹⁰⁵ Sie verkennen einen Grundgedanken aller Hermeneutik, der sich im „Vorverständnis“ ausdrückt. Nur wenn man weiß, worauf hin man interpretieren will, kann man wirklich interpretieren.

f) Fehlende teleologische Begriffsbildung

Während niemand bestreitet, dass Gesetze teleologisch auszulegen sind, meinen die Vertreter des ontologischen Arbeitnehmerbegriffs, man könne einen Begriff beliebig

902 So z. B. bei *Griebeling*, RdA 1998, 208, 211; s. demgegenüber eindeutig *Wank*, Arbeitnehmer, S. 135: „Für das ... Vergleichspaar des Selbständigen und des auf Dauer Vollzeitbeschäftigten müssen derartige Einkünfte außerhalb des Beschäftigungsverhältnisses außer Betracht bleiben“; ebenso falsches Zitat bei *Buchner*, NZA 1998, 1144, 1147.

903 *Wank*, EuZA 2008, 172, 189; AuR 2001, 327, 332; NZA 1999, 225, 229.

904 Ebenso *Lars Weber*, Rechtliche Strukturen und Beschäftigungsverhältnisse im Fußballsport, 2008, S. 185 ff.

905 MünchArbR-*Richardi*, § 16 Rn. 38; *Rosenfelder*, Status, S. 114; dagegen *Wank*, AuR 2001, 327, 332.

bilden, und auf Sinn und Zweck der Verwendung dieses Begriffs in einem bestimmten Gesetz komme es nicht an. Bezeichnend ist, dass die Vertreter der ontologischen Begriffsbildung nicht einmal den Versuch unternehmen, zu begründen, welcher Sinnzusammenhang zwischen persönlicher Abhängigkeit einerseits und beispielsweise Kündigungsschutz und Lohnfortzahlung andererseits besteht. Ein juristisch vertretbarer Arbeitnehmerbegriff muss einen Sinnzusammenhang zwischen dem Tatbestand (Arbeitnehmer) und den daran anknüpfenden Rechtsfolgen (Anwendbarkeit der arbeitsrechtlichen Gesetze) herstellen.⁹⁰⁶ Untersucht man alle arbeitsrechtlichen Gesetze, lassen sie sich grob auf zwei Schutzzwecke zurückführen:

- Berufsschutz (betrifft die Ausübung der Arbeit)
- Existenzschutz (betrifft die Grundlage des Einkommens, Selbstverwirklichung).

Wenn man für die Bildung des Arbeitnehmerbegriffs nur die persönliche Abhängigkeit im Sinne einer Weisungsbindung zugrunde legt, so kann man nur solche Vorschriften heranziehen, die den Arbeitnehmer vor unzulässigen Weisungen schützen, wie § 106 GewO und die Vorschriften über die Mitbestimmung des Betriebsrats. Warum alle anderen arbeitsrechtlichen Gesetze an den Arbeitnehmerbegriff anknüpfen, ist mit diesem Ansatz nicht zu erklären.

Soweit man die Eingliederung als weiteres Merkmal der persönlichen Abhängigkeit zugrunde legt, fragt es sich, welcher Sinnzusammenhang zwischen der Eingliederung und solchen arbeitsrechtlichen Vorschriften wie denen über die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall bestehen soll.

g) Fehlende innere Logik am Beispiel von Prokuristen und Lehrern

Wenn es wirklich auf die Weisungsbindung ankäme, dürfte der Prokurist kein Arbeitnehmer sein. Da er aber kraft Gesetzes gleichzeitig Arbeitnehmer und weisungsfrei ist, kann das nach herrschender Meinung entscheidende Kriterium nicht maßgeblich sein.

Ähnliches gilt beispielsweise für Fachleute, deren Tätigkeit von niemand anders im Unternehmen wahrgenommen werden kann und denen der Arbeitgeber keine Weisungen erteilen kann. Soll die Arbeitnehmereigenschaft von der Weisungsbindung abhängen, können diese Beschäftigten keine Arbeitnehmer sein.

h) Untragbare Folgerungen bei Anknüpfung an den Grad einer Weisung, die nicht die unternehmerische Entscheidungsfreiheit zum Inhalt hat

Nach der Rechtsprechung des BAG sind als Lehrer Beschäftigte, die an ein Curriculum gebunden sind, Arbeitnehmer. Ein Lehrer in einem Fach, für das kein Curri-

⁹⁰⁶ Wank, Arbeitnehmer und Selbständige, S. 38; Handbuch Neue Beschäftigungsformen, S. 1, 41; DB 1992, 90, 91; RdA 1999, 297, 299; AuR 2001, 291, 293, 294.

culum vorliegt (z. B. das alte ist aufgehoben und wird überarbeitet; das Fach ist neu) ist danach kein Arbeitnehmer. Es ist nicht nachvollziehbar, warum bei sonst gleich gearteter Arbeit die einen Lehrer Kündigungsschutz und Lohnfortzahlung im Krankheitsfall genießen, während die anderen Lehrer als Selbständige keinem arbeitsrechtlichen Schutz unterliegen.

i) Bezug auf vertragsfremde Merkmale?

Der teleologischen Begriffsbildung wird vorgehalten, sie nehme auf außervertragliche Kriterien Bezug. Demgegenüber heißt es dazu:

„Die Qualifizierung des Beschäftigungsverhältnisses muß sich an Kriterien ausrichten, die aus dem Beschäftigungsverhältnis selbst ableitbar sind.“⁹⁰⁷

j) Fehlende Rechtssicherheit

Gegen die teleologische Begriffsbildung wird eingewandt, sie bringe keine Rechtssicherheit.⁹⁰⁸ Das Gegenteil ist der Fall: Fehlt es an einer Orientierung an einem Zweck der Abgrenzung, ist die Interpretation wie ein führerloses Schiff auf See. Erst wenn man weiß, im Hinblick worauf die Subsumtion erfolgen soll, kann man einen Tatbestand zutreffend erfassen.⁹⁰⁹

k) Regelungsdefizit nach gegenwärtiger Rechtsprechung

Da die Rechtsprechung in vielen Fällen selbst feststellt, dass sie mit den von ihr theoretisch zugrunde gelegten Kriterien zu falschen Ergebnissen kommt, entscheidet sie sich in diesen Fällen für das richtige Ergebnis unter Missachtung der eigenen Prämissen. So werden Prokuristen, weisungsfreie Fachleute oder weisungsfreie Fernfahrer im Ergebnis zutreffend als Arbeitnehmer qualifiziert, obwohl das nach der Prämisse des BAG nicht möglich wäre.

In anderen Fällen, die denen von Lehrern mit oder ohne Curriculum, folgt die Rechtsprechung dagegen ihren Prämissen und gelangt zu nicht mehr nachvollziehbaren Ergebnissen.

Legt man Sinn und Zweck der arbeitsrechtlichen Gesetze zugrunde, so knüpfen diese, wie dargelegt, sowohl an die Weisungsbindung als auch an die wirtschaftliche Abhängigkeit an. Zweifelsfälle ergeben sich, wenn es an der Weisungsbindung ganz oder weitgehend fehlt, aber eine wirtschaftliche Abhängigkeit besteht. Eine Definition muss gerade auch diese Zweifelsfälle zutreffend erfassen.

⁹⁰⁷ Wank, Arbeitnehmer, S. 135.

⁹⁰⁸ Griebeling, RdA 1998, 208, 214.

⁹⁰⁹ Wank, RdA 1999, 297, 299; AuR 2001, 291, 293.

XVI Rechtsvergleichung

Sieht man sich den Arbeitnehmerbegriff in den unterschiedlichsten Rechtsordnungen an, so stellt man fest, dass diese ganz überwiegend auf eine Legaldefinition verzichten. Die Begriffsbildung erfolgt daher durch Rechtsprechung und Literatur.⁹¹⁰

Durchweg lässt sich erkennen, dass die Weisungsbindung eine große Rolle spielt. Das Merkmal Eingliederung wird teilweise mit herangezogen. Im Übrigen gibt es Länder, die es bei diesen Merkmalen bewenden lassen, wie in Deutschland.

In eher pragmatisch ausgerichteten Ländern, wie in England oder in den Vereinigten Staaten von Amerika, hat man dagegen erkannt, dass die alleinige Ausrichtung an der Weisungsbindung das Thema verfehlt.⁹¹¹ In diesen Ländern wird daher ein kombinierter Ansatz zugrunde gelegt, nach dem es außer auf die persönliche Abhängigkeit auch auf die wirtschaftliche Abhängigkeit ankommt. In diesen Ländern ist man dann auch in der Lage, schwierige Fälle sowohl rechtsdogmatisch zutreffend als auch im Ergebnis richtig zu entscheiden.

910 Zum Arbeitnehmerbegriff in anderen Ländern *Erren*, Vorstandsmitglied, S. 494 ff.; *Henssler/Braun*, Arbeitsrecht in Europa, 3. Aufl., Köln 2011; *Rebhahn*, Der Arbeitnehmerbegriff in vergleichender Perspektive, RdA 2009, 154; *Thüsing*, Scheinselbständigkeit im internationalen Vergleich, 2011; *Wank* in *European Distribution Law*, 2017, A VII 6.

911 *Wank*, Festschrift für Küttner, S. 5, 17 f.

XVII Vorgaben für eine empirische Untersuchung

Bei der empirischen Untersuchung, wie hoch die Zahl der Scheinselbständigen in Deutschland ist, muss die geltende Rechtslage zugrunde gelegt werden. Sie ergibt sich aus EU-Recht, Verfassungsrecht und einfachen Gesetzen in der Auslegung durch die Rechtsprechung des EuGH, des BVerfG und des BAG oder der anderen obersten Gerichtshöfe.

Im Folgenden wird allein auf die Fragen eingegangen, die Gegenstand der vorliegenden juristischen Untersuchung sind. Andere Daten, die bei der früheren empirischen Untersuchung erhoben wurden, wie Ausbildung,⁹¹² Unterschiede zwischen Ost und West,⁹¹³ Geschlecht⁹¹⁴ oder Alter⁹¹⁵ bleiben hier außer Betracht.

1. Fragebogen auf der Grundlage der BAG-Rechtsprechung

Auch wenn ein klarer Sachverhalt vorliegt, ist eine sichere Subsumtion unter die Rechtsprechung des BAG nach dessen eigener Aussage nicht möglich. Das liegt vor allem daran, dass das BAG keinen Klassenbegriff zugrunde legt, wie in Rechtswissenschaft und Praxis sonst allgemein üblich, sondern einen Typusbegriff des Arbeitnehmers. Das bedeutet,

- dass es keinen Leitgedanken gibt,
- dass die Zahl der verwendeten Kriterien beliebig ist und
- dass es keine Gewichtung der Kriterien gibt.

Vielmehr ist danach eine Gesamtschau vorzunehmen, bei der „alle Umstände des Einzelfalles“ zu berücksichtigen sind.

Auch wenn man entgegen diesem für eine empirische Untersuchung nicht geeigneten Ansatz von einer begrenzten Zahl von zu berücksichtigenden Merkmalen ausgeht, bleibt ein weiteres Problem, nämlich das der Umsetzung von Rechtsbegriffen in für einen Fragebogen geeignete Merkmale. Insofern kommen unbestimmte Rechtsbegriffe, insbesondere wertender Art, nicht in Betracht. Vielmehr sollte es sich um operationale Begriffe handeln.⁹¹⁶

Nach diesen Vorbehalten soll im Folgenden versucht werden, anhand der Rechtsprechungsanalyse die entsprechenden Fragen zu entwickeln.

912 Dietrich, Empirische Befunde, S. 95 ff.

913 Dietrich, Empirische Befunde, S. 86.

914 Dietrich, Empirische Befunde, S. 89 ff.

915 Dietrich, Empirische Befunde, S. 92 f.

916 Wank, Empirische Befunde, S. 18.

2. Keine gesetzliche Vorgabe

Im deutschen Recht existierte zur Zeit der empirischen Untersuchung keine allgemeingültige Legaldefinition des Arbeitnehmers. § 84 HGB ist nicht verallgemeinerungsfähig. Soweit die Rechtsprechung auf § 84 HGB zurückgreift, geschieht das rein formal. In der Sache haben die Gerichte im Befragungszeitraum unabhängig davon immer denselben Arbeitnehmerbegriff zugrunde gelegt.

Auch gibt es bis heute keinen Gesetzesbegriff des Selbständigen; dies ist vielmehr eine rechtsdogmatische Abstraktion als Gegenbegriff zum Arbeitnehmer. Rechtsprechung und Literatur stellen den Arbeitnehmer – definitorisch zweifelhaft – meist nur dem freien Dienstnehmer gegenüber und verkennen, dass es sich beim Gegensatzpaar Arbeitnehmer/Werkunternehmer um dieselbe Problematik handelt.

Bei der Verwendung des Beschäftigtenbegriffs in einigen Gesetzen wird immer auch der Arbeitnehmer als eigene Kategorie genannt. Die weiteren Personengruppen bedeuten nur eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs und wirken sich auf den Arbeitnehmerbegriff nicht aus.

Soweit Gesetze nicht ausdrücklich eine Legaldefinition enthalten – wie die negative Legaldefinition in § 5 BetrVG – konnte im Untersuchungszeitraum auf einen allgemeinen Arbeitnehmerbegriff zurückgegriffen werden. Für die empirische Untersuchung war dies der allgemeine Arbeitnehmerbegriff gemäß der Rechtsprechung des BAG.

3. Wenige Vorgaben durch EuGH und BVerfG

Wie inzwischen geklärt ist, gibt es von Seiten des *BVerfG* keine Vorgaben zum Arbeitnehmerbegriff, auch nicht im Hinblick auf die Rundfunkfreiheit. Soweit das *BVerfG* früher gemeint hat, der Rundfunkfreiheit müsse durch einen besonderen Arbeitnehmerbegriff im Medienbereich Rechnung getragen werden, ist dies heute ohne Konsequenzen. Arbeitnehmer können unter Berücksichtigung der Rundfunkfreiheit befristet beschäftigt werden. Wenn das BAG im Gefolge der – arbeitsrechtlich verfehlten – Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum programmgestaltenden Mitarbeiter insoweit unterscheidet, so wirkt sich das nach der neueren Rechtsprechung nicht mehr aus.

Der *EuGH* hat zwar mehrere „autonome Begriffe“ zum Arbeitnehmerbegriff des Gemeinschaftsrechts entwickelt. Diese sind aber mit dem deutschen Recht kompatibel. Dagegen muss zur Arbeitnehmereigenschaft des GmbH-Fremdgeschäftsführers ein Umdenken erfolgen.

4. Rechtsgebietskonkurrenz (insbes. GmbH-Fremdgeschäftsführer)

Abhängige Tätigkeit aufgrund eines *Beamtenstatus* fällt nicht unter die vorliegende Untersuchung. Soweit nach EU-Recht auch nicht-hoheitlich tätige Beamte zu den Arbeitnehmern i. S. des EU-Rechts gezählt werden, hat das keine Auswirkungen auf die Feststellung, wer nach deutschem Recht Arbeitnehmer oder Scheinselbständiger ist, da insoweit Beamte ausgeblendet werden.

Im Hinblick auf *Gesellschaftsorgane* ist eine differenzierte Betrachtung erforderlich.

5. Tatsächliche Durchführung

Nach ständiger Rechtsprechung (und allgemeiner Ansicht in der Literatur) kommt es für die Frage, ob ein Beschäftigter Arbeitnehmer oder Selbständiger ist, nicht auf die Bezeichnung im Vertrag an, sondern auf die tatsächliche Durchführung. Fallen Vertrag und tatsächliche Durchführung auseinander, liegt Scheinselbständigkeit vor. Aufgabe der vorliegenden Untersuchung ist es festzustellen, wie groß der Anteil der Scheinselbständigen an der Gruppe der Beschäftigten ist.

Um den Unterschied zwischen Schein und Sein herauszufinden, muss zum einen nach der Ausgestaltung des Vertrages gefragt werden, zum anderen nach der tatsächlichen Durchführung. Es muss also geprüft werden, ob der Beschäftigte nach der Bezeichnung im Vertrag Selbständiger ist. Bejaht er das, liegen aber bei objektiver Betrachtung die Kriterien für eine Arbeitnehmerstellung vor, ist er Scheinselbständiger.

Vorbemerkungen zu 6. bis 12.

Die Formulierung des Fragebogens ist Sache der empirischen Untersuchung entsprechend den Regeln für empirische Befragungen. Die im Folgenden aufgeführten Überlegungen sollen unabhängig davon aufzeigen, welche Kriterien in der Rechtsprechung eine Rolle spielen und wie entsprechende Fragen aus juristische Sicht lauten könnten.

Untersucht man im Einzelnen, wann Scheinselbständigkeit vorliegt und legt man dabei die BAG-Rechtsprechung zugrunde, so ist zwischen dem Grundfall und Besonderheiten zu unterscheiden.

Im *Grundfall* geht es um die Abgrenzung zwischen dem Selbständigen als einem freien Dienstnehmer und einem Arbeitnehmer. Hierbei verwendet das BAG – ungeachtet aller Verweise auf den Einzelfall und ungeachtet der oftmals zwei-

felhaften Umschreibung im Obersatz – im Wesentlichen das Merkmal „persönliche Abhängigkeit“ und gliedert es in „Weisungsbindung“ und „Eingliederung“ auf. Beide Hauptkriterien werden in Unterbegriffe untergliedert (dazu im Folgenden unter 6 und 7).

Da es eigentlich nur um die Abgrenzung Arbeitnehmer oder Selbständiger geht und da es, wenn jemand Selbständiger ist, eigentlich gleichgültig wäre, ob er wirtschaftlich unabhängiger Selbständiger ist oder wirtschaftlich abhängiger Selbständiger (*Arbeitnehmerähnlichen*), könnten Arbeitnehmerähnliche bei der vorliegenden Untersuchung außer Betracht bleiben. Dieses logische Vorgehen entspricht allerdings nicht dem von Rechtsprechung und Literatur, so dass hier innerhalb der Gruppe der Selbständigen nach beiden Untergruppen gefragt wird (s. u. 8).

Wegen der im Schuldrecht bestehenden Vertragsfreiheit ist es eigentlich für die vorliegende Untersuchung gleichgültig, ob der Beschäftigte, wenn er denn selbständig wäre, diesen oder jenen Vertragstyp abgeschlossen hat. Jedoch gestaltet sich die Abgrenzung beim Scheindienstvertrag etwas anders als beim *Scheinwerkvertrag*, so dass auch danach abgegrenzt werden muss (s. u. 9).

Eine besondere Fallgestaltung stellt der *selbständige Subunternehmer* dar, der in Wahrheit Leiharbeiter ist (s. u. 10).

Außer den genannten Hauptkriterien und den besonderen Vertragsformen werden in der Rechtsprechung gelegentlich *Hilfskriterien* herangezogen (s. u. 11).

Schließlich muss auf der Grundlage der allgemeinen Abgrenzung untersucht werden, ob für *einzelne Berufe* Besonderheiten gelten (s. u. 12).

Die insoweit angegebenen Fragen beruhen auf der Rechtsprechung des BAG. Anders als in der früheren Untersuchung werden in der jetzigen Untersuchung nicht drei ganz unterschiedliche Modelle einander gegenüber gestellt.⁹¹⁷ Auf der Grundlage der Rechtsprechung anhand der vom BAG gebildeten Obersätze käme man allerdings häufig zu Ergebnissen, die mit der tatsächlichen Entscheidung des BAG nicht übereinstimmen, da die Theorie des BAG und seine Ergebnisse vielfach divergieren. Das liegt daran, dass die BAG-Definition eine ontologische Definition ist, die nur das Typische beschreibt, ohne einen Sinnzusammenhang zwischen der Definition auf der Tatbestandseite und den arbeitsrechtlichen Schutzzwecken auf der Rechtsfolgende herzustellen. Folgerichtig angewandt, würde das vielfach zu unerwünschten Ergebnissen führen, wie insbesondere bei den fachlich weisungsfreien Mitarbeitern – mit der Theorie des BAG lassen sie sich nicht widerspruchsfrei erfassen. Das BAG vermeidet allerdings folgerichtige, aber unerwünschte Ergebnisse, indem es sich im Rahmen der Einzelfallauslegung an den Überlegungen orientiert, die einer teleologischen Begriffsbildung entsprechen.

⁹¹⁷ S. zu diesen Modellen Dietrich, Empirische Befunde, S. 40 ff.

Mit einer **Ergänzung des Fragebogens** in der Form, wie er sich aus der BAG-Rechtsprechung ergibt, um teleologisch ausgerichtete Fragen lässt sich der Widerspruch zwischen den ontologischen Obersätzen des BAG und den (meist zutreffenden) teleologischen Überlegungen des BAG überbrücken:

- Bei der Weisungsbindung ist zusätzlich danach zu fragen, ob unternehmerische Weisungen erteilt werden.
- Bei der Eingliederung ist zusätzlich danach zu fragen, ob sich die Eingliederung auf die unternehmerischen Entscheidungen des Beschäftigten auswirkt.
- Schließlich ist zu fragen, ob der Beschäftigte unternehmerische Chancen auf eigene Rechnung wahrnimmt.

Bei Verwendung der Kriterien des BAG und der hier genannten Zusatzkriterien erhält man eine Abgrenzung, die sowohl praktikabel ist als auch wissenschaftlichen Anforderungen genügt und zu Ergebnissen führt, die allseits Zustimmung finden können.

6. Der Arbeitsvertrag als Dienstvertrag

In vielen Definitionen des Arbeitnehmers werden Merkmale verwendet, die gemäß § 611 BGB für Dienstnehmer und Arbeitnehmer in gleicher Weise gelten. Da Definitionen der Abgrenzung dienen, also die Unterschiede aufzeigen sollen, kommen diese Merkmale zwar als allgemeine Voraussetzungen in Betracht, dienen aber nicht der eigentlichen Definition des Arbeitnehmers.

Hierzu gehören der „privatrechtliche Vertrag“ und die „Arbeit im Dienst eines anderen“ „gegen Entgelt“ (dazu u. 7 a).

Auch soll es sich jedenfalls beim Fragebogen (anders als bei der allgemeinen Arbeitnehmerdefinition) um ein aktives Beschäftigungsverhältnis handeln (keine Arbeitsplatzbewerber, keine Rentner).

Inwieweit die Regelung in § 613 BGB dazugehört, ist unten zu behandeln.

7. Hauptkriterien

Nach diesen Vorüberlegungen kommt man zum eigentlichen Abgrenzungsproblem.

Zu diesem Zwecke müssen die vom BAG verwandten Kriterien in entsprechende Fragen an Beschäftigte übersetzt werden.

Hierbei sind in erster Linie die vom BAG verwandten Hauptkriterien heranzuziehen.

Daraus ergeben sich folgende Vorschläge:

a) Vorfragen zu §§ 611, 613 BGB

Zunächst müssen Fragen gestellt werden, die mit der eigentlichen Abgrenzung zwischen Arbeitnehmern und Selbständigen nichts zu tun haben, sondern sich auf den Oberbegriff des Dienstnehmers beziehen, der für freie Dienstnehmer und Arbeitnehmer in gleicher Weise gilt. (Insofern sind die in Rechtsprechung und Literatur verbreiteten Arbeitnehmerdefinitionen keine Definitionen im Sinne der Definitionslogik.)

Zu fragen ist danach:

- Handelt es sich um einen privatrechtlichen Vertrag?
- Ist Gegenstand des Vertrages die Leistung von Diensten für einen anderen?
- Erfolgt die Tätigkeit gegen Entgelt?

b) Vertragliche Bezeichnung und tatsächliche Durchführung

Um die eigentliche Abgrenzung zwischen Arbeitgebern und Selbständigen geht es erst mit dem Merkmal „persönliche Abhängigkeit“. Um hier Scheinselbständige zu erfassen, muss man einen Widerspruch zwischen der Vertragsgestaltung und der tatsächlichen Durchführung ermitteln. Da ein Beschäftigter kaum selbst auf diesen Widerspruch hinweisen wird, muss man getrennt nach der Bezeichnung im Vertrag und anschließend nach der tatsächlichen Durchführung fragen.⁹¹⁸

- Sind Sie nach der Bezeichnung in ihrem Vertrag Arbeitnehmer?
(Hier kann operational nach der Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen gefragt werden.)

Wird die Frage bejaht, scheidet Scheinselbständigkeit aus. Eine weitere Prüfung erübrigt sich.

- Sind Sie nach der Bezeichnung in ihrem Vertrag freier Mitarbeiter?

Wird die Frage bejaht, kann es sich entweder mit Recht um einen freien Selbständigen oder um einen Arbeitnehmerähnlichen handeln. Wenn allerdings die tatsächliche Durchführung diesen Vertragsformen nicht entspricht, liegt Scheinselbständigkeit vor.

c) Weisungsbindung

aa) Vorwegnahme der Weisungen im Arbeitsvertrag

Bevor man auf die Weisungsbindung im Einzelnen eingehen kann, muss auf das Problem der „vorweggenommenen Weisung“ eingegangen werden. Die Rechtspre-

⁹¹⁸ Dietrich, Empirische Befunde, S. 16 f.

chung des BAG zu diesem Punkt ist widersprüchlich. Generell kommt das BAG zu dem zutreffenden Ergebnis, dass es keinen Unterschied macht, ob die Weisungen schon vorab im Vertrag enthalten sind oder ob sie der Vertragspartner erst von Fall zu Fall erteilt. Im Falle der Eismann-Verkaufsfahrer war Vertragsbestandteil ein Handbuch, das ins Einzelne gehende Regelungen enthielt, so dass Weisungen im konkreten Fall entbehrlich waren. Mit Recht haben BGH und BAG dies als Kriterium für die Arbeitnehmereigenschaft angesehen.

Bei den Lehrberufen meint das BAG sogar, die vorweggenommene Weisung in Form eines vorhandenen Curriculums sei notwendige Voraussetzung für die Bejahung der Arbeitnehmereigenschaft. Aber so wenig die vorweggenommene Weisung die Arbeitnehmereigenschaft ausschließt, so wenig kann die vorweggenommene Weisung notwendige Voraussetzung für die Arbeitnehmereigenschaft sein.

Für die empirische Untersuchung folgt daraus, dass allgemein nach vorweggenommenen Weisungen gefragt werden muss, dass aber bei den Lehrberufen unter Zugrundelegung der BAG-Rechtsprechung dieses Merkmal besonders stark gewichtet wird. Daraus ergibt sich folgender Vorschlag für die Befragung:

- Enthält Ihr Vertrag nur eine allgemeine Aufgabenbeschreibung oder ins Einzelne gehende Vorgaben?

bb) Örtliche Weisungsbindung

Beim Merkmal Weisungsbindung fragt das BAG nach örtlicher,⁹¹⁹ zeitlicher und inhaltlicher Weisungsbindung. Die Prüfung erfolgt rein äußerlich, ohne Bezug zur Schutzbedürftigkeit des Beschäftigten. Insoweit wird auch nicht danach unterschieden, ob eine bestimmte örtliche Bindung notwendig zur Art der Arbeit gehört, also für Selbständige wie für Arbeitnehmer in gleicher Weise zutrifft, so dass dem Merkmal in diesen Fällen keine Aussagekraft zukommt. Teleologische Bedeutung hat das Merkmal nur dann, wenn der Beschäftigte in der Wahl des Ortes frei ist und dadurch unternehmerische Entscheidungen auf eigene Rechnung treffen kann. Dementsprechend müssten in der empirischen Befragung alle drei Varianten erhoben werden. Die Frage kann also etwa lauten:

- Können Sie den Ort für Ihre Arbeitsleistung selbst bestimmen oder ist er vom Vertragspartner vorgegeben oder ergibt er sich zwangsläufig aus der Art der Arbeit?

cc) Zeitliche Weisungsbindung

Wie oben dargelegt, kann sich die zeitliche Weisungsbindung⁹²⁰ in verschiedenen Formen äußern. Insofern wird in der Rechtsprechung nicht immer klar differen-

919 Dietrich, Empirische Befunde, S. 47 ff.

920 Dietrich, Empirische Befunde, S. 45 f.

ziert. Bei der zeitlichen Weisungsbindung kann es sich, beispielsweise wenn es um den Beginn der Arbeit um 8 Uhr oder um 9 Uhr geht, um eine für die Schutzbedürftigkeit unerhebliche Äußerlichkeit handeln. Teleologische Bedeutung hat das Merkmal dann, wenn der Beschäftigte aufgrund einer freien Zeiteinteilung die Gelegenheit hat, für eigene Rechnung unternehmerisch tätig zu werden. Dieser Gedanke wird in § 84 HGB zutreffend ausgedrückt (freie Zeiteinteilung). Entsprechend den unterschiedlichen Erscheinungsformen der Weisungsbindung muss die Frage aufgegliedert werden.

- Können Sie Ihren *Tagesablauf* selbst einteilen oder wird er Ihnen vom Vertragspartner vorgegeben?
- Können Sie selbst entscheiden, innerhalb welcher *Zeitdauer* Sie Ihre Arbeit erledigen oder ist sie Ihnen vom Vertragspartner vorgegeben?
- Können Sie selbst entscheiden, wann Sie frei nehmen und wann Sie *Urlaub* machen oder *brauchen Sie dazu das Einverständnis des Vertragspartners?*

dd) Inhaltliche Weisungsbindung

Gerade beim Merkmal inhaltliche oder fachliche Weisungsbindung⁹²¹ ist es entscheidend, ob man, wie das BAG, Weisungen jeder Art mit gleichem Gewicht berücksichtigt und sich mit Äußerlichkeiten begnügt, oder ob man zwischen der inhaltlichen Weisung und der Schutzbedürftigkeit des Beschäftigten einen Zusammenhang herstellt.

Soweit es um die Art der *Ausübung der Tätigkeit* geht, ist die Weisungsbindung kein Grund für die Arbeitnehmereigenschaft, wohl aber ein geeignetes Indiz (der Unterschied wird von Rechtsprechung und Literatur häufig verkannt). Es ist richtig, danach zu fragen, denn wenn der Vertragspartner dahingehende Weisungen erteilt, spricht das ganz stark für eine Arbeitnehmereigenschaft.

Die Betonung des Merkmals hat allerdings den Nachteil, dass beim Fehlen derartiger Weisungen vielfach die Arbeitnehmereigenschaft zu Unrecht verneint wird. Der *fachlich weisungsfreie Mitarbeiter* ist Arbeitnehmer, weil es nämlich auf das Fehlen inhaltlicher Weisungen nicht ankommt, weil ausschlaggebend unternehmerische Entscheidungen auf eigene Rechnung sind.

Eine Differenzierung ist auch insofern erforderlich, als hier – wie bei der örtlichen und bei der zeitlichen Bindung – solche inhaltlichen Bindungen für die Abgrenzung irrelevant sind, die sich *aus der Natur der Sache* ergeben. Vielmehr kommt es darauf an, wer, wenn es von der Sache her verschiedene Möglichkeiten gibt, über die Auswahl entscheidet.

921 Dietrich, Empirische Befunde, S. 41 ff.

Folgt man der BAG-Rechtsprechung, so wäre pauschal nach inhaltlichen Weisungen zu fragen. Sachgemäß muss demgegenüber differenziert werden, ob es um die Arbeitsausübung oder um unternehmerische Entscheidungen geht und ob sich bestimmte inhaltliche Bindungen bereits aus der Art der Tätigkeit ergeben. Das führt zu folgenden Fragen:

- Können Sie über die Art der Ausübung der von Ihnen zu erledigenden Aufgaben selbst bestimmen oder ist Ihnen diese vom Vertragspartner vorgegeben?
- Können Sie über die Inhalte der von Ihnen zu erledigenden Arbeit selbst entscheiden?

Wenn ja: Weil das von der Sache her (eigene Fachkenntnis) oder vom Berufsrecht (z. B. Standesrecht für Rechtsanwälte) vorgegeben ist?

Das ausschlaggebende Merkmal (unternehmerische Entscheidungen auf eigene Rechnung) kommt allerdings in den ausdrücklichen Aussagen des BAG nicht vor, obwohl es, wie die Analyse der Urteile zeigt, für das BAG letztendlich unausgesprochen entscheidend war. Das führt zu folgender Frage:

- Wenn Sie unternehmerische Entscheidungen (z. B. Kundenauswahl, Preisgestaltung, Sortimentauswahl usw.) selbst treffen können: Geschieht das im Ergebnis auf eigene Rechnung; d. h. können Sie auf diese Weise unmittelbar Ihr Einkommen beeinflussen?

d) Eingliederung

Das zweite vom BAG verwandte Hauptkriterium ist die Eingliederung. Üblicherweise wird es in die zwei Untermerkmale Personal und Material aufgegliedert,⁹²² während manchmal auch die organisatorische Eingliederung genannt wird. Nimmt man, was zu empfehlen ist, dieses dritte Merkmal mit auf, wird der zugrunde liegende Gedanke umso deutlicher.

Auch bei der Eingliederung darf man nicht auf den Fehler verfallen, auf das äußerliche Geschehen abzustellen. Auch der selbständige Regisseur ist notwendig auf fremdes Personal, auf fremdes Material und auf eine fremde Organisation angewiesen. Maßgeblich ist, ob er über diesen Einsatz selbst und auf eigene Rechnung entscheidet. Um richtig zu erfassen, was das BAG eigentlich meint und wonach es der Sache nach entscheidet, auch wenn das nicht ausgesprochen wird, muss man feststellen, ob der Beschäftigte Personal, Material und Organisation selbst, nach eigenen Plänen und auf eigene Rechnung einsetzt oder nicht. Deshalb müssen insoweit Zusatzfragen gestellt werden. Im Einzelnen könnten die Fragen lauten:

⁹²² Dietrich, Empirische Befunde, S. 52 ff.

- Sind Sie für die Durchführung Ihrer Arbeit auf die Zusammenarbeit mit *Personal* des Vertragspartners angewiesen?
- Sind Sie für die Durchführung Ihrer Arbeit auf *Material* des Vertragspartners angewiesen?
- Sind Sie in die *Organisation* Ihres Vertragspartners eingebunden, beispielsweise durch Dienstpläne?
- Entscheiden Sie über den Einsatz von Personal, Material und Organisation selbst und *auf eigene Rechnung*?

8. Abgrenzung zum Arbeitnehmerähnlichen

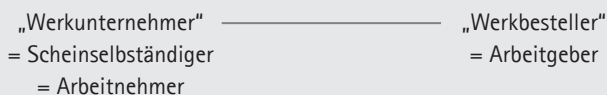
Zusätzlich zu den Fragen nach Weisungsbindung und Eingliederung muss nach der Rechtsprechung noch im Hinblick auf die Eigenschaft als Arbeitnehmerähnlicher nachgefragt werden. Das ist zwar unlogisch, da mit der Verneinung von Weisungsbindung und Eingliederung die Arbeitnehmereigenschaft ausscheidet; das Vorgehen entspricht aber der Rechtsprechung und weiten Teilen der Literatur, die diesen Zusammenhang nicht sehen. Insofern muss also gefragt werden:

- Arbeiten Sie im Wesentlichen ohne Mitarbeiter?
- Arbeiten Sie in zeitlicher Hinsicht im Wesentlichen nur für einen Vertragspartner?
- Macht das Einkommen aus der Tätigkeit für einen Vertragspartner mehr als die Hälfte (bei Künstlern mehr als ein Drittel) Ihres Gesamteinkommens aus Ihrer Erwerbstätigkeit aus?

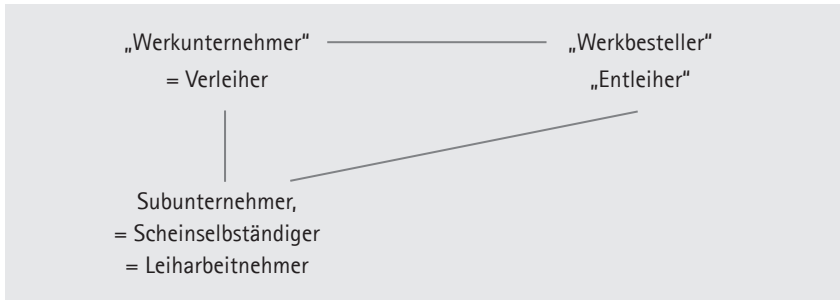
9. Scheinwerkvertrag und Arbeitsvertrag

In den folgenden Punkten 9 und 10 geht es beide Male darum, einen Arbeitnehmer gegen einen Scheinselbständigen abzugrenzen. Dabei handelt es sich aber um ganz unterschiedliche Probleme je nachdem, ob eine Zweierbeziehung oder eine Dreierbeziehung vorliegt. In beiden Übersichten wird jeweils der Fall der Scheinselbständigkeit zugrunde gelegt.

Zweierbeziehung



Dreierbeziehung



Im Folgenden soll die Rechtsprechung des BAG zugrunde gelegt werden.

Üblicherweise wird der Arbeitsvertrag dem freien Dienstvertrag gegenübergestellt. Wie aber oben ausgeführt, können sämtliche Vertragstypen des Schuldrechts dem Arbeitsvertrag gegenübergestellt werden, da es im Hinblick auf den Rechtsformzwang nur auf die Frage selbständige oder abhängige Arbeit ankommt.

Im Verbund mit der Frage selbständig oder abhängig steht die Frage, wie der alternative Vertrag auf Seiten eines Selbständigen aussähe. Beim Werkvertrag muss insofern zu den Kriterien aus der Abgrenzung Dienstvertrag/Arbeitsvertrag auch noch zwischen Dienstvertrag und Werkvertrag abgegrenzt werden, also:

Dienstvertrag/Arbeitsvertrag
Dienstvertrag oder Werkvertrag/Arbeitsvertrag

Dementsprechend muss die Abgrenzung auf den Gegensatz Dienstvertrag/Arbeitsvertrag und auf den Gegensatz Dienstvertrag oder Werkvertrag eingehen. In der zweitgenannten Hinsicht geht es darum, dass der Beschäftigte keine Dienste schuldet, sondern ein Werk. Der Fragebogen muss daher eine Frage von der Art enthalten:

- Schulden Sie nach Ihrem Vertrag die Leistung von Diensten oder schulden Sie danach ein im Voraus festgelegtes Ergebnis?

Soweit es um die Abgrenzung Dienstvertrag oder Werkvertrag/Arbeitsvertrag geht, kann auf die allgemeinen Kriterien zurückgegriffen werden, da es insoweit nur um die Abgrenzung von selbständiger und unselbständiger Arbeit geht. Nach der Rechtsprechung kommt es auf Weisungsbindung und Eingliederung an.

Insgesamt muss der Fragebogen also auf drei Hauptkriterien eingehen: Zunächst auf

- Weisungsbindung und
- Eingliederung.

Nach der Abgrenzung zwischen Dienstvertrag und Werkvertrag wird wie folgt gefragt: „Wie wird Ihre Arbeit kontrolliert? Kommt es eher auf das Ergebnis an oder wird eher die Art und Weise, in der Sie Ihre Arbeit durchführen, überwacht?“

Nach der hier vertretenen Ansicht muss hinzukommen die freiwillige Übernahme des Unternehmerrisikos für ein Handeln auf eigene Rechnung (s. auch u. 12).

10. Scheinwerkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung

Das Problem bei dieser Fallgestaltung besteht darin, dass der Beschäftigte – wie in der anderen Fallgruppe – zwar als Selbständiger, und zwar als Werkunternehmer auftritt, dass er aber Subunternehmer eines anderen Unternehmers ist. Damit sind zwei Fragen zu klären:

- Wird der Beschäftigte tatsächlich als Selbständiger tätig oder als abhängig Beschäftigter?
- Erbringt er seine Arbeitsleistung gegenüber demjenigen, der ihn als Subunternehmer eingestellt hat, oder gegenüber einem Drittunternehmen?

Hierbei geht es um die übliche Frage nach Weisungsbindung und Eingliederung, aber umformuliert im Hinblick auf die Frage, wem gegenüber die Weisungsbindung und die Eingliederung bestehen. Im Übrigen kann hier an die Überlegungen zum Werkvertrag angeschlossen werden.

Im Ergebnis läuft dies auf folgende Fragen hinaus:

- Sind Sie Subunternehmer eines Unternehmers, der für einen Drittbetrieb arbeitet?
- Ist Ihre vertragliche Verpflichtung auf einen bestimmten, abgrenzbaren Erfolg gerichtet?
- Unterliegen Sie in örtlicher und zeitlicher Hinsicht sowie bei der Art der Ausführung Ihrer Arbeit den Anweisungen Ihres Vertragspartners oder solchen des Drittunternehmens?
- Beziehen sich die genannten Anweisungen nur auf den Inhalt der Arbeit oder auch darauf, wie Sie Ihre Arbeit organisieren?
- Arbeiten Sie mit Personal Ihres Vertragspartners zusammen oder mit Personal des Drittunternehmers?
- Arbeiten Sie mit eigenem Material oder mit Material Ihres Vertragspartners oder mit Material des Drittunternehmens?

11. Hilfskriterien

Im Hinblick auf die vom BAG verwandten Hilfskriterien sind folgende Fragen möglich:

- Führt Ihr Vertragspartner Sozialversicherungsbeiträge für Sie ab?
- Üben *andere Beschäftigte* die gleiche Arbeit wie Sie aus, aber im Gegensatz zu Ihnen als Arbeitnehmer?

Hier kommen auch noch weitere Indizien hinzu. Sie können das Bild abrunden, ihr Fehlen ist aber nicht aussagekräftig.

12. Fragebogen unter Berücksichtigung des teleologischen Arbeitnehmerbegriffs

Da ein Sinnzusammenhang zwischen der Arbeitnehmereigenschaft und den verschiedensten daran anknüpfenden Gesetzen (allein) über das Merkmal der „persönlichen Abhängigkeit“ i. S. des BAG nicht herstellbar ist, führt die Verwendung dieses Begriffs in manchen Fällen zu Zufallsergebnissen. Beschäftigte, die schutzbedürftig sind, werden nicht erfasst; nicht schutzbedürftige Beschäftigte werden als Arbeitnehmer qualifiziert.

Eine sachlich zutreffende Definition ist nur als teleologische Definition möglich. Sie muss berücksichtigen, dass Sinn der arbeitsrechtlichen Gesetze nicht nur der Berufsschutz ist, sondern auch der Existenzschutz. Sie muss sich daher auch auf die wirtschaftliche Abhängigkeit beziehen.

Da in der vorliegenden empirischen Untersuchung die Abgrenzung nach der Rechtsprechung des BAG zugrunde gelegt werden soll, können auch nur die Merkmale verwandt werden, die sich entweder aus dem Gesetz (z. B. § 84 HGB, § 12 a TVG) oder aus der Rechtsprechung ergeben.

Im Hinblick auf die Rechtsprechung muss man allerdings zwischen den Obersätzen und den tatsächlichen Ergebnissen unterscheiden. Wenn die Rechtsprechung ihre Obersätze ernst nehmen würde, käme sie oft zu unzutreffenden Ergebnissen. Tatsächlich sind die meisten BAG-Entscheidungen aber sachlich richtig, weil das BAG ungeachtet seiner Obersätze zusätzliche, wenn auch unausgesprochene Kriterien verwendet (erfolgt die Tätigkeit auf eigene Rechnung?) oder den Fall anders entscheidet, als sich das aus den Obersätzen ergeben würde. Da aber hier gefragt wird, wie das BAG entscheiden würde, und nicht, welche Begründung es verwendet, kann hier eine wohlwollende, am Ergebnis der Rechtsprechung orientierte Betrachtung zugrunde gelegt werden.

Dass die hier herausgearbeiteten Ergebnisse die Rechtsprechung richtig wiedergeben, lässt sich anhand der Analyse der Gerichtsentscheidungen überprüfen.

Literatur zu Teil 2

- Annuß, Georg, Der Anstellungsvertrag des Fremdgeschäftsführers in Betriebsübergang und Insolvenz, ZinsO 2001, S. 344.
- Annuß, Georg, Arbeitsrechtliche Aspekte von Zielvereinbarungen in der Praxis, NZA 2007, S. 290.
- Appel, Wolfgang/Schmidt, Johannes, Arbeitszeit und Belastung, AuA 2015, S. 101.
- Baack, Ulrich/Winzer, Thomas, Drittpersonaleinsatz: Risiko der Fiktion eines Arbeitsverhältnisses, NZA 2015, S. 269.
- Barth, Tobias, Arbeitsrechtliche Einfühlungsverhältnisse, BB 2009, 2646.
- Bauder, Wolfgang, Zur Selbständigkeit des Franchise-Nehmers, NJW 1989, S. 78.
- Bauer, Jobst-Hubertus/Baack, Ulrich/Schuster, Doris-Maria, Scheinselbständigkeit, 2000.
- Bauer, Jobst-Hubertus/Diller, Martin/Schuster, Doris-Maria, Das Korrekturgesetz zur „Scheinselbständigkeit“, NZA 1999, S. 1297.
- Bauer, Jobst-Hubertus/Krieger, Steffen/Arnold, Christian, Arbeitsrechtliche Aufhebungsverträge, 9. Aufl. 2014.
- Bauer, Jobst-Hubertus/von Medem, Andreas, „one size fits all“ – im Arbeitsrecht nicht angemessen, NZA 2013, S. 1233.
- Baumbach, Adolf (Begr.)/Hopt, Klaus J., Handelsgesetzbuch, 35. Aufl. 2012.
- Bauschke, Hans-Joachim, Auf dem Weg zu einem neuen Arbeitnehmerbegriff, RdA 1994, S. 209.
- Bayreuther, Frank, Braucht es rechtliche Sonderregelungen für die unternehmerähnlichen Arbeitnehmer?, NZA 2013, S. 1238.
- Behrens, Walther/Rinsdorf, Hauke, Beweislast für die Zielerreichung bei Vergütungsansprüchen aus Zielvereinbarungen, NZA 2003, S. 364.
- Benecke, Martina, Arbeitsvertrag und Scheingeschäft, RdA 2016, S. 65.
- Benner, Christiane, Crowdfunding – zurück in die Zukunft?, 2015.
- Berning, Harald, Die Abhängigkeit des Franchise-Nehmers, 1993.
- Beuthien, Volker/Wehler, Thomas, Stellung und Schutz der freien Mitarbeiter im Arbeitsrecht, RdA 1978, S. 2.
- Bieder, Marcus Der Nullstundenvertrag – zulässiges Flexibilisierungsinstrument oder Wegbereiter für ein modernes Tagelöhnertum?, RdA 2015, S. 388.
- Birkemeyer, Claas, Stundenlohnzettel als Abrechnungsgrundlage im Werklohnprozess, NJW 2014, S. 839.
- Blanke, Thomas/Schüren, Peter/Wank, Rolf/Wedde, Peter, Handbuch Neue Beschäftigungsformen, 2002. Bodenbender, Wolfgang/Griese, Thomas, Die Kodifizierung des Arbeitsvertragsrechts aus der Sicht der Länder, Festschrift für Wlotzke, 1996, S. 3.

- Boemke, Burkhard, Neue Selbständigkeit und Arbeitsverhältnis, ZfA 1998, S. 285.
- Boemke, Burkhard/Lembke, Mark, AÜG, 3. Aufl. 2013.
- Boemke, Burkhard, Arbeitnehmerüberlassung oder Fremdfirmeneinsatz im Rahmen von Werkverträgen, Festschrift für von Hoyningen-Huene, 2014, S. 43.
- Bogg, Alan L., Sham Self-employment in the Supreme Court, Industrial Law Journal 2012, p. 328.
- Borelli, Silvia, Der Arbeitnehmerbegriff im europäischen Recht, AuR 2011, S. 472.
- Bork, Alexander, Abberufung des Fremdgeschäftsführers – böswilliges Unterlassen bei Ablehnung einer Alternativtätigkeit im Unternehmen?, NZA 2015, S. 199.
- Brammsen, Joerg, Der Arbeitnehmerbegriff, RdA 2010, S. 267.
- Brandt, Arno/Polom, Lina/ Danneberg, Marc, Gute digitale Arbeit, 2016.
- Brauneisen, Kai Thomas/Ibes, Julius W., Der Tatbestand der Arbeitnehmerüberlassung, RdA 2014, S. 213.
- Brötzmann, Ulrich, Berücksichtigung der Mitglieder der Unternehmensleitung als „Arbeitnehmer“ für Anzeigepflicht bei Massenentlassung, GmbHR 2015, S. 984.
- Brors, Christiane/Böning, Marta, Rechtliche Rahmenbedingungen für 24-Stunden-Pflegekräfte aus Polen in Deutschland, NZA 2015, S. 846.
- Brors, Christiane/Schüren, Peter, Missbrauch von Werkverträgen und Leiharbeit verhindern, Gutachten für das Ministerium für Arbeit NRW, 2014.
- Buchner, Herbert, Das Recht der Arbeitnehmer, der Arbeitnehmerähnlichen und der Selbständigen – jedem das Gleiche oder jedem das Seine?, NZA 1998, S. 1144.
- Bücker, Andreas, Externe Arbeitskräfte in einer vernetzten Arbeitswelt, Festschrift für Höland, 2014, S. 477.
- Bücker, Andreas, Arbeitnehmer und arbeitnehmerähnliche Personen – zur notwendigen Neujustierung der Begriffe in der vernetzten Arbeitswelt, Festschrift für Kohte, 2016, S. 21.
- Buhl, Hans-Jürgen, Zur Problematik des Arbeitnehmerbegriffs – dargestellt am Beispiel der „freien Mitarbeiter“ bei Rundfunk und Fernsehen, Diss. Göttingen, 1978.
- Burkard-Pötter, Julia/Sura, Stephan, Das Praktikum im neuen Gewand, NJW 2015, S. 517.
- Däubler, Wolfgang, Für wen gilt das Arbeitsrecht, Festschrift für Wank, 2014, S. 81.
- Däubler, Wolfgang/Klebe, Thomas, Crowdwork: Die neue Form der Arbeit – Arbeitgeber auf der Flucht?, NZA 2015, S. 1032.
- Däubler, Wolfgang, Sonderarbeitsrecht für Finanzdienstleister?, AuR 2012, S. 380.
- Deich, Svenja, Arbeitsvertragliche Gestaltung von Zielvereinbarungen, 2006.
- Deinert, Olaf, Soloselbständige zwischen Arbeitsrecht und Wirtschaftsrecht, 2015.

- Dietrich, Hans, Empirische Befunde zur „Scheinselbständigkeit“, „Freie Mitarbeiter und selbständige Einzelunternehmer mit persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit“, Ergebnisse des IAB-Projekts 4-448 V, Bd. 1, Forschungsbericht Bd. 262 (Sozialforschung des Bundesministeriums für Arbeit und Sozialordnung), 1996.
- Dietrich, Hans/Patzina, Alexander, Quantitative Erfassung von scheinselbständig Erwerbstätigen, Teil 1 in diesem Band, IAB-Bibliothek 364, 2017.
- Dietrich, Hans/Wank, Rolf, Empirische Befunde zur „Scheinselbständigkeit“, „Freie Mitarbeiter und selbständige Einzelunternehmer mit persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit“, Ergebnisse des IAB-Projekts 4-448 V:
Bd. 1, Dietrich, Hans, Forschungsbericht Bd. 262 (Sozialforschung des Bundesministeriums für Arbeit und Sozialordnung), 1996;
Bd. 2, Wank, Rolf, Juristischer Teil, Forschungsbericht Bd. 262 a (Sozialforschung des Bundesministeriums für Arbeit und Sozialordnung), 1997.
- Dilenge, Michele, Beschäftigung von Interim Managern, DB 2015, S. 2271.
- Diller, Martin, Gesellschafter und Gesellschaftsorgane als Arbeitnehmer, 1994.
- Dohna-Jaeger, Verena zu, Die Renaissance des Werkvertrages, AuR 2013, S. 238.
- Ehrich, Christian, Die Entschädigung nach § 611 a Abs. 2 BGB – ein neuer „Nebenverdienst?“, BB 1996, S. 1007.
- Eichenhofer, Eberhard, Sozialrecht der Europäischen Union, 5. Aufl. 2013.
- Einem, Hans-Jörg von, „Abhängige Selbständigkeit“, BB 1994, S. 60.
- Ekkenga, Jens, Grundfragen der AGB-Kontrolle von Franchise-Verträgen, AG 1989, S. 301.
- Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (ErfK), Hrsg. Müller-Glöge/Preis/Schmidt, 16. Aufl. 2016.
- Erren, Judith, Das Vorstandsmitglied einer AG als Arbeitnehmer?, 2015.
- EUArbR, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, Hrsg. Franzen/Gallner/Oetker, 2016.
- Fenn, Herbert, Arbeitsverhältnisse und sonstige Beschäftigungsverhältnisse, Festschrift für Bosch, 1976, S. 171.
- Fischer, Ulrich, Die Fremdgeschäftsführerin und andere Organvertreter auf dem Weg zur Arbeitnehmereigenschaft, NJW 2011, S. 2329.
- Fleck, Hans-Joachim, Das Organmitglied – Unternehmer oder Arbeitnehmer, Festschrift für Hilger/Stumpf, 1983, S. 197.
- Flohr, Eckhard/Wauschkuhn, Ulf/Billing, Tom, Vertriebsrecht, 2014.
- Flohr, Eckard/Martinek, Michael, European Distribution Law, erscheint 2017.
- Fohrbeck, Karla/Wiesand, Andreas Johannes/Wolterek, Frank, Arbeitnehmer oder Unternehmer?, 1976.
- Forschungsbericht „Mobiles und entgrenztes Arbeiten“, BMAS 2016.

- Forst, Gerrit, Rechtfertigen wertpapieraufsichtsrechtliche Maßnahmen zu Lasten von Vorstandsmitgliedern deren Abberufung oder die Kündigung des Anstellungsvertrags?, AG 2013, S. 277.
- Forst, Gerrit, Null-Stunden-Verträge, NZA 2014, S. 998.
- Forst, Gerrit, Arbeitnehmer – Beschäftigte – Mitarbeiter, RdA 2014, S. 157.
- Forst, Gerrit, GmbH-Fremdgeschäftsführer als Arbeitnehmer im Sinne des Unionsrechts, EuZW 2015, S. 664.
- Frantziach, Petra, Abhängige Selbständigkeit im Arbeitsrecht; eine Untersuchung der rechtlichen Stellung von Selbständigen in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit, 2000.
- Franzen, Martin, Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft, 1994.
- Franzen, Martin, Neuausrichtung des Drittpersonaleinsatzes – Überlegungen zu dem Vorhaben des Koalitionsvertrages, RdA 2015, S. 141.
- Freedland, Mark/Kountouris, Nicola, The Legal Construction of Personal Work Relations, Oxford 2011.
- Fuchs, Maximilian, Tarifverträge Selbständiger und europäisches Wirtschaftsrecht, ZESAR 2016, S. 297.
- Fütterer, Johannes/Pötters, Stephan/Stiebert, Tom/Traut, Johannes, Arbeitsrecht – für wen und wofür?, 2015.
- Gaul, Björn/Hahne, Tobias C., Der Versuch des Gesetzgebers zur Kennzeichnung von Arbeitnehmern, Leiharbeitnehmern und sonstigem Fremdpersonal durch § 611 a BGB, BB 2016, S. 58.
- Gast, Wolfgang, Arbeitsvertrag und Direktionsrecht, Zweiseitige Leistungsbestimmung im Arbeitsverhältnis, 1978.
- Geck, Barbara/Fiedler, Franziska, Alle Wege des Geschäftsführers führen zu den Arbeitsgerichten, BB 2015, S. 1077.
- Gemeinschaftskommentar zum BetrVG (GK-BetrVG), 10. Aufl. Bd. II, 2014.
- Giesen, Richard, Geplante Reform des Leiharbeit- und Werkvertragsrechts: ein untauglicher Versuch, DB 36/2015 Standpunkte S 5.
- Gittermann, Dirk, Arbeitnehmerstatus und Betriebsverfassung in Franchise-Systemen, 1995.
- Goette, Wulf, Der Geschäftsführerdienstvertrag nach Gesellschafts- und Arbeitsrecht in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, Festschrift für Wiedemann, 2002, S. 873.
- Goetzke, Oda Christiane, Die Rechtsstellung des Honorararztes, 2014.
- Gooren, Paul, Kein Richtlinienschutz für AGG-Hopper, NJW-Spezial 2016, S. 562.
- Greiner, Stefan, Statusbegriff und Vertragsfreiheit im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, insbesondere im Falle der Freistellung von der Arbeitsleistung, NZS 2009, S. 657.

- Greiner, Stefan, Grenzfragen des Erfolgsbezugs im Werkvertragsrecht, AcP 211 (2011), S. 221.
- Greiner, Stefan, Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung – Abgrenzungsfragen und aktuelle Rechtspolitik, NZA 2013, S. 697.
- Greiner, Stefan, Kündigungsschutzklage und Arbeitnehmerbegriff im gutachterlichen Fallaufbau – ein unlösbares Problem?, Jura 2014, S. 273.
- Griebeling, Gert, Der Arbeitnehmerbegriff und das Problem der „Scheinselbständigkeit“, RdA 1998, S. 208.
- Griebeling, Gert, Die Merkmale des Arbeitsverhältnisses, NZA 1998, S. 1137.
- Hanau, Peter, Der rechtliche Status von Honorarärzten im Krankenhaus, Medizinrecht 2015, S. 77.
- Hanau, Peter/Strick, Kerstin, Die Abgrenzung von Selbständigen und Arbeitnehmern, DB Beilage Nr. 14, 1999.
- Hanau, Peter/Steinmeyer, Heinz-Dietrich/Wank, Rolf, Handbuch des europäischen Arbeits- und Sozialrechts (HEAS), 2002.
10. Hans-Böckler-Forum zum Arbeits- und Sozialrecht, 2015
- Haupt, Susanne/Wollenschläger, Michael, Virtueller Arbeitsplatz – Scheinselbständigkeit bei einer modernen Arbeitsorganisationsform, NZA 2001, S. 289.
- Heinze, Meinhard, Wege aus der Krise des Arbeitsrechts – Die Bedeutung der Wissenschaft, NZA 1997, S. 1.
- Heinze, Meinhard, Das Gesetz zur Neuregelung der sogenannten Scheinselbständigkeit, JZ 2000, S. 332.
- Heise, Dietmar/Fedder, Sebastian, Beamte und Soldaten – Einsatz im Betriebsrat, NZA 2009, S. 1069.
- Hennig, Jörg, Fremdpersonal in Matrixstrukturen, AuA 2015, S. 646.
- Henssler, Martin, Das Anstellungsverhältnis der Organmitglieder, RdA 1992, S. 289.
- Henssler, Martin, Überregulierung statt Rechtssicherheit – der Referentenentwurf des BMAS zur Regulierung von Leiharbeit und Werkverträgen, RdA 2016, S. 18.
- Henssler, Martin/Braun, Axel, Arbeitsrecht in Europa, 3. Aufl. Köln 2010.
- Henssler, Martin/Strohn, Lutz, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2014.
- Henssler, Martin /Willemsen, Heinz Josef/Kalb, Heinz-Jürgen (HWK), Arbeitsrecht Kommentar, 7. Aufl. 2016.
- Hepp, Christine, Mutterschutz für GmbH-Geschäftsführerinnen, 2016.
- Heuberger, Georg, Sachliche Abhängigkeit als Kriterium des Arbeitsverhältnisses, 1982.
- Heuschmid, Johannes, Horizontalwirkung von Art. 27 Europäische Grundrechtecharta – Fehlanzeige?, EuZA 2014, S. 514.
- Heuschmid, Johannes/Klebe, Thomas, Erwerbsarbeit in der Plattformökonomie und Schutz des Arbeits- und Sozialrechts?, Festschrift für Kohte, 2016, S. 73.

- Hildebrand, Inga, Arbeitnehmerschutz von geschäftsführenden Organen im Lichte der Danosa-Entscheidung des EuGH, 2014.
- Hilger, Marie Luise, Zum „Arbeitnehmer-Begriff“, RdA 1989, S. 1.
- Hohenstatt, Klaus-Stefan/Naber, Sebastian, Sind Fremd-Geschäftsführer Arbeitnehmer im Sinne der Massenentlassungsrichtlinie?, NZA 2014, S. 637.
- Hopt, Klaus J., Die Selbständigkeit von Handelsvertretern und anderen Vertriebspersonen – Handels- und arbeitsrechtliche Dogmatik und Vertragsgestaltung, DB 1998, S. 863.
- Horcher, Michael, Scheinbewerbungen auf dem unionsrechtlichen Prüfstand, NZA 2015, S. 1047.
- Hromadka, Wolfgang, Arbeitnehmer, Arbeitnehmergruppen und Arbeitnehmerähnliche im Entwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes, NZA 2007, S. 838.
- Hromadka, Wolfgang, Arbeitnehmerbegriff und Arbeitsrecht – Zur Diskussion um die „neue Selbständigkeit“, NZA 1997, S. 569.
- Hromadka, Wolfgang, Zur Begriffsbestimmung des Arbeitnehmers, DB 1998, S. 195.
- Hromadka, Wolfgang, Arbeitnehmer oder freier Mitarbeiter?, NJW 2003, S. 1847.
- Hueck, Alfred/Nipperdey, Hans Carl, Lehrbuch des Arbeitsrechts Bd. 1, 7. Aufl. 1963.
- Ingold, Albert, Gelegenheitsverkehr oder neue Verkehrsgelegenheiten?, NJW 2014, S. 3334.
- Jahnke, Volker, Rechtsformzwang und Rechtsformverfehlung bei der Gestaltung privater Rechtsverhältnisse, ZHR 1982 (Bd. 146), S. 595.
- Junker, Abbo, Auswirkungen der neueren EuGH-Rechtsprechung auf das deutsche Arbeitsrecht, NZA 2011, S. 950.
- Junker, Abbo, Die Einflüsse des europäischen Rechts auf die personelle Reichweite des Arbeitnehmerschutzes, EuZA 2016, S. 184.
- Kamanabrou, Sudabeh, Das Anstellungsverhältnis des GmbH-Geschäftsführers im Licht neuer Rechtsprechung, DB 2002, S. 146.
- Klebe, Thomas/Neugebauer, Julia, Crowdsourcing: Für eine Handvoll Dollar oder Workers of the crowd unite?, AuR 2014, S. 5.
- Klebe, Thomas, Crowdwork: Faire Arbeit im Netz?, AuR 2016, S. 277.
- Kliemt, Michael, Altersgrenzen für Vorstandsmitglieder – noch rechtskonform?, RdA 2015, S. 232.
- Kocher, Eva, Die wirtschaftliche Betrachtungsweise des Arbeitsverhältnisses im Recht der Europäischen Union, Festschrift für Kohte, 2016, S. 925.
- Konzen, Horst, Arbeitsrechtliche Drittbeziehungen – Gedanken über Grundlagen und Wirkungen der „gespaltenen Arbeitgeberstellung“, ZfA 1982, S. 259.
- Kort, Michael, Ungleichbehandlung von Geschäftsleitungsmitgliedern bei AG und GmbH wegen des Alters, WM 2013, S. 1049.

- Kort, Michael, Sind GmbH-Geschäftsführer und Vorstandsmitglieder diskriminierungsschutzrechtlich Arbeitnehmer?, NZG 2013, S. 601.
- KR, Etzel u.a., Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften, 13. Aufl. 2013.
- Krause, Rüdiger, Mitarbeit in Unternehmen, Tätigkeitsverhältnisse im Spannungsfeld von Gesellschafts-, Dienstvertrags- und Arbeitsrecht, 2002.
- Krause, Rüdiger, Flexibler Personaleinsatz, ZfA 2014, S. 349.
- Kreuder, Thomas, Arbeitnehmereigenschaft und „neue Selbständigkeit“ im Lichte der Privatautonomie, AuR 1996, S. 386.
- Kuhlen, Lothar, Typuskonzeptionen in der Rechtstheorie, 1977.
- Larenz, Karl, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991.
- Laufs, Adolf/Kern, Bernd-Rüdiger, Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl. 2010.
- Leighton, Patricia/Brown, Duncan, Future working: The Rise of Europe's Independent Professionals (iPros), 2013.
- Leopold, Anders, Mutterschutz für Mitglieder der Unternehmensleitung, ZESAR 2011, S. 362.
- Leitner, Ulrich, Abgrenzung zwischen Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung, NZA 1991, S. 293.
- Lieb, Manfred, Beschäftigung auf Produktionsdauer – selbständige oder unselbständige Tätigkeit?, RdA 1977, S. 210.
- Lieb, Manfred/Jacobs, Matthias, Arbeitsrecht, 9. Aufl. 2006.
- Lingemann, Stefan/Otte, Jörn, Arbeitsrechtliche Fragen der "economy on demand", NZA 2015, S. 1042.
- Lunk, Stefan, Mutterschutz für die GmbH-Gesellschafterin?, Festschrift für Bauer, 2010, S. 705.
- Lunk, Stefan, Der EuGH und die deutschen Fremdgeschäftsführer – Auf dem Weg zum Arbeitnehmerstatus?, NZA 2015, S. 917.
- Lunk, Stefan, Der GmbH-Geschäftsführer und die Arbeitsgerichtsbarkeit – Das BAG macht den Weg frei, NJW 2015, S. 528.
- Lunk, Stefan/Rodenbusch, Vincent, Der unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff und seine Auswirkungen auf das deutsche Recht, GmbHR 2012, S. 188.
- Lutter, Marcus/Hommelhoff, Peter, GmbHG, 18. Aufl. 2012.
- Martens, Klaus-Peter, Vertretungsorgane und Arbeitnehmerstatus in konzernabhängigen Gesellschaften, Festschrift für Hilger/Stumpf, 1983, S. 437.
- Martinek, Michael/Semler, Franz-Jörg/Flohr, Eckhard, Handbuch des Vertriebsrechts, 4. Aufl. 2016.
- Maschmann, Frank, Arbeitsverträge und Verträge mit Selbständigen: Rechtliche Qualifizierung von Dienstleistungsverhältnissen als Abgrenzungs- und Einordnungsproblem, 2001.

- Maschmann, Frank, Fremdpersonaleinsatz im Unternehmen und die Flucht in den Werkvertrag, NZA 2013, S. 1305.
- Maties, Martin, Generation Praktikum, RdA 2007, S. 135.
- Maties, Martin, Die entsprechende Anwendung, JR 2007, S. 265.
- Maties, Martin, Der Anwendungsbereich des Arbeitsrechts, Festschrift für Wank, 2014, S. 323.
- Mestwerdt, Wilhelm, Arbeit in persönlicher Abhängigkeit im Rahmen vereinsrechtlicher Strukturen, NZA 2014, S. 281.
- Mikosch, Ernst, Arbeitnehmerbegriff und die Schutzzwecke des Arbeitsrechts, Festschrift für Löwisch, 2007, S. 189.
- Miller, Fritz Georg, Der Anstellungsvertrag des GmbH-Geschäftsführers – Rechtliche Einordnung und gesetzliches Mindestfordernis, BB 1977, S. 723.
- Mohr, Wolfgang, Der Arbeitnehmerbegriff im Arbeits- und Steuerrecht, 1994.
- Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Hrsg. Richardi/Wlotzke/Wißmann/Oetker, 3. Aufl. 2009.
- Neuvians, Nicole, Die arbeitnehmerähnliche Person, 2002.
- Oberthür, Nathalie, Unionsrechtliche Impulse für den Kündigungsschutz von Organvertretern und Arbeitnehmerbegriff, NZA 2011, S. 253.
- Oberthür, Nathalie/Lohr, Martin, Der Handelsvertreter im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, NZA 2001, S. 126.
- Oetker, Hartmut, Unternehmerische Entscheidungsfreiheit vs. sozialpolitische Regulierung – Gesellschaftsrechtliche Dimension, in Bitburger Gespräche, 2014, S. 35.
- Orlowski, Karola, Praktikantenverträge – Transparente Regelung notwendig!, RdA 2009, S. 38.
- Orlowski, Karola, Praktikanten- und Volontärverhältnisse, 2014.
- Ossenbühl, Fritz, Rechtsprobleme der Freien Mitarbeit im Rundfunk, 1978.
- Peris, Dominik, Die Rechtslage zwischen angestelltem Chefarzt und Krankenhaus-träger, 2002.
- Plagemann, Hermann/Plagemann, Florian/Hesse, Werner, Vereinsvorstände – sozialversicherungspflichtig „beschäftigt“?, NJW 2015, S. 439.
- Porten, Stephan, Zur Eingehung von „Scheinarbeitsverhältnissen“ im Gesundheitswesen, Medizinrecht 2015, S. 327.
- Pottschmidt, Daniela, Arbeitnehmerähnliche Personen in Europa, 2005.
- Preis, Ulrich, Flexicurity und Abrufarbeit, RdA 2015, S. 244.
- Preis, Ulrich/Genenger, Angie, Die unechte Direktionserweiterung, NZA 2008, S. 969.
- Preis, Ulrich/Sagan, Adam, Der GmbH-Geschäftsführer in der arbeits- und diskriminierungsrechtlichen Rechtsprechung des EuGH, BGH und BAG, ZGR 2013, S. 26.

- Preis, Ulrich/Sagan, Adam, Europäisches Arbeitsrecht, 2015.
- Prütting, Dorothea, Hrsg., Fachanwaltskommentar Medizinrecht, 2. Aufl. 2012.
- Puppe, Ingeborg, Kleine Schule des juristischen Denkens, 3. Aufl. 2008.
- Räuchle, Robert/Schmidt, Benedikt, Arbeitsrechtliche Bindungswirkung von Entsendebescheinigungen?, RdA 2015, S. 407.
- Rancke, Friedbert, Die freien Berufe zwischen Arbeits- und Wirtschaftsrecht, Materiale Kriterien des Arbeitnehmerbegriffs, 1978.
- Rebhahn, Robert, Der Arbeitnehmerbegriff in vergleichender Perspektive, RdA 2009, S. 154.
- Rebhahn, Robert, Arbeitnehmerähnliche Personen – Rechtsvergleich und Regelungsperspektiven, RdA 2009, S. 236.
- Rebhahn, Robert, Die Arbeitnehmerbegriffe des Unionsrechts in der neueren Judikatur des EuGH, EuZA 2012, S. 3.
- Reinecke, Gerhard, Klagen von Geschäftsführern und Vorstandsmitgliedern vor den Arbeitsgerichten, ZIP 1997, S. 1525.
- Reinfelder, Waldemar, Arbeitnehmer – Gesellschafter – Geschäftsführer, RdA 2016, S. 87.
- Reiserer, Kerstin/Freckmann, Anke/Träumer, Stefan, Scheinselbständigkeit, geringfügige Beschäftigung, 2002.
- Reiserer, Kerstin, „Lohndumping durch Werkverträge“ – Missbrauch von Werkverträgen und Leiharbeit, DB 2013, S. 2026.
- Reiserer, Kerstin/Bölz, Verena, Werkvertrag und Selbstständigkeit, 2014.
- Reufels, Martin, Personaldienstleistungen, 2012.
- Richardi, Reinhard, Arbeitnehmer als Beschäftigte, NZA 2010, S. 1101.
- Rieble, Volker, Die relative Verselbständigung von Arbeitnehmern – Bewegung in den Randzonen des Arbeitsrechts?, ZfA 1988, S. 327.
- Rieble, Volker/Junker, Abbo/Giesen, Richard, Freie Industriedienstleistung als Alternative zur regulierten Zeitarbeit, 2012.
- Riechert, Christian/Nimmerjahn, Lutz, Mindestlohngesetz, 2015.
- Riesenhuber, Karl, Europäische Methodenlehre, 2. Aufl. 2010.
- Röthel, Anne, Kraftfahrzeughalter und Tierhalter, Jura 2014, S. 1124.
- Rolfs, Christian/Witschen, Stefan, Keine Beschäftigung ohne Arbeit?, NZA 2011, S. 881.
- Rosenfelder, Ulrich, Der arbeitsrechtliche Status des freien Mitarbeiters, 1982.
- Rüthers, Bernd, Rundfunkfreiheit und Arbeitsrechtsschutz, RdA 1985, S. 129.
- Salamon, Erwin, Einseitige Leistungsbestimmungsrechte bei variablen Entgelten, NZA 2014, S. 465.
- Schäfer, Nicolai, Honorarärzte im Krankenhaus – eine arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Positionsbestimmung, 2014.

- Schaub, Günter (Begr.), Arbeitsrechts-Handbuch, 16. Aufl. 2015.
- Scheibeler, Elke, Begriffsbildung durch den Europäischen Gerichtshof, 2004.
- Schlachter, Monika, Methoden der Rechtsgewinnung zwischen EuGH und der Arbeitsgerichtsbarkeit, ZfA 2007, S. 249.
- Schliemann, Harald, Zum Schutz wirtschaftlich schwacher Solo-Dienst- und Werkvertragsunternehmer, Festschrift für Wank, 2014, S. 531.
- Schmidt, Bettina/Schwerdtner, Peter, Scheinselbständigkeit, 2. Aufl. 2000.
- Schmidt, Florian A., Arbeitsmärkte in der Plattformökonomie – zur Funktionsweise und den Herausforderungen von Crowdwork und Gigwork, 2016.
- Schmidt, Maximilian, Vorlagen an den EuGH, Arbeitsrecht, Diskriminierungsschutz, Scheinbewerber, ZESAR 2015, S. 427.
- Schmitt, Laura, Die Rechtsstellung der Praktikanten de lege lata und de lege ferenda, in Fütterer, Johannes/Pötters, Stephan/Stiebert, Tom/Traut, Johannes, Arbeitsrecht – für wen und wofür?, 2015, S. 37.
- Schneider, Egon/Schnapp, Friedrich E., Logik für Juristen, 6. Aufl. 2006.
- Schneider, Uwe H., Der Anstellungsvertrag des Geschäftsführers einer GmbH im Konzern, GmbHR 1993, S. 10.
- Schubert, Claudia, Der Schutz der arbeitnehmerähnlichen Personen, 2004.
- Schubert, Claudia, Kündigungsschutz für die Geschäftsführerin einer Kapitalgesellschaft während der Schwangerschaft – Gesundheitsschutz und Diskriminierungsschutz, EuZA 2011, S. 362.
- Schubert, Claudia, Arbeitnehmerschutz für GmbH-Geschäftsführer, ZESAR 2013, S. 5.
- Schubert, Claudia, Der Diskriminierungsschutz der Organvertreter und die Kapitalverkehrsfreiheit der Investoren im Konflikt, ZIP 2013, S. 289.
- Schüren, Peter, Abgrenzung und Identifikation von (Schein-)Werkverträgen – Eine Skizze, Festschrift für Däubler, 1999, S. 90.
- Schüren, Peter, Tarifverträge für die Leiharbeit – Weitreichende Innovation mit erheblichem Konfliktpotential, Jahrbuch des Arbeitsrechts Bd. 41 (2004), S. 49.
- Schüren, Peter, Scheinwerk- und Scheindienstverträge mit Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis, NZA 2013, S. 176.
- Schüren, Peter/Fasholz, Sabrina, Inhouse-Outsourcing und der Diskussionsentwurf zum AÜG – Ein Diskussionsbeitrag, NZA 2015, S. 1473.
- Schüren, Peter/Hamann, Wolfgang, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 4. Aufl. 2010.
- Seewald, Otfried, Zur Austauschbarkeit von Werkvertrag und Arbeitsvertrag im Hinblick auf „Beschäftigung“, SGb 2014, S. 169.
- Seewald, Otfried, Operationale Definition – insbesondere am Beispiel von Bedarfen im Sozialverwaltungsrecht, NZS 2015, S. 481.

- Selzer, Dirk, Crowdfunding, Arbeitsrecht zwischen Theorie und Praxis, in Husemann/Wietfeld, Zwischen Theorie und Praxis – Herausforderungen des Arbeitsrechts, 2015, S. 27.
- Siefer, Tobias, Der Schutz von Geschäftsführern und Vorstandsmitgliedern gegen Diskriminierungen, 2016.
- Skaupy, Walther, Zu den Begriffen „Franchise“, „Franchisevereinbarungen“ und „Franchising“, NJW 1992, S. 1785.
- Sowka, Hans-Harald, Die Frage nach der Schwangerschaft, NZA 1994, S. 967.
- Stagat, Rolf, Der Rechtsweg des GmbH-Geschäftsführers zum Arbeitsgericht, NZA 2015, S. 193.
- Stoffels, Markus, Statusvereinbarungen im Arbeitsrecht, NZA 2000, S. 690.
- Supiot, Alain, La Gouvernance par les nombres, 2015.
- Sutschet, Holger, Neuere Tendenzen zur personellen Reichweite des Arbeitnehmerschutzes im englischen Arbeitsrecht, EuZA 2016, S. 171.
- Tettinger, Peter/Wank, Rolf/Ennschat, Jörg, Gewerbeordnung, 8. Aufl. 2011.
- Tillmanns, Kerstin, Arbeitnehmerbegriff und Statuswechsel, RdA 2015, S. 285.
- Timmermann, Oliver, Rentenversicherungspflicht des Franchise-Nehmers, BB 2015, S. 309.
- Thüsing, Gregor (Hrsg.), AÜG, 3. Aufl. 2012.
- Thüsing, Gregor, Scheinselbständigkeit im internationalen Vergleich, 2011.
- Thüsing, Gregor, Fremdpersonal im Betrieb, AuA 2015, S. 644.
- Traeger, Burkhard, Die Reichweite des arbeitsrechtlichen Sozialschutzes, 1981.
- Trinkhaus, Hans, Aktuelle Probleme des Rechts der leitenden Angestellten (im weitesten Sinne), DB 1968, S. 1756.
- Tuengerthal, Hansjürgen/GeiBer, Janina, Fremdpersonaleinsatz: Man merkt die Absicht, und man ist verstimmt, BB 2014, S. 1845.
- Thuengerthal, Hansjürgen/Andorfer, Christian, Neue Abgrenzung zu Arbeitnehmerüberlassung und Werkvertrag?, BB 2016, S. 1909.
- Uffmann, Katharina, Vertragsfreiheit zwischen Rechtsformzwang und Privatautonomie im Bereich der „Neuen Selbständigkeit“ – dargestellt am Beispiel der Honorarärzte, ZfA 2012, S. 1.
- Uffmann, Katharina, Der Richter als pensionierter Tagelöhner, EuZA 2012, S. 518.
- Uffmann, Katharina, Interim Management, 2015.
- Ulber, Daniel, Die Bindungswirkung von A 1-Bescheinigungen bei illegaler Arbeitnehmerüberlassung, ZESAR 2015, S. 1.
- Ulber, Jürgen (Hrsg.), AÜG, 4. Aufl. 2011.
- Vielmeier, Stephan, Zuständigkeit der Arbeitsgerichte für Klagen von Fremdgeschäftsführern gegen die Gesellschaft, NZA 2016, S. 1241.

- Völker, Mathias, Die Scheinselbständigkeit im schweizerischen Arbeitsrecht, Diss. Zürich 2004.
- Vogel, Friedemann/Pötters, Stephan/Christensen, Ralph, Richterrecht der Arbeit – empirisch untersucht, 2015.
- Vogt, Volker, Arbeitsrecht im Konzern, 2014.
- von Hoyningen-Huene, Gerrick, Subunternehmervertrag oder illegale Arbeitnehmerüberlassung?, BB 1985, S. 1669.
- von Steinau-Steinrück, Robert, Sozialversicherungspflicht auch für „Kopf und Seele“ des Unternehmens, NJW-Spezial 2016, S. 306.
- Waltermann, Raimund, Gutachten B zum 68. Deutschen Juristentag, Abschied vom Normalarbeitsverhältnis?, 2010.
- Waltermann, Raimund, Sozialrecht, 10. Aufl. 2012.
- Wank, Rolf, Die freien Mitarbeiter bei den Rundfunkanstalten und das Bundesverfassungsgericht, RdA 1982, 363.
- Wank, Rolf, Die juristische Begriffsbildung, 1985.
- Wank, Rolf, Arbeitnehmer und Selbständige, 1988.
- Wank, Rolf, Die „neue Selbständigkeit“, DB 1992, S. 90.
- Wank, Rolf, Franchisenehmer und Scheinselbständigkeit, Zeitschrift für Sozialreform 1996, S. 387.
- Wank, Rolf, Telearbeit, 1997.
- Wank, Rolf, Empirische Befunde zur „Scheinselbständigkeit“, „Freie Mitarbeiter und selbständige Einzelunternehmer mit persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit“, Ergebnisse des IAB-Projekts 4-448 V, Bd. 2, Wank, Rolf, Juristischer Teil, Forschungsbericht Bd. 262 a (Sozialforschung des Bundesministeriums für Arbeit und Sozialordnung), 1997.
- Wank, Rolf, Die Gesetzesänderung zum Arbeitnehmerbegriff, RdA 1999, S. 297.
- Wank, Rolf, Telearbeit, NZA 1999, S. 225.
- Wank, Rolf, § 7 Abs. 1 und 4 SGB IV – was bleibt für Sozialrecht und Arbeitsrecht?, AuR 2001, Teil 1 S. 291 ff., Teil 2 S. 327 ff.
- Wank, Rolf, Der Fremdgeschäftsführer der GmbH als Arbeitnehmer, Festschrift für Wiedemann, 2002, S. 587.
- Wank, Rolf, Teil 1, Grundlagen: Der Arbeitnehmerbegriff, Teil 2: Teilzeitarbeit, in Blanke/Schüren/Wank/Wedde, Handbuch Neue Beschäftigungsformen, 2002.
- Wank, Rolf, Der Arbeitnehmerbegriff des BAG im Vergleich zum englischen und zum amerikanischen Recht, Festschrift für Küttner, 2006, S. 5.
- Wank, Rolf/Matias, Martin, Arbeitnehmer oder Gesellschafter oder Vereinsmitglied?, NZA 2007, S. 353.
- Wank, Rolf, Das Grünbuch Arbeitsrecht, AuR 2007, S. 244.

- Wank, Rolf, Von ungeeigneten Bewerbern und schwangeren Arbeitnehmerinnen, Festschrift für Richardi, 2007, S. 441.
- Wank, Rolf, Die personellen Grenzen des Europäischen Arbeitsrechts – Arbeitsrecht für Nicht-Arbeitnehmer?, EuZA 2008, S. 172–195.
- Wank, Rolf, Abschied vom Normalarbeitsverhältnis, RdA 2010, S. 193.
- Wank, Rolf, Fremdgeschäftsführer einer GmbH als Verbraucher; zweistufige Ausschlussfrist, RdA 2011, S. 178.
- Wank, Rolf, Methodenehrlichkeit im Arbeitsrecht, NZA Sonderbeilage 3/2011, S. 126.
- Wank, Rolf, Änderung von Arbeitsbedingungen, NZA-Sonderheft 2/2012, S. 41.
- Wank, Rolf, Die Neufassung des AÜG, Jahrbuch des Arbeitsrechts 49 (2012), S. 23.
- Wank, Rolf, Auslegung und Rechtsfortbildung im Arbeitsrecht, 2013.
- Wank, Rolf, Facetten der Arbeitszeit, RdA 2014, S. 285.
- Wank, Rolf, Der Mindestlohn, RdA 2015, S. 88.
- Wank, Rolf, Die Auslegung von Gesetzen, 6. Aufl. 2015.
- Wank, Rolf, Die personelle Reichweite des Arbeitnehmerschutzes aus rechtsdogmatischer und rechtspolitischer Perspektive, EuZA 2016, S. 143.
- Wank, Rolf, 3. Kapitel, Vertriebsrecht und Arbeitsrecht, in Martinek/Semler/Flohr, Handbuch des Vertriebsrechts, 4. Aufl. 2016.
- Wank, Rolf, Distribution Law and Labour Law, A VII, erscheint in Flohr/Martinek, European Distribution Law, 2017.
- Weber, Christoph/Zimmer, Patrick, Fremdgeschäftsführer und Praktikanten als Arbeitnehmer im Sinne der Massenentlassungsrichtlinie, EuZA 2016, S. 224.
- Weber, Hansjörg, „Franchising“ – ein neuer Vertragstyp im Handelsrecht, JA 1983, S. 347.
- Weber, Lars, Rechtliche Strukturen und Beschäftigungsverhältnisse im Fußball-sport, 2008.
- Wedde, Peter, Telearbeit, 2002.
- Weltrich, Ortwin, Zur Abgrenzung von Franchise- und Arbeitsvertrag, BB 1988, S. 806.
- Weth, Stephan/Thomae, Heike/Reichold, Hermann, Arbeitsrecht im Krankenhaus, 2007.
- Wiedemann, Herbert, Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis, 1966.
- Wiedemann, Herbert (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, 7. Aufl. 2007.
- Willemsen, Heinz Josef/ Mehrens, Christian, Beabsichtigte Neuregelung des Fremdpersonaleinsatzes – Mehr Bürokratie wagen?, NZA 2015, S. 897.
- Wilsing, Hans-Ulrich/Meyer, Daniel, Diskriminierungsschutz für Geschäftsführer, NJW 2012, S. 3211.

Wrede, Beatrice, Bestand und Bestandsschutz von Arbeitsverhältnissen in Rundfunk, Fernsehen und Presse, NZA 1999, S. 1019.

Ziegler, Katharina, Arbeitnehmerbegriffe im Europäischen Arbeitsrecht, 2011.

Zöllner, Wolfgang/Loritz, Karl-Georg/Hergenröder, Curt Wolfgang, Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2008.

Zwanziger, Bertram, Die Neuregelung des Verbots von Geschlechterdiskriminierung im Arbeitsrecht, DB 1998, S. 1330.

Sachregister zu Teil 2

- Abhängigkeit
 - persönliche 243, 247 ff., 253 f., 272 f., 282, 295, 411, 413
 - wirtschaftliche 262, 294 ff., 299 ff., 303 ff., 416, 420 ff.
- Abrufarbeit 349 ff.
- Absatzmittler 376 ff.
- AGB-Kontrolle 352
- AGG-Hopper 368 ff.
- alternative Ansichten in der Literatur 299
- Alternativ-Modell 303
- Amateur 245
- Antidiskriminierungsrecht 318 f.
- Anwendung, entsprechende 227
- Arbeit
 - auf Anforderung 359
 - für einen anderen 245
 - entgrenzte 280
 - in Person 256
- Arbeitgeberstellung, Aufspaltung 336 f.
- Arbeitnehmer
 - Definition 247, 300
 - fachlich weisungsfreier 389
 - Umschreibung 248 ff.
- Arbeitnehmerähnlicher 226, 228 ff., 285, 321 ff., 356, 418 f., 436
 - materielles Recht 322
 - Prozessrecht 321 f.
- Arbeitnehmerbegriff
 - einheitlicher 231
 - Kritik am teleologischen, Widerlegung 418 ff.
 - Literatur 411 ff.
 - ontologischer 419
 - praktische Bedeutung 413
 - Rechtsprechung 233 ff.
 - teleologischer 233, 411
- Arbeitnehmer-Entsendegesetz 344
- Arbeitnehmerfreizügigkeit 236
- Arbeitnehmerüberlassung 335 ff., 438
- Arbeitsausübung, Art der 261
- Arbeitseinkommen 422
- Arbeitszeit 381 f.
- Aufspaltung der Arbeitgeberstellung 336 f.
- Auftreten am Markt 304 ff., 368, 420
- Auslegung, erweiternde 228
- Auslieferungsfahrer 387
- BAG-Modell 243 ff.
- BAG-Plus-Modell 309 ff.
- Balkaya 238, 315, 348
- Beamter 232, 246
- Begriff
 - autonomer 235, 315, 428
 - operationaler 217
- Begriffsbaum 307
- Begriffsbildung
 - autonome 235
 - ontologische 233 f.
 - teleologische 233 f., 418
- Belegarzt 362 ff.
- Berufsbildung, zu ihrer – Beschäftigte 226
- Berufsbildungsgesetz 346
- Berufsgruppen 373 ff.
- Beschäftigter 225
 - Arbeitsrecht 226
 - Sozialversicherungsrecht 225
- Beschäftigungsrisiko 352 f.
- Betriebsstätte, eigene 308 ff.
- Bewerber 368 ff.
 - ungeeigneter 368 f.
 - Scheinbewerber 368 ff.
- BFH 290, 409

- BGB, § 613 245, 283
- Bildberichterstatte 403
- Büroberufe 388
- Bundesarbeitsgericht
 - Rechtsprechung 243 ff.
- Bundessozialgericht 297
- Bundesverfassungsgericht 233 ff., 428

- Crowdworking 354, 359
- Cutterin 254, 283 f., 401 ff.

- Danosa 238, 290, 313 ff.
- Dauer der Beschäftigung 272, 291
- Definition
 - des Arbeitnehmers 247, 300
 - ontologische 329, 430
 - partielle 246
 - teleologische 330, 439
- Dienstbereitschaft 270, 377, 388, 395
- Dienste für einen anderen 245
- Dienstnehmer, Definition 288, 243 ff.
- Dienstpläne 270, 287 f., 373
- Dienstvertrag 243 ff., 330, 431
- dispositives Recht 260
- Drittpersonaleinsatz s. Fremd-
personaleinsatz
- duales Modell der Erwerbstätigkeit
300, 303
- Durchführung, tatsächliche 257,
334 ff., 429 ff.

- E-AÜG 217
- Ehrenamt 245, 256 f., 319
- Eigenart der jeweiligen Tätigkeit 251,
311, 373, 407
- Eigengruppe 342
- eigene Rechnung, Handeln auf 262 ff.,
289 ff., 334

- Eingliederung
 - Abhängigkeit von Material 286 f.
 - Abhängigkeit vom Personal 282 ff.
 - Einbindung in die Organisation 287
- Einmann-Unternehmen 284
- Einzelfälle in verschiedenen Berufen
406 f.
- Einzelfall, alle Umstände des Einzel-
falles 280
- Eismann 264 f., 377 ff.
- empirische Untersuchung, Vorgaben
427 ff.
- Entgelt, Leistung gegen 245 f.
- entgrenzte Arbeit 280
- Entsendebescheinigung 345
- Entsenderichtlinie 343 f.
- entsprechende Anwendung 227
- Entwicklung der Rechtslage seit dem
früheren Gutachten 217
- Erwerbstätige 225, 322
- Erziehungsberufe 393 ff.
- EU-Verordnungen 239
- Europäischer Gerichtshof (EuGH) 233,
235, 313, 428

- fachlich weisungsfreier Mitarbeiter
276, 389
- Fahrdienst 359 f.
- Fahrer 376, 387
- Familienangehörige 246, 284
- Fertigungsberufe 375
- Frachtführer 376 ff.
- Fragebogen 427, 437
 - unter Berücksichtigung des teleo-
logischen Arbeitnehmerbegriffs 439
- Franchisenehmer 384 ff.
- freie Berufe 390 ff.
- freiwillige Übernahme des Unter-
nehmerrisikos 259

- Fremdgeschäftsführer s. GmbH-Fremdgeschäftsführer
- Fremdnützigkeit 296
- Fremdpersonaleinsatz 284 f., 329 ff., 335 ff., 436 ff.
- Fußballspieler 405, 421
- Gegenbegriffe zum Arbeitnehmer 246, 284, 325, 420
 - Beamter 232, 246
 - Dienstnehmer 243, 420
 - mithelfender Familienangehöriger 246
 - Strafgefangener 246
 - Werkunternehmer 248, 329 ff.
- Gesamtabwägung 407
- Gesellschafter und Arbeitnehmer 312
- Geschäftsräume, eigene 304, 383
- Gesellschafter-Geschäftsführer 312
- Gesellschaftsrecht 311 ff.
- Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit 219
- Gesundheitsberufe 391 ff.
- GmbH-Fremdgeschäftsführer 289, 313, 429
 - EuGH 313
 - Rechtsprechung in Deutschland 316
- Grad der persönlichen Abhängigkeit 230, 249, 282
- grenzüberschreitend tätige Schein-selbständige 343 ff.
- Gruppenarbeitsverhältnis 342
- Handeln auf eigene Rechnung s. eigene Rechnung
- Handelsgesetzbuch, § 84 223 f., 334, 378 ff.
- Handelsvertreter 223, 378
- Hauptberuf 291 ff.
- Hauptkriterien 261, 431
- Hermeneutik 422
- Hilfskriterien 296, 439
- Hineinwachsen in ein Arbeitsverhältnis 370
- Honorararzt 361 ff.
- Idealfall, Idealtypus, Abweichungen 267, 271, 294
- Indizien 253 ff., 305, 333
- Interimmanager 368
- Kapital, eigenes 302
- Kaufleute 375 ff.
- Klassenbegriff 251 ff.
- Konkretisierung 237, 241, 255
- Konzernarbeitsverhältnis 342
- Kontrolle 259, 266, 279
- Korrelation 261
- Kriterien 217 ff.
- künstlerische Berufe 397 ff.
- Kulturberufe 397 ff.
- Kundenbesuche 267
- Kundenstamm, eigener 306
- Kurierfahrer 387
- Legaldefinition 217 ff., 323, 379, 414, 462
- Lehrberufe 393 ff.
- Lehrer 267, 393 ff., 423
- Leiharbeit 221, 329, 335 ff.
- Leistung
 - gegen Entgelt 245
 - in Person 245, 284
- Leitgedanke 241, 252 f., 294
- Literatur zum Arbeitnehmerbegriff 363
 - alternative Ansichten 299

- Logik 321, 418
 - im Verhältnis Arbeitnehmer, Arbeitnehmerähnlicher 418
 - in Bezug auf Prokuristen und Lehrer 423
- Lohnsteuer abführen 258, 296
- Markt, Auftreten am 304 ff.
- Material, Abhängigkeit von Material des Auftraggebers 286 f.
- Medienberufe 40 ff.
- medizinische Berufe 391 ff.
- Merkmal 253
- Minderheitsgesellschafter 312 ff.
- Mindestlohngesetz 346 ff.
- Mitarbeiter 227, 389
 - programmgestaltender 402 ff.
- mittelbares Arbeitsverhältnis 296, 342
- Mobilarbeiter 359, 360
- Natur der Sache 262, 268, 306, 394, 434
- Nebentätigkeit 289, 308, 463
- Nullstundenvertrag 350 ff.
- Oberbegriff 225, 245 ff.
- oberste Gerichtshöfe des Bundes 409
- On-demand-economy 359 ff.
- ontologische Begriffsbildung 233 f.
- operationale Merkmale 303
- Organisation, Abhängigkeit von Organisation des Auftraggebers 287
- Personal, Abhängigkeit von Personal des Auftraggebers 282
- persönliche Abhängigkeit 243, 247 ff., 253 f., 272 f., 282, 295, 411, 413
- Pilot 376, 387
- Prämissen der BAG-Rechtsprechung 251
- Praktikant 346
- praktische Bedeutung des Arbeitnehmerbegriffs 413
- Preisgestaltung, eigene 305
- Primärrecht der EU 239
- privatrechtlicher Vertrag 244, 247
- Profifußballspieler 421
- programmgestaltender Mitarbeiter 402 ff.
- Prokurist 289, 413, 423
- Putzdienst 359
- Räume eines anderen 287
- Rahmenvertrag 349 ff.
- Rechnung, Handeln auf eigene 254 ff., 289
- Rechtsbegriff 217
- rechtsberatende Berufe 399 f.
- Rechtsformzwang s. tatsächliche Durchführung
- Rechtsfortbildung 241
- Rechtsgebietskonkurrenz 311, 429
- Rechtssicherheit 407, 424
- Rechtsvergleichung 425
- Referentenentwurf 217, 256, 267, 287
- Regelungsdefizit 424
- Rehabilitand 227
- Richtlinien der EU 238 f., 349
- Rundfunkanstalt 240, 401
- Rundfunkmitarbeiter 364, 403
- Scheinbewerber 368
- Scheinselbständige 217, 289, 308 ff., 321, 343, 436
- Scheinwerkvertrag 261, 436, 438
- Schutzzweck des Arbeitsrechts 367, 417 ff.

- Sekundärrecht der EU 226, 235, 239
- Selbständiger 225 ff., 258 ff., 287, 322, 370
- Signifikanz 303
- Solo-Selbständige 284, 310, 326, 357, 417, 464
- Sozialgesetzbuch IV, § 7 219 ff., 223 ff.
- Sozialversicherungsbeiträge 218, 258, 296, 439
- Sozialversicherungsrecht 219, 225, 298, 317, 398
- Sportler 358, 374, 404
- Statusbegriff 232, 259, 415
- Statuswechsel 370
- steuerberatende Berufe 399 f.
- Strafgefangene 246 f.
- Subunternehmer 336 f., 460, 438
- Synopse 309

- tatsächliche Durchführung 257, 334 ff., 429 ff.
- technische Berufe 375
- Teilzeitbeschäftigung 403
- Telearbeit 267, 346
- teleologische Begriffsbildung 233 f., 418
- teleologischer Arbeitnehmerbegriff 233, 411
 - Kritik 418 ff.
- teleologischer Vergleich 233, 234, 330
- Trainer 405, 422
- Transportberufe 387
- Trennungstheorie 314 f.
- TVG, § 12 a 229, 323 f., 356, 439
- Typusbegriff 251 ff., 296, 407, 427

- Umschreibung
 - geordnete 250 ff.
 - ungeordnete 248 ff.
- Umstände des Einzelfalles 280
- Unionsrecht
 - Anwendbarkeit 235
 - Umsetzung von 238
- Unterbegriff 248, 253
- Unternehmensorganisation, eigene 300, 308
- unternehmerische Entscheidungsfreiheit 262, 276, 304, 334, 377, 423
- Unternehmerrisiko 237, 259, 291, 293 ff., 299, 366

- Verbraucherschutzrecht 290
- Vereinsmitglieder 319
- Verfassungsrecht 403
- Vergleich
 - mit anderen Beschäftigten 271, 292, 297
 - ontologischer und teleologischer 234
- Verkehrsberufe 387 f.
- vertragliche Verpflichtung 244, 438
- vertragsfremde Merkmale 424
- Vertragsgestaltung
 - besondere 329 ff.
 - tatsächliche 258
- Vertragspartner, Anzahl der 292, 294, 342, 421
- Volkshochschuldozent 279, 394, 395, 413
- Vorgaben für eine empirische Untersuchung 427 ff.
- Vorratserlaubnis 341
- Vorwegnahme von Weisungen 263, 432
- Vorstandmitglied einer AG 318

Weisungen

- arbeitsbezogene und arbeits-
vertragsbezogene 250
- Art der Weisung 250, 265
- Vorwegnahme im Arbeitsvertrag
263, 432

Weisungsbindung

- Gesamtbetrachtung 250 ff., 261 ff.,
280, 288, 304 ff., 332, 364 f., 379,
389, 432
- inhaltliche (= fachliche) 273, 434
- örtliche 266, 433
- zeitliche 269, 433

weisungsfreie Tätigkeit 223, 274 f.,
289, 367, 387, 389, 390

Weisungsrecht 237, 248 f., 273 f., 350

Werkvertrag 329, 436 ff.

- Haftung für Mängel 333

wirtschaftliche Abhängigkeit 262,
294 ff., 299 ff., 303 ff., 416, 420 ff.

wissenschaftstheoretische Grundlegung
222, 412

Ziel der Untersuchung 217

Zielvereinbarungen 281, 331

Zitierweise 418

Zweck des Gesetzes 412, 413

Zweifelsfälle und Vertragsfreiheit 259,
261, 275, 329 f., 417, 424

Zweites Gesetz für moderne Dienst-
leistungen am Arbeitsmarkt 220

Abstract

False self-employment denotes a contractual relationship in which wage earners are contractually engaged on a self-employed basis, although objective analysis shows that the criteria of an employee are actually fulfilled: these workers are therefore entitled to protection as employees under labour legislation. In order to identify false self-employment, the concept of an employee is defined in contrast to a self-employed person. In 2014, the IAB carried out a comprehensive study on false self-employment in Germany in collaboration with the Federal Ministry of Labour and Social Affairs (BMAS) and Professor Rolf Wank as labour law expert with the purpose of obtaining a current overview of the development and structure of false self-employment in Germany.

The findings are published in this book. The book comprises an empirical and a legal section: the first part presents and discusses the concept and findings of the empirical study, while the second part discusses the legal basis for identifying false self-employed individuals and draws relevant conclusions for the empirical study. Moreover, the second part includes an evaluation of the empirical findings from a legal point of view. Although the study follows the same methodological and conceptual approach as the first study on false self-employment (Dietrich 1996a; Wank 1997), it was refined both in terms of data collection and concept. Accordingly, the study is based on the legal situation that was in place at the time of developing the survey.

No legal definition of the concept of an employee for Germany existed, when planning the overall concept of the study in spring 2014. Instead, the study had to refer to a definition of an employed person that is influenced in particular by the Supreme Court decisions of the European Court of Justice (ECJ), the Federal Constitutional Court (BVerfG) and the Federal Labour Court (BAG). In distinguishing between employees and self-employed persons, the BAG takes all individual circumstances of a case into account without applying an exact and, above all, consistent definition. Thus, an empirical investigation cannot be based on this foundation nor is it conducive to producing clear statements for theory and practice. Therefore, the legal part of the study classifies the rulings of the BAG systematically on the basis of a plethora of judgments, condensing them into a generalised model. In detail the legal part examines special problems pertaining to the demarcation between self- and dependent employment (labour law/company law, differentiation from quasi-subordinate status) and special contractual arrangements (particularly contracts for work and services/temporary agency work). Furthermore, this book's legal part analyses the ruling of the BAG with regard to individual professional groups. Moreover, the legal part extends the

analysis of the predominant case law by including a review of reference works and the prevailing view that is contrasted with a teleological interpretation. To supplement the development of the survey instrument, the legal part deducts research conclusions by drawing on its systematic overview of the current legal situation regarding the definition of an employee.

As shown by the first study on false self-employment, the estimation of the number of wage earners in false self-employment depends to a large extent on the legal model that is used to distinguish between self-employed activity and dependent gainful employment. Therefore, the study considers three different legal models. First, the BAG model, that focuses on the prevailing jurisdiction. The BAG model refers first and foremost to personal dependency and integration in an organisation. Second, the Alternative model that places a fair distribution of opportunities and risks as a differentiation criterion of self-employed activity and dependent gainful employment at the heart of the study. Third, the BAG Plus model combines the criteria of the BAG model and the Alternative model, at the same time addressing both the aspect of personal dependency and the balance of opportunities and risks in determining employee status. The use of the three alternative legal models has the advantage of modelling the effects of relevant differentiation criteria on the assessment of the employment status. Furthermore, this method allows estimating the potential statistical range of false self-employed wage earners in Germany.

Based on the BAG model, the study classifies 235,000 wage earners in Germany as false self-employed workers (approx. 0.7 % of the relevant population, i.e. the entire workforce between the ages of 18 and 65, except civil servants and farmers). The Alternative model classifies 436,000 wage earners as false self-employed (approx. 1.3 % of the population). The BAG Plus model classifies 311,000 individuals as false self-employed workers (approx. 1 % of the population). With regard to activities carried out by the working or non-working population in the context of a self-employed secondary occupation, a projection based on the BAG model predicts 158,000 false self-employed wage earners in Germany, the Alternative model 344,000 and the BAG Plus model 242,000.

Moreover, the study finds that, under labour legislation, the evaluation of employment conditions correlates closely with the income generated by these contractual relationships. False self-employed wage earners differ systemically from the self-employed with regard to the income earned. Furthermore, the findings show that the legal status correlates to a significant extent with the individual's position in the labour market. Consequently, those with a weaker foothold in the labour market appear more likely to be forced into false self-employed positions, while individuals with favourable labour market qualifications

are able to opt for advantageous freelance and self-employed contractual arrangements as solo self-employed entrepreneurs. Young wage earners under the age of 25 or newcomers in the labour market have an increased likelihood of being in a false self-employed contractual relationship than older wage earners or those with extensive professional experience. The risk of false self-employment increases progressively with the length of unemployment. Wage earners without any vocational qualifications appear particularly likely to take up false self-employment. Accordingly, the majority of occupations also prove ambivalent in this respect and only few professional groups exhibit a significantly increased disposition for false self-employment. Moreover, a lack of knowledge about their own legal position and the consequences that could result from their respective contractual employment arrangements may account for wage earners with unfavourable labour market qualifications entering into false self-employment contractual relationships.

A comparison of the 2014 findings with the findings of the first false self-employment study in 1995 shows a considerable reduction in the number of false self-employed secondary activities. In 2014, false self-employment is particularly relevant with regard to workers' primary occupation. Based on the empirical findings, the number of false self-employed wage earners according to the criteria of the BAG model increased from 179,000 in 1995 to 235,000 in 2014 (+31 %). For the Alternative model, the number of false self-employed wage earners in their primary occupation rose from 410,000 in 1995 to 436,000 in 2014 (+6 %). At the same time, the number of secondary activities carried out as false self-employment based on the BAG model declined from 329,000 in 1995 to 158,000 in 2014. Applying the criteria of the Alternative model the figure drops from 901,000 to 344,000.

In the meantime, a legal definition of an employed person has been developed. On 1 April 2017 the government added the new paragraph § 611 a BGB (German Civil Code) and § 1 paragraph 1, sentence 2 AÜG (German Law on Temporary Employment) in the context of temporary agency workers. The results of this study and the legal opinion included therein may be used for the purpose of understanding and evaluating these legal definitions.

Kurzfassung

Scheinselbständigkeit bezeichnet ein Vertragsverhältnis, bei dem Erwerbstätige laut Vertrag als Selbständige tätig werden, während bei objektiver Betrachtung die Merkmale eines Arbeitnehmers erfüllt sind und diesen Erwerbstätigen demzufolge arbeitsrechtlicher Schutz als Arbeitnehmer zukommt. Um Scheinselbständigkeit zu erfassen, wird der Arbeitnehmerbegriff in Abgrenzung zum selbständig Tätigen definiert. Um eine aktuelle Übersicht zum Aufkommen und zur Ausgestaltung von scheinselbständiger Beschäftigung in Deutschland zu gewinnen, hat das IAB in Zusammenarbeit mit dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) sowie mit Prof. Rolf Wank als juristischem Gutachter im Jahr 2014 eine umfassende Studie zu Scheinselbständigkeit in Deutschland durchgeführt.

Die Ergebnisse werden in diesem Band publiziert. Die Studie untergliedert sich in einen empirischen und einen juristischen Teil: im ersten Teil werden Konzeption und Befunde der empirischen Studie dargestellt und diskutiert; im zweiten Teil werden die juristischen Grundlagen zur Identifikation scheinselbständig Erwerbstätiger diskutiert und daraus Schlussfolgerungen für die empirische Studie gezogen. Ferner werden im zweiten Teil die empirischen Befunde aus juristischer Sicht bewertet. Die Studie knüpft methodisch und konzeptionell an der ersten Scheinselbständigen-Studie (Dietrich 1996a; Wank 1997) an, wurde jedoch erhebungstechnisch wie konzeptionell weiterentwickelt. Dementsprechend setzt die Studie auf der rechtlichen Situation auf, wie sie zum Zeitpunkt der Konzeption der Untersuchung gegeben war.

Wie im juristischen Teil der Studie dargelegt wird, lag zum Zeitpunkt der Konzeption der Studie im Frühjahr 2014 für Deutschland keine Legaldefinition des Arbeitnehmerbegriffs vor. Vielmehr musste auf einen Arbeitnehmerbegriff zurückgegriffen werden, der durch die insbesondere höchstrichterliche Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH), Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) und Bundesarbeitsgerichts (BAG) geprägt ist. Das BAG verweist für die Abgrenzung zwischen Arbeitnehmern und Selbständigen auf alle Umstände des Einzelfalles, ohne eine exakte und vor allem gleichbleibende Umschreibung zugrunde zu legen. Darauf lässt sich weder eine empirische Untersuchung aufbauen noch ergeben sich daraus klare Aussagen für Wissenschaft und Praxis. Im juristischen Teil der Studie wurde die Rechtsprechung des BAG auf der Grundlagen einer Fülle von Urteilen systematisch geordnet und zu einem allgemeinen Modell verdichtet. Sonderprobleme der Abgrenzung (Arbeitsrecht/Gesellschaftsrecht, Abgrenzung zu Arbeitnehmerähnlichen) sowie besondere Vertragsgestaltungen (insbes. Werkvertrag/Leiharbeit) wurden im Einzelnen untersucht. Ferner wurde die Rechtsprechung im Hinblick auf einzelne Berufsgruppen analysiert. Die Analyse der vorherrschenden Rechtsprechung wurde

um eine Darstellung der Literatur ergänzt und der vorherrschenden Meinung eine teleologische Sicht gegenüber gestellt. Aus dieser systematischen Übersicht zur aktuellen Rechtslage des Arbeitnehmerbegriffs wurden dann forschungsleitende Hinweise zur Entwicklung des Erhebungsinstruments abgeleitet.

Wie schon die erste Scheinselbständigen-Studie gezeigt hat, hängt die Abschätzung der Zahl scheinselbständig Erwerbstätiger wesentlich davon ab, welches Rechtsmodell bei der Abgrenzung von selbständig und abhängig ausgeübter Erwerbstätigkeit herangezogen wird. In der vorliegenden Studie wurden neben dem sog. BAG-Modell, das auf die herrschende Rechtsprechung abstellt, die vor allem auf die persönliche Abhängigkeit und die Eingliederung in die Organisation verweist, zwei alternative Ansätze berücksichtigt: das sogenannte Alternativ-Modell sowie das BAG-Plus-Modell. Dabei stellt das Alternativ-Modell eine faire Verteilung von Chancen und Risiken als Abgrenzungskriterium von selbständiger und abhängig ausgeübter Erwerbstätigkeit in den Mittelpunkt der Betrachtung. Mit dem BAG-Plus-Modell wird ein Vorschlag aufgegriffen, der Kriterien des BAG-Modells und des Alternativ-Modells verknüpft und dabei sowohl den Aspekt der persönlichen Abhängigkeit als auch den Ausgleich von Chancen und Risiken bei der Bestimmung des Arbeitnehmerstatus thematisiert. Die Verwendung alternativer Rechtsmodelle hat den Vorteil, Effekte abgrenzungsrelevanter Merkmale auf die Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft zu modellieren. Weiterhin ermöglicht das Vorgehen, eine Bandbreite der möglichen Zahl scheinselbständig Erwerbstätiger in Deutschland abzuschätzen.

Auf Basis des BAG-Modells kommt die Studie hochgerechnet zu rund 235 Tsd. Haupterwerbstätigen in Deutschland, die als scheinselbständig Beschäftigte einzustufen sind (ca. 0,7 % der relevanten Grundgesamtheit: alle Erwerbstätigen im Alter von 18–65 Jahren ohne Beamte und Landwirte). Das Alternativ-Modell stuft 436 Tsd. Haupterwerbstätige als Scheinselbständige ein (ca. 1,3 % der Grundgesamtheit). Das BAG-Plus-Modell identifiziert hochgerechnet rund 311 Tsd. als scheinselbständig Beschäftigte im Haupterwerb (ca. 1,0 % der Grundgesamtheit). In Bezug auf Tätigkeiten, die von Erwerbstätigen oder Nichterwerbspersonen im Rahmen einer selbständigen Nebentätigkeit ausgeübt werden, kommt eine Hochrechnung auf Basis des BAG-Modells zu 158 Tsd. scheinselbständig Erwerbstätigen in Deutschland, das Alternativ-Modell zu 344 Tsd. und das BAG-Plus-Modell zu 242 Tsd.

Die Studie belegt ferner, dass die arbeitsrechtliche Bewertung der Erwerbsverhältnisse eng mit dem Einkommen korreliert ist, das mit diesen Vertragsverhältnissen erzielt wird. Scheinselbständig Erwerbstätige unterscheiden sich von Selbständigen systemisch in der Höhe des erzielten Erwerbseinkommens. Die Befunde verdeutlichen weiterhin, dass die rechtliche Stellung wesentlich mit der individuellen Arbeitsmarktstärke korreliert ist. Demzufolge scheinen gerade die

Schwächeren auf dem Arbeitsmarkt mit höherer Wahrscheinlichkeit in scheinselfständige Erwerbspositionen abgedrängt zu werden, während Erwerbstätige mit günstigen Arbeitsmarktvoraussetzungen zu ihren Gunsten freiberufliche und selbstständige Vertragskonstruktionen als Solo-Selbstständige wählen können. So zeigt sich, dass jüngere Erwerbstätige unter 25 Jahren bzw. Erwerbseinsteiger mit erhöhter Wahrscheinlichkeit in einem scheinselfständigen Vertragsverhältnis aktiv sind als ältere Erwerbstätige bzw. Erwerbstätige mit längerer Berufserfahrung. Mit zunehmender Dauer der Erwerbslosigkeit erhöht sich das Risiko einer scheinselfständigen Beschäftigung. Insbesondere Erwerbstätige ohne beruflichen Abschluss weisen eine höhere Wahrscheinlichkeit auf, einer scheinselfständigen Beschäftigung nachzugehen. Dem entsprechend erweist sich auch die Mehrzahl der Berufsfelder hier als ambivalent und nur wenige Berufsgruppen weisen eine deutlich erhöhte Disposition für scheinselfständige Betätigung auf. Fehlendes Wissen um die eigene Rechtsposition und um die Konsequenzen, die aus der jeweiligen vertraglichen Ausgestaltung des Erwerbsverhältnisses resultieren können, kann zudem dazu beitragen, dass Erwerbstätige mit ungünstigen Arbeitsmarktvoraussetzungen scheinselfständige Vertragsverhältnisse eingehen.

Werden die Befunde aus dem Jahr 2014 mit den Befunden der bereits im Jahr 1995 durchgeführten Scheinselfständigen-Studie verglichen, zeigt sich, dass die Zahl der scheinselfständig ausgeübten Nebentätigkeiten deutlich zurückgegangen ist. Im Jahr 2014 ist scheinselfständige Beschäftigung primär mit Blick auf die Haupterwerbstätigkeit von Relevanz. Auf Basis der empirischen Befunde hat die Zahl scheinselfständiger Haupterwerbstätiger entsprechend den Kriterien des BAG-Modells von 179 Tsd. in 1995 auf 235 Tsd. in 2014 (+31 %) zugenommen. Beim Alternativ-Modell ist die Zahl der scheinselfständig Erwerbstätigen im Haupterwerb von 410 Tsd. in 1995 auf 436 Tsd. in 2014 (+6 %) angestiegen. Die Zahl der scheinselfständig ausgeübten Nebentätigkeiten ist dabei auf Basis des BAG-Modells von 329 Tsd. in 1995 auf 158 Tsd. im Jahr 2014 zurückgegangen. Bei Anwendung der Kriterien des Alternativ-Modells ergab sich ein Rückgang von 901 Tsd. auf 344 Tsd.

Inzwischen liegt mit dem am 1. April 2017 neu in das Gesetzbuch aufgenommenen § 611 a BGB und § 1 Absatz 1 Satz 2 AÜG im Kontext des Leiharbeitnehmers eine Legaldefinition zum Arbeitnehmerbegriff vor. Für das Verständnis und die Einordnung dieser Legaldefinitionen kann auf die Ergebnisse dieser Studie und des darin enthaltenen Rechtsgutachtens zurückgegriffen werden.

Mütter im SGB II

Arbeitsmarktverhalten und Ausstiegchancen

➔ wbv.de/arbeitsmarkt



- Mütter in der Grundsicherung als Arbeitsmarktrezource
- Bedeutung der Kinderbetreuung

Wie schaffen Haushalte mit niedrigem Einkommen die Vereinbarkeit von Familie und Erwerbsarbeit? Ist eine mangelnde Vereinbarkeit ein Grund für die hohen Leistungsbezugszahlen bei alleinerziehenden und kinderreichen Familien in der Grundsicherung? Die Studie analysiert insbesondere die Chancen von Müttern, die Grundsicherung für Arbeitsuchende mit einer eigenen Erwerbstätigkeit zu verlassen und welche Rolle dabei dem Zugang zu institutioneller Kinderbetreuung zukommt.

Torsten Lietzmann

Vereinbarkeit von Familie und Erwerbsarbeit im Bereich prekärer Einkommen
IAB-Bibliothek, 357

2016, 151 S., 24,90 € (D)
ISBN 978-3-7639-4101-8
Als E-Book bei wbv.de

Berufliche Erst- und Wiedereingliederung von Rehabilitanden

Empirische Studie und Wirkungsanalyse



■ Erste empirische Ergebnisse

■ Neue Beurteilungskriterien

Die Dissertation liefert empirische Ergebnisse zur beruflichen Erst- und Wiedereingliederung von Rehabilitanden und analysiert die Auswirkungen von Erwerbseintritt, Verbleib im Arbeitsmarkt und die subjektive Gesundheit von Menschen mit Behinderungen.

Nancy Reims

Berufliche Rehabilitation von Menschen mit Behinderungen

Einfluss auf Gesundheit und Erwerbsintegration

IAB-Bibliothek, 360

2016, 127 S., 24,90 € (D)

ISBN 978-3-7639-4107-0

Als E-Book bei wbv.de

Betriebliche Instrumente der Arbeitszeitflexibilität

Einsatz in Betrieben und bei Beschäftigten



Ines Zapf

Traditionelle und moderne Formen der Arbeitszeitflexibilität

Arbeitsangebots- und -nachfrageseitige Faktoren von Überstunden und Arbeitszeitkonten

IAB-Bibliothek, 361

2016, 320 S., 34,90 € (D)
ISBN 978-3-7639-4109-4
Als E-Book bei wbv.de

■ Empirische Studie zu Arbeitszeitkonten und Überstunden

■ Neue Daten zu Teilzeitbeschäftigten

Überstunden und Arbeitszeitkonten sind wichtige betriebliche Instrumente der Arbeitszeitflexibilität. Die Dissertation untersucht Auswirkungen und Einsatzgründe auf der Arbeitsangebots- und der Arbeitsnachfrageseite.

„Eine aufschlussreiche Lektüre – speziell auch für frauenspezifische oder geringfügigbeschäftigte Berufsgruppen, sicherlich auch für Betriebs- und Personalräte zur Weiterverbreitung einer Arbeitszeitflexibilisierung sowohl auf Seiten der Arbeitnehmer als auch Arbeitgeber.“

Sonja Fröse, *socialnet.de*, 04.04.2017

Analysen, Daten und Fakten zum deutschen Arbeitsmarkt

➤ wbv.de/arbeitsmarkt



■ Aktuelle Befunde des IAB
zum deutschen Arbeitsmarkt

■ Für Wissenschaft und Praxis

Der Band liefert eine umfassende Bestandsaufnahme des deutschen Arbeitsmarkts für Wissenschaft und Praxis. Präzise Texte und klare Infografiken informieren über die Forschungsergebnisse des Instituts für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung (IAB).

Joachim Möller, Ulrich Walwei (Hg.)

Arbeitsmarkt kompakt

Analysen, Daten, Fakten

IAB-Bibliothek, 363

2017, 174 S., 39,90 € (D)

ISBN 978-3-7639-4113-1

Kostenloser Download:

wbv-open-access.de

Für diese Studie zur Scheinselbständigkeit (in Kooperation mit dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales) hat das IAB 4.500 Personen zu ihrer Erwerbstätigkeit und sozialen Lage befragt. Die quantitative Untersuchung greift zur Bestimmung von Scheinselbständigkeit auf ein Rechtsgutachten von Professor Dr. Wank (Ruhr-Universität Bochum) zurück, das die aktuelle Rechtsprechung sowie die relevante Rechtsliteratur aufarbeitet und die empirische Analyse fundiert. Die Studie beantwortet drei Kernfragen: Wie verbreitet ist das Phänomen der Scheinselbständigkeit? Wer ist davon betroffen bzw. wie sind Scheinselbständige erwerbstätig? Welcher Zusammenhang besteht zwischen dem rechtlichen Status und dem Erwerbseinkommen?

W. Bertelsmann Verlag

