

# Die relative Verselbständigung von Arbeitnehmern – Bewegung in den Randzonen des Arbeitsrechts?\*



Von Professor Dr. Volker Rieble, Mannheim

	Seite		Seite
I. Arbeitnehmerbegriff und »Scheinselbständigkeit«	328	IV. Alternative: Selbständigen- schutz im Privat- und Wirtschaftsrecht	341
II. Welcher Arbeitnehmerbegriff?	330	1. Selbständigenschutz im Privatrecht	
1. Arbeitnehmerbegriff des Verfassungsrechts?		2. Schutz arbeitnehmerähnlicher Personen	
2. Sozialversicherungsrechtlicher Beschäftigtenbegriff		3. Unternehmensschutz vor wirtschaftlicher Abhängigkeit	
3. Arbeitnehmerbegriff in anderem Rechtzusammenhang			
III. Wirtschaftliche Abhängigkeit und Unternehmerrisiken	334	V. Ergebnis	358

Die »neue« Selbständigkeit und die von ihr wiederbelebte ausgelöste Diskussion um den Arbeitnehmerbegriff<sup>1</sup> zielt vordergründig auf eine einzige Frage: Soll das Arbeitsrecht Ein-Mann-Unternehmen – gemeint sind natürlich auch Eine-Frau-Unternehmen – mit seinem Geltungsanspruch erfassen oder dem »freien« Dienstvertrag überantworten? Der gebotenen Kürze verzichte ich auf eine Einführung und setze den aktuellen Diskussionsstand als bekannt voraus. Im Rahmen der Thementeilung mit Herrn *Boemke*<sup>2</sup> will ich mich auf Systemfragen und die Rechtsfolgen des Arbeitnehmerbegriffes konzentrieren. Dabei geht es mir um vier Fragen:

Zuerst will ich kurz auf den Begriff der Scheinselbständigkeit eingehen, weil er mehr Verwirrung als Klarheit schafft (I). Zweitens geht es mir um Wechselwirkungen des

\* Überarbeiteter Vortrag vor dem BDA-Kolloquium am 26./27. 2. 1998 in Köln.

1 *Wank*, Arbeitnehmer und Selbständige (1988); *ders.*, Die »neue Selbständigkeit«, DB 1992, S. 90; *ders.*, Empirische Befunde zur »Scheinselbständigkeit« – Juristischer Teil des IAB-Projekts 4–448 V »Freie Mitarbeiter und selbständige Einzelunternehmer mit persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit«, Forschungsbericht 262 a des Bundesministeriums für Arbeit und Sozialordnung (1997), zitiert: Forschungsbericht. Gegen ihn vor allem *Hromádka*, Arbeitnehmerbegriff und »neue Selbständigkeit«, NZA 1997, S. 569; *ders.*, Zur Begriffsbestimmung des Arbeitnehmers, DB 1998, S. 195 ff.

2 Dessen Vortrag vor dem BDA-Kolloquium, Neue Selbständigkeit und Arbeitsverhältnis – Grundsatzfragen sinnvoller Abgrenzung von Arbeitnehmern, Arbeitnehmerähnlichen und Selbständigen, ist abgedruckt ZfA 1998, S. 285.

umstrittenen einfachrechtlichen Arbeitnehmerbegriffes mit anderen Arbeitnehmerbegriffen – namentlich aus verfassungs- und sozialversicherungsrechtlicher Sicht (II). Drittens will ich dem von *Wank* formulierten zentralen Maßstab der unternehmerischen Risiken und Chancen nachgehen (III). Vor allem aber geht es mir viertens um die Alternative zum *Wank*'schen Schutzkonzept, nämlich um den Schutz des abhängigen Selbständigen im Privat- und Wirtschaftsrecht (IV). Entscheidend kommt es mir dabei auf die *Rechtsfolgen* an.

### I. Arbeitnehmerbegriff und »Scheinselbständigkeit«

Für den Streit um den Arbeitnehmerbegriff ist der Begriff des *Scheinselbständigen* nicht hilfreich, er führt vielmehr in die Irre: Diejenigen, die – gleich nach welchem Rechtsbegriff – eindeutig Arbeitnehmer sind, aber zum Schein als Selbständige geführt werden, bereiten der Rechtsanwendung kein Problem. Sie sind Arbeitnehmer, wenn der Vertrag seinem Inhalte nach als Arbeitsvertrag zu qualifizieren ist; die vertragliche Bezeichnung ist irrelevant<sup>3</sup>. Will der Dienstvertrag durch geschickte Vertragsgestaltung eine in Wahrheit nicht gewollte Selbständigkeit vorspiegeln, so ist er Scheingeschäft i. S. v. § 117 BGB. Soweit er zwingende arbeitsrechtliche Vorschriften abbedingen will, ist er nach § 134 BGB nichtig und sei es als finales Umgehungsgeschäft.

In Wahrheit wird unter der Begriffslage der »Scheinselbständigkeit« eine Ausweitung des Arbeitnehmerbegriffs versucht, die die »Grauzone« zwischen Abhängigkeit und Selbständigkeit erfassen und den Arbeitnehmern zuschlagen soll. Das zeigt sich schon daran, daß das Abstellen auf die wirtschaftliche Abhängigkeit zum Ende der arbeitnehmerähnlichen Person führt<sup>4</sup> – sie wird weithin dem Arbeitnehmerbegriff zugeschlagen. Das belegen auch die Zahlen aus der Untersuchung des BMA, die bei allen Zweifelsfragen der Datenerhebung und -bewertung jedenfalls in ihrer Tendenz plausibel sind und eine deutliche Steigerung des Arbeitnehmeranteils in der Grauzone erge-

---

3 BAG etwa vom 16. 7. 1997 – 5 AZB 29/96 – EzA § 5 ArbGG 1979 Nr. 24 = ZIP 1997, S. 1714 = NZA 1997, S. 1126 [Eismann]; dazu, daß die spätere Vertragsdurchführung in der Regel den Ausschlag gibt BAG 20. 7. 1994 – 5 AZR 627/93 – EzA § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 54 = AP Nr. 73 zu § 611 BGB Abhängigkeit = NZA 1995, S. 161; das wird freilich in Frage gestellt durch BAG 12. 9. 1996 – 5 AZR 1066/94 – EzA § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 58 = AP Nr. 1 zu § 611 BGB Freier Mitarbeiter = NZA 1997, S. 194, wonach der Wechsel vom Arbeitsverhältnis in die freie Mitarbeit »unzweideutig vereinbart« werden müsse; weiterführend zum Rechtsformzwang *Boemke* (Fn. 2), ZfA 1998, S. 285 unter II 5 sowie übergreifend *Jahnke*, Rechtsformzwang und Rechtsformverfehlung bei der Gestaltung privater Rechtsverhältnisse, ZHR 146 (1982), S. 595.

4 Wiederum *Wank*, Forschungsbericht (Fn. 1), S. 86 ff. gegen *Hromadka* (Fn. 1), NZA 1997, S. 569 ff.

ben<sup>5</sup>. Geleugnet wird das etwa in der Begründung des SPD-Entwurfs eines Gesetzes zur Bekämpfung der Scheinselbständigkeit: »Es geht hierbei im Kern nicht um eine Ausweitung der Versicherungspflicht, sondern um bessere Erfassung eines bereits bisher grundsätzlich versicherten Personenkreises.«<sup>6</sup> *Wank* lädt schlichte Gemüter zum Zirkelschluß ein: Er will dem »Mißbrauch der Vertragsfreiheit« begegnen, der darin liegt, daß jemand von seinem Vertragspartner in die ungewollte Rolle des »Scheinselbständigen« gedrängt wird. Das setzt die Wertung voraus, daß es sich hierbei nicht um einen *Gebrauch* von Vertragsfreiheit handelt. Und genau diese Wertung steht im Streit!

Der Sache nach bedeutet seine Erweiterung des Arbeitnehmerbegriffes eine objektiv-funktionale Tatbestandserweiterung durch Auslegung und Analogie, wie sie im Rahmen der objektiven Umgehung von Verbotsgesetzen gang und gäbe ist<sup>7</sup> und wie sie vor allem aus dem Steuerrecht mit dem »Mißbrauch von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten« nach § 42 Abgabenordnung bekannt ist. Eine solche objektiv-funktionale Umgehungs- oder Mißbrauchsprüfung fragt nicht, ob eine Seite Schutzvorschriften umgehen will, sie fragt, ob die gewählte rechtliche Gestaltung vor dem Hintergrund des zwingenden Rechts die Anerkennung verdient. Da der Gesetzgeber das Verbraucherschutzrecht mit solchen Umgehungsverboten gegen »andere Gestaltungen« versehen hat (§ 18 Satz 2 VerbrKrG<sup>8</sup> [früher § 6 AbzG], § 5 HaustürWG), spricht vom arbeitsrechtlichen Schutzprinzip<sup>9</sup> her gesehen viel dafür, hier ebenso zu verfahren. Im Ausgangspunkt ist deshalb die Frage richtig, ob eine bestimmte Vertragsgestaltung zur Anerkennung des Dienstverpflichteten als Selbständigem führt oder ob er nicht als Arbeitnehmer zu werten ist. Freilich: Auch wenn man die juristische Methode anerkennt, heißt das noch nicht, daß auch das Bewertungskriterium stimmt, daß es also darauf ankomme, ob der Dienstverpflichtete »am Markt« mit allen Chancen und Risiken eines Unternehmers auftritt<sup>10</sup>.

---

5 Siehe: *Dietrich* (IAB), Empirische Befunde zur »Scheinselbständigkeit« – Ergebnisse des IAB-Projekts 4-448 V »Freie Mitarbeiter und selbständige Einzelunternehmer mit persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit«, Forschungsbericht 262 des Bundesministeriums für Arbeit und Sozialordnung (1996) mit der synoptischen Betrachtung S. 81 ff. – Kurzfassung in NZA 1997, S. 590 – sowie *Wank*, Forschungsbericht (Fn. 1), S. 95.

6 BT-Drucks. 13/6549 unter B.

7 *Teichmann*, Die Gesetzesumgehung (1962), S. 67 ff., 78 ff.; *Medicus*, BGB AT, 6. Aufl. (1994), Rn. 660; *Flume*, Das Rechtsgeschäft (1965), S. 350 f. Aus arbeitsrechtlicher Sicht; *Preis*, Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht (1993), S. 156 ff.

8 Vgl. MünchKomm/*Habersack*, 3. Aufl., Band 3 (1995), § 18 Rn. 9 ff. mit Nachw.

9 Statt aller: MünchArbR/*Richardi*, § 6 Rn. 15 ff.; *Wiedemann*, Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis (1966), S. 13 ff., 21 ff.

10 Erste Gefolgschaft in der Rechtsprechung: LAG Köln 30. 6. 1995 – 4 Sa 63/95 – LAGE § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 29 mit zust. Anm. *Thüsing* für eine »Propagandistin«; LAG Nürnberg 25. 2. 1998 – 4 Sa 670/97 – LAGE § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff = ZIP 1998, S. 617; aufgehoben durch BAG 16. 6. 1998 – 5 AZR 255/98 – noch nicht abgesetzt, für einen Versicherungsvertreter, der nur überlassene Adressen »abarbeiten« darf.

## II. Welcher Arbeitnehmerbegriff?

Die Diskussion wird zusätzlich dadurch belastet, daß es unterschiedliche Arbeitnehmerbegriffe in unterschiedlichen Rechtskreisen gibt. Schon der einfach-rechtliche Arbeitnehmerbegriff des staatlichen Arbeitsrechts, also der vom Gesetzgeber geschaffenen Arbeitsrechtsnormen wie des Richterrechts, umfaßt ganz unterschiedliche Regelungsbereiche mit ganz unterschiedlichen Schutzfunktionen<sup>11</sup> – wird aber gleichwohl typisierend einheitlich verstanden.

### 1. Arbeitnehmerbegriff des Verfassungsrechts?

Einen normierten *verfassungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff* gibt es nicht – ebenso wenig wie es einen verfassungsrechtlichen Arbeitgeber-, Unternehmer- oder Selbständigenbegriff gibt. Allerdings zwingt *Art. 9 Abs. 3 GG*<sup>12</sup> als Arbeitsmarktgrundrecht zu einer Grenzziehung: Entweder behält man die Koalitionsfreiheit und damit Tarifautonomie wie Arbeitskampf den »echten« *Arbeitnehmern* vor, weil *Art. 9 Abs. 3 GG* historisch, also mit Blick auf den »Fabrikarbeiter« zu verstehen ist<sup>13</sup>. Dann kommt den nur wirtschaftlich abhängigen, vor allem also den arbeitnehmerähnlichen Personen keine Koalitionsfreiheit zu. Die Tarifautonomie nach § 12 a TVG wie § 17 HAG wäre ein einfachrechtliches Geschenk des Gesetzgebers<sup>14</sup>. Oder man versteht die »abhängige Arbeit«, um die es *Art. 9 Abs. 3 GG* geht, *weit* und bezieht jede Dienstleistung durch Personen ein, die – persönlich, wirtschaftlich oder sonstwie – von ihrem Vertragspartner abhängig sind und deshalb auf Gegenmachtbildung im Tarif- und Arbeitskampsystem angewiesen sind<sup>15</sup>. Dann wäre den arbeitnehmerähnlichen Personen die Koalitionsfreiheit garantiert. Insbesondere § 12 a Abs. 4 TVG, der auch den schwäch-

---

11 Näher *Wank*, Arbeitnehmer und Selbständige (Fn. 1), S. 58 ff.; *Hromadka* (Fn. 1), NZA 1997, S. 577 ff.

12 Weshalb *Rancke*, Die freien Berufe zwischen Arbeits- und Wirtschaftsrecht (1978), insbesondere S. 121 ff. zu Unrecht aus *Art. 9 Abs. 3 GG* einen Arbeitnehmer-Begriff entwickeln will. Dazu auch *Wank*, Arbeitnehmer und Selbständige (Fn. 1), S. 332 f.

13 Diesem Grundrechtsverständnis neigt das BVerfG zu, s. die Aussperrungsentscheidung vom 26. 6. 1991 – 1 BvR 779/85 – BVerfGE 84, 212, 224 = SAE 1991, S. 329 mit Anm. *Konzen* = EZA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 97 = AP Nr. 117 zu Art. 9 GG Arbeitskampf unter C I 1 a und das Mitbestimmungsurteil vom 1. 3. 1979 – 1 BvR 252/77 u. a. – BVerfGE 50, 290, 366 f.

14 *Lieb*, Die Schutzbedürftigkeit arbeitnehmerähnlicher Personen, RdA 1974, S. 257, 267; *Stolterfoht*, Tarifautonomie für arbeitnehmerähnliche Personen? Betrieb 1973, S. 1068, 1072; *Scholz* in: *Maunz/Dürig*, GG Art. 9 (1979), Rn. 182; ähnlich *Otto*, Anm. zu BAG AP Nr. 1 zu § 12 a TVG unter II 1 b.

15 So die h. M. im Tarifrecht: *MünchArbR/Löwisch* III (1993), § 236 Rn. 20; *Kempen/Zachert*, TVG, 3. Aufl. (1997), § 12 a Rn. 3; *Däubler*, Tarifvertragsrecht, 3. Aufl. (1993), Rn. 311; *Wiedemann/Stumpf*, TVG, 5. Aufl. (1977), § 12 a Rn. 5; *Wiese*, Buchautoren als arbeitnehmerähnliche Personen (1980), S. 19 ff.

sten Handelsvertretern i. S. v. § 92 a HGB den Tarifvertrag vorenthält, wäre verfassungswidrig<sup>16</sup>.

Höchst problematisch ist dieser Ansatz mit Blick auf unsere Wirtschaftsordnung. Denn die Koalitionsfreiheit bedeutet für den Bereich der abhängigen Arbeit eine Kartellgarantie<sup>17</sup>. Wo sie greift, muß das Kartellverbot des GWB ebenso wie das des EGV weichen. Arbeitsmarkt und Gütermarkt verfolgen antagonistische Ordnungskonzepte – wo hier auf Kollektivismus gesetzt wird, verordnet das GWB wettbewerbliche Individualität. Dementsprechend stellt jede Ausdehnung des Arbeitnehmerbegriffes die Wirtschaftsordnung in ihren Randzonen in Frage. Darauf ist zurückzukommen.

Ob Arbeit abhängig geleistet wird, ist überdies für Art. 12 GG von Bedeutung. Zwar kommt die *Berufsfreiheit* jedem Deutschen und damit dem Selbständigen wie dem Arbeitnehmer zu. Aber eine starke Strömung will im Bereich der abhängigen Arbeit weitreichende Schutzpflichten des Staates begründen, die das geltende Arbeitsrecht weithin zum Verfassungsgebot erheben. Wenn man schon darüber streiten kann, ob der Kündigungsschutz nicht im Kern (Bindung an einen Sachgrund, Gebot einer irgendearteten Sozialauswahl) verfassungsrechtlich geboten ist<sup>18</sup>, dann kann man auch vertreten, daß diese Schutzpflicht die Reichweite des arbeitsrechtlichen Schutzes insgesamt und damit den Arbeitnehmerbegriff vorgibt. Eben dies meint das LAG Köln: Es begründet seine *Wank*-Gefolgschaft damit, daß angesichts der grundlegenden Veränderungen des Erwerbslebens und der Organisation der Arbeit der herkömmliche Arbeitnehmerbegriff der Schutzpflicht des Staates nicht hinreichend Rechnung trage, mithin das Untermaßverbot verletze<sup>19</sup>.

Ganz gleich wie man sich zur sogenannten »strukturellen« Unterlegenheit und dem mehr als fragwürdigen Paritätsverständnis stellt<sup>20</sup>, ist dieser Ansatz verfehlt: Das Grundgesetz kann selbst bei bejahter Schutzpflicht nie vorgeben, *wie* eine unterlegene Person zu schützen ist. Damit wäre jedes Verfassungsgericht überfordert. Zudem würde der Gesetzgeber aus seiner Verantwortung für die Gestaltung der offenen Privat-

---

16 So insbesondere noch *Löwisch/Rieble*, TVG (1992), § 12 a Rn. 5; in diese Richtung weist die HAG-Entscheidung des BVerfG vom 27. 2. 1973 – 2 BvL 27/69 – BVerfGE 34, 307.

17 *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb (1996), Rn. 606 ff. m. Nachw.

18 *Oetker*, Gibt es einen Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, AuR 1997, S. 41 ff.; *Löwisch*, Grenzen der ordentlichen Kündigung in kündigungsschutzfreien Betrieben, BB 1997, S. 782; *Preis*, Der Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, NZA 1997, S. 1256; *Stahlhacke*, Grundrechtliche Schutzpflichten und allgemeiner Kündigungsschutz, FS Wiese (1998), S. 513, und jetzt für die Kleinbetriebsklausel BVerfG 27. 1. 1998 – 1 BvL 15/87 – NZA 1998, S. 470 = EzA § 23 KSchG Nr. 17.

19 LAG Köln 30. 6. 1995 – 4 Sa 63/95 (Fn. 10).

20 Vor allem *Zöllner*, Privatautonomie und Arbeitsverhältnis, AcP 176 (1976), S. 221 ff.; *Preis*, Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht (1993), S. 29 ff., 289 ff.; *Rittner*, Die gestörte Vertragsparität und das Bundesverfassungsgericht, NJW 1994, S. 3330 und schon *R. Fischer*, Vertragsfreiheit und Sozialbindung, DRiZ 1974, S. 209 ff.

rechtsgesellschaft entlassen. Dementsprechend hat auch das Bundesverfassungsgericht in der bekannten Handelsvertreterentscheidung nicht gemeint, die kleinen wirtschaftlich abhängigen Vertreter müssten Arbeitnehmer sein und deshalb nach Maßgabe der §§ 74, 75 HGB Karenzentschädigung als Kompensation für das Wettbewerbsverbot erhalten. Es hat vielmehr nur den undifferenzierten Ausschluß der Karenzentschädigung nach § 90 a Abs. 2 Satz 2 HGB in seiner alten Fassung beanstandet<sup>21</sup>. Wer mit der Schutzpflicht argumentiert, müsste redlicherweise zuerst Rechenschaft darüber ablegen, wie der Selbständige im Zivil- und Wirtschaftsrecht vor seinem Vertragspartner geschützt wird. Erst nach diesem Befund – unten IV – läßt sich dann gegenüberstellend sagen, inwiefern das Arbeitsrecht ein Mehr oder Aliud an Schutz bietet, und schließlich die entscheidende Wertung vornehmen, ob Art. 12 GG diese Schutzalternative gebietet. Wer gegenüber dem geltenden Arbeitsrecht den Vorwurf verfassungswidriger Schutzdefizite erhebt, sollte wenigstens methodisch auf festem Boden stehen.

## 2. Sozialversicherungsrechtlicher Beschäftigtenbegriff

Besonders zu warnen ist vor dem Zugriff auf das *Sozialversicherungsrecht*. Die Frage, wer dort abhängig beschäftigt und damit beitragspflichtig und versichert ist, hat mit dem privatrechtlichen Schutz des im Dienstverhältnis Unterlegenen nichts mehr zu tun. Zwar läßt sich die Sozialversicherung in ihren Anfängen noch als »Versicherung« begreifen, weil die individuelle Schutzbedürftigkeit den Ausschlag für die Kollektivierung des gemeinsamen schlechten Risikos gegeben hat<sup>22</sup>.

Freilich ist das vergangene Vergangene: Heute steht bei der Sozialversicherung die *Umverteilung im Vordergrund* – wie das jüngst eine Bundesverfassungsrichterin bestätigt hat<sup>23</sup>: Denen, die viel haben und womöglich nicht schutzbedürftig sind, soll genommen werden, damit anderen gegeben werden kann. Anders gewendet: Die Not leerer Kassen verlangt nach mehr Geld, mehr Beiträgen und Ausweitung des Kreises der Beitragspflichtigen, ganz unabhängig von deren Schutzbedürftigkeit. So ist es bezeichnend, daß die neue Selbständigkeit aus Sicht der Sozialversicherung im wesentlichen unter dem Gesichtspunkt »Entzug bzw. Erhalt von Beitragszahlern« gesehen wird<sup>24</sup>.

---

21 BVerfG 7. 2. 1990 – 1 BvR 26/84 – BVerfGE 81, 242 = EzA § 90 a HGB Nr. 1 = AP Nr. 12 zu Art. 12 GG = NJW 1990, S. 1469.

22 Etwa *Syrup/Neuloh*, Hundert Jahre Staatliche Sozialpolitik 1839–1939 (1957), S. 113 ff.; *Rosin*, Das Recht der Arbeiterversicherung, Bd. 1 (1893), S. 7 ff. zu den genossenschaftlichen Ursprüngen, S. 139 ff. zum Schutzprinzip und S. 152 ff. zur Abgrenzung des Selbständigen vom Unselbständigen; S. 255 ff. zu den (von ihm bestrittenen) versicherungsrechtlichen Aspekten.

23 *Jaeger*, Soziale Sicherheit und solidarische Gemeinschaftsbeziehungen, ZRP 1998, S. 55, 61.

24 Etwa *Buch*, Institutioneller Wandel auf dem Arbeitsmarkt und dessen Folgen für den Generationenvertrag, Deutsche Rentenversicherung 1995, S. 750 ff.; *Kretschmer*, Die Regelungsvorhaben zur Bekämpfung der »Scheinselbständigkeit« aus Sicht der sozialgerichtlichen Praxis, RdA 1997, S. 327, 329; *von Einem*, »Abhängige Selbständigkeit«, BB 1994, S. 60 ff.

Daß dieser Abgang aus der Sozialversicherung sachgerecht sein könnte, kommt niemandem in den Sinn.

Für eine freiheitliche Privatrechtsordnung ist solche Umverteilung kein brauchbarer Anknüpfungspunkt. Zwar mehren sich kollektivistische Stimmen, die die Vertragschancen auf dem Arbeitsmarkt durch Höchstarbeitsbedingungen begrenzen wollen – man denke nur an die Umverteilung der vorhandenen Arbeit – und so ließe sich auch der Wettbewerbsvorsprung der selbständigen Dienstleister beseitigen, der darin liegt, daß ihr Auftraggeber keine arbeitsrechtlichen Folgen fürchten muß. Dementsprechend könnte man das Ein-Mann-Unternehmen zum Arbeitnehmer machen, nur damit dieser nicht als Selbständiger »Sozialdumping« betreiben kann – zum Schutz der konkurrierenden Arbeitnehmer, zum Schutz vor allem aber des kollektiven Systems, das durch solche Außenseiterkonkurrenz nachhaltig in Frage gestellt wird. Ich bin mir nicht sicher, daß der Wunsch, kleine Ein-Mann-Unternehmen dem Arbeitsrecht zu unterstellen, nicht bei manchen auch von dieser Überlegung mitgetragen wird – nach der Devise *Kittners*: »Die fehlende ›Gemeinverträglichkeit des Interessenausgleichs‹ legitimiert und erfordert nach wie vor (und . . . mehr denn je) Eingriffe in den individuellen Arbeitsvertrag.«<sup>25</sup> Mit einem freiheitlichen Privatrecht, das als Zuständigkeitsordnung die Entscheidung eigener Angelegenheiten in die Hände des Individuums legt<sup>26</sup> ist das nicht nur nicht vereinbar<sup>27</sup> – es pervertiert<sup>28</sup> den Grundgedanken der Privatrechtsordnung und verstößt gegen die Vertragsfreiheit – die allein dem Individuum zukommt und in der er nicht zum bloßen Mittel von Gemeinschaftszwecken verkommen darf<sup>29</sup>.

---

25 FS Kissel (1994), S. 499; jetzt wieder *Oppolzer*, Individuelle Freiheit und kollektive Sicherheit im Arbeitsrecht, AuR 1998, S. 45 ff.

26 *Fritz von Hippel*, Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie (1936), S. 130 ff.; *Schmidt-Rimpler*, Grundfragen der Erneuerung des Vertragsrechts, AcP 147 (1941), S. 130 ff.; s. auch *Canaris*, Verfassungs- und europarechtliche Aspekte der Vertragsfreiheit in der Privatrechtsgesellschaft, FS Lerche (1993), S. 873, 886; *Rittner*, Über das Verhältnis von Vertrag und Wettbewerb, AcP 188 (1988), S. 101 ff.; *ders.*, Über den Vorrang des Privatrechts, FS Müller-Freienfels (1986), S. 509 ff.

27 *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb (Fn. 17), Rn. 832 ff.; ganz ähnlich *A. Junker*, Individualwille, Kollektivgewalt und Staatsintervention im Arbeitsrecht, NZA 1997, S. 1305 ff.; *Fastrich*, Grenzen der Vertragsfreiheit im Arbeitsrecht – Zwischen Arbeitnehmerschutz und Mündigkeitsgedanken, in: *Adomeit/Florek/Kollonay-Lebozky*, Das Arbeitsrecht im Übergang vom Sozialismus zur Marktwirtschaft (1996), S. 165 ff. Instruktiv auch die Diskussion um das Bild vom (unmündigen) Verbraucher: einerseits *Dreher*, Der Verbraucher – Das Phantom in den opera des europäischen und deutschen Rechts? JZ 1997, S. 167 ff.; andererseits *Kappus*, Verbraucherschutz am Nadelöhr, NJW 1997, S. 2653 f.

28 Vgl. *Fritz von Hippel*, Die Perversion von Rechtsordnungen (1955).

29 *Hesse*, Verfassungsrecht und Privatrecht (1988), S. 35.

### 3. Arbeitnehmerbegriff in anderem Rechtszusammenhang

Vollends unmaßgeblich ist das *Steuerrecht*<sup>30</sup>: Ob die Einkommensteuer als Quellensteuer im Lohnsteuerverfahren eingezogen werden soll, hat mit dem Arbeitnehmerschutz nichts zu tun, sondern setzt nur die Zugriffsmöglichkeit des Arbeitgebers voraus. Auch die Abzugsfähigkeit berufsbezogener Aufwendungen als Betriebsausgaben oder Werbungskosten gibt keinen Anhaltspunkt. Ebensowenig kann der Wunsch der Gemeinden nach Gewerbesteuer oder der des Betroffenen umsatzsteuerpflichtig und damit vorsteuerabzugsberechtigt zu sein, für die Qualifikation als Selbständiger sorgen.

Mit Blick auf ausländische »Scheinselbständige« ist zudem an internationalrechtliche Arbeitnehmerbegriffe zu denken, sei es der des EGV (weil Freizügigkeit nur Arbeitnehmern zukommt, wogegen Selbständige auf Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit verwiesen sind)<sup>31</sup>, sei es der des Art. 30 EGBGB i. V. m. Art. 6 EVÜ<sup>32</sup>. Dem kann hier nicht weiter nachgegangen werden, weil die zu lösende Aufgabe zuerst besteht, Systemkohärenz im Deutschen Recht herzustellen. Ergänzend ist darauf hinzuweisen, daß derjenige, der aus dem Recht der EU einen Arbeitnehmerbegriff ableiten will, sich – wie im deutschen Recht – darüber klar werden muß, daß jede Ausweitung des Arbeitnehmerbegriffes die für Selbständige geltende Wettbewerbsordnung des EGV zurückdrängt (unten IV 3).

### III. Wirtschaftliche Abhängigkeit und Unternehmerrisiken

Wanks Konzept stellt auf eine Bewertung unternehmerischer Risiken und Chancen »am Markt« ab. Neben den hinreichend schwierigen Rechtsfragen – wer ist Unternehmer? welchen Risiken müssen welche Chancen gegenüberstehen? – hat diese Sicht vor allem eine ökonomische Dimension: Wer nach Marktchancen und -risiken fragt, argumentiert ökonomisch – muß also einmal über die vorgefundene wirtschaftliche Lage, auf die er rechtlich reagieren will, Rechenschaft abgeben – muß aber ebenso die ökonomischen, insbesondere beschäftigungspolitischen Folgen seines Tuns bedenken.

---

30 Zwischen Steuer- und Arbeitsrecht vergleichend *Heinze*, Zum Merkmal der Selbständigkeit, Gedächtnisschrift für Knobbe-Keuk (1997), S. 849 ff.

31 Siehe für den europäischen Arbeitnehmerbegriff einerseits die bei RGRK/*Schliemann*, § 611 Rn. 973 wiedergegebene Rechtsprechung sowie *Wank*, Forschungsbericht (Fn. 1), S. 32 ff.; andererseits hat die Richtlinie 77/187/EWG keinen eigenen Arbeitnehmerbegriff, sondern baut auf dem nationalen auf, EuGH 11. 7. 1985 – 105/84 [Mikkelsen] – EuGHE 1985, S. 2639 mit dem Leitsatz 2: »Der Begriff 'Arbeitnehmer' im Sinne der Richtlinie 77/187/EWG ist so zu verstehen, daß er alle Personen erfasst, die in dem betreffenden Mitgliedstaat als Arbeitnehmer aufgrund der nationalen arbeitsrechtlichen Vorschriften geschützt sind. Es ist Sache des nationalen Gerichts festzustellen, ob dies im konkreten Fall zutrifft.«

32 Dazu *Mankowski*, Ausländische Scheinselbständige und Internationales Privatrecht, BB 1997, S. 465.

Diese Fragen sind zu komplex, um ihr hier in allen Facetten nachgehen zu können. Ich will mich auf fünf zentrale Punkte beschränken:

*Erstens: Die menschliche Arbeitsleistung ist zuerst Dienstleistung und damit eine gegen Geld tauschbare Leistung.* Es gibt keinen grundlegenden ökonomischen Unterschied zwischen abhängiger und selbständiger Arbeit. In den Worten *Walter Euckens*: »Der Arbeiter verkauft sich nicht als Person, er verkauft seine Leistung.«<sup>33</sup>

Auch dem Arbeitsrechtler müßte das einleuchten, wenn er das Tarifsystem unter Einschluß des Arbeitskampfes betrachtet: Dessen Zweck ist ein liberal-kapitalistischer: Durch Gegenmachtbildung sollen die Arbeitnehmer ihre individuelle Schwäche überwinden und gegenüber den Unternehmern ebenbürtig agieren können. In den Worten *Lujo Brentanos*: »Durch die Koalition bekommt der Arbeiter eine Kontrolle über die Ware auf dem Markte; durch sie wird ihm möglich, seine Ware mit Vorbehalt anzubieten und bei Feststellung ihrer Verkaufsbedingungen mitzusprechen; durch sie also erhält er die Unabhängigkeit anderer Verkäufer.«<sup>34</sup> Insofern verweise ich auf die umfassenden Untersuchungen *Pickers*<sup>35</sup>.

*Zweitens: Ökonomisch ist auch der Arbeitnehmer Unternehmer – nämlich eine zu Erwerbszwecken produzierende Einheit.* Gegenständlich läßt sich nur die Dienstleistung von der Warenproduktion abgrenzen, nicht aber die abhängige von der selbständigen Dienstleistung. Gegenbild zum Unternehmer als produzierende Einheit ist nun der Verbraucher als für private Zwecke konsumierende Einheit. Deshalb ist der Arbeitnehmerbegriff rechtlich ungleich schwieriger zu fassen als der Verbraucherbegriff<sup>36</sup>.

Gerade daß der Arbeitnehmer ökonomisch Unternehmer ist, hat die Diskussion ausgelöst, ob nicht der Arbeitsmarkt mehr Markt verträgt – ob man also nicht das Arbeitsrecht zurückdrängen und dem autonomen Vertrag und dem Wettbewerb mehr Raum lassen soll – weil das Arbeitsrecht als Ordnungsrahmen des Arbeitsmarktes nicht »funktioniere.«<sup>37</sup> Insofern ist es bezeichnend, daß die Diskussion um den Arbeitneh-

---

33 *Eucken*, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 6. Aufl. (1990), S. 322.

34 Das Arbeitsverhältnis gemäß dem heutigen Recht (1877), S. 216.

35 Die Regelung der »Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen« – Vertragsprinzip oder Kampfprinzip, ZfA 1986, S. 199, 253, 302 f., 324 ff.; *ders.*, Die Tarifautonomie in der deutschen Arbeitsverfassung, in: *Walter-Raymond-Stiftung* (Hrsg.), Tarifautonomie – Informationsgesellschaft – globale Wirtschaft (1997), S. 113 ff.; vgl. auch *Ramm*, Der Arbeitskampf und die Gesellschaftsordnung des Grundgesetzes (1965); *Blanke*, Die Entdeckung des Arbeitsrechts durch die Gewerkschaften, AuR 1994, S. 113.

36 Vgl. etwa *Preis*, Der persönliche Anwendungsbereich der Sonderprivatrechte, ZHR 158 (1994), S. 567 ff.

37 *Keuchel*, Kann der Arbeitsmarkt dem Wettbewerb unterworfen werden? (1989); *Möschel*, Tarifautonomie – ein überholtes Ordnungsmodell? WuW 1995, S. 704; *Kronberger Kreis*, Mehr Markt im Arbeitsrecht (1986); *Deregulierungskommission*, Marktöffnung und Wettbewerb (1991), Kapitel 8: Der Arbeitsmarkt, S. 133 ff.; *Monopolkommission*, 10. Hauptgutachten 1992/1993: Mehr

merbegriff diese Gegenströmung weithin ignoriert. Nur vordergründig läßt sich sagen, daß es dort um den Tarifvertrag im kollektiven Arbeitsrecht und hier um den individualarbeitsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff, mithin um Grundverschiedenes geht. In Wahrheit geht es stets um dieselbe Frage: Wieviel Schutz braucht der Arbeitnehmer und wieviel Schutz verträgt der Arbeitsmarkt? Deshalb ist es dringend erforderlich, für die Reichweite des Arbeitnehmerbegriffes seine beschäftigungspolitischen Folgen abzuschätzen<sup>38</sup>.

Dabei geht es mir weniger um denjenigen Arbeitgeber, dem das Arbeitsrecht die Ausgliederung einzelner Arbeitnehmer zu Selbständigen verbietet, und der hierauf keineswegs mit Rechtsgehorsam antworten muß, sondern mit verstärkter Rationalisierung oder mit einer Fremdvergabe an Unternehmen statt an die bisherigen Mitarbeiter antworten kann. Vielmehr geht es um die *neue Selbständigkeit als Weg aus der Arbeitslosigkeit*: Weil die Arbeitsmarktchancen nämlich so schlecht sind, wagen signifikant mehr und mehr Erwerbslose den Schritt in die erste Selbständigkeit<sup>39</sup>, gerade auch in den neuen Ländern<sup>40</sup>. Die Ökonomen sprechen von der Push-Hypothese: Arbeitslosigkeit löst Selbständigkeit aus. Die neue Selbständigkeit ist also auch krisenbedingt – eine Existenzgründung aus der Not. Wer nun den ersten Auftraggeber rechtlich damit bedroht, daß er so womöglich keinen Subunternehmer, sondern einen Arbeitnehmer gewinnt, verschlechtert diese Erwerbschancen, schafft einen Abschreckungsfaktor. Insofern kehrt das allgemeine Insider-Outsider-Problem<sup>41</sup> wieder: Je weiter der Arbeitnehmerbegriff an den Rändern ausgedehnt wird, um so stärker wird der Dienstleistungsmarkt für Existenzgründer abgeschottet.

Zwar will auch *Wank* der Verselbständigung nicht im Wege stehen und belastet deshalb seinen Arbeitnehmerbegriff mit einem kaum brauchbaren Prognoseelement: Es müsse gefragt werden, ob die Erwerbstätigkeit auf künftige Selbständigkeit angelegt

---

Wettbewerb auf allen Märkten (1994), Nr. 880 ff.; umfassend Rieble, Arbeitsmarkt und Wettbewerb (1996).

38 Allgemein Preis, Beschäftigungsförderung durch Arbeitsrecht? (1997, Hagener Universitätsreden, 26).

39 Etwa: Lechner/Pfeiffer, Der Weg in die selbständige Erwerbstätigkeit am Beginn der Marktwirtschaft, in: ZEW Wirtschaftsanalysen (1993), Heft 1, S. 45 ff.; Pfeiffer, Selbständige und abhängige Erwerbstätigkeit (1994); Bögenhold/Staber, Selbständigkeit als ein Reflex auf Arbeitslosigkeit? Kölner Zeitschrift für Soziologie 1990, S. 265 ff.; Pfeiffer, Immer mehr Selbständige bei hoher Arbeitslosigkeit, EU-Magazin 12/1997, S. 32 ff.; Höland, Typik und Atypik von Erwerbsarbeit – Theoretische und vergleichende Aspekte, in: Neue Formen und Bedingungen der Erwerbsarbeit in Europa (1994, Schriftenreihe des Zentrums für Europäische Rechtspolitik an der Universität Bremen, Bd. 19), S. 5 ff., 25 ff., 32 ff.

40 Vgl. dazu die gemeinsame Studie von ZEW und IAB »Selbständige Erwerbstätigkeit, Arbeitslosigkeit und Unternehmensgründungen«, angekündigt in den ZEW-news 12/97, 1/98, noch nicht erschienen.

41 Etwa Franz, Arbeitsmarktökonomik, 2. Aufl. (1994), S. 288.

ist<sup>42</sup>. Diese Prognose wird in der arbeitsgerichtlichen Praxis auf etwas ganz anderes hinauslaufen: Die »Gewinner« dürfen selbständig sein und bleiben; die Verlierer hingegen, die den Schritt in die erfolgreiche Selbständigkeit nicht schaffen, erhalten zum Trost und zum Ausgleich den Arbeitnehmerschutz. Damit fallen wiederum Chance und Risiko auseinander – nur umgekehrt: Der Auftraggeber trägt allein das Risiko, der Auftragnehmer hat die Chance.

Unberücksichtigt bleibt in der Diskussion schließlich, daß sich die abhängige Arbeit in der Arbeitswelt wandelt – Stichwort: Ende des Normalarbeitsverhältnisses<sup>43</sup>. Der klassische Fabrikarbeiter mit einem lebenslangen Vollzeitverhältnis, an dem unser Arbeitsrecht historisch gewachsen ist, schwindet. Daraus darf man aber nicht mit *Hanau* folgern, daß das Arbeitsrecht sich nicht – in seinem Geltungsanspruch wie in seiner Schutzintensität – zurückzunehmen brauche, mit dem Argument: »denn es ändert sich zwar der Betrieb, aber nicht der Mensch«<sup>44</sup>. Je selbständiger der Arbeitnehmer seine Arbeit leistet, je weniger er Weisungen ausgesetzt ist und je mehr er selbst entscheidet, je öfter er seinen Arbeitsplatz wechselt, je öfter er mehreren Teilzeit-Beschäftigungen statt einer Vollzeitarbeit nachgeht, desto weniger schutzbedürftig ist er auch im Verhältnis zu seinem Arbeitgeber. Das Arbeitsrecht gerät bei sturem Festhalten am bisherigen Schutzniveau in Gefahr, vom Schutz vor Unfreiheit in eine bevorzogene Beschränkung individueller Freiheit umzuschlagen.

*Drittens: Es gibt keinen qualitativen Unterschied zwischen »sozialer« und »wirtschaftlicher« Abhängigkeit und Schutzbedürftigkeit.* Die von *Wank* aufgeworfene Frage, ob der Dienstleister »wie ein Unternehmen am Markt auftritt« geht ins Leere. Der Arbeitnehmer tritt *als* Unternehmer am Markt auf. *Wank* hat vielmehr ein Leitbild des »nachhaltig Selbständigen« vor Augen – Kapital, Betriebsorganisation, eigene Arbeitskräfte –, das er normativ nicht belegen kann.

Die Ausstattung des Unternehmers mit eigenem Kapital, eigener Unternehmensorganisation, insbesondere Betriebsstätte<sup>45</sup> und eigenen Arbeitskräften, mit denen der »neue« Arbeitnehmerbegriff arbeitet, sind nur begrenzt aussagekräftig. Man muß sich schon vor jedem Rückfall in den marxistischen Gegensatz von Kapital und Arbeit hüten. Vor allem aber kann Leitbild nicht der wirtschaftlich unabhängige – also nachhaltig erfolgreiche – Unternehmer sein. Unternehmen sind in ihrer Ausstattung heute vielfältig abhängig von Banken, Betriebsmittelgebern etc.

---

42 Forschungsbericht (Fn. 1), S. 118 f.

43 Siehe die Beiträge in *Gangler*, Werner (Hrsg.), *Auflösung des Normalarbeitsverhältnisses?* (1988); *Plander*, *Flucht aus dem Normalarbeitsverhältnis: An den Betriebs- und Personalräten vorbei?* (1990); *Zachert*, *Die Sicherung und Gestaltung des Normalarbeitsverhältnisses durch Tarifvertrag* (1989).

44 *Perspektiven des Arbeitsrechts*, FS Kehrman (1997), S. 27.

45 Vgl. noch LAG Berlin 4. 1. 1994 – 9 Ta 25/93 – LAGE § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 26, für einen Techniker mit eigener Betriebsstätte.

So besteht – was die Ausstattung betrifft – kein Unterschied zwischen dem Ein-Mann-Spediteur, der seinen LKW kreditfinanziert kauft und der Bank zur Sicherheit übereignet hat, und demjenigen, der von seinem bisherigen Arbeitgeber ausgegliedert worden ist und dem der LKW von diesem im Wege des Leasing gestellt wird. Umgekehrt kann auch der Außendienstler mit eigenem Fahrzeug Arbeitnehmer sein<sup>46</sup> oder der Ein-Mann-Spediteur mit eigenem LKW<sup>47</sup>. Auch bleibt die wachsende Bedeutung des *Humankapitals* außer Betracht<sup>48</sup>. Dem Weg zur Informations- und Wissensgesellschaft entspricht es, daß die Marktchancen der Dienstleistung mehr und mehr vom individuellen Wissen und Können bestimmt wird. *Wank* müßte deshalb zusätzlich nach dem individuellen Know-How des Dienstleisters fragen. Hierzu paßt, daß das BAG seinen Arbeitnehmerbegriff für Rundfunkmitarbeiter dahin geändert hat, daß die Abhängigkeit *von Apparat und Team des Senders* für sich genommen keine Arbeitnehmer-Eigenschaft begründet, es vielmehr auf die journalistisch-schöpferische Prägung der Tätigkeit ankomme<sup>49</sup>.

Richtig ist nur, daß derjenige, der selbst Arbeitnehmer beschäftigt, Arbeitgeber ist und in dieser Funktion grundsätzlich nicht zugleich Arbeitnehmer sein *soll* – um einen Rollenzwiespalt zu vermeiden. Zwingend ist das nicht – wie die Zwischenmeister und das mittelbare Arbeitsverhältnis zeigen<sup>50</sup>. Das bestätigt auch die neuere Zeitungszusteller-Rechtsprechung des BAG: Zwar sollen diese grundsätzlich Arbeitnehmer sein – aber dann nicht, wenn das Arbeitsvolumen nur unter Heranziehung weiterer Hilfszusteller als Mitarbeiter bewältigt werden kann<sup>51</sup>. Das heißt: Nicht nur der Hauptzusteller verliere seinen Arbeitnehmerschutz, weil er nun Arbeitgeber ist; auch seinen Hilfszustellern ist mit ihm als Arbeitgeber wenig geholfen.

Damit ist zugleich auf die Gefahr der *Uferlosigkeit* des neuen Maßstabes hinzuweisen: Die Fokussierung auf die wirtschaftliche Abhängigkeit läßt sich nicht auf ein Zwei-Personen-Vertragsverhältnis begrenzen. Am Beispiel: Setzt sich *Wank* durch,

---

46 Vgl. *Rommé*, Unternehmerrisiko, ZfA 1997, S. 251 ff., 266.

47 LAG Düsseldorf 4. 9. 1996 – 12 (6) (5) Sa 909/96 – LAGE § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 33 = BB 1997, S. 891 (gegen *Wank*); jetzt auch BAG 19. 11. 1997 – 5 AZR 653/96 – EzA § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 63 = SAE 1998, S. 164 mit Anm. *Misera* = NZA 1998, S. 364 = ZIP 1998, S. 612.

48 Statt vieler *Buttler/Tessaring*, Humankapital als Standortfaktor, MittAB 1993, S. 467 ff.; *Bosch*, Ökonomische Entwicklung – Arbeitsmarkt, in: Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen (Hrsg.), Zukunft des Sozialstaates (1994), S. 253 ff.; vgl. auch *Linnenkohl*, Die Virtualisierung der Arbeitsbeziehungen, BB 1998, S. 45, 49 f.

49 BAG 30. 11. 1994 – 5 AZR 704/93 – EzA § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 55 mit Anm. *Rüthers/Beninca* = AP Nr. 74 zu § 611 BGB Abhängigkeit = NZA 1995, S. 622; vgl. *Bezani*, Der arbeitsrechtliche Status von Rundfunk- und Fernsehmitarbeitern, NZA 1997, S. 856.

50 Auch dazu *Rommé* (Fn. 46), ZfA 1997, S. 268.

51 BAG 16. 7. 1997 – 5 AZR 312/96 – EzA § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 61 = AP Nr. 4 zu § 611 BGB Zeitungsträger (demnächst) = DB 1997, S. 2437.

so liegt der nächste Schritt ausgliederungswilliger Arbeitgeber auf der Hand: Sie werden ihre Arbeitnehmer dazu veranlassen, nicht als Ein-Personen-Subunternehmen aufzutreten, sondern am besten zu mehreren eine Subunternehmer-GmbH zu gründen, als deren Gesellschafter-Geschäftsführer sie gleichberechtigt agieren. Folge ist zunächst: Die GmbH kann als juristische Person nicht Arbeitnehmer sein; ihre Gesellschafter-Geschäftsführer ebensowenig<sup>52</sup>. An der wirtschaftlichen Abhängigkeit ändert das jedoch nichts. Wohin das führen kann, zeigt eine LAG-Entscheidung, die den Geschäftsführer einer GmbH wegen der Abhängigkeit von der Muttergesellschaft, die die GmbH wie eine unselbständige Betriebsabteilung führt, als möglichen Arbeitnehmer ansieht<sup>53</sup>. Das ist eine augenscheinliche Parallele zur qualifiziert-faktischen GmbH-Konzernierung<sup>54</sup> mit einer neuen Rechtsfolge: Von der Konzernhaftung zum Konzernarbeitnehmerbegriff. In äußerster Konsequenz müßte aus der wirtschaftlichen Abhängigkeit der Mitarbeiter in ihrer GmbH vom Auftraggeber der GmbH ein mittelbares Arbeitsverhältnis zu diesem folgen.

*Viertens: Die Lebens- und Wirtschaftsrisiken, vor denen das Arbeitsrecht bewahren will, treffen auch den selbständigen Unternehmer.* Das hat Rommé jüngst in der ZfA dargelegt<sup>55</sup>; dem ist nichts hinzuzufügen. Die Lebens- und Wirtschaftsrisiken treffen den Arbeitnehmer nur in einem anderen Maß. Es geht nicht um eine qualitative Scheidung, sondern um eine quantitative Bewertung der den Dienstleister treffenden Risiken und der ihnen gegenüberstehenden Chancen. Der Arbeitnehmerbegriff ist also *ein grauelles Problem*.

Der »Markt«-Vergleich hilft auch insofern nicht weiter: Denn auch Unternehmen sind aufgrund des »Marktes« weitreichenden Abhängigkeitslagen ausgesetzt. Der individuellen Verselbständigung des Arbeitnehmers einerseits entspricht die zunehmende Abhängigkeit der Unternehmen in einer vernetzten Wirtschaft andererseits. Wirtschaftlich ist auch der kleine Zulieferbetrieb, der nur an einen einzigen Automobilhersteller »just-in-time« nach dessen Produktions- und Zeitvorgaben leisten muß, extrem abhängig. Dasselbe gilt für den auch unter dem neuen Arbeitnehmerbegriff selbständigen Vertriebsagenten, der umfangreiche und intensiv in seine Betriebsführung eingreifende Vorgaben des Vertriebssystems beachten muß. Soll etwa im hierarchischen Sub-

---

52 Siehe BAG 10. 4. 1991 – 4 AZR 467/90 = EzA § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 39 = AP Nr. 54 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

53 LAG Frankfurt 23. 11. 1995 – 3 Ta 95/95 – LAGE § 2 ArbGG 1979 Nr. 20; s. aber auch LAG Niedersachsen 23. 1. 1995 – 3 Ta 159/94 – LAGE § 48 ArbGG 1979 Nr. 10, das die einer Mitunternehmerin einer Vorgesellschaft als Selbständige ansieht.

54 Statt vieler: BGH 25. 11. 1996 – II ZR 352/95 – ZIP 1997, S. 416 = NJW 1997, S. 943 = LM § 302 AktG Nr. 10; BAG 8. 3. 1994 – 9 AZR 197/92 – SAE 1996, S. 249 mit instruktiver Anm. Belling; Hommelhoff, Die qualifizierte faktische Unternehmensverbindung – ihre Tatbestandsmerkmale nach dem TBB-Urteil und deren rechtsdogmatisches Fundament, ZGR 1994, S. 395.

55 (Fn. 46) ZfA 1997, S. 251 ff.

ordinations-Franchising<sup>56</sup> jeder Ein-Mann-Franchise-Nehmer schon deshalb Arbeitnehmer sein, weil er keine weiteren Beschäftigten hat – wohingegen sein Kollege im selben Vertriebssystem mit mehreren Beschäftigten selbständig ist – obschon beide vom Franchisegeber in gleicher Weise abhängig sind?

Eben weil die Abhängigkeitslagen sich entsprechen, macht die Abgrenzung des Werkunternehmereinsatzes von der Arbeitnehmerüberlassung – zu der *Boemke* bereits Stellung genommen hat<sup>57</sup> – so große Schwierigkeiten. Und eben deshalb folgert das Arbeitsgericht Berlin, daß allein die umfangreiche Weisungsgebundenheit aus einem freien Versicherungsvertreter noch keinen Arbeitnehmer machen kann, weil sie aus den Besonderheiten der Versicherung als Produkt und nicht aus dem Vertragsverhältnis resultiert<sup>58</sup>. Ganz ähnlich fragt das BAG in einer neuen Entscheidung für einen Frachtführer, ob die Intensität von dessen Weisungsgebundenheit durch die HGB-Regeln des Beförderungsvertrages oder versicherungsrechtliche Obliegenheiten bedingt, also dem Vertragsverhältnis immanent ist (dann selbständig) oder ob die Betätigungsfreiheit darüber hinausgehend eingeschränkt ist (dann Arbeitnehmer)<sup>59</sup>. Und eben deshalb ist es falsch, wenn das LAG Hamburg im Vorgriff auf den sächsischen Arbeitsvertragsgesetz-Entwurf an die Stelle der Tätigkeit nach Weisung auf die »Tätigkeit nach vertraglichen Vorgaben« abstellt<sup>60</sup>.

Es kommt gerade nicht auf die äußere Abhängigkeitslage an, die Selbständige wie Unselbständige in gleicher Weise treffen kann. Es kommt vielmehr auf das individuelle Schutzbedürfnis an – also auf die Wertung, daß eine bestimmte Abhängigkeit die abhängige natürliche Person in einem derart starken Maße trifft, daß der personenbezogene Schutz durch Arbeitsrecht<sup>61</sup> erforderlich wird. Am besten wäre es, man könnte den Grad der Unselbständigkeit und der aus ihr resultierenden Schutzbedürftigkeit messen, etwa auf einer »Wank-Skala« von 0 bis 10. Dann bräuchte man nur anzugeben, ab welchem Skalenwert der Betreffende Arbeitnehmer ist. Unterhalb könnte das »bißchen« formale Selbständigkeit dann gegenüber der überwiegenden Abhängigkeit, insbesondere der Kumulation schlechter Risiken, zurücktreten und wir befänden uns im Arbeitsrecht. Ein solcher Indikator steht uns nicht zur Verfügung.

*Fünftens: Die Bewältigung ungleichgewichtiger Risikoverteilung in Verträgen ist keine primäre Aufgabe des Arbeitsrechts.* Sie ist vom Privatrecht zu lösen. Die arbeitsrecht-

---

56 Im Gegensatz zum Partnerschafts-Franchising, dazu *Martinek*, Franchising (1987), S. 246 ff. sowie *Staudinger/Martinek*, § 675 Rn. D 18 f.

57 (Fn. 2) ZfA 1998, S. 285, unter III 2 d dd.

58 ArbG Berlin 17. 2. 1997 – 5 Ca 35498/96 – VersR 1997, S. 827.

59 BAG 19. 11. 1997 (Fn. 47).

60 LAG Hamburg 20. 10. 1995 – 3 TaBV 8/94 – nicht veröffentlicht – für eine Lehrkraft.

61 Dazu *Wiese*, Der personale Gehalt des Arbeitsverhältnisses, ZfA 1996, S. 439 ff.

liche Vertragskontrolle ist ihr gegenüber nichts Besonderes<sup>62</sup>. Die Bewältigung »marktbedingter« wirtschaftlicher Abhängigkeit hingegen ist genuin Aufgabe des Wirtschaftsrechts.

#### IV. Alternative: Selbständigenschutz im Privat- und Wirtschaftsrecht

##### 1. Selbständigenschutz im Privatrecht

Arbeitsrichter und -rechtler sind geneigt, im arbeitsrechtlichen Schutzsystem das zentrale Heilmittel für Abhängigkeitslagen zu sehen. Dabei bleibt außer Betracht, daß das Privatrecht nie eine Festung ungezügelter Vertragsfreiheit war. Die weitreichende Fortentwicklung der privatrechtlichen Schutzinstrumente zwingt zur Prüfung, ob der Privatrechtsschutz der wirtschaftlichen Abhängigkeit nicht schon hinreichend Rechnung trägt. Diese Prüfung fehlt allenthalben, obschon die Ausdehnung des Arbeitnehmerbegriffes unter funktionalen Gesichtspunkten gerade die Frage stellt, ob derjenige, um dessen Arbeitnehmerstatus es geht, des arbeitsrechtlichen Schutzes vor dem Hintergrund des sonst für ihn geltenden Privatrechtsschutzes bedarf.

Ganz allgemein gilt: So wie das Privatrecht mit dem Wuchertatbestand das krasse Ungleichgewicht von Leistung und Gegenleistung unterbinden kann<sup>63</sup>, so kann es auch das Ungleichgewicht von Chancen und Risiken beanstanden – nach § 138 Abs. 1 BGB, je nach Risikozuweisung auch nach dem AGBG<sup>64</sup>. So hat schon das Reichsarbeitsgericht für einen Anzeigenwerber – dessen Arbeitnehmereigenschaft es offen gelassen hat – das einseitige Überwälzen von Geschäfts- und Unternehmensrisiken, denen keine entsprechenden Verdienstmöglichkeiten gegenüberstehen, gleich dem Hungerlohn als sittenwidrig qualifiziert<sup>65</sup>.

An einem Beispiel: Das LAG Frankfurt<sup>66</sup> hält einen in sogenannter »Bürogemeinschaft« arbeitenden Rechtsanwalt zumindest für eine arbeitnehmerähnliche Person, weil seinem vollen Unternehmerrisiko nach außen, nämlich der gesamtschuldnerischen Haftung als »Schein«-Sozius keine entsprechenden Verdienstchancen gegenüberstehen, wie sie für den selbständigen Anwalt typisch sind. Das ist wenig überzeugend: Soweit

---

62 Grundlegend zur Wertungsparallele *Preis*, Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht (Fn. 7), S. 216 ff. Die arbeitsrechtliche Vertragskontrolle reicht nur dort weiter, wo sie – wie bei der Befristungskontrolle – auf arbeitsrechtsspezifische Schutzinstrumentarien – hier: Kündigungsschutz – reagiert.

63 Für den Arbeitsvertrag zuletzt die strafrechtliche Wucherentscheidung des BGH 22. 4. 1997 – 1 StR 701/96 – BGHSt 43, 53 = EzA § 302 a StGB Nr. 1 = NJW 1997, S. 2689.

64 Etwa: BGH 10. 12. 1997 – VIII ZR 107/97 – DB 1998, S. 720 = ZIP 1998, S. 695 = NJW-RR 1998, S. 629: Kein Ausschluß für Überhangprovisionen des Handelsvertreters nach Vertragsende.

65 RAG 8. 12. 1937 – RAG 150/37 – ARS 31, 381.

66 1. 6. 1995 – 12 Ta 447/94 – NZA-RR 1996, S. 64 = AuR 1996, S. 415.

Haftungsrisiken im Innenverhältnis von dem einen Anwalt ausgehen, dann ist das bereits beim Gesamtschuldnerausgleich zu berücksichtigen. Der zumindest Arbeitnehmerähnliche trägt »nur« dessen Insolvenzrisiko. Das aber ist nicht Folge der internen Vertragsgestaltung, sondern Folge der im Interesse des Verkehrsschutzes angeordneten Rechtsscheinhaftung.

Die neue Selbständigkeit findet ganz überwiegend im Rahmen von Dienstverträgen statt. Dementsprechend schützt schon das BGB – so nimmt es dem Auftragnehmer mit § 615 BGB das Verwendungsrisiko für die Dienstleistung ab<sup>67</sup>. Am Beispiel des *Gesundheitsschutzes*: § 618 BGB gilt ohnehin nicht nur für Arbeitnehmer, sondern für jeden Dienstverpflichteten<sup>68</sup>, nach der zutreffenden Rechtsprechung des BGH auch für andere vergleichbar Schutzbedürftige<sup>69</sup>. Alles spricht deshalb dafür, die Vorschrift auf die relativ Selbständigen anzuwenden, wenn und soweit sie Gefahren aus dem Geschäftskreis ihres Geschäftsherrn (Betriebsmittel oder Waren, geregelte Vorgaben für den Geschäftsbetrieb) ausgesetzt sind und diese nicht selbst steuern können. Für Vertriebsagenten, insbesondere selbständige Handelsvertreter, ist das allgemeine Meinung<sup>70</sup>. Besondere Folge gegenüber normalen vertraglichen Schutzpflichten ist insbesondere die Unabdingbarkeit nach § 619 BGB. Deshalb ist es auch nur konsequent, daß das Beschäftigtenschutzgesetz seinen vertragsrechtlichen Schutz vor sexueller Belästigung auf arbeitnehmerähnliche Personen unter Einschluß der Heimarbeiter erstreckt, § 1 Abs. 2 Nr. 1.

Ob und inwieweit man das öffentlich-rechtliche Arbeitsschutzrecht auf Arbeitnehmerähnliche erstreckt – wie das etwa in § 1 Abs. 1 Nr. 3 JugendarbeitsschutzG<sup>71</sup> oder in § 2 Abs. 2 Nr. 3 ArbeitsschutzG<sup>72</sup> geschieht – hat mit unserer Frage wenig zu tun. Im technischen Arbeitsrecht geht es um die arbeitspolizeirechtliche Frage, ob die Gefahrenabwehr der Eigenvorsorge des Gefährdeten überlassen bleiben kann. Dementsprechend erlaubt die Verordnungsermächtigung des § 18 Abs. 1 Satz 2 Arbeits-

---

67 Siehe nur *Picker*, Betriebsstillstand und Lohngefahrtragung, Gedächtnisschrift Hofmeister (1996), S. 549 ff.; *ders.*, Fristlose Kündigung und Unmöglichkeit, Annahmeverzug und Vergütungsgefahr im Dienstvertragsrecht, JZ 1985, S. 641 ff. [Teil 1], 693 ff. [Teil 2]; vgl. auch *Rädler*, Der Mieter im »Annahmeverzug« – Zur Vorschrift des § 552 BGB, NJW 1993, S. 689 ff.

68 Dazu, daß dies gerade wegen des Arbeitsschutzes der GewO umstritten war, Staudinger/*Oetker*, § 618 Rn. 4.

69 Etwa BGH 6. 4. 1995 – VII ZR 36/94 – NJW 1995, S. 2629 = LM BGB § 632 Nr. 17. D; Übersicht bei Staudinger/*Oetker*, § 618 Rn. 101 ff. mit umfassenden Nachw.; für den Speditionswerkvertrag OLG Stuttgart 21. 12. 1983 – 1 U 114/83 – NJW 1984, S. 1904.

70 Staub/*Brüggemann* HGB, 4. Aufl. 1995 (Stand 1982), § 84 Rn. 38.

71 ...»mit sonstigen Dienstleistungen, die der Arbeitsleistung von Arbeitnehmern oder Heimarbeitern ähnlich sind«.

72 ...»arbeitnehmerähnliche Personen im Sinne des § 5 Abs. 1 des Arbeitsgerichtsgesetzes, ausgenommen die in Heimarbeit Beschäftigten und die ihnen Gleichgestellten«. Zu letzteren §§ 12 ff. HAG.

schutzG dem Verordnungsgeber auch, den zu schützenden Personenkreis auszudehnen. Hier dagegen geht es um die Frage der »Vertragsfürsorge«, die nach anderen Maßstäben zu entscheiden ist.

Hier ist kein Raum, um die Reaktionen des Vertragsrechts auf insbesondere wirtschaftliche Abhängigkeitslagen umfassend dazustellen. Ich will mich auf wenige aus der Sicht des Arbeitsrechts beachtenswerte Punkte beschränken:

Bemerkenswert sind die Ansätze, um zu einer *Haftungsbeschränkung* zugunsten des wirtschaftlich abhängigen Selbständigen zu gelangen. In deutlicher und ausgesprochener Parallele zur Außenhaftung des Arbeitnehmers<sup>73</sup> erstreckt der BGH im Wege des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte die Haftungsbeschränkungen zwischen dem Speditionsunternehmen und seinem Auftraggeber auf den arbeitnehmerähnlichen Subunternehmer, den Ein-Mann-Spediteur. Sein zentrales Argument lautet: »Nicht nur der Arbeitnehmer, sondern auch der wirtschaftlich – wenn auch nicht in gleicher Weise wie der Arbeitnehmer – abhängige (Unter-)Frachtführer als Erfüllungsgehilfe verdient in der Regel ebensoviel Schutz wie der Spediteur.«<sup>74</sup> Daß die Ausübung wirtschaftlicher Macht zu einer entsprechenden Haftungsverantwortung führt, ist auch kein Spezifikum gerade des Arbeitsrechts. Das Gegenteil belegt die Konzernhaftung – insbesondere im qualifiziert faktischen GmbH-Konzern<sup>75</sup>. Dementsprechend läßt sich eine Verallgemeinerung der beschränkten Arbeitnehmerhaftung denken.

In *Vertriebssystemen*<sup>76</sup> erfährt der selbständige Handelsvertreter durch die §§ 84 ff. HGB weitreichenden Schutz. Dabei ist besonders zu beachten, daß der Gesetzgeber erst mit der Handelsvertreternovelle 1990 den Schutz der Handelsvertreter verstärkt hat – insbesondere durch weithin zwingende Ausgestaltung des Vertragsrechts<sup>77</sup>. Dieser Selbständigenschutz reagiert gerade auf die aus der Eingliederung des Absatzmittlers in das Vertriebssystem des Geschäftsherrn folgende wirtschaftliche Abhängigkeit. Wer also aus wirtschaftlich abhängigen, insbesondere Ein-Firmen-Vertretern de lege

---

73 BGH 19. 9. 1989 – VI ZR 349/88 – BGHZ 108, 305 und 21. 12. 1993 – VI ZR 103/93 – EzA § 611 Gefahrgeneigte Arbeit Nr. 27 = NJW 1994, S. 852.

74 BGH 6. 7. 1995 – I ZR 123/93 – BGHZ 130, 223, 229 = NJW 1995, S. 2991; vgl. aber BGH 20. 1. 1998 – VI ZR 311/96 – VersR 1998, S. 582 = BB 1998, S. 748, für die Haftungsbefreiung nach §§ 636, 637 RVO [jetzt: §§ 104, 105 SGB VII].

75 Oben Fn. 54.

76 Hierzu aus arbeitsrechtlicher Sicht: *Hopt*, Die Selbständigkeit von Handelsvertretern und anderen Vertriebspersonen – Handels- und arbeitsrechtliche Dogmatik und Vertragsgestaltung, DB 1998, S. 863; *Horn/Henssler*, Der Vertriebsfranchisenehmer als selbständiger Unternehmer, ZIP 1998, S. 589; jetzt in Parallele zur Eismann-Entscheidung des BAG (Fn. 3) BGH 4. 3. 1998 – VIII ZB 25/97 – ZIP 1998, S. 863 = NJW 1998, S. 2057.

77 Zur Novelle etwa *Küstner/von Manteuffel*, Die Änderungen des Handelsvertreterrechts aufgrund der EG-Harmonisierungsrichtlinie 18. 12. 1986, BB 1990, S. 291; *Ankele*, Das deutsche Handelsvertreterrecht nach der Umsetzung der EG-Richtlinie, DB 1989, S. 2211.

lata Arbeitnehmer machen will, muß sich gegen diese eindeutige gesetzgeberische Entscheidung behaupten.

Schutz bei – und nicht vor – Vertragsbeendigung gewährt einmal der Mindestkündigungsfristenschutz des § 89 HGB, der vertraglich nur erweitert werden kann, wobei nach dem Vorbild des § 622 Abs. 6 BGB dem Vertreter keine einseitig längere Kündigungsfrist auferlegt werden darf. Für die fristlose Kündigung gelten mit § 89 a HGB scharfe Maßstäbe<sup>78</sup>. Zentral für den Schutz bei Vertragsbeendigung ist der unabdingbare Ausgleichsanspruch des § 89 b HGB. Überdies schützt der Gesetzgeber den selbständigen Handelsvertreter vor übermäßigen nachvertraglichen Wettbewerbsverboten<sup>79</sup>, § 90 a HGB verlangt insbesondere eine Karenzentschädigung<sup>80</sup> – in Anlehnung an den Schutz der Arbeitnehmer nach §§ 74 ff. HGB.

Daß dieser Handelsvertreterenschutz im Wege der *Analogie auf andere Vertriebsysteme* zu erstrecken ist, ist weithin anerkannt. So hat der BGH den Ausgleichsanspruch auf Vertragshändler erstreckt<sup>81</sup>, wie jüngst den Tankstellenhalter – und dabei die Grundlage für den Ausgleichsanspruch umfassend erweitert: über die werbende Tätigkeit hinaus auf verwaltende Maßnahmen wie Lagerhaltung, Auslieferung und Inkasso<sup>82</sup>. Das wird auch für andere Vertriebsagenten wie den Franchise-Nehmer von der überwiegenden Meinung gefordert, weil sie intensiver noch als der Vertragshändler in die Vertriebsorganisation eingegliedert sind<sup>83</sup>. Entsprechendes gilt für die übrigen Schutzvorschriften, insbesondere für die Beschränkung nachvertraglicher Wettbewerbsverbote<sup>84</sup>.

Zudem bemüht sich der BGH intensiv, durch ergänzende Vertragspflichten der wirtschaftlichen Abhängigkeit von Absatzmittlern gerecht zu werden. Das Privatrecht

---

78 Dazu KG 21. 11. 1997 – 5 U 5398/97 – BB 1998, S. 607, das § 89 a HGB auf den Franchise-Vertrag analog anwendet.

79 Dazu BGH 25. 9. 1990 – KVR 2/89 »Pauschalreisen-Vermittlung« – BGHZ 112, 218 = WuW/E BGH 2668 = LM § 18 GWB Nr. 15; *Baumbach/Hopt*, HGB 29. Aufl. (1995), § 86 Rn. 26 ff. § 90 a Rn. 9; *Köhler*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote für Absatzmittler: Zivilrechtliche und kartellrechtliche Schranken, FS Rittner (1991), S. 265 ff.

80 Dazu etwa BGH 12. 11. 1986 – 1 ZR 209/84 – LM Nr. 8 zu § 90 a HGB = DB 1987, S. 1039.

81 BGH ständig, etwa BGH 26. 11. 1984 – VIII ZR 214/83 – BGHZ 93, 29, 59 = NJW 1985, S. 623.

82 BGH 6. 8. 1997 – VIII ZR 150/96 »BP I« – NJW 1998, S. 66 = LM HGB § 89 b Nr. 114 = ZIP 1997, S. 1832; hierzu kritisch *Rittner*, Der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters und die jüngste BGH-Rechtsprechung, DB 1998, S. 457 ff.

83 Etwa *Bodewig*, Der Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers nach Beendigung des Vertragsverhältnisses, BB 1997, S. 637; *Matthießen*, Arbeits- und handelsvertreterrechtliche Ansätze eines Franchisenehmerschutzes, ZIP 1988, S. 1089; weitere Nachw. bei *Staudinger/Martinek*, § 675 Rn. D 78 ff.

84 Für § 90 a HGB *Staudinger/Martinek*, § 675 Rn. D 87.

kann so – anders als das Arbeitsrecht – den »relativ Selbständigen« vor Beeinträchtigungen in seiner Selbständigkeit schützen. Je enger insbesondere der Absatzmittler an seinen Hersteller gebunden ist, insbesondere bei Ausschließlichkeitsbindungen, desto intensiver werden die aus dem Vertrag abgeleiteten Rücksichtnahmepflichten des Herstellers. Wie die Entscheidungen des BGH zur Benetton-Schockwerbung zeigen<sup>85</sup>, muß der Hersteller bei seiner Marktbetätigung auf die Interessen der an ihn gebundenen Händler Rücksicht nehmen. Das quasi-deliktische UWG-Verbot unlauterer Werbung wird zur vertraglichen Nebenpflicht gegenüber den Absatzmittlern. Im konkreten Fall führte die unzulässige Schockwerbung von Benetton nur deshalb nicht zu einem Schadensersatzanspruch der Händler aus pVV, weil die Schockwerbung neuartig war und Benetton das Risiko ihrer Unlauterkeit eingehen durfte.

Ein Beispiel: Damit nicht der Franchise-Nehmer nach Vertragsbeendigung auf dem restlichen Warenbestand »sitzen bleibt«, spricht ihm der BGH aus nachvertraglicher Treuepflicht einen Anspruch auf Rückkauf zu und nimmt ihm so das Verwertungsrisiko ab. AGB-rechtlich wird die Rücknahmepflicht unabdingbar, wenn der Absatzmittler die Waren nach Vertragsbeendigung nicht mehr vertreiben darf, so daß sie für ihn wertlos sind<sup>86</sup>.

Das Privatrecht trägt überdies den Risiken einer gewünschten Verselbständigung Rechnung: Das Verbraucherkreditgesetz ist auf Existenzgründer anwendbar, weil erst die bereits ausgeübte gewerbliche oder selbständige berufliche Tätigkeit den Verbraucherstatus im Sinne dieses Gesetzes beendet (§ 1 Abs. 1 VerbrKrG »es sei denn«). Da der BGH die Ausnahmenvorschrift für Existenzgründungskredite in § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerbrKrG mit Recht für nicht analogiefähig hält, fallen Vertriebssysteme, die den Absatzmittler in der Gründungsphase zum wiederkehrenden Warenbezug verpflichten, unter das Verbraucherkreditgesetz; das schützt insbesondere Franchise-Nehmer<sup>87</sup>.

## 2. Schutz arbeitnehmerähnlicher Personen

Der neue Arbeitnehmerbegriff ignoriert, daß arbeitnehmerähnliche Personen wegen ihrer wirtschaftlichen Abhängigkeit – im Unterschied zur persönlichen – bereits weitreichenden Schutz erfahren. Daß es diesen Typus und seinen Schutz gibt, hindert nach

---

85 Vom 23. 7. 1997 – VIII ZR 130/96 – BGHZ 136, 295 = NJW 1997, S. 3304; zuvor schon BGH 26. 11. 1984 – VIII ZR 214/83 – BGHZ 93, 29 = NJW 1985, S. 623; dazu *Escher*, Rechtliche Aspekte franchiseähnlicher Vertriebssysteme, BB 1998, S. 1269 ff.

86 BGH 23. 11. 1994 – VIII ZR 254/93 – BGHZ 128, 67, 70 = NJW 1995, S. 524 für Vertragshändler und 5. 11. 1997 – VIII ZR 351/96 – ZIP 1998, S. 62 = NJW 1998, S. 540 = JZ 1998, S. 464 mit Anm. *Bülow* für Franchise-Nehmer.

87 BGH 14. 12. 1994 – VIII ZR 46/94 – BGHZ 128, 156, 162 f. = NJW 1995, S. 721 und 5. 11. 1997 (Fn. 86).

richtiger Auffassung bereits jede Ausdehnung des Arbeitnehmerbegriffes de lege lata<sup>88</sup>. Doch zeigen die Gesetzentwürfe Sachsens und Brandenburgs<sup>89</sup>, daß man sich der *lex ferenda* stellen muß.

Für eine systemgerechte Beantwortung der Frage, ob der Arbeitnehmerschutz mit dem Arbeitnehmerbegriff auszudehnen ist, hätte gerade der funktionale Ansatz von *Wank* untersuchen müssen, wie weit der Schutz des Arbeitnehmerähnlichen reicht<sup>90</sup> und ob noch eine vom Arbeitsrecht zu schließende Schutzlücke bleibt. *Wank* macht es sich einfach<sup>91</sup>: Er gliedert zunächst die Heimarbeiter des Heimarbeitergesetzes und die kleinen Handelsvertreter als Sonderfälle aus. Von den verbleibenden drei für Arbeitnehmerähnliche geltenden Normen läßt er § 12 a TVG weg, weil es ihm um Individualarbeitsrecht geht. § 5 ArbGG betreffe nur die prozessuale Zulässigkeitsfrage, so daß dann nur noch der für *Wank* belanglose Urlaubsanspruch des § 5 BUrlG bleibt. Das ist unzulässig argumentiert: Erstens müssen die Heimarbeiter berücksichtigt werden, weil sie selbständig, aber wirtschaftlich abhängig sind<sup>92</sup> und der »neue Arbeitnehmerbegriff« entweder dazu führt, daß auch Heimarbeiter Arbeitnehmer sind, das Heimarbeitergesetz also funktionslos wird oder daß man den Heimarbeitern trotz ihrer wirtschaftlichen Abhängigkeit den vollen Arbeitsrechtsschutz anders als den übrigen bislang Arbeitnehmerähnlichen vorenthält. Das wiederum wäre an Art. 3 GG zu messen. Das Heimarbeitergesetz gibt zudem die klare Wertung vor, daß Arbeitnehmerähnliche nur Kündigungsfristenschutz, aber keinen Kündigungsschutz genießen (§ 29). Zweitens darf § 12 a TVG schon deshalb nicht außer Betracht bleiben, weil die Tarifautonomie für Arbeitnehmerähnliche Reaktion gerade auf die individuelle Schutzbedürftigkeit dieser Personen ist<sup>93</sup>, was *Lieb* schon 1974 umfassend dargelegt hat<sup>94</sup>. § 5 ArbGG betrifft auch keineswegs nur die Zuständigkeitsfrage, sondern verschafft den Arbeitnehmern prozessualen Schutz<sup>95</sup> – von der Kosten- und Gebührensseite (§§ 12, 12 a ArbGG) bis hin zum Schiedsgerichtsverbot der §§ 4, 101 ArbGG<sup>96</sup>. Unberück-

---

88 *Hanau*, FS Kehrman (1997), S. 27; *Hromadka* (Fn. 1), NZA 1997, S. 569 ff. Zur Entwicklungsgeschichte *Hromadka*, Arbeitnehmerähnliche Personen, NZA 1997, S. 1249 ff.

89 Zu ihnen *Wank*, Forschungsbericht (Fn. 1), S. 63 ff.; *Hromadka* (Fn. 1), DB 1988, S. 199 ff.

90 Dazu im Überblick *Pfarr*, Die arbeitnehmerähnliche Person, FS Kehrman (1997), S. 75 ff. sowie *Hromadka* (Fn. 88).

91 Forschungsbericht (Fn. 1), S. 90.

92 Wie insbesondere die Gleichstellung nach § 1 Abs. 2 HAG zeigt.

93 Vgl. nur die Aussperrungsentscheidung des BVerfG 26. 6. 1991 (Fn. 13), BVerfGE 84, 229 unter C I 3 b aa: »Tarifautonomie ist darauf angelegt, die strukturelle Unterlegenheit der einzelnen Arbeitnehmer beim Abschluß von Arbeitsverträgen auszugleichen und damit ein annähernd gleichgewichtiges Aushandeln der Löhne und Arbeitsbedingungen zu ermöglichen.«

94 *Lieb*, Die Schutzbedürftigkeit arbeitnehmerähnlicher Personen, RdA 1974, S. 257 ff.

95 Siehe nur *Germelmann/Matthes/Prütting*, ArbGG, 2. Aufl. (1995), Einl. Rn. 121 ff.

96 Etwa BAG 6. 8. 1997 – 7 AZR 156/96 – NZA 1998, S. 220.

sichtigt blieb zudem, daß das Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung nach seinem § 17 Abs. 1 Satz 2 auch für Arbeitnehmerähnliche gilt<sup>97</sup>, weshalb der BGH einem persönlich haftenden Gesellschafter, der Kommanditist-Geschäftsführer geworden ist, wegen seiner Arbeitnehmerähnlichkeit ab diesem Zeitpunkt Insolvenzschutz für die anteilig verdiente Anwartschaft gibt<sup>98</sup>.

Zudem hat *Wank* nicht berücksichtigt, daß über diese Einzelnormen hinaus arbeitsrechtliche Schutzvorschriften auf Arbeitnehmerähnliche dann entsprechend anzuwenden sind, wenn ihre wirtschaftliche Abhängigkeit ein vergleichbares Schutzbedürfnis auslöst:

– So hat schon das RAG einem arbeitnehmerähnlichen Anzeigenwerber einen Zeugnisananspruch analog § 630 BGB eingeräumt<sup>99</sup>.

– So hat das BAG 1997 einen freien Mitarbeiter als Arbeitnehmerähnlichen vor einem unverhältnismäßigen nachvertraglichen Wettbewerbsverbot durch §§ 74 ff. HGB bewahrt – und zugleich klargestellt, daß das für Arbeitnehmer geltende Wettbewerbsverbot des § 60 HGB nicht greift<sup>100</sup>.

– Und so hat der BGH 1990 einem von ihm als arbeitnehmerähnlich eingestuften angestellten GmbH-Geschäftsführer über die entsprechende Anwendung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes an Entgeltsteigerungen für Mitgeschäftsführer und leitende Angestellte teilnehmen lassen<sup>101</sup>.

– Einer neueren Entscheidung des BAG läßt sich entnehmen, daß das Gericht auch die Gefährdungshaftung des Arbeitgebers aus § 670 BGB Arbeitnehmerähnlichen zugute kommen lassen will, jedenfalls soweit das Haftungsrisiko mit der wirtschaftlichen Abhängigkeit und damit gerade nicht mit den eigenen Unternehmerchancen korrespondiert<sup>102</sup>. § 87 d HGB schließt das auch für Handelsvertreter nicht aus, weil die Wendung »im regelmäßigen Geschäftsbetrieb« offen für die Wertung ist, welche Haftungsrisiken diesem zuzuordnen, insbesondere mit dem Einkommen aus der Vertriebstätigkeit abgegolten sind.

*Was folgt nun aus dem Schutz der Arbeitnehmerähnlichen?* Erstens hat die Rechtsordnung mit dieser Zwischenstufe einen Übergangsraum zwischen echter Abhängig-

---

97 Zum schwierigen Problem, inwiefern die Vorschrift überhaupt eine Schutzbedürftigkeit voraussetzt, *Blomeyer/Otto*, BetrAVG, 2. Aufl. (1997), § 17 Rn. 44 ff.

98 BGH 2. 4. 1990 – II ZR 156/89 – NJW-RR 1990, S. 800.

99 25. 4. 1936 – RAG 31/36 – ARS 27, 7.

100 BAG 21. 1. 1997 – 9 AZR 778/95 – EzA § 74 HGB Nr. 59 = NJW 1998, S. 99 = DB 1997, S. 1979 = NZA 1997, S. 1284.

101 BGH 14. 5. 1990 – II ZR 122/89 – ZIP 1990, S. 859 = NJW-RR 1990, S. 1313 = LM Nr. 23 zu § 35 GmbHG = AP Nr. 7 zu § 35 GmbHG.

102 BAG 14. 11. 1991 – 8 AZR 628/90 – EzA § 670 BGB Nr. 22 = AP Nr. 10 zu § 611 BGB Gefährdungshaftung des Arbeitgebers = NZA 1992, S. 691 für die aus § 670 BGB folgende »Gefährdungshaftung« – anders noch die Vorinstanz, LAG Berlin 29. 10. 1990 – 9 Sa 67/90 – LAGE § 611 BGB Arbeitnehmerhaftung Nr. 15.

keit und echter Selbständigkeit geschaffen. Dort überlappen sich privatrechtliche Schutzmechanismen und ein gewisser Arbeitsrechtsschutz und tragen so der Abhängigkeitslage Rechnung.

Zweitens beschränkt sich der Arbeitsrechtsschutz auf der individualarbeitsrechtlichen Seite auf den Vertragsinhalt. Bestandsschutz – also Kündigungsschutz (nebst Befristungskontrolle) sowie der Übergang der Dienstverhältnisse bei Betriebsübergang – bleiben den Arbeitnehmerähnlichen vorenthalten. Für den Kündigungsschutz hat das BAG das ausdrücklich ausgesprochen<sup>103</sup> – so daß ihnen nur der allgemeine Schutz vor sitten- und treuwidrigen Kündigungen nach §§ 138, 242 BGB helfen kann. § 613 a BGB kann entgegen *Herschel*<sup>104</sup> nicht analog angewandt werden, auch wenn die neuere EuGH-Rechtsprechung mit *Christel-Schmidt* und *Ayse Sützen* den Betriebsübergang tätigkeitsbezogener versteht<sup>105</sup>. Denn § 613 a BGB zielt wie der Kündigungsschutz auf Arbeitsplatzertand und schränkt die negative Vertragsfreiheit des Betriebserberwerbers erheblich ein. Zugleich würde ein gesetzlich angeordneter Vertragspartnerwechsel den Wettbewerb beschränken und so der Grundwertung des GWB zuwiderlaufen. So hat jetzt auch das BAG die Erstreckung des § 613 a BGB auf Heimarbeiter verneint<sup>106</sup>. In Vertriebssystemen führt das zu dem Folgeproblem, wie der Ausgleichsanspruch des § 89 b HGB bei Betriebsveräußerung zu bemessen ist<sup>107</sup>.

Individualarbeitsrechtlich bleibt ihnen auch die *Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall* vorenthalten. Das zeigen §§ 1, 10 EFZG, die dem Heimarbeiter eine »wirtschaftliche Sicherung« für den Krankheitsfall verschaffen – aber nicht im Wege der Entgeltfortzahlung, sondern mit einem Entgeltzuschlag von 3,4 % bzw. 6,4 %. Mit ihm soll der Heimarbeiter entweder selbst Rücklagen bilden oder eine Versicherung abschließen. Das Gesetz mutet dieser Gruppe der Arbeitnehmerähnlichen also Eigenvorsorge zu. Anders als Arbeitnehmer tragen sie ihr Lebensrisiko insofern selbst. Echte Entgeltfortzahlung kann den Heimarbeitern nur durch Tarifvertrag verschafft werden.

---

103 BAG 19. 5. 1960 – 2 AZR 197/58 – AP Nr. 7 zu § 5 ArbGG 1953; vgl. auch *Endemann*, Die arbeitnehmerähnlichen Personen, AuR 1954, S. 210.

104 *Herschel*, Wechsel des Auftraggebers arbeitnehmerähnlicher Freier Mitarbeiter, Film und Recht 1977, S. 81 – eingeschränkt durch die Ausnahme fehlender Betriebsbezogenheit; vgl. auch LAG Köln 22. 9. 1994 – 6 Sa 725/94 – nicht veröffentlicht, für den Übergang einer Musikschule und der dort beschäftigten Musikschullehrer.

105 EuGH 11. 3. 1997 – C-13/95 [*Ayse Sützen*] – EuGHE 1997 I 1259 = SAE 1997, S. 274 mit Anm. *Thüsing* = EZA § 613 a BGB Nr. 145 = DB 1997, S. 628 = ZIP 1997, S. 516 in Korrektur der Entscheidung 14. 4. 1994 – C-392/92 [*Christel-Schmidt*] – EuGHE 1994 I 1311 = SAE 1996, S. 85 mit Anm. *Worzalla* = EZA § 613 a BGB Nr. 114 mit Anm. *Blomeyer* = ZIP 1994, S. 1036 mit Anm. *Hanau*; jetzt auch BAG 22. 5. 1997 – 8 AZR 101/96 – EZA § 613 a BGB Nr. 149 = ZIP 1997, S. 1555.

106 BAG 24. 3. 1998 – 9 AZR 218/97 – DB 1998, S. 1669.

107 Dazu *Westphal*, Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters bei Veräußerung des Unternehmerbetriebs, BB 1998, S. 1432 ff.

Den Beleg dafür, daß diese Arbeitnehmerähnlichen wegen ihrer wirtschaftlichen Abhängigkeit eine Verstärkung des schon weitreichenden Vertragsrechtsschutzes bis zum vollen Arbeitsrechtsschutz brauchen, hat *Wank* nicht erbracht.

Ebenfalls nicht bedacht ist bislang, daß die *Qualifikation als Arbeitnehmer* für den Betroffenen auch *Nachteile* – vertragliche wie gesetzliche – mit sich bringt: Erstens ist die Brutto-Vergütung für Arbeitnehmer oft geringer als die der Selbständigen, bei provisionsabhängigen Entgelten sind die Provisionsätze der Abhängigen kleiner. Dankenswerterweise hat das BAG gerade erst verhindert, daß eine Klägerin von der Rosintheorie Gebrauch macht – also die höhere Selbständigen-Vergütung und den Arbeitnehmerstatus mitnimmt: Die als Freie eingestellte Rundfunkmitarbeiterin hatte erfolgreich den Arbeitnehmerstatus eingeklagt und wollte die Vergütungsminderung nicht akzeptieren. Das BAG hat sie auf die für Arbeitnehmer üblichen (§ 612 Abs. 2 BGB) – und gegenüber den Tarifentgelten für freie Mitarbeiter erheblich niedrigeren – Gehaltstarife verwiesen<sup>108</sup>. Ganz ähnlich hat das BAG einem Mitarbeiter, der jahrelang auf den Vorteilen der freien Mitarbeit bestanden hat, die Berufung auf den Arbeitnehmerstatus (Befristungskontrolle) als Rechtsmißbrauch verwehrt<sup>109</sup>. Gegenüber dem Selbständigen verliert der Arbeitnehmer nicht nur sein höheres Entgelt, er verliert auch seine verbleibende, wenn auch geringe Selbständigkeit. So darf er – anders als der Selbständige – kraft Gesetzes (§ 60 HGB) seinem Arbeitgeber während der Vertragslaufzeit keinen Wettbewerb mehr machen; der abhängige Handelsvertreter büßt den Ausgleichsanspruch nach § 89 b HGB ein.

### 3. Unternehmensschutz vor wirtschaftlicher Abhängigkeit

Wer den Arbeitnehmerbegriff ausweitet, muß sich im Klaren darüber sein, daß er den Selbständigenbegriff einengt. Das ist mit Blick auf das allgemeine Privatrecht nicht weiter problematisch, da sich das Arbeitsrecht insofern weithin als systematisch sinnvolle Ergänzung begreifen läßt, die das Privatrecht nicht verdrängt, sondern nur mit den spezifischen Schutzmechanismen des Arbeitsrechts ergänzt. Insofern stellt sich nur die Frage, ob gerade der Schutz durch das Arbeitsrecht die richtige Lösung ist, oder ob nicht andere Schutzmechanismen adäquater greifen.

Hoch problematisch dagegen ist die Verengung des Selbständigenbegriffes für das Wirtschaftsrecht als dem Recht der Unternehmen – genauer: als das für den Unterneh-

---

108 BAG 21. 1. 1998 – 5 AZR 50/97 – EzA § 612 BGB Nr. 21 = DB 1998, S. 886 = NZA 1998, S. 594; *Reinecke*, Prozessuale und taktische Probleme bei der Geltendmachung der Arbeitnehmereneigenschaft, DB 1998, S. 1282 zu den Nachteilen des Arbeitnehmerstatus.

109 BAG 11. 12. 1996 – 5 AZR 708/95 – EzA § 242 BGB Rechtsmißbrauch Nr. 2 = AP Nr. 36 zu § 242 BGB Unzulässige Rechtsausübung-Verwirkung = NZA 1997, S. 818; dazu *Reinecke*, DB 1998, S. 1284.

mer als Subjekt des Unternehmens maßgebliche Recht<sup>110</sup>. Insofern ist es kaum verständlich, daß das Wirtschaftsrecht in der bisherigen Betrachtung außer Acht geblieben ist<sup>111</sup>. Daß Unternehmensträger auch eine natürliche Person sein kann (Einzelunternehmer, insbesondere Einzelkaufmann), leuchtet unmittelbar ein<sup>112</sup>. Daß auch die Handwerker und vor allem die freien Berufe mit ihrem besonderen Berufsrecht aber auch Wissenschaftler und Künstler Unternehmer insbesondere i. S. v. GWB und UWG sind oder sein können, ist mittlerweile herrschende Meinung<sup>113</sup>.

Auch das Wirtschaftsrecht verlangt für den Unternehmensbegriff Selbständigkeit – vor allem in Abgrenzung zum Arbeitsrecht. Wer vom Arbeitsrecht als Arbeitnehmer qualifiziert wird, kann nicht Unternehmer sein, unterfällt also weder dem GWB noch dem UWG<sup>114</sup>. Was aber bedeutet Selbständigkeit aus Sicht des Wirtschaftsrechts, namentlich des GWB? Soweit es um die Abgrenzung zum Arbeitsrecht geht, wird dort eher reflexartig die herkömmliche Auffassung wiedergegeben, die auf die persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers abstellt. Bezeichnenderweise hat sich das GWB selbst mit wirtschaftlicher Abhängigkeit auseinanderzusetzen, die seine Anwendbarkeit in Frage stellt<sup>115</sup>:

Zwar können die sogenannten »institutionellen Gegebenheiten« vertikale Wettbewerbsbeschränkungen trotz Preisbindungsverbots des § 15 GWB bestehen lassen und im Rahmen der Mißbrauchskontrolle § 18 GWB Ausschließlichkeits- und Vertriebsbindungen rechtfertigen. Bezeichnenderweise geht es hierbei gerade um die von *Wanke* (und anderen) als Indiz für Arbeitnehmereigenschaft gewerteten weitreichenden *Weisungsbefugnisse* in Vertriebssystemen: Nicht nur die Vertragshändler – die wegen ihrer eigenen Unternehmensorganisation Selbständige bleiben dürfen – sondern gerade auch Handelsvertreter und Franchisenehmer dürfen trotz §§ 15, 18 GWB vertraglich in eine wirtschaftliche Abhängigkeit gebracht werden – wegen der funktionsgemäßen Eingliederung in die Vertriebsorganisation des weisungsberechtigten Unternehmens. Das GWB zieht hieraus aber nicht den Schluß, daß die Absatzmittler keine Unterneh-

---

110 Umfassend *Rittner*, Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. (1987), § 7.

111 So spricht *Wanke*, Forschungsbericht (Fn. 1), S. 28 f. zwar Gemeinschafts- und Verfassungsrecht, Zivil-, Sozialversicherungs- und Steuerrecht an, nicht aber das Wirtschaftsrecht.

112 Siehe nur *Huber/Baums* in *Frankfurter Kommentar*, GWB, 3. Aufl. (Loseblatt Stand November 1997), § 1 Rn. 50.

113 Für das GWB die Leitentscheidung BGH 16. 12. 1976 – KVR 5/75 »Architektenkammer« – WuW/E BGH 1474; *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 2. Aufl. (1992), § 1 Rn. 84 ff.; zurückhaltend *Rittner* (Fn. 110), § 14 Rn. 11; für das UWG etwa *Wilde* in *Gloy*, Handbuch des Wettbewerbsrechts (1986), § 5 Rn. 2; *Emmerich*, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs, 4. Aufl. (1995), § 16 Rn. 6.

114 *Huber/Baums*, § 1 Rn. 74 ff.; eingehend *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb (Fn. 17), Rn. 426 ff.

115 Die Abhängigkeit von Konzernunternehmen spielt im Arbeitsrecht keine Rolle, weil Arbeitnehmer natürliche Personen sein müssen.

men mehr seien<sup>116</sup>, sondern setzt diesen vertraglich begründeten wirtschaftlichen Abhängigkeiten im Interesse der verbleibenden wirtschaftlichen Selbständigkeit der Absatzmittler und damit des verbleibenden Wettbewerbs Grenzen: Nur soweit die Bindung des Absatzmittlers durch entsprechende Handelsrisiken des Geschäftsherrn gerechtfertigt ist, hat sie Bestand.

Dabei kommt es in bezeichnender Parallele zur Diskussion um den Arbeitnehmerbegriff nicht auf das formale Auftreten des Absatzmittlers nach außen, sondern auf die interne wirtschaftliche Risikoverteilung an<sup>117</sup>. Auffällig ist auch, daß die Mißbrauchskontrolle für Ausschließlichkeits- und Vertriebsbindungen – hinsichtlich des Warenbezuges und der Vertriebsgebiete – gerade mit den Fällen zu tun hat, die für die sogenannte Scheinselbständigkeit virulent sind, also außer den Vertragshändlern gerade mit gebundenen Franchisenehmern, Tankstellenhaltern etc.<sup>118</sup>.

Ähnlich verfährt das EG-Kartellrecht, das solche Abhängigkeiten in Gruppenfreistellungsverordnungen nach Art. 85 Abs. 3 EGV in bestimmtem Rahmen zuläßt – zugleich aber überschießende Wettbewerbsbeschränkungen unterbindet. Der mir hier gezogene Rahmen würde gesprengt, wollte ich im einzelnen auf die gerade auf Vertriebssysteme ausgerichteten Gruppenfreistellungsverordnungen<sup>119</sup>, insbesondere diejenige über Franchisevereinbarungen<sup>120</sup> eingehen. Erwähnt sei nur, daß das nachvertragliche Wettbewerbsverbot des Franchisenehmers räumlich auf das bisherige Tätigkeitsgebiet des Franchisenehmers und zeitlich auf ein Jahr beschränkt ist<sup>121</sup>.

Das Kartellrecht kann so die Asymmetrie von Chancen und Risiken korrigieren:

---

116 BGH 25. 9. 1990 – KVR 2/89 »Pauschalreisevermittlung« – WuW/E BGH 2668; BGH 5. 7. 1995 – KRB 8/95 »Handelsvertretersperre« – WuW/E BGH 3006 = wistra 1995, S. 313 für den Handelsvertreter im Zusammenhang mit § 26 I GWB; KG 27. 11. 1991 – Kart 28/90 – WuW/E OLG 4919 für ein Reisebüro als Handelsvertreter; *Immenga/Mestmäcker*, GWB (Fn. 113), § 1 Rn. 74 mit Nachw.; vgl. auch *Gleiss/Hirsch*, EG-Kartellrecht I, 4. Aufl. (1993), Art. 85 EGV Rn. 51; *Emmerich* in *Immenga/Mestmäcker* (Hrsg.), EG-Wettbewerbsrecht (1997), Art. 85 Abs. 1 Rn. 24 ff.

117 BGH 15. 4. 1986 – KVR 3/85 »Telefunken-EH-Partner-Vertrag« – BGHZ 97, S. 317, 321 ff. = WuW/E BGH 2238 = NJW 1986, S. 2954; *Rittner*, Das Handelsvertreterverhältnis im (GWB- u. EG-)Kartellrecht und die Figur der unternehmensbedingten Abhängigkeit, WuW 1993, S. 592; weiter *Emmerich* in: *Immenga/Mestmäcker* (Fn. 108), § 15 Rn. 23 ff., § 18 Rn. 24. Zur überholten Gegenmeinung, die §§ 15, 18 GWB auf den Handelsvertreter nicht anwenden wollen, *Klosterfelde/Metzlaff* in *Langen/Bunte*, KartellR, 7. Aufl. (1994), § 15 Rn. 64, § 18 Rn. 81.

118 BGH 9. 6. 1969 – VII ZR 49/67 »Tankstellen-Stationärvertrag« – BGHZ 52, 171 = WuW/E BGH 1013; BGH 19. 1. 1993 – KVR 25/91 »Herstellerleasing« WuW/E BGH 2875 = ZIP 1993, S. 864; eingehend *Martinek* (Fn. 56), S. 427 ff. zur Typologie, S. 527 ff. zur kartellrechtlichen Behandlung.

119 Eingehend *Veelken* in *Immenga/Mestmäcker* (Fn. 116), S. 395 ff.

120 30. 11. 1988 VO-EWG Nr. 4087/88, ABl. EG 1988 L 359/46; zu ihr *Veelken*, GFVO (F), S. 579 ff.

121 Dazu *Veelken*, Rn. 55.

Muß der Absatzmittler, namentlich der Franchise-Nehmer, das wirtschaftliche Risiko der von ihm auf eigene Rechnung mit Dritten geschlossenen Verträge tragen, so muß er das eigene Risiko auch durch eigene Vertragsgestaltung steuern dürfen, darf also nicht nur Preisbindung, ja nach neuerer Ansicht noch nicht einmal durch unverbindliche Preisempfehlung vom Geschäftsherrn hierin beschränkt werden<sup>122</sup>.

Am Beispiel eines *Franchisenehmers*: Für ein und dasselbe Vertriebssystem (Tiefkühlkost) wird die Arbeitnehmereigenschaft des Franchise-Nehmers unterschiedlich beurteilt: Während das OLG Schleswig<sup>123</sup> insbesondere aus dem Fehlen fester Arbeitszeiten und dem Unternehmerrisiko schließt, der Franchisenehmer sei selbständiger Kaufmann, weder Arbeitnehmer noch arbeitnehmerähnlich, meint das BAG, es spreche viel dafür daß der Franchisenehmer Arbeitnehmer sei, jedenfalls aber sei er wegen der umfassenden wirtschaftlichen Abhängigkeit arbeitnehmerähnlich – und bejaht den Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten<sup>124</sup>. Sein obiter dictum im Leitsatz 2, die franchise-typischen Bindungen stünden der Annahme eines Arbeitsverhältnisses nicht entgegen, ist freilich durch eine neue Entscheidung relativiert: Die vertragstypischen Bindungen eines Frachtführers dürfen nicht zur Arbeitnehmereigenschaft führen<sup>125</sup>.

Für ein anderes Vertriebssystem (Jacques-Wein-Depot) stuft das LAG Düsseldorf<sup>126</sup> den Franchise-Nehmer als Arbeitnehmer ein: Bei der Gesamtabwägung aller Umstände – Präsenzpflcht in Kern-Ladenöffnungszeiten, Urlaub nur in der Schulferienzeit und schließlich umfassende Preisbindung seien die Agentur-Betreiber Arbeitnehmer – auch wenn sie ihrerseits bis zu acht Teilzeitkräfte beschäftigen. Dabei sieht das LAG selbst, daß die Preisbindung nach § 15 GWB nichtig sein könnte, zieht hieraus aber keinen Schluß. Das LAG geht noch einen Schritt weiter und meint, die Franchisenehmer seien nicht einmal Leitende Angestellte i. S. v. § 5 Abs. 3 BetrVG.

*Horizontale Wettbewerbsbeschränkungen* i. S. v. § 1 GWB sind selten. Der für wirtschaftlich abhängige Subunternehmen praktische Fall sind Kundenschutzklauseln: Dem Subunternehmer wird während der Laufzeit seines Subunternehmervertrages ver-

---

122 Instruktiv OLG München 27. 2. 1997 – U (K) 3297/96 – BB 1997, S. 1429 = WuW/E OLG 5869 und dazu *Böhner*, Verbot von Preisempfehlungen im Sixt-Autovermiet-Franchise-System nach § 38 Abs. 1 Nr. 11 GWB. Zu dieser Korrekturfunktion des Kartellrechts *Immenga/Mestmäcker*, GWB (Fn. 113), § 1 Rn. 74. Vgl. für das EG-Kartellrecht die *Pronuptia*-Entscheidung des EuGH 28. 1. 1986 – Rs 161/84 – EuGHE 1986, S. 353, 383 = ZIP 1986, S. 329 Textnr. 23, 25 sowie *Veelken*, Rn. 105.

123 27. 8. 1986 – 4 U 27/85 – NJW-RR 1987, S. 220.

124 BAG 16. 7. 1997 (Fn. 3).

125 BAG 19. 11. 1997 (Fn. 47). Zwar hat das BAG dort auf die gesetzliche Wertung des HGB hingewiesen, die für Franchising fehlt. Aber daß die Vertragspraxis neue Vertragstypen entwickelt, kann nicht heißen, daß sie ohne weiteres dem Arbeitsrecht unterstellt werden dürften. Vielmehr ist in einer Gesamtschau zu fragen, ob die gesetzgeberischen Selbstständigkeitswertungen des HGB auf den Franchise-Vertrag übertragbar sind. Meines Erachtens ist das zu bejahen.

126 20. 10. 1987 – 16 TaBV 83/87 – ZIP 1988, S. 454 = LAGE § 5 BetrVG 1972 Nr. 16 = NJW 1988, S. 725.

boten, diejenigen Kunden seines Auftraggebers abzuwerben, mit denen er im Zuge seiner Tätigkeit Kontakt aufgenommen hat. Dieses Wettbewerbsverbot während der Vertragslaufzeit ist für den Arbeitsrechtler ganz unbedenklich, folgt es doch schon aus § 60 HGB. Im Vertrag zwischen Selbständigen kann eine solche Kundenschutzklausel aber gegen § 1 GWB verstoßen, wenn sie nicht immanent vom Vertragszweck gedeckt ist. So hat das OLG Stuttgart jüngst für zwei Gebäudereiniger entschieden und dem Subunternehmer so Marktchancen erhalten<sup>127</sup>.

Der Schutz des wirtschaftlich Abhängigen durch das Kartellrecht geht aber deutlich weiter. Insofern zeugt es von gewisser Selbstverliebtheit in das eigene Fach, wenn der Arbeitsrechtler das Arbeitsrecht für das selbstverständliche Zentrum des Schutzes vor Übermacht des Vertragspartners hält. So bleibt weithin außer Betracht, daß gerade das Kartellrecht – unabhängig von einer vereinbarten Wettbewerbsbeschränkung – vor wirtschaftlicher Übermacht schützt: mit der Mißbrauchsaufsicht durch das Kartellamt nach § 22 GWB, vor allem aber mit dem umfassenden Schutz nach § 26 GWB mit seinem Boykott-Verbot, dem Diskriminierungs- und dem Behinderungsverbot.

Für wirtschaftlich schwache Ein-Mann-Unternehmen ist § 26 Abs. 2 Satz 2 GWB zentral, weil die Vorschrift keine marktbeherrschende Stellung des Auftraggebers, sondern nur einen gegenüber kleinen und mittleren Unternehmen bestehenden Machtvorsprung (relative Marktmacht) voraussetzt, der diese wirtschaftlich abhängig macht, und zwar weil sie nicht auf andere Vertragspartner ausweichen können. Die Vorschrift knüpft also an die für den Unternehmer schlechte Marktsituation an und leitet hieraus eine Marktverhaltens-, insbesondere eine Vertragskontrolle ab<sup>128</sup>: Der relativ Marktmächtige soll seinen Machtvorsprung nicht mißbräuchlich ausnutzen dürfen. Die Vorschrift hat gerade in Vertriebssystemen überragende Bedeutung, weil sie dem Geschäftsherrn jede unbillige Diskriminierung des Schwachen verbietet<sup>129</sup>, wie die Vorenthaltung von Preisnachlässen oder den Ausschluß vom Bezug bestimmter Waren<sup>130</sup>. Für die Billigkeitsprüfung kommt es wiederum darauf an, inwiefern die Beeinträchtigung durch legitime Unternehmenszwecke, insbesondere Vertriebsnotwendigkeiten »immanent« gerechtfertigt ist<sup>131</sup>.

Darin ist sie dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz ähnlich<sup>132</sup>. Unbillig kann unabhängig von § 18 GWB sogar eine Ausschließlichkeitsbindung sein. So

---

127 OLG Stuttgart 25. 4. 1997 – 2 U 225/96 – BB 1998, S. 233, aufgehoben durch BGH 12. 5. 1998 – KZR 18/97 – BB 1998, S. 1554.

128 Das übersieht *Hromadka* (Fn. 1), DB 1998, S. 197, wenn er das Verhältnis von Chancen und Risiken allein dem Markt und nicht dem Vertrag zuschreibt.

129 Hierzu *Martinek*, Franchising (Fn. 56), S. 598 ff.

130 *Martinek*, Franchising (Fn. 56), S. 622 ff.

131 *Möschel* in Immenga/Mestmäcker, GWB (Rn. 113), § 22 Rn. 131; *Markert* ebenda, § 26 Rn. 270.

132 Hierzu *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb (Fn. 17), Rn. 972 ff.

würde der Kartellrechtler die vom LAG Nürnberg als Grund für die Arbeitnehmer-eigenschaft des Versicherungsvertreters gewertete Beschränkung auf das vom Versicherer gelieferte Adreßmaterial<sup>133</sup> meines Erachtens für unzulässig halten, weil es die Markt- und Erwerbchancen des Vertreters unbillig beschneidet. Anders als bei Gebietsaufteilungen wird dem Vertreter jede eigene Anwerbetätigkeit untersagt; anders als dort und bei Kundenschutzklauseln ist noch nicht einmal ein im Ansatz schutzwürdiges Interesse des Versicherers oder anderer Vertreter ersichtlich.

Das Diskriminierungsverbot bedeutet aber nicht nur Schutz vor diskriminierenden Vertragsinhalten, es sichert auch den Marktzugang und den Marktverbleib, kontrolliert in Vertriebssystemen also die »Aufnahme« und den »Ausschluß«. Die Überprüfung der »Aufnahmeverweigerung« geht über die rudimentäre Einstellungskontrolle des Arbeitsrechtes hinaus. Während dort bislang nur bestimmte persönliche Diskriminierungsmerkmale wie Geschlecht oder politische Meinungsäußerung beanstandet werden<sup>134</sup>, ist der relativ Marktmächtige nach § 26 Abs. 2 Satz 2 GWB auf Sachgerechtigkeit in seinem Vertriebssystem verpflichtet, darf also nicht willkürlich den einen Bewerber ablehnen und den anderen aufnehmen. So zieht das GWB der Selektion durch den relativ Marktmächtigen in Vertriebssystemen deutliche Grenzen<sup>135</sup>. Die Ausschlußkontrolle geht nicht weiter, bleibt also hinter dem arbeitsrechtlichen Kündigungsschutz zurück<sup>136</sup>. Immerhin kann § 26 Abs. 2 Satz 2 GWB über die Billigkeitsprüfung dazu führen, daß dem Handelsvertreter eine längere als die vertragsrechtliche Kündigungsfrist des § 89 HGB (ein bis sechs Monate, je nach Vertragsdauer) zu gewähren ist, weil er diese Zeit zur Umstellung benötigt, damit seine Investitionen nicht wertlos werden (etwa: ein Jahr für KfZ-Händler)<sup>137</sup>. Das entspricht den EG-Gruppenfreistellungsverordnungen, die etwa für KfZ-Vertragshändler nunmehr eine

---

133 LAG Nürnberg 25. 2. 1998 (Fn. 10). Siehe aber OLG Düsseldorf 9. 5. 1997 – 16 U 104/96 – OLG-Rp Düsseldorf 1998, S. 11, das entgegen der h.M. das Diskriminierungsverbot auf ein Handelsvertreterverhältnis (Tankstellenhalter) nicht anwenden will; richtig dagegen OLG Düsseldorf 5. 3. 1991 – U (Kart) 31/90 – ZIP 1991, S. 753 = NJW-RR 1991, S. 754 = WuW/E OLG 4730.

134 Vgl. BVerfG 16. 11. 1993 – I BvR 258/86 – BVerfGE 89, 276 = EzA § 611 a BGB Nr. 9; EuGH 22. 4. 1997 – C-180/95 [Nils Draempael] – EzA § 611 a BGB Nr. 12 – NJW 1997, S. 1839; BVerfG 19. 5. 1992 – 1 BvR 126/85 – BVerfGE 86, 122 = EzA Art. 5 GG Nr. 22 mit kritischer Anm. Reuter = AP Nr. 12 zu Art. 5 Abs. 1 GG Meinungsfreiheit = NJW 1992, S. 2409 ff.; Buchner, Freiheit und Bindung des Arbeitgebers bei Einstellungsentscheidungen, NZA 1991, S. 577; Boemke, Kontrahierungszwang im Arbeitsrecht wegen Grundrechtsverletzung? NJW 1993, S. 2083; Rieble, Arbeitsmarkt und Wettbewerb (Fn. 17), Rn. 944 ff.

135 Immenga/Mestmäcker/Markert, § 26 Rn. 222 f.; vgl. auch KG 7. 2. 1989 – Kart 12/88 – WuW/E OLG 4333 = DB 1989, S. 2062 mit kritischer Besprechung Rittner S. 2587.

136 Zusammenfassend zu dem aus § 26 GWB folgenden Kündigungsschutz BGH 21. 2. 1995 – KZR 33/93 »KfZ-Vertragshändler« – WuW/E BGH 2983 = NJW-RR 1995, S. 1260 = LM AGBG § 9 (Bm) Nr. 22 mit Anm. Emmerich.

137 BGH 21. 2. 1995 (Fn. 131).

zweijährige statt wie bisher eine einjährige Kündigungsfrist fordern<sup>138</sup>. Dem Geschäftsherrn können kartellrechtlich sogar weit über die Kündigungsfrist hinausreichende nachvertragliche Pflichten auferlegt werden. Am Beispiel: So kann ein Generalvertreter für Frankiermaschinen, dessen Vertriebsvertrag nach 36 Jahren gekündigt worden ist, für eine Auslaufzeit von fünf Jahren die Weiterbelieferung mit Ersatzteilen verlangen, um den Wartungsdienst aufrechtzuerhalten – und das, obwohl er nunmehr Erzeugnisse eines Konkurrenten vertreibt<sup>139</sup>. Man sieht: Das Kartellrecht ist als Teil des Wirtschaftsrechts deutlich besser geeignet als das Arbeitsrecht, eine unangemessene Verteilung wirtschaftlicher Chancen und Risiken zu korrigieren. Es kann dem unterlegenen Handelsvertreter diejenigen wirtschaftlichen Betätigungschancen geben, die er angesichts seiner unternehmerischen Risiken braucht.

Die Arbeitnehmereigenschaft an der Schnittstelle zwischen Arbeits- und Wirtschaftsrecht nur aus arbeitsrechtlicher Sicht und ohne jede Rücksicht auf das ordnungspolitische Ziel des Wirtschaftsrechts zu bejahen, ist nicht nur methodisch fragwürdig. Es führt auch zu widersprüchlichen Rechtsfolgen: Wenn nämlich das Kartellrecht einerseits bestimmte wirtschaftliche Abhängigkeiten zwischen dem Auftraggeber und dem Auftragnehmer als vertragsimmanent zuläßt, beide aber gleichwohl als im übrigen selbständige Unternehmen behandelt, dann darf das Arbeitsrecht nicht schon allein aus dieser wirtschaftlichen Abhängigkeit folgern, daß der Auftragnehmer nunmehr Arbeitnehmer sei. Das sagt jetzt auch die neue Entscheidung des BAG vom 19. 11. 1997 (Fn. 47), die – der kartellrechtlichen Vertragsimmanenz überraschend ähnlich – darauf abstellt, ob das Weisungsrecht des Frachtführers über die »immanenten« gesetzlichen oder aus Versicherungsobligationen resultierenden Vorgaben hinausgeht. Und selbst wenn eine weitergehende Abhängigkeit vereinbart ist, so lautet die Rechtsfolgenantwort des Kartellrechts: Kassation der übermäßigen Bindung und dadurch Sicherung der (relativen) Selbständigkeit. Das Arbeitsrecht hingegen antwortet mit der Hinnahme der Unselbständigkeit und ihrer Kompensation durch den fürsorgerischen Schutz des Arbeitsrechts.

Das ist ein Systembruch: Das Arbeitsrecht mit einem neu konturierten Arbeitnehmerbegriff würde aus besonders weitreichender wirtschaftlicher Abhängigkeit folgern, daß der Dienstverpflichtete Arbeitnehmer ist. Daraus folgt zugleich, daß er ganz aus dem GWB herausfällt. Das Kartellrecht seinerseits ist bestrebt, übermäßige wirtschaftliche Abhängigkeit zu begrenzen und dem Absatzmittler seine wirtschaftliche Freiheit wenigstens in bestimmten Grenzen zu erhalten. Wenn aber auf diesem Weg eine rechtliche Bindung des Absatzmittlers abgewehrt ist, kann diese arbeitsrechtlich nicht mehr ins Gewicht fallen. Umgekehrt gilt: Wenn das GWB eine bestimmte Bindung des Ab-

---

138 Art. 5 Abs. 2 Nr. 2 der neuen GFVO Nr. 1475/95 vom 28. 6. 1995, ABl. EG 1995 Nr. L 145/95.

139 BGH 21. 2. 1989 – KZR 3/88 – LM Nr. 66 zu § 26 GWB = WuW/E BGH 2589 = NJW-RR 1989, S. 1310; folgend OLG Frankfurt 18. 1. 1990 – 6 U (Kart) 197/88 – WRP 1990, S. 522 = DB 1990, S. 1916 = WuW/E OLG S. 5681.

satzmittlers als Unternehmer akzeptiert, dann ist es widersprüchlich, wenn Arbeitsgerichte dieselbe Bindung als übermäßig ansehen und deshalb die Arbeitnehmereigenschaft bejahen. Dieser Systembruch hat weitreichende Folgen: Für Arbeitnehmer gilt: Weil sie im Verhältnis zum Arbeitgeber insgesamt als unselbständig angesehen werden, ist ihr Marktverhalten wirtschaftsrechtlich nicht mehr relevant. Unternehmerfunktionen nimmt nach außen nur noch der Arbeitgeber wahr – nur er unterliegt den Regeln des Wirtschaftsrechts.

Für den Schutz vor unlauterem Wettbewerb nach dem UWG ist das nicht weiter problematisch: Soweit es um das Verhalten nach außen, also gegenüber den Kunden geht, wird dem Geschäftsherrn das Wettbewerbsverhalten seiner Arbeitnehmer ebenso wie seiner Beauftragten zugerechnet, § 13 Abs. 4 UWG. Auch der relativ selbständige Franchisenehmer ist wegen seiner Einbindung in die Vertriebsorganisation Beauftragter i. S. d. Vorschrift. Zudem bleibt der Arbeitnehmer seinerseits vom UWG erfaßt – weil er mit seinem (Markt-)Verhalten den fremden Wettbewerb seines Arbeitgebers fördert. Das zeigen die Straftatbestände der §§ 12, 17 UWG ebenso wie der Schadensersatztatbestand der Anschwärzung in § 14 UWG. Ganz allgemein gilt: Derjenige Arbeitnehmer der selbst im Unternehmensbereich seines Arbeitgebers unlauter handelt, ist selbst Störer i. S. v. § 1 UWG und kann auf Unterlassung, ggf. auch Schadensersatz in Anspruch genommen werden.

Die Verneinung jeglicher Selbständigkeit führt jedoch zu weitreichenden Folgen im GWB: Erstens entfällt der Geltungsanspruch des Kartellrechts ganz, und zwar nicht nur für die als Arbeitnehmer qualifizierten Auftragnehmer, sondern gerade für die Arbeitgeber – soweit es ihr Wettbewerbsverhalten gegenüber den Arbeitnehmern betrifft: Das Arbeitsverhältnis unterfällt auf beiden Seiten nicht mehr dem Kartellrecht – weil sein Gegenstand, die unselbständige Arbeit – nicht dem Markt für Waren und gewerbliche Leistungen zugeordnet werden kann. Das heißt zuerst: Jene Wettbewerbsbeschränkungen, die das GWB verbietet, sind nun zulässig, sofern ihnen nicht anderweit begegnet werden kann. Das gilt zunächst für alle vertikalen Preis- und Ausschließlichkeitsbindungen zwischen dem Geschäftsherrn und seinem Auftragnehmer, aber auch für horizontale Kundenschutzklauseln. Die arbeitsrechtliche Wertung, daß der Auftragnehmer unselbständig sei, bedeutet, daß er der Unselbständigkeit nun erst recht ausgeliefert ist und auch den Rest an wirtschaftlicher Freiheit verliert, den ihm das Kartellrecht erhalten will. Der Auftragnehmer verliert auch den Schutz des § 26 GWB, erhält dafür aber den des Arbeitsrechts – aber mit einer ganz anderen Zielrichtung. Während das Kartellrecht dem diskriminierten oder behinderten Kleinunternehmen wirtschaftliche Betätigungsfreiheit verschaffen will, nimmt das Arbeitsrecht die Unfreiheit hin, ja verstärkt sie von Rechts wegen – vor allem mit dem Wettbewerbsverbot im laufenden Arbeitsverhältnis – und gibt dem Arbeitnehmer nur einen kompensatorischen Schutz durch das Arbeitsrecht mit dem Ziel angemessener Beschäftigungsbedingungen in der Unselbständigkeit. Das Arbeitsrecht schützt die Selbständigkeit nur als potentielle – mit dem Schutz vor nachvertraglichen Wettbewerbsverboten auch für den Fall der Verselbständigung (§ 74 HGB). Zu beachten ist auch der ord-

nungspolitische Aspekt: Weil der Geltungsanspruch des GWB insgesamt eingeschränkt wird, entfällt das Kartellverbot des § 1 GWB auf beiden Seiten. Nicht nur die Auftragnehmer, sondern auch die Auftraggeber dürfen aus Sicht des GWB Kartelle bilden – ohne dem Kartellverbot<sup>140</sup> oder auch nur einer kartellrechtlichen Mißbrauchskontrolle zu unterliegen<sup>141</sup>. Damit wird die gesetzliche Wertung hintertrieben, auch bei relativ selbständigen, aber wirtschaftlich abhängigen Personen für die Aufrechterhaltung des verbleibenden Wettbewerbs zu sorgen.

Freilich ist den Arbeitnehmerähnlichen unter Einschluß der Heimarbeiter bereits die Kartellierung durch Tarifvertrag gestattet, § 12 a TVG und § 17 HAG. Doch gilt das schon nicht für die arbeitnehmerähnlichen Handelsvertreter, § 12 a Abs. 4 TVG, bei denen offenkundig der Individualwettbewerb Vorrang vor dem arbeitsrechtlichen Kollektivismus genießen soll – und Mindestarbeitsbedingungen nicht autonom kartelliert, sondern nur vom Staat nach § 90 b HGB festgesetzt werden sollen. Freilich ist das nur eine Entscheidung des einfachen Gesetzgebers. Ihr läßt sich richtiger Auffassung nach nicht die Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG entgegenhalten<sup>142</sup>. Denn daß die Verfassung die Grenzziehung zwischen Arbeitsmarkt und Gütermarkt und damit den antagonistischen Marktkonzeptionen selbst vornehmen und dem Gesetzgeber jeden ordnungspolitischen Gestaltungsspielraum absprechen will, läßt sich dem Grundrecht nicht entnehmen.

Den prozessualen Aspekten will ich nur einen kurzen Hinweis widmen: Erstens bedeutet der Widerspruch zwischen Arbeits- und Wirtschaftsrecht meines Erachtens, daß ein neuer rechtsfortbildend erweiterter Arbeitnehmerbegriff nicht von den Arbeitsgerichten allein formuliert werden darf, sondern daß der Gemeinsame Senat der Obersten Gerichtshöfe des Bundes anzurufen ist. Zweitens stellt sich ein Zuständigkeitsproblem: Für Arbeitssachen sind die Arbeitsgerichte ausschließlich zuständig (§ 2 ArbGG); für Kartellsachen gilt die ausschließliche Zuständigkeit der Kartellgerichte (§§ 87, 96 Abs. 1 GWB). Wie diese Konkurrenz aufzulösen ist, müssen Prozessualisten klären. Ergänzend ist darauf hinzuweisen, daß von der Antwort auch die Aussetzungspflicht für kartellrechtliche Vorfragen nach § 96 Abs. 2 GWB abhängt.

---

140 Siehe den klassischen Fall des »Gagenstopp-Abkommens«, BKartA 6. 8. 1962, WuW/E BKartA 502; dazu *Lieb*, Die Schutzbedürftigkeit arbeitnehmerähnlicher Personen, RdA 1974, S. 257, 261.

141 Zu den Ansätzen für ein arbeitsrechtliches Kartellverbot wenigstens gegenüber Einstellungssperren und Höchstarbeitsbedingungen *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb (Fn. 17), Rn. 1041 ff., 1695 ff.; *Säcker/Oetker*, Höchstnormenbeschlüsse der Koalitionen zwischen Freiheitsschutz und Verbandsautonomie, ZfA 1996, S. 85 ff.

142 Nachw. oben Fn. 14 und 15.

## V. Ergebnis

Das Vertragsrecht des Privatrechts unter Einbezug der für den Dienstvertrag des Arbeitnehmerähnlichen und das Wirtschaftsrecht schützen den wirtschaftlich Abhängigen bereits weitreichend. Daß die verbleibende Schutzdifferenz zum Arbeitsrecht eine zu beseitigende Schutzlücke bedeute, ist nicht nachgewiesen. Daß das Arbeitsrecht besser als das Wirtschaftsrecht vor wirtschaftlichen Risiken schützen könne, läßt sich erst recht nicht sagen. Damit ist die Ausdehnung des Arbeitsrechts durch erweiternde Neukonturierung des Arbeitnehmerbegriffes nicht erforderlich.

Umgekehrt wirkt sich die »Einführung des ganzen Arbeitsrechts« auf die relativ selbständigen aber wirtschaftlich abhängigen Erwerbspersonen nachteilig aus:

– Sie verlieren ihr vom Privat- und Wirtschaftsrecht, insbesondere vom GWB, gesichertes Recht, ungerechtfertigte Beschneidungen ihrer relativen Selbständigkeit abzuwehren, ja sogar eine ihren wirtschaftlichen Risiken entsprechende wirtschaftliche Chance beanspruchen zu können. Denn für das an der Unselbständigkeit ausgerichtete Arbeitsrecht hat eine auch nur relative Selbständigkeit keinen normativen Wert.

– Sie verlieren ihr Recht am eigenen Arbeitsergebnis an den Arbeitgeber, wie insbesondere § 89 b HGB zeigt.

– Sie werden von Rechts wegen in ihrem Aktionsradius auch noch eingeengt – durch das Wettbewerbsverbot des § 60 HGB.

Damit ist die Ausweitung des Arbeitnehmerbegriffes ein unverhältnismäßiger, weil nicht erforderlicher Eingriff in die Berufsfreiheit der relativ Selbständigen. Daß der volle Arbeitsrechtsschutz diese Nachteile individuell kompensieren kann, will ich nicht bestreiten. Aber es ist nicht Aufgabe des Arbeitsrechts als einem Teil des Privatrechts, sozialfürsorgerische Vertragskontrolle zu betreiben, den relativ selbständigen und ebenso relativ wirtschaftlich abhängigen Erwerbspersonen die restliche Freiheit zu nehmen, sie damit aus der verbleibenden Eigenverantwortung und -vorsorge zu entlasten und als Ausgleich mit den Wohltaten des Arbeitsrechts zu beglücken<sup>143</sup>.

Die Forderung nach einem neuen Arbeitnehmerbegriff erinnert mich an den kleinen Häwelmann: Ihrem »Mehr-mehr« an Arbeitsrecht ist entschieden entgegenzutreten – *de lege lata* wie *de lege ferenda*. Nur so kann dem Primat von Vertrag und Wettbewerb<sup>144</sup> Rechnung getragen werden: *Soviel freiheitswahrendes Privat- und Wirtschaftsrecht wie irgend möglich, soviel kompensatorisches Arbeitsrecht als eben nötig.*

---

143 Hierzu *Fastrich*, Vom Menschenbild des Arbeitsrechts, FS Kissel (1994), S. 193.

144 *Rittner*, Das Kartellgesetz als die magna charta des Unternehmers? FS Raisch (1995), S. 492, 494 f.; *Canaris*, Verfassungs- und europarechtliche Aspekte der Vertragsfreiheit in der Privatrechtsgesellschaft, FS Lerche (1993), S. 873, 879.