

10 SCHUTZ UND KOLLEKTIVE PRIVATAUTONOMIE – DAS ARBEITSVERHÄLTNIS IN SEINER BESONDERHEIT

Eva Kocher

SUMMARY

The idea that employment and labour contracts constitute a very specific kind of civil contract is very common in Germany, as it is in other legal systems. But in the end, what does the specificity amount to? One of the main characteristics of the employment relationship is its long-term orientation, which, however, is quite common in a variety of civil contracts. The same is true of the dependence of one party on another; economic interdependency causes power inequalities in a great variety of economic civil contracts. Nevertheless, there are two criteria that can be used to distinguish the employment relationship. One is subordination, in the sense of one party (the employee) being integrated into the employer's organisational division of labour, an aspect of linked contracts in the sense of EuSoCo principle 5. The other is the fact that employment (for most people) is the basis of livelihood; the life time contract not only has a strong "human dimension" (EuSoCo-principle 2), but it is also supposed to provide regular income in the sense of EuSoCo principle 14.

This chapter evaluates how the latter fact, in particular, can be used to apply some aspects of employment and labour law to contracts of employment that have not belonged to 'employment law' or 'labour law' in the strict sense. It also points to the problem of integrating contracts in three-way-relationships into a system of employment safeguards by using the legal concepts of linked contracts (EuSoCo principle 4) in terms of "subordination" and "integration in an organisation".

Das Arbeitsrecht ist nicht nur das Dauerschuldverhältnis mit überragender Bedeutung für Leben und Existenzsicherung eines Großteils der Bevölkerung – es ist auch ein Rechtsbereich, der in den meisten Rechtsordnungen weitgehend außerhalb des allgemeinen Zivilrechts geregelt ist. Das BGB wurde mit den Regelungen der §§ 617-619 BGB (die sogenannte „Fürsorgepflicht des Arbeitgebers“¹) zwar mit einem Tropfen „sozialen Öls“

1 Kritisch zu dieser Begrifflichkeit, die in engem Zusammenhang mit der Idee des „Gemeinschaftsverhältnisses“ steht, unten bei Fn. 97 ff; zivilrechtlich handelt es sich bei der „Fürsorge“ um nichts anderes als die Wahrnehmung allgemeiner vertragsrechtlicher Nebenpflichten (§ 242 Abs. 2 BGB) (so auch schon Schwerdtner, P. (1970)).

gesalbt.² Über Regelungen zur Kündigungsmöglichkeit grundsätzlich unbefristeter Verträge gingen die §§ 611 ff. BGB ansonsten nicht wesentlich hinaus. Es mag in Deutschland zwar kein Arbeitsgesetzbuch geben; die Tatsache, dass es eine jahrzehntealte Diskussion um eine solche Kodifikation gibt,³ jedoch keine Überlegungen einer stärkeren Integration des Arbeitsrechts ins BGB, zeigt, wie stark das Verständnis des Arbeitsrechts als „Sonderprivatrecht“⁴ auch in Deutschland verankert ist.

Ob diese Disparität nun, wie schon Anton Menger meinte,⁵ der Fall war, „obgleich die ungeheure Mehrheit der Besitzlosen, ja die große Mehrheit der ganzen Nation darauf ihre Existenz gründet“ – oder vielmehr „weil“ dies so ist, soll zunächst offen bleiben. In den neueren Diskussionen um den sozialen Schutz in werkvertraglichen Konstellationen oder in der Leiharbeit⁶ wird jedenfalls wieder deutlich, dass diese Trennung zwischen zivil- und arbeitsrechtlichen Verträgen durchaus nicht unproblematisch ist. Erwerbsarbeit wird in unterschiedlichen Beschäftigungs- und Vertragsformen geleistet, und Arbeit wird durch Unternehmen auf unterschiedliche Art und Weise genutzt, ohne dass diese Unterschiede sich wesentlich in den Umständen der Arbeitsleistung widerspiegeln würden und ohne dass diese Unterschiede wesentlich etwas am Regulierungsbedarf und den Interessen der Beschäftigten ändern würden. Durch die Trennung des Arbeitsrechts vom Zivilrecht hat dennoch die Unterscheidung zwischen einem Arbeitsvertrag mit Arbeitnehmer/in und Arbeitgeber/in einerseits und einem zivilrechtlichen Werk-, Honorar- oder anderen Dienst mit Auftraggeber/in und Auftragnehmer/in andererseits gravierende Rechtsfolgen, die sich mit den sozialen Sachverhalten und Interessenkonstellationen, die ihnen zugrunde liegen, häufig nicht rechtfertigen lassen.

Effektivität und Wirksamkeit des Arbeitsrechts wird sich in diesen Brüchen nur gewährleisten lassen, wenn die tiefe Spaltung zwischen Arbeits- und Zivilrecht nicht nur aus zivilrechtlicher Sicht⁷, sondern auch aus arbeitsrechtlicher Sicht in Frage gestellt wird. Statt nach „mehr Zivilrecht ins Arbeitsrecht“ wäre zu fragen: Wie kommt „mehr Arbeitsrecht ins Zivilrecht“?⁸

2 Zu dieser Metapher und ihrer damaligen Verwendung (Otto Gierke sprach von „sozialistischem Öl“) Reppen, T. (2000) p. 406.

3 Siehe z.B. Römer, P. (1970); Deutscher Gewerkschaftsbund (1977); zu den Debatten in der Kaiserzeit siehe Becker, M. (1995) pp. 299 ff; zuletzt die Diskussion um den Entwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes von Henssler/Preis für die Bertelsmann-Stiftung, Bertelsmann Stiftung (2012). URL: http://www.bertelsmannstiftung.de/cps/rde/xchg/bst/hs.xml/prj_52988.htm; grundsätzlich dagegen: Weiss, M. (2008) pp. 14 f.

4 Zum Begriff „Sonderprivatrecht“ und seiner Kritik Kocher, E. (2007) pp. 76 f.

5 Menger, A. (1904) pp. 160 ff.; Reppen, T. (2000) zu den damals gegebenen Gründen für die Vernachlässigung des Arbeitsvertrags der Industriearbeiter.

6 Siehe z.B. Däubler, W.: Regulierungsmöglichkeiten im Zusammenhang mit Werkverträgen (2011); zu den empirischen Fragen siehe auch Otto Brenner Stiftung; Koch, A. et al.: Werkverträge in der Arbeitswelt: OBS-Arbeitspapier Nr. 2 (2012); siehe auch schon die Fragen in Kommission der Europäischen Gemeinschaften: Grünbuch: KOM(2006) 708 endg. (22.11.2006).

7 Richardi, R. (1974); Lobinger, T. (2011).

8 Dies ist die „vierte Perspektive“, zu der sich Perulli selbst bekennt (Perulli, A. (2003). URL: http://www.metiseurope.eu/content/pdf/n8/7_parasubordination.pdf. pp. 102 f, 105).

10.1 „ARBEITSRECHT“: RECHTSFOLGEN

10.1.1 „Humanität“ für „Lebenszeitverträge“ und „Existenzsicherung“: Langfristigkeit⁹ und Sicherung von Existenzgrundlagen¹⁰

Zunächst einmal zu den spezifischen zwingenden Rechten und Ansprüchen, die sich im Zusammenhang mit einem Arbeitsvertrag ergeben. Hier wäre zunächst der Schutz von Gesundheit und Sicherheit am Arbeitsplatz zu nennen. § 618 BGB ist insofern die Grundnorm im deutschen Recht; ausführlich geregelt ist dies jetzt im Arbeitsschutzgesetz, das bis heute teil mit öffentlich-rechtlichen Instrumenten agiert.¹¹ Dazu gehört u. a. das Arbeitszeitgesetz mit der Begrenzung der Höchstarbeitszeit; auch das Urlaubsrecht dient in erster Linie dem Schutz der Gesundheit der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer.¹²

Dann gibt es eine weitere Gruppe von Normen, die vor allem Kontinuitätsinteressen und die entsprechende soziale Sicherung der Beschäftigten regeln. Dazu gehören der Kündigungsschutz, aber auch das Recht des Betriebsübergangs (das sogar im BGB geregelt ist, siehe § 613a BGB). Das Befristungsrecht gehört als Ausnahme vom grundsätzlichen Kündigungsschutz und Durchbrechung des Grundsatzes des unbefristeten Arbeitsverhältnisses¹³ ebenfalls in diese Gruppe von Normen.

Wie stark gerade im Arbeitsrecht das gesamte Leben der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer geregelt und durch Rechte abgestützt wird, zeigt sich darüber hinaus an den zahlreichen Regelungen zur Vereinbarkeit von Familie, Privatleben und Erwerbsarbeit: Elternurlaub, Teilzeitansprüche, selbst die Regelungen über die behinderungsgerechte Anpassung von Arbeitsplätzen oder über die gegenseitigen Verpflichtungen, Weiterbildung anzubieten und an Weiterbildung teilzunehmen, sind Ausdruck der Langfristigkeit des Arbeitsverhältnisses und der Tatsache, dass auf ihm die gesamte Existenz der Mehrzahl der Menschen gründet.¹⁴

Neben den arbeitsrechtlichen Normen im engeren Sinn stehen die sozialrechtlichen und sozialversicherungsrechtlichen Sicherungen bei den Risiken des Alters, der Gesundheit und der Arbeitslosigkeit. Auch sie knüpfen an das Bestehen eines Arbeits- oder Beschäftigungsverhältnisses an.

9 Siehe oben Prinzipien sozialer Dauerschuldverhältnisse Prinzip Nr.1 (Lebenszeitverträge) und 3 (Langfristigkeit).

10 Prinzip Nr. 2 (Humanität) und 14 (Existenzsicherung).

11 Nogler, L./Reifner, U. (2010) p. 54 zur Geschichte.

12 Prinzip Nr. 5 (Rücksichtnahme).

13 Art. 24 der ESC (Europäische Sozialcharta) und Art. 30 EU-Grundrechtscharta; siehe auch schon Erwägungsgrund 6 der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge, Richtlinie 1999/70/EG (Rat der Europäischen Union: Richtlinie 1999/70/EG des Rates vom 28. Juni 1999 zu der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge: L 175 (1999)).

14 Zu diesen Regelungen ausführlich Kocher, E./Groskreutz, H. et al. (2013).

Zur Regelung des unmittelbaren Austauschverhältnisses und damit der Existenzsicherung der Beschäftigten gibt es in Deutschland hingegen relativ wenige staatliche Normen – wie auch in anderen Rechtsbereichen. Der liberale Grundsatz, dass die Regelung des Austauschverhältnisses (also des Preises) allein dem Markt überlassen bleiben soll, manifestiert sich z.B. darin, dass das AGB-Recht die Austauschbedingungen und Preise von der AGB-Kontrolle ausnimmt (§ 307 Abs. 4 Satz 3 BGB). Wichtigste gesetzliche Norm hierzu ist das Wucherverbot, das jedoch als solches nicht spezifisch arbeitsrechtlich ist (§ 138 BGB). Einen allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn gibt es in Deutschland (noch) nicht.¹⁵

10.1.2 „Kollektivität“: Die Bedeutung der Tarifautonomie¹⁶

Begründet wird das Fehlen gesetzlicher Mindestentgelte häufig damit, dass Mindestentgelte im deutschen Recht fast ausschließlich in Anknüpfung an tarifliche Normen festgesetzt und festgestellt werden (§ 5 TVG, AEntG, § 3a AÜG).¹⁷ Der Anwendungsbereich des AEntG, das es seit einigen Jahren erleichtert, tarifliche Normen auf alle Arbeitsverhältnisse im Geltungsbereich anzuwenden, wird stetig ausgedehnt,¹⁸ während das Gesetz über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen in Kommissionen (MiArbG) noch nicht aktiviert wurde.

Auch für die Feststellung von Lohnwucher nach § 138 BGB und § 291 Abs. 1 Nr. 3 StGB wird mittlerweile unwidersprochen an tarifliche Normen angeknüpft. Tarifverträge gelten in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zwar nicht als absolute Grenze oder maßgebliche Orientierungsmarke für die Bestimmung von Lohnwucher. Sie werden aber als Ausdruck des Marktpreises zugrunde gelegt bzw. – in den Worten des Bundesarbeitsgerichts – als Ausdruck des „objektiven Werts der Arbeitsleistung“, der sich nach dem „allgemeinen Lohnniveau im Wirtschaftsgebiet“ bestimme,¹⁹ das nur dann den Tarifentgelten des jeweiligen Wirtschaftszweiges entspreche, wenn diese „üblich“ seien – was angenommen wird, wenn mindestens 50% der Arbeitgeber in dem Wirtschaftsgebiet tarifgebunden sind oder wenn mindestens 50% der Beschäftigten bei tarifgebundenen

15 Zur Debatte siehe z.B. Nassibi, G. (2012); Waltermann, R. (2010) sowie die Beschlussempfehlung 10 des 68. Deutschen Juristentags 2010.

16 Prinzip Nr. 3 (Langfristigkeit).

17 Prinzip Nr. 9 (Entgelt).

18 Siehe die Ausdehnungen des Anwendungsbereichs in § 4 AEntG; vgl. auch die Diskussion um die Erleichterung der Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG, z.B. Bispinck, R. (2012).

19 Zuletzt BAG: Gleichbehandlungsgrundsatz, Lohnwucher. AppNo. BAG (5 AZR 527/99), AuR 2001, 509. Erfurt: 23.05.2001. m. krit. Anm. Peter.

Arbeitgebern arbeiten.²⁰ Gibt es eine solche tarifliche Regelung, die den Marktwert der Arbeit festlegt, so betrachten die Arbeitsgerichte ein Entgelt von 50% des Tarifentgelts als Lohnwucher, in Ausnahmefällen auch eine geringere Differenz.²¹

Die tarifliche Regelung hat jedoch weit über das Entgelt hinaus Bedeutung für das Arbeitsrecht. Es ist kein Zufall, dass mit Hugo Sinzheimer ein Rechtswissenschaftler zu den Begründern des Sozialen Arbeitsrechts²² wurde, für den der Tarifvertrag den Mittelpunkt des Arbeitsrechts darstellt, das zentrale Instrument zum Schutz der Rechte der Arbeitnehmer.²³ Das Urlaubsrecht oder die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall wurden genauso wie das gesamte Sozialversicherungsrecht aus kollektivvertraglichen oder sonstigen kollektiv gewerkschaftlich organisierten Institutionen entwickelt. Und bis heute werden neue Regulierungsfragen wie Weiterbildungsrechte oder Arbeitszeitmodelle zunächst in Tarifverträgen vorgeprägt, bevor an eine etwaige gesetzliche Regelung zu denken ist.²⁴

Insofern trifft der Satz, die Tarifautonomie sei „kollektiv ausgeübte Privatautonomie“²⁵ einen Kern des deutschen Arbeitsrechts: Arbeitsrecht erwächst zu einem guten Teil aus dem kollektiven gewerkschaftlichen Zusammenschluss und damit aus der Selbstorganisation der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer. Bereits Lotmar und Sinzheimer, die Begründer des kollektiven Arbeitsrechts, sahen den Tarifvertrag im Gegensatz zum Einzelarbeitsvertrag dadurch als legitimiert an, soweit es sich um wirkliche „Vereinbarungen“ handle.²⁶ Die Bedeutung der Tarifautonomie geht weit darüber hinaus, nur die unmittelbaren Austauschbedingungen oder den Preis festzulegen. Der kollektive Zusammenschluss war von Anfang an auch ein Instrument der demokratischen Mitwirkung an der Gestaltung der Erwerbsarbeit. Die Dynamiken der Solidarität und Gruppenbildung wurden und werden dabei durch Branchen- und Organisationsdynamiken genauso

20 BAG: Feststellung eines Lohnwuchers. AppNo. BAG (5 AZR 436/08), NZA 2009, 837. Erfurt: 22.04.2009. Rn 24; BAG: Lohnwucher; Auffälliges Missverhältnis; Maßgeblicher Wirtschaftszweig [Zuordnung nach Unionsrecht]. AppNo. BAG (5 AZR 630/10), NZA 2012, 978. Erfurt: 18.04.2012; ausführlich zur Feststellung der Tarifbindung LAG Hamm: Sittenwidriger Lohn im Einzelhandel. AppNo. 6 Sa 1284/08, BB 2009, 893. Hamm: 18.03.2009.

21 BAG: Ein-Tages-Arbeitsverhältnis; Betriebsübergang; Lohnwucher; verwerfliche Gesinnung. AppNo. BAG (5 AZR 268/11), BB 2012, 2375. Erfurt: 16.05.2012. Ausführlich zu diesen Problemen auch Nassibi, G. (2012) pp. 48 ff.

22 Zum Begriff Eichenhofer, E. (2012); Seifert, A. (2011); siehe aus heutiger Sicht: Kocher, E./Groskreutz, H. et al. (2013).

23 Zu Konzept und Bedeutung Sinzheimers im Einzelnen Blanke, S. (2005).

24 Siehe ausführlich Kocher, E./Groskreutz, H. et al. (2013), Kap. 5.

25 Brecht-Heitzmann, H./Kempen, O.-E. et al. (eds.) (2013) p. 106, Rn 78; Dieterich, T. (1998) pp. 121 ff; Dieterich, T. (2012b); Löwisch, M.; Rieble, V.: Tarifvertragsgesetz (2012); Rieble, V. (2000) pp. 12 ff; Bayreuther, F. (2005) pp. 57 ff und passim.

26 Zu Lotmar siehe z.B. Zachert, U. (2007) Siehe auch BVerfG: Verfassungsmäßigkeit der durch Heimarbeiterausschüsse Entgeltfestsetzungen. AppNo. BVerfG (2 BvL 27/69), BVerfGE 34, 307, 316. Karlsruhe: 27.02.1973; BVerfG: Schutzzumfang des Art. 9 Abs. 3 - Arbeitskampf. AppNo. BVerfG (1 BvR 779/85), BVerfGE 84, 212, 229. Karlsruhe: 26.06.1991.

bestimmt wie durch die kollektiven Zusammenhänge, die durch die Gemeinsamkeit im arbeitsteiligen Arbeitszusammenhang entsteht.

Rechtstechnisch hat die Tarifautonomie nicht nur dazu gedient, Normen und Generalklauseln „auszufüllen“ sowie neue Schutznormen zu entwickeln. Sie war in der Vergangenheit auch häufig Grund dafür, auf sozialen Schutz, den das Zivilrecht anbot, im Arbeitsrecht zu verzichten. So werden Allgemeine Arbeitsbedingungen erst seit der Schuldrechtsreform 2002 einer Einbeziehungs- und Inhaltskontrolle unterzogen (§§ 305 ff. BGB); zuvor war man der Auffassung, dass die weitgehende kollektive Überformung der individuellen Arbeitsverträge einen Interessenausgleich gewährleiste, der den Rückgriff auf die gerichtliche AGB-Kontrolle nicht erforderlich mache. Auch heute noch werden Arbeitsverträge keiner Inhaltskontrolle unterworfen, soweit sie nur auf Tarifverträge Bezug nehmen (§ 307 Abs. 3, § 310 Abs. 4 Satz 3 BGB²⁷). Das Argument des Vorrangs der Tarifautonomie vor der gesetzlichen Regelung ist in den letzten Jahren sogar auf Arbeitgeberseite Mode geworden²⁸; diese betrachten die Tarifautonomie zu diesem Zweck allerdings nur formal und trennen sie von ihren materiellen Grundlagen eines effektiven und funktionierenden solidarischen kollektiven Zusammenschlusses²⁹.

10.1.3 *Die Regelung der arbeitsteiligen Kooperation*

Die betriebliche Mitbestimmung lässt sich systematisch von der kollektiven Selbstorganisation in Gewerkschaften unterscheiden – und zwar nicht nur deshalb, weil die betriebliche Mitbestimmung durch Betriebsräte in Deutschland gesetzlich geregelt ist und nicht auf dem freien Zusammenschluss, sondern der gesetzlichen Verfasstheit beruht. Hier geht es häufig auch um andere Gegenstände als im Tarifvertrag; oft geht es um den „horizontalen“ Interessenausgleich unter den Beschäftigten des Betriebes. Es ist kein Zufall, dass § 75 BetrVG mit der Anforderung von Gleichbehandlung, Diskriminierungsschutz und Gewährleistung persönlicher Freiheit die zweitwichtigste Grenze der betrieblichen Mitbestimmung darstellt (die wichtigste Grenze ist die der Kompetenz der Tarifparteien und der Tarifautonomie, siehe § 77 Abs. 3, § 87 Eingangssatz BetrVG, dort auch zu den Grenzen der Gesetze).

Bezugspunkt und Gegenstand der betrieblichen Mitbestimmung ist die Regelung des arbeitsteiligen Zusammenhangs – für die im Individualarbeitsrecht ansonsten allein das Direktions- und Weisungsrecht des Arbeitgebers bereit stünde.

27 A.A. (kein allgemeiner Grundsatz, wonach die Hauptkondition immer kontrollfrei bleiben müsse): Däubler, W./Bonin, B. et al. (2010) § 307 BGB, Rn. 281 ff; Däubler, W. (2012) p. 545.

28 Z.B. Sodan, H./Zimmermann, M. (2008) pp. 528 ff; Thüsing, G. (2008).

29 Dies äußert sich konkret meist in der Nichtberücksichtigung der Notwendigkeit einer Tariffähigkeitskontrolle (sehr deutlich bei Thüsing, G./Lembke, M. (2007)).

Die Norm über das Weisungsrecht des Arbeitgebers (§ 106 GewO) stellt in zweifacher Hinsicht eine Grundlage des Arbeitsrechts dar: Einerseits geht sie von der vertraglichen Vereinbarung eines einseitigen Weisungsrechts in Bezug auf „Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung“ aus – andererseits scheint sie dies als Rechtsfolge erst zu begründen. Die Regelung dokumentiert und erkennt die Risikoverteilung des Arbeitsverhältnisses an: Der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin verpflichtet sich gerade nicht zur Erbringung einer bestimmten Leistung, sondern lediglich dazu, seine Arbeitskraft und damit ihr menschliches Vermögen zur Verfügung zu stellen.³⁰ Die Nutzung dieser Arbeitskraft zur „Wertschöpfung“ und damit zu Gewinnerzielung auf den Güter- und Dienstleistungsmärkten ist dem Arbeitgeber überlassen – der dies in einem konkreten arbeitsteiligen Zusammenhang erst zu organisieren hat. Er trägt dieses Nutzungsrisiko; die Regelung über den Annahmeverzug in § 615 BGB ist deshalb das notwendige Gegenstück zum Direktionsrecht.

In der Organisation dieses kollektiven arbeitsteiligen Zusammenhangs haben die Betriebsräte als Interessenvertretungen der Beschäftigten ihre Rolle zu spielen.

10.1.4 „Zugang“ zum Arbeitsmarkt und Diskriminierungsschutz³¹

Bei der Regelung des arbeitsteiligen Zusammenhangs geht es in erster Linie um Gleichbehandlungsfragen und meist nur indirekt um Fragen der Verteilung zwischen Arbeitgeberin und Arbeitnehmer. Es ist dabei kein Zufall, dass individuelle Rechte der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die sich auf Kontinuität und/oder konkrete Anpassungen ihres Arbeitsverhältnisses richten, wie z. B. Rechte auf Neuorganisation der Arbeitszeit für allein erziehende Eltern, typischerweise in Konflikt mit der betrieblichen Mitbestimmung geraten, die solche Ausgleichsprozesse herkömmlich nach dem Prinzip der formalen Gleichbehandlung organisiert.³²

Solche Rechte, die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nicht allein in ihrer Funktion für den Betrieb, sondern gerade in ihren Unterschieden und Privatheiten respektieren, sind nicht zuletzt deshalb lange Zeit von den Gewerkschaften und Betriebsräten wenig beachtet worden, weil diese mit der „Stammarbeiterschaft“ gleichzeitig auch das herrschende Produktionsmodell und mit diesem das herrschende Familienmodell repräsentierten, das auf einer geschlechtshierarchischen Arbeitsteilung beruht.³³ Sogar in

30 Ständige Rechtsprechung des BAG (BAGE 109, 87; BAGE 125, 257: „Die Leistungspflicht [. . .] orientiert sich an der Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers“).

31 Prinzip Nr. 8 (Zugang).

32 Ausführlich Kocher, E./Groskreutz, H. et al. (2013).

33 Zu diesen Zusammenhängen Kohlrausch, B./Zimmer, B.: Erwerbsbiographien im Wandel (2012); zum Wandel siehe auch Sachverständigenkommission zur Erstellung des Ersten Gleichstellungsberichtes der Bundesregierung; Klammer, U. et al.: Neue Wege - Gleiche Chancen (2011).

der rechtswissenschaftlichen Debatte ist dies nachvollzogen worden, indem die liberale Entgegensetzung von „ökonomischem“ Interesse und Diskriminierungsschutz als innere Logik des Arbeitsmarktes behauptet wurde.³⁴

Hier wird eine spezifische Entwicklung der kollektiven Zusammenschlüsse, die sich im Zeitalter des Fordismus entwickelt hat, zu Unrecht verallgemeinert und übersehen, dass gerade die Bedeutung eines langfristigen Vertrags, auf dem die ökonomische Existenz beruht, ein Menschenrecht auf Zugang zu diesen Gütern und Dienstleistungen erforderlich macht – und es deshalb kein Zufall ist, dass der Diskriminierungsschutz im Arbeitsrecht weiter entwickelt ist als in anderen zivilrechtlichen Bereichen. Genauso wenig ist es jedoch ein Zufall, wenn der Diskriminierungsschutz viele exklusive Regelungen in Kollektivverträgen zum Angriffsobjekt hatte.³⁵

10.2 DER RECHTSBEGRIFF DES „ARBEITNEHMERS“

Die hier beschriebenen Rechtsfolgen und Regelungsinstrumente sind insofern spezifisch „arbeitsrechtlich“, als sie nicht in gleicher Weise im sonstigen Vertrags- und Zivilrecht aufzufinden sind. Es liegt deshalb nahe anzunehmen, dass die besonderen Merkmale des „Arbeitsverhältnisses“ diese besonderen Rechtsfolgen begründen (können).

10.2.1 „Persönliche“ Abhängigkeit: Einbindung in den arbeitsteiligen Zusammenhang

Arbeitsrechtliche Gesetze und Kollektivverträge beziehen sich in der Regel auf ein Arbeitsverhältnis zwischen „Arbeitnehmer“ und „Arbeitgeber“, dessen Zentralbegriff die „persönliche Abhängigkeit“ darstellt.

Dieser Begriff wird in der deutschen Rechtsprechung insbesondere aus der Abgrenzung zur „Selbstständigkeit“ i. S. d. § 84 Abs. 1 Satz 2 HGB entwickelt. Diese Norm sieht es als maßgeblich für die Selbstständigkeit eines Handelsvertreters an, dass er „im wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann“. Nach Meinung des BAG enthält diese Norm „eine allgemeine gesetzgeberische Wertung“³⁶, ein „typisches

34 Kritisch dazu auch Schiek, D. (2012) in der Auseinandersetzung mit Somek.

35 Siehe insbesondere die Rechtsfragen zur Zwangspensionierung und zu Altersgrenzen (EuGH Royal Copenhagen; EuGH: Rosenblatt gegen Oellerking Gebäudereinigungsges. mbH. AppNo. C-45/09. Luxemburg: 12.10.2010; EuGH: Prigge, Fromm, Lambag gegen Deutsche Lufthansa AG. AppNo. C-447/09. Luxemburg: 13.09.2011; EuGH: Hennings gegen Eisenbahn-Bundesamt / Land Berlin gegen Mai. AppNo. C-297/10, C-298/10. Luxemburg: 08.09.2011; BAG: Unmittelbare Diskriminierung wegen des Alters bei altersabhängiger Staffelung der Urlaubsdauer - §26 TVöD. AppNo. BAG (9 AZR 529/10), NZA 2012, 803. Erfurt: 20.03.2012.

36 BAG: Befristeter Arbeitsvertrag mit studentischer Aushilfskraft. AppNo. BAG (7 AZR 657/92), AfP 1994, 72. Erfurt: 20.10.1993.

Abgrenzungsmerkmal“, „zumal dies die einzige Norm ist, die dafür Kriterien enthält“³⁷. Der Typus knüpft ausschließlich an das Verhältnis zwischen den Arbeitsvertragsparteien an und fragt, inwiefern der Arbeitnehmer in die Organisation des Arbeitgebers eingebunden ist. Maßgeblich sei der Grad der „persönlichen Abhängigkeit“ im Verhältnis zum jeweiligen Arbeitgeber, das heißt insbesondere die Weisungsgebundenheit und die Eingliederung in die betriebliche Ablauforganisation, vor allem hinsichtlich der Arbeitszeit und der Ausführung der Aufgaben.

Für das Sozialrecht wurde der Kern dieser Rechtsprechung in § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB IV kodifiziert („Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers“).

Hier wird offensichtlich versucht, die Machtbeziehung rechtlich zu beschreiben, die aus der Organisation des arbeitsteiligen Zusammenwirkens durch den Arbeitgeber erwächst. So ist die Weisungsabhängigkeit und Eingebundenheit in den Betrieb sowohl Tatbestandsmerkmal als auch Rechtsfolge (siehe § 106 GewO). Die Merkmale „Vertrag“ und „Begründung des Weisungsrechts“ werden in der Regel wohl deshalb konstruktiv selten getrennt, weil die Begründung des Herrschaftsverhältnisses gerade durch den Vertrag erfolgt. Schon Sinzheimer definierte deshalb „den Anstellungsvertrag als Dienstvertrag über abhängige Arbeit“, bei der eine „Hingabe in fremde Verfügungsgewalt“ und eine „tatsächliche Einordnung in den Gewaltbereich des Arbeitsgebers“ erfolge.³⁸

Die Verwendung eines „Typus-Begriffs“ erleichtert eine flexible Einbeziehung neuer Elemente und Gesichtspunkte. Er erleichtert auch die Durchsetzung des Prinzips „Vorrang der Tatsachen“³⁹: Die Zuordnung zu einem Typus wird nicht durch die Bezeichnung und Beschreibung des Vertrags durch die Parteien bestimmt, sondern durch die tatsächliche vertragliche Praxis. Im Einzelnen bedienen sich die Arbeitsgerichte (sowie der daran anknüpfende Gesetzgeber des § 7 Abs. 1 SGB IV) – „nicht des tatbestandlich scharf kontrollierten Begriffs, der auf eine einfache Subsumtion hoffen ließe, sondern der Rechtsfigur des Typus; die [erfassten . . .] Personen werden nicht im Detail definiert, sondern ausgehend vom Normalfall in der Form eines Typus beschrieben. Den jeweiligen Typus und dessen Kenntnis setzt das Gesetz stillschweigend voraus; es übernimmt ihn so, wie ihn der Gesetzgeber in der sozialen Wirklichkeit idealtypisch, d.h. im Normal- oder Durchschnittsfall vorfindet. Es ist nicht erforderlich, daß stets sämtliche als idealtypisch erkannten, d.h. den Typus kennzeichnenden Merkmale (Indizien) vorliegen. Diese können vielmehr in unterschiedlichem Maße und verschiedener Intensität gegeben sein; je

37 BAG: Rechtsanwalt als arbeitnehmerähnliche Person. AppNo. BAG (2 AZB 32/92), AP Nr. 12 zu § 5 ArbGG 1979. Erfurt: 15.04.1993.

38 Zur Auseinandersetzung mit der sog. „Eingliederungstheorie“ siehe aber unten bei Fn.95.

39 Waas, B. (2012); siehe auch unten bei Fn. 86.

für sich genommen haben sie nur die Bedeutung von Anzeichen oder Indizien. Entscheidend sind jeweils ihre Verbindung, die Intensität und die Häufigkeit ihres Auftretens im konkreten Einzelfall. Maßgeblich ist das Gesamtbild⁴⁰.

10.2.2 „Wirtschaftliche“ Abhängigkeit: Basis der Existenzsicherung

Die deutsche Rechtsprechung noch des Reichsarbeitsgerichts hatte sich für die Bestimmung der Arbeitnehmereigenschaft allerdings zunächst an der „wirtschaftlichen Abhängigkeit“ orientiert, wobei als maßgeblich gesehen wurde, aus welchen Erwerbsquellen die abhängige Person ihr Einkommen bezieht. Gesetzgebung und Rechtsprechung haben sich in den letzten Jahrzehnten zwar von diesem Ausgangspunkt entfernt. Der Gedanke der wirtschaftlichen Abhängigkeit findet sich im heutigen deutschen Recht jedoch immer noch im Rechtsbegriff der „arbeitnehmerähnlichen“ Person (§ 5 Abs. 1 Satz 2 ArbGG, § 2 BUrlG, § 7 Abs. 1 Nr. 3 PflegeZG, § 12a TVG, § 2 Abs. 2 Nr. 3 ArbSchG, § 3 Abs. 11 BDSG, § 6 Abs. 1 Nr. 3 AGG)⁴¹. Auch das Heimarbeitsgesetz definiert seinen Anwendungsbereich nach dem „Ausmaß der wirtschaftlichen Abhängigkeit“ (§ 1 Abs. 2 Satz 2 HAG).

Für die wirtschaftliche „Unselbstständigkeit“⁴² in diesem Sinn ist nicht die grundsätzliche Abhängigkeit von der Erwerbsquelle „Arbeitsverhältnis“ maßgeblich, sondern die konkrete wirtschaftliche Abhängigkeit von einem bestimmten Arbeitgeber bzw. Auftraggeber; es kommt darauf an, ob das dienstberechtigte Unternehmen ihre einzige Erwerbsquelle darstellt⁴³. In § 12a TVG wird dies soweit konkretisiert, dass es sich um Personen handeln muss, die im Rahmen eines Handels- oder Dienstleistungsvertrags die Arbeit „im wesentlichen“ selbst verrichten, ohne dabei auf eigene Beschäftigte zurückzugreifen, und deren Umsatz zu mehr als 50% durch einen einzigen Kunden generiert wird.

Des Weiteren müsse der wirtschaftlich Abhängige, um als arbeitnehmerähnlich angesehen werden zu können, seiner gesamten sozialen Stellung nach einem Arbeitnehmer vergleichbar schutzbedürftig sein; hierfür seien die gesamten Umstände des Einzelfalls unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung maßgeblich.⁴⁴ Strittig ist allerdings, ob

40 So kennzeichnet das BVerfG in seinem Nichtannahmebeschluss diese Methode, und hielt sie im Zusammenhang mit der Definition der sozialversicherungs- und beitragspflichtigen Beschäftigung in § 7 Abs. 1 SGB IV für zulässig und sinnvoll; sie genüge dem Bestimmtheitsgrundsatz (BVerfG AP Nr. 82 zu § 611 BGB Abhängigkeit, Rn 7).

41 Siehe auch § 1 Abs. 1 des Gesetzes zur Stärkung des Ehrenamtes in der Jugendarbeit oder die Bildungsurlaubsgesetze der Länder Berlin, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz, Saarland, Schleswig-Holstein.

42 BAG: Arbeitsgerichtliche Zuständigkeit für arbeitnehmerähnliche Personen. AppNo. BAG (5 AZR 639/89), BAGE 66, 113 (116). Erfurt: 17.10.1990; BAG 8.9.1997, AP Nr. 38 zu § 5 ArbGG; BAG 16.7.1997, AP Nr. 37 zu § 5 ArbGG; BAG 11.4.1997, AP Nr. 30 zu § 5 ArbGG; ebenso BGH 4.11.1998, NZA 1999, 53.

43 Wank, R. (1988).

44 BAG 16.7.1997, AP Nr. 37 zu § 5 ArbGG.

dem Merkmal der „einem Arbeitnehmer vergleichbaren sozialen Schutzbedürftigkeit“ (§ 12a TVG) eine eigenständige Bedeutung zukommt. Das BAG hat die Ansicht vertreten⁴⁵, die soziale Schutzbedürftigkeit sei ein eigenständiges Kriterium. Eine Person sei z.B. dann nicht als arbeitnehmerähnlich einzustufen, wenn sie noch erhebliche andere Erwerbsquellen habe. In der Literatur wird das Merkmal der „einem Arbeitnehmer vergleichbaren Schutzbedürftigkeit“ aber als überflüssig beurteilt; die arbeitnehmerähnliche Person sei „persönlich selbständig, aber wirtschaftlich abhängig und *deshalb* sozial schutzbedürftig“⁴⁶.

10.2.3 „Beschäftigung“ als Anknüpfungsmerkmal?

Zuletzt sei ein dritter Begriff erwähnt, der im deutschen Recht immer häufiger als Oberbegriff für unterschiedliche Rechtsformen von Erwerbsarbeitsverhältnissen benutzt wird: Der Begriff des „Beschäftigten“ wird in vielen Gesetzen verwandt, die auch Bereiche des öffentlichen Dienstes, also unabhängig von der zivil- oder öffentlich-rechtlichen Rechtsform erfassen sollen. In § 4 Abs. 1 BPersVG (Bundespersonalvertretungsgesetz) z. B. heißt es: „Beschäftigte im öffentlichen Dienst im Sinne dieses Gesetzes sind die Beamten und Arbeitnehmer einschließlich der zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten sowie Richter, die an eine der [. . .] genannten Verwaltungen oder zur Wahrnehmung einer nichtrichterlichen Tätigkeit an ein Gericht des Bundes abgeordnet sind.“ Auch das Gesetz zur Gleichstellung der Geschlechter im öffentlichen Dienst (BGleG) definiert in § 4 Abs. 1 als „Beschäftigte im Sinne dieses Gesetzes“ darüber hinaus noch „Inhaberinnen und Inhaber öffentlich-rechtlicher Ämter“.

Für den Anwendungsbereich des Arbeitsschutzgesetzes erweitert § 2 Abs. 2 ArbSchG den Anwendungsbereich vor allem auf Beamtinnen und Beamte (sowie Richterinnen und Richter und Soldatinnen und Soldaten). Der Begriff erfüllt hier noch eine weitere Funktion: Er bezieht neben den „Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern“ sowie den Auszubildenden die arbeitnehmerähnlichen Personen sowie die Heimarbeiterinnen und Heimarbeiter ein. Daran knüpft § 7 Abs. 1 PflegeZG an (der jedoch die Beamtinnen und Beamten nicht erfasst), sowie § 6 Abs. 1 AGG, wo der Begriff darüber hinaus dazu verwendet wird klarzustellen, dass auch im vor- und nachvertraglichen Bereich der Anwendungsbereich desjenigen Kapitels des AGG eröffnet sei, das den Diskriminierungsschutz der „Beschäftigten“ regelt.

Darüber hinaus kommt der Begriff im Sozialversicherungsrecht vor, wo nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 SGB IV alle „Personen, die gegen Arbeitsentgelt oder zu ihrer Berufsausbildung

45 BAG AP Nr. 1 zu § 12a TVG; BAG AP Nr. 9 zu § 5 ArbGG.

46 Hromadka, W. (1997); ähnlich Boemke, B. (1998).

beschäftigt sind“, versichert sind (siehe auch für die Rentenversicherung § 1 Satz 1 Nr. 1 SGB VI und für die Krankenversicherung mit etwas anderem Wortlaut § 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V); hier sind Beamtinnen und Beamte sogar ausdrücklich ausgenommen (§ 5 SGB VI)). Hier wird erst durch die Bezugnahme auf Merkmale der persönlichen Abhängigkeit in § 7 SGB IV klar, dass letztlich nicht viel anderes gemeint ist als mit dem Begriff des „Arbeitnehmers“.

Die einheitliche Verwendung des Beschäftigten-Begriffs für ganz unterschiedliche Sachverhalte – Ausweitung auf Beamtinnen und Beamte einerseits und Ausdehnung auf wirtschaftliche abhängige Personen andererseits – führt zu einer gewissen Unklarheit.⁴⁷ Sie weist aber auch auf ein Problem hin: Rechtssystematisch wird zwischen „Arbeitsrecht“ und „Zivilrecht“ unterschieden – der Anwendungsbereich zahlreicher arbeitsrechtlicher Regelungen lässt sich mit dem Begriff des „Arbeitnehmers“ jedoch nicht angemessen abgrenzen und reicht deshalb mit dem Schutz „arbeitnehmerähnlicher“ Beschäftigungsverhältnisse und „Beschäftigter“ in das Zivilrecht hinein. Dies erfolgt jedoch nicht systematisch; vor allem aber wird es hinsichtlich seiner Folgen für das Zivilrecht nicht ausreichend reflektiert.

10.3 „SCHUTZBEDÜRFTIGKEIT“ IN DER „BESCHÄFTIGUNG“? ARBEITSRECHTLICHE VORBILDER FÜR DAS ALLGEMEINE ZIVILRECHT

Eine solche Reflektion wäre jedoch nicht zuletzt deshalb dringend erforderlich, weil Erwerbsarbeit in unterschiedlichen privatrechtlichen Gestaltungsformen erbracht wird, die in Konkurrenz zueinander treten (können). Werk-/Dienstvertragsrecht und Arbeitsrecht können auf diese Weise in Konkurrenz geraten.

10.3.1 *Zivilrechtliche Gestaltungsformen der Erwerbsarbeit*

Denn die Organisation der Erwerbsarbeit ist von Seiten der Auftraggebenden nicht selten disponibel. Wer einen arbeitsteiligen Zusammenhang organisiert, kann unter verschiedenen vertraglichen Formen und verschiedenen Organisationsformen wählen: Arbeitsvertrag („persönliche Abhängigkeit“); arbeitnehmerähnliche Personen, Heimarbeit („wirtschaftliche Abhängigkeit“), abhängige Selbstständige; Leiharbeit und andere Formen der mittelbaren Arbeitgeberstellung (häufig auch: Konstellationen der „Entsendung“ aus dem Ausland); Werkvertragskonstellationen, in denen andere Unternehmen in ihrer Funktion als Arbeitgeber Dritter beauftragt werden; selbstständige Dienstleistungs- („Honorar“-)Tätigkeit.

⁴⁷ Richardi, R. (2010) meint, dass der Gesetzgeber insofern gegen das Transparenzgebot verstoße.

Die Abgrenzungsfragen zwischen den zivilrechtlichen Vertragsformen der Beschäftigung einerseits und dem Arbeitsverhältnis andererseits waren schon immer ein rechtspolitisches Problem; es ist lange Zeit unter dem Stichwort „Scheinselbstständigkeit“ diskutiert worden. Es geht hier aber um mehr und anderes als die bloße „Falschbezeichnung“ von abhängigen Erwerbstätigen als Selbstständige⁴⁸. Hier geht es um diejenigen Vertragsverhältnisse, bei denen wegen entsprechender Ausgestaltung der Beschäftigung die Merkmale der persönlichen Abhängigkeit und damit der Weisungsgebundenheit durch Einbindung in einen organisatorischen Zusammenhang gerade nicht vorliegen.

Der Europäische Wirtschafts- und Sozialausschuss nannte in seiner Initiativstellungnahme von 2010 zum Thema „Neue Trends bei der selbstständigen Erwerbstätigkeit: der Sonderfall der wirtschaftlich abhängigen selbstständigen Erwerbstätigkeit“⁴⁹ folgende Kategorien selbstständig Erwerbstätiger, die zu unterscheiden wären:

„- Unternehmer, die ein Unternehmen betreiben und dabei Arbeitnehmer beschäftigen, d.h. auf deren Unterstützung zurückgreifen;

- Angehörige der ‘traditionellen’ freien Berufe, die zur Ausübung ihres Berufs spezifische, im nationalen Recht festgelegte Anforderungen erfüllen müssen (Nachweis ihrer Fähigkeiten, Befolgung eines Berufskodex) [. . .]; Beispiele sind Anwälte und Ärzte;
- Handwerker, Kaufleute und Landwirte, die den Kern der traditionellen Formen der selbstständigen Erwerbstätigkeit bilden und gegebenenfalls von Familienangehörigen und/oder einer kleinen Zahl Festangestellter oder anderer Mitarbeiter unterstützt werden;
- ‘neue Selbstständige’, die eine qualifizierte Tätigkeit ausüben, deren Berufe jedoch im Gegensatz zu den vorgenannten freien Berufe nicht in allen Ländern geregelt sind;
- selbstständig Erwerbstätige, die einer hoch- oder geringqualifizierten Tätigkeit nachgehen, ohne dabei Arbeitnehmer zu beschäftigen, und deren Erwerbstätigkeit auf Unternehmensstrategien [wie Outsourcing] zurückzuführen ist.“

Besonders problematisch, da weitgehend nur durch zivilrechtliche Verträge geregelt, erscheinen die Erwerbsverhältnisse der beiden letzten Gruppen. Darunter fallen z. B. die „neuen Selbstständigen“ und Solo-Selbstständigen, insbesondere im Bereich von Dienstleistungen, in der Kreativwirtschaft und der Wissensarbeit, wo Unternehmen auf die Tätigkeit von Einzelpersonen zurückgreifen, ohne diese vollständig in die betriebliche Organisation einzubinden (und ohne dass diese durch die Vielzahl oder Größe der Projekte von einem einzigen Unternehmen wirtschaftlich abhängig wären).

48 Das Grünbuch der Europäischen Kommission zum Arbeitsrecht (Kommission der Europäischen Gemeinschaften: Grünbuch: KOM(2006) 708 endg. (22.11.2006)). bezeichnete dies als „verschleierte Beschäftigung“.

49 Europäische Union: Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses zum Thema „Neue Trends bei der selbstständigen Erwerbstätigkeit: der Sonderfall der wirtschaftlich abhängigen selbstständigen Erwerbstätigkeit“ (Initiativstellungnahme): C 18/08 (19.01.2011), pp. 44-52.

Bereits das Grünbuch der Kommission aus dem Jahre 2006 sprach dieses Problem an: „Braucht man einen Grundstock an Vorschriften, welche die Beschäftigungsbedingungen aller Beschäftigten, unabhängig von der Form ihres Vertrags, regeln?“ (Frage 8)⁵⁰.

10.3.2 *Arbeitsrechtliche Anknüpfungen und allgemeine Prinzipien*

Für die Suche nach einem solchen Grundstock wären de lege lata zunächst die Formen zu suchen, in denen zivilrechtliche Verträge der Beschäftigung geregelt werden. Hier gibt es bereits eine Reihe von Ansätzen:

10.3.2.1 **Regelungen für „selbstständige“ Erwerbsarbeit**

So wird in Bezug auf die selbstständige Erwerbsarbeit vor allem über die soziale Sicherung vor Risiken nachgedacht, insbesondere in der Rentenversicherung⁵¹. Dies lässt sich einerseits mit dem häufigen Wechsel zwischen abhängig-selbstständigen Tätigkeiten begründen⁵², aber auch mit der Gefahr der Altersarmut und dem Wunsch nach Entlastung der öffentlichen Hand und der Sozialversicherung. Auch grundsätzliche Gerechtigkeits- und Verteilungsfragen werden mit der Forderung nach einer Erwerbstätigen- oder Bürgerversicherung thematisiert⁵³. Diese Formen der Risikoabsicherung sind allerdings nicht vertragsbezogen im engeren Sinn, sondern personenbezogen.

Stärker mit der arbeitnehmerähnlichen Schutzbedürftigkeit in der Erwerbsarbeit argumentiert der Europäische Wirtschafts- und Sozialausschuss bei seiner Forderung, selbstständig Erwerbstätige in den Europäischen Fonds für die Anpassung an die Globalisierung einzubeziehen⁵⁴. Der Fonds soll der EU eine rasche und flexible Reaktion zur Unterstützung von Arbeitnehmern ermöglichen, die aufgrund der Globalisierung (oder neuerdings auch der Wirtschaftskrise) arbeitslos wurden. Da viele Selbstständige einen maßgeblichen Teil des Arbeitsmarkts bildeten, bekämen sie mitunter als erste die Folgen von Globalisierung und Wirtschaftskrisen zu spüren. Hier ginge es (wenn dies

50 Kommission der Europäischen Gemeinschaften: Grünbuch: KOM(2006) 708 endg. (22.11.2006).

51 Für einen Überblick im deutschen Recht siehe Bernhardt, U. (2012); zur Einbeziehung in die Rentenversicherung (und Streichung des § 2 S. 1 Nr. 9b) SGB VI) siehe Beschluss 13 der Abteilung Arbeits- und Sozialrecht des 68. DJT 2010 im Anschluss an Waltermann; siehe zuletzt auch Vorschlag für eine gesetzliche Rentenversicherungspflicht für Selbstständige im Frühjahr 2012.

52 Zum Beispiel in der Kreativwirtschaft, siehe Bieback, K.-J. (2012).

53 Von besonderem Interesse für deutsche Beobachterinnen und Beobachter in den Jahren der Großen Koalition war insofern die Reform des niederländischen Krankenversicherungssystems im Jahre 2006, die Elemente der Bürgerversicherung sowie der Gesundheitspauschale enthielt.

54 Europäische Kommission: Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über den Europäischen Fonds für die Anpassung an die Globalisierung (2014-2020): KOM(2011) 608 final (06.10.2011).

durchgesetzt würde) in erster Linie um den sozialen Risikoausgleich außerhalb konkreter Vertragsverhältnisse.

Dagegen gibt es nur einige wenige Regelungen, die die Erwerbsarbeit der selbstständig Erwerbstätigen und ihre Erwerbsarbeitsverträge unmittelbar betreffen. Wichtig ist zunächst festzustellen, dass Rechte auf kollektive Organisation grundsätzlich auch auf selbstständig Beschäftigte anwendbar sein können⁵⁵.

Weiter interessant ist die Anwendung des Arbeitsschutzrechts als Ausfluss allgemeiner vertraglicher Nebenpflichten auch außerhalb der „abhängigen“ Erwerbsarbeit. Hier ist aus dem deutschen Recht insbesondere auf die allgemeine arbeitsschutzrechtliche Fürsorgepflicht des § 618 BGB hinzuweisen, die in einem werkvertraglichen Verhältnis analog angewandt wird, wenn der Unternehmer zur Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtungen die Räume des Bestellers betreten muss⁵⁶. Die Europäische Bildschirmrichtlinie 90/270/EG ist nach der Rechtsprechung des EuGH auf alle Arbeitsplätze anwendbar, unabhängig davon, ob sie mit „Arbeitnehmern“ besetzt sind⁵⁷. Nicht uninteressant sind auch die Regelungen der Arbeitszeiten von Kraftfahrern; sie sind mit der Sicherheit des Straßenverkehrs begründet, verfolgen aber gleichzeitig Arbeitsschutzziele⁵⁸. Die (nicht verbindliche) Empfehlung 2003/134/EG zur Verbesserung des Gesundheitsschutzes und der Sicherheit Selbstständiger am Arbeitsplatz hingegen richtet sich nur an den Staat, der Sensibilisierungskampagnen unternimmt sowie den Zugang zu Schulungsmaßnahmen und zur Gesundheitsüberwachung sichern soll.

Darüber hinaus ist die Richtlinie 2010/41/EU „zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen, die eine selbstständige Erwerbstätigkeit ausüben“ zu nennen, die auf einer entsprechenden Richtlinie von 1986 beruht⁵⁹. Nach wie vor sieht die Richtlinie für „alle Personen, die nach den Bedingungen des innerstaatlichen Rechts eine Erwerbstätigkeit auf eigene Rechnung ausüben“ (Art. 2a), lediglich Rechte auf Mutterschutz (Art. 8) sowie die Zuständigkeit der nationalen Gleichbehandlungsstellen

55 Schlachter, M. (2010) p. 643, die auf das ILO-Übereinkommen Nr. 141 über die Verbände ländlicher Arbeitskräfte hinweist, das auch selbstständig Tätige erfasst, und ein Arbeitskämpfrecht selbständig Beschäftigter aus Art. 9 Abs. 3 GG ableitet.

56 BGHZ 5, 62; siehe schon RGZ 159, 268.

57 EuGH: Vorabentscheidungsverfahren - Anrufung des Gerichtshofes - Einzelstaatliches Gericht im Sinne des Artikels 177 des Vertrages - Begriff - Procura della Repubblica, die die Strafklage erhebt - Ausschluss. AppNo. EuGH (Rs C-74/95), NZA 1997, 307. Luxemburg: 12.12.1996.

58 Gesetz zur Regelung der Arbeitszeit von selbständigen Kraftfahrern v. 11.7.2012, das insofern Richtlinie 2002/15/EG umsetzt (siehe dazu z.B. Wiebauer, B. (2012), der die Notwendigkeit des Arbeitsschutzes von Selbstständigen bestreitet).

59 Im Vorschlag der Kommission war noch ein Recht auf Urlaub zur Pflege von Familienangehörigen vorgesehen (Kommission der Europäischen Gemeinschaften: Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen, die eine selbstständige Erwerbstätigkeit ausüben, und zur Aufhebung der Richtlinie 86/613/EWG: KOM(2008) 636 final).

vor. Die Zuständigkeit dieser Stellen allerdings hat einen interessanten Hintergrund: Denn die Richtlinie, die Diskriminierung wegen des Geschlechts in der Erwerbsarbeit verbietet (Richtlinie 2006/54/EG), erfasst über Art. 14 Abs. 1a) auch den Zugang zur selbstständigen Erwerbstätigkeit⁶⁰.

10.3.2.2 Regelungen für „abhängige Selbstständigkeit“

Sucht man nach Vorbildern für eine Regelung der zivilrechtlichen Grundlagen der Erwerbsarbeit, so dürften die Vertragsformen der „abhängigen Selbstständigkeit“ mehr Erfolg versprechen. In zahlreichen europäischen Staaten gibt es einen solchen Status, der zwischen dem Arbeitsvertrag und der Selbstständigkeit liegt.

So kennt Spanien mit der Gruppe der „wirtschaftlich abhängigen Beschäftigten“ bzw. wirtschaftlich abhängigen Solo-Selbstständigen (Art. 11 des Gesetzes 20/2007 LETA (Estatuto del trabajo autónomo), eine Gruppe von Personen, deren Recht auf Urlaub und Ruhezeit genauso anerkannt wird wie deren Rechte auf kurzfristige Freistellung aus familiären und persönlichen Gründen; hier gibt es darüber hinaus nicht nur ein gewisses Mindestmaß an sozialer Sicherheit (Art. 12), sondern auch Elemente eines Kündigungsschutzes (Pflicht des Kunden, eine Vertragsauflösung zu begründen sowie Abfindung für den Fall des willkürlichen Verlust des Beschäftigten, Art. 15 Abs. 1)⁶¹.

In Italien gibt es einen gewissen arbeitsrechtsähnlichen Schutz für die in „parasubordinazione“ Beschäftigte (Art. 409 No. 3 Civil Procedure Code) und Projektbeschäftigte (Art. 61 Gesetz 2003/276). Im Rahmen eines „Vertrags für projektbezogene Zusammenarbeit“ gelten Schutzbestimmungen bezüglich Schwangerschaft, Krankheit, Arbeitsunfall und Ruhestand⁶².

Das Arbeitsrecht des Vereinigten Königreichs regelt neben dem „employee“ die Kategorie der „worker“, die z. B. einen Krankengeldanspruch haben, aber auch Rechte auf Mindestlohn, Begrenzung der Arbeitszeit und Unterbrechung der Tätigkeit in besonderen Fällen.⁶³

60 Siehe auch Richtlinie 2000/43/EG zum Verbot der Diskriminierung wegen Rasse oder ethnischer Herkunft (Europäische Gemeinschaften: Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft: L 180/22 (19.07.2000) sowie Richtlinie 2004/113/EG in Hinblick auf Geschlechtsdiskriminierung, die sich beide auf den Zugang zu/Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen beziehen (Europäische Union: Richtlinie 2004/113/EG des Rates vom 13. Dezember 2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen: L 373/37 (21.12.2004)).

61 Prinzip Nr. 11 (Kündigung). Vgl. auch Soravilla, J. B./Herrezuelo, I. (2010); Landa Zapirain, J.-P. (2012).

62 Ausführlich Borzaga, M. (2012); Nogler, L. (2009b).

63 Zum englischen Recht siehe z.B. Nogler, L./Reifner, U. (2010) pp. 117 ff. Zum Ganzen auch Razzolini, in diesem Buch Abschnitt 3.4; ein Überblick über diese Regelungen findet sich schon in der Europäische Union: Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses zum Thema „Neue Trends bei der selbstständigen Erwerbstätigkeit: der Sonderfall der wirtschaftlich abhängigen selbstständigen Erwerbstätigkeit“ (Initiativstellungnahme): C 18/08 (19.01.2011); siehe auch Waas, B. (2012), dort auch zum schwedischen und österreichischen Recht.

Im deutschen Recht gibt es für solche Zwischenzonen die Figur der „arbeitnehmerähnlichen Person“; mit ihrer Hilfe wird der Anwendungsbereich bestimmter Schutznormen auf „nur“ wirtschaftlich abhängige Personen erweitert: Arbeitnehmerähnliche Personen haben Rechte auf Urlaub, auf Zugang zu den Arbeitsgerichten, auf Tarifautonomie (§ 12a TVG), auf Schutz der Sicherheit und Gesundheit am Arbeitsplatz, auf Diskriminierungsschutz, Datenschutz sowie Freistellung für familiäre Pflegeobliegenheiten. Das Sozialrecht kennt darüber hinaus für die Rentenversicherung den Begriff der „arbeitnehmerähnlichen Selbstständigen“ nach § 2 Nr. 9 SGB VI („Personen, die a) im Zusammenhang mit ihrer selbständigen Tätigkeit regelmäßig keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigen und b) auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig sind; bei Gesellschaftern gelten als Auftraggeber die Auftraggeber der Gesellschaft“).⁶⁴

10.3.3 *Allgemeine Prinzipien für „Verträge über Arbeit“?*

Ergibt sich aus solchen Regelungen eine „übergeordnete Kategorie des Arbeitnehmerschutzvertrag bzw. eines Vertrags über Arbeit“?

10.3.3.1 **„Schutzbedürftigkeit“ als Abgrenzungsmerkmal?**⁶⁵

Im Dienstvertragsrecht als solches sollte dabei nicht gesucht werden; den dort erfassten Tätigkeiten ist jedenfalls „als solche“ keine besondere „Schutzbedürftigkeit“ zu eigen. Denn das Dienstvertragsrecht definiert sich in der allgemeinen zivilrechtlichen Struktur allein durch die Abgrenzung zum Werkvertrag, und damit allein durch die Verteilung des Risikos an der mangelfreien Erstellung eines Produkts (Ware oder Dienstleistung). Hier gilt im Gegenteil sogar: Der Werkunternehmer oder die Werkunternehmerin übernimmt mit dem Risiko der mangelfreien Erstellung sogar ein größeres Risiko als der Dienstnehmer oder die Dienstnehmerin. Die Regeln über den Schutz „selbstständiger“ oder „wirtschaftlich abhängiger“ Erwerbstätiger differenzieren deshalb zu Recht nicht nach dem zivilrechtlichen Vertragstyp.

Allein der Hinweis auf eine mögliche „strukturelle Unterlegenheit“ oder „Ungleichgewichtslage“ kann hier genauso wenig weiterhelfen. Das BVerfG verwendet diese Kriterien in seiner Handelsvertreter- und Bürgschafts-Rechtsprechung, um deutlich zu machen, inwiefern die Verfassung Eingriffe in die Vertragsfreiheit erlaube⁶⁶. Damit wurde zwar ein Begründungszusammenhang für arbeitsrechtliche, arbeitsrechtsnahe sowie

64 Für einen Überblick siehe Griese, T. (2008).

65 Prinzip Nr. 5 (Rücksichtnahme).

66 BVerfGE 81, 242 (Handelsvertreter); 89, 214 (Bürgschaft).

verbraucherrechtliche und ähnliche Regulierungen geboten; eine eigene trennscharfe Abgrenzung geben diese Merkmale jedoch noch nicht her. Schließlich bedarf es immer noch einer Wertung dahingehend, welcher Art festgestellte Ungleichgewichte sind und inwiefern diese einer Korrektur bedürfen⁶⁷.

10.3.3.2 Das Verhältnis von „wirtschaftlicher Abhängigkeit“ und „Solo-Selbstständigkeit“

Mögliches Vorbild könnten die Regelungen über die „abhängige Selbstständigkeit“ sein, wie sie sich in vielen Staaten finden. Hier ist allerdings im Rechtsvergleich bemerkenswert, dass die Reichweite des Schutzes ganz unterschiedlich geregelt ist. Zum Teil wird für die abhängigen Selbstständigen lediglich ein sozialer oder sozialversicherungsrechtlicher Schutz vorgesehen. Häufig werden darüber hinaus die vertraglichen Beziehungen zum Kunden geregelt, womit auch ein gewisses Äquivalent zum Arbeitsrecht geschaffen wird (Mindesteinkommen, Arbeitszeit usw.).

Abhängige Selbstständigkeit wird meist in Bezug auf die wirtschaftliche Abhängigkeit von Solo-Selbstständigen definiert. In diesem Zusammenhang wird die Schutzbedürftigkeit in aller Regel durch zwei Merkmale definiert und begründet, deren Verhältnis zueinander alles andere als klar ist: Vorausgesetzt wird in aller Regel, dass der/die Erwerbstätige

- die Leistung persönlich und ohne eigene Beschäftigte erbringt, und
- darüber hinaus in besonderer Weise an einen einzigen Kunden oder eine einzige Auftraggeberin gebunden ist.

Die letztgenannte „wirtschaftliche Abhängigkeit“ wird z. T. nach der Höhe des Umsatzes aus der für diesen Kunden geleisteten Arbeit, z. T. nach der Dauer der Beziehung zwischen Erwerbstätigem und Kunden bestimmt⁶⁸. Es gibt wenige Versuche, dies – ähnlich wie es Rolf Wank mit dem Arbeitnehmerbegriff versucht hatte⁶⁹ – anhand der Funktion der Tätigkeit für die Güter- und Dienstleistungsmärkte zu definieren⁷⁰.

Was haben aber diese beiden Merkmale mit dem jeweils gewährten Schutz und Schutzniveau zu tun? Beide Aspekte bezeichnen schließlich unterschiedliche Regulierungsnotwendigkeiten.

Wirtschaftliche Abhängigkeit fasst in der Regel die Probleme zusammen, die sich aus dem faktischen Fehlen oder der Einschränkung von exit-Optionen ergeben.

67 Vgl. auch Medicus, D. (1994).

68 Europäische Union: Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses zum Thema „Neue Trends bei der selbstständigen Erwerbstätigkeit: der Sonderfall der wirtschaftlich abhängigen selbstständigen Erwerbstätigkeit“ (Initiativstellungnahme): C 18/08 (19.01.2011); siehe z.B. die italienischen Kriterien der Dauer der Beziehung sowie der „Koordination“ zwischen Arbeitsaktivität und betrieblichen Zielen (Borzaga, M. (2012) pp. 100 f).

69 Wank, R. (1988).

70 Perulli, A. (2003). URL: http://www.metiseurope.eu/content/pdf/n8/7_parasubordination.pdf.

Wirtschaftliche Abhängigkeit in diesem Sinn erfordert auf den ersten Blick lediglich einen gewissen Kontinuitätsschutz (= Kündigungsschutz) und Schutz vor willkürlichem Umgang. Wirtschaftliche Abhängigkeit gibt es insofern im Zivil- und Wirtschaftsrecht in vielfacher Form, nicht nur in Erwerbsarbeitsverträgen, sondern auch in anderen Dauerbeziehungen zwischen Unternehmen wie z.B. langfristigen Lieferbeziehungen oder den Abhängigkeiten zwischen Zuliefer- und Abnehmerunternehmen. Im Begriff der arbeitnehmerähnlichen Person dient das Merkmal überwiegend dazu, die Verantwortlichkeit des Auftraggebers oder der Auftraggeberin zu markieren, es umschreibt keineswegs eine eigenständige erwerbsarbeitsbezogene Schutzbedürftigkeit.

Im Gegensatz dazu bezieht sich das Merkmal der Solo-Selbstständigkeit auf ein grundlegendes Merkmal abhängiger Erwerbsarbeit: Gegenstand ist die Zurverfügungstellung von Arbeitskraft⁷¹. Solche Schuldverhältnisse sind zwar nicht „personenrechtlich“, aber personenbezogen, denn der Mensch kann bei der Erfüllung des Arbeitsvertrags und der Arbeitsleistung seine „Personenhaftigkeit“ nicht ablegen; die Arbeitskraft, die Vertragsgegenstand ist, lässt sich nicht von der Person trennen⁷². Daraus erwachsen Gefahren für die Person (Gesundheit und Sicherheit), der Vereinbarkeit von Privatleben und Erwerbsleben sowie Notwendigkeiten der langfristigen Sicherung sozialer Risiken sowie der sozialen Kooperation.

Diese Gefahren bestehen unabhängig von der wirtschaftlichen Abhängigkeit. Auch wenn eine Person für eine Reihe unterschiedlicher Auftraggeberinnen und Auftraggeber Erwerbsarbeit im Rahmen zivilrechtlicher Verträge ausübt, kommt sie in der Vertragsdurchführung an die Grenzen der Person. Die Verhandlungsposition wird auch in solchen Konstellationen dadurch beeinflusst, dass die Arbeitskraft notwendige körperliche Grenzen hat. Zum sozialen Problem wird dies durch die grundsätzliche Abhängigkeit von der Erwerbsquelle „Arbeitskraft“ – mit „wirtschaftlicher Abhängigkeit“ in dem Sinne, wie es die Gesetze zur abhängigen Selbstständigkeit beschreiben, hat dies jedoch nicht notwendig etwas zu tun. Es ist insbesondere dieses Merkmal der „Solo-Selbstständigkeit“, das jenseits der wirtschaftlichen Abhängigkeit ein allgemein zivilrechtliches Konzept des Schutzes der Erwerbsarbeit begründen könnte.

10.3.3.3 Organisationszusammenhänge: Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis

Welche Rolle spielt nun aber das Merkmal der „persönlichen Abhängigkeit“, das doch den Anwendungsbereich des Arbeitsrechts als spezifischen Rechtsbereich begründet? Tatsächlich sind für das typische „Normal“-Arbeitsverhältnis die organisatorischen Einbindungen nicht nur beiläufig relevant, sondern geradezu konstitutiv. Ein Unternehmen

71 Vgl. BAG, 17.1.2008, NJW 2008, S. 3019 ff; siehe auch BAG, 11.12.2003, BAGE 109, 87.

72 Schwerdtner, P. (1970) p. 86. Prinzip Nr. 2 (Humanität).

wird gerade dann einen Arbeitsvertrag abschließen, wenn es über die Arbeitskraft der anderen Seite intensiv und nicht nur punktuell verfügen will⁷³.

Und dies drückt sich letztlich tatsächlich in der Weisungsgebundenheit aus: Die Nutzung der Arbeitskraft kann sich in konkreten und ausgesprochenen „Weisungen“ konkretisieren. Sie muss das aber nicht; die Einbindung kann auch über die Benennung von Zielen und informelle Steuerungsmechanismen wie Teambesprechungen funktionieren⁷⁴. Der kollektive Zusammenhang „Betrieb“ kann im Arbeitsalltag die Erteilung konkreter Weisungen ersetzen⁷⁵.

Es ist deshalb kein Zufall, wenn im Rechtsvergleich keine entscheidenden nationalen Unterschiede bei diesem wichtigsten Begriff des Arbeitsrechts bestehen⁷⁶. Bei allen Unterschieden in der Gesetzgebungstechnik: Nicht nur europa-, sondern weltweit herrscht eine ontologische oder phänomenologische Begriffsbildung vor, die an das Merkmal der Weisungsbindung oder der persönlichen Abhängigkeit anknüpft⁷⁷. Da hier - anders als im Fall des Verbraucherrechts - die relative Ähnlichkeit der Begriffe und Konzepte nicht der europarechtlichen Harmonisierung geschuldet ist, darf vermutet werden, dass diese Begriffslogik die funktionale Sachlogik des Arbeitsrechts einigermaßen zutreffend erfasst. Es geht hier um die Schutzbedürfnisse und rechtlichen Formen, die sich aus der Begründung eines Herrschaftsverhältnisses durch Organisation ergeben.

Wenn dies das Alleinstellungsmerkmal des Arbeitsrechts im engeren Sinn ist: Was kann das Zivilrecht hieraus lernen?

„Verbundene Verträge“: Drei- und mehrseitige Beschäftigungsverhältnisse⁷⁸

Interessant wäre ein Lernprogramm für Konstellationen, in denen eine „Umgehung“ arbeitsrechtlichen Schutzes droht, und zwar nicht, weil eine Vertragsgestaltung in Richtung „Selbstständigkeit“ gewählt wird, sondern weil die Arbeitgeberstellung in Dreiecksbeziehungen aufgespalten wird.

In neuerer Zeit geschieht dies wieder zunehmend durch Werkverträge. Denn mit Hilfe der werkvertraglichen Form haben sich in Deutschland einige Unternehmen in den letzten Jahren bemüht, den Anforderungen der arbeitsrechtlichen Leiharbeitsregulierung zu entkommen. Nachdem bei der Regulierung der Leiharbeit mit Mindestentgelt und Branchenzuschlägen Fortschritte gemacht wurden⁷⁹, werden häufiger personalintensive

73 Rebhahn, R. (2009).

74 Rebhahn, R. (2009); siehe auch Reichold, H. (1998).

75 So die Formulierung von Schüren, P. (1999); genauer auch Wank, R. (1988) pp. 46 f; Rieble, V. (1996) Rn 94 ff.

76 Genauer Nogler, L. (2009a); Wank, R. (2007); Rebhahn, R. (2009).

77 Rebhahn, R. (2009); siehe auch zum europäischen Recht Wank, R. (2007); Wank, R. (2008); Ziegler, K. (2011).

78 Prinzip Nr. 4 (Verbundene Verträge).

79 Siehe jetzt z.B. die Mindestentgeltregelung für die Leiharbeit nach § 3a AÜG im deutschen Recht; zu den Tarifverträgen der Metallindustrie für die Leiharbeit siehe z.B. Krause, R. (2012).

Arbeiten an Fremdfirmen vergeben, die keiner Tarifbindung unterliegen und die deshalb ihren Beschäftigten Löhne noch unter den gesetzlichen Mindestsätzen der Leiharbeit zahlen dürfen. Zum Teil mag es sich um „Scheinwerkverträge“ handeln⁸⁰, nicht selten werden aber zivilrechtlich „echte“ Werkverträge vorliegen.⁸¹ Dann entsteht letztlich dasselbe Problem wie beim „Outsourcing“: Tätigkeiten, die durch eigenes Personal erledigt werden könnten (und in der Vergangenheit z.T. auch so erledigt wurden), werden an ein Drittunternehmen weitergegeben, das Arbeitnehmer/innen zu letztlich schlechteren Bedingungen⁸² beschäftigt. In solchen Konstellationen entsteht eine Dreieckskonstellation, bei der ein Arbeitsvertrag mit dem Subunternehmen abgeschlossen wird, das wiederum einen Werkvertrag mit dem Kunden abschließt – der wiederum die Arbeitskraft der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer indirekt nutzt.

Das Grünbuch der Kommission aus dem Jahre 2006 sprach solche Problemlagen folgendermaßen an: „Sollten [...] die Verantwortlichkeiten der einzelnen Parteien in mehrseitigen Beschäftigungsbeziehungen eindeutiger geregelt werden, um festzulegen, wer für die Einhaltung von Beschäftigtenrechten verantwortlich ist? Wäre die Anordnung einer nachrangigen Haftung eine wirksame und praktikable Möglichkeit, um diese Verantwortlichkeiten bei der Einbeziehung von Subunternehmern sicherzustellen? Wenn nein, sehen Sie andere Möglichkeiten, einen angemessenen Schutz der Beschäftigten in „dreiseitigen Rechtsverhältnissen“ zu gewährleisten?“ (Frage 9)⁸³.

Eine „wirtschaftliche Betrachtungsweise“ der Organisation bei Aufspaltung von Arbeitgeberfunktionen

Dies könnte der Ort für eine „wirtschaftliche Betrachtungsweise“ sein, mit der ein einheitliches wirtschaftliches Verhältnis, das rechtlich in zwei getrennte Verhältnisse aufgespalten wird, in Hinblick auf die ratio legis bestimmter Schutzvorschriften wieder zusammengeführt werden könnte. Udo Reifner hat dargestellt, wie nach diesem Prinzip (und nach dem Vorbild des § 358 Abs. 3 Satz 2 BGB) ganz generell eine „wirtschaftliche Einheit“ als Anknüpfungspunkt für die erweiterte Anwendung von Schutzrechten definiert werden und so zum Ausgangspunkt für ein allgemeines Prinzip des „effet utile“ entwickelt werden könnte. Etwas Ähnliches hat Thomas Blanke mit dem arbeitsrechtlichen „Instrumentalisierungsverbot“ vorgeschlagen: Der Schutz des „Normalarbeitsverhältnisses“ dürfe nicht durch den Rückgriff auf „atypische Beschäftigung“ gezielt unterlaufen werden⁸⁴. Für das Arbeitsrecht ist dies wie für andere einseitig zwingende Ordnungen kein grundsätzlich

80 Schüren, P. (1999); Hamann, W. (1995).

81 Siehe insbesondere den Hinweis von Schüren, P. (1999) darauf, dass das Merkmal der Inanspruchnahme von Gewährleistung bei Bauverträgen in der Regel vorliegen wird.

82 Dies betrifft insbesondere die kollektivvertraglichen Bedingungen (fehlende oder andere Tarifbindung).

83 Kommission der Europäischen Gemeinschaften: Grünbuch: KOM(2006) 708 endg. (22.11.2006).

84 Blanke, T. (2004).

fremder Gedanke. Das BAG hat einmal als allgemeinen Grundsatz formuliert: „Bieten sich dem Arbeitgeber verschiedene arbeitsvertragliche Gestaltungsformen an, die für den Arbeitnehmer zu einem unterschiedlichen arbeitsrechtlichen Schutz führen, darf er nicht willkürlich die ihm günstigere auswählen“⁸⁵. Auch der „Vorrang der Tatsachen“⁸⁶ ist ja eine Ausprägung wirtschaftlicher Betrachtung – bei der Bestimmung des Anwendungsbereichs des Arbeitsrechts wird so nicht auf die Bezeichnung durch die Parteien abgestellt, sondern auf die tatsächliche Praxis.

Einen flexiblen Umgang mit unterschiedlichen wirtschaftlichen Gestaltungen soll auch der „Typus“-Begriff der persönlichen Abhängigkeit leisten⁸⁷: Für das Sozialrecht meinte jedenfalls das BVerfG⁸⁸, es sei „[g]erade der Verwendung der Rechtsfigur des Typus [. . .] zu verdanken, daß die Vorschriften über die Versicherungspflicht und die Beitragspflicht trotz ihres Festhaltens an Begriffen wie Angestellte, Arbeiter, Arbeitsverhältnis oder Beschäftigungsverhältnis in Verbindung mit ihrer Konkretisierung durch Rechtsprechung und Literatur über Jahrzehnte hinweg auch bei geänderten sozialen Strukturen ihren Regelungszweck erfüllen und insbesondere die Umgehung der Versicherungs- und Beitragspflicht zum Nachteil abhängig beschäftigter Personen, z.B. durch der Realität nicht entsprechender, einseitig bestimmter Vertragsgestaltungen, verhindern konnten.“

Dieser Begriff löst aber lediglich das Problem der „Schutzbedürftigkeit“ und beantwortet damit nur die Frage, wem welche Rechte zukommen müssen. In den genannten Dreiecksbeziehungen ist es jedoch die Frage der Verpflichtung – wer ist Arbeitgeber? –, die nach Antworten verlangt. Hier wäre darüber nachzudenken, wie die formalrechtliche Anknüpfung an dem Vertragsarbeitgeber durch eine wirtschaftliche Betrachtungsweise ergänzt werden könnte.

Auch für eine solche Betrachtungsweise gibt es Beispiele aus der Rechtsprechung. So hat das Bundesarbeitsgericht für Umgehungskonstellationen mit dem Begriff des „mittelbaren“ Arbeitgebers gearbeitet⁸⁹. Es müsse verhindert werden, dass die Rechtsform durch die Einschaltung von Mittelsmännern, die keine unternehmerischen Entscheidungen treffen und keinen Gewinn erzielen könnten, „missbraucht“ würde. „Arbeitgeber“ sei deshalb derjenige, der unternehmerische Entscheidungen treffen und Gewinn erzielen könne⁹⁰.

85 BAG: Zulässige Differenzierung zwischen unmittelbaren und mittelbaren Arbeitnehmern bei der Zusatzversorgung. AppNo. BAG (3 AZR 446/80), 3 AZR 446/80. Erfurt: 20.07.1982.

86 So der Begriff von Waas, B. (2012).

87 Siehe oben bei Fn. 36 ff; vgl. auch Perulli, A. (2003). URL: http://www.metiseurope.eu/content/pdf/n8/7_parasubordination.pdf, p. 32. zur unterschiedlichen Flexibilität rechtlicher Konstruktionen.

88 BVerfG AP Nr. 82 zu § 611 BGB Abhängigkeit, Rn 8.

89 BAG 20.7.1982, BAGE 39, 200.

90 Auch der EuGH spricht in seinem Urteil vom 21.10.2010 (EuGH: Albronn gegen FNV Bondgenoten und Roest. AppNo. C-242/09. Luxemburg: 21.10.2010.) von einem „nichtvertraglichen Arbeitgeber“.

Ein weiterer Versuch einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise ist der „arbeitsrechtliche Durchgriff“⁹¹ für Fälle eines Missbrauchs formeller Rechtsstellungen durch die Berufung auf die Selbständigkeit einer juristischen Person. Diese Figur hat hauptsächlich in Haftungsfällen Bedeutung⁹². Im positiven Recht gibt es hierfür Vorbilder bei der vorübergehenden Haftung des Betriebsübergebers nach § 613a Abs. 2 BGB, der Haftung des Entleihers in § 10 Abs. 1, §§ 13-13b AÜG oder der Haftung des Auftraggebers für den Subunternehmer nach § 14 AEntG.

Die betriebliche Eingliederung als Anknüpfungsmerkmal?

Auch wenn das Gericht bislang eine mittelbare Arbeitgeberstellung nur bei der Zwischenschaltung von Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmern (also natürlichen Personen) in Betracht gezogen hat⁹³: Die Überlegung einer arbeitsrechtlichen Verpflichtung desjenigen Unternehmens, das die Arbeitskraft tatsächlich für seine Wertschöpfung nutzt, neben oder anstelle des Vertragsarbeitgebers erscheint grundsätzlich als überzeugender Ansatz⁹⁴. Fraglich ist allerdings, ob mit der Marktposition des Unternehmens die „Gegenseite“ der arbeitsrechtlichen Verantwortlichkeit richtig bezeichnet ist. Denn wenn die Einbindung in die Organisation, die durch das Weisungsrecht begründet wird, Grund arbeitsrechtlichen Schutzes ist, müsste sie auch auf der anderen Seite die Arbeitgeber-Verpflichtung begründen können. Die Marktposition des Unternehmens ist insofern nur ein Indiz, mit dessen Hilfe sich die Organisation der Arbeit rechtlich verorten lässt.

Das Merkmal der „Eingliederung“ in den Betrieb als Definitionsmerkmal des Arbeitsverhältnisses hat das Arbeitsrecht von Anfang an begleitet. Spätestens seit den 1950er Jahren ist allerdings unumstritten, dass die Eingliederung allenfalls zusätzlich zum Vertragsschluss eine Rolle spielen kann, nicht anstelle des Vertragsschlusses⁹⁵. Denn selbstverständlich ist es allein der Vertrag, der eine Legitimation für die Begründung organisatorischer Herrschaftsverhältnisse bieten kann.

Leider wurde die Eingliederungstheorie lange Zeit ohne Not mit der Behauptung vermischt, mit dem Arbeitsverhältnis werde ein „Gemeinschaftsverhältnis“ begründet⁹⁶

91 Fink, H.-C. (1999) pp. 186 ff.

92 Siehe aber auch BAG 9.4.1987, BAGE 55, 206.

93 Vgl. BAG: Tarifvertragliche Durchführungspflicht im Ausland. AppNo. BAG (4 AZR 71/91), AP Nr. 28 Intern Privatrecht, Arbeitsrecht: 11.09.1991 (Goethe-Institut).

94 Siehe auch Fink, H.-C. (1999).

95 Siehe insbesondere den damaligen Hauptvertreter der „Eingliederungstheorie“ Nikisch, A. (1960) („modifizierte arbeitsrechtliche Eingliederungstheorie“) nach Unterseher, L. (1969) pp. 64 ff, 42 ff; vgl. auch Molitors Unterscheidung zwischen Einigung über den Arbeitsvertrag (Verpflichtung zur Einordnung) und „tatsächlicher“ (nicht-rechtsgeschäftlicher) Einigung über die Einordnung selbst (Molitor, E. (1929) pp. 17 ff). Vgl. auch anschaulich LAG Nürnberg ZIP 1999, 769; BAG 16.2.2000, BAGE 93, 310 (Zwangsarbeiter).

96 Sehr deutlich bei Nikisch, A. (1960).

(eine nichtssagende „romantische Metapher des Organismus“⁹⁷). Beide Aussagen sind aber unabhängig voneinander. Bereits Ernst Fraenkel, der den Interessengegensatz im Arbeitsverhältnis betonte, wies darauf hin, dass das Recht an das durch das Vertragsverhältnis geschaffene „Sozialverhältnis“ eigenständige Rechtsfolgen anknüpfe⁹⁸. Denn die Eingliederung in eine hierarchische Organisation ist eine soziale Tatsache, die ihre rechtliche Grundlage im Arbeitsvertrag findet, und die eine wesentliche Grundlage arbeitsrechtlichen Schutzes (vor allem der betriebsrätlichen Interessenvertretung) ist⁹⁹. Wenn ein Arbeitgeber die Eingliederung von ihrer vertraglichen Grundlage löst und die Arbeitgeberverantwortung in Drittbeziehungen auflöst, spricht viel dafür, jedenfalls diejenigen Aspekte des arbeitsrechtlichen Schutzes unmittelbar an der organisatorischen Einbindung anzuknüpfen, die der einseitigen Herrschaftsmacht der betrieblichen Organisation etwas entgegensetzen¹⁰⁰; dies gilt insbesondere für betriebsverfassungsrechtliche Rechte¹⁰¹.

10.4 ZUSAMMENFASSUNG UND AUSBLICK

Der impliziten Forderung von Anton Menger¹⁰², ein Rechtsverhältnis, auf dem „die ungeheure Mehrheit der Besitzlosen, ja die große Mehrheit der ganzen Nation [. . .] ihre Existenz gründet“, müsse auch Gegenstand des Zivilrechts sein, ist zuzustimmen: Wenn die Diskussion über ein Europäisches Privatrecht das Arbeitsrecht außen vor lässt, droht eine Festschreibung der zweipoligen Betrachtung von Erwerbsarbeit unter Missachtung von „Grauzonen“ und Zwischenformen¹⁰³.

Dies bedeutet einerseits, die gemeinsamen Grundlagen der Verträge der Erwerbsarbeit zu erkennen und ernst zu nehmen. Unter den Begriffen der Solo-Selbstständigkeit und der wirtschaftlichen Abhängigkeit hat das Zivilrecht der Erwerbsarbeit Regelungsvorbilder anzubieten, mit denen sich die zivilrechtliche Regelung der „abhängigen

97 Kahn-Freund, O. (1966) p. 233, kritisierte so die Rspr des RAG. Zur Kritik ausführlich Nogler (Fn. 58) (der auch betont, dass die Metapher keineswegs so wenig aussage wie sie sich anhöre); zu den deutschrechtlichen Hintergründen bei Gierke siehe z.B. Becker, M. (1995) pp. 221 ff.

98 Fraenkel, E. (1999-2011) (dort Zitat S. 77 ff „der Vertrag als Tatsache“). siehe die Zusammenfassung dieser Debatte bei Unterseher, L. (1969) (S. 37 ff zu Fraenkel); die heftige Gegnerschaft gegen den Eingliederungsgedanken führte bei Simitis, S. (1957) pp. 318 ff. bei nichtigem Vertrag zur Konstruktion des Eingliederungsverhältnisses als weiterem vertraglichem Verhältnis.

99 Siehe auch Sinzheimer mit seiner Einordnung der Eingliederung als „personenrechtlichem Akt“ und der Unterwerfung als dem „obligatorischen Teil“ des Anstellungsvertrags (Nogler, in diesem Buch 3.1.4 und 3.1.5.).

100 Siehe die Vorschläge von Heide Pfarr und IG Metall, zitiert bei Wendeling-Schröder, U. (1992) pp. 367, 372 f.

101 Siehe z.B. Karthaus, B./Klebe, T. (2012).

102 Siehe oben Fn. 5.

103 Siehe auch Freedland, M. R./Kountouris, N. (2011) p. 207.

Selbstständigkeit“ systematisieren und auf den Punkt bringen ließe. Vor allem die Regeln für die Solo-Selbstständigkeit als Regeln für die in Person geleistete Arbeit zur Existenzsicherung sollten Ausgangspunkte für allgemeine zivilrechtliche Konzepte des Schutzes der Erwerbsarbeit darstellen können. Zwar ist eingewandt worden, dass die Einführung einer zusätzlichen Gruppe von „nicht-ganz-aber-fast-ArbeitnehmerInnen“ dazu führen könnte, dass die Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber künftig auf diese Vertragsform ausweichen könnten¹⁰⁴. Allerdings: Diese Ausweichmöglichkeiten gibt es bereits heute, mit dem Unterschied, dass es in den zivilrechtlichen Beschäftigungsformen häufig an ausreichender sozialer Absicherung mangelt. Das Vertragsrecht ist aber jedenfalls heute nicht mehr „einer der schlimmsten Feinde eines wirklich demokratischen Staatslebens“¹⁰⁵ – es existieren bereits Elemente eines Schutzes der Erwerbsarbeit in zivilrechtlichen Verträgen, deren systematische Herausarbeitung die Umgehungsanreize stärker vermindern müsste.

Hier geht es letztlich um eine Fortsetzung des Projekts von „Grundrechten der Erwerbsarbeit“ als eines innersten Kerns der in Person erbrachten Arbeit zur Existenzsicherung¹⁰⁶.

Dies heißt nicht, dass die „Alleinstellungsmerkmale“ des Arbeitsrechts in ihrer Eigenständigkeit nicht ernst zu nehmen wären. Dies gilt insbesondere für die Unterscheidung zwischen der zivilrechtlich zu regelnden Koordination der Arbeit über den Markt und der arbeitsrechtlich zu regelnden Koordination von Arbeit über eine Organisation¹⁰⁷. Hier bietet die zivilrechtliche Überschätzung des formalen Vertragsschlusses gegenüber den entstehenden tatsächlichen Organisationsverhältnissen Umgehungsmöglichkeiten, denen eine stärker arbeitsrechtliche Anknüpfung der Arbeitgeberpflichten an der organisatorischen Eingliederung als solcher begegnen müsste.

104 Europäische Union: Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses zum Thema „Neue Trends bei der selbstständigen Erwerbstätigkeit: der Sonderfall der wirtschaftlich abhängigen selbstständigen Erwerbstätigkeit“ (Initiativstellungnahme): C 18/08 (19.01.2011) mit Nachweisen aus Italien, wo die Zahl der arbeitnehmerähnlichen Selbstständigen zwischen 2003 und 2005 deutlich zunahm, nachdem die „Verträge für projektbezogene Zusammenarbeit“ eingeführt worden waren (vgl. Perulli, A. (2003). URL: http://www.metiseurope.eu/content/pdf/n8/7_parasubordination.pdf). Zu diesem Einwand auch Davidov, G. (2012) p. 176; Langille, B. (2011) pp. 107 ff.

105 Menger, A. (1906).

106 Arthurs, H. (2011) p. 23; Supiot, A. (2001); daran anschließend auch Perulli, A. (2003). URL: http://www.metiseurope.eu/content/pdf/n8/7_parasubordination.pdf. pp. 104 ff.

107 Auch die Bedeutung der Arbeitsgerichtsbarkeit als wichtiges Element legitimer Eigenständigkeit des Arbeitsrechts sollte nicht unterschätzt werden (zum historischen Hintergrund Rehder, B. (2011)).

LITERATURVERZEICHNIS

Arthurs, Harry (2011): *Labour Law After Labour*. In: Davidov, Guy; Langille, Brian (eds.): *The idea of labour law*. Oxford: Oxford University Press pp. 13–29.

BAG (20.07.1982): *Zulässige Differenzierung zwischen unmittelbaren und mittelbaren Arbeitnehmern bei der Zusatzversorgung*. Bundesarbeitsgericht (BAG) (3 AZR 446/80).

BAG (17.10.1990): *Arbeitsgerichtliche Zuständigkeit für arbeitnehmerähnliche Personen*. BAG (5 AZR 639/89), BAGE 66, 113 (116).

BAG (11.09.1991): *Tarifvertragliche Durchführungspflicht im Ausland*. BAG (4 AZR 71/91), AP Nr. 28 Intern Privatrecht, Arbeitsrecht.

BAG (15.04.1993): *Rechtsanwalt als arbeitnehmerähnliche Person*. BAG (2 AZB 32/92), AP Nr. 12 zu § 5 ArbGG 1979.

BAG (20.10.1993): *Befristeter Arbeitsvertrag mit studentischer Aushilfskraft*. BAG (7 AZR 657/92), AfP 1994, 72.

BAG (23.05.2001): *Gleichbehandlungsgrundsatz, Lohnwucher*. BAG (5 AZR 527/99), AuR 2001, 509.

BAG (22.04.2009): *Feststellung eines Lohnwuchers*. BAG (5 AZR 436/08), NZA 2009, 837.

BAG (20.03.2012): *Unmittelbare Diskriminierung wegen des Alters bei altersabhängiger Staffelung der Urlaubsdauer - §26 TVöD*. BAG (9 AZR 529/10), NZA 2012, 803.

BAG (18.04.2012): *Lohnwucher; Auffälliges Missverhältnis; Maßgeblicher Wirtschaftszweig [Zuordnung nach Unionsrecht]*. BAG (5 AZR 630/10), NZA 2012, 978.

BAG (16.05.2012): *Ein-Tages-Arbeitsverhältnis; Betriebsübergang; Lohnwucher; verwerfliche Gesinnung*. BAG (5 AZR 268/11), BB 2012, 2375.

Bayreuther, Frank (2005): *Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie. Tarifrecht im Spannungsfeld von Arbeits-, Privat- und Wirtschaftsrecht*. München¹: C. H. Beck.

Becker, Martin (1995): *Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis in Deutschland. Vom Beginn der Industrialisierung bis zum Ende des Kaiserreichs*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann.

Bernhardt, Ute (2012): *Die sozialversicherungsrechtliche Absicherung "Kleiner Selbständiger"*. In: Busch, Dörte; Feldhoff, Kerstin; Nebe, Katja (eds.): *Übergänge im Arbeitsleben und (Re)Inklusion in den Arbeitsmarkt*. Symposium für Wolfhard Kohte. Baden-Baden: Nomos pp. 113–124.

Bertelsmann Stiftung (2012): *Forum Arbeitsvertragsgesetz*. URL: http://www.bertelsmannstiftung.de/cps/rde/xchg/bst/hs.xsl/prj_52988.htm. Accessed: 24.01.2013.

Bieback, Karl-Jürgen (2012): *Kreativwirtschaft und die Absicherung des Risikos Krankheit in einer Erwerbstätigen-/Bürgerversicherung*. In: Friedrich-Ebert-Stiftung (ed.): *Experten und Dokumentationen zur Wirtschafts- und Sozialpolitik. Soziale Sicherung für Soloselbstständige in der Kreativwirtschaft*. Bonn pp. 27–38.

Bispinck, Reinhard (2012): *Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen - vom Niedergang zur Reform?* In: *WSI-Mitteilungen* (7/2012), pp. 496–507.

Blanke, Sandro (2005): *Soziales Recht oder kollektive Privatautonomie? Hugo Sinzheimer im Kontext nach 1900*. Tübingen: Mohr Siebeck.

Blanke, Thomas (2004): *Thesen zur Zukunft des Arbeitsrechts*. In: *Kritische Justiz*, 37 (1/2004), pp. 2–20.

Boemke, Burkhard (1998): *Neue Selbständigkeit und Arbeitsverhältnis - Grundsatzfragen sinnvoller Abgrenzung von Arbeitnehmern, Arbeitnehmerähnlichen und Selbständigen*. In: *Zeitschrift für Arbeitsrecht (ZfA)*, 29 (2/1998), pp. 285–326.

Borzaga, Matteo (2012): *Wirtschaftlich abhängige Selbständige in Italien und Deutschland: eine rechtsvergleichende Analyse*. In: Busch, Dörte; Feldhoff, Kerstin; Nebe, Katja (eds.): *Übergänge im Arbeitsleben und (Re)Inklusion in den Arbeitsmarkt*. Symposium für Wolfhard Kohte. Baden-Baden: Nomos pp. 99–112.

Brecht-Heitzmann, Holger; Kempfen, Otto-Ernst; Schubert, Jens et al. (eds.) (2013): *TVG - Tarifvertragsgesetz. Kommentar für die Praxis*. Frankfurt am Main⁵: Bund Verlag.

Buchstein, Hubertus; Brünneck, Alexander v.; Göhler, Gerhard (eds.) (1999-2011): *Ernst Fraenkel - Gesammelte Schriften. Band 1. Recht und Politik in der Weimarer Republik*. Baden-Baden¹: Nomos.

Busch, Dörte; Feldhoff, Kerstin; Nebe, Katja (eds.) (2012): *Übergänge im Arbeitsleben und (Re)Inklusion in den Arbeitsmarkt*. Symposium für Wolfhard Kohte. Baden-Baden: Nomos.

BVerfG (27.02.1973): *Verfassungsmäßigkeit der Entgeltfestsetzungen durch Heimarbeiterausschüsse*. AppNo. BVerfG (2 BvL 27/69), BVerfGE 34, 307, 316, 27.02.1973.

BVerfG (26.06.1991): *Schutzumfang des Art. 9 Abs. 3 - Arbeitskampf*. AppNo. BVerfG (1 BvR 779/85), BVerfGE 84, 212, 229. 26.06.1991.

Däubler, Wolfgang (2011): *Regulierungsmöglichkeiten im Zusammenhang mit Werkverträgen. Eine Expertise im Auftrag der Bundestagsfraktion Die Linke*. Berlin.

Däubler, Wolfgang (2012): *AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht. Bilanz nach zehn Jahren*. In: Zeitschrift für Tarif-, Arbeits- und Sozialrecht des öffentlichen Dienstes (ZTR), 26 (10/2012), pp. 543–687.

Däubler, Wolfgang; Bobke, Manfred H.; Kehrmann, Karl (eds.) (1992): *Arbeit und Recht. Festschrift für Albert Gnade*. Frankfurt am Main: Bund-Verlag.

Däubler, Wolfgang; Bonin, Birger; Deinert, Olaf (2010): *AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht. Kommentar zu den §§ 305 bis 310 BGB*. München³: Vahlen.

Davidov, Guy (2012): *Freelancers: An Intermediate Group in Labour Law?* In: Fudge, Judy; McCrystal, Shae; Sankaran, Kamala (eds.): *Challenging the legal boundaries of work regulation*. Oxford: Hart Publishing pp. 171–185.

Davidov, Guy; Langille, Brian (eds.) (2011): *The idea of labour law*. Oxford: Oxford University Press.

Deutscher Gewerkschaftsbund (1977): *Entwurf für ein neues Arbeitsverhältnis*. In: *Arbeit und Recht*, 25 (1977), pp. 245 ff.

Deutscher Juristentag (ed.) (2010): *Verhandlungen des 68. Deutschen Juristentages Berlin 2010. Band 1: Gutachten*. München: C. H. Beck.

Dieterich, Thomas (1998): *Die Grundrechtsbindung von Tarifverträgen*. In: Schlachter, Monika; Ascheid, Reiner; Friedrich, Hans-Wolf (eds.): *Tarifautonomie für ein neues Jahrhundert*. Festschrift für Günter Schaub zum 65. Geburtstag. München: C. H. Beck pp. 117–134.

Dieterich, Thomas (2012): *Einleitung GG Rn. 47. Art. 9 GG Rn. 55f*. In: Müller-Glöge, Rudi; Preis, Ulrich; Schmidt, Ingrid (eds.): *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*. München¹²: C. H. Beck.

Dieterich, Thomas; Le Friant, Martine; Nogler, Luca et al. (eds.) (2010): *Individuelle und kollektive Freiheit im Arbeitsrecht. Gedächtnisschrift für Ulrich Zachert*. Baden-Baden¹: Nomos.

Eichenhofer, Eberhard (2012): *Soziales Recht – Bemerkungen zur Begriffsgeschichte*. In: *Soziales Recht* (2/2012), pp. 76–83.

EuGH (12.12.1996): *Vorabentscheidungsverfahren - Anrufung des Gerichtshofes - Einzelstaatliches Gericht im Sinne des Artikels 177 des Vertrages - Begriff - Procura della Repubblica, die die Strafklage erhebt - Ausschluß*. AppNo. EuGH (Rs C-74/95), NZA 1997, 307. 12.12.1996.

EuGH (12.10.2010): *Rosenblatt gegen Oellerking Gebäudereinigungsges. mbH*. AppNo. C-45/09. 12.10.2010.

EuGH (21.10.2010): *Albronn gegen FNV Bondgenoten und Roest*. AppNo. C-242/09. 21.10.2010.

EuGH (08.09.2011): *Hennings gegen Eisenbahn-Bundesamt / Land Berlin gegen Mai*. AppNo. C-297/10, C-298/10. 08.09.2011.

EuGH (13.09.2011): *Prigge, Fromm, Lambag gegen Deutsche Lufthansa AG*. AppNo. C-447/09. 13.09.2011.

Europäische Gemeinschaften (19.07.2000): *Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft*. L 180/22.

Europäische Kommission (06.10.2011): *Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über den Europäischen Fonds für die Anpassung an die Globalisierung (2014-2020)*. KOM(2011) 608 final.

Europäische Union (21.12.2004): *Richtlinie 2004/113/EG des Rates vom 13. Dezember 2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen*. L 373/37.

Europäische Union (19.01.2011): *Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses zum Thema „Neue Trends bei der selbstständigen Erwerbstätigkeit: der Sonderfall der wirtschaftlich abhängigen selbstständigen Erwerbstätigkeit“ (Initiativstellungnahme)*. C 18/08.

Fink, Hans-Christian (1999): *Der Arbeitgeberwechsel als Möglichkeit zur Tarifflicht*. Konstanz: Universität Konstanz.

Fraenkel, Ernst (1999-2011): *Der nichtige Arbeitsvertrag (1923). Zugleich ein Versuch zur Systematik des Arbeitsrechts*. In: Buchstein, Hubertus; Brünneck, Alexander v.; Göhler, Gerhard (eds.): Ernst Fraenkel - Gesammelte Schriften. Band 1. Recht und Politik in der Weimarer Republik. Baden-Baden¹: Nomos pp. 69 ff.

Freedland, Mark R.; Kountouris, Nicola (2011): *The Legal Characterization of Personal Work Relations and the Idea of Labour Law*. In: Davidov, Guy; Langille, Brian (eds.): *The idea of labour law*. Oxford: Oxford University Press pp. 190–208.

Friedrich-Ebert-Stiftung (2012): *Expertisen und Dokumentationen zur Wirtschafts- und Sozialpolitik. Soziale Sicherung für Soloselbstständige in der Kreativwirtschaft*. Bonn.

Fudge, Judy; McCrystal, Shae; Sankaran, Kamala (eds.) (2012): *Challenging the legal boundaries of work regulation*. Oxford: Hart Publishing.

Griese, Thomas (2008): *Verfassungsrechtliche Anforderungen an den Schutz arbeitnehmerähnlicher Personen*. In: Otto, Hansjörg; Krause, Rüdiger; Schwarze, Roland (eds.): *Festschrift für Hansjörg Otto*. Berlin: De Gruyter pp. 109–125.

Hamann, Wolfgang (1995): *Erkennungsmerkmale der illegalen Arbeitnehmerüberlassung in Form von Scheindienst- und Scheinwerkverträgen*. Berlin: Duncker & Humblot.

Hromadka, Wolfgang (1997): *Arbeitnehmerähnliche Personen. Rechtsgeschichtliche, dogmatische und rechtspolitische Überlegungen*. In: *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 14 (23/1997), pp. 1249–1256.

Kahn-Freund, Otto (1966): *Der Funktionswandel des Arbeitsrechts*. In: Ramm, Thilo (ed.): *Arbeitsrecht und Politik. Quellentexte 1918-1933*. Neuwied ; Berlin: Luchterhand pp. 211–246.

Karthaus, Boris; Klebe, Thomas (2012): *Betriebsratsrechte bei Werkverträgen*. In: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 29 (8/2012), pp. 417–425.

Klebe, Thomas; Wedde, Peter; Wolmerath, Martin (eds.) (1999): *Recht und soziale Arbeitswelt – Festschrift für Wolfgang Däubler 60. Geburtstag*. Frankfurt/Main: Bund Verlag.

Kocher, Eva (2007): *Funktionen der Rechtsprechung. Konfliktlösung im deutschen und englischen Verbraucherprozessrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck.

Kocher, Eva; Groskreutz, Henning; Nassibi, Ghazaleh et al. (2013): *Das Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiographie. Arbeits- und sozialrechtliche Regulierung für Übergänge im Lebenslauf. Ein Beitrag zu einem Sozialen Recht der Arbeit*. Baden-Baden: Nomos.

Kohlrausch, Bettina; Zimmer, Barbara (2012): *Erwerbsbiographien im Wandel. Neue Herausforderungen für Lebenslaufpolitiken*. Unveröffentlichtes Arbeitspapier.

Kommission der Europäischen Gemeinschaften: *Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen, die eine selbständige Erwerbstätigkeit ausüben, und zur Aufhebung der Richtlinie 86/613/EWG*. KOM(2008) 636 final.

Kommission der Europäischen Gemeinschaften (22.11.2006): *Grünbuch. Ein modernes Arbeitsrecht für die Herausforderungen des 21. Jahrhunderts*. KOM(2006) 708 endg.

Krause, Rüdiger (2012): *Neue tarifvertragliche Regeln für die Leiharbeit in der Metallindustrie*. In: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 29 (15/2012), pp. 830–836.

LAG Hamm (18.03.2009): *Sittenwidriger Lohn im Einzelhandel*. AppNo. 6 Sa 1284/08, BB 2009, 893. 18.03.2009.

Landa Zapirain, Juan-Pablo (2012): *Regulation for Dependent Self-employed Workers in Spain: A Regulatory Framework for Informal Work?* In: Fudge, Judy; McCrystal, Shae; San-karan, Kamala (eds.): *Challenging the legal boundaries of work regulation*. Oxford: Hart Publishing pp. 155–170.

Langille, Brian (2011): *Labour Law's Theory of Justice*. In: Davidov, Guy; Langille, Brian (eds.): *The idea of labour law*. Oxford: Oxford University Press pp. 101–120.

Lobinger, Thomas (2011): *Systemdenken im Betriebsverfassungsrecht*. In: *Recht der Arbeit*, 64 (2/2011), pp. 76–90.

Löwisch, Manfred; Rieble, Volker (2012): *Tarifvertragsgesetz. Tarifautonomie - kollektive Privatautonomie*. München, C.H. Beck.

Medicus, Dieter (1994): *Abschied von der Privatautonomie im Schuldrecht? Erscheinungsformen, Gefahren, Abhilfen*. Erweiterte und aktualisierte Fassung eines Vortrags vor der Juristischen Gesellschaft Köln am 25. Januar 1993. Köln: Otto Schmidt.

Menger, Anton (1904): *Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*. Tübingen³: Laupp.

Menger, Anton (1906): *Neue Staatslehre*. Jena³: Fischer.

Molitor, Erich (1929): *Arbeitnehmer und Betrieb. Zugleich ein Beitrag zur einheitlichen Grundlegung des Arbeitsrechts*. Marburg: Elwert.

Müller-Glöge, Rudi; Preis, Ulrich; Schmidt, Ingrid (eds.) (2012): *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*. München¹²: C. H. Beck.

Nassibi, Ghazaleh (2012): *Schutz vor Lohndumping in Deutschland*. Baden-Baden: Nomos.

Nikisch, Arthur (1960): *Die Eingliederung in ihrer Bedeutung für das Arbeitsrecht*. In: *Recht der Arbeit*, 8 (1/1960), pp. 1–5.

Nogler, Luca (2009): *Die typologisch-funktionale Methode am Beispiel des Arbeitnehmerbegriffs*. In: *Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht (ZESA)*, 8 (11 u. 12/2009), pp. 461–469.

Nogler, Luca (2009): *The concept of “subordination” in European and comparative law*. Trento: University of Trento.

Nogler, Luca; Reifner, Udo (2010): *Der menschliche Makel – Principles of European Contract Law zwischen Merkantil- und Dienstleistungsgesellschaft*. In: Dieterich, Thomas; Le Friant, Martine; Nogler, Luca et al. (eds.): *Individuelle und kollektive Freiheit im Arbeitsrecht. Gedächtnisschrift für Ulrich Zachert*. Baden-Baden¹: Nomos pp. 58–74.

Otto, Hansjörg; Krause, Rüdiger; Schwarze, Roland (eds.) (2008): *Festschrift für Hansjörg Otto*. Berlin: De Gruyter.

Otto Brenner Stiftung; Koch, Andreas; Wohlhüter, Andreas (2012): *Werkverträge in der Arbeitswelt*. Frankfurt am Main: OBS-Arbeitspapier Nr. 2.

Perulli, Adalberto (2003): *Travail économiquement dépendant / parasubordination: les aspects juridiques, sociales et économiques*. URL: http://www.metiseurope.eu/content/pdf/n8/7_parasubordination.pdf. Accessed: 24.01.2013.

Ramm, Thilo (ed.) (1966): *Arbeitsrecht und Politik. Quellentexte 1918-1933*. Neuwied; Berlin: Luchterhand.

Rat der Europäischen Union (1999): *Richtlinie 1999/70/EG des Rates vom 28. Juni 1999 zu der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge*. L 175.

Rebhahn, Robert (2009): *Der Arbeitnehmerbegriff in vergleichender Perspektive*. In: *Recht der Arbeit*, 62 (2/2009), pp. 154–175.

Rehder, Britta (2011): *Rechtsprechung als Politik. Der Beitrag des Bundesarbeitsgerichts zur Entwicklung der Arbeitsbeziehungen in Deutschland*. Frankfurt am Main: Campus Verlag.

Reichold, Hermann (1998): *Zeitsouveränität im Arbeitsverhältnis: Strukturen und Konsequenzen*. In: *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 15 (8/1998), pp. 393–400.

Repgen, Tilman (2000): *Was war und wo blieb das soziale Öl?* In: *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*, 22 (3/4/2000), pp. 406–424.

Richardi, Reinhard (1974): *Arbeitsrecht und Zivilrecht*. In: *Zeitschrift für Arbeitsrecht (ZfA)*, 5 (1/1974), pp. 3–27.

Richardi, Reinhard (2010): *Arbeitnehmer als Beschäftigte*. In: *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 27 (19/2010), pp. 1101–1103.

Rieble, Volker (1996): *Arbeitsmarkt und Wettbewerb. Der Schutz von Vertrags- und Wettbewerbsfreiheit im Arbeitsrecht*. Berlin, New York: Springer.

Rieble, Volker (2000): *Der Tarifvertrag als kollektiv-privatautonomer Vertrag*. In: *Zeitschrift für Arbeitsrecht (ZfA)*, 31 (1/2000), pp. 5–27.

Römer, P. (1970): *Für und wider ein Gesetzbuch der Arbeit*. In: *Arbeit und Recht*, 18 (1/1970), pp. 141 ff.

Sachverständigenkommission zur Erstellung des Ersten Gleichstellungsberichtes der Bundesregierung; Klammer, Ute; Motz, Klaus (2011): *Neue Wege - Gleiche Chancen. Gleichstellung von Frauen und Männern im Lebensverlauf*. Essen, München.

Schiek, Dagmar (2012): *Book reviews. Rezension zu Somek, Engineering Equality, 2011*. In: *Common Market Law Review*, 49 (2/2012), pp. 842–844.

Schlachter, Monika (2010): *Streikrecht außerhalb des Arbeitsverhältnisses?* In: Dieterich, Thomas; Le Friant, Martine; Nogler, Luca et al. (eds.): *Individuelle und kollektive Freiheit im Arbeitsrecht. Gedächtnisschrift für Ulrich Zachert*. Baden-Baden¹: Nomos pp. 634–644.

Schlachter, Monika; Ascheid, Reiner; Friedrich, Hans-Wolf (eds.) (1998): *Tarifautonomie für ein neues Jahrhundert. Festschrift für Günter Schaub zum 65. Geburtstag*. München: C. H. Beck.

Schüren, Peter (1999): *Abgrenzung und Identifikation von (Schein-) Werkverträgen. Eine Skizze*. In: Klebe, Thomas; Wedde, Peter; Wolmerath, Martin (eds.): *Recht und soziale Arbeitswelt – Festschrift für Wolfgang Däubler 60. Geburtstag*. Frankfurt Main: Bund Verlag pp. 90 ff.

Schwerdtner, Peter (1970): *Fürsorgetheorie und Entgelttheorie im Recht der Arbeitsbedingungen. Ein Beitrag zum Gemeinschafts- und Vertragsdenken im Individualarbeitsrecht und allgemeinen Zivilrecht*. Heidelberg: Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft.

Seifert, Achim (2011): *“Von der Person zum Menschen im Recht”*. *Zum Begriff des sozialen Rechts bei Hugo Sinzheimer*. In: *Soziales Recht* (2/2011), pp. 62–73.

Simitis, Spiros (1957): *Die faktischen Vertragsverhältnisse als Ausdruck der gewandelten sozialen Funktion der Rechtsinstitute des Privatrechts*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann.

Sodan, Helge; Zimmermann, Markus (2008): *Die Beseitigung des Tarifvorrangs gegenüber staatlich festgelegten Mindestarbeitsentgelten auf dem Prüfstand der Koalitionsfreiheit. Zu den in Regierungsentwürfen vom Juli 2008 vorgesehenen Änderungen des Gesetzes über die*

Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen und des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes. In: Zeitschrift für Arbeitsrecht (ZfA), 39 (4/2008), pp. 526–588.

Soravilla, Juan B.; Herrezuelo, Isabel (2010): *Der Schutz des "kleinen Freiberuflers"/selbstständig Erwerbstätigen: die spanische Lösung.* In: Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht (2010), pp. 127–133.

Supiot, Alain (2001): *Beyond Employment. Changes in Work and the Future of Labour Law in Europe.* Oxford: Oxford University Press.

Thüsing, Gregor (2008): *Mindestlohn im Spannungsverhältnis staatlicher und privatautonomer Regelung. Zur notwendigen Tarifdispositivität eines gesetzlichen Mindestlohns, zur Dispositivität durch ausländische Tarifverträge und zur Auswahl des Tarifvertrags zur Branchenerstreckung bei konkurrierenden Regelungen nach einem neu gefassten AEntG.* In: Zeitschrift für Arbeitsrecht (ZfA), 39 (4/2008), pp. 590–639.

Thüsing, Gregor; Lembke, Mark (2007): *Zeitarbeit im Spannungsverhältnis von Dienstleistungsfreiheit und Tarifautonomie.* In: Zeitschrift für Arbeitsrecht (ZfA), 38 (1/2007), pp. 87–127.

Unterseher, Lutz (1969): *Arbeitsvertrag und innerbetriebliche Herrschaft. Eine historische Untersuchung.* Frankfurt am Main: Europäische Verlagsanstalt.

Waas, Bernd (2012): *Werkvertrag, freier Dienstvertrag und Arbeitsvertrag: Abgrenzung und Identifikation im deutschen Recht und in ausländischen Rechtsordnungen.* Frankfurt am Main, Düsseldorf.

Waltermann, Raimund (2010): *Abschied vom Normalarbeitsverhältnis?* In: Deutscher Juristentag (ed.): *Verhandlungen des 68. Deutschen Juristentages Berlin 2010.* Band 1: Gutachten. München: C. H. Beck pp. B1-B120.

Wank, Rolf (1988): *Arbeitnehmer und Selbständige.* München: C. H. Beck.

Wank, Rolf (2007): *Das Grünbuch Arbeitsrecht. Eine Perspektive für das europäische Arbeitsrecht?* In: *Arbeit und Recht*, 55 (2007), pp. 244–249.

Wank, Rolf (2008): *Die personellen Grenzen des Europäischen Arbeitsrechts: Arbeitsrecht für Nicht-Arbeitnehmer?* In: Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht (2/2008), pp. 172–195.

Weiss, Manfred (2008): *Welchen Zielen dient das Arbeitsrecht - welchen soll es dienen? Juristische Perspektive*. In: Walter Raymond Stiftung der BDA (ed.): *Perspektiven für eine moderne Arbeitsmarktordnung*. 46. Kolloquium der Walter-Raymond-Stiftung. Berlin, 30. und 31. März 2008. Berlin: GDA, Gesellschaft für Marketing und Service der Deutschen Arbeitgeber pp. 11–27.

Wendeling-Schröder, Ulrike (1992): *Anmerkungen zur Veränderung des Arbeitgeberbegriffs*. In: Däubler, Wolfgang; Bobke, Manfred H.; Kehrmann, Karl (eds.): *Arbeit und Recht*. Festschrift für Albert Gnade. Frankfurt am Main: Bund-Verlag pp. 367–375.

Wiebauer, Bernd (2012): *Arbeitszeitgrenzen für selbständige Kraftfahrer*. In: *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 29 (23/2012), pp. 1331–1334.

Zachert, Ulrich (2007): *Philip Lotmar, Die Tarifverträge zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern*. In: *Kritische Justiz*, 40 (4/2007), pp. 428–435.

Ziegler, Katharina (2011): *Arbeitnehmerbegriffe im europäischen Arbeitsrecht*. Baden-Baden, München, Bochum¹: Nomos, Beck