

Bernd Waas

Werkvertrag, freier Dienstvertrag und Arbeitsvertrag: Abgrenzung und Identifikation im deutschen Recht und in ausländischen Rechtsordnungen

Abschlussbericht

Auf einen Blick...

- Zwischen Werkvertrag und Dienstvertrag (bzw. Arbeitsvertrag) besteht ein weiter Überschneidungsbereich.
- Insbesondere erweist sich die verbreitete Unterscheidung von Erfolg (Werkvertrag) und Tätigkeit (Dienstvertrag) für die Abgrenzung als nicht tragfähig, da zum einen auch das Wirken erfolgsbezogen und zum anderen auch dem Werkvertrag eine Tätigkeitspflicht eigen ist.
- Ein (scheinbarer) Werkvertrag sollte als Arbeitsvertrag identifiziert werden, wenn der Vertrag - durch Begründung eines ausreichend starken "Tätigkeitsbezugs" - eine ähnliche weitreichende Bindung des Verpflichteten bewirkt wie dies im "Normalfall" eines Arbeitsvertrags zu beobachten ist.
- Unter derselben Voraussetzung sollte ein (scheinbarer) Werkvertrag unter Einschaltung von Erfüllungsgehilfen als Fall der Arbeitnehmerüberlassung qualifiziert werden.
- In manchen ausländischen Rechtsordnungen ist das Bemühen um eine Präzisierung der Kriterien zur Abgrenzung des Arbeitsvertrags vom Werkvertrag erkennbar. Vielfach bestehen überdies Vermutungsregeln.
- Schließlich finden sich im Ausland auch Beispiele dafür, arbeitsrechtliche Bestimmungen teilweise gegenüber Nichtarbeitnehmern zur Anwendung zu bringen.

Johann Wolfgang-Goethe Universität, Frankfurt a. Main
Institut für Zivil- und Wirtschaftsrecht

Werkvertrag, freier Dienstvertrag und Arbeitsvertrag

**Abgrenzung und Identifikation im deutschen Recht und in ausländischen
Rechtsordnungen**

Professor Dr. Bernd Waas

Hans **Böckler**
Stiftung 

Fakten für eine faire Arbeitswelt.



2012

Gliederung

A. Einleitung

B. Das deutsche Recht

I. Grundsätze bei der Qualifizierung eines Rechtsverhältnisses als Arbeitsverhältnis

1. Persönliche Abhängigkeit als zentrales Kriterium
2. Untergeordnete Bedeutung einer bloßen „wirtschaftlichen Abhängigkeit“

II. Werkvertrag und Arbeitsvertrag: Abgrenzung und Identifikation

III. Problematik der Abgrenzung

1. Das Werk“ i. S. d. § 631 Abs. 1 BGB
 - a) Weiter Werkbegriff
 - b) Geringe Anforderungen an Bestimmtheit des „Werks“
 - c) Anweisungsrecht des Bestellers
2. Vordergründigkeit der Unterscheidung von Erfolg und Tätigkeit
 - a) Erfolgsbezogenheit des „Wirkens“
 - b) Werkvertragliche „Tätigkeitspflicht“
 - c) Zwischenergebnis
3. Mögliche Bedeutung des Bestehens einer „Erfolgshaftung“
 - a) Die Rechtslage beim Dienst- bzw. Arbeitsvertrag
 - b) Die Rechtslage beim Werkvertrag
 - c) Zwischenergebnis

IV. Identifikation des Arbeitsverhältnisses

1. Werkverträge mit ausgeprägtem „Tätigkeitsbezug“
 - a) Tätigkeitsbezug und Beschränkung der „Zeitsouveränität“
 - b) Tätigkeitsbezug und Beschränkung der sonstigen „Gestaltungsfreiheit“
 - c) Der „Sonderfall“ der Identifikation der Arbeitnehmerüberlassung
2. Bestehen einer „Erfolgshaftung“
 - a) Mögliche arbeitsrechtliche Haftungsprivilegierung für Arbeitnehmerähnliche
 - b) Mögliche haftungsmäßige Privilegierung von „Werkunternehmern“

C. Ausländische Rechtsordnungen

I. Grundlagen

1. Gesetzliche und richterrechtliche Definitionen
2. Grundsatz des „Vorrangs der Tatsachen“
3. Vermutungsregeln
4. Schutz wirtschaftlich abhängiger Personen

II. Arbeitnehmerbegriff

1. Wertende Gesamtbetrachtung
2. „Persönliche Abhängigkeit“ als zentrales Kriterium
3. Andere Kriterien

III. Präzisierung der Kriterien mit Blick auf die Abgrenzung des Arbeitsvertrag vom Werkvertrag

1. Das Beispiel Belgiens
2. Das Beispiel Irlands

IV. Vorrang der Tatsachen

V. Vermutungsregeln

1. Generelle Vermutungen

2. Spezifische Vermutungen

3. Vermutung im Fall der Arbeitnehmerüberlassung

VI. Partielle Anwendung des Arbeitsrechts auf Nichtarbeitnehmer

VII. Zwischenergebnis

D. Schluss: Zusammenfassung in Thesen

A. Einleitung

Seit den 1990er Jahren wird in Deutschland über die sog. „neue Selbständigkeit“ diskutiert¹. „Neue Selbständigkeit“ bezeichnet das Phänomen, dass Personen, die ihre Leistung früher im Rahmen eines Arbeitsvertrags erbracht haben, von ihren Arbeitgebern „in die Selbständigkeit entlassen“ werden². Als Beispiele können insoweit dienen³: Verkaufsfahrer mit einem eigenen Fahrzeug als (vermeintlich) „selbständige Unternehmer“⁴, die nur an ein Unternehmen gebunden sind; sog. „Propagandistinnen“ und Restaurantbedienungen in Kaufhäusern sowie

¹ Empirische Erkenntnisse hierzu etwa bei *Buschhoff*, Neue Selbständige – Die Entwicklung in Deutschland und in anderen europäischen Ländern, 2007; zuletzt auch *Koch/Wohlhüter*, Werkverträge in der Arbeitswelt, OBS-Arbeitspapier Nr. 2, 2012.

² Vgl. statt aller *ErfKomm-Preis*, § 611 BGB Rn. 98; *Dauner-Lieb-Franzen*, 1. Aufl., 2005, § 611 BGB Rn. 28. Mit Blick auf die Kündigungsschutzrechtliche Bewertung derartiger Vorgänge ist insbesondere die Entscheidung des BAG, NZA 2008, 878 zu beachten. Danach kann die Entscheidung des Unternehmers, bestimmte Aufgaben in Zukunft nicht mehr durch Arbeitnehmer, sondern durch freie Mitarbeiter ausführen zu lassen, als dringendes betriebliches Erfordernis i.S. des § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG eine ordentliche Kündigung rechtfertigen. Dabei meint das Gericht, es sei von der Unternehmerfreiheit gedeckt und nicht missbräuchlich, wenn ein Arbeitgeber sich entschliefse, Aufgaben nicht mehr selbst unter Einsatz eigener Arbeitnehmer zu erledigen, sondern durch Dritte vornehmen zu lassen. Das Gesetz zwingt den Marktteilnehmer nicht, den Bedarf an Leistungen ausschließlich durch Arbeitsverträge zu decken. Er könne vielmehr auf jeden rechtlich zulässigen Vertragstyp zurückgreifen, müsse aber dann auch die jeweiligen – auch nachteiligen – rechtlichen Folgen in Kauf nehmen. So verzichte er, wenn er keine Arbeitsverträge schließe, auf das Direktionsrecht. Der Unternehmer begeben sich in Umsetzung seiner unternehmerischen Entscheidung seines gerade durch das persönliche Weisungsrecht geprägten Einflusses auf seine vormaligen Arbeitnehmer. Nach BAG, NZA 2005, 761 stellt die Vergabe von bisher im Betrieb durchgeführten Arbeiten an ein anderes Unternehmen eine die Arbeitsgerichte grundsätzlich bindende unternehmerische Organisationsentscheidung dar, die zum Wegfall von Arbeitsplätzen führen und ein dringendes betriebliches Erfordernis für eine betriebsbedingte Kündigung darstellen könne. Allerdings liege eine sog. Austausch Kündigung vor, wenn die bislang von den Arbeitnehmern des Betriebs ausgeführten Tätigkeiten nicht zur selbständigen Erledigung auf den Dritten übertragen würden; zur Abgrenzung werkvertraglicher Fremdvergabe von verdeckter Arbeitnehmerüberlassung zuletzt auch LAG Rheinland-Pfalz, BeckRS 2011, 71730.

³ Vgl. statt aller *ErfKomm-Preis*, § 611 BGB Rn. 98.

⁴ LAG Düsseldorf, BB 1995, 2275: „Ein ‘Kleintransportunternehmer’, der mit einem von ihm gestellten Fahrzeug Expressfrachtaufträge ausführt und der verpflichtet ist, die ihm von einem Speditions- und Expressfrachtunternehmen erteilten Aufträge zur Zustellung, Abholung und Beförderung von Gütern in der Zeit von Montag bis Samstag anzunehmen, der berechtigt ist, maximal 20 Tage während eines Jahres zu bestimmen, in denen er nicht zur Annahme von Frachtaufträgen verpflichtet war, wobei die Bestimmung der Tage einvernehmlich mit der Beklagten zu erfolgen hat, der verpflichtet ist, morgens um 6 Uhr mit seinem Fahrzeug im Depot des Speditionsunternehmens zu erscheinen, wobei ihm von der Disposition die einzuhaltenden Zeitoptionen mitgeteilt werden (Zusage der Zeitoptionen die Kunden "9 Uhr", "10 Uhr" oder "12 Uhr" als Auslieferungszeitpunkt) ist zumindest als arbeitnehmerähnliche Person anzusehen“.

Regaleinrichter. Dabei bediente – und bedient man sich noch immer – unterschiedlicher Vertragstypen, um dem Geltungsbereich des Arbeits(vertrags)rechts zu entgehen. Gebrauch gemacht wird in diesem Zusammenhang z. B. häufig von sog. Franchisingssystemen⁵.

Besondere Bedeutung kommt indes von jeher dem Werkvertrag zu, durch den sich, nach der Definition dieses Vertragstyps in § 631 Abs. 1 BGB, ein „Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werkes, der Besteller zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet“. Die Bedeutung des Einsatzes von Werkverträgen scheint in letzter Zeit sogar noch deutlich zuzunehmen. So wird beispielsweise über die Einschaltung von Subunternehmern durch Hotels berichtet, wobei die Reinigung der Hotelzimmer zum Gegenstand eines Werkvertrags gemacht wird. Berichtet wird aber beispielsweise auch von Subunternehmern, welche das Einräumen von Regalen besorgen, wobei die Verbringung der auf einer Palette befindlichen Ware in die Regale vertraglich als eigenständiges „Werk“ definiert wird⁶. Die Beispiele illustrieren, dass manche Unternehmen dazu übergehen, (vermeintliche) Werkverträge mit Drittunternehmen abzuschließen, statt eigene Arbeitnehmer zu beschäftigen (oder Arbeitnehmerüberlassungsverträge zu schließen).

Noch vor nicht allzu langer Zeit schien es, als sei jedenfalls die Problematik der Abgrenzung von Werk- und Arbeitnehmerüberlassungsverträgen ein wenig entschärft. Verantwortlich gemacht wurden hierfür nicht zuletzt verschiedene Lockerungen des rechtlichen Regimes der Arbeitnehmerüberlassung, zu denen es im Lauf der letzten Jahre gekommen ist⁷. Indes scheint die Zahl von

⁵ Vgl. nur Staudinger/*Fischinger*, Vorbemerkungen zu § 611 BGB Rn. 90 ff.; vgl. aus der Rspr. zuletzt LAG Düsseldorf, BeckRS 2010, 74853, wonach „im Rahmen der erforderlichen Gesamtschau regelmäßig davon auszugehen (ist), dass kein Arbeitsverhältnis vorliegt“, wenn „ein Franchisenehmer nach den tatsächlichen Umständen nicht in der Lage (ist), seine vertraglichen Leistungspflichten alleine zu erfüllen, sondern auf Hilfskräfte angewiesen, und zugleich vertraglich berechtigt, seine Leistungen durch Dritte erbringen zu lassen“.

⁶ <http://www.zeit.de/2011/50/Leiharbeit-Werkverträge>.

⁷ Vgl. nur Schüren/*Hamann*, § 1 AÜG Rn. 114.

(vermeintlichen) Werkverträgen zuletzt deutlich zugenommen zu haben⁸. Dieser Umstand lässt sich verhältnismäßig leicht erklären: Zum einen ist es aufgrund der jüngsten Änderungen des ÄUG (im Zuge der Umsetzung der sog. Leiharbeitsrichtlinie der Europäischen Union und als Reaktion auf gewisse Missbräuche der Leiharbeit)⁹ zu einer deutlichen Verstärkung des Schutzes der Leiharbeitnehmer gekommen; zum anderen erscheint der Gleichbehandlungsgrundsatz im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung auch angesichts von Entwicklungen in der Rechtsprechung¹⁰ weniger „zahnlos“ als dies früher der Fall war. Offenbar führt das eine wie das andere dazu, dass viele Unternehmen über Möglichkeiten nachdenken, dem Anwendungsbereich der Regelungen zur Arbeitnehmerüberlassung zu entfliehen¹¹.

In der Öffentlichkeit wird die Ausbreitung von Werkverträgen „auf Kosten“ des Arbeitsrechts in zunehmendem Maße diskutiert. Diese Debatte hat auch die Politik erreicht. Zuletzt hat die Fraktion *Die Linke* im Deutschen Bundestag die Bundesregierung aufgefordert, ein „Gesetz zur Verhinderung des Missbrauchs von Werkverträgen“ vorzulegen¹². Dieses Gesetz sollte nach Auffassung der Fraktion *Die Linke* eine gesetzliche Vermutung für das Vorliegen eines bloßen „Scheinwerkvertrags“ enthalten, wenn ein von seinem Arbeitgeber bei einem anderen Arbeitgeber eingesetzter Arbeitnehmer „eine Tätigkeit auch nach Weisungen des anderen Arbeitgebers verrichtet“ und

„1. die Tätigkeit mit der eines oder einer beim anderen Arbeitgeber beschäftigten Arbeitnehmers oder Arbeitnehmerin vergleichbar ist oder

⁸ Vgl. aus der Rspr. zuletzt etwa LAG Rheinland-Pfalz, BeckRS 2011, 72881: Qualifizierung des „Auftragnehmers“ aus einem „Werkvertrag“ als arbeitnehmerähnliche Person, wobei u. a. darauf abgestellt wird, dass „die vom Kläger geleisteten Dienste (...) nach ihrer sozialen bzw. soziologischen Typik mit denen eines Arbeitnehmers vergleichbar (sind); a.a.O., Rn. 25.

⁹ Vgl. hierzu nur *Waas*, ZESAR 2009, 207.

¹⁰ Vgl. insbesondere BAG, NZA 2011, 289 zur mangelnden Tariffähigkeit der CGZP.

¹¹ Vgl. zum Ganzen auch *Rieble*, in: *Rieble/Junker/Giesen* (Hg.), *Freie Industriedienstleistung als Alternative zur regulierten Zeitarbeit*, 2012, S. 15 ff.

¹² BT-Drucks. 17/7220 (neu) v. 29.09.2011, S. 2; vgl. auch BT-Drucks. 17/7482 v. 26.10.2011. Der Antrag der Fraktion *Die Linke* zielt darüber hinaus u. a. auch auf eine Neuregelung der Mitbestimmung bei der Vergabe von Aufgaben an Fremdfirmen; vgl. zu dieser Problematik zuletzt auch *Franzen*, in: *Rieble/Junker/Giesen* (Hg.), *Freie Industriedienstleistung als Alternative zur regulierten Zeitarbeit*, 2012, S. 85 ff.; *Karthus/Klebe*, NZA 2012 ■

2. im Wesentlichen Material und Werkzeug des anderen Arbeitgebers verwendet werden;
3. der entsendende Arbeitgeber nicht für das Ergebnis der Tätigkeit haftet;
4. der Arbeitgeber von dem anderen Arbeitgeber eine nach Zeiteinheiten bemessene Vergütung erhält;
5. der bei dem anderen Arbeitgeber eingesetzte Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin in die Arbeitsorganisation und das Arbeitszeitregime des anderen Arbeitgebers eingebunden ist“.

Diese Vermutung soll widerlegbar sein¹³. Sollten „vertragliche Abmachungen und tatsächliches Verhalten der Beteiligten nicht überein[stimmen]“, so soll „deren tatsächliches Verhalten maßgebend [sein]“¹⁴.

Auch der *DGB* hat vor kurzem die Fixierung spezifischer gesetzlicher Kriterien zur Abgrenzung zwischen Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung gefordert und dies u. a. damit begründet, dass die Abgrenzungsproblematik gravierend zugenommen habe¹⁵. Konkret wurde vorgeschlagen, nach § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG folgenden Satz einzufügen:

„Wird ein Arbeitnehmer von seinem Arbeitgeber bei einem Dritten (anderer Arbeitgeber) eingesetzt oder erbringt eine Person ohne weitere Arbeitnehmer Leistungen bei einem Dritten und erfolgt die Tätigkeit

1. nach Weisungen des anderen Arbeitgebers oder
2. wird die gleiche Tätigkeit wie andere Arbeitnehmer des anderen Arbeitgebers verrichten, verrichtet oder
3. werden im Wesentlichen Material und Werkzeug des anderen Arbeitgebers verwendet oder
4. verrichten sie ihre Tätigkeit, ohne dass der entsendende Arbeitgeber für das Ergebnis ihrer Arbeit haftet oder
5. wird die Tätigkeit, die gegenüber dem entsendenden Arbeitgeber auf der Grundlage von Zeiteinheiten vergütet, oder
6. handelt es sich um Tätigkeiten, die vor dem Einsatz von Arbeitnehmern des Entleihers erbracht worden sind, so wird vermutet, dass ein Arbeitsverhältnis zum Dritten vorliegt“¹⁶.

¹³ BT-Drucks. 17/7220 (neu) v. 29.09.2011, S. 2: „Dem auftraggebenden und dem auftragnehmenden Arbeitgeber steht es frei, den Nachweis zu führen, dass er den Arbeitseinsatz im Rahmen eines Werk- oder Dienstvertrags umfassend steuert“.

¹⁴ BT-Drucks. 17/7220 (neu) v. 29.09.2011, S. 2.

¹⁵ Vgl. Ausschussdrucksache 17(11)431 v. 18.03.2011, S. 46 (u. a. unter Hinweis auf die Erfahrungsberichte der Bundesregierung zur Arbeitnehmerüberlassung).

¹⁶ Vgl. Ausschussdrucksache 17(11)431 v. 18.03.2011, S. 46.

Die *Bundesregierung* hat allerdings zuletzt mitgeteilt, dass aus ihrer Sicht eine Änderung des AÜG „weder erforderlich noch geeignet (sei), die vom DGB geforderte Abgrenzung klarzustellen“¹⁷.

In der vorliegenden Arbeit soll das Phänomen der zunehmenden „Ausbreitung“ von Werkverträgen näher in den Blick genommen werden und zwar zunächst unter dem Gesichtspunkt des deutschen Rechts (B.) und sodann in einer rechtsvergleichenden Perspektive (C.). Internationalrechtlich ist bei alledem nicht zuletzt auch die Forderung der ILO zu bedenken, dass verschleierte Arbeitsverhältnissen entgegenzutreten und insbesondere sicherzustellen ist, dass nicht anderweitige Vertragstypen eingesetzt werden, um Arbeitnehmer ihrer Rechte zu berauben¹⁸.

B. Das deutsche Recht

Was das deutsche Recht anbelangt, so sind zunächst in der gebotenen Kürze die Grundsätze zu skizzieren, die das BAG bei der Qualifizierung eines Rechtsverhältnisses als Arbeitsverhältnis zugrunde legt (I.). Vor diesem Hintergrund sollen dann die Problembereiche der „Abgrenzung“ von Werkvertrag und Arbeitsvertrag und der „Identifikation“ des Arbeitsvertrags voneinander abgeschichtet werden (II.). Sodann ist zu klären, welche Voraussetzungen bei der Abgrenzung zu beachten sind (III.) und welche Maßstäbe bei der Identifikation gelten (IV.)

¹⁷ BT-Drucks. 17/6714 v. 01.08.2011 in Beantwortung einer Kleinen Anfrage der Fraktion Die Linke, BT-Drucks. 17/6605 v. 14.07.2011.

¹⁸ R 198 Employment Relationship Recommendation, 2006 u. 4: „National policy should at least include measures to ... (b) combat disguised employment relationships in the context of, for example, (...) other relationships that may include the use of other forms of contractual arrangements that hide the true legal status, noting that a disguised employment relationship occurs when the employer treats an individual as other than an employee in a manner that hides his or her true legal status as an employee, and that situations can arise where contractual arrangements have the effect of depriving workers of the protection they are due (...).“

I. Grundsätze bei der Qualifizierung eines Rechtsverhältnisses als Arbeitsverhältnis

Das zentrale Kriterium des vom BAG praktizierten Arbeitnehmerbegriffs bildet bekanntlich das Merkmal der „persönlichen Abhängigkeit“. Der Arbeitnehmerbegriff des BAG soll hier nicht nachgezeichnet und schon gar nicht im Einzelnen diskutiert werden. Indes erscheint es geboten, ihn, wenigstens kurz mit einer im Schrifttum entwickelten Konzeption zu konfrontieren, wonach bei der Qualifizierung eines Rechtsverhältnisses als Arbeitsverhältnis primär auf wirtschaftliche Gegebenheiten abzustellen sein soll. Diese Gegenüberstellung dient nicht zuletzt dem Zweck, die vom BAG für ausschlaggebend gehaltenen Begriffsmerkmale deutlicher hervortreten zu lassen.

1. Persönliche Abhängigkeit als zentrales Kriterium

Nach der Rechtsprechung des BAG ist für die Qualifizierung eines Rechtsverhältnisses als Arbeitsverhältnis die Bezeichnung durch die Parteien nicht entscheidend. Maßgeblich ist vielmehr, wie das Rechtsverhältnis *nach seinem Geschäftsinhalt objektiv* einzuordnen ist. So heißt es etwa in der Entscheidung des BAG v. 22.03.1995¹⁹:

„Der Status des Beschäftigten richtet sich nicht nach den Wünschen und Vorstellungen der Beteiligten, sondern danach, wie die Rechtsbeziehung nach ihrem Geschäftsinhalt objektiv einzuordnen ist. Denn durch

¹⁹ BAG, NZA 1995, 823; vgl. auch BAG, NZA 1997, 600: „Der wirkliche Geschäftsinhalt ist den ausdrücklich getroffenen Vereinbarungen und der praktischen Durchführung des Vertrages zu entnehmen. Wird ein als freier Mitarbeitervertrag bezeichnetes Vertragsverhältnis wie ein Arbeitsverhältnis durchgeführt, ist es auch als Arbeitsverhältnis anzusehen“; zuletzt auch BAG, NZA-RR 2011, 112 sowie BAG, NJOZ 2010, 1705: „Der jeweilige Vertragstyp ergibt sich aus dem wirklichen Geschäftsinhalt. Die zwingenden gesetzlichen Regelungen für Arbeitsverhältnisse können nicht dadurch abbedungen werden, dass die Parteien ihrem Arbeitsverhältnis eine andere Bezeichnung geben (...). Der objektive Geschäftsinhalt ist den ausdrücklich getroffenen Vereinbarungen und der praktischen Durchführung des Vertrags zu entnehmen. Widersprechen sich Vereinbarung und tatsächliche Durchführung, ist Letztere maßgebend (...)“.

Parteivereinbarung kann die Bewertung einer Rechtsbeziehung als Arbeitsverhältnis nicht abbedungen und der Geltungsbereich des Arbeitnehmerschutzrechts nicht eingeschränkt werden. Der wirkliche Geschäftsinhalt ist den ausdrücklich getroffenen Vereinbarungen und der praktischen Durchführung des Vertrags zu entnehmen. Wird der Vertrag abweichend von den ausdrücklichen Vereinbarungen vollzogen, ist die tatsächliche Durchführung maßgebend. Denn die praktische Handhabung lässt Schlüsse darauf zu, von welchen Rechten und Pflichten die Parteien in Wirklichkeit ausgegangen sind“.

Dabei ist die Qualifizierung als Arbeitsverhältnis nach der Rechtsprechung davon abhängig, dass derjenige, der die Dienste erbringt, von seinem Vertragspartner *persönlich abhängig* ist. Wann ein solches persönliches Abhängigkeitsverhältnis vorliegt, ergibt sich anhand eines Umkehrschlusses aus § 84 HGB. Nach § 84 Abs. 1 S. 3 HGB ist selbständig, „wer im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann“. Unselbständig und somit persönlich abhängig ist somit derjenige Mitarbeiter, der *nicht* im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Eine persönliche Abhängigkeit – und mit ihr die Arbeitnehmereigenschaft – ist anzunehmen, wenn statt der freien Tätigkeitsbestimmung die Einbindung in eine fremde Arbeitsorganisation vorliegt, die sich in einem Weisungsrecht des Arbeitgebers bezüglich des Inhalts, der Durchführung, der Zeit, der Dauer und des Orts der Tätigkeit zeigt²⁰.

Für die Abgrenzung von Arbeitnehmern und „freien Mitarbeitern“ stellt das BAG auf eine *typologische Betrachtung* ab²¹. Dazu heißt es in der Entscheidung des Gerichts vom 23.04.1980²²:

„Es gibt kein Einzelmerkmal, das aus der Vielzahl möglicher Merkmale unverzichtbar vorliegen muss, damit man von persönlicher Abhängigkeit sprechen kann (...). Ebenso wenig gibt es ein Merkmal für die Abhängigkeit, das sich nicht auch gelegentlich bei Selbständigen findet. Es ist deshalb aus Gründen der Praktikabilität und der Rechtssicherheit

²⁰ Vgl. nur BAG, NZA 1995, 622; aus der Lit. statt aller ErfKomm/Preis, § 611 BGB Rn. 50 ff.

²¹ Ablehnend z. B. ErfKomm/Preis, § 611 BGB Rn. 54; vgl. zum Ganzen auch Ascheid/Preis/Schmidt-Preis, GK-Kündigungsrecht, 4. Aufl. 2012, C Rn. 21 m. w. N..

²² BAG AP § 611 BGB Abhängigkeit Nr. 34.

unvermeidlich, die unselbständige Arbeit typologisch abzugrenzen (...). Dabei kommt auch der sozialen Schutzbedürftigkeit des jeweiligen Mitarbeitertyps entscheidende Bedeutung zu (...).

2. Untergeordnete Bedeutung einer bloßen „wirtschaftlichen Abhängigkeit“

Im rechtswissenschaftlichen Schrifttum werden z. T. andere Konzeptionen vertreten. So will namentlich *Wank* – auf der Grundlage eines dualen Modells der Erwerbstätigkeit – entscheidend auf die „(freiwillige) Übernahme des Unternehmerrisikos“ abstellen:

„Der Selbständige trägt sein Berufs- und Existenzrisiko selbst, während diese Risiken dem Arbeitnehmer weitgehend abgenommen werden. Der Selbständige kann diese Risiken aber auch in weiterem Umfang beherrschen als der Arbeitnehmer, indem er seine berufliche Tätigkeit und seine Organisation immer neu an den Erfordernissen des Marktes ausrichten kann. Demgegenüber trifft der Arbeitnehmer keine unternehmerischen Entscheidungen, die ihm selbst als Betriebsergebnis zugerechnet werden. Der Selbständige trägt also nicht nur unternehmerische Risiken, er kann auch unternehmerische Chancen wahrnehmen. Dagegen kann der Arbeitnehmer, auch wenn er in leitender Stellung tätig ist, unternehmerische Chancen nicht für sich nutzen“²³.

Die Konzeption *Wanks* wird in der Literatur überwiegend abgelehnt²⁴. Sie hat indes durchaus auch Zustimmung gefunden und zwar auch in der Rechtsprechung der Instanzgerichte. So hat etwa das LAG Köln in einer bemerkenswerten Entscheidung (bei der es um die Arbeitnehmereigenschaft von sog. Propagandistinnen in einem Kaufhaus ging²⁵) ausdrücklich die „hohe(n) Anforderungen an die Fremdbestimmtheit hinsichtlich der Arbeitszeit“, wie sie sich aus dem vom BAG zugrunde gelegten Arbeitnehmerbegriff ergäben, kritisiert. Diese führten dazu, „viele Erwerbspersonen, die wie Arbeitnehmer schutzbedürftig sind, aus dem

²³ So *Wank*, NZA 1999, 225 (227); grundlegend ders., *Wank*, Arbeitnehmer und Selbständige, 1988.

²⁴ Ablehnend z. B. *ErfKomm/Preis*, § 611 BGB Rn. 57 m. w. N.

²⁵ LAG Köln, AP § 611 BGB Abhängigkeit Nr. 80.

statusbezogenen Schutz des Arbeits- und Sozialrechts herausfallen zu lassen“. Gerade „neue Entwicklungen im Erwerbsleben“ machten es leicht, „bisher von Arbeitnehmern ausgeübte Tätigkeiten unter einem solchermaßen gehandhabten Arbeitnehmerbegriff dem Schutz des Arbeits- und Sozialrechts zu entziehen“. Viele Unternehmen hätten erkannt, „wie leicht unsere Rechtsordnung – d. h. die fehlende gesetzliche Definition des Arbeitnehmerbegriffes und die bisherige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts dazu – die Flucht aus dem Arbeitsrecht (mache)“²⁶. Statt auf den Arbeitnehmerbegriff des BAG abzustellen, will das Gericht die von *Wank* entwickelte Konzeption zugrunde legen. Methodisch stützt es sich dabei auf das Verständnis, wonach Grundrechte nicht nur Abwehrrechte gegenüber dem Staat darstellen, sondern auch die Grundlage für Schutzpflichten bilden²⁷. Mit anderen Worten: Aus dem Verständnis der Schutzfunktion der Grundrechte²⁸ soll sich die Notwendigkeit einer Neubestimmung des Arbeitnehmerbegriffs ergeben.

Von den Arbeitnehmern zu unterscheiden sind die sog. *arbeitnehmerähnlichen* Personen. Legt man die Definition in § 12a TVG zugrunde, so handelt es sich dabei, stark vereinfacht, um Personen, die (nun in der Tat) wirtschaftlich abhängig sind und darüber hinaus, einem

²⁶ Bemerkenswert sind dabei auch die vom Gericht angeführten empirischen Befunde: „Manche Fuhrunternehmen haben keine eigenen Lkw-Fahrer mehr, sondern setzen ihre Fahrer als "selbständige Unternehmer" ein, die mit vom bisherigen Arbeitgeber gemieteten Fahrzeugen faktisch ihre bisherige Tätigkeit weiter ausüben. Versandhäuser organisieren den telefonischen Auftragsdienst über Hausfrauen, zu deren privaten Telefonanschlüssen anrufende Kunden automatisch weitergeschaltet werden und die die Aufträge dann mittels eines vom Versandhaus zur Verfügung gestellten PCs EDV-mäßig erfassen und die Daten an das Versandhaus zurückleiten -- wohlgermerkt als "Selbständige", was damit erreicht werden soll, dass die betreffenden Hausfrauen sich durch einen Telefonanruf bei der Zentrale abmelden können, worauf dann eingehende Anrufe zu einer anderen Hausfrau geschaltet werden, die zur gleichen Zeit Bereitschaft angezeigt hat. In der Fleischindustrie findet man nur noch selten "Arbeitnehmer". Vorherrschend ist der Typ des selbständigen Ausbeiners, des selbständigen Transporteurs von Tierhälften, des selbständigen Zerlegers. Selbst Gastwirte sind auf die Idee verfallen, ihre Kellner zu 'selbständigen Vermittlern gastronomischer Dienstleistungen' zu machen“. Ebenso bemerkenswert ist der Hinweis darauf, dass die Allgemeinen Ortskrankenkassen bei einer Befragung eine überaus große Zahl von Berufsnennungen erhalten hätten, die nicht den verschiedenen Berufsbezeichnungen im Sinne der Klassifizierung des Statistischen Bundesamtes zugeordnet werden konnten.

²⁷ Das BAG, NZA 1997, 1246 verneinte in seiner Revisionsentscheidung ein Feststellungsinteresse der Klägerin.

²⁸ Allg. hierzu etwa ErfKomm/*Dieterich*, Einleitung zu Art. 1 – 14 GG Rn. 37 m. w. N.

Arbeitnehmer vergleichbar, sozial schutzbedürftig sind, weil sie auf Grund eines Dienst- oder Werkvertrags überwiegend für eine Person tätig sind, die geschuldete Leistung persönlich und im Wesentlichen ohne Mitarbeit von Arbeitnehmern erbringen²⁹. Das BAG hat es zuletzt so formuliert:

„Arbeitnehmerähnliche Personen sind Selbständige. An die Stelle der das Arbeitsverhältnis prägenden persönlichen Abhängigkeit tritt das Merkmal der wirtschaftlichen Abhängigkeit. Wirtschaftliche Abhängigkeit ist regelmäßig gegeben, wenn der Beschäftigte auf die Verwertung seiner Arbeitskraft und die Einkünfte aus der Tätigkeit für den Vertragspartner zur Sicherung seiner Existenzgrundlage angewiesen ist“³⁰.

Die Definition der „arbeitnehmerähnlichen“ Person knüpft somit auch an die wirtschaftliche Abhängigkeit an, wobei allerdings das Erfordernis der „sozialen Schutzbedürftigkeit“ einen wichtigen zusätzlichen „Filter“ darstellt³¹. Auch ist festzuhalten, dass die Qualifikation als „arbeitnehmerähnliche“ Person nicht zur Anwendung arbeitsrechtlicher Vorschriften *in toto* führt. Vielmehr gilt für arbeitnehmerähnliche Personen, dass die Bestimmungen des Arbeitsrechts grundsätzlich gerade *nicht* anwendbar sind. Nur einzelne Bestimmungen gelten (aufgrund ausdrücklicher Regelung) auch für arbeitnehmerähnliche Personen (oder für bestimmte Gruppen von ihnen). So sind nach § 5 ArbGG für ihre Rechtsstreitigkeiten die Arbeitsgerichte zuständig. Arbeitnehmerähnliche Personen erlangen nach § 2 BUrlG einen Urlaubsanspruch. Anwendbar ist überdies das am 01.07.2008 in Kraft getretene PflegeZG (§ 7 Abs. 1 Nr. 3 PflegeZG)³².

²⁹ Statt aller ErfKomm/Preis, § 611 BGB Rn. 110.

³⁰ BAG, NZA 2011, 309.

³¹ Vgl. insoweit nur MünchArbR-Richardi, 3. Aufl., 2009, § 16 Rn. 36.

³² Näher hierzu statt aller Schaub-Vogelsang, 14. Aufl. 2011, § 10 Rn. 7.

II. Werkvertrag und Arbeitsvertrag: Abgrenzung und Identifikation

Wer sich mit dem Phänomen auseinandersetzt, dass in zunehmendem Maße Werkverträge in Bereichen zum Einsatz gelangen, die lange Zeit dem Arbeitsrecht vorbehalten schienen, muss sich zwei Problemen stellen: Zum einen gilt es, Werkvertrag und Arbeitsvertrag nach ihren jeweiligen Voraussetzungen voneinander abzugrenzen. Zum anderen gilt es, ein Rechtsverhältnis im konkreten Fall sicher dem Typus des Werkvertrags oder des Arbeitsvertrags zuzuordnen, es also als Werkvertrag oder Arbeitsvertrag zu identifizieren³³.

Bei der erstgenannten Frage geht es erkennbar darum, abstrakt die Voraussetzungen der beiden genannten Vertragstypen zu klären. Weniger offen zutage liegt demgegenüber das letztgenannte Problem der Identifikation. Bei diesem stellt sich dem Rechtsanwender zunächst die Aufgabe, ein Rechtsverhältnis nach Maßgabe seiner praktischen Durchführung durch die Beteiligten als Werkvertrag oder Arbeitsvertrag einzuordnen³⁴. Insoweit steht die Identifikationsproblematik ersichtlich im Zusammenhang damit, dass über das Vorliegen eines Arbeitsvertrags, wie eben ausgeführt³⁵, der „wirkliche Geschäftsinhalt“ entscheidet und dieser in erster Linie der „praktischen Durchführung“ des Vertrags zu entnehmen ist. Indes stellt sich im Zusammenhang mit der Identifikation eines Rechtsverhältnisses in Wirklichkeit, was häufig nicht klar genug gesehen wird, auch noch eine andere Aufgabe. Diese ergibt sich daraus, dass, was sogleich zu verdeutlichen sein wird, „fast jede Tätigkeit angesichts der Weite des dem Werkvertrag zu Grunde liegenden Erfolgsverständnisses auch erfolgsbezogen formuliert

³³ Die Erkenntnis, dass von der Abgrenzungs- die Identifikationsproblematik zu unterscheiden ist, hat sich insbesondere hinsichtlich der Frage der Abgrenzung der Arbeitnehmerüberlassung vom Werkvertrag weitgehend durchgesetzt; vgl. nur Schüren-Hamann, § 1 AÜG Rn. 107 ff.

³⁴ Vgl. nur Schüren-Hamann, § 1 AÜG Rn. 110: „Denn aus ihr [der praktischen Durchführung] ergibt sich der letztlich wirkliche Geschäftswille, der wiederum über die rechtliche Zuordnung entscheidet“.

³⁵ B. I. 1.

werden (kann)³⁶. Dies bedeutet nämlich nicht mehr und nicht weniger, als dass sich Werkvertrag und Dienstvertrag bzw. Arbeitsvertrag (als spezieller Fall des Dienstvertrags³⁷) in vielen Fällen nur „äußerlich“ unterscheiden, so dass man die Frage beantworten muss, ob die Zuordnung zum Vertragstypus des Werkvertrags nicht aufgrund der Umstände des Einzelfalls „korrigiert“ werden muss.

Bevor auf die Problematik der Identifikation näher eingegangen wird, soll indes die Abgrenzungsfrage beleuchtet werden, da diese der Identifikationsfrage vorgelagert ist. Dabei wird sich zeigen, dass eine sich in allen denkbaren Fällen bewährende, trennscharfe Abgrenzung von Werkvertrag auf der einen und Dienstvertrag (bzw. Arbeitsvertrag) auf der anderen Seite gar nicht möglich ist.

III. Problematik der Abgrenzung

Schon ein oberflächlicher Blick auf das Schrifttum zur Abgrenzungsfrage zeigt, dass diese weitaus schwerer zu beantworten ist, als es zunächst den Anschein haben mag. „Verantwortlich“ hierfür sind, wie eine nähere Analyse zeigt, v. a. zwei Umstände: Zum einen der Umstand, dass dem Werkvertragsrecht ein denkbar weiter Begriff des „Werkes“ zu Grunde liegt (III.1.), und zum anderen (und v. a.) der Umstand, dass die – auf den ersten Blick recht eingängig erscheinende – Unterscheidung zwischen „tätigkeitsbezogenem“ Dienstvertrag und „erfolgsbezogenem“ Werkvertrag bei näherer Betrachtung rasch an Überzeugungskraft verliert (III.2.). Vor diesem Hintergrund wird zu fragen sein, ob sich nicht wenigstens mit Blick auf die – nur im Werkvertragsrecht bestehende – „Erfolgshaftung“ einigermaßen sichere Maßstäbe für die Abgrenzung von Werkvertrag und Dienstvertrag gewinnen

³⁶ So MünchKomm-Busche, § 631 BGB Rn. 15.

³⁷ Vgl. hierzu statt aller Jauernig/Mansel, Vorbemerkungen zu §§ 611 ff. BGB, Rn. 2.

lassen (III.3.). Dabei wird sich allerdings zeigen, dass auch die Unterscheidungskraft dieser „Erfolgshaftung“ begrenzt ist.

1. Das Werk“ i. S. d. § 631 Abs. 1 BGB

a) Weiter Werkbegriff

Mag man auch beim Gegenstand eines Werkvertrags als erstes die Herstellung eines Bauwerks oder eines Möbelstücks assoziieren, so ist das „Werk“ i. S. d. § 631 BGB doch keinesfalls auf körperliche Gegenstände beschränkt. Vielmehr wurde der Kreis möglicher Werkleistungen vom historischen Gesetzgeber bewusst außerordentlich weit gefasst³⁸: Der in § 631 Abs. 2 BGB angesprochene, vom Werkunternehmer³⁹ geschuldete „Erfolg“ muss durchaus nicht in der Herstellung oder Veränderung einer Sache liegen. Vielmehr kommt als „Erfolg“ in diesem Sinne auch die, keine Substanzveränderung bewirkende bloße Einwirkung in Betracht. Illustrativ ist insoweit etwa die Beförderung, die ohne Weiteres zum Gegenstand eines Werkvertrags gemacht werden kann. V. a. ist aber anerkannt, dass ein Werkvertrag auch auf rein geistige (Bsp. Theateraufführung) oder wirtschaftliche Ergebnisse (Bsp. Besorgung einer Finanzierung) gerichtet sein kann. Diese mögen sich zwar in einem körperlichen Substrat niederschlagen; man denke etwa an das schriftliche Gutachten eines Sachverständigen. Doch ist dies keinesfalls zwingend⁴⁰. Dementsprechend kann man ohne Übertreibung sagen, dass der Werkvertrag als Vertragstyp „eine größere Vielfalt von Lebenssachverhalten zu regeln (hat) als sonst ein Vertrag im BGB⁴¹.

³⁸ Vgl. Motive, Bd. 2, S. 506.

³⁹ Nur nebenbei sei darauf hingewiesen, dass es für die Eigenschaft als „Unternehmer“ nicht auf die Gewerblichkeit der Tätigkeit ankommt; vgl. nur Staudinger-Peters/Jacoby, § 631 BGB Rn. 21.

⁴⁰ Näher Staudinger-Peters/Jacoby, 2008, § 631 BGB Rn. 6.

⁴¹ So MünchKomm-Busche, § 631 BGB Rn. 2.

b) Geringe Anforderungen an Bestimmtheit des „Werks“

Auch in einer anderen Hinsicht ist der von § 631 BGB in Bezug genommene „Erfolg“ indes außerordentlich weit. Zu berücksichtigen ist nämlich, dass zwar gewisse Anforderungen an die Bestimmtheit des vom Werkunternehmer herbeizuführenden „Erfolgs“ bestehen, diese aber bei näherem Hinsehen nicht allzu streng sind. Die Bestimmtheit des vom Unternehmer geschuldeten Erfolgs kann nämlich von ganz unterschiedlicher Intensität sein. So mögen die Parteien, beispielweise durch Zugrundelegung einer entsprechenden Planung, von vornherein konkrete Festlegungen getroffen haben. Ebenso gut denkbar ist aber, dass sie sich mit der Fixierung bestimmter Eck- oder Grenzwerte begnügen. Dementsprechend steht es der Qualifizierung als Werkvertrag nicht entgegen, wenn „das Ziel der Tätigkeit des Unternehmers einstweilen noch offen ist“. Als Beispiel wird in der Literatur etwa die Planung eines Architekten angeführt, „an deren Ende eine optimale Lösung der Probleme zu stehen hat, die sich aus Wünschen, Bedürfnissen und Möglichkeiten des Bauherrn ergeben“. Zweifel an der Wirksamkeit des Vertrages ergeben sich aus dieser Unsicherheit nach allg. Auffassung nicht⁴². Bedeutsam ist dies im vorliegenden Zusammenhang deshalb, weil daraus erhellt, dass die Beteiligten jedenfalls nicht schon dadurch in einen Dienstvertrag (oder Arbeitsvertrag) gezwungen werden, weil sich der intendierte „Erfolg“ im Zeitpunkt des Vertragsschlusses möglicherweise noch nicht abschließend definieren lässt und die Verpflichtung zur Herbeiführung des Erfolgs dementsprechend notwendigerweise noch „entwicklungsoffen“ ist⁴³.

⁴² Auch hierzu Staudinger-Peters/Jacoby, 2008, § 631 BGB Rn. 7.

⁴³ Allg. zur „Zukunftsbezogenheit“ des Werkvertrags Staudinger-Peters/Jacoby, § 631 BGB Rn. 19 ff. Hingewiesen sei am Rande auch darauf, dass der vom Unternehmer geschuldete Erfolg nur aufgrund einer – auch die Verkehrssitte berücksichtigenden – Auslegung des Vertrags ermittelt werden kann und dabei nach allg. Auffassung u. a. auch Berücksichtigung finden muss, „welchen Erfolg der Besteller *redlicherweise* erwarten darf“, so Staudinger-Peters/Jacoby, § 631 BGB Rn. 11. Dies könnte zu der Frage Anlass geben, ob dieser Maßstab nicht bereits über die Frage, ob überhaupt ein Erfolg (und nicht nur eine Tätigkeit) geschuldet wird, mitentscheiden sollte. Bejahendenfalls käme man dazu, dass die werkvertragliche Vereinbarung bestimmter „Erfolge“ schon nach Maßgabe der Grundsätze von Treu und Glauben ausgeschlossen wäre. Indes ist insoweit Zurückhaltung geboten, da es einen erheblichen Unterschied macht, ob man einen vereinbarten Erfolg nach Maßgabe von Treu und Glauben konkretisiert oder ob man diesen Maßstab zu einer generellen Sperre für bestimmte „Erfolgsvereinbarungen“ aufwertet.

c) Anweisungsrecht des Bestellers

Im Zusammenhang mit den geringen Anforderungen, die an die Bestimmtheit eines „Werks“ i. S. d. § 631 BGB gestellt werden (und im Zusammenhang mit der allgemeinen „Entwicklungsoffenheit“ des Werkvertrags), steht das sog. Anweisungsrecht des Bestellers. Dieses hat (mit Blick auf den Zeitpunkt des Übergangs der sog. Vergütungsgefahr⁴⁴) in § 645 Abs. 1 BGB Erwähnung gefunden. Anweisungen in diesem Sinne sind häufig nicht Teil der vertraglichen Vereinbarung, so dass nicht selten Zumutbarkeitsgesichtspunkte darüber entscheiden, ob der Unternehmer ihnen Folge zu leisten hat. Der Sache nach handelt es sich bei den Anweisungen i. S. d. § 645 Abs. 1 BGB um Weisungen methodischer Art. Sie beziehen sich also auf die Ausführung des Werks⁴⁵. Für die Abgrenzung zum Arbeitsvertrag haben die Anweisungen des Bestellers erhebliche Bedeutung, weil sich angesichts der entsprechenden Befugnis des Bestellers in der Praxis die sehr schwierige, um nicht zu sagen kaum lösbare Aufgabe stellt, im Einzelfall arbeitsrechtliche Weisungen von werkbezogenen Anweisungen zu unterscheiden⁴⁶.

⁴⁴ Näher Staudinger-Peters/Jacoby, § 645 BGB Rn. 1.

⁴⁵ Staudinger-Peters/Jacoby, § 645 BGB Rn. 16 ff.

⁴⁶ Näher hierzu etwa Schüren-Hamann, § 1 AÜG Rn. 126 ff. m. w. N.; auch Oberthür, in: Rieble/Junker/Giesen (Hg.), Freie Industriedienstleistung als Alternative zur regulierten Zeitarbeit, 2012, S. 43 (47). Illustrativ für die Problematik ist etwa die Entscheidung BAG, NZA 1992, 19, wo es (u. IV.1. d. Grde) heißt: „Aus der Ausübung werkvertraglicher Weisungsbefugnisse einschließlich der damit zusammenhängenden Kontroll- und Überprüfungsrechte kann nicht auf das Vorliegen eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrags geschlossen werden. Sind die Weisungen des Dritten gegenständlich begrenzt, also auf die zu erbringende Werkleistung bezogen, so deutet dies auf das Vorliegen eines Werkvertrags hin. Dagegen sprechen arbeitsvertragliche Anweisungen für Arbeitnehmerüberlassung. Die Grenze zur arbeitsvertraglichen Anweisung wird insbesondere überschritten, wenn der Dritte erst durch seine Anweisungen den Gegenstand der vom Arbeitnehmer zu erbringenden Leistung bestimmt. Dagegen lässt sich aus Weisungen des Dritten, durch die Art, Reihenfolge und Einzelinhalte verschiedener oder gleichartiger Werkleistungen im Rahmen der zuvor vereinbarten Werkgegenstände festgelegt werden, nicht auf Arbeitnehmerüberlassung schließen, soweit sie nur bezogen auf das konkrete Werk erteilt werden. Entsprechendes gilt für Verträge über die Erbringung gegenständlich konkretisierter Dienstleistungen. Weist der Dritte aber den Arbeitnehmer derart persönlich an, dass damit zugleich Einsatz und Arbeit dieses einzelnen Arbeitnehmers unmittelbar für ihn bindend organisiert werden, so spricht dies für das Vorliegen von Arbeitnehmerüberlassung. Das ist auch anzunehmen, wenn der Dritte den Arbeitnehmer in einer Gruppe zusammen mit eigenen Arbeitnehmern oder mit solchen eines weiteren Arbeitgebers einsetzt und er der Gruppe insgesamt Anweisungen erteilt.“

2. Vordergründigkeit der Unterscheidung von Erfolg und Tätigkeit

Nach einem bekannten Wort *Otto von Gierkes* ist beim Werkvertrag ein „Werk“, beim Dienstvertrag dagegen ein „Wirken“ geschuldet⁴⁷. Diese Differenzierung, an die auch in jüngerer Zeit immer wieder angeknüpft wird⁴⁸, mag in zahlreichen Fällen zu einer unzweifelhaften Entscheidung der Abgrenzungsfrage führen. Indes ist die Überzeugungskraft einer Unterscheidung zwischen „Werk“ auf der einen und „Wirken“ auf der anderen Seite deutlich geringer als man auf den ersten Blick meinen könnte.

a) Erfolgsbezogenheit des „Wirkens“

Den Grund hierfür bildet der Umstand, dass jedes menschliche Tun, das den Gegenstand einer Leistung darstellt, final und somit letztlich auf einen Erfolg bezogen ist. Dementsprechend kommt man auch in dem Fall, in dem „vordergründig“ nur eine bestimmte Tätigkeit geschuldet ist, nicht an der Einsicht vorbei, dass wegen der bei dieser Tätigkeit regelmäßig eintretenden (und von den Parteien auch erwarteten) Wirkungen auch dieser Vertrag eine gewisse „Erfolgsbezogenheit“ aufweist, so dass die Nähe des Werkvertrags zum Dienstvertrag (bzw. Arbeitsvertrag) in Wirklichkeit deutlich größer ist, als man zunächst meinen könnte⁴⁹. Um es anders auszudrücken: Der mögliche „Überschneidungsbereich“ von Werkvertrag und Dienstvertrag (bzw. Arbeitsvertrag) ist erheblich größer als die Unterscheidung von „Werk“ und „Wirken“ und das Abheben auf die „Erfolgsbezogenheit“ des Werkvertrags suggeriert. Dieses Problem wurde übrigens schon frühzeitig erkannt. So heißt es etwa bei *Nikisch*: „Alle Versuche, den Tätigkeitsvertrag vom Erfolgsvertrag oder, was auf dasselbe hinausläuft, den Dienstvertrag vom Werkvertrag (...) zu unterscheiden, mussten an der Tatsache scheitern, dass jede Tätigkeit in einer Veränderung besteht und nach dem Kausalgesetze ihrerseits wiederum eine Veränderung als Wirkung hervorbringen muss, diese Wirkung aber eben den

⁴⁷ v. *Gierke*, Deutsches Privatrecht, Bd. 3, 1917, S. 591 f.

⁴⁸ Vgl. nur *Maschmann*, NZA-Beil. 2006, 13 mit Blick auf die Problematik der Identifizierung mangelhafter Arbeitsleistungen.

⁴⁹ Ähnlich *Tillmanns*, Strukturfragen des Dienstvertrages: Leistungsstörungen im freien Dienstvertrag und im Arbeitsvertrag, 2007, S. 16.

Erfolg der Tätigkeit darstellt“⁵⁰. Vor diesem Hintergrund ist übrigens auch die in § 631 Abs. 2 BGB getroffene Regelung bemerkenswert, da dort in der Tat ausdrücklich gesagt wird, dass „Gegenstand des Werkvertrags“ auch „ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg“ (!) sein kann.

Indes ist es nicht nur so, dass jede Tätigkeit „erfolgsgeneigt“ wäre. Es ist vielmehr auch so, dass der mit der Tätigkeit verbundene „Erfolg“ Bedeutung für den Inhalt der Schuld hat. So formuliert etwa *Tillmanns*: „Jeder Gläubiger verfolgt mit der Leistung, die er sich hat versprechen lassen, irgendeinen Zweck; er will irgendeinen ‘Erfolg’ erreichen. Er kann sich den Eintritt des Erfolges versprechen lassen, oder er lässt es mit dem Versprechen einer Handlung, die zu diesem Erfolg hinführen soll, bewenden“⁵¹. Dabei soll den vertragsdogmatischen Fragen, die sich insoweit ergeben, nicht im Einzelnen nachgegangen werden. Insbesondere für die Klärung der Frage, unter welchen Voraussetzungen von einer „berechtigten, zentralen Leistungserwartung“ einer Seite (oder gar von einem gemeinsamen Zweck der Vertragsparteien) und wann lediglich von einem Motiv zum Abschluss einer Vereinbarung die Rede sein kann⁵², besteht hier kein Raum. Es besteht hierfür aber auch gar kein Bedürfnis, da an dieser Stelle die Erkenntnis genügt, dass auch beim Dienstvertrag (bzw. Arbeitsvertrag) die Herbeiführung eines „Erfolgs“ mindestens im (erkennbaren) Willen des Gläubigers eine gewisse Grundlage hat⁵³.

⁵⁰ *Nikisch*, Grundformen, S. 52; zitiert auch von *Tillmanns*, Strukturfragen des Dienstvertrages: Leistungsstörungen im freien Dienstvertrag und im Arbeitsvertrag, 2007, S. 16.

⁵¹ *Tillmanns*, Strukturfragen des Dienstvertrages: Leistungsstörungen im freien Dienstvertrag und im Arbeitsvertrag, 2007, S. 13.

⁵² Vgl. hierzu nur *MünchKomm-Coester*, § 307 BGB Rn. 278; auch *MünchKomm-Westermann*, § 158 BGB Rn. 50 (in Abgrenzung der rechtsgeschäftlichen Bedingung von Motiv, Zweckabrede und Geschäftsgrundlage).

⁵³ Ohne dass das Bewirken eines Erfolgs den Dienstvertrag zum Werkvertrag machen würde; vgl. insoweit auch BGH, NJW 1970, 1596 (1597): „Damit wird keineswegs schon jede zu erbringende Einzelleistung für sich als ein Erfolg im Sinne des Werkvertragsrechts geschuldet; und selbst wenn eine einzelne Dienstleistung, für sich gesehen, einen „Erfolg“ hervorbringt, so ist das bei einem Dauerdienstverhältnis durchaus nichts Ungewöhnliches, wie besonders das Beispiel des Arbeitsverhältnisses deutlich zeigt; zuletzt hierzu BGH, NJW 2002, 1571.

b) Werkvertragliche „Tätigkeitspflicht“

Indes ergibt sich auch dann eine Nähe von Dienst- bzw. Arbeitsvertrag auf der einen und Werkvertrag auf der anderen Seite, wenn man bei der Betrachtung gewissermaßen „die Vorzeichen ändert“ und nunmehr in erster Linie den Werkvertrag in den Blick nimmt. Diese Betrachtung führt nämlich rasch zu einer deutlichen Aufweichung der „Erfolgsbezogenheit“ des Werkvertrags. Man braucht insoweit nur an den Fall zu denken, dass ein Unternehmer zu einer Reparatur gerufen wird, die Ursache der Störung aber, was nicht selten der Fall sein dürfte, völlig im Unklaren liegt. Verhält es sich so, dann ergibt sich das Problem, dass bei Vertragsschluss noch gar nicht feststeht, was der Unternehmer im Ergebnis leisten soll. Will man vor diesem Hintergrund den Umfang der Leistungsverpflichtung des Unternehmers ermitteln, so steht man vor der Frage, ob dieser von vornherein damit beauftragt sein soll, die Störung durch die geeigneten Maßnahmen zu beseitigen, oder ob er sich zunächst auf eine Klärung der Ursachen zu beschränken und weitere Entschlüsse des Bestellers abzuwarten hat⁵⁴. Ob das eine oder andere der Fall ist, lässt sich nur aufgrund einer Auslegung des Vertrags ermitteln. Festzuhalten bleibt aber in jedem Fall, dass die Vereinbarungen der Vertragsparteien auch beim Werkvertrag nicht selten einen starken „Tätigkeitsbezug“ aufweisen werden.

Dies kommt übrigens auch im Gesetz zum Ausdruck. Denn wenn in § 631 Abs. 1 BGB davon die Rede ist, dass durch „den Werkvertrag (...) der Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werkes verpflichtet“ werde, dann ist hiermit nichts anderes angesprochen als eine *Tätigkeitspflicht* des Werkunternehmers⁵⁵. Zwar tritt diese gegenüber der Erfolgsbezogenheit des Werkvertrags in den Hintergrund, was insbesondere daraus erhellt, dass die vom Besteller zu zahlende Vergütung grundsätzlich nicht von dem vom

⁵⁴ Vgl. zum Ganzen Staudinger-Peters/Jacoby, 2008, § 631 BGB Rn. 12 m. w. N. Ähnliche Fragen ergeben sich dann, wenn es zu ermitteln gilt, ob bereits die Erarbeitung eines Vertragsangebots als Bestandteil der Leistungsverpflichtung des Werkunternehmers anzusehen (und dementsprechend vergütungspflichtig) ist; auch dazu *dies.*, ebda. sowie § 632 BGB Rn. 109.

⁵⁵ Die nicht mit der Pflicht zur „Verschaffung des Werkes“ verwechselt werden darf.

Werkunternehmer betriebenen Aufwand abhängig ist⁵⁶, dieser also z. B. auch bei minimalem Aufwand die vereinbarte Vergütung verlangen kann. Dementsprechend ist in der Literatur zu Recht häufig von der „Subsidiarität der Tätigkeitspflicht“⁵⁷ des Werkunternehmers die Rede. Dass beim Werkvertrag eine Tätigkeitspflicht anzunehmen ist, steht indes ebenso außer Frage⁵⁸ wie die praktische Bedeutung dieser Pflicht. Dementsprechend darf man sich von dem Umstand, dass diese im BGB kaum geregelt ist, nicht täuschen lassen. Dies gilt umso mehr, als die VOB/B durchaus detaillierte Bestimmungen enthält, auf die übrigens auch bei anderweitigen Werkleistungen häufig zurückgegriffen wird⁵⁹.

c) Zwischenergebnis

Festzuhalten ist nach alledem, dass der „Überschneidungsbereich“ von Werkvertrag auf der einen und Dienstvertrag (bzw. Arbeitsvertrag) auf der anderen Seite größer – und zwar deutlich größer – sein dürfte, als man meinen könnte, wenn man sich von der geläufigen Unterscheidung zwischen „Werk“ und „Wirken“ allzu sehr beeindrucken lässt. Dass dieser Überschneidungsbereich in Wirklichkeit erheblich ist, liegt, um es an dieser Stelle noch einmal kurz zu wiederholen, zum einen daran, dass der vom Werkunternehmer geschuldete „Erfolg“ denkbar weit zu verstehen ist (und sich insbesondere nicht auf körperliche „Werke“ beschränkt)⁶⁰, und zum

⁵⁶ Allerdings ist im Einzelfall auch eine Vergütung nach Aufwand, insbesondere in Gestalt eines sog. Stundenlohnvertrags, denkbar. Die Berechnung des Werklohns nach Stundenlöhnen (und Materialaufwand) ist trotz der Erfolgsbezogenheit des Werkvertrages mit seinem Wesen vereinbar, obwohl bei ihm etwas anderes als der Eintritt des – auch hier geschuldeten – Erfolgs zum Maßstab der Vergütung gemacht wird; so ausdrücklich Staudinger-Peters/Jacoby, § 632Rn. 10.

⁵⁷ So Staudinger-Peters/Jacoby, § 631 Rn. 14.

⁵⁸ Näher zum Ganzen Staudinger-Peters/Jacoby, § 631 Rn. 15.

⁵⁹ Vgl. Staudinger-Peters/Jacoby, § 631 Rn. 16.

⁶⁰ In der Lit. wird übrigens aus der weiten Fassung des Begriffs des „Werks“ verschiedentlich der Schluss gezogen, dass der aufgrund eines Werkvertrags geschuldete Erfolg „letztlich nur negativ bestimmt werden (könne)“. „Möglicher Erfolg des Werkvertragsrechts“, so heißt es dann, sei jeder Erfolg, „der nicht schon durch das Gesetz einem anderen Vertragstyp zugewiesen ist“. Als Beispiel wird insoweit etwa genannt, dass die Verschaffung von Eigentum zwar als „Erfolg“ verstanden werden könne, dieser Erfolg aber vom Gesetz dem Kaufvertragsrecht zugewiesen sei; vgl. zum Ganzen nur Staudinger-Peters/Jacoby, § 631 Rn. 6. Vor diesem Hintergrund mag man die Frage stellen, ob es nicht auch „Erfolge“ geben könnte, die vom Gesetz ausschließlich dem Arbeitsvertrag zugewiesen sind. Indes ist mit diesen Überlegungen nicht weiterzukommen und zwar allein schon deshalb nicht, weil man dabei

anderen und v. a. daran, dass auch der Abschluss eines Dienstvertrags (bzw. Arbeitsvertrags) letztlich auf die Herbeiführung eines „Erfolgs“ zielt⁶¹. Letzteres ergibt sich, um auch dies noch einmal zu sagen, zunächst daraus, dass jedes gewillkürte Verhalten nicht nur final angelegt ist, sondern tatsächlich „Erfolge“ bewirkt. Und es ergibt sich darüber hinaus auch daraus, dass der Vertragspartner nicht nur um die „Erfolgseignung“ des von seinem Gegenüber beachteten Verhaltens weiß, sondern den Vertrag letztlich gerade wegen dieser „Erfolgseignung“ abschließt. Demzufolge ist eine Dienst- oder Arbeitsleistung niemals „um ihrer selbst willen“, sondern letztlich allein deshalb geschuldet, weil sie „generell geeignet“ ist, bestimmte Erfolge zu bewirken (und diese denn auch regelmäßig bewirkt).

Um es mit den Worten des BGH zu sagen:

„Zwar ist eine konkrete Beschreibung des zu erreichenden Erfolgs, wie bereits dargelegt, ein typisches Merkmal eines Werkvertrags. Auch bei einem Dienstvertrag kann aber die geschuldete Tätigkeit der Erreichung eines bestimmten Ziels dienen. Die konkrete Beschreibung dieses Ziels im Vertragstext ist dann lediglich ein Mittel, um näher einzugrenzen, in welche Richtung die vom Auftragnehmer zu erbringende Tätigkeit gehen soll. Deshalb ist im Einzelfall unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände zu ermitteln, welche Bedeutung einer im Vertrag enthaltenen Aufgabenbeschreibung zukommt“⁶².

Dies alles mündet in die verbreitete Einschätzung, dass es auch in Zukunft kaum gelingen könne, trennscharfe Kriterien zur Abgrenzung von Werkvertrag

gezwungen wäre anzunehmen, dass hinsichtlich bestimmter Tätigkeiten eine „Erfolgshaftung“ im oben beschriebenen Sinne von vornherein gar nicht vereinbart werden kann.

⁶¹ Ähnlich wie hier Staudinger-Peters/Jacoby, Vorbemerkungen zu §§ 631 ff. BGB Rn. 26: „Dieses Kriterium [Unterscheidung von Tätigkeit und Erfolg] ist freilich deshalb *wenig griffig* (...), weil einerseits der im Werkvertragsrecht geschuldete *Erfolg im denkbar weitesten Sinne zu verstehen* ist (...), andererseits aber die Tätigkeit des Dienstverpflichteten natürlich auch ‚Erfolg‘ haben soll. Der *äußere Eindruck kann täuschen*: So schuldet die Putzfrau nicht den Erfolg einer sauberen Wohnung, sondern eine diesem Zweck entsprechende Tätigkeit, der die Bauaufsicht führende Architekt nicht eine Tätigkeit, sondern den Erfolg einer ordnungsgemäßen Bauaufsicht. *Gedanklich lässt sich jede Tätigkeit für andere sowohl dienstvertraglich wie werkvertraglich deuten*, je nachdem, wie man den Begriff des (geschuldeten) Erfolges fasst“.

⁶² BGH, NJW 2002, 3323 (u. II.2b d. Grde).

und Dienstvertrag aufzufinden⁶³. Stattdessen für maßgeblich gehalten wird überwiegend eine Betrachtung der Indizien, die für bzw. gegen das Vorliegen eines Werkvertrages sprechen können. Diese bedürften, so heißt es in Literatur und Rechtsprechung, einer Gesamtabwägung⁶⁴, weil sie „einzeln weithin auch mit einem Dienstvertrag vereinbar (seien)“⁶⁵. In die Entscheidung der Abgrenzungsfrage einfließen soll auch die Betrachtung der sich aus der Wahl des Vertragstyps ergebenden Rechtsfolgen und eine Beurteilung ihrer „Angemessenheit“⁶⁶. Die eben angesprochene Zurückhaltung gegenüber „globalen Abgrenzungskriterien“⁶⁷ geht so weit, dass die Zuordnung gelegentlich als „Frage der schlichten Konvention“ angesehen wird; bei einer „ganzen Reihe von Verträgen“ habe es sich „einfach eingebürgert, sie der einen oder der anderen Materie zuzuweisen“⁶⁸. Wenn dabei gelegentlich hinzugefügt wird, dass man es dabei belassen könne, „solange sich dies nicht als evident unsachgerecht erweist“⁶⁹, so mag dies etwa mit Blick auf die Zuordnung des Architektenvertrags zum Werkvertragsrecht Beifall verdienen. Hinsichtlich der Abgrenzung zum Arbeitsvertrag ist insoweit jedoch ersichtlich äußerste Zurückhaltung geboten, da insoweit die Gefahr droht, zwingende Gebote des Arbeitnehmerschutzes beiseite zu schieben⁷⁰.

⁶³ Vgl. statt vieler *Tillmanns*, Strukturfragen des Dienstvertrages: Leistungsstörungen im freien Dienstvertrag und im Arbeitsvertrag, 2007, S. 15.

⁶⁴ Vgl. etwa BGH, NJW 2002, 3323 (u. II.1. d. Grde) zur Qualifizierung von Forschungs- und Entwicklungsleistungen als Gegenstand eines Dienst- oder Werkvertrags: „Bei der tatrichterlichen Feststellung, was bei Fehlen einer ausdrücklichen Regelung Vertragsgegenstand ist, sind die gesamten Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen“. Und weiter: „Die Zuordnung eines konkreten Vertrags ist nur unter Berücksichtigung und Abwägung aller insoweit bedeutsamen Gesichtspunkte des Einzelfalls möglich“.

⁶⁵ So *Staudinger-Peters/Jacoby*, Vorbemerkungen zu § 631 ff. BGB Rn. 29.

⁶⁶ Vgl. nur *Ganten*, FS Thode, 2005, S 21, 28; auch *Beck-OK/Voith*, § 631 BGB Rn. 4 m. w. N.

⁶⁷ *Staudinger-Peters/Jacoby*, Vorbemerkungen zu § 631 ff. BGB Rn. 27.

⁶⁸ *Staudinger-Peters/Jacoby*, Vorbemerkungen zu § 631 ff. BGB Rn. 28.

⁶⁹ So wieder *Staudinger-Peters/Jacoby*, Vorbemerkungen zu § 631 ff. BGB Rn. 28.

⁷⁰ Vgl. insoweit denn auch *Staudinger-Peters/Jacoby*, Vorbemerkungen zu § 631 ff. BGB Rn. 30: „Inwieweit durch die Wahl des Werkvertragsrechts *arbeitsrechtliche Schutzvorschriften* konkret ausgeschaltet werden können, hängt von deren Auslegung ab und ist hier nicht näher zu erörtern“.

3. Mögliche Bedeutung des Bestehens einer „Erfolgshaftung“

Bliebe man bei den oben gewonnenen Erkenntnissen (zur Erfolgsbezogenheit einer Tätigkeitspflicht und zum Tätigkeitsbezug einer erfolgsbezogenen Pflicht) stehen, so könnte man geradezu versucht sein zu fragen, was die Unterscheidung zwischen Dienstvertrag und Werkvertrag überhaupt rechtfertigen kann: Ob man eine Pflicht zur Beachtung eines bestimmten Verhaltens begründet (und zwar gerade wegen dessen „Erfolgseignung“ im eben beschriebenen Sinne) oder ob man das Gegenüber zur Herbeiführung eines Erfolgs verpflichtet, fällt, zumindest auf den ersten Blick, nicht allzu sehr ins Gewicht. Bei näherem Nachdenken ergibt sich indes durchaus ein erheblicher Unterschied zwischen den Vertragstypen. Dieser liegt darin, dass nur beim Werkvertrag eine „Erfolgshaftung“ des Verpflichteten begründet ist⁷¹, wohingegen eine derartige Haftung beim Dienstvertrag (bzw. Arbeitsvertrag) gerade nicht besteht. Diesen Unterschied gilt es nachfolgend näher in den Blick zu nehmen und mit Blick auf seine Leistungsfähigkeit hinsichtlich der Entscheidung der Abgrenzungsproblematik zu würdigen.

a) Die Rechtslage beim Dienst- bzw. Arbeitsvertrag

Blickt man zunächst auf den Dienstvertrag (bzw. Arbeitsvertrag), so ergibt sich dabei, dass insoweit in der Tat „bloß das Wirken, nicht aber das Werk geschuldet“ ist. Der Dienst- bzw. Arbeitnehmer „verspricht keine Gutleistung, sondern nur eine Überhauptleistung“. Dabei gilt (mit Blick auf den Arbeitsvertrag): „Ist die Leistung nicht innerhalb normaler Arbeitszeit erbracht, braucht sie aufgrund ihres Fixschuldcharakters nicht nachgedient zu werden, und zwar auch dann nicht, wenn sie keinen ‘Erfolg’ gezeigt hat. Bezahlt wird für die Mühen, nicht für das Resultat. Das Risiko der

⁷¹ Vgl. insoweit auch BGH, NJW 1998, 3707: „Die Leistung des Auftragnehmers ist nur vertragsgerecht, wenn sie die Beschaffenheit aufweist, die für den vertraglich vorausgesetzten oder gewöhnlichen Gebrauch erforderlich ist. Im Rahmen der getroffenen Vereinbarung schuldet der Auftragnehmer ein funktionstaugliches und zweckentsprechendes Werk. An dieser Erfolgshaftung ändert sich grundsätzlich nichts, wenn die Parteien eine bestimmte Ausführungsart vereinbart haben, mit der die geschuldete Funktionstauglichkeit des Werkes nicht erreicht werden kann“.

Schlechtleistung trägt der Arbeitgeber“. Dass bei Dienstverträgen „die Dienste schlechthin und nicht ihr Erfolg versprochen sind, bedeutet (...) nicht den Ausschluss jeder Haftung, nur kann sich diese nicht auf die Erfolgstauglichkeit der Dienste beziehen, sondern allein auf die Sorgfalt, mit der sie verrichtet werden“⁷². Speziell für den Arbeitsvertrag kommt nun zu alledem noch hinzu, dass die Haftung des Dienstverpflichteten noch weiter begrenzt ist. Insoweit ist an die Feststellungen zu erinnern, die das BAG in seiner Entscheidung zur Kündigung so genannter „low performer“ getroffen hat⁷³. Dabei hat das Gericht u. a. Folgendes ausgeführt:

„Ob eine Leistung als Schlechtleistung anzusehen ist, beurteilt sich nach den vertraglichen Vereinbarungen der Parteien. Ist die Arbeitsleistung im Vertrag, wie meistens, der Menge und der Qualität nach nicht oder nicht näher beschrieben, so richtet sich der Inhalt des Leistungsversprechens zum einen nach dem vom Arbeitgeber durch Ausübung des Direktionsrechts festzulegenden Arbeitsinhalt und zum anderen nach dem persönlichen, subjektiven Leistungsvermögen des Arbeitnehmers. Der Arbeitnehmer muss tun, was er soll, und zwar so gut, wie er kann. Die Leistungspflicht ist nicht starr, sondern dynamisch und orientiert sich an der Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers. Ein objektiver Maßstab ist nicht anzusetzen (...). Der gegenteiligen Auffassung (...), wonach der Arbeitnehmer in Anlehnung an § 243 BGB a. F. eine „objektive Normalleistung“ schulde, ist der Senat nicht gefolgt. Diese Auffassung berücksichtigt nicht ausreichend, dass der Arbeitsvertrag als Dienstvertrag keine „Erfolgshaftung“ des Arbeitnehmers kennt. Der Dienstverpflichtete schuldet das „Wirken“, nicht das ‘Werk‘“.

Dies alles lässt sich folgendermaßen zusammenfassen: Bleibt der Erfolg, der bei der Entfaltung einer bestimmten Tätigkeit bei abstrakter Betrachtung regelmäßig eintritt, in einem konkreten Fall aus, geht dies grundsätzlich nicht zulasten desjenigen, der sich zur Tätigkeit verpflichtet hat. Dieser haftet nur dann, wenn ihn ein Verschulden trifft. Vor allem aber ist der Inhalt seines Leistungsversprechens individuell und nicht etwa objektiv zu bestimmen. Selbst wenn man von der haftungsmäßigen Privilegierung von Arbeitnehmern

⁷² Alle Zitate nach *Maschmann*, NZA-Beil, 2006, 13 (16).

⁷³ BAG, NZA 2008, 693 (u. II.2c d. Grde).

an dieser Stelle einmal absieht⁷⁴, erweist sich somit die Rechtsposition des Gläubigers in haftungsrechtlicher Hinsicht als verhältnismäßig schwach⁷⁵

b) Die Rechtslage beim Werkvertrag

Ganz anders stellt sich die Rechtslage beim Werkvertrag dar. Dies gilt zunächst hinsichtlich des Inhalts des vom Verpflichteten abgegebenen vertraglichen Versprechens, welches auf die Herbeiführung eines Erfolgs gerichtet ist. Dies bedeutet nämlich nicht mehr und nicht weniger, als dass „er [der Werkunternehmer] 'im ersten Anlauf' gehalten ist, alle nur denkbaren Maßnahmen zu ergreifen, die geeignet sind, den Erfolg eintreten zu lassen (...)“. Hiervon befreit ist er nur, „wenn sich nachträglich unerwartete Hindernisse auftun, die sich als eine Störung der Geschäftsgrundlage darstellen“⁷⁶. Der Unterschied zur – individuell zu bestimmenden – Leistungsverpflichtung des Dienst- bzw. Arbeitnehmers könnte kaum größer sein. Dies zeigt sich auch an der Vergütungsgefahr: Während der Vergütungsanspruch des Dienstnehmers (bzw. des Arbeitnehmers) vom Erreichen des Erfolgs grundsätzlich unabhängig ist, stellt sich die Rechtslage beim Werkvertrag ganz anders dar: Für seine schlichte Tätigkeit erhält der Unternehmer – sieht man den Ausnahmen des § 645 BGB einmal ab – auch keine Vergütung, wenn der geschuldete Erfolg nicht eintritt⁷⁷.

Weitreichende Unterschiede kennzeichnen auch die Rechtsposition des Verpflichteten im Fall des (partiellen) Nichteintritts des Erfolgs. Dies zeigt sich insbesondere an der in § 633 BGB getroffenen Regelung. Danach trifft den Werkunternehmer eine umfassende Mängelhaftung. Das Werk ist dem Besteller vom Unternehmer „frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen“ (§ 633 Abs. 1 BGB). Nach § 633 Abs. 2 BGB ist das Werk „frei von Sachmängeln, wenn es die vereinbarte Beschaffenheit hat. Soweit die

⁷⁴ Hierzu sogleich u. B. III. 2.

⁷⁵ Insoweit ist es denn auch missverständlich, wenn gelegentlich formuliert wird, „einem persönlich abhängig beschäftigten Arbeitnehmer [könne] kann nicht durch Auferlegung einer Erfolgsgarantie der arbeitsrechtliche Schutz entzogen werden; so aber ErfKomm/Preis, § 611 BGB Rn. 13.

⁷⁶ Staudinger-Peters/Jacoby, § 631 BGB Rn. 13.

⁷⁷ Vgl. Peters/Jacoby, § 631 BGB Rn. 14.

Beschaffenheit nicht vereinbart ist, ist das Werk frei von Sachmängeln, wenn es sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte, sonst (...) für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Werken der gleichen Art üblich ist und die der Besteller nach der Art des Werkes erwarten kann. Einem Sachmangel steht es gleich, wenn der Unternehmer ein anderes als das bestellte Werk oder das Werk in zu geringer Menge herstellt“. § 634 BGB begründet umfassende Rechte des Bestellers, wenn das Werk „Mängel“ aufweist. Sofern nichts anderes vereinbart ist, kann der Besteller in diesem Fall Nacherfüllung verlangen (§ 635 BGB), den Mangel selbst beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen (§ 637 BGB), von dem Vertrag zurücktreten (§§ 636, 323 und 326 Abs. 5 BGB) oder die Vergütung mindern (§ 638 BGB) und Schadensersatz (§§ 636, 280, 281, 283 BGB) oder Ersatz vergeblicher Aufwendungen (§ 284 BGB) verlangen. Da zunächst – durch Nacherfüllung gem. §§ 634 Nr. 1, 635 BGB – die Schaffung des vertragsgemäßen Zustandes anzustreben ist⁷⁸, lässt sich die Rechtsposition des Verpflichteten insoweit folgendermaßen zusammenfassen: „Wenn der Erfolg zwar grundsätzlich eingetreten ist, aber doch nicht voll vertragsgemäß und damit mangelhaft, hat der Unternehmer im Rahmen seiner Nachbesserungspflicht nach § 634 Nr. 1 BGB 'im zweiten Anlauf' alle Maßnahmen zu ergreifen, die geeignet sind, den Erfolg endgültig (mangelfrei) herbeizuführen“⁷⁹. Insoweit gilt (nach § 635 Abs. 3 BGB) lediglich der Vorbehalt, dass der Verpflichtete bei der Nacherfüllung keine Kosten auf sich nehmen muss, wenn diese „unverhältnismäßig“ sind⁸⁰.

c) Zwischenergebnis

Festzuhalten ist somit Folgendes: Mit Blick auf die Abgrenzung von Dienstvertrag und Werkvertrag ist allgemein anerkannt, dass dabei den

⁷⁸ Vgl. nur Staudinger-Peters/Jacoby, § 634 BGB Rn. 1.

⁷⁹ So Staudinger-Peters/Jacoby, § 631 Rn. 13.

⁸⁰ Vgl. insoweit auch MünchKomm/Müller-Glöge, § 631 BGB Rn. 23: „Eine bedeutende Abweichung besteht darin, dass im Recht des Dienstvertrags eine *Regelung über die Gewährleistung*, wie sie für den Werkvertrag in den §§ 633 ff. geregelt ist, *fehlt*. Es handelt sich hierbei um eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers, so dass eine analoge Anwendung von Gewährleistungsvorschriften aus dem Werkvertragsrecht (und erst recht aus dem Kauf- oder Mietrecht) nicht in Betracht kommt“.

Rechtsfolgen große Bedeutung zukommt. Dies gilt v. a. hinsichtlich der ganz unterschiedlich ausgestalteten Gewährleistung: Gelingt es dem Werkunternehmer nicht, dem Besteller das Werk in vertragsgemäßem Zustand zu verschaffen, so ist er nach §§ 634 Nr. 1, 635 BGB zur Nacherfüllung verpflichtet, ohne dass es darauf ankommt, ob er den Mangel des Werkes zu vertreten hat. Demgegenüber besteht beim Dienstvertrag keine (verschuldensunabhängige) Gewährleistungshaftung des Dienstverpflichteten⁸¹; der Gesetzgeber hat im Dienstvertragsrecht bewusst keine entsprechende Gewährleistung angeordnet⁸². Dies bedeutet: Das Risiko des Fehlschlagens der Leistungsanstrengungen trifft beim Werkvertrag den Unternehmer, während dieses Risiko beim Dienstvertrag vom Dienstberechtigten (und beim Arbeitsvertrag vom Arbeitgeber) zu tragen ist⁸³. Dementsprechend kommt es für die Einordnung als Dienst- oder Werkvertrag maßgeblich darauf an, ob nach dem Willen der Vertragsparteien ein Erfolg geschuldet ist und der Schuldner das Risiko des Nichteintrittes dieses Erfolgs tragen soll oder ob sich die Leistungspflicht in der Erbringung der Dienstleistung erschöpft und dem Gläubiger die Risiken zugewiesen sind, die sich daraus ergeben, dass die Leistung nicht zu dem gewünschten Ergebnis führt.

III. Identifikation des Arbeitsverhältnisses

Vor diesem Hintergrund kann man sich nunmehr der Aufgabe zuwenden, Maßstäbe für die Identifikation der Rechtsverhältnisse im konkreten Fall zu entwickeln.

Den Ausgangspunkt der Überlegungen sollte dabei die Erkenntnis bilden, dass nach h. M. schon über die Einordnung eines Vertrags als Dienst- oder Werkvertrag objektive Kriterien entscheiden. Demgegenüber steht es nicht

⁸¹ Statt aller Dauner-Lieb/*Langen-Raab*, BGB, 1. Auflage 2005

⁸² Vgl. nur MünchKomm-Müller-Glöge, § 631 BGB Rn. 22.

⁸³ Vgl. aus der Rspr. etwa BGH, NJW 2002, 1571.

den Parteien zu, darüber zu bestimmen, welchem Vertragstyp ihre Vereinbarung zuzurechnen ist⁸⁴. Einen praktischen Anwendungsfall dieses Erfordernisses einer objektiven Einordnung bildet etwa die sog. Schwerpunkttheorie. Diese besagt, dass in einem Fall, in dem der Vertragspartner verschiedene Aufgaben übernommen hat, Werkvertragsrecht Anwendung findet, wenn die erfolgsbezogenen Aufgaben dermaßen überwiegen, dass sie den Vertrag prägen⁸⁵. All dies ist (gerade) auch mit Blick auf Arbeitsverhältnisse zu beachten. Auch hier gilt, wie oben bereits ausgeführt⁸⁶, dass eine *fehlerhafte Vertragstypenzuordnung* stets durch die Rechtsprechung zu korrigieren ist. Und auch hier gilt, dass die anwendbaren Rechtsregeln nach dem vereinbarten Vertragstyp objektiv zugeordnet werden. Mit anderen Worten: Die rechtliche Qualifizierung der von den Parteien getroffenen Abreden erfolgt objektiv (und nicht subjektiv nach dem Parteiwillen)⁸⁷.

Vor diesem Hintergrund stellen sich im vorliegenden Zusammenhang zwei Fragen, die man auf der Grundlage der oben gemachten Ausführungen zur Abgrenzung von Werkvertrag und Dienstvertrag beantworten muss. Die erste Frage zielt auf den möglichen „Tätigkeitsbezug“ werkvertraglicher Vereinbarungen, die zweite auf Regelungen über eine mögliche „Erfolgshaftung“. Bei der ersten Frage geht es um die Bestimmung einer Grenze, ab welcher der „Tätigkeitsbezug“ des Werkvertrags im Einzelfall so stark ausgeprägt ist, dass eine Zuordnung der vertraglichen Vereinbarung zum Arbeitsvertrag geboten ist. Bei der zweiten Frage geht es um die Bestimmung von Schranken einer möglichen „Erfolgshaftung“, welche die Notwendigkeit einer Zuordnung zum Arbeitsvertrag begründen.

⁸⁴ Vgl. statt vieler Ascheid/Preis/Schmidt-Preis, GK-Kündigungsrecht, 4. Aufl. 2012, C Rn. 7: „(...) ein Vertrag, der die konstitutiven Elemente eines Werkvertrages besitzt, [kann] nicht durch schlichte Bezeichnung zum freien Dienstvertrag werden“, a. A. Tillmanns, Strukturfragen des Dienstvertrages: Leistungsstörungen im freien Dienstvertrag und im Arbeitsvertrag, 2007, S. 20 mit der bemerkenswerten Konsequenz, dass „die Parteien (...) auch die bloße Tätigkeit an sich als Erfolg definieren (können)“.

⁸⁵ Vgl. hierzu zuletzt etwa Fischer, DS 2010, 49 (51) zur Einordnung von Sachverständigenaufträgen als Dienst- oder Werkvertrag.

⁸⁶ Vgl. B. II.

⁸⁷ Vgl. Ascheid/Preis/Schmidt-Preis, GK-Kündigungsrecht, 4. Aufl. 2012, C Rn. 7 m. w. N.

1. Werkverträge mit ausgeprägtem „Tätigkeitsbezug“

Hinsichtlich der erstgenannten Frage ist noch einmal in Erinnerung zu rufen, dass auch der vermeintlich ausschließlich „erfolgsbezogene“ Werkvertrag „in Wirklichkeit“ nicht selten einen starken „Tätigkeitsbezug“ aufweist. Illustriert wurde dies weiter oben u. a. durch das Beispiel einer im Rahmen eines Werkvertrages geschuldeten Reparatur, wo es von einer Auslegung der vertraglichen Vereinbarung der Beteiligten abhängt, welche Tätigkeiten der Werkunternehmer im Einzelnen entfalten soll⁸⁸. Bei der Erkenntnis, dass „erfolgsbezogene“ Werkverträge häufig durchaus (auch) „tätigkeitsbezogen“ sind, sollte man indes nicht stehen bleiben. Dass die Beteiligten durch nähere Vereinbarungen zu dem vom Werkunternehmer geschuldeten Erfolg ein bestimmtes „Leistungsprogramm“ begründen können, ist das eine. Etwas anderes ist es, dass die Beteiligten durch entsprechende Vereinbarungen dieses Programm *im Einzelnen steuern* können.

Dabei ist gleich zu Beginn darauf hinzuweisen, dass bei der Betrachtung des Phänomens der „Ausbreitung“ von Werkverträgen, rein tatsächlich gesehen, häufig eine starke „Zersplitterung“ der (angeblich) geschuldeten Erfolge zu beobachten ist. Nicht selten sind als „Rahmenverträge“ ausgestaltete Werkverträge⁸⁹, bei denen die „regelmäßige Erbringung“ von Werkleistungen vereinbart wird⁹⁰ und es zum Abrufen einzelner „Gewerke“ in Gestalt von Einzelbestellungen kommt⁹¹. In der Literatur ist dies verschiedentlich so beschrieben worden, dass „die ‘Einzelwerke’ [dabei] zum Teil so stark aufgegliedert (‘atomisiert’)“ würden, dass „sie praktisch identisch mit

⁸⁸ Vgl. B. III. 2b).

⁸⁹ Illustrativ *Schrader*, Arbeitsrechtliches Formular- und Verfahrenshandbuch, 9. Aufl. 2008, § 17 Arbeitnehmerüberlassungsvertrag Rn. 31 ff.

⁹⁰ Vgl. insoweit auch die Regelung in § 309 Nr. 9 BGB, in der u. a. von einem Vertragsverhältnis die Rede ist, das die „regelmäßige Erbringung von Dienst- oder Werkleistungen durch den Verwender zum Gegenstand hat“.

⁹¹ Ein Bsp. für einen derartigen Rahmenwerkvertrag mit Abruf von Einzelaufträgen bildet der Sachverhalt, der der Entscheidung BAG, NZA 2003, 616 zugrunde lag.

einzelnen Arbeitsschritten sind“⁹². Dass der Tätigkeitsbezug derartiger Abreden ausgesprochen stark ist, liegt geradezu auf der Hand.

a) Tätigkeitsbezug und Beschränkung der „Zeitsouveränität“

Dies gilt zunächst mit Blick auf die „Zeitsouveränität“ des Verpflichteten. Insoweit bildet den Ausgangspunkt der Überlegungen, dass sich der Werkvertrag zum Leistungszeitraum gar nicht verhält. Anders gesagt: Die für die Ablieferung des Werks bestimmte Frist wird vom Werkvertragsrecht selbst nicht näher bestimmt⁹³. Dementsprechend ist sie nach § 271 BGB zu ermitteln, sofern eine entsprechende Parteivereinbarung fehlt. Dabei ist zunächst von einer „angemessenen“ Zeit für die Bearbeitung des Werkes auszugehen. Die Frage, wann die Arbeiten aufzunehmen sind, kann nicht einheitlich beurteilt werden. Doch ist allgemein anerkannt, dass sich Vorgaben u. a. auch aus der Natur der Sache (z. B. Witterungsverhältnissen) ergeben können. Innerhalb der Ausführungsfrist ist der Unternehmer bei seiner Zeiteinteilung grundsätzlich frei⁹⁴. Indes sind Fertigstellungsfrist oder -termin eben nur dann den Umständen zu entnehmen, wenn die Beteiligten insoweit keine Vereinbarungen getroffen haben⁹⁵. Treffen sie aber entsprechende Vereinbarungen, und sei es auch nur implizit, so lässt sich das Pflichtenprogramm des Schuldners durchaus in weitem Umfang zu steuern. Macht man sich dies aber erst einmal klar, dann wird die Tragweite der eben getroffenen Feststellungen o. W. deutlich: Wenn es zutrifft, dass die Qualifizierung eines Rechtsverhältnisses als Arbeitsvertrag entscheidend von der Beantwortung der Frage abhängig ist, ob jemand, wie § 84 Abs. 1 S. 2 HGB es ausdrückt, „im wesentlichen frei (...) seine Arbeitszeit bestimmen kann“, dann muss dies auch dann zu beachten sein, wenn die Arbeitszeitsouveränität durch Vorgaben eines erfolgsbezogenen Vertrags in einer Weise beschränkt

⁹² So Schüren-Hamann, § 1 AÜG Rn. 122; vgl. auch ErfKomm/Wank, § 1 APG Rn. 12.

⁹³ Vgl. Staudinger-Peters/Jacoby, § 631 BGB Rn. 121.

⁹⁴ Vgl. nur Staudinger-Peters/Jacoby, § 631 Rn. 122: „Innerhalb der so bestimmten Ausführungsfrist ist der Unternehmer mit seiner *Zeiteinteilung* grundsätzlich frei; solange ihre Einhaltung nur gewahrt ist, darf er also auch Verschiebungen vornehmen und überhaupt unzweckmäßig disponieren“.

⁹⁵ Vgl. zum Ganzen Staudinger-Peters/Jacoby, § 631 BGB Rn. 122 ff.

wird, die den Verpflichteten in vergleichbarem Maße beschränkt wie dies bei Begründung einer reinen Dienstverpflichtung der Fall wäre.

b) Tätigkeitsbezug und Beschränkung der sonstigen „Gestaltungsfreiheit“

Damit bleibt die Frage, ob der Werkvertrag dem Verpflichteten wenigstens in anderer Hinsicht *zwingend* größere Freiheiten lässt, dem Verpflichteten also, um auch dies in den Worten des § 84 Abs. 1 S. 2 HGB ausdrücken, ermöglicht, „im Wesentlichen frei seine Tätigkeit (zu) gestalten“. Auch diese Frage ist indes zu verneinen. Dies bedarf hinsichtlich der Freiheit der Wahl des Tätigkeitsorts keiner weiteren Begründung, da o. W. ersichtlich ist, dass der Werkunternehmer insoweit nicht selten an „Vorgaben“ des Bestellers gebunden sein wird. Man braucht insoweit nur an Werkleistungen zu denken, die an einem Bauwerk zu erbringen sind. Auch in fachlicher Hinsicht wird indes die Freiheit des Werkunternehmers häufig beschränkt sein. Zwar ist zutreffend, dass dieser, insbesondere dann, wenn der Erfolg auf verschiedenen Wegen herbeigeführt werden kann, in der Wahl seiner Arbeitsmethode frei ist⁹⁶. Die damit korrespondierende „Eigenverantwortlichkeit“ ist vom Leitbild des Unternehmers geprägt, der die für die Erbringung seiner Leistung erforderliche Sachkunde besitzt. Sie entspricht nach verbreiteter Auffassung dem „Wesen“ des Werkvertrags und zwar insbesondere auch mit Blick auf seine Abgrenzung zum Dienstvertrag⁹⁷. So einleuchtend dies im Grundsatz ist, so deutlich ist auch, dass von der Wahl der Arbeitsmethode und einer entsprechenden Eigenverantwortlichkeit mindestens in den Fällen nicht gesprochen werden kann, in denen die Herbeiführung von Erfolgen im Raum steht, die durch Entfaltung verhältnismäßig einfacher Tätigkeiten herbeigeführt werden können und dementsprechend auch keine größere Sachkunde erfordern.

⁹⁶ Vgl. Staudinger-Peters/Jacoby, § 631 Rn. 15 u. § 633 BGB Rn. 3.

⁹⁷ Dabei hat die Eigenverantwortlichkeit des Werkunternehmers eine doppelte Funktion: „Zunächst verschafft sie ihm Freiheiten gegenüber dem Besteller hinsichtlich der Durchführung der Arbeiten; dieser darf ihm nicht ‘reinreden’. Sodann aber trifft ihn eben auch eine Garantiepflicht dafür, dass seine Leistung fehlerfrei gelingt“; so Staudinger-Peters/Jacoby, § 631 BGB Rn. 54.

Im Ergebnis ist somit festzuhalten, dass werkvertraglich eine vergleichbare Bindung des Verpflichteten erreicht werden kann wie durch eine entsprechende dienstvertragliche (bzw. arbeitsvertragliche) Gestaltung⁹⁸. Ist dies aber der Fall, dann muss im Ergebnis eine Zuordnung des Vertrags zum Vertragstypus des Werkvertrags unterbleiben und stattdessen eine Zuordnung zum Vertragstypus des Arbeitsvertrags erfolgen.

c) Der „Sonderfall“ der Identifikation der Arbeitnehmerüberlassung

In der Praxis hat die Abgrenzung des (unter Einschaltung von Erfüllungsgehilfen i. S. d. § 278 BGB durchzuführenden) Werkvertrags von der Arbeitnehmerüberlassung (mindestens) dieselbe Bedeutung wie die Abgrenzung des Werkvertrags vom Arbeitsverhältnis. Indes lassen sich die hier entwickelten Maßstäbe auf diese Abgrenzungsproblematik zwanglos übertragen: Steuert der Gläubiger das (von Dritten zu erfüllende) Leistungsprogramm im Detail durch entsprechende Festschreibung der vom Schuldner zu bewirkenden „Erfolge“, so führt dies ebenso zur Bejahung seiner funktionellen Arbeitgeberstellung gegenüber diesen Dritten (und in der Konsequenz zur Bejahung einer Arbeitnehmerüberlassung) wie die entsprechende Begründung von Bindungen des Vertragspartners nach den eben gewonnenen Erkenntnissen zur Bejahung des Vorliegens eines Arbeitsvertrags Anlass gibt. Eine Bestätigung findet dies, wenn man in derartigen Fällen die Stellung des vermeintlichen Werkunternehmers näher in den Blick nimmt. Denn durch entsprechende Definition von „Erfolgen“ im Vertrag (und insbesondere durch deren „Atomisierung“) kann der Gläubiger dem Vertragspartner jede Möglichkeit nehmen, die Herstellung des „Werks“ durch eigenständige Dispositionen hinsichtlich des Personaleinsatzes zu bewirken. Insoweit kann dann aber von einer „Eigenverantwortlichkeit und

⁹⁸ Hinzuweisen ist insoweit, ohne dass dies hier vertieft werden könnte, darauf, dass der Arbeitgeber durch eine „bindende Vertragsgestaltung mit einer Festlegung der weisungsrelevanten Bereiche im Vertrag“ bzw. eine das Weisungsrecht bis ins Einzelne vertraglich konkretisierende Vertragsgestaltung“ dem Arbeitsrecht nicht auszuweichen vermag; so zutreffend ErfKomm/Preis, § 611 BGB Rn. 52 (in Auseinandersetzung mit BAG, NZA 1992, 407); vgl. auch Schliemann RdA 1997, 322 (327)

Weisungsfreiheit“, wie sie den Werkvertrag grundsätzlich kennzeichnen⁹⁹, keine Rede mehr sein. Vielmehr erschöpft sich die Funktion des Vertragspartners in derartigen Fällen darin, dem Gegenüber Arbeitskräfte zur Verfügung zu stellen. Hinzu kommt, dass dem Verpflichteten unter diesen Umständen auch die spezifischen Gewinnchancen versperrt sind, die mit einem autonom bestimmten Einsatz von „Erfüllungsgehilfen“ einhergehen. Demensprechend muss unter diesen Voraussetzungen eine Qualifizierung als Werkvertrag ausscheiden und stattdessen das Vorliegen von Arbeitnehmerüberlassung angenommen werden.

2. Bestehen einer „Erfolgshaftung“

Weiter oben wurde gezeigt¹⁰⁰, dass das Bestehen oder Nichtbestehen einer „Erfolgshaftung“ grundsätzlich ein wichtiges Kriterium zur Abgrenzung von Werkvertrag und Dienstvertrag bildet. In der arbeitsrechtlichen Literatur ist auf die Bedeutung der Mängelgewährleistungsrechte insbesondere von *Schüren* aufmerksam gemacht worden. Dieser hat sich – mit Blick auf die Problematik der Abgrenzung von Arbeitnehmerüberlassung auf der einen und Werkvertrag auf der anderen Seite – dafür ausgesprochen, entscheidend darauf abzustellen, ob eine vertraglich vereinbarte Gewährleistung nach dem Auftreten von Mängeln vom vermeintlichen Besteller tatsächlich in Anspruch genommen worden sei. Lasse sich eine Inanspruchnahme unter dem Gesichtspunkt der Gewährleistung nicht feststellen, so spreche vieles für das Vorliegen eines bloßen Scheinwerkvertrags und für das Vorliegen von Arbeitnehmerüberlassung¹⁰¹. Dies alles lässt sich in der Weise zusammenfassen, dass die tatsächliche Vertragsdurchführung hinsichtlich der Inanspruchnahme oder Nichtinanspruchnahme von Gewährleistungsrechten auf den Ausschluss einer „Erfolgshaftung“ schließen lässt und somit die

⁹⁹ Vgl. nur Staudinger-Peters/Jacoby, Vorbemerkungen zu §§ 631 ff. BGB Rn. 29.

¹⁰⁰ B. III. 3.

¹⁰¹ Vgl. nur *Schüren*, FS Däubler 1999, S. 90 ff.; eingehend hierzu auch *Schüren-Hamann*, § 1 AÜG Rn. 141 ff. m. w. N.

Bejahung eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrags (oder gar eines Arbeitsvertrags) tragen kann¹⁰².

Von dieser an den tatsächlichen Verhältnissen der Vertragsdurchführung orientierten Betrachtung zu unterscheiden ist die ganz andere Frage, ob die Beteiligten eines (vermeintlichen) Werkvertrags überhaupt wirksam eine „Erfolgshaftung“ begründen könnten. Zweifel hieran ergeben sich unter zwei rechtlichen Gesichtspunkten. Zum einen stellt sich die Frage, ob ein Ausschluss einer „Erfolgshaftung“ nicht wenigstens in dem Umfang angenommen werden muss, in dem der (vermeintliche) Werkunternehmer als arbeitnehmerähnliche Person anzusehen ist. Insoweit geht es um das Problem, ob allein schon die wirtschaftliche Abhängigkeit einer Person von einer anderen, wie sie das Bestehen eines Werkvertrags im Einzelfall vermitteln mag, eine haftungsmäßige Privilegierung rechtfertigen kann. Zum anderen stellt sich die Frage, ob man nicht gehalten ist, den Kreis der insoweit Privilegierten, ganz ungeachtet der wirtschaftlichen Gegebenheiten, über den Kreis der Arbeitnehmer (und Arbeitnehmerähnlichen) hinaus in den Bereich (vermeintlicher) Werkunternehmer hinein zu erweitern. Beide Fragen sollen nachfolgend erörtert werden.

a) Mögliche arbeitsrechtliche Haftungsprivilegierung für Arbeitnehmerähnliche

Bekanntlich ist der Arbeitnehmer haftungsrechtlich privilegiert, wenn er wegen Schlechterfüllung seiner Hauptpflicht zur Arbeitsleistung oder wegen Verletzung einer Nebenpflicht nach § 280 Abs. 1 BGB zum Schadensersatz verpflichtet ist. Die Begründungen, die in Rechtsprechung und Literatur für diese Privilegierung gegeben werden, sind an dieser Stelle nicht im Einzelnen auszubreiten. Hingewiesen werden soll an dieser Stelle nur auf den zentralen

¹⁰² Da bei der geschilderten Auffassung auf die tatsächliche Vertragsdurchführung abgehoben wird, ist die Qualifizierungsfrage allerdings mit allen Unsicherheiten und Zufälligkeiten belastet, die sich insoweit ergeben können; demensprechend ist die Kritik berechtigt, dass die von Schüren vorgeschlagene Abgrenzungsmethode „an ihre Grenzen (stößt), wenn es in der Vertragsbeziehung nicht zu einer tatsächlichen Inanspruchnahme des ‘Werkunternehmers’ durch den ‘Werkbesteller’ kommt; so Schüren-Hamann, § 1 AÜG Rn. 143.

Gesichtspunkt. Dieser ergibt sich, in den Worten des BAG, daraus, dass „die Eigenart der vom Arbeitnehmer zu leistenden Dienste es mit großer Wahrscheinlichkeit mit sich bringt, dass auch dem sorgfältigen Arbeitnehmer gelegentlich Fehler unterlaufen, die – für sich allein betrachtet – zwar jedes Mal vermeidbar waren, also fahrlässig herbeigeführt worden sind, mit denen aber angesichts der menschlichen Unzulänglichkeit als mit einem typischen Abirren der Dienstleistung erfahrungsgemäß zu rechnen ist“. Hinweisen ist darüber hinaus auch noch auf einen weiteren bedeutsamen Gesichtspunkt, nämlich den, dass es, wieder mit den Worten des BAG gesprochen, „eine unbillige Härte“ darstellen würde, „den Arbeitnehmer in solchen Fällen nach den normalen Regeln haften zu lassen, da häufig auch die Gefahr besteht, dass der durch ein solches Versehen verursachte Schaden außer Verhältnis zu dem Arbeitseinkommen des Arbeitnehmer steht“¹⁰³.

Was die Anwendung der Grundsätze der privilegierten Arbeitnehmerhaftung auf arbeitnehmerähnliche Personen anbelangt, so ist zunächst festzuhalten, dass Rechtsprechung und Teile des Schrifttums eine entsprechende Begünstigung dieses Personenkreises ablehnen¹⁰⁴. Zur Begründung wird insoweit angeführt, eine soziale Schutzbedürftigkeit rechtfertige nicht o. W. die Anwendung arbeitsrechtlicher Grundsätze, wenn der Gesetzgeber dies nicht ausdrücklich vorsehe oder dies nach Sinn und Zweck und unter Berücksichtigung des Einzelfalls sachlich gerechtfertigt sei. Da arbeitnehmerähnliche Personen indes ihre Tätigkeit im Bereich eines Dritten in persönlicher Unabhängigkeit und weisungsfrei ausübten, müsse ihre

¹⁰³ So BAG, NJW 1958, 235.

¹⁰⁴ Vgl. nur BAG, NJW 1970, 34; weitere Nachw. bei *Joussen*, RdA 2006, 129 (136); anders als das BAG entscheidet allerdings BSG, NJW 2004, 966, wonach „für beschäftigtenähnliche Personen i.S. des § 2 Abs. 2 SGB VII, also für Personen, die – unter Anwendung der Legaldefinition der Beschäftigung in § 7 Abs. 1 SGB IV – wie nicht selbstständig tätige Personen in einem Arbeitsverhältnis tätig sind, (...) die arbeitsrechtlichen Grundsätze der Haftungsmilderung bei Schadensersatzansprüchen des Arbeitgebers gegen Arbeitnehmer entsprechend anzuwenden (sind)“. Entscheidend dafür ist nach Auffassung des BAG „insbesondere der Umstand, dass – wie im Verhältnis Arbeitgeber/Arbeitnehmer – auch zwischen dem Unternehmer und der arbeitnehmerähnlich tätigen Person die Betriebsgefahr verantwortlich durch den Arbeitgeber bzw. Unternehmer gesetzt worden ist und er sich auch seine Verantwortung für die Organisation des Betriebs und die Gestaltung der Arbeitsbedingungen zurechnen lassen muss“.

haftungsrechtliche Privilegierung ausscheiden. Im Vordringen scheint demgegenüber die Auffassung zu sein, wonach die Grundsätze der privilegierten Arbeitnehmerhaftung durchaus auch auf arbeitnehmerähnliche Personen Anwendung finden müssen. So hat sich zuletzt insbesondere *Joussen* für eine haftungsmäßige Privilegierung der Arbeitnehmerähnlichen ausgesprochen und dabei zum einen auf die Grundsätze über die Verteilung des Betriebsrisikos¹⁰⁵ und zum anderen auf die möglicherweise existenzgefährdenden Konsequenzen einer vollen Haftung hingewiesen¹⁰⁶. Der Streit um die Anwendung der Regeln über die privilegierte Arbeitnehmerhaftung ist an dieser Stelle nicht im Einzelnen darzustellen und schon gar nicht zu entscheiden. Genügen soll hier vielmehr die Feststellung, dass die Bestimmung einer „Erfolgshaftung“ des Werkunternehmers möglicherweise bereits daran scheitert, dass dieser als arbeitnehmerähnliche Person an der haftungsmäßigen Privilegierung von Arbeitnehmern teilnimmt.

Insoweit ist übrigens in Erinnerung zu rufen, dass es sich bei den Grundsätzen zur privilegierten Arbeitnehmerhaftung nach der Rechtsprechung des BAG um „einseitig zwingendes Arbeitnehmerschutzrecht“ handelt, von dem weder einzel- noch kollektivvertraglich zu Lasten der Arbeitnehmer abgewichen

105 Vgl. *Joussen*, RdA 2006, 129 (136 f.): „Dieses [das Betriebsrisiko] ist nicht identisch mit der persönlichen Abhängigkeit, die den Arbeitnehmerähnlichen ja in der Tat zur Arbeitnehmereigenschaft gerade fehlt. Vielmehr umschreibt das Betriebsrisiko einen Sachverhalt, der zwischen Unternehmer und Arbeitnehmerähnlichem in gleichem Maße vorliegt wie zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Es geht um die Frage der zurechenbaren Mitwirkung: Auch der Arbeitnehmerähnliche ist, wenn auch nicht persönlich abhängig, so doch in die dem Unternehmer zuzurechnende Gefährlichkeit der Produktionsanlagen, der Produktion selbst oder der hergestellten Produkte eingebunden; auch er vollzieht durch seine Quasi-Integration in die Betriebsorganisation im weitesten Sinne die Vorgaben des Unternehmers mit, so dass hier eine derart vergleichbare Situation vorliegt, dass eine Einbeziehung in den Anwendungsbereich der Privilegierung schon aus diesem Grunde gerechtfertigt ist. Dies ist er dann auch unabhängig davon, wie und wo sich seine Tätigkeit (überwiegend) vollzieht“.

¹⁰⁶ Vgl. *Joussen*, RdA 2006, 129 (137): „(...) auch die freien Mitarbeiter müssen darauf vertrauen dürfen, dass ihre wirtschaftliche Existenz nicht durch eine nicht zu billigende Haftungsverteilung in ihrem Dienstverhältnis in Gefahr ist. Wie die Arbeitnehmer sind auch sie in eine zumindest gewisse Fürsorgekonstellation zum Unternehmer gestellt, eine Fürsorge, die diesem auch deshalb obliegt, weil er derjenige ist, der die Arbeitsleistung der Betroffenen letztlich *de facto* bestimmen kann. Und dies geschieht zu einem Entgelt, welches regelmäßig außer Verhältnis zu dem mit der Tätigkeit verbundenen Risiko einer Schadensersatzpflicht steht, genauso wie bei Arbeitnehmern eben auch“; vgl. zur Problematik auch *Waltermann*, RdA 2005, 98.

werden kann¹⁰⁷. Geht man hiervon einmal aus, dann spricht vieles dafür, die Regeln über die privilegierte Arbeitnehmerhaftung (sofern man deren grundsätzliche Anwendbarkeit bejaht) auch gegenüber arbeitnehmerähnlichen Personen als einseitig zwingend zu erachten. Jedenfalls ist auch im Verhältnis zu diesen eine gestörte Vertragsparität zu bejahen –, wie gerade § 12a TVG beweist, der die Befugnis zur tarifautonomen Rechtsetzung auf diese Beschäftigtengruppe erstreckt.

Geht man nun aber – wofür, wie gesagt, vieles spricht – von der analogen Anwendbarkeit der Grundsätze über die privilegierte Arbeitnehmerhaftung auf arbeitnehmerähnliche Personen aus und hält man diese Grundsätze überdies – im Einklang mit dem BAG – für zwingendes Recht, dann bedeutet dies nichts anderes, als dass in diesem Umfang eine „Erfolgshaftung“ des Verpflichteten gar nicht wirksam begründet werden könnte, so dass sich auf diesen Gesichtspunkt zur Bejahung des Vorliegens eines Werkvertrags nicht mehr abstellen lässt.

b) Mögliche haftungsmäßige Privilegierung von „Werkunternehmern“

Dabei sollte man indes nicht stehen bleiben. Vor dem Hintergrund der obigen Ausführungen zum möglichen „Tätigkeitsbezug“ werkvertraglicher Vereinbarungen stellt sich nämlich in Wirklichkeit noch eine weitere Frage. Diese geht dahin, ob man den Anwendungsbereich der Regeln über die privilegierte Arbeitnehmerhaftung nicht auf die Fälle eines evtl. Werkvertrags erstrecken muss, bei denen der „Tätigkeitsbezug“ im obigen Sinne besonders ausgeprägt ist¹⁰⁸. Dabei ist wiederum zu berücksichtigen, dass die haftungsmäßige Privilegierung von Arbeitnehmern nicht zuletzt, um nicht zu sagen v. a. in der „Eigenart“ der von ihnen zu erbringenden Leistungen begründet liegt. Denn diese bringt es, wie das BAG formuliert „mit großer Wahrscheinlichkeit mit sich (...), dass auch dem sorgfältigen Arbeitnehmer gelegentlich Fehler unterlaufen, die – für sich allein betrachtet – zwar jedes

¹⁰⁷ BAG, NZA 1999, 141 u. NZA 2004, 649; a. A. etwa *ErfKomm-Preis*, § 619a BGB Rn. 11.

¹⁰⁸ B. IV. 1.

Mal vermeidbar waren, also fahrlässig herbeigeführt worden sind, mit denen aber angesichts der menschlichen Unzulänglichkeit als mit einem typischen Abirren der Dienstleistung erfahrungsgemäß zu rechnen ist¹⁰⁹. Entsprechendes wird man nun aber auch dann sagen können, ja müssen, wenn ein (vermeintlicher) Werkvertrag durch entsprechend rigide Erfolgsvorgaben einen besonders ausgeprägten Tätigkeitsbezug im oben genannten Sinne enthält: Wenn es zutrifft, dass (scheinbare) werkvertragliche Gestaltungen denkbar sind, welche den Verpflichteten in seiner „Zeitsouveränität“ und seiner sonstigen „Gestaltungsfreiheit“ ebenso empfindlich beschränken wie dies bei Auferlegung einer Arbeitspflicht der Fall wäre, dann wird man schwerlich umhin können, die Wahrscheinlichkeit eines „Abirrens“ der Leistung hier nicht anders zu bewerten als dort. Kommt man aber im Einzelfall zur Bejahung des Eingreifens der Grundsätze über die privilegierte Arbeitnehmerhaftung, dann erweist sich auch für diese Fälle, dass bei der Bejahung des Vorliegens eines Werkvertrags jedenfalls nicht mehr auf das Bestehen einer „Erfolgshaftung“ abgestellt werden kann.

Nach alldem ist Folgendes festzuhalten: Gelangt man – im Einklang mit einer im Vordringen befindlichen Auffassung – zu dem Schluss, dass die Grundsätze über die privilegierte Arbeitnehmerhaftung auch auf arbeitnehmerähnliche Personen Anwendung finden, scheidet die wirksame Vereinbarung einer „Erfolgshaftung“ aus. Auf diese kann dann auch zur Qualifizierung des Rechtsverhältnisses nicht mehr zurückgegriffen werden. Kommt man gar zur Erstreckung der Grundsätze über die privilegierte Arbeitnehmerhaftung auf bestimmte Fälle (vermeintlicher) Werkverträge, so ist für die weiter oben befürwortete Qualifizierung dieser Verträge als Arbeitsverträge¹¹⁰ ein zusätzliches Argument gewonnen, da auch in diesen Fällen eine „Erfolgshaftung“ nicht wirksam vereinbart werden könnte, so dass dieses Kriterium bei der Qualifizierung erneut „ausfällt“.

¹⁰⁹ So BAG, NJW 1958, 235.

¹¹⁰ B. IV. 1.

C. Ausländische Rechtsordnungen

Im Folgenden soll nach einer kurzen Klärung der entsprechenden rechtlichen Grundlagen (I.) untersucht werden, welche Definitionen des Arbeitnehmerbegriffs in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union zugrunde gelegt werden und welchen Grundsätzen die Qualifizierung eines Vertrags als Arbeitsverhältnis folgt (II.)¹¹¹. Sodann soll über Versuche berichtet werden, die maßgeblichen Kriterien – mit Blick auf die Notwendigkeit einer Abgrenzung des Arbeitsvertrags vom Werkvertrag – weiter zu präzisieren (III.). Im Anschluss daran soll gezeigt werden, dass in allen Mitgliedstaaten ein Vorrang der tatsächlichen Vertragsdurchführung vor der Bezeichnung des Vertragsverhältnisses durch die Beteiligten zu beachten ist (IV.) Sodann sind Vermutungsregeln darzustellen wie sie in ausländischen Rechtsordnungen bei der Qualifizierung eines Rechtsverhältnisses als Arbeitsverhältnis nicht selten zur Anwendung kommen (V.). Schließlich soll dargestellt werden, welche Wege in ausländischen Rechtsordnungen beschritten wurden, um den arbeitsrechtlichen Schutz (zumindest teilweise) auch für „eigentlich“ außerhalb des Arbeitsrechts stehende Personen verfügbar zu machen (VI.).

I. Grundlagen

1. Gesetzliche und richterrechtliche Definitionen

In den meisten Mitgliedstaaten der Europäischen Union gibt es gesetzliche Definitionen des Arbeitsverhältnisses. In manchen Staaten ist – entweder ausschließlich oder neben der Definition des Arbeitsverhältnisses – der Arbeitnehmerbegriff gesetzlich festgelegt. Gelegentlich finden sich auch Definitionen des Arbeitgeberbegriffs. Diese sind aber überwiegend indirekt und zwar in dem Sinne, dass die entsprechende Definition von der des Arbeitnehmers oder der des Arbeitsverhältnisses abgeleitet wird. In vielen

¹¹¹ Vgl. hierzu etwa auch *Rebhahn*, RdA 2009, 154.

Staaten blieb es den Gerichten überlassen, Definitionen des Arbeitnehmerbegriffs bzw. des Begriffs des Arbeitsverhältnisses zu entwickeln. Die Unterschiede zu Staaten, in denen es gesetzliche Definitionen gibt, sind indes geringer als man erwarten könnte, da die bestehenden Legaldefinitionen weit überwiegend verhältnismäßig unbestimmt sind und den Gerichten somit auch dort erhebliche „Gestaltungsspielräume“ bleiben¹¹².

2. Grundsatz des „Vorrangs der Tatsachen“

Für alle Staaten gilt bei der Qualifizierung des Arbeitsverhältnisses ein Grundsatz, den man als Prinzip des „Vorrangs der Tatsachen“ bezeichnen könnte. Die International Labour Organization (ILO) hat in ihrem Bericht über das Arbeitsverhältnis aus dem Jahre 2003 gefordert, dass für die Entscheidung, ob im Einzelfall ein Arbeitsverhältnis vorliegt, der wirkliche Wille der Beteiligten und die Durchführung des Vertrages leitend sein sollten und nicht etwa, wie einer der Beteiligten oder beide Beteiligte ihr Vertragsverhältnis beschreiben¹¹³. Der „Vorrang der Tatsachen“ mag in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union unterschiedlich ausgeprägt sein. Auch bestehen Unterschiede hinsichtlich der Frage, ob dieser Vorrang nur zu Gunsten des (potentiellen) Arbeitnehmers wirkt, wie das bekanntlich in Deutschland der Fall ist¹¹⁴, oder im Einzelfall auch zu seinen Ungunsten

¹¹² Näher zum Ganzen *European Labour Law Network*, Characteristics of the Employment Relationship – Thematic Report, 2009, S. 22 ff.

¹¹³ International Labour Conference, 95th Session, 2006 – Report V(1), The employment relationship, S. 23: „... the determination of the existence of an employment relationship should be guided by the *facts* of what was actually agreed and performed by the parties, and not on how either or both of the parties describe the relationship. This is known in law as the principle of the *primacy of fact*“; illustrativ hierfür die Entscheidung *Massey v Crown Life Insurance Company* 1978 1 WLR 676: “(...) if the true relationship of the parties is that of master and servant under a contract of service, the parties cannot alter the truth of that relationship by putting a different label upon it (...)”.

¹¹⁴ Vgl. nur *ErfKomm/Preis*, § 611 BGB Rn. 49 m. w. N.

ausschlagen kann. Grundsätzlich bleibt aber festzuhalten, dass er in allen Mitgliedstaaten der Europäischen Union Geltung besitzt¹¹⁵.

3. Vermutungsregeln

In einer ganzen Reihe von Staaten hat der Gesetzgeber den Schwierigkeiten bei der Qualifizierung von Rechtsverhältnissen als Arbeitsverhältnis durch Festschreibung mehr oder minder weit reichender Vermutungsregeln Rechnung getragen. Diese unterscheiden sich in ihrem Geltungsbereich, der generell oder auf bestimmte Berufsgruppen oder Sektoren beschränkt sein mag. Auch die Kriterien, an welche die Vermutungen jeweils anknüpfen, sind unterschiedlich. Schließlich sind manche Vermutungen unwiderleglich, manche widerleglich ausgeschaltet. In jedem Fall sind derartige Regelungen in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union verhältnismäßig weit verbreitet¹¹⁶.

4. Schutz wirtschaftlich abhängiger Personen

Wenn die Qualifizierung eines Rechtsverhältnisses als Arbeitsverhältnis nicht oder allenfalls am Rande von der wirtschaftlichen Abhängigkeit einer Person von einer anderen beeinflusst wird – und dies ist, wie zugleich gezeigt werden soll, in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union weit überwiegend der Fall –, dann stellt sich die Frage, ob einer möglichen Abhängigkeit in diesem Sinne dadurch Rechnung getragen werden kann, dass zumindest bestimmte Arbeitnehmerrechte auch auf wirtschaftlich abhängige Personen für anwendbar erklärt werden. Die ILO hat hierzu in ihrem Bericht über Arbeitsverhältnisse aus dem Jahre 2003 folgende Feststellung getroffen: „In der Mitte zwischen Arbeitnehmern und Selbstständigen befinden sich wirtschaftlich abhängige Personen, die formal selbstständig sind, deren

¹¹⁵ Näher hierzu u. C. IV.

¹¹⁶ Näher hierzu u. C. V.

Einkommen aber von einem oder nur ganz wenigen Kunden abhängig ist“¹¹⁷. Dabei räumt die ILO ein, dass die Merkmale, die Angehörige dieser Gruppe verbinden, nur sehr schwer zu beschreiben, geschweige denn zu quantifizieren seien, da die Gruppe äußerst heterogen sei, allgemeine Definitionsmerkmale fehlten und auch zu wenig statistisches Material zur näheren Bestimmung des Personenkreises verfügbar sei. Obwohl wirtschaftlich abhängige Personen in der Mehrzahl der Mitgliedstaaten der Europäischen Union nicht als selbstständige Gruppe anerkannt sind, gibt es doch auch Beispiele für Rechtsordnungen, in denen wirtschaftlich abhängige, („arbeitnehmerähnliche“) Personen, so wie dies bekanntlich in Deutschland der Fall ist, über bestimmte Arbeitnehmerrechte verfügen¹¹⁸.

II. Arbeitnehmerbegriff

Auf der Ebene des Europarechts besteht ein Arbeitnehmerbegriff nur hinsichtlich der Regeln über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer. Mit Blick auf das Arbeitsrecht bleibt die Definition des Begriffs weitgehend den Mitgliedstaaten überlassen¹¹⁹. Die arbeitsrechtlichen Richtlinien der Europäischen Union verweisen weit überwiegend auf die Arbeitnehmerbegriffe des nationalen Rechts¹²⁰. Dementsprechend ist zur Ermittlung des Begriffs in erster Linie auf die nationalen Rechtsordnungen abzustellen.

¹¹⁷ International Labour Conference, 95th Session, 2006 – Report V(1), The employment relationship, S. 12: „Midway between the employment relationship and self-employment, there are economically dependent workers who are formally self-employed but depend on one or a few clients for their income. They are not easy to describe, let alone quantify, because of the heterogeneous nature of the situations involved and the lack of a definition or statistical tool“.

¹¹⁸ Näher hierzu u. C. VI.

¹¹⁹ Vgl. allerdings zuletzt EuGH v. 11.11.2010 – C-232/09 (Dita Danosa/LKB Lizzings SIA), NZA 2011, 143, wo das Gericht betont, dass der Arbeitnehmerbegriff im Sinne der Mutterschutzrichtlinie unionsrechtlich zu interpretieren sei

¹²⁰ Näher hierzu *Waas*, European Labour Law Journal 2011, 45. Rechtspolitisch zum Ganzen etwa *Grandi*, The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations 2008, 495.

1. Wertende Gesamtbetrachtung

Die Entscheidung darüber, ob eine vertragliche Beziehung als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren ist, wird von den Gerichten in allen Mitgliedstaaten der Europäischen Union aufgrund einer wertenden Gesamtbetrachtung vorgenommen¹²¹. Die vom Bundesarbeitsgericht zugrunde gelegte typologische Betrachtung¹²² findet somit eine weit gehende Entsprechung in ausländischen Rechtsordnungen. Dies gilt etwa auch für *Griechenland*, wo in der Rechtsprechung allerdings bemerkenswerterweise hervorgehoben wird, dass die gebotene Gesamtbetrachtung eher qualitativer als quantitativer Natur ist. Dementsprechend wird von den Gerichten dort immer wieder auch die Frage gestellt, ob die Qualität der geleisteten Arbeit und die Abhängigkeit von einer anderen Person von solcher Art sind, dass sie wegen der dadurch begründeten Schutzbedürftigkeit eine Anwendung arbeitsrechtlicher Bestimmungen erforderlich machen¹²³.

2. „Persönliche Abhängigkeit“ als zentrales Kriterium

Das entscheidende – in manchen Staaten, wie *Italien*¹²⁴, sogar unverzichtbare – Kriterium für die Bestimmung der Arbeitnehmereigenschaft bildet in den Mitgliedstaaten der EU, der Sache nach, die Terminologie ist uneinheitlich¹²⁵, die persönliche Abhängigkeit einer Person im Sinne ihrer Weisungsunterworfenheit¹²⁶.

¹²¹ Näher *European Labour Law Network*, Characteristics of the Employment Relationship – Thematic Report, 2009, S. 15 ff.

¹²² Vgl. oben B. I. 1.

¹²³ Oberster Gerichtshof 28/2005 (Plen) u. 1688/2007.

¹²⁴ Oberster Gerichtshof No. 28525 (sog. „eterodirezione“).

¹²⁵ Vgl. nur *Rebhahn*, RdA 2009, 159 (164).

¹²⁶ Näher *European Labour Law Network*, Characteristics of the Employment Relationship – Thematic Report, 2009, S. 16 ff.; vgl. auch *Rebhahn*, RdA 2009, 154 (165): „... primär organisatorische Unterordnung und damit Fremdbestimmung entscheidend ...“; vgl. auch *ders.*, ebda, 166: „Die organisatorische Fremdbestimmung der Arbeit steht heute in den meisten Staaten im Vordergrund der Betrachtung“.

Dieses Kriterium wird gelegentlich im Gesetz ausdrücklich festgeschrieben. So bestimmt etwa § 1 des Arbeitsvertragsgesetzes *Finnlands*, dass die Vorschriften des Gesetzes auf Verträge Anwendung finden, bei denen sich eine Person gegen eine Gegenleistung zur persönlichen Arbeitsleistung nach Weisungen des Vertragspartners verpflichtet. § 2 Abs. 2 des Arbeitsgesetzes der *Tschechischen Republik* enthält eine ähnliche Bestimmung. Diese lautet: „Abhängige Arbeit aufgrund eines Über- und Unterordnungsverhältnisses von Arbeitgeber und Arbeitnehmer wird geleistet, wenn der Arbeitnehmer persönlich zur Arbeitsleistung verpflichtet ist, den Weisungen des Arbeitgebers unterworfen ist, für den Arbeitgeber tätig wird, entgeltlich Arbeit leistet, an Arbeitszeiten gebunden ist, am Geschäftssitz des Arbeitgebers oder an einem anders bestimmten Ort tätig wird und auf die Kosten des Arbeitgebers und unter seiner Verantwortung tätig wird“. Das wesentliche Kriterium bildet dabei die (dauernde) Weisungsunterworfenheit des Arbeitnehmers. Daneben ist die Kostentragung durch den Arbeitgeber bedeutsam. Hierunter ist zu verstehen, dass der Arbeitgeber Rohmaterial, Strom, Arbeitsmaterialien, Werkzeuge, anderweitige Hilfsmittel und den Arbeitsplatz zur Verfügung stellt¹²⁷. § 4 des Arbeitsvertragsgesetzes *Sloweniens* definiert das Arbeitsverhältnis als ein „Rechtsverhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber, bei dem der Arbeitnehmer in den Betrieb des Arbeitgebers eingliedert ist und, gegen Entgelt, fortlaufend Arbeitsleistungen nach Weisungen des Arbeitgebers und unter dessen Kontrolle erbringt“.

Auch dort, wo gesetzliche Regelungen über die Weisungsunterworfenheit fehlen, kommt es letztlich entscheidend auf dieses Kriterium an. Illustrativ hierfür ist insbesondere die Rechtslage im *Vereinigten Königreich*. Dort stellen die Gerichte maßgeblich auf das Bestehen einer *control*, also auf die Weisungsunterworfenheit des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber, ab. Zwar hat sich der Schwerpunkt der Prüfung dieses Kriteriums im *Vereinigten Königreich*, wie auch anderswo, von der fachlichen

¹²⁷ Näher zum Ganzen *Hřrka/Randlovř*, Labour Code Commentary, Prag, 2011, S. 7.

Weisungsunterworfenheit zur geographischen und zeitlichen Weisungsunterworfenheit verschoben. Dies ändert aber nichts an der grundsätzlichen Bedeutung, die der Weisungsunterworfenheit für die Qualifizierung eines Rechtsverhältnisses als Arbeitsverhältnis zukommt.

In Ergänzung zur Weisungsunterworfenheit wird in vielen Staaten auf die Eingliederung einer Person in eine von einer anderen Person geschaffene betriebliche Organisation abgestellt¹²⁸. Illustrativ ist insoweit wieder die Rechtslage im *Vereinigten Königreich*, wo die Gerichte für die Qualifizierung eines Rechtsverhältnisses als Arbeitsverhältnis u. a. auch den sog. *integration test* anwenden. Danach liegt ein Arbeitsverhältnis vor, wenn „eine Person als Teil eines Geschäftsbetriebs beschäftigt und ihre Arbeitsleistung als integraler Teil des Geschäftsbetriebs anzusehen ist“. Demgegenüber liegt ein (freier) Dienstvertrag vor, wenn die Arbeitsleistung zwar „dem Geschäftsbetrieb zu Gute kommt, in diesen aber nicht eingebettet, sondern insoweit lediglich als akzessorisch anzusehen ist“¹²⁹.

Wirtschaftliche Gegebenheiten spielen in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten der EU, wenn überhaupt, dann nur eine untergeordnete Rolle: Nirgendwo begründet wirtschaftliche Abhängigkeit (im Sinne einer Angewiesenheit auf bestimmte Einkünfte) für sich allein die Arbeitnehmereigenschaft¹³⁰. Was die wirtschaftliche Unselbständigkeit (Arbeiten auf fremde Rechnung und mit fremden Mitteln) anbelangt, so bildet diese in vielen Staaten durchaus ein wichtiges Kriterium bei der Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft¹³¹. Doch kommt dieses regelmäßig nur subsidiär zum Zuge¹³².

¹²⁸ Vgl. *European Labour Law Network*, Characteristics of the Employment Relationship – Thematic Report, 2009, S. 18.

¹²⁹ So Lord Denning in *Stevenson Jordan & Harrison Ltd v Macdonald and Evans* [1952] 1 TLR 101 („... under a contract of service, a man is employed as part of the business, and his work is done as an integral part of the business; whereas under a contract for services his work, although done for the business is not integrated into it, but is only accessory to it ...“).

¹³⁰ Vgl. nur *Rebhahn*, RdA 2009, 154 (165) m. w. N.

¹³¹ Beispielhaft sei der sog. *economic reality-test* erwähnt, bei dem die Gerichte im *Vereinigten Königreich* fragen, ob eine Person finanzielle Risiken übernimmt, an unternehmerischen Gewinnchancen teilnimmt, eigenes Gerät benutzt und eigenes Personal

3. Andere Kriterien

Neben der „persönlichen Abhängigkeit“ im oben beschriebenen Sinn finden sich in vielen Rechtsordnungen weitere Kriterien (oder Indizien), auf die bei der Qualifizierung eines Rechtsverhältnisses als Arbeitsverhältnis ebenfalls abgestellt wird. Zu diesen zählt bzw. zählen insbesondere¹³³:

- (fortlaufende) Entgeltzahlungen als Gegenleistung,
- Tragung finanzieller Risiken durch den Beschäftigten,
- ausschließliche oder weit überwiegende Tätigkeit für eine bestimmte andere Person,
- Höchstpersönlichkeit der Leistung,
- Gegenseitigkeit der Vertragspflichten
- Dauer und Kontinuität des Rechtsverhältnisses

Die ILO listet in ihrem kommentierten Leitfaden zu ihrer Empfehlung Nr. 198 betreffend das Arbeitsverhältnis¹³⁴ folgende Kriterien und Indizien auf:

- Unterordnung oder Abhängigkeit,
- Kontrolle der Leistung und Weisungsunterworfenheit,
- Eingliederung,
- Leistungen ausschließlich oder überwiegend zu Gunsten einer bestimmten Person,
- Höchstpersönlichkeit der Leistung,
- Leistung innerhalb zeitlicher oder geographischer Vorgaben,
- gewisse Dauer und Kontinuität,
- Erfordernis einer gewissen Verfügbarkeit,
- Stellung von Werkzeugen/Material durch den Leistungsempfänger,
- fortdauernde Zahlungen,
- Entgelt als einziges oder überwiegendes Einkommen,
- Sachleistung als Gegenleistung,

beschäftigt sowie für Geschäftsführung und Investitionsentscheidungen verantwortlich ist; vgl. nur *Stevenson Jordan & Harrison Ltd v Macdonald and Evans* [1952] 1 TLR 101. Zu dem insoweit drchaus ähnlichen US-Recht vgl. *United States v. Silk*, 331 U.S. 704 (1947) mit einem Abstellen auf die folgenden Kriterien: (1) the degree of control exercised by the alleged employer; (2) extent of the relative investments of the [alleged] employee and employer; (3) degree to which the "employee's" opportunity for profit and loss is determined by the "employer"; (4) skill and initiative required in performing the job; (5) permanency of the relationship".

¹³² Auch hierzu *Rebhahn*, RdA 2009, 154 (165) m. w. N

¹³³ Näher *European Labour Law Network*, Characteristics of the Employment Relationship – Thematic Report, 2009, S. 19-ff.

¹³⁴ The Employment Relationship: An annotated guide to ILO Recommendation No. 198.

- Anerkennung bestimmter Rechte (wie wöchentliche Ruhezeiten und Jahresurlaub),
- Übernahme der Reisekosten durch den Leistungsempfänger,
- keine finanziellen Risiken auf Seiten des Leistenden¹³⁵.

Aus deutscher Sicht erscheinen v. a. die Kriterien „Höchstpersönlichkeit“ und „Gegenseitigkeit“ erklärungsbedürftig.

Was die „Höchstpersönlichkeit“ der Leistung betrifft, so kommt für die Qualifizierung eines Rechtsverhältnisses als Arbeitsverhältnis in der Tat nicht selten auch der Frage Bedeutung zu, ob eine Person nach den vertraglichen Vereinbarungen persönlich zur Arbeitsleistung verpflichtet oder zur (ausnahmsweisen) Einschaltung eines Dritten in die Erfüllung berechtigt ist. Bemerkenswert ist insoweit die Rechtsentwicklung im *Vereinigten Königreich*. Dort gingen die Gerichte lange Zeit davon aus, dass die Befugnis zur Einschaltung Dritter als Indiz gegen die Existenz eines Arbeitsverhältnisses zu betrachten sei¹³⁶. Dementsprechend waren in der Vertragspraxis so genannte Vertretungsklauseln (*substitution clauses*), welche die Erbringung der Leistung durch Dritte erlaubten, verhältnismäßig weit verbreitet. In der jüngeren Vergangenheit haben die Gerichte im Vereinigten Königreich ihren Standpunkt indes verändert. Dabei wird insbesondere geprüft, ob eine Vertretungsklausel den tatsächlichen Umständen des Vertrags entspricht¹³⁷.

Große Bedeutung kommt im *Vereinigten Königreich* auch der Frage nach der „Gegenseitigkeit der vertraglichen Verpflichtungen“ (sog. *mutuality of obligation test*) zu. Dabei wird daran angeknüpft, dass das Arbeitsverhältnis nach dem dortigen Vertragsverständnis „normalerweise“ durch eine doppelte

¹³⁵ Subordination or dependence., control of the work and instructions, integration of the worker in the enterprise, work performed solely or mainly for another's benefit, Carried out personally by the worker , carried out within specific hours or at an agreed place, having a particular duration and continuity, requires worker's availability, provision of tools/materials by the person requesting the work, periodic payments to the worker, this remuneration being sole or principal source of income, payment in kind, recognition of entitlements (e.g. weekly rest & annual leave, travel payment by the person requesting the work, absence of financial risk for the worker.

¹³⁶ *Echo Publications Ltd. v. Tanton* Court of Appeal 1999 RLRL 367.

¹³⁷ Supreme Court (*Autoclenz v. Belcher and Others*), 2011 UKSC 41.

Verpflichtung gekennzeichnet ist: die Verpflichtung des Arbeitgebers, dem Arbeitnehmer eine Gelegenheit zur Arbeitsleistung zu bieten, und die Verpflichtung des Arbeitnehmers, die Arbeitsleistung auf das Angebot des Arbeitgebers hin zu erbringen. In der Praxis finden sich nun verbreitet Klauseln, wonach die eine oder andere Verpflichtung ausgeschlossen wird, wenn nicht gar beide Verpflichtungen ausgeschlossen werden. Da die Gerichte der Gegenseitigkeit der Verpflichtungen große Bedeutung beimessen, lässt sich auf diesem Weg die Bejahung eines Arbeitsverhältnisses verhältnismäßig leicht vermeiden. Kritisch ist zu dieser Rechtsprechung angemerkt worden, dass die Gerichte mit ihrem Abstellen auf die Gegenseitigkeit der Verpflichtungen einen Rechtszustand bewirkt haben, der einer Dispositivität des Arbeitsrechts bedenklich nahe kommt. Indes spiegelt die Haltung der Gerichte im Vereinigten Königreich die zentrale Bedeutung wieder, die der Vertragsfreiheit dort beigemessen wird. Dabei erscheint das gesetzliche Arbeitsrecht eher als – von außen an den Arbeitsvertrag herangetragene – Zwangsordnung, deren Anwendung nur zu rechtfertigen ist, wenn dem Willen der Vertragsparteien dabei nicht „Gewalt angetan“ wird¹³⁸.

III. Präzisierung der Kriterien mit Blick auf die Abgrenzung des Arbeitsvertrag vom Werkvertrag

Zuweilen finden sich in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union Versuche, die Kriterien für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses zu präzisieren. Dies kann, muss aber nicht notwendigerweise auf der gesetzlichen Ebene geschehen. Ein (jüngeres) Beispiel für den Versuch einer Präzisierung auf der gesetzlichen Ebene bildet das Recht in *Belgien*, Präzisierungen durch „soft law“ bestehen in *Irland*.

¹³⁸ Vgl. nur *European Labour Law Network*, Characteristics of the Employment Relationship – Thematic Report 2009, S. 22.

1. Das Beispiel Belgiens

Nach belgischem Recht ist, ebenso wie nach deutschem Recht, zwischen Arbeitsverhältnis (*arbeidsovereenkomst*) und Werkvertrag (*aannemingsovereenkomst*) zu unterscheiden. Der wesentliche Unterschied zwischen den beiden Vertragstypen besteht (auch) nach belgischem Recht darin, dass nur im erstgenannten Fall eine persönliche Abhängigkeit im Sinne einer Weisungsunterworfenheit einer Person gegenüber einer anderen besteht (sog. *gezagsverhouding*).

In Belgien ist im Jahr 2006 ein Gesetz zur Identifizierung von Arbeitsverträgen in Kraft getreten¹³⁹. Dieses enthält verschiedene Regelungen, mit denen dem Problem der Scheinselbständigkeit begegnet werden soll. Zu diesen zählt u. a. die Möglichkeit der „Neuqualifizierung“ eines Rechtsverhältnisses. Diese hat zwar zunächst nur sozialversicherungsrechtliche Auswirkungen¹⁴⁰. Auch lässt sie die Befugnis der Gerichte zur Qualifizierung eines Rechtsverhältnisses als Arbeitsverhältnis unberührt¹⁴¹. Nichtsdestoweniger verdienen die Regelungen auch in arbeitsrechtlicher Hinsicht Interesse.

Art. 329 § 1 dieses Gesetzes sieht die Einsetzung einer sog. „Kommission zur Regelung von Arbeitsverhältnissen“ vor¹⁴². Diese besteht aus einer „normativen Abteilung“ mit einer Kammer, sowie einer „Verwaltungsabteilung“ mit mehreren Kammern¹⁴³. Die Kammern der Verwaltungsabteilung entscheiden über die Qualifizierung eines Vertrags als

¹³⁹ Titel XIII „Aard van de arbeidsrelaties“ van de Programmawet (I) van 27 december 2006, B.S., 28 december 2006, 75178.

¹⁴⁰ Vgl. insbesondere Art. 340.

¹⁴¹ Art. 339.

¹⁴² Die Voraussetzungen für die Einsetzung der Kommission wurden (mit beträchtlicher Verspätung) durch entsprechende königliche Erlasse geschaffen; vgl. Koninklijk Besluit van 14 december 2010 houdende de samenstelling en werking van de kamers van de administratieve afdeling van de Commissie ter regeling van de arbeidsrelatie, B.S. 28 december 2010, 82496 en Koninklijk Besluit van 14 december 2010 houdende de samenstelling en de werking van de normatieve afdeling van de Commissie ter regeling van de arbeidsrelatie, B.S. 28 december 2010, 82500.

¹⁴³ Den Kammern gehören mehrheitlich Bedienstete des Staats sowie der Sozialversicherungsträger an; vgl. Art. 329 § 2 u. 3.

Arbeitsverhältnis¹⁴⁴. Die Kammer der normativen Abteilung hat nach Art. 330 des Gesetzes u. a. folgende Aufgaben: Zweifel mit Blick auf das Vorliegen von Arbeitsverhältnissen in einem Sektor oder in einem oder mehreren Berufen aufzuklären (Nr. 1), den zuständigen Ministerien auf ihren Antrag hin oder aus eigener Initiative Bericht zu erstatten über das Vorhanden- oder Nichtvorhandensein einer Ungewissheit oder von Problemen in Bezug auf die Art der Arbeitsverhältnisse in einem Sektor oder für einen oder mehrere Berufe (Nr. 2), Listen spezifischer Kriterien für die Identifizierung von Arbeitsverhältnissen auszuarbeiten, die sodann den zuständigen Ministerien zu unterbreiten sind (Nr. 4)¹⁴⁵.

Art. 331 bestimmt, dass die Parteien – in den Grenzen von öffentlicher Ordnung, Sittlichkeit und bindenden Gesetzen – frei sind, darüber zu entscheiden, ob sie ein Arbeitsverhältnis abschließen wollen. Allerdings muss „die effektive Ausführung des Vertrags mit der Art des Verhältnisses übereinstimmen“. Dementsprechend entscheidet die tatsächliche Durchführung des Vertragsverhältnisses über dessen Qualifizierung, wenn sie mit der von den Parteien gewählten Bezeichnung ihres Vertragsverhältnisses im Widerspruch steht.

Art. 332 sieht vor, dass grundsätzlich eine „Neuqualifizierung“ des Vertragsverhältnisses stattfindet, wenn bei der Durchführung des Vertragsverhältnisses genügend Elemente hervortreten, die mit der von den Vertragsparteien vorgenommenen Qualifizierung unvereinbar sind.

¹⁴⁴ Einzelheiten zum Verfahren sind in Art. 338 geregelt. Art. 338 § 2 sieht vor, dass ein entsprechender Antrag grundsätzlich von jeder Partei gestellt werden kann, die eine Klärung ihres Rechtsverhältnisses erreichen will.

¹⁴⁵ Im Originalwortlaut: „(..) een voorstel uitwerken van lijst met specifieke criteria die aan de ministers die respectievelijk Sociale zaken, Middenstand en Werk in hun bevoegdheden hebben voorgelegd dienen te worden“.

Art. 333 § 1¹⁴⁶ nennt sog. „allgemeine Kriterien“, auf die insoweit abzustellen ist, nämlich:

- „- den Willen, der Parteien, soweit er im Vertrag seinen Niederschlag gefunden hat und auch in der Durchführung des Vertragsverhältnisses zum Ausdruck kommt¹⁴⁷;
- die Freiheit, seine Arbeitszeit frei zu gestalten,
- die Freiheit, seine Arbeit selbst zu organisieren,
- die Möglichkeit, die Leistung zu kontrollieren“.

Art. 333 § 3 enthält darüber hinaus Kriterien, auf die es bei der Frage der Qualifizierung eines Arbeitsverhältnisses grundsätzlich *nicht* ankommen kann:

- „- die Bezeichnung des Vertrags,
- die Eintragung bei einem Sozialversicherungsträger,
- die Eintragung in die Zentrale Datenbank der Unternehmen,
- die Umsatzsteuerpflicht,
- die Art und Weise, wie die Einkünfte bei der Steuerverwaltung gemeldet werden“.

Über die „allgemeinen Kriterien“ hinaus sieht das Gesetz in Art. 334 § 1 die Möglichkeit vor, für bestimmte Sektoren, Berufe oder Berufsgruppen „spezifische Kriterien“ zu erarbeiten. Diese dürfen von den „allgemeinen Kriterien“ nicht abweichen, sondern stellen Konkretisierungen der „allgemeinen Kriterien“ dar, die den spezifischen Gegebenheiten eines Sektors oder Berufs tragen sollen.

Art. 334 § 3 listet beispielhaft Kriterien sozioökonomische und rechtlicher Art auf, die bei der Fixierung der „spezifischen Kriterien“ Berücksichtigung finden können:

¹⁴⁶ Art. 333 - § 1: „Die allgemeinen Kriterien, von denen im vorhergehenden Artikel die Rede ist und die es ermöglichen zu beurteilen, ob ein Autoritätsverhältnis vorhanden ist oder nicht, sind die Folgenden:

- der Wille der Parteien, wie er in ihrem Vertrag ausgedrückt ist, sofern Letzterer gemäß den Bestimmungen von Artikel 331 ausgeführt wird,
- die Freiheit zur Organisation der Arbeitszeit,
- die Freiheit zur Organisation der Arbeit,
- die Möglichkeit, eine hierarchische Kontrolle auszuüben.

¹⁴⁷ Vgl. insoweit aus der Rspr. die Entscheidungen des Kassationsgerichtshofs v. 28.04.2003, J.T.T. 2003, 261 u. 22.05.2006, www.juridat.be.

- „- die Verantwortlichkeit und die Entscheidungsbefugnis hinsichtlich der finanziellen Mittel zur Erhaltung der Rentabilität des Unternehmens,
- die feste und/oder garantierte Entlohnung,
- die persönliche und substanzielle Investition ins Unternehmen mit Eigenkapital und die persönliche und substanzielle Beteiligung an den Gewinnen und Verlusten des Unternehmens,
- die Möglichkeit, Personal einzustellen oder sich vertreten zu lassen,
- gegenüber Vertragspartnern und Dritten als Unternehmen aufzutreten,
- in eigenen Räumlichkeiten und/oder mit eigenem Material zu arbeiten¹⁴⁸.

Diese Kriterien können aufgrund einer Königlichen Verordnung für verbindlich erklärt werden (Art. 337).

2. Das Beispiel Irlands

In *Irland* wurde vor einigen Jahren von der Regierung eine Expertengruppe¹⁴⁹ eingesetzt, welche die Aufgabe hatte, Vorschläge zur Lösung des Problems zunehmender Scheinselbstständigkeit zu erarbeiten. Der Gruppe, der Repräsentanten unterschiedlicher Ministerien sowie Vertreter der Sozialpartner angehörten, entschied sich rasch, keine gesetzgeberischen Vorschläge zu unterbreiten. Stattdessen erarbeitete die Gruppe Empfehlungen zur leichteren Identifikation von Arbeitsverhältnissen. Zu diesem Zweck wurde ein so genannter Code of Practice¹⁵⁰ (Verhaltenskodex) erarbeitet und im Jahre 2001 vorgestellt. Dieser enthält eine Zusammenstellung von Kriterien und Indizien, deren Existenz für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses spricht. Im Jahre 2007 wurde dieser Code of Practice novelliert.

Zentrales Kriterium bei der Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft ist die Weisungsunterworfenheit (*control*) einer Person. Demgegenüber soll

¹⁴⁸ Art. 334 § 4 regelt das Konkurrenzverhältnis, wenn in einem konkreten Fall „spezifische Kriterien“ für bestimmte Sektoren, Berufe oder Berufsgruppen aufeinandertreffen.

¹⁴⁹ Die sog. Employment Status Group.

¹⁵⁰ <http://www.welfare.ie/EN/Publications/EmploymentStatus/Documents/codeofpract.pdf>.

Selbstständigkeit vorliegen, wenn eine Person über einen eigenen Geschäftsbetrieb verfügt und finanziellen Risiken ausgesetzt ist, wie sie sich insbesondere unter dem Gesichtspunkt einer Haftung für Gewährleistungsansprüche ergibt. Im Einzelnen führt der Code of Practice als für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses sprechende Umstände auf:

- „- Person schuldet nur eine Arbeitsleistung,
- sie erhält ein festes Entgelt auf der Grundlage eines Stunden-, Wochen- oder Monatslohns,
- die Arbeitsleistung kann nicht delegiert werden,
- eine andere Person stellt Arbeitsmaterial und Werkzeuge,
- die Person trifft keine finanziellen Risiken,
- die Person ist weder für Investitionen noch für die Geschäftsleitung verantwortlich,
- es bestehen keine Gewinnchancen,
- die Arbeitszeiten sind dem Umfang nach vorgegeben,
- die Arbeitsleistung wird gegenüber einer Person erbracht,
- die Person erhält Aufwands- und/oder Reiseschädigungen,
- es besteht ein Anspruch auf Überstundenvergütung“.

Als Indizien für das Vorliegen von Selbstständigkeit führt der Code of Practice auf:

- Verantwortung für Investitionen und die Geschäftsführung,
- Teilnahme an Gewinnchancen,
- keine Weisungsunterworfenheit hinsichtlich von Arbeitszeit und Arbeitsort, keine Weisungsunterworfenheit hinsichtlich der Frage, ob die Arbeitsleistung delegiert werden kann,
- Freiheit, Arbeitsverträge mit anderen Personen einzugehen und diese in die Erfüllung der Verpflichtung einzuschalten,
- Fähigkeit, Leistungen der geschuldeten Art gleichzeitig gegenüber mehreren Personen zu erbringen,
- Person stellt Arbeitsmaterial und Werkzeuge,
- Person unterhält einen festen Geschäftsbetrieb, an dem sich Material, Ausrüstung u. dgl. befinden,
- Person trägt die Kosten des Geschäftsbetriebs und entscheidet über das Entgelt für die Leistung,
- Person trägt die nötigen Versicherungen,
- Person kontrolliert die Arbeitszeit.

IV. Vorrang der Tatsachen

In allen Mitgliedstaaten der Europäischen Union kommt es für die Qualifizierung eines Vertrags als Arbeitsverhältnis entscheidend auf die praktische Durchführung und weniger auf die Bezeichnung des Vertrags durch die Parteien an. Dies bedeutet, dass die Parteien der Anwendung arbeitsrechtlicher Bestimmungen nicht schon dadurch entgehen können, dass sie ihre Vertragsbeziehung, entgegen den Tatsachen, nicht als Arbeitsvertrag bezeichnen.

Ein Beispiel für eine gesetzliche Festschreibung dieses „Vorrangs der Tatsachen“ ist Art. 22 § 1 Abs. 1 des Arbeitsgesetzbuchs in *Polen*¹⁵¹. Art. 22 § 1 enthält eine Legaldefinition des Arbeitsverhältnisses. Diese lautet: „Durch die Begründung des Arbeitsverhältnisses verpflichtet sich der Arbeitnehmer, eine Arbeit bestimmter Art zu Gunsten des Arbeitgebers, unter dessen Leitung und an dem von ihm bestimmten Ort und in dem von ihm bestimmten Zeitraum auszuführen; der Arbeitgeber verpflichtet sich, den Arbeitnehmer gegen Vergütung zu beschäftigen“. Diese Regelung wird durch Art. 22 § 1 Abs. 1 ergänzt. Die Vorschrift lautet: „Die Beschäftigung unter den in § 1 genannten Voraussetzungen ist, unabhängig von der Bezeichnung des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrages, eine Beschäftigung aufgrund eines Arbeitsverhältnisses“. Darüber hinaus enthält Art. 22 § 1 Abs. 2 folgende Bestimmung: „Das Ersetzen des Arbeitsvertrags durch einen zivilrechtlichen Vertrag bei Aufrechterhaltung der in § 1 bestimmten Voraussetzungen der Erbringung der Arbeitsleistung ist unzulässig“.

Art. 11 Abs. 2 des Arbeitsvertragsgesetzbuchs *Sloweniens* bestimmt, dass bei Vorliegen der Voraussetzungen eines Arbeitsverhältnisses kein anderweitiger Vertragstyp (des bürgerlichen Rechts) gewählt werden darf, sofern gesetzlich nichts anderes vorgesehen ist.

¹⁵¹ Kodekc pracy.

Ähnliches bestimmt § 3 des Arbeitsgesetzes der *Tschechischen Republik*. Die Vorschrift lautet: „Abhängige Arbeit darf, vorbehaltlich anderweitiger gesetzlicher Bestimmungen, nur aufgrund eines Arbeitsverhältnisses geleistet werden“. Dies bedeutet: Liegen die Voraussetzungen der Bejahung abhängiger Arbeit vor, ist das entsprechende Rechtsverhältnis als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren und zwar auch dann, wenn die Beteiligten den Vertragstyp eines Dienst- oder Werkvertrags gewählt haben¹⁵².

In manchen Staaten gilt ein „Vorrang der Tatsachen“ im eben beschriebenen Sinn nicht aufgrund gesetzlicher Regelungen, sondern aufgrund Richterrechts. Ein Beispiel bildet das *Vereinigte Königreich*. Dort besteht eine umfangreiche Rechtsprechung zu so genannten *relabeling clauses*, also Klauseln, mit denen die Anwendung arbeitsrechtliche Bestimmungen verhindert werden soll. Eine Klausel, die in der Praxis häufig Verwendung findet, lautet etwa: „Zur Vermeidung von Zweifeln wird hiermit bestimmt, dass die hier getroffenen Vereinbarungen kein Arbeitsverhältnis zwischen den Beteiligten begründen und keine Grundlage für die Anwendung arbeitsrechtlicher Regelungen bilden“. In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass es den Gerichten unbenommen bleibt zu prüfen, ob eine derartige Klausel die Tatsachen zutreffend wiedergibt. Dementsprechend sind die Gerichte aufgefordert, gewissermaßen durch die vertraglichen Vereinbarungen hindurch zu blicken und die Tatsachen bei Vertragsschluss sowie bei der Durchführung des Vertrages zu würdigen¹⁵³. Zuletzt hat der Supreme Court diesen „Vorrang der Tatsachen“ im eben beschriebenen Sinne noch einmal unterstrichen (und zudem darauf hingewiesen, dass im Zusammenhang mit den zu berücksichtigenden Tatsachen auch ein mögliches Verhandlungsungleichgewicht zwischen den Vertragsparteien Berücksichtigung finden muss)¹⁵⁴.

¹⁵² Näher Hřrka/Randlovř, Labour Code Commentary, Prag, 2011, S. 9.

¹⁵³ *Protectacout Firthglow v. Szilagy* 2009 RRLR 365; *Raymond Franks v. Reuters Ltd.* 2003 423.

¹⁵⁴ Supreme Court (*Autoclenz v. Belcher and Others*), 2001 UKSC 41.

Ähnliches gilt in *Frankreich*. Dort hat die *Cour de Cassation* vor einiger Zeit klargestellt, dass die Existenz eines Arbeitsvertrags weder vom Willen der Vertragsparteien, noch von der von ihnen gewählten Vertragsbezeichnung abhängig ist, sondern die tatsächlichen Umstände, unter denen die Leistung erbracht wird, den Ausschlag geben müssen¹⁵⁵. Ein Vorrang der tatsächlichen Vertragsdurchführung gegenüber der Bezeichnung des Vertrags durch die Beteiligten gilt auch in den *Niederlanden*¹⁵⁶.

V. Vermutungsregeln

1. Generelle Vermutungen

In einer Reihe von Mitgliedstaaten der Europäischen Union gibt es mehr oder minder weit reichende Regelungen, welche Vermutungen für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses enthalten. Eine verhältnismäßig weite Vermutungsregel enthält das *niederländische* Recht. Dort wurde mit dem Inkrafttreten des Gesetzes über Flexibilität und Sicherheit im Jahre 1998 eine Regel eingeführt, wonach das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses vermutet wird, wenn eine Person regelmäßig über den Zeitraum von mindestens drei Monaten hinweg entweder wöchentlich eine Arbeitsleistung erbringt oder wenigstens 20 Stunden im Monat arbeitet¹⁵⁷. Diese Vermutung ist widerleglich. Dem Vertragspartner bleibt somit die Möglichkeit, dass Nichtvorliegen eines Arbeitsverhältnisses zu beweisen.

¹⁵⁵ Cour des Cassation v. 19.05.2009 No. 07-44.759: "Mais attendu que l'existence d'une relation de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention, mais des conditions de fait, dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs (...)".

¹⁵⁶ Vgl. insbesondere Hoge Raad Groen/Schoevers,, JAR 1997/263; UvA/Beurspromovendi, JAR 2006/119 u. Van Houdts/BBO, JAR 2007/19.

¹⁵⁷ Art. 7:610a Burgerlijk Wetboek: „Hij die ten behoeve van een ander tegen beloning door die ander gedurende drie opeenvolgende maanden, wekelijks dan wel gedurende ten minste twintig uren per maand arbeid verricht, wordt vermoed deze arbeid te verrichten krachtens arbeidsovereenkomst“.

Auch das *portugiesische* Recht kennt eine widerlegliche Vermutung für das Vorliegen von Arbeitsverhältnissen. Art. 12 des Arbeitsgesetzbuches (*Código del Trabajo*) knüpft insoweit an eine Reihe von Indizien an. Dabei wird das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses vermutet, wenn eine Person das Vorliegen eines oder mehrerer der nachfolgenden Umstände darlegen und beweisen kann:

1. die Leistung wird an einem vom Nutznießer der Leistung bestimmten Ort erbracht;
2. Ausrüstung und Werkzeuge gehören dem Nutznießer der Leistung;
3. Beginn und Ende der Arbeitszeit werden vom Nutznießer der Leistung festgesetzt;
4. der Leistende erhält regelmäßig ein bestimmtes Entgelt;
5. der Nutznießer der Leistung ist für die Leitung des Betriebs und die Geschäftsführung zuständig.

Auch das *spanische* Recht enthält eine widerlegliche Vermutung für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses. Diese knüpft – in Art. 8 Abs. 1 S. 1 des Arbeitsgesetzbuches (*Ley del Estatuto de los Trabajadores*) – daran an, dass eine Person Leistungen gegen Entgelt gegenüber einer anderen Person nach deren Weisungen und in deren Organisationsbereich erbringt, wobei der andere die finanziellen Risiken, die aus der Leistungserbringung erwachsen, trägt.

Bemerkenswert ist in Zusammenhang mit Vermutungsregeln schließlich auch die Rechtslage in *Malta*. Dort enthält die sog. Employment Status National Standard Order 2012¹⁵⁸ eine Aufzählung von Kriterien, an die eine Vermutung für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses anknüpft. Als Kriterien werden im Einzelnen genannt:

- „(1) eine Person wird überwiegend für eine andere Person tätig und erzielt mindestens 75% ihres Jahreseinkommens aus dieser Tätigkeit;
- (2) eine Person nutzt Gerätschaften, die vom Nutznießer der Leistung gestellt werden;

¹⁵⁸ Subsidiary Legislation 452.108 Employment Status National Standard Order 31st January, 2012, Government Gazette of Malta No. 18,862.

- (3) eine Person erbringt die geschuldete Leistung persönlich und ist nicht berechtigt, andere in die Erfüllung ihrer Leistungsverpflichtung einzuschalten;
- (4) eine Person ist in ihrer Arbeitszeitgestaltung von einer anderen Person abhängig ;
- (5) eine Person wird auf Weisung einer anderen Person tätig;
- (6) eine Person ist in die von einer anderen Person geschaffene Betriebsorganisation eingegliedert;
- (7) eine Person erfüllt ähnliche Verpflichtungen wie sie von Arbeitnehmern erfüllt werden oder erfüllt Verpflichtungen, die zuvor von Arbeitnehmern erfüllt wurden;
- (8) eine Person entfaltet Tätigkeiten, die zu den Kernelementen der Aktivitäten des Nutznießers der Leistung zählen“.

Die Vermutung für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses tritt ein, wenn in einem konkreten Fall mindestens fünf der genannten acht Kriterien erfüllt sind¹⁵⁹. Allerdings kann ein Rechtsverhältnis unter gewissen Voraussetzungen von der Anwendung der Vermutungsregelung „freigestellt“ werden, wenn dies von einer Partei vor Abschluss des Vertrags beantragt wird¹⁶⁰. Greift die

¹⁵⁹ Im Original lautet die Bestimmung. „3. (1) Subject to the provisions of sub-article (2), when considering the employment status of a person who is nominally self-employed and is *prima facie* not considered as an employee, it shall be presumed that there is an employment relationship and that the person for whom the service is provided is the employer and that the provisions of the Act and of the regulations or orders issued thereunder apply to that relationship if at least five of the following criteria are satisfied in relation to the person performing the work: (a) he depends on one single person for whom the service is provided for at least 75% of his income over a period of one year; b) he depends on the person for whom the service is provided to determine what work is to be done and where and how the assigned work is to be carried out; (c) he performs the work using equipment, tools or materials provided by the person for whom the service is provided; (d) he is subject to a working time schedule or minimum work periods established by the person for whom the service is provided; (e) he cannot sub-contract his work to other individuals to substitute himself when carrying out work; (f) he is integrated in the structure of the production process, the work organisation or the company's or other organization's hierarchy; (g) the person's activity is a core element in the organization and pursuit of the objectives of the person for whom the service is provided; and (h) he carries out similar tasks to existing employees, or, in the case when work is outsourced, he performs tasks similar to those formerly undertaken by employees“.

¹⁶⁰ „3. (2) Notwithstanding the presence of five or more of the criteria referred to in the previous sub-article in a relationship between two persons or more, any person in a relationship which would by virtue of the presence of such criteria be automatically considered to be an employment relationship may, before entering into such a relationship, submit a written request to the Director to exempt such a relationship from being considered to be an employment relationship and the Director may exempt in writing that relationship if it is considered that there are particular grounds relating to that activity to exempt it from this requirement, including that the activity being carried out is an uncommon occurrence or of very short duration and such exemption shall remain valid unless rescinded by the Director: Provided that in the case of relationships established before the coming into force of this Order, the person concerned shall have a period of six weeks from the said entry into force to make such a request in respect of such a relationship“.

Vermutung für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses, so gilt ein unbefristetes Arbeitsverhältnis als begründet¹⁶¹.

Soll ein Arbeitsvertrag (oder Dienstvertrag) zwischen zwei Beteiligten in einen Werkvertrag „umgewandelt“ werden, so ist diese Änderung nur wirksam, wenn eine behördliche Zustimmung vorliegt¹⁶².

2. Spezifische Vermutungen

Neben diesem verhältnismäßig allgemein gehaltenen Vermutungsregeln gibt es in einigen Staaten Vermutungen, welche auf Angehörige bestimmter Berufsgruppen abzielen. So wird etwa nach *französischem* Recht die Arbeitnehmereigenschaft von (berufsmäßigen) Journalisten, Künstlern, Models und Außendienstmitarbeitern unwiderleglich vermutet, sofern bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind. Die Vermutung gegenüber Außendienstmitarbeitern knüpft etwa an die dauerhafte und exklusive Tätigkeit in einem bestimmten Gebiet sowie den Umstand an, dass der Verpflichtete nicht (auch) auf eigene Rechnung tätig wird. Eine ähnliche Vermutungsregel enthält auch das *spanische* Recht.

Für das *Vereinigte Königreich* sieht section 23 des Employment Relations Act 1999 eine Befugnis des Arbeitsministeriums vor, gewisse Arbeitnehmerrechte auf eine bestimmte Gruppe von Nichtarbeitnehmern für anwendbar zu

¹⁶¹ „4. (1) A person who was considered to be performing services as a self-employed person for another person, whether prior to, or at any time following, the date of the entry into force of this Order and is subsequently found to be an employee in terms of article 3, shall be considered to have been engaged as an employee on an indefinite contract of the person for whom he was providing services“.

¹⁶² „8.: Any conversion of a contract of service or of a contract of employment into a contract for service can only have legal effect for the purposes of the Act if it is authorized by the Director. Until such authorization is obtained and if it is refused once sought, the employment status of the person concerned shall be considered to be unchanged and shall be the same as that enjoyed prior to the request for authorization.“

erklären¹⁶³. Von dieser Befugnis ist bislang allerdings noch kein Gebrauch gemacht worden.

3. Vermutung im Fall der Arbeitnehmerüberlassung

Eine spezifische Vermutung im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung kennt man im *österreichischen* Recht.

§ 3 Abs. 1 Arbeitskräfteüberlassungsgesetz¹⁶⁴ definiert die „Überlassung von Arbeitskräften“ als „Zurverfügungstellung von Arbeitskräften zur Arbeitsleistung an Dritte“. Bemerkenswert ist, dass „Arbeitskräfte“ i. S. d. Gesetzes nicht nur Arbeitnehmer, sondern auch „arbeitnehmerähnliche“ Personen sind (§ 3 Abs. 4 S. 1). „Arbeitnehmerähnlich“ in diesem Sinne sind „Personen, die, ohne in einem Arbeitsverhältnis zu stehen, im Auftrag und für Rechnung bestimmter Personen Arbeit leisten und wirtschaftlich unselbständig sind“ (§ 3 Abs. 4 S. 2).

Für die Beurteilung, ob eine Überlassung von Arbeitskräften vorliegt, ist nach § 4 Abs. 1 „der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend“. Nach § 4 Abs. 2 liegt

„Arbeitskräfteüberlassung (...) insbesondere auch vor, wenn die Arbeitskräfte ihre Arbeitsleistung im Betrieb des Werkbestellers in Erfüllung von Werkverträgen erbringen, aber (1.) kein von den Produkten, Dienstleistungen und Zwischenergebnissen des Werkbestellers abweichendes, unterscheidbares und dem

¹⁶³ Section 23: „(2) The Secretary of State may by order make provision which has the effect of conferring any such right on individuals who are of a specified description. (...). (4) An order under this section may (a) provide that individuals are to be treated as parties to workers' contracts or contracts of employment; (b) make provision as to who are to be regarded as the employers of individuals; (c) make provision which has the effect of modifying the operation of any right as conferred on individuals by the order; (d) include such consequential, incidental or supplementary provisions as the Secretary of State thinks fit“.

¹⁶⁴ Bundesgesetz v. 23.03.1988, mit dem die Überlassung von Arbeitskräften geregelt (Arbeitskräfteüberlassungsgesetz - AÜG) sowie das Arbeitsmarktförderungsgesetz, das Arbeitsverfassungsgesetz, das Allgemeine Sozialversicherungsgesetz und die Gewerbeordnung 1973 geändert werden, BGBl. Nr. 196/1988.

Werkunternehmer zurechenbares Werk herstellen oder an dessen Herstellung mitwirken oder (2.) die Arbeit nicht vorwiegend mit Material und Werkzeug des Werkunternehmers leisten oder (3.) organisatorisch in den Betrieb des Werkbestellers eingegliedert sind und dessen Dienst- und Fachaufsicht unterstehen oder (4.) der Werkunternehmer nicht für den Erfolg der Werkleistung haftet“.

Ergänzt wird diese Regelung durch § 8 Arbeitskräfteüberlassungsgesetz. § 8 Abs. 1 sieht vor, dass „Ansprüche, die der überlassenen Arbeitskraft nach dem Arbeitskräfteüberlassungsgesetz oder nach anderen zwingenden Rechtsvorschriften zustehen, (...) vertraglich nicht ausgeschlossen werden (können). § 8 Abs. 2 bestimmt, dass „Vereinbarungen zwischen dem Überlasser und dem Beschäftigten, die der Umgehung gesetzlicher Bestimmungen zum Schutz der Arbeitskraft dienen, (...) verboten (sind)“.

VI. Partielle Anwendung des Arbeitsrechts auf Nichtarbeitnehmer

Das zentrale Kriterium für die Bejahung der Arbeitnehmereigenschaft ist in allen Mitgliedstaaten der Europäischen Union die persönliche Abhängigkeit im Sinne einer Unterworfenheit unter Weisungen eines anderen. Demgegenüber kommt einer wirtschaftlichen Abhängigkeit keine oder allenfalls eine außerordentlich geringe Bedeutung zu.

Allerdings finden sich in manchen Staaten Regelungen, die auf eine Kategorie zwischen Selbstständigen und Arbeitnehmern zielen¹⁶⁵. So bestehen etwa in *Österreich* Bestimmungen über arbeitnehmerähnliche Personen¹⁶⁶, wobei die Voraussetzungen allerdings nicht mit denen des deutschen Rechts¹⁶⁷

¹⁶⁵ Grundlegend hierzu *Perulli*, Economically dependent/quasi-subordinate (parasubordinate) employment: legal, social and economic aspects; vgl. auch *Rebhahn*, RdA 2009, 236.

¹⁶⁶ Zur Gruppe der – mit den arbeitnehmerähnlichen Personen des deutschen Rechts allerdings nur sehr eingeschränkt vergleichbaren – sog. *parasubordinati* des italienischen Rechts etwa *Rebhahn*, RdA 2009, 236 (238); vgl. auch *Fuchs*, NZA 2004, 956 sowie *Fontana*, in: Caruso/Fuchs (Hg.), Labour Law and Flexibility in Europe, S. 183 ff.

¹⁶⁷ Das bekanntlich nicht einmal einen allgemeinen Begriff des „Arbeitnehmerähnlichen“ kennt. Rechtspolitisch zum deutschen Recht *Hromadka*, NZA 2007, 838 (in Auseinandersetzung mit entsprechenden Vorschlägen im Entwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes).

übereinstimmen. Ähnliches gilt für *Portugal*, wo nach Art. 10 des Arbeitsgesetzbuchs nicht unbedeutende Teile des Arbeitsrechts schon dann Anwendung finden, wenn lediglich eine wirtschaftliche Abhängigkeit besteht¹⁶⁸.

Im Jahre 2007 hat der Gesetzgeber in *Spanien* Regelungen zu wirtschaftlich abhängigen Personen in das Arbeitsgesetzbuch (*Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo*) eingefügt¹⁶⁹. Danach handelt sich um eine arbeitnehmerähnliche Personen, wenn regelmäßig und gegen Entgelt, im Wesentlichen für einen Auftraggeber unmittelbar und persönlich Leistungen erbracht werden und eine wirtschaftliche Abhängigkeit in dem Sinne besteht, dass mindestens 75% des erzielten Einkommens von dem Auftraggeber stammen. Dabei darf der Verpflichtete weder eigene Arbeitnehmer beschäftigen noch Dritte in die Erfüllung seiner Verpflichtungen gegenüber dem Auftraggeber einschalten. Umgekehrt setzt die Qualifizierung als wirtschaftlich abhängige Personen u. a. voraus, dass sich die Erbringung der Leistungen durch die wirtschaftlich abhängige Person von der Arbeitsleistung der Arbeitnehmer des Auftraggebers unterscheidet¹⁷⁰.

Auch in *Schweden* hat die Kategorie wirtschaftlicher Abhängigkeit Anerkennung durch den Gesetzgeber gefunden. § 1 des Mitbestimmungsgesetzes (1976:580)¹⁷¹ sieht vor, dass „Arbeitnehmer“ im Sinne des Gesetzes auch Personen sind, die Arbeitsleistungen gegenüber dem Arbeitgeber erbringen, ohne Arbeitnehmer zu sein, die sich indes im Wesentlichen in derselben Lage wie Arbeitnehmer befinden. Liegen diese Voraussetzungen vor, dann ist das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses mit dem Nutznießer der Arbeitsleistung anzunehmen¹⁷². Nach dem Gesetz ergibt

¹⁶⁸ Zurückhaltend gegenüber der praktischen Bedeutung der Vorschrift allerdings *Rebhahn*, RdA 2009, 236 (239).

¹⁶⁹ Ley 20/2007 v. 11.07.2007.

¹⁷⁰ Näher *Kersting*, Die arbeitnehmerähnliche Person im spanischen Recht, 2012.

¹⁷¹ <http://www.sweden.gov.se/content/1/c6/17/41/31/59b8df50.pdf>.

¹⁷² Nichtamtliche Übersetzung des Gesetzes: „The term ‘employee’ as used in this Act shall also include any person who performs work for another and is not thereby employed by that other person but who occupies a position of essentially the same nature as that of an

sich somit unter gewissen Voraussetzungen eine Gleichstellung der wirtschaftlich abhängigen Personen mit Personen, die von einem anderen persönlich abhängig sind. Nach verbreiteter Einschätzung verliert diese „Gleichstellungsregelung“ indes zunehmend an Bedeutung, da die Gerichte mehr und mehr zu einer extensiven Interpretation des (Normal-) Begriffs des „Arbeitnehmers neigen¹⁷³.

Auch im *Vereinigten Königreich* haben wirtschaftlich abhängige Personen rechtliche Anerkennung gefunden. Sie bilden dort die Kategorie der *worker*. Diese sind in section 230(3) des Employment Relations Act (ERA) definiert als Personen die aufgrund eines Vertrags höchstpersönlich Leistungen (*any work or services*) erbringen, wobei die Leistungserbringung weder gewerbsmäßig noch berufsmäßig sein darf (*status is not by virtue of the contract that of a client or any profession or business undertaking carried on by the individual*). Eine Qualifizierung als *worker* kommt somit nicht in Betracht, wenn eine Person berechtigt ist, Dritte in die Erfüllung der Leistungspflicht einzuschalten (bzw. einen Auftrag weiter zu vergeben) oder die Erbringung der Leistungen in unternehmerischer Weise erfolgt. Ist das Letztere der Fall, spricht man von *self-employed persons*.

Workers in diesem Sinne verfügen über die folgenden Rechte:

- gesetzlicher Mindestlohn (*national minimum wage*),
- Entgeltsschutz,
- gesetzlicher Urlaubsanspruch,
- Anspruch auf Einhaltung der gesetzlichen Ruhepausen,
- Einhaltung der Vorschriften über die gesetzliche Höchstarbeitszeit,
- Antidiskriminierungsschutz,
- Einhaltung der Vorschriften über den Schutz von sog. *whistleblowers* (Informantenschutz).

employee. In such circumstances, the person for whose benefit the work is performed shall be deemed to be an employer”.

¹⁷³ Vgl. nur European Labour Law Network, Characteristics of the Employment Relationship, 2009, S. 36.

Unter gewissen Umständen (insbesondere nach Maßgabe des erzielten Einkommens) kommen weitere Ansprüche, insbesondere aufgrund einer Verpflichtung zur Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall (*statutory sick pay*) noch hinzu.

Die britische Finanzverwaltung (*HM Revenue & Customs*) bietet im Internet einen interaktiven Service, den sog. *Employment Status Indicator* (Arbeitnehmereigenschaft-Hinweisgeber) an, der bei der Klärung der Arbeitnehmereigenschaft behilflich sein soll. Dabei sind vom potenziellen Arbeitnehmer Fragen zu beantworten, die über das Vorliegen eines Arbeitsvertrages entscheiden. Die Finanzverwaltung erkennt das Resultat der Befragung, sofern die Fragen wahrheitsgemäß beantwortet wurden, als für sich bindend an. Die Bindungswirkung ist indes auf die steuerrechtlichen sowie sozialversicherungsrechtlichen Konsequenzen der Qualifizierung des Rechtsverhältnisses beschränkt.

VII. Zwischenergebnis

Die rechtsvergleichende Betrachtung des Arbeitnehmerbegriffs begegnet besonderen Schwierigkeiten, da insoweit in allen Rechtsordnungen ein weitgehendes richterliches Ermessen besteht und die Qualifizierung eines Rechtsverhältnisses als Arbeitsverhältnis allenthalben am Maßstab einer Gesamtabwägung unterschiedlicher Kriterien und Indizien (bzw. aufgrund einer typologischen Betrachtung) erfolgt. Vor diesem Hintergrund läuft man nämlich Gefahr, einzelne Elemente der Abwägung fehlerhaft zu gewichten und damit die zugrundeliegende Rechtsprechung zu verzeichnen. Sagen lässt sich indes mit Blick auf die Rechtsprechung ausländischer Gerichte zweierlei: Zum einen, dass bei der Bestimmung der Arbeitnehmereigenschaft, ebenso wie in Deutschland, der persönlichen Abhängigkeit im Sinne einer Weisungsunterworfenheit und einer Eingliederung in eine fremde Betriebsorganisation die entscheidende Bedeutung zukommt, und zum

anderen, dass in allen Rechtsordnungen grundsätzlich ein „Vorrang der Tatsachen“ gegenüber der Bezeichnung des Vertragsverhältnisses durch die Beteiligten zu beachten ist. Die universale Geltung des Grundsatzes des „Vorrangs der Tatsachen“ unterstreicht, dass man bei der Würdigung von Vertragsverhältnissen keinesfalls bei der „äußerlichen Gestaltung“ des Vertrags stehen bleiben darf. Die allseits anerkannte Dominanz des Merkmals der persönlichen Abhängigkeit konstituiert einen Rahmen, der konkretisierenden und flankierenden Regelungen potenziell eine hohe Übertragbarkeit auf die Verhältnisse in Deutschland sichert.

So zurückhaltend man im vorliegenden Zusammenhang bei der Betrachtung der Rechtsprechung sein sollte, so bemerkenswert sind die Erkenntnisse, die sich mit Blick auf einzelne gesetzliche Regelungen im Ausland ergeben. Interesse verdienen insoweit zunächst die Bemühungen mancher ausländischer Gesetzgeber, dem auch im Ausland häufig sehr verbreiteten „Ausweichen“ der Arbeitsvertragsparteien auf (vermeintliche) zivilrechtliche Gestaltungsformen Rechnung zu tragen. In diesem Zusammenhang ist z. B. die Regelung des *polnischen* Rechts bemerkenswert, nach der es als unzulässig zu bewerten ist, einen Arbeitsvertrag durch einen zivilrechtlichen Vertrag zu ersetzen, wenn der Inhalt des Vertrags i. W. unverändert bleibt.

Sodann verdienen Versuche Interesse, die Voraussetzungen für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses weiter zu präzisieren. Die Indizien, an die insoweit angeknüpft wird, wurden oben an den Beispielen des Rechts in *Belgien* und *Irland* aufgezeigt. In Irland setzt man, wie oben gezeigt wurde, auf die verhaltenssteuernde Kraft von soft law. In Belgien ist der Gesetzgeber tätig geworden, wobei dieser die Befugnis zur Konkretisierung der Voraussetzungen des Arbeitnehmerbegriffs bezeichnenderweise in weitem Umfang an sachnähere Beteiligte delegiert hat, um den Spezifika bestimmter Sektoren und Berufe besser Rechnung tragen zu können.

Auffallend ist auch, dass in vielen Rechtsordnungen explizite Vermutungen für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses bestehen. Diese unterscheiden sich in ihren Voraussetzungen und somit in ihrer Reichweite: Zuweilen bestehen, wie z. B. in den *Niederlanden*, generelle Vermutungen. Zuweilen bestehen, wie z. B. in *Frankreich*, spezielle Vermutungen für bestimmte Berufsgruppen. Auch sind manche Vermutungen unwiderleglich und manche widerleglich ausgestaltet. In jedem Fall empfiehlt es sich, in der rechtspolitischen Debatte in Deutschland die entsprechenden ausländischen Vorbilder für Vermutungsregeln zur Kenntnis zu nehmen. Dies gilt in ganz besonderem Maße auch für eine entsprechende Neuregelung des Rechts in *Malta* und zwar aus mehreren Gründen. Zunächst verdient diese hinsichtlich einzelner Voraussetzungen für das Eingreifen der gesetzlichen Vermutungsregel Interesse. Zu erinnern ist insoweit insbesondere daran, dass zu diesen Voraussetzungen zählt, ob eine Person ähnliche Verpflichtungen erfüllt wie sie von Arbeitnehmern erfüllt werden oder Verpflichtungen erfüllt, die zuvor von Arbeitnehmern erfüllt wurden. Zu erinnern ist aber auch daran, dass insoweit bedeutsam ist, ob eine Person Tätigkeiten entfaltet, die zu den Kernelementen der Aktivitäten des Nutznießers der Leistung zählen. Sodann ist die Neuregelung in Malta bemerkenswert, weil sich der Gesetzgeber dort zu einer gewissen Gewichtung der Voraussetzungen verstanden hat: Die Vermutung für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses greift ein, wenn in einem konkreten Fall mindestens fünf von insgesamt acht im Gesetz genannten Kriterien erfüllt sind. Bemerkenswert sind schließlich auch die flankierenden Regelungen, die der Gesetzgeber getroffen hat. Diese erlauben einerseits unter gewissen Voraussetzungen eine „Freistellung“ von der Vermutungsregel auf Antrag eines Beteiligten und sehen andererseits das Erfordernis einer behördlichen Zustimmung vor, wenn ein Arbeitsvertrag (oder Dienstvertrag) von den Beteiligten in einen Werkvertrag „umgewandelt“ wird.

Bemerkenswert sind schließlich auch Regelungen, wonach einzelne arbeitsrechtliche Regelungen auch auf Nichtarbeitnehmer Anwendung finden,

wobei, ähnlich wie in Deutschland, primär auf die (bloße) wirtschaftliche Abhängigkeit einer Person von einer anderen abgestellt wird.

D. Schluss: Zusammenfassung in Thesen

1. Das deutsche Recht stellt bei der Qualifizierung von Arbeitsverhältnissen primär auf die sog. persönliche Abhängigkeit ab. Eine wirtschaftliche Abhängigkeit oder Unselbständigkeit fällt bei der Qualifizierung kaum ins Gewicht (B.I.1.).

2. Für wirtschaftlich abhängige Personen werden Ausschnitte des Arbeitsrechts über die Qualifizierung dieser Personen als „Arbeitnehmerähnliche“ verfügbar gemacht (B.I.2.).

3. Mit Blick auf die Qualifizierung eines Rechtsverhältnisses als Werkvertrag oder Dienstvertrag (bzw. Arbeitsvertrag) ist zwischen der Abgrenzungsfrage und der Identifikationsfrage zu unterscheiden. Bei der erstgenannten Frage handelt es sich um das Problem, die Voraussetzungen des jeweiligen Vertragstyps möglichst trennscharf voneinander zu unterscheiden. Bei der letztgenannten Frage handelt es sich einerseits um das Problem, die Zuordnung zu einem bestimmten Vertragstyp nicht zuletzt nach Maßgabe der tatsächlichen Durchführung des Vertrags vorzunehmen, und andererseits darum, eine fehlerhafte Vertragstypenzuordnung durch die Parteien evtl. nachträglich zu korrigieren (B.II).

4. Zwischen Werkvertrag auf der einen sowie Dienstvertrag (bzw. Arbeitsvertrag) auf der anderen Seite besteht ein außerordentlich weiter Überschneidungsbereich. Dieser ergibt sich daraus, dass der Begriff des „Werks“ i. S. d. § 631 BGB denkbar extensiv verstanden wird, an die (anfängliche) Bestimmtheit des Werks geringe Anforderungen gestellt werden

und darüber hinaus ein (konkretisierendes) Anweisungsrecht des Bestellers anerkannt wird (B.II.1.).

5. Die verbreitete Unterscheidung von Erfolg (Werkvertrag) und Tätigkeit bzw. Wirken (Dienstvertrag) erweist sich bei näherem Hinsehen für die Abgrenzung der Vertragstypen als nicht tragfähig und somit als zu vordergründig, da zum einen auch das Wirken erfolgsbezogen und zum anderen auch dem Werkvertrag eine Tätigkeitspflicht eigen ist (B.II.2.).

6. Größere Bedeutung kommt bei der Abgrenzung der Frage zu, ob die Parteien eine „Erfolgshaftung“ des Verpflichteten begründen wollten. Damit stellt sich dann allerdings die Frage, ob diese im Einzelfall überhaupt wirksam vereinbart werden kann (B.II.3.).

7. Ein (scheinbarer) Werkvertrag sollte als Arbeitsvertrag identifiziert (und die fehlerhafte Vertragstypenzuordnung durch die Parteien dementsprechend korrigiert) werden, wenn und soweit dieser – durch Begründung eines ausreichend starken „Tätigkeitsbezugs“ – eine ähnliche weitreichende Bindung des Verpflichteten bewirkt wie dies im „Normalfall“ eines Arbeitsvertrags beobachtet ist (B.IV.1.).

8. Liegt ein ausreichend starker „Tätigkeitsbezug“ vor, ist ein Werkvertrag unter Einschaltung von Erfüllungsgehilfen als Fall der Arbeitnehmerüberlassung zu qualifizieren (B.IV.1c).

9. Die wirksame Vereinbarung einer „Erfolgshaftung“ scheidet aus, wenn man, wie dies einer verbreiteten Auffassung entspricht, die Grundsätze über die privilegierte Arbeitnehmerhaftung auch gegenüber arbeitnehmerähnlichen Personen eingreifen lässt. Im Übrigen erscheint es geboten, die Grundsätze über die privilegierte Arbeitnehmerhaftung – ungeachtet einer wirtschaftlichen Abhängigkeit – jedenfalls dann gegenüber (vermeintlichen) Werkunternehmern zur Anwendung zu bringen, wenn die zugrunde liegenden

Werkverträge einen ausreichend starken „Tätigkeitsbezug“ (i. S. d. These 7) aufweisen. Bejaht man für beide Fälle die Unwirksamkeit der Vereinbarung einer „Erfolgshaftung“, so führt dies hier wie dort dazu, dass an das Bestehen einer derartigen Haftung bei der Qualifizierung eines Vertrags als Werkvertrag nicht mehr angeknüpft werden kann (B.IV.2.)

10. In ausländischen Rechtsordnungen bestehen zwar zuweilen gesetzliche Definitionen des Arbeitnehmerbegriffs (oder des Arbeitsverhältnisses), doch bleibt auch dort bei der Qualifizierung von Rechtsverhältnissen als Arbeitsverhältnis vieles den Gerichten überlassen (C.I.)

11. Auch in den Rechtsordnungen des Auslands wird bei der Qualifizierung eines Vertrags als Arbeitsvertrag der Sache nach primär auf die persönliche Abhängigkeit des Verpflichteten abgestellt; dabei wird von den Gerichten, ebenso wie in Deutschland, eine wertende Gesamtbetrachtung angestellt (C.II.).

12. Ausländische Rechtsordnungen verdienen im vorliegenden Zusammenhang v. a. deshalb Interesse, weil dort zuweilen das Bemühen um eine Präzisierung der Kriterien zur Abgrenzung des Arbeitsvertrags vom Werkvertrag erkennbar wird. Ein Beispiel bildet das belgische Recht mit der Festlegung allgemeiner gesetzlicher Kriterien und der Begründung einer Befugnis sachnaher Akteure, spezifische Kriterien für bestimmte Bereiche oder Berufe zu entwickeln. Ein anderes Beispiel bildet Irland mit der Festschreibung eines Kriterienkatalogs in Gestalt eines Verhaltenskodex (C.III).

13. Für alle Mitgliedstaaten der Europäischen Union gilt im Grundsatz, dass die Tatsachen der Vertragsdurchführung Vorrang gegenüber der „Etikettierung“ des Vertragsverhältnisses durch die Beteiligten genießen. Insoweit gibt es auch Beispiele für explizite gesetzliche Verbote, sich zur Umgehung des Arbeitsrechts zivilrechtlicher Gestaltungsformen zu bedienen (C.IV.).

14. In vielen Staaten bestehen (generelle oder spezifische) Regeln, nach denen unter gewissen Voraussetzungen das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses (oder einer Arbeitnehmerüberlassung) vermutet wird. Besonderes Interesse verdient insoweit die Rechtslage in Malta, wo der Gesetzgeber jüngst einen umfangreichen Kriterienkatalog fixiert hat –, wobei die „Umwandlung“ eines Werkvertrags in einen Arbeitsvertrag zudem mit einem Zustimmungsvorbehalt zugunsten staatlicher Behörden versehen wurde (C.V.).

15. In manchen Staaten finden sich Beispiele dafür, arbeitsrechtliche Bestimmungen teilweise gegenüber Nichtarbeitnehmern zur Anwendung zu bringen. Die entsprechenden Regelungen verdienen sowohl hinsichtlich ihrer tatbestandlichen Voraussetzungen als auch hinsichtlich der angeordneten Rechtsfolgen Interesse (C.VI.).