

# Inhalt

Teil 1: Quantitative Erfassung von scheinselfständig Erwerbftätigen  
– Empirische Studie  
von Hans Dietrich und Alexander Patzina

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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