

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Band 53

Wesensmerkmale der  
arbeitnehmerähnlichen Person

Von

Dr. iur. Gustav Wachter



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

**GUSTAV WACHTER**

**Wesensmerkmale der arbeitnehmerähnlichen Person**

**Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht**

**Band 53**

# Wesensmerkmale der arbeitnehmerähnlichen Person

Von

Dr. iur. Gustav Wachter



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten  
© 1980 Duncker & Humblot, Berlin 41  
Gedruckt 1980 bei Buchdruckerei A. Sayffaerth - E. L. Krohn, Berlin 61  
Printed in Germany  
ISBN 3 428 04720 6

*Meiner Frau Brigitta*



## Vorwort

Voraussetzung für die Anwendung arbeitsrechtlicher Vorschriften ist im Rahmen der österreichischen Rechtsordnung bekanntlich grundsätzlich das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses bzw. das Vorliegen der Arbeitnehmer-Eigenschaft. In bezug auf diverse arbeitsrechtliche Rechtsfolgen wird jedoch nicht nur an den Bestand eines Arbeitsverhältnisses, sondern (auch) an das Vorliegen eines arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses bzw. der Eigenschaft „arbeitnehmerähnliche Person“ angeknüpft. Der Katalog der auf diese Weise auch auf die Arbeitnehmerähnlichkeit abstellenden arbeitsrechtlichen Vorschriften ist in den letzten Jahren in Österreich durch den Gesetzgeber stetig ausgeweitet worden. Man kann daher heute den Begriff der arbeitnehmerähnlichen Person mit gutem Grund als zu den Grundbegriffen des Arbeitsrechts gehörig bezeichnen.

In einem merkwürdigen Gegensatz zu dieser nicht unerheblich angewachsenen Bedeutung des Begriffes der arbeitnehmerähnlichen Person steht in Österreich die als geradezu stiefmütterlich zu bezeichnende Behandlung der arbeitnehmerähnlichen Person durch das rechtswissenschaftliche Schrifttum. Dieses hat sich nämlich bisher nur vereinzelt und häufig bloß in Randbemerkungen mit der arbeitnehmerähnlichen Person befaßt. Und auch die rein quantitativ betrachtet an sich sehr zahlreichen einschlägigen Äußerungen in der Rechtsprechung sind bedauerlicherweise überaus kasuistisch und über weite Strecken widersprüchlich. Insgesamt betrachtet kann man im Zusammenhang mit der arbeitnehmerähnlichen Person von einer außerordentlich großen Rechtsunklarheit und Rechtsunsicherheit sprechen. Und der bis dato erarbeitete Entwicklungsstand des Begriffes der arbeitnehmerähnlichen Person erscheint mit dem des Arbeitnehmerbegriffes zur Zeit nach dem Ende des Ersten Weltkrieges vergleichbar. Hier nach Möglichkeit etwas Licht ins Dunkel zu bringen und einen Beitrag zur Präzisierung der Grenzziehung zwischen der arbeitnehmerähnlichen Person und dem Unternehmer einerseits sowie zwischen dem Arbeitnehmer und der arbeitnehmerähnlichen Person andererseits zu leisten, ist das Ziel der vorliegenden Untersuchung.

An zentraler Stelle haben dabei zunächst methodologische Überlegungen zu stehen. In deren allgemeinem Teil wird zugleich der Versuch einer rationalen Rekonstruktion der in letzter Zeit verschiedentlich ins



Kreuzfeuer der Kritik geratenen Lehre vom Rechtsdenken in Typen unternommen.

Die Arbeit ist primär der österreichischen Rechtsordnung gewidmet. Die arbeitnehmerähnliche Person ist jedoch sozusagen ein „Geschöpf des deutschen Rechts“ und auch heute noch in der Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland von nicht unerheblicher Bedeutung. Es wurden daher auch die dortige Rechtsprechung und Literatur im Rahmen des Sinnvollen mitverarbeitet.

Rechtsprechung und Schrifttum konnten bis Anfang 1980 berücksichtigt werden.

Die Arbeit hat der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Innsbruck im Jahr 1980 als Habilitationsschrift vorgelegen.

Innsbruck, 31. März 1980

*Der Verfasser*

## Inhaltsverzeichnis

<b>1. Der Gegenstand der Untersuchung</b> .....	17
<b>2. Die Stellung arbeitnehmerähnlicher Personen im österreichischen Recht</b> .....	22
<b>3. Bisheriger Meinungsstand</b> .....	27
3.1. Positive Merkmale .....	29
3.1.1. Wirtschaftliche Unselbständigkeit — wirtschaftliche Abhängigkeit .....	29
3.1.2. Wirtschaftliche Unterordnung .....	31
3.1.3. Einschränkung der Entschlußfähigkeit .....	32
3.1.4. Einschränkung der Tätigkeit für andere .....	34
3.1.5. Verpflichtung zu persönlicher Arbeitsleistung .....	35
3.1.6. Berichterstattungspflicht .....	36
3.1.7. Arbeitsleistung im Auftrag und für Rechnung anderer Personen .....	36
3.1.8. Fremdbestimmung der Arbeit .....	38
3.1.9. Tätigkeit für einen oder mehrere bestimmte Unternehmer .....	38
3.1.10. Längere Dauer, gewisse Regelmäßigkeit .....	40
3.1.11. Art und Weise bzw. Höhe der Entlohnung .....	41
3.1.12. Erforderlichkeit für den Lebensunterhalt .....	42
3.1.13. Mittelstellung zwischen Arbeitnehmer und Unternehmer .....	43
3.1.14. Einem Arbeitnehmer näher stehend als einem Unternehmer ..	44
3.2. Negative Merkmale .....	44
3.2.1. Unternehmen .....	45
3.2.2. Betrieb .....	46
3.2.3. Betriebsstätte .....	47
3.3. Irrelevante Merkmale .....	47
3.3.1. Rechtsnatur, sozialversicherungsrechtliche und steuerrechtliche Behandlung .....	47
3.3.2. Unternehmerrisiko .....	50

3.3.3. Sonstige wirtschaftliche Lage, sonstige Einkünfte .....	51
3.3.4. Verhältnis der Einkünfte aus mehreren Tätigkeiten zueinander .....	53
3.3.5. Gewerbeschein .....	53
3.4. Methodologische Feststellungen .....	54
3.4.1. Notwendigkeit der Gesamtbetrachtung .....	54
3.4.2. Arbeitnehmerähnliche Person ist Typus .....	54
3.4.3. Keine enge Auslegung bei sozialer Schutzbedürftigkeit .....	55
<b>4. Die Entwicklungsgeschichte der Bestimmungen für die arbeitnehmerähnlichen Personen .....</b>	<b>56</b>
4.1. § 2 Abs. 1 Satz 2 ArbGG .....	56
4.2. § 226 Abs. 1 I. Teilentwurf .....	63
4.3. § 1 Abs. 1 Satz 2 DNHG .....	64
4.4. § 2 Abs. 2 lit. b AuslBG .....	65
4.5. § 2 Z. 3 IESG .....	65
4.6. § 1 Abs. 4 KSchG .....	66
4.7. § 17 ORFG 1974 .....	66
4.8. Das Medienmitarbeitergesetz .....	67
<b>5. Der Zweck der an die Arbeitnehmerähnlichkeit anknüpfenden Bestimmungen .....</b>	<b>70</b>
5.1. Der Gesetzeszweck von § 2 Abs. 1 Satz 2 ArbGG .....	70
5.2. Der Zweck von § 1 Abs. 1 Satz 2 DNHG .....	71
5.3. Der Zweck von § 2 Abs. 2 lit. b AuslBG .....	72
5.4. Der Zweck von § 2 Z. 3 IESG .....	73
5.5. Der Zweck von § 1 Abs. 4 KSchG .....	73
<b>6. Die soziale Schutzbedürftigkeit der arbeitnehmerähnlichen Person ..</b>	<b>75</b>
6.1. Die wirtschaftliche Unselbständigkeit als Basis der Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers und der arbeitnehmerähnlichen Person ..	75

6.2. Die Reduktion des Arbeitnehmerbegriffs auf die organisatorische Komponente der wirtschaftlichen Unselbständigkeit .....	81
6.3. Der Begriff der arbeitnehmerähnlichen Person als direkt an die wirtschaftliche Unselbständigkeit anknüpfender Tatbestand .....	87
<b>7. Die Wesensmerkmale der arbeitnehmerähnlichen Person .....</b>	<b>93</b>
7.1. Natürliche Person .....	93
7.2. Fehlende Arbeitnehmereigenschaft und fehlender Entgeltschutz für Heimarbeit .....	94
7.3. Tätigkeit für einen anderen aufgrund eines schuldrechtlichen Vertrages .....	98
7.4. Wirtschaftliche Unselbständigkeit .....	103
7.4.1. Methodologische Vorbemerkung zur Erfassung der wirtschaftlichen Unselbständigkeit .....	109
7.4.1.1. Grundzüge typologischen Denkens in der Rechtswissenschaft	109
7.4.1.1.1. Die Merkmale des Typus .....	111
7.4.1.1.1.1. Merkmalsmäßige Offenheit .....	113
7.4.1.1.1.2. Merkmalsmäßige Kompensierbarkeit .....	120
7.4.1.1.1.3. Merkmalsmäßige Abstufbarkeit .....	121
7.4.1.1.2. Als Merkmale des Typus nicht geeignete Kriterien ....	124
7.4.1.1.2.1. Abstufbarkeit des betreffenden Terminus selbst ....	125
7.4.1.1.2.2. Bestehen fließender Übergänge .....	126
7.4.1.1.3. Das Verhältnis des Typus zum Klassenbegriff .....	128
7.4.1.1.4. Der Typus — ein geschlossener Terminus oder ein Typus? .....	131
7.4.1.2. Der Terminus „wirtschaftliche Unselbständigkeit“ — ein Typus? .....	133
7.4.2. Konkretisierung des Typus „wirtschaftliche Unselbständigkeit“	137
7.4.2.1. Der konstitutive Wertgesichtspunkt des Typus „wirtschaftliche Unselbständigkeit“ .....	137
7.4.2.2. Typische Merkmale der wirtschaftlichen Unselbständigkeit	146
7.4.2.2.1. Unter dem finanziellen Aspekt relevant erscheinende Merkmale der wirtschaftlichen Unselbständigkeit .....	146
7.4.2.2.1.1. Tätigkeit für eine oder mehrere bestimmte Personen	148
7.4.2.2.1.2. Längere Dauer, gewisse Regelmäßigkeit .....	150
7.4.2.2.1.3. Einschränkung der Tätigkeit für weitere Personen ..	152
7.4.2.2.1.4. Sonstige Einkünfte, sonstige wirtschaftliche Lage bzw. Vermögen .....	156
7.4.2.2.1.5. Art und Weise der Entlohnung .....	158
7.4.2.2.1.6. Höhe der Entlohnung .....	159
7.4.2.2.1.7. Arbeit mit Arbeitsmitteln des Vertragspartners ....	162

7.4.2.2.2. Unter dem organisatorischen Aspekt relevant erscheinende Merkmale der wirtschaftlichen Unselbständigkeit	162
7.4.2.2.2.1. Weisungsunterworfenheit	163
7.4.2.2.2.2. Verpflichtung zu persönlicher Arbeit	165
7.4.2.2.2.3. Persönliche Erbringung der geschuldeten Tätigkeit	166
7.4.2.2.2.4. Berichterstattungspflicht	166
7.4.2.2.2.5. Betrieb, Betriebsstätte	167
7.4.2.2.2.6. Sonstige Einschränkungen organisatorischer Art	169
7.4.2.3. Zur Erfassung der wirtschaftlichen Unselbständigkeit bzw. Arbeitnehmerähnlichkeit nicht geeignete Umstände	172
7.4.2.3.1. Sozialversicherungsrechtliche und steuerrechtliche Behandlung	173
7.4.2.3.2. Gewerberechtliche Beurteilung	177
7.4.2.3.3. Wirtschaftliche Unterordnung	178
7.4.2.3.4. Fremdbestimmung	179
7.4.2.3.5. Unternehmerrisiko	180
7.4.2.3.6. Unternehmen	182
7.4.2.4. Die Gesamtwürdigung	183
<b>8. Die zwingende Natur der Arbeitnehmerähnlichkeit</b>	<b>196</b>
<b>9. Zusammenfassung und Ergebnisse</b>	<b>199</b>
<b>Schriftumsverzeichnis</b>	<b>209</b>

## Abkürzungsverzeichnis

a. A.	= anderer Ansicht
ABGB	= Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
Abs.	= Absatz
AcP	= „Archiv für die civilistische Praxis“
AGBG	= Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vom 9. 12. 1976 BGBl. I S. 3317
a. M.	= anderer Meinung
AngG	= Angestelltengesetz BGBl. 1921/292
Anm.	= Anmerkung
AnwZ	= „Österreichische Anwaltszeitung“
AöR	= „Archiv des öffentlichen Rechts“
AP	= „Arbeitsrechtliche Praxis“, „Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts“
Arb.	= „Sammlung von arbeitsrechtlichen Entscheidungen der Gerichte und Einigungsämter“
ArbG	= Arbeitsgericht
ArbGG	= Arbeitsgerichtsgesetz
ArbuR	= „Arbeit und Recht“
ArbVG	= Arbeitsverfassungsgesetz BGBl. 1974/22
ARDBD	= „ARD-Betriebsdienst“
ARS	= s. BenschSlg
ARSP	= „Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie“
Art.	= Artikel
ASVG	= Allgemeines Sozialversicherungsgesetz BGBl. 1955/189
A. T.	= Amtlicher Teil
Aufl.	= Auflage
AuslBG	= Ausländerbeschäftigungsgesetz BGBl. 1975/218
BABl.	= „Bundesarbeitsblatt“
BAG	= Bundesarbeitsgericht
BAGE	= „Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts“
BB	= „Der Betriebsberater“
Bd.	= Band
BenschSlg	= „Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts und der Landesarbeitsgerichte“, verlegt bei Bensheimer (1928 bis 1944; ab 1934: „Arbeitsrechts-Sammlung“)
BG	= Bundesgesetz; Bezirksgericht
BGBl.	= Bundesgesetzblatt
BGH	= Bundesgerichtshof
BlgNR	= Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Nationalrats
BlStSozAR	= „Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht“
BMfsV	= Bundesministerium für soziale Verwaltung
BRD	= Bundesrepublik Deutschland
BSG	= Bundessozialgericht
BSGE	= „Entscheidungen des Bundessozialgerichts“
BUrlG	= Bundesurlaubsgesetz vom 1. 1. 1963 BGBl. I S. 2
bzw.	= beziehungsweise
DB	= „Der Betrieb“
DBetrVerf	= „Die Betriebsverfassung“

d. h.	= das heißt
DNHG	= Dienstnehmerhaftpflichtgesetz BGBl. 1965/80
DRGBL.	= Deutsches Reichsgesetzblatt
DRWiss	= „Deutsche Rechtswissenschaft“
E.	= Entscheidung
EvBl.	= „Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen“
f.	= und der (die) folgende
ff.	= und die folgenden
Fn.	= Fußnote
FuR	= „Film und Recht“
GewGG	= Gewerbeberichtigungsgesetz BGBl. 1922/229
GewO	= Gewerbeordnung RGBL. 1859/227
ggf.	= gegebenenfalls
GP	= Gesetzgebungsperiode
H.	= Heft
HeimAG	= Heimarbeitsgesetz 1960 BGBl. 105
HG	= Handelsgericht
Hrsg.	= Herausgeber
HVG	= Handelsvertretergesetz BGBl. 1921/348
i. d. F.	= in der Fassung
IESG	= Insolvenz-Entgeltssicherungsgesetz BGBl. 1977/324
i. e. S.	= im engeren Sinn
i. o. S.	= im obigen Sinn
i. S.	= im Sinn
i. V. m.	= in Verbindung mit
i. w. S.	= im weiteren Sinne
IZTR	= „Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts“
JBl.	= „Juristische Blätter“
Jg.	= Jahrgang
JR	= „Juristische Rundschau“
JRSRTh	= Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie
JZ	= „Juristenzeitung“
KG	= Kreisgericht
KSchG	= Konsumentenschutzgesetz BGBl. 1979/140
LAG	= Landarbeitsgesetz BGBl. 1948/140
leg. cit.	= legis citatae
LG	= Landesgericht
LGBl.	= Landesgesetzblatt
LGZ	= Landesgericht für Zivilrechtssachen
lit.	= litera (Buchstabe)
LPfG	= Lohnpfändungsgesetz BGBl. 1955/51
m. a. W.	= mit anderen Worten
MDR	= „Monatsschrift für deutsches Recht“
MMG	= Medienmitarbeitergesetz
m. w. A.	= mit weiteren Angaben
NJW	= „Neue Juristische Wochenschrift“
Nr.	= Nummer
NZfA	= „Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht“
o.	= oben
ÖJT	= Österreichischer Juristentag
ÖJZ	= „Österreichische Juristenzeitung“

öRdA	= „Das Recht der Arbeit“
OGH	= Oberster Gerichtshof
o. J.	= ohne Jahr
ORFG	= Bundesgesetz über die Aufgaben und die Einrichtung des Österreichischen Rundfunks BGBl. 1974/397
RABl.	= „Reichsarbeitsblatt“
RAG	= Reichsarbeitsgericht
RGBL.	= Reichsgesetzblatt
Rivdirintcomplav	= „Rivista di diritto internazionale e comparato del lavoro“
Rz.	= Randzahl
s.	= siehe
S.	= Seite
SAE	= „Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen“
sog.	= sogenannte(r)
SozM	= „Sozialrechtliche Mitteilungen der Arbeiterkammer Wien“
Sp.	= Spalte
SSV	= „Entscheidungen des Oberlandesgerichtes Wien im Leistungsstreitverfahren zweiter Instanz der Sozialversicherung“
StLAO	= Steiermärkische Landarbeitsordnung 1972 LGBl. 1973/34
SZ	= „Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivil- (und Justizverwaltungs-)sachen“
TE	= Teilentwurf
TVG	= Tarifvertragsgesetz
u. a.	= und andere; unter anderem
UFITA	= „Archiv für Urheber-, Film-, Funk- und Theaterrecht“
usf.	= und so fort
usw.	= und so weiter
u. U.	= unter Umständen
v.	= vom, von
VersRdSch	= „Die Versicherungsrundschau“
VfS	= „Vierteljahresschrift für Sozialrecht“
vgl.	= vergleiche
Vorbem.	= Vorbemerkung, -en
Z	= Ziffer
ZAS	= „Zeitschrift für Arbeitsrecht und Sozialrecht“
z. B.	= zum Beispiel
ZBl.	= „Zentralblatt für die juristische Praxis“
ZBIHR	= „Zentralblatt für Handelsrecht“
ZfA	= „Zeitschrift für Arbeitsrecht“
ZfS	= „Zeitschrift für Sozialrecht“
ZfsR	= „Zeitschrift für soziales Recht“
ZfSR	= „Zeitschrift für Sozialreform“
ZHR	= „Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht“
ZVersWiss	= „Zeitschrift für Versicherungswissen“





## 1. Der Gegenstand der Untersuchung

Voraussetzung für die Anwendung von Arbeitsrecht ist im Rahmen der geltenden österreichischen Rechtsordnung bekanntlich grundsätzlich das Bestehen eines *Arbeitsverhältnisses* bzw. — wenn man die Betrachtung nicht am Rechtsverhältnis, sondern an den daran beteiligten Personen orientiert — das Vorliegen der *Arbeitnehmer-* bzw. der *Arbeitgeber-eigenschaft* einer Person. In bezug auf verschiedene arbeitsrechtliche Rechtsfolgen wird jedoch nicht nur an das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses, sondern auch an das Vorliegen eines *arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses* bzw. der Eigenschaft „*arbeitnehmerähnliche Person*“ oder *Partner einer solchen* angeknüpft. Wann das Tatbestandsmerkmal der Arbeitnehmerähnlichkeit verwirklicht ist, insbesondere wo die Grenzen zwischen arbeitnehmerähnlichen Personen und Unternehmern verlaufen, ist jedoch in Österreich (ebenso wie übrigens auch in der Bundesrepublik Deutschland) bis heute bei weitem nicht mit der wünschenswerten Präzision geklärt. Dies muß doch als einigermaßen erstaunlich bezeichnet werden. Denn die arbeitnehmerähnliche Person ist — wie noch näher zu zeigen sein wird<sup>1</sup> — arbeitsrechtlich von nicht unerheblicher Bedeutung, und zwar sowohl in Österreich als auch in der Bundesrepublik Deutschland. Ja angesichts der in den letzten Jahren zu konstatierenden legislatorischen Aufwertung der arbeitnehmerähnlichen Person erscheint es sogar durchaus nicht übertrieben, den Begriff der arbeitnehmerähnlichen Person als zu den Grundbegriffen des Arbeitsrechts gehörig zu bezeichnen, wie dies beispielsweise *Strasser*<sup>2</sup> tut<sup>3</sup>.

Die österreichische *Rechtsprechung* hatte sich zwar im Laufe der Zeit außerordentlich häufig mit der arbeitnehmerähnlichen Person auseinandersetzen<sup>4</sup>, und sie hat auch etliche wichtige Grundsätze herausgear-

<sup>1</sup> s. den Überblick unter 2.

<sup>2</sup> ArbVG-Handkommentar (1975), 199. Auch *Schwarz / Holzer / Holler*, IESG (1978), 75, sprechen neuerdings von einer grundsätzlichen Bedeutung des Begriffes der arbeitnehmerähnlichen Person.

<sup>3</sup> Erst jüngst ist der rechtliche Stellenwert der arbeitnehmerähnlichen Person durch die Aufnahme in das Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetz und ihre (wenngleich nur negative) ausdrückliche Nennung im Konsumentenschutzgesetz neuerlich verstärkt worden.

<sup>4</sup> Es liegt dazu in Österreich die stattliche Anzahl von nicht weniger als rund 100 veröffentlichten Entscheidungen vor. Eine sehr instruktive, aber schon vom Erscheinungsdatum des Buches her natürlich bei weitem nicht vollständige Übersicht bietet *Kapfer*, ArbGG, 2. Aufl. (1968), 43 ff.; einen Über-

beitet. Über weite Strecken ist die einschlägige österreichische Judikatur aber doch sehr kasuistisch und in Summe betrachtet widersprüchlich geblieben<sup>5</sup>. Eine einheitliche Linie, die für zukünftige den Gerichten zur Beurteilung vorliegende Fälle eine auch nur einigermaßen sichere Entscheidungsprognose zulassen würde, ist bisher leider nicht entwickelt worden<sup>6</sup>.

Auch das *Schrifttum* leistet im vorliegenden Zusammenhang bis dato keine allzu große Hilfestellung. Denn die österreichische rechtswissenschaftliche Literatur hat dem vorliegenden Problemkreis bei weitem nicht die ihm von der Sache her gebührende Aufmerksamkeit gewidmet, sondern sich bisher nur vereinzelt und häufig bloß in Randbemerkungen mit der arbeitnehmerähnlichen Person befaßt<sup>7</sup>. Außerdem enthalten sogar diese wenigen Stellungnahmen noch in etlichen (und zwar grundlegenden) Punkten unterschiedliche Auffassungen. Überhaupt ist eine ausreichende methodologische und inhaltliche Vertiefung der Überlegungen bisher unterlassen worden. Insgesamt betrachtet kann man von einem in der rechtswissenschaftlichen Literatur stark vernachlässigten Bereich des Arbeitsrechts sprechen. Umfangreicher und tiefergehend ist das Schrifttum in der BRD<sup>8</sup>. Von einer befriedigenden Klärung sämtlicher einschlägigen Fragen ist man aber auch dort noch weit entfernt<sup>9</sup>.

Alles in allem stellt es gewiß keine Übertreibung dar, wenn man feststellt, daß in Österreich (ebenso wie übrigens auch in der BRD<sup>10</sup>) im

blick auf dem Stand Anfang 1977 bringen *Dittrich / Veit / Tades*, Arbeitsrecht, Bd. III, Entscheidungen zu § 2 ArbGG unter 8.

<sup>5</sup> Vgl. die herbe Kritik *Tomandls*, Wesensmerkmale, 59 ff.

<sup>6</sup> Auch in der BRD liegt übrigens eine größere Zahl einschlägiger Entscheidungen vor; insgesamt gesehen erscheint diese Judikatur aber von einer einheitlichen und konsequenten Linie noch weiter entfernt als die österreichische; zur jüngeren Rechtsprechung in der BRD s. zuletzt *Dersch / Neumann*, BURLG, 5. Aufl. (1977), Rz. 67 ff. zu § 2; *Grunsky*, ArbGG, 3. Aufl. (1980), Rz. 16 ff. zu § 5; *Wiedemann / Stumpf*, TVG, 5. Aufl. (1977), Rz. 1 ff. zu § 12 a; zur älteren Judikatur in Deutschland s. vor allem *Dersch / Volkmar*, ArbGG, 6. Aufl. (1955), Rz. 66 zu § 5.

<sup>7</sup> *Kramer*, Arbeitsvertragsrechtliche Verbindlichkeiten neben Lohnzahlung und Dienstleistung (1975), 87, spricht zu Recht von einem grundsätzlich klärungsbedürftigen Gebiet.

<sup>8</sup> Auch dort meinte übrigens vor nicht allzulanger Zeit *Herschel*, DB 1977, 1185, zu Recht, daß das Echo, das die arbeitnehmerähnliche Person bisher in der Arbeitsrechtswissenschaft gefunden hat, nicht ihrer Bedeutung entspricht; s. weiters die Klage von *Herschel*, Film und Recht 1977, 290 f.

<sup>9</sup> *Schwerdtner*, ZfA 1979, 26 f., bezeichnet die arbeitsrechtliche Einordnung der arbeitnehmerähnlichen Person als ein großes Dunkelfeld des gegenwärtigen Arbeitsrechts und wirft der Arbeitsgesetzbuchkommission, die bekanntlich die Auffassung vertreten hat, daß der Begriff der arbeitnehmerähnlichen Person und die für arbeitnehmerähnliche Personen geltenden Vorschriften des Arbeitsvertragsrechts im Rahmen eines folgenden Buches bestimmt werden sollten, vor, damit ein brennendes Problem des gegenwärtigen Arbeitsrechts ausgeklammert zu haben.

Zusammenhang mit der Arbeitnehmerähnlichkeit ein *außerordentlich großes Maß an Rechtsunklarheit und Rechtsunsicherheit* besteht. Hier nach Möglichkeit etwas Licht ins Dunkel zu bringen und den mit einschlägigen Fragen befaßten Personen sowie den Gerichten eine gewisse Orientierungshilfe an die Hand zu geben, ist Ziel der folgenden Untersuchung. Dabei wird zwar sicher kein absolutes Patentrezept für die endgültige zweifelsfreie Lösung aller denkbaren Fälle geliefert werden können (angesichts der Schwierigkeit der Materie und der jahrzehntelangen Ungelöstheit des Problems ist das auch nicht weiter verwunderlich). Immerhin sollte es aber möglich sein, einen substantiellen Beitrag zur Entwicklung des arbeitsrechtlichen Wissens um die so problembeladene arbeitnehmerähnliche Person zu liefern und der wissenschaftlichen Erörterung dieses grundlegenden arbeitsrechtlichen Begriffes neue Anstöße zu geben.

Rechtstatsächlich<sup>11</sup> ist von der vorliegenden Einordnungsproblematik eine nicht unerhebliche Zahl von Personen betroffen. Wenn man sie nach der Berufszugehörigkeit grob schematisiert, sind es vor allem Handelsvertreter<sup>12</sup>, Tankstelleninhaber<sup>13</sup> sowie die große Gruppe der freien Mitarbeiter im Bereich der sogenannten Kulturberufe<sup>14</sup>, namentlich bei Rundfunk und Fernsehen. Daneben kommen arbeitnehmerähnliche Personen aber auch noch in einer ganzen Reihe weiterer Beschäftigungssparten vor, die hier nicht im einzelnen aufzuzählen sind<sup>15</sup>.

Wenngleich an sich eine umfassende Untersuchung der Stellung der arbeitnehmerähnlichen Person in den diversen Rechtsbereichen wün-

<sup>10</sup> Vgl. z. B. *Herschel*, DB 1977, 1185 ff.; weiters *Lieb*, RdA 1974, 257 ff.; *Rancke*, Die freien Berufe zwischen Arbeits- und Wirtschaftsrecht; *Materiale Kriterien des Arbeitnehmerbegriffs* (1978), 82 ff.; *Seidel*, BB 1970, 971 ff.; *Stolterfoht*, Die Selbständigkeit des Handelsvertreters (1973), 6 ff.; *dens.*, DB 1973, 1068 f.

<sup>11</sup> Zur Rechtstatsachenforschung vgl. vor allem die grundlegenden Arbeiten von *Nußbaum*, Die Rechtstatsachenforschung; Ihre Bedeutung für Wissenschaft und Unterricht (1914); Ziele der Rechtstatsachenforschung (1920); Die Rechtstatsachenforschung (1955). Diese Arbeiten sind zusammengefaßt in Bd. 12 der Schriftenreihe zur Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung, ausgewählt und eingeleitet von *Rehbinder*.

<sup>12</sup> Zur Rechtswirklichkeit bei den Handelsvertretern vgl. z. B. *Schwerdtner*, Handelsvertreterrecht und Handelsvertreterwirklichkeit, BStSozAR 1972, 17 ff.; und *Stolterfoht*, Die Selbständigkeit des Handelsvertreters (1973), 37 ff.

<sup>13</sup> Zur Lage der Tankstelleninhaber vgl. *Rehbinder*, Der Tankstellenvertrag im Blickfeld der Rechtstatsachenforschung (1971).

<sup>14</sup> Zur rechtstatsächlichen Situation im Bereich der zuletzt genannten Berufsgruppe in der BRD vgl. nunmehr ausführlich *Fohrbeck / Wiesand / Wolter- eck*, Arbeitnehmer oder Unternehmer? Zur Rechtssituation der Kulturberufe (1976); weiters *Fohrbeck / Wiesand*, Der Autoren-Report (1972); *dieselben*, Der Künstler-Report (1975).

<sup>15</sup> Zu weiteren Beispielen vgl. z. B. *Rancke*, Die freien Berufe zwischen Arbeits- und Wirtschaftsrecht; *Materiale Kriterien des Arbeitnehmerbegriffs* (1978), 15; ferner *Friedrich*, MDR 1979, 190.