

# Torsten Eichler-Weiskorn/ Holger Pöppel Unternehmende Arbeiter oder arbeitende Unternehmer?

Demokratische Arbeitsstrukturen in den Fesseln des  
bürgerlichen Rechts

## *Einleitung*

Das Anliegen selbstverwalteter Betriebe, eine Betriebsstruktur aufzubauen, die dem unmittelbaren Demokratieprinzip und der absoluten Gleichheit untereinander verpflichtet ist, ist auch mehr als 10 Jahre nach Gründung der ersten Kollektive noch weit von seiner endgültigen Realisierung entfernt. Vor dem Hintergrund der zur Verfügung stehenden Rechtsnormen im Gesellschafts- und Arbeitsrecht kann der Anspruch der Selbstverwaltungswirtschaft allerdings auch gar nicht rechtsverbindlich durchgesetzt werden.

Diese Erkenntnis kann im Grunde nicht überraschen. Das antikapitalistische Modell der Selbstverwaltung wird im Fundament eines ökonomischen Systems zerrieben, dem demokratische und selbstbestimmte Arbeitsformen fremd sind. Das geltende Recht als adäquate Organisationsform der bürgerlichen Ökonomie macht den Bock zum Gärtner, räumte es einer postkapitalistischen Produktionsweise die gleichen Entfaltungsmöglichkeiten ein.

Ziel der Selbstverwalter ist gerade, aus der überkommenen Produktion auszusteigen und neue Arbeitsformen und -inhalte zu schaffen, »in denen Ziele der Selbstverwirklichung und des sinnvollen Engagements realisiert werden«<sup>1</sup>. Mit ihrer innerbetrieblichen Struktur, der Abkehr vom Prinzip der unendlichen Profitmaximierung und der angestrebten Kapitalneutralisierung<sup>2</sup> wenden sich die selbstverwalteten Betriebe bewußt von der herkömmlichen Ökonomie ab.

Die Ausstattung aller Mitarbeiter eines Betriebes mit gleichen Rechten und Pflichten (unter Abkopplung der Entscheidungsbefugnisse vom Eigentum des Einzelnen an den Produktionsmitteln) stellt sowohl unternehmensverfassungsrechtlich<sup>3</sup> als auch betriebswirtschaftlich<sup>4</sup> die einschneidendste Differenz zwischen der Selbstverwaltungswirtschaft und der bürgerlich-kapitalistischen Produktion dar. Entscheidungen aus allen Bereichen – sei es der klassische Inhalt der Arbeitsverhältnisse, die Arbeitsaufteilung, Umfang der Produktion oder Investition – werden nach dem Demokratieprinzip gefällt. Selbstverwaltete Betriebe kennen keine Hierarchie. Vorzugsrechte derjenigen, die mehr Kapital in das Projekt eingebracht haben als andere,

<sup>1</sup> Vonderach, G., Die neuen Selbständigen, in: MittAB 2/80, S. 154.

<sup>2</sup> Zur Kapitalneutralisierung vgl. ausführlich: Neuling, M., Rechtsformen für alternative Betriebe, Diss. Bremen 1985, S. 261.; überarbeitet in: Auf fremden Pfaden, Berlin 1985.

<sup>3</sup> Kraft, A./Konzen, H., Die Arbeiterselbstverwaltung im Spannungsfeld von Gesellschafts- und Arbeitsrecht, Köln/Berlin/Bonn/München 1978, S. VII.

<sup>4</sup> Neuling, M., a. a. O., S. 15.

sind unbekannt. Die einzige Legitimation, die zur Mitentscheidung verlangt wird, ist die aktive Mitarbeit im Kollektiv. Die Konsequenz einer solchen Identität zwischen Entscheidungsträgern und Entscheidungsvollstreckern ist die Aufhebung des klassischen Widerspruchs zwischen Kapital und Arbeit.

Das Kapital des Selbstverwalters ist seine Arbeit in und mit dem Kollektiv. Er erbringt seine Leistung in einem Unternehmen, das von ihm gleichberechtigt mitgeleitet wird, seinen individuellen Dispositionsrechten als »Miteigentümer« aber vollkommen entzogen werden soll. Die Qualifizierung der Arbeitsleistung in selbstverwalteten Betrieben als selbstständige Unternehmertätigkeit widerspricht der Intention und dem Selbstverständnis der Kollektive ebenso wie die Zuordnung zur abhängigen Lohnarbeit. Beide Klassifizierungen der Arbeitsleistungen beinhalten zwingend die Existenz eines Über-/Unterordnungsverhältnisses. Auf der einen Seite setzen sie einen weisungsunabhängigen Selbständigen voraus, der in seinem Agieren niemandem Rechenschaft schuldet, auf der anderen Seite den Arbeitnehmer als ausführendes Organ, der die Direktiven des Arbeitgebers in praktische Arbeit umzusetzen hat.

Solche Prämissen müssen mit einer Struktur kollidieren, die auf Gleichrangigkeit aufbaut. Jeder Mitarbeiter eines Kollektivs tritt im Innenverhältnis wie ein Gesellschafter-Arbeitnehmer auf, auch wenn er formal ohne diesen Status auskommen muß. Betriebe, die keinen Chef kennen, kennen auch keine Delegation von Kompetenzen von unten nach oben. Die klassischen Elemente des Direktionsrechts des Arbeitgebers, die Festlegung von Zeit, Dauer, Ort und Art der geschuldeten Arbeitsleistung, werden im selbstverwalteten Betrieb von allen Mitarbeitern gemeinschaftlich und für den einzelnen verbindlich festgelegt. Das Kollektiv übt in einem demokratischen Willensbildungsprozeß das Direktionsrecht im selbstverwalteten Betrieb aus, während der einzelne Kollektivist Adressat eben jener Arbeitsanweisungen ist, die er selbst mitgestaltet hat. Insofern geht der traditionelle Gegensatz zwischen Unternehmer und Belegschaft in einem selbstverwalteten Betrieb mitten durch den einzelnen Kollektivist. Die damit statuierte Identität zwischen Eigentümern und Produzenten will, kann und muß deshalb auf eine hierarchische Aufgliederung verzichten.

Das bürgerliche Recht aber, auf hierarchischen Strukturen basierend, an dessen Spitze der Eigentumstitel thront, hat damit für selbstverwaltete Betriebe keine adäquate Definition. So verwundert es auch nicht, wenn die faktischen Verhältnisse der Kollektive auf der rechtlichen Ebene nicht wiederzufinden sind. Der schon von Höland<sup>5</sup> konstatierten Formlosigkeit der Selbstverwaltungswirtschaft ist bereits die Diskrepanz zwischen Realität und Recht immanent. Der Verzicht auf Formen heißt eben nicht, daß es keine Formen gibt, sondern lediglich, daß sie nicht angewendet werden. Die Divergenz des inneren und äußeren Erscheinungsbildes der selbstverwalteten Betriebe äußert sich faktisch überall dort, wo die Selbstverwaltungswirtschaft mit außenstehenden Dritten konfrontiert wird.

So wird im Innenverhältnis der Kollektive kein Wert auf den Status des Einzelnen gelegt, gleichzeitig nach außen aber ein Großteil der Mitarbeiter in der typischen Arbeitnehmer-Versicherung gegen die klassischen Risiken eines abhängig Beschäftigten gesichert. Weitere Beispiele sind anhand der empirischen Daten ohne weiteres abzulesen. Sie zeichnen exakt das Bild einer informellen oder formlosen Selbstverwaltung (Kapitel 1), die nur durch Einbußen am Idealkonzept in ein rechtliches Konstrukt transportiert werden kann. Die Praxis der Selbstverwaltungswirtschaft

<sup>5</sup> Höland, A., Eine Bewegung sucht ihre Form, in: KJ 1985, S. 1 f.

ist deshalb durch Regelungslücken geprägt, die sich insbesondere im System der Arbeitsbeziehungen ausdrücken.

So kann zwar die Verpflichtung zur Arbeitsleistung prinzipiell im gesellschaftsrechtlichen Bereich angesiedelt werden, ist aber unter den Bedingungen und Bedürfnissen des unmittelbaren Demokratieprinzips nicht von Eingriffen des Arbeitsrechts freizuhalten. Die Konzeption selbstverwalteter Arbeitsbeziehungen stößt auf erhebliche Widerstände im Arbeitsrecht. Der Arbeitnehmerbegriff, mit seiner Zuweisungsfunktion in die Kernbereiche selbständiger Arbeit – von der Regelungsmaterie des Arbeitsrechts weitgehend befreit – oder abhängiger Arbeit, ordnet für die Selbstverwaltungswirtschaft die Geltung arbeitsrechtlicher Vorschriften vielfältig an und stört damit die demokratische Selbstregulierung (Kapitel 2).

Sowohl im individual- als auch im kollektivrechtlichen Bereich hebeln arbeitsrechtliche Regelungen die Grundprinzipien der Selbstverwaltungswirtschaft aus und lassen damit das gesamte Modell am bürgerlichen Recht scheitern (Kapitel 3).

Vom derzeitigen Gesellschaftssystem wird kaum zu erwarten sein, daß es bereit ist, diese Hindernisse gänzlich auszuräumen. Die Existenz selbstverwalteter Betriebe im Spannungsfeld zwischen selbständiger und abhängiger Arbeit ließe sich aber durch einige exemplarische, systemimmanente Gesetzesreformen erleichtern (Kapitel 4).

### *1. Praxis selbstverwalteter Betriebe*

1. Mit Hilfe regionaler Publikationen und in Zusammenarbeit mit dem Netzwerk Bremen-Nordniedersachsen e. V. sowie der Bremer Arbeitsgemeinschaft Betriebe in Selbstverwaltung wurde von den Verfassern 1985 versucht, alle in Bremen ansässigen Projekte aufzulisten, in denen eine selbstverwaltete Erwerbstätigkeit vermutet werden konnte. Die so erfaßten 61 Betriebe erhielten einen standardisierten Fragebogen. Die Erhebung wurde in Form von Interviews durchgeführt.

In die Auswertung flossen letztendlich nur die Daten von 33 Betrieben ein (das sind ca. 55%), was in einzelnen Ergebnissen zu relativ großen Schwankungen bei den ermittelten Prozentangaben führte.

Obwohl die Untersuchung keinen Anspruch auf Repräsentativität erheben kann und will, wird sie doch von anderen Untersuchungen in ihren Resultaten bestätigt und bietet somit durchaus verwertbare Angaben über die Beziehungen innerhalb von selbstverwalteten Betrieben.

2. In den 33 untersuchten Projekten finden 295 Personen Arbeit, was einer durchschnittlichen Betriebsstärke von neun Personen entspricht. Ähnliche Werte wurden bereits in anderen Regionen ermittelt<sup>6</sup>.

Eine Aufschlüsselung der Betriebe nach ihren rechtlichen Organisationsformen ergab überraschend, daß die klassische Form der Arbeiterselbstverwaltung – die Genossenschaft – in keinem der Betriebe Anklang gefunden hatte, obwohl die Realisierung der Selbstverwaltung an oberster Stelle der Motive für die Rechtsformwahl stand. Der Grund dafür dürfte in der mangelnden Eignung des Genossenschaftsgesetzes für die Ziele der Selbstverwaltungswirtschaft und in der äußerst restriktiven Zulassungspolitik der Prüfverbände liegen<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Huber, J., *Wer soll das alles ändern?*, Berlin 1984, S. 29; Kreutz, H., et al., *Eine Alternative zur Industriegesellschaft?*, Nürnberg 1985, S. 86; Beywl, W., et al., *Alternative Betriebe in NRW*, Düsseldorf 1984, S. 82.

<sup>7</sup> So auch Neuling, M., a. a. O., S. 270 und zuletzt Höland, A., *Rechtliche Probleme alternativen Arbeitens und Wirtschaftens*, in: ZRP 1987, 86, 88 f.

*Rechtsformen selbstverwalteter Betriebe in Bremen*

Rechtsform	GbR	GmbH	e. V.	Einzel- unternehmen	oHG
Anzahl der Betriebe	10	10	8	4	1

Die Spitzenposition der GbR und der GmbH in den vorgefundenen Organisationsformen selbstverwalteter Betriebe bestätigt die Rechtsformanalyse von Neuling, der beide Rechtsformen als dem Selbstverwaltungsinteresse gemäße Gesellschaftsformen bezeichnet hat<sup>8</sup>.

Stellt man die Daten für die Gesamtzahl der Mitarbeiter in den Betrieben in Relation zu den Angaben, die hinsichtlich der Vereinsmitgliedschaft bzw. des Gesellschafterstatus von den Betrieben gemacht wurden, so ergibt sich eine nicht unerhebliche Zahl von Mitarbeitern, deren Verhältnis zu dem Betrieb, in dem sie arbeiten, nicht ohne weiteres zu definieren ist.

*Verhältnis von Vereinsmitgliedern/Gesellschaftern zu Mitarbeitern*

Rechtsform	Anzahl der Vereinsmit- glieder/Gesellschafter	Anzahl der Erwerbstätigen
GbR	22	37
GmbH	73 <sup>*)</sup>	124 <sup>*)**</sup>
e. V.	545–655	117 <sup>*)*</sup>
Einzelunternehmen	4	11
oHG	5	6

\* Von diesen 73 real existierenden GmbH-Gesellschaftern arbeiteten zum Zeitpunkt der Erhebung nur noch 33 aktiv im Betrieb.

\*\* In der Zahl von 117 Erwerbstätigen sind etliche Mitarbeiter erfaßt, die nicht Mitglied des Vereins sind. Exakt quantifizieren läßt sich ihr Anteil jedoch nicht.

\*)\* Aus unseren Ursprungsdaten von 134 Erwerbstätigen haben wir zehn Personen herausgerechnet, die nicht in Bremen tätig waren (GmbH-Zweigstellen in Hamburg und Berlin).

Selbst wenn die Zahl der Erwerbstätigen, die nicht Vereinsmitglied sind, mit nur 60 Personen angenommen wird – eine Schätzung, die sicherlich nicht zu hoch veranschlagt ist –, so ergibt sich eine Quote von über 58% der Arbeitsbeziehungen, die zu ihrer näheren Bestimmung genauer untersucht werden müßten.

Naheliegender ist die Vermutung, daß es sich bei diesen »ungeklärten« Arbeitsbeziehungen um Arbeits- oder abhängige Beschäftigungsverhältnisse handelt. Aus den Daten ergeben sich jedenfalls etliche Indizien, die diese Annahme bestätigen.

So gaben 54,5% der Betriebe an, daß mit den Mitarbeitern Arbeitsverträge geschlossen würden, die i. d. R. den Arbeitsbereich, die Arbeitszeit, das Entgelt und Urlaubsansprüche modifizieren. Darüberhinaus führen über 63% der Kollektive für ihre Mitarbeiter Krankenversicherungsbeiträge nach der Lohnsteuertabelle an die zuständige Krankenkasse ab, und in mehr als drei Viertel aller Betriebe wird vom Arbeitsentgelt Lohnsteuer einbehalten.

Ein weiterer Anhaltspunkt ist in dem Verhalten der selbstverwalteten Betriebe gegenüber der gesetzlichen Sozialversicherung zu sehen. Die Mitgliedschaftsquote in der Arbeitnehmer-Versicherung läßt Rückschlüsse auf die Selbsteinschätzung der Kollektivistinnen zu.

8 Neuling, M., a. a. O., S. 207 f.

Versichertenstatus	Krankenvers.		Arbeitslosenvers.		Rentenvers.		Unfallvers.	
	total	%*	total	%*	total	%*	total	%*
Pflichtversicherte als Arbeitnehmer	112	48,9	117	51,1	117	51,1	126	55,0
Freiwillige Mitglieder	6	2,6	0	0,0	0	0,0	0	0,0
Private Vers.	22	9,6	0	0,0	3	1,3	13	5,7
sonstiges	61	26,6	42	18,1	58	25,3	39	17,0
Summe	201	87,8	159	69,4	178	77,7	178	77,7

\* bezogen auf 229 Mitarbeiter, da nicht für alle Kollektivisten Angaben vorliegen

Die durchschnittliche Versichertenquote in der gesetzlichen Sozialversicherung von 51,5% muß als Kompromiß zwischen der tiefgreifenden Abneigung gegen das staatliche Zwangsversicherungssystem<sup>9</sup> und dem insgesamt recht großen Interesse an der Sicherung – insbesondere der »aktuellen« Risiken, wie z. B. Krankheit – verstanden werden. Daß dieser Kompromiß überwiegend in der typischen Arbeitnehmer-Versicherung gefunden wird, rechtfertigt es, anzunehmen, daß diese Mitarbeiter als Beschäftigte i. S. des Sozialgesetzbuches einzustufen sind.

Bei einer derartigen Quote von »Arbeitnehmern« drängt sich die Frage auf, wie es um die Egalität der Mitarbeiter untereinander bestellt ist. Dazu erscheint es sinnvoll, die Entscheidungskompetenz in Relation zur finanziellen Beteiligung zu setzen, um eventuelle Rückschlüsse auf die Legitimation ziehen zu können.

#### Verhältnis von Anteilseignern zu Entscheidungsträgern

Entscheidungskompetenz	finanzielle Beteiligung	
	alle, unabhängig vom Status	einige, unabhängig vom Status
alle, unabhängig vom Status	25	4
nur Gesellschafter	1*	
anderes Gremium unabhängig vom Status		2

\* Hier halten die Mitarbeiter über eine GbR 50% der Stimmen.  
Von einem Betrieb liegen keine Angaben vor.

Das Schaubild scheint auf dem ersten Blick eine klassische Konstellation zu bestätigen. In 78,8% der Betriebe liegen Kapitalbeteiligung und Entscheidungskompetenz zusammen. Interessant ist jedoch, daß beide Kriterien unabhängig vom Status des Einzelnen sind. Außerdem ist der Kapitalanteil nicht bei allen Mitgliedern des Kollektivs gleich groß, und trotzdem wird nach dem Prinzip »ein Mensch eine Stimme« abgestimmt. Damit wird deutlich, daß dem finanziellen Engagement des Einzelnen nicht die entscheidende Bedeutung zukommt, sondern offensichtlich in erster Linie die aktive Mitarbeit zählt.

Diese Priorität wird in den verbleibenden Betrieben noch entschiedener hervorgehoben, indem hier auf einen individuellen Kapitalanteil gänzlich verzichtet wird.

3. Zwischen der täglichen Praxis der Selbstverwaltung und ihren Erscheinungsfor-

<sup>9</sup> Deenberg, H., Kollektivbetriebe und soziale Absicherung, in: Wandelsblatt November 1984, S. 1 f. Den gleichen Vorbehalt erwähnen auch Helberger, C., et al., Nichtkonventionelle Formen der Erwerbstätigkeit als Problem des sozialen Sicherungssystems, Manuskript Berlin 1985, S. 9; s. auch in Finanzarchiv, Neue Folge 1985, 271 f.

men auf der rechtlichen Seite besteht eine, mitunter krasse, Diskrepanz. Wichtige Bereiche der Selbstverwaltung haben in der Form, in der sie praktiziert werden, nie eine schriftliche Fixierung erfahren. Vieles, was in anderen Bereichen des täglichen Lebens durch gezielte vertragliche Absprachen verbindlich geregelt ist, gilt in der Selbstverwaltungswirtschaft formlos, durch einen unausgesprochenen Konsens, als vereinbart. Diese – einen Juristen fassungslos machende – Praxis resultiert nicht nur aus dem grundsätzlichen Vertrauen untereinander, sondern auch schon die mit einer adäquaten rechtlichen Regelung verbundenen Kosten hindern die Kollektive häufig, eine formale rechtliche Regelung zu treffen.

Als beispielhaft für den allgemeinen Konsens einerseits und den Regelungsverzicht aus Kostengründen andererseits stellt sich die Statusfrage der Mitarbeiter dar. In 81,8% der Betriebe war die kollektive Entscheidungspraxis nicht schriftlich abgesichert. In nahezu der gleichen Anzahl der Betriebe unterscheiden sich die Anteilseigner lediglich in ihrem offiziellen Status voneinander. Eine rechtliche Garantie für die Mitarbeiter ohne Gesellschafterstatus, an allen Fragen der Geschäftsführung und Unternehmenspolitik gleichberechtigt mitzuwirken, besteht nicht. Trotzdem ist für alle Beteiligten selbstverständlich, daß nur das Kollektiv als Ganzes der Entscheidungsträger ist. Das gleiche gilt hinsichtlich der Investitionen der Einzelnen im Betrieb. Das faktische Eigentümermodell der meisten Kollektive ist auf der vertraglichen Ebene nicht wiederzufinden. Die Vernachlässigung dieser Seite ist – insbesondere im Bereich der GmbH – auf die relativ hohen Kosten zurückzuführen, die jede Veränderung des Gesellschaftsvertrages nach sich zieht. Jeder personelle Wechsel im Kollektiv müßte in notarieller Form niedergelegt werden (§§ 2,3 GmbHG), was gerade bei jüngeren Betrieben mit entsprechender personeller Fluktuation untragbare finanzielle Belastungen mit sich brächte.

## *II. Bedingungen und Qualifizierung von Arbeitsleistungen in selbstverwalteten Betrieben*

Neben der gesellschaftsrechtlichen Einbindung aller Kollektivist\*innen, die in erster Linie in der GmbH Probleme aufwirft, ist für die Eigentümer-/Produzenten-Identität zu untersuchen, nach welchen Regelungsmechanismen die Arbeitsbeziehungen der Kollektivist\*innen abgewickelt werden können und wie sie auf das Modell der Selbstverwaltung einwirken. Die gesellschaftsrechtliche Konstituierung einer aktiven Mitarbeitspflicht bereitet dabei wenig Schwierigkeiten. Die rechtliche Bewertung der Arbeitserbringung kann in den verschiedenen Rechtsformmodellen nur in Ausnahmefällen außerhalb des Arbeitsrechts untergebracht werden.

### *1. Dienstleistungsverpflichtungen in den gesellschaftsrechtlichen Modellen*

Nach § 705 BGB gehört zu den konstitutiven Merkmalen der GbR die Förderpflicht der Gesellschafter<sup>10</sup>, die durch § 706 BGB zentral konkretisiert wird. Kommen als Beiträge Leistungen aller Art, materieller oder immaterieller, realer oder ideeller Natur, in Betracht, so fallen hierunter insbesondere Tätigkeitspflichten<sup>11</sup> im Rahmen der Gesellschaft. § 706 Abs. 3 BGB stellt ausdrücklich klar, daß der Beitrag

<sup>10</sup> MünchKomm – Ulmer, 2. Aufl., § 705 Rz. 120; siehe auch: Wiedemann, H., *Gesellschaftsrecht* Bd. 1, München 1980, S. 9.

<sup>11</sup> Ballerstedt, K., JuS 1963, 253/256

der Gesellschafter auch in der Leistung von Diensten bestehen kann und enthält damit einen allgemeinen Rechtsgedanken für das gesamte Gesellschaftsrecht<sup>12</sup>. Für die oHG und KG ist der Leitgedanke des Dienstleistungsbeitrages in § 105 Abs. 2 HGB aufzufinden, nach dem § 706 Abs. 3 BGB entsprechend gilt.

Die im GmbHG den Gesellschaftern auferlegten Hauptpflichten sind vorwiegend vermögensrechtlicher Art<sup>13</sup>. Dienstleistungen der Gesellschafter können im Rahmen des § 3 Abs. 2 GmbHG als gesellschaftsrechtliche Nebenleistungspflichten vereinbart werden<sup>14</sup>. Im Gegensatz zu den Personengesellschaften sind die Dienstleistungen der GmbH-Gesellschafter nicht als Einlagen einbringbar<sup>15</sup>.

Die Rechtsform des e. V. ist wegen ihrer Idealkonzeption, die einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb nur im Rahmen des sogenannten Nebenzweckprivilegs erlaubt<sup>16</sup>, für gewerbliche Projekte ein schwer bespielbares Klavier. Im sozio-kulturellen Sektor der Selbstverwaltungswirtschaft ist der Idealverein aufgrund seiner steuerbegünstigten Komponente eine attraktive und häufig gewählte Rechtsform. Das Postulat aktiver Mitarbeit der Vereinsmitglieder ist über § 58 Nr. 2 BGB zu begründen. Die Vereinssatzungen sollen danach Bestimmungen enthalten, ob und in welcher Form von den Mitgliedern Beiträge zu leisten sind. Die Beitragspflicht kann neben der wohl am häufigsten vorkommenden Geldzahlung Sachleistungen, und die Leistung von Diensten beinhalten<sup>17</sup>.

Die Rechtsform der Genossenschaft ist auffällig selten in der Selbstverwaltungswirtschaft anzutreffen<sup>18</sup>. Dabei ist die Genossenschaft aus ihrem historischen Anliegen heraus am ehesten mit dem ideellen Konzept der Selbstverwaltung zu vergleichen<sup>19</sup>. Sie wird aus diesem Grund trotz ihres raren Auftretens in die Untersuchung einbezogen.

Das Genossenschaftsgesetz kennt neben dem, nach §§ 6, 7 GenG zwingend notwendigen Inhalt der Satzung die Möglichkeit, weitere Pflichten der Genossen zu statuieren. Solche Nebenleistungspflichten können gem. § 16 GenG in der Erbringung von Dienstleistungen bestehen. Eine Dienstleistungspflicht der Genossen kann nur durch ausdrückliche Satzungsbestimmung begründet werden, die den inhaltlichen Rahmen der Dienstleistungspflicht festlegt<sup>20</sup>. Ist in der Gründungssatzung eine Dienstleistungspflicht nicht vorgesehen, kann sie im Wege der Satzungsänderung nur mit einer qualifizierten Mehrheit von 9/10 der abgegebenen Stimmen (§ 16 Abs. 3 GenG) begründet werden.

<sup>12</sup> Beuthien, V., Arbeitsrecht und Vereinsfreiheit – Gedanken zum Verhältnis von Arbeitsrecht und Gesellschaftsrecht –, in: 25 Jahre Bundesarbeitsgericht, München 1979, S. 1.

<sup>13</sup> Eder im GmbH-Handbuch, I Rz. 400.

<sup>14</sup> Baumbach/Hueck, GmbHG 14. Aufl., § 3 Rz. 43; Hachenburg/Ulmer, GmbHG 7. Aufl., § 3 Rz. 52; Scholz/Winter, GmbHG 6. Aufl., § 3 Rz. 30.

<sup>15</sup> Baumbach/Hueck § 5 Rz. 24; Hachenburg/Ulmer § 5 Rz. 42; Scholz/Winter § 5 Rz. 19; siehe auch: Sudhoff, H., Dienstleistungen als Gesellschaftereinlage, in: NJW 1964, 1249 f.

<sup>16</sup> hierzu: Bötel, A./Janzer-Bertzach, G., Wirtschaftliche Tätigkeit eingetragener Idealvereine, in: Zentrum für Europäische Rechtspolitik (Hg.), Projekt Selbstverwaltung und Recht, Rundbrief Juli 1985, S. 4 f.; der wirtschaftliche Verein gem. § 22 BGB scheitert zumeist an der zurückhaltenden förderativen Verleihungspraxis, vgl. Neuling, M., Rechtsformen für alternative Betriebe, Diss., Bremen 1985, S. 184.

<sup>17</sup> Vgl. Ott, S., Vereine gründen und erfolgreich führen, München 1984, S. 76; Sauter, E./Schweyer, G., Der eingetragene Verein, 13. Aufl., München 1986, Rz. 120, 347; Reichert, B./Dannecker, F./Kühr, C., Handbuch des Vereins- und Verbandsrechts, Neuwied 1977 Rz. 279.

<sup>18</sup> Siehe Holand, A., Rechtliche Probleme alternativen Arbeitens und Wirtschaftens, in: ZRP 1987, 88 f.; zu den Ursachen: Flieger, B., Produktgenossenschaften, München 1984, S. 259 f.

<sup>19</sup> Lang/Weidmüller, GenG, 31. Aufl., § 7 Rz. 52; Müller, K., GenG, Bielefeld 1980, § 7 Rz. 29.

<sup>20</sup> Müller, K., a. a. O., § 7 Rz. 30 m. w. N.

Mit der Feststellung, daß der Faktor Arbeit korporationsrechtlich verpflichtend für alle Kollektivistinnen der Selbstverwaltung in den verschiedenen Rechtsformen installiert werden kann, ist noch nichts darüber ausgesagt, wie die Arbeit rechtlich zu qualifizieren ist: Steht sie unter der Herrschaft des Arbeitsrechts oder vollzieht sie sich nach den Spielregeln des Gesellschaftsrechts? Die Fragestellung erweist sich in der Macro-Aufnahme als verzweigtes und mühsam zu begehendes Terrain. Ist die Klassifizierung der Mitarbeit innerhalb der gesellschaftsrechtlichen Literatur schon nicht immer eindeutig, so ergeben sich weitere Wertungsunterschiede und -probleme, wenn man das Arbeits- und Sozialrecht als Korrelat zum Gesellschaftsrecht in die Betrachtungen einbezieht. Ein systematischer Zugang eröffnet sich durch die separate Darstellung signifikanter Merkmale der sich berührenden Rechtsgebiete und einer anschließenden rechtsformspezifischen Analyse.

#### a) Determinanten des Arbeitsrechts

Gilt für die Regelung der Arbeitsverhältnisse und den Arbeitsvertrag der verfassungsrechtliche Grundsatz der Vertragsfreiheit<sup>21</sup>, so findet diese Freiheit nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ihre Grenzen immer dort, wo die Parteien ein Beschäftigungsverhältnis einrichten, das nach seiner tatsächlichen Ausgestaltung und nach objektiver Wertung als Arbeitsverhältnis eingeordnet werden muß<sup>22</sup>. Für die Vertragsqualifizierung kommt es nicht darauf an, wie die Parteien das Vertragsverhältnis nennen. Entscheidend ist der Geschäftsinhalt und nicht die gewünschte Rechtsfolge. »Was Geschäftsinhalt ist, kann sich aus den Vereinbarungen der Parteien und aus der tatsächlichen Durchführung des Vertrages ergeben. Widersprechen sich Vereinbarungen und praktische Durchführung, ist die letztere maßgebend<sup>23</sup>.«

Mit dem arbeitsrechtlichen Rechtsformzwang entzieht sich der Vertragstypus des Arbeitsverhältnisses der Verfügbarkeit durch den Parteiwillen, wenn die prägenden Merkmale eines Arbeitsverhältnisses vorliegen<sup>24</sup>. Das alles dominierende Kennzeichen für ein Arbeitsverhältnis ist der Arbeitnehmerbegriff mit seinem Spezifikum der persönlichen Abhängigkeit, das in seiner Historie einer regelmäßigen Definitionsrevision unterlag, die unvermindert anhält<sup>25</sup>.

Hat das RAG anfangs eine wirtschaftliche und persönliche Abhängigkeit als begriffswesentlich für den Arbeitnehmer gehalten, verdichtete es die Begriffsbestimmung unter maßgeblicher Beteiligung von A. Hueck<sup>26</sup> zusehends ausschließlich auf die persönliche Abhängigkeit<sup>27</sup>. Die wirtschaftliche Abhängigkeit wurde fallengelassen und auch vom BAG konsequent zur Seite geschoben<sup>28</sup>. Das Bestimmungselement ist damit jedoch nicht klarer oder eindeutiger geworden. Durch die beständigen Veränderungen im Arbeits- und Wirtschaftsleben ist eher das Gegenteil eingetreten<sup>29</sup>. Infolgedessen erfolgt die Suche und Bestimmung des Arbeitnehmers durch

21 BVerfGE 8, 274 (328); 12, 241 (347).

22 Vgl. statt vieler: BAG AP Nr. 34, 36, 42 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

23 Leitsatz: BAG AP Nr. 42 zu § 611 Abhängigkeit.

24 Martens, K.-P., Arbeitsrechtlicher Rechtsformzwang und gesellschaftsrechtliche Beschäftigungsverhältnisse, in: RdA 1979, 348; Beuthien, V., a. a. O., S. 11.

25 Vgl. hierzu zusammenfassend: Rosenfelder, U., Der arbeitsrechtliche Status des freien Mitarbeiters, Berlin 1982, S. 58 f. m. w. N.

26 Vgl. Anm. v. A. Hueck in: RAG ARS 15, 505.

27 RAG ARS z. 145, 9, 513; 13, 68; 15, 505.

28 So schon BAG AP Nr. 3 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

29 Die lebhafte Diskussion im Schrifttum, die sich bei Rosenfelder (Fn. 25) wiederfindet, legt hierfür Zeugnis ab.

indizielle Anknüpfungspunkte<sup>30</sup>. Indiziell für das Vorhandensein einer persönlichen Abhängigkeit ist die Weisungsgebundenheit, die sich vor allem in Bezug auf Ort, Zeit und Art der zu leistenden Arbeit und die Ordnung im Betrieb schlechthin beziehen kann<sup>31</sup>. Da aber das Merkmal der Weisungsgebundenheit durchaus fehlen kann, wie etwa bei hochqualifizierten Arbeitnehmern, stellt das BAG ergänzend auf die Eingliederung im Betrieb ab, worunter das Angewiesensein auf Räume, Arbeitsmittel, ständige Zusammenarbeit mit übrigen Mitarbeitern oder die Eingliederung in Betriebsabläufe zu verstehen ist<sup>32</sup>.

Persönliche Abhängigkeit ist also nicht gleichbedeutend mit der Weisungsgebundenheit<sup>33</sup>. Eingliederung in die fremde Arbeitsorganisation und Weisungsgebundenheit sind Hand in Hand gehende Merkmale, die eine scharfe Trennung häufig nicht zulassen. Das BAG bekräftigt dies eindrucksvoll, indem es die Eingliederung oftmals durch die Weisungsgebundenheit begründet<sup>34</sup>. Kann mit den beiden Merkmalen kein eindeutiges Bild gewonnen werden, entscheidet die Gesamtschau der Vertragsbeziehungen<sup>35</sup>. Die fehlenden Charakteristika der persönlichen Abhängigkeit werden notfalls auf die funktionsgerechte, dienende Teilhabe am Arbeitsprozess reduziert<sup>36</sup>.

Das Merkmal der persönlichen Abhängigkeit präsentiert sich damit als ein Konglomerat offener Merkmalsgefüge, das keine inhaltlichen Orientierungspunkte setzt und die Statusbeurteilung gerade in Grenzbereichen zu einer kaum vorhersehbaren Angelegenheit werden lässt<sup>37</sup>.

#### *b) Das Beschäftigungsverhältnis im Sozialversicherungsrecht*

Die Normierungen der gesetzlichen Sozialversicherung knüpfen mit Ausnahme der Unfallversicherung (§ 339 RVO) übereinstimmend an den Begriff des Beschäftigungsverhältnisses an und verlangen zudem die Entgeltlichkeit der Tätigkeit (§§ 2 II, 7 SGB IV).

Mit dem Hinweis in § 7 I SGB IV »insbesondere in einem Arbeitsverhältnis« ist einerseits klargestellt, »daß eine Beschäftigung stets dann anzunehmen ist, wenn nach arbeitsrechtlichen Grundsätzen ein Arbeitsverhältnis besteht«<sup>38</sup>, andererseits erwähnt die Vorschrift das Arbeitsverhältnis nur exemplarisch, so daß davon ausgegangen werden muß, daß zwischen Arbeits- und Beschäftigungsverhältnis keine Identität besteht. Für die Bestimmung eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses wurde in der Lehre des Sozialversicherungsrechts schon immer entscheidend auf die Eingliederung in den Herrschaftsbereich des Arbeitgebers abgestellt<sup>39</sup>. Mit der Gewichtung der Eingliederungstheorie als Hauptmerkmal der abhängigen Beschäftigung setzte sich das Bundessozialgericht aber nicht grundlegend in Widerspruch zum Arbeitnehmerbegriff des Arbeitsrechts, denn die Weisungsgebundenheit spricht auch in der Sozialversicherung für die Annahme eines abhängigen

30 Schaub, G., Arbeitsrechtshandbuch, 5. Aufl., München 1983, § 8 II 3, siehe auch KR-Becker, KSchG, 2. Aufl., § 1 Rz. 14.

31 Statt aller BAG AP Nr. 44 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

32 So etwa BAG AP Nr. 21, 26, 34 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

33 Rancke, F., Arbeitnehmerbegriff und sozio-ökonomischer Strukturwandel – Eine Analyse der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts –, in: AuR 1979, 12.

34 So BAG AP Nr. 42 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

35 St.Rspr. schon seit BAG AP Nr. 2 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

36 BAG AP Nr. 44 zu § 611 BGB Abhängigkeit in Anlehnung an die st. Rspr. des BSG.

37 So zutreffend Rosenfelder, a. a. O., S. 69 f.

38 Brackmann, K., Einführung in das Sozialgesetzbuch, St. Augustin 1984, S. 80q.

39 Heußner, H., Das abhängige Beschäftigungsverhältnis – Bindeglied zwischen Arbeits- und Sozialrecht, in: AuR 1975, 308.

Beschäftigungsverhältnisses<sup>40</sup>, und die Formel, daß abhängige Beschäftigung schon in der funktionsgerechten, dienenden Teilhabe am Arbeitsprozeß zu sehen ist, stammt in erster Linie aus der Sozialrechtsprechung<sup>41</sup>.

Für das Bestehen eines versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses wie für das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses ist die Leistung abhängiger Arbeit ausschlaggebend. Der gemeinsame Nenner der persönlichen Abhängigkeit, der die Brücke zwischen Arbeits- und Sozialrecht herstellt, führt nicht dazu, daß der Personenkreis, der dem Arbeitsrecht und Sozialrecht untersteht, zwangsläufig identisch ist. Organmitglieder juristischer Personen sind nach der herrschenden Arbeitsrechtsdogmatik keine Arbeitnehmer. Sie sind die eigentlichen Prinzipale der Betriebe<sup>42</sup>, auch wenn sie unter Umständen sowohl Arbeitgeber- als auch Arbeitnehmerfunktionen in sich vereinigen<sup>43</sup>. § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG nimmt die Organmitglieder deshalb ausdrücklich aus der Zuständigkeit der Arbeitsgerichtsbarkeit heraus. Das arbeitsrechtliche Schutzpotential steht dieser arbeitenden Gruppe dadurch nicht zur Seite. Derselbe Sachverhalt wird im Sozialrecht anders behandelt. Organmitglieder juristischer Personen stehen nach der Rechtsprechung des BSG in der Regel in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis und unterstehen somit der Sozialversicherungspflicht.

Das Merkmal der persönlichen Abhängigkeit hat Leitfunktion<sup>44</sup> für die Abgrenzung verwandter Vertragstypen. Es grenzt Arbeits-, Dienst- und Werkvertrag voneinander ab und kennzeichnet elementar die Gruppe der abhängig Beschäftigten, die, was sich nach dem Umkehrschluß aus § 84 Abs. 2 HGB als Charakteristikum der Unselbständigkeit bezeichnen läßt, ihre Tätigkeit im wesentlichen nicht frei gestalten und ihre Arbeitszeit nicht frei bestimmen können<sup>45</sup>, denn eine unabhängige Tätigkeit wird unterstellt, wenn die fragliche Person über ihre Arbeitskraft selbst verfügen kann und keiner Kontrolle untersteht<sup>46</sup>.

Da zwischen Gesellschafts- und Arbeitsrecht kein Vorrangprinzip besteht, unterstehen Gesellschafter oder Vereinsmitglieder dem Arbeitsrecht, soweit die Tatbestandsvoraussetzungen der persönlichen Abhängigkeit vorliegen<sup>47</sup>. Liegt ein Arbeitsverhältnis vor, besteht immer auch ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis im Sinne des § 7 I SGB IV. Soweit das Merkmal der persönlichen Abhängigkeit im Sozialrecht erheblich weiter ausgelegt wird, unterstreicht es die universelle Funktion dieses Kriteriums als Ein- und Ausgrenzungsinstrument, mit dem auch die Arbeit der Selbstverwalter zu bestimmen ist.

### *3. Kompatibilitätsausschluß von Gesellschafts- und abhängigem Beschäftigungsverhältnis*

Für einige Fallkonstellationen hat das BSG es von vornherein ausgeschlossen, daß Gesellschafter zu ihrer Gesellschaft in ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis treten können. Das Vorliegen eines maßgeblichen Einflusses auf die Geschicke der Gesellschaft, der regelmäßig an der Kapitalbeteiligung und den Mehrheitsverhältnissen in der Gesellschafterversammlung abgelesen werden kann, ist ein solcher

<sup>40</sup> Vgl. Bley, H., Sozialrecht, 4. Aufl., Frankfurt a. M., 1982, S. 143 f.

<sup>41</sup> Siehe BSGE 16, 229 (294); 21, 57 (59); 36, 262 (263).

<sup>42</sup> Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Aufl., Berlin/Frankfurt a. M., 1963, § 15 III.

<sup>43</sup> Vgl. zutreffend: Schaub § 14 I 2.

<sup>44</sup> Ähnlich Wank, R., in seiner Anm. zu BAG AP Nr. 34-36 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

<sup>45</sup> Kraft/Konzen, a. a. O., S. 37.

<sup>46</sup> So auch: Gruner, H., u. a., Sozialgesetzbuch, Percha Stand 1986, IV 1/3 Anm. 6 zu § 7 SGB IV.

<sup>47</sup> Beuthien, V., a. a. O., S. 13.

absoluter Ausschlußgrund. So ist eine Kapitalbeteiligung von 50% des Gesellschaftskapitals ebenso ein Hinderungsgrund für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis wie der Besitz gesellschaftsvertraglicher Sonderrechte, etwa einem Vetorecht oder einer Sperrminorität, die einem Gesellschafter eine beherrschende Stellung einräumen. In beiden Varianten ist es dem Gesellschafter möglich, jeden Beschluß, der unter anderem sein Anstellungsverhältnis betrifft, zu majorisieren. Für eine persönliche Abhängigkeit bleibt dann kein Raum mehr<sup>48</sup>.

So wie die Höhe der Kapitalbeteiligung automatisch zu einer selbständigen Tätigkeit führt, braucht aber bei einem geringeren finanziellen Engagement nicht unbedingt eine abhängige Beschäftigung vorzuliegen. Selbst ein Gesellschafter-Geschäftsführer, der nur 1/3 der Stammeinlagen hält und in der Gesellschafterversammlung deshalb über keine Mehrheit oder Sperrminorität verfügt, ist dann nicht in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis, wenn er die Gesellschaft gleichberechtigt mitleitet und auch ansonsten seine Dienste von einem gleichberechtigten Nebeneinander mit anderen Geschäftsführern gekennzeichnet sind<sup>49</sup>.

Auf die Ausschlußgründe der Kapitaldominanz braucht hier nicht weiter eingegangen zu werden. Sie widerspricht dem Idealkonzept der Selbstverwaltung und führt sie ad absurdum. Die Konstellation des gleichberechtigten Nebeneinanders wird uns an späterer Stelle noch kurz beschäftigen.

#### 4. Die Statusqualifizierung in den einzelnen Rechtsformmodellen

Die Tatbestandsvoraussetzungen, die ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis wegen fehlender persönlicher Abhängigkeit ausschließen, sind für die gesellschaftsrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten weder typisch noch lassen sie sich ohne weiteres auf jede in Betracht kommende Rechtsform transponieren. Ein Blick in die einzelnen Rechtsformen ist schon wegen ihrer unterschiedlichen Strukturen unerlässlich.

##### a) Die Gesellschaftermutarbeit in der Personengesellschaft

Die Dienstleistungsqualifizierung von Gesellschaftern der Personengesellschaften ist im Schrifttum uneinheitlich und in der Rechtsprechung durch Einzelfallentscheidungen hervorgehoben. Die Ansicht, eine analoge Anwendung der Dienstvertragsvorschriften sei auf die Dienstleistungen der Gesellschafter generell abzulehnen<sup>50</sup>, ist ebenso häufig anzutreffen wie die Meinung, daß eine zurückhaltende Analogie des Dienstvertragsrechts in Betracht zu ziehen sei<sup>51</sup>. Molitor hat anlässlich der Entscheidung des BAG vom 18. 2. 1956<sup>52</sup> bereits geäußert, daß § 706 Abs. 3 BGB zwar eine unbeschränkt gesellschaftsrechtliche Verpflichtung zur Leistung von Diensten zuläßt, diese Gestaltungsform jedoch nicht die einzige sei. Entscheidend war nach Molitor für den arbeitsrechtlichen Charakter der auf Arbeit gerichteten Verpflichtung, »daß sie nicht in dem Gesellschaftsvertrag als gesellschaftsrechtliche oder körperschaftliche Verpflichtung normiert ist«<sup>53</sup>.

In der Folgezeit hat sich die Auffassung durchgesetzt, daß ein und dieselbe Person der KG unterhalb der Geschäftsführungsebene gleichzeitig Arbeitnehmer im Be-

48 Vgl. BSGE 13, 199; 38, 53; 41, 1.

49 GmbHRdsch. 1972, 105.

50 So MünchKomm-Ulmer § 706 Rz. 13.

51 Soergel-Hadding § 706 Rz. 30/31.

52 BAG AP Nr. 1 zu § 5 ArbGG.

53 Molitor, E., Arbeitsverhältnisse- und Mitgliedschafts-(Gesellschafts-)verhältnisse, in: DB 1957, 164/65.

trieb der KG sein kann<sup>54</sup>. Die Anerkennung der Statuskompatibilität läßt nähere Begründungszusammenhänge vermissen. Es fragt sich aber, ob dies überhaupt von Nöten ist. Allgemein anerkannt ist, daß die Rechtsbeziehungen der Gesellschafter zu ihrer Gesellschaft nicht ausschließlich gesellschaftsrechtlicher Natur sein müssen. Jeder Gesellschafter kann wie ein Dritter mit der Gesamthand, außerhalb des Gesellschaftsvertrages, in Rechtsbeziehungen treten, Forderungen aus Miet-, Kauf-, Werkvertrag und anderem erwerben und Verbindlichkeiten eingehen. Daß der Dienstvertrag aus der drittgeschäftlichen Verpflichtungsmöglichkeit herauszutrennen ist, wurde bisher nicht behauptet, ist auch nicht ersichtlich.

Das arbeitsrechtliche Merkmal der persönlichen Abhängigkeit liegt zumindest bei Gesellschaftern, die von der Geschäftsführung<sup>55</sup> ausgeschlossen sind, in zweifacher Form vor. Ähnlich wie in der GmbH bestimmt auch der Gesellschafter in der Personengesellschaft allenfalls im Verhältnis zur Anzahl aller Gesellschafter bzw. im Betrieb Tätigen die Belange der Gesellschaft<sup>56</sup> und unterliegt den demokratischen Mehrheitsentscheidungen aller Gesellschafter. Zusätzlich ist er als Nicht-Geschäftsführer bei der Erfüllung seiner Dienstleistungspflichten an die Weisungen des Geschäftsführers gebunden. Einen in dieser Richtung gehenden Sachverhalt hatte das BSG zu entscheiden gehabt und das Vorliegen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses eines BGB-Gesellschafters grundsätzlich bejaht. Die Einstufung des BGB-Gesellschafters als abhängig Beschäftigten der Gesellschaft verlangt danach eine eindeutige Trennung der beiden Rechtsverhältnisse. Die Existenz eines Beschäftigungsverhältnisses neben dem Gesellschaftsverhältnis ist insbesondere dann anzunehmen, wenn die betroffene Person schon vor ihrer gesellschaftsrechtlichen Position in einem Arbeitsverhältnis zur Gesamthand stand. Wird die betreffende Person weiterhin im festen Stunden- oder Monatslohn bezahlt und von diesem Entgelt Lohnsteuer und Sozialabgaben abgeführt und ist sie verpflichtet, die betrieblichen Arbeitszeiten einzuhalten, so muß davon ausgegangen werden, daß hier ein echtes Arbeitsverhältnis trotz der Gesellschafterstellung gewollt ist<sup>57</sup>. Dem beschäftigten Gesellschafter darf allerdings kein maßgeblicher Einfluß auf die Geschicke der Gesellschaft eingeräumt sein. Dabei ist wie immer auf die tatsächlichen Verhältnisse abzustellen. Die gesetzliche Regelung, nach der die Geschäftsführung allen Gesellschaftern gemeinschaftlich zusteht (§ 709 BGB), reicht allein nicht aus, um ein Beschäftigungsverhältnis zu verneinen, wenn es zum Beispiel üblich ist, daß der Beschäftigte Anordnungen des real agierenden Gesellschafters widerspruchslos befolgt<sup>58</sup>. Andererseits schließt aber die tatsächliche gemeinsame Geschäftsführung der Gesellschafter eine abhängige Beschäftigung aus.

#### *b) Die Mitarbeit der GmbH-Gesellschafter*

Für die mitarbeitenden GmbH-Gesellschafter ist die Statusbeurteilung von Rechtsprechung und Literatur eindeutig dahingehend beantwortet, daß sich die nähere Ausgestaltung der Dienstleistung in Form eines Dienst- bzw. Arbeitsverhältnisses vollziehen kann. Die Gesellschafter der GmbH sind im rechtlichen Sinne keine Arbeitgeber. Es ist immer die GmbH, die als juristische Person mit eigenständigen

<sup>54</sup> Vgl. Hueck, G., Zur Tätigkeit des Kommanditisten im Dienste der KG, DB 1962, 1363 f. m.w.N.; siehe auch: BAG in NJW 1979, 999.

<sup>55</sup> Die Tätigkeit der Geschäftsführer ist immer gesellschaftsrechtlicher Natur und ist nach den Auftragsvorschriften zu behandeln.

<sup>56</sup> LAG Hamm DB 1986, 392.

<sup>57</sup> BSGE 25, 51 f.

<sup>58</sup> BSGE 25, 54.

Rechten und Pflichten ausgestattet ist. Sie ist alleinige Unternehmerin. Ein Gesellschafter kann dann nicht mehr Mitunternehmer sein<sup>59</sup>. Ist im Gesellschaftsvertrag die Mitarbeit verpflichtend vereinbart, konkretisiert sich die Erfüllung der Nebenleistungspflicht zumeist in Form schuldrechtlicher Ausführungsverträge<sup>60</sup>. Liegt eine Geschäftsführungstätigkeit vor, so bedarf es der Bestellung als Geschäftsführer »sowie regelmäßig des Abschlusses eines Anstellungsvertrages«<sup>61</sup>. Die schuldrechtliche Konkretisierung erfolgt insoweit durch die Vorschriften der §§ 611 ff. BGB<sup>62</sup>. Eine rein gesellschaftsrechtlich zu bewertende Geschäftsführung läge nur dann vor, wenn der Gesellschafter-Geschäftsführer einen beherrschenden Einfluß auf die GmbH ausübt, alle Gesellschafter gleichberechtigt die Geschäftsführung wahrnehmen oder die Auftragsvorschriften zugrunde liegen.

Finden auf die Organmitglieder der GmbH in aller Regel die Dienstvertragsvorschriften Anwendung, so muß dies allemal für die Gesellschafter gelten, die nicht auf der Grundlage einer Organstellung Dienste erbringen. Liegen die Voraussetzungen der persönlichen Abhängigkeit vor, setzt sich auch der arbeitsrechtliche Rechtsformzwang durch. Der Stellung eines Arbeitnehmers steht die Stellung eines Mitgesellschafters nicht entgegen. Dies hat das LAG Hamm im vergangenen Jahr nachdrücklich bestätigt<sup>63</sup>. Das Instanzgericht stellte in seiner Entscheidung fest, daß eine basisdemokratische Ordnung weder der GmbH die Eigenständigkeit noch den Gesellschaftern die persönliche Abhängigkeit nehme. Der persönlich abhängige Gesellschafter ist in seinen Entscheidungen nicht frei, da er allenfalls im Verhältnis zur Anzahl aller Gesellschafter mitentscheidet und er die anderen nicht beherrscht. Die Basis insgesamt legt das Arbeitsziel und den Einsatz des Einzelnen im Interesse der Gesellschaft fest<sup>64</sup>.

### c) Die Beurteilung der vereinsrechtlichen Mitarbeit

Eine ausschließlich korporationsrechtlich geregelte Mitarbeit im Verein wird vom BAG dann für zulässig erachtet, wenn die Mitarbeit der Vereinsmitglieder zur Verwirklichung caritativer und religiöser Motive dient<sup>65</sup>. Nicht das individuelle Erwerbsstreben soll hier im Vordergrund stehen, sondern die Ausübung und Realisierung der caritativen und religiösen Zielsetzung, die durch Art. 2 Abs. 1 GG und Art. 4 Abs. 1, 2 GG garantiert ist<sup>66</sup>. § 5 Abs. 2 Satz 3 BetrVG nimmt diesen Personenkreis mit eben diesen Begründungsmerkmalen aus dem Geltungsbereich der Betriebsverfassung heraus, und auch die RVO enthält in § 172 I S. 6 eine Ausnahmeregel der Versicherungspflicht für geistliche Genossenschaften, Diakonissen, Schwestern des Roten Kreuzes und ähnliche Personen, wenn sie sich aus überwiegend religiösen oder sittlichen Beweggründen mit gemeinnützigen Tätigkeiten gegen Unterhalt oder geringes Entgelt beschäftigen.

Die Versagung der Arbeitnehmereigenschaft in diesen Fallgruppen wurde im Schrifttum nicht einhellig aufgenommen. Die gegenteilige Auffassung geht zurecht

59 Ständige Rechtsprechung des BSG, vgl. BSGE 18, 190 (196 I.); 17, 15 (19); 19, 265 (268) m.w.N.; 53, 3 (5).

60 Hachenburg/Ulmer, § 3 Rz. 61 f.

61 Hachenburg/Ulmer, § 3 Rz. 62.

62 Vgl. Centrale für GmbH Dr. Otto Schmidt (Hg.), GmbH-Handbuch, Köln Stand Sept. 1986, IV 425.

63 LAG Hamm DB 1986, 392.

64 LAG Hamm ebenda, siehe aber auch: BAG AP Nr. 4 zu § 611 Abhängigkeit.

65 Vgl. BAG AP Nr. 1, 5 zu § 5 ArbGG; BAG AP Nr. 1 zu § 5 BetrVG 1970 Rotes Kreuz; BAG AP Nr. 5 BGB Rotes Kreuz.

66 So etwa auch Fitting/Aufarth/Kaiser, BetrVG, 15. Aufl., München 1987, § 5 Rz. 107; ferner Grunsky, W., ArbGG, 4. Aufl., München 1981, § 5 Rz. 6 f.

davon aus, daß es sich bei den §§ 611 f. BGB um speziell auf abhängige Arbeit zugeschnittene Bestimmungen handelt, die weitgehend zwingenden Charakter tragen und sich dadurch der Satzungsgewalt der Verbände entziehen, um der Schutzbedürftigkeit abhängig Arbeitender Rechnung zu tragen<sup>67</sup>. Mit der besonderen Funktion des Arbeitsrechts als Schutzrecht der abhängigen Arbeit wäre es unvereinbar, »wenn sich die Personenverbände der Anwendung des Arbeitsrechts durch körperschaftsrechtliche Regelungen der Arbeitspflicht entziehen könnten, obwohl der Schutzzweck des Arbeitsrechts seine Anwendung eigentlich forderte«<sup>67a</sup>.

Die Regelung der Arbeitsbeziehungen kann somit nicht als innere Angelegenheit des Verbandes betrachtet werden. Wäre dies der Fall, bestände in vielen Bereichen die Möglichkeit, durch körperschaftsrechtliche Regelungen das Arbeitsrecht endgültig zu liquidieren. Die Auffassung der Kritiker verdient deshalb ungeteilte Zustimmung. Hieraus ist für die Selbstverwaltung abzuleiten, daß der gegen Entgelt geleisteten Tätigkeit im Verein ein Dienst- oder Arbeitsverhältnis zugrunde liegt. Die Stellung als Vereinsmitglied steht der Arbeitnehmereigenschaft auch nicht entgegen. Soweit der einzelne Mitarbeiter als Vereinsmitglied an der Willensbildung des Vereins durch Ausübung seines Stimmrechts teilnimmt, ist er als Individuum den Mehrheitsverhältnissen unterworfen. Eine aus dem demokratischen Entscheidungsprozeß resultierende Leistungspflicht kann durch den Vorstand des Vereins eingefordert und notfalls gegen den Willen des einzelnen Vereinsmitglieds durchgesetzt werden.

Wird die vom Vereinsmitglied erbrachte Arbeitsleistung unter dem Aspekt der Eingliederung beleuchtet, ergibt sich kein anderes Bild als das der indiziellen Abhängigkeit. Die Mitgliedschaftsstellung im Verein ist grundsätzlich eine nichtvermögensrechtliche<sup>68</sup>. Das einzelne Vereinsmitglied besitzt keinen privaten Eigentumstitel am Vereinsvermögen und kann über etwa vorhandene Betriebsstätten nicht nach eigenem Gutdünken verfügen. Kann sich das Vereinsmitglied im Rahmen der Beschlüsse der Vereinsorgane mit Verfahrens- oder Verwertungsvorschlägen nicht durchsetzen, entzieht sich der Betriebsablauf oder das Verwertungsinteresse seinem Herrschaftsverlangen. Die vereinseigene Betriebsstätte tritt ihm als fremde Arbeitsorganisation gegenüber. Die Merkmale der persönlichen Abhängigkeit liegen bei den mitarbeitenden Vereinsmitgliedern damit durchweg vor.

Für den gemeinnützigen Verein, ein viel geliebtes und gefragtes Kind im Selbstverwaltungssektor, ist eine auf Entgelt gerichtete korporationsrechtlich ausgestaltete Tätigkeit auszuschließen. Generell fehlt es dem gemeinnützigen Verein an der geforderten Selbstlosigkeit, wenn er eigenwirtschaftliche Zwecke (z. B. gewerbliche oder sonstige Erwerbszwecke) verfolgt, wobei es gleichgültig ist, ob es sich um Erwerbszwecke der Körperschaft selbst oder aber um Erwerbszwecke der Mitglieder handelt<sup>69</sup>, es sei denn die Verfolgung von Erwerbszwecken ist erforderlich, um die jeweiligen gemeinnützigen Ziele zu erreichen.

Mitglieder von gemeinnützigen Vereinen dürfen keine Gewinnanteile und, in ihrer Eigenschaft als Mitglied, keine sonstigen Zuwendungen erhalten, auch nicht in verdeckter Form. Zuwendungen, die nicht mit der Eigenschaft als Mitglied zusammenhängen, sind jedoch erlaubt. Hierunter fallen Gehälter und sonstige Tätigkeitsvergütungen<sup>70</sup>. Aus eben den steuerlichen Gründen sollen Bundesligaspieler nicht

67 So zutreffend Knuth, H. H., Die arbeitsrechtliche Stellung der Rotkreuzschwestern, Diss. Berlin 1968, S. 85 f.; siehe auch: Trieschmann, G., Die Gestellungsverträge der Schwesternorganisationen, RdA 1955, 52 f.; Mayer-Maly, T., Erwerbsabsicht und Arbeitnehmerbegriff, Berlin 1965, S. 42 f.

67 Knuth, a. a. O., S. 88.

68 Sauter, E./Schweyer, G., Der eingetragene Verein, 13. Aufl., München 1986 Rz. 349.

69 Märkle, R. W., Der Verein im Zivil- und Steuerrecht, Stuttgart/München/Hannover, 1984, S. 118.

70 Vgl. Kühn, R./Kutter, H./Hofmann, R., Abgabenordnung, Stuttgart 1983, S. 154.

Mitglieder ihrer Clubs sein, weil die Vereine befürchten müssen, den steuerrechtlichen Status der Gemeinnützigkeit zu verlieren, wenn an ihre Spieler als Vereinsmitglieder Zuwendungen erbracht würden<sup>71</sup>.

Im Ergebnis ist für selbstverwaltete Betriebe, die unter der Rechtsform des e.V. firmieren, festzuhalten, daß die auf regelmäßiges Einkommen gerichtete Tätigkeit der Vereinsmitglieder nur über Dienst- und Arbeitsverhältnisse zu bewerkstelligen ist. Ein Rückgriff auf caritativ und religiös motivierte Verbandsstrukturen mit korporationsrechtlicher Gestaltung der Arbeitsbeziehungen ist mangels ideeller Vergleichbarkeit und aus den vorgetragenen prinzipiellen Bedenken gegen solche Regelungen abzulehnen.

#### *d) Die Arbeitsbeziehungen der Genossen in der Genossenschaft*

Ob die Mitglieder einer Genossenschaft einer sozial- bzw. arbeitsrechtlichen Bestimmung unterstehen, soll nach den Überlegungen von Trumpfner aus dem Jahre 1922 davon abhängig gemacht werden können, »ob der Zweck dieser Bestimmung im Zusammenhang mit Zweck und Verfassung der Genossenschaft mehr die Berücksichtigung des Arbeitsverhältnisses oder mehr die Betonung des Mitgliedschaftsverhältnisses erfordert«<sup>72</sup>. Bei dieser allgemeinen Zuweisung ist es bis heute geblieben. Ein in jeder Hinsicht unbefriedigender Zustand, läßt er doch das Arbeitsrecht damit wie einen Selbstbedienungsladen erscheinen, dem je nach Zweck der genossenschaftlichen Verfassung brauchbare Gegenstände entnommen oder unbrauchbare belassen werden.

Eine vorläufige Lösung der Statusqualifizierung zeichnet sich ab, wenn man sich die rechtlichen Ordnungsstrukturen vor Augen führt. Wie in der Mitgliederversammlung des Vereins oder der Gesellschafterversammlung der GmbH vollzieht sich die Willensbildung der Genossenschaft innerhalb der Generalversammlung, in der jeder Genosse mit einer Stimme vertreten ist und den demokratischen Mehrheits- und Unterwerfungsprinzipien unterliegt (§ 43 III 1 GenG). Vollkommen andersartig ist die Rolle und Funktion des Vorstandes der Genossenschaft ausgeprägt. Nach § 27 I GenG hat der Vorstand die Genossenschaft unter eigener Verantwortung zu leiten. Eine generelle Bindung der Handlungen des Vorstandes an die Zustimmung eines anderen Organs ist unzulässig<sup>73</sup>. Der Vorstand der Genossenschaft muß die Geschäfte eigenverantwortlich führen, er hat sogar die Pflicht hierzu<sup>74</sup>. Das wäre nicht der Fall, wenn anstelle seines selbstgebildeten Willens er an Weisungen eines anderen Organs gebunden wäre. Auch Einzelanweisungen der Generalversammlung an den Vorstand sind nach der herrschenden Meinung mit dem bestehenden Genossenschaftsrecht nicht vereinbar<sup>75</sup>. Der Vorstand hat bei seiner Leitungsmacht gem. § 27 I Satz 2 GenG zwar die Beschränkungen, die ihm das Statut im einzelnen ausdrücklich und konkret vorschreibt, zu beachten, diese Beschränkungen dürfen jedoch nicht soweit gehen, daß der Leitungsgrundsatz dadurch ausgehöhlt wird<sup>76</sup>. Ist damit die eigenverantwortliche Leitungsmacht des Vorstandes schon durch die

71 Vgl. hierzu: Buchner, H., Rechtsverhältnisse im deutschen Lizenzfußball, RdA 1982, 3 f.; Meyer-Cording, V., Die Arbeitsverträge der Berufsfußballspieler, RdA 1982, 13 f.

72 Trumpfner, Th., Produktivgenossenschaften und Sozialgesetzgebung, in: Neue Zeitschrift für das Arbeitsrecht, 2. Jg. 1922, S. 617 f.

73 Beuthien, V., Die Leitungsmacht des Genossenschaftsvorstandes, ZfG 1975, 184.

74 Beuthien, V., GenG, 12. Aufl., München 1983, § 27 Rz. 3; Lang/Weidmüller § 27 Rz. 8.

75 Fritz, R., Stellung und Aufgaben des genossenschaftlichen Vorstands, Gelsenkirchen 1985, S. 110; Neuling, M., a. a. O., S. 97/98 m. w. N.

76 Lang/Weidmüller § 27 Rz. 10 m. w. N.

Generalversammlung nur schwer zu beschneiden, gilt dies erst recht für das Verhältnis des einzelnen Genossen zu seinem Vorstand. Die Leitungsmacht des Vorstandes nimmt dem einzelnen Genossen gegenüber nahezu klassische Formen des Über- und Unterordnungsverhältnisses an, die im Sinne des Arbeitsrechts für eine Arbeitnehmereigenschaft sprechen. Zieht man die Grundsätze für die Abwicklung der Nebenleistungspflichten in der Genossenschaft ergänzend heran, gewinnt die Anwendung arbeitsrechtlicher Vorschriften in der Genossenschaft deutliche Konturen.

Für die Abwicklung der Nebenleistungspflichten gelten nämlich auch dann »gewisse« schuldrechtliche Bestimmungen entsprechend, wenn die nähere Ausgestaltung einer solchen Pflicht durch die Satzung oder die zuständigen Organe der Genossenschaft erfolgt ist<sup>77</sup>. Der BGH hat in diesem Sinne bestätigend ausgeführt, daß das Vorliegen genossenschaftlicher Sonderpflichten nicht ausschließt, hierauf allgemeine schuldrechtliche Grundsätze entsprechend anzuwenden<sup>78</sup>. In der Entscheidung, in der über das Leistungsverhältnis eines Genossen zu seiner Genossenschaft zu befinden war, stellte der BGH fest, daß die zur Festsetzung der Vergütung berufene Genossenschaftsstelle nicht berechtigt ist, ein Entgelt willkürlich unter sachfremden Motiven oder Gesichtspunkten festzusetzen, die mit dem Wert der Leistung und ihrer Absetzbarkeit nichts zu tun haben. Für die Höhe des Entgelts soll zunächst die Satzung maßgebend sein. Gleichzeitig gelte aber, daß das Entgelt nach dem Markt- und Verkehrswert, den die erbrachte Leistung am Leistungsort zur Leistungszeit hat, zu bestimmen ist. Ist ein solcher Markt- oder Verkehrswert nicht zu ermitteln, soll das Entgelt auf der Grundlage der branchenüblichen Kalkulation bestimmt werden.

Aus diesen Ausführungen muß für die Arbeitsbeziehungen der Genossen gefolgert werden, daß sie sich nach den einschlägigen Vorschriften des Dienst- bzw. Arbeitsvertragsrechts richten. Eine andere Bewertung würde den Grundsatz der allgemeinen Gültigkeit schuldrechtlicher Verhältnisse auf die Nebenleistungspflichten der Genossen widersprechen und dem zwingenden Charakter arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften<sup>79</sup> zuwiderlaufen.

### 5. Zusammenfassung

Die gesamte Variationsbreite der gesellschaftsrechtlichen Gestaltungsmittel zur Regelung der Gesellschaftermitarbeit konnte mit dem vorstehenden Kapitel nicht abgehandelt werden. Die Grundlegung zeigt jedoch für die Gesellschaftermitarbeit eine umfassende Intervention des Arbeits- und Sozialrechts auf, die für herkömmliche Gesellschaften und Betriebe gilt, in der Selbstverwaltung aber verstärkt auftritt, weil sie von dem beherrschenden Einfluß einzelner Gesellschafter bereinigt ist. Einerseits ist damit in der Selbstverwaltungswirtschaft eine auf Einkommen gerichtete Erwerbstätigkeit zumeist ohne die Begründung von Dienst- und Arbeitsverhältnissen gar nicht möglich, andererseits wird oftmals aus sozialversicherungs- und steuerrechtlichen Gründen ein Dienst- oder Arbeitsverhältnis bewußt angestrebt. Ein Herauspicken der wohlschmeckenden Rosinen ist nicht möglich: »Denn grundsätzlich muß man davon ausgehen, daß eine Person, die sich für das Rechtsleben zu einer bestimmten Einstellung entschlossen hat, diese nicht nach Belieben ändern

<sup>77</sup> Lang/Wendmüller § 18 Rz. 35; Müller, GenG, § 7 Rz. 39.

<sup>78</sup> NJW 1960, 1819 f.

<sup>79</sup> Zur näheren Begründung siehe unter II. 4. c).

kann. Wer sich dem Konkursverwalter oder dem Finanzamt gegenüber auf eine entgeltliche Angestelltentätigkeit beruft, kann nicht dem Versicherungsträger gegenüber behaupten, daß seine Tätigkeit eine unentgeltliche sei<sup>80</sup>.

### *III. Der Einfluß von Arbeits- und Sozialrecht auf die Selbstverwaltung*

Im Idealtypus der Eigentümer-/Produzenten-Identität, dem Eigentümermodell, wie es auch faktisch vorgefunden wurde, schlagen unter diesen Voraussetzungen zwei Herzen in der Brust eines jeden Selbstverwalters. Man könnte ihn einen »abhängig beschäftigten Selbständigen« nennen. Diese Zwitterstellung der Mitarbeiter läßt das Konzept der Selbstverwaltung – absolute Gleichheit der Kollektivisten und Demokratieprinzip – nicht unberührt.

#### *1. Aufhebung des Egalitätsprinzips*

Bei Organmitgliedern juristischer Personen läßt sich der Einfluß von arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften noch relativ fein regulieren. Die Geschäftsführer einer GmbH z. B. sind i. d. R. abhängig Beschäftigte gemäß § 7 I SGB IV, ohne Arbeitnehmer zu sein (§ 5 I Satz 3 ArbGG). Diese Konstellation legt es nahe, alle Kollektivisten zu Organmitgliedern zu bestellen, um damit die Gleichheit untereinander zu erhalten.

In der täglichen Arbeit ist eine solche Regelung aber kaum praktikierbar. Bei einer durchschnittlichen Kollektivgröße von neun Personen hieße das, neun Geschäftsführer zu ernennen, deren Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis derart aufeinander abgestimmt sein muß, daß ein gleichberechtigtes Nebeneinander vermieden wird und die Weisungsgebundenheit jedes einzelnen erhalten bleibt, da andernfalls die Zielorientierung sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis nicht mehr erreicht werden kann.

In der GbR ist ein solches Konzept von vornherein zum Scheitern verurteilt, weil die Geschäftsführung hier immer gesellschaftsrechtlicher Natur ist. Zwar ist auch hier eine detaillierte Aufteilung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse denkbar, trifft aber ebenso auf die Grenzen der Praktikabilität, wie sie bereits für die GmbH dargestellt wurden. Außerdem garantiert selbst die differenzierteste Kompetenzzuweisung und die Auslagerung weiterer Tätigkeitsbereiche aus dem Gesellschaftsvertrag nicht immer die gewünschte Rechtsfolge, da nur das tatsächliche Gesamtbild der Tätigkeit für die rechtliche Qualifizierung maßgebend ist<sup>81</sup>. Je komplizierter und detaillierter die Kompetenzübertragung für die einzelnen Mitarbeiter ausgestaltet ist, desto naheliegender dürfte der Verdacht sein, daß hier die Partizipation an der gesetzlichen Sozialversicherung – und zwar insbesondere an der Arbeitslosenversicherung – erschlichen werden soll.

Die einheitliche Organstellung aller Projektmitglieder scheitert folglich an den Hemmnissen, die diese Regelung für die tägliche Praxis mit sich bringt, an dem schwer auszuräumenden Verdacht, daß hier Vorteile der Partizipation an der Versichertengemeinschaft der gesetzlichen Sozialversicherung erschlichen werden sollen, und letztendlich an den Formzwängen des Gesellschafts- und Arbeitsrechts.

<sup>80</sup> RVA Amtl. Nachr. 1938, S. 386.

<sup>81</sup> St.Rspr. BAG AP Nr. 42 zu § 611 BGB Abhängigkeit und BSGE 51, 164, 167, wo es ausdrücklich heißt, das über den Status der Beschäftigten als Selbständige oder Arbeitnehmer nicht pakuiert werden kann.

In der Konsequenz führt die unterschiedliche Doppelstellung der Kollektivist\*innen, als Gesellschafter und Organmitglieder mit bzw. ohne Arbeitnehmerstatus, zu einer rechtlichen Ungleichbehandlung Einzelner oder ganzer Gruppen. Das Ziel einer absoluten Egalität innerhalb der Betriebe ist unter dem Einfluß von Arbeits- und Sozialrecht nur mit schweren betriebswirtschaftlichen Nachteilen zu erkaufen oder bleibt ganz auf der Strecke.

## 2. Grenzen des Demokratieprinzips im Arbeitsrecht

Mit dem Einzug des Arbeitsrechts in die selbstverwalteten Betriebe wird der basisdemokratische Anspruch der Kollektivist\*innen in enge Schranken verwiesen. Das Kündigungsschutzgesetz und das Betriebsverfassungsgesetz sind zwei exemplarische Rechtsbereiche, die geeignet sind, das Demokratieprinzip auszuhebeln. In den meisten Betrieben dürften die Voraussetzungen für die Anwendung des Kündigungsschutzgesetzes vorliegen. Entschließt sich das Kollektiv, sich von einem Mitglied zu trennen, so bleibt es dem Gekündigten unbenommen, gegen die Kündigung vor den Arbeitsgerichten zu klagen. Für die gerichtliche Überprüfung der Kündigung hat das Spezifikum der Selbstverwaltung keine Relevanz. Der Doppelstatus der Mitarbeiter führt eher dazu, die Lösung des Arbeitsverhältnisses zu erschweren. Wenn nämlich mit dem Verlust des Arbeitsplatzes auch der Verlust der Gesellschafterstellung verbunden ist, so ist dieser zusätzliche Nachteil zugunsten des Gesellschafter-Arbeitnehmers in der Interessenabwägung bei personen- oder verhaltensbedingten Kündigungen zu berücksichtigen<sup>82</sup>. In der Sozialauswahl bei betriebsbedingter Kündigung dürfte der Doppelstatus kein entscheidendes Gewicht haben, da er bei allen Kollektivist\*innen vorliegen dürfte. Mit dem Entscheid des Arbeitsgerichts tritt an die Stelle der innerbetrieblichen Willensbildung die Regelung des Konflikts durch eine außerhalb des Kollektivs gelegene Instanz, deren Entscheidungsfindung allein an den Tatbestandsmerkmalen des Kündigungsschutzgesetzes orientiert ist. Im Regelfall geht das Resultat des Kündigungsschutzverfahrens zulasten der innerbetrieblichen demokratischen Struktur.

Ähnliche Auswirkungen auf das Demokratieprinzip sind vom Betriebsverfassungsgesetz zu erwarten. Die Errichtung eines Betriebsrates in einem selbstverwalteten Betrieb stellt eine Paradoxie dar, denn im Grunde konkretisiert die Selbstverwaltungswirtschaft, was Karl Korsch als Utopie der Arbeiterbewegung beschrieben hat: die direkte Form der Selbstverwaltung der Arbeitsverhältnisse, die zugleich ihre Lebensverhältnisse sind<sup>83</sup>.

Die Konsequenz einer eventuellen Installation eines Betriebsrates für die Selbstverwaltung sollte dennoch nicht unerwähnt bleiben. Die theoretisch nie auszuschließende Möglichkeit einer fraktionellen Aufspaltung der Belegschaft eines Kollektivbetriebs könnte einen Teil der Mitarbeiter durchaus veranlassen, eine vielfach rechtlich geschützte Interessenvertretung zu gründen. Mit der Existenz eines Betriebsrats können die Mehrheitsverhältnisse, z. B. in Angelegenheiten des § 87 BetrVG, entscheidend verändert werden. Von den ursprünglich vereinbarten Regelungsmechanismen des Kollektivs bleibt dann unter Umständen kaum etwas übrig. Gerade in den Fällen, in denen sich die beiden Fraktionen nicht einigen können, eröffnet der Weg zur Einigungsstelle Außenstehenden die Möglichkeit, auf die innerbetrieblichen Vorgänge verbindlichen Einfluß zu nehmen. Darüberhinaus wird

82 Fohrmann, A., *Der Arbeitnehmer als Gesellschafter*, Köln/Berlin/Bonn/Münster 1982, S. 50 f.

83 Vgl. Korsch, K., *Rätebewegung und Klassenkampf*, Frankfurt a.M. 1980, S. 281 f.

die Trennung von einzelnen Mitarbeitern durch Kündigung aufgrund des besonderen Kündigungsschutzes für Betriebsräte stark erschwert.

Die Anwendung arbeitsrechtlicher Normen im Bereich der Selbstverwaltung führt, wie die vorstehenden Ausführungen zeigen, häufig zu einer Kollision des Demokratieprinzips mit den etablierten gesetzlichen Regelungen. Die Auswirkungen reichen von einer Veränderung der Abstimmungsmodi bis zu einer vollständigen Annullierung der innerbetrieblich gefaßten Beschlüsse und können ungünstigstenfalls zu einer Fremdbestimmtheit des Kollektivs ausarten.

### 3. Die Unverträglichkeit des Selbstverwaltungsmodells mit dem bürgerlichen Recht

Daß sich das arbeits- und sozialrechtliche Schutzpotential im Kernbereich alles andere als demokratiefähig darstellt, ist aus der Sicht industrieller Lohnarbeitsverhältnisse angebracht. Ein überaus disponibles Arbeitsrecht würde das ohnehin dünne Korsett der Schutzrechte im vorherrschenden System der industriellen Lohnarbeit zu einem bloßen Gerippe werden lassen. Für die Selbstverwaltungswirtschaft steht damit ein unausweichliches Dilemma fest. Überall dort, wo das Arbeits- und Sozialrecht unabdingbare Normen setzt, endet für die Selbstverwalter das unmittelbare Demokratieprinzip.

Die KollektivistInnen stehen oft vor unlösbaren Problemen, was ihr Verlangen nach einer allumfassenden Demokratisierung der Arbeitsbeziehungen betrifft. So wird den Selbstverwaltern auf der einen Seite der Zugang und Leistungsanspruch zur gesetzlichen Sozialversicherung von den Sozialversicherungsträgern wegen ihrer demokratischen Verfassung allzu oft verweigert<sup>84</sup>. Auf der anderen Seite wird bei vorliegender Arbeitnehmereigenschaft, ungeachtet des demokratischen Selbstverwaltungsideals, das gesamte Repertoire der herrschenden Arbeitsrechtsdogmatik durchgesetzt und den Mehrheitsentscheidungen der KollektivistInnen ein jähes Ende bereitet. Dies setzt sich spätestens dann durch, wenn Konflikte über den Inhalt der Arbeitsbeziehungen nicht mehr im Kollektiv regelbar sind und mangels einer rechtsverbindlichen Alternative in die tradierten Formen der Arbeitsgerichtsbarkeit zurückgeführt werden<sup>85</sup>.

Die Sichtung der bereits an die Arbeitsgerichtsbarkeit delegierten Selbstverwalterstreitigkeiten offenbart das Ende des Demokratieprinzips in zweifacher Hinsicht:

- Die Auseinandersetzungen vor den Arbeitsgerichten werden teilweise erheblich vehementer geführt als in vergleichbaren anderen Fällen, weil der individuelle Ruf innerhalb der Szene unerschwellig mitschwingt.
- Abgeschlossene Verfahren bestätigen weiterhin, daß die Arbeitsgerichtsbarkeit offensichtlich keine rechtlichen Möglichkeiten sieht, den demokratischen Strukturen selbstverwalteter Betriebe adäquat Rechnung zu tragen.

Der nachfolgende Auszug aus den Urteilsgründen eines Selbstverwalterverfahrens veranschaulicht beide Annahmen:

»Abschließend besteht noch Veranlassung zu folgender Schlußbemerkung: Bedauerlicherweise ist der Rechtsstreit zunächst vom Beklagten, aber in der Folge auch vom Kläger mit zahlreichen gegenseitigen Vorwürfen belastet worden, die für die Entscheidung dieses Rechtsstreits vollkommen unerheblich waren; denn für die soziale Rechtfertigung einer betriebsbedingten Kündigung kommt es überhaupt nicht darauf an, ob ein Arbeitnehmer seine Arbeit

<sup>84</sup> Vgl. statt vieler: AOK Saarland, Az.: III/1-Scha/de v. 22. 2. 1985; AA Darmstadt, Ablehnung von Konkursausfallgeld, Dokumentiert in: ZERP (Hg.), Arbeit in selbstverwalteten Betrieben: Gesellschafts- und Arbeitsvertragliche Grundlagen, Bremen 1986, S. 112 f.

<sup>85</sup> Siehe beispielhaft die Verfahren: Arbeitsgericht Lörrach, Geschäfts-Nr.: 3 Ca 230/86; Arbeitsgericht Bremen, Geschäfts-Nr.: 1 Ca 1494/84.

zufriedenstellend ausgeführt hat. Aus diesem Grund brauchte und durfte sich die Berufungskammer kein Bild davon machen, ob und in welchem Umfang die jeweils gegenseitig erhobenen Vorwürfe zutreffend sind. Aus dem gleichen Grunde kann der Kündigungsschutzprozeß im Gegensatz zu den Vorstellungen des Klägers auch kein Forum sein, um seine von ihm als angegriffen betrachtete Reputation wiederherzustellen.<sup>86</sup>

Soweit Neuling in seiner Rechtsformanalyse zu der Feststellung kommt, daß Alternativbetriebe sich im bürgerlichen Gesellschaftsrecht ihren Interessen gemäß rechtlich organisieren können, ohne daß Abstriche am demokratischen Konzept der Selbstverwaltung vorgenommen werden müssen<sup>87</sup>, ist diesem Ergebnis unter der ausschließlichen Perspektive des Gesellschaftsrechts durchaus zuzustimmen. Werden dagegen die Regelungsmechanismen der Arbeitsbeziehungen in die Analyse einbezogen, so ist das unmittelbare Demokratieprinzip im Spannungsfeld zwischen Gesellschafts-, Arbeits- und Sozialrecht nicht mehr aufrechtzuerhalten. Insofern trifft nach wie vor zu, was Engels in seiner Kritik an Feuerbach für die Epoche der bürgerlichen Herrschaft ausgeführt hat, daß nämlich »die bürgerlichen Rechtsbestimmungen nur die ökonomischen Lebensbedingungen der Gesellschaft in Rechtsform ausdrücken«, was je nach den Umständen gut oder schlecht geschehen kann<sup>88</sup>.

Für die Selbstverwaltungswirtschaft, die mit ihrer antikapitalistischen Konzeption dem Zwang unterworfen ist, sich an den Organisationsformen des Kapitals zu orientieren, erweist sich das bürgerliche Recht als schwer bewohnbares Haus. »Das bestehende Wirtschafts-, Arbeits- und Steuerrecht ist auf die Ziele und Organisationsweisen dieser ›postindustriellen‹ Kleinunternehmen nicht eingestellt. Der Vorrang sinnvoller Arbeit vor Vermögensvermehrung, Selbstverwaltung ohne dauerhafte Hierarchie, gemeinschaftliche Nutzung des Eigentums ohne individuelle Zugriffs- und Verwertungsmöglichkeiten, ein ganzheitlicher Begriff von Arbeit, der auch gemeinnützige Elemente enthält, das sind Zielsetzungen, die durch das Recht und die darauf beruhende Rechtspraxis eher behindert als unterstützt werden«<sup>89</sup>. Für die Selbstverwaltungswirtschaft erscheint das bürgerliche Recht wie eine Krücke, die ihnen eine Form des Existierens ermöglicht, ohne allerdings den Charakter einer Krücke – die Behinderung der Bewegungsfreiheit – je zu verlieren.

#### IV. Wer soll das alles ändern?<sup>90</sup>

Der empirische und theoretische Befund wirft die Frage auf, wie – unter dem Aspekt der geschilderten Statusprobleme und seinen Auswirkungen auf das Demokratieprinzip – eine widerspruchsfreie Verfassung zu konzipieren ist. Stiliert man die Selbstverwalter zu typischen Unternehmern oder Selbständigen und weist ihnen einen verbindlichen Platz im bestehenden Gesellschaftsrecht zu, um somit einen Dispens vom Arbeits- und Sozialrecht zu erteilen, wird dies weder dem Erscheinungsbild noch dem politischen Willen der Selbstverwaltung gerecht. Die wirtschaftliche Situation der Selbstverwalter liegt vielfach kränkelnd unter dem Niveau

<sup>86</sup> LAG Berlin Az.: 12 Sa 80/86.

<sup>87</sup> Neuling, a. a. O., S. 217.

<sup>88</sup> Engels, F., Marx/Engels Werke Bd. 21, Berlin 1972, S. 302.

<sup>89</sup> So ausführlich dargestellt von Holand, A., in: Höland/Daviter/Gessner, Rechtliche, steuerliche, soziale und administrative Hindernisse für die Entwicklung örtlicher Beschäftigungsinitiativen, EG-Dokument, Luxemburg, 1986, Bd. 1, S. 1 ff.

<sup>90</sup> In Anlehnung an Huber, J., (Fn. 6).

vergleichbarer Arbeitnehmer. Den landläufigen Vorstellungen eines Unternehmer-einkommens entspricht diese Lage nicht. Bleibt die Schaffung erträglicher Einkommenssätze eine der Zielsetzungen der Selbstverwaltungswirtschaft, so ist damit jedoch keine – was sich als Kennzeichen bürgerlicher Ökonomie beschreiben läßt – unermessliche Profitmaximierung gemeint. Die Selbstverwaltung hat sich dem Kostendeckungsprinzip verschrieben<sup>91</sup>, in dem Einkommenshöchstgrenzen für den einzelnen Selbstverwalter festgelegt werden, die praktisch noch nicht erreicht, insgesamt aber einem weiteren Unterscheidungsmerkmal gegenüber dem tradierten Unternehmerdasein gleichkommen.

Ist mit Hilfe der rechtsdogmatischen Mittel der einzelne Selbstverwalter unter den Arbeitnehmerbegriff zu subsumieren, verfehlt auch dieses Vorgehen die Intention des Selbstverwaltungsmodells, weil sie konzeptionell die Aufhebung des Widerspruchs zwischen Kapital und Arbeit intendiert. Die ökonomische Übermacht des Kapitals, die den Arbeitnehmer mit seiner ganzen Persönlichkeit der Gewalt des Lohnherrn unterwerfe<sup>92</sup> und bedingungslosen Gehorsam verlangt, soll durch demokratische Entscheidungsstrukturen in allen Angelegenheiten des Betriebes und der Arbeitsbeziehungen aufgehoben werden. Wer auf diese Art seine Interessen gleichberechtigt einbringen kann, braucht keinen Betriebsrat, der diese Aufgabe stellvertretend wahrnimmt.

Die Kollektivistin der Selbstverwaltung passen nicht in das gängige Bild des Kapitaleigners, der seine Heimat im Gesellschaftsrecht findet. Sie lassen sich ebensowenig in die Begrifflichkeit des Arbeitnehmers mit seinen zwingenden Rechtsfolgen einpassen. Sie stehen zwischen diesen divergierenden Positionen; ein Zustand, auf den die herrschende Rechtsordnung nicht vorbereitet ist.

Trotz der Statusprobleme sind Wege aufzuzeigen, die dem weiteren Agieren der Selbstverwaltungswirtschaft Erleichterungen verschaffen. Ansätze dazu bieten das Sozialversicherungsrecht und das Genossenschaftsrecht. Die ökonomische Lage der Selbstverwaltungswirtschaft rechtfertigt es, dem Bedürfnis der Selbstverwalter nachzukommen und sie in die Solidargemeinschaft der Einkommensschwachen, das Sozialversicherungssystem, aufzunehmen.

Höland hat hierfür zwei Lösungen entwickelt. Die Vorschrift des § 7 Abs. 1 SGB IV ließe sich um den Satz erweitern: »Als Beschäftigung gilt auch die Tätigkeit in einem selbstverwalteten Betrieb«. Der zweite Weg wäre die begriffliche Aufnahme der Selbstverwaltung in § 12 SGB IV (Definitionskatalog der Hausgewerbetreibenden, Heimarbeiter und Zwischenmeister) mit entsprechender Bezugnahme bei den jeweiligen Versicherungspflichten in der RVO<sup>93</sup>.

Das Genossenschaftsgesetz als historischer Vorläufer der Selbstverwaltungs-idee könnte im Wege einer »kleinen Genossenschaftsnovelle«<sup>94</sup> die Voraussetzungen bieten, ein annähernd widerspruchsfreies Handeln der Genossen zu erreichen. Als Zielvorgaben müßte eine Novellierung des Genossenschaftsrechts folgende Punkte beinhalten:

- vereinfachter Zugang zur Rechtsform der Genossenschaft im Hinblick auf die Prüfgutachten der Genossenschaftsverbände, der Mindestmitgliederzahl und der Fluktuation der Genossen,

<sup>91</sup> Vgl. Kück, M., *Neue Finanzierungsstrategien für selbstverwaltete Betriebe*, Frankfurt/New York, 1985, S. 23.

<sup>92</sup> Menger, A., *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, Tübingen 1972, S. 168.

<sup>93</sup> Vgl. Höland, A., in: ZERP (Fn. 84), *Abhängigkeit und Selbstverwaltung – einige Gehversuche auf arbeitsrechtlichem Neuland*, Bremen 1986, S. 155.

<sup>94</sup> Ein unveröffentlichter Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Genossenschaftsgesetzes liegt hierzu von Raetsch, M. in Zusammenarbeit mit der Bundestagsfraktion der Grünen vor.

- Demokratisierung der Genossenschaft durch Schwächung der eigenverantwortlichen Leitungsmacht des Vorstandes zugunsten einer stärkeren Generalversammlung,
- ausdrückliche Festlegungen zum Geltungsbereich arbeitsrechtlicher Vorschriften, wobei insbesondere daran zu denken wäre, den Personen-, Gesundheits- und Persönlichkeitsschutz als zwingende Schutznormen in das Genossenschaftsgesetz aufzunehmen<sup>95</sup>.

Die genannten Anhaltspunkte gesetzgeberischer Reformperspektiven können dem Selbstverwaltungsmodell nicht hier und heute zum vollständigen Durchbruch verhelfen. Dies ist aus der eigenen Sicht der Selbstverwaltung auch offensichtlich nicht nötig. Nicht die Veränderung der gesamten Gesellschaft wird in direkter Form angestrebt, »sondern die Bildung von Brückenköpfen, von Partisanen-Nestern der Emanzipation, die neues Gewebe bilden, Kerne einer Subkultur, die Metastasen produziert, mit denen nach und nach der ganze Organismus »zersetzt« also erneuert wird«<sup>96</sup>.

<sup>95</sup> Zur Arbeitsleistung der Gesellschafter so auch: Lortz, K.-G., Die Mitarbeit Unternehmensbeteiligter, Konstanz 1983, S. 529.

<sup>96</sup> Gizycki, H., in: Schwendter, R. (Hg.), Die Mühlen der Berge, München 1986, S. 52.