

ALEXANDER STÖHR

Kleine Unternehmen

Jus Privatum

Mohr Siebeck

JUS PRIVATUM

Beiträge zum Privatrecht

Band 238



Alexander Stöhr

Kleine Unternehmen

Schutz und Interessenausgleich
im Machtgefüge zwischen Arbeitnehmern,
Verbrauchern und Großunternehmen

Mohr Siebeck

Alexander Stöhr, geb. 1982; Studium der Rechtswissenschaften in Marburg; 2010 Promotion; 2012 Zulassung als Rechtsanwalt; 2017 Habilitation; nach Lehrstuhlvertretungen in Kassel und Konstanz seit 2018 Dozent für Arbeits- und Wirtschaftsrecht an der Europäischen Akademie der Arbeit in der Goethe-Universität Frankfurt a.M.

Gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft
(Projektnummer 409322087).

ISBN 978-3-16-156726-1 / eISBN 978-3-16-156727-8
DOI 10.1628/978-3-16-156727-8

ISSN 0940-9610 / eISSN 2568-8472 (Jus Privatum)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2019 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Computersatz Staiger in Rottenburg/N. aus der Minion gesetzt, von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Großbuchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Die Behandlung von kleinen Unternehmen im Recht ist von großer wirtschafts-politischer Relevanz. Die vorliegende Arbeit nimmt sich dieses interdisziplinären und facettenreichen Themas an und versucht, übergreifende konzeptionelle Zusammenhänge zu entwickeln. Herausgearbeitet werden insbesondere die verfassungsrechtlichen, ökonomischen und gerechtigkeitsgeleiteten Befugnisse, Pflichten und Grenzen für Gesetzgebung und Rechtsanwendung, kleine Unternehmen vor Kostenbelastung zu schützen und einen angemessenen Ausgleich mit den Interessen von Arbeitnehmern, Verbrauchern und Großunternehmen zu schaffen. Die Arbeit wurde im Wintersemester 2017/18 vom Fachbereich Rechtswissenschaften der Philipps-Universität Marburg als Habilitationsschrift angenommen. Rechtsprechung und Schrifttum sind bis zum 31.8.2018 berücksichtigt.

Die Arbeit hätte ich ohne den von vielen Seiten zuteil gewordenen Beistand, die freundschaftliche Atmosphäre am Lehrstuhl sowie nicht zuletzt manche glückliche Fügung nicht zum Abschluss bringen können. Mein Dank gilt daher allen Menschen, die mich auf dem Weg der Habilitation fachlich und moralisch unterstützt haben, deren vollständige namentliche Aufzählung jedoch den hiesigen Rahmen sprengen würde und wohl auch gar nicht möglich wäre.

Mein herzlicher Dank gilt an erster Stelle meinem verehrten Lehrer, Herrn Prof. Dr. *Markus Roth*. Er hat mein Interesse geweckt, über den juristischen Tellerrand zu schauen; mir erheblichen Freiraum für meine wissenschaftliche Tätigkeit eingeräumt und mich insgesamt weit über die Betreuung dieser Arbeit hinaus unterstützt. Herrn Prof. Dr. *Florian Möslein* danke ich für die Anfertigung des Zweitgutachtens. Wertvolle Anregungen verdanke ich Herrn VorsRiBAG a.D. Prof. Dr. *Friedhelm Rost* sowie einmal mehr meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. *Ralph Backhaus*. Dank gebührt zudem Herrn Prof. Dr. *Andreas Hänlein*, der mich während seiner Vizepräsidentschaft an der Universität Kassel für fünf Semester seinen Lehrstuhl mit halbem Lehrdeputat vertreten ließ und mir dadurch eine zweite akademische Heimat gegeben hat.

Dank schulde ich ferner Frau *Daniela Taudt* und Frau *Dominika Zgolik* vom Mohr Siebeck Verlag für die freundliche und qualifizierte Unterstützung bei der Veröffentlichung. Der DFG bin ich für ihre finanzielle Hilfe beim Druck dieser Arbeit dankbar.

Als letztes möchte ich meinen Eltern, *Irene* und *Reinhold Stöhr*, für alles danken. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Marburg/Frankfurt a.M., im März 2019

Alexander Stöhr

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	VII
Abbildungsverzeichnis	XXV

Erster Teil:

Einleitung

A) Problemstellung und Zielsetzung	1
B) Stand der Forschung	4
C) Methodisches Vorgehen und Gang der Untersuchung	6

Zweiter Teil:

Grundlegung

<i>1. Kapitel: Hintergrund und Schutzwürdigkeit von kleinen Unternehmen</i> .	11
§ 1 <i>Abgrenzung der Unternehmensgröße</i>	11
§ 2 <i>Rechtstatsächlicher und verhaltensökonomischer Hintergrund</i>	23
§ 3 <i>Allgemeine Schutzwürdigkeit von kleinen Unternehmen</i>	35
<i>2. Kapitel: Verwirklichung des rechtlichen Schutzes</i>	114
§ 4 <i>Historische Entwicklung des Schutzes kleiner Unternehmen</i>	114
§ 5 <i>Befugnis, Pflicht und Grenzen zum Schutz kleiner Unternehmen</i>	141

Dritter Teil:

Anwendung auf Referenzgebiete

3. Kapitel: Kleine Unternehmen im Arbeitsrecht	263
§ 6 Bestandsaufnahme und allgemeine Folgerung	265
§ 7 Größenabhängige Befreiung mittels Schwellenwerten	288
§ 8 Arbeitsrecht für Kleinunternehmer	331
4. Kapitel: Kleine Unternehmen im Bürgerlichen Recht	427
§ 9 Anwendungsbereich des Verbraucherschutzes	427
§ 10 AGB-Kontrolle von Kunden- und Lieferantenverträgen	482

Vierter Teil:

Zusammenfassung und Schlussbetrachtung

A) Ergebnisse	521
B) Ausblick	527
Literaturverzeichnis	529
Internetquellen	569
Register	571

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Abbildungsverzeichnis	XXV

Erster Teil:

Einleitung

A) Problemstellung und Zielsetzung	1
B) Stand der Forschung	4
C) Methodisches Vorgehen und Gang der Untersuchung	6

Zweiter Teil:

Grundlegung

<i>1. Kapitel: Hintergrund und Schutzwürdigkeit von kleinen Unternehmen</i> .	11
§ 1 <i>Abgrenzung der Unternehmensgröße</i>	11
A) Der Unternehmensbegriff	11
B) Ansätze zur Abgrenzung der Unternehmensgröße	13
I. Formeller (autoritätsorientierter) Ansatz	14
II. Materieller (sachlicher) Ansatz	16
1. Arbeitnehmerzahlen, Umsatz und Bilanzsumme	16
2. Rechtsform des Unternehmens	19
C) Kleine Unternehmen und Mittelstand	21
§ 2 <i>Rechtstatsächlicher und verhaltensökonomischer Hintergrund</i>	23
A) Kleine und mittlere Unternehmen in Deutschland	23
B) Existenzgründungen	27

I. Umfang der Existenzgründungen in Deutschland	27
II. Motive für und gegen eine Existenzgründung und Erfolgseinschätzung	28
III. Gründe des Scheiterns	32
C) Sozialer Hintergrund von Kleinunternehmern	34
§ 3 <i>Allgemeine Schutzwürdigkeit von kleinen Unternehmen</i>	35
A) Gründe und Voraussetzungen eines spezifischen Rechtsschutzes ..	35
I. Überblick über die Funktionen des Rechts	36
II. Individualinteressen: Schwächerenschutz im Recht	37
1. Hintergrund und Anwendungsfelder	37
2. Rechtsphilosophische und verfassungsrechtliche Legitimation	38
3. Die Bestimmung der Schutzbedürftigkeit	41
III. Kollektivinteressen	44
1. Hintergrund des Gemeinwohls	44
2. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit	46
3. Rechtsphilosophische Legitimation	47
a) Utilitarismus	48
b) Rationaler Egoismus	50
c) Angemessener Interessenausgleich	50
4. Ausgewählte Beispiele	52
a) Wirtschaftspolitik als Kollektivgut	52
b) Ökonomische Effizienz als Kollektivgut	53
5. Verhältnis zum Individualschutz	54
IV. Zwischenergebnis	55
B) Die Bestimmung der Schutzwürdigkeit von kleinen Unternehmen	56
I. Gerechtigkeitsorientierte Schutzwürdigkeit: Individuelles Schutzbedürfnis von kleinen Unternehmen ..	56
1. Betriebswirtschaftlicher Hintergrund	57
a) Stärken	57
b) Schwächen	59
aa) Kostenfaktor	59
(1) Die Kosten von gesetzlicher Regulierung	60
(2) Auswirkung auf kleine Unternehmen	61
bb) Risikofaktor	65
cc) Rollenfaktor	65
dd) Erfahrungsfaktor	66
ee) Unterlegenheitsfaktor	68

2.	Auswirkungen auf die Schutzwürdigkeit	69
a)	Verhältnismäßig stärkere Belastung	69
b)	Erfahrungsdefizite	70
c)	Unterlegenheit gegenüber Großunternehmen	71
II.	Ökonomische Schutzwürdigkeit: Volkswirtschaftliche	
	Bedeutung von kleinen Unternehmen	74
1.	Auffassungen der politischen Entscheidungsträger	74
a)	Nationale Ebene	75
b)	Europäische Ebene	76
2.	Historische Entwicklung der Forschung	77
3.	Übergreifende Würdigung	79
a)	Volkswirtschaftliche Bewertung von kleinen Unternehmen	
	im Allgemeinen	79
aa)	Quantitatives Argument	80
bb)	Arbeitsmarkt	82
cc)	Wettbewerb	84
dd)	Innovation	84
ee)	Wachstum und Stabilisierung	85
b)	Sonderfall: Neugründungen	86
c)	Sonderfall: Solo-Selbständige	87
d)	Marktversagen	88
4.	Auswirkungen auf die Schutzwürdigkeit	89
III.	Soziale Schutzwürdigkeit	91
1.	Gesellschaftliche Bedeutung von kleinen Unternehmen	91
2.	Interessen der Arbeitnehmer: Die Qualität der Arbeit	
	in kleinen Unternehmen	94
a)	Arbeitszufriedenheit	94
b)	Arbeitsbedingungen	95
aa)	Arbeitsplatzsicherheit	95
bb)	Vergütung und Sozialleistungen	96
c)	Ergebnis	97
C)	Grundlegende Schlussfolgerungen	98
I.	Zu kleinen Unternehmen im Allgemeinen	98
1.	Prinzipielle Schutzwürdigkeit	98
2.	Kein Schutz um jeden Preis	101
3.	Die Befugnis des Gesetzgebers zur Typisierung	101
4.	Rechtstheoretische Einordnung des Schutzes	104
a)	Bezugspunkt	104
b)	Verhältnis	106
c)	Absoluter versus relativer Schutz	106
d)	Individueller versus genereller Schutz	108
e)	Negativer versus positiver Schutz	109

II. Zu Neugründungen: Erforderlichkeit einer ideellen Neuausrichtung?	110
D) Zusammenfassung	112
2. Kapitel: Verwirklichung des rechtlichen Schutzes	114
§ 4 Historische Entwicklung des Schutzes kleiner Unternehmen	114
A) Einführung	114
B) Entwicklung in Deutschland	115
I. Vom Mittelalter bis zur frühen Neuzeit	115
1. Entwicklung der selbständigen Erwerbstätigkeit	115
2. Zünfte: Wirtschaftlicher und sozialer Schutz für Handwerker	116
II. 19. Jahrhundert bis zur Reichsgründung (1871)	118
1. Entwicklung der selbständigen Erwerbstätigkeit	118
2. Entstehung der sozialen Frage	120
3. Schutzmaßnahmen	120
III. Kaiserreich (1871–1918)	121
1. Entwicklung der selbständigen Erwerbstätigkeit	121
a) Rechtstatsächlicher Hintergrund und volkswirtschaftliche Bedeutung	121
b) Zunehmende wirtschaftliche Probleme	123
2. Schutzmaßnahmen	125
a) Einrichtung von Interessenvertretungen und Zulassungsbeschränkungen	126
b) Einführung der Warenhaussteuer	127
c) Einführung des Wettbewerbsrechts	127
IV. Weimarer Republik (1919–1933)	128
1. Entwicklung der selbständigen Erwerbstätigkeit	128
2. Mittelstandsideologie	130
3. Schutzmaßnahmen	131
a) Verankerung des Mittelstandsschutzes in der Verfassung .	131
aa) Art. 164 WRV: Hintergrund und Interpretation	131
bb) Politische Bedeutung und einzelne Umsetzungsmaßnahmen	133
b) Interessenvertretungen	134
V. Drittes Reich (1933–1945)	135
VI. Nachkriegszeit und Bundesrepublik (ab 1945)	137
C) Zusammenfassung und Fazit	138

§ 5	<i>Befugnis, Pflicht und Grenzen zum Schutz kleiner Unternehmen</i>	141
A)	Einführung	141
B)	Rechtsprechungsanalyse: Die Bedeutung von kleinen Unternehmen in der juristischen Argumentation	141
	I. Europäischer Gerichtshof	142
	II. Reichsgericht, Bundesgerichtshof und Bundesarbeitsgericht	144
	III. Instanzgerichte	147
	IV. Fazit	149
C)	Verfassungsrechtlicher Ansatz	150
	I. Verfassungsimmanente Vorgaben?	150
	II. Berufs- und Unternehmerfreiheit, Art. 12, 14 GG	153
	1. Abwehrrecht	153
	a) Schutzbereich	153
	b) Eingriff und verfassungsrechtliche Rechtfertigung	154
	aa) Grundlagen	154
	bb) Ausgewählte Anwendungsfälle	155
	(1) Freistellungskosten	155
	(2) Pflicht zur Beschäftigung schwerbehinderter Menschen und zur Zahlung einer Ausgleichs- abgabe	157
	(3) Rauchverbot in Gaststätten	158
	2. Schutzpflichten zugunsten kleiner Unternehmen?	158
	III. Gleichbehandlungsgrundsatz, Art. 3 GG	159
	1. Grundlagen	160
	2. Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichem	161
	3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	164
	a) Verhältnis der kleinen Unternehmen zu Arbeitnehmern	165
	b) Verhältnis der kleinen Unternehmen zu größeren Unternehmen	167
	IV. Vertragsfreiheit	168
	V. Sonderproblem: Schutz vor Konkurrenz	169
	1. Grundsatz: Kein subjektive Recht	169
	2. Legitimes Ziel	170
	VI. Umsetzung in der Rechtsanwendung	172
	1. Gesetzesauslegung	173
	2. Richterliche Rechtsfortbildung	175
	VII. Zusammenfassung	175

D) Ökonomischer Ansatz	176
I. Grundlagen der Folgenorientierung	176
1. Bestimmung und Bewertung der Entscheidungsfolgen .	177
2. Effizienz als ökonomisches Bewertungskriterium	180
a) Nutzensumme	180
b) Wohlfahrtsökonomische Effizienzkriterien	180
aa) Pareto-Kriterium	180
bb) Kaldor/Hicks-Kriterium	181
(1) Grundlagen	181
(2) Bewertung der Vor- und Nachteile für die Betroffenen	183
cc) Reichtumsmaximierungsprinzip	184
II. Die Effizienz des Schutzes von kleinen Unternehmen	184
1. Folgerungen aus der Nutzensumme: Die Studie von Bradford	185
a) Der Nutzen von gesetzlicher Regulierung	185
b) Effizienz nach dem Kosten-Nutzen-Verhältnis	186
aa) Lineare Kosten-Nutzen-Funktionen	186
bb) Nichtlineare Kosten- Nutzen-Funktionen	187
c) Die Bestimmung der Größe	188
d) Die Transaktionskosten von größenabhängigen Befreiungen	188
2. Folgerungen aus dem Kaldor/Hicks-Kriterium	190
III. Rechtliche Umsetzung	193
1. Gesetzgeber	193
a) Folgenorientierung in der Gesetzgebung	194
b) Speziell: Orientierung an ökonomischen Gesichtspunkten	194
aa) Verfassungsrechtliche Pflicht?	195
bb) Verfassungsrechtliche Grenzen	196
2. Rechtsprechung	198
a) Folgenorientierung in der Rechtsanwendung	198
b) Kriterien zur Folgenbewertung	201
aa) Effizienz	201
bb) Spezifisch arbeitsrechtliche Kriterien	203
c) Rechtsmethodische Realisierbarkeit	206
aa) Möglichkeiten und Grenzen der juristischen Methodenlehre	206
bb) Stichhaltigkeit von ökonomischen Argumenten	209
cc) Gerichtliche Nachprüfbarkeit	213
IV. Zusammenfassung	215

E) Rechtsphilosophischer Ansatz	216
I. Gerechtigkeit	216
1. Grundlagen	216
a) Hintergrund des Gerechtigkeitsgebots	217
aa) Rechtliche Verankerung	217
bb) Zuständigkeit für die Verwirklichung	218
b) Inhalt des Gerechtigkeitsgebots	220
aa) Gleichheit	221
bb) Umverteilung (iustitia distributiva)	221
(1) Inhalt der Verteilungsgerechtigkeit und ihre Anwendung auf kleine Unternehmen	222
(a) Sozialer Ausgleich von Schwächen	224
(aa) Rechtsphilosophische Ableitung	224
(bb) Gegenstand der Verteilung	226
(cc) Kritische Würdigung	226
(dd) Verteilungsgerechtigkeit und Effizienz ...	229
(b) Sozialer Ausgleich von Ungleichheiten	230
(aa) Kosten-Nutzen-Verhältnis	230
(bb) Sozialstaatsprinzip	231
(2) Verteilungsmedium	233
(3) Verteilungsinstanz	236
(4) Verteilungsmaßstab	238
cc) Interessenausgleich	240
(1) Angemessenheitskriterien und Abwägungsfehler .	241
(2) Vergleichender statt transzendentaler Ansatz	243
(3) Schlussfolgerungen	244
(a) Gerechtigkeit und One Right Answer Thesis ..	244
(b) Gerechtigkeit und Abwägungsverbote	245
dd) Menschenrechte	246
2. Umsetzung in der Rechtsanwendung	246
a) Gerechtigkeitsorientierte Argumentation in der Rechtsprechung	246
b) Möglichkeiten und Grenzen der juristischen Methodenlehre	249
aa) Gesetzesauslegung	249
bb) Richterliche Rechtsfortbildung	252
c) Gerichtliche Nachprüfbarkeit	253
2. Zusammenfassung	254
II. Freiheit	254
1. Der „Capability Approach“ von Sen	255
2. Folgerung für kleine Unternehmen	255
F) Zusammenfassung und Fazit	256

Dritter Teil:

Anwendung auf Referenzgebiete

3. Kapitel: Kleine Unternehmen im Arbeitsrecht	263
§ 6 Bestandsaufnahme und allgemeine Folgerung	265
A) Funktionen des Arbeitsrechts und Arbeitnehmerbegriff	265
I. Legitimation des Arbeitsrechts: Die traditionelle Sichtweise	267
1. Machtungleichgewicht	268
2. Abhängigkeit	271
II. Wirtschaftliche und verfassungsrechtliche Rahmen- bedingungen	273
B) Defizite des Arbeitsrechts und ihre Folgen	274
I. Intransparenz	274
II. Statik	277
III. Auswirkungen auf die Unternehmen	277
1. Rechtsunsicherheitsbedingte Erhöhung der Kosten	278
2. Beeinträchtigung der Rechtstreue	279
C) Allgemeine Folgerung: Deregulierung des Arbeitsrechts	281
I. Grundprobleme einer Deregulierung	282
II. Generelle Lösungsansätze	283
1. Liberalisierung der arbeitsvertraglichen Ebene	284
2. Klarheit und Bestimmtheit der Gesetzgebung	285
III. Sonderproblem: Verfassungsmäßigkeit einer Deregulierung des Kündigungsschutzes	286
§ 7 Größenabhängige Befreiung mittels Schwellenwerten	288
A) Die wichtigsten Schwellenwerte im deutschen Arbeitsrecht	289
B) Ökonomische Analyse von Schwellenwerten	290
I. Theoretische Untersuchung	291
II. Empirische und vergleichende Untersuchung	293
1. Deutschland	293
2. Portugal	295
3. Frankreich	296
4. Italien	296
5. Fazit	297
C) Plädoyer für eine Neukonzeption	297
I. Bewertungen in der Literatur	297

II. Eigene Würdigung	298
1. Anknüpfungspunkt von Schwellenwerten	298
a) Umsatz und Bilanzsumme als Alternative zu Arbeitnehmerzahlen?	298
b) Unternehmen als primärer Anknüpfungspunkt	299
2. Streuung von Schwellenwerten	300
3. Vereinheitlichung	301
4. Der Schwellenwert des § 23 KSchG	302
a) Gründe für die Abschwächung des Kündigungsschutzes in kleinen Unternehmen	303
aa) Individuelle Interessen	304
(1) Kosten des Unternehmens	304
(2) Näheverhältnis und Unternehmerautonomie	307
(a) Moralische Dimension	307
(b) Ökonomische Dimension	308
bb) Kollektive Interessen	310
b) Schlussfolgerungen	312
aa) Verfassungsmäßigkeit der gegenwärtigen Regelung	312
bb) Höhe des Schwellenwertes	314
cc) Anknüpfung an das persönliche Mitwirken des Arbeitgebers	316
dd) Anknüpfung an das Unternehmen	316
ee) Abfindungssystem als Alternative	319
5. Der Schwellenwert des § 1 BetrVG	321
a) Ökonomischer Hintergrund	321
b) Kritik und Reformvorschläge: Betriebsverfassung für Kleinunternehmen?	322
6. Schwellenwerte in Tarifverträgen	324
7. Alternativen zu größenabhängigen Befreiungen	326
a) Ausgleichs- und Umlageverfahren	326
aa) Umlage zugunsten kleiner Unternehmen	326
bb) Exkurs: Tarifliche Ausbildungskostenumlage für Solo-Selbständige	328
b) Subventionierung	330
D) Zusammenfassung	331
§ 8 <i>Arbeitsrecht für Kleinunternehmer</i>	331
A) Rechtshistorischer und ökonomischer Hintergrund	332
I. Fokussierung des Arbeitsrechts auf Arbeitnehmer	332
II. Die heutigen Formen von Arbeitsbeziehungen	334
1. Wirtschaftliche Entwicklung	334
2. Systematisierung	335
III. Folgen für die Anwendung des Arbeitsrechts	336

B) Arbeitsrechtlicher Schutz von Selbständigen:	
Die gegenwärtige Regelung	338
I. Ebene der Internationalen Organisationen	338
II. Europäische Ebene	341
1. Prinzipielle Fokussierung auf Arbeitnehmer	341
2. Schutz von Handelsvertretern	342
3. Reformbestrebungen	343
a) Der Supiot-Report von 1999	343
b) Der Perulli-Report von 2002	344
c) Das Grünbuch der Europäischen Kommission von 2006 ..	345
d) Kompetenzen und Schranken für eine Ausdehnung des Arbeitsrechts auf Selbständige	347
III. Nationale Ebene	350
1. Schutz von Handelsvertretern	350
a) Die Einschätzung des Gesetzgebers zur Schutz- bedürftigkeit	350
b) Rechtliche Umsetzung des Schutzes	351
c) Handelsvertreterrecht als Vorbild für den Schutz von kleinen Unternehmen?	352
2. Entgeltsicherung	354
a) Mindestvergütung	354
b) Zahlungsverzug und Zahlungsunfähigkeit	356
3. Die Kategorie der Arbeitnehmerähnlichen	357
a) Begriffsbestimmung	357
b) Anwendungsbereich	358
IV. Grundlegende Schlussfolgerungen	359
1. Verfassungsrechtlicher Ansatz: Art. 3 Abs. 1 GG	359
a) Rechtlich relevante Ungleichbehandlung	360
b) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	363
aa) Grundsätzliche Anforderungen	363
bb) Erforderlichkeit der persönlichen Abhängigkeit	363
2. Ökonomischer Ansatz: Volkswirtschaftliche Folgen	365
3. Gerechtigkeitsorientierter Ansatz: Gleichheit, Interessenabwägung und Umverteilung	366
4. Ergebnis	367
C) Arbeitsrechtlicher Schutz von Selbständigen in anderen Rechtsordnungen	368
I. Rechtslage in anderen EU-Ländern	368
1. Vereinigtes Königreich	368
2. Niederlande	371
3. Italien	372
4. Spanien	372

5. Portugal	373
6. Frankreich	373
II. Auswertung	375
D) Versuch einer Lösung	376
I. Ausgangspunkt: Eingeschränkte Konsensfähigkeit grundlegender Änderungen	376
II. Lösungsmöglichkeiten	378
1. Vollständige Neukonzeption des Arbeitsrechts	378
a) Der Ansatz von Freedland: Arbeitsrecht für alle persönlich Arbeitenden	378
aa) Herleitung	378
bb) Regelungsvorbilder und ähnliche Vorschläge	381
cc) Bewertung	382
b) Der Ansatz von Carlson: Anknüpfung des Arbeitsrechts an die Transaktion	384
c) Der Ansatz von Deakin und Fudge: Anknüpfung des Arbeitsrechts an den Arbeitgeber	385
d) Der Ansatz von Langille: Verwirklichung menschlicher Freiheit	386
aa) Herleitung	386
bb) Bewertung	388
2. Ausdehnung des gesamten Arbeitsrechts auf alle wirtschaftlich Abhängigen	389
a) Begründungsversuche und Kritik	390
b) Rechtliche Umsetzungsmöglichkeiten	392
aa) De lege lata	392
(1) Möglichkeit einer Analogie?	392
(2) Modifikation des Arbeitnehmerbegriffs	393
(a) Anknüpfung an wirtschaftliche Abhängigkeit ..	393
(aa) Rechtsvergleich	395
(bb) Stellungnahme	398
(b) Modifikation der persönlichen Abhängigkeit ..	399
bb) De lege ferenda: Ausdehnung des Anwendungs- bereichs	400
3. Punktuelle Anwendung des Arbeitsrechts auf eine mittlere Kategorie	401
a) Begründungsversuche und Kritik	402
b) Definition und Ausgestaltung der mittleren Kategorie	403
c) Mögliche Schutzmaßnahmen	405
aa) Entgeltsicherung	407
(1) Gesetzliche Mindestvergütung	407
(2) Ausweitung von kollektiven Vergütungsregeln	410
bb) Pflichtmitgliedschaft in den Sozialversicherungs- systemen	411
cc) Kündigungsschutz	413

(1) Erfordernis eines sachlichen Grundes	413
(2) Willkürverbot	415
(3) Kündigungsfrist	415
4. Verstärkter Schutz für bestimmte Berufsgruppen und Beschäftigungsformen	417
a) Vor- und Nachteile dieser Lösung	418
b) Anwendungsbeispiel: Crowdworker	418
aa) Hintergrund	419
bb) Rechtliche Einordnung	421
cc) Regelungsbedürfnis und Regelungsvorschläge	422
III. Ergebnis	424
E) Zusammenfassung	425
4. Kapitel: Kleine Unternehmen im Bürgerlichen Recht	427
§ 9 Anwendungsbereich des Verbraucherschutzes	427
A) Grundlagen des Verbraucherschutzrechts	427
I. Ziele	429
1. Individualinteressen	429
a) Schutz des freien Willens	429
b) Schutz des Schwächeren	430
aa) Konzeption des strukturell unterlegenen Verbrauchers	430
bb) Modell des situativ schutzbedürftigen Verbrauchers ..	433
cc) Kombinationsmodell	434
2. Kollektivinteressen	434
a) Herstellung von Effizienz	434
b) Verwirklichung des Binnenmarktes und Generierung von Nachfrage	436
II. Europarechtlicher Hintergrund	436
B) Kleine Unternehmen in der Dichotomie von Verbrauchern und Unternehmen	439
I. Ressourcen	439
II. Information	442
III. Erkenntnisvermögen	445
1. Die wichtigsten kognitiven Schwächen	446
a) Überoptimismus und Selbstüberschätzung	446
b) Verfügbarkeit	446
c) Kognitive Dissonanz	447
d) Bedauernsaversion	448
e) Status-Quo-Effekt und Endowment-Effekt	448
f) Ankereffekt	449
2. Die Auswirkungen auf Kleinunternehmer	449

IV. Grundlegende Schlussfolgerungen	451
1. Verfassungsrechtlicher Ansatz: Art. 3 Abs. 1 GG	451
2. Ökonomischer Ansatz: Volkswirtschaftliche Folgen	452
3. Gerechtigkeitsorientierter Ansatz: Gleichheit, Interessenabwägung und Umverteilung	454
C) Herausnahme von Kleinunternehmern aus dem Verpflichtungsbereich des Verbraucherschutzes	455
I. De lege lata	456
II. De lege ferenda	457
1. Der Vorschlag von Zöllner	457
2. Stellungnahme	458
D) Einbeziehung von Kleinunternehmern in den Begünstigungsbereich des Verbraucherschutzes	459
I. De lege lata	459
1. Grundsatz: Keine Verbrauchereigenschaft bei gewerblichem Handeln	459
2. Scheinselbständige und Arbeitnehmerähnliche	460
3. Existenzgründer	461
a) Sachargumente	463
b) Autoritätsargumente	465
aa) Wortlaut	465
bb) Umkehrschluss zu § 513 BGB	465
cc) Entstehungsgeschichte	467
c) Zwischenergebnis	468
d) Analogie zu § 513 BGB	468
II. De lege ferenda	469
1. Behandlung aller Unternehmer als Verbraucher	469
2. Behandlung aller Kleinunternehmer als Verbraucher ...	470
3. Entwicklung eines beweglichen Systems	471
a) Einzelfallbezogene Anwendung des Verbraucherschutzes .	473
b) Behandlung aller Existenzgründer als Verbraucher	475
c) Kleinunternehmer als mittlere Kategorie: Punktuelle Anwendung des Verbraucherschutzes	475
aa) Mögliche Anwendungsbereiche	477
(1) Verbraucherkreditrecht	477
(2) Sonstige Bereiche	478
bb) Definition der mittleren Kategorie	479
cc) Ergebnis und Regelungsvorschlag	481
E) Zusammenfassung	482

§ 10	AGB-Kontrolle von Kunden- und Lieferantenverträgen	482
A)	Grundlagen der AGB-Kontrolle im Bürgerlichen Recht	484
	I. Bedeutung von AGB im Rechts- und Wirtschaftsleben	484
	II. Zweck der AGB-Kontrolle	484
	III. Ökonomische Auswirkungen der AGB-Kontrolle	486
	IV. Grundlegende Schlussfolgerung im Hinblick auf kleine Unternehmen	487
B)	AGB-Kontrolle gegenüber Verbrauchern	488
	I. Tatbestandsseite	489
	1. Unternehmensgröße auf Verwenderseite als Abwägungsfaktor	489
	2. Bestimmung der Transparenz i.S.v. § 307 Abs. 1 S. 2 BGB	491
	II. Rechtsfolgenseite: Abmilderung der Fehlerfolge	494
	1. Keine geltungserhaltende Reduktion außerhalb des Arbeitsrechts	494
	2. Zur ergänzenden Vertragsauslegung	495
	3. Zum Vertrauensschutz	496
C)	AGB-Kontrolle gegenüber Unternehmen	496
	I. Grundlagen	496
	1. Die Regelung des § 310 Abs. 1 BGB und ihre Anwendung in der Rechtsprechung	496
	2. Teleologische Legitimation	497
	II. Kleine Unternehmen im unternehmerischen Rechtsverkehr: Problempunkte und Lösungsvorschläge ...	498
	1. Durchführung der AGB-Kontrolle	499
	a) Unternehmensgröße auf Vertragspartnerseite als Abwägungsfaktor	499
	aa) Ausgangspunkt: Überindividuell generalisierende Betrachtung	499
	bb) Berücksichtigungsfähigkeit der Interessen von Kleinunternehmern	501
	b) Modifikation des Prüfungsprogramms	506
	2. (Partielle) Abschaffung der AGB-Kontrolle	507
	a) Vollständige Abschaffung	508
	b) Größenabhängige Befreiung	509
	c) Beschränkung auf branchenfremde Geschäfte	512
	d) Beschränkung auf inländische Geschäfte	512
	e) Ausschluss bei individualvertraglichem Verzicht	512
	3. Modifikation des AGB-Begriffs	513
	4. Anforderungen an eine Individualvereinbarung	516
D)	Zusammenfassung	517

Vierter Teil:

Zusammenfassung und Schlussbetrachtung

A) Ergebnisse	521
B) Ausblick	527
Literaturverzeichnis	529
Internetquellen	569
Register	571

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1: Methodische Zulässigkeit verfassungsorientierter Argumente	175
Abbildung 2: Lineare Kosten-Nutzen-Funktionen	186
Abbildung 3: Nichtlineare Kosten-Nutzen Funktionen	187
Abbildung 4: Effizienz von größenabhängigen Befreiungen	189
Abbildung 5: Methodische Zulässigkeit ökonomischer Argumente	208
Abbildung 6: Methodische Zulässigkeit gerechtigkeitsorientierter Argumente	251
Abbildung 7: Crowdfunding	419

Erster Teil:

Einleitung

A) Problemstellung und Zielsetzung

Das deutsche Recht ist nach Art. 3 Abs. 1 GG dem Gleichheitsgedanken verpflichtet. Gleiches gilt für das europäische Recht, wie Art. 18 AEUV und insbesondere Art. 20 der Grundrechte-Charta zum Ausdruck bringen. Deutsche und europäische Vorschriften gelten für alle Rechtssubjekte gleichermaßen, unabhängig von deren Geschlecht, Alter oder Vermögen. Dies gilt auch für das Zivilrecht, das historisch auf den Ideen des klassischen Liberalismus und damit auf dem Grundsatz formaler Gleichheit beruht.¹ Eine Durchbrechung erfährt dieser Grundsatz dadurch, dass verschiedenen Gruppen von Marktteilnehmern ein spezieller rechtlicher Schutz gewährt wird. Dazu gehören insbesondere Arbeitnehmer und Verbraucher, denen mit Arbeitgeber bzw. Unternehmer ein Vertragspartner gegenüber steht, der nach der gesetzlichen Vorstellung wirtschaftlich überlegen ist. Nun sind Arbeitgeber bzw. Unternehmen aber keineswegs nur große, vielleicht sogar grenzüberschreitend tätige Organisationen, sondern z.B. auch kleine Handwerksbetriebe, Gaststätten oder Physiotherapiepraxen.² Die Inhaber von kleinen Unternehmen stellen sich als Rechtssubjekte je nach Perspektive unterschiedlich dar: Gegenüber ihren Arbeitnehmern und Kunden treten sie als Arbeitgeber bzw. Unternehmer auf, die wegen ihrer (vermeintlichen) Überlegenheit von arbeits- und verbraucherschutzrechtlicher Regulierung betroffen sind.³ Im Rechtsverkehr mit Großunternehmen erscheinen sie hingegen wirtschaftlich unterlegen⁴ und eher mit Verbrauchern als mit Topmanagern vergleichbar.⁵ Diese Position zwischen Arbeitnehmern und Verbrauchern auf der

¹ Vgl. *Staudinger/Richardi/Fischinger*, BGB, Bearb. 2016, A. Geschichtliche Grundlagen und Entwicklung des Arbeitsrechts, Rn. 104 ff.; *Neuner*, Privatrecht und Sozialstaat, 1999, S. 274; *Wolf/Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 11. Aufl. 2016, § 10 Rn. 42; *Wesel*, Geschichte des Rechts, 4. Aufl. 2014, S. 468.

² Dazu aus arbeitsrechtlicher Sicht schon *Hueck/Nipperdey*, Lehrbuch des Arbeitsrechts I, 7. Aufl. 1963, S. 88.

³ Vgl. *Davies/Freedland*, in: Collins/Davies/Rideout, *The Legal Regulation of the Employment Relation*, 2000, S. 267 (269).

⁴ Zur wirtschaftlichen Unterlegenheit gegenüber größeren Unternehmen näher unten § 3 B) I. 1. b) ee).

⁵ Zur Verbraucherähnlichkeit näher unten § 10 B).

einen Seite und Großunternehmen auf der anderen Seite zeigt, dass sich kleine Unternehmen nicht ohne weiteres in die gesetzliche Gegenüberstellung von Arbeitgeber und Arbeitnehmer⁶ bzw. Unternehmer und Verbraucher einfügen.⁷ Mit Recht weist *Larry Garvin* darauf hin, dass

„[...] these dichotomies – consumer versus non-consumer, merchant versus non-merchant, and, worst of all, consumer versus merchant – are false, because small businesses do not fall cleanly into any of these categories.“⁸

Angeichts dieser Sonderstellung ist fraglich, ob ihnen gegenüber der gleiche Arbeitnehmer- und Verbraucherschutz zu legitimieren ist wie gegenüber größeren Unternehmen, und ob sie ihrerseits spezifischen rechtlichen Schutzes bedürfen. Die gesetzliche Regulierung ist für sie ohne rechtliche Beratung nicht immer zu durchschauen und bürdet ihnen eine erhebliche Kostenlast auf, und im Hinblick auf Geschäftserfahrung und wirtschaftliche Macht erscheinen Kleinunternehmer häufig arbeitnehmer- bzw. verbraucherähnlich.⁹ *Garvin* beschreibt dies wie folgt:

„In many ways, they most resemble consumers and non-merchants in their abilities to deal with risk, whether financially or cognitively, to secure and process information, and to fend for themselves in the market. Nevertheless they are generally – almost invariably – treated like merchants. Small businesses thus get the worst of each dichotomy. In their dealings with consumers, small businesses must give protections based on asymmetries that may not exist. In their dealings with larger businesses, small businesses are treated as though the parties are essentially equal, which will not usually be true save in the most formal sense.“¹⁰

Diese Ausgangslage wird in der vorliegenden Arbeit zum Anlass genommen, den Schutz von kleinen Unternehmen im Recht grundlegend zu untersuchen und einen angemessenen Interessenausgleich im Machtgefüge zwischen Arbeitnehmern, Verbrauchern und Großunternehmen zu schaffen. Auf dieser Grundlage werden sowohl gesetzliche Regelungsvorschläge als auch Argumentationsmuster und Auslegungsergebnisse für die Rechtsanwendung entwickelt. Die allgemeinen Grundlagen sollen rechtsgebietsübergreifend erarbeitet werden und sodann im besonderen Teil der Arbeit auf ausgewählte Bereiche des Arbeitsrechts und des Bürgerlichen Rechts angewandt werden. Eine Begrenzung auf exemplarische Anwendungsbereiche erscheint geboten, weil weder ein Handbuch noch eine Ausbreitung über mehrere Bände angestrebt wird. Dies wäre jedoch kaum zu vermeiden, wenn auch das Gesellschafts-, Kartell- und Steuerrecht einbezo-

⁶ Zum überkommenen Lagerdenken im Arbeitsrecht siehe *Rieble*, FS Adomeit, 2008, S. 619 ff.

⁷ *Freilich/Webb*, University of Western Australia Law Review 2013, 134 (138).

⁸ *Garvin*, 40 Wake Forest Law Review [2005], 295 (296 f.).

⁹ Dazu eingehend unten § 3 B) I. 1. b); speziell zur Verbraucherähnlichkeit § 9 B).

¹⁰ *Garvin*, 40 Wake Forest Law Review [2005], 295 (297).

gen oder spezielle Vertragstypen wie Vertragshändler oder Franchisenehmer erörtert würden.¹¹ Die hier behandelten Referenzgebiete wurden im Hinblick darauf gewählt, dass sie die rechtliche Beziehung von Kleinunternehmern zu den anderen Privatrechtssubjekten regeln, in denen das wirtschaftliche Machtgefüge in besonderem Maße virulent wird. So stellt sich im Arbeitsrecht nicht nur die Frage, inwieweit Kleinunternehmer von den – für sie belastenden – arbeitnehmerschützenden Vorschriften auszunehmen sind, sondern auch, ob im Verhältnis zu ihren Auftraggebern eine Einbeziehung in arbeitnehmerschützende Vorschriften anzustreben ist. Im Bürgerlichen Recht sind es der Verbraucherschutz und die AGB-Kontrolle, die jeweils gesondert für das Verhältnis von Kleinunternehmern zu Verbrauchern und zu größeren Unternehmen zu untersuchen sind: Im Verbraucherschutzrecht stellt sich ebenso wie im Arbeitsrecht die Frage, ob Kleinunternehmer von seinem Verpflichtungsbereich ausgenommen bzw. in den Begünstigungsbereich einzubeziehen sind, und im Rahmen der AGB-Kontrolle fragt sich, inwieweit den Besonderheiten von kleinen Unternehmen gegenüber Verbrauchern einerseits und größeren Unternehmen andererseits Rechnung getragen werden kann. Bereiche, die wie z.B. das Steuerrecht die Beziehung von kleinen Unternehmen zum Staat betreffen, werden demgegenüber ausgespart.

Ebenso ausgespart werden mittelgroße Unternehmen. Diese werden zwar häufig gemeinsam mit kleinen Unternehmen unter dem Akronym „KMU“ genannt. Namentlich in der ökonomischen Literatur wird es als sinnvoll erachtet, kleine und mittelgroße Unternehmen als eine Gruppe anzusehen und diese gegenüber den großen Unternehmen abzugrenzen.¹² Für eine solche Gegenüberstellung wird angeführt, dass die Gestaltungsempfehlungen überwiegend in Form von Tendenzaussagen zu erwarten sind. Zudem könne man auf die Ziehung strenger Klassengrenzen verzichten und ohne weiteres mehrere Merkmale zur Beurteilung der Unternehmensgröße heranziehen.¹³ Über die Vielzahl der Merkmale wie Organisation, Produktion und Finanzierung könne eine möglichst genaue Charakterisierung der beiden Unternehmenstypen erreicht werden.¹⁴ Zudem könne man für ein konkretes Unternehmen leichter beurteilen, ob es insgesamt oder in bestimmten Bereichen eher dem typischen KMU oder dem typischen Großunternehmen entspricht.¹⁵ Auch wenn dieser Erwägungen in ökonomischer Hinsicht einleuchten, spricht für den hiesigen Ansatz, dass unter

¹¹ Zu den kleine Unternehmen betreffenden Rechtsgebieten *Seifert*, Der Schutz kleiner und mittlerer Unternehmen im deutschen und europäischen Wirtschaftsrecht, 2006, S. 8 f.

¹² *Bergmann*, Unternehmensgröße und technischer Fortschritt, 1972, S. 22 f.; *Pfohl*, in: *Pfohl*, Betriebswirtschaftslehre der Mittel- und Kleinbetriebe, 4. Aufl. 2006, S. 1 (17).

¹³ *Pfohl*, in: *Pfohl*, Betriebswirtschaftslehre der Mittel- und Kleinbetriebe, 4. Aufl. 2006, S. 1 (17).

¹⁴ *Günzel*, Das betriebswirtschaftliche Größenproblem kleiner und mittlerer industrieller Unternehmen, 1975, S. 38.

¹⁵ *Pfohl*, in: *Pfohl*, Betriebswirtschaftslehre der Mittel- und Kleinbetriebe, 4. Aufl. 2006, S. 1 (17).

mittleren Unternehmen zumeist Unternehmen mit mehr als 50 Arbeitnehmern verstanden werden (dazu sogleich im Text). Damit überschreiten sie die meisten Schwellenwerte, mit denen kleine Unternehmen von bestimmten Regulierungen ausgenommen werden sollen, sodass sie nach der Wertung des Gesetzgebers nicht in gleichem Maße schutzwürdig sind. In der Tat besteht zwischen einem Unternehmen, das mehr als 50 Arbeitnehmer beschäftigt, und einem Einmannunternehmen augenscheinlich ein qualitativer Unterschied. Angesichts dessen erscheint eine einheitliche Behandlung in einer rechtswissenschaftlichen Untersuchung nicht sinnvoll.

B) Stand der Forschung

In ökonomischer Hinsicht werden kleine Unternehmen bereits seit dem 19. Jahrhundert ausgiebig erforscht.¹⁶ Die entsprechenden Ergebnisse und Theorien werden jedoch in der Rechtswissenschaft häufig unreflektiert aufgegriffen und dem juristischen Standpunkt ohne empirische Fundierung und wirtschaftswissenschaftliche Quellenangaben zugrunde gelegt.¹⁷ Ökonomen kritisieren dies als bloße Behauptung von Klischees.¹⁸ Insoweit besteht daher noch ein breiter Raum für einen interdisziplinären Ansatz, der die ökonomischen Erkenntnisse für eine kritische Überprüfung der geläufigen Prämissen und die Erarbeitung neuer rechtlicher Lösungsvorschläge fruchtbar macht. Im Arbeitsrecht wurde eine Differenzierung des Arbeitnehmerschutzes nach der Unternehmensgröße letztmals auf dem Deutschen Juristentag 2004 in größerem Umfang erörtert, das vorbereitende Gutachten von *Abbo Junker* geht kurz auf die Schutzbedürftigkeit von kleinen Unternehmen ein und befasst sich sodann mit arbeitsrechtlichen Schwellenwerten, Kündigungsschutz, Betriebsverfassung und Tarifrecht.¹⁹ Aktueller, allerdings auf Solo-Selbständige begrenzt ist die kurze Monographie von *Olaf Deinert*.²⁰ Den Schutz von kleinen Unternehmen speziell im Wirtschaftsrecht hat *Achim Seifert* in seiner unveröffentlichten Habilitationsschrift behandelt.²¹ Die allgemeinen, übergreifenden Grundlagen des Themas sind bislang

¹⁶ v. *Schmoller*, Zur Geschichte der deutschen Kleingewerbe im 19. Jahrhundert. Statistische und nationalökonomische Untersuchungen, 1870, S. 659 ff.; heute etwa *Acs*, Are Small Firms Important?, 1999.

¹⁷ Symptomatisch etwa *Buchner*, DB 2003, 1510 und *Wolter*, NZA 2003, 1068, die ökonomische Thesen nahezu ausschließlich mit Gesetzesbegründungen und juristischem Schrifttum belegen.

¹⁸ *Krämer*, Mittelstandsökonomik, 2003, S. 2.

¹⁹ *Junker*, Gutachten B für den 65. Deutschen Juristentag, 2004, B 3 ff.

²⁰ *Deinert*, Soloselbständige zwischen Arbeitsrecht und Wirtschaftsrecht.

²¹ *Seifert*, Der Schutz kleiner und mittlerer Unternehmen im deutschen und europäischen Wirtschaftsrecht, 2006.

kaum erforscht. Die historische Entwicklung des Schutzes von kleinen Unternehmen wurde noch nicht als rechtsgeschichtlicher Untersuchungsgegenstand aufgegriffen, sodass sich relevante Erkenntnisse nur in der wirtschafts- und gesellschaftsgeschichtlichen Literatur finden.²² Zur ökonomischen Analyse von größenabhängigen Befreiungen gibt es mehrere Studien aus verschiedenen Ländern, auf die sich Schlussfolgerungen zur rechtlichen Ausgestaltung von Schwellenwerten stützen lassen.²³ Der rechtsphilosophische Hintergrund des Schutzes von kleinen Unternehmen, namentlich seine Ableitung aus konsentierten Gerechtigkeitstheorien, ist noch weitgehend unerforscht. Das Gleiche gilt für seine verfassungsrechtliche Determination, insoweit wurden bislang nur die verfassungsrechtlichen Bezüge von Schwellenwerten eingehender beleuchtet.²⁴ Auch methodische Studien zur Frage, inwieweit der Schutz von kleinen Unternehmen im Rahmen der Gesetzesauslegung verwirklicht werden kann, gibt es noch nicht.

Im Hinblick auf ausgewählte, konkrete Anwendungsbeispiele des Schutzes von kleinen Unternehmen wurden die für das Forschungsvorhaben maßgeblichen Untersuchungsgegenstände entweder nur rudimentär oder isoliert in verschiedenen Monographien und Aufsätzen behandelt. Im Arbeitsrecht wurde der Kündigungsschutz im Kleinbetrieb²⁵ und der Schwellenwert des § 23 KSchG²⁶ bereits ausführlich erörtert, ebenso wie die Eignung der Betriebsverfassung für Kleinbetriebe²⁷ und der Eingangsschwellenwert des § 1 BetrVG.²⁸ Die ökonomischen Auswirkungen von Tarifverträgen auf kleine Unternehmen und die verfassungsrechtliche Befugnis der Tarifparteien zu einer Differenzierung nach

²² Vgl. *Wehler*, Deutsche Gesellschaftsgeschichte, Bd. 1–5; *Nipperdey*, Deutsche Geschichte 1800–1866, 6. Aufl. 1993; *ders.* Deutsche Geschichte 1866–1918, Bd. 1–2; speziell zum Kaiserreich *Burhop*, Wirtschaftsgeschichte des Kaiserreichs, 2011, S. 139 f., 218; speziell zur Weimarer Republik *Knortz*, Wirtschaftsgeschichte der Weimarer Republik, 2010, S. 196 f.

²³ *Friedrich/Hägele*, Studien der ISG Sozialforschung und Gesellschaftspolitik, Bd. 20, 1997; *Garibaldi/Pacelli/Borgarello*, IZA Discussion Papers, 2003; *Schivardi/Torrini*, Labour Economics 15/3 (2005), 482 ff.; *Martins*, Journal of Labor Economics 27/2 (2009), 257 ff.; Ökonomische Würdigungen dieser Studien finden sich etwa bei *Braguinsky/Branstetter/Regateiro* The Incredible Shrinking Portuguese Firm, NBER Working Paper 17265, 2011, S. 22 ff.; *Koller*, Arbeitsrechtliche Schwellenwerte – Regelungen an der Schwelle zur Unüberschaubarkeit, Discussion Paper 2005; *dies/Schnabel/Wagner*, Schwellenwerte im Arbeitsrecht, 2007.

²⁴ *Endres*, Schwellenwertregelungen im Arbeitsrecht – Verfassungsrechtliche und rechtspolitische Fragen, 2003.

²⁵ Dazu etwa *Annuß*, BB 2001, 1898; *Gragert/Wiehe*, NZA 2001, 934 (937).

²⁶ Dazu etwa *Buschmann*, AuR 2004, 1 (3); *Junker*, Gutachten B für den 65. Deutschen Juristentag, 2004, B 3 (59 f.); *Löwisch*, BB 2004, 154 (161); *Richardi*, DB 2004, 486 (487).

²⁷ Verneinend z.B. *Gamillscheg*, RabelsZ 62 [1998], 357 (362).

²⁸ Kritisch dazu *Henssler*, in: Otto Brenner Stiftung (Hrsg.), Reform der Betriebsverfassung und Unternehmerfreiheit, 2001, S. 33 (67); *Buchner*, DB 2003, 1510 (1515); *Junker*, Gutachten B für den 65. Deutschen Juristentag, 2004, B 3 (86 f.).

der Unternehmensgröße haben *Rieble/Klumpp* erörtert.²⁹ Die grundlegenden Fragen, ob Kleinunternehmer in den Begünstigungsbereich des Arbeitsrechts oder des Verbraucherschutzrechts einzubeziehen sind, werden vorwiegend in der anglo-amerikanischen Literatur diskutiert. Es ist daher an der Zeit, dass die deutsche Rechtswissenschaft insoweit an diesen internationalen Erkenntnisstand anschließt.

Eine Auswertung der vorhandenen Literatur zeigt demnach, dass die allgemeinen Grundlagen des Themas nicht hinreichend erforscht sind und konkrete Mittel, kleine Unternehmen rechtlich zu schützen, nahezu ausschließlich separat untersucht worden sind. Rechtsvergleichende und ökonomische Analysen finden sich kaum. Eine umfassende wissenschaftliche Darstellung dieses interdisziplinären und facettenreichen Themas, die auch den ökonomischen, rechtsgeschichtlichen und rechtsphilosophischen Hintergrund beleuchtet und in die rechtliche Würdigung einbezieht, fehlt bislang. Ebenso fehlt eine Aufarbeitung übergreifender konzeptioneller Zusammenhänge, namentlich die gerechtigkeitsgeleiteten und verfassungsrechtlichen Befugnisse, Pflichten und Grenzen für Gesetzgebung und Rechtsanwendung, kleine Unternehmen zu schützen.

C) Methodisches Vorgehen und Gang der Untersuchung

Da kleine Unternehmen und ihre Stellung im Rechtssystem ein vielschichtiges Thema ist, das neben der rechtlichen auch eine ökonomische, gesellschaftliche und philosophische Dimension aufweist, ist die folgende Studie auf eine grundlegende Forschung ausgerichtet und interdisziplinär angelegt. So lässt sich die Schutzwürdigkeit von kleinen Unternehmen nicht ohne eine eingehende Betrachtung der betriebswirtschaftlichen und volkswirtschaftlichen Zusammenhänge bestimmen, die ihrerseits in die rechtstheoretischen Funktionen des Rechts eingeordnet werden müssen. Zudem sollen gezielte rechtsvergleichende Untersuchungen durchgeführt werden, da sich in allen Industrieländern Regelungen und rechtspolitische Diskussionen zum Schutz von kleinen Unternehmen finden.

Behandelt werden zunächst der Unternehmensbegriff sowie die Abgrenzung der Unternehmensgröße (unten § 1). Sodann wird der rechtstatsächliche und verhaltensökonomische Hintergrund von kleinen Unternehmen und ihrer Gründung beleuchtet (unten § 2). Sodann wird die allgemeine Schutzwürdigkeit von kleinen Unternehmen grundlegend herausgearbeitet (unten § 3). Im nächsten Abschnitt wird die historische Entwicklung des Schutzes von kleinen Unternehmen untersucht (unten § 4). Danach wird herausgearbeitet, inwieweit eine

²⁹ *Rieble/Klumpp*, JZ 2004, 817 (821 f.).

Befugnis oder gar eine Pflicht des Gesetzgebers und der Gerichte zum Schutz kleiner Unternehmen besteht (unten § 5). Dabei wird gezeigt, dass sich eine solche Befugnis bzw. Pflicht nach drei verschiedenen Ansätzen begründen lassen kann, die allerdings ihrerseits bestimmten Grenzen unterliegen: Dem verfassungsrechtlichen Ansatz, der auf den Grundrechten nach Art. 3, 12 und 14 GG aufruht; dem ökonomischen Ansatz, der die volkswirtschaftlichen Vorteile von kleinen Unternehmen und die Effizienz ihres Schutzes im Blick hat; und dem rechtsphilosophischen Ansatz, der sich in erster Linie am Kriterium der Gerechtigkeit orientiert. Im besonderen Teil werden kleine Unternehmen im Arbeitsrecht und im Bürgerlichen Recht behandelt. Dabei wird jeweils zwischen den Verhältnissen gegenüber Arbeitnehmern bzw. Verbrauchern und größeren Unternehmen unterschieden. Der arbeitsrechtliche Teil beginnt mit einer Bestandsaufnahme und allgemeinen Folgerung (unten § 6). Im Verhältnis zu den Arbeitnehmern werden sodann größenabhängige Befreiungen untersucht, namentlich deren Auswirkungen auf das Arbeitgeberverhalten sowie deren zweckmäßige Ausgestaltung (unten § 7). Im Verhältnis zu größeren Unternehmen wird erörtert, inwieweit Kleinunternehmer in den Begünstigungsbereich des Arbeitsrechts einzubeziehen sind (unten § 8). Im Bürgerlichen Recht wird zunächst der Verbraucherschutz behandelt (unten § 9). Auch hier geht es darum, ob Kleinunternehmer gegenüber Verbrauchern aus dem Verpflichtungsbereich des Verbraucherschutzes herauszunehmen und gegenüber größeren Unternehmen in den Begünstigungsbereich einzubeziehen sind. Schließlich wird die Inhaltskontrolle von Kunden- und Lieferantenverträgen behandelt (unten § 10).

Zweiter Teil:

Grundlegung

1. Kapitel:

Hintergrund und Schutzwürdigkeit von kleinen Unternehmen

§ 1 Abgrenzung der Unternehmensgröße

Da sich diese Arbeit speziell mit kleinen Unternehmen befasst, ist zu klären, was darunter zu verstehen ist und damit in den thematischen Fokus der Untersuchung fällt. Dafür wird zunächst der Unternehmensbegriff als solcher in den Blick genommen (unten A)). Sodann werden verschiedene Ansätze zur Abgrenzung der Unternehmensgröße entwickelt (unten B)). Zudem werden kleine Unternehmen von dem häufig verwendeten Begriff des Mittelstandes abgegrenzt (unten C)).

A) Der Unternehmensbegriff

Darüber, was ein Unternehmen ist, wurde schon viel geschrieben. Insoweit ist festzuhalten, dass es sich hierbei nicht um einen allgemeingültigen Rechtsbegriff handelt.¹ Zwar knüpfen verschiedene Rechtsgebiete und Einzelvorschriften an das Unternehmen an, etwa das Konzernrecht (§§ 15 ff., 291 ff. AktG), das Kartellrecht (Art. 101, 102 AEUV; § 1 GWB) und das Mitbestimmungsrecht (§ 1 Abs. 1 S. 1 MitbestG). Da diese Gesetze jedoch unterschiedliche Zwecke verfolgen, ist ihr jeweiliger Unternehmensbegriff teleologisch determiniert, sodass die entsprechenden Definitionen keine rechtsgebietsübergreifende Geltung beanspruchen können.² Dem – für eine arbeitsrechtliche Untersuchung auf den ersten Blick interessanten – Unternehmensbegriff des § 1 Abs. 1 S. 1 MitbestG kommt z.B. überhaupt keine eigenständige rechtliche Bedeutung zu.³ Üblicherweise wird unter Unternehmen jede organisierte, eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit verstanden.⁴ Nach dem Gericht der Europäischen Union han-

¹ K. Schmidt, Handelsrecht, 6. Aufl. 2014, § 3 Rn. 1.

² K. Schmidt, Handelsrecht, 6. Aufl. 2014, § 3 Rn. 1; eingehend *ders.*, ZGR 1980, 277 ff.

³ Oetker, Großkomm-AktG, 5. Aufl. 2018, § 1 MitbestG Rn. 2.

⁴ Vgl. EuGH Slg. 1997, I-7119 – Job Centre coop, Rn. 21 zu Art. 81 EGV a.F.; Raiser,

delt es sich um eine wirtschaftliche Einheit, die in einer einheitlichen Organisation persönlicher, materieller und immaterieller Mittel besteht, die dauerhaft einen bestimmten wirtschaftlichen Zweck verfolgt.⁵ Dieses Verständnis soll der vorliegenden Arbeit zugrunde gelegt werden. Dabei muss man sich vergegenwärtigen, dass sich die Unternehmensmittel auch in der Arbeitskraft des Unternehmers erschöpfen können, sodass auch freie Mitarbeiter ein eigenes Unternehmen betreiben. Das Einkommenssteuergesetz bringt dies dadurch zum Ausdruck, dass es die Tätigkeit als freier Mitarbeiter – mit der Ausnahme der freien Berufe (§ 18 EStG) – der gewerblichen Tätigkeit zuordnet (§ 15 EStG), die es von nichtselbständiger Tätigkeit (§ 20 EStG) unterscheidet.

In der Rechtswissenschaft wird das Unternehmen – anders als in der Betriebswirtschaftslehre – traditionell streng vom Betrieb abgegrenzt.⁶ Danach ist das Unternehmen eine auf Gewinnerzielung ausgerichtete Organisation bzw. Wirtschaftseinheit (rechtlich-wirtschaftliche Einheit), ein Betrieb hingegen eine organisatorische Einheit, innerhalb derer ein Unternehmer bestimmte arbeitstechnische Zwecke dauerhaft verfolgt (tatsächlich-arbeitstechnische Einheit).⁷ Im Betriebsverfassungsrecht herrscht dieses Verständnis noch immer vor.⁸ Im Bereich des Betriebsübergangs verschwimmen die Grenzen jedoch, da Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 2001/23/EG sowohl Betriebe bzw. Betriebsteile als auch Unternehmen bzw. Unternehmensteile erfasst. Der Europäische Gerichtshof definiert den Betrieb mit dem weiten Begriff der „wirtschaftlichen Einheit“.⁹ Eine wirtschaftliche Einheit in diesem Sinne ist eine organisatorische Gesamtheit von Personen und Sachen zur auf Dauer angelegten Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigener Zielsetzung.¹⁰ Dieser Begriff ist noch weiter als die soeben dargestellte Unternehmensdefinition des Gerichts der Europäischen Union, da er auch eine organisatorische Verbundenheit von Arbeitnehmern ohne jede materiellen und immateriellen Mittel erfassen kann. Das Bundesarbeitsgericht ist dem bei der Interpretation des Betriebsbegriffs des § 613a Abs. 1 BGB gefolgt.¹¹

Unternehmen als Organisation, 1969, S. 111 ff.; *K. Schmidt*, Handelsrecht, 6. Aufl. 2014, § 3 Rn. 3 ff.

⁵ EuG Slg. 1992, II-757 – Shell.

⁶ Dazu eingehend *Joost*, Betrieb und Unternehmen als Grundbegriffe im Arbeitsrecht, 1988, S. 171 ff. et passim.

⁷ Grundlegend *Jacobi*, Betrieb und Unternehmen als Rechtsbegriffe, Leipzig 1926; ebenso BAG AP Nr. 2 zu § 4 BetrVG 1972; *Linck*, in: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 16. Aufl. 2015, § 17 Rn. 2 f.

⁸ Vgl. BAGE 1, 175 (178); BAG NZA 1989, 190; *Koch*, in: ErfKomm, 18. Aufl. 2018, § 1 BetrVG Rn. 8; eingehend *Richardi*, in: Richardi, BetrVG, 16. Aufl. 2018, § 1 Rn. 15 ff.

⁹ EuGH Slg. 1986, 1119 (1128 Rn. 11) – Spijkers; EuGH AP Nr. 1 zu EWG-Richtlinie Nr. 77/187 – d’Urso.

¹⁰ EuGH Slg. 1999, I-8643 (8675 Rn. 24) – Allen.

¹¹ BAG NZA 1998, 249 (250).

Rechtlich ist das Unternehmen von seinem Unternehmensträger zu trennen. Dieser ist der Inhaber des Unternehmens, sachenrechtlich also der zugehörigen materiellen und immateriellen Gegenstände. Die Zuordnung der Rechtsverhältnisse erfolgt ausschließlich zum Unternehmensträger, da das Unternehmen als solches kein Rechtssubjekt ist.¹² Im Handelsrecht wird der Unternehmer Kaufmann genannt (§ 1 Abs. 1 HGB),¹³ im Arbeitsrecht Arbeitgeber (vgl. etwa §§ 613a Abs. 2 BGB, 1 Abs. 2 S. 4 KSchG, 5 Abs. 2 S. 2 MuSchG).

B) Ansätze zur Abgrenzung der Unternehmensgröße

In vielen Fällen wird die Unternehmensgröße intuitiv leicht zu beurteilen sein. Wenn z.B. ein Schreinermeister nur einen Gesellen beschäftigt oder eine Physiotherapeutin ihre Praxis ganz ohne Mitarbeiter betreibt, lässt sich ohne weiteres von einem kleinen Unternehmen sprechen. Eine allgemeingültige Antwort darauf gibt es jedoch nicht. Das Gesetz kennt verschiedene Typen von Unternehmen, die entweder per definitionem oder doch typischerweise klein sind. In die erstere Kategorie fallen z.B. Kleingewerbetreibende i.S.v. § 1 HGB sowie Arbeitgeber, die gesetzliche Schwellenwerte unterschreiten. So greift z.B. der allgemeine Kündigungsschutz nach dem treffend als Kleinbetriebsklausel bezeichneten § 23 Abs. 1 KSchG bei mehr als 10 Arbeitnehmern ein, der allgemeine Teilzeitananspruch nach § 8 TzBfG ab 16 Arbeitnehmern und die Pflicht zur Beschäftigung von schwerbehinderten Arbeitnehmern nach § 154 Abs. 1 SGB IX ab 20 Arbeitnehmern. Typischerweise klein sind Existenzgründer i.S.v. § 513 BGB, Arbeitnehmerähnliche i.S.v. § 12a Abs. 1 Nr. 1 TVG sowie Handelsvertreter i.S.v. §§ 84 ff. HGB. Schon dieser Überblick zeigt, dass „klein“ ein relativer Begriff ist. So kann z.B. ein Unternehmer wirtschaftlich abhängig und damit arbeitnehmerähnlich sein, zugleich aber – etwa wegen hoher Umsatzwerte – die Kaufmannseigenschaft nach § 1 Abs. 1 HGB erfüllen. Umgekehrt werden die meisten Kleingewerbetreibenden nicht arbeitnehmerähnlich sein.

Man sieht, dass der Untersuchungsgegenstand des kleinen Unternehmens schwerer zu bestimmen ist als z.B. der des Minderjährigen, der in § 106 BGB altersmäßig klar definiert ist, oder als der des Verbrauchers, der sich nicht als Status, sondern nach § 13 BGB kontextabhängig nach dem in Rede stehenden Rechtsgeschäft bestimmt. Eine allgemeingültige, gar apriorisch vorgegebene Definition von kleinen Unternehmen im Recht kann es nicht geben, da immer der Schutzzweck des in Rede stehenden Gesetzes und die Interessen von Dritten

¹² K. Schmidt, Handelsrecht, 6. Aufl. 2014, § 3 Rn. 2, § 4 Rn. 1 ff.

¹³ Für die Ersetzung des Kaufmannsbegriffs durch den des Unternehmensträgers K. Schmidt, Handelsrecht, 6. Aufl. 2014, § 3 Rn. 2, § 4 Rn. 1 ff.

zu berücksichtigen sind. So sind größenabhängige Befreiungen stets im Kontext der entsprechenden Regulierung zu beurteilen, namentlich im Hinblick auf ihre Bedeutung für die Begünstigten (etwa Arbeitnehmer, Verbraucher oder die Allgemeinheit) und die Eingriffsintensität für die Betroffenen. Gleichwohl ist es auf zweierlei Weise möglich, sich dem Begriff des kleinen Unternehmens zu nähern, nämlich durch Orientierung an gesetzlichen Vorgaben (unten I.) oder durch Orientierung an den ökonomischen Besonderheiten von kleinen Unternehmen (unten II.). Bei dem Versuch einer Definition von kleinen Unternehmen sind folgende Umstände zu berücksichtigen: Eine zu enge Definition könnte Unternehmen aus dieser Kategorie ausschließen, die eine rechtliche Privilegierung verdienen würden, und eine zu weite Definition würde die Unterscheidungskraft und mit ihr die Legitimation einer rechtlichen Privilegierung aufgeben.¹⁴ Sollte die Definition zu komplex sein, würde sie teuer werden, da ihre Grenzen nur unter Investition von Zeit- und ggf. Beratungskosten bestimmt werden könnten.¹⁵

I. Formeller (autoritätsorientierter) Ansatz

Zunächst kann man kleine Unternehmen über die gesetzlichen Definitionen bestimmen. Eine klare, wenngleich uneinheitliche Definition beinhalten die verschiedenen Schwellenwerte. Danach sind Unternehmen im Sinne einer Regulierung klein, wenn sie deren Schwellenwert unterschreiten und daher von ihrer Anwendung ausgenommen werden. Damit wird die von der Unternehmensgröße abhängige Schutzwürdigkeit nicht selbst bestimmt, sondern die jeweilige Einschätzung des Gesetzgebers übernommen. Diese formelle, autoritätsorientierte Herangehensweise bietet sich vor allem an, wenn im Wege der Gesetzesauslegung bzw. Rechtsfortbildung zwischen kleinen und großen Unternehmen differenziert werden soll. So lässt sich z.B. ab einer gewissen Unternehmensgröße im Wege des Anscheinsbeweises vermuten, dass der Arbeitgeber eine eventuelle Unwirksamkeit seiner arbeitsvertraglichen Klauseln kannte, da die bewusste Verwendung unwirksamer Klauseln erfahrungsgemäß vor allem in großen Unternehmen vorkommt.¹⁶ Durch die Orientierung an vorhandenen Schwellenwerten lässt sich die gesetzliche Systematik und Wertung wahren. Inwieweit es die juristische Methodenlehre erlaubt, im Rahmen der Rechtsanwendung nach der Unternehmensgröße zu differenzieren, wird noch zu erörtern sein.¹⁷

Aufgrund der Vielzahl an unterschiedlichen Schwellenwerten besteht freilich ein beträchtlicher Definitionsspielraum. Bei der Auswahl des Schwellenwertes ist daher darauf zu achten, dass sich dessen Sinn und Zweck auf die zu lösende Rechtsfrage übertragen lässt. Im obigen Beispiel des Anscheinsbeweises bietet

¹⁴ Garvin, 40 Wake Forest Law Review [2005], 295 (375).

¹⁵ Garvin, 40 Wake Forest Law Review [2005], 295 (375).

¹⁶ Dazu Stöhr, ZfA 2013, 213 (234 ff.).

¹⁷ Dazu unten § 5 C) VI. 1., D) III. 2. c) aa), E) I. 2. b) aa).

es sich z.B. an, sich an § 23 Abs. 1 KSchG zu orientieren und die Schwelle bei 10 Arbeitnehmern anzulegen. Die Herausnahme von Kleinbetrieben aus dem Kündigungsschutz beruht u.a. darauf, dass kleine Arbeitgeber wegen ihrer beschränkten wirtschaftlichen und verwaltungsmäßigen Belastbarkeit schutzwürdiger sind als große Arbeitgeber und die engeren persönlichen Beziehungen auch für die Arbeitnehmer einen gewissen Schutz aus menschlicher Rücksichtnahme verbürgen.¹⁸ Diese Erwägungen passen ebenso auf die Inhaltskontrolle von Arbeitsverträgen. Ebenso wäre es jedoch möglich, die Schwelle für kleine Arbeitgeber in Anlehnung an § 267 Abs. 1 Nr. 3 HGB bei 50 Arbeitnehmern anzusetzen. Die Unterteilung in Größenklassen berücksichtigt hinsichtlich der Rechnungslegung ebenfalls, dass kleine Unternehmen weniger belastbar sind.¹⁹

Flexibler, daher allerdings auch mit einer gewissen Rechtsunsicherheit verbunden wäre die Orientierung an einer unbestimmten gesetzlichen Definition. Eine solche findet sich namentlich in § 1 Abs. 2 HGB, der Kleingewerbetreibende grundsätzlich aus dem Anwendungsbereich des Handelsrechts herausnimmt. Danach werden Kleingewerbe als Gewerbebetrieb definiert, die nach Art oder Umfang keinen in kaufmännischer Weise eingerichteten Gewerbebetrieb erfordern. Die Notwendigkeit kaufmännischer Einrichtungen ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, der richterrechtlich ausgeformt wurde.²⁰ Bei der Bestimmung des Umfangs stehen anders als bei den meisten Schwellenwerten keine Arbeitnehmerzahlen, sondern Umsatzwerte im Vordergrund. So wurde eine Erforderlichkeit z.B. bejaht bei Maklern und Handelsvertretern mit Umsatz ab 100.000 Euro,²¹ bei Fachhandelsgeschäften mit Umsatz über 100.000 Euro und Warenbestand über 50.000 Euro,²² oder aber auch bei der Notwendigkeit komplizierter Abrechnungen trotz geringen Umsatzes.²³ Diese Umsatzwerte sind im Wirtschaftsleben relativ schnell erreicht. Vorschlägen, aus Rechtssicherheitsgründen starre Umsatzwerte einzuführen oder sie unter Zuhilfenahme weiterer Daten zu schematisieren,²⁴ ist der Gesetzgeber nicht gefolgt.²⁵ Dagegen spricht in der Tat, dass die Festlegung einer bestimmten Umsatzsumme letztlich gegriffen ist.²⁶ Aufgrund ihrer Unbestimmtheit liegt die Definition des § 1 Abs. 2 HGB in der Nähe zum materiellen Ansatz, der sogleich dargestellt wird. Herangezogen wird sie z.B. im

¹⁸ BAG NZA 1990, 724 (725).

¹⁹ Vgl. *Göhner*, BB 1999, 1914 (1915).

²⁰ Zur Kasuistik vgl. *Hopt*, in: Baumbach/Hopt, HGB, 38. Aufl. 2018, § 1 Rn. 24 ff.

²¹ OLG Frankfurt, BB 1983, 335.

²² OLG Koblenz, BB 1988, 2408.

²³ So für einen Optiker OLG Hamm, DB 1969, 386.

²⁴ Vgl. *Bernhardt*, in: Busch et al, Übergänge im Arbeitsmarkt, (Re)Inklusion in den Arbeitsmarkt, 2012, S. 113 (114).

²⁵ BT-Drucks. 13/8444, S. 47 f.

²⁶ *Deinert*, Soloselbständige zwischen Arbeitsrecht und Wirtschaftsrecht, 2015, S. 17; abl. auch *K. Schmidt*, in: MünchKomm-HGB, 4. Aufl. 2016, § 1 Rn. 73.

Rahmen der AGB-Kontrolle nach § 307 Abs. 1 BGB, um eine sachgerechte Differenzierung zwischen kleinen und größeren Unternehmen zu bewerkstelligen.²⁷

II. Materieller (sachlicher) Ansatz

Ein anderer Ansatz geht dahin, kleine Unternehmen ohne Rücksicht auf gesetzliche Vorgaben allein über ihre wirtschaftlichen Merkmale zu definieren. Bei der Abgrenzung der Unternehmensgröße nach materiellen Gesichtspunkten ist bereits fraglich, an welche Kriterien angeknüpft werden soll: Auf die Arbeitnehmerzahl, wie nach den arbeitsrechtlichen Schwellenwerten? Die Größe der Belegschaft scheint auf den ersten Blick mit Fachwissen und Arbeitskraft im Unternehmen zu korrelieren, jedoch würde z.B. die Einstellung vieler unqualifizierter und unerfahrener Mitarbeiter wenig in dieser Hinsicht bewirken.²⁸ Weitere denkbare Kriterien sind der Umsatz und die Bilanzsumme.

1. Arbeitnehmerzahlen, Umsatz und Bilanzsumme

An dieser Stelle sollen einige Definitionsvorschläge vorgestellt werden, die in Anlehnung an die wirtschaftlichen Besonderheiten von kleinen Unternehmen im Verhältnis zu größeren Unternehmen erarbeitet wurden und an Arbeitnehmerzahlen, Umsatz und bzw. oder Bilanzsumme anknüpfen. Der Unterschied zu gesetzlichen Schwellenwerten besteht in der fehlenden Verbindlichkeit. Orientiert man sich an ihnen, hat man daher nicht die Autorität des Gesetzgebers bzw. die gesetzliche Systematik zur Seite.

Eine erste Kategorisierung findet sich in den Erhebungen des Statistischen Reichsamts von 1914. Danach wurde die Unternehmensgröße nach Arbeitnehmerzahlen wie folgt eingeteilt:²⁹

Typ	AN
Groß	51 u. mehr
Mittel	6–50
Klein	1–5

²⁷ So z.B. Pfeiffer, in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 6. Aufl. 2013, § 307, Rn. 197; dazu eingehend unten § 10 C) II. 1. a) bb).

²⁸ Garvin, 40 Wake Forest Law Review [2005], 295 (378).

²⁹ Quelle: Statistisches Reichsamt, zit. nach Henning, Handbuch der Wirtschafts- und Sozialgeschichte Deutschland, Bd. 2, 1996, S. 880, nach dem diese Einteilung jedoch schon damals nicht mehr zeitgemäß war.

Heute werden Unternehmen mit 51 Arbeitnehmern regelmäßig noch nicht als groß angesehen. Eine prägnante, auch Umsatz und Bilanzsumme berücksichtigende Definition enthält die Mittelstandsempfehlung der Europäischen Kommission vom 6.5.2003, welche die Unternehmen wie folgt kategorisiert:³⁰

Typ	AN		Umsatz		Bilanzsumme
Mittel	50–249	sowie entweder	≤ 50 Mio. Euro	oder	≤ 43 Mio. Euro
Klein	10–49	sowie entweder	≤ 10 Mio. Euro	oder	≤ 10 Mio. Euro
Kleinst.	1–9	sowie entweder	≤ 2 Mio. Euro	oder	≤ 2 Mio. Euro

Dieser Definition haben sich u.a. das Statistische Bundesamt und das Institut für Mittelstandsforschung Bonn (IfM Bonn) seit dem 1.1.2016 im Wesentlichen angeschlossen, um eine Harmonisierung mit der Europäischen Ebene herbeizuführen. Lediglich für mittlere Unternehmen veranschlagt das IfM Bonn den Schwellenwert bei 499 Arbeitnehmern, um die deutsche Besonderheit zu betonen.³¹ Angesichts ihres Urhebers als exekutivem Organ der Europäischen Union und ihrer Verbreitung hat die Definition nach der Mittelstandsempfehlung eine solche Bedeutung erlangt, dass sie in der Nähe zu gesetzlichen Schwellenwerten steht und die Orientierung an ihr einen gewissen formellen Charakter erlangt hat.

Diese Definitionen gelten unabhängig von der konkreten Branche des Unternehmens. Allgemeingültige Größenwerte haben den Vorteil, dass sie einfach zu handhaben sind und Rechtsklarheit schaffen.³² Allerdings werden sie den ökonomischen Gegebenheiten nicht immer gerecht, da die zentralen Daten wie Beschäftigten- und Umsatzzahlen in den verschiedenen Branchen durchaus unterschiedlich sind. Die US-amerikanische Small Business Administration (SBA) sowie Teile der Literatur plädieren daher dafür, die Klassengrenzen für jede Branche gesondert festzulegen.³³ *Hans-Christian Pfohl* hat dazu folgenden Vorschlag erarbeitet:³⁴

³⁰ Empfehlung der Kommission vom 6.5.2003 betreffend die Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und kleinen und mittleren Unternehmen (2003/361/EG), Amtsblatt der EU Nr. L 124, S. 36.

³¹ <http://www.ifm-bonn.org/definitionen/kmu-definition-des-ifm-bonn>, Stand: 7.8.2016.

³² *Garvin*, 40 *Wake Forest Law Review* [2005], 295 (377).

³³ Titel 13 Abschnitt 121 Code of Federal Regulations, abrufbar unter https://www.ecfr.gov/cgi-bin/text-idx?SID=50ff66d5d1cc9357d5f4ce114fcc5c79&mc=true&node=pt13.1.121&rgn=div5#se13.1.121_1101, Stand: 26.6.2017; aus der Literatur z.B. *Aengenendt-Papesch*, Die Funktion der Klein- und Mittelbetriebe in der wettbewerblichen Marktwirtschaft, 1962, S. 7 ff.; *Pfohl*, in: *Pfohl*, Betriebswirtschaftslehre der Mittel- und Kleinbetriebe, 4. Aufl. 2006, S. 1 (9).

³⁴ *Pfohl*, in: *Pfohl*, Betriebswirtschaftslehre der Mittel- und Kleinbetriebe, 4. Aufl. 2006,

Branche und Typ	AN	Umsatz
<i>Industrie</i>		
Klein	bis 49	bis 1 Mio. Euro
Mittel	50–499	1 Mio. – 12,5 Mio. Euro
Groß	500 und mehr	12,5 Mio. Euro und mehr
<i>Handwerk</i>		
Klein	bis 2	bis 50.000 Euro
Mittel	3–49	50.000–1 Mio. Euro
Groß	50 und mehr	1 Mio. Euro und mehr
<i>Großhandel</i>		
Klein	bis 9	bis 500.000 Euro
Mittel	10–199	500.000–25 Mio. Euro
Groß	200 und mehr	25 Mio. Euro und mehr
<i>Einzelhandel</i>		
Klein	bis 2	bis 250.000 Euro
Mittel	3–49	250.000–5 Mio. Euro
Groß	50 und mehr	5 Mio. Euro und mehr
<i>Verkehr und Nachrichtenübermittlung</i>		
Klein	bis 2	bis 50.000 Euro
Mittel	3–49	50.000 Euro – 1 Mio. Euro
Groß	50 und mehr	1 Mio. Euro und mehr
<i>Dienstleistung (Unternehmen u. freie Berufe)</i>		
Klein	bis 2	bis 50.000 Euro
Mittel	3–49	50.000–1 Mio. Euro
Groß	50 und mehr	1 Mio. Euro und mehr

Die SBA geht noch darüber hinaus und bezieht auch den Grad des Wettbewerbs, Gründungskosten und Markteintrittsschranken in der jeweiligen Branche ein.³⁵ Im Rahmen der Gesetzgebung und Rechtsanwendung ist eine Unterscheidung nach Branchen und anderen wirtschaftlichen Kriterien jedoch kaum praktikabel, da sie eine schwer beherrschbare Rechtsunsicherheit zur Folge hätte. Zudem unterliegen die verschiedenen Branchen häufig wirtschaftlichen Veränderungen, sodass die jeweiligen Definitionen rasch veralten können. Vorzugswürdig ist da-

S. 1 (10) auf der Grundlage von *Thürbach/Menzenwerth*, Die Entwicklung der Unternehmensgröße in der BRD von 1962 bis 1972, 1974, S. 7.

³⁵ Titel 13 Abschnitt 121.102 (2) Code of Federal Regulations.

her eine branchenübergreifende Definition.³⁶ Aufgrund der Abhängigkeit von der jeweiligen Regulierung kann es allerdings auch insoweit keine allgemeingültige Definition geben.

2. Rechtsform des Unternehmens

Fraglich ist, ob auch die Rechtsform ein geeignetes Kriterium zur Abgrenzung der Unternehmensgröße ist. Im Folgenden wird im Überblick dargestellt, welche Rechtsformen für kleine Unternehmen geeignet sind und in der Praxis typischerweise anzutreffen sind. Eine vertiefte wissenschaftliche Auseinandersetzung mit diesem Thema soll einer eigenständigen Untersuchung vorbehalten bleiben. Will der Unternehmer selbst Unternehmensträger sein, kann er das Unternehmen als Einzelunternehmer bzw. Einzelkaufmann betreiben. In diesem Fall ist das Unternehmensvermögen rechtlich identisch mit dem Privatvermögen. Der Unternehmer haftet persönlich für alle Forderungen, die im Zusammenhang mit seiner unternehmerischen Tätigkeit anfallen. Erfordert das Unternehmen nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb, liegt gem. § 1 HGB ein Handelsgewerbe vor, das zur Kaufmannseigenschaft des Unternehmers führt. Damit ist bereits ein gewisser Größenwert erreicht,³⁷ der zur Anwendbarkeit des Handelsrechts führt. Aus der Einzelunternehmerschaft als solcher kann daher kein Rückschluss auf die Unternehmensgröße gezogen werden.

Wollen mehrere Personen das Unternehmen gemeinsam betreiben, kommt eine Gesellschaft in Betracht. Personengesellschaften können vertraglich sehr individuell auf die Bedürfnisse der einzelnen Gesellschafter zugeschnitten werden. Da Gesellschafter einer Personengesellschaft mit Ausnahme der Kommanditisten einer KG in vollem Umfang persönlich haften,³⁸ empfehlen sich Personengesellschaften nur, wenn man sich dem Unternehmen mit ganzer Kraft widmen möchte. Ein Vorteil der persönlichen Haftung ist allerdings, dass der Kreditzugang durch dieses Haftungssubstrat erleichtert werden kann. Eine OHG und eine KG sind nach §§ 105, 161 Abs. 2 HGB nur möglich, wenn der Gesellschaftszweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes i.S.v. § 1 Abs. 2 HGB gerichtet ist. Für kleine Unternehmen unterhalb dieser Schwelle verbleibt daher nur die Möglichkeit einer GbR. Da eine unternehmerisch tätige GbR nur ein Kleingewerbe i.S.v. §§ 1 Abs. 2, 2 HGB betreiben kann, scheint aus ihrem Vorliegen in der Tat eine kleine Unternehmensgröße zu folgen. Dies trägt allerdings: Da die Gesellschaft nämlich automatisch zur OHG wird, wenn das Unternehmen die Voraus-

³⁶ Zur Befugnis des Gesetzgebers zur Typisierung siehe unten § 3 C) I. 3.

³⁷ Siehe oben C) II. 1.

³⁸ Vgl. § 128 S. 1 HGB für Gesellschafter einer OHG; §§ 161 Abs. 2, 128 HGB für Komplementäre einer KG sowie BGH NJW 2013, 1089 (1090) für Gesellschafter einer GbR, für die nach inzwischen h.M. § 128 HGB analog gilt.

setzungen eines Handelsgewerbes i.S.v. § 1 Abs. 2 HGB erfüllt, kann es sich bei einer als GbR firmierenden Gesellschaft durchaus auch um eine OHG handeln.³⁹ Somit befreit die Bezeichnung als GbR nicht von der Prüfung der Unternehmensgröße nach § 1 Abs. 2 HGB.

Soll die persönliche Haftung vermieden werden, kommt nur eine Kapitalgesellschaft in Betracht. Teilweise wird im deutschen Kapitalgesellschaftsrecht ein Stufenverhältnis erblickt, wonach die Aktiengesellschaft für große Unternehmen zur Verfügung steht, für mittelgroße Unternehmen die GmbH und für kleine Unternehmen die Unternehmergesellschaft.⁴⁰ Auch wenn dieses Verständnis für den Regelfall zutreffen dürfte, gehen diese Rechtsformen in der Praxis nicht zwingend mit einer bestimmten Unternehmensgröße einher, sodass sie keine geeigneten Kriterien zur Bestimmung der Unternehmensgröße darstellen. So ist eine AG zwar in der Tat für kleine Unternehmen zumeist unzumutbar: Diese ist als Kapitalsammelbecken konzipiert, indem sie nicht nur Unternehmergesellschafter, sondern auch reine Anlegergesellschafter ansprechen soll, sodass sie nur für große unternehmerische Zusammenschlüsse sinnvoll ist.⁴¹ In rechtlicher Hinsicht dürften die größten Hürden für kleine Unternehmen in der Aufbringung des Grundkapitals in Höhe von mindestens 50.000 Euro (§ 7 AktG) sowie in der Bestellung von mindestens drei Aufsichtsratsmitgliedern (§ 95 AktG) bestehen. Dennoch kommt es vor, dass auch kleine Unternehmen in dieser Rechtsform betrieben werden.⁴² Eine bestimmte Unternehmensgröße lässt sich daher aus dieser Rechtsform nicht folgern. Richtig ist weiterhin, dass bei kleinen und mittleren Unternehmen die GmbH im Zentrum steht. Indessen werden durchaus auch große Unternehmen in dieser Rechtsform betrieben: So befanden sich im Jahr 2013 unter den gemessen an Arbeitnehmerzahlen 100 größten Unternehmen in Hessen immerhin 24 GmbHs, von denen selbst die kleinste (Vodafone D2 GmbH) noch 1.200 Mitarbeiter beschäftigte.⁴³ Somit lässt auch diese Rechtsform keine sicheren Rückschlüsse auf die Unternehmensgröße zu. Die Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) wurde im Zuge der Reform des GmbH-Rechts aus dem Jahr 2008 als Unterform der GmbH eingeführt, um eine Alternative zur eng-

³⁹ OLG Karlsruhe, NZG 2007, 265 (266).

⁴⁰ Vgl. *Gehb*, Arbeitsentwurf zur UGG v. 15.3.2007, S. 31, abrufbar unter <http://www.gehb.de/positionen/ugg/Arbeitsentwurf-UGG.pdf>, Stand: 24.6.2017.

⁴¹ Vgl. *Koch*, Gesellschaftsrecht, 16. Aufl. 2017, § 29 Rn. 1 f.

⁴² Vgl. <https://www.gruenderlexikon.de/checkliste/informieren/rechtsform/aktiengesellschaft-gruenden>, Stand: 24.6.2017.

⁴³ Vgl. den Report Nr. 853 der HA Hessen Agentur GmbH Wirtschaftsforschung und Landesentwicklung, abrufbar unter <https://www.helaba.de/blob/helaba/55172/5d0c163a35b5ddafea8653d9d1192400/report---die-100-groessten-unternehmen-in-hessen---09-10-2013-data.pdf>, Stand: 24.6.2017.

lischen Private Company Limited by Shares (Limited) zu schaffen, die lediglich ein Mindestkapital von einem Pfund verlangt. Zuvor hatten kleine Unternehmen dem deutschen Recht in Scharen den Rücken gekehrt und englische Limiteds gegründet.⁴⁴ Die Unternehmergeinschaft ist von der Grundstruktur eine GmbH; ihr Mindestkapital beträgt aber gem. § 5a GmbHG lediglich einen Euro, während für eine herkömmliche GmbH immerhin 25.000 Euro aufgebracht werden müssen (§ 5 GmbHG). Seitdem ist die Limited gerade für Kleinunternehmer keine sinnvolle Option mehr, da diese nach englischem Recht gegründet werden muss, dessen Bilanzierungspflichten unterliegt und zudem die Einrichtung eines sog. registered office im Vereinigten Königreich erfordert, an dem die wesentlichen Dokumente aufzubewahren sind.⁴⁵ Dies bedeutet einen erheblichen Verwaltungsaufwand und macht häufig eine kostspielige englische Rechtsberatung notwendig.⁴⁶ Die Unternehmergeinschaft bietet sich in der Tat vor allem für kleine Unternehmen an, da die partielle Gewinnthesaurierung nach § 5a Abs. 3 GmbHG eine wirtschaftliche Einschränkung für die Gesellschafter bedeutet und das Stammkapital einer herkömmlichen GmbH von größeren Unternehmen problemlos aufgebracht werden sollte. Indessen lässt auch diese Rechtsform nicht auf eine bestimmte Unternehmensgröße schließen.

Insgesamt ist festzuhalten, dass sich aus der Rechtsform des Unternehmens keine sicheren Rückschlüsse auf seine Größe ziehen lassen. Diese bildet damit kein geeignetes Kriterium zur Abgrenzung der Unternehmensgröße.

C) Kleine Unternehmen und Mittelstand

Der Untersuchungsgegenstand der „kleinen Unternehmen“ ist von dem Begriff des „Mittelstandes“ zu unterscheiden, der in der politischen, wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Diskussion allenthalben begegnet. Wenige Begriffe des politischen und wissenschaftlichen Sprachgebrauchs sind vieldeutiger und umstrittener.⁴⁷ Eine konsentrierte Bedeutung erlangte er im Zeitraum von der Aufklärung bis zur Reichsgründung 1871, wonach der Mittelstand vor allem die durch Besitz und Bildung privilegierten gutbürgerlichen Schichten erfasste.⁴⁸ *Johann Wolfgang von Goethe* (1749–1832) verstand darunter

⁴⁴ *Teichmann*, ZGR 2017, 543 (549).

⁴⁵ *Koch*, Gesellschaftsrecht, 16. Aufl. 2017, § 40 Rn. 8.

⁴⁶ Vgl. *v. Wilcken*, DB 2016, 225.

⁴⁷ *Winkler*, Mittelstand, Demokratie und Nationalsozialismus, 1972, S. 21.

⁴⁸ *Ullrich*, Die nervöse Großmacht 1871–1918, 4. Aufl. 2001, S. 291.

„die Bewohner kleiner Städte [...], alle Beamten und Unterbeamten daselbst, Handelsleute, Fabrikanten vorzüglich, Frauen und Töchter solcher Familien, auch Landgeistliche, soweit sie Erzieher sind“.⁴⁹

Danach stand der Begriff noch nicht im Zusammenhang mit Unternehmen bzw. deren Inhabern. Es handelte sich also nicht um einen wirtschaftlichen, sondern um einen gesellschaftlichen Begriff. Interessanterweise umfasste der Mittelstand nach diesem Verständnis noch keine Handwerker und Kleinhändler.⁵⁰ Für *Georg Wilhelm Friedrich Hegel* (1770–1831) machten

„die Mitglieder der Regierung und die Staatsbeamten [...] den Hauptteil des Mittelstandes aus, in welchen die gebildete Intelligenz und das rechtliche Bewußtsein des Volkes fällt.“⁵¹

Die wirtschaftliche Bedeutung erlangte der Mittelstandsbegriff im Zuge der Industrialisierung. So verengte sich der Begriff im letzten Drittel des 19. Jahrhunderts zunehmend auf die Kleingewerbetreibenden in Handwerk und Handel, die man als „alten Mittelstand“ bezeichnet.⁵² Hinzu kam die rasch wachsende Zahl der Angestellten, die *Gustav von Schmoller* (1838–1917) im Jahr 1897 als „Kern des neu sich bildenden Mittelstands“ ausmachte.⁵³ Dieser „neue Mittelstand“ umfasst damit wiederum keine Unternehmen bzw. Unternehmer.

Heute werden unter Mittelstand teilweise die im Betriebsgrößenvergleich kleinen bis mittelgroßen Unternehmen verstanden (Quantitative Definition).⁵⁴ Andere meinen hingegen solche Unternehmen, deren Leitung bei den Inhabern liegt (Einheit von Eigentum und Leitung, qualitative Definition). Nach der Definition des IfM Bonn halten in einem mittelständischen Unternehmen bis zu zwei natürliche Personen oder ihre Familienangehörigen direkt oder indirekt mindestens 50 Prozent der Anteile des Unternehmens, und diese natürlichen Personen gehören der Geschäftsführung an.⁵⁵ Nach diesem Verständnis sind die Begriffe Mittelstand, Familienunternehmen, Eigentümerunternehmen und familiengeführte Unternehmen als Synonyme anzusehen. Die Schnittmenge von mittelständischen Unternehmen zu kleinen Unternehmen ist danach sehr groß, da bei quantitativ kleinen Unternehmen deren Leiter oftmals zugleich Inhaber bzw. Mitglied der Inhaberbefugnisse sind. Angestellte Manager werden in kleinen

⁴⁹ *Goethe*, Über Kunst und Altertum. Gedenkausgabe der Werke, Briefe und Gespräche, Bd. 14, 1949.

⁵⁰ *Winkler*, Mittelstand, Demokratie und Nationalsozialismus, 1972, S. 21.

⁵¹ *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, Nachdruck 1955, § 297.

⁵² *Ullrich*, Die nervöse Großmacht 1871–1918, 4. Aufl. 2001, S. 291.

⁵³ Zit. nach *Kocka*, Die Angestellten in der deutschen Geschichte 1850–1980, 1981, S. 137.

⁵⁴ So z.B. *Krämer*, Mittelstandsökonomik, 2003, S. 1 ff.

⁵⁵ <http://www.ifm-bonn.org/definitionen/mittelstandsdefinition-des-ifm-bonn/>, Stand: 7.8.2016; vgl. auch *Welter/Levering/May-Strobl*, Mittelstandspolitik im Wandel, IfM-Materialien Nr. 247, 2016, S. 2.

Unternehmen z.B. dann eingesetzt, wenn im Zuge einer anstehenden Unternehmensnachfolge kein geeignetes Familienmitglied vorhanden oder interessiert ist.⁵⁶ Kleine Unternehmen, die in Abhängigkeit zu einem anderen Unternehmen stehen, erfüllen die qualitative Mittelstandsdefinition ebenfalls nicht.⁵⁷ Umgekehrt zählen Unternehmen mit mehr als 500 Beschäftigten oder mehr als 50 Mio. Euro Jahresumsatz zum Mittelstand, wenn sie die genannten Kriterien erfüllen. Mitunter sind mit Mittelstand auch gar nicht die Unternehmen als solche gemeint, sondern deren Eignerfamilien. So verstehen manche Autoren unter Mittelstand die Eignerfamilien von kleinen Unternehmen in Abgrenzung zu den Eignern von großen Unternehmen sowie zu den eigentumslosen Arbeitern,⁵⁸ manche sogar auch die unselbständigen Menschen im Allgemeinen.⁵⁹

§ 2 Rechtstatsächlicher und verhaltensökonomischer Hintergrund

A) Kleine und mittlere Unternehmen in Deutschland

Im Hinblick auf den statistischen Hintergrund werden – wie es in der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur üblich ist⁶⁰ – kleine und mittlere Unternehmen grundsätzlich gemeinsam behandelt.⁶¹ Nach dem Bericht von *René Söllner* für das Statistische Bundesamt, der sich hinsichtlich der Definition von kleinen und mittleren Unternehmen weitgehend an der Definition der Europäischen Kommission⁶² orientiert, gehörten im Jahr 2011 in Deutschland mehr als 99 Prozent der Unternehmen zur Gruppe der kleinen und mittleren Unternehmen. Diese beschäftigten im Jahr 2011 mehr als 60 Prozent der damals 26,2 Mio. sozialversicherungspflichtig Beschäftigten,⁶³ im Jahr 2013 immerhin noch 59,2 Prozent.⁶⁴ Ferner entfielen fast 34 Prozent der erzielten Umsätze, beinahe

⁵⁶ BMWi Dokumentation Nr. 561, 2007, S. 10.

⁵⁷ <http://www.ifm-bonn.org/definitionen/mittelstandsdefinition-des-ifm-bonn/>, Stand: 7.8.2016.

⁵⁸ Bass, *KMU in der deutschen Volkswirtschaft*, 2006, S. 8.

⁵⁹ Vgl. *Schlecht*, in: *Orientierungen zur Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik*, Nr. 89, 3/2001, S. 11.

⁶⁰ *Bergmann*, *Unternehmensgröße und technischer Fortschritt*, 1972, S. 22 f.; *Pfohl*, in: *Pfohl, Betriebswirtschaftslehre der Mittel- und Kleinbetriebe*, 4. Aufl. 2006, S. 1 (17). Zum wissenschaftlichen Untersuchungsgegenstand siehe oben A.

⁶¹ *Söllner*, *Die wirtschaftliche Bedeutung kleiner und mittlerer Unternehmen in Deutschland*, Statistisches Bundesamt, 2014, S. 40 ff.

⁶² Dazu oben C.II.

⁶³ *Söllner*, *Die wirtschaftliche Bedeutung kleiner und mittlerer Unternehmen in Deutschland*, Statistisches Bundesamt, 2014, S. 42.

⁶⁴ Statistik des IfM-Bonn, abrufbar unter <http://www.ifm-bonn.org/statistiken/mittel>

43 Prozent der Bruttoinvestitionen und gut die Hälfte der erwirtschafteten Bruttowertschöpfung auf kleine und mittlere Unternehmen.⁶⁵ Damit vereinbaren sie hinsichtlich der Zahl der Unternehmen und der beschäftigten Personen einen größeren Anteil auf sich als Großunternehmen. Diese dominieren hingegen in den Kategorien Umsatz, Bruttoinvestitionen und Bruttowertschöpfung.⁶⁶ Eine Erklärung dafür könnte sein, dass kleine Unternehmen keine Kostenvorteile erzielen können, die durch Arbeitsteilung und Fertigung in großen Stückzahlen bei Großunternehmen erreicht werden. EU-weit stellt sich das Bild ähnlich dar: In den Mitgliedstaaten gibt es beinahe 23 Mio. Kleinstbetriebe im Sinne der Mittelstandsempfehlung der Europäischen Kommission, was 92,8 Prozent aller Unternehmen ausmacht.⁶⁷ Diese beschäftigen insgesamt mehr als 66 Prozent der Beschäftigten, was 90 Mio. Menschen bedeutet, die zusammen 3,9 Billionen Euro erwirtschaftet haben.⁶⁸

Was die Branchen anbelangt, waren die meisten kleinen und mittleren Unternehmen im Jahr 2011 in den Wirtschaftsabschnitten „Handel, Instandhaltung und Reparatur“ (577.000), „Erbringung von freiberuflichen, wissenschaftlichen und technischen Dienstleistungen“ (372.000) sowie „Baugewerbe“ (243.000) tätig.⁶⁹ Vorherrschend sind sie insbesondere im Bau- und Gastgewerbe, während im Verarbeitenden Gewerbe und in der Energieversorgung Großunternehmen eine größere Bedeutung zukommt. Auch im Außenhandel sind kleine und mittlere Unternehmen weniger aktiv.⁷⁰

Sehr verbreitet sind heute Solo-Selbständige („own-account workers“), die keine Mitarbeiter beschäftigen. In Deutschland ist deren Zahl im Zeitraum von 1991 bis 2005 um ca. 66 Prozent auf 2,29 Mio. angestiegen.⁷¹ Inzwischen gibt es mehr Solo-Selbständige als Selbständige mit eigenen Beschäftigten und eigener unternehmerischer Organisation: Ende 2008 betrug der Anteil Solo-Selbständi-

stand-im-ueberblick/#accordion=0&tab=0, Stand: 19.7.2016; dazu *Welter/Levering/May-Strobl*, Mittelstandspolitik im Wandel, IfM-Materialien Nr. 247, 2016, S. 6.

⁶⁵ *Söllner*, Die wirtschaftliche Bedeutung kleiner und mittlerer Unternehmen in Deutschland, Statistisches Bundesamt, 2014, S. 42.

⁶⁶ *Söllner*, Die wirtschaftliche Bedeutung kleiner und mittlerer Unternehmen in Deutschland, Statistisches Bundesamt, 2014, S. 40 (42).

⁶⁷ Siehe die Berechnungen des Instituts der deutschen Wirtschaft Köln (IWD), abrufbar unter <https://www.iwd.de/artikel/die-eu-vernachlaessigt-den-mittelstand-342416>, Stand: 9.6.2017.

⁶⁸ FAZ v. 9.6.2017, abrufbar unter <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/wirtschaft-inzahlen/grafik-des-tages-so-wichtig-sind-die-kleinen-firmen-in-der-eu-15053777.html>.

⁶⁹ *Söllner*, Die wirtschaftliche Bedeutung kleiner und mittlerer Unternehmen in Deutschland, Statistisches Bundesamt, 2014, S. 40 (44).

⁷⁰ *Söllner*, Die wirtschaftliche Bedeutung kleiner und mittlerer Unternehmen in Deutschland, Statistisches Bundesamt, 2014, S. 40.

⁷¹ Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Jahresgutachten 2006/07, 2006, S. 265.

ger an allen Selbständigen ca. 55 Prozent,⁷² im Jahr 2013 57 Prozent.⁷³ 2014 wurden in Deutschland 2,2 Mio. Solo-Selbständige gezählt, was 5,2 Prozent der Erwerbstätigen entspricht;⁷⁴ im Jahr 2015 hat das Statistische Bundesamt sogar 2,34 Mio. angegeben.⁷⁵ Im europäischen Vergleich ist dies jedoch noch vergleichsweise wenig, EU-weit beläuft sich der Anteil der Solo-Selbständigen auf etwa 10 Prozent der Erwerbstätigen.⁷⁶ Ein erheblicher Teil der Solo-Selbständigen ist nicht marktorientiert, hat also keinen eigenen Kundenkreis, sondern nur einen oder zwei Auftraggeber.⁷⁷ Im Wirtschaftsleben ist es nicht immer möglich, seine Leistung am Markt verschiedenen Nachfragern anzubieten, z.B. wenn es nur einen Nachfrager gibt oder wenn es nicht gelingt, Verträge mit mehreren Nachfragern abzuschließen.⁷⁸ Rieble versteht unter Solo-Selbständigen hingegen nur marktorientierte Unternehmer, wonach Solo-Selbständige und (über wirtschaftliche Abhängigkeit definierte) Arbeitnehmerähnliche einander ausschließen würden.⁷⁹ Dies überzeugt nicht: Arbeitnehmerähnliche sind keine eigenständige Beschäftigungskategorie zwischen Selbständigen und Arbeitnehmern,⁸⁰ sondern ein Unterfall der Selbständigen, da das deutsche Recht lediglich zwischen Arbeitnehmern und Selbständigen unterscheidet.⁸¹ Solo-Selbständige und Arbeitnehmerähnliche gehören daher jeweils zur Gruppe der Selbständigen⁸² und sind dadurch gekennzeichnet, dass sie keine Mitarbeiter beschäftigen bzw. wirtschaftlich abhängig sind. Daher schließen sich beide Kategorien nicht aus, sondern weisen im Gegenteil eine große Schnittmenge auf.⁸³

⁷² Vgl. Statistisches Bundesamt (Hrsg.); Niedrigeinkommen und Erwerbstätigkeit, Begleitmaterialien zum Pressegespräch am 19.8.2009 in Frankfurt a.M., S. 8.

⁷³ Statistisches Bundesamt, Wirtschaft und Statistik 2013, S. 482, 485.

⁷⁴ DIW-Wochenbericht 7/2015, S. 136.

⁷⁵ Quelle: Auskunft des Statistischen Bundesamtes auf eine Anfrage der stellvertretenden Fraktionsvorsitzenden der Linken im Bundestag, Sabine Zimmermann, zit. nach Handelsblatt Online, <http://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/arbeitslosengeld-in-deutschland-leben-immer-mehr-hartz-iv-unternehmer-/12472864.html>, Stand: 18.8.2016.

⁷⁶ *Rebhahn*, RdA 2009, 154 (155 ff.); *Waltermann*, RdA 2010, 162; vgl. auch Europäische Kommission (Hrsg.), *Employment in Europe 2007*, Statistical Annex.

⁷⁷ *Rebhahn*, RdA 2009, 236; *Waltermann*, RdA 2010, 162 (164); *Deinert*, *Soloselbständige zwischen Arbeitsrecht und Wirtschaftsrecht*, 2015, S. 19.

⁷⁸ *Wank*, RdA 2010, 193 (203 f.).

⁷⁹ *Rieble*, in: *Giesen/Junker/Rieble, Ordnungsfragen des Tarifvertragsrechts*, 2017, S. 65 (66). Zum Begriff der Arbeitnehmerähnlichen siehe unten § 9 III. 3. a).

⁸⁰ So aber *Debald*, *Scheinselbständige – Verbraucher im Sinne des § 13 BGB?*, 2005, S. 145.

⁸¹ *Buchner*, *NZA* 1998, 1144 (1148); *Wank*, RdA 2010, 193 (204); vgl. auch *Artz*, *Der Verbraucher als Kreditnehmer*, 2001, S. 165.

⁸² *Mai/Marder-Puch*, *Selbständigkeit in Deutschland*, Statistisches Bundesamt, *Wirtschaft und Statistik*, Juli 2013, S. 483; a.A. *Debald*, *Scheinselbständige – Verbraucher im Sinne des § 13 BGB?*, 2005, S. 145.

⁸³ Vgl. *Waltermann*, RdA 2010, 162 (143); *Deinert*, *Soloselbständige zwischen Arbeitsrecht und Wirtschaftsrecht*, 2015, S. 19.

Mitunter sind kleine Unternehmen Teile von Unternehmensgruppen. Bei solchen handelt es sich nicht immer um kleine Unternehmen im eigentlichen Sinne.⁸⁴ Im Hinblick auf die politische und rechtliche Förderung ist dies problematisch, da diese „unechten“ kleinen Unternehmen möglicherweise nicht die spezifische Schutzbedürftigkeit und -würdigkeit aufweisen. Die EU-Empfehlung zur Definition differenziert zwischen Partnerunternehmen und verbundenen Unternehmen.⁸⁵ Danach fallen unter Partnerunternehmen alle Unternehmen, die einen Anteil zwischen 25 Prozent und weniger als 50 Prozent an einem anderen Unternehmen halten bzw. bei denen sich mehr als 25 Prozent, aber weniger als 50 Prozent des Kapitals oder der Stimmrechte im Besitz eines oder mehrerer anderer Unternehmen befinden. Bei verbundenen Unternehmen beträgt der Kapital- oder Stimmrechtsanteil eines oder mehrerer anderer Unternehmen mindestens 50 Prozent. Unternehmen, die nicht als Partnerunternehmen oder als verbundene Unternehmen gelten, sind danach eigenständige und damit „echte“ kleine Unternehmen. Bei der Bestimmung der Größenordnung kommt es bei Partnerunternehmen und verbundenen Unternehmen auf die Angaben des anderen Unternehmens an. Diese Empfehlung sollte in Gesetzgebung und Rechtsanwendung im Auge behalten werden, um zu gewährleisten, dass es jeweils um „echte“ kleine Unternehmen geht.

Insgesamt ist die wirtschaftliche Bedeutung von kleinen und mittleren Unternehmen steigend, was nicht zuletzt auf einem Strukturwandel der klassischen Industrieländer beruht.⁸⁶ Dieser ist durch drei Tendenzen gekennzeichnet: Einem Wandel der Wirtschaftsstruktur vom industriellen Bereich zum Dienstleistungsbereich, wodurch neue Unternehmensgrößenstrukturen und wohl auch mehr kleinere Unternehmen entstehen; einer Konzentration innerhalb der Unternehmen, die parallel dazu neue Strukturen mit kleineren Unternehmen mit sich bringt (Dezentralisierung, Outsourcing, Downsizing); und der zunehmenden Technisierung und Informatisierung, die in der Produktion immer mehr Arbeitskräfte einspart, sodass sich den freigesetzten Arbeitskräften häufig nur im kleingewerblichen Sektor Alternativen bieten.⁸⁷

⁸⁴ Söllner, Die wirtschaftliche Bedeutung kleiner und mittlerer Unternehmen in Deutschland, Statistisches Bundesamt, 2014, S. 40 (45).

⁸⁵ Anhang zu Art. 3 der Empfehlung der Kommission vom 6.5.2003 betreffend die Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen, 2003/361/EG.

⁸⁶ Krämer, Mittelstandsökonomik, 2003, S. 1.

⁸⁷ Krämer, Mittelstandsökonomik, 2003, S. 1.

B) Existenzgründungen

Neu gegründete Unternehmen fangen in der Regel mit wenigen Mitarbeitern und Umsatzwerten von weniger als 10 Mio. Euro an, sodass sie üblicherweise zu den kleinen Unternehmen gehören.

I. Umfang der Existenzgründungen in Deutschland

Das IfM Bonn erstellt auf der Grundlage der Daten des Statistischen Bundesamtes regelmäßig Statistiken zu den gewerbeanzeigepflichtigen Gründungen.⁸⁸ Die Anzahl der Gründungen in den Freien Berufen sowie unter Land- und Forstwirten ermittelt das IfM Bonn auf der Basis der Steueranmeldungen bei den Finanzämtern. Innovative und schnell wachsende Neugründungen werden gerne als Start-ups bezeichnet, häufig wird dieser Begriff jedoch synonym zu „herkömmlichen“ Gründung gebraucht.⁸⁹ Nicht jede Gewerbeanmeldung gilt als Existenzgründung. Eine solche liegt nur vor, wenn eine berufliche Selbständigkeit realisiert wird. Geht es um die Gründung eines von Beginn an größeren Unternehmens, spricht man eher von einer Unternehmensgründung.⁹⁰ In Deutschland begeben sich jährlich rund 306.000 Gründer im Vollerwerb und 562.000 im Nebenerwerb in die unternehmerische Selbständigkeit.⁹¹ Im Jahr 2002 lag Deutschland im europäischen Vergleich im Mittelfeld (Rang 23 von 37), weltweit jedoch im hinteren Drittel.⁹² Im Jahr 2014 belegte Deutschland mit seiner Gründungsquote von 5,27 Prozent unter den 70 Ländern des internationalen Forschungskonsortiums Global Entrepreneurship Monitor lediglich Rang 27.⁹³ Dies zeigt, dass in Deutschland die Neigung, ein Unternehmen zu gründen, im internationalen Vergleich relativ gering ausgeprägt ist. Im Jahr 2015 wurden insgesamt 298.500 gewerbliche Existenzgründungen vermerkt, wozu 178.600 „echte“ Kleinbetriebsgründungen gehörten. Im ersten Halbjahr 2017 wurden 147.00 Existenzgründungen vermerkt, was gegenüber dem Vorjahrszeitraum einen Rückgang um 1,5 % bedeutet. Die Gründungstendenz ist damit leicht sinkend, ebenso allerdings die Tendenz der gewerblichen Liquidationen.

⁸⁸ Abrufbar unter <http://www.ifm-bonn.org/statistiken/gruendungen-und-unternehmennschliessungen/#accordion=0&tab=0>, Stand: 17.8.2016.

⁸⁹ Vgl. <http://www.gruenderszene.de/lexikon/begriffe/startup>, Stand: 17.8.2016.

⁹⁰ Vgl. <http://www.gruenderszene.de/lexikon/begriffe/existenzgruendung>, Stand: 17.8.2016.

⁹¹ Quelle: Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, <http://www.bmwi.de/DE/Themen/Mittelstand/Gruendungen-und-Unternehmensnachfolge/existenzgruendung.html>, Stand: 18.8.2016.

⁹² Quelle: Weltbericht Global Entrepreneurship Monitor 2003.

⁹³ Global Entrepreneurship Monitor, Länderbericht Deutschland 2014, S. 9.

76,1 Prozent der gewerblichen Existenzgründungen des Jahres 2015 erfolgten in Form eines Einzelunternehmens. Bis vor kurzem nahm die Zahl der Solo-Selbständigen stark zu, zwischen 1992 und 2012 stieg sie um 83 Prozent.⁹⁴ Diese Zunahme wurde durch mehrere Entwicklungen begünstigt: Die wachsende Bedeutung des Dienstleistungssektors, insbesondere des Kreativsektors; die Verbreitung des Outsourcings zur Kostenersparnis; der Liberalisierung im Handwerksrecht sowie eine zeitweise angespannte Lage am Arbeitsmarkt und den damit einhergehenden arbeitsmarktpolitischen Förderprogrammen zur Unterstützung von zuvor arbeitslosen Gründern. Seit 2012 ist die Solo-Selbständigkeit wegen der Entspannung der Arbeitsmarktlage tendenziell wieder rückläufig⁹⁵ Es wird jedoch damit gerechnet, dass sie durch die Verbreitung von Plattformen für On-Demand-Dienstleistungen und Crowdfunding wieder zunehmen wird.⁹⁶

Der Anteil der Frauen unter den Existenzgründungen von gewerblichen Einzelunternehmen lag im Jahr 2015 bei 28,7 Prozent. Höher liegt der Frauenanteil mit 42,7 Prozent bei den Nebenerwerbsgründungen.⁹⁷ Generell ist der Frauenanteil am Gründungsgeschehen in Deutschland vergleichsweise gering.⁹⁸ Ebenso unterrepräsentiert ist die Gruppe der über 35-Jährigen. Die meisten Gründungen werden im Alter zwischen 18 und 34 Jahren angestrebt.⁹⁹ Im 1. Halbjahr 2012 wurden 44,1 Prozent der Einzelunternehmen von Personen ohne deutsche Staatsangehörigkeit gegründet, wobei der Anteil ausländischer Gründer seit Jahren zunimmt.¹⁰⁰ Im Jahr 2015 lag er allerdings ebenfalls bei 44,0 Prozent.¹⁰¹

II. Motive für und gegen eine Existenzgründung und Erfolgseinschätzung

Die meisten Menschen streben eine Existenzgründung an, um eine Geschäftsidee zu verwirklichen. Mitunter erfolgen Gründungen jedoch aus Mangel an Erwerbsalternativen (sog. Notgründungen), was in Deutschland im internationalen Vergleich relativ häufig vorkommt.¹⁰² Notgründungen sind verhaltens-

⁹⁴ Welter/Levering/May-Strobl, Mittelstandspolitik im Wandel, IfM-Materialien Nr. 247, 2016, S. 6. Zu den Solo-Selbständigen siehe auch oben A).

⁹⁵ Weißbuch des BMAS „Arbeiten 4.0“, 2016, S. 50.

⁹⁶ Weißbuch des BMAS „Arbeiten 4.0“, 2016, S. 57.

⁹⁷ <http://www.ifm-bonn.org/statistiken/gruendungen-und-unternehmensschliessungen/#accordion=0&tab=0>, Stand: 17.8.2016.

⁹⁸ Bonnemeier, Praxisratgeber Existenzgründung, 4. Aufl. 2014, S. 3. Zu den Ursachen siehe sogleich im Text.

⁹⁹ Bonnemeier, Praxisratgeber Existenzgründung, 4. Aufl. 2014, S. 3.

¹⁰⁰ Bonnemeier, Praxisratgeber Existenzgründung, 4. Aufl. 2014, S. 3.

¹⁰¹ <http://www.ifm-bonn.org/statistiken/gruendungen-und-unternehmensschliessungen/#accordion=0&tab=0>, Stand: 17.8.2016.

¹⁰² Global Entrepreneurship Monitor, Länderbericht Deutschland 2014, S. 19; Bonnemeier, Praxisratgeber Existenzgründung, 4. Aufl. 2014, S. 3; Icks et al., IfM-Materialien

ökonomisch erklärbar, da die Risikobereitschaft umso höher ist, je geringer und schlechter die Alternativen sind.¹⁰³ In den Jahren 2003 bis 2011 war das Gründungsgeschehen in Deutschland besonders stark durch Gründungen aus der Arbeitslosigkeit geprägt, die in der Regel in Form einer Solo-Selbständigkeit ohne Beschäftigte umgesetzt wurde.¹⁰⁴ Umgekehrt ist bei den Solo-Selbständigen der Anteil an Notgründungen aus der Arbeitslosigkeit besonders groß.¹⁰⁵ Mit der Einführung des sog. Existenzgründungszuschusses (Ich-AG) im Jahr 2003 als Ergänzung des bereits seit 1986 existierenden Überbrückungsgeldes stieg die Zahl der Gründungen aus der Arbeitslosigkeit weiter an.¹⁰⁶ Die Hoch-Zeiten dieses Gründungstyps sind allerdings vorbei, seitdem die Begünstigtenzahl durch strengere Regulierung gesunken und die Bezüher von Arbeitslosengeld seit 2005 die Forderungsberechtigung verloren haben.¹⁰⁷ Auch das Weißbuch des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales „Arbeiten 4.0“ erklärt die Abschwächung der Gründungstendenzen seit 2012 mit der Entspannung der Arbeitsmarktlage.¹⁰⁸

Als Grund gegen eine Existenzgründung wird häufig deren hohe Bürokratie gesehen. Dabei hat diese durchaus auch Vorteile, da sie den Existenzgründern in Form von erteilten Bescheiden und Genehmigungen eine rechtliche Sicherheit verschafft. Das Hauptargument gegen eine Existenzgründung ist jedoch die Angst vor dem Scheitern. Diese ist in Deutschland stärker ausgeprägt als in vergleichbaren europäischer Staaten, wenngleich sich die Einstellung zur Selbständigkeit geringfügig verbessert hat.¹⁰⁹ Einer repräsentativen Befragung zufolge würden in Deutschland 46 Prozent der Befragten aus Angst vor dem Scheitern von einer Gründung absehen.¹¹⁰ Von Frauen heißt es, dass sie im Hinblick auf eine Existenzgründung noch stärkere Vorbehalte als Männer und insoweit ein geringeres Selbstvertrauen haben.¹¹¹ Gerade in Zeiten einer guten Lage am Arbeitsmarkt ziehen in Deutschland viele Menschen die abhängige Beschäftigung dem Schritt in die Selbständigkeit vor. In der Tat gibt die statistische Überlebenschance einer Existenzgründung wenig Anlass für übermäßigen Optimismus: Weniger als die Hälfte aller neu gegründeten Unternehmen überleben die ersten

Nr. 237, 2015, S. 17 f.; vgl. auch *Rieble*, in: Giesen/Junker/Rieble, Ordnungsfragen des Tarifvertragsrechts, 2017, S. 65 (66).

¹⁰³ Vgl. *Kahneman*, *Thinking, Fast and Slow*, 2012, S. 276.

¹⁰⁴ <http://www.ifm-bonn.org/statistiken/gruendungen-und-unternehmensschliessungen/#accordion=0&tab=3>, Stand: 17.8.2016.

¹⁰⁵ *Waltermann*, RdA 2010, 162.

¹⁰⁶ <http://www.ifm-bonn.org/statistiken/gruendungen-und-unternehmensschliessungen/#accordion=0&tab=3>, Stand: 17.8.2016.

¹⁰⁷ Eingehend *May-Strobl*, Nachhaltigkeit und Erfolg von Gründungen aus der Arbeitslosigkeit, IfM-Materialien Nr. 196, 2010.

¹⁰⁸ Weißbuch des BMAS „Arbeiten 4.0“, 2016, S. 50.

¹⁰⁹ Global Entrepreneurship Monitor, Länderbericht Deutschland 2014, S. 6, 16.

¹¹⁰ Global Entrepreneurship Monitor, Länderbericht Deutschland 2014, S. 16.

¹¹¹ *Bonnemeier*, Praxisratgeber Existenzgründung, 4. Aufl. 2014, S. 4.

fünf Jahre, wobei sich diese Erfolgsquote verschlechtert, je mehr Unternehmen auf den Markt drängen. Die Zahl der gescheiterten Existenzgründungen wird auf 40.000 bis 90.000 pro Jahr geschätzt.¹¹² Insgesamt dominieren kleine Unternehmen das Insolvenzgeschehen in Deutschland: Im ersten Halbjahr 2017 hatte 52,9 Prozent der von einer Insolvenz betroffenen Unternehmen einen Umsatz von weniger als 250.000 Euro im Jahr erwirtschaftet, dies sind 5.450 Fälle, rund 200 mehr als im Vorjahr.¹¹³ Noch deutlicher fällt dieser Befund aus, wenn man die Zahl der beschäftigten Arbeitnehmer in den Blick nimmt: Vier von fünf Unternehmen, über die im Jahr 2015 ein Insolvenzverfahren eröffnet wurde, haben höchstens fünf Mitarbeiter beschäftigt.¹¹⁴ Aus den empirischen Daten ergibt sich somit ein Einfluss von Alter und Größe auf die Überlebenschwindigkeit von Unternehmen.¹¹⁵ Aufgrund der mannigfaltigen Herausforderungen in der sehr frühen Unternehmensphase scheiden junge Unternehmen mit einer höheren Wahrscheinlichkeit aus dem Markt aus als ältere Unternehmen. Zudem haben kleinere Unternehmen eine geringere Überlebenschwindigkeit als große Unternehmen der gleichen Alterskohorte.¹¹⁶ In ideeller Hinsicht wird ein Scheitern in Deutschland häufig als persönlicher Makel gesehen.¹¹⁷ In den USA herrscht hingegen eine andere Mentalität vor, wonach ein Scheitern nicht als Makel gilt und eher Anreiz für einen neuen Versuch schafft.¹¹⁸ Tatsächlich ist die Misserfolgsquote in den USA, wo 35 Prozent der Neugründungen die ersten fünf Jahre überleben,¹¹⁹ eher größer als in Deutschland. Noch größer ist die Misserfolgsquote z.B. in Kanada, wo sowohl im Produktionssektor als auch im Dienstleistungssektor mehr als die Hälfte aller Neugründungen in den ersten zwei Jahren ihres Bestehens scheitern.¹²⁰

Trotz dieser Misserfolgsquote ist in den USA im Gegensatz zum deutschen Pessimismus, der im Ausland gerne als „German Angst“ verspottet wird, das gegenteilige Extrem des übermäßigen Selbstvertrauens verbreitet. Der Psychologe

¹¹² Tamm, Verbraucherschutzrecht, 2011, S. 333.

¹¹³ So die Wirtschaftsauskunftei Creditreform, abrufbar unter <https://www.creditreform.de/nc/aktuelles/news-list/details/news-detail/insolvenzen-in-deutschland-1-halbjahr-2017.html>, Stand: 22.6.2017.

¹¹⁴ Quelle: <http://www.abendzeitung-muenchen.de/inhalt.experten-warnen-trotzdem-gute-konjunktur-robuster-arbeitsmarkt-pleiten-auf-tiefstand.84c13eef-3db6-4abe-91acd5e443d0117f.html>, Stand: 12.12.2015.

¹¹⁵ Fackler/Schnabel/Wagner, Small Business Economics Vol. 41 No. 3 [2013], 683 (691).

¹¹⁶ Welter/Levering/May-Strobl, Mittelstandspolitik im Wandel. IfM-Materialien Nr. 247, 2016, S. 9.

¹¹⁷ Der Bundesverband Deutsche Startups beklagt, dass man außerhalb der Start-up-Szene häufig auf Stigmatisierung trifft, vgl. Handelsblatt v. 18.4.2017, abrufbar unter <http://www.handelsblatt.com/unternehmen/mittelstand/start-up-verband-fordert-kultur-der-zweiten-chance/19679460.html>, Stand: 19.4.2017.

¹¹⁸ Vgl. Schäfer/Ternès/Towers, The International Start-Up Scene, 2016, S. 46.

¹¹⁹ Kahneman, Thinking, Fast and Slow, 2012, S. 256.

¹²⁰ Baldwin/Johnson, in: Acs, Are Small Firms Important, 1999, S. 51 (52).

und Wirtschaftsnobelpreisträger *Daniel Kahneman* hat dafür verhaltensökonomische Erklärungen vorgelegt. Zunächst ist die erfolgreiche Ausführung eines Plans konkret und leicht vorstellbar. Demgegenüber erscheint die Alternative des Scheiterns unscharf, da es unzählige Möglichkeiten gibt, wie ein Projekt schief-laufen kann. Dies gilt somit auch für die Unternehmensgründung, bei der man sich einen Erfolg leichter vorstellen kann als einen Misserfolg. Existenzgründer und Investoren neigen folglich sowohl dazu, ihre Chancen zu überschätzen, als auch ihre Schätzungen überzubewerten.¹²¹ Weiterhin glauben die Unternehmensgründer in den USA regelmäßig nicht, dass die Statistiken (sog. base rates) für sie zutreffen. Eine Studie hat ergeben, dass US-amerikanische Gründer davon ausgehen, dass ihr jeweiliger Geschäftszweig vielversprechend ist. Ihre durchschnittliche Bewertung der Erfolgchancen generell für ein „Unternehmen wie das ihrige“ betrug 60 Prozent, also fast doppelt so hoch wie der statistische Wert.¹²² Die Wahrnehmungsverzerrung war noch größer, wenn sie die Erfolgchancen ihres eigenen Unternehmens bewerteten: 81 Prozent der Gründer gingen von einer Erfolgswahrscheinlichkeit von 7 oder höher auf einer Skala von 1 bis 10 aus; 33 Prozent der Gründer meinten gar, dass ein Scheitern ausgeschlossen sei.¹²³ Dies erscheint an sich wenig überraschend. Wenn man jemanden befragt, der kürzlich ein italienisches Restaurant eröffnet hat, würde man kaum erwarten, dass er seine Erfolgchancen schlecht einschätzt oder sich für einen schlechten Gastronomen hält. Es fragt sich indes, ob das Geld und die Zeit in eine Existenzgründung auch dann investiert würde, wenn die Personen die Statistiken – für Restaurants gilt z.B., dass 60 Prozent aller Neueröffnungen nach drei Jahren wieder geschlossen haben – tatsächlich in das Kalkül einbeziehen, also gewissermaßen ihre Chancen von außen bewerten (sog. outside view). Ein Vorteil des hohen Selbstvertrauens ist, dass es Hartnäckigkeit gegenüber Hindernissen schafft. Allerdings kann Hartnäckigkeit teuer sein: *Åstebro* und *Bernhardt* haben empirisch aufgezeigt, wie Optimisten auf schlechte Nachrichten reagieren.¹²⁴ Ihre Studie beruht auf Daten einer kanadischen Organisation – dem Inventor’s Assisance Program – die gegen eine kleine Gebühr die Geschäftchancen einer Idee objektiv bewertet auf der Grundlage von 37 Kriterien, darunter der Bedarf für das Produkt, die Produktionskosten und die geschätzte Nachfrage. Das Ergebnis wird in einer Benotung zusammengefasst, wobei die Notenstufen D und E einen Misserfolg bedeuten und in 70 Prozent der bewerteten Ideen vergeben wurden. Die Fehlerprognose ist erstaunlich genau: Nur fünf von 411 Projekten mit der schlechtesten Benotung wurden in Verkehr gebracht, und keines davon hatte Erfolg. Gleichwohl setzten 47 Prozent der Erfinder, denen

¹²¹ *Kahneman*, *Thinking, Fast and Slow*, 2012, S. 325 f.; eingehend *Cooper/Woo*, *Journal of Business Venturing* 1988, 97; *Palich/Bagby*, *Journal of Business Venturing* 1995, 425 ff.

¹²² *Kahneman*, *Thinking, Fast and Slow*, 2012, S. 256 f.

¹²³ *Kahneman*, *Thinking, Fast and Slow*, 2012, S. 256 f.

¹²⁴ *Åstebro/Bernhardt*, *The Engineering Economist* 44 [1999], 348 ff.

ein Scheitern vorausgesagt wurde, ihre Entwicklungen fort. Im Durchschnitt verdoppelten sie dabei ihre ursprünglichen Kosten noch, bevor sie letztlich aufgaben. Diese Daten zeigen, dass Optimismus in den USA bzw. Kanada verbreitet, stur und kostspielig ist.¹²⁵ Dies sollte man stets vergegenwärtigen, wenn in Deutschland – an sich zu Recht – eine Stärkung der Gründungsmentalität gefordert und angestrebt wird und die USA dabei als Vorbild genommen werden.¹²⁶

III. Gründe des Scheiterns

Eine Untersuchung der ehemaligen Deutschen Ausgleichsbank (nun KfW-Mittelstandsbank) zeigt, welche Probleme am häufigsten zum Scheitern junger Unternehmen beigetragen haben.¹²⁷ Eine Mehrfachnennung war möglich.

- Finanzierungsmängel (68 Prozent)
- Informationsdefizite (61 Prozent)
- Qualifikationsmängel (48 Prozent)
- Planungsmängel (30,1 Prozent)
- Familienprobleme (29,9 Prozent)
- Überschätzung der Betriebsleistung (20,9 Prozent)
- äußere Einflüsse (15,4 Prozent)

Daraus wird gefolgert, dass der Erfolg einer Existenzgründung eine gründliche Vorbereitung, professionelle und vorsichtige Planung sowie eine umfassende Information erfordert; dass nicht jeder Mensch als Existenzgründer geeignet und dass nicht jede, vermeintlich gute Idee auch wirtschaftlich tragfähig ist.¹²⁸ Dies ist sicherlich richtig, impliziert aber, dass es jeder Gründer weitgehend selbst in der Hand hat, ob das Unternehmen Erfolg haben wird. Diese Annahme ist weit verbreitet und wird von zahlreichen Fachleuten und Büchern zur Unternehmensgründung geschürt.¹²⁹ Unternehmensgründer, die nach der Abhängigkeit des Erfolgs von den unternehmerischen Fähigkeiten befragt wurden, gaben niemals weniger als 80 Prozent an. Selbst wenn sie von ihrem eigenen Erfolg nicht

¹²⁵ Kahneman, *Thinking, Fast and Slow*, 2012, S. 257.

¹²⁶ Vgl. die Initiative des Bundesministeriums für Bildung und Forschung, BT-Drucks. 16/10500, S. 21. Zu dieser Frage näher unter § 2 C) II.

¹²⁷ Zit. nach *Bonnemeier*, *Praxisratgeber Existenzgründung*, 4. Aufl. 2014, S. 9. Zu ähnlichen Ergebnissen kommt die Vorstudie von *Piorkowsky et al* vom Juli 2010, abrufbar unter <https://www.huk.uni-bonn.de/aktuelles/gescheiterte-selbststaendigkeit-in-der-sb>, Stand: 13.6.2017. Zu den Gründen des Scheiterns eingehend *Engeln et al*, *Ursachen für das Scheitern junger Unternehmen in den ersten fünf Jahren ihres Bestehens*, 2010.

¹²⁸ *Bonnemeier*, *Praxisratgeber Existenzgründung*, 4. Aufl. 2014, S. 10 f.

¹²⁹ Prominentes Beispiel ist der Bestseller von *Collins/Porras*, *Built to Last: Successful Habits of Visionary Companies*, 2004. Die Autoren schreiben darüber: „We believe every CEO, manager, and entrepreneur in the world should read this book. You can build a visionary company.“

uneingeschränkt überzeugt waren, so gingen sie doch davon aus, dass er allein in ihren Händen liegt.

Dagegen hat sich grundlegend *Kahneman* gewandt, der einen anderen Erklärungsansatz zugrunde legt. Zunächst legt er dar, dass der Erfolg oder Misserfolg eines Unternehmens nicht nur von den Fähigkeiten des Unternehmers abhängt, sondern zu einem erheblichen Teil auch von schlichtem Glück:

„Because luck plays a large role, the quality of leadership and management practices cannot be inferred reliably from observations of success.“¹³⁰

Tatsächlich hängt der Erfolg auch von den Verdiensten der Konkurrenten und der wirtschaftlichen Entwicklung ab. Da man jedoch über Konkurrenten wenig weiß, stellt man sich eine Zukunft vor, in denen Wettbewerb nur eine geringe Rolle spielt (competition neglect).¹³¹ Ein augenfälliger Ausdruck dieses Phänomens ist, dass viele teure Big-Budget-Filme an den gleichen Tagen in die Kinos kommen. Dies beruht in aller Regel darauf, dass sich die Filmproduktionsgesellschaften nur auf die eigenen Faktoren wie den Film selbst und das Marketing konzentrieren, die Konkurrenz hingegen außer Acht lassen.¹³² Erscheinen aber fünf Filme am gleichen Wochenende, werden die Einnahmen der Filmproduktionsgesellschaften zwangsläufig leiden. *Kahneman* hat insgesamt vier Wahrnehmungsverzerrungen aufgezeigt, auf denen die – in den USA wie gezeigt häufig übertrieben positive – Einschätzung der Erfolgchancen auf verschiedenen Wahrnehmungsverzerrungen beruht: (1) Man fokussiert sich auf das eigene Ziel und ignoriert die einschlägigen Statistiken bei der Planung (planning fallacy); (2) man fokussiert sich auf die eigenen Pläne und Fähigkeiten und lässt diejenigen der Konkurrenten außer Acht; (3) man konzentriert sich sowohl bei der Deutung der Vergangenheit als auch bei der Einschätzung der Zukunft auf die Fähigkeiten und ignoriert die Bedeutung des Glücksfaktors (illusion of control); und schließlich (4) fokussiert man sich auf das, was man weiß und ignoriert, was man nicht weiß (what you see is all there is), was zu einem übersteigerten Selbstvertrauen führt.¹³³ In der obigen Liste könnte man diese Mängel sowohl den Informationsdefiziten als auch den Planungsmängeln zuordnen.

¹³⁰ *Kahneman*, Thinking, Fast and Slow, 2012, S. 204 ff., 207; zum Zusammenhang zwischen Erfolg und Glück im Allgemeinen siehe S. 175 ff.

¹³¹ *Kahneman*, Thinking, Fast and Slow, 2012, S. 260. Zum Phänomen des competition neglect grundlegend *Camerer/Lovallò*, American Economic Review 89 [1999], 306 ff.

¹³² *Camerer/Lovallò*, American Economic Review 89 [1999], 306 (315).

¹³³ *Kahneman*, Thinking, Fast and Slow, 2012, S. 259.

C) Sozialer Hintergrund von Kleinunternehmern

Auch in sozialer Hinsicht sind Kleinunternehmer keine homogene Gruppe und reichen von hochbezahlten Experten bis zu Geringverdienern, die von Altersarmut bedroht sind. Eine wichtige Unterscheidung wird darin gesehen, ob die Unternehmer Mitarbeiter beschäftigen.¹³⁴ Eine Studie aus dem Jahr 2014 hat das Einkommen von Selbständigen untersucht, getrennt für „Selbständige mit Mitarbeitern“ und „Solo-Selbständige“.¹³⁵ Diese Studie kommt zu dem Ergebnis, dass Selbständige mit Mitarbeitern 1,75mal so viel verdienen wie Arbeitnehmer, Solo-Selbständige hingegen gleich viel wie Arbeitnehmer, wobei die für Selbständige freiwilligen Sozialversicherungsbeiträge nicht berücksichtigt sind. Nach einer anderen Studie liegt der durchschnittliche Verdienst vor Steuern und Versicherung bei 13 Euro pro Stunde, und 25 Prozent der Solo-Selbständigen verdienen weniger als 8,50 Euro pro Stunde.¹³⁶ 11 Prozent der Solo-Selbständigen haben ein monatliches Einkommen von unter 500 Euro.¹³⁷

Dies zeigt, dass sich für viele Solo-Selbständige ihre Tätigkeit finanziell nicht auszahlt. Mögliche Gründe sind, dass sie ihr Einkommen falsch einschätzen, dass sie im Bereich abhängiger Arbeit keine Alternative finden („Notgründung“) oder dass sie lieber ihr eigener Herr sein möchten.¹³⁸ Auch in den USA sind die finanziellen Anreize der Selbständigkeit nur mittelmäßig: Bei gleicher Qualifikation erzielen die Menschen in abhängiger Beschäftigung durchschnittlich höhere Einkommen als in selbständiger Tätigkeit.¹³⁹ In wirtschaftlicher Hinsicht ist die Form der Klein- bzw. Solo-Selbständigkeit daher typischerweise nicht mit großem Wohlstand, sondern mit geringem Ertrag verbunden.¹⁴⁰

Nicht jeder Kleinunternehmer kann überhaupt von seiner Arbeit leben. Unter allen Selbständigen ist der Anteil der Selbständigen mit monatlichen Nettoeinkünften von weniger als 1.100 Euro im Zeitraum von 1995 bis 2005 von 24 Prozent auf 32 Prozent angestiegen.¹⁴¹ Die Zahl der Selbständigen in Deutschland, die auf Hartz IV angewiesen sind, steigt stetig. Im Jahr 2014 waren es mit 117.904

¹³⁴ *Fudge*, *Osgoode Hall Law Journal* 44/4 [2006], 1 (11).

¹³⁵ *Sorgner/Fritsch/Kritikos*, IZA Discussion Paper No. 8651, 2014.

¹³⁶ DIW-Wochenbericht 7/2013, S. 7; dazu *Klebe*, AuR 2016, 277.

¹³⁷ Statistisches Bundesamt, *Wirtschaft und Statistik* 2013, S. 482, 495; dazu *Deinert*, *Soloselbständige zwischen Arbeitsrecht und Wirtschaftsrecht*, 2015, S. 18.

¹³⁸ *Sorgner/Fritsch/Kritikos*, IZA Discussion Paper No. 8651, 2014, S. 19; speziell zu Notgründungen *Rieble*, in: *Giesen/Junker/Rieble*, *Ordnungsfragen des Tarifvertragsrechts*, 2017, S. 65 (66).

¹³⁹ *Kahneman*, *Thinking, Fast and Slow*, 2012, S. 257.

¹⁴⁰ Vgl. *Rebhahn*, RdA 2009, 236 (240); zur sozialen Situation von Kleinunternehmern siehe auch *Adomeit*, FS *Hilger/Stumpf*, 1983, S. 1 (3 f.); *Rieble*, in: *Riesenhuber*, *Das Prinzip der Selbstverantwortung*, 2011, S. 337 (349) sowie oben § 3 C).

¹⁴¹ Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, *Jahresgutachten 2006/07*, 2006, S. 266.