

Soziales Recht

Wissenschaftliche Zeitschrift
für Arbeits- und Sozialrecht

Herausgegeben von
Prof. Dr. Olaf Deinert und
Prof. Dr. Rüdiger Krause,
Institut für Arbeitsrecht
der Georg-August Universität
Göttingen



in Zusammenarbeit mit

HSI

Hugo Sinzheimer Institut
für Arbeits- und Sozialrecht

Abhandlungen

Arbeitnehmer und Beschäftigte –
was gleich erscheint, muss nicht gleich sein – Zur Abgrenzung von
Beschäftigung und Selbstständigkeit aus sozialrechtlicher Perspektive
Christian Mecke Seite **81**

Arbeitnehmer und Beschäftigte –
Differenzierung und Schnittstellen aus arbeitsrechtlicher Sicht
Angie Schneider Seite **100**

Rezensionsaufsatz

Wolfgang Däubler/Michael Kittner,
Geschichte und Zukunft der Betriebsverfassung
Hannes Schneller Seite **117**

Urlaubsanspruch nach aktueller Rechtslage



Keller / Augsten

Bundesurlaubsgesetz

Basiskommentar zum BUrlG

2023. 230 Seiten, kartoniert

€ 39,-

ISBN 978-3-7663-7082-2

bund-shop.de/7082

Leicht verständlich, praxisnah und aktuell vermittelt der Basiskommentar die Grundlagen zum Bundesurlaubsgesetz (BUrlG). Dazu zählen die Länge und zeitliche Lage des Erholungsurlaubs, das Urlaubsgeld oder die Erkrankung während des Urlaubs. Dabei haben die Autorinnen die wichtige neue Rechtsprechung von Bundesarbeitsgericht und Europäischem Gerichtshof z. B. zu Verjährung, Verfall und Kürzung bei »Kurzarbeit Null« und ihre Auswirkungen auf das Urlaubsrecht im Blick. In der Praxis dient der Kommentar Interessenvertretungen und Engagierten Beschäftigten als leicht zugängliches Nachschlagewerk. Betriebs- und Personalräte erhalten hilfreiche Beispiele, Hinweise und Tipps für eine erfolgreiche Gremienarbeit.

Die Schwerpunkte:

- Ausführliche Einführung und Überblick zum Urlaubsrecht über das BUrlG hinaus
- Einzel- und kollektivvertragliche Regelungen und deren Wirkung
- Verfall und Verjährung von Urlaubsansprüchen
- Freistellungsregelungen jenseits des BUrlG und deren urlaubsrechtliche Wirkungen (z. B. zur Elternzeit, Pflegezeit, Sonderurlaub, »Kurzarbeit Null«)
- Tipps und Hinweise für Betriebs- und Dienstvereinbarungen

Vorteile auf einen Blick:

- Einführung und Überblick zum Urlaubsrecht
- Ausführliche Kommentierung des BUrlG
- Aktuelle Rechtsprechung und deren Auswirkungen

Der Titel ist Nachfolger des Basiskommentars »Urlaubsrecht« von Joachim Heilmann.

www.bund-verlag.de
kontakt@bund-verlag.de
Infotelefon: 069/795010-20



Soziales Recht

3/2023

ISSN 2193-5157

Juni 2023, 13. Jahrgang

Herausgeber

Prof. Dr. Olaf Deinert (geschäftsführend)

Prof. Dr. Rüdiger Krause

Institut für Arbeitsrecht der

Georg-August-Universität Göttingen

in Zusammenarbeit mit:

Hugo Sinzheimer Institut für Arbeits- und Sozialrecht

(HSI) der Hans-Böckler-Stiftung, Frankfurt

Redaktion

Prof. Dr. Olaf Deinert

Prof. Dr. Manfred Walsler, LL.M., Hochschule Mainz

Anschrift der Redaktion

Institut für Arbeitsrecht der

Georg-August-Universität Göttingen

Platz der Göttinger Sieben 6

37073 Göttingen

Tel. 0551 / 39 – 279 48

Fax: 0551 / 39 – 272 45

E-Mail: sekretariat.deinert@

jura.uni-goettingen.de

Verlag

Bund-Verlag GmbH

Geschäftsführer

Rainer Jöde

Geschäftsbereich Zeitschriften

Bettina Frowein (verantwortlich)

Tel. 069/79 50 10-83

Anschrift des Verlages

Bund-Verlag GmbH

Emil-von-Behring-Straße 14

60439 Frankfurt/Main

(ladungsfähige Anschrift)

Tel. 069/79 50 10-0

Fax: 069/13 30 77-666

Anzeigen

Peter Beuther (verantwortlich)

Heike Sandrock

Tel. 069/79 50 10-602

anzeigen@bund-verlag.de

Erscheint 6 x jährlich als Supplement

der Zeitschrift Arbeit und Recht.

Im Abonnementpreis der Zeitschrift

Arbeit und Recht enthalten.

Umschlag und Layout

Ute Weber, Geretsried

Druckvorstufe

Da-TeX Gerd Blumenstein, Leipzig

Druck

DWS Marquart GmbH,

Saulgauer Str. 3, 88326 Aulendorf

Bezug Einbanddecken und Buchbindeservice

Tel. 02776/92288-0 oder

bund-verlag@schaefermedien.de

Mit Namen gekennzeichnete Beiträge,

Beilagen und Anzeigen geben nicht unbedingt die

Meinung der Herausgeber, der Redaktion oder des

Verlages wieder.

Alle in diesem Supplement veröffentlichten

Beiträge und Abbildungen sind

urheberrechtlich geschützt.

Jede Verwertung – auch auszugsweise – bedarf der

vorherigen Zustimmung des Verlages.

Arbeitnehmer und Beschäftigte – was gleich erscheint, muss nicht gleich sein – Zur Abgrenzung von Beschäftigung und Selbstständigkeit aus sozialrechtlicher Perspektive*

Dr. Christian Mecke, Richter am Bundessozialgericht

Dieser Beitrag soll in Zusammenschau mit dem Aufsatz von Prof. Schneider in diesem Heft einen Überblick zu Fragen der Statusabgrenzung jeweils aus Sicht des Arbeits- und Sozialversicherungsrechts geben. Dazu werden zunächst die Grundlagen des Beschäftigungsbegriffs vorgestellt. Anschließend werden in jüngster Zeit problematisierte Tätigkeitsformen beleuchtet, bevor schließlich auf die Bemühungen des Gesetzgebers um die Verbesserung des Statusfeststellungsverfahrens eingegangen wird.

I. Grundlagen des Beschäftigungsbegriffs

Einleitend soll zunächst der sozialrechtliche Begriff des oder der Beschäftigten betrachtet werden. Präziser: Alleiniger Gegenstand soll der Beschäftigtenbegriff des Versicherungs- und Beitragsrechts der Sozialversicherungssysteme sein. Dieser kann sich durchaus vom Beschäftigtenbegriff des Leistungsrechts der Sozialversicherung oder gar von vergleichbaren Begriffen anderer Rechtsgebiete unterscheiden. Dies hat der Große Senat des BSG schon 1973 klargestellt: »Zur Aufstellung generalisierender Grundsätze, die für alle Versicherungszweige gelten könnten, besteht [...] keine Möglichkeit. Nicht einmal im engeren Bereich der Rentenversicherung wird der Begriff des versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses einheitlich gehandhabt, vielmehr erlangt er unterschiedliche Bedeutungen, je nach dem Sinnzusammenhang, in den die einzelne ihn enthaltende Norm gestellt ist«¹. Dieser im Hinblick auf berechnete Erwartungen terminologischer Klarheit von Gesetzen unbefriedigende Befund zwingt zu der eingangs vorgenommen Beschränkung in Bezug auf den Gegenstand der Betrachtung.

1. Beschäftigungsbegriff des § 7 Abs. 1 SGB IV

Der Begriff der Beschäftigung ist Hauptanknüpfungspunkt für den Zugang zum Schutz der Sozialversicherung. Daher ist er von zentraler Bedeutung für das Sozialversicherungsrecht. Versicherungspflichtig in allen Zweigen der Sozialversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung² sind in erster Linie »Beschäftigte«, insbesondere Personen bzw. Arbeiter und Angestellte, die gegen Arbeitsentgelt oder zu ihrer Berufsausbildung beschäftigt sind³. Was »beschäftigt« in diesem Kontext bedeutet, definiert für alle Sozialversicherungszweige einheitlich § 7 Abs. 1 S. 1 SGB IV. »Beschäftigung« ist danach die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis.

Der Begriff »Beschäftigung« umschreibt somit nicht eine Eigenschaft einer Person, sondern eine bestimmte Art des Arbeitens. Er ist also tätigkeitsbezogen, nicht personenbezogen. Dies hat der Gesetzgeber durch die ab April 2022 geltende Neuformulierung des § 7a Abs. 1 S. 1 SGB IV⁴ ausdrücklich klargestellt. Durch die Einfügung »bei einem Auftragsverhältnis« wird klargestellt, dass sich

* Der Beitrag stellt die überarbeitete Fassung des Vortrags zur Tagung »Arbeitnehmer und Beschäftigte – was gleich erscheint, muss nicht gleich sein – Können Selbstständige Arbeitnehmer sein?« aus der Veranstaltungsreihe »Blickpunkt Sozialrecht in der Privatrechtspraxis« dar (28.4.2022, Göttingen).

1 BSG, 11.12.1973 – GS 1/73 – BSGE 37, 10 – SozR Nr. 62 zu § 1259 RVO = juris, Rn. 22; vgl. jüngst BSG, 19.9.2019 – B 12 R 25/18 R – BSGE 129, 95 = SozR 4-2400 § 7 Nr. 43, Rn. 25 mwN.

2 Im Folgenden wird Sozialversicherung umfassend unter Einschluss des Rechts der Arbeitsförderung verstanden.

3 Vgl. § 2 Abs. 2 Nr. 1 SGB IV; §§ 24 Abs. 1, 25 Abs. 1 S. 1 SGB III; § 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V; § 1 SGB VI; § 20 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB XI.

4 Art. 2c Nr. 2 Buchst. b Doppelbuchst. bb Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/882 des Europäischen Parlaments und des Rates über die Barrierefreiheitsanforderungen für Produkte und Dienstleistungen und zur Änderung anderer Gesetze, Barrierefreiheitsstärkungsgesetz, v. 16.7.2021, BGBl. I 2021, 2970.

die Feststellung des Erwerbsstatus auch bei einer selbstständigen Tätigkeit nur auf ein konkretes Rechtsverhältnis bezieht. Eine allgemeine Feststellung einer selbstständigen Tätigkeit ohne Bezug auf ein konkretes Auftragsverhältnis ist nicht möglich.⁵ Dies muss umgekehrt ebenso für eine Beschäftigung gelten. Mit der negativen Umschreibung »nichtseltständige Arbeit« in § 7 Abs. 1 SGB IV wird zugleich deren Gegenstück gekennzeichnet, die selbstständige Arbeit bzw. selbstständige Tätigkeit, von der Beschäftigung abzugrenzen ist. Auch dies wird durch die Neufassung des § 7a Abs. 1 S. 1 SGB IV unterstrichen. Wie das Wort »insbesondere« anzeigt, geht der Begriff des Beschäftigten über den Arbeitnehmerbegriff des Arbeitsrechts hinaus. So umfasst er zB. auch Geschäftsführer und Vorstände von Kapitalgesellschaften⁶.

Ergänzt wird die Definition der Beschäftigung seit 1999 durch § 7 Abs. 1 S. 2 SGB IV, welcher mit der »Tätigkeit nach Weisungen« und einer »Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers« zwei »Anhaltspunkte« für die Annahme von Beschäftigung nennt. Bereits die ausdrückliche gesetzliche Selbstbeschränkung auf »Anhaltspunkte«, also nicht abschließende Bewertungskriterien,⁷ verdeutlicht, dass es sich um einen offenen Begriff handelt,⁸ der durch die Rechtsprechung in wertender Betrachtung auszufüllen ist. Dies hat das BSG allein seit Einführung des SGB IV im Jahr 1977 in mehr als 100 Urteilen beschäftigt. Dabei erzwingt und erzwingt der Wandel gesellschaftlicher und wirtschaftlicher Rahmenbedingungen eine stete Fortentwicklung der einschlägigen Dogmatik.⁹

Die Offenheit des Beschäftigungsbegriffs ist dem Umstand geschuldet, dass Selbstständigkeit und Beschäftigung keine klar voneinander abgrenzbaren Erscheinungen der Wirtschafts- und Arbeitswelt sind. Vielmehr bestehen zwischen ihnen Überschneidungen und Grauzonen. Eine Vielzahl von Tätigkeiten kann – je nach rechtlicher und tatsächlicher Ausgestaltung – in beiden Formen ausgeübt werden.¹⁰ Hier fällt es schwer zu sagen, welche der beiden Tätigkeitsformen tatsächlich vorliegt. Für die Zwecke des Sozialversicherungsrechts müssen jedoch beide Kreise klar voneinander getrennt werden: Entweder Selbstständigkeit oder Beschäftigung; die Mischform des Arbeitsrechts, den »arbeitnehmerähnlichen« Selbstständigen,¹¹ kennt das Sozialversicherungsrecht nicht.¹² Auch die gelegentlich als Ausnahme genannten Solo-Selbstständigen mit im Wesentlichen nur einem Auftraggeber sind nach § 2 S. 1 Nr. 9 SGB VI gerade als Selbstständige

rentenversichert, wie es in § 2 SGB VI auch für andere Gruppen Selbstständiger angeordnet ist.

Wegen dieser Unschärfen spricht das BSG – im Anschluss an das BVerfG¹³ – seit 2006¹⁴ in diesem Zusammenhang von der Zuordnung zum Typus der Selbstständigkeit oder zum Typus der Beschäftigung.¹⁵ In einer Gemengelage aus verschiedenen Indizien, die mal für die eine, mal für die andere Tätigkeitsform sprechen, erlaubt der Rückgriff auf Typen die wertende Zuordnung zu einem der Tatbestände, auch wenn die konkrete Tätigkeit nicht jedes typischer Weise von diesem vorausgesetzte Merkmal aufweist. Diese Zuordnung zu einer der Tätigkeitsformen ist ein Akt objektiver Rechtserkenntnis anhand bestimmter, die Typen Beschäftigung und Selbstständigkeit konkretisierender Indizien.¹⁶ Die Rechtsfindung folgt damit keiner bloßen Typologie. Vielmehr erfolgt die Zuordnung zum zutreffenden Vertragsrechtsverhältnis in normativer Konkretisierung.¹⁷

§ 7 Abs. 1 SGB IV enthält zwingendes Recht. Dies folgt einerseits aus dem Zweck der Sozialversicherung, den abhängig Beschäftigten wegen ihrer typischer Weise bestehenden sozialen Schutzbedürftigkeit ein besonderes

5 BT-Drs. 19/29893, S. 28.

6 ZB. BSG, 23.2.2021 – B 12 R 18/18 R – DStR 2021, 2477; BSG, 12.1.2011 – B 12 KR 17/09 R – BSGE 107, 185 = SozR 4-2600 § 1 Nr. 6 betreffend Mitglieder des Board of Directors einer US-Kapitalgesellschaft.

7 BT-Drs. 14/1855, S. 6 zu Art. 1 Nr. 1 Buchst. a des Entwurfs des Gesetzes zur Förderung der Selbstständigkeit.

8 Brose, NZS 2017, 7, 12; Mecke, SGB 2016, 481, 482.

9 Vgl. schon BVerfG, 20.5.1996 – 1 BvR 21/96 – SozR 3-2400 § 7 Nr. 11 = NJW 1996, 2644, Rn. 8.

10 Vgl. zB. BSG, 25.5.2011 – B 12 R 13/09 R – SozR 4-2600 § 2 Nr. 14 (Tagesmutter); BSG, 28.9.2011 – B 12 R 17/09 R – juris (hauswirtschaftliche Familienbetreuerin); BSG, 31.3.2015 – B 12 KR 17/13 R – Die Beiträge Beilage 2016, 445 (Rackjobbing); BSG, 18.11.2015 – B 12 KR 16/13 R – SozR 4-2400 § 7 Nr. 25 (Rackjobbing II). Aus diesem Grunde sind sog. Berufsgruppenkataloge wenig hilfreich, BSG, 18.11.2015 – B 12 KR 16/13 R – SozR 4-2400 § 7 Nr. 25 (Rackjobbing II), Rn. 32.

11 »Arbeitnehmerähnliche Personen«, vgl. zB. § 5 Abs. 1 S. 2 ArbGG; § 12a TVG; § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AGG.

12 Schlegel, NZS 2022, 681, 683; Mecke, SGB 2016, 481, 482.

13 BVerfG, 20.5.1996 – 1 BvR 21/96 – SozR 3-2400 § 7 Nr. 11 = NJW 1996, 2644.

14 BSG, 21.5.2006 – B 12 KR 30/04 R – ZIP 2006, 678 – juris, Rn. 22; bereits zuvor zum Beschäftigungsbegriff der Unfallversicherung BSG, 17.2.1998 – B 2 U 3/97 R – SozR 3-2200 § 539 Nr. 40.

15 Vgl. nur Schlegel, NZS 2022, 681, 683; Mecke, Denkschrift 60. Jahre Bundessozialgericht, Bd. 2, 2014, S. 763, 780.

16 Einen Katalog in der Rechtsprechung behandelter Indizien bieten zB. Schlegel, in: Küttner (Hrsg.), Personalbuch, 29. Aufl., München 2022, Schlagwort »Arbeitnehmer (Begriff)« Rn. 90 ff.; Segebrecht, in: Schlegel/Voelzke (Hrsg.), jurisPK SGB IV, 4. Aufl., Stand: 6.9.2021, § 7 Abs. 1 Rn. 96 ff.

17 Preis, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 23. Aufl., München 2023 (im Folgenden: ErfK), § 611a BGB Rn. 17.

Sicherungssystem zur Verfügung zu stellen. Zum anderen folgt es aus der Natur der Sozialversicherung als Einrichtung des öffentlichen Rechts, über dessen Normen grundsätzlich nicht im Wege der Privatautonomie verfügt werden kann.¹⁸ Eine freie Wahl des sozialversicherungsrechtlichen Status ist daher ausgeschlossen. Wollen die Beteiligten ihr Verhältnis der einen oder anderen Form zuordnen, reicht nicht die bloße Willenserklärung hierüber. Vielmehr müssen sie die gesamten Umstände der Tätigkeit so ausgestalten, dass sie bei objektiver Betrachtung der gewünschten Form entsprechen.

Der zuvor beschriebene Zwang zur eindeutigen Zuordnung stellt in den allermeisten Fällen kein Problem dar. Dies gilt insbesondere für eindeutig als Arbeitsverhältnis ausgestaltete Tätigkeiten. Auch ist die ganz überwiegende Zahl der Tätigkeiten aufgrund von Werk- oder freien Dienstleistungsverträgen bzw. deren Varianten regelmäßig eindeutig zuzuordnen. Schwierig wird es nur in der relativ kleinen Grauzone, in der nicht auf den ersten Blick erkennbar ist, welche Indizien überwiegen. Dies gilt umso mehr für Fälle, in denen durch bewusste Ausgestaltung einer Tätigkeit deren Zuordnung zu dem zunächst nicht naheliegenden Typus angestrebt wird.¹⁹ Die Verbesserung der Vorhersehbarkeit der auch in diesem Bereich erforderlichen Zuordnungsentscheidung war und ist Ziel der einschlägigen BSG-Rechtsprechung. Vor allem seit Beginn der letzten Dekade hat sich das BSG verstärkt darum bemüht, die häufig kasuistisch geprägte ältere Rechtsprechung zu systematisieren, scheinbare oder tatsächliche Widersprüche aufzulösen und der Praxis ein deutlicheres Prüfungsschema an die Hand zu geben.

2. Statuszuordnung nach der Standardformel des BSG

Zur Konkretisierung des Prüfungsmaßstabs aus § 7 Abs. 1 SGB IV hat das BSG – ebenso wie das BAG für den Arbeitnehmerbegriff – eine in Einzelfällen geringfügig variierte Standardformel entwickelt, deren wesentliche Elemente sich schon in Urteilen der frühen 60er Jahre finden.²⁰

Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG²¹ setzt Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Wei-

sungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Diese Weisungsgebundenheit kann – vornehmlich bei Diensten höherer Art – eingeschränkt und zur »funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess« verfeinert sein. Demgegenüber ist eine selbstständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet.

Die Standard-Formel des BSG endet – insoweit ähnlich dem § 611a Abs. 1 S. 5 BGB – mit folgendem Postulat: Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist, richtet sich ausgehend von den genannten Umständen nach dem Gesamtbild der Arbeitsleistung und hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen.

3. Verhältnis zu § 611a BGB

Mit der Einbeziehung typischer Kennzeichen einer selbstständigen Tätigkeit, insbesondere des Unternehmerrisikos, in seine Konkretisierung des Begriffs »Beschäftigung« geht das BSG über die in § 611a BGB und der Rechtsprechung des BAG anerkannten Merkmale des Arbeitsvertrags hinaus.²² Hierzu ist es berechtigt, weil nach der ständigen Rechtsprechung von BSG und BAG »Beschäftigung« und »Arbeitsverhältnis« nicht deckungsgleich sind.²³ Beiden Begriffsbestimmungen gemeinsam ist allerdings der – in § 611a Abs. 1 S. 3 BGB negativ formulierte – Rückgriff auf die in § 84 HGB genannten Merkmale der freien Gestaltung von Tätigkeit und Arbeitszeit.

Die Unabhängigkeit des Beschäftigungsbegriffs von dem des Arbeitsverhältnisses wurzelt unmittelbar im

18 BSG, 29.1.1981 – 12 RK 63/79 – BSGE 51, 164 = SozR 2400 § 2 Nr. 16 (Bausparkassenvertreter), juris Rn. 23 f.; vgl. auch BSG, 4.6.2019 – B 12 R 11/18 R – BSGE 128, 191 = SozR 4-2400 § 7 Nr. 42 (Honorarärzte), Rn. 19 mwN.

19 Vgl. *Segebrecht*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK SGB IV (Fn. 16), § 7 Abs. 1 Rn. 24.

20 ZB. BSG, 13.12.1960 – 3 RK 2/56 – BSGE 13, 196 = SozR Nr. 5 zu § 1 AVG aF., juris Rn. 38; BSG, 30.11.1978 – 12 RK 33/76 – BSGE 47, 201 = SozR 2200 § 165 Nr. 32, juris Rn. 18 mwN.

21 S. zB. BSG, 19.10.2021 – B 12 KR 29/19 R – BSGE 133, 49 = SozR 4-2400 § 7 Nr. 62 (Notarzt im Rettungsdienst), Rn. 12; BSG, 7.6.2019 – B 12 R 6/18 R – BSGE 128, 205 = SozR 4-2400 § 7 Nr. 44, Rn. 13 mwN.

22 Vgl. *Röllner*, in: Küttner (Hrsg.), Personalbuch, 24. Aufl., München 2017, Schlagwort »Arbeitnehmer (Begriff)« Rn. 5.

23 BAG, 27.4.2021 – 2 AZR 540/20 – juris, Rn. 16 mwN.; BAG, 30.8.2000 – 5 AZB 12/00 – juris, Rn. 11; BSG, 27.7.2011 – B 12 KR 10/09 R – SozR 4-2400 § 28e Nr. 4 Rn. 14. Zum gemeinsamen Begriffskern vgl. *ErfK-Preis* (Fn. 17), § 611a BGB Rn. 14 f.

Wortlaut des § 7 Abs. 1 S. 1 SGB IV. Danach ist Beschäftigung die nichtselbstständige Arbeit, »insbesondere« in einem Arbeitsverhältnis. Daraus folgt, dass grundsätzlich Beschäftigung vorliegt, wenn ein Arbeitsverhältnis besteht. Daraus folgt aber auch, dass Beschäftigung auch dann vorliegen kann, wenn kein Arbeitsverhältnis besteht.²⁴

Zur Abgrenzung gegenüber dem Arbeitsverhältnis hat das BSG in der Honorarärzte-Entscheidung von 2019 zudem hervorgehoben, dass die arbeitsgerichtliche Entscheidungspraxis der privatautonomen Entscheidung der Vertragsparteien eine besondere Bedeutung beimesse. Die Sozialversicherung hingegen diene der sozialen Absicherung des Einzelnen und zugleich auch dem Schutz der Mitglieder der Pflichtversicherungssysteme, die in einer Solidargemeinschaft zusammengeschlossen sind. Zugleich seien die Träger der Sozialversicherung Einrichtungen des öffentlichen Rechts. Dies schließe es aus, dass über die rechtliche Einordnung einer Tätigkeit allein die von den Vertragsschließenden getroffenen Vereinbarungen entscheiden.²⁵

An der Eigenständigkeit des Beschäftigungsbegriffs hat sich durch die 2017 erfolgte Legaldefinition des Arbeitsvertrags in § 611a BGB²⁶ nichts geändert. Insbesondere wird die Bedeutung des Merkmals der Eingliederung hierdurch nicht in Frage gestellt, auch wenn dieses Merkmal in § 611a BGB nicht mehr genannt wird.²⁷ Eine Änderung des § 7 Abs. 1 S. 2 SGB IV, der dieses Merkmal weiterhin enthält, ist bisher nicht erfolgt. Zudem sollten nach der Gesetzesbegründung zu § 611a BGB²⁸ andere Rechtsvorschriften durch die Einführung ausdrücklich unberührt bleiben.

4. Vorgehen zur Statusfeststellung

Während sich die Auslegung des Beschäftigungsbegriffs durch das BSG seit Einführung des Typus-Begriffs nicht wesentlich verändert hat, lag der Schwerpunkt der Rechtsprechung zu § 7 Abs. 1 SGB IV in den letzten zehn Jahren auf der näheren Ausformung und Verdeutlichung der zur Statusfeststellung notwendigen Prüfschritte. Dabei unterlag insbesondere die Bewertung der typusausfüllenden Indizien einer (meist) vorsichtigen,²⁹ durch die Gegebenheiten der im Zeitverlauf zu entscheidenden Einzelfälle getriebenen Fortentwicklung.

Das Grundschema der vom BSG als zielführend erkannten Prüfungsschritte beschreibt erstmals der Leitsatz eines Urteils aus dem April 2012, das den Status einer Familienhelferin betraf.³⁰ Dieselbe Formulierung findet sich aber auch noch in der bereits zitierten Notarzt-Entscheidung vom Oktober 2021.³¹ Danach erfolgt die Zuordnung einer Tätigkeit zum rechtlichen Typus der Beschäftigung bzw. selbstständigen Tätigkeit nach deren Gesamtbild. Dies setzt voraus, dass alle nach Lage des Einzelfalls als Indizien in Betracht kommenden Umstände festgestellt, in ihrer Tragweite zutreffend erkannt und gewichtet, in die Gesamtschau mit diesem Gewicht eingestellt und nachvollziehbar, dh. den Gesetzen der Logik entsprechend und widerspruchsfrei gegeneinander abgewogen werden.

Mit diesem Prüfprogramm hat das BSG den letzten Teil seiner Standardformel zur Auslegung des Beschäftigungsbegriffs konkretisiert, wonach sich die Entscheidung, ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist, nach dem Gesamtbild der Arbeitsleistung richtet und davon abhängt, welche Merkmale überwiegen.³² Bei den Maßgaben für die hiernach geforderte Abwägung hat sich das BSG an den allgemeinen Anforderungen an Abwägungsvorgänge orientiert, wie sie auch in anderen Bereichen des Sozialrechts³³ oder zB. in der Rechtspre-

24 BSG, 4.6.2019 – B 12 R 11/18 R – BSGE 128, 191 = SozR 4-2400 § 7 Nr. 42 (Honorarärzte).

25 BSG, 4.6.2019 – B 12 R 11/18 R – BSGE 128, 191 = SozR 4-2400 § 7 Nr. 42 (Honorarärzte), Rn. 19.

26 Eingeführt mWv. 1.4.2017 durch Art. 2 Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze vom 21.2.2017, BGBl. I 2017, S. 258.

27 BSG, 4.6.2019 – B 12 R 11/18 R – BSGE 128, 191 = SozR 4-2400 § 7 Nr. 42 (Honorarärzte), Rn. 30.

28 BT-Drs. 18/9232, S. 31.

29 Als Ausnahme ist die Übergewichtung des Indizes »Honorarhöhe« im Leitsatz des BSG, 31.3.2017 – B 12 R 7/15 R – BSGE 123, 50 = SozR 4-2400 § 7 Nr. 30 (Erziehungsbeistand), zu nennen, die zwar zwischenzeitlich zB. im BSG, 4.6.2019 – B 12 R 11/18 R – BSGE 128, 191 = SozR 4-2400 § 7 Nr. 42 (Honorarärzte), Rn. 36 f. korrigiert wurde, was jedoch Forderungen nach einem Eingreifen des Gesetzgebers befeuert hat, vgl. zB. BT-Drs. 19/15232, S. 2.

30 BSG, 25.4.2012 – B 12 KR 24/10 R – SozR 4-2400 § 7 Nr. 15 (Familienhelferin) Leitsatz und Rn. 25.

31 BSG, 19.10.2021 – B 12 KR 29/19 R – BSGE 133, 49 = SozR 4-2400 § 7 Nr. 62 (Notarzt im Rettungsdienst), Rn. 12.

32 Vgl. oben I.2.

33 Vgl. zu Abwägungsvorgängen bei der Ursachenbewertung nach der Theorie der wesentlichen Bedingung im Recht der gesetzlichen Unfallversicherung, zB. BSG, 20.1.1987 – 2 RU 27/86 – BSGE 61, 127 = SozR 2200 § 548 Nr. 84 – juris, Rn. 16; BSG, 9.5.2006 – B 2 U 1/05 R – BSGE 96, 196 = SozR 4-2700 § 8 Nr. 17, Rn. 15 ff. mwN.

chung des BVerwG zum Planungsrecht³⁴ zur Anwendung kommen.

Die Zuordnung einer Tätigkeit zur Beschäftigung oder Selbstständigkeit erfolgt somit in drei Schritten: Erstens sind alle in Betracht kommenden statusrelevanten Umstände des Einzelfalls vollständig zu ermitteln und zu sammeln. Zweitens ist jedem dieser Umstände ein vom konkreten Tätigkeitskontext abhängiges Gewicht zuzuweisen. So ist zB. einer Tätigkeit außerhalb der Betriebsstätte des Auftraggebers bei einem kaufmännischen Sachbearbeiter größeres Gewicht im Hinblick auf eine mögliche Selbstständigkeit beizumessen als im Falle eines Außendienstmitarbeiters. Als Faustregel kann hier gelten: Je größer der Unterschied zum typischen Bild eines Angestellten oder zum typischen Bild eines Selbstständigen mit vergleichbaren Aufgaben, desto höher ist das Gewicht eines einzelnen Umstands zu bewerten. Ist die Gewichtung abgeschlossen, so sind drittens die einzelnen Umstände mit dem ermittelten Gewicht in eine wertende Gesamtbetrachtung einzustellen und gegeneinander abzuwägen. Maßgeblich ist immer die vertragliche und praktische Ausgestaltung der Tätigkeit im Einzelfall; pauschale Aussagen für bestimmte Berufe wie »Alle Familienhelfer sind beschäftigt!« oder »Alle Computerspezialisten sind selbstständig!« lassen sich daher regelmäßig nicht treffen.³⁵

Ausgangspunkt der beschriebenen Prüfung sind stets die von den Beteiligten getroffenen Vereinbarungen. Dazu haben Verwaltung und Gerichte zunächst deren Inhalt konkret festzustellen.³⁶ Wie dies zu geschehen hat, hat das BSG in einem Urteil vom Juli 2015³⁷ zusammengefasst. Dabei hat es erstmals das Schlagwort »Etikettenschwindel« verwandt, um den verbreiteten Unterschied zwischen Schein und Sein zu verdeutlichen, mit dem sich die Praxis häufig schwertut. Danach gilt folgendes:³⁸ Liegen schriftliche Vereinbarungen vor, so ist zunächst deren Vereinbarkeit mit zwingendem Recht zu prüfen. Zudem ist festzustellen, ob mündliche oder konkludente Änderungen erfolgt sind. Diese sind ebenfalls nur maßgeblich, soweit sie rechtlich zulässig sind. Schließlich ist auch die Ernsthaftigkeit der dokumentierten Vereinbarungen zu prüfen und auszuschließen, dass es sich hierbei um einen »Etikettenschwindel« handelt. Ein solcher könnte als Scheingeschäft (§ 117 BGB) zur Nichtigkeit der Vereinbarungen führen. In diesem Fall wäre dann der Inhalt eines hierdurch verdeckten Rechtsgeschäfts festzustellen. Erst auf

Grundlage der so getroffenen Feststellungen über den »wahren« Inhalt der Vereinbarungen ist die Zuordnung zur Beschäftigung oder Selbstständigkeit vorzunehmen. In einem abschließenden Schritt bleibt dann noch zu prüfen, ob besondere Umstände vorliegen, die eine hiervon abweichende Beurteilung notwendig machen.

Im zitierten Urteil vom Juli 2015 ging es um den Vertriebsleiter in einer Familiengesellschaft. Als besonderer Umstand wäre es hier zu berücksichtigen gewesen, wenn er Mehrheitsgesellschafter des »Arbeitgebers« gewesen wäre und dadurch unliebsame Weisungen hätte verhindern können. Dies war aber nicht der Fall. Näher ausgeformt hat das BSG diese Überlegungen in seiner Rechtsprechung zum Status von GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführern, die weiter unten in einem eigenen Abschnitt dargestellt werden wird.

5. § 7 Abs. 1 SGB IV verfassungswidrig?

Die Rechtsprechung des BSG zu § 7 Abs. 1 SGB IV, die nachfolgend noch an einigen Beispielen näher erläutert werden wird, war in der Vergangenheit immer wieder heftiger Kritik ausgesetzt. Der Hauptvorwurf lautete, § 7 Abs. 1 SGB IV sei zu unbestimmt, die Ergebnisse von Statusfeststellungen seien zufällig und nicht vorhersehbar.³⁹ Jedoch genügt § 7 Abs. 1 SGB IV in der Auslegung durch das BSG den Anforderungen des Bestimmtheitsgrundsatzes. Dies hat das BVerfG bereits in einem Kammerbeschluss von 1996⁴⁰ ausdrücklich festgestellt, obwohl die weitere Dogmatik damals noch nicht so ausgearbeitet war, wie dies heute der Fall ist. Zutreffend hat das BVerfG darauf hingewiesen, dass gewisse Unsicherheiten und auch eine dem jeweiligen Rechtsgebiet spezifische unterschiedliche Auslegung bestimmter Vorschriften durch die

34 Vgl. zB. BVerwG, 14.2.1975 – IV C 21.74 – BVerwGE 48, 56 – juris, Rn. 37; BVerwG, 14.3.2018 – 4 A 5/17 – BVerwGE 161, 263, Rn. 73.

35 Vgl. BSG, 18.11.2015 – B 12 KR 16/13 R – SozR 4-2400 § 7 Nr. 25 (Rackjobbing II), Rn. 32.

36 Std. Rspr., BSG, 19.10.2021 – B 12 KR 29/19 R – BSGE 133, 49 = SozR 4-2400 § 7 Nr. 62 (Notarzt im Rettungsdienst), Rn. 12 mwN.

37 BSG, 29.7.2015 – B 12 KR 23/13 R – BSGE 119, 216 = SozR 4-2400 § 7 Nr. 24.

38 BSG, 29.7.2015 – B 12 KR 23/13 R – BSGE 119, 216 = SozR 4-2400 § 7 Nr. 24, Rn. 17.

39 Vgl. zB. *Papier/Möller*, VSSR 1996, 243; *Schnapp*, NZS 2014, 41.

40 BVerfG, 20.5.1996 – 1 BvR 21/96 – SozR 3-2400 § 7 Nr. 11 = NJW 1996, 2644.

Gerichte verschiedener Instanzen und verschiedener Gerichtszweige jeder Auslegung von Rechtsvorschriften immanent sind. Auch bei der Auslegung und Anwendung einer Bestimmung wie derjenigen des § 7 Abs. 1 SGB IV ist angesichts der Vielzahl denkbarer Fallkonstellationen eine eindeutige Vorhersehbarkeit des Ergebnisses ausgeschlossen.⁴¹ Ein gewisses Maß an Unsicherheit wird daher trotz uU. weitreichender Folgen⁴² hinzunehmen sein, auch wenn es – de lege lata – Ziel der Rechtsprechung sein muss, dieses möglichst zu minimieren.

Das BSG seinerseits hat zuletzt in der Honorararzt-Entscheidung von 2019 zur Frage der Vereinbarkeit des § 7 Abs. 1 SGB IV und der daraus folgenden Sozialversicherungspflicht mit dem Grundgesetz Stellung genommen:⁴³ Danach wird in Bezug auf die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG nicht einmal der Schutzbereich berührt. Insofern ist für Steuer- und Abgabenvorschriften schon lange anerkannt, dass der Gesetzgeber durch Vorschriften, die allein Beitragspflichten zum Gegenstand haben, weder die Wahl noch die Ausübung des Berufs steuert.⁴⁴ Auch § 7 Abs. 1 SGB IV regelt keine Berufspflichten, sondern (nur) allgemein die Merkmale der Beschäftigung als Grundlage der Versicherungs- und Beitragspflicht. Dies gilt auch für den Fall, dass in Anwendung des § 7 Abs. 1 SGB IV manche Dienstleistungen praktisch nur in Form einer Beschäftigung verrichtet werden können.⁴⁵ Nach denselben Maßstäben zu beurteilen ist die Frage nach einem Eingriff in die Vertragsfreiheit, denn das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit gemäß Art. 2 Abs. 1 GG tritt im Bereich beruflicher Betätigung als Prüfungsmaßstab hinter Art. 12 Abs. 1 GG zurück.⁴⁶ Die Vertragsfreiheit wird durch § 7 Abs. 1 SGB IV folglich nicht beschnitten.

Unbestritten ist demgegenüber, dass unabhängig von der Definition des Beschäftigungsbegriffs in § 7 Abs. 1 SGB IV die hieran anknüpfende gesetzliche Anordnung der Zwangsmitgliedschaft in der Sozialversicherung und der damit verbundenen Beitragspflichten einen Eingriff in den Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG darstellt.⁴⁷ Jedoch sind Beschränkungen des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung zulässig, wobei der Gesetzgeber im Spannungsverhältnis zwischen der individuellen Freiheit und den Anforderungen einer sozialstaatlichen Ordnung über einen weiten Gestaltungsspielraum verfügt.⁴⁸ Die Sozialversicherungspflicht dient dabei einem legitimen Zweck, indem sie – unter zulässiger Anwendung eines generali-

sierenden Maßstabs⁴⁹ – neben den Betroffenen selbst auch die Allgemeinheit vor einer übermäßigen Inanspruchnahme der staatlichen Gemeinschaft schützt.⁵⁰ Als weiterer legitimer Zweck ungenannt bleibt zumeist die Sicherung der finanziellen Stabilität und damit der Funktionsfähigkeit der Sozialversicherungssysteme. Das BVerfG sieht hierin einen überragend wichtigen Gemeinwohlbelang.⁵¹ Nur dieser Gemeinwohlbelang legitimiert letztendlich die Anordnung von Versicherungspflicht auch für Personen, die aufgrund ihrer Lebensumstände persönlich nicht schutzbedürftig sind.

II. Honorarärzte, Notärzte und Geschäftsführer

Im Folgenden sollen die zuvor dargestellten Grundsätze anhand der jüngeren Rechtsprechung des BSG zu drei Berufsgruppen vertieft werden, deretwegen diese Entscheidungen auch außerhalb der Fachkreise Aufmerksamkeit erregt haben. Als exemplarisch hierfür können die Entscheidungen vom Juni 2019 gelten, bei denen der Status sog. Honorarärzte in Krankenhäusern zu klären war. Kurz muss auch auf die Urteile zu Notärzten im Rettungsdienst eingegangen werden, denn diese lenken den Blick auf die unterschiedlichen Regelungsebenen des Versicherungs- und Beitragsrechts. Schließlich ist die BSG-Rechtsprechung zum Status von (GmbH-)

41 BVerfG, 20.5.1996 – 1 BvR 21/96 – SozR 3-2400 § 7 Nr. 11 = NJW 1996, 2644 – juris, Rn. 7.

42 Vgl. hierzu *Diepenbrock*, NZS 2016, 127, 131 f.

43 BSG, 4.6.2019 – B 12 R 11/18 R – BSGE 128, 191 = SozR 4-2400 § 7 Nr. 42, Rn. 40 ff.

44 BVerfG, 3.6.2013 – 1 BvR 131/13 ua. – BVerfGE 20, 327 – juris, Rn. 18; BVerfG, 26.6.2007 – 1 BvR 2204/00 – SozR 4-2600 § 2 Nr. 10, Rn. 27.

45 BSG, 11.5.1993 – 12 BK 62/91 – juris, Rn. 3.

46 BVerfG, 23.10.2013 – 1 BvR 1842/11 ua. – BVerfGE 134, 204 Rn. 67.

47 Vgl. BSG, 4.6.2019 – B 12 R 11/18 R – BSGE 128, 191 = SozR 4-2400 § 7 Nr. 42 (Honorarärzte), Rn. 43.

48 Vgl. BVerfG, 14.10.1970 – 1 BvR 307/68 – BVerfGE 29, 221 = SozR Nr. 7 zu Art. 2 GG – juris, Rn. 45; BVerfG, 9.2.1977 – 1 BvL 11/74 – BVerfGE 44, 70 = SozR 5420 § 94 Nr. 2 – juris, Rn. 75.

49 Vgl. BVerfG, 16.11.1964 – 1 BvL 14/62 – BVerfGE 18, 257 = SozR Nr. 55 zu Art. 3 GG – juris, Rn. 32; BVerfG, 31.8.2004 – 1 BvR 945/95 – SozR 4-2600 § 7 Nr. 2 Rn. 13 – juris, Rn. 12.

50 Vgl. BVerfG, 26.6.2007 – 1 BvR 2204/00 – SozR 4-2600 § 2 Nr. 10, Rn. 29.

51 BVerfG, 31.10.1994 – 1 BvR 35/82 ua. – BVerfGE 68, 193 – juris, Rn. 66; BVerfG, 20.3.2001 – 1 BvR 491/96 – BVerfGE 103, 172 – juris, Rn. 42; BVerfG, 13.9.2005 – 2 BvF 2/03 – BVerfGE 114, 196 – juris, Rn. 231.

Geschäftsführern darzustellen, die innerhalb des Prüfungsgangs einen gegenüber anderen Fallgruppen abweichenden Fokus aufweist.

1. Honorarärzte

Sehr umstritten war lange Zeit der Status sog. Honorarärzte in Krankenhäusern. Hierzu hat das BSG im Juni 2019 mehrere Urteile gesprochen.⁵² Im Leitfall⁵³ betrieb der klagende Landkreis zwei Krankenhäuser. Dort leistete die beigeladene Anästhesistin wiederholt Tag- und Bereitschaftsdienste. Grundlage war ein »Konsiliararztvertrag« mit Entlohnung auf Honorarbasis. Im Anfrageverfahren nach § 7a SGB IV stellte die beklagte Deutsche Rentenversicherung (DRV) Bund fest, dass die Ärztin in beiden Kliniken abhängig beschäftigt sei und deshalb Versicherungspflicht in der Renten- und Arbeitslosenversicherung bestehe. Die dagegen gerichteten Klagen sind letztlich erfolglos geblieben. Nach Auffassung des BSG war die Ärztin während ihrer Tätigkeit für den Landkreis abhängig beschäftigt. Sie hat ihre Arbeitskraft nicht anders eingesetzt als im Krankenhaus fest angestellte Ärzte. Innerhalb der im Krankenhaus vorgegebenen Ordnung hatte sie auch keine ins Gewicht fallenden Freiheiten hinsichtlich Gestaltung und Umfang ihrer Arbeitsleistung.

Bei der Ermittlung und Gewichtung der Indizien hat das BSG die Frage nach der Bedeutung des regulatorischen Rahmens besonders herausgestellt. Dies meint vor allem die Regelungen über den Versorgungsauftrag eines Krankenhauses sowie über die Erbringung und Vergütung von Krankenhausleistungen, ferner Regelungen über die Qualitätssicherung im Krankenhaus und zum Patientenschutz.⁵⁴ Diese Vorschriften haben keine zwingende Wirkung für die Statusfrage.⁵⁵ Allerdings haben sie als Indiz ein sehr großes Gewicht, denn ein ordnungsgemäßer Krankenhausbetrieb erfordert eine Eingliederung auch der Ärzte in die Organisations- und Weisungsstruktur des Krankenhauses. Eine selbstständige ärztliche Tätigkeit kommt danach nur ausnahmsweise in Betracht, wenn hierfür besonders gewichtige Indizien bestehen.⁵⁶

Ein zentraler Aspekt in den Honorararztfällen war die Frage des Weisungsrechts.⁵⁷ In vielen Bereichen müssen Festangestellte wie auch Honorarkräfte über eine hohe Qualifikation verfügen, die sie in die Lage versetzt, eigenverantwortlich und ohne Anleitung ihre Aufgaben zu versehen. Dies gilt für Ärzte wie im EDV-Wesen, aber auch

für einfachere Tätigkeiten, wie bei Physiotherapeuten oder Reinigungskräften, deren erworbene Qualifikation regelmäßig auch zur selbstständigen Aufgabenwahrnehmung genügt. In diesen Bereichen werden ausdrückliche Vereinbarungen über ein Weisungsrecht häufig ebenso fehlen wie tatsächliche Weisungen während der Einsätze. Im Fall der Honorarärztin war ausdrücklich vereinbart, dass die Ärztin in ihrer Verantwortung in Diagnostik und Therapie unabhängig und nur dem Gesetz verpflichtet ist.⁵⁸

Allerdings war sich das BSG stets bewusst, dass das Weisungsrecht in Abhängigkeit von der Art der zu erbringenden Dienste unterschiedlich deutlich ausgeprägt sein kann. Insbesondere bei Diensten höherer Art kann es zu einer »funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess« verfeinert sein. Trotz einer solchen Lockerung des Weisungsrechts werden auch solche Dienste im Rahmen einer abhängigen Beschäftigung geleistet, wenn sie fremdbestimmt bleiben, weil sie in einer von anderer Seite vorgegebenen Ordnung des Betriebes aufgehen.⁵⁹ Als Anzeichen für eine solche Einbindung in den Arbeitsprozess im Betrieb des Auftraggebers hat es das BSG ua. angesehen, wenn eine Familienhelferin regelmäßig an Teambesprechungen oder Supervisionen teilnehmen muss.⁶⁰ Im Fall einer Physiotherapeutin in fremder Praxis war es aus Sicht des BSG wichtig, dass die gesamte Patientenverwaltung vom Erstkontakt bis hin zur Abrechnung ausschließlich über die Praxis der vermeintlichen

52 BSG, 4.6.2019 – B 12 R 11/18 R – BSGE 128, 191 = SozR 4-2400 § 7 Nr. 42 (Honorarärzte); BSG, 4.6.2019 – B 12 R 2/18 R – SozR 4-2400 § 7 Nr. 40; BSG, 4.6.2019 – B 12 R 10/18 R – SozR 4-2400 § 7 Nr. 41; BSG, 4.6.2019 – B 12 R 12/18 R – juris; BSG, 4.6.2019 – B 12 R 14/18 R – juris; BSG, 4.6.2019 – B 12 R 20/18 R – juris; BSG, 4.6.2019 – B 12 R 22/18 R – juris; BSG, 4.6.2019 – B 12 R 5/19 R – juris; BSG, 4.6.2019 – B 12 KR 14/18 R – juris.

53 BSG, 4.6.2019 – B 12 R 11/18 R – BSGE 128, 191 = SozR 4-2400 § 7 Nr. 42 (Honorarärzte).

54 Vgl. BSG, 4.6.2019 – B 12 R 11/18 R – BSGE 128, 191 = SozR 4-2400 § 7 Nr. 42 (Honorarärzte), Rn. 26.

55 So schon BSG, 24.3.2016 – B 12 KR 20/14 R – SozR 4-2400 § 7 Nr. 29 (Physiotherapeutin), Rn. 26 ff.; BSG, 4.9.2018 – B 12 KR 11/17 R – BSGE 126, 235 = SozR 4-2400 § 7a Nr. 10, Rn. 20.

56 BSG, 4.6.2019 – B 12 R 11/18 R – BSGE 128, 191 = SozR 4-2400 § 7 Nr. 42 (Honorarärzte), Rn. 26.

57 BSG, 4.6.2019 – B 12 R 11/18 R – BSGE 128, 191 = SozR 4-2400 § 7 Nr. 42 (Honorarärzte), Rn. 28 ff.

58 BSG, 4.6.2019 – B 12 R 11/18 R – BSGE 128, 191 = SozR 4-2400 § 7 Nr. 42 (Honorarärzte), Rn. 3.

59 Std. Rspr.; vgl. bereits BSG, 29.3.1962 – 3 RK 74/57 – BSGE 16, 289 = SozR Nr. 30 zu § 165 RVO – juris (Prediger), Rn. 36.

60 BSG, 25.4.2012 – B 12 KR 14/10 R – juris (Familienhelferin); vgl. auch BSG, 27.4.2021 – B 12 R 16/19 R – SozR 4-2400 § 7 Nr. 58 (Fahrkartenkontrolleur), Rn. 22.

Auftraggeberin lief. Zugleich wurden ausschließlich deren Arbeitsmittel genutzt.⁶¹ Zu denken wäre aber auch an die enge, arbeitsteilige Zusammenarbeit in einem Team mit Angestellten des Auftraggebers, wie dies bei EDV-Spezialisten leicht der Fall sein kann.

Im eingangs geschilderten Fall der Honorarärztin hat das BSG darauf abgehoben, dass der konkrete Inhalt, die Durchführung und die Dauer der von der Ärztin geschuldeten Untersuchung, Vorbereitung und Aufklärung der Patienten, die Durchführung von Lokal-, Regional- und Allgemeinanästhesien sowie die fachärztliche Nachsorge und Betreuung der Patienten der näheren Konkretisierung bedurften. Die Ärztin musste für die Tätigkeit auf einer bestimmten Station bzw. in einem bestimmten Operationsaal eingeteilt werden und ihre Arbeitsleistung unter Führung eines Ober- oder Chefarztes sowie in Abstimmung und arbeitsteiligem Zusammenwirken mit den anderen Mitarbeitern erbringen. Auch in zeitlicher Hinsicht war die Ärztin von den organisatorischen Vorgaben des Klinikbetriebes abhängig und konnte die Arbeit nicht zu jedem beliebigen Zeitpunkt abbrechen, sondern musste die ihr zugewiesenen Aufgaben erledigen.⁶²

2. Notärzte – Regelungsebenen des Versicherungs- und Beitragsrechts

Die Vorgeschichte der Notärzte-Entscheidungen des BSG vom 19. Oktober 2021⁶³ ist kurios: Bereits 2016 gab es einen Riesenwirbel, weil das BSG angeblich entschieden hätte, dass Notärzte immer Beschäftigte seien.⁶⁴ Das Kuriose: Ein solches Urteil hat es nicht gegeben. Das BSG hatte lediglich eine Nichtzulassungsbeschwerde gegen ein den Status von Notärzten betreffendes Urteil des LSG Mecklenburg-Vorpommern⁶⁵ aus formalen Gründen verworfen, ohne auch nur mit einem Wort inhaltlich Stellung zu beziehen.⁶⁶ Tatsächlich hatte das BSG über den Status von Notärzten im Rettungsdienst erst zu entscheiden, als das hinter den Schlagzeilen einer gefährdeten Versorgungssicherheit verborgene Problem der sowohl von den Rettungsdiensten als auch den Ärzten unerwünschten Beitragspflicht dieser Zusatz(ver)dienste für die Praxis bereits gelöst war. Nach den vorangegangenen Entscheidungen über Honorarärzte in Krankenhäusern⁶⁷ war es wenig überraschend, dass auch in den Notarzt-Fällen auf Beschäftigung erkannt wurde. Entscheidend war auch hier die Eingliederung in eine fremdbestimmte Organisationsstruktur.⁶⁸

Im führenden Fall⁶⁹ war der anderweitig vollzeitbeschäftigte Arzt immer wieder als Notarzt im Rettungsdienst für den klagenden Landkreis tätig. In seiner Verantwortung in Diagnostik und Therapie war er dabei unabhängig, musste sich aber während eines Dienstes in einer Rettungswache aufhalten und nach Alarmierung ausrücken. Die beklagte DRV Bund stellte die Versicherungspflicht aufgrund von Beschäftigung fest. Das BSG sah – wie zuvor das LSG⁷⁰ – eine engmaschige Einbindung in die Organisation des Rettungsdienstes. Diesen Umstand hatte das LSG aber für unbeachtlich gehalten, weil sich diese Einbindung zwingend aus den Bestimmungen über das Rettungswesen ergab. Dem ist das BSG nicht gefolgt: Bei der Gesamtabwägung seien sämtliche Umstände zu berücksichtigen. Dies gelte auch für Umstände, die einer Tätigkeit ihrer Eigenart nach immanent sind, durch gesetzliche Vorschriften oder eine öffentlich-rechtliche Aufgabenwahrnehmung bedingt sind oder auf sonstige Weise »in der Natur der Sache« liegen.⁷¹

Damit hat das BSG die bereits mit Urteil vom 27. April 2021⁷² vollzogene Abkehr von der Argumentationsfigur »Natur der Sache« bestätigt. Damit ist klargestellt, dass eine Beschäftigung nicht allein deshalb ausgeschlossen ist, weil sich bestimmte Weisungsrechte oder Vorgaben aus der Eigenart der Tätigkeit ergeben oder ihr innewohnen. So ist auch die strikte Weisungsunterworfenheit

61 BSG, 24.3.2016 – B 12 KR 20/14 R – SozR 4-2400 § 7 Nr. 29 (Physiotherapeutin), Rn. 20.

62 BSG, 4.6.2019 – B 12 R 11/18 R – BSGE 128, 191 = SozR 4-2400 § 7 Nr. 42 (Honorarärzte), Rn. 31.

63 BSG, 19.10.2021 – B 12 KR 29/19 R – BSGE 133, 49 = SozR 4-2400 § 7 Nr. 62 (Notarzt im Rettungsdienst); BSG, 19.10.2021 – B 12 R 10/20 R – SozR 4-2400 § 7 Nr. 59. S. hierzu auch *Wäßer*, SR 2022, 193, 195 f.

64 Vgl. zB. <https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/70263/Urteil-zu-Honorarnotarzten-wirft-Versorgungsprobleme-auf> (13.3.2023).

65 LSG Mecklenburg-Vorpommern, 28.4.2015 – L 7 R 60/12 – juris.

66 BSG, 1.8.2016 – B 12 R 19/15 B – juris.

67 Insbesondere BSG, 4.6.2019 – B 12 R 11/18 R – BSGE 128, 191 = SozR 4-2400 § 7 Nr. 42 (Honorarärzte), Rn. 42.

68 Vgl. die Leitsätze zu BSG, 19.10.2021 – B 12 KR 29/19 R – BSGE 133, 49 = SozR 4-2400 § 7 Nr. 62 (Notarzt im Rettungsdienst); BSG, 19.10.2021 – B 12 R 10/20 R – SozR 4-2400 § 7 Nr. 59.

69 BSG, 19.10.2021 – B 12 KR 29/19 R – BSGE 133, 49 = SozR 4-2400 § 7 Nr. 62 (Notarzt im Rettungsdienst).

70 Hessisches LSG, 11.4.2019 – L 8 KR 487/17 – juris.

71 BSG, 19.10.2021 – B 12 KR 29/19 R – BSGE 133, 49 = SozR 4-2400 § 7 Nr. 62 (Notarzt im Rettungsdienst), Rn. 25.

72 BSG, 27.4.2021 – B 12 R 16/19 R – SozR 4-2400 § 7 Nr. 58, Rn. 15 f.; ähnlich bereits BSG, 18.11.2015 – B 12 KR 16/13 R – SozR 4-2400 § 7 Nr. 25 (Rackjobbing II), Rn. 30.

klassischer »Fabrikarbeiter« der Eigenart ihrer Tätigkeit geschuldet. Gerade dies begründet aber ihre Sozialversicherungspflicht und stellt sie nicht infrage.⁷³ Indizwirkung gegen eine Beschäftigung und für eine selbstständige Tätigkeit besteht vielmehr dann, wenn bei Verrichtung der Tätigkeit eine Weisungsfreiheit verbleibt, die sie insgesamt als eine unternehmerische kennzeichnet.⁷⁴

Wie bereits angerissen, hatte das BSG über den Status von Notärzten erst zu entscheiden, als das Problem für die Praxis bereits gelöst war. Wegen des großen Drucks von Seiten der Träger des Rettungsdienstes fand das Bundesministerium für Arbeit und Soziales bereits 2017 eine elegante Lösung, um die zusätzlichen Dienste für Ärzte ausreichend attraktiv zu halten, ohne eine explizite Ausnahme vom Beschäftigungsstatus einführen zu müssen. Der Kunstgriff bestand darin, die Einnahmen aus einer Nebentätigkeit als Notarzt beitragsfrei zu stellen und auch die Meldepflicht einzuschränken.⁷⁵ Daher besteht zwar grundsätzlich weiterhin Versicherungspflicht, finanziell hat sie aber für Notärzte und Rettungsdienststräger keine Konsequenzen.

Dies lenkt den Blick auf die verschiedenen Regelungsebenen des Versicherungs- und Beitragsrechts, nämlich die Versicherungspflicht, die Beitragspflicht, die Beitragstragung sowie den Beitragseinzug. Jede dieser Ebenen bietet dem Gesetzgeber Stellschrauben, um tatsächlich oder vermeintlich neuen Herausforderungen zu begegnen. Zwar führt Beschäftigung regelmäßig zu Versicherungspflicht und Selbstständigkeit zu Versicherungsfreiheit, doch gibt es schon heute sowohl versicherungsfreie Beschäftigte wie auch – namentlich in der Rentenversicherung⁷⁶ – versicherungspflichtige Selbstständige. Zugleich folgt aus der Versicherungspflicht nicht immer Beitragspflicht, wie gerade am Beispiel der Notärzte gezeigt.

3. GmbH-Geschäftsführer

Die Rechtsprechung des BSG zum versicherungsrechtlichen Status von Geschäftsführern und anderen leitenden Personen in Gesellschaften hat mit rund 20 Urteilen allein in den letzten vier Jahren einen Umfang erlangt, durch den eine detaillierte Darstellung einen eigenen Beitrag erforderte.⁷⁷ Daher können hier nur die Grundlinien behandelt werden.

Spätestens seit Aufgabe der »Kopf-und-Seele-Rechtsprechung« im Jahr 2015⁷⁸ unterscheidet das BSG im Hinblick auf den versicherungsrechtlichen Status von GmbH-Geschäftsführern strikt zwischen Fremdgeschäftsführern, die selbst keinen Anteil an der von ihnen geführten Gesellschaft besitzen, und Gesellschafter-Geschäftsführern. Fremdgeschäftsführer sind grundsätzlich Beschäftigte, weil sie kraft Gesetzes (§§ 6 Abs. 3, 37 Abs. 1, 38 Abs. 1, 46 Nr. 5 und 6 GmbHG) dem Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung unterworfen und in eine fremde Arbeitsorganisation eingegliedert sind.⁷⁹ Dies gilt auch dann, wenn sich die Gesellschafter rein tatsächlich nicht in die Geschäftsführung einmischen.⁸⁰ Differenzierter betrachtet das BSG Gesellschafter-Geschäftsführer: Hier kommt es darauf an, ob sie aufgrund ihrer Gesellschafterstellung die sich aus dem Gesellschaftsvertrag ergebende Rechtsmacht besitzen, die Beschlüsse der Gesellschafter umfassend mitzubestimmen und insbesondere ihnen nicht genehme Weisungen zu verhindern.⁸¹ Anknüpfungspunkt einer Versicherungspflicht ist auch bei ihnen ausschließlich die Anstellung als Geschäftsführer. Allein die gesellschaftsrechtliche Organstellung genügt nicht, soweit sich die Tätigkeit auf die Mitwirkung an der Willensbildung in der Gesellschafterversammlung sowie die gesetzliche Außenvertretung beschränkt und die laufenden Geschäfte leitenden Angestellten übertragen sind.⁸²

73 BSG, 19.10.2021 – B 12 KR 29/19 R – BSGE 133, 49 = SozR 4-2400 § 7 Nr. 62 (Notarzt im Rettungsdienst), Rn. 25.

74 BSG, 27.4.2021 – B 12 R 16/19 R – SozR 4-2400 § 7 Nr. 58, Rn. 16.

75 § 23c Abs. 2 SGB IV, eingefügt durch Art. 1a Nr. 2 Buchst. b Heil- und Hilfsmittelversorgungsgesetz vom 4.4.2017, BGBl. I 2017, S. 778. Zur Begründung s. BT-Drs. 18/11205, S. 79.

76 Vgl. § 2 SGB VI.

77 S. zB. *Ruland*, SGB 2021, 393; *Schlegel*, NZA 2021, 310; *Borggräfe/Mischnick*, DB 2022, 1452; *Waßer*, SR 2022, 193, 196 ff.

78 BSG, 29.7.2015 – B 12 KR 23/13 R – BSGE 119, 216 = SozR 4-2400 § 7 Nr. 24, Leitsatz und Rn. 28 ff.

79 Std. Rspr., zB. BSG, 8.7.2020 – B 12 R 26/18 R – BSGE 130, 282 = SozR 4-2400 § 7 Nr. 51, Rn. 13; BSG, 23.2.2021 – B 12 R 18/18 R – juris, Rn. 15 f. Zu einer Ausnahme zugleich.

80 Vgl. BSG, 29.7.2015 – B 12 KR 23/13 R – BSGE 119, 216 = SozR 4-2400 § 7 Nr. 24, Rn. 25.

81 Std. Rspr., zB. BSG, 8.7.2020 – B 12 R 26/18 R – BSGE 130, 282 = SozR 4-2400 § 7 Nr. 51, Rn. 12 mwN.

82 Vgl. zu Vorstandsmitgliedern einer Genossenschaft BSG, 22.8.1973 – 12 RK 27/72 – juris, Rn. 13; BSG, 21.2.1990 – 12 RK 47/87 – SozR 3-2940 § 3 Nr. 1 – juris, Rn. 12.

Entscheidend ist für das BSG in erster Linie, ob ein Geschäftsführer nach der ihm zukommenden, sich aus dem Gesellschaftsvertrag ergebenden Rechtsmacht ihm nicht genehme Weisungen verhindern oder Beschlüsse beeinflussen kann, die sein Anstellungsverhältnis betreffen.⁸³ Eine solche Rechtsmacht nimmt das BSG grundsätzlich nur bei Gesellschafter-Geschäftsführern an, die mindestens 50 % der Gesellschaftsanteile halten. Minderheitsgeschäftsführer betrachtet das BSG grundsätzlich als Beschäftigte. Ausnahmsweise werden sie aber dann als selbstständig angesehen, wenn dem Minderheits-Gesellschafter-Geschäftsführer durch Gesellschaftsvertrag eine die gesamte Unternehmenstätigkeit umfassende Sperrminorität eingeräumt ist. Es muss sich dabei um eine sog. »echte« oder »qualifizierte« Sperrminorität handeln, die sich auf sämtliche Angelegenheiten der Gesellschaft erstreckt und sich nicht nur auf einzelne, im Gesellschaftsvertrag bezeichnete Geschäftsbereiche beziehen darf.⁸⁴ Ein Vetorecht hinsichtlich einzelner Gegenstände, zB. allein bei Entscheidungen über die Abberufung des Geschäftsführers,⁸⁵ genügt insoweit ebenso wenig wie ein Sonderrecht auf Geschäftsführung.⁸⁶ Zudem muss die Sperrminorität gesellschaftsrechtlich eingeräumt sein. Stimmbindungsabreden⁸⁷ oder Vetorechte⁸⁸, die außerhalb des Gesellschaftsvertrages nur schuldrechtlich eingeräumt und damit zumindest außerordentlich kündbar sind, sind unabhängig von ihrer gesellschaftsrechtlichen Zulässigkeit nicht zu berücksichtigen.⁸⁹

Die notwendige Rechtsmacht kann aber auch daraus fließen, dass der nicht am Gesellschaftskapital beteiligte Geschäftsführer zugleich Gesellschafter einer anderen Gesellschaft ist, welche die von ihm geführte Gesellschaft beherrscht. Entschieden wurde dies im Juli 2020 für eine dreistufige Konstruktion:⁹⁰ Geklagt hatte eine GmbH, deren Geschäftsführer die DRV als Beschäftigten eingestuft hatte. Dieser Geschäftsführer war wie seine beiden Mit-Geschäftsführer am Stammkapital der GmbH nicht beteiligt. Alleingesellschafterin war eine Holding GmbH & Co KG. Deren Kommanditisten waren die drei Geschäftsführer der Klägerin. Alleinige Komplementärin war eine Verwaltungs-GmbH, vertreten durch die drei Geschäftsführer der Klägerin. Schließlich waren diese auch jeweils zu einem Drittel Gesellschafter der Verwaltungs-GmbH und zugleich deren Geschäftsführer. Aufgrund der verschiedenen Gesellschaftsverträge ergab sich auf Ebene der Holding eine Sperrminorität des fraglichen Geschäftsführers

im Hinblick auf Weisungen in Bezug auf seine Tätigkeit für die GmbH, weshalb das BSG auf Selbstständigkeit erkannte. Ausdrücklich hervorgehoben hat das BSG jedoch, dass auch eine solche, aus einer Beteiligung abgeleitete Rechtsmacht nur dann beachtlich ist, wenn sie im Gesellschaftsrecht wurzelt. Dazu bedarf es einer eindeutigen Regelung im Gesellschaftsvertrag, die unmittelbar auf das fragliche Rechtsverhältnis durchschlägt.⁹¹ Zudem ist der Umfang des durch Beteiligungen vermittelten Einflusses im Einzelnen genau zu prüfen. So kann der Geschäftsführer einer GmbH, die Komplementärin einer GmbH & Co KG ist, nicht allein aufgrund seiner Stellung als Mehrheitskommanditist der KG einen seine abhängige Beschäftigung ausschließenden Einfluss auf den Inhalt von Gesellschafterbeschlüssen der GmbH nehmen.⁹²

4. Crowdwork und Plattformarbeit

Durch die sozialgerichtliche Rechtsprechung bisher ungeklärt ist der Status sog. Crowdworker. Im Gegensatz zur Arbeitsgerichtsbarkeit⁹³ gibt es bisher keine veröffentlichte Entscheidung der Sozialgerichte. Soweit vereinzelt Bezüge zur Auftragsvermittlung über Internet-Plattformen auftauchen, spielten diese für die Statusfrage keine Rolle. So wurden beispielsweise die in der Notarzt-Entscheidung des BSG zu beurteilenden Aufträge über eine Internetanwendung ausgeschrieben und die sich im Notarztpool des den Rettungsdienst tragenden Landkreises befindlichen Notärzte konnten sich hierauf

83 Std. Rspr.; zB. BSG, 19.9.2019 – B 12 R 25/18 R – BSGE 129, 95 = SozR 4-2400 § 7 Nr. 43, Rn. 14 f. mwN.; BSG, 7.7.2020 – B 12 R 17/18 R – SozR 4-2400 § 7 Nr. 49.

84 Zuletzt BSG, 1.2.2022 – B 12 KR 37/19 R – BSGE 133, 245 = SozR 4-2400 § 7 Nr. 61, Rn. 13.

85 BSG, 1.2.2022 – B 12 R 19/19 R – juris, Rn. 17.

86 BSG, 1.2.2022 – B 12 KR 37/19 R – BSGE 133, 245 = SozR 4-2400 § 7 Nr. 61, Rn. 15 ff.

87 BSG, 11.11.2015 – B 12 KR 13/14 R = BSGE 120, 59 = SozR 4-2400 § 7 Nr. 26, Rn. 25.

88 BSG, 11.11.2015 – B 12 KR 10/14 R = SozR 4-2400 § 7 Nr. 28, Rn. 26.

89 BSG, 19.9.2019 – B 12 KR 21/19 R – BSGE 129, 106 = SozR 4-2400 § 7 Nr. 45, Rn. 18.

90 BSG, 8.7.2020 – B 12 R 26/18 R – BSGE 130, 282 = SozR 4-2400 § 7 Nr. 51.

91 BSG, 8.7.2020 – B 12 R 26/18 R – BSGE 130, 282 = SozR 4-2400 § 7 Nr. 51, Rn. 16; BSG, 8.7.2020 – B 12 R 1/19 R – SozR 4-2400 § 7 Nr. 48 Rn. 23.

92 BSG, 8.7.2020 – B 12 R 2/19 R – SozR 4-2400 § 7 Nr. 52; vgl. auch BSG, 8.7.2020 – B 12 R 4/19 R – SozR 4-2400 § 7 Nr. 53.

93 Vgl. BAG, 1.12.2020 – 9 AZR 102/20 – BAGE 173, 111.

bewerben, ohne dass die Nutzung des Internets als solches für die Entscheidung relevant gewesen wäre.⁹⁴ In der Literatur dagegen hat der Status von Crowdwork und Plattformarbeit in den letzten Jahren einige Aufmerksamkeit erhalten.⁹⁵ Danach sind Crowdworker vorbehaltlich der tatsächlichen Vertragsdurchführung meist nicht als Beschäftigte anzusehen.⁹⁶ Auch die EU-Kommission führt in der Begründung zum Vorschlag einer Richtlinie zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen in der Plattformarbeit aus, dass die meisten Personen, die in der EU auf digitalen Plattformen tätig sind, wirklich selbstständig seien.⁹⁷

Mangels einschlägiger Rechtsprechung der Sozialgerichte kann gegenwärtig nur versucht werden, Rückschlüsse aus Entscheidungen des BSG zu ziehen, in denen sich ähnliche Fragen gestellt haben, wie sie auch in Bezug auf Crowdwork zu erwarten sind. Zudem werden allgemeine Aussagen zum Status in diesen Erwerbsformen dadurch erschwert, dass die unter den Begriffen »Crowdwork« und »Plattformarbeit« verorteten Tätigkeiten und die zugehörigen Begriffe äußerst vielgestaltig sind.⁹⁸ Bei der Vermittlung einer Dienstleistung bzw. eines Dienstleisters über digitale Plattformen an den Endverbraucher wird oft von »On-Demand-Economy« oder »Gig-Economy« gesprochen. Eine Sonderform bilden hierbei die »Freelance Labour Markets«, die auf individuell ausgewählte Spezialisten zur Bearbeitung komplexer Aufgaben zielen. Davon zu unterscheiden sind Crowdwork-Plattformen, bei denen Arbeitsaufgaben des Plattformbetreibers oder seiner Auftraggeber an eine nicht vorher definierte Masse von Internetnutzern (die Crowd) vergeben werden.⁹⁹ Gemeinsam ist diesen Modellen, dass der Kontakt zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer über das Internet vermittelt wird und es regelmäßig um die Erledigung von Arbeiten von zeitlich und sachlich begrenztem Umfang geht.

Mit dem Phänomen sich wiederholender Aufträge von begrenzter Dauer hat sich das BSG zB. im Zusammenhang mit Familienhelfern eingehender befasst, die von Jugendämtern mit der Betreuung einer einzelnen Familie für einen bestimmten Zeitraum beauftragt werden. Dabei wurden regelmäßig dieselben Personen aus einem Pool von ausgebildeten und bewährten Helfern verpflichtet.¹⁰⁰ In vergleichbarer Weise werden EDV-Spezialisten für die Mitarbeit an einzelnen Projekten herangezogen oder Crowdworker auf Internetplattformen in kurzzeitige

Dienstleistungen vermittelt. Häufig ist diese wiederholte Zusammenarbeit bei einzelnen Aufgaben oder Projekten auf Dauer angelegt. Auch in dem vom BAG¹⁰¹ im Dezember 2020 entschiedenen Fall hatten die Plattformbetreiber offensichtlich ein Interesse daran, bewährte Crowdworker an sich zu binden und bevorzugt einzusetzen.

Für die Statusbeurteilung stellt sich in solchen Konstellationen zunächst die Frage, was Gegenstand der Prüfung ist: Jeder einzelne Einsatz gesondert oder aber alle Einsätze zusammen. Dabei stellt sich auch die Frage nach einer schriftlichen, mündlichen oder vielleicht auch nur konkludenten Vereinbarung, die einen Rahmen für die einzelnen Einsätze bilden könnte. Und in der Tat findet man in der Praxis sowohl schriftliche Verträge, die gleichartige Bedingungen für eine Vielzahl von Einsätzen regeln,¹⁰² als auch stillschweigende Übereinkünfte oder bloße Erwartungen, dass derjenige, der bereits einmal als Honorarkraft eingesetzt wurde, auch zukünftig wieder berücksichtigt wird.¹⁰³ Je nach Ausgestaltung können diese Verträge als Klammer verschiedene Einsätze zu einer Beschäftigung zusammenfassen oder nur als eine Art »AGB« den Inhalt der einzelnen Tätigkeit mitbestimmen. Die Fragestellung ähnelt also der aus dem Crowdwork-Urteil des

94 BSG, 19.10.2021 – B 12 KR 29/19 R – BSGE 133, 49 = SozR 4-2400 § 7 Nr. 62 (Notarzt im Rettungsdienst), Rn. 2, 27.

95 ZB. Heckelmann, SGB 2022, 410; Brose, SozSich 2019, 330; Waltermann, GS Rebhahn, 2019, 635; Preis/Brose, Forschungsbericht 490 des BMAS, Juli 2017; Brose, NZS 2017, 7; Hanau, NJW 2016, 2613; Mecke, SGB 2016, 481. Zu rechtspolitischen Aspekten Deinert/Sutterer-Kipping, in: Deinert/Maksimek/Sutterer-Kipping, Die Rechtspolitik des Sozial- und Arbeitsrechts, HSI Schriftenreihe Bd. 30, Frankfurt a.M. 2020, S. 313 ff.

96 S. nur Preis/Brose, Forschungsbericht 490 des BMAS, Juli 2017, S. 36, 63.

97 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen in der Plattformarbeit vom 9.12.2021, COM(2021) 762 final, S. 2 des deutschsprachigen pdf-Dokuments. S. hierzu auch Heckelmann, SGB 2022, 410, 414 ff.

98 Zu möglichen Differenzierungen vgl. nur Segebrecht, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK SGB IV (Fn. 16), § 7 Abs. 1 Rn. 227; Apt/Bovenshulte/Hartmann/Wischmann, Foresight-Studie »Digitale Arbeitswelt«, BMAS, Forschungsbericht 463 des BMAS, Feb. 2016; Mecke, SGB 2016, 481, 483 f.

99 Zu Arbeitsformen in der Crowd ausführlich Leimeister et al., in: Hans-Böckler-Stiftung (Hrsg.), Crowd Work in Deutschland, Düsseldorf 2016, S. 61 ff.

100 BSG, 25.4.2012 – B 12 KR 24/10 R – SozR 4-2400 § 7 Nr. 15 (Familienhelferin).

101 BAG, 1.12.2020 – 9 AZR 102/20 – BAGE 173, 111.

102 Vgl. zB. BSG, 19.10.2021 – B 12 KR 29/19 R – BSGE 133, 49 = SozR 4-2400 § 7 Nr. 62 (Notarzt im Rettungsdienst), Rn. 2; BSG, 4.6.2019 – B 12 R 11/18 R – BSGE 128, 191 = SozR 4-2400 § 7 Nr. 42 (Honorärärzte), Rn. 3; BSG, 18.11.2015 – B 12 KR 16/13 R – SozR 4-2400 § 7 Nr. 25 (Rackjobbing II), Rn. 3.

103 Vgl. BSG, 28.9.2011 – B 12 R 17/09 R – juris (hauswirtschaftliche Familienbetreuerin), Rn. 3, 17.

BAG, das die einzelnen Einsätze zu einem Arbeitsverhältnis zusammengezogen hat.

Das BSG differenziert für die Statusprüfung auch hier nach den im Einzelfall getroffenen Vereinbarungen. Entscheidend ist insoweit, ob die vertraglichen Hauptleistungspflichten, also die Verpflichtung zur Dienstleistung und Entgeltzahlung, auch unabhängig von den jeweiligen Einsätzen bestehen oder ob sie jeweils erst mit der Übernahme eines bestimmten Auftrags neu entstehen.¹⁰⁴ Maßgebend für die Statusbeurteilung sind in den zuletzt genannten Fällen allein die Verhältnisse nach Annahme – also bei Durchführung – des jeweiligen Auftrags.¹⁰⁵ Dieser Satz lag zB. dem Urteil des BSG zu einem »Merchandiser im Rackjobbing« – zu Deutsch: einem Regalauffüller – zugrunde.¹⁰⁶ Nach dem tatsächlich gelebten Inhalt des Rahmenvertrags bestand dort eine Dienstverpflichtung nur in Bezug auf die übernommenen Aufträge zur Betreuung einzelner Fachmärkte, nicht jedoch darüber hinaus. Daher war für die Statusprüfung allein auf die Verhältnisse nach Übernahme des einzelnen Betreuungsverhältnisses abzustellen.¹⁰⁷ Zu einem anderen Ergebnis gelangte das BSG hingegen im Fall von Gastkünstlern an einem Theater, bei denen bestimmte Dienstpflichten auch zwischen den einzelnen Auftritten bestanden.¹⁰⁸

Die Anknüpfung an den Einzelauftrag hat vor allem Konsequenzen für die Gewichtung einzelner Indizien im Rahmen der Gesamtabwägung: Während der Auftragsbearbeitung geltende Vorgaben, Überwachungsmaßnahmen oder die in dieser Zeit bestehende Einbindung in eine arbeitsteilige Organisation erhalten ein höheres Gewicht, als es der Fall wäre, wenn auch die tätigkeitsfreien Zeiten in die Betrachtung einbezogen würden, in denen diese Umstände gerade nicht vorliegen. Allein die Tatsache, dass einzelne Aufträge abgelehnt werden können, spricht in diesem Kontext nicht mehr gegen Beschäftigung während der tatsächlich übernommenen Aufträge.¹⁰⁹

Was heißt das nun für den Status von Crowdworkern und IT-Freelancern? Regelmäßig wird nur der jeweilige Einsatz oder Auftrag zu beurteilen sein. Dies hat im Einzelfall nach den allgemeinen Grundsätzen der oben dargestellten Standardformel und den Prüfungsschritten des BSG zu erfolgen. Dabei ist die Gewichtung einzelner Indizien ggf. an die besonderen Umstände des Tätigkeitsfelds anzupassen, ohne sie als der » Natur der Sache« geschuldet auszusondern. Dies könnte zB. in Bezug auf die Mitbenutzung der IT-Infrastruktur des Kunden im Rahmen

eines Vor-Ort-Supports zur Einführung einer neuen Software notwendig sein. Eine allgemeingültige Aussage zum Status von Crowdworkern und Plattformarbeitern ist wegen der Vielgestaltigkeit dieses Phänomens und des strikten Einzelfallbezugs der Statusfeststellung nicht möglich. Auch der vom BAG behandelte Fall eines Crowdworkers¹¹⁰ ist auf Grundlage des im Urteil mitgeteilten Sachverhalts und der bisherigen Rechtsprechung des BSG sozialversicherungsrechtlich nicht abschließend zu bewerten. Für eine Beschäftigung könnten hier die engen zeitlichen und inhaltlichen Vorgaben für die Aufgabenerledigung und die Überwachungsmaßnahmen sprechen. Zudem deutet das vom BAG hervorgehobene Anreizsystem auf eine intendierte nachhaltige Einbindung in die Organisation der Plattformbetreiber. In diese Richtung weisen auch die ausgehändigten Legitimationsschreiben der Kunden, deren Produkte erfasst werden sollten. Letztlich bleibt aber abzuwarten, wie sich die Rechtsprechung in diesem Bereich entwickelt.

III. »Rechtssichere« Statusfeststellung

Wie gezeigt bleibt die Statusfrage trotz der Systematisierungsbemühungen des BSG nicht immer einfach zu beantworten. Gefordert ist hierdurch in erster Linie der (tatsächliche oder potentielle) Arbeitgeber. Er ist nach § 28a SGB IV verpflichtet, den Krankenkassen als Einzugsstellen jeden in der Kranken-, Pflege-, Rentenversicherung oder nach dem Recht der Arbeitsförderung kraft Gesetzes Versicherten zu melden. Zugleich ist er verpflichtet, die

104 Vgl. zB. BSG, 19.10.2021 – B 12 KR 29/19 R – BSGE 133, 49 = SozR 4-2400 § 7 Nr. 62 (Notarzt im Rettungsdienst), Rn. 24 mwN.

105 Std. Rspr. zB. BSG, 19.10.2021 – B 12 KR 29/19 R – BSGE 133, 49 = SozR 4-2400 § 7 Nr. 62 (Notarzt im Rettungsdienst), Rn. 14; BSG, 25.4.2012 – B 12 KR 24/10 R – SozR 4-2400 § 7 Nr. 15 (Familienhelferin), Rn. 22; BSG, 28.9.2011 – B 12 R 17/09 R – juris (hauswirtschaftliche Familienbetreuerin), Rn. 17; BSG, 28.5.2008 – B 12 KR 13/07 R – juris (Piloten für Überführungsflüge/Freelancer), Rn. 24 ff.

106 BSG, 18.11.2015 – B 12 KR 16/13 R – SozR 4-2400 § 7 Nr. 25 (Rackjobbing II).

107 BSG, 18.11.2015 – B 12 KR 16/13 R – SozR 4-2400 § 7 Nr. 25 (Rackjobbing II), Rn. 19; vgl. zuvor schon BSG, 28.9.2011 – B 12 R 17/09 R – juris (hauswirtschaftliche Familienbetreuerin), Rn. 17; BSG, 28.5.2008 – B 12 KR 13/07 R – juris (Piloten für Überführungsflüge/Freelancer), Rn. 24.

108 BSG, 20.3.2013 – B 12 R 13/10 R – SozR 4-2400 § 7 Nr. 19 (Gastkünstler), Rn. 13 ff.

109 BSG, 18.11.2015 – B 12 KR 16/13 R – SozR 4-2400 § 7 Nr. 25 (Rackjobbing II), Rn. 28.

110 BAG, 1.12.2020 – 9 AZR 102/20 – BAGE 173, 111.

Beitragshöhe zu ermitteln und die Beiträge zu den genannten Versicherungszweigen nach §§ 28d, 28f SGB IV als Gesamtsozialversicherungsbeitrag an die Einzugsstelle abzuführen.¹¹¹ Dafür muss er selbstständig über den Erwerbsstatus und die Versicherungspflichten eines potentiell Beschäftigten entscheiden, was für die weit überwiegende Zahl der Erwerbstätigen ohne Probleme funktioniert. In all diesen Fällen ergeht kein Verwaltungsakt über den Erwerbsstatus, die Versicherungspflicht oder die Beitragshöhe.

1. Einzugsstellenverfahren und Betriebsprüfung

Statusentscheidungen durch Verwaltungsakte ergehen regelmäßig nur im Einzelfall im Rahmen eines Einzugsstellenverfahrens, einer Betriebsprüfung oder eines Anfrageverfahrens. Zuständig für das Einzugsstellenverfahren nach § 28h Abs. 2 S. 1 SGB IV ist grundsätzlich die Krankenkasse, bei der ein Beschäftigter versichert ist.¹¹² Bestehen Unsicherheiten bzgl. des Erwerbsstatus, können Arbeitgeber oder Beschäftigte bei der Einzugsstelle eine ausdrückliche Entscheidung über die Versicherungspflicht und Beitragshöhe in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung beantragen. Die Einzugsstelle kann aber im Rahmen der Beitragsüberwachung nach § 28h Abs. 1 S. 2 SGB IV auch von sich aus tätig werden. Das Verwaltungsverfahren endet mit einem Verwaltungsakt über die Versicherungs- und Beitragspflicht eines bestimmten Beschäftigten in einer konkreten Tätigkeit. Er kann nicht nur vom Arbeitgeber und vom Beschäftigten, sondern auch von den anderen Versicherungsträgern in Bezug auf ihren jeweiligen Versicherungszweig angefochten werden.¹¹³

Verwaltungsakte zur Versicherungspflicht und Beitragshöhe, also inzident auch zum Erwerbsstatus, ergehen zudem im Rahmen der Betriebsprüfung nach § 28p Abs. 1 S. 5 SGB IV durch die Träger der Rentenversicherung. Diese haben alle vier Jahre – bei Bedarf oder auf Antrag des Arbeitgebers früher – bei den Arbeitgebern zu prüfen, ob diese ihre Meldepflichten und sonstigen Pflichten im Zusammenhang mit dem Gesamtsozialversicherungsbeitrag ordnungsgemäß erfüllt haben. Die Prüfung erfolgt stichprobenartig¹¹⁴ für die Vergangenheit und – im Unterschied zum Einzugsstellenverfahren – »bei den Arbeitgebern«,¹¹⁵ also regelmäßig »vor Ort«. Die Prüfungsbefug-

nis umfasst zudem auch steuerberatende Stellen, Rechenzentren und vergleichbare Einrichtungen, die im Auftrag des Arbeitgebers Löhne und Gehälter abrechnen oder Meldungen erstatten.¹¹⁶ Im Ergebnis dieser »Vorort-Prüfungen« dürfen mit den Prüfbescheiden auch zuvor nach § 28h SGB IV getroffene Entscheidungen der Einzugsstellen nach Maßgabe der §§ 44 ff. SGB X aufgehoben werden. Vertrauensschutz begründen diese Prüfbescheide aber nur hinsichtlich der konkret geprüften Personen und Zeiträume, die nach neuerer Rechtsprechung des BSG im Bescheid detailliert zu benennen sind, auch wenn die Prüfung insoweit zu keinen Beanstandungen geführt hat.¹¹⁷ Darüber hinaus kann sich ein Arbeitgeber – selbst in Kleinbetrieben – nicht darauf verlassen, dass im Übrigen alles in Ordnung ist.¹¹⁸ Jedoch hat er das Recht, die Prüfung des sozialversicherungsrechtlichen Status von im Betrieb tätigen Auftragnehmern zu verlangen¹¹⁹ und hierdurch zumindest für den Prüfzeitraum Rechtssicherheit zu erlangen.

2. Anfrageverfahren

Die ausschließliche Statusfeststellung im Einzugsstellen- und Betriebsprüfungsverfahren ist wegen des jeweils begrenzten Prüfumfanges für den (potentiellen) Arbeitgeber mit einem erheblichen Maß an Unsicherheit verbunden. Zudem kam es aufgrund bestehender Interessenkonflikte bei den Einzugsstellen¹²⁰ wiederholt vor, dass Einzugsstellenentscheidungen in der Betriebsprüfung revidiert und erhebliche Beitragssummen nachgefordert worden sind. Dieses Risiko trifft im Wesentlichen den Arbeitgeber, da ein unterbliebener Abzug des Arbeitnehmeranteils am Gesamtversicherungsbeitrag nach § 28g S. 3 SGB IV regelmäßig

111 Kritisch zu dieser Indienstnahme Privater *Schlegel*, FS 50 Jahre Bundessozialgericht, 2004, S. 265.

112 S. iE. § 28i SGB IV.

113 Vgl. BSG, 3.7.2013 – B 12 KR 8/11 R – BSGE 114, 69 = SozR 4-1500 § 66 Nr. 4, Rn. 18.

114 § 11 Beitragsverfahrensverordnung.

115 § 28p Abs. 1 S. 1 SGB IV.

116 § 28p Abs. 6 S. 1 SGB IV.

117 BSG, 19.9.2019 – B 12 R 25/18 R – BSGE 129, 95 = SozR 4-2400 § 7 Nr. 43, Rn. 30 ff.

118 Vgl. BSG, 30.10.2013 – B 12 AL 2/11 R – BSGE 115, 1 = SozR 4-2400 § 27 Nr. 5, Rn. 24 ff.; BSG, 18.11.2015 – B 12 R 7/14 R – juris, Rn. 20.

119 BSG, 19.9.2019 – B 12 R 25/18 R – BSGE 129, 95 = SozR 4-2400 § 7 Nr. 43, Rn. 35.

120 Vgl. zB. BSG, 16.7.2019 – B 12 KR 6/18 R – BSGE 128, 277 = SozR 4-2400 § 7a Nr. 12.

nur bei den nächsten drei Lohn- und Gehaltszahlungen nachgeholt werden darf. Um diese Risiken zu minimieren, wurde bereits 1999 das Anfrageverfahren nach § 7a SGB IV eingeführt.¹²¹ Es sollte bereits zu einem frühen Zeitpunkt eine verbindliche Entscheidung über den Erwerbsstatus in einer bestimmten Tätigkeit ermöglichen. Zudem sollten durch die alleinige Zuständigkeit der BfA, heute der DRV Bund, widersprüchliche Entscheidungen verschiedener Träger vermieden werden.¹²² Umgesetzt wird dies durch die sog. Clearingstelle der DRV Bund. Die beiden bisher bestehenden Varianten des Anfrageverfahrens sind zum April 2022 reformiert und durch drei weitere Varianten ergänzt worden,¹²³ die zunächst bis zum 30. Juni 2027 befristet gelten.¹²⁴ Dabei bediente man sich eines höchst fragwürdigen Verfahrens, indem die weitreichenden Änderungen des Anfrageverfahrens erst während der Ausschussberatungen über das völlig sachfremde Barrierefreiheitsstärkungsgesetz an dieses angehängt worden sind.¹²⁵

a) Optionales Anfrageverfahren

Den Grundfall bildet wie bisher das optionale Anfrageverfahren nach § 7a Abs. 1 S. 1 SGB IV. Danach können die Beteiligten bei der DRV Bund schriftlich oder elektronisch eine Entscheidung beantragen, »ob bei einem Auftragsverhältnis eine Beschäftigung oder eine selbstständige Tätigkeit vorliegt«. Hierüber entscheidet die Clearingstelle in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des BSG auf Grund einer Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalles, wie in § 7a Abs. 2 S. 1 SGB IV ausdrücklich klargestellt wird.

Durch diese Neuformulierung der Überschrift des § 7a SGB IV (»Feststellung des Erwerbsstatus«) und des Eingangssatzes des Abs. 1 hat der Gesetzgeber den Gegenstand der zu treffenden Verwaltungsentscheidung für die Zeit ab April 2022 maßgeblich geändert. So verlangte die Rechtsprechung des BSG bisher nicht nur die Feststellung des Beschäftigungsstatus, sondern darüberhinausgehend die Feststellung der Versicherungspflicht in den Zweigen der Sozialversicherung. Obwohl der Wortlaut bis März 2022 nur eine Entscheidung darüber, »ob eine Beschäftigung vorliegt«, forderte,¹²⁶ hielt das BSG die explizite Feststellung der Versicherungspflicht auch im Anfrageverfahren für notwendig, um die vom Gesetzgeber vorgesehene Gleichwertigkeit mit dem Einzugsstellen- und Betriebsprüfungsverfahren zu erreichen. Diese sei nur

gegeben, wenn der gesamte Tatbestand der Versicherungspflicht geprüft wird. Die sog. Elementenfeststellung nur eines einzelnen Merkmals des Versicherungspflichttatbestands, wie ausschließlich des Vorliegens von Beschäftigung, war danach unzulässig.¹²⁷ Demgegenüber bezieht sich das Anfrageverfahren nach der seit Anfang April 2022 geltenden Gesetzesfassung ausschließlich auf den Erwerbsstatus, also die Frage, ob Beschäftigung oder selbstständige Tätigkeit vorliegt.¹²⁸ Die Feststellung der Versicherungspflicht ist damit nur noch im Einzugsstellenverfahren und bei einer Betriebsprüfung möglich.¹²⁹

Der Vorteil dieser Beschränkung auf den Erwerbsstatus besteht darin, dass sich der Prüfungsumfang verringert, weil nicht mehr die weiteren Voraussetzungen der Versicherungspflicht in den verschiedenen Versicherungszweigen erfragt und geprüft werden müssen. Dies könnte die Verfahren beschleunigen, die nach Angaben der DRV Bund im Schnitt 84 Tage dauern, jedoch deutlich weniger Zeit benötigen, wenn die Betroffenen sämtliche Verträge und Unterlagen vorlegen und Rückfragen zügig beantworten.¹³⁰ Der Nachteil für die Betroffenen liegt im Wegfall der bisher bestehenden Bündelfunktion des Anfrageverfahrens, in dem bisher eine abschließende Entscheidung über die Versicherungspflicht in allen Zweigen getroffen wurde. Dies ist kein Problem, wenn zwischen den Betroffenen Einigkeit über die sozialversicherungsrechtlichen Folgen einer Feststellung des Beschäftigtenstatus besteht. Besteht jedoch Uneinigkeit über die hieran

121 Art. 1 Nr. 2 Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit vom 20.12.1999, BGBl. I 2000, S. 2.

122 BT-Drs. 14/1855, S. 6, 7 f.

123 Art. 2c Nr. 2 Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/882 des Europäischen Parlaments und des Rates über die Barrierefreiheitsanforderungen für Produkte und Dienstleistungen und zur Änderung anderer Gesetze, Barrierefreiheitsstärkungsgesetz, vom 16.7.2021, BGBl. I 2021, S. 2970.

124 Art. 3 Barrierefreiheitsstärkungsgesetz.

125 Vgl. BT-Drs. 19/29893; ausführlich zu den Einzelheiten der Neuregelung und ihren Hintergründen Brose, SGB 2022, 133 und 208. Einen Überblick geben auch Pietrek, jM 2022, 325; Waßer, SR 2022, 193, 199 ff.

126 Zuletzt § 7a Abs. 1 S. 1 HS. 1 SGB IV idF. durch Art. 160 des Gesetzes vom 29.3.2017, BGBl. I 2017, S. 626.

127 Std. Rspr. seit BSG, 11.3.2009 – B 12 R 11/07 R – BSGE 103, 17 = SozR 4-2400 § 7a Nr. 2, Rn. 16 f.; dem folgend aber eine gesetzliche Änderung anregend BSG, 26.2.2019 – B 12 R 8/18 R – juris, Rn. 21, 23.

128 BT-Drs. 19/29893, S. 27 f.

129 BT-Drs. 19/29893, S. 28 f.

130 DRV, Die fünf größten Irrtümer zum Statusfeststellungsverfahren, abgerufen unter https://www.deutsche-rentenversicherung.de/DRV/DE/Rente/Arbeitnehmer-und-Selbststaendige/03_Selbststaendige/irrtuemer_statusfeststellungsverfahren.html (13.3.2023).

anknüpfende Versicherungspflicht in einzelnen Versicherungszweigen, müssen uU. mehrere weitere Verfahren gegen die jeweiligen Versicherungsträger geführt werden.

Durchgeführt wird das optionale Anfrageverfahren weiterhin nur auf Antrag eines der Beteiligten, also des Auftraggebers oder Auftragnehmers. Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass nicht schon eines der anderen Verfahren zur Statusfeststellung eingeleitet wurde. Dazu hat das BSG im September 2018 entschieden,¹³¹ dass Anfrage- und Betriebsprüfungsverfahren gegenseitig eine Sperrwirkung entfalten. Die Abgrenzung erfolgt nach dem Kriterium der zeitlichen Vorrangigkeit. Es gilt demnach der Satz »Wer zuerst kommt, mahlt zuerst!«. Zugleich wurde entschieden, dass die Betriebsprüfung erst dann begonnen hat, wenn die bevorstehende Prüfung nach außen erkennbar wird. Dies ist grundsätzlich mit Zugang der Prüfankündigung der Fall. Diese Grundsätze lassen sich sinngemäß auch auf das Einzugsstellenverfahren übertragen.

b) Obligatorisches Anfrageverfahren

Das obligatorische Anfrageverfahren nach § 7a Abs. 1 S. 2 SGB IV ist das zweite der schon bisher in § 7a SGB IV vorgesehenen Verfahren zur Statusfeststellung. Es wurde 2005 zusammen mit der leistungsrechtlichen Bindung der Arbeitsagenturen nach § 366 SGB III eingeführt, um Familienangehörigen eines Arbeitgebers und Gesellschafter-Geschäftsführern Rechtssicherheit im Hinblick auf künftige Leistungsansprüche insbesondere bei Arbeitslosigkeit zu verschaffen.¹³² Im Unterschied zum optionalen Anfrageverfahren nach § 7a Abs. 1 S. 1 SGB IV ist das obligatorische Anfrageverfahren zwingend immer dann durchzuführen, wenn der vom Arbeitgeber gemeldete Beschäftigte Ehegatte, Lebenspartner oder Abkömmling des Arbeitgebers oder aber Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH ist. Diesen Umstand hat der Arbeitgeber durch ein besonderes Kennzeichen im Meldeverfahren anzuzeigen.

Das obligatorische Anfrageverfahren geht einer Statusfeststellung durch die Einzugsstelle stets vor. Dazu hat das BSG im Juli 2019 klargestellt,¹³³ dass es entgegen dem Wortlaut der Norm nicht darauf ankommt, dass sich die Stellung als Angehöriger oder Gesellschafter-Geschäftsführer aus der Kennzeichnung durch den Arbeitgeber in der Meldung selbst ergibt. Vielmehr wird die alleinige Zuständigkeit der DRV Bund schon dann begründet,

wenn der Krankenkasse (Einzugsstelle) diese Stellung des Gemeldeten auf andere Weise bekannt wird. Wird dennoch durch die Krankenkasse im Einzugsstellenverfahren kompetenzwidrig ein Verwaltungsakt erlassen, verletzt dieser die DRV Bund in ihrem »wehrfähigen« subjektiven Recht der Alleinzuständigkeit und berechtigt sie zur Drittanfechtungsklage.

c) Drittfeststellungsverfahren

Zu den Neuerungen seit April 2022 gehört die Möglichkeit der Feststellung von Beschäftigung im Dreiecksverhältnis nach § 7a Abs. 2 S. 3 SGB IV. Danach kann die Clearingstelle über das Vorliegen von Beschäftigung hinaus auch feststellen, ob das Beschäftigungsverhältnis zu einem Dritten besteht, wenn die vereinbarte Tätigkeit für einen Dritten erbracht wird und Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Auftragnehmer in dessen Arbeitsorganisation eingegliedert ist und dessen Weisungen unterliegt.

Vorrangig geht es hierbei um Fälle verdeckter Arbeitnehmerüberlassung oder missglückter Sub-(Sub)Unternehmenshaft.¹³⁴ Den Anstoß hierzu gab ein Urteil des BSG vom März 2018:¹³⁵ Die Klägerin war ein Unternehmen, das im Auftrag von IBM bei deren Endkunden Beratungen und Schulungen zu einem IBM-Betriebssystem anbot. Hierfür beauftragte sie selbstständige IT-Fachleute, welche die Beratungen und Schulungen durchführten. Auf Antrag eines dieser IT-Fachleute wurde dessen Versicherungspflicht wegen Beschäftigung durch die Klägerin festgestellt. Das BSG konnte hierüber wegen fehlender Tatsachenfeststellungen nicht abschließend entscheiden und hat das Verfahren zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das LSG zurückverwiesen. Dabei hat es dem LSG aufgegeben, für die erneute Beurteilung auch die Beziehungen zwischen der Klägerin und ihren Auftraggebern (IBM) sowie die Umstände der Vertragsdurchführung bei den Dritten in den Blick zu nehmen.

Für den Gesetzgeber war dies Anlass, die Prüfungsbeugnis der Clearingstelle zu erweitern und ihr die Kompetenz zu geben, eine Tätigkeit umfassend und nicht nur

¹³¹ BSG, 4.9.2018 – B 12 KR 11/17 R – BSGE 126, 235 = SozR 4-2400 § 7a Nr. 10.

¹³² BT-Drs. 15/1749, S. 35 zu Art. 4 Nr. 3 (§ 7a).

¹³³ BSG, 16.7.2019 – B 12 KR 6/18 R – BSGE 128, 277 = SozR 4-2400 § 7a Nr. 12.

¹³⁴ BT-Drs. 19/29893, S. 29.

¹³⁵ BSG, 14.3.2018 – B 12 KR 12/17 R – SozR 4-2400 § 7 Nr. 34.

begrenzt auf jeweils ein Rechtsverhältnis zu beurteilen.¹³⁶ Dadurch kann sie Feststellungen nicht nur im eigentlichen Auftragsverhältnis treffen, sondern darüber hinaus auch eine Beschäftigung im Verhältnis zwischen dem Auftragnehmer und Dritten feststellen, die Auftraggeber des Auftraggebers sind oder bei denen der Auftragnehmer eingesetzt ist.¹³⁷ Im genannten Fall wäre also auch das Verhältnis zwischen dem IT-Fachmann und IBM sowie das Verhältnis zwischen dem Fachmann und den Endkunden zu prüfen. Um in dieser Situation die Dritten, insbesondere die Endkunden, vor unliebsamen Überraschungen zu schützen, sind nun auch sie antragsberechtigt.¹³⁸ Darüber hinaus sind sie als mögliche Adressaten des abschließenden Verwaltungsakts nach § 12 Abs. 1 Nr. 2 SGB X von Amts wegen am Verfahren zu beteiligen, wodurch sie zugleich die Obliegenheit der Mitwirkung bei der Ermittlung des Sachverhalts trifft.¹³⁹ Die Entscheidung der Clearingstelle bindet nach § 7a Abs. 2 S. 4 SGB IV die anderen Versicherungsträger, wenn sie eine Versicherungspflicht auf Grund des Auftragsverhältnisses beurteilen. Dies gilt auch, soweit die Versicherungspflicht Voraussetzung für einen Anspruch auf Leistungen der Arbeitsförderung ist.¹⁴⁰

d) Prognoseverfahren

Im Kern nicht vollkommen neu ist die nunmehr in § 7a Abs. 4a SGB IV vorgesehene Vorabprüfung. Dadurch können die Beteiligten bereits vor Aufnahme einer Tätigkeit eine verbindliche Statusentscheidung erhalten. Bisher war nur eine unverbindliche Auskunft im Rahmen der allgemeinen Beratungspflicht nach § 14 SGB I möglich. Bei dieser Prognoseentscheidung handelt es sich – wie der Verweis auf Abs. 2 klarstellen soll – um keine eigenständige Entscheidungsart, sondern um eine »reguläre« und endgültige Feststellung des Erwerbsstatus. Die Besonderheit besteht nur darin, dass die Umstände der Ausübung noch nicht gelebt, sondern allein von den Beteiligten antizipiert wurden.¹⁴¹

Für eine Vorabentscheidung müssen die Beteiligten der Clearingstelle Auskunft über die zwischen ihnen getroffenen Vereinbarungen und die vorgesehenen Umstände der tatsächlichen Vertragsdurchführung geben. Hier stellen sich zwei Probleme: Zum einen handelt es sich ausschließlich um nicht an der Praxis überprüfbare Angaben der Beteiligten. Zum anderen sind dies Aussagen über die Zukunft, die auch bei größter Sorgfalt mit

einer gewissen Unsicherheit verbunden sind. Daher haben die Beteiligten nach § 7a Abs. 4a S. 3 SGB IV unverzüglich jede Änderung gegenüber ihren Angaben mitzuteilen, die sich bis Ende des ersten Tätigkeitsmonats ergibt. Ändert sich hierdurch der Status, nimmt die Clearingstelle ihre Entscheidung nach Maßgabe des § 48 SGB X zurück und trifft neue Feststellungen. Ausweislich der Gesetzesbegründung soll dies grundsätzlich mit Wirkung für die Zukunft geschehen und durch § 7a Abs. 4a S. 5 SGB IV dabei sichergestellt werden, dass bei einer Verletzung der Mitteilungspflicht die Änderung auf den Zeitpunkt der Tätigkeitsaufnahme zurückwirkt.¹⁴² Demgegenüber legt es der Wortlaut des Satz 5 nahe, dass jede während des ersten Tätigkeitsmonats festgestellte Abweichung der tatsächlichen Vertragsdurchführung von den zuvor gemachten Angaben stets auf den Zeitpunkt der Tätigkeitsaufnahme zurückwirkt, sodass die Tätigkeit von Anfang an einheitlich als Beschäftigung oder Selbstständigkeit behandelt wird. Bei wesentlichen Änderungen der Verhältnisse nach Ablauf des ersten Tätigkeitsmonats ist jedenfalls eine Aufhebung der Verwaltungsentscheidung für die Zukunft möglich. Zu prüfen sein wird auch, ob bei verspäteter Mitteilung mit Rücksicht auf die Meldepflichten des Arbeitgebers aus § 28a SGB IV eine Aufhebung nach § 48 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB X und Feststellung von Beschäftigung bereits ab Eintritt der Änderung der Verhältnisse möglich ist. War die Prognoseentscheidung bereits bei ihrem Erlass rechtswidrig, zB., weil vorsätzlich falsche Angaben gemacht worden sind, bleiben die allgemeinen Aufhebungs- und Abänderungsmöglichkeiten der §§ 44, 45 und 48 SGB X weiter anwendbar.¹⁴³

e) Gruppenfeststellung

Eine weitere neue Variante des Anfrageverfahrens ist schließlich die durch § 7 Abs. 4b SGB IV eingeführte gutachterliche Äußerung oder Gruppenfeststellung. Allerdings konnten Auftraggeber und Auftragnehmer bereits

¹³⁶ BT-Drs. 19/29893, S. 29 f.

¹³⁷ Vgl. BT-Drs. 19/29893, S. 29: »sämtliche Rechtsbeziehungen, die den Einsatz des Auftragnehmers prägen«.

¹³⁸ § 7a Abs. 2 S. 3 SGB IV.

¹³⁹ § 21 Abs. 2 S. 1 und 2 SGB X.

¹⁴⁰ BT-Drs. 19/29893, S. 30.

¹⁴¹ BT-Drs. 19/29893, S. 30 f.

¹⁴² BT-Drs. 19/29893, S. 31.

¹⁴³ Ebd.

bisher davon ausgehen, dass eine einmal als selbstständig eingestufte Tätigkeit bei exakt gleicher Durchführung auch bei künftigen Aufträgen wieder als selbstständig eingestuft wird. Mit der gutachterlichen Äußerung wird ihnen nun eine Möglichkeit an die Hand gegeben, dieser Erwartung eine gewisse rechtliche Verfestigung zu verleihen. Denn mit der gutachterlichen Äußerung können sie eine für zwei Jahre¹⁴⁴ verbindliche Auskunft über die statusrechtlichen Folgen gleichförmiger Auftragsverhältnisse erhalten, die erst in Zukunft eingegangen werden sollen. Wird ein solches Auftragsverhältnis später in einem anderen Verfahren auf Feststellung des Erwerbsstatus oder von Versicherungspflicht dennoch als Beschäftigung eingestuft, tritt die Versicherungspflicht nach § 7a Abs. 4c S. 1 SGB IV nur mit Wirkung für die Zukunft ein, sofern bis dahin eine alternative Altersvorsorge und Absicherung für den Krankheitsfall bestand.

(1) Voraussetzungen und Inhalt

Voraussetzung einer gutachterlichen Äußerung ist zunächst ein Anfrageverfahren über den Erwerbsstatus in einem konkreten Einzelfall, der »als exemplarisches Anschauungsbeispiel«¹⁴⁵ für die Gruppenfeststellung dient. Über diesen Einzelfall hat die Clearingstelle im normalen Verfahren abschließend zu entscheiden. Auf Antrag des Auftraggebers hat sie aber über diese Entscheidung hinaus zusätzlich eine gutachterliche Äußerung zum Erwerbsstatus von Auftragnehmern in zukünftigen gleichen Auftragsverhältnissen abzugeben. Gleich sind Auftragsverhältnisse, wie § 7a Abs. 4b S. 2 SGB IV ausdrücklich festlegt, wenn die vereinbarten Tätigkeiten ihrer Art und den Umständen der Ausübung nach übereinstimmen und ihnen einheitliche vertragliche Vereinbarungen zu Grunde liegen. Dazu verweist die Gesetzesbegründung auf »die vertraglichen Bedingungen sowie die (beabsichtigten) tatsächlichen Umstände der Ausübung, die das zu lebende Vertragsverhältnis abbilden«.¹⁴⁶ Hierin darf ein Bezug auf die oben dargestellte Rechtsprechung des BSG zur Statusfeststellung gesehen werden, wonach zwar von den schriftlichen Vereinbarungen der Beteiligten auszugehen ist, jedoch anhand der Gesamtumstände der wahre Inhalt der von ihnen getroffenen Vereinbarungen festzustellen ist.¹⁴⁷ Die künftigen Auftragsverhältnisse müssen also hinsichtlich der für die Statusfeststellung relevanten Umstände mit dem konkret geprüften Auftragsverhältnis übereinstimmen. Geringfügige

Abweichungen, zB. hinsichtlich der Tätigkeit, der Höhe der Vergütung oder auch der Modalitäten, sollen dabei grundsätzlich unschädlich sein.¹⁴⁸

Die Äußerung kann sowohl der Auftraggeber beantragen, um Sicherheit für künftige Aufträge an denselben oder andere Auftragnehmer zu gewinnen. Aber auch der Auftragnehmer kann nach § 7a Abs. 4b S. 5 SGB IV die Äußerung im Hinblick auf künftige Auftragsverhältnisse mit demselben Auftraggeber beantragen. Ausgeschlossen ist für ihn ein Antrag im Hinblick auf künftige Aufträge bei anderen Auftraggebern. Ebenfalls ausgeschlossen ist die rein abstrakte Begutachtung künftig geplanter Aufträge. Wie aus § 7a Abs. 4b S. 1 SGB IV folgt, muss es stets zumindest einen Fall geben, der bereits konkret zu beurteilen ist.

Den Inhalt der gutachterlichen Äußerung legt § 7a Abs. 4b S. 3 SGB IV fest: Danach hat die Clearingstelle in der Äußerung die Art der Tätigkeit, die der Beurteilung zu Grunde liegenden vertraglichen Vereinbarungen und die Umstände der Ausübung sowie die Rechtswirkungen anzugeben. Eine Kopie der Äußerung ist nach § 7a Abs. 4b S. 4 SGB IV vom Auftraggeber dem Auftragnehmer eines im vorgenannten Sinne gleichen Auftragsverhältnisses auszuhändigen. Hierdurch soll dieser Kenntnis vom Inhalt der vorgenommenen Beurteilung und Klarheit über den Erwerbsstatus erhalten.¹⁴⁹ Einerseits wird er hierdurch in die Lage versetzt, seinerseits auf die Einhaltung der statusbestimmenden Umstände der Tätigkeit zu achten und sein eigenes Verhalten hieran auszurichten. Andererseits wird ein Vertrauensschutz bei abweichender Auftragsdurchführung ausgeschlossen. Die Clearingstelle wird daher gehalten sein, insbesondere die praktische Durchführung des konkret geprüften Auftragsverhältnisses so genau wie möglich in der Äußerung zu beschreiben.

(2) Rechtswirkung

Die Rechtswirkungen der gutachterlichen Äußerung bedürfen einer gesonderten Betrachtung: Ausweislich der

¹⁴⁴ Vgl. § 7a Abs. 4c S. 3 SGB IV.

¹⁴⁵ BT-Drs. 19/29893, S. 32.

¹⁴⁶ Ebd.

¹⁴⁷ BSG, 29.7.2015 – B 12 KR 23/13 R – BSGE 119, 216 = SozR 4-2400 § 7 Nr. 24, Rn. 17 ff.; vgl. auch BSG, 19.10.2021 – B 12 KR 29/19 R – BSGE 133, 49 = SozR 4-2400 § 7 Nr. 62 (Notarzt im Rettungsdienst), Rn. 13 mwN.

¹⁴⁸ BT-Drs. 19/29893, S. 32.

¹⁴⁹ Ebd.

Gesetzesbegründung ist die Gruppenfeststellung ausdrücklich nicht als Verwaltungsakt ausgestaltet.¹⁵⁰ Damit bleibt eine abweichende Statusbeurteilung eines in Übereinstimmung mit dem Inhalt der Äußerung eingegangenen Auftragsverhältnisses weiter möglich. Dies kann sowohl im Rahmen einer Betriebsprüfung als auch im Einzugsstellenverfahren oder auf Antrag des Auftragnehmers im Wege der optionalen Statusfeststellung nach § 7a Abs. 1 SGB IV erfolgen. Auf diese Möglichkeit, eine Entscheidung im Einzelfall herbeizuführen, ist in der Äußerung ausdrücklich hinzuweisen, wie die Gesetzesbegründung betont.¹⁵¹

Dennoch bleibt die Gruppenfeststellung nicht ohne Rechtswirkungen. Vielmehr führt eine abweichende Statusbeurteilung nach § 7a Abs. 4c S. 1 SGB IV zur Versicherungspflicht nur für die Zukunft, genauer ab dem Tag der Bekanntgabe dieser Entscheidung. In Bezug auf die Vergangenheit sollen die Beteiligten in ihrem Vertrauen auf den Inhalt der gutachterlichen Äußerung geschützt werden. Dies gilt jedoch nach § 7a Abs. 4c S. 3 SGB IV nur für Auftragsverhältnisse, die innerhalb von zwei Jahren nach der Äußerung geschlossen werden. Zudem muss es sich um eines der im Sinne von § 7a Abs. 4b S. 2 SGB IV »gleichen« Auftragsverhältnisse handeln. Die vertraglichen Vereinbarungen und die Umstände der Ausübung der vereinbarten Tätigkeit dürfen also keine wesentlichen Abweichungen gegenüber den in der Äußerung festgehaltenen aufweisen.

Anders als in den Fällen des § 7a Abs. 5 SGB IV bedarf der Aufschub des Versicherungsbeginns – wie aus § 7a Abs. 4c S. 2 SGB IV folgt – keiner Zustimmung des Beschäftigten. Jedoch muss aufgrund des am Ende von § 7a Abs. 4c S. 1 SGB IV erfolgten Verweises auf Abs. 5 S. 1 Nr. 2 der vermeintlich selbstständige Auftragnehmer in der Zeit zwischen Aufnahme der Tätigkeit und der Entscheidung, durch die das tatsächliche Vorliegen von Beschäftigung und Versicherungspflicht festgestellt wird, eine Absicherung gegen das finanzielle Risiko von Krankheit und zur Altersvorsorge vorgenommen haben, die der Art nach den Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung und der gesetzlichen Rentenversicherung entspricht. Zu der Frage, wann dies der Fall ist, hat das BSG bereits früher entschieden, dass eine Krankenversicherung nach dem Mindestsicherungsniveau des § 193 VVG ohne Anspruch auf Krankentagegeld genügt. Zugleich müssen für eine Alterssicherung in einem Versorgungs-

werk wenigstens Beiträge in Höhe des in der freiwilligen Rentenversicherung maßgebenden Mindestbeitrags entrichtet werden.¹⁵² Dies sind zZ. 83,70 € mtl.,¹⁵³ was auf ein Jahr gerechnet einem Rentenanspruch von zZ. 5,00 € entspricht.¹⁵⁴ Nach 40 Jahren ergibt das eine monatliche Rente von gerade einmal 200,00 €. Rechtspolitisch erscheint dies schwer erträglich, weil durch die hiermit verbundenen kalkulatorischen Nachteile zu Lasten sozialversicherungspflichtiger Beschäftigung die Sozialversicherungssysteme geschwächt werden und gleichzeitig die Lasten ungenügender Krankheits- und Altersvorsorge während der vermeintlichen Selbstständigkeit der Allgemeinheit aufgebürdet werden. Die Gelegenheit zu einer Korrektur im Zuge der zum April 2022 vorgenommenen Änderungen des § 7a SGB IV hat der Gesetzgeber dennoch nicht genutzt.

IV. Zusammenfassung

Die Beschäftigung im Sinne von § 7 Abs. 1 SGB IV ist Hauptanknüpfungspunkt für den Zugang zum Schutz in der Sozialversicherung. Schon nach dem Wortlaut der Norm ist Beschäftigung nicht deckungsgleich mit dem arbeitsrechtlichen Begriff des Arbeitnehmers und nicht auf das Arbeitsverhältnis im Sinne des § 611a BGB beschränkt. Der Inhalt des Beschäftigungsbegriffs erschließt sich aus dem Gegensatz des Typus der Beschäftigung und des Typus der Selbstständigkeit. Die Zuordnung eines konkreten Vertragsverhältnisses erfolgt durch eine wertende Betrachtung der für den jeweiligen Typus sprechenden Indizien. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist, richtet sich nach dem Gesamtbild der Arbeitsleistung und hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen.

Ausgehend von einer seit langem nahezu unveränderten Standardformel zur Abgrenzung beider Typen hat das BSG in den letzten zehn Jahren die zur Statusfeststellung notwendigen Prüfschritte näher ausgeformt und die

¹⁵⁰ Ebd.

¹⁵¹ BT-Drs. 19/29893, S. 32.

¹⁵² BSG, 7.6.2018 – B 12 KR 17/17 R – BSGE 126, 56 = SozR 4-2400 § 7a Nr. 9.

¹⁵³ Die Mindestbeitragsbemessungsgrundlage nach § 167 SGB VI beträgt monatlich 450 €, der aktuelle Beitragssatz 18,6 %.

¹⁵⁴ Jährliches Durchschnittsentgelt / jährliche Mindestbeitragsbemessungsgrenze x Rentenwert (West) = 38 901 € / 5 400 € x 36,02 € = 5,00 €.

Bewertung der typusausfüllenden Indizien verfeinert. Dennoch bleibt angesichts der Vielzahl denkbarer Fallkonstellationen und des steten Wandels der Arbeitswelt die in jedem Fall eindeutige Vorhersehbarkeit des Erwerbsstatus in einer konkreten Tätigkeit ein realistischer Weise unerreichbares Ziel. Immer wieder geforderte Kriterienkataloge oder Vermutungsregelungen haben sich bereits in der Vergangenheit nicht bewährt.¹⁵⁵ Um die Risiken zu begrenzen, die wegen der verbleibenden Unsicherheiten für die an einem »Auftragsverhältnis« Beteiligten bestehen, wurde bereits 1999 das Anfrageverfahren nach § 7a SGB IV eingeführt, welches schon zu einem frühen Zeitpunkt der Vertragsdurchführung eine verbindliche Entscheidung über den Erwerbsstatus in dieser Tätigkeit ermöglicht. Dieses Verfahren wurde mit Wirkung zum April 2022 reformiert und um drei weitere Varianten ergänzt. Die Ausgestaltung des Drittfeststellungs-, Prognose- und Gruppenfeststellungsverfahrens

wirft eine Vielzahl von Fragen auf, die hier nur angerissen werden konnten.¹⁵⁶ Ob sich diese zunächst bis zum 30. Juni 2027 befristeten Instrumente in der Praxis bewähren, muss die Zukunft zeigen. Die Weiterentwicklung des Beschäftigungsbegriffs sollte jedoch weiterhin der Rechtsprechung überlassen bleiben, die auf neue Entwicklungen der Arbeitswelt deutlich flexibler reagieren kann als der Gesetzgeber.

¹⁵⁵ Vgl. § 7 Abs. 4 SGB IV in der zwischen 1999 und 2009 geltenden Fassung durch Art. 3 Nr. 1 Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte vom 19.12.1998, BGBl. I 1998, S. 3843 und nachfolgender Gesetze; vgl. hierzu *Segebrecht*, in: *Schlegel/Voelzke, jurisPK SGB IV* (Fn. 16), § 7 Abs. 1 Rn. 11. Einen neuen Versuch einer solchen Lösung enthält Art. 4 des Vorschlags für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen in der Plattformarbeit vom 9.12.2021, COM(2021) 762 final.

¹⁵⁶ Ausführlich hierzu *Brose*, SGB 2022, 133 und 208.

Arbeitnehmer und Beschäftigte – Differenzierung und Schnittstellen aus arbeitsrechtlicher Sicht*

Prof. Dr. Angie Schneider, Universität Bremen

I. Einleitung

Arbeits- und Sozialrecht sind in vielen Bereichen aufeinander abgestimmt. Die enge Verbindung zwischen beiden Rechtsgebieten zeigt sich exemplarisch am Begriff des Arbeitnehmers auf der einen Seite und am Begriff der Beschäftigung auf der anderen Seite. Im Besonderen nimmt § 7 Abs. 1 SGB IV, der die Beschäftigung als zentralen Begriff des SGB IV und des Sozialversicherungsrechts definiert, ausdrücklich auf das Arbeitsrecht Bezug. Beschäftigung ist gemäß § 7 Abs. 1 S. 1 SGB IV die nicht-selbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Nicht allein wird auf diese Weise die Verbindung mit dem Arbeitsverhältnis nach Maßgabe von § 611a Abs. 1 BGB hergestellt. Gleichfalls sind die in § 7 Abs. 1 S. 2 SGB IV benannten Anhaltspunkte für eine Beschäftigung, namentlich die Tätigkeit nach Weisungen und die Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers, zentrale Merkmale der Bestimmung der Arbeitnehmereigenschaft. Darüber hinaus sind die Ziele zwischen Arbeits- und Sozialrecht vergleichbar. Das Arbeitsrecht sucht den Schutz des persönlich Abhängigen zu gewährleisten. Die Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft ist verbunden mit der Eröffnung des Geltungsbereiches des gesamten Arbeitnehmerschutzrechts. Das Sozialversicherungsrecht geht in vergleichbarer Weise von der Schutzbedürftigkeit des Beschäftigten aus. Eine Beschäftigung im Sinne von § 7 Abs. 1 SGB IV begründet in allen Zweigen der Sozialversicherung die Versicherungspflicht (§ 25 Abs. 1 SGB III; § 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V; § 1 Nr. 1 SGB VI; § 2 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII; § 20 Abs. Nr. 1 SGB XI).

Ungeachtet der Schnittstellen zwischen Arbeits- und Sozialrecht sind die Begriffe des Arbeitnehmers und der Beschäftigung autonom zu betrachten.¹ Die höchstrichterliche Rechtsprechung stellt wiederholt fest, Beschäftigten- und Arbeitnehmerbegriff seien nicht identisch.² Einen ersten Anhaltspunkt bietet hierfür bereits die angesprochene Begriffsbestimmung in § 7 Abs. 1 S. 1 SGB IV.

Arbeitnehmer im Sinne des § 611a BGB sind zwar typischerweise Beschäftigte nach Maßgabe von § 7 Abs. 1 S. 1 SGB IV, nicht aber sind beide Begriffe deckungsgleich; der tätigkeitsbezogene Begriff der Beschäftigung ist weiter gefasst als der personenbezogene Begriff des Arbeitnehmers (»insbesondere«, § 7 Abs. 1 S. 1 SGB IV). Die sozialversicherungsrechtliche Beschäftigung umfasst beispielsweise, im Unterschied zum Arbeitnehmerbegriff,³ grundsätzlich Auszubildende und Geschäftsführer.⁴ Die Begriffsbestimmung bietet darüber hinaus einen weiteren Ansatz der Differenzierung: Während die Beschäftigung regelmäßig als Typusbegriff aufgefasst wird, der sich nicht anhand von Tatbestandsmerkmalen definieren lässt, bietet § 611a BGB für die Einordnung als Arbeitnehmer subsumtionsfähige Tatbestandsmerkmale. Überdies zeigt die fehlende (vertragliche) Disposition über den Status den Unterschied der beiden zentralen Begriffe auf.⁵ Die zuletzt genannte Differenzierung zwischen beiden Statusbegriffen prägt gleichfalls die Rechtsprechung. Beispielhaft seien insoweit bereits an dieser Stelle die Entscheidungen des 12. Senats des BSG zur Einordnung von Honorarärzten genannt.⁶ Darüber hinaus ist die Notwen-

* Der Beitrag stellt die überarbeitete Fassung des Vortrags zur Tagung »Arbeitnehmer und Beschäftigte – was gleich erscheint, muss nicht gleich sein – Können Selbstständige Arbeitnehmer sein?« aus der Veranstaltungsreihe »Blickpunkt Sozialrecht in der Privatrechtspraxis« dar (28.4.2022, Göttingen).

1 Treffend zuletzt Brose, FS Preis, 2021, S. 119; Waltermann, FS Preis, 2021, S. 1449, 1455, jeweils aus Sicht der Beschäftigung im Sinne von § 7 Abs. 1 SGB IV.

2 BSG, 27.7.2011 – B12 KR 10/9 R – SozR 4-2400 § 28e Nr. 4.

3 Zur fehlenden Arbeitnehmereigenschaft von (Fremd)Geschäftsführern BAG, 26.5.1999 – 5 AZR 664/98 – AP Nr. 10 zu § 35 GmbHG; BAG, 21.1.2019 – 9 AZB 23/18 – AP Nr. 75 zu § 5 ArbGG 1979; BAG, 8.2.2022 – 9 AZB 40/21 – AP Nr. 76 zu § 5 ArbGG 1979; Preis, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 23. Aufl., München 2023 (im Folgenden: ErFK), § 611a BGB Rn. 94.

4 Zur Einordnung von (Fremd)Geschäftsführern BSG, 8.7.2020 – B 12 R 2/19 R – SozR 4-2400 § 7 Nr. 52 (unter 1.); BSG, 23.2.2021 – B 12 R 18/18 R – DStR 2021, 2477, Rn. 15; BSG, 29.3.2022 – B 12 R 2/20 R – NZS 2022, 821, Rn. 32 f.

5 Waltermann, FS Preis, 2021, S. 1449, 1456 ff.; zur historischen Entwicklung der (unterschiedlichen) Begrifflichkeiten Brose, FS Preis, 2021, S. 119, 121 ff.

6 BSG, 4.6.2019 – B 12 R 11/18 R, B 12 R 5/19 R ua. – SozR 4-2400 § 7 Nr. 42 (unter A.II.3).

digkeit der Abgrenzung eine andere. Im Sozialversicherungsrecht vollzieht sich die Abgrenzung zwischen Beschäftigten und Selbstständigen. Die Abgrenzung zwischen Arbeitnehmern und Selbstständigen ist zwar gleichfalls prägend für das Arbeitsrecht. Im Unterschied zum Arbeitsrecht ist dem Sozialversicherungsrecht demgegenüber der Status der arbeitnehmerähnlichen Person nicht bekannt.

Der nachfolgende Beitrag richtet den Fokus auf den Begriff des Arbeitnehmers. An erster Stelle sollen das nationale wie das unionsrechtliche Verständnis des Arbeitnehmers in den Blick genommen werden. Sodann werden einzelne Problemfelder aus der Praxis in den Mittelpunkt gerückt, die beispielhaft die Gegensätze arbeits- und sozialgerichtlicher Statuszuordnung aufzeigen mögen. Im Mittelpunkt steht stets die Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs durch die Gerichte.

II. Ausgangspunkt: § 611a BGB

1. Gesetzliche Verankerung

Mit dem Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze⁷ ist mit § 611a BGB zum 1. April 2017 erstmalig eine Definition des Arbeitsvertrags und in diesem Zusammenhang des Arbeitnehmerbegriffs Gesetz geworden. Der Gesetzgeber bezweckte mit dem Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes vorrangig, die missbräuchliche Verwendung von Werkvertragsgestaltungen im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung zu verhindern.⁸ Zur klaren Abgrenzung der Werk- und Dienstverträge von den Arbeitsverträgen wurde eine Definition des Arbeitsvertrags im Sinne einer 1:1-Kodifizierung⁹ der gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung des BAG umgesetzt. Im Vorfeld wurden verschiedene Fassungen der Norm angedacht.¹⁰ Während die ersten Fassungen in der Überschrift auf den Begriff des »Arbeitnehmers« rekurrierten, hat in der endgültig normierten Fassung § 611a BGB die Überschrift »Arbeitsvertrag« erhalten. Hiermit fügt sich § 611a BGB nahtlos in die Systematik weiterer Schuldverhältnisse ein, die einleitend die Hauptleistungspflichten der Vertragsparteien niederlegen.

2. Statusbestimmung

a) Definierte Merkmale

§ 611a BGB normiert den gesetzlichen Ausgangspunkt für den Arbeitsvertrag und in diesem Zusammenhang für den Arbeitnehmer.¹¹ Ein Blick auf den Inhalt des § 611a BGB beweist, dass der Gesetzgeber tatsächlich, wie in der Gesetzesbegründung hervorgehoben, die ständige Rechtsprechung des BAG zur Bestimmung des Arbeitnehmerbegriffs wortwörtlich wiedergeben wollte, um auf diese Weise Rechtssicherheit zu schaffen.¹² Tatsächlich gibt § 611a BGB nicht mehr und nicht weniger als die Leitsätze der höchstrichterlichen Rechtsprechung wieder.¹³ Neu sind nicht die Merkmale zur Bestimmung des Arbeitnehmerstatus, neu ist die gesetzliche Verankerung derselben.

§ 611a BGB präsentiert daher Altbekanntes, allerdings in methodisch neuem Gewand. Bekannt sind die in § 611a BGB enthaltenen Kriterien zur Bestimmung des Arbeitnehmers. Kennzeichnend für den Arbeitnehmer ist weiterhin die persönliche Abhängigkeit, niedergelegt in den Komponenten der Weisungsbindung und der Fremdbestimmung (§ 611a Abs. 1 S. 1–3 BGB). Ob im Einzelfall der Arbeitnehmerstatus zu bejahen ist, hängt von dem Grad der persönlichen Abhängigkeit ab (§ 611a Abs. 1 S. 4 BGB). Zu beachten ist, wie schon bislang, dass bei einer Diskrepanz von Vertragsbezeichnung und Vertragsdurchführung letztere entscheidend ist (§ 611a Abs. 1 S. 6 BGB). Alle Faktoren sind sodann im Rahmen einer Gesamtbeurteilung gegenüberzustellen und gegeneinander abzuwägen (§ 611a Abs. 1 S. 5 BGB).

7 Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze v. 21.2.2017, BGBl. 2017 I, S. 258.

8 BT-Drs. 18/9232, S. 1.

9 BT-Drs. 18/9232, S. 4.

10 Entwurf der Referenten des Bundesarbeitsministeriums v. 16.11.2015; BR-Drs. 294/16, S. 6; BT-Drs. 18/9232, S. 12.

11 Bereits während der Vorarbeiten zum Bürgerlichen Gesetzbuch forderte der Reichstag, »baldthunlichst« das Arbeitsvertragsrecht einheitlich zu regeln. In Art. 157 Abs. 2 WRV findet sich das Versprechen »Das Reich schafft ein einheitliches Arbeitsrecht«. Keines dieser Versprechen ist in der Folgezeit umgesetzt worden. Auch zahlreichen Gesetzgebungsvorschlägen, die bis in die 20er Jahre des letzten Jahrhunderts zurückgreifen (Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes, 1923), war kein Erfolg in Gestalt der gesetzgeberischen Umsetzung beschieden.

12 BT-Drs. 18/9232, S. 18.

13 Vgl. zuletzt vor Inkrafttreten von § 611a BGB etwa BAG, 11.8.2015 – 9 AZR 98/14 – AP Nr. 128 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

b) Weisungsbindung und Fremdbestimmung

Nach § 611a BGB folgt die persönliche Abhängigkeit, als das den Arbeitnehmer charakterisierende Merkmal, aus der Weisungsbindung und der Fremdbestimmung. Beide Merkmale dienen gleichermaßen der Abgrenzung des Arbeitnehmers von Selbstständigen bzw. arbeitnehmerähnlichen Personen, denen nicht bzw. zumindest nicht in gleichem Umfang der Schutz des Arbeitsrechts zukommen soll. Die Weisungsbindung wird in § 611a Abs. 1 S. 2 und S. 3 BGB näher konkretisiert. § 611a Abs. 1 S. 2 BGB knüpft dabei an § 106 GewO an (der nach der Gesetzesbegründung unberührt bleiben soll),¹⁴ § 611a Abs. 1 S. 3 BGB setzt im Umkehrschluss zu § 84 Abs. 1 S. 2 HGB fest, wer nicht als selbstständig anzusehen ist. Die Fremdbestimmung findet keine weitere Erläuterung in § 611a Abs. 1 BGB. Die Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Arbeitgebers, bislang eines der typischen Charakteristika des Arbeitnehmers, bildet den typischen Unterfall der Fremdbestimmung,¹⁵ ist aber nicht mit dieser gleichzusetzen.¹⁶

Das Verhältnis von Weisungsbindung und Fremdbestimmung gelangt in der gesetzlichen Definition nicht klar zum Ausdruck. Gemäß § 611a Abs. 1 S. 1 BGB wird der Arbeitnehmer durch den Arbeitsvertrag »zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit« verpflichtet. Dem Merkmal der persönlichen Abhängigkeit kommt kein eigenständiger materieller Gehalt zu;¹⁷ die persönliche Abhängigkeit definiert sich vielmehr über die Weisungsbindung und Fremdbestimmung. In welchem Verhältnis die zuletzt genannten Merkmale wiederum stehen, bleibt nach der Gesetzesfassung nicht ohne Zweifel. Gleiches gilt für die Rechtsprechung. Diese hebt vielmehr die entscheidende Rolle der Weisungsbindung gegenüber der Fremdbestimmung hervor. Die Weisungsbindung sei das den Vertragstyp kennzeichnende Kriterium, das durch § 611a Abs. 1 S. 2–4 BGB näher ausgestaltet sei. Die Weisungsbindung könne, müsse aber nicht gleichermaßen Inhalt, Durchführung, Zeit und Ort der Tätigkeit betreffen (§ 611a Abs. 1 S. 2, 3 BGB). Nur wenn jedwede Weisungsgebundenheit fehle, liege in der Regel kein Arbeitsverhältnis vor.¹⁸ Das Merkmal der Fremdbestimmung wird demgegenüber als eine Art Hilfskriterium aufgefasst. Die Fremdbestimmung erfasse insbesondere vom Normaltyp des Arbeitsvertrags abweichende Vertragsgestaltungen.¹⁹ Bezüglich des Verhältnisses der beiden Kriterien hebt das BAG hervor, dass

diese eng miteinander verbunden seien und sich teilweise überschneiden; eine weisungsgebundene Tätigkeit sei regelmäßig zugleich fremdbestimmt. Die Weisungsbindung sei das engere, den Vertragstyp im Kern kennzeichnende Kriterium.²⁰

Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung kommt der Fremdbestimmung danach nur eine untergeordnete Relevanz bei der Statusbestimmung zu. Diese Erkenntnis entspricht der praktischen Wirklichkeit. Typischerweise prägt die Weisungsbindung die persönliche Abhängigkeit. Unbeantwortet bleibt, ob es eine persönliche Abhängigkeit ohne Weisungsbindung geben, ob sich die persönliche Abhängigkeit mithin allein aus der Fremdbestimmung ergeben kann. Weisungsbindung und Fremdbestimmung wären sodann als alternative Merkmale aufzufassen. Dies entspricht der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung, nach welcher Weisungsbindung und Fremdbestimmung unterschiedliche Kriterien darstellen, die zusammen, in Abhängigkeit von ihrer jeweiligen Gewichtung (vgl. § 611a Abs. 1 S. 4, 5 BGB), aber ebenso allein für die Zuordnung der Arbeitnehmereigenschaft herangezogen werden konnten. Dies überzeugt nicht zuletzt, weil es in einer sich ändernden, zunehmend digitalisierten Arbeitswelt systemgerecht und zielführend erscheint, die Abgrenzung der einzelnen Vertragstypen und Personengruppen nicht allein auf das Merkmal der Weisungsbindung, sondern alternativ auf dasjenige der Fremdbestimmung zurückzuführen.²¹ Freilich finden sich in der Praxis wenig Beispiele, in denen sich der Status des Arbeitnehmers ausschließlich aus der Fremdbestimmung ergibt. Im Wesentlichen hatte das BAG zunächst²² bei Mitarbeitern in Rundfunk und Fernsehen angenommen, dass diese trotz fehlender

14 BT-Drs. 18/9232, S. 31 f.

15 BAG, 1.12.2020 – 9 AZR 102/20 – AP Nr. 132 zu § 611 BGB Abhängigkeit, Rn. 31.

16 *ErfK-Preis* (Fn. 3), § 611a BGB Rn. 42; s. auch *Deinert*, RdA 2017, 65, 71; abw. *Wank*, AuR 2017, 140, 143.

17 *ErfK-Preis* (Fn. 3), § 611a BGB Rn. 33.

18 BAG, 1.12.2020 – 9 AZR 102/20 – AP Nr. 132 zu § 611 BGB Abhängigkeit, Rn. 31; BAG, 30.11.2021 – 9 AZR 145/21 – AP Nr. 2 zu § 611a BGB nF. Rn. 31.

19 Ebd.

20 Ebd.

21 *ErfK-Preis* (Fn. 3), § 611a BGB Rn. 10, 42 f.; *Wank*, AuR 2017, 140, 143.

22 Anders BAG, 30.11.1994 – 5 AZR 704/93 – AP Nr. 74 zu § 611 BGB Abhängigkeit (unter II.2.b.3); s. schon BAG, 9.6.1993 – 5 AZR 123/92 – AP BGB Nr. 66 zu § 611 BGB Abhängigkeit; zuvor BVerfG, 13.1.1982 – 1 BvR 848/77 – AP Nr. 1 zu Art. 5 Abs. 1 GG Rundfunkfreiheit.

Weisungsbindung persönlich abhängig sein können, weil sie aus anderen Gründen fremdbestimmte Arbeit leisten. So zeigte sich die persönliche Abhängigkeit dieser Gruppe von Mitarbeitern darin, dass sie auf die technische Ausstattung des Arbeitgebers angewiesen waren und mit anderen Mitarbeitern in einem Team arbeitsorganisatorisch verbunden waren. Die spezifische persönliche Abhängigkeit äußere sich deshalb in der Abhängigkeit von Apparat und Team.²³ Nicht ausgeschlossen ist überdies, dass bei bestimmten Berufen die Weisungsbindung so gering ausgeprägt ist, dass ihr neben der Fremdbestimmung fast keine eigenständige Bedeutung zukommt. Je mehr aber die Weisungsbindung hinsichtlich Inhalt, Ort und zeitlicher Lage der Leistungserbringung als Abgrenzungskriterium verblasst,²⁴ gerade in Anbetracht der zunehmend digitalisierten Arbeitswelt, desto mehr Relevanz kann dem Merkmal der Fremdbestimmung zukommen.²⁵ Mag daher die Definition der persönlichen Abhängigkeit (allein) über die Fremdbestimmung noch die Ausnahme sein, so steht sie als alternatives Merkmal in jedem Fall der Annahme einer persönlichen Abhängigkeit und damit der Bestätigung des Arbeitnehmerstatus nicht entgegen.

c) Typologische Methode

aa) Status des Arbeitnehmers

Die Kriterien in § 611a Abs. 1 BGB stellen inhaltlich wenig Neues dar; die Statusbestimmung in § 611a BGB soll den gleichen Grundsätzen folgen wie bislang nach den Obersätzen der höchstrichterlichen Rechtsprechung. Methodisch neu bleibt das Vorhandensein einer gesetzlichen Definition. Die frühere Notwendigkeit, auf Theorien und sonstige Grundsätze der Statusbestimmung zurückgreifen zu müssen, besteht nicht mehr.²⁶ Der Gesetzgeber hat in § 611a Abs. 1 BGB subsumtionsfähige Tatbestandsmerkmale geschaffen. An diesen hat sich die Statusbestimmung zu orientieren.

Nicht selten freilich vermögen die gesetzlichen Kriterien kein eindeutiges Bild zu verschaffen. Viele Tätigkeiten können gleichermaßen von Arbeitnehmern, arbeitnehmerähnlichen Personen oder Selbstständigen ausgeübt werden. Die höchstrichterliche Rechtsprechung greift vor diesem Hintergrund nicht selten auf eine typologische Methode zurück. Letztere ist Ergebnis der bislang fehlenden (gesetzlichen) Definition des Arbeitnehmerbegriffs

einerseits, der schwierigen Abgrenzung zwischen Arbeitnehmern, arbeitnehmerähnlichen Personen und Selbstständigen andererseits. Namentlich hob das BAG zu Beginn der 1980er Jahre hervor, dass »bei der Schwierigkeit, abhängige von selbständiger Arbeit abzugrenzen, jedes Kriterium isoliert betrachtet versagen kann«.²⁷ Es gebe kein Einzelmerkmal, das aus der Vielzahl denkbarer Merkmale unverzichtbar vorliegen müsse, um eine das Arbeitsverhältnis prägende persönliche Abhängigkeit annehmen zu können. Ebenso wenig gebe es ein Merkmal abhängiger Beschäftigung, welches nicht gleichfalls gelegentlich bei freien Dienstnehmern zu finden sei.²⁸ Vor diesem Hintergrund sei es »aus Gründen der Praktikabilität und der Rechtssicherheit unvermeidlich, die unselbständige Arbeit typologisch abzugrenzen«, wobei auch der sozialen Schutzbedürftigkeit des jeweiligen Mitarbeitertyps entscheidende Bedeutung zukomme.²⁹ Zur Bestimmung der Arbeitnehmereigenschaft werden danach verschiedene, den jeweiligen Typus kennzeichnende Kriterien herangezogen und im Rahmen einer Gesamtschau gewürdigt.

bb) Status des Beschäftigten

Die typologische Methode ist keine Besonderheit des Arbeitsrechts. Die Typusbildung ist gerade für das Sozialversicherungsrecht prägend. Das BSG spricht regelmäßig von einer Zuordnung entweder zum Typus der Beschäftigung oder der Selbstständigkeit. In ständiger Rechtsprechung findet sich die Feststellung, die Zuordnung einer Tätigkeit nach deren Gesamtbild zum rechtlichen Typus der Beschäftigung bzw. selbstständigen Tätigkeit setze

23 BAG, 15.3.1978 – 5 AZR 819/76 – AP Nr. 26 zu § 611 BGB Abhängigkeit (unter B.II.2.b); vgl. auch BAG, 23.4.1980 – 5 AZR 426/79 – AP Nr. 34 zu § 611 BGB § 611 Abhängigkeit (unter II.2.3).

24 ErfK-Preis (Fn. 3), § 611a BGB Rn. 10; Waltermann, FS Preis, 2021, S. 1449, 1450 f.

25 Waltermann, FS Preis, 2021, S. 1449, 1459.

26 ErfK-Preis (Fn. 3), § 611a BGB Rn. 53.

27 BAG, 23.4.1980 – 5 AZR 426/79 – AP Nr. 34 zu § 611 BGB Abhängigkeit, Rn. 22.

28 BAG, 23.4.1980 – 5 AZR 426/79 – AP Nr. 34 zu § 611 BGB Abhängigkeit, Rn. 23.

29 BAG, 23.4.1980 – 5 AZR 426/79 – AP Nr. 34 zu § 611 BGB Abhängigkeit, Rn. 23; BAG, 12.9.1996 – 5 AZR 104/95 – NZA 1997, 600, 603, Rn. 55; zur zulässigen Verwendung der Rechtsfigur des Typus im Zusammenhang mit § 7 Abs. 1 SGB IV: BVerfG, 20.5.1996 – 1 BvR 21/96 – NZA 1996, 1063, Rn. 7.

voraus, dass alle nach Lage des Einzelfalls als Indizien in Betracht kommenden Umstände festgestellt, in ihrer Tragweite zutreffend erkannt und gewichtet, in die Gesamtschau mit diesem Gewicht eingestellt und nachvollziehbar, dh. den Gesetzen der Logik entsprechend und widerspruchsfrei gegeneinander abgewogen werden.³⁰ Die Statuszuordnung folgt demnach folgendem Schema: Zunächst werden alle für den Status relevanten Umstände ermittelt und gesammelt. Jedem Umstand ist sodann ein vom konkreten Tätigkeitskontext abhängiges Gewicht zuzuordnen. Nach Abschluss der Gewichtung sind schließlich die einzelnen, gewichteten Umstände in eine wertende Gesamtbetrachtung einzustellen und gegeneinander abzuwägen.

cc) Orientierung an § 611a Abs. 1 BGB

In der Literatur wird betont, dass § 611a Abs. 1 BGB der typologischen Methode folge. Der Gesetzgeber knüpfe an einen Typus an, wie er in der sozialen Wirklichkeit idealtypisch vorzufinden sei; mithin erfolge die Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft typologisch.³¹ Die rechtlichen Maßstäbe seien in § 611a Abs. 1 BGB nur konturiert, nicht aber ließen sie sich im Wege einer konkretisierenden Definition gewinnen.³² § 611a Abs. 1 BGB stelle vor diesem Hintergrund auf eine Reihe von Merkmalen ab, welche den Typus kennzeichnen, und die innerhalb einer wertenden Gesamtwürdigung zur Prüfung des Arbeitnehmerstatus herangezogen werden müssen.³³

Treffend an dieser Auffassung ist, dass sie die bisherige Rechtsprechung anerkennt, wie sie in § 611a Abs. 1 BGB verankert worden ist. Nicht verkannt werden darf dabei aber, dass der Gesetzgeber nunmehr mit § 611a Abs. 1 BGB subsumtionsfähige Tatbestandsmerkmale normiert hat, anhand derer die Bestimmung der Arbeitnehmereigenschaft zu erfolgen hat. Dies unterscheidet die Bestimmung des Arbeitnehmers von derjenigen des Beschäftigten iSv. § 7 Abs. 1 SGB IV. Fraglich kann daher sein, ob bzw. inwieweit eine typologische Methode noch ihre Berechtigung erhalten darf.³⁴ Maßgebend ist in jedem Fall, dass die Abgrenzung von Arbeitnehmern zu anderen Personengruppen in Anwendung von § 611a BGB zu erfolgen hat. Dabei ist es nicht ausgeschlossen, der Typologie innerhalb von § 611a Abs. 1 BGB Raum zu geben, etwa bezogen

auf die jeweils zur Beurteilung stehende Tätigkeit (§ 611a Abs. 1 S. 4 BGB) oder innerhalb der wertenden Gesamtschau (§ 611a Abs. 1 S. 5 BGB).³⁵ Ausgeschlossen ist damit nicht die typologische Bestimmung des Arbeitnehmers. Ausgeschlossen, weil mit der gesetzlichen Definition nicht mehr vereinbar, ist es allerdings, die Klassifizierung bestimmter Tätigkeiten zu Beginn der Abgrenzung zu verfestigen und die einzelnen Abgrenzungskriterien sodann in Abhängigkeit von der bereits getroffenen Einordnung zu gewichten und zu werten. Die Statusfeststellung orientiert sich bei einem solchen Vorgehen nicht an den gesetzlichen Merkmalen, sondern an einem vorweg festgelegten Beschäftigungstypus, an dem sodann die gesetzlichen Merkmale ausgerichtet werden. Diese zu kritisierende Vorgehensweise praktiziert die Rechtsprechung beispielsweise weiterhin bei der Abgrenzung bestimmter Berufsgruppen, im Besonderen bei der Abgrenzung von Lehrkräften an allgemeinbildenden Schulen einerseits, an Volkshochschul- und Musikschulen andererseits.³⁶ Die Aufrechterhaltung einer solchen Statuszuordnung, die sich nicht in erster Linie an den gesetzlichen Merkmalen, sondern an einem von vornherein festgelegten Beschäftigungstypus orientiert, ist jedoch mit der Gefahr verbunden, die gesetzliche Wertung des § 611a Abs. 1 BGB durch eigenständiges Verständnis zu unterlaufen,³⁷ prägend für die Rechtsfindung ist in diesen Fällen nicht die Subsumtion unter die normierten Kriterien, sondern die Subsumtion unter den gewählten Beschäftigtentypus.³⁸

30 BSG, 25.4.2012 – B 12 KR 24/10 R – SozR 4-2400 § 7 Nr. 15.

31 *Deinert*, RdA 2017, 65, 66 f.; abgrenzend zu dem Begriff der Typisierung *Roloff*, FS Preis, 2021, S. 1087, 1090 ff.

32 *Waltermann*, FS Preis, 2021, S. 1449, 1458 f.; *ders.*, NJW 2022, 1129, 1130.

33 *Deinert*, RdA 2017, 65, 66 f.; *Waltermann*, NJW 2022, 1129, 1130.

34 Gegen die weitere Anwendbarkeit der typologischen Methode *ErfK-Preis* (Fn. 3), § 611a BGB Rn. 55 (»als Rechtsfindungsmethode strukturell verfassungswidrig«); *Richardi*, NZA 2017, 36, 38.

35 Die typologische Methode auf die abschließende Gesamtbetrachtung beschränkend, BAG, 16.3.1972 – 5 AZR 460/71 – AP Nr. 10 zu § 611 BGB Lehrer, Dozenten, Rn. 19.

36 Vgl. BAG, 20.1.2010 – 5 AZR 106/09 – AP Nr. 120 zu § 611 BGB Abhängigkeit, Rn. 19 ff.; BAG, 27.6.2017 – 9 AZR 851/16 – NZA 2017, 1463 Rn. 18 ff.; zur Notwendigkeit der Differenzierung zwischen Typusbegriff und Typisierung *Roloff*, FS Preis, 2021, S. 1087, 1090 ff.

37 *ErfK-Preis* (Fn. 3), § 611a BGB Rn. 55.

38 *Schneider*, Anm. zu BAG, 21.11.2017 – 9 AZR 117/17 – RdA 2018, 306, 308.

d) Privatautonome Vertragsgestaltung der Parteien

Diskrepanzen zwischen der formalen Bezeichnung des Vertragsverhältnisses und der tatsächlichen Durchführung desselben sind nicht selten. Je nach Erheblichkeit der Abweichung kann sich die Frage ergeben, welcher Bezeichnung im Einzelfall das größere Gewicht zu verleihen ist. § 611a Abs. 1 S. 6 BGB stellt insoweit klar: Zeigt die tatsächliche Durchführung des Vertragsverhältnisses, dass es sich um ein Arbeitsverhältnis handelt, kommt es auf die Bezeichnung im Vertrag nicht an. Die Wertung des § 611a Abs. 1 S. 6 BGB ist maßgebend, wenn das Rechtsverhältnis im Vertrag nicht als Arbeitsvertrag, sondern etwa als Dienst- oder Werkvertrag bezeichnet wurde, der Beschäftigte jedoch weisungsgebundene, fremdbestimmte Tätigkeiten verrichtet.³⁹ In diesen Fällen sucht § 611a Abs. 1 S. 6 BGB zu verhindern, dass ein tatsächlich bestehendes Arbeitsverhältnis durch Parteivereinbarung dem Geltungsbereich des zwingenden Arbeitnehmerschutzrechts entzogen wird.⁴⁰

§ 611a Abs. 1 S. 6 BGB fällt allerdings kein endgültiges Urteil über die Frage der Disponibilität; vielmehr zeigt die Vorschrift gerade, dass es den Parteien grundsätzlich möglich ist, über den Status zu disponieren, dies freilich allein dann, wenn die gelebte Vertragsbeziehung mit der Vertragsbezeichnung im Einklang steht. Gänzlich anders fällt demgegenüber das Urteil über die Disponibilität im Sozialversicherungsrecht aus. Nach Auffassung der Rechtsprechung des BSG ist es ausgeschlossen, dass über die rechtliche Einordnung einer Tätigkeit allein die von den Vertragsschließenden getroffenen Vereinbarungen entscheiden. Die Sozialversicherung diene nicht nur der sozialen Absicherung des Einzelnen, sondern gleichfalls dem Schutz der Mitglieder der Sozialversicherungssysteme.⁴¹ Eine freie Statuswahl ist ausgeschlossen; über den Status entscheidet die Gesamtbetrachtung aller Umstände, nicht dagegen die Willenserklärungen der Betroffenen.

Das Arbeitsrecht kennzeichnet demgegenüber der Grundsatz der Vertragsfreiheit als Ausdruck der Privatautonomie. Vor diesem Hintergrund zeichnet sich die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung nicht durch eine vergleichbare Strenge aus, sondern anerkennt im Einzelfall die Möglichkeit der Vertragsschließenden, über den Status des Arbeitnehmers zu disponieren. So stellt das BAG fest, der Vorrang der praktischen Handhabung der Vertragsbeziehungen vor der formalen Vertragstypenwahl

durch die Parteien bedeute nicht, dass die Entscheidung der Parteien für eine bestimmte Art von Vertrag irrelevant wäre. Könne die vertraglich vereinbarte Tätigkeit typologisch sowohl in einem Arbeitsverhältnis als auch selbstständig erbracht werden, sei die Entscheidung der Vertragsparteien für einen bestimmten Vertragstypus im Rahmen der bei jeder Statusbeurteilung erforderlichen Gesamtabwägung aller Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen.⁴² Spreche sodann die tatsächliche Handhabung nicht zwingend für ein Arbeitsverhältnis, müssen die Parteien sich am gewählten Vertragstypus festhalten lassen, es sei denn, beide oder jedenfalls eine von ihnen wäre(n) im Geschäftsverkehr gänzlich unerfahren.⁴³

Der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung ist beizupflichten, soweit die Vertragsbezeichnung ein Kriterium darstellt, das innerhalb der Gesamtabwägung (§ 611a Abs. 1 S. 5 BGB) für oder gegen den Arbeitnehmerstatus sprechen kann. Zudem ist nicht zu verkennen, dass die konkrete Bezeichnung Ausdruck von Vertragsfreiheit und Privatautonomie ist. Dennoch muss die zulässige Entscheidung der Parteien über den Status im Arbeitsrecht der Ausnahmefall bleiben, damit unzulässige Dispositionen über den zwingenden Arbeitnehmerschutz vermieden werden. Im Besonderen gilt es daher zweierlei zu beachten. Zum einen ist die Bezeichnung des Vertragsverhältnisses selten Ergebnis fairer Verhandlungen »auf Augenhöhe«.⁴⁴ Im Regelfall entscheidet die wirtschaftlich stärkere Partei über Bezeichnung und Status, namentlich dann, wenn Bezeichnung und Bedingungen des Vertragsverhältnisses vorformuliert sind. In diesen Fällen kann

39 Ist die Vertragsbeziehung demgegenüber als Arbeitsverhältnis bezeichnet, bleibt es bei der getroffenen Einordnung, selbst wenn beispielsweise der Arbeitgeber sein Weisungsrecht (über längere Zeit) nicht ausübt, BAG, 12.9.1996 – 5 AZR 1066/94 – AP Nr. 1 zu § 611 BGB Freier Mitarbeiter; BAG, 25.1.2007 – 5 AZB 49/06 – AP Nr. 1 zu § 16 SGB II; Reinecke, NZA-RR 2016, 393, 398.

40 S. nur Reinecke, NZA-RR 2016, 393, 398.

41 BSG, 4.6.2019 – B 12 R 11/18 R, B 12 R 5/19 R ua. – SozR 4-2400 § 7 Nr. 42 (unter A.II.3)

42 BAG, 9.6.2010 – 5 AZR 332/09 – NZA 2010, 877, Rn. 19; BAG, 27.6.2017 – 9 AZR 851/16 – NZA 2017, 1463, Rn. 24.

43 BAG, 12.9.1996 – 5 AZR 104/95 – NZA 1997, 600, 602; BAG, 15.2.2012 – 10 AZR 111/11 – AP Nr. 122 zu § 611 BGB Abhängigkeit, Rn. 17; Reinecke, NZA-RR 2016, 393, 399; Reinfelder, RdA 2016, 87, 88.

44 Reinecke, NZA-RR 2016, 393, 399 (»Außer im Bereich des öffentlichen Rundfunks sind keine Fälle echter Wahlmöglichkeit des zur Arbeit Verpflichteten hinsichtlich des ›Status‹ bekannt geworden.«).

von einer freien Disposition über den Status keine Rede sein. Fragwürdig ist zum anderen, dass die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung die privatautonome Gestaltungsfreiheit grundsätzlich nur dann betont, wenn die Rechtsfindung von der Typusbildung bestimmt ist und von vornherein gegen den Arbeitnehmerstatus votiert wird.⁴⁵ Es muss Bedenken hervorrufen, dass auf diese Weise der Vorrang der tatsächlichen Durchführung des Vertragsverhältnisses in sein Gegenteil verkehrt wird und die Abbedingung des Arbeitnehmerstatus droht.⁴⁶ Der Status hat sich nicht nach den Wünschen und Vorstellungen der Beteiligten, sondern danach zu richten, wie die Rechtsbeziehung nach ihrem Geschäftsinhalt objektiv einzuordnen ist.⁴⁷ Dies gilt erst recht, wenn der Vertrag nicht ausgehandelt, sondern vorformuliert wurde,⁴⁸ nur ein freier Dienstvertrag angeboten worden⁴⁹ oder der Vertragspartner insgesamt als sozial schutzbedürftig anzusehen ist.⁵⁰ Dies bedeutet: Problematisch ist nicht, dass der privatautonome gewählten Vertragsbezeichnung innerhalb der Gesamtschau nach § 611a Abs. 1 S. 5 BGB Bedeutung beigemessen wird. Problematisch ist, dass die weitere Frage, ob und inwieweit die Vertragsbezeichnung überhaupt dem beiderseitigen Parteiwillen entspricht,⁵¹ dann in den Hintergrund gedrängt wird, wenn aufgrund einer vorweggenommenen Zuordnung das Vertragsverhältnis von vornherein als freies Dienstverhältnis eingeordnet wird.⁵² Mit Recht mag hier befürchtet werden, dass die gesetzlichen Kriterien des § 611a Abs. 1 BGB durch eine eigenständige Typologie unterlaufen werden. Um dies zu vermeiden, bedarf es einer strengen Orientierung an den Tatbestandsmerkmalen des § 611a Abs. 1 BGB und eine im Regelfall geringe Gewichtung der Vertragsbezeichnung innerhalb der Gesamtabwägung gemäß § 611a Abs. 1 S. 5 BGB.

III. Unionsrechtliche Perspektive

Prägend für die Auslegung des nationalen Arbeitnehmerbegriffs ist das unionsrechtliche Begriffsverständnis. Zahlreiche Regelungen des Unionsrechts knüpfen an den Arbeitnehmerbegriff an und lassen der begrifflichen Auslegung seitens des EuGH erhebliches Gewicht zukommen.

1. Ausgangslage

Der EuGH sichert die Wahrung des Rechts durch Ausfüllung auslegungsbedürftiger Rechtsbegriffe (Art. 19 Abs. 1

S. 2 EUV). Die entsprechende Kompetenz kommt dem EuGH nur unter bestimmten Voraussetzungen zu. Entscheidend für die Befugnis zur Auslegung des Rechts, namentlich des Arbeitnehmerbegriffs, ist, dass kein vorrangiges Begriffsverständnis aufgrund der Regelungskompetenz der Mitgliedstaaten existiert und keine primär- oder sekundärrechtliche Begriffsbestimmung gegeben ist.⁵³

Das unionsrechtliche Verständnis des Arbeitnehmers ist im Unterschied zum nationalen Recht von dem Dualismus unselbstständiger und selbstständiger Erwerbstätigkeit geprägt;⁵⁴ die betreffende Person wird entweder als Arbeitnehmer oder Selbstständiger eingeordnet, der Status der arbeitnehmerähnlichen Person ist der unionsrechtlichen Rechtsprechung nicht bekannt. Freilich ist in der Rechtsprechung des EuGH die Tendenz zur Ausdehnung des europäischen Arbeitsrechts auf wirtschaftlich abhängige Personen erkennbar; nach nationalem Begriffsverständnis arbeitnehmerähnliche Personen werden auf unionsrechtlicher Ebene als schutzbedürftige Personengruppe wahrgenommen und nicht selten als Arbeitnehmer eingeordnet.⁵⁵

45 BAG, 27.6.2017 – 9 AZR 851/16 – NZA 2017, 1463, Rn. 19; BAG, 9.6.2010 – 5 AZR 332/09 – NZA 2010, 877, Rn. 18; BAG, 11.8.2015 – 9 AZR 98/14 – NZA-RR 2016, 288, Rn. 19; BAG, 20.10.2015 – 9 AZR 525/14 – NZA 2016, 254, Rn. 23; BAG, 27.6.2017 – 9 AZR 851/16 – NZA 2017, 1463, Rn. 15; BAG, 27.6.2017 – 9 AZR 852/16 – BeckRS 2017, 128539, Rn. 16; BAG, 17.10.2017 – 9 AZR 792/16 – BeckRS 2017, 140191, Rn. 14; anders BAG, 12.9.1996 – 5 AZR 104/95 – NZA 1997, 600, 601.

46 Vgl. BAG, 22.3.2005 – 5 AZB 21/94 – NZA 1995, 823, 832, Rn. 139; kritisch daher *ErFK-Preis* (Fn. 3), § 611a BGB Rn. 45, 55; *Reinecke*, NZA-RR 2016, 393, 399; *Reinfelder*, RdA 2016, 87, 88; *Wank*, AuR 2017, 140, 150.

47 BAG, 30.10.1991 – 7 ABR 19/91 – NZA 1992, 407, 408, Rn. 14; BAG, 12.9.1996 – 5 AZR 104/95 – NZA 1997, 600, 602, Rn. 41; BAG, 22.3.2005 – 5 AZB 21/94 – NZA 1995, 823, 832, Rn. 139.

48 BAG, 12.9.1996 – 5 AZR 104/95 – NZA 1997, 600, 602, Rn. 41; BAG, 15.2.2012 – 10 AZR 111/11 – AP Nr. 122 zu § 611 Abhängigkeit, Rn. 17; *Reinecke*, NZA-RR 2016, 393, 399; *Reinfelder*, RdA 2016, 87, 88.

49 BAG, 14.2.1974 – 5 AZR 298/73 – AP Nr. 12 zu § 611 BGB Abhängigkeit; *Reinecke* NZA-RR 2016, 393, 399; *Reinfelder*, RdA 2016, 87, 88.

50 *Wank*, AuR 2017, 140, 150.

51 Vgl. BAG, 14.2.1974 – 5 AZR 298/73 – AP Nr. 12 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

52 Anders der 7. Senat, BAG, 30.10.1991 – 7 ABR 19/91 – NZA 1992, 407, 408, Rn. 14 und BAG, 13.11.1991 – 7 AZR 31/91 – NZA 1992, 1125, Rn. 25, der sich bei der Annahme des freien Dienstverhältnisses einer Lehrkraft nicht von der typologischen Methode leiten ließ.

53 EuGH, 14.10.2010 – C-428/09 – BeckRS 2010, 91197 (*Union syndicale Solidaires Isère*); EuGH, 7.4.2011 – C-519/09 – BeckRS 2013, 87054 (*May*); *Hensler/Pant*, RdA 2019, 321, 325; *Temming*, SR 2016, 158 f.; *Temming*, in: *Kiel/Lunk/Oetker* (Hrsg.), *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, 5. Aufl., München 2022 (im Folgenden: *MHdB ArbR*), § 18 Rn. 51.

54 *Rebhahn*, EuZA 2012, 3, 4; *MHdB ArbR-Temming* (Fn. 53), § 18 Rn. 52.

55 *MHdB ArbR-Temming* (Fn. 53), § 18 Rn. 52.

2. Unionsautonomer Arbeitnehmerbegriff

Nicht existent ist ein einheitlicher Arbeitnehmerbegriff, der für das gesamte Unionsrecht Geltung beansprucht. Ausgehend von der Arbeitnehmerfreizügigkeit hat der EuGH allerdings einen unionsautonomen Arbeitnehmerbegriff entwickelt. In der Grundsatzentscheidung *Lawrie-Blum* stellt der EuGH fest, der Begriff des Arbeitnehmers im Sinne des Art. 48 EWG-Vertrag (jetzt: Art. 45 AEUV) habe eine gemeinschaftsrechtliche Bedeutung und sei anhand objektiver Kriterien zu definieren, die das Arbeitsverhältnis mit Blick auf die Rechte und Pflichten der beteiligten Personen kennzeichnen. Das wesentliche Merkmal des Arbeitsverhältnisses bestehe darin, dass jemand während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält.⁵⁶

Dem unionsautonomen Arbeitnehmerbegriff schreibt der EuGH über die Arbeitnehmerfreizügigkeit hinaus eine Leitbildfunktion zu. Zentrales Merkmal ist die Weisungsbindung, auf welche der EuGH, unter Bezugnahme auf die Auslegung im Rahmen der Arbeitnehmerfreizügigkeit, bei der Auslegung des Sekundärrechts rekurriert. Genannt seien etwa die Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs nach der RL 92/85/EWG⁵⁷ oder der RL 2003/88/EG.⁵⁸ Der EuGH nimmt seine Kompetenz zur Auslegung selbst dann in Anspruch, wenn das Sekundärrecht ausdrücklich auf das Begriffsverständnis der Mitgliedstaaten verweist.⁵⁹ Ansatzpunkt ist in diesen Fällen regelmäßig, jedenfalls aus Sicht des EuGH, die Vermeidung der rechtsmissbräuchlichen Ausgrenzung bestimmter Arbeitnehmergruppen.⁶⁰ Mag diese Ausdehnung des Begriffsverständnisses im Einzelfall zu Gunsten der Arbeitnehmer auf der einen Seite noch auf Verständnis stoßen, bleibt auf der anderen Seite die Auffassung des EuGH von den Grenzen seiner Kompetenzen äußerst fraglich. Als Beispiel sei allein die Auslegung von § 2 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung zur Befristungsrichtlinie 1999/70/EG angeführt. Ungeachtet des darin enthaltenen Verweises auf das begriffliche Verständnis des jeweiligen Mitgliedstaats, führt der EuGH in seinen Entscheidungen unter anderem aus, die Bestimmungen der Rahmenvereinbarung seien »auf befristete Arbeitsverträge anwendbar, die mit Behörden oder anderen Stellen des öffentlichen Sektors geschlossen werden«⁶¹ – ein Verständnis, dass gerade dem auf Grundlage eines privatrechtlichen Vertrags beschäftigten Arbeitnehmer

diametral entgegensteht. Nicht von ungefähr wird daher treffend im Rahmen von § 2 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung von einem »semi-autonomen« Arbeitnehmerbegriff gesprochen.⁶²

3. Auswirkungen auf das nationale Begriffsverständnis

Die in der *Lawrie-Blum*-Formel verankerten Merkmale des unionsautonomen Arbeitnehmerbegriffs stimmen mit den Wesensmerkmalen des § 611a BGB überein. In beiden Fällen ist es für den Arbeitnehmer kennzeichnend, dass er seine Arbeitsleistung entgeltlich und »während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung« leistet. Die persönliche Abhängigkeit, ausgedrückt in der Weisungsbindung, ist für den europäischen Arbeitnehmerbegriff ebenso prägend wie für das nationale Begriffsverständnis nach § 611a Abs. 1 S. 1–3 BGB. »Klassische« Arbeitnehmer, deren Arbeitstätigkeit von Weisungen zeitlicher, örtlicher und inhaltlicher Art geleitet wird, sind Arbeitnehmer im Sinne des nationalen wie des Unionsrechts.

Der gemeinsame Ausgangspunkt darf freilich nicht die Diskrepanzen zwischen europäischem und nationalem Verständnis übersehen lassen. Zum einen ist es nach der Rechtsprechung des EuGH nicht, wie nach nationalem Verständnis, erforderlich, dass der Arbeitnehmer seine Leistungen auf Grundlage eines privatrechtlichen Vertrags erbringt. Aus unionsrechtlicher Sicht ist es somit nicht ausgeschlossen, insbesondere auch Beamten die Vorzüge (nicht nur) der Arbeitnehmerfreizügigkeit zukommen zu lassen; der EuGH hebt vielmehr hervor, es sei ohne Bedeutung, ob ein Arbeitnehmer als Arbeiter, Angestellter oder Beamter beschäftigt werde oder ob sein Beschäftigungsverhältnis öffentlichem oder privatem

56 EuGH, 3.7.1986 – C-66/85 – BeckRS 2004, 73510 (*Lawrie-Blum*).

57 EuGH, 11.11.2010 – C-232/09 – AP Nr. 13 zu EWG-Richtlinie Nr. 92/85 (*Danosa*).

58 EuGH, 3.5.2012 – C-143/85 – BeckRS 2004, 71659 (*Neidel*).

59 *Sagan*, in: Preis/Sagan (Hrsg.), *Europäisches Arbeitsrecht*, 2. Aufl., Köln 2019, § 1 Rn. 1.108a ff. mwN.

60 So ausdrücklich EuGH, 1.3.2012 – C-393/10 – NZA 2012, 313, 315 (*O'Brien*); EuGH, 18.1.2007 – C-385/05 – NZA 2007, 193 (*CGT*).

61 EuGH, 22.12.2010 – C-444/09, 456/09 – BeckRS 2010, 91501 (*Gaviero Gaviero*); außerdem EuGH, 13.9.2007 – C-307/05 – BeckRS 2007, 70653 (*del Cerro Alonso*); EuGH, 9.2.2012 – C-556/11 – BeckRS 2012, 80821 (*Lorenzo Martinez*).

62 *Preis/Sagan-Brose* (Fn. 59), § 13 Rn. 13.22.

Recht unterliege.⁶³ Zum anderen sind diese Unterschiede bereits im Begriff der Weisungsbindung selbst verankert.⁶⁴ So gehen das europäische wie nationale Verständnis davon aus, dass der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber untergeordnet ist. Während sich die Unterordnung aber nach § 611a Abs. 1 S. 2 und S. 3 BGB in der Weisungsbindung in fachlicher, zeitlicher und örtlicher Hinsicht ausdrückt, kann aus Sicht des EuGH gleichfalls die faktische Weisungsbindung für die Bejahung der Arbeitnehmereigenschaft, beispielsweise bei Fremdgeschäftsführern einer GmbH, ausreichend sein, wenn hierdurch eine Unterordnung folgen kann. Danach kann sich etwa ein Mitglied der Unternehmensleitung einer Kapitalgesellschaft auf den zwingenden Arbeitnehmerschutz berufen, wenn aufgrund der gegebenen Bedingungen der Bestellung, der Befugnisse und Aufgaben nicht ausgeschlossen werden könne, dass sich die betroffene Person in einem Unterordnungsverhältnis gegenüber der betreffenden Gesellschaft befinde.⁶⁵

IV. Ausgewählte Problemfelder der Praxis

Nahezu jede Tätigkeit kann sowohl in einem Arbeitsverhältnis als auch auf Grundlage eines sonstigen Vertragsverhältnisses erbracht werden. Die Statuszuordnung bedingt daher im Arbeits- wie Sozialversicherungsrecht zweierlei: Die positive Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft bzw. Beschäftigung auf der einen Seite, die negative Abgrenzung zu anderen Tätigkeitsformen, die keines vergleichbaren Schutzes bedürfen, auf der anderen Seite. Viele Tätigkeiten lassen sich eindeutig einordnen; »klassische« Arbeitstätigkeiten, die sich durch eine wesentliche Weisungsbindung in zeitlicher, örtlicher und inhaltlicher Hinsicht auszeichnen, sind gleichermaßen Arbeitsleistung auf Grundlage eines Arbeitsvertrags (§ 611a Abs. 1 BGB) wie Beschäftigung (§ 7 Abs. 1 SGB IV). Vielfältig sind allerdings in gleicher Weise diejenigen Tätigkeiten, die sich einer eindeutigen Zuordnung insgesamt oder im Einzelfall entziehen. Erschwerend kommt hinzu, dass die Statuszuordnung nach arbeits-, sozialversicherungs- und unionsrechtlichem Verständnis eine andere sein kann. Nachfolgend seien nur zwei Beispiele aufgezeigt, die stellvertretend für diese Diskrepanzen stehen.

1. GmbH-Geschäftsführer

Die Beurteilung der rechtlichen Stellung eines GmbH-Geschäftsführers bedarf zunächst der grundsätzlichen Differenzierung zwischen dem gesellschaftsrechtlichen Organisationsakt, der über Bestellung und Widerruf der Bestellung (§ 38 Abs. 1 GmbHG) des Geschäftsführers entscheidet, und dem zugrunde liegenden Anstellungsvertrag. Die Frage der Statuszuordnung ist auf den Anstellungsvertrag zwischen Geschäftsführung und GmbH bezogen, bei dem es sich grundsätzlich um einen schuldrechtlichen gegenseitigen Vertrag handelt.⁶⁶

Nach Auffassung der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung ist das Vertragsverhältnis eines Fremdgeschäftsführers oder Gesellschafter-Geschäftsführers regelmäßig als freies Dienstverhältnis (§ 611 BGB), nicht dagegen als Arbeitsverhältnis (§ 611a BGB) zu qualifizieren.⁶⁷ Die Einordnung als Arbeitsverhältnis sei zwar nicht ausgeschlossen; insbesondere stehe der Status als Repräsentationsorgan der Gesellschaft einer arbeitsrechtlichen Weisungsabhängigkeit nicht zwingend entgegen.⁶⁸ Im Übrigen ist selbst bei Annahme eines Dienstverhältnisses ein gewisses Maß an Weisungsbindung und -befugnis nicht ausgeschlossen. Für die Annahme der Arbeitnehmereigenschaft müsste allerdings die Weisungsbindung so stark ausgeprägt sein, dass sie die Qualifizierung des Anstellungsverhältnisses als Arbeitsverhältnis rechtfertigt. Erforderlich ist auch insoweit stets eine Betrachtung des Einzelfalls und eine Rückbesinnung auf die Kriterien zur Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft,⁶⁹ wie sie als Tatbestandsmerkmale in § 611a Abs. 1 BGB normiert sind. Vor diesem Hintergrund kann nur im Ausnahmefall die

63 EuGH, 7.4.2011 – C-519/09 – BeckRS 2013, 87054 Rn. 24 (May); EuGH, 3.5.2012 – C-337/10 – AP Nr. 8 zu Richtlinie 2003/88/EG (Neidel), Rn. 25.

64 MHD ArbR-Temming (Fn. 53), § 18 Rn. 56.

65 EuGH, 11.11.2010 – C-232/09 – AP Nr. 13 zu EWG-Richtlinie 92/85 (Danosa), Rn. 47; EuGH, 9.7.2015 – C-229/14 – AP Richtlinie Nr. 6 zu 98/59/EG (Balkaya), Rn. 37 ff.

66 BAG, 16.9.1998 – 5 AZR 181/97 – AP Nr. 56 zu § 611 BGB Direktionsrecht; BAG, 26.5.1999 – 5 AZR 664/98 – AP Nr. 10 zu § 35 GmbHG (unter III.1).

67 BAG, 26.5.1999 – 5 AZR 664/98 – AP Nr. 10 zu § 35 GmbHG; BAG, 21.1.2019 – 9 AZB 23/18 – AP Nr. 75 zu § 5 ArbGG 1979; BAG, 8.2.2022 – 9 AZB 40/21 – AP Nr. 76 zu § 5 ArbGG 1979; ErfK-Preis (Fn. 3), § 611a BGB Rn. 88.

68 BAG, 6.5.1999 – 5 AZB 22/98 – AP Nr. 46 zu § 5 ArbGG 1979; BAG, 26.5.1999 – 5 AZR 664/98 – AP Nr. 10 zu § 35 GmbHG (unter III.1).

69 BAG, 26.5.1999 – 5 AZR 664/98 – AP Nr. 10 zu § 35 GmbHG (unter III.2).

Annahme eines Arbeitsverhältnisses in Betracht kommen. Vorausgesetzt ist, dass die Gesellschaft eine über ihr gesellschaftsrechtliches Weisungsrecht hinausgehende Weisungsbefugnis auch bezüglich der Umstände hat, unter denen der Geschäftsführer seine Leistung zu erbringen hat. Die Gesellschaft müsste dem Geschäftsführer auch arbeitsbegleitende und verfahrensorientierte Weisungen erteilen und auf diese Weise die konkreten Modalitäten seiner Leistungserbringung bestimmen können.⁷⁰ Eine solche Art der Weisungsbindung, die eine persönliche Abhängigkeit im Sinne von § 611a Abs. 1 BGB zur Folge hat, haben die Arbeitsgerichte bei (Fremd-) Geschäftsführern regelmäßig verneint.⁷¹

Die arbeitsrechtliche Einordnung des GmbH-Geschäftsführers unterscheidet sich sowohl von der Rechtsprechung der Sozialgerichte als auch derjenigen des EuGH. Die sozialgerichtliche Rechtsprechung greift zunächst – wie bei allen Abgrenzungsfragen – bei der Einordnung des Geschäftsführers einer GmbH auf die Maßstäbe zurück, die allgemein bei der Statusfeststellung herangezogen werden.⁷² Ob ein Beschäftigungsverhältnis vorliegt, richtet sich bei einem GmbH-Geschäftsführer in erster Linie danach, ob dieser nach der ihm zukommenden, sich aus dem Gesellschaftsvertrag ergebenden Rechtsmacht ihm nicht genehme Weisungen verhindern oder Beschlüsse beeinflussen könne, die sein Anstellungsverhältnis betreffen.⁷³ Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze nimmt die Rechtsprechung bei Fremdgeschäftsführern regelmäßig eine Beschäftigung im Sinne von § 7 Abs. 1 SGB IV an; die Geschäftsführer seien kraft Gesetzes dem Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung unterworfen und in eine fremde Arbeitsorganisation eingegliedert.⁷⁴ Bei Gesellschafter-Geschäftsführern werden der Umfang der Kapitalbeteiligung und das Ausmaß des sich daraus ergebenden Einflusses auf die Gesellschaft als wesentliches Merkmal bei der Abgrenzung von abhängiger Beschäftigung und selbstständiger Tätigkeit angesehen; entsprechende Befugnisse sind insbesondere bei Gesellschaftern anzunehmen, die mindestens 50 % der Gesellschaftsanteile halten. Dann, aber auch nur dann, wenn eine entsprechende prozentuale Beteiligung gegeben ist oder andere Faktoren die Rechtsmacht des Gesellschafters begründen, ist die Tätigkeit des Gesellschafter-Geschäftsführers als selbstständig einzuordnen.⁷⁵ Ein Geschäftsführer, der nicht über diese Beteiligung verfüge, sei demgegenüber grundsätzlich als abhängig beschäftigt

anzusehen; nur ausnahmsweise könne mithin eine selbstständige Beschäftigung angenommen werden, wenn ihm nach dem Gesellschaftsvertrag eine umfassende, die gesamte Unternehmenstätigkeit erfassende Sperrminorität eingeräumt sei.⁷⁶

Auswirkungen auf die arbeitsrechtliche Statuszuordnung zeitigt das unionsrechtliche Begriffsverständnis. Der EuGH hat gerade an der Einordnung von (Fremd-) Geschäftsführern gezeigt, dass die Weisungsbindung im Sinne des Unionsrechts weiter gefasst sein kann als es nach dem nationalen Begriffsverständnis der Fall ist. Entscheidend ist eine Weisungsbefugnis, die eine Unterordnung des Geschäftsführers zur Folge hat, welche sich auch in der jederzeitigen Entlassungsbefugnis zeigen kann.⁷⁷ Die Rechtsprechung des EuGH kann zu einer maßgebenden Einschränkung der nationalen Rechtsprechung führen.⁷⁸ Der unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff ist maßgeblich, wenn eine unionsrechtliche Regelung angewandt und in nationales Recht richtlinienkonform umgesetzt oder ausgelegt werden muss; er beeinflusst nationales Recht somit immer dort, wo unionsrechtliche Vorgaben für die Regelungsmaterie existieren.⁷⁹ Angesichts dessen, dass der EuGH seine Kompetenzen zur Auslegung des

70 BAG, 26.5.1999 – 5 AZR 664/98 – AP Nr. 10 zu § 35 GmbHG; BAG, 24.11.2005 – 2 AZR 614/04 – AP Nr. 19 zu § 1 KSchG 1969 Wartezeit; BAG, 11.6.2020 – 2 AZR 374/19 – AP Nr. 79 zu § 622 BGB; BAG, 21.1.2019 – 9 AZR 23/18 – AP Nr. 75 zu § 5 ArbGG 1979; BAG, 27.4.2021 – 2 AZR 540/20 – AP Nr. 23 zu § 23 KSchG 1969, Rn. 20; BAG, 8.2.2022 – 9 AZB 40/21 – AP Nr. 76 zu § 5 ArbGG 1979.

71 BAG, 26.5.1999 – 5 AZR 664/98 – AP Nr. 10 zu § 35 GmbHG; BAG, 24.11.2005 – 2 AZR 614/04 – AP Nr. 19 zu § 1 KSchG 1969 Wartezeit; BAG, 11.6.2020 – 2 AZR 374/19 – AP Nr. 79 zu § 622 BGB; BAG, 21.1.2019 – 9 AZR 23/18 – AP Nr. 75 zu § 5 ArbGG 1979; BAG, 27.4.2021 – 2 AZR 540/20 – AP Nr. 23 zu § 23 KSchG 1969, Rn. 20; BAG, 8.2.2022 – 9 AZB 40/21 – AP Nr. 76 zu § 5 ArbGG 1979.

72 BSG, 29.7.2015 – B 12 KR 23/13 R – SozR 4-2400 § 7 Nr. 24 (unter 2); BSG, 11.11.2015 – B 12 KR 10/14 R – SozR 4-2400 § 7 Nr. 28 (unter 1.a); BSG, 14.3.2018 – B 12 KR 13/17 R – SozR 4-2400 § 7 Nr. 35 (unter 2).

73 BSG, 14.3.2018 – B 12 KR 13/17 R – SozR 4-2400 § 7 Nr. 35 (unter 2); BSG, 7.7.2020 – B 12 R 17/18 R – SozR 4-2400 § 7 Nr. 49 (unter 1); BSG, 28.6.2022 – B 12 R 4/20 R – BeckRS 2022, 18627, Rn. 17.

74 BSG, 8.7.2020 – B 12 R 2/19 R – SozR 4-2400 § 7 Nr. 52 (unter 1); BSG, 23.2.2021 – B 12 R 18/18 R – DStR 2021, 2477, Rn. 15; BSG, 29.3.2022 – B 12 R 2/20 R – NZS 2022, 821, Rn. 32 f.

75 BSG, 28.6.2022 – B 12 R 4/20 R – BeckRS 2022, 18627, Rn. 18.

76 Ebd.

77 EuGH, 11.11.2010 – C-232/09 – AP Nr. 13 zu EWG-Richtlinie 92/85 (Dannos); EuGH, 9.7.2015 – C-229/14 – AP Nr. 6 zu Richtlinie 98/59/EG (Balkaya), Rn. 37 ff.; *ErfK-Preis* (Fn. 3), § 611a BGB Rn. 95.

78 *MHdB ArbR-Temming* (Fn. 53), § 22 Rn. 13.

79 BAG, 27.4.2021 – 2 AZR 540/20 – AP Nr. 53 zu § 23 KSchG 1969; BAG, 8.2.2022 – 9 AZB 40/21 – AP Nr. 76 zu § 6 ArbGG 1979.

Arbeitnehmerbegriffs stetig ausweitet und das unionsrechtliche Begriffsverständnis selbst dann etabliert, wenn eine Richtlinie klar auf das Begriffsverständnis und die Gepflogenheiten des nationalen Rechts verweist, ist es in immer weiteren Bereichen nicht ausgeschlossen, dass eine nach nationalem Recht nicht als Arbeitnehmer eingeordnete Person als Arbeitnehmer im Sinne des Unionsrechts eingestuft wird und das nationale Recht richtlinienkonform auf diese Person zu erstrecken ist. Die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung, die (Fremd)Geschäftsführer im Unterschied zum EuGH grundsätzlich nicht als Arbeitnehmer ansieht, kann daher im Wesentlichen nur in folgenden Bereichen Bestand haben. Zum einen im Anwendungsbereich des nationalen, autonomen Arbeitsrechts, beispielsweise bei der Frage des Zugangs zu den Gerichten für Arbeitssachen und der Abgrenzung der Zuständigkeitsbereiche der nationalen Gerichte.⁸⁰ Zum anderen dann, wenn sich nach der Betrachtung im Einzelfall ergibt, dass der betroffene Geschäftsführer weder nach nationalem Recht als weisungsgebunden (zeitlich, örtlich, inhaltlich) noch nach unionsrechtlichem Verständnis als untergeordnet (beurteilt nach den Bedingungen der Bestellung und Abberufung, der Art der übertragenen Aufgaben, dem Rahmen, in dem Aufgaben ausgeführt werden sowie nach dem Umfang der Befugnisse und der Kontrolle innerhalb der Gesellschaft)⁸¹ angesehen werden kann.

2. (Honorar)Ärzte

a) Allgemein

Die Statusbestimmung von Personen, die ärztliche Arbeitsleistungen erbringen, bedarf in der Praxis der Abgrenzung im Einzelfall.⁸² Die Arbeitsleistungen können sowohl auf Grundlage eines Arbeits- als auch eines Dienstverhältnisses erbracht werden. Bei der Statusfeststellung nach den gesetzlichen Merkmalen des § 611a Abs. 1 BGB ist die Annahme einer persönlichen Abhängigkeit regelmäßig nicht eindeutig. Die ärztliche Tätigkeit zählt zu den sog. Diensten höherer Art, welche sich durch einen geringeren Grad an Weisungsabhängigkeit auszeichnen. Die Durchführung ärztlicher Tätigkeiten ist ob der notwendigen Fertigkeiten und Kenntnisse mit einem hohen Maß an Weisungsfreiheit in fachlicher Hinsicht verbunden; eine Weisungsbindung ist in der Regel vor allem mit Blick auf Ort und zeitliche Lage der Arbeitsleistung gegeben (§ 611a Abs. 1 S. 2 BGB).⁸³

In der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung werden Ärzte in Abhängigkeit vom Umfang der Weisungsabhängigkeit regelmäßig als Arbeitnehmer im Sinne von § 611a Abs. 1 BGB qualifiziert. Dies gilt beispielsweise für das Beschäftigungsverhältnis des Chefarztes eines Krankenhauses oder der Abteilung eines Krankenhauses; dieser könne, obwohl er bei der Behandlung von Patienten zur eigenverantwortlichen und weisungsfreien Leistung befugt sei, als Arbeitnehmer angesehen werden. Die aus Gründen der Standesethik notwendige Weisungsfreiheit des Chefarztes bei Ausübung seiner ärztlichen Tätigkeit steht somit der Annahme eines abhängigen Angestelltenverhältnisses nicht entgegen, wenn der Chefarzt dennoch im Wesentlichen weisungsgebunden und/oder fremdbestimmt ist. Eine solche Weisungsbedingung kann sich etwa durch eine fehlende zeitliche Flexibilität ergeben, der gänzlichen Bindung der Arbeitsleistung an das Krankenhaus, aus der Einhaltung der Dienstordnung und organisatorischen Strukturen, wie Dienstplänen und Sprechzeiten, sowie aus der Bindung an die vorhandene Infrastruktur betreffend Operations- und Behandlungsräume, ärztliches und nichtärztliches Personal.⁸⁴ Die gleichen Grundsätze vertritt die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung beispielsweise bei der Statusbestimmung eines ärztlichen Direktors.⁸⁵

Die Statusbestimmung bleibt dennoch eine Frage des Einzelfalls. Je mehr neben die fachliche eine sonstige Weisungsfreiheit tritt, je mehr die Weisungsbindung aufgehoben wird, desto weniger kann von einer persönlichen Abhängigkeit im Sinne von § 611a Abs. 1 S. 1 BGB die Rede sein. Dies trifft namentlich auf die Erbringung ärztlicher Leistungen zu, welche außerhalb einer Einbindung in die Strukturen eines Krankenhauses oder Klinikums erbracht werden. Vor diesem Hintergrund ist beispielsweise die Arbeitnehmereigenschaft eines Not- und Bereitschaftsdienst leistenden Arztes verneint worden, der allenfalls gering in eine betriebliche Ablaufgestaltung

⁸⁰ BAG, 8.2.2022 – 9 AZB 40/21 – AP Nr. 76 zu § 5 ArbGG 1979; MHdB ArbR-Temming (Fn. 53), § 22 Rn. 11.

⁸¹ EuGH, 11.11.2010 – C-232/09 – AP Nr. 13 zu EWG-Richtlinie 92/85 (Dannosa), Rn. 47; EuGH, 9.7.2015 – C-229/14 – AP Nr. 6 zu Richtlinie 98/59/EG (Balkaya), Rn. 37 ff.

⁸² Zu den unterschiedlichen Ausprägungen ärztlicher Leistungen im Zusammenhang mit § 611a BGB Katzenmeier, FS Preis, 2021, S. 571.

⁸³ BAG, 27.7.1961 – 2 AZR 255/60 – NJW 1961, 2085; Deinert, RdA 2017, 65, 66.

⁸⁴ BAG, 27.7.1961 – 2 AZR 255/60 – NJW 1961, 2085, 2086.

⁸⁵ BAG, 22.11.2016 – 9 AZB 41/16 – AP Nr. 105 zu § 2 ArbGG 1979, Rn. 19.

eingebunden gewesen ist, weil die Erbringung der Bereitschaftsdienste in zeitlicher Hinsicht nach den Wünschen des Arztes ausgestaltet war und die ärztlichen Leistungen nicht in persona erbracht werden mussten.⁸⁶ In gleicher Weise ist der Arbeitnehmerstatus eines Rettungsarztes verneint worden, weil auf der einen Seite eine fachliche Weisungsfreiheit vorlag und auf der anderen Seite keine Umstände hinzutraten, die einen solchen Grad der persönlichen Abhängigkeit erreichten, dass der Status eines Arbeitnehmers nach Maßgabe von § 611a Abs. 1 BGB anzunehmen war.⁸⁷

b) Im Besonderen: Honorarärzte

Nach den gleichen Maßstäben verfährt die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung grundsätzlich bei der Statusfeststellung von Honorarärzten, mithin von (Fach)Ärzten, die im stationären und/oder ambulanten Bereich eines Krankenhauses ärztliche Leistungen für den Krankenträger erbringen, ohne bei diesem angestellt oder als Belegarzt oder Konsiliararzt tätig zu sein.⁸⁸ Die Arbeit als Honorararzt kann sowohl im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses als auch eines Dienstverhältnisses erbracht werden.⁸⁹ Entscheidend sind im jeweiligen Einzelfall die vertragliche Ausgestaltung und die tatsächliche Durchführung des Vertragsverhältnisses.

Im Regelfall werden Honorarärzte von der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung nicht als Arbeitnehmer eingeordnet; anerkannt und hervorgehoben wird die Möglichkeit, dass die Tätigkeit eines (Fach)Arztes in einem Krankenhaus grundsätzlich auch selbstständig auf Honorarbasis erbracht werden kann.⁹⁰ Zuletzt hatte das LAG Düsseldorf⁹¹ einen Arzt, der auf Honorarbasis und auf Grundlage eines »Honorararztvertrags« beschäftigt war, nicht als Arbeitnehmer im Sinne von § 611a Abs. 1 BGB angesehen. Nach der vertraglichen Vereinbarung sollte der betreffende Arzt seinem Auftraggeber weder zeitlich, örtlich noch inhaltlich weisungsunterworfen sein. Das LAG Düsseldorf stellte im Vergleich von vertraglicher Vereinbarung und praktischer Durchführung keine Diskrepanz fest, welche tatsächlich für eine persönliche Abhängigkeit des Arztes sprechen könnte. Vielmehr sei nach Würdigung der Gesamtumstände davon auszugehen, dass die ärztliche Tätigkeit nicht weisungsgebunden und fremdbestimmt in persönlicher Abhängigkeit erbracht wurde, der Arzt auf Basis des freiwillig abgeschlossenen Vertrags als Honorararzt in einem freien

Dienstverhältnis (§ 611 BGB) tätig gewesen sei und sich an dieser auch von ihm getroffenen Vertragstypenwahl festhalten lassen müsse. Im Prozess waren überdies keine hinreichenden Tatsachen vorgetragen worden, die aus der Vertragsabwicklung auf einen anderen als den vertraglich vereinbarten Geschäftsinhalt und damit auf das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses hätten schließen lassen können.⁹² Eine örtliche Weisungsbindung, ausgedrückt dadurch, »dass die ärztlichen Leistungen in einem Klinikbetrieb in den Räumen der Klinik zu erbringen sind, zudem an den Patienten dieser Klinik und unter Nutzung der dort zur Verfügung gestellten Geräte und in Zusammenarbeit mit dem übrigen dort beschäftigten Personal«, liege in der Natur der Sache einer solchen honorarärztlichen Tätigkeit und könne kein Indiz von Gewicht für eine Eingliederung in den Klinikbetrieb gleich einem Arbeitnehmer sein.⁹³

Das BSG hat in jüngerer Vergangenheit mehrere klarstellende Entscheidungen über den Status von Honorarärzten getroffen. Nach Auffassung des BSG war die Erbringung ärztlicher Leistungen im Rahmen eines Honorararztvertrags als abhängige Beschäftigung anzusehen. Das BSG betont einleitend die Grundsätze der Statuszuordnung: die Abgrenzung zwischen Beschäftigung und Selbstständigkeit erfolge nicht abstrakt für bestimmte Berufs- und Tätigkeitsbilder, sondern stets nach den konkreten Umständen des individuellen Einzelfalls. Nicht maßgebend seien gleichfalls die Qualifikation seitens der Arbeitsgerichte oder der Vereinbarungen der Vertragsschließenden.⁹⁴ Entscheidend seien Weisungsbindung oder Eingliederung. So könne die Beschäftigung des Honorararztes ihr Gepräge unter anderem von der Ordnung des Betriebs erhalten, in deren Dienst die Arbeit

86 LAG Rheinland-Pfalz, 28.6.2011 – 11 Ta 123/11, juris.

87 LAG Hamm, 6.9.2007 – 8 Sa 802/07, juris.

88 Zum Begriff BGH, 16.10.2014 – III ZR 85/14 – NJW 2015, 1375, Rn. 14; BGH, 10.1.2019 – III ZR 325/17 – NJW 2019, 1519, Rn. 13; BSG, 4.6.2019 – B 12 R 11/18 R, B 12 R 5/19 R ua. – SozR 4-2400 § 7 Nr. 42 (unter A.II.1).

89 LAG Hessen, 30.11.2015 – 16 Sa 583/15 – BeckRS 2016, 66432; LAG Düsseldorf, 6.2.2018 – 3 Sa 632/17 – BeckRS 2018, 13925, Rn. 30.

90 LAG Hamm, 7.2.2011 – 2 Ta 505/10 – BeckRS 2011, 69654; LAG Hessen, 14.1.2013 – 16 Sa 1213/12 – BeckRS 2013, 67368; LAG Hessen, 30.11.2015 – 16 Sa 583/15 – BeckRS 2016, 66432, Rn. 17.

91 LAG Düsseldorf, 6.2.2018 – 3 Sa 632/17 – BeckRS 2018, 13925.

92 LAG Düsseldorf, 6.2.2018 – 3 Sa 632/17 – BeckRS 2018, 13925, Rn. 34.

93 LAG Düsseldorf, 6.2.2018 – 3 Sa 632/17 – BeckRS 2018, 13925, Rn. 35; so auch LAG Hessen, 14.1.2013 – 16 Sa 1213/12 – BeckRS 2013, 67368.

94 BSG, 4.6.2019 – B 12 R 11/18 R, B 12 R 5/19 R ua. – SozR 4-2400 § 7 Nr. 42 (unter A.II.2.3).

verrichtet wird. Die Bindung an Arbeitsort und Arbeitszeit sowie die Eingliederung in die betrieblichen Abläufe des Krankenhauses könnten auf eine abhängige Beschäftigung schließen lassen.⁹⁵ Obwohl nur als Indiz bei der Statuszuordnung zu berücksichtigen, hat das BSG besonders die Bedeutung der regulatorischen Rahmenbedingungen herausgestellt, namentlich den Versorgungsauftrag eines Krankenhauses sowie die Regelungen über die Erbringung und Vergütung von Krankenhausleistungen, zur Qualitätssicherung im Krankenhaus und zum Patientenschutz; der regulatorische Rahmen bringe im Regelfall die Eingliederung ärztlichen Krankenhauspersonals, auch von Honorärärzten, in die Organisations- und Weisungsstruktur des Krankenhauses mit sich.⁹⁶

Die abweichende Beurteilung in der sozialgerichtlichen Rechtsprechung mag Einfluss auf die arbeitsgerichtliche Statusbestimmung zeitigen. Zwingend ist dies nicht. Das BSG selbst grenzt sich nachdrücklich von der Rechtsprechung der Arbeitsgerichte ab. Ein Blick auf die Entscheidungsgründe offenbart freilich den Gleichlauf der Kriterien von Weisungsbindung und Fremdbestimmung bzw. Eingliederung, wenn diese auch unterschiedlich gewichtet werden. Das BSG hat der Integration in die Abläufe des Krankenhauses höheres Gewicht beigemessen als die Arbeitsgerichte. Während nach Auffassung des BSG die Eingliederung der Honorärärzte diese festgestellten Ärzten vergleichbar erscheinen lässt, wird in der Arbeitsgerichtsbarkeit demgegenüber darauf verwiesen, dass diese Eingliederung in der Natur der Sache liege und etwa auch Belegärzte grundsätzlich keine Arbeitnehmer seien, obwohl auch sie Einrichtungen eines Krankenhauses nutzen und mit anderen Mitarbeitern des Krankenhauses zusammenarbeiten.⁹⁷ Die unterschiedliche Gewichtung der Kriterien führt nunmehr allerdings zu einer Diskrepanz des arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Verständnisses des Statusbeurteilung. Dabei bleiben die Entscheidungen beider Gerichtsbarkeiten nicht ohne Kritik. So lässt sich einerseits die Rechtsprechung des BSG von Tendenzen leiten, die weniger von der Gesamtabwägung zum Zwecke der Statuszuordnung geprägt sind, sondern vielmehr rechtspolitische Aspekte wie Versorgungsauftrag oder die Verhinderung von Statussegmentierungen der Krankenhausärzteschaft in den Vordergrund rücken.⁹⁸ Andererseits verweist das BSG darauf, die arbeitsgerichtliche Entscheidungspraxis beruhe im Wesentlichen darauf, dass der privatautonomen

Entscheidung der Vertragsparteien im Arbeitsrecht besondere Bedeutung beigemessen werde.⁹⁹ Die grundsätzliche Möglichkeit privatautonomer Vertragsgestaltung prägt zwar zweifelsohne das Arbeits-, nicht das Sozialversicherungsrecht, doch ist die Wahl der Vertragsbezeichnung regelmäßig nicht ausschlaggebend für die Statusbestimmung (vgl. überdies § 611a Abs. 1 S. 6 BGB). Die Vertragsgestaltung vermag demnach grundsätzlich nicht die Diskrepanzen zwischen arbeits- und sozialgerichtlicher Statusbestimmung zu rechtfertigen. Nicht zu verkennen ist freilich, dass die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung zur Statusbestimmung bei Honorärärzten von einer vorweggenommenen Zuordnung gezeichnet ist. So betont das LAG Düsseldorf, der Vorrang der tatsächlichen Durchführung vor der formalen Vertragstypenwahl bedeute nicht, dass die Entscheidung der Parteien für eine bestimmte Art von Vertrag irrelevant wäre. Sofern die tatsächliche Handhabung nicht zwingend für ein Arbeitsverhältnis spreche, müssten die Parteien sich in der Regel am gewählten Vertragstypus festhalten lassen.¹⁰⁰ Bedenken muss diese Sichtweise insofern hervorrufen, als den vertraglichen Vereinbarungen gerade dann ein höherer Wert zugeschrieben wird, wenn das Vertragsverhältnis (wie beim Honorararzt) bereits einleitend als Dienstverhältnis eingeordnet worden ist.

Nicht auszuschließen ist daher, dass sich die Positionen von arbeits- und sozialgerichtlicher Rechtsprechung annähern, wenn eine Rückbesinnung auf den eigentlichen Fokus der Abwägung nach Maßgabe von § 611a BGB bzw. § 7 Abs. 1 SGB IV erfolgt. Einen ersten Ansatz hierzu mag aus arbeitsrechtlicher Sicht eine aktuelle Entscheidung des LAG Köln¹⁰¹ bieten, welches über die Arbeitnehmereigenschaft eines »freiberuflich« angestellten Praxisvertreters zu befinden hatte. Das LAG hebt auf der einen Seite die grundsätzliche Einordnung des Honorararztvertrags als selbstständige Tätigkeit hervor, gelangt sodann aber unter

95 BSG, 4.6.2019 – B 12 R 11/18 R, B 12 R 5/19 R ua. – SozR 4-2400 § 7 Nr. 42 (unter A.III.3.d).

96 BSG, 4.6.2019 – B 12 R 11/18 R, B 12 R 5/19 R ua. – SozR 4-2400 § 7 Nr. 42 (unter A.III.3.c).

97 LAG, 14.1.2013 – 16 Sa 1213/12 – BeckRS 2013, 67368.

98 BSG, 4.6.2019 – B 12 R 11/18 R, B 12 R 5/19 R ua. – SozR 4-2400 § 7 Nr. 42 (unter A.III.3.c); Greiner, NZS 2019, 761, 768.

99 BSG, 4.6.2019 – B 12 R 11/18 R, B 12 R 5/19 R ua. – SozR 4-2400 § 7 Nr. 42 (unter A.II.3).

100 LAG Düsseldorf, 6.2.2018 – 3 Sa 632/17 – BeckRS 2018, 13925, Rn. 30.

101 LAG Köln, 6.5.2022 – 9 Ta 18/22 – BeckRS 2022, 11446.

Gesamtabwägung aller für und gegen die persönliche Abhängigkeit sprechenden Gründe zu einer Einordnung des betreffenden Arztes als Arbeitnehmer.

V. New Work

1. Digitale Arbeitswelt und Plattformökonomie

Der Umgang mit den »neuen« Arbeitsformen der digitalen Arbeitswelt stellt die Statuszuordnung vor veränderte Herausforderungen. Die klassischen Kriterien, welche sich als Tatbestandsmerkmale in § 611a Abs. 1 BGB und als Anhaltspunkte in § 7 Abs. 1 SGB IV finden, vermögen die neuen Arbeitsformen nicht ohne weiteres zu erfassen und erfordern eine einzelfallabhängige Betrachtung im Umgang mit der digitalen Arbeitswelt und der Nutzung von Plattformökonomie als Geschäftsgrundlage. Die Statusbestimmung hat sich dennoch nach den Tatbestandsmerkmalen des § 611a Abs. 1 BGB auszurichten.¹⁰² Die vielfältigen Erscheinungsformen digitaler Arbeit können und sollen hier nicht abgebildet werden. Der Fokus soll auf dem Phänomen Crowdwork liegen, auf der Bestimmung des Status von Crowdworkern, welcher in jüngerer Zeit Gegenstand einer ersten Entscheidung des BAG gewesen ist.

2. Im Besonderen: Crowdwork

a) Erscheinungsformen

Unter Crowdworking ist allgemein die Vergabe von Arbeiten an einen (unbestimmten) Personenkreis (die Crowd) zu verstehen. Die Aufträge bzw. Aufgaben werden auf einer Internetplattform eingestellt und den Auftragnehmern (Crowdworkern) die Chance gegeben, die Aufgaben allein oder im Team zu erledigen. Zu unterscheiden sind verschiedene Formen von Crowdworking. Beim internen Crowdworking richtet ein Arbeitgeber die Aufträge über die Plattform an die eigenen Arbeitnehmer. Beim externen Crowdworking werden die Arbeitsaufträge über den Plattformbetreiber an nicht unternehmensangehörige Personen vergeben. Die weitere Unterscheidung zwischen direktem und indirektem Crowdworking knüpft beim externen Crowdworking an die Frage an, zwischen welchen Beteiligten ein Vertragsverhältnis zustande kommt. Beim direkten Crowdworking entsteht das Vertragsverhältnis unmittelbar zwischen Crowdworker und Auftrag-

geber, die Plattform fungiert nur als Vermittler; beim indirekten Crowdworking entstehen die vertraglichen Beziehungen dagegen zwischen Crowdworker und Plattformbetreiber.

Internes Crowdworking zieht regelmäßig keine statusrechtlichen Probleme nach sich. Es handelt sich nur um eine spezifische digitale Form der Arbeitsvergabe im Zusammenhang mit einem bestehenden Arbeitsverhältnis; die Beschäftigten bleiben Arbeitnehmer.¹⁰³ Im Mittelpunkt der diffizilen Statusbestimmung steht das externe Crowdworking.

b) Kritisierte Paukenschlag

Der Status des Crowdworkers ist lange Zeit nicht Gegenstand arbeitsgerichtlicher Entscheidungen gewesen.¹⁰⁴ Die Statusfrage beschäftigte die Literatur, nicht die Rechtsprechung. Mit der Entscheidung des BAG¹⁰⁵ haben sich die Vorzeichen geändert.

Dem Urteil des 9. Senats lag ein Fall des externen Crowdworking zugrunde. Die Beklagte ist ein sog. »Crowdsourcing-Unternehmen«, das unter anderem die Kontrolle der Präsentation von Markenprodukten im Einzelhandel anbietet. Sie betreibt eine Online-Plattform, über die sie Aufträge ihrer Kunden, in eine Vielzahl einzelner Kleinstaufträge (»Mikrojobs«) zergliedert, an die Auftragnehmer vermittelt, die für sie entgeltlich die Kontrollen durchführen. Der Kläger war für die Beklagte als Crowdworker tätig. Eine Verpflichtung zur Annahme von Aufträgen bestand für den Kläger vertraglich nicht. Die entsprechende App der Beklagten enthielt allerdings folgendes Levelsystem: Je mehr Aufträge durch die Crowdworker angenommen und erledigt werden, desto höhere Level können diese erreichen. Jedes höhere Level beinhaltet wiederum die Chance zur gleichzeitigen Annahme weiterer Aufträge und damit von höheren Einnahmen. Nach Auffassung des BAG war der Kläger als Arbeitnehmer im Sinne von § 611a Abs. 1 BGB einzuordnen. Die kontinuierliche Durchführung einer Vielzahl von Mikrojobs auf der Grundlage einer mit dem Betreiber getroffenen Rahmenvereinbarung könne im Rahmen der Gesamtbetrachtung

¹⁰² Vgl. nur *Thüsing*, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Hrsg.) *Arbeitsrecht Kommentar*, 10. Aufl., Köln 2022 (im Folgenden: HWK), § 611a BGB Rn. 116a.

¹⁰³ S. nur *Schubert*, RdA 2018, 200, 202.

¹⁰⁴ Im Wesentlichen: LAG Hessen, 14.2.2019 – 10 Ta 350/18 – NZA-RR 2019, 505; LAG München, 4.12.2019 – 10 Ta 350/18 – NZA 2020, 316.

¹⁰⁵ BAG, 1.12.2020 – 9 AZR 102/20 – AP Nr. 132 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

(§ 611a Abs. 1 S. 5 BGB) zur Annahme eines Arbeitsverhältnisses führen, wenn der Crowdworker zur persönlichen Leistungserbringung verpflichtet ist, die geschuldete Tätigkeit ihrer Eigenart nach einfach gelagert und ihre Durchführung inhaltlich vorgegeben ist sowie die Auftragsvergabe und die konkrete Nutzung der Online-Plattform im Sinne einer Fremdbestimmung durch den Plattformbetreiber gelenkt wird.¹⁰⁶ Unter Zugrundelegung dieser Kriterien gelangte der 9. Senat zu der Auffassung, dass der Kläger die ihm erteilten Aufträge in persönlicher Abhängigkeit im Rahmen eines einheitlichen, die verschiedenen Mikrojobs umfassenden Arbeitsverhältnisses durchgeführt habe.¹⁰⁷

Das Urteil des 9. Senats ist auf ein ebenso lautes wie geteiltes Echo gestoßen. Nicht der Kritik kann allerdings zunächst der Ansatz des BAG unterliegen. Der 9. Senat nimmt die Legaldefinition des § 611a Abs. 1 BGB und die normierten Tatbestandsmerkmale als Ausgangspunkt einer umfassenden Erörterung und der anschließenden Subsumtion des Sachverhalts.¹⁰⁸ Die konkrete Bewertung einzelner Aspekte der vertraglichen Vereinbarung sowie der tatsächlichen Durchführung derselben mag ggf. nicht in jedem Punkt in Gänze zu überzeugen, doch handelt es sich letztendlich um eine Beurteilung und Gewichtung der einzelnen Merkmale des § 611a Abs. 1 BGB im konkreten Einzelfall.

Die eigentliche Kritik muss sich an der Annahme einer Verpflichtung zur Arbeitsleistung entzünden. Die vertragliche Vereinbarung zwischen dem Plattformbetreiber und dem Crowdworker begründete selbst keine Leistungspflicht, keine Verpflichtung zur Annahme von Aufträgen. Die Entscheidung der Vorinstanz prägte dabei die Annahme, aus einer Rahmenvereinbarung könne kein Arbeitsverhältnis hervorgehen, weil es an einer Leistungspflicht des Beschäftigten fehle.¹⁰⁹ Nach Auffassung des BAG sprach es demgegenüber nicht allein für ein Arbeitsverhältnis, dass die Zusammenarbeit über die Plattform so gesteuert werde, dass der Auftragnehmer seine Tätigkeit weisungsgebunden im Sinne von § 611a Abs. 1 BGB gestalten müsse.¹¹⁰ Auch vermöge die tatsächliche Durchführung der Mikrojobs durch den Crowdworker auf der Grundlage einer mit dem Plattformbetreiber getroffenen Rahmenvereinbarung ergeben, dass die rechtliche Beziehung als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren sei.¹¹¹

Fraglich muss an diesem Punkt zum einen sein, ob ein Arbeitsverhältnis überhaupt existieren kann, wenn die Arbeitspflicht nicht Gegenstand des Vertragsverhältnisses

geworden ist, problematisch zum anderen, ob sich eine Verpflichtung zur Arbeitsleistung wirksam aus sonstigen Aspekten außerhalb des vertraglich Vereinbarten, namentlich aus der tatsächlichen Durchführung ergeben kann.¹¹² Dass die Arbeitspflicht existentieller Bestandteil des Arbeitsverhältnisses ist, ergibt sich bereits aus der Definition in § 611a Abs. 1 BGB, wonach der Arbeitnehmer »zur Leistung [...] verpflichtet« wird.¹¹³ Dies besagt freilich noch nicht, dass der Ausschluss der Leistungspflicht oder die fehlende Vereinbarung derselben zwingend die Annahme eines (Arbeits)Verhältnisses ausschließt. Eine solche Disposition über einen wesentlichen Bestandteil des Arbeitsverhältnisses würde den Vertragsparteien, besser: der überlegenen Vertragspartei die Möglichkeit der Disposition über das zwingende Arbeitsrecht verleihen,¹¹⁴ was bereits mit § 611a Abs. 1 S. 6 BGB kaum in Einklang zu bringen wäre. Die Orientierung an der tatsächlichen Durchführung des Vertrags dient in diesem Zusammenhang als Umgehungsverbot, welches der willkürlichen Ausschaltung des zwingenden Arbeitnehmerschutzrechts entgegenwirkt.¹¹⁵

Steht demnach das Fehlen einer vertraglichen Leistungspflicht der Annahme eines Arbeitsverhältnisses nicht zwingend entgegen (sofern sodann noch die persönliche Abhängigkeit hinzutritt), bleibt die Frage, ob sich eine Verpflichtung zur Arbeitsleistung und eine entsprechende Erwartung über den konkreten Mikrojob hinausgehend aus der tatsächlichen Vertragsdurchführung ergeben kann. Eine solche Erwartung der kontinuierlichen Arbeitsleistung kann beispielsweise dadurch begründet werden, dass die fehlende Übernahme von Aufträgen in einer bestimmten Form sanktioniert wird. Bei

106 BAG, 1.12.2020 – 9 AZR 102/20 – AP Nr. 132 zu § 611 BGB Abhängigkeit, Rn. 45, 48.

107 BAG, 1.12.2020 – 9 AZR 102/20 – AP Nr. 132 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

108 BAG, 1.12.2020 – 9 AZR 102/20 – AP Nr. 132 zu § 611 BGB Abhängigkeit, Rn. 30 ff., Rn. 41 ff., Rn. 45 ff.

109 LAG München, 4.12.2019 – 10 Ta 350/18 – NZS 2020, 316.

110 BAG, 1.12.2020 – 9 AZR 102/20 – AP Nr. 132 zu § 611 BGB Abhängigkeit, Rn. 48.

111 BAG, 1.12.2020 – 9 AZR 102/20 – AP Nr. 132 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

112 Kritisch mit Blick auf die fehlende Arbeitspflicht *Sittard/Pant*, Jm 2021, 416, 418 ff.; HWK-*Thüsing* (Fn. 102), § 611a BGB Rn. 47; *Thüsing/Hütter-Brungs*, NZA-RR 2021, 231; *Wisskirchen/Haupt*, RdA 2021, 355, 358 f.

113 Siehe nur *Thüsing/Hütter-Brungs*, NZA-RR 2021, 231, 233.

114 Vgl. *Waltermann*, NJW 2022, 1129, 1130 f.

115 *Deinert*, Anm. zu BAG, 1.12.2020 – 9 AZR 102/20 – AP Nr. 132 zu § 611 BGB Abhängigkeit; *Junker*, JZ 2021, 519, 520 f.; *Schwarze*, RdA 2020, 38 ff.

Crowdworkern kann eine solche Sanktion beispielsweise in dem Verlust von Vorteilen oder der Schließung des Accounts liegen.¹¹⁶ Der 9. Senat hat die Annahme einer Leistungspflicht an den »Gamification-Part« der seitens des Plattformbetreibers zur Verfügung gestellten App geknüpft. Die Organisationsstruktur seitens des Plattformbetreibers sei darauf gerichtet, dass die Crowdworker kontinuierlich Mikrojobs annehmen und erledigen. Dem einzelnen, befristeten Mikrojob aber komme kein wesentlicher Wert zu. Erst ein mit der Anzahl durchgeführter Aufträge erhöhtes Level im Bewertungssystem ermögliche es den Crowdworkern, gleichzeitig mehrere Aufträge anzunehmen, um diese auf einer Route zu erledigen und damit faktisch einen höheren Stundenlohn zu erzielen. Diese Anreizfunktion werde, so das BAG, bewusst eingesetzt, um den Crowdworker zu veranlassen, in dem Bezirk seines gewöhnlichen Aufenthaltsorts kontinuierlich Kontrolltätigkeiten zu erledigen. Der Plattformbetreiber spreche mit der Inaussichtstellung von Erfahrungspunkten und den damit verbundenen Vorteilen den »Spieltrieb« der Crowdworker an, um sie zu einer regelmäßigen Beschäftigung zu bewegen. Das Ergebnis sei eine mit einer Verpflichtung zur Übernahme von Arbeitsaufgaben vergleichbare tatsächliche Wirkung.¹¹⁷

Diese Auffassung kann nicht gänzlich ohne Kritik bleiben. Nicht in Frage steht freilich, dass der Gamification-Part zur Motivation der Crowdworker zur konstanten Übernahme von Aufträgen eingesetzt wird. Nicht in Frage steht gleichfalls, dass sich die Erledigung der Mikrojobs erst dann rentiert, wenn diese in großem Umfang verfügbar sind. Nicht ohne Zweifel aber bleibt, ob dieses tatsächliche Anreizsystem als »Minus« zur vertraglichen Vereinbarung eine Arbeitspflicht wirksam zu begründen vermag. Zu beachten ist, dass im konkreten Fall die Crowdworker weder im Level wieder herabgestuft werden, sobald sie ihr übliches Aktivitätsniveau nicht mehr erreichen, noch vertraglich ein Ausschluss oder eine Schließung des Accounts aufgrund von Inaktivität vorgesehen ist. Die Sanktionen stellen sich mithin dergestalt dar, dass bei einer fehlenden Auftragsannahme die Crowdworker zwar keine höheren Erwerbchancen erhalten, aber keine negativen Konsequenzen wie eine Herabstufung drohen. Ob hierin eine mit einer Rechtspflicht zur Arbeitsleistung vergleichbare Drucksituation angenommen werden

kann, muss bezweifelt werden, vor allem dann, wenn eine solche »Sanktion« mit den typischen arbeitsrechtlichen Sanktionen im Falle einer Verweigerung der Arbeitsleistung (Abmahnung, Kündigung) verglichen wird. Das Anreizsystem mag zwar ein Indiz für eine Arbeitspflicht bieten, doch bewirkt nicht jede »Sanktion« mittelbar eine Arbeitspflicht.¹¹⁸

Die Entscheidung des BAG kann aus gutem Grunde als Paukenschlag bezeichnet werden. Nicht allein die bislang fehlende Befassung der Arbeitsgerichte mit der statusrechtlichen Einordnung von Crowdworkern zeichnet das Urteil des BAG aus. Überdies war in der Literatur bislang vorwiegend die Tendenz zu verzeichnen, Crowdworker als Selbstständige, vielleicht noch als arbeitnehmerähnliche Personen, nicht aber als Arbeitnehmer zu qualifizieren.¹¹⁹ Das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses wurde allenfalls in Ausnahmefällen angenommen, etwa im Falle eines direkten Crowdworkings, sofern dem Auftraggeber gegenüber dem Crowdworker die Befugnis konkreter Arbeitsanweisungen zukommt und der Crowdworker nicht frei über Annahme und Ablehnung von Arbeitsaufträgen entscheiden kann.¹²⁰ Die wenigen zu verzeichnenden arbeitsgerichtlichen Entscheidungen verneinten gleichfalls die Arbeitnehmereigenschaft der Crowdworker.¹²¹ Die Entscheidung des BAG vermag vor diesem Hintergrund die Tendenz erkennen lassen, die Annahme eines Arbeitsverhältnisses nicht auszuschließen. Die Konstruktion einer Arbeitspflicht unterlag im vorliegenden Fall zwar durchaus der Kritik, nicht aber die Anwendung der Kriterien des § 611a Abs. 1 BGB, welche den Status eines Arbeitnehmers auch dem Crowdworker zusprechen können.

¹¹⁶ Schubert, RdA 2018, 200.

¹¹⁷ BAG, 1.12.2020 – 9 AZR 102/20 – AP Nr. 132 zu § 611 BGB Abhängigkeit, Rn. 50.

¹¹⁸ Schubert, RdA 2018, 200.

¹¹⁹ HWK-Thüsing (Fn. 102), § 611a BGB Rn. 116a; Waltermann, FS Preis, 2021, S. 1449, 452 m. ausf. N.

¹²⁰ Lingemann/Otte, NZA 2015, 1042, 1045; Schubert, RdA 2018, 200, 204.

¹²¹ LAG Hessen, 14.2.2019 – 10 Ta 350/18 – NZA-RR 2019, 505 (Einordnung eines Reisebusfahrers als selbstständig); LAG München, 4.12.2019 – 10 Ta 350/18 – NZA 2020, 316 (Verneinung der Arbeitnehmereigenschaft).

VI. Fazit und Ausblick

Dem Begriff des Arbeitnehmers im Sinne von § 611a Abs. 1 BGB und seinem Verhältnis zum Begriff der Beschäftigung nach Maßgabe von § 7 Abs. 1 SGB IV wird seit langem Aufmerksamkeit gezollt;¹²² es ist zu erwarten, dass der Thematik die Aufmerksamkeit auch weiterhin erhalten bleibt. Das Verhältnis der beiden Begrifflichkeiten scheint weiterhin nicht abschließend geklärt. Der Blick auf die arbeits- wie sozialversicherungsrechtliche Statusfeststellung zeigt jedoch bereits den fehlenden Gleichklang der Statusbestimmung, beispielhaft bei der Einordnung von GmbH-Geschäftsführern oder Honorarärzten. Unbeantwortet mag die Frage bleiben, ob sich die Differenzierung zwischen Arbeitnehmern und Beschäftigten als dogmatisch erforderlich erweist oder ob eine einheitliche Auslegung anzustreben ist. Die Rechtsprechung hat sich insoweit allerdings klar positioniert. Die Arbeitsgerichte heben hervor, die sozialversicherungsrechtliche Einordnung könne keine Aussage über den Status als Arbeitnehmer treffen, die Sozialgerichte bekennen sich gleichfalls

deutlich zu einer Loslösung des Begriffs der Beschäftigung von der arbeitsrechtlichen Einordnung. Die Forderung nach einer insoweit herzustellenden Einheit der Rechtsordnung,¹²³ die einen Gleichlauf des arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Schutzes zur Folge hätte,¹²⁴ ist zwar nachvollziehbar und aus Gründen der Rechtssicherheit verständlich. Das gerade von der Rechtsprechung gelebte unterschiedliche Begriffsverständnis zeigt jedoch deutlich, dass von einem jeweils autonomen Begriffsverständnis auszugehen ist, welches einen Gleichlauf von arbeits- und sozialrechtlichem Status weder notwendig noch gewollt erscheinen lässt.

¹²² Brose, FS Preis, 2021, S. 119; Preis, NZA 2000, 914; ErfK-Preis (Fn. 3), § 611a BGB Rn. 16 f.; Seiter, FS zum 25-jährigen Bestehen des BSG, 1979, S. 515; Stoffels, FS Ingrid Schmidt, 2021, S. 911; Waltermann, FS Preis, 2021, S. 1449.

¹²³ Kritisch Brose, FS Preis, 2021, S. 119, 126 ff.

¹²⁴ Dazu ErfK-Preis (Fn. 3), § 611a BGB Rn. 16 f.

Geschichte und Zukunft der Betriebsverfassung

Wolfgang Däubler/Michael Kittner, mit einem Anhang zur Entwicklung in Österreich von Josef Cerny, 2022, Bund Verlag, Frankfurt aM., 768 S., ISBN 978-3-7663-7273-4, 58,00

Die Historiographie als Wissenschaft kann, wie bis vor einigen Jahrzehnten üblich, als Geschichte von Herrschenden, Kriegen, Epochen und Dynastien erzählt werden. Oder aber, und das ist wohl ein Verdienst auch der 68er Bewegung,¹ als *Geschichte von unten*, mit Fokus auf die Vermögenslosen (deren einziges »Kapital« bekanntlich ihre Arbeitskraft ist).² So auch im vorliegenden Werk, mit Blick auf die durch Liberalismus und Klassenjustiz von »Hausherren«, Industriellen und Couponschneidern – und deren »Überbau« – Unterdrückten. Die von Politik, Kirche und Militär gestützte »Herr im Haus«-Mentalität war es auch, die von den Mitbestimmungsanfängen in Gestalt »zünftiger« Gesellenvereinigungen und knappschäftlicher Bruderladen im Spätmittelalter bis zur Katastrophe des Jahres 1933 und dem Neubeginn ab 1945 zentraler Hemmschuh jeglicher Mitbestimmung blieb.

Weil in der Erstauflage des Werks (2020; 624 Seiten Umfang) die in weiten Teilen³ sehr ähnliche, oft parallel verlaufende Entwicklung des österreichischen Betriebsverfassungsrechts nur in einer einzigen Fußnote Erwähnung fand – was von *Josef Cerny* in seinem ausführlichen Rezensionsaufsatz in der öst. DRdA⁴ mit Verwunderung aufgenommen worden war – haben die Autoren, Prof. em. *Michael Kittner* (verfasste den 1. Teil, von den Anfängen bis 1945) und Prof. *Wolfgang Däubler* (2. Teil, ab 1945), für die hier vorliegende, überarbeitete und erweiterte Zweitaufgabe sogleich diesen Rezensenten und ausgewiesenen Experten zur Co-Autorenschaft für einen Österreich-Teil eingeladen. *Cerny*, ehemaliger Direktor der Arbeiterkammer Wien und Bundesarbeitskammer⁵ sowie Honorarprofessor der Paris-Lodron-Universität Salzburg, verantwortet nun den 3. Teil des vorliegenden Werks. Er beschreibt die historische Entwicklung, die Wesensmerkmale und die Perspektiven der österreichischen Arbeitsverfassung – und schließt den Österreich-Teil mit einem Plädoyer für die Sozialpartnerschaft ab (s. unten 7.).

Die Perspektiven des Rechts innerbetrieblicher sowie unternehmens- und konzerninterner Arbeitsbeziehungen sollen, neben einem knappen Rechtsvergleich Deutschland-Österreich, im Folgenden im Zentrum stehen. Denn diese umfassende und hochaktuelle Monografie – so wird etwa der DGB-Entwurf zum BetrVG vom Frühjahr 2022 auf S. 641 ff. erläutert – behandelt nicht nur die Geschichte der (Rechts-)Politik der Arbeitsbeziehungen. Sie ist tief-schürfende und fesselnde Geschichtsschreibung von den *Werkbänken und Bureaus* der Arbeitnehmer:innenbewegung ausgehend – und dann zur Frage der Zukunftsfähigkeit⁶ der Betriebsverfassung hinführend. Wie schon *Reichold* in dieser Zeitschrift (SR 6/2020, S. 231 ff.) zur 1. Auflage treffend meinte: »*Es ist also weit mehr als eine Sozial- und Wirkungsgeschichte der betrieblichen Mitbestimmung, die hier erzählt wird. Es geht auch um die Zukunftsfähigkeit der Betriebsverfassung – kann man dazu etwas aus der Vergangenheit lernen?*«

I. Häufig »parallele« Entwicklungen von 1840 bis 1932

Österreich, und insbesondere Wien verdankt seinem nordwestlich gelegenen Nachbarstaat nicht nur *Beethoven* (*1770, Bonn), sondern auch *Metternich* (*1773 Koblenz). Im politisch rigiden und von »französischer« Revolutionsparanoia geprägten Vormärz war Fürst *Klemens Metternich* im »Deutschen Bund« der Staatsmann der politischen

1 Auf »die 68er Generation« oder »Bewegung« wird übrigens an mehreren Stellen des Buchs Bezug genommen, etwa beim Weg zum BetrVG 1972 (S. 435) oder bei »Verselbständigungstendenzen von BR«, die sich an gewerkschaftsnahe Rechtsanwaltskanzleien – von 68ern gegründet – vermehrt werden würden (S. 523).

2 Siehe zB. www.geschichtevonunten.de/01_sek-lit/theorie/unruh-geschichte-gew.htm (13.3.2023).

3 Jedenfalls ab dem Vormärz, mit den Forderungen des österreichischen Juristen und Politikers *Perthaler* beginnend (s. gegenständlich S. 65 ff.).

4 *Cerny*, Geschichte der Betriebsverfassung – eine rechtsvergleichende Buchbesprechung, öDRdA 2020, 426 ff., 428.

5 Eingerichtet durch das Bundesgesetz über die Kammern für Arbeiter und Angestellte (Wirkungsbereiche je Bundesland, daher 9 Kammern) und die Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte (Arbeiterkammergesetz – AKG), BGBl. Nr. 626/1991 sowie »nahtlos« durch sein Vorgängergesetz von 1920 bis 1934 und von April 1945 bis 31.12.1991, das »Arbeiterkammergesetz 1920«, StGBI. 1920/100.

6 Im zweiten Teil des Werks von *Däubler* auf rund 75 Seiten erörtert.

Reaktion, indem er seinen *Polizey*-, Bessitzelungs- und Zensurapparat von Wien aus betrieb. »Geradezu obsessiv wurden alle Tendenzen demokratischer Umwälzungen bekämpft« (im Buch auf S. 61 f. für Deutschland und S. 659 f. Österreich betreffend beschrieben). Preußen, Bayern, Österreich und weiteren Gliedstaaten des Deutschen Bunds war offenbar das Selbstverständnis eines zusammengehörenden Rechtsraums immanent: Zur Zeit des eingangs erwähnten *Alois Perthaler*⁷ waren zeitnah sowohl in Preußen (*Preußisches Regulativ* 1839 nach dem Vorbild des britischen *Moral an Health Act* 1802) als auch im Kaisertum Österreich (*Österreichisches Hofkanzleidekret* 1842 nach gleichem Vorbild) Arbeitszeit- und Arbeitsschutznormen in Geltung gesetzt worden.⁸ Allerdings, schon die Betitelung der beiden Rechtsakte deutet kulturelle Unterschiede an: militärisch-knappe Zweckbezeichnung im Norden, barock-ausschmückende Gönnerhaftigkeit im Südosten.

Auch im volkswirtschaftlichen Ausschuss der Paulskirche in Frankfurt/Main war zwischen Mai 1848 und Februar 1849 noch deutsch-österreichisch über Fabrikanschüsse und »Fabrikräte« (intendiert: Genehmigung von Fabrik-Ordnungen, Genehmigung der Arbeitszeit, Festsetzung von Krankenunterstützungskassen, Vertretung bei der Kreis-Gewerbekammer) beraten worden; diese scheiterten bekanntlich. Doch mit beginnender Ära der »Restauration« (in Österreich; bis 1867 bzw. bis zur Vereinsrechts-Liberalisierung 1871) bzw. der preußisch-deutschen Reichsgründung (ebenfalls bis 1871) samt »Deutschen Bruderkrieg« von 1866⁹ war es mit der gemeinsamen Entwicklung von Gewerkschafts- und Arbeitnehmer:innenrechten auch schon wieder vorbei. Dennoch, die rechtlichen Fortschritte hinsichtlich Arbeitsschutz und Arbeitnehmermitsprache blieben in beiden Staaten äußerst ähnlich, wie im ersten Monografierteil bei *Kittner* auf den S. 78 ff. und im dritten bei *Cerny* unter 661 ff. nachzulesen ist.

Wie gesagt recht ähnlich, im »inneren« Befriedungsversuch aber dann doch different, verliefen die Entwicklungslinien in den beiden Staaten von Zeit der »Lösung der Arbeiterfrage« in den 1870er- und 1880er-Jahren bis zur Mitte des ersten Weltkriegs (*Burgfrieden*« im Deutschen Reich [127 ff.], III. Teilnovelle des ABGB [individualarbeitsrechtliche »Beruhigungslegistik«]¹⁰ in der K&K-Monarchie, beide 1916). Die SPD und die in ihr

organisierten Gewerkschafter stimmten Anfang August 1914 mit 96:14 Stimmen für die Kriegskredite (S. 128); in der Folge ihres nochmaligen »Umfallens« in Gestalt der Zustimmung zum »Hilfsdienstgesetz« wurde die Reichstagsfraktion der Sozialdemokraten 1916/17 förmlich zerrissen, indem sich USPD und Spartakus-Bund (spätere KPD) abspalteten (s. § 13 IV: *Desintegration der Linken: Parteispaltung und Fraktionierung in den Gewerkschaften*).

Die Rechtsentwicklungen der »entscheidenden« Jahre 1918–1920 unterscheiden sich dann doch einigermaßen, unter anderem weil die Kommunistische Partei im Österreich der 1. Republik, dh. vom 12. November 1918 bis zur Etablierung und Proklamation des Austrofaschistischen Ständestaats 1933/34, deutlich weniger Bedeutung hatte als in Deutschland, wo eine von Kriegsanleihen-Begeisterung und Hilfsdienstgesetz-Zustimmung korrumpierte SPD als politischer Arm der meisten Gewerkschaften ab 1917 drastisch an Rückhalt in der Arbeiterschaft einbüßte; die Dichotomie Sozialdemokratie-Kommunismus gab es in Österreichs 1. Republik jedenfalls nicht in dieser Härte wechselseitig vernichtender Verurteilungen und Verfolgungen.¹¹ *Kittner* zeigt im weiteren Verlauf die Entwicklungslinien am Ende der Monarchie und am Beginn der Weimarer Republik rund um die Entstehung des BRG 1920 in bemerkenswerter Tiefe und Quellengenauigkeit auf. Aber auch die zahlreichen Rückschritte, vom gescheiterten Regierungsentwurf eines Arbeiterkammergesetzes (1908) bis zur faktischen Außerkraftsetzung des Betriebsrätegesetzes 1920 durch die nationalsozialistische Diktatur (*Betriebsräte in der Endphase*: Kommunistische Revolutionäre Gewerkschaftsopposition-RGO und NS Betriebszellen-Organisation/NSBO) im kurzen Zeitraum

7 S. Fn. 3.

8 *Löschnigg*, Arbeitsrecht, Wien 2017, S. 47.

9 Siehe https://de.wikipedia.org/wiki/Deutscher_Krieg (13.3.2022).

10 Bis hin zur Verleihung des Berufstitels »Professor« an Gymnasiallehrer, anstatt Entgeltserhöhungen für diese Beamtengruppe vorzunehmen, denn das erschien in der Kriegswirtschaft als nicht leistbar. Von 1916 bis heute ist dieser Titel, der als Amtstitel pragmatisierten Lehrern an höheren Schulen vorbehalten war, Bestandteil der Rechtsordnung, seit 2006 führen auch Vertragslehrer an höheren Schulen den »Professor« als Verwendungsbezeichnung.

11 Was wohl auf eine »andere Sozialdemokratie« mit dem starken marxistischen Flügel der SDAP – Vorgängerin der SPÖ – zurückzuführen ist, und untrennbar mit dem Begriff »Austromarxismus« (deutliche Programmunterschiede zum Bolschewismus) und dem Politiker *Otto Bauer* (im Buch auf S. 688 f. erwähnt) verbunden ist.

1930 bis 1933 werden eindrucksvoll auf mehr als 150 Seiten dargestellt. Zurück zu den »bedingten Erfolgen« am Beginn der Republik: Das liest sich zB. auf S. 153 wie folgt: »Die Ereignisse um die Entstehung des BRG [10. November 1918 – 4. Februar 1920] sind ein getreulich repräsentativer Ausschnitt der Geburtswehen der Weimarer Republik im Ganzen.« Der Räte-Artikel der Weimarer Reichsverfassung (Art. 165 WRV) sollte sich als »Bruchstelle« erweisen; das Gesamtprogramm einer Räteverfassung war nur punktuell durch das BRG 1920 verwirklicht, weshalb es »in der Luft hing«, zumal die verfassungsrechtlich vorgesehenen Organe Reichswirtschaftsrat und Bezirkswirtschaftsräte nie eingerichtet wurden (S. 187).

Ein knapp gehaltenes Kapitel zur Parallelität Deutschland–Österreich findet sich am Ende der Darstellung der BRG-Genese – die Alpenrepublik hatte in Gestalt des Gewerkschafters und Sozialministers *Ferdinand Hanusch* (»Hanusch-Ära« 1919–1923) einen energischen Betreiber von BRG, Kollektivvertrags- und Einigungsämtergesetz sowie Arbeiterkammergesetz. Hier wird nicht verhehlt, dass der zuständige Ministerialbeamte und spätere BRG-Kommentator *Georg Flatow* davon sprach, das am 15. Mai 1919 von der Konstituierenden Nationalversammlung der Republik Deutsch-Österreich (ab 1. Dezember 1920: Republik Österreich) beschlossene öBRG sei für das am 4. Februar 1920 vom Reichstag verabschiedete dBRG »in vielem vorbildlich« gewesen.¹²

II. Der ungeklärte Schock 1933

Spannend wie eine »*Babylon Berlin*«-Folge liest sich die Zeit von 1930 bis 1934 (S. 266–293), in der zB. mit dem Gesetz über Betriebsvertretungen vom 4. April 1933 die Reichstagsmehrheit (NSDAP) Betriebsratswahlen hinaus-schob, und so bestehende – überwiegend sozialdemokratisch orientierte – Belegschaftsvertretungsorgane bis Anfang 1934 in Sicherheit wiegen konnte. »Die Reaktion der Gewerkschaften auf dies[es] Gesetz war von peinlicher Begriffsstutzigkeit. Der ADBG begrüßte es mit heute gespenstisch anmutender Naivität [...]« (S. 281).

Am 15. April 1933 gab der ADGB einen Aufruf an die Gewerkschaftsmitglieder aus, in dem die Erhebung des 1. Mai zum »deutschen Volksfeiertag« begrüßt wurde: »Der deutsche Arbeiter soll am 1. Mai standesbewußt demonst-

rieren, soll ein vollberechtigtes Mitglied der deutschen Volksgemeinschaft werden.« Am Morgen des 2. Mai 1933 wurden die Gewerkschaften gewaltsam zerschlagen, Gewerkschaftshäuser von SA- und SS-Männern besetzt, fast alle hauptamtlichen Funktionäre in »Schutzhaft« genommen oder in Konzentrationslager verschleppt, die Gewerkschaftsverwaltungen binnen weniger Monate in die Deutsche Arbeitsfront (DAF) eingegliedert.

Naturgemäß kann auch das vorliegende Buch mit Blick auf Betriebsräte- und Gewerkschaften-Entwicklung nicht erklären, warum ein nicht unbedeutender Teil der Arbeiterschaft sich der NSDAP zuwandte. Der Terror der Machthaber und die endgültige Diktatur-Errichtung nach dem Reichstagsbrand wird einerseits auf den Seiten 277–284 punktuell dargestellt. Bemerkenswert ist dennoch, dass es »eine nahezu komplette Wählerwanderung« (S. 280 f.; bei den DAGB-Delegiertenwahlen 1933 im Vergleich zu 1931) von den Kommunisten (RGO) zu den Nationalsozialisten (NSBO) gab. Die tabellarische Darstellung der Fraktionenveränderungen (lt. Gewerkschaftszeitung 1933) auf S. 280 ist geradezu schockierend: Von 1931 auf 1933 schrumpfte die RGO von 29,4 % auf 9,2 %, die NSBO wuchs in diesen zwei Jahren um das 7,5-fache! Inwieweit *Stalins* Terrorpolitik und die seiner den »Holodomor«, also den sog. »Kulaken«-Genozid 1931–33 (insbesondere in der Ukrainischen S.S.R.) ausführenden rechten Hand *Kaganowitsch*¹³ damit zu tun hat, ist kaum erforscht. In Österreich hatte jedenfalls der den austrofaschistischen Ständestaat unterstützende katholische Kardinal *Innitzer*, von einem aus der Sowjetunion nach Wien zurückgereisten Techniker und Fotografen¹⁴ über den Hunger-Genozid informiert,¹⁵ ab 1932/33 zu Hilfeleistungen für die Ukraine aufgerufen. Die rund 10 Millionen Hungertoten bzw. -ermordeten des 1. Fünfjahresplans der UdSSR dürften also auch in Mitteleuropa bekannt geworden sein.

12 Vgl. mwN. *Cerny*, öDRdA 2020, 428.

13 Siehe https://de.wikipedia.org/wiki/Lasar_Moissejewitsch_Kaganowitsch (13.3.2023).

14 *Alexander Wienerberger* versandte heimlich (per Diplomatenpost) ab 1932 Fotos von Verhungern aus der Region Charkow nach Wien und auch nach Deutschland, s. <https://www.wienerzeitung.at/nachrichten/wissen/geschichte/2162349-Hungerterror-gegen-die-Ukraine.html> (13.3.2023) sowie den Wikipedia-Eintrag zu diesem Zeitzeugen.

15 <https://www.katholisch.at/aktuelles/127709/nur-innitzer-protestierte-gegen-hungertod-von-millionen> (13.3.2023); s. auch https://de.wikipedia.org/wiki/Theodor_Innitzer (13.3.2023).

Ganz allgemein dürfte die Härte der Auseinandersetzungen zwischen den politischen »Lagern« in den beiden jungen Republiken unterschiedlich gewesen sein. In Österreich trotz Justizpalast-Brand (1927), Austrofaschismus von März 1933 (ab 1. Mai 1934 klerikal-faschistischer »Ständestaat«) bis zum »Anschluss« am 12. März 1938 und relativ kurzem Bürgerkrieg (Februar 1934; va. in Wien, Linz, Bruck a.d.Mur/Kapfenberg)¹⁶ mit Sicherheit ein »bissl«¹⁷ weniger unerbittlich als in der Weimarer Republik. Ein möglicher Grund dafür wurde schon oben (va. in Fn. 11) mit dem »austromarxistischen« und tendenziell Bolschewismus-kritischen Flügel der SDAP angedeutet. Wie auch immer, die beiden Staaten blieben und bleiben, von der dunklen »Ostmark«-Phase 1938–1945 abgesehen, »verfreundete Nachbarn«¹⁸ mit weitgehend angeglichenem Recht der innerbetrieblichen Arbeitsbeziehungen bis heute.

III. Die »DGB-Niederlage« 1952

Von *Wolfgang Däubler* wird der 2. Teil, die Zeit vom Neuanfang 1945 (eigentlich ab 18. November 1944, als in einer Steinkohle-Zeche bei Aachen mit wohlwollender Begleitung der alliierten Befreiungsmacht der erste »Nachkriegs-BR« seine Funktion aufnahm – ein Vorweihnachtswunder gewissermaßen) bis zur Gegenwart sowie die perspektivische Einschätzung dieser kollektiven Arbeitsrechtsordnung beschrieben. Und das einschließlich Überlegungen zu Randbelegschaften-Vertretungsoptionen, Globalisierungs- und Klimawandel-Herausforderungen, Attacken durch den Arbeitgeber, Verselbständigungs-, dh. Gewerkschaftsentfremdungs-Tendenzen und ähnlichem.

Die ersten Besatzungsjahre bis 1951, vor allem jene bis zum Grundgesetz vom Mai 1949, waren durch eine »veränderte«, also föderale Betriebsverfassung geprägt, wobei va. die Hessische Gesetzgebung als vorbildlich dargestellt wird. Weil ab 1948 der Marshallplan umgesetzt wurde, und nicht der Morgenthau-Plan, kann der 2. Teil der vorliegenden Monografie von einer an das BRG 1920 anknüpfenden umfassend-diversen Arbeitsverfassung berichten, mit Montanmitbestimmung und Industrie-Realitäten als »Motoren« des Mitbestimmungsfortschritts; die »VEB-Ordnungen« der DDR werden ebenfalls behandelt.

Mit Entstehen der Bundesrepublik kam es vor dem Hintergrund des »großen gewerkschaftlichen Defizits: Programmatik ohne Basis« (§ 23 des Werks) zum Ringen um das BetrVG 1952, ad personam durch DGB-Vorsitzenden *Hans Böckler* und Kanzler *Konrad Adenauer* geprägt. Nach dem Abschluss der Debatten um das Montan-Mitbestimmungsrecht (10. April 1951) schaffte es der Letztgenannte im Rückenwind des Antikommunismus dem Programm des DGB (Sozialisierung von Schlüsselindustrien etc.) die Zähne zu ziehen; der »rheinische Kapitalismus« hatte weitgehend gesiegt, was von *Däubler* auf den Seiten 346 bis 409 detailreich erläutert wird. Die *Aufwertung der BR*, insbesondere bei der *Umsetzung von Tarifverträgen* scheint noch der bedeutendste Fortschritt (gegenüber BRG 1920, Kontrollratsgesetz Nr. 22 und den erwähnten Länder-Betriebsverfassungen) des BetrVG 1952 gewesen zu sein. Es blieb im Wesentlichen bis 1972 unverändert. Übrigens, den von *Däubler* als »Niederlage« beurteilten Gesetzgebungsprozess 1949–1952 würde sich so mancher Fußballfan wünschen;¹⁹ man kann es auch als »ehrbares Unentschieden« sehen.

IV. Die Ära *Brandt/Schmid*, zunehmender Neoliberalismus ab ca. 1985 und eine »Reaktion« auf den Neoliberalismus: Die Ära *Schröder/Fischer*

Die 68er-Bewegung bewirkte am Ende der Wirtschaftswunderzeit einen Kulturwandel, der sich im Wähler:in-

16 *Anzenberger/Polaschek*, Widerstand für eine Demokratie: 12. Februar 1934, Graz 2010; *ders.*, Februar 1934 Ursachen, Verlauf und Motive eines Aufstands, 2017, in: <https://www.werneranzenberger.at/vortr%C3%A4ge-medienbeitr%C3%A4ge> (23.3.2023). Auf S. 689 des vorliegenden Buchs überblicksartig dargestellt.

17 Dieses abschwächende Adverb (bair.-öst. für »bisschen«) wird, neben der häufigen Verwendung von Diminutiven, von manchen Linguist:innen und Kulturanthropolog:innen im Sinne der »Bewusstsein durch Sprache«-Theorie als zentrales (Selbst-)Bestimmungsmerkmal des *homo austriacus* angesehen. Näher *Muhr/Schrodt/Wiesinger* (Hrsg.), Österreichisches Deutsch – Linguistische, sozialpsychologische und sprachpolitische Aspekte einer nationalen Variante des Deutschen, Wien 1995.

18 *Matzner-Holzer*, Verfreundete Nachbarn: Deutschland-Österreich, Wien 2004.

19 Damit möchte der Verfasser ausdrücklich *nicht* auf Länderspiele Deutschland-Österreich Bezug nehmen.

nenverhalten (1969), und leicht zeitverzögert auch in den Mitbestimmungsansprüchen der Werk tätigen – auch sie wollten *mehr Demokratie wagen* – niederschlug. Durch das BetrVG 1972 wurde die Rechtsstellung der Betriebsratsmitglieder erheblich verbessert, technische Überwachungssysteme reguliert, die Besetzung des Wirtschaftsausschusses in die Hände des BR gelegt, die Verbetrieblichung der Lohnpolitik weiterhin ausgeschlossen (Absicherung der Gewerkschaften-Betätigung) und einiges mehr. Allerdings blieb es beim Betriebsfriedensgebot (ehem. § 49 BetrVG 1952, nachfolgend § 74 BetrVG 1972), weshalb *Däubler* in Anlehnung an *Cerny* ernüchtert konstatiert, dass es vergleichbare, die Mitbestimmung hemmende »Friedensvorschreibungen« in Österreich nicht gibt, obwohl die Sozialpartnerschaft dort mittlerweile sogar Verfassungsrang²⁰ erlangt hat; »Der Fortschritt ist eben eine Schnecke« sei 1972 ein geflügeltes Wort gewesen (vgl. S. 441 und S. 719 f). Wesentlich »mehr« Wirtschaftsdemokratie wurde offenbar nicht »gewagt«.

Auf die neokonservative bzw. neoliberale Wende ab ca. 1980 musste ebenso wie auf die Wiedervereinigung rechtspolitisch reagiert werden, wovon § 31 und § 2 des Buchs handeln. Weil es zum oben unter 2. erwähnten Kapitel »*Desintegration der Linken*« passt, sei auf das rot-grüne Intermezzo zwischen den langen Regierungsphasen *Kohl* und *Merkel* Bezug genommen. Ob das, was *Schröder*, *Fischer* und *Co.* in diesen vier Jahren zusammenbrachten, »linke« Politik war, sollen *Hartz-IV-Empfängerinnen* oder *Kleinrentner* beurteilen; von *Wien* aus betrachtet konnte frau/man nur den Kopf schütteln.²¹ Nun sind die Renten-, Sozialhilfe- und Arbeitslosengeldreformen dieser Regierung zwar das sichtbarste Menetekel ihres Unvermögens, die Wirksamkeit der Betriebsverfassung samt untrennbar damit verbundener Tarifgeltung und »*Tariftreue*« (vgl. zum BetrVG 1952 oben 4.: Tarifvertrags-Umsetzung durch BR als Haupterfolg des BetrVG), sowie der dramatische Mitgliederrückgang des DGB ab dem Jahr 2001²² sind zusätzliche Kollateralschäden! So verwundert es nicht, dass es immer mehr *Betriebe ohne Betriebsrat* (und ohne Tarifbindung) sowie *Verselbstständigungstendenzen* gegenüber Gewerkschaften gibt, was in den §§ 34 und 37 des Buchs ausführlich abgehandelt wird.

V. Neue Herausforderungen Digitalisierung/Globalisierung/Klimawandel: Betriebsrätemodernisierungsgesetz 2021 und DGB-Entwurf 2022

Der Abschnitt »Herausforderungen und Zukunftsperspektiven« wird mit Überlegungen zur kollektiv-arbeitsrechtlichen Erfassung und somit Schutz-Erstreckung auf Randbelegschaften (befristet Beschäftigte, Leiharbeitnehmer, Soloselbständige, abhängige Werkvertragsnehmer) eingeleitet. Denn sie alle arbeiten im Ergebnis wenn schon nicht für den gleichen Betrieb, so doch für das arbeitsorganisatorisch gleichgeschaltete Betriebsgelände oder Unternehmen im materiellen Sinn (575–582).

Umwelt- und Klimaschutz als Aufgabe für den BR wird zwiespältig gesehen, ebenso wie diesbezügliche Weiterbildungs-Mitwirkung (die als »nicht geeignet« bezüglich betroffener AN aufgefasst werden könnte) und Produktionsveränderungs-Mitbestimmung. *Däubler* favorisiert hier tarifvertragliche Lösungen gegenüber der Betriebsebene, was im Hinblick auf die Dimensionen diesbezüglicher Produktionsumstellungen (Automobilindustrie und weitere durch die »Decarbonisierung« betroffene Produktions- und Dienstleistungszweige) mehr als verständlich ist.

Der DGB-Entwurf einer umfassenden BetrVG-Novellierung wird in 11 Bereiche gegliedert dargestellt: Erfassung von Betrieben ohne BR, Randbelegschaften, Verbesserung von »innerbetrieblichen« Gewerkschaftsrechten, Mobile Arbeit und Datenschutz, Erleichterungen der Betriebsratsarbeit, Einigungsstelle-Zuständigkeit auch für den Interessenausgleich und etliches mehr.

Ein va. die Forschungen und Arbeiten von *Hermann Kotthoff* abhandelndes Kapitel »Differenzierte Realität«, in dem die seit Mitte der 1970-er von ihm entwickelten sechs grundlegenden Betriebsrats(mitglieder)typen und

20 Art. 120a Abs. 2 Bundes-Verfassungsgesetz/B-VG 1920; in Kraft seit 2008, siehe § 45 des bespr. Werks.

21 Abgesehen von *Hartz IV* uä.: Die *Riester-Rente* ist gescheitert; ca. +70 % bis +110 % höheres Altersvorsorge- und Versorgungs-Niveau mittlerweile; näher *Türk/Wöss*, Was machen wir Ösis besser?, in: *Arbeit&Wirtschaft-Blog* 2017, <https://www.arbeit-wirtschaft.at/archiv-posts/was-machen-wir-oesis-besser/> (13.3.2023).

22 Siehe oben 2. und Fn. 11.

ihre unterschiedlichen Arbeits-, Verhandlungs- und Durchsetzungsprobleme samt differenten Gewerkschaftsbeziehungen dargestellt werden, findet sich in diesem Abschnitt ebenfalls – und liest sich äußerst »lebendig«.

VI. Im Vergleich: Österreichs 3-Säulen-Modell (3. Teil von *Josef Cerny*)

Als Arbeiterkämmerer interessiert den Rezensenten naturgemäß die ab 1877 von der SPD (im Besonderen die Abgeordneten *Bebel* und *Fritzsche*) beantragte Einführung gemischter Kammern, in deren Folge ab 1911 ein Paradigmenwechsel eintrat: Getrennte Gewerbekammern und Arbeiterkammern wurden im Sinne der »Linie« der »freien Gewerkschaften« gefordert; s. S. 123 f. Diese letztlich gescheiterte Entwicklung eines Kammerwesens in Deutschland – als 3. Säule der AN-Interessenvertretung neben Gewerkschaft und BR –, um Arbeit und Kapital an einen quasi »behördlich geordneten« Verhandlungstisch zu bringen, wurde nämlich in Österreich ab 1920/21 realisiert, wie auf den Seiten 680 ff. detail- und kenntnisreich dargestellt wird.

Weltweit gibt es Vergleichbares nur in Luxemburg; die beiden »föderalen« Arbeiterkammern des Saarlands und Bremens sind in Aufgabenumfang, Größe und Budget nicht mit den neun österreichischen Bundesländer-Arbeiterkammern sowie der Bundesarbeitskammer vergleichbar, wo rund 2000 Nationalökonom:innen, Betriebswirt:innen, Politolog:innen und Jurist:innen samt Administration das »back office« der österreichischen Gewerkschaftsbewegung bilden. Es werden in diesem »office« oder *think-tank* zB. makroökonomische Grundlagen für Kollektivvertragsverhandlungen ausgearbeitet, Konsumentenschutz-Verfahren (Verbandsklage-Legitimation) oder gemeinsam mit der jeweiligen Fachgewerkschaft des ÖGB arbeits- und sozialrechtliche Musterverfahren geführt; in zahlreichen Gremien, Aufsichtsräten, beratenden Organen, in Steuerungskomitees der öffentlichen Verwaltung, der Selbstverwaltung (Arbeitsmarktservice, Sozialversicherungsträger etc.) des Kartell- oder Wirtschaftslenkungsrechts sind »Arbeiterkämmerer« Vertreter und Stimme der von ihnen pflicht-vertretenen

Arbeitnehmer:innen und der Fachgewerkschaften des ÖGB. *Cerny* weist auch auf § 6 des AKG (Urfassung 1920, nun AKG 1992) hin: Die Zusammenarbeit mit den Gewerkschaften ist bundesgesetzlich vorgeschrieben (was sich nach manchen Meinungen derzeit mit der DSGVO spießt...). Das »Sich gegenseitig nicht ins Gehege Kommen« bedarf neben klaren Aufgabenteilungen (Kollektivvertragspolitik-Grundlagenforschung etc.) des permanenten persönlichen Austauschs, geschickter Aufgabenkoordination sowie eines gewissen Maßes an (typisch österreichischer?) Kompromissfähigkeit. Dass Österreichs Gewerkschaft(en) trotz oder wegen den Arbeiterkammern keinen Bedeutungsverlust hinnehmen müssen, wurde oben (4.) kurz skizziert.

Von mindestens ebenso großer praktischer Bedeutung wie dieses 1920 verabschiedete Gesetz über die »Backoffice-Selbstverwaltung« der Arbeitnehmer:innen und der Gewerkschaften ist natürlich jene rechtspolitische Entwicklung, die zum BRG 1919 und zum Kollektivvertragsgesetz 1920 führte. Sie wird im Kapitel § 44 vor dem Hintergrund der Leistungen maßgeblicher Sozialreformer der »Ära *Hanusch*« dargestellt. Vieles lief mit Deutschland parallel, aber es lief dann doch ein klein wenig (wesensmäßig?) anders, siehe auch oben 1.

VII. tu felix Austria... practica Sozialpartnerschaft!

Das letzte Kapitel (§ 46) dieser Monografie dreier Arbeitsrechtsprofessoren, die wie die beiden Rechtsentwicklungen eine ebenso »parallele« Phase wissenschaftlichen Wirkens von Mitte der 1960er-Jahre bis zur Gegenwart (!) aufweisen, ist Reformbedarf und Zukunftsperspektiven aus österreichischer Sicht gewidmet. Aufgrund der Ähnlichkeit der Rechtsordnungen (große Ausnahme: kein vergleichbares »allgemeines« Kündigungsschutzrecht in Österreich) verwundert es nicht, dass viele Grundsatzgedanken des aktuellen DGB-Entwurfs auch vom ÖGB vertreten und mit Forderungen verknüpft werden: Digitalisierung, Klimawandel, Energiekrise, Globalisierung – die Herausforderungen an die Akteure der Arbeitsbeziehungen sind gewaltig, sie werden auf den letzten Seiten des Werks noch einmal punktuell referiert.

Unmittelbar vor dem letzten Kapitel stellt Cerny – wohl, weil das *wie* der Durchsetzungsmechanismen mindestens so entscheidend ist wie das *was* an Forderungen (an die Idee von »Gerechtigkeit durch Verfahren« sei erinnert) – ein österreichisches Spezifikum vor: Die sich ab April 1945²³ geformte »Sozialpartnerschaft österreichischer Prägung« mit vier zentralen Akteuren: Gewerkschaft, Wirtschaftskammer, Landwirtschaftskammer, Arbeiterkammer. In den Fußnoten der Seiten 719 ff. finden sich lesenswerte Quellen zu den Mechanismen und Realitäten des »Austrokorporatismus«.

Das Buch wird mit zwei Zitaten beendet und »abgerundet«, nämlich einerseits mit einem Statement des US-Nationalökonom und Nobelpreisträgers *Josef Stiglitz* (jene angeblich »unausweichlichen« [unsichtbaren] Marktkräfte, die Chancengerechtigkeit, Mitbestimmung und Solidarität hindern, »diese Marktkräfte werden von der Politik gestaltet, von den Regeln und den Rechtsvorschriften, die wir uns als Gesellschaft geben«). Und andererseits – womit wir wieder bei Überlegungen zu kulturellen, sprachlichen, aber va. historischen Unterschieden trotz

vieler Gemeinsamkeiten beider Staaten wären – mit der Österreichischen Sozialpartnererklärung vom November 1992:²⁴ »Sozialpartnerschaft ist gekennzeichnet durch eine besondere Art der Gesprächs- und Verhandlungskultur und durch die Bereitschaft der beteiligten Verbände, Kompromisse nach außen und innen durchzustehen und [...] mittelfristige gemeinsame Ziele und gesamtgesellschaftliche Interessen zu vertreten.«

Mag.iur. Hannes Schneller, Arbeiterkammer Wien/

Bundesarbeitskammer (Abt. Sozialpolitik)

sowie Institut für Aufsichtsrat-Mitbestimmung von ÖGB und AK

23 Fast legendenhaft wird die Kooperations- und Kompromissbereitschaft der ehemals verfeindeten Lager mit dem »Geist der [KZ-] Lagerstraße« erzählt und begründet: Sowohl Konservative als auch Sozialdemokraten und Austromarxisten hatten von 1938–45 ähnliche Schicksale zu gewärtigen und schworen sich anlässlich der Befreiung Ostösterreichs Mitte April 1945 »nie wieder Bürgerkrieg und politischer Arbeitskampf wie in der 1. Republik! «

24 Abkommen »Sozialpartnerschaft neu« aus 1992 (<https://www.arbeiterkammer.at/index.html>) (13.3.2023). Im Volltext als pdf-Format unter <https://www.sozialpartner.at/wp-content/uploads/2015/08/Abkommen1992.pdf> (13.3.2023).

Korrigendum zur Abhandlung Hagen Lesch: »Mindestlohn, Mindestlohnanpassung und Tarifautonomie: Eine institutionenökonomische Perspektive«, in SR 2023, 50–60

Im ersten Absatz auf S. 59 in der linken Spalte sind einige Zahlen nicht aktualisiert worden, wodurch sich Unstimmigkeiten zum übrigen Text ergeben haben. Der Absatz hätte wie folgt lauten müssen:

Mit der Erhöhung des Mindestlohns auf 12 € je Stunde steigt der »Kaitz-Index« aktuell auf etwa 92 % des Living Wage.¹ Da der Living Wage wiederum 60 % des Medianlohns ausmacht, entsprechen 92 % des Living Wage gut 55 % des Medianlohns der Vollzeitbeschäftigten. Die politische Anpassung des Mindestlohns hat also dazu geführt, den Mindestlohn zu einem Living Wage zu transformieren. Damit wird Deutschland im internationalen Vergleich vom »Nachzügler« zum »Vorreiter« angemessener Mindestlöhne in Europa². Da die nächste Anpassung des Mindestlohns durch die Mindestlohnkommission laut § 9 Abs. 1 MiLoG bis zum 30. Juni 2023

mit Wirkung zum 1. Januar 2024 zu beschließen ist, bleibt der Mindestlohn bis Ende 2023 unverändert. Da sich der Medianlohn aber erhöhen wird, dürfte der »Kaitz-Index« bis Ende 2023 um mehr als 2 Prozentpunkte auf knapp 53 % sinken.³

1 Bei dieser Schätzung wurde ein Living Wage in Höhe von 13,00 € zum Zeitpunkt der Mindestlohnanpassung im Oktober 2022 angenommen.

2 Lübbker/Schulten, WSI-Mitteilungen 2022, 148.

3 Bei dieser Schätzung wurde für Ende 2023 von einem Living Wage in Höhe von 13,71 € je Stunde ausgegangen.

Vorschau In einer der nächsten Ausgaben von »Soziales Recht« werden Sie voraussichtlich lesen:

Abhandlungen

- Adam Sagan: **Tarifautonomie unter Druck**
- Daniel Klocke: **Die Reichweite des Beseitigungsanspruchs bei § 87 BetrVG**

Rezensionen

- von Adamovich/Zernikov (Hrsg.), **Philosophical and Sociological Reflections on Labour Law in Times of Crisis** (Armin Höland)
- Kocher, **Digital Work Platforms at the Interface of Labour Law – Regulating Market Organisers** und Carinci/Dorssemont (Hrsg.), **Platform Work in Europe – Towards Harmonisation?** (Johanna Wenckebach)

GANZ EINFACH RECHT HABEN



OHNE WENN UND ABER
für jedes Betriebsrats- und
Personalratsmitglied

Jetzt bestellen!

www.mein-kittner.de | kontakt@bund-verlag.de | Bestellhotline: 069 / 79 501 020



Pieper

ArbSchR – ArbeitsschutzrechtArbeitschutzgesetz, Arbeitssicherheitsgesetz
und andere Arbeitsschutzvorschriften

Kommentar für die Praxis

7., überarbeitete und aktualisierte Auflage

2022. 1.670 Seiten, gebunden

€ 149,-

ISBN 978-3-7663-6864-5

bund-shop.de/6864

Sicher im neuen Arbeitsschutzrecht

Arbeitsbedingungen menschengerecht gestalten, die Gesundheit der Beschäftigten gewährleisten, die Sicherheit am Arbeitsplatz kontinuierlich verbessern – das sind zentrale Aufgaben im betrieblichen Arbeitsschutz und in der Mitbestimmung von Betriebs- und Personalräten. Die überarbeitete und aktualisierte Auflage des Kommentars bietet dafür zuverlässige Hilfe. Prägnant und verständlich erläutert der Kommentar das Arbeitsschutzgesetz, das Arbeitssicherheitsgesetz und alle wichtigen Arbeitsschutzverordnungen. Weitere Rechtsvorschriften sind inhaltlich einbezogen.

Schwerpunkte der Neuauflage:

- Anforderungen an den modernen Arbeitsschutz durch mobiles Arbeiten und Homeoffice, flexibilisierte Arbeitszeiten, Gefährdungen der physischen und psychischen Gesundheit
- Einbeziehung des neuen Mutterschutzes
- Neuerungen im technischen Regelwerk, das die Gesetze und Verordnung für die Praxis konkretisiert (z.B. für Gefährdungsbeurteilungen, Lärm, Straßenbaustellen)
- Einbeziehung neuer Branchenregeln der Gesetzlichen Unfallversicherung, zum Beispiel zum Arbeitsschutz in Bürobetrieben
- Kommentierung aller wichtigen Verordnungen, beispielsweise Arbeitsstättenverordnung, Betriebssicherheitsverordnung, Gefahrstoffverordnung
- Erstmals Kommentierung der Arbeitsschutzverordnung zu elektromagnetischen Feldern

Die Kommentierungen sind juristisch fundiert, dabei immer klar und verständlich. Die Neuauflage ist auf dem neuesten Stand der Rechtsprechung. So liefert der Kommentar allen Akteuren und Verantwortlichen eine Orientierung für die betriebliche Umsetzung.

Einfach online bestellen:

1. Einsteigen auf bund-shop.de/6864 2. Daten eingeben 3. Absenden
oder Coupon ausfüllen und abschicken:

Expl.	Best.-Nr. 978-3-7663-	Autoren / Kurztitel	Preis / €
	6864-5	Pieper ArbSchR – Arbeitsschutzrecht	149,-

Absender: Frau Herr

Name / Vorname: _____

Firma / Funktion: _____

Straße / Nr.: _____

PLZ / Ort: _____

Telefon: _____

E-Mail: _____

Datum / Unterschrift: _____

Bund-Verlag GmbH
60424 Frankfurt am MainInfotelefon:
069 / 79 50 10-20Fax:
069 / 79 50 10-11E-Mail:
kontakt@bund-verlag.dewww.bund-verlag.de

Immer topaktuell informiert sein

- Ja, ich möchte den kostenlosen Newsletter für **Betriebsräte** nutzen.
- Ja, ich möchte den kostenlosen Newsletter für **Personalräte** nutzen.
Den Newsletter kann ich jederzeit wieder abbestellen.