

# 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

**Selbstständige und Tarifautonomie – Gleichzeitig: Anmerkungen zur  
Crowdworker-Entscheidung des BAG und zur Plattforminitiative der  
EU-Kommission**

*Eva Kocher* ..... Seite **125**

**Die Sozialversicherung Selbständiger im Vergleich –  
Deutschland vs. Österreich**

*Sascha Obrecht/Philipp Bertsch* ..... Seite **137**

## Rezensionsaufsätze

Peter Hanau:

**60 Jahre für ein faires Arbeitsrecht – Fachliche Autobiografie**

*Klaus Bepler* ..... Seite **155**

Sarah Maria Fröhlingsdorf:

**Tod und Trauer am Arbeitsplatz – Kernprobleme und Mitbestimmung im  
Betrieblichen Gesundheitsmanagement**

*Jacob Jousen* ..... Seite **162**

# Bewerbung, Krankheit, Gehalt. Sensible Daten!



Wedde

## Beschäftigtendatenschutz

Basiskommentar zu  
EU-DSGVO und BDSG  
2022. 678 Seiten, kartoniert  
€ 54,-  
ISBN 978-3-7663-6867-6  
[bund-shop.de/6867](http://bund-shop.de/6867)

Die Europäische Datenschutz-Grundverordnung (EU-DSGVO) enthält zum Beschäftigtendatenschutz keine speziellen Vorgaben. Mit der »Öffnungsklausel« in Art. 88 DSGVO überlässt sie die Regelungsbefugnis zu diesem wichtigen Thema den Mitgliedstaaten. Der deutsche Gesetzgeber hat die so geschaffene Möglichkeit in § 26 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) umgesetzt. In dieser Vorschrift finden sich allgemeine Vorgaben zur Erforderlichkeit der Verarbeitung von Beschäftigtendaten, zur Zulässigkeit individueller Einwilligungen und zur Regelung einschlägiger Fragen in Tarifverträgen, in Betriebs- oder Dienstvereinbarungen.

In kompakter Form erläutert der Basiskommentar die für den Beschäftigtendatenschutz relevanten Vorschriften der EU-DSGVO und des BDSG. Er hat dabei die aktuelle Rechtsprechung im Blick. Beschäftigte erhalten leicht verständliche Hinweise zu datenschutzrechtlichen Einzelfragen. Betriebs- und Personalräte finden zahlreiche Praxistipps, die sie bei ihrer täglichen Arbeit im Betrieb oder in der Dienststelle nutzen können. Datenschutzbeauftragten ermöglicht die Kommentierung den einfachen Einstieg in das Thema und die schnelle Beantwortung anstehender Fragen.

### Vorteile auf einen Blick:

- › Konzentration auf den Beschäftigtendatenschutz
- › Praktische Hinweise und Regelungsbeispiele für Betriebs- und Personalräte
- › Handlich, überschaubar, gut verständlich

## Impressum

### Soziales Recht

4/2022  
ISSN 2193-5157  
August 2022, 12. 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 Walser, LL.M.

### 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

Druckerei Marquardt GmbH,  
Saulgauer Str. 3, 88326 Aulendorf

### Besug 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.

# Selbstständige und Tarifautonomie – Gleichzeitig: Anmerkungen zur Crowdworker-Entscheidung des BAG und zur Plattforminitiative der EU-Kommission\*

Prof. Dr. Eva Kocher, Europa-Universität Viadrina, Frankfurt (Oder)

## I. Einführung

Die Tarifautonomie als arbeitsrechtliches Konzept gilt zunächst für »Arbeitnehmer:innen«. Und damit sind »Selbstständige« erst einmal nicht selbstverständlich erfasst. Fragt man nach der Geltung der Tarifautonomie für Selbstständige, muss die Antwort mindestens zwei Regelungsbereiche berücksichtigen:

Erstens fragt sich, ab wann »Selbstständige« rechtlich gar nicht selbstständig, sondern als Arbeitnehmer:innen beschäftigt sind. Hier geht es um die Frage nach der Scheinselbstständigkeit, und sie verweist uns zurück auf den Arbeitnehmer:innenbegriff und seine mögliche Wandlungsfähigkeit (dazu II.).

Zweitens geht es um die Frage, inwieweit nicht auch »echte« Selbstständige von der Tarifautonomie Gebrauch machen können. Hier gilt es, diejenige Gruppe von Selbstständigen zu identifizieren, die zwar nicht in Arbeitsverhältnissen beschäftigt sind, aber dennoch Rechte aus der Tarif- oder Kollektivverhandlungsautonomie haben. Die Auslegung des Art. 9 Abs. 3 GG dient hier als Ausgangspunkt (dazu III.), aber nicht gleichzeitig schon als Endpunkt. Denn die Tarifautonomie Selbstständiger ist nicht nur ein arbeitsrechtliches, sondern auch ein wettbewerbsrechtliches Problem. Vereinigungen von Selbstständigen – bzw. Gewerkschaften in ihrer Eigenschaft als Vertreter:innen der Interessen von Selbstständigen – können Vereinigungen von »Unternehmen« sein und deshalb dem Kartellrecht unterfallen (dazu IV.).

Beide Fragen sind höchst aktuell und werden gerade viel diskutiert, in Fortsetzung einer Problematisierung der »neuen Selbstständigkeit«, die seit den 1990er Jahren stattfindet. Der Begriff bezieht sich allgemein auf Tätigkeiten der Dienstleistungs- und Wissensgesellschaft, deren Ausübung relativ geringe materielle und personelle Ressourcen erfordert und die deshalb in

Solo-Selbstständigkeit möglich ist, dh. durch Einzelpersonen, die nicht selbst wieder andere Personen als Arbeitnehmer:innen beschäftigen.<sup>1</sup> Hier stellen sich dringende Fragen des sozialen (dh. arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen) Schutzes.<sup>2</sup> In den letzten 5–10 Jahren hat sich diese Problematik durch die Zunahme der digitalen Plattformarbeit erweitert und verschärft.<sup>3</sup> Digitale Arbeitsplattformen beschäftigen nicht selten Solo-Selbstständige, deren Arbeits- und Lebenssituation ebenfalls in höchstem Maße prekär sind.<sup>4</sup> Nicht zufällig ist also die digitale Plattformarbeit die Hintergrundfolie für eine Anhörung, die von der Europäischen Kommission Anfang Dezember 2021 eingeleitet wurde. Der dort präsentierte Entwurf von Leitlinien zur Anwendung des EU-Wettbewerbsrechts auf Tarifverträge für Solo-Selbstständige<sup>5</sup> wurde gemeinsam

\* Der Aufsatz geht auf einen Vortrag zurück, der im Februar 2022 auf dem 13. Hans-Böckler-Forum zum Arbeits- und Sozialrecht gehalten wurde; Struktur und Aufbau orientieren sich an der Vortragsform. In der Sache gibt er Forschungsergebnisse wieder, die in mehreren empirisch orientierten Projekten zur Plattformökonomie erarbeitet wurden; sie sind umfassend analysiert in Kocher, Digital work platforms at the interface of labour law, London 2022.

1 Zu diesem Begriff der Solo-Selbstständigkeit siehe BAG, 31.1.2018 – 10 AZR 279/16 – BAGE 162, I, Rn. 25 (es kommt darauf an, »ob zumindest ein Arbeitnehmer beschäftigt wird oder werden soll«).

2 Bögenhold/Fachinger, Neue Selbstständigkeit, Bonn 2012; Schulze Buschhoff/Schmidt, Neue Selbstständige im europäischen Vergleich, Düsseldorf 2007; Bieback, WSI-Mitt. 53 (2000), 810; Ruland, NZS 2019, 681; Deinert, FS Beppler, 2012, S. 83 ff.; ders., Soloselbstständige zwischen Arbeitsrecht und Wirtschaftsrecht, Baden-Baden 2015; ders., Soziale Sicherung für Soloselbstständige in der Kreativwirtschaft, Bonn 2012.

3 Zur ökonomischen Bedeutung siehe zB. den Überblick von Krause, NZA 2022, 521, 521 f.

4 van Doorn, Information, Communication & Society 20 (2017), 898; Krzywdzinski/Gerber, Varieties of Platform Work, Berlin 2020; Groen/Kilhoffer/Lenaerts/Mandl, Employment and Working Conditions of Selected Types of Platform Work, Luxembourg 2018; Woodcock/Graham, The Gig Economy, Cambridge 2020.

5 Europäische Kommission, Entwurf einer Mitteilung der Kommission. Leitlinien zur Anwendung des EU-Wettbewerbsrechts auf Tarifverträge über die Arbeitsbedingungen von Solo-Selbstständigen, Anhang zu C(2021)8838 final. Die Frist der öffentlichen Konsultation endet am 31.5.2022.

mit einem Richtlinienvorschlag veröffentlicht, der sich die Verbesserung der Arbeitsbedingungen in der Plattformarbeit zum Ziel gesetzt hat.<sup>6</sup>

Im Folgenden geht es deshalb zunächst um die Reichweite des Arbeitsrechts, dh. einerseits um die Konzeptionen, die hinter dem Begriff des Arbeitsverhältnisses liegen (II.), und andererseits um die Reichweite der Tarifautonomie nach Art. 9 Abs. 3 GG (III.). In einem dritten Schritt werden die Grenzen ausgelotet, die der arbeitsrechtlichen Regelung durch das (Unions-)Kartellrecht gesetzt sind, und die mittelbar eine mögliche Reichweite der Tarifautonomie begrenzen (IV.). In diesem Zusammenhang wird auch die aktuelle Initiative der Kommission bewertet.

## II. Arbeitsrecht 1: Solo-Selbstständige als Scheinselbstständige? Problembeschreibung

Zur Auslegung und Reichweite des § 611a BGB, insbesondere im Hinblick auf die Solo-Selbstständigkeit in der Plattformarbeit gibt es bereits zahlreiche eingehende Erörterungen.<sup>7</sup> Davon ausgehend zeigt dieser Abschnitt die Gründe dafür auf, dass digitale Plattformarbeit mit herkömmlichen Kriterien des Arbeitsvertrags nicht so leicht zu erfassen ist. Als das BAG im Dezember 2020 für einen Crowdworker eine Arbeitnehmerstellung anerkannte, ging das deshalb nur mit Hilfe einer dogmatischen Neuentwicklung.<sup>8</sup>

### 1. Der Vorrang der Tatsachen und die typologische Methode

Die Methoden der Abgrenzung sind in § 611a Abs. 1 S. 5 und S. 6 BGB benannt. Die Rechtsanwender:innen werden hier auf eine Gesamtbetrachtung auf Basis eines Vorrangs der Tatsachen verwiesen; dieser wird überwiegend im Sinne eines Umgehungsverbots interpretiert.<sup>9</sup> Mit anderen Worten: Ob ein Arbeitsverhältnis vorliegt oder nicht, ist keine Frage der Vertragsauslegung, sondern eine Frage der Bewertung des konkreten Geschäftsmodells und der konkreten Arbeitsorganisation. Findet man die Merkmale, die das jeweilige Geschäftsmodell in seinem Kern prägen, hat man auch Merkmale gefunden, die von Seiten der Unternehmen nicht manipuliert werden können – jedenfalls nicht, ohne auch die Grundlagen der

eigenen Arbeitsorganisation zu ändern. Der Vorrang der Tatsachen ist insofern ein zentrales methodisches Instrument, um Versuche der Umgehung zwingenden Rechts (»creative compliance«<sup>10</sup>) aufzudecken und unwirksam zu machen.

Aus dem Vorrang der Tatsachen ergibt sich notwendig eine typologische Methode,<sup>11</sup> dh. das Arbeitsverhältnis wird in § 611a Abs. 1 BGB nicht definiert, sondern beschrieben. Der Sachverhalt wird folglich auch nicht subsumiert, sondern in einer Gesamtbetrachtung dem beschriebenen Typ zugeordnet; dies erfolgt auf der Grundlage von Indikatoren zu den Aspekten »Weisungsgebundenheit« und »Fremdbestimmung« (§ 611a Abs. 1 S. 1 bis S. 4 BGB).

### 2. Vermutung und Indizien im unionsrechtlichen Mehrebenensystem

Die Methode der »Vermutung«, mit der die EU-Kommission in ihrem Richtlinienentwurf den Arbeitnehmerbegriff in der Plattformarbeit regeln möchte, begegnet deshalb methodischen Schwierigkeiten. Der Entwurf sieht in Art. 4 Abs. 2 eine Vermutungsregelung zugunsten der Arbeitnehmereigenschaft vor. Wenn zwei von fünf genannten Kriterien vorliegen, soll die »Beweislast« für das Vorliegen von Selbstständigkeit auf die Plattform übergehen.

Zwar gibt es einige Mitgliedstaaten, die solche Vermutungsregelungen bereits kennen. Schaut man aber genauer, wie solche Vermutungen zB. in Spanien und Portugal

6 Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen in der Plattformarbeit, COM(2021)762 final.

7 Allgemein siehe *Preis*, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 22. Aufl., München 2022 (im Folgenden: *ErfK*), § 611a BGB Rn. 55 ff., insbes. Rn. 78 f.; *Kreuder*, in: Däubler ua. (Hrsg.), *Arbeitsrecht*, 4. Aufl., Baden-Baden 2017, § 611a BGB Rn. 17 ff., Rn. 113; *Walzer*, *Der arbeitsrechtliche Schutz der Crowdworker*, Baden-Baden 2019 (zugl. Hamburg, Univ., Diss. 2019); *Schneider-Dörr*, *Crowd Work und Plattformökonomie*, Baden-Baden 2021 (zugl. Bremen, Univ., Diss. 2020).

8 BAG, 1.12.2020 – 9 AZR 102/20 – NZA 2021, 552; genauer unten Abschnitt II.5. (bei Fn. 40 ff.).

9 *Schwarze*, RdA 2020, 231; *Riesenhuber*, RdA 2020, 226; rechtsvergleichend zu dieser Debatte: *Kocher*, *Digital work platforms at the interface of labour law*, London 2022; 41 f., 64 f., 69 ff.

10 *McBarnet/Whelan*, MLR 1991, 848; *Donovan*, *Reconceptualising Corporate Compliance*, Oxford 2021, pp. 8–10; *Fleischer*, *Texas Law Review* 89 (2010), 227.

11 Vgl. *Nogler*, ZESAR 2009, 461; genauer zu diesen Fragen *Kocher*, *Digital work platforms* (Fn. 9), 37 ff.

praktiziert werden, stellt man fest, dass auch diese Mitgliedstaaten nicht aufgrund isolierter Kriterien subsumieren, sondern an der typologischen Methode und damit an der nötigen »Gesamtbetrachtung« festhalten.<sup>12</sup> Ohnehin entscheidet sich die Arbeitnehmereigenschaft vor Gericht kaum jemals auf der Basis von ungeklärten Tatsachen.<sup>13</sup> Mit einer Regelung der Beweislast kommt man also schwerlich weiter.<sup>14</sup> Das heißt nicht, dass die Idee des Entwurfs, konkrete Anhaltspunkte für ein Arbeitsverhältnis zu nennen, nicht grundsätzlich sinnvoll wäre.<sup>15</sup> Man sollte die Kriterien aber – spätestens bei einer künftigen Umsetzung – nicht als Ausgangspunkte für eine rechtliche Vermutung, sondern im Rahmen einer Gesamtbetrachtung als Indikatoren des Typs »Arbeitsvertrag« konzipieren.

Der Richtlinienentwurf bringt aber noch ein weiteres methodisches Problem mit sich, und dies hängt mit dem Mehrebenensystem des Unionsrechts zusammen: Es gibt keinen allgemeinen unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff, der in allen arbeitsrechtlichen Fragen in allen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen Anwendung finden würde. Der autonome unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff gilt vielmehr nur im Kontext der Arbeitnehmerfreizügigkeit, des Antidiskriminierungsrechts sowie einiger konkreter Richtlinien. Außerhalb dieser Rechtsbereiche gelten überwiegend mitgliedstaatliche Begriffe; so ist es auch für diese Richtlinie angedacht.<sup>16</sup> Es ist deshalb nicht nur unklar, inwiefern und ob sich die vorgeschlagenen Indizien überhaupt auf den unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff beziehen sollen. Es ist vor allem offen, wie sie wirken können, wenn die Vermutung nach Art. 5 des Richtlinienentwurfs aufgrund mitgliedstaatlichen Rechts entkräftet werden kann.<sup>17</sup>

### 3. Beschreibungen der Abhängigkeit im Arbeitsverhältnis

Zunächst aber zurück zur Frage, inwiefern die gewählten Kriterien als Indizien für Arbeitnehmerstellung geeignet sein könnten. Die typologische Methode setzt zunächst voraus, dass man eine einigermaßen konkrete Vorstellung davon hat, was eigentlich ein »typisches« Arbeitsverhältnis ist. Zur Beschreibung des Typs werden üblicherweise – nicht nur in Deutschland, sondern weltweit in unterschiedlichen Rechtsordnungen – die folgenden Kriterien verwendet:<sup>18</sup>

- **Unterordnung** ist die Vorstellung, die meist mit dem Kriterium erfasst wird, »dass die Arbeit nach den Weisungen und unter der Kontrolle einer anderen Person verrichtet wird«<sup>19</sup>; das deutsche Recht verwendet den Begriff der »Weisungsgebundenheit«.
- **Organisatorische Integration** wird zT. als Indikator für Unterordnung gewertet, zT. aber auch als eigenständiges Kriterium der »Fremdbestimmung« angesehen.<sup>20</sup>
- **Wirtschaftliche Abhängigkeit** bezieht sich darauf, dass das regelmäßig gezahlte Entgelt die Haupteinnahmequelle des oder der Beschäftigten darstellt. Das Kriterium wird in manchen Rechtsordnungen mit dem Arbeitsverhältnis verbunden; in anderen – zB. im deutschen und im spanischen Recht – wird dadurch eine dritte Kategorie neben Arbeitsverhältnis und Selbstständigkeit begründet.<sup>21</sup>
- **Unternehmerische Chancen** betreffen die Gewinnchancen und wirtschaftlichen Risiken, die das Rechtsverhältnis für die Beschäftigten mit sich bringt.<sup>22</sup> Rolf Wank argumentiert seit langem, dass ein Mangel an unternehmerischen Chancen auch ein Indikator für organisatorische Integration sein könne.<sup>23</sup>

12 Siehe dazu Kocher, Digital work platforms (Fn. 9), 75 ff.

13 So auch Krause, NZA 2022, 521, 528.

14 Vgl. Wank, EuZA 2016, 143, 160; siehe auch Thüsing, BB 2022, Editorial Heft 5.

15 Eine genaue Analyse dessen, was mit einer widerlegbaren Vermutung rechtspolitisch erreicht werden könnte, findet sich bei Kullmann, ELLJ 13 (2022), 66; Kloostera, ELLJ 13 (2022), 108 ff.

16 Vgl. Art. 2 (1)(4) und Art. 3 (1) des Entwurfs; zur Auslegung der dortigen Formulierung (nationale Begriffe unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH) siehe Kocher, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Aufl., Baden-Baden 2020, § 1 Rn. 150 ff.; Thüsing, BB 2022, Editorial Heft 5 hält die Wahl der mitgliedstaatlichen Begriffe aus Kompetenzgründen vor dem Hintergrund des Subsidiaritätsprinzips für zwingend.

17 Junker, EuZA 2022, 141 f.

18 Siehe auch ILO-Empfehlung 198 sowie den kommentierten Leitfaden dazu, der für alle Regelungen der Konvention Beispiele aus unterschiedlichen Rechtsordnungen aufzeigt ([https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/2007/107B09\\_141\\_engl.pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/2007/107B09_141_engl.pdf) [7.5.2022]); genauer Kocher, Digital work platforms (Fn. 9), pp. 42 ff.

19 ILO-Empfehlung 198 unter Nr. 13a); Rebhahn, RdA 2009, 154.

20 Zum deutschen Recht Wank, EuZA 2016, 143; Wank, AuR 2017, 140; vgl. auch Junker, JZ 2021, 519, 522: Gebundenheit an Weisungen und Fremdbestimmung durch Eingliederung wirken wie kommunizierende Röhren.

21 Siehe die rechtsvergleichenden Überblicke von Rebhahn, RdA 2009, 236; Schubert, Economically-dependent workers as part of a decent economy, Oxford/Baden-Baden 2022; Cherry/Aloisi, American University Law Review 66 (2017), 635.

22 Im englisch-sprachigen Raum auch »business realities« or »economic realities«; vgl. Deakin, Jerusalem Review of Legal Studies 7 (2013), 135.

23 Wank, Arbeitnehmer und Selbständige, München 1988; Wank, EuZA 2016, 143.

- Bei der **persönlichen Leistungserbringung** geht es darum, ob die Arbeit »von dem Beschäftigten persönlich verrichtet werden muss«.<sup>24</sup>

Der Richtlinienentwurf der EU-Kommission zur Plattformarbeit vom 9. Dezember 2021 knüpft an solchen Kriterien an und konkretisiert (fast) alle für die Plattformarbeit. Die fünf Kriterien betreffen Fragen von Unterordnung/Weisungsrechten<sup>25</sup>, Fragen der organisatorischen Integration<sup>26</sup>, Fragen nach unternehmerischen Chancen<sup>27</sup> sowie der persönlichen Leistungserbringung<sup>28</sup>. Bevor sie bewertet werden soll, wird zunächst erläutert, welche Herausforderungen die Plattformarbeit für diese Kriterien des Arbeitsvertrags mit sich bringt.

#### 4. Beschreibungen von Koordinationsmechanismen in der Organisationstheorie

Der Kern der typologischen Methode ist die Gesamtbeachtung. Sie fordert dazu auf, die konkrete Art und Weise der Koordination von Arbeit sozioökonomisch zu analysieren. Dies macht auch deshalb Sinn, weil die arbeitsrechtlichen Vorstellungen von Weisungsgebundenheit und organisatorischer Integration nicht im Arbeitsrecht erfunden wurden, sondern wirtschaftliche und arbeitsorganisatorische Sachverhalte beschreiben. Man findet die dahinterstehenden Ideen vor allem in der Organisationstheorie. Sie beschäftigt sich mit dem Gegensatz zwischen »Organisation« und »Markt«. Eine Organisation ist danach herkömmlich durch Hierarchie in Form von bürokratischer Kontrolle bzw. organisatorische Integration in Form von Hierarchie gekennzeichnet.<sup>29</sup>

Die Organisationstheorie ist nicht nur deshalb interessant, weil sie etwas gut beschreiben kann, was im Arbeitsrecht ebenfalls bekannt ist. Sie analysiert vielmehr differenziert schon seit längerem auch neuere Koordinationsmechanismen der indirekten Steuerung.<sup>30</sup> In der Organisationstheorie sind begriffliche Konzepte entwickelt worden, um »postbürokratische« Organisationen<sup>31</sup> und neuere Koordinations- und Steuerungsmechanismen zu beschreiben; hier sind zB. die Begriffe »Clan«<sup>32</sup> oder »Netzwerk«<sup>33</sup> vorgeschlagen worden.

In Bezug auf digitale Arbeitsplattformen verwenden *Stefan Kirchner* und *Elke Schüßler* den Begriff »Marktorganisatoren«.<sup>34</sup> Und der bringt tatsächlich einiges auf den Punkt, was man auf digitalen Plattformen findet:

Plattformen öffnen Märkte für neue Akteur:innen, senken deren Kosten und Risiken und erleichtern dabei den Zugang zu Arbeit/Aufträgen (deshalb können sie so gut vulnerable Arbeitnehmer:innengruppen ansprechen und »ausbeuten«<sup>35</sup>). Die Plattformen vermitteln in aller Regel aber nicht nur; sie erfüllen auf Dienstleistungsmärkten spezifische Funktionen der Vertrauensbildung und Qualitätskontrolle. Weil sie entsprechende Erwartungen schaffen, müssen sie im eigenen Interesse eine gewisse Kontrolle über die angebotenen Dienstleistungen und damit über die Beschäftigten übernehmen.

Diese Kontrolle wird manchmal durch direkte Steuerung (Weisungen) ausgeübt. Insbesondere bei Lieferdiensten und Personentransport lassen sich meist deutlich hierarchische Beziehungen erkennen, so dass Arbeitsverhältnisse bestehen.<sup>36</sup> Die Diskussion war aber zuletzt sehr auf diese spezifischen Plattformen fokussiert, so dass etwas aus dem Blick geraten ist, dass sie weniger typisch

24 ILO-Empfehlung 198, Nr. 13a); *Schwager/Zöllner*, SAE 2021, 98100 weisen darauf hin, dass dieses Kriterium im deutschen Recht auch für (selbstständige) Dienstverträge gelte, also zur Abgrenzung ungeeignet sei.

25 Europäische Kommission COM(2021)762 (Fn. 6), Art. 4 (2)(c) Überwachung und Qualitätskontrolle; Art. 4 (2)(d) Beschränkung der Freiheit, die eigene Arbeit zu organisieren.

26 Europäische Kommission COM(2021)762 (Fn. 6), Art. 4 (2)(b): Gestaltung des Auftritts nach außen.

27 Europäische Kommission COM(2021)762 (Fn. 6), Art. 4 (2)(a) Festlegung des Entgelts; Art. 4 (2)(e): Beschränkung der Möglichkeiten, eine eigene Kundenbasis aufzubauen.

28 Europäische Kommission COM(2021)762 (Fn. 6), Art. 4 (2)(b): Beschränkung der Beauftragung von Vertreter:innen.

29 *Collins*, *Industrial Law Journal* 15 (1986), 1, 10; *Collins*, *OJLS* 10 (1990), 353, 363; 379; *Fudge*, *Osgoode Hall Law Journal* 44 (2006), 609.

30 *Ahrne/Brunsson*, *Organization* 18 (2011), 83, 84, 86.

31 *Sydow/Helfen*, in: *Hoffman/Shoss/Wegman* (Hrsg.), *Cambridge Handbook of the Changing Nature of Work*, Cambridge 2020; *Ouchi*, *Management Science* 25 (1979), 833; *Rubery/Earnshaw/Marchington/Cooke/Vincent*, *J Management Studs* 39 (2002), 645–672; *Tomassetti*, *Hofstra Lab. & Emp. L.J.* 34 (2016), 1; *Stone*, *From Widgets to Digits*, Cambridge 2004; *Rebhahn*, *RdA* 2009, 154, 163; *Collins*, *OJLS* 10 (1990), 353, 361.

32 *Ouchi*, *Administrative Science Quarterly* 25 (1980), 129; *Ouchi*, *Management Science* 25 (1979), 833; *Schönefeld*, in: *Hensel ua.* (Hrsg.), *Selbstständige Unselbstständigkeit*, Baden-Baden 2019.

33 *Benkler*, *Wealth of Networks*, London 2008; zur Kritik *Kocher*, *Digital work platforms* (Fn. 9), 145 ff.; *Buxbaum*, *JITE* 149 (1993), 698.

34 *Kirchner/Schüßler*, in: *Ahrne/Brunsson* (Hrsg.), *Organization Outside Organization*, Cambridge 2019; *Kirchner*, *KZfSS* 71 (2019), 3.

35 *Krzywdzinski/Gerber*, *Varieties of Platform Work*, Berlin 2020; *van Doorn*, *Information, Communication & Society* 20 (2017), 898.

36 *Däubler/Klebe*, *NZA* 2015, 1032; *Stefano/Durri/Stylogiannis/Wouter*, *Platform Work and the Employment Relationship*, March 2021; *International Lawyers Assisting Workers Network*, *Taken for a Ride*, March 2021; *Risak*, in: *Risak/Lutz* (Hrsg.), *Arbeit in der Gig-Economy*, Wien 2017; *Degner/Kocher*, *KJ* 2018, 247; *Ivanova/Bronowicka/Kocher/Degner*, *The App as a Boss?*, Frankfurt (Oder) 2018.

für die Vielfalt der digitalen Plattformarbeit sind als man meinen könnte. Die Funktionsweisen von »YouTube« oder von »Clickworker« bieten vielleicht bessere Anhaltspunkte, um über digitale Plattformarbeit im allgemeinen nachzudenken und zu untersuchen, wie digitale Plattformen Kontrolle indirekt ausüben, durch Feedback- und Reputationsmechanismen; solche Mechanismen sind zentral für die Geschäftsmodelle aller digitalen Plattformen.<sup>37</sup> Und deshalb sind die auf Plattformen geschaffenen Beschäftigungsmärkte in der Regel dann doch nicht für alle gleichermaßen zugänglich: Einige der digitalen Arbeitsplattformen verfügen über Einstufungstests für angehende Beschäftigte; viele geben detaillierte Anweisungen, wie Aufträge gut ausgeführt werden; die meisten nutzen Feedback-Mechanismen, um die Leistungsqualität von Beschäftigten zu testen und Aufgaben und Aktivitäten entsprechend selbst definierter Leistungsniveaus zuzuweisen.

## 5. Mittelbare Lenkung als Grundlage eines Arbeitsverhältnisses

Natürlich sind nicht alle Plattformen gleich; und selbstverständlich findet man indirekte Steuerungsmechanismen auch in anderen Organisationsformen. Aber mit Hilfe der erwähnten organisationstheoretischen Ansätze lässt sich gut zeigen, in welcher Richtung Entwicklungsbedarf und Entwicklungschancen im Arbeitsrecht bestehen. Vor allem die folgenden Phänomene und Merkmale von digitalen Arbeitsplattformen könnten expliziter analysiert und bewertet werden:

- Steuerung des Marktzugangs von Beschäftigten, wodurch deren unternehmerischen Chancen und Risiken determiniert werden;
- »App-basiertes« oder »algorithmisches« Management,<sup>38</sup> dh. die obligatorische Verwendung spezifischer Anwendungen der Plattform, durch die Tätigkeiten gesteuert werden;
- Reputationsmechanismen aus Rating und Feedback;
- Qualifikationsanforderungen für einzelne Tätigkeiten und Aufgaben sowie algorithmengesteuerte Aufgabenzuweisung.

Die EU-Kommission vergibt insofern in ihrem Richtlinienentwurf zur digitalen Plattformarbeit eine Chance. Denn die von ihr verwendeten Kriterien zielen in keiner Weise auf die Spezifika und Eigenheiten digitaler Plattformen.<sup>39</sup>

Die Rechtsprechung ist in vielen Mitgliedstaaten schon deutlich weiter.<sup>40</sup> Wo Höchstgerichte sich bereits mit der digitalen Plattformarbeit auseinandersetzen hatten, haben sie in aller Regel neue Begriffe oder Konzepte eingeführt, die an den hier erläuterten Besonderheiten anknüpfen. Die Analyse dieser Entscheidungen zeigt, dass der stark auf formale Hierarchien abstellende Begriff der »Weisungsbindung« sich als weniger gut geeignet erwiesen hat, um die Eigenarten digitaler Plattformen zu erfassen, als Begriffe der »Fremdbestimmung«, mit denen organisatorische Einbindung sowie die damit verbundene Verhinderung eines eigenen Marktzugangs thematisiert werden können.<sup>41</sup> Nur der EuGH hat sich bisher diesen Entwicklungen verschlossen.<sup>42</sup>

Auch das BAG hat in seiner Crowdworker-Entscheidung vom Dezember 2020 den Begriff des Arbeitsvertrags in der hier aufgezeigten Richtung verändert bzw. angepasst: Es führt sowohl die Pflicht zur Leistungserbringung als auch Weisungsbindung bzw. Fremdbestimmung auf die »tatsächlichen Zwänge durch eine vom Auftraggeber geschaffene Organisationsstruktur« zurück, die sich aus den Anreizsystemen der konkreten Plattform ergaben; »die Auftragsvergabe und die konkrete Nutzung der Online-Plattform [würden] im Sinne eines Fremdbestimmens durch [die Plattform<sup>43</sup>]« »mittelbar gelenkt«.<sup>44</sup>

Analysiert man diese Entscheidung mit Blick auf die Organisationsmodelle indirekter Steuerung, so sieht man einerseits, dass die hier verwendeten Kriterien bzw. Indizien nicht nur in der Plattformökonomie von Bedeutung

37 Kocher, Digital work platforms (Fn. 9), 4 ff., 26 ff., 86 ff., 146 ff.; siehe auch schon Koch, in: Hensel ua. (Fn. 32); zur Beschreibung der Mechanismen siehe auch Schönefeld, in: Hensel ua. (Fn. 32).

38 Tomassetti, in: Das Acevedo (Hrsg.), Beyond the Algorithm, Cambridge 2021; Gerber, WSI-Mitt. 73 (2020), 182.

39 Aloisi/Georgiou, Ada Lovelace Institute Blog, 7.4.2022: <https://www.adalovelaceinstitute.org/blog/eu-gig-economy/> (16.5.2022); ähnlich Krause, NZA 2022, 521, 529. Dies ist auch Kern der Kritik der BR-Ausschussempfehlung, BR-Drs. 846/1/21, S. 3 ff.

40 Aloisi/Georgiou, Ada Lovelace Institute Blog (Fn. 39).

41 Kocher, Digital work platforms (Fn. 9), 91 ff., 107 ff.

42 EuGH, 22.4.2020 – C-692/19 – ECLI:EU:C:2020:288 (Yodel).

43 Das BAG verwendet im Leitsatz wohl irrtümlich den Begriff »Crowdsourcer« (statt »Crowdsourcing-Unternehmen/-Plattform« wie im Text der Entscheidung); der Begriff »Crowdsourcer« bezeichnet herkömmlich aber die Auftraggeber:innen der Plattform.

44 BAG, 1.12.2020 – 9 AZR 102/20 – NZA 2021, 552, Rn. 36 (Weisungsbindung), Rn. 43, Rn. 48 ff. (Fremdbestimmung); zu entsprechenden möglichen Kriterien siehe auch schon Kocher/Hensel, NZA 2017, 984; Junker, JZ 2021, 519, 522 stimmt dem BAG insofern ebenfalls zu; gegen die Herangehensweise des BAG wenden sich hingegen Schwager/Zöllner, SAE 2021, 98, 103 ff.; Dombrowsky, SAE 2021, 59, 65 f.

sind.<sup>45</sup> Der neue Arbeitnehmerbegriff dieser Entscheidung könnte deshalb noch weitgehende Auswirkungen haben. Andererseits zeigt sich, dass die Kriterien nicht die zufälligen Phänomene einer speziellen Plattform erfassen. Vielmehr handelt es sich um Merkmale indirekter Steuerung, die notwendig mit dem Geschäftsmodell von Plattformen verbunden sind, die ihrem Markt gegenüber für Qualitätskontrolle und Vertrauen einstehen. So hat das BAG hiermit im Ergebnis für eine relevante Gruppe von Solo-Selbstständigen den Arbeitnehmerstatus und damit die Tarifautonomie geöffnet.

### III. Arbeitsrecht 2: Die Reichweite der Tarifautonomie im deutschen Recht

Dennoch bleibt die Frage, ob sich darüber hinaus auch »echte« Selbstständige auf die Tarifautonomie berufen können.

#### 1. Art. 9 Abs. 3 GG für Soloselbstständige

Hierfür ist zunächst als Vorfrage relevant, wie weit der persönliche Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG reicht. In der Sache geht es dabei auch darum, ob § 17 HAG und § 12a TVG (die Tarifverträge für Heimarbeiter:innen und wirtschaftlich abhängige Selbstständige ermöglichen<sup>46</sup>) die Reichweite der verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Tarifautonomie erweitern oder ob sie Art. 9 Abs. 3 GG nur ausgestalten.<sup>47</sup>

Hierzu gibt es (wenig überraschend) unterschiedliche Auffassungen. *Jan Armin Gärtner* hat sie in seiner Dissertation über »Koalitionsfreiheit und Crowdwork«<sup>48</sup>, für den er den Hugo-Sinzheimer-Preis 2021 verliehen bekam, zusammengestellt und überzeugend bewertet. Angesichts der entwicklungs offenen Formulierung des Art. 9 Abs. 3 GG spricht viel für *Gärtners* These, dass die Norm für alle Personen gilt, die sich in einer Situation wie Arbeitnehmer:innen befinden, jedenfalls was die Vergleichbarkeit im Hinblick auf den Schutzbedarf durch kollektive Organisation angeht.

Dies gilt nicht nur für die Gruppe der »wirtschaftlich Abhängigen« iSd. § 12a TVG und der »Heimarbeiter«,<sup>49</sup> sondern auch darüber hinaus.<sup>50</sup> Und die ILO-Konvention 87 über Vereinigungsfreiheit und Vereinigungsrecht, die laut Art. 2 (in der englischen Fassung) »workers and

employers, without distinction whatsoever« erfasst,<sup>51</sup> wird von dem zuständigen Expert:innenausschuss ebenfalls so ausgelegt, dass damit jedenfalls Solo-Selbstständige gemeint sind;<sup>52</sup> ähnliches gilt für andere völkerrechtliche Normen, einschließlich ESC und EMRK.<sup>53</sup> Eine Beschränkung auf Solo-Selbstständige, also Selbstständige, die nicht selbst Arbeitnehmer:innen beschäftigen, ist allerdings erforderlich, um Rollenkonflikte zwischen der Arbeitgeberrolle und der Beschäftigtenrolle in der Tarifautonomie auszuschließen.<sup>54</sup>

Aber unter welchen Voraussetzungen sind also Solo-Selbstständige im Hinblick auf Kollektivverhandlungsrechte vergleichbar mit Arbeitnehmer:innen? *Monika Schlachter* hat am Beispiel von Landwirt:innen darauf abgestellt, ob es sich um eine Vielzahl »kleiner« Leistungsanbieter:innen handelt, die allein tätig und deren Leistungen gegeneinander austauschbar sind, und die einer deutlich geringeren Zahl potenzieller Vertragspartner:innen gegenüberstehen.<sup>55</sup> *Jan Armin Gärtner* hat das Beispiel selbstständiger Crowdworker:innen vor Augen, wenn er ebenfalls das Kriterium der Wettbewerbssituation potenziell globaler Konkurrenz als entscheidend benennt.<sup>56</sup> Er hat auch versucht, die spezifische Problematik eines Konflikts vieler »Kleiner« gegen wenige »Große«

45 *Dombrowsky*, SAE 2021, 59, 65 f.

46 *Seifert*, Kollektivverträge für wirtschaftlich abhängige Selbstständige und unionsrechtliches Kartellverbot, Düsseldorf 2022, S. 30 ff.; siehe zu § 12a TVG zuletzt BAG, 13.10.2021 – 4 AZR 403/20 – NZA 2022, 416.

47 Für die letztere Auffassung siehe BAG, 15.2.2005 – 9 AZR 51/04 – BAGE 113, 343; *ErfK-Franzen* (Fn. 7), § 12a TVG Rn. 2; *ErfK-Linsenmaier* (Fn. 7), Art. 9 GG Rn. 28.

48 *Gärtner*, Koalitionsfreiheit und Crowdwork, Berlin 2020 (zugl. Göttingen, Univ., Diss. 2020), (siehe die Rezension von *Gruber-Risak*, SR 2022, 74 ff.).

49 Zum Diskussionsstand in Bezug auf § 17 HAG und § 12a TVG siehe schon oben Fn. 47; vgl. BVerfG, 27.2.1973 – 2 BvL 27/69 – BVerfGE 34, 307, 316; siehe auch *Schlachter*, GS Zschert, 2010, S. 635.

50 *Gärtner*, Koalitionsfreiheit und Crowdwork (Fn. 48), S. 162.

51 In der deutschen Fassung heißt es allerdings »Arbeitnehmer und die Arbeitgeber ohne jeden Unterschied«.

52 ILO Committee on Freedom of Association (2012) Report No 363, Case 2602, para 461; Case 2888, para 1087 (self-employed workers and those employed under civil law contracts); vgl. auch Entscheidung des Europäischen Komitees für soziale Rechte 12.8.2018 – Beschwerde No. 123/2016 – Irish Congress of Trade Unions v. Ireland; s. auch *Freedland/Kountouris*, Industrial Law Journal 46 (2017), 52, 56, 64 ff.; *Stefano*, International Labour Review 2021; *Countouris/Stefano*, in: Waas/Hiefl (Hrsg.), Collective bargaining for self-employed workers in Europe, Alphen aan den Rijn 2021.

53 *Seifert*, Kollektivverträge für wirtschaftlich abhängige Selbstständige (Fn. 46), 97 ff.

54 Vgl. BAG, 31.1.2018 – 10 AZR 279/16 – BAGE 162, 1, Rn. 25; Anm. *Wutte*, RdA 2019, 180.

55 *Schlachter*, in: GS Zschert, 2010, S. 634, 640 f.

56 *Gärtner*, Koalitionsfreiheit und Crowdwork (Fn. 48), S. 164.



zu konkretisieren. Wie schon die »Eckpunkte Faire Arbeit in der Plattformökonomie« des BMAS aus der vorigen Legislaturperiode<sup>57</sup> benennt er als Kriterien hierfür die Einschränkungen der Vertragsfreiheit, die sich daraus ergeben, dass die Gegenseite (hier: die Betreiber:innen digitaler Plattformen) die Vertragsbedingungen einseitig diktieren, sowie die Kontrolle der gesamten Prozessabläufe und Datenmengen durch eine Plattform.<sup>58</sup> Das erste Kriterium ist zwar schwer zu unterscheiden von einer Beschreibung des Anwendungsbereichs der Vertrags- bzw. AGB-Kontrolle; darum geht es hier ja gerade nicht. Dennoch kann es ein wichtiges Indiz sein, insbesondere wenn man das zweite Kriterium der Kontrolle von Prozessabläufen und Daten hinzuzieht, das die besonderen Ungleichgewichte auf solchen Plattformen beschreibt, bei denen die Lenkung durch Reputationsmechanismen noch nicht so eng ist, dass von einem Arbeitsverhältnis gesprochen werden könnte.<sup>59</sup>

## 2. Tarifautonomie für Soloselbstständige über § 12a TVG hinaus?

Die Eröffnung des Schutzbereichs des Art. 9 Abs. 3 GG führt noch nicht notwendig auch in die Tarifautonomie im Sinne des TVG.<sup>60</sup> Gärtner weist darauf hin, dass die Befugnis zum Abschluss normativ wirkender Tarifverträge auf einem historisch gewachsenen Koalitionswesen beruht, auf das sich neue Assoziationsformen noch nicht in gleichem Maße berufen können. Auch das BAG geht davon aus, dass (nach geltendem Recht und außerhalb von § 12a TVG) »Solo-Selbstständige [...] weder Arbeitgeber noch Arbeitnehmer [sind], sondern Unternehmer. Grundsätzlich ist keine Tarifvertragspartei für sie tarifzuständig und normsetzungsbefugt.«<sup>61</sup> Eine Erweiterung von § 12a TVG und § 17 HAG ist danach der Entscheidung des Gesetzgebers vorbehalten.<sup>62</sup> Diese müsste sich allerdings an Gleichbehandlungsgrundsätzen orientieren; insbesondere die Ungleichbehandlung von Crowdworker:innen und Heimarbeiter:innen lässt sich aktuell kaum noch rechtfertigen.<sup>63</sup>

Unmittelbar aus Art. 9 Abs. 3 GG lässt sich jedoch bereits nach geltendem Recht ein Recht auf den Abschluss schuldrechtlicher Kollektivvereinbarungen entnehmen<sup>64</sup> (die dann mit atypischen Arbeitskämpfmaßnahmen – wie etwa Boykottmaßnahmen und Cyberangriffen – erstreitbar wären<sup>65</sup>). Solche Vereinbarungen gibt es vereinzelt

bereits, insbesondere in ausländischen Rechtsordnungen, nicht zuletzt im Bereich der Plattformwirtschaft.<sup>66</sup>

Das Problem hier ist nur: Die Reichweite des Kollektivverhandlungsrechts bestimmt sich nicht allein aus Art. 9 Abs. 3 GG. Sie endet an den Grenzen des Kartellrechts.<sup>67</sup> In Dänemark wurde aus diesen Gründen bereits ein Kollektivvertrag zwischen der dänischen Plattform für Haushaltsarbeit (Hilfr.dk) und der Gewerkschaft 3F kasziert.<sup>68</sup> Es bleibt also zu klären, inwieweit Kollektivvereinbarungen für (Solo-)Selbstständige gegen das Wettbewerbsrecht »immunisiert« sind.<sup>69</sup>

## IV. Kartellrecht: Die Grenzen der Tarifautonomie im europäischen Recht

Wegen des Vorrangs des Unionskartellrecht sind Fragen des Wettbewerbsrechts heute fast ausschließlich als unionsrechtliche Fragen zu diskutieren.<sup>70</sup> In der Folge der *Albany*-Entscheidung des EuGH von 1999 gewährleistet das Unionsrecht jedenfalls im Hinblick auf Tarifverträge

57 BMAS, Eckpunkte »Faire Arbeit in der Plattformökonomie«, 27.11.2020 [https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Pressemitteilungen/2020/eckpunkte-faire-plattformarbeit.pdf?jsessionid=393D24B8AEA09A0BA102782EA882037E.delivery2-master?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Pressemitteilungen/2020/eckpunkte-faire-plattformarbeit.pdf?jsessionid=393D24B8AEA09A0BA102782EA882037E.delivery2-master?__blob=publicationFile&v=1) (16.5.2022).

58 Gärtner, Koalitionsfreiheit und Crowdwork (Fn. 48), S. 164.

59 Für eine weitere Konkretisierung unter Berücksichtigung kartellrechtlicher Überlegungen siehe unten bei Fn. 103 f., Fn. 108.

60 ErfK-Franzen (Fn. 7), § 12a TVG Rn. 2.

61 BAG, 31.1.2018 – 10 AZR 279/16 – BAGE 162, 1, Rn. 25 (obiter dictum).

62 Gärtner, Koalitionsfreiheit und Crowdwork (Fn. 48), S. 190.

63 Schubert, RdA 2018, 200; siehe auch Schubert, ZVglRWiss 2019, 341, 373 f.

64 Gärtner, Koalitionsfreiheit und Crowdwork (Fn. 48), S. 191, 244 ff.

65 Schlachter, in: GS Zacher, 2010, S. 634, 642; Gärtner, Koalitionsfreiheit und Crowdwork (Fn. 48), S. 213.

66 Beispiele bei Liebman/Lyubarsky, in: Waas ua. (Hrsg.), Crowdwork, Frankfurt aM. 2017, S. 125 f.; Szymanski, in: Ratti (Hrsg.), Principles of Life Time Contracts, Den Haag 2018, p. 194.

67 Bourazeri, NZA 2019, 741.

68 Vgl. *de Stefano/Countouris*, Collective-bargaining rights for platform workers, 6.10.2020, <https://www.socialeurope.eu/collective-bargaining-rights-for-platform-workers> (16.5.2022); Überblick für das deutsche Recht: Bayreuther, NJW 2017, 357; zu einer entsprechenden polnischen Regelung: Muskat-Gorska, Comp.Lab.L.&PolicyJ. April 2020, Dispatch No. 22.

69 Bayreuther, NJW 2017, 357; zum deutschen Recht auch Walzer, Crowdworker (Fn. 7), S. 220; Rechtsvergleichend Seifert, Kollektivverträge für wirtschaftlich abhängige Selbstständige (Fn. 46), S. 35 ff.; Hießl, in: Waas/Hießl (Fn. 52); Szymanski, in: Ratti (Fn. 66), S. 189, 191, 198; vgl. Aloisi, Negotiating the Digital Transformation of Work, June 2019, 200.

70 Genauer zum Verhältnis von europäischem und deutschem Wettbewerbsrecht: Gärtner, Koalitionsfreiheit und Crowdwork (Fn. 48), S. 295; Zur Immunität von Tarifverträgen nach TVG im Verhältnis zum deutschen GWB s. zB. BAG, 27.6.1989 – 1 AZR 404/88 – BAGE 62, 171, 178, Rn. 48 ff.

für Arbeitnehmer:innen bereits Rechtssicherheit. Der EuGH entscheidet seither in ständiger Rechtsprechung, dass mit Kollektivverträgen zwar zwangsläufig gewisse wettbewerbsbeschränkende Wirkungen verbunden sind, diese aber zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen legitim sind, wenn sie zwischen Sozialpartnerorganisationen von Arbeitgeber:innen und Arbeitnehmer:innen abgeschlossen wurden; sie fallen dann nicht unter Art. 101 AEUV. Der EuGH begründet dies insbesondere mit den sozialpolitischen Zielen der EU.<sup>71</sup> Um die Reichweite der Tarifautonomie für Selbstständige im Wettbewerbsrecht ausloten zu können, bedarf es also einer Analyse und Rekonstruktion dieser arbeitsrechtlichen Ausnahme von der Wettbewerbsfreiheit.

## 1. Arbeitsrecht und Wettbewerbsrecht – Organisation und Markt

Die arbeitsrechtliche Ausnahme vom Kartellverbot geht im Kern darauf zurück, dass dem Wettbewerbsrecht eine ähnliche Grundbinarität von Organisation und Markt zugrunde liegt wie dem Arbeitsrecht. Das Wettbewerbsrecht verbietet die Regelsetzung auf Märkten und erlaubt die Regelsetzung innerhalb hierarchisch koordinierter Organisationen bzw. »Unternehmen«.<sup>72</sup> Kurz gesagt: Wenn die Plattform *Uber* eine Organisation wäre, dann dürfte diese ganz selbstverständlich Preise für alle Mitglieder festsetzen; handelt es sich aber um ein Unternehmen, das Marktteilnehmer:innen miteinander in Kontakt bringt, darf sie dies im Zweifel nicht.<sup>73</sup> Das Wettbewerbsrecht weist also Koordinationsrechte bzw. Rechte auf Regelsetzung zu; *Sanjukta Paul* hat dies für das US-amerikanische Recht im Detail analysiert.<sup>74</sup>

Wettbewerbs- und Arbeitsrecht sind insofern eher komplementär als gegensätzlich aufgestellt.<sup>75</sup> Es ist deshalb kein Zufall, dass dieselben Konstellationen der Solo-Selbstständigkeit, die im Arbeitsrecht Schwierigkeiten bereiten, entsprechende Fragen im Kartellrecht aufwerfen.

## 2. Die Reichweite des Art. 101 AEUV

Die Reichweite der Wettbewerbsfreiheit ist eine Frage der Auslegung des Kartellverbots in Art. 101 AEUV, das für »Unternehmen« gilt. Anders als das Arbeitsrecht geht das Wettbewerbsrecht also nicht vom Begriff der abhängigen Arbeit aus, sondern vom Begriff des (unabhängigen)

Unternehmens. Dieser erfasst »jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung«.<sup>76</sup> Auch (echte) Solo-Selbstständige sind damit grundsätzlich Unternehmen in diesem Sinne. Insbesondere für die freien Berufe hat der EuGH dies bereits mehrfach entschieden.<sup>77</sup>

Über den Begriff des Unternehmens lässt sich gleichzeitig dessen Kehrseite bestimmen, also diejenigen Akteure des Wettbewerbsrechts, die nicht unabhängig sind, sondern abhängig, die also nicht über Markt und Wettbewerb gesteuert werden, sondern über Hierarchie und Organisation. In einer Entscheidung zum Arbeitsmarkt im Genter Hafen formuliert der EuGH insofern, dass die Hafentarbeiter:innen deshalb nicht selbst »Unternehmen« im Sinne des Wettbewerbsrecht darstellen, weil sie »während der Dauer dieses Arbeitsverhältnisses in [andere] Unternehmen eingegliedert sind und daher mit jedem dieser Unternehmen eine wirtschaftliche Einheit bilden«.<sup>78</sup> Weil sie ihre wirtschaftlichen Tätigkeiten als Teil einer anderen Organisation ausübten, seien sie keine unabhängigen Marktteilnehmer:innen; ihre Tätigkeiten seien interne Vorgänge in dem Unternehmen, für das sie tätig sind.<sup>79</sup>

71 EuGH, 21.9.1999 – C-67/96 – ECLI:EU:C:1999:430 (Albany), Rn. 60; EuGH, 21.9.1999 – C-115/97 – ECLI:EU:C:1999:434 (Brentjens/Stichting), Rn. 57; EuGH, 21.9.1999 – C-219/97 – ECLI:EU:C:1999:437 (Maatschappij Drijvende Bokken), Rn. 47; EuGH, 12.9.2000 – C-180/98 – ECLI:EU:C:2000:428 (Pavel Pavlov ua.), Rn. 67; EuGH, 21.9.2000 – C-222/98 – ECLI:EU:C:2000:475 (van der Woude), Rn. 22; EuGH, 3.3.2011 – C-437/09 – ECLI:EU:C:2011:112 (AG2R Prévoyance), Rn. 29; EuGH, 4.12.2014 – C-413/13 – ECLI:EU:C:2014:2411 (FNV Kunsten Informatie en Media/Staat der Nederlanden), Rn. 23.

72 Siehe zB *Bourazeri*, NZA 2019, 741; kritische Analyse bei *Paul*, UCLA Law Review 67 (2020), 378.

73 Vgl. den US-amerikanischen Fall *Meyer vs. UberTechs. Inc.* (2017) 868 F.3d 66 (Court of Appeals for the 2nd circuit) (nicht in der Sache entschieden); cf. *Paul*, Berkeley J.Empl.&Lab.L. 38 (2017), 233; *Passaro*, Michigan Business & Entrepreneurial Law Review 7 (2018), 259; für das europäische Recht vgl. *Kloostra*, ELLJ 13 (2022), 108 ff.; EuGH, 14.12.2006 – C-217/05 – ECLI:EU:C:2006:784 (Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio/Compañía Española de Petróleos), Rn. 63 (Tankstellenbetreiber als Handelsvertreter:innen oder als selbstständige Unternehmen).

74 *Paul*, UCLA Law Review 67 (2020), 378. Dieser Effekt der Koordinationsrechte wird als »firm exemption« or »immunity« bezeichnet.

75 *Lianos/Countouris/Stefano*, ELLJ 10 (2019), 291, 298 ff.; vgl. *Countouris/Stefano*, in: Waas/Hießl (Fn. 52), mit der Entgegensetzung von »labour law framework« und »competition law framework«.

76 St. Rspr., s. zB. EuGH, 21.4.1991 – C-41/90 – ECLI:EU:C:1991:161 (Höfner und Elser), Rn. 21; zur Auslegung im Einzelnen vgl. *Seifert*, Kollektivverträge für wirtschaftlich abhängige Selbstständige (Fn. 46), S. 56 ff.

77 Siehe den Überblick bei *Seifert*, Kollektivverträge für wirtschaftlich abhängige Selbstständige (Fn. 46), S. 79.

78 EuGH, 16.9.1999 – Case C-22/98 – ECLI:EU:C:1999:419 (Becu ua.), Rn. 26; siehe auch schon EuGH, 14.12.1989 – C3/87 – ECLI:EU:C:1989:650 (Agegate), Rn. 36.

79 *Daskalova*, in: Waas/Hießl (Fn. 52).

Hier werden also ähnliche Situationen beschrieben wie durch den Arbeitnehmerbegriff, allerdings mit anderen Kriterien als beim unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff.

Diese Dogmatik bildet den Hintergrund für die viel diskutierte Entscheidung des EuGH in der Rs. *FNV Kunsten* aus dem Jahre 2014.<sup>80</sup> Sie beschäftigte sich erstmals explizit mit der Reichweite des europäischen Wettbewerbsrechts (und damit der Tarifautonomie) jenseits von Arbeitsverträgen – und sie verwandte hierfür Kriterien, die nicht zum unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff zu passen schienen.

#### a) Abgrenzung zum Arbeitsrecht in der Rechtsprechung des EuGH: Die Rechtssache »FNV Kunsten«

In der Rs. *FNV Kunsten* ging es um einen Tarifvertrag, der Mindestbedingungen sowohl für Aushilfsmusiker:innen, die in einem Orchester mit Arbeitsvertrag tätig wurden, festlegte, als auch für (solo-)selbstständige Aushilfsmusiker:innen. Ausgehend von der *Albany*-Rechtsprechung hielt der EuGH es hier für möglich, auch im Hinblick auf die selbstständigen Musiker:innen eine Ausnahme von der Wettbewerbsfreiheit zu machen. Es forderte das vorlegende Gericht in Den Haag deshalb dazu auf zu prüfen, ob hier nicht »Scheinselbstständigkeit« vorliege. Für diese Prüfung nannte der EuGH interessante Kriterien: Diese Musiker:innen seien dann Arbeitnehmer:innen (und nicht echte Unternehmen), wenn sie

1. nach Weisung eines oder einer anderen handelten, insbesondere was die Freiheit bei der Wahl von Zeit, Ort und Inhalt ihrer Arbeit angeht,
2. nicht an den geschäftlichen Risiken dieses Arbeitgebers beteiligt und während der Dauer der Beschäftigung in dessen Unternehmen eingegliedert seien.<sup>81</sup>

Der EuGH verwendete hier also die bekannten arbeitsrechtlichen Kriterien des unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs (sog. Lawrie-Blum-Definition) nur im ersten Punkt; der zweite enthält Kriterien des Unternehmens und damit Kriterien der Eingliederung und des geschäftlichen Risikos.

Unklar bleibt in dieser Entscheidung, ob der Begriff der Scheinselbstständigkeit als Synonym für die rechtliche Arbeitnehmer:innen-Stellung verwendet wird. Denn der EuGH bezeichnet hier als Scheinselbstständige solche »Leistungserbringer, die sich in einer vergleichbaren Situation wie die Arbeitnehmer befinden«<sup>82</sup>. Die Aussage, das

europäische Wettbewerbsrecht kenne keine Zwischenstufen der Arbeitnehmerstellung,<sup>83</sup> dürfte damit jedenfalls hinfällig sein.<sup>84</sup> Allerdings nennt der EuGH keine Kriterien für die Vergleichbarkeit, sondern ergänzt den arbeitsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff um Kriterien, die die Kehrseite seines wettbewerbsrechtlichen Unternehmensbegriffs bilden.<sup>85</sup> Dies kann nur bedeuten, dass der EuGH die Immunität von Kollektivverträgen vor dem Kartellrecht (das »Kartellprivileg«) über den unionsrechtlichen Arbeitnehmer:innenbegriff hinaus erweitert sieht.<sup>86</sup>

#### b) Bedeutung für das Arbeitsrecht

Die Diskrepanzen zum arbeitsrechtlichen Begriff erklären sich daraus, dass der EuGH hier nicht die Reichweite arbeitsrechtlichen Schutzes (wie zB. die Reichweite der Kollektivautonomie nach Art. 28 EU-GRC<sup>87</sup>) zu bestimmen hatte, sondern die Reichweite des Art. 101 AEUV.<sup>88</sup> Die Aufgabe dieser Norm ist es ja gerade nicht, verbindlich etwas über die Reichweite der Tarifautonomie auszusagen, sondern nur über die Grenzen des Kartellverbots.

Dafür spricht auch, dass die unionsrechtliche Norm zum Schutz der Kollektivvertragsfreiheit (Art. 28 EU-GRC) oder völkerrechtliche Normen in der Entscheidung gar nicht erwähnt werden, obwohl sich aus diesen eine zusätzliche Begründung hätte ergeben können.<sup>89</sup>

80 EuGH, 4.12.2014 – C-413/13 – ECLI:EU:C:2014:2411 (FNV Kunsten).

81 EuGH, 4.12.2014 – C-413/13 – ECLI:EU:C:2014:2411 (FNV Kunsten), Rn. 36; EuGH, 14.12.2006 – C-217/05 – ECLI:EU:C:2006:784 (Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio), Rn. 43–44.

82 EuGH, 4.12.2014 – C-413/13 – ECLI:EU:C:2014:2411 (FNV Kunsten), Rn. 31 (die Hervorhebung der Verfasserin). Insofern anders als in EuGH, 13.1.2004 – C-256/01 – ECLI:EU:C:2004:18 (Allonby), Rn. 70 f.

83 Bourazeri, NZA 2019, 741; Mohr, EuZA 2018, 436.

84 Genauer Bayreuther, SR 2019, 4, 5, 11; Prassl/Risak, in: Meil/Kirov (Hrsg.), Policy Implications of Virtual Work, Heidelberg 2017; eine gegenteilige Interpretation der Entscheidung vertritt zB. Goldmann, EuZA 2015, 509, 514, der deshalb meint, § 12a TVG müsste künftig enger gefasst werden.

85 Genauer: Er sagt, der unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff sei »im Lichte dieser Grundsätze« zu verstehen (EuGH, 4.12.2014 – C-413/13 – ECLI:EU:C:2014:2411 [FNV Kunsten], Rn. 36).

86 Gärtner, Koalitionsfreiheit und Crowdwork (Fn. 48), S. 311, 314.

87 Kocher, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV, Tübingen 2017, Art. 28 GRC Rn. 15; Gärtner, Koalitionsfreiheit und Crowdwork (Fn. 48), S. 318–319 (für die Einbeziehung abhängiger Solo-Selbstständiger).

88 Anders aber Seifert, Kollektivverträge für wirtschaftlich abhängige Selbstständige (Fn. 46), S. 82.

89 Siehe auch Seifert, Kollektivverträge für wirtschaftlich abhängige Selbstständige (Fn. 46), S. 84 ff. zu den arbeitsrechtlichen Grundlagen für Ausnahmen vom Kartellrecht im europäischen und internationalen Recht.

Indem der EuGH sich auf Aussagen zur Reichweite zum Kartellverbot beschränkt, gibt er den Mitgliedstaaten sowie den mitgliedstaatlichen Kollektivvertragsparteien Spielraum für Kollektivvereinbarungen von Personengruppen, die weder dem mitgliedstaatlichen,<sup>90</sup> noch dem unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff (Lawrie-Blum-Formel)<sup>91</sup> unterfallen.<sup>92</sup> Er ermöglicht damit insbesondere eine Anerkennung der Kollektivverträge von solchen Selbstständigen, die nicht für hierarchische, sondern in postbürokratischen Organisationsformen arbeiten und »vergleichbar« mit Arbeitnehmer:innen sind.

### 3. Der Entwurf der EU-Kommission für Leitlinien zur Anwendung des EU-Wettbewerbsrechts

Auf der Grundlage der *FNV Kunsten*-Entscheidung hat nun die Europäische Kommission »Leitlinien zur Anwendung des EU-Wettbewerbsrechts auf Tarifverträge über die Arbeitsbedingungen von Solo-Selbstständigen« entworfen.<sup>93</sup> Die Kompetenz der EU für eine Regelung des Kollektivverhandlungsrechts ist angesichts von Art. 153 Abs. 5 AEUV zumindest umstritten.<sup>94</sup> Dieser Zuständigkeitsdiskussion geht die Kommission aus dem Weg, indem sie (unverbindliche, weil kommissionsinterne) Leitlinien entworfen hat. In diesen erläutert sie, welche Auslegung des Art. 101 AEUV sie künftig ihrer eigenen Praxis zugrundelegen und wie sie ihr Ermessen ausüben wird.<sup>95</sup>

Die Kommission versteht die *FNV-Kunsten*-Entscheidung ebenfalls als Beschränkung der Reichweite des Wettbewerbsrechts und somit als Anstoß, die Tarifautonomie für Personen, die »sich in einer vergleichbaren Situation wie die Arbeitnehmer [befinden]«, zu entwickeln. Von einer »Vergleichbarkeit« mit Arbeitnehmer:innen und damit einer Kartellrechtsimmunität will die Kommission in folgenden Fällen ausgehen:

- Wirtschaftlich abhängige Solo-Selbstständige, die ua. bereits im deutschen Recht (§ 12a TVG) über Kollektivverhandlungsbefugnisse verfügen. Wirtschaftliche Abhängigkeit liegt für die Kommission vor, wenn ein:e Solo-Selbstständige mindestens 50 % des gesamten jährlichen Arbeitseinkommens von einer einzigen Auftraggeber:in bezieht.<sup>96</sup>
- Solo-Selbstständige, die »Seite an Seite« mit Arbeitnehmer:innen arbeiten (wie im Sachverhalt von *FNV Kunsten*). Der Gedanke, dass in solchen Fällen Vergleichbarkeit vorliege, war auch schon Grundlage

eines Vorschlags von *Elizabeth Kennedy* für das US-amerikanische Recht; sie wollte danach abgrenzen, ob Auftragnehmer:innen mehr oder weniger ausschließlich mit »regulären« Arbeitnehmer:innen und ähnlichen Personen konkurrieren.<sup>97</sup>

- Solo-Selbstständige, die über digitale Arbeitsplattformen arbeiten. Die Kommission begründet dies damit, dass »Solo-Selbstständige [...] von digitalen Plattformen abhängig sein [können], insbesondere hinsichtlich der Kundenreichweite«, sowie damit, dass sie »bei Arbeitsangeboten oft nur die Wahl ›Alles oder nichts‹ [haben] und wenig oder überhaupt keinen Spielraum, um über ihre Arbeitsbedingungen, einschließlich ihrer Vergütung, zu verhandeln.«<sup>98</sup> Dies sind interessanterweise ähnliche Kriterien, wie die, welche für das deutsche Recht für die Vergleichbarkeit von Solo-Selbstständigen mit Arbeitnehmer:innen im Rahmen des Art. 9 Abs. 3 GG vorgeschlagen wurden.<sup>99</sup> Auch die Definition der »Arbeitsplattform« im Leitlinienentwurf macht deutlich, welche Aspekte des Arbeitnehmerbegriffs für die Bestimmung der Vergleichbarkeit herangezogen werden: Eine Arbeitsplattform erfasse »als notwendigen und wesentlichen Bestandteil die Organisation der Arbeit, die von Einzelpersonen ausgeführt wird, unabhängig davon, ob diese Arbeit online oder an einem bestimmten Ort erledigt wird.«<sup>100</sup>

90 Dies ist eine der expliziten Aussagen des EuGH (EuGH, 4.12.2014 – C-413/13 – ECLI:EU:C:2014:2411 [*FNV Kunsten*], Rn. 36), die auf EuGH, 13.1.2004 – C-256/01 – ECLI:EU:C:2004:18 (*Allonby*) zurückgeht, und die sich letztlich unproblematisch und selbstverständlich aus der Zuständigkeit des EuGH im Verhältnis zu den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen ergibt (vgl. *Seifert*, Kollektivverträge für wirtschaftlich abhängige Selbstständige [Fn. 46], S. 82).

91 Sehr eng zB. EuGH, 22.4.2020 – C-692/19 – ECLI:EU:C:2020:288 (*Yodel*), Rn. 28 zum Anwendungsbereich der Arbeitszeitrictlinie (»Bestehen einer hierarchischen Beziehung zwischen AN und AG«).

92 Vgl. *Gärtner*, Koalitionsfreiheit und Crowdwork (Fn. 48), S. 303.

93 Europäische Kommission, C(2021)8838 final (Fn. 5).

94 *Kocher*, in: Pechstein/Nowak/Häde (Fn. 87), Art. 153 AEUV Rn. 133 ff.

95 Zu den Wirkungen der »Leitlinien« und möglichen Alternativen siehe *Seifert*, Kollektivverträge für wirtschaftlich abhängige Selbstständige (Fn. 46), S. 117 ff.

96 Sie orientiert sich dabei am deutschen und am spanischen Recht (siehe zB. *Cherry/Aloisi*, *American University Law Review* 66 (2017), 635 zum spanischen, italienischen und kanadischen Recht; weitere rechtsvergleichende Analysen siehe Nachweise oben in Fn. 21).

97 *Kennedy*, *Berkeley J.Empl.&Lab.L.* 26 (2005), 143, 168–178.

98 Europäische Kommission, C(2021)8838 final (Fn. 5), Rn. 28.

99 Siehe oben unter II.1. (bei Fn. 52 ff.).

100 Europäische Kommission, C(2021)8838 final (Fn. 5), Rn. 30; *Krause*, NZA 2022, 521, 524–526 genauer zum im Entwurf verwendeten Begriff der Plattform.

Hier wird also auf die Vergleichbarkeit im Hinblick auf organisatorische Einbindung abgestellt.

Mit diesen drei Fallgruppen interpretiert die EU-Kommission Art. 101 AEUV bzw. die *FNV Kunsten*-Rechtsprechung des EuGH. Es bleibt zu hoffen, dass der EuGH in dieser Richtung weiter arbeitet.<sup>101</sup>

Einen anderen Weg beschreitet die Kommission mit dem zweiten Teil ihres Entwurfs. Hier nennt sie ihre eigenen »Durchsetzungsprioritäten«, dh. sie erläutert, in welchen Fällen sie nicht die Wettbewerbsfreiheit gegen Kollektivverträge in Anschlag bringen wird, obwohl die betreffenden Personengruppen nicht unter die vorstehenden Definitionen fallen. Hierfür nennt sie die folgenden Kriterien:

- Tarifverträge, die von Solo-Selbstständigen mit Gegenparteien geschlossen werden, die über eine gewisse Wirtschaftskraft verfügen.
- Tarifverträge, die von Selbstständigen auf der Grundlage von einzelstaatlichen oder EU-Rechtsvorschriften geschlossen werden (die Kommission nennt hierfür Beispiele aus Kulturbranchen und aus dem Journalismus; insbesondere verweist sie auf Art. 18 Abs. 2 RL (EU) 2019/790 (Urheberrecht)).<sup>102</sup>

Für diese beiden Fallgruppen nennt die Kommission auch einen abstrakten Obersatz, an dem sie sich orientiert habe. Sie werde »nicht gegen Tarifverträge vorgehen, soweit diese darauf abzielen, eine eindeutig ungleiche Verhandlungsstellung der Solo-Selbstständigen gegenüber den Gegenparteien zu korrigieren, und aufgrund ihrer Art und ihres Gegenstands dem Zweck dienen, die Arbeitsbedingungen zu verbessern.«<sup>103</sup> Wie das rechtliche Verhältnis dieser Fallgruppe zum Kartellverbot gesehen wird, bleibt aufgrund der Methode unklar. Allerdings enthalten die Leitlinien einen Satz, der deutlich macht, dass die Kommission davon ausgeht, dass sie eher eine Höchstgrenze für die Reichweite des Art. 101 AEUV beschrieben hat, denn: »[...] von Selbstständigen geschlossene Tarifverträge, die nicht unter diese Leitlinien fallen, [sind] nicht automatisch mit Artikel 101 AEUV unvereinbar, sondern erfordern eine Einzelfallprüfung«,<sup>104</sup> können also ebenfalls wettbewerbsrechtlich zulässig sein.

## V. Ergebnis

Die EU-Kommission weist zu Recht darauf hin, dass sich der Arbeitsmarkt in den letzten Jahren grundlegend

verändert hat; nicht zuletzt in der Online-Plattformwirtschaft hat die »selbstständige« Erwerbstätigkeit deutlich zugenommen.<sup>105</sup> Aufgrund der großen Bedeutung, die eine kollektive Vertretung von Beschäftigteninteressen als Gegengewicht zur Organisationsmacht der Plattformen hat, erscheint es deshalb sinnvoll, zweigleisig zu denken: Manche Beschäftigungsverhältnisse auf Plattformen mögen sich bei genauerem Blick als Arbeitsverhältnisse herausstellen. Aber auch wo dies nicht der Fall ist, sind Kollektivverhandlungsrechte ein wichtiges Grundrecht; sie müssen deshalb auch entkoppelt vom Arbeitnehmerbegriff diskutiert werden.<sup>106</sup>

Dabei ist allerdings zu beachten, dass die Kriterien für die Vergleichbarkeit sich nicht auf die wirtschaftliche Abhängigkeit beschränken können, wie sie zB. § 12a TVG vorsieht. *Achim Seifert* hat vorgeschlagen, sich stattdessen an § 20 Abs. 1 S. 1 GWB zu orientieren,<sup>107</sup> der darauf abstellt, ob Unternehmen »in der Weise abhängig sind, dass ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf dritte Unternehmen auszuweichen, nicht bestehen und ein deutliches Ungleichgewicht zur Gegenmacht der anderen Unternehmen besteht (relative Marktmacht)«. Die Norm berücksichtigt in S. 2 auch bereits die Ungleichgewichte zugunsten von »Unternehmen, die als Vermittler auf mehrseitigen Märkten tätig sind« und betont in Abs. 1a, dass »eine Abhängigkeit [...] sich auch daraus ergeben

101 Vgl. *Klebe*, NZA 2022, Editorial Heft 2. Der Leitlinienentwurf selbst betont natürlich zutreffend das Fehlen jeglicher Bindungswirkung für andere Institutionen (Europäische Kommission, C(2021)8838 final [Fn. 5], Rn. 11 f.).

102 Zu den dort genannten »Mechanismen« für die Regelung einer angemessenen Vergütung sollen laut Ewg. 73 auch »Kollektivverhandlungen« gehören. Für das deutsche Recht siehe § 36 UrhG (gemeinsame Vergütungsregeln) (*Seifert*, Kollektivverträge für wirtschaftlich abhängige Selbstständige [Fn. 46], S. 32 ff.).

103 Europäische Kommission, C(2021)8838 final (Fn. 5), Rn. 32. In Ewg. 16 konkretisiert die Kommission, welche Gegenstände dabei gemeint sind (Vergütung, Arbeitszeit und Arbeitsformen, Urlaub, Arbeitsräume, Gesundheit und Sicherheit, Versicherung und Sozialleistungen, Kündigungsmöglichkeiten, kollektive Protestaktionen). Die Kommission knüpft damit an der Definition des Tarifvertrags an, den der EuGH in seiner Albany-Rechtsprechung für die Unanwendbarkeit des Art. 101 AEUV entwickelt hat (EuGH, 21.9.1999 – C-67/96 – ECLI:EU:C:1999:430 [Albany], Rn. 63 (»trägt [...] unmittelbar zur Verbesserung einer der Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer [...] bei«)).

104 Europäische Kommission, C(2021)8838 final (Fn. 5), Rn. 13.

105 Europäische Kommission, C(2021)8838 final (Fn. 5), Rn. 6.

106 Europäische Kommission, C(2021)8838 final (Fn. 5), Rn. 8; *Daskalova*, in: Waas/Hießl (Fn. 52), S. 19, 34 ff.; vgl. *Kocher*, Digital work platforms (Fn. 9), 206 ff.

107 *Seifert*, Kollektivverträge für wirtschaftlich abhängige Selbstständige (Fn. 46), S. 122.

[kann], dass ein Unternehmen [...] auf den Zugang zu Daten angewiesen ist, die von einem anderen Unternehmen kontrolliert werden.« Diese bereits verrechtlichten Definitionen fassen gut zusammen, was andere Vorschläge bisher ebenfalls benannt haben.<sup>108</sup>

Die Klärung dieser Rechtsfragen kann das Fehlen von kollektivvertraglicher Praxis für abhängige Solo-Selbstständige<sup>109</sup> zwar nicht kompensieren, aber

Rechtssicherheit für Kollektivverhandlungen schaffen und so Steine aus dem Weg räumen.

---

108 Siehe oben bei Fn. 56 ff.; Fn. 103 f.

109 Bayreuther, SR 2019, 4, 5. Siehe auch den Hinweis von Seifert, Kollektivverträge für wirtschaftlich abhängige Selbstständige (Fn. 46), S. 129 auf die Europäische Rahmenvereinbarung über Digitalisierung, die ihr Potential in Bezug auf Plattformarbeit noch keineswegs ausschöpfe.

# Die Sozialversicherung Selbständiger im Vergleich – Deutschland vs. Österreich

Univ.-Ass. Mag. Sascha Obrecht/Univ.-Ass. Mag. Philipp Bertsch, Universität Wien

## I. Einleitung

Die Sozialversicherung in Österreich ist der wichtigste Teil des österreichischen Systems der sozialen Sicherheit und beruht auf einem Modell umfassender Erwerbstätigenversicherung. Um diesem Namen gerecht zu werden, muss sie unweigerlich auch die allermeisten Formen von selbständiger Erwerbstätigkeit erfassen, was das österreichische Sozialversicherungsrecht seit nunmehr zweieinhalb Jahrzehnten tut. Das häufig geäußerte Argument, Selbständige könnten ausreichend selbst vorsorgen und bedürften nicht derselben Absicherung wie Unselbständige, kann man für Österreich wohl als weitgehend verworfen bezeichnen. Die Abdeckung durch die Sozialversicherung in Österreich ist sehr hoch, insbesondere in der Krankenversicherung, welche nahezu die gesamte österreichische Wohnbevölkerung (99,9 %) umfasst.<sup>1</sup>

Der folgende Beitrag versucht, die österreichische Rechtslage zur Sozialversicherung für Selbständige und die Schritte ihrer historischen Entwicklung umfassend darzustellen. In der Folge soll das österreichische Recht dem deutschen gegenüber gestellt werden, um Impulse für die deutsche Debatte, insbesondere zur Versicherung von Solo-Selbständigen, zu liefern.<sup>2</sup>

## II. Österreichische Rechtslage

### 1. Grundlagen der Sozialversicherung in Österreich

Die Sozialversicherung in Österreich im engeren Sinne besteht aus den drei Zweigen der *Kranken-, Pensions- und Unfallversicherung*. Diese Zweige werden zusammen als *Vollversicherung* bezeichnet;<sup>3</sup> sind Personen nur in einzelnen dieser Zweige versichert, spricht man von *Teilversicherung*. Als vierter und historisch jüngster Zweig tritt die *Arbeitslosenversicherung* hinzu, welche in ihrer Ausgestaltung (etwa hinsichtlich Behördenzuständigkeit, Rechts-

weg und Anwendung auf Selbständige) eine Sonderstellung einnimmt. Die Gewährung von *Pflegeleistungen* erfolgt in Österreich nicht durch ein Versicherungssystem, sondern steuerfinanziert, insbesondere in Form des Pflegegeldes als pauschalierte Geldleistung, welches von den Sozialversicherungsträgern lediglich »mitabgewickelt« wird.<sup>4</sup>

Österreich folgt dem *Bismarck'schen System* der gesetzlichen Pflichtversicherung.<sup>5</sup> Ein Versicherungsverhältnis entsteht ex lege unabhängig von einem Verpflichtungswillen oder der Erfüllung einer Meldepflicht, sobald die gesetzlichen Voraussetzungen (idR. Aufnahme der versicherungspflichtigen Tätigkeit) erfüllt sind.<sup>6</sup> Ein individuelles opting-out ist weitestgehend unmöglich.

#### a) Rechtsquellen

Das Sozialversicherungsrecht ist gem. Art. 10 Abs. 1 Z. 11 des österreichischen Bundes-Verfassungsgesetzes (B-VG)<sup>7</sup> in Gesetzgebung und Vollziehung *Bundessache*.<sup>8</sup> Wichtigste Quelle des Sozialversicherungsrechts in Österreich ist das *Allgemeine Sozialversicherungsgesetz* (ASVG) aus 1955.<sup>9</sup> Das ASVG ist im Wesentlichen eine Kodifikation des Sozialversicherungsrechts hinsichtlich der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung für die unselbständig

1 <https://www.sozialministerium.at/Themen/Soziales/Sozialversicherung/Krankenversicherung.html> (16.5.2022).

2 Dieser Beitrag fußt einerseits auf dem Vortrag von Mag. Sascha Obrecht beim 13. Hans-Böckler-Forum zum Arbeits- und Sozialrecht am 17.2.2021 in Berlin und andererseits auf gemeinsamen Vorarbeiten von ao. Prof. Dr. Martin Gruber-Risak und Mag. Sascha Obrecht, in: Gruber-Risak/Obrecht, Das Modell der Vollversicherung: Erwerbstätigenversicherung in Österreich, in: Goldberg/Leßmann/Schuler-Harms (Hrsg.), Soziale Sicherung Selbständiger (erscheint im Laufe des Jahres 2022).

3 Resch, Sozialrecht, 8. Aufl., Linz 2020, S. 16.

4 Brodil/Windisch-Graetz, Sozialrecht in Grundzügen (Fn. 4), S. 207.

5 Resch, Sozialrecht (Fn. 3), S. 4.

6 Brodil/Windisch-Graetz, Sozialrecht in Grundzügen (Fn. 4), S. 29.

7 BGBl. 1930/1 idF. BGBl. I 2019/14.

8 Das B-VG unterscheidet zwischen Bundes- und Länderkompetenzen, wobei all jene Materien, die nicht explizit in Bundeskompetenz fallen, den neun Bundesländern zufallen.

9 BGBl. 1955/189.

Erwerbstätigen sowie ihnen gleichgestellten Personen,<sup>10</sup> worunter auch bestimmte Selbständige fallen (siehe dazu unter II.5.). Bestimmte Teile des ASVG (etwa die Regelungen zu Aufgaben und Befugnissen des Dachverbandes) haben außerdem Bedeutung für alle Versicherten, und andere Sozialversicherungsgesetze verweisen häufig auf das ASVG oder enthalten weitgehend gleiche Parallelbestimmungen.<sup>11</sup>

Die Pflichtversicherung (Kranken- und Pensionsversicherung) der meisten selbständig Erwerbstätigen ist im *Gewerblichen Sozialversicherungsgesetz* (GSVG) aus 1978<sup>12</sup> geregelt. Inhaltlich regelt das GSVG lediglich die Kranken- und die Pensionsversicherung (soweit letztere nicht durch das Allgemeine Pensionsgesetz verdrängt wurde). Die Unfallversicherung richtet sich nach dem ASVG.<sup>13</sup> Daneben besteht für selbständige Landwirte und ihnen gleichgestellte Personen das im selben Jahr erlassene *Bauern-Sozialversicherungsgesetz* (BSVG),<sup>14</sup> welches die Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung regelt. Zersplittert ist die Rechtslage für die *freien Berufe*. Für bestimmte freie Berufe sieht das *Freiberuflichen-Sozialversicherungsgesetz* (FSVG)<sup>15</sup> eine Verweisung auf einzelne (aber nicht alle) Bestimmungen des GSVG vor. Davon nicht umfasste freie Berufe sind inzwischen entweder nach dem GSVG versichert oder sind nicht pflichtversichert, weil ihr Berufsstand von der Möglichkeit eines branchenweiten opting-out Gebrauch gemacht hat (siehe dazu im Detail II.7.).

Die Pensionsharmonisierung 2005 brachte als Kernstück das *Allgemeine Pensionsgesetz* (APG)<sup>16</sup> mit sich, welches ein einheitliches Alterspensionssystem für alle in der gesetzlichen Pensionsversicherung Versicherten vorsieht, die nach einem bestimmten Stichtag (dem 31. Dezember 1954) geboren wurden.<sup>17</sup> Für Personen, die vor diesem Stichtag geboren wurden, bleiben die pensionsrechtlichen Regelungen der einzelnen Materiengesetze (etwa GSVG, ASVG) einschlägig, welche ansonsten verdrängt werden. Das APG regelt nur das Leistungsrecht der Alterspension, insbesondere die Anspruchsvoraussetzungen und ihre Höhe. Andere Formen der Pension (bei Berufsunfähigkeit sowie Leistungen im Todesfall des Versicherten wie Witwen- und Waisenpension) sowie Fragen des Versicherungs- und Beitragsverhältnisses bleiben davon unberührt und sind weiterhin in den jeweiligen Materiengesetzen geregelt. Die Beiträge zur Pensionsversicherung wurden im Rahmen der Pensionsharmonisierung allerdings weitgehend vereinheitlicht.

Die Arbeitslosenversicherung ist schließlich im *Arbeitslosenversicherungsgesetz* (ALVG) aus 1977<sup>18</sup> kodifiziert.

## b) Organisation

Die Sozialversicherung in Österreich wird von den *Trägern der Sozialversicherung* als eigene Behörden erledigt, welche juristische Personen des öffentlichen Rechts mit hoheitlichen Befugnissen sind. Es handelt sich um *Selbstverwaltungskörper* nach Art. 120b B-VG. Ihre Verwaltung soll durch die Versicherten als unmittelbar Betroffene erfolgen. Dies geschieht mittelbar dadurch, dass ihre Führungsgremien von den gesetzlichen Interessenvertretungen wie der Kammer für Arbeiter und Angestellte und der Wirtschaftskammer beschickt werden. Die SV-Träger sind weisungsfrei, unterliegen aber der Aufsicht des Sozialministers, der die Gesetzmäßigkeit und Zweckmäßigkeit der Verwaltung prüft.<sup>19</sup> In dieser Selbstverwaltung liegt eine Besonderheit des österreichischen Sozialversicherungssystems. Allzu weit gehende Eingriffsmöglichkeiten in die Selbstverwaltung, etwa durch eine zu intensive Zweckmäßigkeitkontrolle, sind verfassungswidrig.<sup>20</sup> IdS. sieht § 449 Abs. 1 S. 3 ASVG vor, dass sich die Aufsichtsbehörde bei Fragen der Zweckmäßigkeit, Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit auf wichtige Fragen beschränken und in das Eigenleben und die Selbstverantwortung der Versicherungsträger nicht unnötig eingreifen soll.

Zahl und Aufbau der SV-Träger sind einfachgesetzlich determiniert. Eine Unterteilung der SV erfolgt dabei

10 Müller/Spiegel, in: Mosler/Müller/Pfeil (Hrsg.), Der SV-Komm, Wien, Stand: 1.3.2018, Vor §§ 1 ff. ASVG Rz. 3.

11 Müller/Spiegel, in: Mosler/Müller/Pfeil (Fn. 10), Vor §§ 1 ff. ASVG Rz. 8.

12 BGBl. 1978/560. Mit der Abkürzung »GSVG« wird auch das 1935 eingeführte »Bundesgesetz betreffend die gewerbliche Sozialversicherung«, BGBl. 1935/107, bezeichnet, welches jedoch die Versicherung von Unselbständigen zum Gegenstand hatte und lediglich für vier Jahre in Geltung stand, bis es vom deutschen Recht abgelöst wurde.

13 Siehe § 8 Abs. 1 Z 3 ASVG.

14 BGBl. 1978/559.

15 BGBl. 1978/624.

16 BGBl. I 2004/142.

17 Rainer/Pöltner, in: Mosler/Müller/Pfeil (Fn. 10), Stand: 1.12.2021, Vor §§ 1 ff. APG Rz. 2.

18 BGBl. 1977/609.

19 Brodil/Windisch-Graetz, Sozialrecht in Grundzügen (Fn. 4), S. 19.

20 So wurde eine Regelung, wonach die Aufsicht sich auf alle Beschlüsse erstreckte, deren finanzielle Auswirkungen ein Ausmaß von 10 Mio. € innerhalb eines Kalenderjahres oder innerhalb von fünf Kalenderjahren übersteigen, als verfassungswidrig aufgehoben, VfGH, 13.12.2019 – G 78-81/2019.



einerseits nach der betroffenen Berufsgruppe und andererseits nach dem betroffenen Versicherungszweig. Durch das Sozialversicherungs-Organisationsgesetz 2018,<sup>21</sup> welches mit 1. Januar 2020 vollständig umgesetzt wurde, wurden die SV-Träger neu organisiert und ihre Zahl von 21<sup>22</sup> auf fünf reduziert. Die *Österreichische Gesundheitskasse* (ÖGK) übernimmt dabei die Krankenversicherung für unselbständig Erwerbstätige und ihnen gleichgestellte Personen. Die Unfall- und Pensionsversicherung dieser Gruppen werden respektive von der *Allgemeinen Unfallversicherungsanstalt* (AUVA) und der *Pensionsversicherungsanstalt* (PVA) übernommen. Zusätzlich dazu bestehen zwei Träger, welche die Abwicklung aller drei Versicherungszweige für eine bestimmte Gruppe von Versicherten übernehmen. Dies sind die *Sozialversicherungsanstalt der Selbständigen* (SVS) für Gewerbetreibende, Freiberufler sowie im Bereich der Land- und Forstwirtschaft selbständig erwerbstätige Personen und die *Versicherungsanstalt für den öffentlichen Dienst, Eisenbahnen und Bergbau* (BVAEB) für die in ihrem Namen genannten Gruppen. Diese fünf Träger sind im *Dachverband der Sozialversicherungsträger* als gesetzlicher Dachorganisation zusammengefasst, dem ebenfalls Rechtspersönlichkeit zukommt und dessen Aufgaben in der Koordination der SV-Träger und der Wahrnehmung trägerübergreifender Verwaltungsaufgaben liegen (§ 30 ff. ASVG).

Im Bereich der Arbeitslosenversicherung besteht kein eigener SV-Träger. Diese Agenden werden stattdessen vom *Arbeitsmarktservice* (AMS) erledigt, welches ebenfalls eigene Rechtspersönlichkeit hat, aber kein Selbstverwaltungskörper ist. Vielmehr untersteht es dem Bundesminister für Arbeit. Seine Aufgaben umfassen die Arbeitsvermittlung, die Gewährung von Geldleistungen bei Arbeitslosigkeit sowie die Prüfung und Ausstellung unterschiedlicher Bewilligungen nach dem Ausländerbeschäftigungsrecht.

### c) Finanzierung – Beiträge und staatliche Ausfallhaftung

Die österreichische Sozialversicherung beruht auf dem *Umlagesystem*, aber mit einer staatlichen Ausfallhaftung.<sup>23</sup> Versicherte Erwerbstätige zahlen von ihrem Einkommen Beiträge in Form von gewissen Prozentsätzen dieses Einkommens ein. Aus diesen Beiträgen sollen die Leistungen finanziert werden. Hinsichtlich der Alterssicherung wird auch vom »Generationenvertrag« gesprochen – die Pensionen der alten Generation werden von der aktuell erwerbstätigen Generation finanziert, in der

21 BGBl I 2018/100.

22 Insbesondere war für die Krankenversicherung der unselbständig Erwerbstätigen in jedem Bundesland eine eigene Gebietskrankenkasse (GKK) als eigenständiger SV-Träger eingerichtet.

23 Resch, Sozialrecht (Fn. 3), S. 16.

Krankenversicherung	<b>ÖGK</b> Österreichische Gesundheitskasse	<b>SVS</b> Sozialversicherungsanstalt der Selbständigen	<b>BVAEB</b> Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter, Eisenbahnen und Bergbau
Unfallversicherung	<b>AUVA</b> Allgemeine Unfallversicherungsanstalt		
Pensionsversicherung	<b>PVA</b> Pensionsversicherungsanstalt		

Erwartung, dass die nach ihr kommende Generation wiederum ihre Pension finanzieren wird.<sup>24</sup> Kranken- und Unfallversicherung beziehen ihre Mittel im Wesentlichen aus den Beiträgen der Versicherten, die Pensionsversicherung bedarf jedoch eines Zuschusses des Bundes (§ 80 ASVG).<sup>25</sup> Dieser wird in jenem Ausmaß gewährt, in dem die Aufwendungen der Pensionsversicherung die Erträge übersteigen.

## 2. Historische Entwicklung der österreichischen Sozialversicherung

### a) Ursprünge – von der Monarchie bis zum Ende des 3. Reichs

Im Deutschen Reich wurde 1883 unter *Otto von Bismarck* die gesetzliche Krankenversicherung und ein Jahr darauf die Unfallversicherung eingeführt; 1889 folgte die Alters- und Invalidenversicherung.<sup>26</sup> Diese Entwicklungen waren der Anstoß dafür, dass auch in Österreich mit dem österreichischen Unfallversicherungsgesetz (1887)<sup>27</sup> und dem Krankenversicherungsgesetz (1888)<sup>28</sup> erste Sozialversicherungsgesetze geschaffen wurden, welche primär Arbeiter, aber auch bestimmte Angestellte (»Betriebsbeamte«) erfassten.<sup>29</sup> 1906 folgte ein Pensionsversicherungsgesetz für Angestellte.<sup>30</sup> Ebenso wurde in den 20er Jahren der Zweig der *Arbeitslosenversicherung* geschaffen.<sup>31</sup> Mit einer Novelle zum Krankenversicherungsgesetz im Jahr 1921<sup>32</sup> wurden alle in einem Arbeits- oder Lehrverhältnis Stehenden in die Krankenversicherung einbezogen.

Bereits 1922 strebte man jedoch wieder eine Aufteilung der Sozialversicherung nach Berufsgruppen an.<sup>33</sup> Dies geschah durch das Angestelltenversicherungsgesetz 1926<sup>34</sup> und das Landarbeiterversicherungsgesetz 1928.<sup>35</sup> Das Arbeiterversicherungsgesetz aus dem Jahr 1927,<sup>36</sup> welches insbesondere zum ersten Mal eine Alters- und Invalidenversicherung für Arbeiter enthielt, trat hingegen aufgrund einer »Wohlstandsklausel«, wonach das Inkrafttreten von der Unterschreitung einer bestimmten Zahl an Arbeitslosenunterstützung beziehenden Personen und einer »Besserung der Gesamtlage der Wirtschaft« abhing, bis zum Ende der Ersten Republik nicht in Kraft.<sup>37</sup> Aufgrund der schlechten Wirtschaftslage war die Sozialversicherung ab 1928 außerdem von Bemühungen zur Einsparung gekennzeichnet. Dies mündete im Gewerblichen Sozialversicherungsgesetz aus 1935 (GSVG),<sup>38</sup> welches alle drei Zweige

der Sozialversicherung für die unselbständig Erwerbstätigen wiederum in einem Gesetz zusammenführte und dabei zahlreiche Leistungskürzungen enthielt.<sup>39</sup>

Im Zuge des Anschlusses an Deutschland wurde das österreichische Sozialversicherungsrecht grundlegend umgestaltet. 1939 wurde die deutsche Reichsversicherungsordnung aus 1911 (RVO) auch in Österreich eingeführt,<sup>40</sup> womit unter anderem erstmals eine Pensionsversicherung für Arbeiter bestand.<sup>41</sup> Die RVO galt in Österreich auch nach dem Ende des 2. Weltkriegs bis 1955 weiter, wo sie durch das ASVG abgelöst wurde.<sup>42</sup> Das ASVG ist stark an die RVO angelehnt, zum Teil aber auch an frühere österreichische Sozialversicherungsgesetze.<sup>43</sup> Es vereinheitlichte das Recht für Arbeiter, Angestellte und Landarbeiter.

### b) Beginnende Ausdehnung auf Selbständige

Das ASVG enthielt bereits in seiner Stammfassung etliche punktuelle Ausdehnungen auf Selbständige, etwa Hebammen, Erzieher und Heimarbeiter.<sup>44</sup> Daneben bestand zu dieser Zeit zwar noch keine einheitliche Sozialversicherung der Selbständigen, sehr wohl jedoch bestanden

24 Tomandl, Sozialrecht, 7. Aufl., Wien 2020, S. 200.

25 Müller, in: Mosler/Müller/Pfeil (Fn. 10), § 80b ASVG Rz. 1.

26 Zur deutschen Geschichte mwN. Eichenhofer, Sozialrecht, 12. Aufl., Berlin 2021, S. 11 ff.

27 RGBL. 1888/1.

28 RGBL. 1888/33.

29 Strasser, Arzt und gesetzliche Krankenversicherung, Wien 1995, S. 8; vgl. zu diesen Gesetzen umfassend Steiner, SozSi 2019, 158.

30 RGBL. 1907/1.

31 StGBL. 1920/153.

32 BGBl. 1921/581.

33 Steiner, SozSi 2019, 227.

34 BGBl. 1926/388.

35 BGBl. 1928/235.

36 Arbeiterversicherungsgesetz, BGBl. 1927/125.

37 Steiner, SozSi 2019, 229; Tomandl, Sozialrecht (Fn. 24), S. 11.

38 BGBl. 1935/107. Dieses Gesetz darf nicht mit dem aktuellen GSVG aus 1978 verwechselt werden; vor allem regelt es nicht die Versicherung der Selbständigen. Interessanterweise war im Begutachtungsverfahren der Vorschlag gemacht worden, es »Allgemeines Sozialversicherungsgesetz« zu nennen.

39 Steiner, SozSi 2019, 233 f.

40 Verordnung über die Einführung der Sozialversicherung im Lande Österreich vom 22.12.1938, deutsches RGBL. I 1938, S. 1912.

41 Hofmeister, Sozialversicherung, Berlin 1981, S. 202, 212 f.

42 Müller/Spiegel, in: Mosler/Müller/Pfeil (Fn. 10), Vor §§ 1 ff. ASVG Rz. 1; vgl. dazu das Sozialversicherungs-Überleitungsgesetz 1947, BGBl. 1947/142.

43 Resch, Sozialrecht (Fn. 3), S. 4; Palle, ZAS 2020, 310.

44 § 4 Abs. 1 und 3 ASVG idF. BGBl. 1955/189.

punktueller Vorläufer wie die Meisterkrankenkassen<sup>45</sup> und die (für GSVG-Versicherte auch heute noch bestehende) Teilversicherung in der Unfallversicherung nach dem ASVG. Zuletzt stand Landwirten und ihren Familienangehörigen nach § 18 ASVG eine Selbstversicherung in der Krankenversicherung offen.

Relativ bald nach Einführung des ASVG kam es trotz bestehender ideologischer Vorbehalte der selbständigen Gruppen zu einer zunehmenden Diskussion über die Einbeziehung der Gewerbetreibenden und der Bauern in die Sozialversicherung. Hintergrund waren gesellschaftliche und wirtschaftliche Strukturänderungen. Bei den Landwirten machte sich die Abwanderung der Kinder in die Städte und in andere Berufe bemerkbar.<sup>46</sup> Gewerbetreibende litten an Überalterung.<sup>47</sup> Dies erschwerte es zusehends, für den eigenen Lebensabend vorzusorgen.

Für die gewerbliche Wirtschaft wurde die Pensionsversicherung 1957<sup>48</sup> und die Krankenversicherung 1966<sup>49</sup> eingeführt, für Bauern 1969<sup>50</sup> und 1965<sup>51</sup> respektive. Entscheidend waren jedoch die Ereignisse des Jahres 1978, als das Sozialversicherungsrecht sowohl der gewerblichen Selbständigen als auch der Bauern entsprechend dem Vorbild des ASVG kodifiziert wurde. Zudem wurden durch das FSVG bestimmte Gruppen von freiberuflich Selbständiger in die Sozialversicherung der gewerblichen Wirtschaft einbezogen. GSVG, BSVG und FSVG traten gleichzeitig mit 1. Januar 1979 in Kraft.

### c) Die »Werkvertragsregelung«

Die Sozialversicherung der Selbständigen blieb insofern *lückenhaft*, als sie von einigen Ausnahmen abgesehen<sup>52</sup> an die Mitgliedschaft zu einer Berufskammer (entweder zur Wirtschaftskammer oder zur Kammer eines freien Berufes) geknüpft war. Das führte zu einer Verstrickung zwischen dem Berufsrecht (Vorhandensein einer Berechtigung zur Ausübung der Tätigkeit) und der Sozialversicherung, was dem Schutzzweck der Sozialversicherung wohl zuwiderlief und jedenfalls schwer einsichtige Differenzierungen schuf.<sup>53</sup> Personen, welche einen Beruf ausübten, ohne die erforderliche Berechtigung einzuholen, waren nicht Kammermitglied und damit nicht pflichtversichert. Gleichzeitig stellte sich das Problem, dass zusehends versucht wurde, die Pflichtversicherung der Dienstnehmer durch den Abschluss von Werkverträgen und freien Dienstverträgen zu vermeiden (»Flucht aus dem Arbeitsverhältnis«).

Das Strukturanpassungsgesetz 1996<sup>54</sup> und das Sozialrechts-Änderungsgesetz 1996<sup>55</sup> führten daher eine Sozialversicherungspflicht für freie Dienstnehmer und dienstnehmerähnliche Beschäftigte ein. In den Erläuterungen<sup>56</sup> wurde die Zielsetzung der Novelle wie folgt umschrieben: »Zur Verhinderung der Flucht aus der Sozialversicherung sollen freie Dienstverträge und die in der Regel als »Werkverträge« bezeichneten Vereinbarungen auf Grund derer Arbeitsleistungen in wirtschaftlicher Abhängigkeit erbracht werden und die daher als dienstnehmerähnlich anzusehen sind, in die Sozialversicherungspflicht einbezogen werden. Es werden nämlich immer häufiger zivilrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten in der Weise ausgenutzt, daß die Versicherungspflicht zum Nachteil der betroffenen Arbeitnehmer und der Versichertengemeinschaft umgangen wird.«

Zu diesem Zweck wurden in § 4 ASVG zwei neue Regelungen in den Abs. 3 Z. 12 und 4 geschaffen. Nach Abs. 4 sollten jene Personen versichert sein, welche sich auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zu Dienstleistungen gegenüber einem Auftraggeber im Rahmen seines Geschäftsbetriebes oder gegenüber einer Gebietskörperschaft verpflichten, ohne Dienstnehmer zu sein, und aus dieser Tätigkeit ein Entgelt beziehen, also *freie Dienstnehmer*. Nach Abs. 5 sollten Personen in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung versichert sein, die auf Grund einer oder mehrerer vertraglichen Vereinbarungen dienstnehmerähnlich für einen Auftraggeber im Rahmen seines Geschäftsbetriebes oder eine Gebietskörperschaft beschäftigt sind, wenn das innerhalb eines Kalendermonats mit ein und demselben Auftraggeber vereinbarte

45 Mosler, in: Mosler/Müller/Pfeil (Fn. 10), Stand: 1.7.2020, Vor §§ 4–9 ff. ASVG Rz. 6.

46 Steiner, SozSi 2019, 258.

47 Schmitz, Versicherungsrundschau 1957, 248.

48 BGBl. 1957/292.

49 BGBl. 1966/167.

50 BGBl. 1970/28. Davor war bereits eine Zuschussrente zum traditionellen Ausgedinge vorgesehen gewesen, BGBl. 1957/293.

51 BGBl. 1965/219.

52 ZB. Landwirte, Lehrer und bestimmte Gesundheitsberufe wie Hebammen und Krankenpfleger.

53 Mosler, in: Mosler/Müller/Pfeil (Fn. 10), Stand 1.7.2020, Vor §§ 4–9 ff. ASVG Rz. 8.

54 BGBl. 1996/201.

55 BGBl. 1996/411.

56 ErlRV 72 BlgNR XX. GP 251.

Entgelt eine bestimmte Schwelle übersteigt. Diese Bestimmung wurde umgangssprachlich oft als »Werkvertragsregelung« bezeichnet, da sie nicht auf Dauerschuldverhältnisse beschränkt war, sondern auch und insbesondere Zielschuldverhältnisse erfasste.<sup>57</sup>

Bereits im Gesetzgebungsverfahren war die Kritik geäußert worden, dass die neu eingeführten Bestimmungen den Anforderungen von Art. 18 B-VG (Bindung der staatlichen Verwaltung an die Gesetze) und damit rechtsstaatlichen Grundsätzen nicht entsprachen, weil für die Abgrenzung der entsprechenden Versicherungspflicht untaugliche und unsachliche Kriterien herangezogen würden und völlig unklar sei, welche Personen aufgrund dieser Bestimmungen versichert seien.<sup>58</sup> Auch in der Literatur wurde das Reformvorhaben hitzig diskutiert und zum Teil vehemente Kritik geübt.<sup>59</sup>

Die einschlägigen Regelungen des Strukturänderungsgesetzes wurden rasch Gegenstand eines Prüfungsverfahrens vor dem Verfassungsgerichtshof.<sup>60</sup> Dieser befand § 4 Abs. 4 für verfassungskonform. Der Begriff des freien Dienstvertrages sei durch die Rechtsprechung der Höchstgerichte hinreichend klar, das Eintreten des versicherungspflichtigen Tatbestands ist für die Beteiligten (die Sozialversicherung, den Versicherten und seinen Auftraggeber) ex ante feststellbar. Der behauptete Verstoß gegen Art. 18 B-VG lag nicht vor.

Abs. 5 über die dienstnehmerähnlichen Beschäftigungsverhältnisse wurde hingegen wegen Verletzung von Art. 18 B-VG aufgehoben. Die »neue« Kategorie der dienstnehmerähnlichen Personen wurde nach Ansicht des VfGH nicht klar genug umschrieben, es wurde eine »nahezu unadministrierbare«, kaum verständliche oder vorhersehbare Regelung geschaffen und unzulässigerweise der Werkvertrag »quasi in einen Dienstvertrag verwandelt«, also ungleiche Sachverhalte gleich behandelt.

#### d) Das Arbeits- und Sozialrechtsänderungsgesetz 1997

Die insofern weiter bestehende Lücke in der Versicherung der Selbständigen wurde schließlich durch das *Arbeits- und Sozialrechtsänderungsgesetz 1997* (ASRÄG 1997) geschlossen.<sup>61</sup> Erklärtes Ziel war die »faire Einbeziehung aller Erwerbseinkommen in die Sozialversicherung«.<sup>62</sup> Zu diesem Zweck wurde insbesondere der Tatbestand nach § 4 Abs. 4 ASVG neu gefasst und zu einer Versicherung der *dienstnehmerähnlichen freien Dienstnehmer* umgewandelt sowie ein *neuer Pflichtversicherungstatbestand* im

Recht der Selbständigen in Form des § 2 Abs. 1 Z. 4 GSVG geschaffen. An die Stelle der »Werkvertragsregelung«, die möglicherweise systemwidrig<sup>63</sup> versucht hatte, jede »dienstnehmerähnliche« Form der Selbständigkeit dem Regelungsregime der unselbständigen Beschäftigung zu unterwerfen, trat eine differenziertere Aufteilung auf das unselbständige und das selbständige Regime. Die Rechtslage nach dem ASRÄG 1997 besteht im Wesentlichen noch heute und soll im Folgenden näher erörtert werden.

### 3. Dienstnehmerähnliche freie Dienstnehmer nach dem ASVG

#### a) Pflichtversicherungstatbestand

Der zentrale Tatbestand des ASVG ist der »echte« *Dienstnehmer* nach § 4 Abs. 1 Z 1, wobei nach § 4 Abs. 2 Dienstnehmer iSd ASVG ist, wer in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wird. Diese Definition deckt sich (abgesehen von dem Erfordernis, dass ein Entgelt verdient werden muss) mit der Definition des Arbeitnehmers im Arbeitsrecht.<sup>64</sup> Das ASVG bezieht allerdings nach wie vor einige Personengruppen in seinen Versicherungsschutz ein, die keine Dienstnehmer sind, sondern eine selbständige Erwerbstätigkeit ausüben. Dies erfasst zunächst Heimarbeiter<sup>65</sup> sowie die Vorstandsmitglieder von Aktiengesellschaften, Sparkassen und bestimmten anderen juristischen Personen.

Die bei weitem bedeutendste Ausdehnung ist jedoch die Erstreckung auf *dienstnehmerähnliche freie Dienstnehmer* nach § 4 Abs. 4 ASVG. Nach dieser Bestimmung

57 Mosler, in: Mosler/Müller/Pfeil (Fn. 10), Vor §§ 4–9 ff. ASVG Rz. 6.

58 Neumann, in: Mosler/Müller/Pfeil (Fn. 10), § 2 GSVG Rz. 78.

59 Strasser, *ecolex* 1996, 779 ff.; Tomandl, »Werkverträge« und Sozialversicherung, Wien 1996; Tomandl/Aigner, ZAS 1997, 1 ff.; Doralt, RdW 1996, 433.

60 VfGH, 14.3.1997 – G 392, 398, 399/96 – ZAS 1997, 140; vgl. zu dieser Entscheidung im Detail Aigner, ZAS 1997, 129.

61 BGBl. 1997/139.

62 Erläuterungen zur Regierungsvorlage 886 BlgNR 20. GP 107.

63 Aigner, ZAS 1997, 129.

64 Brodil/Windisch-Graetz, Sozialrecht in Grundzügen (Fn. 4), S. 31; Mosler, in: Mosler/Müller/Pfeil (Fn. 10), Stand: 1.7.2020, § 4 ASVG Rz. 66.

65 Hierbei handelt es sich um Personen, welche »in eigener Wohnung oder selbst gewählter Arbeitsstätte im Auftrag und für Rechnung von Personen, die Heimarbeit vergeben, mit der Herstellung, Bearbeitung, Verarbeitung oder Verpackung von Waren beschäftigt sind« (§ 2 Z. 1 Heimarbeitsgesetz). Sie sind keine Arbeitnehmer, werden jedoch in vielen Gesetzen den unselbständig Beschäftigten gleichgestellt. Die praktische Bedeutung dieser Beschäftigungsform ist gering.

stehen den Dienstnehmern Personen gleich, die sich auf Grund freier Dienstverträge auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zur Erbringung von Dienstleistungen verpflichten, wenn sie aus dieser Tätigkeit ein Entgelt beziehen, die Dienstleistungen *im Wesentlichen persönlich erbringen und über keine wesentlichen eigenen Betriebsmittel verfügen*. Des Weiteren muss die Tätigkeit für einen bestimmten Dienstgeber erfolgen, welcher in den Z. 1 und 2 relativ kompliziert umschrieben ist. Im Ergebnis soll die Regelung nicht für Dienstnehmer in privaten Haushalten zur Anwendung kommen.<sup>66</sup>

Anders als die aufgehobene »Werkvertragsregelung« verlangt Abs. 4 das Vorliegen eines freien Dienstvertrages, also eines Dauerschuldverhältnisses. Personen, die aufgrund eines Werkvertrages tätig sind, können nicht nach dieser Bestimmung versichert sein, sondern allenfalls nach dem GSVG.<sup>67</sup>

Zuletzt werden zwei Merkmale hervorgehoben, welche kumulativ vorliegen müssen:

- Im *Wesentlichen persönlichen Erbringen der Dienstleistung* bedeutet eine im Vergleich zum Dienstnehmer abgeschwächte persönliche Arbeitspflicht, aber keinen Zwang zu einer höchstpersönlichen Leistung. Sie ist dort nicht gegeben, wo Aufträge an Subunternehmer vollständig oder überwiegend abgegeben oder in nicht bloß geringem Umfang eigene Dienstnehmer eingesetzt werden,<sup>68</sup> nicht jedoch zB. bei gelegentlicher Vertretung oder stundenweiser Beschäftigung einer Sekretärin. Eine quantitative Grenze ist schwer zu ziehen, die Literatur nennt etwa 75 %<sup>69</sup> oder 85 bis 90 %<sup>70</sup> Eigenleistung. Maßgeblich ist die faktische Handhabung, nicht die vertragliche Formulierung.<sup>71</sup>
- Das Fehlen *wesentlicher Betriebsmittel* zielt auf das (Nicht)vorhandensein einer unternehmerischen Struktur ab.<sup>72</sup> Nach der Rechtsprechung liegt der Schwerpunkt hier auf Sachmitteln,<sup>73</sup> nicht maßgeblich sind know-how und besondere Fertigkeiten. Die »wesentlichen Betriebsmittel« verursachen mitunter Abgrenzungsschwierigkeiten. Auch im Alltag verwendete Güter wie Mobiltelefone, PCs, Fahrräder oder PKWs werden als Betriebsmittel angesehen.<sup>74</sup> Die Betriebsmittel müssen allerdings »wesentlich« sein, was nicht mit »erforderlich« gleichzusetzen ist, sondern am Wert des Wirtschaftsgutes und seinem Anschaffungszweck anknüpft. Wesentliches Betriebsmittel wäre etwa bei einem Botendienstfahrer ein eigens für die Tätigkeit

angeschafftes Fahrzeug oder ein privat angeschafftes Fahrzeug, das durch die (steuerrechtliche) Aufnahme in das Betriebsvermögen ausdrücklich einem unternehmerischen Zweck gewidmet wird.<sup>75</sup> Bei Crowdwork wäre wohl die Plattform selbst das wesentliche Betriebsmittel, der Einsatz eines Computers durch den Crowdworker hingegen weniger bedeutend.<sup>76</sup>

Für Versicherte nach § 4 Abs. 4 ist außerdem ebenso wie für Dienstnehmer die *monatliche Geringfügigkeitsgrenze* gem. § 5 Abs. 1 Z. 2 iVm. Abs. 2 ASVG zu beachten. Überschreiten sie mit der Summe der ihnen aus einem oder mehreren Beschäftigungsverhältnissen gebührenden Entgelte<sup>77</sup> nicht die monatliche Entgeltgrenze (Geringfügigkeitsgrenze) nach § 5 Abs. 2 ASVG, sind sie von der Vollversicherung ausgenommen und lediglich in der Unfallversicherung teilversichert (§ 7 Z. 3 lit. a ASVG). Die Geringfügigkeitsgrenze wird jährlich angepasst, im Jahr 2022 beträgt sie 485,85 €. Der Grund für die Herausnahme geringfügig Beschäftigter aus der Vollversicherung liegt einerseits in verwaltungsökonomischen Überlegungen und andererseits darin, dass Personen mit geringem Einkommen nicht mit Sozialversicherungsbeiträgen belastet werden sollen.<sup>78</sup>

Für Versicherte nach § 4 Abs. 4, die in größeren Abständen als monatlich entlohnt werden, enthält § 44 Abs. 8 ASVG eine Sondervorschrift: Der im Monat gebührende Arbeitsverdienst ist durch Teilung des

66 Mosler, in: Mosler/Müller/Pfeil (Fn. 10), Stand: 1.7.2020, § 4 ASVG Rz. 196; Resch, Sozialrecht (Fn. 3), S. 22.

67 Brodil/Windisch-Graetz, Sozialrecht in Grundzügen (Fn. 4), S. 36.

68 Mosler, in: Mosler/Müller/Pfeil (Fn. 10), Stand 1.7.2020, § 4 ASVG Rz. 189; Bertuch/Bertuch, Der freie Dienstvertrag im Arbeits- und Sozialrecht, 2. Aufl., Graz 2020, S. 94.

69 Blasina, Dienstnehmer-Freier Dienstnehmer-Selbständiger, Wien 2007, S. 61.

70 Schrank/Grabner, Werkverträge und freie Dienstverträge, 2. Aufl., Wien 1998, S. 41.

71 Mosler, in: Mosler/Müller/Pfeil (Fn. 10), Stand 1.7.2020, § 4 ASVG Rz. 190; Mosler/Glück, RdW 1998, 81.

72 Mosler, in: Mosler/Müller/Pfeil (Fn. 10), Stand 1.7.2020, § 4 ASVG Rz. 191.

73 VwGH, 15.3.2013 – 2012/08/0163.

74 Schrank/Grabner, Werkverträge und freie Dienstverträge (Fn. 70), S. 41.

75 Bertuch/Bertuch, Der freie Dienstvertrag (Fn. 68), S. 102; Mosler, in: Mosler/Müller/Pfeil (Fn. 10), Stand 1.7.2020, § 4 ASVG Rz. 193.

76 Risak, SozSi 2017, 30.

77 Einkünfte aus dem GSVG, FSVG oder BSVG unterliegenden Verhältnissen werden hingegen nicht mitgezählt, Bertuch/Bertuch, Der freie Dienstvertrag (Fn. 68), S. 106 mwN.

78 Bertuch/Bertuch, Der freie Dienstvertrag (Fn. 68), S. 108.

gesamten Arbeitsverdienstes durch die Anzahl der Kalendermonate der Pflichtversicherung auf Grund der Tätigkeit (Leistungserbringung) zu ermitteln, es ist also ein monatlicher Durchschnitt zu bilden.

Wenn Personen mehrere geringfügige Beschäftigungsverhältnisse nebeneinander ausüben oder ein geringfügiges Beschäftigungsverhältnis zusätzlich zu einem nicht geringfügigen Beschäftigungsverhältnis, fallen Beitragsnachzahlungen an. Wie § 5 Abs. 1 Z. 2 klarstellt, ist die Summe der Entgelte aus allen Beschäftigungsverhältnissen maßgeblich. Daher erfolgt in den beschriebenen Fällen im Folgejahr eine Beitragsvorschreibung der Sozialversicherung gegenüber dem Versicherten.

Geringfügig Beschäftigte haben nach § 19a ASVG die Möglichkeit zu einer freiwilligen Versicherung in der Kranken- und Pensionsversicherung.

#### b) Beginn und Ende der Pflichtversicherung

Nach dem ASVG beginnt die Versicherung grundsätzlich mit dem Tag des Beginns der versicherungspflichtigen Tätigkeit (§ 10 ASVG), also mit der tatsächlichen Arbeitsaufnahme. Zu § 4 Abs. 4 ASVG wird teilweise vertreten, dass die Versicherung dort bereits mit Wirksamkeit des freien Dienstvertrages beginnen soll.<sup>79</sup> Dies scheint jedoch im Widerspruch zu § 10 Abs. 1 ASVG und der sonst verfolgten Gleichstellung von Dienstnehmern und dienstnehmerähnlichen freien Dienstnehmer zu stehen.<sup>80</sup>

Strittig ist die Rechtslage, wenn die Arbeitsleistung aus nicht dem Versicherten zurechenbaren Gründen (zB. Unfall auf dem Weg zum ersten Arbeitstag) unterbleibt. Die Rechtsprechung hat hier die Versicherung ausnahmsweise vorzeitig eintreten lassen.<sup>81</sup> Der Beginn der Versicherung ist jedenfalls unabhängig davon, ob eine formgerechte Meldung erfolgt ist.<sup>82</sup>

Hinsichtlich der *Meldung* werden dienstnehmerähnliche freie Dienstnehmer genauso behandelt wie unselbstständig Beschäftigte. Demnach ist der Dienstgeber für die Meldung zuständig,<sup>83</sup> welche gem. § 33 ASVG zwingend vor Arbeitsantritt zu erfolgen hat. Das Unterlassen der Meldung ist nach § 111 ASVG mit einer Verwaltungsstrafe bedroht, in besonders schweren Fällen besteht auch eine gerichtliche Strafbarkeit (zB. § 153e Strafgesetzbuch: »Organisierte Schwarzarbeit«).

Für Versicherte nach § 4 Abs. 4 ASVG ist in der Krankenversicherung die ÖGK zuständig (§ 23 ASVG) und nicht die SVS. Die Meldung ist an die ÖGK zu adressieren,

welche als Meldestelle für die anderen Versicherungszweige fungiert.

Die Pflichtversicherung endet nach § 11 Abs. 1 ASVG mit dem Ende des Beschäftigungsverhältnisses; fällt dies nicht mit dem Ende des Zeitpunktes, an dem Entgelt bezogen wird, zusammen, endet die Versicherung jedoch mit dem Ende des Entgeltanspruches. Die Versicherung bleibt also aufrecht, wenn zwar das Vertragsverhältnis bereits beendet ist, aber noch Entgelt gebührt (zB. Kündigungsentschädigung oder Abgeltung für nicht verbrauchte Urlaubstage), endet aber, wenn (zB. infolge einer Dienstfreistellung ohne Entgelt) bei aufrechem Vertrag kein Entgelt mehr gebührt.

#### c) Beiträge

Im Anwendungsbereich des ASVG ist auch für Selbständige der Dienstgeber für die Beitragsabfuhr zuständig.<sup>84</sup> Dabei findet (außer in der Unfallversicherung) eine *Beitragsteilung* zwischen Dienstgeber und Dienstnehmer statt: Ein Teil der Beiträge wird als Dienstnehmerbeitrag vom Entgelt abgezogen, der Rest muss als Dienstgeberbeitrag vom Dienstgeber aus eigenem Vermögen bezahlt und darf nicht auf den Dienstnehmer übergewälzt werden.

Maßgebliche Bezugsgröße für die Beitragsgrundlage ist wie bei den »echten« Dienstnehmern das *Entgelt*,<sup>85</sup> welches in den §§ 49 und 50 ASVG umfassend definiert ist. Erfasst ist das Bruttoentgelt, ohne Abzüge zB. von Werbungskosten; kein Teil der Beitragsgrundlage ist jedoch die bei freien Dienstnehmern unter Umständen anfallende Umsatzsteuer.<sup>86</sup> § 45 iVm. § 108 Abs. 3 ASVG sieht eine Höchstbeitragsgrundlage vor: Entgeltteile, welche einen jährlich angepassten monatlichen Höchstwert übersteigen (im Jahr 2022 5.670 €) unterliegen nicht der Beitragspflicht.

Die Beitragssätze sind inzwischen für Dienstnehmer und freie Dienstnehmer einheitlich. Sie betragen in der

79 Brodil, DRdA 2008, 383; zustimmend Brodil/Windisch-Graetz, Sozialrecht in Grundzügen (Fn. 4), S. 44.

80 Ähnlich Bertuch/Bertuch, Der freie Dienstvertrag (Fn. 68), S. 152.

81 Julcher, in: Mosler/Müller/Pfeil (Fn. 10), Stand 1.6.2017, § 10 ASVG Rz. 7.

82 VwGH, 28.3.1985 – 83/08/0257.

83 Bertuch/Bertuch, Der freie Dienstvertrag (Fn. 68), S. 154; Brodil/Windisch-Graetz, Sozialrecht in Grundzügen (Fn. 4), S. 53.

84 Bertuch/Bertuch, Der freie Dienstvertrag (Fn. 68), S. 163.

85 Bertuch/Bertuch, Der freie Dienstvertrag (Fn. 68), S. 157.

86 Bertuch/Bertuch, Der freie Dienstvertrag (Fn. 68), S. 159.

Krankenversicherung 3,87 % (Dienstnehmer) und 3,78 % (Dienstgeber), in der Unfallversicherung 1,2 % (Dienstgeber), in der Pensionsversicherung 10,25 % (Dienstnehmer) und 12,55 % (Dienstgeber) sowie in der Arbeitslosenversicherung jeweils 3 % für Dienstgeber und Dienstnehmer.<sup>87</sup>

Steuerrechtlich ist in § 4 Abs. 4 Einkommenssteuergesetz (EStG) klargestellt, dass Beiträge zur Sozialversicherung für Selbständige jedenfalls *Betriebsausgaben* sind. Als solche wirken sie sich mindernd auf die Steuerlast aus.

#### d) Leistungsrecht

Für dienstnehmerähnliche freie Dienstnehmer ist das Leistungsrecht des ASVG und damit jenes der Dienstnehmer maßgeblich. Unterschiede zu den Dienstnehmern bestehen grundsätzlich nicht mehr.

## 4. Versicherung der Selbständigen nach dem GSVG

### a) Pflichtversicherungstatbestände

Die Pflichtversicherung nach dem GSVG umfasst seit dem ASRÄG 1997 im Wesentlichen zwei Versicherten-Gruppen. Sie werden (aufgrund der zeitlichen Abfolge ihrer Einführung) als »alte« und »neue« *Selbständige* bezeichnet.

#### (1) Alte Selbständige

Traditionell erfasste die Versicherung nach dem GSVG die gewerbliche Wirtschaft, und diese Gruppe wird nun unter dem Begriff »alte Selbständige« zusammengefasst. Nach § 2 Abs. 1 Z. 1 GSVG sind die Mitglieder der Kammern der gewerblichen Wirtschaft pflichtversichert. Aufgrund der ex-lege-Mitgliedschaft in der Wirtschaftskammer bei Erwerb einer Gewerbeberechtigung<sup>88</sup> sind alte Selbständige daher all jene Personen, die ihre Erwerbstätigkeit aufgrund einer Gewerbeberechtigung ausüben. Die Z. 2 und 3 weiten die Versicherung auf Gesellschafter einer OG, unbeschränkt haftende Gesellschafter einer KG sowie Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH (die nicht bereits als Dienstnehmer versichert sind)<sup>89</sup> aus, sofern die betroffene Gesellschaft Kammermitglied ist. Die Pflichtversicherung knüpft zusammengefasst am *formalen Kriterium* einer Gewerbeberechtigung an.

Die Versicherungspflicht alter Selbständiger besteht aus sozialpolitischen Erwägungen unabhängig von

Schwankungen der Einkommenshöhe und damit auch, wenn Verluste erzielt werden,<sup>90</sup> es besteht also keine Geringfügigkeitsgrenze.<sup>91</sup> Kleinunternehmer können sich jedoch gem. § 4 Abs. 1 Z. 7 GSVG auf *Antrag von der Versicherungspflicht befreien* lassen, wenn ihre jährlichen Einkünfte das 12-fache der Geringfügigkeitsgrenze nach dem ASVG und ihr jährlicher Umsatz aus sämtlichen unternehmerischen Tätigkeiten die umsatzsteuerliche Kleinunternehmergrenze<sup>92</sup> unterschreiten und sie eine von mehreren persönlichen Voraussetzungen erfüllen (innerhalb der letzten 60 Kalendermonate nicht mehr als 12 Monate nach dem GSVG pflichtversichert, vollendetes 60. Lebensjahr, vollendetes 57. Lebensjahr und Nichtüberschreiten der Verdienstgrenzen in den letzten fünf Kalenderjahren, Kindererziehung).

#### (2) Neue Selbständige

Der Tatbestand der neuen Selbständigen nach § 2 Abs. 1 Z. 4 GSVG wurde durch das ASRÄG 1997 neu geschaffen und soll die bisher noch nicht sozialversicherten Selbständigen<sup>93</sup> in die Pflichtversicherung nach dem GSVG einbeziehen. Versichert sind selbständig erwerbstätige Personen, die eine betriebliche Tätigkeit ausüben und Einkünfte iSd. § 22 Z. 1 bis 3 und 5<sup>94</sup> bzw. § 23<sup>95</sup> EStG erzielen und nicht bereits einer Pflichtversicherung nach dem GSVG oder einem anderen Gesetz unterliegen. Der Tatbestand ist also im Wesentlichen *steuerrechtlich determiniert* und des Weiteren subsidiär zu andern Pflichtversicherungstatbeständen. Dieser Bestimmung können sowohl freie Dienstnehmer<sup>96</sup> unterliegen als auch Personen,

87 Für Personen mit geringem Entgelt sind in der Arbeitslosenversicherung allerdings Minderungen beim Dienstnehmerbeitrag vorgesehen.

88 § 2 Abs. 1 Wirtschaftskammergesetz (WKG) BGBl. 1998/103.

89 Die Rspr. geht ab einer Beteiligung von 25 % oder mehr davon aus, dass ein Gesellschafter-Geschäftsführer nach dieser Bestimmung versichert ist, vgl. *Neumann*, in: Mosler/Müller/Pfeil (Fn. 10), § 2 GSVG Rz. 14. Geschäftsführer, die nicht über die entsprechende Beteiligung verfügen, sind idR. Dienstnehmer und unterliegen damit § 4 Abs. 2 ASVG. Vorstandsmitglieder sind aufgrund einer Sondervorschrift nach dem ASVG versichert, vgl. § 4 Abs. 1 Z. 6.

90 *Tomandl*, Sozialrecht, (Fn. 24), S. 44.

91 *Bertuch/Bertuch*, Der freie Dienstvertrag (Fn. 68), S. 115.

92 § 6 Abs. 1 Z. 27 Umsatzsteuergesetz (UStG); derzeit 35.000 €.

93 Bzw. durch Sonderregelungen nach ASVG versicherte Selbständige, vgl. *Tomandl*, Sozialversicherung 2000: Freie Dienstnehmer und »neue Selbständige«, Wien 1999, S. 54.

94 Hierunter fallen Einkünfte aus bestimmten selbständigen Tätigkeiten, insbesondere aus freiberuflichen Tätigkeiten.

95 Einkünfte aus »Gewerbebetrieb«, wobei dies nicht gleichbedeutend mit einem der Gewerbeordnung unterliegenden Betrieb ist.

96 Die nicht bereits von § 4 Abs. 4 ASVG erfasst sind.

die überwiegend oder ausschließlich auf der Grundlage von Zielschuldverhältnissen wie Werkverträgen tätig werden.<sup>97</sup> Sie erfasst auch Personen, welche ein Gewerbe ohne die erforderliche Gewerbeberechtigung ausüben (umgangssprachlich in Österreich als »Pfuscher« bezeichnet).<sup>98</sup>

Für neue Selbständige besteht eine jährliche *Versicherungsgrenze* (vergleichbar mit der Geringfügigkeitsgrenze nach dem ASVG). Die Pflichtversicherung greift erst, wenn die Einkünfte im Kalenderjahr das Zwölfwache der monatlichen Geringfügigkeitsgrenze übersteigen (§ 4 Abs. 1 Z. 5 GSVG, derzeit 5.830,20 €). Administrativ bereitet diese Grenze infolge der Unvorhersehbarkeit der Einkommenshöhe im Voraus gewisse Herausforderungen – vor allem ist bei Aufnahme der Tätigkeit möglicherweise noch nicht klar, ob die Einnahmen die Grenze überschreiten werden und die Tätigkeit damit der Pflichtversicherung unterliegt.<sup>99</sup> Die Pflichtversicherung ist daher erst mit dem Vorliegen eines rechtskräftigen Einkommensteuerbescheides oder sonstigen Einkommensnachweis (damit erst ab dem Folgejahr) im Nachhinein festzustellen; der Versicherte riskiert dann allerdings zusätzlich zur Zahlung der Versicherungsbeiträge einen Beitragszuschlag von 9,3 %, wenn er sich nicht innerhalb von acht Wochen ab Ausstellung des Einkommensteuerbescheides zur Versicherung meldet (§ 35 Abs. 6 GSVG).

Um von vorneherein Klarheit zu haben, kann ein neuer Selbständiger auch ex ante erklären, seine Einkünfte würden die Versicherungsgrenze überschreiten (»Überschreitungserklärung«). Diesfalls unterliegt er jedenfalls der Pflichtversicherung und der Beitragspflicht, selbst wenn sich im Nachhinein herausstellt, dass

die Einkünfte entgegen seiner Erklärung die Versicherungsgrenze nicht überschritten haben.<sup>100</sup> Die Überschreitungserklärung ermöglicht also ein *opting-in*, die Einbeziehung durch *opting-in* ist wahlweise auch nur in der Krankenversicherung möglich (§ 3 Abs. 1 Z. 2 GSVG). Während des laufenden Kalenderjahres kann die Überschreitungserklärung auch (für die Zukunft) noch widerrufen werden.

Das Verhältnis zwischen den vier bedeutendsten Pflichtversicherungstatbeständen Dienstnehmer, Dienstnehmerähnlicher, »alter« und »neuer« Selbständiger lässt sich am besten als eine Art »Ping-Pong-Spiel« zwischen ASVG und GSVG beschreiben. Zunächst ist zu prüfen, ob eine Person in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit tätig und somit Dienstnehmer ist (so auch § 4 Abs. 6 ASVG). Ist dies zu verneinen, ist zunächst die Versicherung als alter Selbständiger aufgrund der Zugehörigkeit zur Wirtschaftskammer zu prüfen (siehe dazu II.4.a). Die Bestimmung des § 4 Abs. 4 ASVG ist subsidiär zu § 2 Abs. 1 Z. 1–3 und kommt damit nicht zur Anwendung, wenn der Versicherte Wirtschaftskammermitglied ist.<sup>101</sup> Ebenso wird sie von einer Versicherung nach FSVG oder BSVG verdrängt. Ist eine Person auch nicht dienstnehmerähnlicher freier Dienstnehmer (etwa weil sie über wesentliche eigene Betriebsmittel verfügt), ist sie als neuer Selbständiger versichert.

97 Bertuch/Bertuch, Der freie Dienstvertrag (Fn. 68), S. 105.

98 Ebd.

99 Tomandl, Sozialrecht (Fn. 24), S. 49.

100 Scheiber/Taudes, in: Sonntag (Hrsg.), GSVG/SVSG, 10. Aufl., Wien 2021, § 2 GSVG Rz. 89 ff.

101 Bertuch/Bertuch, Der freie Dienstvertrag (Fn. 68), S. 104.





## b) Beginn und Ende der Pflichtversicherung

Die Pflichtversicherung als *alter Selbständiger* beginnt mit dem Tag der Erlangung der entsprechenden Berechtigung bzw. bei Gesellschaftern allenfalls mit dem Tag der Antragstellung auf Eintragung im Firmenbuch (§ 6 Abs. 1 und 3 GSVG). Sie endet mit dem letzten des Kalendermonats, in dem diese Berechtigung erloschen ist bzw. die Löschung (als Gesellschafter oder Geschäftsführer) aus dem Firmenbuch beantragt wurde (§ 7 Abs. 1 Z. 1–3 GSVG). Die Versicherung kann außerdem durch Anzeige des Ruhens des Gewerbebetriebes unterbrochen werden (§ 4 Abs. 1 GSVG).

Bei *neuen Selbständigen* beginnt die Versicherung mit dem Tag der Aufnahme der betrieblichen Tätigkeit. Das ist jener Termin, an dem die beabsichtigten Leistungen erstmals nach außen zu Tage tretend zumindest angeboten wurden.<sup>102</sup> Die Versicherung endet mit dem letzten Tag des Kalendermonats, in dem die betriebliche Tätigkeit beendet wurde (§ 7 Abs. 4 GSVG). Probleme kann hier die Feststellung bereiten, wann die Tätigkeit »beendet« wurde, insbesondere dort, wo Aufträge nur sporadisch und über größere Zeiträume verteilt angenommen werden. Die Literatur verlangt, dass die Tätigkeit endgültig aufgegeben wird, um allzu häufige Brüche im Versicherungsschutz zu vermeiden.<sup>103</sup> In jenen Fällen, in denen die Tätigkeit ausnahmsweise von einer berufsrechtlichen Berechtigung abhängt, ist hingegen für Beginn und Ende der Pflichtversicherung die Erlangung bzw. der Wegfall dieser Berechtigung maßgeblich.<sup>104</sup>

Wie bereits erörtert (siehe II.4.a), kann aufgrund der Versicherungsgrenze der Bestand der Versicherung allerdings nur im Nachhinein festgestellt werden, außer der Versicherte gibt eine entsprechende *Überschreitungserklärung* ab. Diese Erklärung bewirkt eine Einbeziehung in die Pflichtversicherung unabhängig von der Höhe der Einkünfte jedenfalls für die Zukunft (nicht jedoch die Vergangenheit). Diese Versicherung beginnt mit dem Tag, an dem die Überschreitungserklärung bei der SVS einlangt.<sup>105</sup> Für Zeiträume davor kann die Versicherung allenfalls nachträglich festgestellt werden.

Nach dem GSVG versicherte Personen (alte wie neue Selbständige) haben die notwendigen *Meldungen* selbst vorzunehmen (§ 18 GSVG) und dabei insbesondere die Aufnahme ihrer Tätigkeit oder Erlangung einer Gewerbeberechtigung zu melden.<sup>106</sup> Die Meldung muss binnen einem Monat nach Eintritt der entsprechenden Tatsache

erfolgen. Dabei ist inzwischen für alte Selbständige eine Erleichterung geschaffen worden, da gem. § 18 Abs. 1 letzter Satz GSVG iVm. § 333 Abs. 2 Gewerbeordnung (GewO) die Meldung auch bei der Gewerbebehörde auf automationsunterstütztem Wege erfolgen kann, diese Behörde insofern als »One-Stop Shop« fungiert.

Unterbleibt eine fristgerechte Meldung, besteht neben Verwaltungsstrafen und Beitragszuschlägen für neue Selbständige eine zusätzliche »Sanktion«: Die Pflichtversicherung beginnt diesfalls mit dem Beginn des Kalenderjahres bzw. endet mit dem Ende des Kalenderjahres, sofern kein anderer Zeitpunkt glaubhaft gemacht wird.<sup>107</sup>

## c) Beiträge

Die Beiträge nach dem GSVG trägt (nur) der Selbständige, der auch für die Abwicklung allein zuständig ist. Die schwankende Natur der Einkünfte von Selbständigen macht allerdings komplizierte Berechnungsmethoden erforderlich, die in § 25 GSVG geregelt sind. Berechnungsbasis sind die Einkünfte iSd. Einkommenssteuergesetzes, es wird also auf den Einkommenssteuerbescheid abgestellt. Da dieser allerdings erst wesentlich später ergeht (uU. erst nach mehreren Jahren), sieht § 25a GSVG eine vorläufige monatliche Beitragsgrundlage in Form der um eine Aufwertungszahl aufgewerteten Beitragsgrundlage des drittvorangegangenen Kalenderjahres vor (bzw. falls zu diesem Zeitpunkt noch keine Pflichtversicherung bestand, der gesetzlichen Mindestbeitragsgrundlage).<sup>108</sup> Auf dieser Basis ergehen die monatlichen Vorschreibungen; sobald die nötigen Nachweise vorliegen, tritt eine endgültige Beitragsgrundlage an die Stelle der vorläufigen und kommt es je nachdem entweder zu Nachforderungen von Beiträgen oder zur Rückforderung durch den Versicherten.

§ 25a Abs. 4 sieht eine Vergünstigung vor, die sich im Wesentlichen an Jungunternehmer richtet: Hat in den letzten 120 Kalendermonaten vor Beginn der Pflichtversicherung nach dem GSVG keine Pflichtversicherung

<sup>102</sup> Scheiber/Taudes, in: Sonntag (Fn. 100), § 6 GSVG Rz. 8a.

<sup>103</sup> Bertuch/Bertuch, Der freie Dienstvertrag (Fn. 68), S. 115; Scheiber/Taudes, in: Sonntag (Fn. 100), § 7 GSVG Rz. 21.

<sup>104</sup> Scheiber/Taudes, in: Sonntag (Fn. 100), § 7 GSVG Rz. 32b f. Dies betrifft zB. Wirtschaftstreuhänder.

<sup>105</sup> Scheiber/Taudes, in: Sonntag (Fn. 100), § 6 GSVG Rz. 10.

<sup>106</sup> Taudes, in: Sonntag (Fn. 100), § 18 Rz. 2.

<sup>107</sup> Taudes, in: Sonntag (Fn. 100), § 18 Rz. 14.

<sup>108</sup> Resch, Sozialrecht (Fn. 3), S. 34.

bestanden, so gilt die vorläufige Beitragsgrundlage als endgültig und geschieht daher keine Nachverrechnung.

Für Selbständige besteht gem. § 25 Abs. 4 GSVG eine *Mindestbeitragsgrundlage* in Höhe der Geringfügigkeitsgrenze nach dem ASVG, derzeit also 485,85 €. Auch für Selbständige gilt zudem eine monatliche *Höchstbeitragsgrundlage*, welche jedoch wegen der fehlenden Sonderzahlungen um ein Sechstel höher ist als jene bei Unselbständigen und daher aktuell 6.615 € beträgt.

Die *Beitragsätze* sind für alte und neue Selbständige einheitlich. Laut § 27 GSVG würde zwar der Krankenversicherungsbeitrag 7,65 % und jener zur Pensionsversicherung 22,8 % betragen. Zur Entlastung der Versicherten wurden hier jedoch Partnerleistungen des Bundes solcherart eingeführt, dass der Bund einen Teil der Beiträge übernimmt (0,85 % in der Krankenversicherung und 4,3 % in der Pensionsversicherung).<sup>109</sup> Die vom Versicherten gezahlten Beiträge betragen daher derzeit in der Krankenversicherung 6,8 % und in der Pensionsversicherung 18,5 %. In der Unfallversicherung ist ein pauschaler Beitrag von 10,64 € vorgesehen.

#### d) Leistungen

Sowohl die neuen als auch die alten Selbständigen unterliegen der Kranken- und Pensionsversicherung nach dem GSVG.<sup>110</sup> Zu bedenken ist, dass hinsichtlich der Unfallversicherung vom GSVG auf das ASVG verwiesen wird und für die meisten Selbständigen inzwischen das einheitliche Pensionssystem nach dem APG gilt.

Im Hinblick auf die Krankenversicherung bestehen weiterhin nennenswerte Unterschiede zwischen Versicherten nach dem ASVG und nach dem GSVG. Zunächst kann gem. § 85 Abs. 3 GSVG das an sich geltende *Sachleistungsprinzip* durchbrochen werden, indem für Versicherte ab einer bestimmten Einkommenshöhe (aktuell 79.380 € jährlich) an Stelle von Sachleistungen nur Geldleistungen gewährt werden.<sup>111</sup> Da die Leistungen von der SVS statt von der ÖGK organisiert werden, stehen Selbständigen *andere Ärzte* zur Verfügung.

Anders als nach dem ASVG kann für GSVG-Versicherte zudem eine Kostenbeteiligung (*Selbstbehalt*) von bis zu 30 % vorgesehen werden (§ 86 GSVG); die aktuelle Satzung der SVS macht davon im Ausmaß von 20 % Gebrauch.<sup>112</sup> Die SVS nutzt diesen Selbstbehalt außerdem zur Motivation, Gesundheitsvorsorge zu betreiben.<sup>113</sup> Versicherte können beantragen, dass der Selbstbehalt für

einen bestimmten Zeitraum auf 10 % reduziert wird, wenn sie alle fünf Ziele eines Gesundheitsplanes erreichen.<sup>114</sup>

Ein weiterer Unterschied zwischen ASVG- und GSVG-Versicherten ist der erschwerte Zugang letzterer zu einkommensersetzenden Leistungen im Fall der Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit (*Krankengeld*). Ein solcher Anspruch besteht nur, wenn eine Zusatzversicherung abgeschlossen wurde. Ausnahmsweise erhalten nicht Zusatzversicherte eine fixe Unterstützungsleistung, wenn die Aufrechterhaltung ihres Betriebes von ihrer persönlichen Arbeitskraft abhängt und in ihrem Unternehmen regelmäßig weniger als 25 Arbeitnehmer beschäftigt werden (§ 104a GSVG).

#### e) Die Abgrenzungsproblematik zwischen § 4 Abs. 4 ASVG und § 2 Abs. 1 Z. 4 GSVG

Durch die Zweiteilung in eine dem Regime der Dienstnehmer unterstellte und eine den bisherigen gewerblichen Selbständigen gleichgestellte Gruppe von Selbständigen kann der Fall eintreten, dass auch bei Personen, die zutreffend nicht als persönlich abhängig und damit nicht als Dienstnehmer eingestuft werden, eine falsche sozialversicherungsrechtliche Behandlung erfolgt, insbesondere wenn ein dienstnehmerähnlicher freier Dienstnehmer nach § 4 Abs. 4 ASVG zu Unrecht als neuer Selbständiger nach § 2 Abs. 1 Z. 4 GSVG behandelt wird. Vor allem kann die Abgrenzung zwischen diesen beiden Bestimmungen noch diffiziler sein als die ohnehin schon schwierige Abgrenzung zwischen »echten« Dienstnehmern und Selbständigen. Bei einer Fehlbeurteilung würden Beiträge falsch berechnet und an den falschen SV-Träger (SVS statt ÖGK) abgeführt werden. Um hier für Rechtssicherheit zu sorgen, wurden verschiedene administrative Neuregelungen geschaffen.<sup>115</sup>

§ 10 Abs. 1a ASVG enthält zunächst eine Sonderregelung zum Beginn der Pflichtversicherung. Besteht bereits eine Versicherung nach § 2 Abs. 1 Z. 4 GSVG (die in

109 Graf-Schimek, in: Sonntag (Fn. 100), § 27 Rz. 2 und 6.

110 Bertuch/Bertuch, Der freie Dienstvertrag (Fn. 68), S. 114.

111 Umgesetzt in § 11 Abs. 1 Satzung der SVS.

112 Umgesetzt in § 13 Abs. 1 der Satzung der SVS.

113 Brodil/Windisch-Graetz, Sozialrecht in Grundzügen (Fn. 4), S. 78.

114 Anlage 8 der Satzung. Diese Ziele betreffen Blutdruck, Gewicht, Bewegung, Alkohol- und Tabakkonsum.

115 Bertuch/Bertuch, Der freie Dienstvertrag (Fn. 68), S. 143.

einem bestimmten Verfahren festgestellt wurde)<sup>116</sup> und wird nachträglich festgestellt, dass der Versicherte richtigerweise nach § 4 Abs. 4 ASVG versichert sein müsste, so beginnt die ASVG-Pflichtversicherung ausnahmsweise nicht mit der Aufnahme der Beschäftigung, sondern mit der Erlassung des entsprechenden Bescheides. Es besteht also ein *Rückwirkungsschutz*.<sup>117</sup> Ebenso wurden mit dem *Sozialversicherungs-Zuordnungsgesetz 2017 (SV-ZG)*<sup>118</sup> weitere Verfahren für eine bindende Feststellung der Versicherungszugehörigkeit (als Vorabprüfung bei der Anmeldung zur Sozialversicherung, amtswegig im Rahmen von Beitragsprüfungen und auf Antrag) vorgesehen.<sup>119</sup>

Greift der (durch das SV-ZG zum Teil verdrängte) Rückwirkungsschutz nicht, so müsste an sich der Dienstgeber die gesamten Beiträge für die letzten drei Jahre<sup>120</sup> nachzahlen, ohne sich beim Versicherten regressieren zu können, während der Versicherte die zu Unrecht an die SVS gezahlten Beiträge zurückfordern kann.<sup>121</sup> Der mit dem SV-ZG eingeführte § 41 Abs. 3 GSVG sieht jedoch eine interne Verrechnung der Beiträge zwischen ÖGK und SVS vor, welche der Rückforderung vorgeht und sowohl die Dienstgeber- als auch Dienstnehmeranteile umfasst.<sup>122</sup>

## 5. Versicherung der Bauern nach dem BSVG

### a) Pflichtversicherungstatbestände

Nach dem BSVG ist insbesondere der *Betriebsführer*, also jene Person, die einen land- oder forstwirtschaftlichen Betrieb auf ihre eigene Rechnung und Gefahr selbst führt oder für deren Rechnung und Gefahr er geführt wird, versichert (§ 2 Abs. 1 Z. 1 BSVG). Ebenso versichert sind bestimmte hauptberuflich im Betrieb beschäftigte *Familienangehörige* wie Ehegatten (eingetragene Partner),<sup>123</sup> über 15 Jahre alte Kinder, Enkel, Wahl-, Stief- und Schwiegerkinder sowie Eltern, Großeltern, Wahl-, Stief- und Schwiegereltern nach Übergabe des Betriebes, wenn sie im Betrieb verbleiben. Wird der Betrieb in der Form einer Gesellschaft geführt, sind die Gesellschafter einer OG sowie unbeschränkt haftende Gesellschafter einer KG versichert.

Der *land- und forstwirtschaftliche Betrieb* wird durch Verweis auf das Landarbeitsgesetz aus 1984, welches inzwischen durch das Landarbeitsgesetz 2021 ersetzt wurde,<sup>124</sup> relativ komplex definiert. Im Wesentlichen handelt es sich um »Betriebe der land- und forstwirtschaftlichen Produktion und ihre Nebenbetriebe, soweit diese in der

Hauptsache die Verarbeitung der eigenen Erzeugnisse zum Gegenstand haben und sich nicht als selbständige, von der Land- und Forstwirtschaft getrennt verwaltete Wirtschaftskörper darstellen, ferner die Hilfsbetriebe, die der Herstellung und Instandhaltung der Betriebsmittel für den land- und forstwirtschaftlichen Hauptbetrieb dienen.«

Das BSVG enthält in den §§ 2 Abs. 2 und 3 Abs. 2 eine Ausnahme für *Kleinstbetriebe*. Die dabei verwendeten Wertgrenzen knüpfen am Wert des land- oder forstwirtschaftlichen Grundstückes in Form des sogenannten *Einheitswertes* an. Dies ist der steuerliche Wert des land- und forstwirtschaftlichen Grundstückes, der vom Finanzamt nach einem komplexen Bewertungsverfahren (Bewertungsgesetz) festgestellt wird und für gewöhnlich deutlich niedriger ist als der Verkehrswert eines Grundstückes. Für die Krankenversicherung muss dieser Einheitswert 1.500 € und für die Unfallversicherung 150 € übersteigen. Die Versicherung besteht aber trotzdem, wenn die betreffenden Personen aus dem Betrieb überwiegend ihren Lebensunterhalt bestreiten. Zusammengefasst sind also Nebenerwerbslandwirte mit kleinen Betriebsflächen aus dem BSVG ausgenommen.<sup>125</sup>

### b) Beginn und Ende der Pflichtversicherung

Die Versicherung nach dem BSVG beginnt mit dem Tag des *Beginn des Betriebes* (§ 6 BSVG) und endet mit dem Tag von dessen *Aufgabe* (§ 7 BSVG).<sup>126</sup> Anders als bei den alten Selbständigen wird nicht an ein formales Kriterium

<sup>116</sup> Nach manchen Literaturstimmen ist keine bescheidmäßige Feststellung dieser Versicherung erforderlich, sondern soll die bloß faktische Vorschreibung und Entrichtung von Beiträgen nach dem GSVG ausreichen; *Julcher*, in: Mosler/Müller/Pfeil (Fn. 10), Stand 1.6.2017, § 10 ASVG Rz. 18; *Bertuch/Bertuch*, Der freie Dienstvertrag (Fn. 68), S. 153; die Rspr. hat dies jedoch abgelehnt, vgl. VwGH, 25.4.2007 – 2005/08/0082.

<sup>117</sup> *Bertuch/Bertuch*, Der freie Dienstvertrag (Fn. 68), S. 153.

<sup>118</sup> BGBl. I 2017/125.

<sup>119</sup> *Bertuch/Bertuch*, Der freie Dienstvertrag (Fn. 68), S. 147 ff.

<sup>120</sup> Fünf Jahre bei schuldhaft unterlassenen oder unrichtigen Angaben, § 68 Abs. 2 ASVG.

<sup>121</sup> *Drs*, Arbeits- und Sozialrecht, 6. Aufl., Wien 2021, S. 326.

<sup>122</sup> *Atzmüller/Lidauer*, ZAS 2021, 176.

<sup>123</sup> Sofern er nicht als Dienstnehmer nach § 4 Abs. 2 ASVG anzusehen ist; ebenso kann sich der Fall ergeben, dass Ehepartner einen Betrieb als gemeinsame Betriebsführer führen, *Resch*, Sozialrecht (Fn. 3), S. 27.

<sup>124</sup> BGBl. I 2021/78.

<sup>125</sup> *Resch*, Sozialrecht (Fn. 3), S. 27.

<sup>126</sup> Die Pensionsversicherung beginnt ausnahmsweise zu einem abweichenden Datum, dem 1. eines Kalendermonats, wenn die Voraussetzungen (zB. Betriebsaufnahme) für Beginn oder Wegfall der Versicherung bis zum 15. dieses Monats eintreten, ansonsten mit dem Monatsletzten.

wie die Zugehörigkeit zu einer Interessenvertretung angeknüpft.

Auch nach dem BSVG treffen den Versicherten *Meldepflichten* (§ 16 BSVG), vor allem hat der Betriebsführer binnen einem Monat nach Eintritt der Voraussetzungen für die Pflichtversicherung für sich und andere versicherte Personen eine Anmeldung zu erstatten.

### c) Beiträge

Ähnlich wie die Versicherungsgrenze knüpft auch die Beitragspflicht nach dem BSVG (in relativ komplizierter Form) am Einheitswert an. Die monatliche Beitragsgrundlage ist der sogenannte *Versicherungswert* (§ 23 Abs. 1 Z. 1 BSVG), welcher einem gewissen Prozentsatz des Einheitswertes entspricht. Der konkrete Prozentsatz verläuft degressiv, ist also bei hohen Einheitswerten niedriger (§ 23 Abs. 2 BSVG). Für zusätzlich zum Betriebsführer versicherte Verwandte wie Kinder sind ebenfalls Beiträge zu entrichten, wobei die Beitragsgrundlage einem Sechstel des Versicherungswertes entspricht (§ 23 Abs. 6 BSVG).

Unter bestimmten Umständen wird die Beitragsgrundlage hingegen wie im GSVG aus dem einkommenssteuerpflichtigen Einkommen gebildet. Dies geschieht zunächst dann, wenn kein Einheitswert ermittelt werden kann. Der Betriebsführer kann außerdem beantragen, dass an Stelle des Versicherungswertes die im Einkommenssteuerbescheid ausgewiesenen Einkünfte herangezogen werden (sog. Beitragsgrundlagenoption, vgl. § 23 Abs. 1a BSVG).

Auch das BSVG kennt sowohl eine *Mindestbeitragsgrundlage* (§ 23 Abs. 10) als auch eine *Höchstbeitragsgrundlage*, welche sich an der Höchstbeitragsgrundlage nach dem GSVG orientiert (§ 23 Abs. 8 BSVG).

Die Beitragsätze nach dem BSVG betragen 7,65 % in der Krankenversicherung, 1,9 % in der Unfallversicherung und 22,8 % in der Pensionsversicherung. Wie im GSVG sind auch hier Partnerleistungen des Bundes vorgesehen, sodass die Versicherten derzeit in der Krankenversicherung nur 6,6 % und in der Pensionsversicherung nur 17 % an Beiträgen entrichten. Eine Besonderheit im Vergleich zum GSVG besteht darin, dass Versicherte nach dem BSVG die Beiträge nicht unaufgefordert abführen müssen, sondern eine Vorschreibung durch den Versicherungsträger erfolgt (§ 33 BSVG).

### d) Leistungen

Das BSVG regelt anders als das GSVG Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung in einem. Letztere wird inzwischen weitgehend durch das APG verdrängt. Wie im GSVG ist bei Sachleistungen der Krankenversicherung ein Selbstbehalt (von 20 %) vorgesehen, jedoch auf gesetzlicher Ebene (§ 80 Abs. 2 BSVG).

## 6. Versicherung der freien Berufe

Die Sonderbehandlung der freien Berufe in der Sozialversicherung hat historische Gründe. Da Freiberufler ihre Tätigkeit nicht aufgrund einer Gewerbeberechtigung ausüben und daher nicht Mitglieder der Wirtschaftskammer sind, sind sie keine »alten Selbständigen« und waren somit von der Stammfassung des GSVG nicht erfasst.

Bereits vor dem ASRÄG 1997 waren bestimmte Freiberufler durch das FSVG (in einigen Versicherungszweigen) pflichtversichert, wobei dieses Gesetz auf das GSVG und hinsichtlich der Unfallversicherung auf das ASVG verweist. Aktuell betrifft dies in der Unfall- und Pensionsversicherung die freiberuflich tätigen Ärzte und Zahnärzte, nur in der Pensionsversicherung die selbständigen Apotheker, Patentanwälte und Ziviltechniker.

Durch die Schaffung der »neuen Selbständigen« nach § 2 Abs. 1 Z. 4 GSVG wären seit 1997 bei Fehlen gesonderter Regelungen (wie dem FSVG) alle freien Berufe nach dem GSVG versichert, da Freiberufler Einkünfte nach §§ 22 Z 1 EStG beziehen, somit die steuerrechtlichen Anforderungen dieses Tatbestandes erfüllen. § 5 GSVG enthält jedoch eine bedeutende Ausnahme. Von der Pflichtversicherung sind jene Berufsgruppen ausgenommen, deren gesetzliche berufliche Vertretung (Kammer) bis zum 1. Oktober 1999 einen Antrag auf Ausnahme von der Pflichtversicherung (*opting-out*) gestellt hat. Voraussetzung für einen solchen Antrag ist, dass die betroffenen Freiberufler Anspruch auf Leistungen haben, die jenen nach dem GSVG »gleichartig oder zumindest annähernd gleichwertig« sind, gegenüber einer Einrichtung ihrer gesetzlichen beruflichen Vertretung oder in der Krankenversicherung aus einer verpflichtend abgeschlossenen Selbstversicherung.

Das *opting-out* konnte also nur für eine gesamte Branche (nicht individuell), nur für Berufe mit einer gesetzlichen beruflichen Vertretung (»verkammerte« Berufe), nur bei Vorliegen einer annähernd gleichwertigen alternativen Versorgung und nur innerhalb eines gewissen Zeitraums

ausgeübt werden. Die Option konnte hinsichtlich der Kranken- und Pensionsversicherung oder nur einem einzelnen Versicherungszweig ausgeübt werden.<sup>127</sup>

Zu den betroffenen Berufsgruppen zählen etwa Rechtsanwälte, Notare, Ärzte, Apotheker, Tierärzte und Wirtschaftstreuhänder.<sup>128</sup> In der Krankenversicherung haben dabei alle betroffenen Interessenvertretungen das opting-out genutzt, in der Pensionsversicherung nur einige.<sup>129</sup> Entsprechende Ausnahmegestimmungen wurden in Verordnungen erlassen. Im Detail sind die Regelungen je nach Berufsgruppe und Versicherungszweig oft zersplittert. Beispielsweise sind selbständige Rechtsanwälte nach wie vor nicht pflichtversichert, sondern können einem Gruppenkrankenversicherungsvertrag beitreten, sich freiwillig unfallversichern und haben in der Pensionsversicherung Anspruch auf eine Pension gegen die Rechtsanwaltskammer aus einer kammereigenen Versorgungseinrichtung (§ 49 ff. Rechtsanwaltsordnung).

## 7. Selbständige in der Arbeitslosenversicherung

Eine Sonderstellung nehmen selbständig Erwerbstätige in der Arbeitslosenversicherung ein. Nach § 1 Abs. 1 und Abs. 8 ALVG sind Dienstnehmer und dienstnehmerähnliche freie Dienstnehmer nach § 4 Abs. 4 ASVG für den Fall der Arbeitslosigkeit (pflicht)versichert. Die Pflichtversicherung nach dem GSVG sowie dem BSVG umfasst demgegenüber keine Arbeitslosenversicherung. Der österreichische Gesetzgeber hat vielmehr mit 1. Januar 2009 in § 3 Abs. 1 ALVG für GSVG- und FSVG-Versicherte<sup>130</sup> sowie freiberuflich tätige Rechtsanwälte und Ziviltechniker die Möglichkeit eines freiwilligen »Hineinoptierens« in die Arbeitslosenversicherung geschaffen.<sup>131</sup>

Die Einbeziehung erfolgt, wenn der Selbständige binnen einer 6-monatigen Frist ab Verständigung vom Beginn der GSVG/FSVG-Versicherung den Eintritt in die Arbeitslosenversicherung erklärt (§ 3 Abs. 3 ALVG). Die Entscheidung ist für die folgenden acht Jahre bindend. Beginn des Versicherungsverhältnisses in der Arbeitslosenversicherung ist in manchen Fällen (ausnahmsweise) nicht die Aufnahme der Erwerbstätigkeit, sondern der Beginn des auf das Einlangen der Beitrittserklärung folgenden Monats (§ 3 Abs. 3 ALVG).

Die Beiträge sind insofern flexibel gestaltet, als Selbständige eine Wahl zwischen drei monatlichen Beitragsgrundlagen und daran gekoppelt zwei unterschiedlichen

Beitragsätzen haben (§ 2 Arbeitsmarktpolitik-Finanzierungsgesetz). Diese Beitragsgrundlagen betragen ein Viertel, die Hälfte oder drei Viertel der Höchstbeitragsgrundlage nach dem GSVG. Bei einer Beitragsgrundlage von einem Viertel beträgt der Beitragssatz 3 %, ansonsten 6 %. Je höher die gewählte Beitragsgrundlage ist, desto höher sind auch die im Versicherungsfall bezogenen Geldleistungen.

## III. Vergleich der österreichischen und deutschen Rechtslage

Obwohl das österreichische System der Sozialversicherung unter den Eindrücken des deutschen Modells entstanden ist, weichen die beiden recht deutlich voneinander ab. Die deutsche Sozialversicherung gliedert sich in fünf Zweige, die in jeweils einzelnen Büchern des Sozialgesetzbuchs (SGB) geregelt sind: Die Arbeitslosenversicherung (SGB III), die Krankenversicherung (SGB V), die Rentenversicherung (SGB VI), die Unfallversicherung (SGB VII) und die Pflegeversicherung (SGB XI). Dabei werden gleich die ersten beiden Unterschiede zum österreichischen System offenbar: neben der Diskrepanz, dass die kodifizierten Sozialversicherungsgesetze in Österreich nach Versichertengruppen und nicht nach Versicherungszweigen zusammengefasst sind, tritt vor allem deutlich hervor, dass das Pflegesystem über eine Pflegeversicherung organisiert wird, während Österreich auf eine steuerbasierte Finanzierung setzt.

Noch gravierender sind jedoch die Unterschiede, wenn man die Situation Selbständiger vergleicht.

### 1. Die Unterschiede in der Krankenversicherung für Selbständige

Gem. § 193 Abs. 3 Versicherungsvertragsgesetz (VVG) ist jede Person mit Wohnsitz in Deutschland verpflichtet, bei

<sup>127</sup> Die Unfallversicherung Selbständiger richtet sich nach dem ASVG und knüpft (ua.) daran an, dass Kranken- und Pensionsversicherung als neuer Selbständiger besteht. Sie wird durch ein opting-out daher ebenso, quasi als Reflexwirkung, abgelehnt.

<sup>128</sup> Resch, Sozialrecht (Fn. 3), S. 26.

<sup>129</sup> Neumann, in: Mosler/Müller/Pfeil (Fn. 10), § 2 GSVG Rz. 76.

<sup>130</sup> Für BSVG-Versicherte besteht keine solche Option.

<sup>131</sup> BGBl. I 2007/104.

einem in Deutschland zum Geschäftsbetrieb zugelassenen Versicherungsunternehmen eine Krankheitskostenversicherung abzuschließen, die zumindest eine Kostenerstattung für ambulante und stationäre Heilbehandlung umfasst.

Diese Pflicht besteht insbesondere nicht für jene Personen, die bereits in der gesetzlichen Krankenversicherung versichert sind.

Der Kreis der gesetzlich<sup>132</sup> krankenversicherten Personen wird in § 5 SGB V detailliert aufgeschlüsselt und umfasst als zentralen Tatbestand Arbeiter, Angestellte und zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigte, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind<sup>133</sup>. Ausdrücklich nicht gesetzlich versichert sind gem. § 5 Abs. 5 SGB V »hauptberuflich selbständig Erwerbstätige«. Die Abgrenzung, wann eine selbständige Tätigkeit *hauptberuflich* ausgeübt wird, ist im Einzelfall mitunter schwierig. Gemeinhin wird dabei auf ein Überwiegen der selbständigen Tätigkeit abgestellt.<sup>134</sup> Dabei werden Entgelt und Zeitaufwand der unselbständigen und selbständigen Tätigkeit gegenübergestellt und verglichen. Führt dies nicht zu einem einheitlichen Ergebnis (wenn also mit jener Tätigkeit mehr Entgelt erzielt wird, für die geringere zeitliche Ressourcen aufgewendet werden oder vice versa), wird abgewogen und die aufgewandte Arbeitszeit in der Regel stärker gewichtet.<sup>135</sup>

Lediglich für Selbständige, die in den letzten fünf Jahren vor dem Ausscheiden mindestens 24 Monate oder unmittelbar vor dem Ausscheiden unmittelbar mindestens zwölf Monate versichert werden oder die aus der Familienversicherung nach § 10 SGB V ausscheiden, besteht die Möglichkeit sich nach § 9 SGB V freiwillig zu versichern.

Der allgemeine Beitragssatz beträgt 14,6 % der beitragspflichtigen Einnahmen<sup>136</sup> und wird durch Arbeitnehmer und Arbeitgeber je zur Hälfte getragen.<sup>137</sup>

Unterschiede zwischen Österreich und Deutschland hinsichtlich der Krankenversicherung ergeben sich daher vor allem in folgenden Bereichen:

- Selbständige sind in Deutschland nicht gesetzlich krankenversichert, es trifft sie jedoch die Verpflichtung sich privat zu versichern. In Österreich erfolgt die Krankenversicherung Selbständiger ex lege und ist nur an das Überschreiten einer bestimmten Einkommenshöhe gebunden.
- Für *Unselbständige* ist in Deutschland auffällig, dass bei Überschreiten der Jahresarbeitsentgeltgrenze die gesetzliche Versicherung endet. Auch Österreich kennt

eine Höchstbeitragsgrundlage in der gesamten Sozialversicherung. Allerdings hebt deren Überschreiten nicht die gesetzliche Versicherung auf, sondern stellt lediglich den Maximalbetrag dar, der für die Berechnung von Geldleistungen in der Sozialversicherung als Bemessungsgrundlage herangezogen werden kann. Darüberhinausgehendes Entgelt ist demnach nur »nicht-versichert«, was für das Versicherungsverhältnis *per se* und den Anspruch auf Sachleistungen jedoch ohne Auswirkungen bleibt.

- Bei den Beitragssätzen ist festzustellen, dass die österreichische Krankenversicherung geringere Sätze verwendet. Diese Feststellung kann sowohl für Selbständige als auch Unselbständige getroffen werden. In Österreich beträgt der Beitragssatz für die Krankenversicherung 7,65 %. Selbständige tragen hiervon 6,8 %, während die restlichen 0,85 % vom Bund übernommen werden. Bei Unselbständigen wird der Beitragssatz zwischen Dienstnehmern (3,87 %) und Dienstgebern (3,78 %) aufgeteilt. In Deutschland beträgt der Beitragssatz 14,6 %. Dieser wird bei Unselbständigen zur Hälfte zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern geteilt; freiwillig versicherte Selbständige zahlen diesen Beitragssatz in voller Höhe.

## 2. Die Unterschiede in der Rentenversicherung für Selbständige

Für Selbständige besteht in Deutschland die Möglichkeit auf drei Arten rentenversichert zu sein:

### a) Pflichtversicherung der Selbständigen

Bestimmte Personengruppen unterliegen aufgrund § 2 SGB VI ex lege der Versicherungspflicht. Dies umfasst bspw. Lehrer, Hebammen, Künstler oder Hausgewerbetreibende. Bemerkenswert ist auch die Einbeziehung

<sup>132</sup> Die freiwillig Versicherten finden sich in § 9 SGB V, die beitragsfrei Mitversicherten in der Familienversicherung sind im § 10 SGB V geregelt.

<sup>133</sup> Übersteigt das regelmäßige Jahresarbeitsentgelt jedoch die Jahresarbeitsentgeltgrenze (2022: 64.350 €) endet die Versicherungspflicht auch für Arbeiter und Angestellte.

<sup>134</sup> Peters, in: Körner/Leitherer/Mutschler/Rolfs (Hrsg.), Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, SGB V, 117. EL, München, Stand: 1.12.2021 (im Folgenden: KassKomm), § 5 Rn. 193.

<sup>135</sup> KassKomm-Peters (Fn. 134), § 5 Rn. 193.

<sup>136</sup> § 241 SGB V.

<sup>137</sup> § 249 SGB V.

der sog. »Solo-Selbständigen« in die Rentenversicherung. Der deutsche Gesetzgeber hat mit 1. Januar 1999 in § 2 S. 1 Nr. 9 SGB VI die Einbeziehung von Selbständigen unabhängig ihrer konkreten Profession bewirkt, sofern bestimmte gemeinsame äußere Bedingungen erfüllt sind.<sup>138</sup> Konkret sind dadurch auch Selbständige gesetzlich rentenversichert, die (i) im Rahmen ihrer Tätigkeit keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigen und (ii) auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig sind.

#### b) Pflichtversicherung auf Antrag

Sofern nicht eine gesetzliche Rentenversicherung vorliegt und die selbständige Tätigkeit nicht nur vorübergehend ausgeübt wird, kann von Selbständigen auch ein Antrag auf Pflichtversicherung gestellt werden. Dieser Antrag muss gem. § 4 Abs. 2 SGB VI innerhalb der ersten fünf Jahre der selbständigen Tätigkeit gestellt werden und endet mit Aufgabe der Tätigkeit.

#### c) freiwillige Versicherung

Schließlich besteht auch die Möglichkeit für Selbständige sich gem. § 7 SGB VI freiwillig zu versichern. Dabei kann der Selbständige selbst seine Beitragshöhe wählen<sup>139</sup>, wobei die Mindestbeitragsbemessungsgrundlage<sup>140</sup> die Untergrenze darstellt.

#### d) Unterschiede und Gedanken zur österreichischen Gesetzeslage im Vergleich

Auch die deutsche Rentenversicherung unterscheidet sich maßgeblich von der österreichischen Pensionsversicherung:

- Während die Pensionsversicherung in Österreich wie bei der Krankenversicherung umfassend für Selbständige ex lege eintritt, ist dies in Deutschland nur für bestimmte Gruppen von Selbständigen der Fall.
- Besonders bemerkenswert ist hierbei die Gruppe der Solo-Selbständigen, bei der der deutsche Gesetzgeber erstmals auch bestimmte soziale Schutzbedürftigkeitgedanken in die Einbeziehung in die gesetzliche Rentenversicherung miteinbezogen hat. Sie sind den österreichischen dienstnehmerähnlichen freien Dienstnehmern nicht unähnlich, weshalb es aus österreichischer Sicht durchaus fragwürdig erscheint, warum man nicht ähnliche Schritte wie in Österreich gegangen ist, wenn man die Schutzbedürftigkeit bereits erkannt hat. So genießt

die Gruppe der dienstnehmerähnlichen freien Dienstnehmer in Österreich den Vorteil, dass die Beiträge an die Pensionsversicherung zwischen den Vertragsparteien geteilt werden, und sich der Auftraggeber um die Abwicklung mit der Sozialversicherung kümmern muss. Da sich die Schutzbedürftigkeit deutscher Solo-Selbständiger insbesondere auch aus der Abhängigkeit zu einem einzigen Auftraggeber ergibt, scheint es aus österreichischer Sicht durchaus einleuchtend den jeweiligen Auftraggeber auch dementsprechend vermehrt in die Pflicht zu nehmen.

- Wie in der Krankenversicherung sind auch in der Pensionsversicherung die Beitragssätze für Selbständige in Deutschland höher als in Österreich. Während österreichische Selbständige 18,5 %<sup>141</sup> zahlen, liegt der allgemeine Beitragssatz in Deutschland bei 18,6 %. Die Unselbständigen wiederum leisten in Deutschland geringere Beiträge als in Österreich. Der Beitragssatz wird in Deutschland zur Hälfte geteilt (= 9,3 %), in Österreich wird der Beitragssatz von 22,8 % zwischen Dienstnehmern (10,25 %) und Dienstgebern (12,55 %) leicht ungleich verteilt.

### 3. Die Unterschiede in der Unfallversicherung für Selbständige

Im Wesentlichen sind gem. § 2 Abs. 1 SGB VII *Beschäftigte* in der Unfallversicherung gesetzlich versichert. Es sind jedoch in engem Umfang auch bestimmte Selbständigen-Gruppen nach § 2 SGB II bzw. nach § 3 SGB VII kraft Satzung unfallversichert.

Darüber hinaus besteht die Möglichkeit für Unternehmer, sich freiwillig gemäß § 6 SGB VII zu versichern, wobei die Versicherung mit Tag des Antrags beginnt. Sie endet, wenn ein Beitrag binnen zwei Monaten nach Fälligkeit nicht gezahlt worden ist.

Der Vergleich zu Österreich zeigt dabei folgende Punkte auf:

- Die Beitragspflicht für die Unfallversicherung liegt in Österreich wie in Deutschland grundsätzlich bei den

<sup>138</sup> Berchthold, in: Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann/Berchthold (Hrsg.), Kommentar zum Sozialrecht, 7. Aufl., München 2021, SGB VI, § 2 Rn. 1–3.

<sup>139</sup> § 161 SGB VI.

<sup>140</sup> Gem. § 167 SGB VI ist dies ein Betrag von 450 €.

<sup>141</sup> Die restlichen 4,3 % zu den insgesamt 22,8 %, die auch für Unselbständige gelten, werden vom Bund zugeschossen.

Unternehmern (Deutschland)/Dienstgebern (Österreich).

- Darüber hinaus sind in Österreich jedoch neben den Dienstnehmern auch Selbständige ex lege unfallversichert. In Deutschland ist die gesetzliche Unfallversicherung nur für wenige Selbständigen-Gruppen vorgesehen. Selbständige können jedoch in die Unfallversicherung hineinoptieren.
- Während für die Unfallversicherung Selbständiger in Österreich ein pauschaler Beitrag von 10,64 € vorgesehen ist, wird beim deutschen System ein kraft Satzung bestimmter Jahresarbeitsverdienst als Berechnungsgrundlage herangezogen.<sup>142</sup>

#### 4. Die Unterschiede in der Arbeitslosenversicherung für Selbständige

Zentraler Regelungsinhalt der Arbeitslosenversicherung ist die Absicherung Unselbständiger vor dem Risiko der Arbeitslosigkeit durch Kompensierung des ausbleibenden Entgelts. In Deutschland gibt es daher keine gesetzliche Arbeitslosenversicherung für Selbständige. Sie können jedoch gem. § 28a SGB III auf Antrag in Arbeitslosenversicherung optieren, wenn sie (i) eine selbständige Tätigkeit im Umfang von mindestens 15 Stunden ausüben und (ii) innerhalb der letzten 30 Monate vor der Aufnahme der Tätigkeit mindestens zwölf Monate in einem Versicherungspflichtverhältnis gestanden sind oder eine Entgeltersatzleistung nach dem SGB III bezogen haben. Darüber hinaus besteht in Deutschland die Möglichkeit einer privaten Arbeitslosenversicherung beizutreten.

Die Unterschiede zu Österreich lassen sich daher wie folgt zusammenfassen:

- In beiden Ländern besteht keine gesetzliche Arbeitslosenversicherung für Selbständige. In Österreich können jedoch (fast) sämtliche Selbständige in die Arbeitslosenversicherung optieren. Diese Möglichkeit ist in Deutschland äußerst beschränkt und an gewisse Voraussetzungen gebunden.
- Während der Selbständige in Österreich zwischen drei Modellen wählen kann und damit seine Beiträge bis zu einem gewissen Grad mitbestimmen kann, ist die Beitragshöhe in Deutschland mit 3 % fixiert.

#### 5. Die Unterschiede in der Pflegeversicherung für Selbständige

Am gravierendsten sind die Unterschiede zwischen Deutschland und Österreich bei der Ausgestaltung der Pflege. Während Deutschland ein Versicherungsmodell wählt, bei dem jene Personen, die in der Krankenversicherung gesetzlich versichert sind, auch in der Pflegeversicherung versichert sind und der Rest verpflichtet ist, sich privat zu versichern, setzt Österreich auf ein steuerfinanziertes Modell. Aufgrund des gänzlich anderen Ansatzes ist ein weitergehender Vergleich kaum sinnvoll, wenngleich anzumerken ist, dass das Modell der Pflegeversicherung auch in Österreich immer wieder Gegenstand der rechtspolitischen Diskussion ist.

### IV. Zusammenfassung und Ausblick

Der Vergleich der beiden Sozialversicherungsmodelle führt zu einem bemerkenswerten Ergebnis: Obwohl sich Österreich in der Anfangsphase der Etablierung eines Sozialversicherungssystems stark an Deutschland orientierte, gingen die Systeme in Folge weit auseinander. Während man in Österreich die Bestrebung erblicken kann im Rahmen der Erwerbstätigenversicherung sämtliche Form der Beschäftigung (seien sie unselbständig oder selbständig) in die sozialen Sicherungsnetze einzubeziehen, ist in Deutschland ein weitaus größerer Einbezug privater Versicherungen in der Sozialversicherung bemerkbar. Insgesamt ist aus österreichischer Sicht deshalb bemerkenswert, wie weitgehend bei der sozialen Absicherung Selbständiger auf nicht-staatliche Strukturen vertraut wird. Dass die weitere Einbeziehung Selbständiger in das gesetzliche Sozialversicherungssystem immer wieder Inhalt deutscher Debatten ist, vermag die Autoren daher auf Basis dieser Arbeit nicht mehr stark zu überraschen. Die dargestellten, österreichischen Regelungen können dabei als Eckpunkte eines Systems gesehen werden, in dem man versucht hat, Schutzdefizite möglichst hintanzuhalten.

<sup>142</sup> § 154 SGB VII.



## 60 Jahre für ein faires Arbeitsrecht – Fachliche Autobiografie

Autobiografie von Peter Hanau, 2022, C.H.Beck, München, 334 S. (ISBN 978 3 406 78079 0), 49,00 €

Dass *Peter Hanau*, einer der Großen des deutschen Arbeitsrechts, eine ganz außergewöhnliche Bedeutung für die Arbeitsgerichtsbarkeit hat und die Beziehung zwischen ihm und der Arbeitsgerichtsbarkeit besonders eng ist, wird vielleicht am augenfälligsten auf der ersten Seite der Homepage des Bundesarbeitsgerichts. Dort hat das Gericht als »Aufmacher« und Motto ein Zitat von *Peter Hanau* aus dessen Gerichtschonik aus Anlass des 60. Geburtstags des Gerichts gestellt: »Eine Rechtsordnung, die sich eine besondere Arbeitsgerichtsbarkeit leistet, drückt damit aus, dass sie dem Humanen, den materiellen und ideellen Bedürfnissen des Menschen in besonderer Weise verpflichtet ist.«<sup>1</sup>

Nun hat dieser einflussreiche und produktive Wissenschaftler, ausgezeichnete Referent und Moderator, der das Verhältnis der Akteure des Arbeitslebens und des Arbeitsrechts wie wohl kein anderer in Richtung auf ein produktives Miteinander geprägt hat, eine »fachliche Autobiografie« vorgelegt.

### I. »Fachliche« Autobiografie

»Fachlich« ist diese Autobiografie, weil sich *Peter Hanau* nur mit diesem Aspekt seines Lebens vorstellt. Der eher wie zufällig am Ende des 5. Kapitels<sup>2</sup> eingefügte tabellarische Lebenslauf enthält nach der Geburt im Jahre 1935<sup>3</sup> in Berlin keine Angabe, die nicht unmittelbar seinem Berufsleben zugeordnet werden kann. Wir finden dort die Daten zu Studium, Promotion und Habilitation, den ordentlichen Professuren in Berlin und Köln, wo er auch Dekan und Rektor war, und zu Ehrendoktorwürden der Universitäten in Uppsala und Kyoto. Auch seine Tätigkeiten als ehrenamtlicher Richter am LAG Köln, für den Deutschen Juristentag, für die Restrukturierung der Berliner Humboldtuniversität in der Nachwendezeit sowie im Arbeitsgerichtsverband, der Deutschen Forschungsgemeinschaft und für das Hochschuldienstrecht sind dort zeitlich eingeordnet. Sein persönliches Leben hat *Hanau* nicht vor dem Leser ausgebreitet. Seine Zugewandtheit und sein

wärmendes Interesse an seinen Mitmenschen – beides kommt oft auch mit in entwaffnenden Charme verpacktem Witz daher –, wird immerhin dort ein wenig erkennbar, wo er sich mit seinen akademischen Schülern und mit Rückschauen auf Arbeitsrechtler befasst, mit denen er sich verbunden fühlt.

### II. Historische Methode

Dass *Peter Hanau* neben der Juristerei im Allgemeinen und der Arbeitsrechtswissenschaft im Besonderen auch historische Interessen engagiert verfolgt hat und verfolgt, wird aus der Sicht des Rezensenten auch in der eigenständigen Methode deutlich, mit der er seine fachliche Autobiografie angeht. Er beschreibt nicht nur, wie er heute bestimmte aus seiner Sicht besonders wichtige und sich bis heute immer wieder stellende Fragen des Arbeitsrechts sieht oder für das Arbeitsrecht bedeutsame Menschen, denen er im Laufe seines Arbeitslebens begegnet ist. Er lässt vielmehr in besonders wichtigen Zusammenhängen sich selbst oder andere zu diesen Themen oder Personen mit den damaligen Stellungnahmen oder Bewertungen zu Wort kommen. Er hat so für einen Teil seiner fachlichen Autobiografie gewissermaßen die quellenorientierte Methode des historischen Geschichtsschreibers gewählt. Diese Form hatte er schon zuvor an seinem akademischen Lehrer *Franz Gamillscheg* »erprobt«. Statt für ihn eine späte Festschrift zu dessen 80. Geburtstag zu initiieren, hatte er für den systematisch geordneten Abdruck ausgewählter Schriften seines Lehrers gesorgt<sup>4</sup>. Auf diese historische Methode, die, wie er damals schrieb<sup>5</sup>, einer guten Tradition entsprach, um die vereinzelt veröffentlichten Gedanken des Wissenschaftlers besser zugänglich zu machen, hat er dann ähnlich in Ausschnitten zurückgegriffen, um 60 Jahre Bundesarbeitsgericht zu beschrei-

1 *Hanau*, 60 Jahre Bundesarbeitsgericht – Eine Chronik, München 2014, S. 59; Besprechung dieser Chronik von *Henssler*, SR 2015, 29.

2 »V. Rückschauen 3. Auf den Verfasser« S. 309/310. Hier und im Folgenden beziehen sich Seitenangaben ohne nähere Zuordnung auf das rezensierte Werk.

3 Am 13.7.1935.

4 *Gamillscheg*, Ausgewählte Schriften zu Arbeitsrecht und Rechtsvergleichung, Baden-Baden 2006. Ganz ähnlich motiviert die von *Martin Henssler* herausgegebene Zusammenstellung später Werke von *Herbert Wiedemann* (Spätlese, Ausgewählte Veröffentlichungen aus der Zeit von 2004 bis 2016, München 2017).

5 Vorwort zu *Gamillscheg*, Ausgewählte Schriften (Fn. 4), S. V.

ben<sup>6</sup>. Er nutzt sie nun, indem er erneut auf historische Quellen zurückgreift und durch aktuelle Reflexionen wesentlich anreichert, um mit sich als Person in der Zeit umzugehen.

### III. »Faires Arbeitsrecht«

Das »faire Arbeitsrecht«, um das es ihm in seinem bisherigen fachlichen Leben ging, umschreibt *Peter Hanau* zu Beginn seiner Autobiografie<sup>7</sup>. Zunächst hat er in sein Werk allerdings den ersten Teil eines Interviews<sup>8</sup> aufgenommen, das *Felipe Temming* im Jahre 2017 mit ihm geführt hatte. In ihm hatte er kurz seinen persönlichen wissenschaftlichen Weg zum und im Arbeitsrecht mit seinen Lehrern *Wolfgang Siebert* und – besonders – *Franz Gamillscheg* und seine eigenen universitären Stationen Göttingen, Berlin und Köln skizziert.

Das Gebot der Fairness im Arbeitsrecht sieht *Peter Hanau* als einen Leitgedanken für die Auslegung und Lückenfüllung von Gesetzen zur Sicherstellung eines allseits angemessenen Interessenausgleichs. Sozialpartnerschaft<sup>9</sup> als immer wieder zu schaffenden Ausgleich durch faires Verfahren in wechselseitigem Respekt mit daraus fließenden Regeln für ein ausgewogenes Miteinander. Letztlich geht es ihm um die fortdauernde Suche nach Lösungen zur Herstellung und Bewahrung von Chancengleichheit, die bei einmal Erkanntem nicht stehen bleibt.

### IV. Rückschau und Neu-Gier

Diese Suche beschreibt er im Folgenden bezogen auf seine Haupttätigkeitsbereiche und die Hauptthemen, mit denen er sich befasst hat. Es folgen Rückschauen auf die Entwicklung des Arbeitsrechts und bedeutende Arbeitsrechtler. Daran anschließend nimmt der Verfasser eine Rückschau auf sich selbst vor. Sie beschränkt sich auf den bereits erwähnten sehr knappen Lebenslauf und ein opulentes, zeitlich nach den Epochen seines Schaffens und nach Art der Beiträge geordnetes Schrifttumsverzeichnis. Am Schluss (»Wie geht es weiter?«) folgt eine Skizze der Ausgangspunkte, die für die zukünftige Entwicklung in den bereits behandelten Arbeitsrechtsbereichen zu erkennen sind.

### 1. Haupttätigkeitsbereiche

Bei der Behandlung und Bewertung seiner Haupttätigkeitsbereiche<sup>10</sup> beginnt *Hanau* mit seiner wissenschaftlichen Publizistik. Er ist zwar zu Recht erkennbar stolz auf sein zusammen mit seinem lebenslangen Freund *Klaus Adomeit* verfasstes, in hoher Auflage verbreitetes und höchst eigenständiges Lernbuch des Arbeitsrechts. Er betont aber zugleich das dort verfolgte Ziel, pädagogische Würze aus kompakter und lebensnaher Kürze zu gewinnen. Er bedauert es deshalb wohl nicht allzu sehr, dass in seiner Veröffentlichungsliste ein besonders umfangreiches, mit herausragender Gelehrsamkeit punktendes Werk fehlt. Ihm war der Kampf um faire Einzellösungen dicht an den jeweiligen aktuellen Entwicklungen und für sie offenbar wichtiger.

Dazu passt es, dass – nicht nur – er seine freundschaftlich-kritische Begleitung und Unterstützung der Arbeitsgerichtsbarkeit für einen besonders wichtigen Bereich seiner fachlichen Tätigkeiten hält. Ihn hat dabei stets auch die Richterrolle besonders interessiert. Er greift deshalb, angereichert durch den teilweisen Wiederabdruck früherer Beiträge<sup>11</sup>, eine den rezensierenden Richter iR. natürlich besonders interessierende Kontroverse zum gewerkschaftlichen und politischen Engagement von Berufsrichterinnen und Berufsrichtern der Arbeitsgerichtsbarkeit auf. Er betont zu Recht, dass es für die erfolgreiche Wahrnehmung des Richteramtes gerade in der Arbeitsgerichtsbarkeit von herausragender Wichtigkeit ist, dass Publikum und Prozessparteien darauf vertrauen, vor den Arbeitsgerichten fair behandelt zu werden. Er zitiert in diesem

6 Beispielsweise durch den Abdruck der Reden, die *Hans Carl Nipperdey* zur feierlichen Eröffnung des Bundesarbeitsgerichts in Kassel im Jahre 1954 und *Ingrid Schmidt* zu ihrer Amtseinführung im Jahre 2005 in Erfurt gehalten haben. Dabei werden beide Reden nicht einander gegenübergestellt, sondern innerhalb des von ihm geschilderten zeitlichen Ablaufs der Entwicklung des Gerichts dort eingefügt, wo sie gehalten wurden.

7 »Der rote Faden: Fairness« S. 9 ff.; ergänzend *Hanau*, FS Landesarbeitsgericht Köln, 2022, S. 3 ff.

8 Auch abgedruckt in SR 2018, 161.

9 Dieser Begriff kennzeichnet auch ein Konzept betrieblicher Altersversorgung durch reine Beitragszusagen (heute §§ 21 ff. BetrAVG), die nur auf der Grundlage von Tarifverträgen möglich sein sollte und nun auch ist, und für das er zusammen mit *Marco Arteaga* wesentliche Vorarbeiten geleistet hat: *Hanau/Arteaga*, Sozialpartnermodell Betriebsrente, Gutachten für das Bundesministerium für Arbeit März 2016.

10 S. 13–56.

11 *Hanau*, ZIP 1984, 1165; *Hanau*, RdA 2000, 314.

Zusammenhang auch mit deutlichem Unverständnis die gelegentlich publizierte, letztlich unergiebigere Feststellung, auch Richterinnen und Richter seien Arbeitnehmer<sup>12</sup> mit der daraus gezogenen törichteren Konsequenz, von ihnen dürfe man keine unparteiischen Entscheidungen in Arbeitsstreitigkeiten erwarten. Gerade in der Arbeitsgerichtsbarkeit die richtige richterliche Position zu finden, ist allerdings zunächst nicht ganz einfach. Wenn man, wie wohl fast alle Studierenden, das »Arbeitsrecht als Arbeitnehmerschutzrecht« kennengelernt hat und dies sicherlich für viele auch ein Grund für den Weg in die Arbeitsgerichtsbarkeit war, nimmt man wohl als Anfänger seine typischen Prozessparteien, Arbeitgeber und Arbeitnehmer, gelegentlich auf einer Art schiefen Ebene wahr, wenn man den eigenen Standpunkt zwischen ihnen sucht. Auf ihr steht man bekanntlich schlecht. Andererseits wird einem – vielfach wohl erst im Laufe eines Richterlebens – bewusst, dass im kollektiven Arbeitsrecht die Kräfte wirksam werden, die bei einer fairen Verteilung ihrer Durchsetzungschancen das Gefälle in den individuellen Arbeitsbeziehungen typischerweise beseitigen oder doch zumindest entscheidend minimieren<sup>13</sup>. Zudem sollte ein intensiver Austausch mit den ehrenamtlichen Richterinnen und Richtern und deren praktischen Erfahrungen dabei helfen, die eigene, bei allem Engagement zwingend unparteiische Rolle bei der Suche nach dem richtigen Verständnis der arbeitsrechtlichen Gesetze und Rechtsätze zu finden. Wenn man glaubt, den richtigen Standpunkt gefunden zu haben, und es einem um neue Erkenntnisse und um die Multiplikation des – vorläufig – als richtig Erkannten geht, ist es subjektiv nicht mehr von erheblicher Bedeutung, in welchem Rahmen, ob von Gewerkschaften oder Arbeitgeberverbänden organisiert, man dem nachgeht. Gleichwohl: Der Eindruck, den ein »Auftrittsort« nach außen vermitteln kann, sollte stets dafür streiten, Zurückhaltung zu üben und keine nachvollziehbaren Zweifel an der eigenen Bereitschaft zu begründen, jedermann vor dem Gesetz und vor Gericht in gleicher Weise fair zu behandeln.

Möglicherweise war es neben seiner jederzeitigen Bereitschaft und grandiosen Fähigkeit, Brücken über gegensätzliche Interessen und Standpunkte zu schlagen, auch sein Wille, den Richterinnen und Richtern der Arbeitsgerichtsbarkeit ein breites Angebot »neutraler«, paritätisch ausgestalteter Diskussionsforen zur Verfügung

zu stellen, der *Peter Hanau* dazu veranlasste, sich rund zehn Jahre lang, in der besonders spannenden Zeit nach 1990, als dessen Präsident für den Deutschen Arbeitsgerichtsverband zu engagieren. Sein damaliger Verbandsgeschäftsführer *Heinz-Jürgen Kalb* hat für die Biografie einen Bericht über diese Tätigkeit beigezeichnet. Wer mit *Hanau* meint, dieser Bericht sei vielleicht etwas überschwänglich ausgefallen, muss sich nur daran erinnern, dass *Peter Hanau* aus Anlass seines Ausscheidens aus dem Präsidentenamt nicht nur zum Ehrenpräsidenten gewählt, sondern ihm deshalb auch eine sehr eindrucksvolle Festschrift gewidmet worden ist; sie trägt den für ihn ebenso naheliegenden wie treffenden Titel »Arbeitsrecht und Sozialpartnerschaft«<sup>14</sup>.

Die von *Peter Hanau* weiter mit unterschiedlicher Intensität kurz angesprochenen Haupttätigkeitsbereiche seien hier nur ergänzend erwähnt: Der leider erfolglose Versuch, 1992 in einer Kommission eine auf eine gesamtdeutsche Basis gestellte Kodifikation eines Arbeitsvertragsgesetzes vorzubereiten; die Bereiche Lehre und Qualifizierung, für die auch ein hübscher Beitrag aus einer Studentenzeitung und ein geistvoller Glückwunschartikel zu *Hanau* 80. Geburtstag von *Christian Rolfs* und *Markus Stoffels* abgedruckt wurden; schließlich der wichtige rechtsvergleichende Austausch insbesondere mit Japan und Schweden. Dass *Peter Hanau* zwar immer wieder erfolgreich Brücken baut, deshalb aber noch lange nicht konfliktscheu ist, belegt eindrücklich die Widrigkeit einer Kontroverse, die er mit Prof. *Hanami* von der Sophia-Universität in Tokio im Jahre 1988 ausgetragen hat und deren Inhalt auch heute noch von Interesse ist.

12 Als der Rezensent diesen Satz in den achtziger Jahren aus dem Mund eines Gewerkschafters hörte, fragte er sich verwundert, welches Bild von denen, für die sich der Betreffende – sehr zu Recht – in der Hauptsache glaubte einsetzen zu sollen, dem zugrunde lag. Es wäre wohl nie zu einer Gewerkschaftsbewegung gekommen, wenn die Arbeits- und Lebensbedingungen von Richterinnen und Richtern für die Rechtsverhältnisse abhängig Beschäftigter auch nur in etwa typisch wären.

13 Dies erklärt es vielleicht auch, dass *Peter Hanau* in seinem Werk wie auch in seiner Autobiografie einen deutlichen Schwerpunkt im und um das kollektive Arbeitsrecht hat.

14 *Isenhardt, Udo/Preis, Ulrich/Deutscher Arbeitsgerichtsverband* (Hrsg.), *Arbeitsrecht und Sozialpartnerschaft*, FS *Peter Hanau*, 1999. Die Zusammensetzung der Autorenschaft unterstreicht den für die Festschrift gewählten Titel sehr eindrucksvoll.

## 2. Insbesondere: Kollektives Arbeitsrecht

Im deutlich umfangreicheren nächsten Abschnitt der Biografie geht es um Themen besonders, aber nicht nur des kollektiven Arbeitsrechts, die für ihn als Arbeitsrechtler besonders wichtig waren und sind.<sup>15</sup> Dabei hat er vorrangig solche ausgewählt, in denen Beteiligte in besonderer Weise faire Chancen zur Interessenwahrnehmung haben müssen und in denen das Diktat einer Seite von Rechts wegen zu verhindern ist. Hier prallen, so *Hanau*, die Gegensätze besonders hart aufeinander. Ein voll befriedigender Ausgleich sei noch nicht gefunden. Auch wenn die in diesem Abschnitt mit abgedruckten Beiträge aus mehreren Jahrzehnten stammen, lohnt die – auch nochmalige – Lektüre eines jeden von ihnen.

Unter der Überschrift »Gewerkschaftliche Betätigung in und an Betrieben« geht es zunächst darum, welche Mittel die Gewerkschaften brauchen, um Chancengleichheit bei der Verhandlung mit der Arbeitgeberseite zu erlangen. Davon ausgehend folgen dann aber ganz grundsätzliche Klärungen der Koalitionsfreiheit und ihres Gewährleistungsumfangs.

Während er in diesem allgemeinen Zusammenhang sehr viel Verständnis für gewerkschaftliche Positionen hat, steht er der wohl intensivsten, auf den Betrieb bezogenen gewerkschaftlichen Betätigung, dessen Blockade und Besetzung, deren arbeitskampfrechtliche Legitimität besonders in den achtziger Jahren von Gewerkschaftsseite intensiv verfochten wurde, nach sorgfältiger Abwägung, also nicht einfach »aus Prinzip«, kritisch gegenüber.

Zur bis heute immer wieder auflodernden Thematik, ob gewerkschaftlich nicht organisierten Beschäftigten ein »Gemeingebrauch am Tarifvertrag« zusteht, oder ob und gegebenenfalls wie durch tarifliche Differenzierungsklauseln verhindert werden darf, dass diese arbeitsvertraglich ein – uneingeschränktes – Recht auf tariflich eingeräumte Leistungen erhalten, gibt *Peter Hanau* seine ausführliche Besprechung des Beschlusses des Großen Senats vom 29. November 1967<sup>16</sup> aus dem Jahre 1969<sup>17</sup> noch einmal wieder. Er nahm gegenüber dieser sehr rigorosen Entscheidung eine insgesamt kritische, bis heute nachlesenswerte Position ein. Sein ohne grundsätzliche Distanzierung in diesem Zusammenhang erfolgter Abdruck des Thesenpapiers von *Clemens Höpfner* zu »Partizipation und Kostenausgleich: Nutzungsentgelt für Tarifverträge« aus dem Jahre 2019<sup>18</sup> macht deutlich, dass er hier einen bis heute

nicht befriedigend gelösten Rechtskonflikt sieht. In ihm gehe es auch um einen fairen Umgang der Sozialpartner miteinander und eine letztverbindliche Klärung des Umfangs der Rechte der Gewerkschaften.

Neben dem damit angesprochenen Kampf um den allgemeinen oder regulierbaren Zugang zu Tarifvertragsinhalten behandelt *Peter Hanau* auch das Recht – hier im Wesentlichen der Arbeitgeber<sup>19</sup> –, von Tarifvertragsinhalten »verschont« zu werden, die so genannte negative Tarifvertragsfreiheit. Er greift hierzu seinen Beitrag aus der Festschrift für *Rupert Scholz*<sup>20</sup> auf und sieht die Tarifvertragsfreiheit gut nachvollziehbar als notwendigen Teil der negativen Koalitionsfreiheit. Sie wäre bedeutungslos, wäre man nur vor dem Zwang zum Koalitionsbeitritt, nicht aber vor der zwangsweisen Überstülpung der von den Koalitionen für ihre Mitglieder geschaffenen Regelwerke geschützt. Er betont aber auch, dass über den Umfang der zu gewährleistenden negativen Tarifvertragsfreiheit eine Abwägung mit der positiven Koalitionsfreiheit und der daraus fließenden Tarifautonomie entscheiden muss. Letztere schließe es aus, einen Arbeitgeber, der sich am Tarifvertragssystem nicht beteiligen will, vor Arbeitskämpfmaßnahmen von Gewerkschaften zu schützen, die diesen Willen überwinden wollen. Sie kann es aber auch rechtfertigen, dass der Staat die Wirkung von Tarifrecht auf Außenseiter erstreckt und die negative Koalitionsfreiheit aus übergeordneten Erwägungen, zB. des Gemeinwohls, gänzlich zurücktreten lässt. *Hanau* wiederholt deshalb seine Kritik<sup>21</sup> an der Habilitationsschrift von *Felix Hartmann*<sup>22</sup>, in der die negative Tarifvertragsfreiheit als grundlegendes und kaum einschränkbares Prinzip des Tarifvertragsrechts erscheine.

15 S. 57–226.

16 BAG, 29.11.1967 – GS 1/67 – AP Nr. 13 zu Art. 9 GG.

17 *Hanau*, JuS 1969, 213.

18 *Hanau*, ZFA 2020, 178.

19 Die Problematik kann sich allerdings gelegentlich ähnlich auch für nicht organisierte abhängig Beschäftigte stellen. Bei allzu unbestimmter arbeitsvertraglicher Bezugnahme auf Verbandstarifverträge ist nicht jede(r) von diesen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern auch bereit, Einschnitte in die Vertragsinhalt gewordenen flächentariflichen Besitzstände hinzunehmen, welche die Parteien eines Haustarifvertrages um einer Unternehmenssanierung willen als erforderlich angesehen haben.

20 *Hanau*, FS Rupert Scholz, 2007, S. 1036.

21 *Hanau*, RdA 2015, 63.

22 *Hartmann*, Negative Tarifvertragsfreiheit im deutschen und europäischen Arbeitsrecht, Tübingen 2014.

Beim nächsten »Hauptthema«, den späten Vor- und Nachwirkungen von Tarifverträgen, ist der Rezensent befangen. Er hat sich als einer von fünf in dem von *Hanau* kritisierten<sup>23</sup> Sinne für eine späte Wirkung – erst mit dem tarifvertraglich vorgesehenen formellem Inkrafttreten nicht schon mit Abschluss des Tarifvertrags – und eine lange und umfassende Nachwirkung des einmal, auch stufenweise, Geregeltens entschieden<sup>24</sup>. Dabei ist die Divergenz bei der Vorwirkung nicht sehr weitreichend. Bei einem von den Tarifvertragsparteien festgelegten späteren Wirksamwerden würde häufig auch von einem konkludenten Abbedingen der von *Hanau* postulierten Vorwirkung auszugehen sein. Unabhängig davon passt seine Kritik zum Titel seiner Autobiografie: Man fühlt sich als Betroffener von *Hanau* stets fair kritisiert.

Nach seiner sehr umfassenden Analyse der Verknüpfung von Tarifgeltung und Verbandsmitgliedschaft<sup>25</sup> behandelt er mit dem Hauptthema Auswirkungen paritätischer Mitbestimmung in Unternehmensorganen auf das Arbeitsrecht einen weiteren Bereich, der für den Rezensenten von persönlicher Bedeutung ist. Zu diesem Thema hatte er – in Unkenntnis des frühen Beitrags *Hanau*<sup>26</sup> hierzu – seinen ersten erfolglosen Promotionsversuch gestartet. Ihm war dieses Thema ausgeredet worden. Vielleicht hätte er hierüber nicht nur mit dem leider früh verstorbenen *Ulrich Zachert* sprechen sollen. Was *Hanau* zu dieser außerordentlich spannenden Schnittstelle von Gesellschafts- und Arbeitsrecht geschrieben hat und nun ergänzend schreibt, ist nicht nur theoretisch interessant. Es wird auch sehr anschaulich vor Augen geführt, dass die Entwicklung weg von der hier angesprochenen Problematik geführt hat durch die Abkehr von der Vollparität bei der Unternehmensmitbestimmung und dem gleichzeitigen Ausbau der betrieblichen Mitbestimmung.

Dass er die Betriebsverfassung gleichwohl immer noch als Stiefkind des Arbeitsrechts sieht, macht er sodann im Anschluss an seinen Beitrag im Festheft für *Wolfgang Däubler*<sup>27</sup> mit seinem problembewussten Plädoyer für ein betriebsvereinbarungsoffenes Recht deutlich. Die hier anstehenden Fragen dürften eher ordnungs- als sozialpolitisch zu strukturieren sein. *Hanau*<sup>28</sup> hat sicherlich Recht, dass die Betriebsvereinbarung im System des Arbeitsrechts dem Tarifvertrag nähersteht als dem Arbeitsvertrag. Eine Angemessenheitsvermutung ist hier weit eher berechtigt als beim Individualvertrag. Bei der Entscheidung über Vorrang und Maßgeblichkeit der für die

Gestaltung des Arbeitslebens maßgeblichen Institute muss man in *Hanau* Sinne sicherlich auch bedenken, dass nicht nur die Tarifautonomie, sondern auch die Betriebsverfassung Verbreitungsanreize brauchen kann.

Vier Hauptthemen greift *Peter Hanau* in diesem Abschnitt abschließend auf, die man zumindest vorrangig dem Individualarbeitsrecht zuzuordnen hat: »Gleichbehandlung durch Ignorierung oder Quotierung der Geschlechter«, »Unnötiges und kontraproduktives zwingendes Arbeitsrecht«, »Arbeitsrechtliche Besonderheiten (§ 310 IV) – cui bono«, und »Faire Verteilung von Schadens- und Haftungsrisiken«, wobei er im letztgenannten Zusammenhang auch die faire Zurechnung der Anlage- und Haftungsrisiken in der betrieblichen Altersversorgung behandelt. Dabei geht es ihm auch um die reine Beitragszusage und den hier anzustrebenden und teilweise auch schon erreichten Kompromiss zur Minimierung des Ausfallrisikos der von einer sicheren Versorgung im Alter abhängigen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer<sup>29</sup>. Hier wie überall in diesem Buch gilt: Es lohnt sich stets alles, was da gedruckt ist, zu lesen. Nichts ist zu Ende und abgeschlossen. Dem Leser wird immer bewusst, dass er sich wie der Autor inmitten eines Prozesses befindet, an dessen Entstehung, Ablauf und Zukunft man sich gedanklich beteiligen kann und sollte.

### 3. Biografie des Arbeitsrechts

Bevor *Peter Hanau* den Leser selbst in seinem Schlusskapitel noch einmal in diese Richtung »schubst« (»Wie geht es weiter?«) folgen noch seine Rückschauen auf die Entwicklung des Arbeitsrechts, auf Arbeitsrechtler und – wie schon kurz erwähnt: eher mager – auf sich selbst. Diese Rückschauen werden seinem Ziel gerecht, auch, wenn nicht sogar besonders, eine Biografie des Arbeitsrechts, wie er es miterlebt hat, anzubieten. Dabei wird nicht nur die auch ihrerseits inhaltsreiche Besprechung seiner

23 *Hanau*, FS Rolf Wank, 2014, S. 129.

24 BAG, 19.10.2011 – 4 ABR 116/09 – AP Nr. 36 zu § 87 BetrVG 1972 Tarifvorrang; BAG, 16.5.2012 – 4 AZR 321/10 – NZA 2012, 923.

25 S. 124–137; unter Rückgriff auf *Hanau*, NZA 2012, 825.

26 *Hanau*, BB 1969, 760.

27 *Hanau*, SR 2019, 102.

28 S. 167.

29 S. 224 f.; unter Rückgriff ua. auf *Piketty*, Das Kapital im 21. Jahrhundert, 3. Aufl., München 2020, S. 653 ff.

Chronik 60 Jahre BAG durch *Martin Henssler*<sup>30</sup> aufgegriffen. Auch der zweite Teil des seinem »wissenschaftlichen Enkel« *Felipe Temming* gegebenen Interviews wird abgedruckt, der sich mit der Arbeitsrechtsentwicklung nach dem Zweiten Weltkrieg befasst (»Ein goldenes Zeitalter«)<sup>31</sup>. Besonders lesenswert sind darüber hinaus ein Beitrag über das Arbeits- und Sozialrecht im vereinten Deutschland aus dem Jahre 1991, der als Vortrag für japanische Zuhörer und Leser konzipiert war und aufgrund der schon dadurch bedingten Draufsicht das Verständnis der Zusammenhänge besonders fördert, und ein ganz ähnlich wirkender Gedenkaufsatz über die Konzeption des kollektiven Arbeitsrechts, wie es dem Werk *Franz Gamillscheg* entnommen werden kann<sup>32</sup>.

#### 4. Große Arbeitsrechtler

Auch die Rückschau auf große Arbeitsrechtler geraten immer wieder auch zu Rückschau auf das von ihnen geprägte moderne Arbeitsrecht und auf das, was ihm dabei menschlich und fachlich wichtig ist. Dies gilt sowohl für die Würdigung *Karl Fittings*<sup>33</sup>, für die Laudationes für *Wilhelm Herschel* und *Günter Schaub* aus Anlass der diesen verliehenen Ehrendoktorwürden in Göttingen und Jena als auch für die Nachrufe auf *Thomas Dieterich*, *Franz Gamillscheg*, *Klaus Adomeit* und *Alexander Gagel*<sup>34</sup>. Dabei zeigen die Nachrufe auch die Fähigkeit *Hanaus*, freundschaftliche Kontakte über Jahrzehnte zu pflegen und zu erhalten.

Die zuletzt genannten Personen legen einen Einschub nahe: *Peter Hanau* spricht *Thomas Dieterich* ebenso wie dessen Autobiografie<sup>35</sup> in seinem Buch mehrfach an. Er war mit *Dieterich* seit dem Ende seines Studiums eng verbunden und blieb dies bis zu *Dieterichs* Tod im Jahre 2016. Die Verbindung rührte aus den frühen 60er Jahren her, in denen der im Jahre 1905 geborene *Wolfgang Siebert*<sup>36</sup>, nach dem Zweiten Weltkrieg Hochschullehrer erst in Göttingen, dann in Heidelberg, einige höchst bemerkenswerte am Arbeitsrecht interessierte »junge Leute« um sich geschart hatte. *Wolfgang Siebert* war, was weder *Hanau* noch *Dieterich* oder den übrigen Mitgliedern der Runde verborgen geblieben ist und für einige menschliche Distanz gesorgt haben dürfte, ein engagierter Nationalsozialist, höherer HJ-Führer und auch schon in der Zeit des Nationalsozialismus ein bekannter Arbeitsrechtslehrer gewesen.<sup>37</sup> Zu den jungen Juristen, die sich dann nach

dem Krieg bei *Siebert* zusammen gefunden hatten, gehörten neben *Peter Hanau* und *Thomas Dieterich Klaus Adomeit*, *Friedhelm Farthmann* und *Alexander Gagel*. Auch wegen dieser personellen »Früchte«<sup>38</sup> könnte man *Wolfgang Siebert* vielleicht zuerkennen, dass er in der Nachkriegszeit ein klein wenig von dem, was er dem (Arbeits-) Recht zuvor angetan hatte, wiedergutmacht hat.

Die jahrzehntelange Verbindung zwischen *Peter Hanau* und *Thomas Dieterich* legte es an sich nahe, deren Autobiografien, die jeder engagierte Arbeitsrechtler gelesen haben sollte, miteinander zu vergleichen. Dafür ist hier leider nicht der Raum. Zwei Punkte seien aber doch angesprochen: *Peter Hanau* hat seinen Vorsatz, eine fachliche Autobiografie zu schreiben, streng durchgehalten. Demgegenüber enthalten die Erinnerungen von *Thomas Dieterich*, der einen solchen Vorsatz aber auch nicht hatte, neben den hochinteressanten und lehrreichen fachlichen Schilderungen besonders wichtiger Momente seines Berufslebens auch einige ausführlichere Beschrei-

30 Henssler, SR 2015, 29.

31 Hanau, SR 2018, 161.

32 Hanau, SR 2018, 218.

33 Hanau, SR 2013, 68.

34 Diesen Nachruf hatte er zusammen mit seiner Schülerin *Susanne Peters-Lange* verfasst (VSSAR 2019, 307).

35 Dieterich, Ein Richterleben im Arbeits- und Verfassungsrecht, Berlin 2016.

36 Zu dessen Attraktivität im Hörsaal: *Dieterich*, Ein Richterleben (Fn. 35), S. 53.

37 Ob er sich deshalb auch, wie im SPIEGEL vom 9.4.2022 (S. 47) nachzulesen war, als Antisemit hervorgetan hatte, war nicht zu ermitteln [zur Person vgl. *Christoph Mies*, *Wolfgang Siebert – Arbeitsverhältnis und Jugendarbeitsschutz im Dritten Reich* und in der frühen Bundesrepublik, Köln 2007 (zugl. Köln, Univ., Diss. 2007); sowie *Christina Wiener*, *Kieler Fakultät und »Kieler Schule«*, Baden-Baden 2013 (zugl. Kiel, Univ., Diss. 2009), S. 100 f., 247 ff.]. Möglicherweise ging diese Kennzeichnung auch auf den für den betreffenden Artikel wesentlichen Willen zurück, die spätere Richterin des Bundesverfassungsgerichts *Wiltraut Rupp-von Brünneck*, die 1941 bei *Wolfgang Siebert* eine Promotion begonnen hatte, in den für richtig gehaltenen Kontext zu stellen. Bei einem oberflächlichen Blick auf den *Siebert* der Zeit vor 1945 ist der Eindruck nicht ganz einheitlich. Liest man etwa »Die deutsche Arbeitsverfassung« 1942, ist einerseits unverkennbar, dass der Autor, etwa zu Beginn des Abschnitts »Grundgedanken der nationalsozialistischen Arbeitsverfassung« (S. 30 ff.) oder unter »Der Staat in der Arbeitsverfassung« (S. 56 ff.) die erschreckenden Stereotypen zustimmend verwendet, die das totalitäre System des Nationalsozialismus ideologisch getragen haben – die Aussagen in Bezug auf die rassistischen Perversionen des Systems sind allerdings relativ knapp (S. 30 f.), für sie gab es aber im Zusammenhang der Untersuchung auch wenig Anlass. Andererseits fällt auf, dass der junge *Siebert*, anders als manch anderer Jurist seiner Zeit, die sozialpolitischen Leistungen der Weimarer Zeit durchaus anerkannte: »Auf dem Boden der damaligen Möglichkeiten und im Rahmen der damaligen gesamtpolitischen Lage haben die deutsche Sozialpolitik und das deutsche Arbeitsrecht eine bedeutsame Leistung vollbracht.« Er spricht in diesem Zusammenhang von »wichtigen Einzelerfolgen« und einem Bild, das »im Ganzen unbestreitbaren sozialen Fortschritt« zeige (S. 28).

38 Matthäus 7:16.

bungen seines persönlichen Lebens. Man kann diesen Unterschied auch als gelungene Kompensation der persönlichen Verschiedenheiten begreifen. Jedenfalls für einen Außenstehenden ist *Peter Hanau* sicherlich deutlich nahbarer, als es *Thomas Dieterich* war. Die zweite Besonderheit ist eine inhaltliche: *Thomas Dieterich* hat sein Buch nach dem Abschluss seiner Richtertätigkeit als Betrachtung des Gewesenen, aus seiner Sicht abgeschlossen zu Behandelnden verfasst. *Peter Hanau* schreibt demgegenüber auch inhaltlich nicht als Ruheständler, sondern allenfalls als Entpflichteter, aber nach wie vor höchst Neu-Gieriger.

## 5. Zukunft

Seine Neu-Gier kommt dann auch im letzten Abschnitt seines Buches noch einmal zum Ausdruck, in dem er »Ausgangspunkte für die zukünftige Entwicklung« »skizziert«. Dabei knüpft er an zuvor behandelte Hauptthemen an. Am Anfang steht auch aus der Sicht des Rezensenten zu Recht der Blick auf die Weggabelung, an der die Entwicklung der Tarifautonomie steht, an der sich immer weniger aktiv beteiligen wollen. Für sie greift *Hanau* auf eine von *Raimund Waltermann* sehr anschaulich formulierte Überschrift zurück: »Mitgliederexklusivität der Tarifbindung versus Tarifierstreckung: Paradoxon oder kommunizierende Röhren?«<sup>39</sup>. Er unterstützt überzeugend den umfangreich begründeten Vorschlag von *Thors-ten Kingreen*, Arbeitgeber durch »Exklusive Tariföffnungsklauseln« zum Verbandsbeitritt zu ermuntern<sup>40</sup>. Außerdem: Wenn es denn weitergehe mit der allgegenwärtigen Wirkungserweiterung des Tarifrechts durch Hoheitsakte des Staates, der langsam die Geduld mit der Tarifautonomie verliere, dürfe den Tarifvertragsparteien jedenfalls keine Pauschal-, sondern nur eine Einzelermächtigung gegeben werden. Man könnte noch weitergehend verlangen, Tarifverträge vor einer hoheitlichen Erstreckung auch offen<sup>41</sup> einer notfalls auch korrigierenden Inhaltskontrolle zu unterziehen. Wenn mit der Erstreckung staatlich legitimes Recht entsteht, muss der Staat auch inhaltlich die Letztverantwortung tragen.

Nach einem kurzen Blick auf eine vielleicht doch singuläre Situation der Unternehmensmitbestimmung bei

der Continental AG wendet *Hanau* sich noch einmal dem zu verbessernden Verhältnis zwischen Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen mit zwei Vorschlägen zu: Neben der stärkeren Öffnung für Gesetzesabweichungen auch durch Betriebsvereinbarungen hofft er in diesem Zusammenhang auf eine Revision der eher formalen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Gebot der Rechtsquellenklarheit<sup>42</sup>. Sie könnte in der Tat den Weg zu einer fruchtbareren Zusammenarbeit der Betriebs- und Tarifvertragsparteien mit der Schaffung gemeinsamer Regelwerke eröffnen.

Nach Plädoyers für eine sozialverträgliche Vertragsfreiheit, die vielleicht doch mehr Freiräume für typisierend festgelegte Fallgestaltungen (»Spitzenverdiener«) zulassen könnte, und eine konsequenter angelegte faire Risikoverteilung endet *Peter Hanau* mit einem positiven Resümee: Auch in Bezug auf die Fairness sei die Zeit seit dem Zweiten Weltkrieg im Ergebnis für das Arbeitsrecht ein goldenes Zeitalter, in dem allerdings in einigen Bereichen bisher nur die Probleme klarer geworden seien und Lösungen noch ausstünden.

## V. Fazit

*Christian Rolfs* hat die besprochene fachliche Autobiografie zu Recht als »Denk-mal!« bezeichnet. Nur der unverwüstliche Charme und Witz seines Autors<sup>43</sup> verhindern, auch ihn auf den abhebenden Sockel eines Denkmals zu stellen.

Prof. Klaus Beppler, Vors. Richter am BAG iR.;  
Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg

<sup>39</sup> *Waltermann*, SR 2021, 177.

<sup>40</sup> *Kingreen*, Exklusive Tariföffnungsklauseln – Einfachrechtliche Ausgestaltung und verfassungsrechtliche Zulässigkeit, Frankfurt aM. 2020; *ders.*, NZA 2021, 1; ebenso auch schon *Deinert*, Verhandlungen des 70. DJT, Bd. II/1, München 2014, K39.

<sup>41</sup> Und nicht nur in Telefonaten zwischen Ministerium und den »tarifautonomen« Verhandlungspartnern.

<sup>42</sup> BAG, 15.4.2008 – 1 AZR 86/07 – NZA 2008, 1074.

<sup>43</sup> Dazu auch *Hanau*, Fröhliche Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Saarbrücken 2020, das nicht nur von *Hanau* fachlich Gedichtetes, sondern auch viele, weniger fröhliche oder gar witzige, als vielmehr locker dargebotene Grundsatzzedanken enthält, wie schon der Untertitel »An den Grenzen zu Ethik – Poetik – Didaktik – Evaluation« deutlich macht.

## Tod und Trauer am Arbeitsplatz – Kernprobleme und Mitbestimmung im Betrieblichen Gesundheitsmanagement

Dissertation von Sarah Maria Fröhlingsdorf, 2021, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 365 S. (ISBN 978-8487-7243-8), 99,00 €

Das Thema der vorliegenden Schrift ist für arbeitsrechtliche Untersuchungen ungewöhnlich. Doch wäre es nicht richtig, das Thema Tod und Trauer am Arbeitsplatz deshalb für weniger wichtig zu erachten. Beides verlangt eben nicht nur im Leben einen eigenständigen Raum, sondern auch im Arbeitsleben kommen beide vor – auch wenn sie häufig hier (wie dort) ver- oder doch an den Rand gedrängt werden. Das ist vermutlich eines der Kennzeichen moderner Gesellschaften, dass sie das Thema Tod und Trauer nicht mehr als ein Thema wahrnehmen möchten, das fester Bestandteil auch des Lebens ist. Vielmehr wird es häufig geradezu tabuisiert. Und erst recht im Arbeitsleben, wo es vermeintlich ausschließlich um den Leistungsaustausch zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer geht, hat so etwas Persönliches nach Ansicht vieler nun wirklich keinen Raum. Das gilt für die Beziehung zwischen den Vertragsparteien, das gilt in gleicher Weise auch für die Beziehungen unter Kolleginnen und Kollegen. Diese Tabuisierung wird jedoch der Bedeutung dieser für die Betroffenen so wichtigen Aspekte ihres Lebens nicht gerecht. Und so ist die Forderung nach Implementierung eines »Trauermanagements« auch und gerade im beruflichen Alltag schon länger zu vernehmen. Dahinter steht die Vorstellung, dass eine solche Form der (im Betrieb und Arbeitsleben erfolgenden) Trauerarbeit als Teil eines beruflichen Gesundheitsmanagements insgesamt angesehen werden kann. Tod und Trauer wirken sich auf die Gesundheit der Betroffenen häufig aus, individuell in unterschiedlicher Weise. Wer berufstätig ist, kann diese Trauer oft nicht am »Werkstor« für die Zeit der Arbeitsleistung ablegen – und sollte es nach Ansicht vieler Fachleute auch nicht. Wenn man das akzeptiert, ist aber umgekehrt zu fragen, wie ein solches Trauermanagement im beruflichen Alltag vorkommen kann, wie es ausgestaltet ist, welche zwingenden Aufgaben dem Arbeitgeber (dann im Rahmen eines richtig verstandenen)

betrieblichen Gesundheitsmanagements zukommen, welche freiwilligen Leistungen er diesbezüglich erbringen kann und welche Aufgaben (und welche Befugnisse) dann auch dem Betriebsrat als Kollektivorgan der Beschäftigten zufallen können. All diesen Fragen geht die hier vorzustellende Arbeit nach, die 2021 als Dissertation an der Universität zu Köln angenommen worden ist.

### 1. Struktur und Hinführung zur Thematik

*Fröhlingsdorf* geht das Thema in vier inhaltlichen Kapiteln an. Zwei kleineren, mehr hinführenden Kapiteln folgen zwei Hauptabschnitte, der erste mit dem wesentlichen Blick auf die individualarbeitsrechtliche Situation, die sich vor allem im betrieblichen Gesundheitsmanagement lokalisiert, der zweite zu den betriebsverfassungsrechtlichen Fragen der Thematik.

Hilfreich ist es, dass die Verfasserin zunächst terminologisch vorgeht und den vielschichtigen Begriff der »Trauer« in den Blick nimmt. Die hierfür in der Untersuchung vorgesehenen zehn Seiten können dabei nicht anders als holzschnittartig sein. Und so ist auch das Ergebnis – »Trauer ist kein Begriff, der allgemeingültig definiert werden kann. Viel mehr ist Trauer als ein facettenreicher Prozess zu verstehen, der sich aus dem Durchleben verschiedener Trauersymptome zusammensetzt« (S. 32) – sehr allgemein gehalten. Hierbei fällt auf, dass *Fröhlingsdorf* sich mit psychologischen Ansätzen oder Erfahrungen der Nachbarwissenschaften kaum auseinandersetzt. Das ist einerseits bedauerlich, weil der Begriff der »Trauer« für die Arbeit so zentral ist. Andererseits ist aber auch verständlich, dass man für das Vorgehen in einer juristischen Dissertation hier keinen Schwerpunkt setzen kann oder zumindest setzen möchte, sondern sich insofern zurückhält. Für den Untersuchungsgegenstand der Arbeit selbst genügt diese terminologische Skizze allemal. Nachvollziehbar ist, dass die Verfasserin sich auf drei bestimmte, zur Trauer führende Sachverhaltskonstellationen beschränkt: den Tod eines Angehörigen, den Tod eines Arbeitskollegen sowie den Tod eines Externen, womit Arbeitsunfälle erfasst sind, bei denen unbeteiligte Dritte oder Mitarbeitende von Kooperationspartnern ums Leben kommen.

Knapp gehalten sind im dritten Kapitel die Ausführung zur »Trauer im Betrieb«. Hier möchte die Verfasserin eine Gesamtbetrachtung der Trauersituation vornehmen und



legt dar, wie sich der gesellschaftliche Umgang mit dem Tod auf das berufliche Umfeld auswirkt. Das wirkt alles sehr kursorisch, etwa bei der zunächst skizzierten Trauersituation im gesellschaftlichen Wertekontext. Die Arbeit bleibt hier zu oft in Allgemeinplätzen hängen (etwa dort, wo sie formuliert, zutreffend werde beschrieben, »dass die ›moderne Gesellschaft ihre Toten entsorge« [S. 37]). Es gibt so viele Untersuchungen und Grundlagentexte zu dieser, von der Autorin ja zurecht angesprochenen, Tabuisierung von Sterben, Tod und Trauer, dass sich ein vertiefter Blick durchaus angeboten hätte. Die Basis für die Ausführungen zum Umgang und Kenntnisstand mit dem Thema in den Führungsetagen ist ebenfalls recht schmal. Doch wird man *Fröhlingsdorf* zustimmen können, wenn sie als »Grundproblem« die »fehlende Kommunikation« im Trauerfall identifiziert, sodass sinnvollerweise schon präventiv gearbeitet werden müsse. Hiermit baut sie die Brücke zu der Begrifflichkeit des »Trauermanagements«, das zu etablieren sei, wovon die von ihr so identifizierte »überwiegende Meinung« spreche. Trotz der wenigen Vertiefungen ist damit die Basis für die beiden Hauptteile gut bereitet.

## 2. Tod, Trauer und Betriebliches Gesundheitsmanagement

Der erste Hauptteil befasst sich im vierten Abschnitt mit dem Betrieblichen Gesundheitsmanagement als (häufig so vertretener) *sedes materiae* für die Themen Trauer und Tod im Arbeitsverhältnis. Dazu wird zunächst das Betriebliche Gesundheitsmanagement (BGM) als solches vorgestellt. Das bietet sich an, weil trotz aller schon dazu vorhandenen Stimmen in der Literatur nach wie vor keine breite Akzeptanz des BGM in den Unternehmen erkennbar ist. Jedenfalls fehlt es an einem allgemeinverbindlichen Verständnis. Und das ist der Ausgangspunkt für die Autorin, das BGM als solches näher in den Blick zu nehmen, wobei sie vor allem die mittlerweile zumindest gelegentlich in der Rechtsprechung vorzufindende Umschreibung zum Ausgangspunkt nimmt.

Für die vorliegende Arbeit kann man diese Vorgehensweise gut nachvollziehen, weil es insofern allein darum geht, das BGM als solches sichtbar werden zu lassen; es geht nicht um seine sehr filigranen Einzelaspekte in der Wahrnehmung der literarischen Diskussion. Maßgeblich ist damit, dass das BGM als ganzheitlicher Ansatz anzuse-

hen ist, der das Thema Gesundheit in den Mittelpunkt stellt: Betroffen sind alle internen und externen Faktoren, die während der Arbeit auf das Individuum, auf seine Gesundheit einwirken. Es ist fast selbsterklärend, welche wichtige Rolle dabei der Begriff der Gesundheit selbst einnimmt. Auch hier wählt die Autorin einen – der Arbeit adäquaten – pragmatischen Weg und verliert sich nicht in viele Einzelheiten, sondern fasst (sehr) knapp entscheidende Definitionsansätze, vor allem der Weltgesundheitsorganisation zusammen.

Es ist in diesem Zusammenhang immer daran zu erinnern, dass der Grad, auf dem sich eine solche Arbeit bewegt, häufig schmal ist: Wie viel Vertiefung verlangt man? Wie viel Verkürzung erlaubt man? Hier scheint das Vorgehen *Fröhlingsdorfs* angemessen zu sein. Und mit diesem Rüstzeug kann sie dann auch die Ziele, Handlungsfelder und die Ausgestaltung des BGM beschreiben. Gut und für den Leser sowie die Leserin sehr hilfreich ist es an dieser Stelle, dass die Autorin nicht nur allgemein einen Prozessverlauf im BGM skizziert, sondern schon an dieser Stelle das Thema ihrer Arbeit wieder in den Blick nimmt – einen BGM-Prozess für die Krisensituation »Trauerfall«. Eine solche Balance zwischen Grundlegung und Themenorientierung findet man nicht in jeder Arbeit. Zu Recht verweist die Autorin dabei darauf, dass gerade im Trauerfall die emotionale Ausnahmesituation von besonderer Relevanz ist, in der die psychische Gesundheit des Betroffenen besonders gefährdet ist. Damit setzt sie genau den richtigen Akzent, um die gesetzlichen Pflichten und freiwillige Maßnahmen des Arbeitgebers im BGM rund um den Trauerfall herauszuarbeiten.

## 3. Gesetzliche Pflichten des Arbeitgebers

Die Autorin geht daher zunächst den gesetzlichen Verpflichtungen des Arbeitgebers im Rahmen des BGM nach. Hier sieht sie zu Recht zwei verschiedene Anknüpfungspunkte, die ein Tätigwerden des Arbeitgebers schon vom gesetzlichen *status quo* her gesehen verpflichtend vorgeben: im Bereich des Arbeitsschutzes die Gefährdungsbeurteilung auf der einen und das betriebliche Eingliederungsmanagement nach § 167 Abs. 2 SGB IX auf der anderen Seite. Es überrascht, dass an dieser Stelle nicht auch auf mögliche vertragliche Pflichten eingegangen wird. Es hätte im Arbeitsverhältnis als Schuldverhältnis,

das es ja immer ist, nahelegen, gerade über § 241 Abs. 2 BGB und die dort normierten Rücksichtnahmepflichten als Ausgangspunkt nachzudenken. Auch § 616 BGB hätte hier eine Rolle gespielt. Tod und Trauer am Arbeitsplatz können auch im unmittelbaren Vertragsgefüge aufgefangen werden bzw. angesprochen sein. Das wird aber von *Fröhlingsdorf* vollständig ausgeblendet. § 618 BGB wird nur im Rahmen des § 5 ArbSchG angesprochen. Auch wenn dieser hier thematisch vermutlich weniger zum Zuge kommt als die zuvor angesprochenen §§ 241 Abs. 2, 616 BGB, hätte doch insgesamt der Arbeit eine insofern grundlegende vertragsrechtliche Vertiefung gutgetan.

Dieses Manko schmälert aber nicht die Richtigkeit, den Schwerpunkt gerade auf den Arbeitsschutz mit seiner Gefährdungsbeurteilung und auf das betriebliche Eingliederungsmanagement zu legen. Die Gefährdungsbeurteilung nach § 5 ArbSchG wird von der Autorin für den externen Trauerfall als Grundlage für eine Handlungspflicht des Arbeitgebers identifiziert. Das überzeugt in der Herleitung und Begründung gerade im Hinblick auf § 5 Abs. 3 Nr. 6 ArbSchG, auch wenn man sicher auf die ja vorhandenen durchaus kritischen Einschätzungen zum Instrument der Gefährdungsbeurteilung und seiner Effektivität hätte eingehen können. Aber der Ansatz, die durch die Tätigkeit ausgelösten Fehlbelastungen bei einem externen Todesfall mit einer Berufskrankheit zu vergleichen, ist plausibel und kann insofern entsprechende Pflichten des Dienstgebers stützen. Genauso richtig ist, dass *Fröhlingsdorf* eine Grenze zieht und den Tod von Angehörigen zwar als Belastung einordnet, die das Arbeitsleben treffen kann, die aber unterhalb der Schwelle des ArbSchG verharret. Hier käme es einer zu weiten Ausdehnung privater Umstände in das Arbeitsverhältnis gleich, würde man für den Arbeitgeber Schutzpflichten nach dem ArbSchG daraus herleiten. Das heißt nicht, dass es nicht Auswirkungen anderer Art im Schuldverhältnis geben kann. Das deutet die Autorin in ihrer Zusammenfassung (S. 121) auch an, doch hier wäre dann eben – siehe oben – eine vertragsrechtliche Einordnung vorzunehmen.

Das betriebliche Eingliederungsmanagement als Anknüpfungspunkt für arbeitgeberseitige Pflichten anzusehen, ist folgerichtig und ergibt sich geradezu zwangsläufig aus den jeweiligen Voraussetzungen dieses Instruments – und zwar für alle von der Autorin eingangs eingeführten drei Kategorien von Trauerfällen. Das wird souverän Schritt für Schritt nachgezeichnet und kann insgesamt

überzeugen. Hier dürften auch rechtlich kaum Probleme auftreten, dafür ist das betriebliche Eingliederungsmanagement zu etabliert und man kann es mit Recht, wie *Fröhlingsdorf* es tut, als »geeignetes Schutzinstrument« bezeichnen – wenn denn die Trauer zu einem Tatbestand führt, der die Voraussetzungen des § 167 Abs. 2 SGB IX erfüllt.

#### 4. Freiwillige Maßnahmen des Arbeitgebers

Nicht nur gesetzliche Verpflichtungen, auch freiwillige Maßnahmen im Rahmen des BGM prägen die Situation rund um Tod und Trauer am Arbeitsplatz. Hier konzentriert sich *Fröhlingsdorf* allein auf Maßnahmen im Rahmen der »Betrieblichen Gesundheitsförderung«. Sie stellt gleich einleitend fest, dass es sich um einen sehr unscharfen Begriff handelt, bei dem es um ein »Spezialgebiet geht, die Gesundheit und das allgemeine Wohlbefinden am Arbeitsplatz zu fördern« (S. 163). Dass es als »wesentlicher Baustein des Betrieblichen Gesundheitsmanagements« angesehen wird, wie es etwa das Bundesgesundheitsministerium auf seiner Homepage<sup>1</sup> tut, ist dabei sicher berechtigt, führt aber noch nicht zu klar erkennbaren (rechtlichen wie tatsächlichen) Konturen seiner Instrumentarien. Hier gelingt es der Arbeit, einige Leitlinien aufzuzeigen – und wenn diese weniger kernjuristisch als vielmehr Praxiswege aufzeigend sind, ist das an dieser Stelle kein Manko der Arbeit, sondern dem Sujet geschuldet. Wenn der Umgang mit Tod und Trauer im Arbeitsleben gerade im Betrieb erfolgt, sodass die Unternehmenskultur maßgeblich ist, sind das eben weniger rein rechtliche Fragen – nichtsdestoweniger sind sie im Rahmen einer solchen grundlegenden Arbeit wichtig und von der Autorin angemessen eingeführt, bis hin zu der wichtigen Herausarbeitung des Umstands, dass Trauerarbeit eine zentrale Führungsaufgabe sein kann und betriebliche Trauerkonzepte ein Unternehmen mitprägen können.

#### 5. Die Rolle des Betriebsarztes

Ein kleiner Exkurs wird anschließend dem Betriebsarzt und seiner Rolle im Betrieblichen Gesundheitsmanagement gewidmet. Wie eigentlich immer stellt sich auch hier die Frage nach dem Sinn eines »Exkurses« – sind seine

<sup>1</sup> <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/themen/praevention/betriebliche-gesundheitsfoerderung/was-steckt-dahinter.html> (16.5.2022).

Inhalte wichtig? Dann bedarf es keines Exkurses. Sind sie nicht wichtig für den Gang der Arbeit – dann wären die Ausführungen verzichtbar. Hier ist es sehr eindeutig ein Fall der ersten Kategorie – dass gerade der Betriebsarzt, so er denn vorhanden ist, bei der Betreuung in diesen Fällen eine sogar zentrale Funktion übernehmen kann, liegt sehr nahe, je nach Ausbildung und Fachrichtung des Betriebsarztes mehr oder weniger. Als deutlich zu knapp dürften daher die wenigen (nur rund zehn) Seiten sein, die die Autorin diesem Aspekt einräumt. Doch spiegelt sich hierin möglicherweise auch die Realität wider – nämlich eine meist nicht gerade zentrale Rolle, die dem Betriebsarzt (zumindest außerhalb von Impfkationen in Pandemiezeiten) in den Unternehmen häufig völlig zu Unrecht zugeschrieben wird. Hier wäre vermutlich ein großes Pfund, mit dem nicht nur bei Fällen von Tod und Trauer im Arbeitsleben zu wuchern wäre – wenn man es denn wollte und entsprechend rechtlich flankierte.

## 6. Trauerbegleitung im Rahmen des BetrVG

In einem letzten Teil wendet sich *Frühlingsdorf* kollektivrechtlichen Erwägungen zu. Rund ein Drittel der Arbeit befasst sich mit der »Trauerbegleitung im Rahmen des BetrVG« (S. 202 bis 327). Das scheint auf den ersten Blick recht viel zu sein, ist aber, wie sich im Laufe der Lektüre herausstellt, durchaus angemessen. Sucht man nämlich nach wichtigen Akteuren für den Umgang mit Tod und Trauer im Arbeitsleben, ist es neben dem Arbeitgeber (ausführlich dargestellt) und dem Betriebsarzt (wie dargelegt zu knapp) gerade auch der Betriebsrat, der hier eine wichtige Rolle übernehmen kann. Denn, und das ist ein erstes wichtiges Ergebnis dieses Teils, das Gesundheitsmanagement und insbesondere das Gesundheitsmanagement im Hinblick auf die hier untersuchte Thematik Tod und Trauer wird vom Mitbestimmungsrecht sehr gut erfasst. Es bestehen Mitbestimmungsrechte – und diese können die entscheidende Grundlage für die Gestaltung betrieblicher Regelungen zur Trauerverarbeitung sein, primär auf dem Weg einer Betriebsvereinbarung. Es überrascht bei der Durchsicht der einschlägigen (Königs-) Norm des Rechts der echten Mitbestimmung, des § 87 BetrVG, nicht, dass § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG von *Frühlingsdorf* als wesentlicher Türöffner für die Beteiligung des Betriebsrats erkannt wird. Die Mitbestimmung beim Gesundheitsschutz ist insofern naturgemäß prädes-

tiniert, hier zum Tragen zu kommen – insbesondere nach all dem, was zuvor zur Thematik in der vorliegenden Arbeit ausgeführt wurde. Dass demgegenüber andere denkbare Mitbestimmungstatbestände kaum relevant sind, aber dennoch einen Blick lohnen – vor allem § 87 Abs. 1 Nr. 6, 8 und Nr. 10 BetrVG, betont die Autorin zu Recht. Und so läuft alles auf die Norm hinaus, die in der Rechtspraxis wegen ihres immer weitreichender verstandenen Anwendungsbereichs sehr umstritten ist.

Dabei ist zum einen zu beachten, dass durch die Formulierung des Mitbestimmungstatbestandes zunächst allgemein die Gebiete des Arbeitsschutzes und des Gesundheitsschutzes erfasst sind. Der Begriff des Arbeitsschutzes wird im Gesetz durch die Formulierung »Verhütung von Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten« angesprochen, der Gesundheitsschutz, der seinerseits als der eigentliche Oberbegriff für beide Bereiche zu verstehen ist, ist explizit erwähnt. Hier relevant ist allein der Gesundheitsschutz. Davon sind, wie beim Begriff des Gesundheitsschutzes nach dem ArbSchG, alle Maßnahmen erfasst, die unmittelbar oder mittelbar dazu dienen, die physische oder psychische Integrität des Arbeitnehmers zu erhalten, der arbeitsbedingten Beeinträchtigungen ausgesetzt ist, die zu medizinisch feststellbaren Verletzungen führen oder führen können. Erfasst werden auch vorbeugende Maßnahmen. Arbeitgeber und Betriebsrat müssen infolgedessen gemeinsam die Ausgestaltung der Aufbau- und Ablauforganisation zum Gesundheits- und Arbeitsschutz regeln. Dem Arbeitgeber ist es durch das Mitbestimmungsrecht versagt, einseitig zu entscheiden, in welchen Strukturen und organisatorischen Abläufen er Gesundheits- und Arbeitsschutz organisieren möchte.

Die – vermeintliche – Konturenlosigkeit des Begriffs »Gesundheitsschutz« hat dazu geführt, dass in Verbindung mit einem bejahten Initiativrecht des Betriebsrats das Mitbestimmungsrecht des § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG unter dem Generalverdacht einer uferlosen Mitbestimmung steht. Es überrascht, dass von dieser Problematik in der vorliegenden Arbeit nicht die Rede ist. Zu Recht kann man ja die Mitbestimmung und damit eine aktive Rolle des Betriebsrats gerade in der hier untersuchten Thematik auf diese Mitbestimmungsnorm stützen. Aber es wäre angebracht gewesen, etwaige Vorbehalte von vornherein zu thematisieren und ihnen somit den Wind aus den Segeln zu nehmen. Doch schmälert das

nicht die überzeugende Darlegung, dass das Betriebliche Gesundheitsmanagement sowie die hierunter zu subsumierende betriebliche Trauerbegleitung wesentlich unter die Mitbestimmungsnorm des § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG fallen. Das arbeitet *Fröhlingsdorf* deutlich und gut begründet heraus.

Darauf aufbauend kann sie dann diesen Teil zur Trauerbegleitung im Rahmen des BetrVG mit einer Darstellung zu Betriebsvereinbarungen zum Thema Tod und Trauer am Arbeitsplatz abrunden. Bevor sie eine Musterdienstvereinbarung vorstellt, skizziert sie eingehend die verschiedenen Bausteine einer solchen möglichen Betriebsvereinbarung. Hier ist der Rezensent zugegebenermaßen etwas hin- und hergerissen. Zweifellos lesen sich auch diese Passagen sehr gut und sie sind für die Thematik sehr wertvoll. Doch verlassen sie etwas den Kernauftrag einer Dissertation. *Fröhlingsdorf* selbst macht deutlich, dass sie diesen Teil als eine Art »Werkzeugkiste« versteht (S. 258). Und diese Kiste bzw. deren Tools kommentiert sie dann Schritt für Schritt. Sie gibt Erläuterungen etwa zu einer möglichen Präambel oder zum

Anwendungsbereich. Das ist alles sehr informativ und bewegt sich auf ähnlich hohem Niveau wie die vorherigen Ausführungen – ob das dann aber noch eine Forschungsleistung ist, die im Rahmen einer Dissertation erfolgen sollte, darüber wird man streiten können. Ihr inhaltlicher Gehalt lässt einen über diese Frage jedoch hinwegsehen.

### 7. Fazit

*Fröhlingsdorf* hat eine bemerkenswerte Arbeit vorgelegt, die eine Lektüre in jeder Hinsicht lohnt. Das Thema steht nicht im Fokus der wissenschaftlichen Auseinandersetzung, auch wenn es Tag für Tag viele Menschen betrifft. Insofern ist es verdienstvoll, es so systematisch einordnend zu behandeln, wie es hier geschehen ist. Kleinere Kritikpunkte, die zuvor deutlich geworden sind, schmälern diesen Gesamteindruck nicht nachhaltig. Es ist sehr erfreulich und lobenswert, dass man fortan auf eine so fundierte Bearbeitung zu diesem Thema zurückgreifen kann.

*Prof. Dr. Jacob Jousen, Ruhr-Universität Bochum*

## Zusammenfassungen

### Kocher: Selbstständige und Tarifautonomie – Gleichzeitig: Anmerkungen zur Crowdworker-Entscheidung des BAG und zur Plattforminitiative der EU-Kommission

SR 4/2022, S. 125–136

In ihrer Abhandlung beschäftigt sich *Kocher* mit der Frage, ob und inwieweit Selbstständige von der Tarifautonomie Gebrauch machen können und stellt dabei einen Bezug zur digitalen Plattformarbeit her. Sie untergliedert ihre Abhandlung in drei Themenbereiche: In einem ersten Abschnitt beschreibt sie Problematiken rund um die Scheinselbstständigkeit. Sie geht dabei zum einen auf Methoden zur Abgrenzung der (Solo)Selbstständigkeit vom Arbeitsverhältnis ein und erläutert in diesem Zusammenhang die im BGB verankerte und vom BAG betonte typologische Methode des Vorranges der Tatsachen (§ 611a Abs. 1 S. 4 und 5 BGB) sowie die von der EU-Kommission in einem Richtlinienentwurf vorgeschlagene Vermutungsregelung zur Bestimmung der Arbeitnehmereigenschaft. Zum anderen bewertet sie die Abgrenzungsmethoden und die konkreten Kriterien zur Abgrenzung von (Solo)Selbstständigkeit und dem Arbeitsverhältnis im Lichte der aktuellen Crowdworker-Entscheidung des BAG. In einem zweiten Abschnitt widmet sich *Kocher* der Reichweite der Tarifautonomie im deutschen Recht und kommt zum Ergebnis, dass sich aus der Koalitionsfreiheit grundsätzlich ein Recht auf Abschluss von schuldrechtlichen Kollektivvereinbarungen entnehmen ließe. Dieses Recht stehe jedoch in Konfliktlage mit dem europäischen Kartellrecht. Dieser Problematik wendet sich die Autorin ua. unter Betrachtung der Rechtsprechung des EuGH im dritten Abschnitt zu und steckt die Grenzen ab.

### Obrecht/Bertsch: Die Sozialversicherung Selbständiger im Vergleich – Deutschland vs. Österreich

SR 4/2022, S. 137–154

*Obrecht* und *Bertsch* stellen in ihrer Abhandlung zunächst die österreichische Rechtslage zur Sozialversicherung für Selbstständige, deren Rechtsquellen, Organisation sowie Finanzierung vor und beleuchten ihre Historie. Österreich folge dem Bismarck'schen System der gesetzlichen Pflichtversicherung, wobei es vier Zweige der Sozialversicherung – Kranken-, Pensions-, Unfall- und

## Abstracts

### Kocher: Self-employed persons and collective bargaining autonomy – Likewise: Comments on the Federal Labour Court's crowdworker decision and the EU-Commission's platform initiative

SR 4/2022, pp. 125–136

In her contribution, *Kocher* deals with the question of whether and to what extent self-employed can make use of collective bargaining autonomy and, thereby, establishes a reference to digital platform work. She divides her contribution into three topics: In the first section, she describes the problems surrounding bogus self-employment. On the one hand, she deals with methods for the differentiation of (solo)self-employment/employment relationship and explains in this context the typological method of the priority of the facts anchored in § 611a (1) p. 4 and 5 BGB and the presumption for the determination of the worker-status proposed by the EU Commission in a draft directive. On the other hand, she evaluates the differentiation methods and the concrete criteria for the differentiation of (solo)self-employment/employment relationship considering on the current crowd worker-decision of the Federal Labour Court. In a second section, *Kocher* examines the scope of collective bargaining autonomy in German law and concludes that a right to conclude collective agreements under the law of obligations can in principle be derived from freedom of association. However, this right conflicts with European competition law. The author addresses this problem in the third section, considering, among other things, the case law of the ECJ, and defines the boundaries.

### Obrecht/Bertsch: Social insurance for self-employed persons in comparison – Germany vs. Austria

SR 4/2022, pp. 137–154

In their contribution, *Obrecht* and *Bertsch* first present the Austrian legal situation regarding social insurance for self-employed, its legal sources, organisation and financing, and shed light on its history. Austria follows the Bismarckian system of statutory compulsory insurance, whereby there are four sectors of social insurance – health, pension, accident and unemployment insurance.

Arbeitslosenversicherung – gebe. Daraufhin vergleichen die Autoren das österreichische mit dem deutschen Recht wodurch in einem nächsten Schritt Anreize für die Debatte um die Versicherung von insbesondere Solo-Selbständigen im deutschen System geschaffen werden. Sie kommen zu dem Ergebnis, dass deutliche Abweichungen zwischen den Systemen, vor allem hinsichtlich der Situation Selbständiger, bestünden. So erfolge beispielsweise die Krankenversicherung Selbständiger in Österreich ex lege, während diese in Deutschland nicht gesetzlich krankenversichert und verpflichtet seien, sich privat zu versichern. Auch die Renten- und Unfallversicherung Selbständiger erfolge in Österreich ex lege, während dies in Deutschland nur für einige Selbständige der Fall sei. Für den Bereich der Arbeitslosenversicherung ergebe sich ua. – trotz der Gemeinsamkeit beider Rechtssysteme, dass keine gesetzliche Arbeitslosenversicherung für Selbständige bestünde – der Unterschied, dass in Österreich fast alle Selbständigen in die Arbeitslosenversicherung optieren könnten, während dies in Deutschland nur in engen Grenzen möglich sei. Die Pflegeversicherungen beider Länder unterschieden sich erheblich dadurch, dass diese Versicherung in Österreich steuer- und in Deutschland beitragsfinanziert sind. Die Autoren halten abschließend fest, dass das österreichische Sozialversicherungssystem darauf gerichtet sei, sämtliche Beschäftigungsformen einzubeziehen, während in Deutschland viel stärker auf private Absicherung gesetzt werde.

The authors then compare Austrian with German law, which in a next step creates incentives for the debate on the insurance of solo self-employed persons in the German system. They conclude that there are clear differences between the systems, especially in the situation of the self-employed. For example, health insurance for the self-employed in Austria exists ex lege, whereas in Germany this group is not covered by statutory health insurance and is obliged to take out private insurance. Pension and accident insurance for the self-employed is also ex lege in Austria, whereas in Germany this is only the case for some self-employed persons. In the area of unemployment insurance, there is the difference that in Austria almost all self-employed persons can opt into unemployment insurance, whereas in Germany this is only possible within narrow limits, even though both legal systems have no legal unemployment insurance for self-employed persons. The care insurances of both countries differ considerably in that these insurances are tax-financed in Austria and contribution-financed in Germany. The authors conclude that the Austrian social security system aims to cover all forms of employment, whereas Germany focuses considerably on private insurance.

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

### Abhandlungen

- *Eberhard Eichenhofer*: **Soziales Recht**
- *Florian Rödl*: **Gerechtigkeit durch Tarifvertrag**
- *Yoko Hashimoto*: **Die Aufgabe lebenslanger Weiterbildung in Zeiten von Digitalisierung und Covid-19-Krise**
- *Ursula Waßer*: **Mitgliedschaft, Statusklärung und Beitragsrecht – aktuelle Fragen im Rentenrecht**



Pieper

## ArbSchR – Arbeitsschutzrecht

Arbeitsschutzgesetz, 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](http://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](http://bund-shop.de/6864) 2. Daten eingeben 3. Absenden  
oder Coupon ausfüllen und abschicken:

Exempl.	Best.-Nr. 978-3-7663-	Autor / 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 Main

Infotelefon:  
069 / 79 50 10-20

Fax:  
069 / 79 50 10-11

E-Mail:  
[kontakt@bund-verlag.de](mailto:kontakt@bund-verlag.de)  
[www.bund-verlag.de](http://www.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.

NEUE HERAUSFORDERUNGEN

# – NEUER KITTTNER 2022

Print + Online



Jetzt  
bestellen!

[www.mein-kittner.de](http://www.mein-kittner.de)  
[kontakt@bund-verlag.de](mailto:kontakt@bund-verlag.de)  
Bestellhotline 069 / 79 50 10 20

