

RUPRECHT-KARLS-  
UNIVERSITÄT  
HEIDELBERG



Juristische Fakultät  
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,  
Arbeitsrecht und Unternehmensrecht

**Professor Dr. Markus Stoffels**

Friedrich-Ebert-Anlage 6 - 10  
D-69117 Heidelberg

## Rechtsgutachten

zur Statureinordnung projektbezogen eingesetzter, hochqualifizierter  
externer Spezialisten - dargestellt am Beispiel sog. IT-Freelancer

erstattet von Professor Dr. Markus Stoffels, Heidelberg

06.08.2020

Der Bitkom Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und Neue Medien e.V. hat mich ersucht, zur Statuseinordnung projektbezogen eingesetzter, hochqualifizierter externer IT-Spezialisten gutachterlich Stellung zu nehmen. Das Rechtsgutachten soll die aktuelle Rechtslage analysieren (Gesetzesnormen und Rechtsprechung), Widersprüche aufzeigen und Handlungsempfehlungen für den Gesetzgeber formulieren.

## Gliederung

<b>A. Einleitung</b>	<b>5</b>
I. Problemaufriss	5
II. Rechtspolitische Initiativen	6
III. Untersuchungsgegenstand und Gang der Darstellung	8
<b>B. Empirische Daten zu Solo-Selbständigen</b>	<b>10</b>
I. Solo-Selbständige in Deutschland – Strukturen und Erwerbsverläufe	10
II. Selbständige Erwerbstätigkeit in Deutschland	11
III. Solo-Selbständige IT-Spezialisten	11
<b>C. Praxisbeispiel: IT-Freelancer</b>	<b>12</b>
I. Einsatzfelder und unterschiedliche Ausgestaltungen	12
II. Typisches Beispiel: Landessozialgericht Baden-Württemberg zum Status einer Systemspezialistin	13
<b>D. Normative Ausgangslage</b>	<b>14</b>
I. § 611a BGB als Ausgangspunkt im Arbeitsrecht	14
1. Grundaussagen des § 611a BGB	14
2. Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts	14
II. Der Beschäftigtenbegriff des § 7 SGB IV	15
1. Bundessozialgericht: keine Deckungsgleichheit	16
2. Standardabgrenzungs-Formel des Bundessozialgerichts	17
III. Nicht-selbständige Arbeit im Steuerrecht	17
IV. Der Arbeitnehmerbegriff im Unionsrecht	18
<b>E. Divergenzen in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und des Bundessozialgerichts</b>	<b>21</b>
I. Gemeinsamer Ausgangspunkt: typologische Abgrenzungsmethode	21
II. (Re-)Emanzipation des Sozialrechts vom Arbeitsrecht	22
1. Bedeutung der Selbstqualifikation der Parteien	23
2. Stellenwert der Eingliederung	25
<b>F. Folgen einer Rechtsformverfehlung</b>	<b>28</b>
I. Arbeits-, sozialversicherungs-, steuer- und strafrechtliche Folgen für den Arbeitgeber	28
II. Anfrageverfahren bei der Deutschen Rentenversicherung Bund	30
1. Wirkung der Entscheidung	30
2. Schwächen des Verfahrens	31
<b>G. Anmerkungen zur Unterscheidung von Selbständigerarbeit und abhängiger Beschäftigung in Grenzfällen</b>	<b>33</b>
I. Plädoyer für eine einheitliche, arbeitsrechtsakzessorische Statusbeurteilung	33
1. Auslegung des § 7 SGB IV	33
a) Wortlaut des § 7 SGB IV	34
b) Entstehungsgeschichte des Beschäftigtenbegriffs im Sozialversicherungsrecht	34
(1) Gesetz betreffend die Invaliditäts- und Altersversicherung (1889)	35
(2) Reichsversicherungsordnung (1911)	35
(3) Sozialgesetzbuch - Gemeinsame Vorschriften (1976)	36
(4) Die weitere Gesetzgebungsgeschichte	39
c) Systematische Auslegung unter Berücksichtigung verfassungsrechtlicher Vorgaben	39
(1) Abkoppelung durch Einführung des § 611a BGB?	40
(2) Einheit der Rechtsordnung	41
(3) Verfassungsrechtlich begründete Auslegungsdirektiven	42
(a) Eingriffscharakter der Anordnung von Versicherungspflicht	43
(b) Bestimmtheitsgrundsatz	44

d) Teleologische Auslegung	47
(1) Primärer Schutzzweck des Beschäftigtenbegriffs: Typisierung nach Schutzbedürftigkeit	47
(2) Folgenbetrachtung	48
2. Fazit	50
II. Ausgangspunkt: der arbeitsrechtliche Arbeitnehmerbegriff	51
1. Vorzugswürdigkeit einer typologischen Zuordnung	51
a) § 611a BGB als Beschreibung eines Vertragstyps	51
b) Grundgedanke des typologischen Ansatzes	52
c) Bundesverfassungsgericht zu den Vorzügen der Rechtsfigur des Typus	53
2. Rechtsformzwang versus vertragliche Statusvereinbarungen	54
a) Grundsatz der Qualifikationshoheit als Ausfluss der Privatautonomie	54
b) Kontrolle der Statusvereinbarung	55
3. Problematische Handhabung der („verfeinerten“) Weisungsgebundenheit und der Eingliederung	57
a) Absenken der Anforderungen an die Weisungsabhängigkeit	58
b) Überbewertung des Eingliederungsaspekts	59
4. Positive Indizien für die Annahme einer selbständigen Tätigkeit	60
a) Höhe des Honorars	60
b) Know-how des Erwerbstätigen	62
5. Tragung unternehmerischer Risiken und Nutzung unternehmerischer Chancen	64
<b>H. Konsequenzen für die Qualifizierung der Vertragsverhältnisse externer IT-Spezialisten</b>	<b>67</b>
I. Überblick über die Rechtsprechung	67
II. Eigene Stellungnahme	72
<b>I. Reformvorschläge de lege ferenda</b>	<b>76</b>
I. Vereinheitlichung auf der Grundlage des arbeitsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs	76
II. Formulierung von Positivkriterien beim sozialversicherungsrechtlichen Beschäftigungsbegriff – branchenspezifische Ausnahme zugunsten externer IT-Experten	77
III. Ertüchtigung des Statusfeststellungsverfahrens	78
<b>J. Zusammenfassung</b>	<b>80</b>
<b>K. Literaturverzeichnis</b>	<b>83</b>

## A. Einleitung

### I. Problemaufriss

Arbeitsrecht ist nur verständlich vor dem Hintergrund der Alternative Selbständigkeit.<sup>1</sup> Wie hingegen die unumgängliche Abgrenzung erfolgen soll, ist seit langem Gegenstand einer intensiven Diskussion im Schrifttum; das Bundesarbeitsgericht und das Bundessozialgericht haben eine auf Einzelfällen aufbauende Kasuistik entwickelt, die sich bei näherer Betrachtung als kritikwürdig erweist. *Wank* konstatiert wohl zu Recht, dass die formale Anwendung nicht signifikanter und nicht an den Schutzzwecken des Arbeitsrechts anknüpfender Merkmale einerseits Schutzbedürftigen den Schutz vorenthält und andererseits diejenigen, die des Schutzes nicht bedürfen, einbezieht.<sup>2</sup> Und selbst aus den Reihen der Gerichtsbarkeit ist deutliche Kritik zu vernehmen. Ein prominentes Beispiel stellt die Entscheidung des Sozialgerichts Düsseldorf aus dem Jahre 2009 dar, in der es heißt, dass selbst das Bundessozialgericht als Abgrenzungskriterium kaum mehr als floskelhafte Begriffshülsen verwende (persönliche Abhängigkeit, Weisungsgebundenheit, umfassendes Weisungsrecht, tatsächliche Ausübung des Einflusses), mit denen nahezu jedes beliebige (gewollte) Ergebnis begründet werden könne.<sup>3</sup> Als misslich erweist sich insbesondere, dass es kein rechtsgebietsübergreifendes Begriffsverständnis gibt, vielmehr vor allem das Bundessozialgericht in seiner neueren Rechtsprechung die Eigenständigkeit des in § 7 SGB IV niedergelegten Beschäftigtenbegriffs betont. Namentlich in der Honorararztentscheidung<sup>4</sup> ist deutlich geworden, dass das Bundessozialgericht den Begriff weiter fasst und auch Personengruppen einbezieht, die nach herkömmlichem arbeitsrechtlichen Verständnis als Selbständige eingestuft werden müssten.

Abgrenzungsunsicherheiten treten vor allem beim Einsatz hochqualifizierter Spezialisten auf, wie sie im Bereich der Informationstechnologie projektbezogen eingesetzt werden. Nach ihrem Selbstverständnis handeln sie nicht als Arbeitnehmer, sondern als So-

---

<sup>1</sup> *Wank*, RdA 2019, 196.

<sup>2</sup> *Wank*, EuZA 2016, 143 (169).

<sup>3</sup> SG Düsseldorf 27.4.2009 - S 19 (25) AL 139/05, NZS 2010, 116 (118).

<sup>4</sup> BSG 4.6.2019 - B 12 R 11/18, NZA 2019, 1583.

lo-Selbständige. Die mit solchen Fällen befasste Deutsche Rentenversicherung Bund, aber auch - etwas weniger ausgeprägt - die angerufenen Sozialgerichte tendieren hingegen häufig dazu, die IT-Berater und -Entwickler als sozialversicherungspflichtige Angestellte zu qualifizieren. Folgender Zusammenhang zeigt sich dabei recht deutlich: Je höher die Qualifikation des unter Vertrag genommenen Erwerbstätigen ist, desto weniger Vorgaben werden ihm gemacht, wie er die ihm gestellten Aufgaben zu erfüllen hat. Das Bundessozialgericht spricht in diesem Zusammenhang davon, dass das Weisungsrecht bei sog. Diensten höherer Art auch eingeschränkt und „zur funktionsgerechten, dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess“ verfeinert sein kann.<sup>5</sup> Abhängige Beschäftigung manifestiert sich dann in der Eingliederung des Versicherten in den Betrieb. Die Selbstqualifikation des Vertragsverhältnisses durch die Parteien, die Honorarhöhe und die Bedeutung des Know-how in der Person des Verpflichteten spielen demgegenüber eine untergeordnete Rolle. Diese Rechtsprechung gilt es zu hinterfragen.

Im Schrifttum ist bereits vielfach die Forderung erhoben worden, der Gesetzgeber möge sich der Problematik annehmen, für einen einheitlichen rechtsgebietsübergreifenden Arbeitnehmerbegriff sorgen,<sup>6</sup> die Abgrenzungskriterien schärfen, das Statusfeststellungsverfahren ertüchtigen<sup>7</sup> und allgemein selbständiger Expertenarbeit einen (rechtssicheren) Raum eröffnen.<sup>8</sup> Für die Anerkennung der rechtlichen Selbständigkeit hochqualifizierter Experten tritt seit Jahren der Bundesverband für selbständige Wissensarbeit e.V.<sup>9</sup> ein.

## II. Rechtspolitische Initiativen

Zuletzt waren auch Aktivitäten auf der politischen Ebene zu verzeichnen. Schon im Koalitionsvertrag der Großen Koalition für diese Legislaturperiode war vereinbart worden, das Statusfeststellungsverfahren zu ertüchtigen: „Das Statusfeststellungsverfahren für Selbstständige wollen wir vereinfachen und zwischen den unterschiedlichen Zwei-

---

<sup>5</sup> BSG 4.6.2019 - B 12 R 11/18, NZA 2019, 1583 Rn. 29.

<sup>6</sup> Greiner, NZS 2009, 657; I. Schmidt, RdA 1999, 124 (126); Gitter, in: FS für Wannagat, 1981, S. 141ff; Wank, Arbeitnehmer und Selbständige, S. 346.

<sup>7</sup> Becker/Hennecke, BB 2019, 820; Körner, NZA 2019, 278; Schlegel/Geiger, NJW 2020, 16.

<sup>8</sup> Z.B. Martina, CR 2019, 339 (343 f.).

<sup>9</sup> Auf den Internetseiten <https://www.selbständige-wissensarbeit.de/wofuer-wir-stehen/> (zuletzt abgerufen am 13.4.2020) finden sich zahlreiche erhellende Statistiken und Studien.

gen der Sozialversicherung widerspruchsfrei ausgestalten.“<sup>10</sup> Im September 2019 legte der Bundesarbeitsminister, *Hubertus Heil* (SPD), nach einem Bürgerdialog einen Katalog mit insgesamt 36 Vorschlägen zu verschiedenen Sozialstaatsfragen vor. Darunter befand sich auch der Vorschlag, Solo-Selbständigen mehr Rechtssicherheit zu verschaffen. *Heils* Ergebnisbericht schlägt dazu ein neues praxisnäheres „Statusfeststellungsverfahren“ vor.<sup>11</sup> Konkrete Schritte seitens der Bundesregierung sind in der Folgezeit indes ausgeblieben.

In den politischen Parteien steht die Thematik indes weiter auf der Agenda. So berichtete u.a. die FAZ in ihrer Ausgabe vom 30.12.2019 über eine Initiative des CDU-Wirtschaftsrats.<sup>12</sup> Dieser fordert demnach in einem Positionspapier die Bundesregierung auf, „auch in Deutschland den Einsatz externer IT-Experten rechtssicher zu ermöglichen“. „Viele freie Mitarbeiter schätzen ihre Unabhängigkeit und die Möglichkeit, zwischen verschiedenen, für sie interessanten Projekten und Arbeitgebern zu wechseln“ – zögen Selbständigkeit also bewusst dem Angestelltendasein vor. „Statt sich in Deutschland fest anstellen zu lassen, gehen viele dieser Experten im Zweifel lieber im Ausland und weiterhin als Freelancer ihrer Tätigkeit nach“, warnt der Wirtschaftsrat. Zugleich werde es immer wichtiger, „das Potential der Digitalisierung für Wohlstand und Beschäftigung voll auszuschöpfen.“

Auch die Bundestagsfraktion der FDP strebt in dieselbe Richtung. Ende vergangenen Jahres hat sie einen Entschließungsantrag unter dem Titel „Fairness für Selbstständige – Statusfeststellungsverfahren reformieren, Altersvorsorge ermöglichen, Kranken- und Arbeitslosenversicherung öffnen“ in den Deutschen Bundestag eingebracht.<sup>13</sup> Der Bundestag hat hierüber beraten und den Antrag am 12.12.2019 im Anschluss zur weiteren

---

<sup>10</sup> Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom 12.3.2018, Randziffer 1840 ff.

<sup>11</sup> BMAS Ergebnisbericht Handlungsempfehlungen September 2019, S. 52; [https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Schwerpunkte/ergebnisbericht-anpacken.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Schwerpunkte/ergebnisbericht-anpacken.pdf?__blob=publicationFile&v=2) (zuletzt abgerufen am 14.4.2020). Interessante Erkenntnisse hatte zuvor auch die Antwort der Bundesregierung vom 13.4.2017 auf die kleine Anfrage des Abgeordneten Markus Kurth u.a. und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE Grünen betreffend „Das Statusfeststellungsverfahren der Deutschen Rentenversicherung“, BT-Drucks. 1811799, erbracht.

<sup>12</sup> Selbständige fordern Schutz vor dem Sozialstaat, von *Creutzburg*, abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/warum-selbstaendige-schutz-vorm-sozialstaat-fordern-16559257.html?GEPC=s3&premium=0x9281a68d025a6957cf791f91b3269192> (zuletzt abgerufen am 11.4.2020).

<sup>13</sup> BT-Drucks. 19/15232.

Beratung an den Ausschuss für Arbeit und Soziales überwiesen.<sup>14</sup> „Der Einsatz und das Know-how von Selbstständigen sind zwingende Voraussetzungen für eine erfolgreiche Digitalisierung“, heißt es in dem FDP-Antrag. Nötig sei eine kluge Politik, die neuen Arbeits- und Zusammenarbeitsmodellen, wie etwa beim Coworking und bei agilen Projekten, nicht im Wege stehe und die Vielfalt der Lebens- und Arbeitsentwürfe nicht nur akzeptiere, sondern auch wertschätze. „Deshalb muss endlich mehr Rechtsklarheit für Freiberufler sowie mehr Fairness in den Sozialversicherungen geschaffen werden.“ Die Liberalen fordern, das Statusfeststellungsverfahren bei der gesetzlichen Rentenversicherung zu reformieren. Künftig sollten „klare gesetzliche Positivkriterien“ festgeschrieben werden. Lügen diese vor, könnte dann eine Selbständigkeit rechtssicher und verbindlich bestätigt werden – und zwar generell und nicht nur in Bezug auf einen bestimmten Auftrag. Zu den Positivkriterien sollte laut Vorschlag der Liberalen ein Mindesthonorar bezogen auf den Stunden- oder Tagessatz gehören. Außerdem sollte das Vorhandensein einer ausreichenden Altersvorsorge durch den Selbständigen Teil der Statusüberprüfung sein. Spezialistenwissen sowie die Freiwilligkeit der ungebundenen Tätigkeit sollten ebenfalls eine Rolle spielen. Wenn eine intensive Zusammenarbeit mit internen Mitarbeitern und auch die Integration in die Organisation des Kunden bei bestimmten Projekten üblich und sachlogisch nötig sei, dürften solche Kriterien nicht länger zur Vermutung einer Scheinselbständigkeit führen, fordert die FDP.

### **III. Untersuchungsgegenstand und Gang der Darstellung**

Den angesprochenen Fragen soll im Folgenden näher nachgegangen werden. Das vorliegende Rechtsgutachten konzentriert sich zunächst auf das geltende Recht. Es geht darum, aufzuzeigen wie die Abgrenzungslinie auf der Basis des geltenden Rechts - also des § 611a BGB und des § 7 Abs. 1 SGB IV - verläuft. Die Untersuchung beschränkt sich dabei auf die Zweier-Beziehung des Unternehmers zu der Person, die sich ihm gegenüber zu einem Tätigwerden verpflichtet. Die alternativen Gestaltungsmodelle des drittbezogenen Personaleinsatzes<sup>15</sup> in Form der Arbeitnehmerüberlassung,<sup>16</sup> der Ein-

---

<sup>14</sup> Vgl. <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2019/kw50-de-selbststaendige-670542> (zuletzt abgerufen am 11.4.2020).

<sup>15</sup> Allgemeiner praxisbezogener Überblick bei *Lembke*, NZA 2013, 1312.

<sup>16</sup> Hier stellt sich ein ähnlich gelagertes Problem, nämlich die Abgrenzung der erlaubnisbedürftigen Arbeitnehmerüberlassung zum Fremdpersonaleinsatz auf der Grundlage von Werk- oder Dienstverträgen,

satzarbeit,<sup>17</sup> der Selbständigenüberlassung<sup>18</sup>, des Genossenschaftsmodells,<sup>19</sup> von Crowdfunding<sup>20</sup> und der Gründung einer zwischengeschalteten Ein-Mann-GmbH werden nicht thematisiert.<sup>21</sup>

Das vorliegende Gutachten soll zunächst einen empirisch abgesicherten Überblick über die (solo-)selbständige Erwerbstätigkeit in Deutschland und im Besonderen auf die solo-selbständigen IT-Spezialisten werfen. Im Anschluss hieran soll die normative Ausgangslage näher beleuchtet und in diesem Rahmen überblicksartig die Rechtsprechungslinien der mit diesem Fragenkreis befassten Gerichte dargestellt werden. Sodann soll es um die Divergenzen in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und des Bundessozialgerichts gehen. Diese sind umso misslicher, als sich die Folgen einer Rechtsformverfehlung als ausgesprochen gravierend erweisen. Im Hauptteil des Gutachtens soll zunächst begründet werden, dass auch weiterhin von einem rechtsgebietsübergreifenden, einheitlichen Beschäftigtenbegriff auszugehen ist. Dies ist verbunden mit einem Plädoyer für eine arbeitsrechtsakzessorische Statusbeurteilung. Der hiernach maßgebliche arbeitsrechtliche Arbeitnehmerbegriff bedarf allerdings in einigen Punkten einer Schärfung der insoweit maßgeblichen Kriterien. Sodann geht es darum, die gewonnenen Erkenntnisse auf die Statusbeurteilung externer IT-Spezialisten zu übertragen. Am Ende sollen noch konkrete Vorschläge unterbreitet werden, wie der Gesetzgeber das geltende Recht fortentwickeln könnte. Das Gutachten schließt mit einer thesenförmigen Zusammenfassung

---

hierzu aus neuerer Zeit: *Willemsen/Mehrens*, NZA 2019, 1473; *Henssler*, RdA 2017, 83; *Greiner*, NZA 2013, 697.

<sup>17</sup> *Vielmeier*, RdA 2019, 371.

<sup>18</sup> Hierzu BAG 17.1.2017 - 9AZR 76/16, NZA 2017, 572 und *Lembke*, NZA 2018, 393 (400).

<sup>19</sup> *Weiss-Bölz*, DStR 2017, 2497.

<sup>20</sup> *Frank/Heine*, NZA 2020, 292; *Däubler/Klebe*, NZA 2015, 1032.

<sup>21</sup> Ferner wären noch zu nennen die Überlassung arbeitnehmergleicher Vereinsmitglieder (BAG 21.2.2017 – 1 ABR 62/12, NZA 2017, 41), die Personalgestellung als Nebenleistung (hierzu *Lembke*, NZA 2018, 393, 402) und der unternehmensübergreifende Personaleinsatz im Gemeinschaftsbetrieb (hierzu ebenfalls *Lembke*, NZA 2018, 393, 402 f.).

## **B. Empirische Daten zu Solo-Selbständigen**

Das vorliegende Gutachten befasst sich mit einem Ausschnitt aus dem Kreis der Selbständigen, den sog. Solo-Selbständigen. Von Solo-Selbständigen spricht man, wenn einzelne Personen, die keine eigenen Mitarbeiter beschäftigen, ihre Werk- und Dienstleistungen selbständig erbringen. Kennzeichnend sind mithin zwei Merkmale: allein und selbständig.

### **I. Solo-Selbständige in Deutschland – Strukturen und Erwerbsverläufe**

Einen Blick auf die rechtstatsächliche Situation erlauben einige empirische Studien aus neuerer Zeit. Hervorzuheben ist eine im Auftrag des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales durch das Consulting Unternehmen ECON des DIW erstellte Untersuchung aus dem Jahre 2016.<sup>22</sup> Unter den Solo-Selbständigen zeigt sich hiernach in vielerlei Hinsicht eine starke Streuung. Das gilt etwa für die Berufe: So haben einerseits Tätigkeiten, die üblicherweise eine akademische Ausbildung voraussetzen, ein erhebliches Gewicht; zum anderen gibt es nicht wenige Solo-Selbständige mit einfachen Jobs. Manche entsprechenden Tätigkeiten sind eine Domäne der solo-selbständigen Beschäftigung. Zudem zeigt sich eine enorme Streuung bei den Einkommen: Ein eher kleinerer Teil erreicht hohe Einkünfte, die Bezieher geringer und mittlerer Einkommen je Stunde werden indes von den entsprechenden Gruppen der Arbeitnehmer übertroffen. Nicht einmal die Hälfte sorgt entsprechend für das Alter vor. Eine weitere Untersuchung<sup>23</sup> kategorisiert die Solo-Selbständigen berufsgruppenübergreifend mittels der Parameter der finanziellen Belastbarkeit und der sozialen Absicherung in drei zentrale Cluster, nämlich „prekär“ (17 %), „Pragmatiker“ (44 %) und „Professionals“ (39 %). Solo-Selbständigkeit darf mithin nicht undifferenziert mit prekärer Erwerbstätigkeit gleichgesetzt werden. Das zahlenmäßig stark vertretene Cluster der Professionals, das im

---

<sup>22</sup> Forschungsbericht, Solo-Selbständige in Deutschland – Strukturen und Erwerbsverläufe, 2016, <https://www.bmas.de/DE/Service/Medien/Publikationen/Forschungsberichte/Forschungsberichte-Arbeitsmarkt/fb-465-solo-selbstaendige.html> (zuletzt abgerufen am 13.4.2020).

<sup>23</sup> Working Paper Nr. 206, Dezember 2016, Hans-Böckler-Stiftung Solo-Selbständigkeit - Zwischen Freiheit und Unsicherheit, ein deutsch-niederländischer Vergleich Wieteke Conen, Joop Schippers und Karin Schulze Buschoff. Im Internet unter [https://www.wsi.de/download-proxy-for-faust/download-pdf?url=http%3A%2F%2F217.89.182.78%3A451%2Fabfrage\\_digi.fau%2Fp\\_wsi\\_wp\\_206.pdf%3Fprj%3Dhbs-abfrage%26ab\\_dm%3D1%26ab\\_zeig%3D7710%26ab\\_diginr%3D8483](https://www.wsi.de/download-proxy-for-faust/download-pdf?url=http%3A%2F%2F217.89.182.78%3A451%2Fabfrage_digi.fau%2Fp_wsi_wp_206.pdf%3Fprj%3Dhbs-abfrage%26ab_dm%3D1%26ab_zeig%3D7710%26ab_diginr%3D8483) (zuletzt abgerufen am 14.4.2020).

Rahmen dieses Gutachtens besonders interessiert, zeichnet sich dadurch aus, dass diese Personen über ausreichende finanzielle Rücklagen zur Überbrückung von rund sechs Monaten ohne Auftrag verfügen und ihre Altersabsicherung als auskömmlich bewertet wird.

## **II. Selbständige Erwerbstätigkeit in Deutschland**

Eine weitere Studie mit dem Titel „Selbständige Erwerbstätigkeit in Deutschland“ aus dem Jahre 2018 liefert ebenfalls interessantes Zahlenmaterial.<sup>24</sup> Sie erhellt vor allem, dass sich speziell bei den Solo-Selbständigen eine hohe Teilzeitquote findet. Die starke Spreizung der Einkommen liegt also auch daran, dass sich sehr niedrige Einkommen bei denen findet, die Selbständigkeit in einem Nebenberuf betreiben. Wenn es in juristischer Hinsicht um die Schutzbedürftigkeit der Erwerbstätigen geht, sollte dieser Umstand mithin berücksichtigt werden.

## **III. Solo-Selbständige IT-Spezialisten**

Eine besondere Gruppe unter den Solo-Selbständigen, der hier auch besonderes Augenmerk geschenkt werden soll, stellen die IT-Spezialisten dar. Der Anteil der externen IT-Experten ist inzwischen auf 50 % der insgesamt eingesetzten IT-Experten angewachsen.<sup>25</sup> Eine empirische Studie des Instituts für Demoskopie Allensbach aus dem Jahre 2018<sup>26</sup> geht aktuell von etwa 100.000 solo-selbständigen IT-Spezialisten aus. Unter den Solo-Selbständigen zählt diese Gruppe zu den Spitzenverdienern. Das obere Zehntel kommt auf mindestens 192.000 Euro Bruttojahresumsatz, das untere Zehntel auf maximal 64.000 Euro. Nach Abzug aller Kosten verbleibt den IT-Freelancern im Durchschnitt ein Nettoeinkommen von 4.695 Euro.

---

<sup>24</sup> ZEW Forschungsbericht Selbständige Erwerbstätigkeit in Deutschland, 2018; <https://www.bmas.de/DE/Service/Medien/Publikationen/Forschungsberichte/Forschungsberichte-Rente/fb514-selbststaendige-erwerbstaetigkeit-in-deutschland.html> (zuletzt abgerufen am 13.4.2020).

<sup>25</sup> *Martina*, CR 2019, 339 Rn. 10.

<sup>26</sup> Institut für Demoskopie Allensbach, Solo-Selbständige IT-Spezialisten Einkommenssituation und Altersvorsorge, 2018; [https://www.freelancer-studie.de/dist/pdf/ADESW\\_Allensbach-Studie\\_Online-PDF\\_180212.pdf](https://www.freelancer-studie.de/dist/pdf/ADESW_Allensbach-Studie_Online-PDF_180212.pdf) (zuletzt abgerufen am 13.4.2020).

## **C. Praxisbeispiel: IT-Freelancer**

Die Problematik soll nachfolgend anhand eines praktisch hochbedeutsamen Einsatzfeldes hochqualifizierter Spezialisten veranschaulicht werden, nämlich der Informationstechnologie.

### **I. Einsatzfelder und unterschiedliche Ausgestaltungen**

Der digitale Wandel stellt die Wirtschaft bekanntlich vor enorme Herausforderungen: Es geht um die Automatisierung von Geschäftsprozessen, die Integration digitaler Systeme in die Backend-IT, die Schaffung neuer Cloud-Services und die mit allem verbundene Frage nach der IT- und Datensicherheit. Hierfür ist die Kompetenz von IT-Spezialisten für die Unternehmen unverzichtbar. Diese projektbezogenen Bedarfe über klassische Festanstellungen zu decken, ist häufig weder möglich noch betriebswirtschaftlich sinnvoll. Vielmehr bietet es sich an, auf sog. IT-Freelancer zurückzugreifen, die ihr Know-how im Bereich IT-Beratung und IT-Service gegen Entgelt den interessierten Unternehmen zur Verfügung stellen. Die Modalitäten ihres Einsatzes variieren stark. Mitunter arbeiten sie vor Ort im Unternehmen in enger Abstimmung mit den dortigen IT-Verantwortlichen, etwa indem sie neue Programme implementieren. Nicht selten entwickeln sie Software-Lösungen aber auch außerhalb der Räumlichkeiten des Unternehmens auf der Grundlage der vereinbarten Leistungsbeschreibung. Kennzeichnend für diesen Personenkreis ist ferner, dass er sehr flexibel ist, womit sich eine Festanstellung kaum verträgt.<sup>27</sup> Der Markt für solche IT-Leistungen kennt im Übrigen keine Landesgrenzen, so dass die Verlegung der beruflichen Tätigkeit ins Ausland hier häufig eine reale Option darstellen wird.

---

<sup>27</sup> Ein Großteil der IT-Berater lehnt Festanstellungen ab, *Martina*, CR 2019, 344.

## **II. Typisches Beispiel: Landessozialgericht Baden-Württemberg zum Status einer Systemspezialistin**

Wie man sich die Tätigkeit und die Vertragsmodalitäten konkret vorstellen darf, kann man einer Entscheidung des LSG Baden-Württemberg<sup>28</sup> entnehmen, in der es um die Tätigkeit einer Diplomphysikerin als Systemspezialistin auf der Basis eines Stundenlohns von 77 Euro ging. Die Systemspezialistin trug in diesem Verfahren vor, in der IT-Branche werde häufig bei Beratungs- und Dienstleistungsaufträgen ein geschätztes Zeit-Budget hinterlegt, das entweder erweitert werden könne oder nicht ausgeschöpft werde und nur auf Basis geleisteter Stunden abgerechnet werde. Zur Anwesenheit in den Räumlichkeiten der Kunden sei sie nicht verpflichtet und auch nicht faktisch gezwungen gewesen. Der ausschließlich für Projektzwecke von der Kundin bereitgestellte Laptop sei so ausgestattet gewesen, dass sie auch von ihrer eigenen Betriebsstätte remote per VPN auf die technische Umgebung habe zugreifen können. Alle technischen Arbeiten seien remote durchführbar. Abstimmungen mit den Projektmitarbeitern seien durch Telefonkonferenzen und Telefonate möglich gewesen. Es habe wöchentlich ein Projektmeeting gegeben, das als Vorortmeeting mit angeschlossener Telefonkonferenz durchgeführt worden sei. Andere fachlich notwendige Absprachen seien bilateral durchgeführt worden, nicht zu festgesetzten Terminen. Die Einsatzorganisation im Projekt habe aus Arbeitspaketen bestanden (jeweils ein Build - Aufbau - einzelner Server - bzw. Clustersysteme), die angenommen werden konnten, aber nicht mussten. Dadurch seien sowohl der Umfang der Tätigkeit als auch zeitliche Rahmenbedingungen steuerbar gewesen. Die Pakete seien von ihr eigenverantwortlich bearbeitet worden, lediglich für die Fertigstellung habe es ein geplantes Enddatum gegeben. Einen Großteil der technischen Konfigurationsarbeiten habe sie jeweils allein und nach eigener fachlicher Einschätzung durchgeführt. Termine für fachliche Abstimmungen hinsichtlich der erforderlichen Leistungsdaten der Server oder Arbeiten, die technisch auf andere Gewerke verzahnen und daher gemeinschaftlich bearbeitet werden mussten, seien bilateral abgesprochen worden. Sie sei auch an anderweitigen Tätigkeiten nicht gehindert gewesen. Projekte für einen anderen Kunden und Weiterbildungsveranstaltungen seien problemlos kombinierbar gewesen.

---

<sup>28</sup> LSG Baden-Württemberg 18.5.2015 - L 11 R 4586/12, BeckRS 2015, 71952.

## **D. Normative Ausgangslage und höchstrichterliche Standortbestimmungen**

### **I. § 611a BGB als Ausgangspunkt im Arbeitsrecht**

Für die Abgrenzung des Arbeitnehmers vom Selbständigen ist seit dem 1. April 2017 der neu eingefügte § 611a BGB *sedes materiae*.

#### **1. Grundaussagen des § 611a BGB**

Die Vorschrift definiert den Arbeitsvertrag und damit implizit auch den Arbeitnehmerbegriff („Durch den Arbeitsvertrag wird der Arbeitnehmer...“). Der Arbeitsvertrag ist demnach durch die (entgeltliche) Verpflichtung zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit gekennzeichnet. Eine Neubestimmung des Arbeitnehmerbegriffs war hiermit nicht bezweckt. Aus den Gesetzesmaterialien<sup>29</sup> geht vielmehr hervor, dass die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts kodifiziert werden sollte. So spiegeln auch die weiteren Vorgaben des § 611a BGB die früheren Erkenntnisse der Rechtsprechung wider: Bedeutung der Weisungsgebundenheit hinsichtlich der Tätigkeit und der Arbeitszeit (S. 3); Berücksichtigung der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit (S. 4); Erfordernis einer Gesamtbetrachtung aller Umstände (S. 5) und Maßgeblichkeit der tatsächlichen Durchführung (S. 6).

#### **2. Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts**

Das Bundesarbeitsgericht hat auch nach der Einführung des § 611a BGB an seiner bisherigen Rechtsprechung festgehalten. Es betont ausdrücklich, dass die neu eingefügte Vorschrift des § 611a BGB die bisherigen Rechtsgrundsätze widerspiegeln und beruft sich hierfür auf die Gesetzesbegründung, in der es wörtlich heißt „die 1:1-Kodifizierung einer gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung lässt die Rechtslage in Deutsch-

---

<sup>29</sup> BT-Drucks. 18/9232, 4 und 18.

land unverändert.“<sup>30</sup> Die Abgrenzungslinie wurde zuletzt in der Entscheidung vom 17.10.2017 - betreffend die Statusbeurteilung einer Musikschullehrerin - wie folgt zusammengefasst:<sup>31</sup>

*„Ein Arbeitsverhältnis unterscheidet sich von dem Rechtsverhältnis eines freien Dienstnehmers durch den Grad der persönlichen Abhängigkeit, in der sich der zur Dienstleistung Verpflichtete befindet. Arbeitnehmer ist, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist. Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit betreffen. Arbeitnehmer ist derjenige Mitarbeiter, der nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann (vgl. ... nunmehr § 611a Abs. 1 BGB). Dabei hat auch die Eigenart der jeweiligen Tätigkeit Einfluss auf den Grad der persönlichen Abhängigkeit. Letztlich kommt es für die Beantwortung der Frage, welches Rechtsverhältnis im konkreten Fall vorliegt, auf eine Gesamtwürdigung aller maßgeblichen Umstände des Einzelfalls an. Der jeweilige Vertragstyp ergibt sich aus dem wirklichen Geschäftsinhalt. Die zwingenden gesetzlichen Regelungen für Arbeitsverhältnisse können nicht dadurch abbedungen werden, dass die Parteien ihrem Arbeitsverhältnis eine andere Bezeichnung geben. Der objektive Geschäftsinhalt ist den ausdrücklich getroffenen Vereinbarungen und der praktischen Durchführung des Vertrags zu entnehmen. Widersprechen sich Vereinbarung und tatsächliche Durchführung, ist letztere maßgeblich, weil sich aus der praktischen Handhabung der Vertragsbeziehungen am ehesten Rückschlüsse darauf ziehen lassen, von welchen Rechten und Pflichten die Vertragsparteien ausgegangen sind, was sie also wirklich gewollt haben.“*

## **II. Der Beschäftigtenbegriff des § 7 SGB IV**

Der Schlüsselbegriff für alle Bereiche des Sozialversicherungsrechts ist derjenige der „Beschäftigung“. Darunter versteht § 7 Abs. 1 S. 1 SGB IV die nichtselbständige Arbeit,

---

<sup>30</sup> BAG 21.11.2017 - 9 AZR 117/17, NZA 2018, 448 Rn. 23 unter Hinweis auf BT-Drucks. 18/9232, 4 und 18.

<sup>31</sup> BAG 17.10.2017 - 9 AZR 792/16, BeckRS 2017, 140191.

insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung in diesem Sinne sind nach Satz 2 eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers.

## 1. Bundessozialgericht: keine Deckungsgleichheit

Inwieweit die sich der Beschäftigtenbegriff und der Arbeitnehmerbegriff überschneiden oder gar decken, ist umstritten. Das Bundessozialgericht hat seinen Standpunkt jüngst in folgenden Worten zusammengefasst:<sup>32</sup>

*„Es besteht kein vollständiger Gleichklang des arbeitsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs mit dem Beschäftigtenbegriff nach § 7 SGB IV. Nach § 7 I 1 SGB IV ist Beschäftigung die nichtselbstständige Arbeit, `insbesondere in einem Arbeitsverhältnis`. Daraus folgt, dass grundsätzlich eine Beschäftigung vorliegt, wenn ein Arbeitsverhältnis besteht; allerdings auch, dass eine Beschäftigung auch dann vorliegen kann, wenn kein Arbeitsverhältnis vorliegt; Beschäftigung ist nicht gleichzusetzen mit dem Arbeitsverhältnis. Die arbeitsgerichtliche Entscheidungspraxis beruht im Wesentlichen darauf, dass der privatautonomen Entscheidung der Vertragsparteien im Arbeitsrecht eine besondere Bedeutung beigemessen wird. Die Sozialversicherung dient hingegen neben der sozialen Absicherung des Einzelnen auch dem Schutz der Mitglieder der Pflichtversicherungssysteme, die in einer Solidargemeinschaft zusammengeschlossen sind. Die Träger der Sozialversicherung sind Einrichtungen des öffentlichen Rechts. Dies schließt es aus, dass über die rechtliche Einordnung einer Tätigkeit allein die von den Vertragschließenden getroffenen Vereinbarungen entscheiden.“*

Auch das Bundesarbeitsgericht sieht die sozial- und steuerrechtliche Einordnung nicht als ausschlaggebend für die arbeitsrechtliche Beurteilung der Arbeitnehmereigenschaft an.<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup> BSG 4.6.2019 – B 12 R 11/18 R, NZA 2019, 1583 Rn. 19.

<sup>33</sup> Vgl. BAG 26.5.1999 - 5 AZR 469/98, NZA 1999, 983 (984).

## 2. Standardabgrenzungs-Formel des Bundessozialgerichts

Die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts knüpft an die Formulierung des § 7 I SGB IV an. Die zuletzt mehrfach verwendete Standardformel lautet:

*„Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG setzt eine abhängige Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Diese Weisungsgebundenheit kann – vornehmlich bei Diensten höherer Art – eingeschränkt und zur „funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess“ verfeinert sein. Demgegenüber ist eine selbstständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet.“<sup>34</sup>*

## III. Nicht-selbständige Arbeit im Steuerrecht

Auch das Steuerrecht unterscheidet in § 2 Abs. 1 S. 1 Nrn. 3 und 4 EStG zwischen Einkünften aus selbständiger und unselbständiger Arbeit. Zu den Einkünften aus unselbständiger Arbeit zählen nach § 19 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EStG Gehälter, Löhne etc. Weiterführend ist sodann § 2 Abs. 2 Nr. 1 UStG, der gleichsam eine Negativ-Definition enthält: Danach wird die berufliche Tätigkeit nicht selbständig ausgeübt, „soweit natürliche Personen, einzeln oder zusammengeschlossen, einem Unternehmen so eingegliedert sind, dass sie den Weisungen des Unternehmers zu folgen verpflichtet sind.“ Noch konkreter wird die Lohnsteuer-Durchführungsverordnung. Nach § 1 Abs. 2 LStDV liegt ein lohnsteuerpflichtiges Dienstverhältnis vor, „wenn der Angestellte (Beschäftigte) dem Arbeitgeber (öffentliche Körperschaft, Unternehmer, Haushaltsvorstand) seine Arbeitskraft schuldet. Dies ist der Fall, wenn die tätige Person in der Betätigung ihres geschäftlichen Willens unter der Leitung des Arbeitgebers steht oder im geschäftlichen Organismus des Arbeitgebers dessen Weisungen zu folgen verpflichtet ist.“ Hieran anknüpfend hat

<sup>34</sup> BSG 14.3.2018 - B 12 KR 13/17 R, NJW 2018, 2662 Rn. 16.

der Bundesfinanzhof eine umfangreiche Kasuistik entfaltet. In seinen Urteilen werden zahlreiche Kriterien (Indizien) beispielhaft aufgeführt, die im Rahmen dieser Würdigung nach dem Gesamtbild der Verhältnisse für die Abgrenzung Bedeutung haben können und im konkreten Einzelfall jeweils zu gewichten und gegeneinander abzuwägen sind. Die sozial- und arbeitsrechtliche Einordnung der Tätigkeit ist nach der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs nicht von ausschlaggebender Bedeutung. Ihr kommt allenfalls im Rahmen der steuerlichen Beurteilung eine Indizwirkung zu.<sup>35</sup> Der steuerrechtliche Arbeitnehmerbegriff ist mithin eigenständiger Natur. Der Bundesfinanzhof formulierte zuletzt: „Im Übrigen bleibt es bei den hergebrachten Grundsätzen, ... dass nämlich der sozialversicherungsrechtliche und der arbeitsrechtliche Arbeitnehmerbegriff sich von dem einkommensteuerrechtlichen Arbeitnehmerbegriff des § 19 EStG unterscheiden und jedenfalls nicht deckungsgleich sein müssen.“<sup>36</sup> Dem soll auch nicht das Gebot der Wahrung der Einheit der Rechtsordnung entgegenstehen.<sup>37</sup>

#### **IV. Der Arbeitnehmerbegriff im Unionsrecht**

Auch im europäischen Unionsrecht knüpft der Geltungsanspruch primär- und sekundärrechtlicher Normen häufig an den Begriff des Arbeitnehmers an. Allerdings kennt das Unionsrecht keinen einheitlichen Arbeitnehmerbegriff. Die Bedeutung des Begriffs hängt vielmehr vom jeweiligen Regelungsgegenstand ab. Teils wird eine autonome Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs angenommen (etwa bei Art. 45 und 157 AEUV), mitunter aber verweist die entsprechende Richtlinie auch auf das Recht der Mitgliedstaaten. Kurz gesagt gilt: „Ebenso wenig wie die Begriffe der einzelnen Mitgliedstaaten den unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff bestimmen, kann die Rechtsprechung des EuGH über den Anwendungsbereich des Unionsrechts hinaus den nationalen Arbeitnehmerbegriff prägen.“<sup>38</sup> Eine Beeinflussung ist hingegen schon denkbar: So kann es sein, dass das deutsche Begriffsverständnis in Bereichen, wo eine autonome Auslegung des unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs gefordert ist, einer punktueller Ausweitung bedarf (z.B. durch Einbeziehung von GmbH-Geschäftsführern). Und selbst dort, wo das europäische

---

<sup>35</sup> BFH 2.12.1998 - X R 83/96, NZA-RR 1999, 376 (378 f.).

<sup>36</sup> BFH 9.7.2012 –VI B 38/12, BeckRS 2012, 96174; FG Rheinland-Pfalz 23.1.2014 – 6 K 2294/11, DStRE 2015, 129

<sup>37</sup> BSG 11.11.2015 - B 12 KR 13/14, NJOZ 2017, 692 Rn. 24.

<sup>38</sup> *Kamanabrou*, Arbeitsrecht, Rn. 85.

Richtlinienrecht das Recht der Mitgliedstaaten für maßgeblich erklärt, ist der nationale Gesetzgeber bzw. Rechtsanwender nicht völlig frei.

Dieser Aspekt kommt in einer neueren Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts zur Statusbeurteilung eines (befristet beschäftigten) Musikschullehrers zum Ausdruck.<sup>39</sup> Die Qualifizierung als selbständiger Dienstverpflichteter wird dort abschließend noch an der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge im Anhang der RL 1999/70/EG des Rates vom 28.6.1999 (Rahmenvereinbarung) gemessen. Zwar gilt diese nach ihrem § 2 Nr. 1 für befristet beschäftigte Arbeitnehmer mit einem Arbeitsvertrag oder -verhältnis gemäß der gesetzlich, tarifvertraglich oder nach den Gepflogenheiten in jedem Mitgliedstaat geltenden Definition. Das Bundesarbeitsgericht weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass das Unionsrecht auch dann, wenn sich die Definition des Arbeitnehmerbegriffs nach nationalem Recht richtet, das den Mitgliedstaaten eingeräumte Ermessen begrenzen kann. Die in einer Richtlinie verwendeten Begriffe könnten danach nur in dem Umfang entsprechend dem nationalen Recht und/oder der nationalen Praxis definiert werden, soweit die praktische Wirksamkeit der Richtlinie und die allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts gewahrt bleiben. Die Mitgliedstaaten dürften daher keine Regelung anwenden, die die Verwirklichung der mit einer Richtlinie verfolgten Ziele gefährden und sie damit ihrer praktischen Wirksamkeit berauben könnte. Insbesondere dürfe ein Mitgliedstaat nicht unter Verletzung der praktischen Wirksamkeit der jeweiligen Richtlinie willkürlich bestimmte Kategorien von Personen von dem durch diese bezweckten Schutz ausnehmen. Sodann referiert das Bundesarbeitsgericht die ständige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs:

*Hiernach „besteht das wesentliche Merkmal des Arbeitsverhältnisses darin, dass eine Person während einer bestimmten Zeit für eine andere nach deren Weisung Leistungen erbringt, für die sie als Gegenleistung eine Vergütung erhält. Die formale Einstufung als Selbstständiger nach innerstaatlichem Recht schließt es allerdings nicht aus, dass eine Person als Arbeitnehmer einzustufen ist, wenn ihre Selbstständigkeit nur fiktiv ist und damit ein Arbeitsverhältnis verschleiert. Daraus folgt, dass ihr Status als `Arbeitnehmer` im Sinne des Unionsrechts nicht dadurch berührt wird, dass eine Person aus steuerlichen, administrativen oder verwaltungstechnischen Gründen nach innerstaatlichem Recht als selbstständiger*

<sup>39</sup> Zum Unionsrecht BAG 21.11.2017 – 9 AZR 117/17, NZA 2018, 448 Rn. 45 ff.

*Dienstleistungserbringer beschäftigt wird, sofern sie nach Weisung ihres Arbeitgebers handelt, insbesondere was ihre Freiheit bei der Wahl von Zeit, Ort und Inhalt ihrer Arbeit angeht, nicht an den geschäftlichen Risiken dieses Arbeitgebers beteiligt ist, während der Dauer des Vertragsverhältnisses in dessen Unternehmen eingegliedert ist und daher mit ihm eine wirtschaftliche Einheit bildet.*<sup>40</sup>

Allerdings wird eine solche Divergenz im Fall des Musikschullehrers vom Bundesarbeitsgericht nicht gesehen und daher auch die Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens abgelehnt.

Als Fazit wird man festhalten können, dass dem unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff<sup>41</sup> für die hier in Frage stehende Abgrenzungsproblematik keine nennenswerte Bedeutung zukommen dürfte.<sup>42</sup> Die bisherigen Urteile betrafen ausschließlich Leitungsorgane, Praktikanten, Leiharbeitnehmer und Beamte. Erkennbar wird immerhin, dass das Weisungsrecht als zentrales Kriterium die unionsrechtliche und die nationale Ebene eint.

---

<sup>40</sup> BAG 21.11.2017 – 9 AZR 117/17, NZA 2018, 448 Rn. 48.

<sup>41</sup> Hierzu zuletzt *Henssler/Pant*, RdA 2019, 321.

<sup>42</sup> Ebenso wenig dürfte die neue Richtlinie über transparente und verlässliche Arbeitsbedingungen in der EU für die hier interessierenden Fragestellungen Bedeutung entfalten, vgl. *Ruland*, NZS 2019, 681 (683 f.).

## **E. Divergenzen in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und des Bundessozialgerichts**

Ein Vergleich der oben wiedergegebenen Obersätze und Standardformeln könnte zu dem Schluss verleiten, die Abgrenzungsansätze des Bundesarbeitsgerichts und des Bundessozialgerichts stimmten weitestgehend überein, ein Gleichlauf der Ergebnisse dürfe auf dieser Basis erwartet werden. Bei näherem Hinsehen zeigt sich indes, dass die Bestimmung des Beschäftigtenbegriffs durch das Bundessozialgericht auf anderen Prämissen beruht mit der Folge, dass der Kreis der einbezogenen Beschäftigten über den von § 611a BGB beschriebenen Personenkreis hinausgeht.

### **I. Gemeinsamer Ausgangspunkt: typologische Abgrenzungsmethode**

Einigkeit besteht immerhin in der Frage, auf welchem methodischen Weg die Zuordnung des Tätigwerdens für einen anderen als Arbeits- oder Beschäftigungsverhältnis erfolgen soll. Beide Gerichte sprechen sich hier für ein typologisch ausgerichtetes Zuordnungsverfahren aus, wenden sich damit also gegen eine begrifflich-kategoriale Abgrenzung.

Das Bundesarbeitsgericht drückt dies wie folgt aus

*„Es gibt kein Einzelmerkmal, das aus der Vielzahl möglicher Merkmale unverzichtbar vorliegen muß, damit man von persönlicher Abhängigkeit sprechen kann. Ebenso wenig gibt es ein Merkmal für die Abhängigkeit, das sich nicht auch gelegentlich bei Selbständigen findet. Es ist deshalb aus Gründen der Praktikabilität und der Rechtssicherheit unvermeidlich, die unselbständige Arbeit typologisch abzugrenzen.“<sup>43</sup>*

Das Bundessozialgericht führt unter ausdrücklicher Bezugnahme auf entsprechende Judikate des Bundesarbeitsgerichts aus:

---

<sup>43</sup> BAG 23.4.1980 - 5 AZR 426/79, AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 34;

*„Mangels Möglichkeit, allgemeingültige für alle Arbeitsverhältnisse geltende Kriterien aufzustellen, ist auf eine typologische Abgrenzung der unselbstständigen Arbeit zurückzugreifen. Letztlich kommt es auf eine Gesamtwürdigung aller maßgebenden Umstände des Einzelfalls an.“<sup>44</sup> Ferner heißt es in einer neueren Entscheidung „Ob jemand beschäftigt oder selbstständig tätig ist, richtet sich danach, welche Umstände das Gesamtbild der Arbeitsleistung prägen und hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen. Die Zuordnung einer Tätigkeit nach deren Gesamtbild zum rechtlichen Typus der Beschäftigung oder selbstständigen Tätigkeit setzt voraus, dass alle nach Lage des Einzelfalls als Indizien in Betracht kommenden Umstände festgestellt, in ihrer Tragweite zutreffend erkannt und gewichtet, in die Gesamtschau mit diesem Gewicht eingestellt und nachvollziehbar, das heißt den Gesetzen der Logik entsprechend und widerspruchsfrei gegeneinander abgewogen werden.“<sup>45</sup>*

## **II. (Re-)Emanzipation des Sozialrechts vom Arbeitsrecht**

Im Übrigen zeigen sich jedoch gerade in der neueren Rechtsprechung signifikante Diskrepanzen, die sich schlagwortartig mit einer „(Re-)Emanzipation des Sozialrechts vom Arbeitsrecht“<sup>46</sup> beschreiben lassen. *Ulrich Preis* hatte diese Tendenz schon früh beschrieben und dem Bundesarbeitsgericht eine der Privatautonomie verpflichtete Abgrenzung der Rechtsbegriffe attestiert, während das Bundessozialgericht unverkennbar auf der Basis eines öffentlich-rechtlichen, sozialversicherungsstabilisierenden Ansatzes judiziert.<sup>47</sup> Im Hinblick auf § 7 Abs. 1 SGB IV geht es um die dogmatische Grundsatzzfrage, ob die Vorschrift „eine eigenständige, zwingende öffentlich-rechtliche Statusabgrenzungsnorm darstellt oder lediglich an eine arbeitsvertragliche Gestaltung zwingende öffentlich-rechtliche Rechtsfolgen knüpft.“<sup>48</sup> Eine neuere Entscheidung des Bundessozialgerichts<sup>49</sup> nimmt wieder explizit Bezug auf eine ältere Grundsatzentscheidung, die

---

<sup>44</sup> BSG 26.9.2017 – B 1 KR 31/16 R, NZS 2018, 319 Rn. 18.

<sup>45</sup> BSG 14.3.2018 - B 12 KR 13/17 R, NJW 2018, 2662 Rn. 16.

<sup>46</sup> *Greiner*, NZS 2019, 761 (763).

<sup>47</sup> *Preis*, NZA 2000, 914 (925).

<sup>48</sup> So treffend *Greiner*, NZS 2019, 761 (763).

<sup>49</sup> BSG 4.6.2019 - B 12 R 11/18, NZA 2019, 1583 Rn. 19, 30 und 36 f.

den damaligen öffentlich-rechtlichen Begründungsansatz formulierte.<sup>50</sup> Die Divergenzen äußern sich in folgenden Punkten:

## 1. Bedeutung der Selbstqualifikation der Parteien

Der Bezeichnung und der Ausgestaltung der Vertragsbeziehungen durch die Parteien werden weder vom Bundesarbeitsgericht noch vom Bundessozialgericht ausschlaggebende Bedeutung für die Statusbeurteilung beigemessen. Allerdings zeigt sich das Bundesarbeitsgericht von seinem Ansatz her offener. Ausgehend von einem auf der Privatautonomie gründenden vertragsrechtlichen Verständnis liegt es in der Tat nahe, hier gewisse Spielräume zu eröffnen. So formuliert das Bundesarbeitsgericht seinen Standpunkt in einer neueren Entscheidung wie folgt:<sup>51</sup>

*„Der Vorrang der praktischen Handhabung der Vertragsbeziehungen vor der formalen Vertragstypenwahl durch die Parteien bedeutet nicht, dass die Entscheidung der Parteien für eine bestimmte Art von Vertrag irrelevant wäre. Kann die vertraglich vereinbarte Tätigkeit – wie im Streitfall – typologisch sowohl in einem Arbeitsverhältnis als auch selbstständig erbracht werden, ist die Entscheidung der Vertragspartner für einen bestimmten Vertragstypus im Rahmen der bei jeder Statusbeurteilung erforderlichen Gesamtabwägung aller Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen.“*

Auch in zahlreichen weiteren neueren Entscheidungen - insbesondere zu Musikschullehrern - erkennt das Bundesarbeitsgericht gleichsam ein Vertragstypenwahlrecht der Parteien an, wenn „die vertraglich vereinbarte Tätigkeit ... typologisch sowohl in einem Arbeitsverhältnis als auch selbstständig erbracht werden kann.“ Recht weitgehend heißt es in einer Entscheidung vom 9.6.2020 zur Einordnung des Vertragsverhältnisses eines Versicherungsvertreters:

*„Wenn die tatsächliche Handhabung nicht zwingend für ein Arbeitsverhältnis spricht, müssen sich die Parteien an dem von ihnen gewählten Vertragstypus*

<sup>50</sup> BSG 29.1.1981 - 12 RK 63/79, AP HGB § 92 Nr. 4.

<sup>51</sup> BAG 11.8.2015 – 9 AZR 98/14, NZA-RR 2016, 288 Rn. 22.

*festhalten lassen. Etwas Anderes gilt nur dann, wenn die Parteien oder eine von ihnen im Geschäftsverkehr gänzlich unerfahren sind.*<sup>52</sup>

Preis versteht diese Aussage so, dass im Grenzbereich zwischen freier und abhängiger Dienstleistung eine Definitionsmacht der Parteien anzunehmen sei, wenn eine gestörte Vertragsparität nicht anzunehmen sei.<sup>53</sup>

Eine weitgehende Anerkennung der Qualifikationshoheit der Parteien vertritt die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung im umgekehrten Fall. Den Parteien wird es ermöglicht, ein vom Geschäftsinhalt her eher als freies Mitarbeiterverhältnis sich darstellendes Vertragsverhältnis dem Arbeitsrecht zu unterstellen. Das Bundesarbeitsgericht formuliert kurz und bündig:

*„Haben die Parteien dagegen ein Arbeitsverhältnis vereinbart, so ist es auch als solches einzuordnen. So hat der Senat in Bezug auf Lehrkräfte mehrfach ausgesprochen, daß diese Arbeitnehmer sind, wenn die Parteien es vereinbart haben.“*<sup>54</sup>

Demgegenüber wird der Selbstqualifikation der Parteien durch die neuere Rechtsprechung des Bundessozialgerichts tendenziell eine geringere Bedeutung beigemessen. Dies verdeutlicht folgende Passage aus der Honorararzt-Entscheidung des Bundessozialgerichts:<sup>55</sup>

*„Die arbeitsgerichtliche Entscheidungspraxis beruht im Wesentlichen darauf, dass der privatautonomen Entscheidung der Vertragsparteien im Arbeitsrecht eine besondere Bedeutung beigemessen wird. Die Sozialversicherung dient hingegen neben der sozialen Absicherung des Einzelnen auch dem Schutz der Mitglieder der Pflichtversicherungssysteme, die in einer Solidargemeinschaft zusammengeschlossen sind. Die Träger der Sozialversicherung sind Einrichtungen des öffentlichen Rechts. Dies schließt es aus, dass über die rechtliche Einordnung einer Tä-*

---

<sup>52</sup> BAG, Urteil vom 9. 6. 2010 - 5 AZR 332/09, NZA 2010, 877 Rn. 33.

<sup>53</sup> ErfK/Preis, § 611a BGB Rn. 30.

<sup>54</sup> BAG 12.9.1996 - 5 AZR 1066/94, NZA 1997, 194; BAG 21.4.2005 - 2 AZR 125/04, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 134; LAG Köln 28.4.1995 - 13 Sa 48/95, NZA 1996, 319; LAG Nürnberg 21.12.2007 - 7 Ta 208/07, NZA-RR 2008, 271.

<sup>55</sup> BSG 4.6.2019 – B 12 R 11/18 R, NZA 2019, 1583 Rn. 19.

*tigkeit allein die von den Vertragschließenden getroffenen Vereinbarungen entscheiden.“*

Dahinter steht erkennbar der Gedanke, dass das Sozialversicherungsrecht als Teil des öffentlichen Rechts nicht zur Disposition der Vertragsparteien steht. Der Parteiwille ist zwar auch hier der Ausgangspunkt der Statusbeurteilung. Er ist aber nur relevant, wenn er sich in der gelebten Wirklichkeit der Vertragsdurchführung verifizieren lässt. Das Bundessozialgericht drückt dies wie folgt aus:

*„Dem Willen der Vertragsparteien kommt nach der Rechtsprechung des Senats jedoch generell nur dann überhaupt eine potenzielle Bedeutung zu, wenn dieser Wille den festgestellten sonstigen tatsächlichen Verhältnissen nicht offensichtlich widerspricht und er durch weitere Aspekte gestützt wird bzw. die übrigen Umstände gleichermaßen für Selbstständigkeit wie für eine Beschäftigung sprechen. Nur unter diesen Voraussetzungen ist der in einem Vertrag dokumentierte Parteiwille überhaupt als ein auf Selbstständigkeit deutendes Indiz in die Gesamtabwägung einzustellen; hierdurch wird eine Selbstständigkeit jedoch nicht vorfestgelegt.“*

## **2. Stellenwert der Eingliederung**

Der Kern der gesetzlichen Definition in § 611a BGB liegt in der Weisungsbefugnis. Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts hatte schon vor der Kodifikation des Arbeitsvertrags in § 611a BGB die Weisungsbefugnis bezüglich Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit als Hauptmerkmal für die Abgrenzung zum freien Dienstvertrag herausgestellt. Bemerkenswert ist, dass § 611a BGB - unter Abkehr vom ersten Referentenentwurf<sup>56</sup> das Merkmal der Eingliederung nicht explizit aufführt, während es in § 7 Abs. 1 SGB IV (und in § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG) als wesentliches Kriterium fortlebt. Das spiegelt sich auch in der Rechtsprechung der obersten Gerichte beider Gerichtszweige. So hat das Bundesarbeitsgericht das Kriterium der Eingliederung in den letzten zehn Jahren nicht mehr in seinen Obersatz aufgenommen, behandelt es also nicht mehr als eigenständiges Kriterium neben der Weisungsgebundenheit. Offenbar sieht

---

<sup>56</sup> Referentenentwurf des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze vom 16.11.2015.

das Bundesarbeitsgericht in Übereinstimmung mit weiten Teilen der Literatur die Eingliederung in eine fremde Organisation lediglich als Ausdruck bzw. Indiz einer gegebenen Weisungsstruktur.<sup>57</sup> Die Beobachtung, dass das Bundesarbeitsgericht dem Aspekt der Eingliederung keine gesteigerte Bedeutung beimisst, zeigt sich insbesondere bei anspruchsvollen Tätigkeiten im Wissensbereich. Hier kann trotz Eingliederung eine hinreichende Autonomie bestehen, so dass eine Qualifizierung als Arbeitnehmer ausscheidet.<sup>58</sup> So urteilt das Bundesarbeitsgericht im Hinblick auf Musikschullehrer:

*„Im pädagogischen Bereich ist es typisch, dass auch freie Mitarbeiter ihre Tätigkeit nur in den zur Verfügung gestellten Räumen verrichten können und damit an einen bestimmten Ort gebunden sind. Diese Bindung besagt nichts über eine persönliche Abhängigkeit.“<sup>59</sup>*

Eine andere Tendenz prägt die neuere Rechtsprechung des Bundessozialgerichts. Diese wertet die Bedeutung von Eingliederungsaspekten gegenüber früheren Entscheidungen deutlich auf.<sup>60</sup> Das Bundessozialgericht recurriert hierauf vor allem, wenn es um die Statusbeurteilung von Hochqualifizierten und Spezialisten geht, bei denen das Weisungsrecht auf Stärkste eingeschränkt sein kann.

*„Dennoch kann die Dienstleistung in solchen Fällen fremdbestimmt sein, wenn sie ihr Gepräge von der Ordnung des Betriebs erhält, in deren Dienst die Arbeit verrichtet wird. Die Weisungsgebundenheit des Arbeitnehmers verfeinert sich in solchen Fällen zur ‚funktionsgerechten, dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess‘.“*

Den reduzierten Anforderungen an die Intensität des Weisungsrechts wird im nächsten Schritt das Merkmal der Eingliederung an die Seite gestellt, an das dann aber ebenfalls nur sehr geringe Anforderungen gestellt werden. So soll es ausreichen, wenn vom Arbeitgeber (hier: dem Krankenhaus), „der gesamte organisatorische Rahmen“ des Tätigwerdens vorgegeben wird, die Einrichtungen und Betriebsmittel genutzt werden und arbeitsteilig mit dem Personal zusammengearbeitet wird. Man erkennt hier auch, dass

---

<sup>57</sup> In diesem Sinne auch *Greiner*, NZS 2019, 761 (764).

<sup>58</sup> So auch die Feststellung von *Henssler*, in: Henssler/Grau, Arbeitnehmerüberlassung, Solo-Selbständige und Werkverträge, § 2 Rn. 18.

<sup>59</sup> BAG 21.11.2017 – 9 AZR 117/17, NZA 2018, 448 Rn. 40; BAG 17.10.2017 - 9 AZR 792/16, BeckRS 2017, 140191 Rn. 27.

<sup>60</sup> So zutreffend *Greiner*, NZA 2019, 761 (765).

Weisungs- und Eingliederungsaspekte ineinander übergehen. Im Ergebnis gelangt das Bundessozialgericht auf diese Weise zu einer Ausdehnung des Beschäftigtenbegriffs gegenüber dem Arbeitnehmerbegriff, wie er sich in der Judikatur der Arbeitsgerichte darstellt. Gerade im Fall der Honorarärzte sind die Arbeitsgerichte bislang zum gegenteiligen Ergebnis, nämlich Selbständigkeit, gelangt.<sup>61</sup>

---

<sup>61</sup> LAG Thüringen 29.4.2010 - 1 Ta 29/10, BeckRS 2011, 65472; LAG Hessen 30.11.2015 -16 Sa 583/15, BeckRS 2016, 66432; LAG Hessen 14.1.2013 - 16 Sa 1213/12, BeckRS 2013, 67368; LAG Hamm 7.2.2011 - 2 Ta 505/10, BeckRS 2011, 69654; LAG Düsseldorf 6.2.2018 - 3 Sa 632/17, BeckRS 2018, 13925.

## F. Folgen einer Rechtsformverfehlung

### I. Arbeits-, sozialversicherungs-, steuer- und strafrechtliche Folgen für den Arbeitgeber

Die Entscheidung, einen Mitarbeiter nicht als Arbeitnehmer, sondern als Selbständigen einzusetzen, ist, wenn die Einordnung nicht zweifelsfrei erscheint, in mehrfacher Hinsicht mit einem hohen Risiko verbunden. Wenn sich später - etwa auf Betreiben des Mitarbeiters oder im Zuge einer Betriebsprüfung - herausstellt, dass entgegen der Einschätzung der Parteien von einem Arbeitsverhältnis auszugehen ist, hat dies zunächst arbeitsrechtliche Konsequenzen. Der Mitarbeiter kann sich auf alle arbeitsrechtlichen Schutzrechte berufen, vom Kündigungsschutz, über die Entgeltfortzahlung bis hin zu Urlaubsansprüchen - auch für die Vergangenheit.<sup>62</sup> Der Arbeitgeber kann seinerseits zwar grundsätzlich die Rückzahlung überzahlter Honorare aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB geltend machen,<sup>63</sup> sieht sich allerdings verschiedenen Schwierigkeiten ausgesetzt. So kann sich der Arbeitnehmer ggf. auf den Wegfall der Bereicherung (§ 818 Abs. 3 BGB) oder auf die anspruchsausschließende positive Kenntnis des Arbeitgebers (§ 814 BGB) berufen.<sup>64</sup>

Als gravierender erweisen sich die sozialversicherungsrechtlichen Folgen einer falschen Handhabung. Der Arbeitgeber ist gem. § 28e Abs. 1 SGB IV Schuldner der gesamten Sozialversicherungsbeiträge einschließlich des Arbeitnehmeranteils. Das hat zur Folge, dass er bei der Aufdeckung eines versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses sämtliche nicht entrichteten Sozialversicherungsbeiträge rückwirkend ab Beginn des Beschäftigungsverhältnisses im Rahmen der Verjährungsregelung des § 25 SGB IV nachzuzahlen hat. Aus Beitragsprüfbescheiden leitet die Rechtsprechung keinen Bestandsschutz zugunsten der Arbeitgeber ab.<sup>65</sup> Zu den ohnehin beträchtlichen Nachfor-

---

<sup>62</sup> *Kunz*, in: Henssler/Grau, Arbeitnehmerüberlassung, Solo-Selbstständige und Werkverträge, § 4 Rn. 30; *Reiserer*, in: Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, § 7 Rn. 2; zum Urlaubsanspruch des Scheinselbständigen ohne zeitliche Limitierung vgl. EuGH 29.11.2017 – C-214/16, NZA 2017, 1591 (King).

<sup>63</sup> BAG 9.2.2005 - 5 AZR 175/04, NZA 2005, 814.

<sup>64</sup> BAG 9.2.2005 - 5 AZR 175/04, NZA 2005, 814 und BAG 8. 11. 2006 - 5 AZR 706/05, NZA 2007, 321.

<sup>65</sup> BSG 18.11.2015 - B 12 R 7/14 R, BeckRS 2016, 41976 und BSG 30.10.2013 - B 12 AL 2/11 R, BeckRS 2014, 66872; kritisch *Kunz*, in: Henssler/Grau, Arbeitnehmerüberlassung, Solo-Selbstständige und Werkverträge, § 4 Rn. 68 gipfelnd in der Forderung, der Gesetzgeber möge „endlich ein einheitliches System über alle betroffenen Rechtsgebiete schaffen.“

derungen können Säumniszuschläge nach § 24 i.V.m. § 23 SGB IV treten. Diese betragen 1 % pro Monat für jeden rückständigen Monat und treiben den Rückzahlungsbetrag damit schnell in eine existenzgefährdende Höhe.<sup>66</sup>

Damit nicht genug: Die fehlerhafte Einordnung zieht auch steuerrechtliche Folgen nach sich. Denn nunmehr steht fest, dass der Arbeitgeber die fällige Lohnsteuer nicht abgeführt hat. Zwar sind Arbeitgeber und Arbeitnehmer gegenüber dem Finanzamt insoweit Gesamtschuldner (§ 42d Abs. 3 EstG). Regelmäßig werden sich jedoch die Finanzämter zur Vereinfachung des Verfahrens - ermessensfehlerfrei - primär an den Arbeitgeber wenden und von ihm die Nachentrichtung verlangen. Der Arbeitgeber ist dann auf einen Rückerstattungsanspruch (§ 426 BGB) gegenüber dem Arbeitnehmer verwiesen.<sup>67</sup>

Schließlich ist das (vorsätzliche) Vorenthalten der Arbeitnehmeranteile eine Straftat nach § 266a StGB. Als Täter kommt hier nur der Arbeitgeber in Betracht. Die Rechtsprechung erwägt zwar neuerdings, eine Fehlvorstellung über die Arbeitgebereneigenschaft und die daraus resultierende Abführungspflicht als vorsatzausschließenden Tatbestandsirrtum zu behandeln.<sup>68</sup> Damit wäre ein Gleichklang zur Hinterziehung von Steuern (§ 370 AO) bzw. zur leichtfertigen Verkürzung von Steuern (§ 378 AO) hergestellt, die ja angesichts nicht abgeführter Einkommenssteuer ebenfalls im Raum stehen. Zwar stuft hier der Bundesgerichtshof schon seit längerem einen Irrtum über die Arbeitgeberstellung in § 41a EstG und die daraus resultierende Steuerpflicht als Tatbestandsirrtum ein.<sup>69</sup> Gleichwohl darf das strafrechtliche Risiko nicht unterschätzt werden. Ferner ist darauf hinzuweisen, dass in Ergänzung zu § 266a StGB in § 8 Abs. 3 SchwarzArbG vor kurzem ein neuer Ordnungswidrigkeitentatbestand des leichtfertigen Vorenthalteus und Veruntreuens von Arbeitsentgelt eingeführt worden ist.<sup>70</sup>

Kommt es zu einer Verurteilung, kann zudem eine Eintragung in das zentrale Wettbewerbsregister beim Bundeskartellamt erfolgen mit der Folge eines Ausschlusses des Unternehmens von öffentlichen Aufträgen.

---

<sup>66</sup> Hierzu BSG 12.12.2018 – B 12 R 15/18 R, DStR 2019, 1165 (zumindest bedingter Vorsatz erforderlich).

<sup>67</sup> Reiserer, in: Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, § 7 Rn. 21.

<sup>68</sup> BGH 24.1.2018 – 1 StR 331/17, DStR 2018, 1623 mit Anm. Reiserer; jetzt eindeutig BGH 24.9.2019 - 1 Str 346/18, NJW 2019, 3532.

<sup>69</sup> Vgl. z.B. BGH 19.05.1989 - 3 StR 590/88, wistra 1989, wistra 1989, 263.

<sup>70</sup> BGBl. 2019 I, S. 1066. In Kraft getreten am 18.7.2019.

## **II. Anfrageverfahren bei der Deutschen Rentenversicherung Bund**

Angesichts der dramatischen Folgen einer fehlerhaften Statusbeurteilung einerseits sowie der angedeuteten Divergenzen in der Rechtsprechung und der mangelnden Vorhersehbarkeit der durchzuführenden Gesamtabwägung im konkreten Einzelfall andererseits, besteht ein unverkennbares Bedürfnis der Beteiligten, vorab Klarheit in Form eines amtlichen Anfrageverfahrens zu erlangen. Diesem Bedürfnis hat der Gesetzgeber mit dem Gesetz zur Förderung der Selbstständigkeit vom 20.12.1999<sup>71</sup> Rechnung getragen und in § 7 a SGB IV ein Anfrageverfahren zur Statusfeststellung eingeführt. Dieses Verfahren dient der Feststellung, ob eine selbständige oder eine abhängige Beschäftigung vorliegt. Mittels dieses Anfrageverfahrens sollen divergierende Entscheidungen zwischen den Beitragseinzugsstellen und Prüfstellen verhindert werden,<sup>72</sup> indem die Zuständigkeit für die Entscheidung über die Anfrage bei einer Stelle, der Clearingstelle der Deutsche Rentenversicherung Bund, konzentriert wird. Den Antrag auf Feststellung des Vorliegens einer Beschäftigung bzw. selbständigen Tätigkeit kann nach § 7 a Abs. 1 S. 1 SGB IV jeder Beteiligte stellen. Die nähere verfahrensmäßige Ausgestaltung lässt sich der detaillierten Regelung des § 7a SGB IV entnehmen.

### **1. Wirkung der Entscheidung**

Nach Abschluss des Anfrageverfahrens erteilt die Deutsche Rentenversicherung Bund den Beteiligten einen rechtsbehelfsfähigen begründeten Feststellungsbescheid über das Bestehen oder Nichtbestehen eines versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses. Die Vorteile des Anfrageverfahrens bestehen in einer strafrechtlichen und beitragsmäßigen Risiko- und Haftungsminimierung.<sup>73</sup> Beitragsverantwortlichen wird da-

---

<sup>71</sup> Vom 20.12.1999 - BGBl. 2000 I Seite 2.

<sup>72</sup> BT-Drs. 14/1855, 6.

<sup>73</sup> BeckOK Sozialrecht/*Rittweger*, § 7a SGB IV Rn. 38, dort auch zu weiteren Vorteilen des Anfrageverfahrens.

her im Falle von Zweifeln bei der Statusbeurteilung von Mitarbeitern, die als Solo-Selbständige tätig werden sollen, vielfach geraten, das Anfrageverfahren einzuleiten.<sup>74</sup>

## 2. Schwächen des Verfahrens

Allerdings müssen auch die begrenzte Reichweite des Entscheidungsausspruchs und verschiedene strukturelle Schwächen des Anfrageverfahrens in seiner gegenwärtigen Ausgestaltung in den Blick genommen werden. Zunächst ist festzustellen, dass die Statusbeurteilung keine Bindungswirkung außerhalb des Sozialversicherungsrechts entfaltet, das Arbeitsgericht mithin nicht gehindert wäre, trotz anderslautender Einstufung durch die Deutsche Rentenversicherung Bund von der Arbeitnehmereigenschaft der eingesetzten Arbeitskraft auszugehen. In diesem Punkt wird vielfach rechtspolitischer Handlungsbedarf gesehen.<sup>75</sup> In der Praxis werden darüber hinaus noch weitere teils gravierende Defizite des Anfrageverfahrens beklagt, die ihre Praxistauglichkeit in Frage stellen. Schon die Verfahrenslänge<sup>76</sup> (mit sich evtl. anschließender Überprüfung) stellt sich als Problem dar, wenn beispielsweise kurzfristig und für einen überschaubaren Zeitraum ein IT-Experte für eine drängende Aufgabe gewonnen werden soll.<sup>77</sup> Abgesehen von verschiedenen verfahrenstechnischen Unzulänglichkeiten wird - nicht zu Unrecht - sehr grundsätzliche Kritik an der Konzeption des Verfahrens geübt. So führt beispielsweise *Berchtold* im renommierten Kommentar zum Sozialrecht aus:<sup>78</sup> Sie (scil.: die Norm des § 7a SGB IV) verfehlt ... die rechtspolitisch verfolgten Ziele der schnellen, einheitlichen und unkomplizierten Entscheidung. Zudem bereitet die Konkurrenz der drei genannten Verfahrensarten nicht unerhebliche Probleme. Die dennoch verbreitete Empfehlung zur Durchführung des Anfrageverfahrens wird nach der Erfahrung des Autors durch die Praxis nicht gerechtfertigt. Die Handhabung der Statusfeststellung durch die DRV Bund ist vielmehr ... ins Gerede gekommen. Die Entscheidungsfindung ist –

---

<sup>74</sup> *Mette*, NZS 2015, 721 (722); *Körner*, NZA 2019, 278; indirekt auch BGH 7. 10. 2009 - 1 StR 478/09, NStZ 2010, 337; entgegengesetzt hingegen Kommentar zum Sozialrecht/*Berchtold*, § 7a SGB IV Rn. 1a.

<sup>75</sup> *Schlegel/Geiger*, NJW 2020, 16 (21);

<sup>76</sup> Die durchschnittliche Laufzeit eines Statusfeststellungsverfahrens betrug im Jahr 2017 84 Tage beim optionalen Anfrageverfahren und ca. 35 Tage beim obligatorischen Anfrageverfahren nach Abs. 1 S. 2 (BT-Drs. 19/749, 4). Widerspruchs- und Klageverfahren sind hier noch nicht eingerechnet.

<sup>77</sup> *Günther/Böglmüller*, NZA 2019, 417 (419).

<sup>78</sup> Kommentar zum Sozialrecht/*Berchtold*, § 7a SGB IV Rn. 1a.

bisweilen – kaum nachvollziehbar...“<sup>79</sup> Ähnlich sehen das *Becker* und *Hennecke*.<sup>80</sup> „In der Praxis offenbaren sich allerdings eklatante Schwächen. (...) Sowohl Rechtsprechung als auch Literatur sehen das Ergebnis der gerichtlichen Entscheidung als kaum prognostizierbar an. Selbst Gerichte führen aus, dass sich mit den floskelhaften Begriffshülsen des BSG nahezu jedes beliebige (gewollte) Ergebnis begründen lasse. Wenn schon die Gerichte keine verlässlichen und vorhersehbaren Entscheidungen treffen können, so muss dies für die DRV umso mehr gelten. Die Prüfung erfolgt hier naturgemäß nicht im selben Umfang wie vor Gericht, was z.B. durch die Verwendung von Textbausteinen deutlich wird. Hinzu kommt, dass man bei der DRV ein Eigeninteresse an Beitragszahlungen vermuten kann. Dies verbunden mit dem Umstand, dass sich beliebige Ergebnisse begründen lassen, wirft die Frage auf, inwieweit das Statusfeststellungsverfahren, zumindest in seiner heutigen Form, zu sinnvollen Ergebnissen führen kann.“

Ob die Kritik in dieser Schärfe gerechtfertigt ist, mag hier dahin gestellt bleiben. Dass das Anfrageverfahren in seiner derzeitigen Ausgestaltung nur einen beschränkten Beitrag zu einer „schnellen und unkomplizierten Klärung der Statusfrage“ leistet, dürfte außer Frage stehen. Auch der Koalitionsvertrag hat die Ertüchtigung des Anfrageverfahrens auf die Agenda gesetzt: „Das Statusfeststellungsverfahren für Selbstständige wollen wir vereinfachen und zwischen den unterschiedlichen Zweigen der Sozialversicherung widerspruchsfrei ausgestalten.“<sup>81</sup> Das ist uneingeschränkt zu begrüßen. Eine Stärkung der Rechtssicherheit *de lege lata* wird man sich hingegen - so die Hypothese dieses Rechtsgutachtens - eher durch eine Schärfung des Arbeitnehmerbegriffs (§ 611a BGB) und die Klärung seines Verhältnisses zum Begriff des Beschäftigten (§ 7 SGB IV) erhoffen dürfen.

---

<sup>79</sup> Ähnlich die Einschätzung von *Plagemann*, FD-SozVR 2015, 373217. Das SG Lüneburg 17.08.2015 - S 1 R 446/12, BeckRS 2015, 71559 stellt sogar fest: „Bei einer derartig methodisch intransparenten Vorgehensweise sind sozialgerichtliche Verfahren vorprogrammiert, was wiederum - unabhängig vom Verfahrensausgang - Anlass zur Überprüfung geben kann, ob die Verfahrenskosten zumindest zum Teil nach dem Veranlassungsprinzip der Beklagten aufzuerlegen sind.“

<sup>80</sup> *Becker/Hennecke*, BB 2019, 820 f.

<sup>81</sup> Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom 7.2.2018, S. 42 Zeilen 1844-1846.

## **G. Anmerkungen zur Unterscheidung von Selbständigerarbeit und abhängiger Beschäftigung in Grenzfällen**

In der Praxis ist eine erhebliche Unsicherheit zu konstatieren, in welchen Fällen noch von echter Selbständigkeit ausgegangen werden darf. Die Abgrenzungsproblematik wird die Praxis auf der Grundlage der derzeitigen Gesetzeslage und der sich abzeichnenden Veränderungen der Arbeitswelt auch in Zukunft vor große Herausforderungen stellen. Nachstehend sollen einige Gedanken formuliert werden, die der Rechtsunsicherheit und dem Risiko fehlerhafter Statusbeurteilungen entgegenwirken könnten. Diese gehen zunächst vom geltenden Recht aus.

### **I. Plädoyer für eine einheitliche, arbeitsrechtsakzessorische Statusbeurteilung**

Klärungsbedürftig erscheint zunächst die Frage, ob der arbeitsrechtliche Arbeitnehmerbegriff, wie er nunmehr in § 611a BGB seinen Niederschlag gefunden hat, und der Beschäftigtenbegriff des § 7 Abs. 1 SGB IV denselben Inhalt haben oder ob ihnen ein jeweils eigenständiger Bedeutungsgehalt zu entnehmen ist.

#### **1. Auslegung des § 7 SGB IV**

Da die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts den Kreis der von § 7 Abs. 1 SGB IV erfassten Beschäftigten zumindest punktuell weiter zieht als dies dem herkömmlichen arbeitsrechtlichen Verständnis entspricht und dabei auch die Kriterien unterschiedlich gewichtet, muss vor allem bei § 7 Abs. 1 SGB IV angesetzt werden. Es gilt kritisch zu hinterfragen, ob die Prämisse des Bundessozialgerichts, der Arbeitnehmer- und der Beschäftigtenbegriff seien nicht deckungsgleich, stimmt. Dies ist im Wege der Auslegung der einschlägigen Vorschriften, insbesondere des § 7 Abs. 1 SGB IV zu ermitteln.

##### **a) Wortlaut des § 7 SGB IV**

Nimmt man zunächst den Wortlaut des § 7 SGB IV in den Blick, so fällt auf, dass der Gesetzgeber im Sozialversicherungsrecht zumindest terminologisch eigene Wege geht. Der maßgebliche Begriff ist hier derjenige der „Beschäftigung“, was auf eine Emanzipation vom Begriff des Arbeitsverhältnisses und des Arbeitnehmers hindeuten könnte. Auf der anderen Seite wird durch die Formulierung „insbesondere in einem Arbeitsverhältnis“ der enge Anschluss an das Arbeitsrecht hergestellt.<sup>82</sup> Der Begriff der Beschäftigung könnte auch als rechtstechnischer Oberbegriff zu verstehen sein, mit dem der Gesetzgeber den Kreis der einbezogenen Personen - aufbauend auf dem Arbeitnehmerbegriff - um einige im weiteren Verlauf explizit genannte Personengruppen erweitert. So führt § 7 SGB IV schon in seinen weiteren Absätzen Personengruppen auf, die ebenfalls als Beschäftigte gelten, jedoch nicht ohne weiteres als Arbeitnehmer qualifiziert werden könnten. Dass der Begriff des Beschäftigten als rechtstechnischer Oberbegriff dienen soll, der den Anwendungsbereich des Gesetzes für weitere definierte Fälle offen halten soll, zeigt übrigens § 6 AGG, der ebenfalls von Beschäftigten spricht und damit neben Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen auch weitere Personengruppen einbezieht (z.B. Bewerber und Bewerberinnen), die ebenfalls vor Diskriminierungen geschützt werden sollen. Letztlich lässt sich dem Wortlaut des § 7 SGB IV damit kein tragfähiger Hinweis auf das Verständnis des Beschäftigtenbegriffs entnehmen.

## **b) Entstehungsgeschichte des Beschäftigtenbegriffs im Sozialversicherungsrecht**

Näheren Aufschluss könnte demgegenüber die Entstehungsgeschichte des Beschäftigtenbegriffs geben.

---

<sup>82</sup> *Stindt*, NZS 2018, 481 (483) entnimmt dem Wortlaut ebenfalls die Verknüpfung von Sozialrecht und Arbeitsrecht. Es komme im Wortlaut die Identität der in Bezug genommenen Begriffe zum Ausdruck.

## **(1) Gesetz betreffend die Invaliditäts- und Altersversicherung (1889)**

Der Begriff des „Beschäftigten“ geht historisch betrachtet auf die Bismarck’schen Sozialversicherungsgesetze zurück. Im Gesetz betreffend die Invaliditäts- und Altersversicherung aus dem Jahre 1889<sup>83</sup> heißt es in § 1:

„Nach Maßgabe der Bestimmungen dieses Gesetzes werden vom vollendeten sechszehnten Lebensjahre ab versichert:

1. Personen, welche als Arbeiter, Gehülfen, Gesellen, Lehrlinge oder Dienstboten gegen Lohn oder Gehalt beschäftigt werden ...“

Das Gesetz wollte damit - wie es ein zeitgenössischer Kommentator<sup>84</sup> unter Bezugnahme auf die Gesetzesbegründung ausdrückte - „die Invaliditäts- und Altersversicherung auf alle Klassen der gegen Lohn arbeitenden Personen des Arbeiterstandes ... ausdehnen.“ Erforderlich sei allein, „gegen Gehalt oder Lohn als Person des Arbeitstandes beschäftigt zu werden.“ Der Kommentator verstand unter „Beschäftigtwerden“ - sicherlich im Einklang mit den damals herrschenden Anschauungen - „die Beschäftigung in unselbständiger Stellung.“

Das Reichsversicherungsamt als oberste Aufsichts- und Spruchbehörde für die Sozialversicherung im Deutschen Reich, aber auch das 1924 geschaffene Reichsarbeitsgericht sind - worauf *Hromadka* jüngst nochmals aufmerksam gemacht hat,<sup>85</sup> stets davon ausgegangen, dass mit Beschäftigten und den nach der Wende zum 20. Jahrhundert so genannten Arbeitnehmern dieselben Personen gemeint waren.

## **(2) Reichsversicherungsordnung (1911)**

Ein großer vereinheitlichender Rechtsakt auf Reichsebene war das Inkrafttreten der Reichsversicherungsordnung vom 19. Juli 1911. Es war bis 1992 gleichsam das Kernstück des deutschen Sozialrechts. In ihr waren das Recht der Arbeiterkrankenversicherung, das Unfallversicherungsrecht sowie das Invaliditäts- und Altersversicherungsrecht

---

<sup>83</sup> RGBI 1889, 97.

<sup>84</sup> *Gebhard*, § 1 IAVG Anm. 4.

<sup>85</sup> *Hromadka*, Editorial in NZA Heft 6/2020; vertiefend bereits zuvor *Hromadka*, NZA 1997, 569 (572 f.)

in einem Regelwerk zusammengefasst. Der Kreis der versicherungspflichtigen Personen war damals noch nicht vor die Klammer gezogen. Für die Krankenversicherung galt beispielsweise § 165 RVO. Hiernach waren für den Fall der Krankheit versichert:

„1. Arbeiter, Gehilfen, Gesellen, Lehrlinge, Dienstboten“. Weitere Personengruppen kamen in den nachfolgenden Ziffern noch dazu. Nach dieser Aufzählung findet sich der Satz: „Voraussetzung der Versicherung ist für die in Absatz 1 ... Bezeichneten ..., daß sie gegen Entgelt (§ 160) beschäftigt sind.“ (Hervorhebungen vom Verf.)

Der maßgebliche Kommentar von *Stier-Somlo*<sup>86</sup> stellt in diesem Zusammenhang heraus, dass es um „Arbeitnehmer“, aber auch um „Beschäftigte“ geht, womit „wirtschaftlich unselbständige Personen“ gemeint sind, „also auch Heimarbeiter, nicht aber selbständige Personen“. Weiter heißt es in der Kommentierung: „Dem Arbeiter steht der Arbeitgeber gegenüber.“ Sodann liest man bei *Stier-Somlo*:<sup>87</sup> „Unter einem solchen (scil.: Beschäftigungsverhältnis) ist zu verstehen die Übereinstimmung zwischen Arbeiter und Arbeitgeber über das Zur-Verfügungstellen der Arbeitsleistung und Annahme dieser Bereitwilligkeit.“ Man erkennt, dass der Beschäftigtenbegriff von Beginn an aufs Engste mit demjenigen des Arbeitnehmers verknüpft war. Es ging im Kern um eine Arbeiter-, also Arbeitnehmersversicherung. Die historische Ausgangssituation verdeutlicht zudem, dass der Begriff der Beschäftigung lediglich eine Ausweitung um enumerativ aufgeführte Personengruppen anzeigen und gewisse Modifikationen in sich aufnehmen sollte. Keinesfalls war damit aber eine inhaltliche Abkoppelung vom Begriff des Arbeitnehmers im Sinne einer begrifflichen Verselbständigung gemeint.

### **(3) Sozialgesetzbuch - Gemeinsame Vorschriften (1976)**

Eine weitere Zäsur stellte sodann das Sozialgesetzbuch - Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung vom 23.12.1976 dar.<sup>88</sup> In § 2 Abs. 2 dieses Gesetzeswerks war der versicherte Personenkreis nunmehr weitgehend vor die Klammer gezogen worden und für alle Zweige der Sozialversicherung wie folgt beschrieben:

---

<sup>86</sup> *Stier-Somlo*, § 165 RVO Anm. 5.

<sup>87</sup> *Stier-Somlo*, § 165 RVO Anm. 24.

<sup>88</sup> BGBl. I (1976), S. 3845.

„In allen Zweigen der Sozialversicherung sind nach Maßgabe der besonderen Vorschriften für die einzelnen Versicherungszweige versichert:

1. Personen, die gegen Arbeitsentgelt oder zu ihrer Berufsausbildung beschäftigt sind.“

(Hervorhebung vom Verfasser)

Es folgen noch sechs weitere Ziffern, die näher definierte Personengruppen ebenfalls der Versicherung unterstellen.

Sodann sagte § 7 unter der Überschrift „Beschäftigung“ folgendes

„(1) Beschäftigung ist die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis.

(2) Als Beschäftigung gilt auch der Erwerb beruflicher Kenntnisse, Fertigkeiten und Erfahrungen im Rahmen betrieblicher Berufsbildung.“

Die Gesetzesbegründung zum damals neuen § 7 lautet wie folgt:

*„Absatz 1 bringt die notwendige und bisher fehlende Begriffsabgrenzung, ohne damit zugleich die Versicherungspflicht regeln zu wollen, da diese in der Regel noch weitere Tatbestandsmerkmale voraussetzt (z. B. Arbeitsentgelt). Die Vorschrift stellt zunächst klar, daß eine Beschäftigung dann vorliegt, wenn eine Arbeit unselbständig, d. h. mit dem Weisungsrecht eines Arbeitgebers ausgeübt wird. Darüber hinaus bestimmt sie, daß eine Beschäftigung stets dann anzunehmen ist, wenn nach arbeitsrechtlichen Grundsätzen ein Arbeitsverhältnis besteht; dabei kommt es nicht darauf an, ob ein wirksamer Arbeitsvertrag geschlossen worden ist oder ob es sich um ein sogenanntes faktisches Arbeitsverhältnis handelt. Wie nach geltendem Recht ist jedoch das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses mit dem Beschäftigungsverhältnis nicht vollkommen identisch; eine Beschäftigung im Sinne der Sozialversicherung kann auch bei arbeitnehmerähnlichen Tätigkeiten vorliegen (vgl. z. B. Absatz 2 und § 12 Abs. 2).“*

*Absatz 2 stellt in Übereinstimmung mit dem geltenden Recht fest, daß im Bereich der Sozialversicherung als Beschäftigung auch die Teilnahme an betrieblicher Berufsbildung im Sinne des § 1 Abs. 5 Berufsbildungsgesetz gilt.*<sup>89</sup>

Auch diese Textstellen zeigen, dass es nach dem Willen des Gesetzgebers für die Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses in erster Linie darauf ankommen soll, dass „nach arbeitsrechtlichen Grundsätzen ein Arbeitsverhältnis besteht“ und die unterschiedliche Terminologie nur dem Umstand geschuldet ist, dass die Vorschriften des SGB IV darüber hinaus punktuell einige weitere Rechtsverhältnisse den sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnissen zurechnen. Konkret werden unter Hinweis auf die damaligen Vorschriften des § 2 Abs. 2 und § 12 arbeitnehmerähnliche Tätigkeiten genannt. Die Formulierung, dass das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses mit einem Beschäftigungsverhältnis nicht vollkommen identisch sei, bezieht sich erkennbar nur auf diese im Gesetz schon angelegte Differenz. Ansonsten kam es den Verfassern ersichtlich darauf an, den Beschäftigtenbegriff am vorgefundenen Arbeitnehmerbegriff auszurichten. Es gibt insbesondere keine Hinweise dahingehend, dass die Rechtsprechung befugt sein könnte, im Sozialversicherungsrecht aufgrund besonderer Zielsetzungen (z.B. Sicherung eines möglichst hohen Beitragsaufkommens) eigene Wege zu beschreiten und sich vom Arbeitnehmerbegriff abzukoppeln.<sup>90</sup> Vielmehr ist *Hromadka* zuzustimmen, der die neuere Gesetzgebungsgeschichte wie folgt auf den Punkt bringt: „Im Laufe der Gesetzesentwicklung ist die Aufzählung der einzelnen Berufsgruppen verlorengegangen. Übrig blieb das Partizip ‘beschäftigt’, das zu einem Substantiv mutierte. Ohne den Kontext hatte es keine feste Kontur. Deshalb stellt der Gesetzgeber klar, dass es sich bei der Beschäftigung um eine nichtselbständige Arbeit handeln müsse.“<sup>91</sup>

---

<sup>89</sup> Gesetzentwurf der Bundesregierung BT-Drucks. 7/4122, S. 31.

<sup>90</sup> *Greiner* NZS 2009, 657 Fn. 19 entnimmt den Materialien, der Gesetzgeber sei mit § 7 Abs. 1 SGB IV davon ausgegangen, die Inkongruenz von Arbeits- und Beschäftigungsverhältnis beseitigt zu haben. Ebenso schon zuvor *Wank*, Arbeitnehmer und Selbständige, S. 339.

<sup>91</sup> *Hromadka*, Editorial NZA Heft 6/2020.

#### **(4) Die weitere Gesetzgebungsgeschichte**

Die weitere - durchaus wechselvolle - Geschichte des § 7 SGB IV<sup>92</sup> liefert keine weiteren Erkenntnisse, so dass es bei dem soeben formulierten Befund verbleibt. Erwähnenswert ist allenfalls, dass durch das Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit vom 20.12.1999<sup>93</sup> der auch heute noch geltende Satz 2 eingefügt wurde, wonach Anhaltspunkte für eine Beschäftigung eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers sind. Diese Formulierung knüpft an die damalige Standardformel des Bundesarbeitsgerichts an und unterstreicht die Bezogenheit auf den arbeitsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff. Eine Verbindungslinie führt hier zu dem auch in diese Legislaturperiode fallenden § 106 GewO,<sup>94</sup> der vom Weisungsrecht des Arbeitgebers handelt. In der Gesetzesbegründung zu § 106 GewO<sup>95</sup> heißt es, das Weisungsrecht des Arbeitgebers sei heute in Rechtsprechung und Literatur als wesentlicher Bestandteil des Arbeitsvertrages allgemein anerkannt. Nach alledem kann der Klarstellung des § 7 Abs. 1 S. 2 SGB IV keinesfalls eine Verschiebung des Bedeutungsgehalts der „Beschäftigung“ in Richtung sozialrechtlicher Eigenständigkeit entnommen werden.<sup>96</sup>

Vielmehr bleibt abschließend festzuhalten, dass die Entstehungsgeschichte des heutigen § 7 SGB IV eindeutig erkennen lässt, dass der Gesetzgeber stets von einem gemeinsamen Grundbegriff für das Arbeits- und das Sozialrecht ausgegangen war.<sup>97</sup>

#### **c) Systematische Auslegung unter Berücksichtigung verfassungsrechtlicher Vorgaben**

Im Rahmen der systematischen Auslegung soll der Blick über § 7 SGB IV hinaus auf korrespondierende Vorschriften, den Aspekt der Einheit der Rechtsordnung, aber auch auf ranghöheres Recht in Gestalt der Verfassung gelenkt werden.

---

<sup>92</sup> Hierzu BeckOK Sozialrecht/*Rittweger*, § 1 SGB IV Rn. 1 und Kassler Kommentar/*Zieglmeier*, § 1 SGB IV Rn. 1.

<sup>93</sup> BGBl. 2000 I, S. 2 ff.

<sup>94</sup> § 106 eingeführt mit Wirkung vom 1.1.2003 durch Gesetz vom 24.8.2002 (BGBl. I S. 3412).

<sup>95</sup> BT-Drucks. 14/8796.

<sup>96</sup> So auch *Stindt*, NZS 2018, 481 (483).

<sup>97</sup> In diesem Sinne auch *Wank*, AuR 2001, 291 (292).

## **(1) Abkoppelung durch Einführung des § 611a BGB?**

Fraglich ist zunächst, welche Bedeutung dem am 1.4.2017 in Kraft getretenen § 611a BGB im Auslegungsgeschehen zukommt. Diese Vorschrift enthält erstmals eine Legaldefinition des Arbeitsvertrags und damit auch des Arbeitsverhältnisses und des Arbeitnehmers. In der Kommentierung von *Rolfs* im Erfurter Kommentar finden wir hierzu die Aussage, der Auffassung, nach der § 7 SGB IV nicht nur den Beschäftigten-, sondern auch den Arbeitnehmerbegriff betreffen soll, ist zum 1.4.2017 durch § 611a BGB der Boden entzogen worden.<sup>98</sup> Dass § 7 SGB IV auf das Arbeitsrecht abstrahlt, ist nach hier vertretener Ansicht ohnehin fernliegend. Einer solchen Sichtweise stünde jetzt in der Tat die Kodifikation des Arbeitsvertragsbegriffs in § 611a BGB entgegen. Sehr viel naheliegender ist hingegen - schon von der historischen Entwicklung her gesehen - die Beeinflussung in umgekehrter Richtung.

Allerdings könnte der unterschiedliche Wortlaut des § 611a BGB und des § 7 Abs. 1 SGB IV und des § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG - es fehlt in § 611a BGB das Merkmal der Eingliederung - eher für eine vom Gesetzgeber anerkannte oder gar gewollte Selbständigkeit der Rechtsbegriffe des Arbeits- und des Beschäftigungsverhältnisses sprechen. Auch heißt es in den Materialien „Soweit andere Rechtsvorschriften eine abweichende Definition des Arbeitnehmers, des Arbeitsvertrages oder des Arbeitsverhältnisses vorsehen, um einen engeren oder weiteren Geltungsbereich dieser Rechtsvorschriften festzulegen, bleiben diese unberührt.“<sup>99</sup> Eine (Neu-)Bestimmung des Verhältnisses des Arbeitnehmerbegriffs zum Begriff des Beschäftigten im Sinne der Selbständigkeit beider Rechtsfiguren kann man indes weder dem Inhalt des neuen § 611a BGB noch der beigegebenen Begründung entnehmen. Der Gesetzgeber wollte mit § 611a BGB keine eigenständige Neuregelung des Arbeitsvertrags herbeiführen, geschweige denn eine Aussage zum schwierigen Verhältnis zu § 7 SGB IV treffen. Es ging ihm lediglich um eine Kodifizierung der bisherigen Rechtsprechungsgrundsätze; eine Änderung in der Sache ist damit nicht erfolgt.<sup>100</sup> Diesen begrenzten Regelungsanspruch bringt die

---

<sup>98</sup> ErfK/*Rolfs*, § 7 SGB IV Rn. 2.

<sup>99</sup> BT-Drs. 18/9232, 31.

<sup>100</sup> BT-Drs. 18/9232, 31.

Gesetzesbegründung mit den Worten „andere Rechtsvorschriften ... bleiben unberührt“ zum Ausdruck. Auch die Nichtaufnahme des Merkmals der „Eingliederung“ in die Definition des Arbeitsvertrags ist indifferent. Die daraus resultierende Wortlautdivergenz ist zwar unbefriedigend. Richtiger Ansicht nach ist die Eingliederung allerdings weder im Arbeitsrecht noch im Sozialversicherungsrecht ein gleichrangig neben der Weisungsgebundenheit stehendes Kriterium.<sup>101</sup> Mit § 611a BGB hat der Gesetzgeber die Begrifflichkeiten mithin nicht von einander abgekoppelt.

## (2) Einheit der Rechtsordnung

Wichtige Aufschlüsse über den Normsinn können sich auch aus der systematischen Stellung der gesetzlichen Regelung, hier des § 7 SGB IV, in der Rechtsordnung insgesamt ergeben. Die Rechtsordnung ist dabei idealiter als Einheit, als ein System möglichst kohärenter Wertentscheidungen zu denken.<sup>102</sup> Daraus kann sich ein (systematisches) Argument zugunsten einer die Einheit wahren, also auf Widerspruchsfreiheit angelegten, Auslegung ergeben. Normwidersprüche hingegen untergraben die Glaubwürdigkeit des Rechtssystems. Die Rechtsordnung soll und darf nicht für denselben Sachverhalt gegensätzliche Rechtsfolgen anordnen. Diese maßgeblich auf *Karl Engisch*<sup>103</sup> zurückgehende Formel beschreibt zwar eher ein Ideal, ist aber als Maßstab, ob einer Entscheidung Fallgerechtigkeit zugesprochen werden kann, unverzichtbar.<sup>104</sup> Mit Blick auf die Verfassungsinterpretation hat das Bundesverfassungsgericht sogar betont: „Vornehmstes Interpretationsprinzip ist die Einheit der Verfassung als eines logisch-teleologischen Sinngebildes, weil das Wesen der Verfassung darin besteht, eine einheitliche Ordnung des politischen und gesellschaftlichen Lebens der staatlichen Gemeinschaft zu sein.“<sup>105</sup> Auch in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist dieser Topos weit verbreitet. So hat beispielsweise das Bundesarbeitsgericht entschieden, dass es „im Interesse der Einheit der Rechtsordnung“ geboten sei, „den Einfluss von rechtlichen Unterbrechungen des Arbeitsverhältnisses sowohl bei der gesetzlichen War-

<sup>101</sup> Vgl. hierzu noch unter G.II.3.b.

<sup>102</sup> *Kramer*, Juristische Methodenlehre, S. 99 f.

<sup>103</sup> *Engisch*, Die Einheit der Rechtsordnung; aus dem neueren überbordnenden Schrifttum statt vieler *Felix*, Einheit der Rechtsordnung; *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff.

<sup>104</sup> *Raisch*, Juristische Methoden, S. 134; ferner *Mettenheim*, Recht und Rationalität, S. 110: fruchtbare „Fiktion, dass der Gesetzgeber ein vernünftiges Wesen sei, das nach einem einheitlichen Plan handelt.“

<sup>105</sup> BVerfG 14. 12. 1965 - 1 BvR 413, 416/60, NJW 1966, 147 (148).

tezeit des § 1 Abs. 1 KSchG als auch bei der Berechnung der Kündigungsfrist nach § 622 Abs. 2 BGB gleich zu behandeln.“<sup>106</sup>

Ein Sachverhalt, der schwerlich divergente Deutungen der verwendeten Rechtsbegriffe erlaubt, ist die abhängige Beschäftigung, die nach § 7 Abs. 1 SGB IV zur Sozialversicherungspflichtigkeit und nach § 611a BGB zum Eingreifen der arbeitsrechtlichen Schutzgesetze führt. Dabei handelt es sich nicht nur historisch gesehen um „siamesische Zwillinge“,<sup>107</sup> sondern die heutige öffentliche Wahrnehmung erwartet hier zu Recht einen Gleichklang. Insbesondere vor dem Hintergrund der drastischen Folgen einer Rechtsformverfehlung würde es als Widerspruch empfunden, wenn das Sozialversicherungsrecht und das Arbeitsrecht zu unterschiedlichen Begriffsverständnissen gelangten, die wörtlich fast übereinstimmenden Rechtsbegriffe mithin unterschiedlich auslegen würden; dies zumal keine zwingende Rechtfertigung für ein solches Auseinandergehen erkennbar ist. Auch im Schrifttum ist auf diesen Aspekt bereits mehrfach hingewiesen worden. So schreibt *Zieglmeier* im Kasseler Kommentar: „Im Hinblick auf die Einheit der Rechtsordnung sollte sich die Definition des abhängigen Beschäftigungsverhältnisses an § 611a BGB orientieren.“<sup>108</sup> Und *Wank* schrieb schon vor knapp zwanzig Jahren: „Die Folge davon wäre, dass Arbeitsrecht und Sozialversicherungsrecht unterschiedliche Arbeitnehmerbegriffe hätten; die Einheit der Rechtsordnung, die der Gesetzgeber gerade herstellen wollte, wäre gefährdet.“<sup>109</sup>

### **(3) Verfassungsrechtlich begründete Auslegungsdirektiven**

Zur Rechtsordnung, die im Rahmen der systematischen Auslegung Beachtung verdient, gehört sodann das im Range über der jeweiligen Norm stehende Recht, hier das Verfassungsrecht. Dabei ist nicht nur jedwede Auslegung zu vermeiden, die die auszulegende Norm in Widerspruch zu einer höherrangigen Norm bringt; vielmehr ist darüber hinaus jede Norm so auszulegen, dass der Rechtsgehalt der höherrangigen Norm möglichst weitgehend zur Geltung gebracht werden kann.

---

<sup>106</sup> BAG 18. 9. 2003 - 2 AZR 330/02, NZA 2004, 319 (320).

<sup>107</sup> *Hanau/Peters-Lange*, NZA 1998, 785; dies aufgreifend *Preis*, NZA 2000, 914.

<sup>108</sup> Kasseler Kommentar/*Zieglmeier*, § 7 SGB IV Rn. 13.

<sup>109</sup> *Wank*, AuR 2001, 291 (292).

### **(a) Eingriffscharakter der Anordnung von Versicherungspflicht**

§ 7 SGB IV ist eine der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung bedürftige Norm. Denn die Auferlegung der Versicherungspflicht stellt einen Eingriff in die von Art. 2 Abs. 1 GG geschützte allgemeine Handlungsfreiheit dar.<sup>110</sup> Aus der Sicht des Unternehmers stellt die von Rechts wegen angeordnete und vom Richter nachvollzogene Qualifikation eines Vertragsverhältnisses als Arbeitsverhältnis und damit zugleich als sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis zugleich einen Eingriff in seine durch Art. 2 Abs. 1, 12 und 14 GG grundrechtlich geschützte Unternehmerfreiheit dar.<sup>111</sup> Denn zu ihr gehört grundsätzlich das Recht des Unternehmers, sein Unternehmen aufzugeben, selbst darüber zu entscheiden, welche Größenordnung es haben soll und festzulegen, ob bestimmte Arbeiten (weiter) im Betrieb ausgeführt werden oder ob diese Aufgaben freien Mitarbeitern übertragen werden sollen.

Für die Rechtfertigung dieses Eingriffs beruft man sich im Allgemeinen in erster Linie auf das im Sozialstaatsprinzip wurzelnde Anliegen, den Einzelnen vor den Wechselfällen des Lebens zu schützen. Später ist dann noch der Schutz der Allgemeinheit vor mangelnder Risikovorsorge des Einzelnen hinzugekommen.<sup>112</sup> Anerkanntermaßen kommt es für die Begründung der Versicherungspflicht nicht auf die individuelle Schutzbedürftigkeit des Individuums an; seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse dürfen unberücksichtigt bleiben.<sup>113</sup> In der Entscheidung zur Aufhebung der Jahresarbeitsverdienstgrenze hat das Bundesverfassungsgericht<sup>114</sup> dem Gesetzgeber zudem einen beachtlichen Gestaltungsspielraum zugebilligt. Allein die Fähigkeit höherverdienender Angestellter zu angemessener Eigenvorsorge lässt es verfassungsrechtlich noch nicht geboten erscheinen, sie aus der Sozialversicherungspflicht herauszunehmen. Dass das Interesse des Einzelnen an freier Entfaltung seiner Persönlichkeit zurückgestellt wird, sei auch deshalb gerechtfertigt, weil die Einbeziehung der höherverdienenden Angestellten eine Vergrößerung der Versichertengemeinschaft und damit eine breitere Verteilung des Risikos bewirke. Schließlich sei zu berücksichtigen, dass das Gewicht, das

<sup>110</sup> BVerfG 18.2.1998 - 1 BvR 1318–86 u. 1 BvR 1484–86, NJW 1998, 3109 (3110).

<sup>111</sup> Maunz/Dürig/Di Fabio, Art. 2 Abs. 1 GG Rn. 126.

<sup>112</sup> Brose, NZS 2017, 7 f.

<sup>113</sup> BSG 12.10.2000 - B 12 RA 2/99 R, BeckRS 2001, 40138; Schlegel, NZA-Beil. 2016, 13.

<sup>114</sup> BVerfG 14.10.1970 - 1 BvR 307/68, BVerfGE 29, 221.

dem Eingriff durch die Zwangsversicherung zukomme, durch die Beitragsbemessungsgrenze gemindert werde. Außerdem dürften die Vorteile für die Betroffenen nicht ausgeblendet werden, die die Nachteile zumindest teilweise kompensieren.

Festhalten lässt sich, dass die Einbeziehung rechtfertigungsbedürftig aber auch -fähig ist, wenn sie auf einer klaren gesetzlichen Grundlage erfolgt. Wohl aber stehen der Gesetzgeber und die rechtsanwendenden Instanzen in der Pflicht, die Abgrenzung sachgerecht, vorhersehbar und an der typisierten Schutzbedürftigkeit ausgerichtet vorzunehmen. Das spricht im Auslegungsgeschehen eher für eine restriktive Auslegung des Beschäftigtenbegriffs, mithin gegen eine Ausdehnung über den von § 611a BGB erfassten Personenkreis. Der Präsident des Bundessozialgerichts, *Rainer Schlegel*, bringt diesen Gedanken wie folgt zum Ausdruck: „Die Begründung von Versicherungspflicht im Wege der Analogie scheidet im Hinblick auf den genannten Eingriffscharakter aus. Die Versicherungspflicht muss klar geregelt und im Voraus erkennbar sein. Regelungen, die in Zweifelsfällen (*non liquet*) zu Versicherungs- und Beitragspflicht gelangen, sehen sich dem Risiko ausgesetzt, die verfassungsrechtliche Tragweite des Art. 2 Abs. 1 GG zu verkennen.“<sup>115</sup>

## **(b) Bestimmtheitsgrundsatz**

Die Regelung des § 7 SGB IV in der Auslegung durch das Bundessozialgericht muss sich des Weiteren am verfassungsrechtlich begründeten Bestimmtheitsgrundsatz messen lassen. Als Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips (Art. 20 GG) geht es um die Verpflichtung des Gesetzgebers, das von ihm gesetzte Recht inhaltlich so klar und präzise zu formulieren, dass die Normunterworfenen erkennen können, was von ihnen gefordert wird, dass das staatliche Verhalten voraussehbar und berechenbar ist und die Betroffenen sich darauf einstellen können.<sup>116</sup> Das allgemeine Bestimmtheitsgebot bezieht sich dabei auf die Gesamtheit der für eine bestimmte Frage relevanten Rechtsvorschriften.

---

<sup>115</sup> *Schlegel*, NZA-Beil. 2016, 3; ähnlich *Kasseler Kommentar/Ziegemeier*, § 7 SGB IV Rn. 19, der aus diesem Befund eine grundrechtsschonende Auslegung ableitet mit der Folge, dass im Zweifel das Vorliegen abhängiger Beschäftigung abgelehnt werden sollte.

<sup>116</sup> BVerfG 20.06.2012 - 2 BvR 1048/11, BVerfGE 131, 268 (309 f.); *Maurer*, Staatsrecht, § 8 Rn. 47; *Maunz/Dürig/Grzeszick*, Art. 20 GG VII Rn. 58.

ten;<sup>117</sup> das wären im hier interessierenden Bereich die Vorschriften des § 611a BGB und des § 7 SGB IV und insbesondere ihr Zusammenspiel. Da es sich bei Auferlegung der Sozialversicherungspflicht - wie oben ausgeführt - um einen durchaus intensiven Grundrechtseingriff handelt, wird man die Anforderungen nicht zu niedrig ansetzen dürfen. Denn diese wachsen nach der Rechtsprechung mit der Intensität der Einwirkungen auf die Regelungsadressaten, insbesondere mit der Intensität des Grundrechtseingriffs.<sup>118</sup> Auf der anderen Seite müssen Rechtsvorschriften nur so genau gefasst werden, „wie dies nach der Eigenart der zu ordnenden Lebenssachverhalte mit Rücksicht auf den Normzweck möglich ist.“<sup>119</sup>

Im Hinblick auf den hier interessierenden Untersuchungsgegenstand fällt ein Beschluss der Zweiten Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 1996 ins Auge.<sup>120</sup> Die Kammer vermochte damals eine verfassungsrechtlich bedenkliche Unbestimmtheit des § 7 SGB IV nicht festzustellen. Gewisse Unsicherheiten und auch eine dem jeweiligen Rechtsgebiet spezifische unterschiedliche Auslegung bestimmter Vorschriften durch die Gerichte verschiedener Instanzen und verschiedener Gerichtszweige sei jeder Auslegung von Rechtsvorschriften immanent. Auch bei der Auslegung und Anwendung einer Bestimmung wie derjenigen des § 7 SGB IV sei angesichts der Vielzahl denkbarer Fallkonstellationen eine eindeutige Vorhersehbarkeit des Ergebnisses ausgeschlossen. Probleme bereiteten insoweit allerdings nicht die eindeutigen Fallkonstellationen, sondern die Rand- und Übergangsbereiche. Insbesondere der Rechtsfigur des Typus sei es zu verdanken, dass die Vorschriften über die Versicherungs- und Beitragspflicht mit ihrer Konkretisierung durch Rechtsprechung und Literatur ihren Regelungszweck erfüllten.

Der damalige Kammerbeschluss (es handelt sich also nicht etwa um eine Plenumsentscheidung des Senats) begutachtete die Rechtslage allerdings unter einem eingeschränkten Blickwinkel. Vor allem wurden damals nicht die aus dem Zusammenspiel mit Vorschriften aus anderen Rechtsgebieten resultierenden Unsicherheiten in den Blick

---

<sup>117</sup> Jarass in: Jarass/Pieroth, Art. 20 GG Rn. 82.

<sup>118</sup> BVerfG 22.11.2000 - 1 BvR 2307/94, 1 BvR 1120/95, 1 BvR 1408/95, 1 BvR 2460/95, 1 BvR 2471/95, BVerfGE 102, 254 (337); BVerfG 4.6.2012 - 2 BvL 9/08, 2 BvL 10/08, 2 BvL 11/08, 2 BvL 12/08, BVerfGE 131, 88 (123).

<sup>119</sup> BVerfG 24.4.2013 - 1 BvR 1215/07, BVerfGE 133, 277 Rn. 181; BVerfG 7.5.2001 - 2 BvK 1/00 BVerfGE 103, 332 (384).

<sup>120</sup> BVerfG 20.5.1996 - 1 BvR 21/96, NZA 1996, 1063.

genommen. Im Hinblick auf den arbeitsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff war das eventuell auch nicht geboten, da sich die Emanzipationstendenzen beim sozialversicherungsrechtlichen Beschäftigungsbegriff erst in der Folgezeit offenbarten. Abgesehen davon kommt in der Kammerentscheidung die Verbindungslinie zum Strafrecht nicht zur Sprache. Strafrechtliche Vorschriften - wie etwa § 266a StGB - knüpfen an die sozialversicherungsrechtlich begründete Beitragspflicht an. Insofern gilt ein deutlich verschärfter Bestimmtheitsmaßstab (Art. 103 Abs. 2 GG). Der Gesetzgeber ist verpflichtet, „die Voraussetzungen der Strafbarkeit so konkret zu umzuschreiben, dass Tragweite und Anwendungsbereich der Straftatbestände zu erkennen sind und sich durch Auslegung ermitteln lassen.“<sup>121</sup> Das wird man im Hinblick auf den für die strafrechtliche Beurteilung vorgreiflichen § 7 Abs. 1 SGB IV nicht uneingeschränkt bejahen können. Der Bundesgerichtshof begegnet diesem Dilemma in seiner neueren Rechtsprechung durch eine großzügige Annahme eines vorsatzausschließenden Tatbestandsirrtums.<sup>122</sup> Das Problem wurzelt indes in der Unbestimmtheit des § 7 Abs. 1 SGB IV. Dies wird auch im Schrifttum vielfach so gesehen. Bei *Berchtold* im Kommentar zum Sozialrecht lesen wir hierzu:<sup>123</sup>

*„Was sozialrechtlich zur vollständigen Erfassung der Schutzbedürftigen notwendig und deshalb auch in seinen belastenden Wirkungen hinnehmbar ist, begegnet im strafrechtlichen Kontext insbes. des § 266a StGB durchaus Bedenken. Die Norm stellt zwar nicht ausdrücklich auf das Vorliegen einer Beschäftigung ab, setzt aber in Abs. 1 und 2 notwendig einen Bezug des erfassten Geschehens zur Beschäftigtenversicherung (§ 28d) voraus und wird daher zurecht als „sozialrechtsakzessorisch“ angesehen. Zweifel an der Beachtung des strengen strafrechtlichen Bestimmtheitsgebots des Art. 103 Abs. 2 GG sind kaum von der Hand zu weisen. Dies gilt gleichermaßen hinsichtlich der Übernahme des aus sozialrechtsimmanenten Gründen nachgiebigen Tatbestandsmerkmals in einen gänzlich anderen Kontext wie erst recht hinsichtlich seiner vielfach nachlässigen bis verächtlichen Anwendung in der strafrechtlichen Praxis jedenfalls der Instanzgerichte. Das strikte Bestimmtheitsgebot verlangt indessen für strafrechtliche Normen, dass sie das Erlaubte klar vom Verbotenen abgrenzen; Tragweite und Anwendungsbereich des*

<sup>121</sup> BVerfG 11.11.1986 - 1 BvR 713/83 u.a. BVerfG 11.11.1986 - 1 BvR 713/83 u.a., BVerfGE 73, 206 (234 f.).

<sup>122</sup> BGH 24.9.2019 - 1 Str 346/18, NJW 2019, 3532

<sup>123</sup> Kommentar zum Sozialrecht/*Berchtold*, § 7 SGB IV Rn. 5b.

*Tatbestandes müssen für den Betroffenen klar erkennbar sein, sich zumindest durch Auslegung ermitteln lassen.“*

Auch wenn im Rahmen dieses Rechtsgutachtens kein endgültiges Urteil darüber formuliert werden soll, ob § 7 SGB IV in der Auslegung des Bundessozialgerichts noch den verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsanforderungen genügt, dürfte doch deutlich geworden sein, dass man sich hier zumindest im kritischen Grenzbereich bewegt. Vor diesem Hintergrund muss der Interpret alles daran setzen, die Kriterien zu schärfen. Dazu könnte auch gehören, dem Parteiwillen bei der Vertragstypenzuordnung stärkere Beachtung zu schenken.<sup>124</sup> Verbleiben im konkreten Einzelfall Zweifel, ob die Voraussetzungen des § 7 Abs. 1 SGB IV vorliegen, sollte das Vorliegen von abhängiger Beschäftigung verneint werden.<sup>125</sup> Vor allem aber müsste die Auslegung den Anschluss an den arbeitsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff suchen, denn die Zweigleisigkeit in diesem Punkt verstärkt die ohnehin schon bedenkliche Unbestimmtheit für die Rechtsunterworfenen in besonderem Maße.<sup>126</sup>

#### **d) Teleologische Auslegung**

##### **(1) Primärer Schutzzweck des Beschäftigtenbegriffs: Typisierung nach Schutzbedürftigkeit**

Die teleologische Deutung des Beschäftigtenbegriffs ist auch heute noch auf engste mit der sozialpolitischen Leitentscheidung des historischen Gesetzgebers, den Schutz der von der Industrialisierung nachteilig betroffenen Arbeitnehmerschaft zum bevorzugten Gegenstand der Sozialversicherung zu machen, verbunden.<sup>127</sup> Dem Beschäftigtenbegriff obliegt es in erster Linie, den Kreis der sozial schutzbedürftigen Personen typisierend abzugrenzen. Die moderne Gesetzgebung basiert auch heute noch auf der Grund-

---

<sup>124</sup> So zutreffend *Uffmann*, ZfA 2012, 1 (35).

<sup>125</sup> So zutreffend *Kasseler Kommentar/Zieglmeier*, § 7 SGB IV Rn. 19 unter Bezugnahme auf die Bestimmtheitsanforderungen; ebenso *Personalbuch/Schlegel*, Arbeitnehmer Rn. 58.

<sup>126</sup> *Kunz*, in: *Henssler/Grau*, Arbeitnehmerüberlassung, Solo-Selbstständige und Werkverträge, § 4 Rn. 2: „Wegen der fehlenden Abstimmung entstehen in der Praxis immense Kostenrisiken und Rechtsunsicherheiten, ...“.

<sup>127</sup> *Kommentar zum Sozialrecht/Berchtold*, § 7 SGB IV Rn. 3.

idee, dass die Schutzbedürftigkeit allein in der entsprechenden Gruppenzugehörigkeit hinreichenden Ausdruck findet. Die Situation des Industriearbeiters und der ihm vergleichbar Schutzbedürftigen findet ihren spezifischen Ausdruck in der Erbringung persönlich abhängiger Erwerbsarbeit an einen Arbeitgeber im sozialversicherungsrechtlichen Sinn, also regelmäßig denjenigen, zu dem der Beschäftigte in einem persönlichen Abhängigkeitsverhältnis steht.<sup>128</sup> Darauf, ob der Einzelne (der Beschäftigte oder Selbständige) aufgrund seiner sonstigen Einkommens- und Vermögensverhältnisse individuell schutzbedürftig ist, kommt es - wie im Arbeitsrecht - bei den generalisierenden und typisierenden Regelungen der Sozialversicherung nicht an.<sup>129</sup> Auch wenn der Gesetzgeber in neuerer Zeit die Sozialversicherung punktuell zugunsten von Selbständigen geöffnet hat, so erfolgte dies doch immer vor dem Hintergrund, dass die betreffenden Personengruppen unter dem Aspekt der Schutzbedürftigkeit den Arbeitnehmern nicht fern standen.<sup>130</sup> Die „Arbeitnehmerzentrierung der Sozialversicherung“ bleibt nach alledem nicht nur „das charakteristische Merkmal bis zur Gegenwart“,<sup>131</sup> es ist auch immer noch die Grundlage der typisierenden Absteckung des versicherungspflichtigen Personenkreises nach Schutzbedürftigkeitsgesichtspunkten. Auch das spricht für einen grundsätzlichen Gleichklang von Arbeitnehmer- und Beschäftigtenbegriff und darüber hinaus für eine maßstabsetzende Funktion des Arbeitnehmerbegriffs, dem der Primat zukommen sollte.

## (2) Folgenbetrachtung

Eine an Sinn und Zweck der Norm ausgerichtete Auslegung wird auch die voraussichtlichen praktischen Konsequenzen, also die antizipierten realen Auswirkungen einer bestimmten Auslegungsvariante nicht aus dem Entscheidungsprozess ausblenden dürfen.<sup>132</sup> Dabei wird es vorliegend weniger um die empirisch beschreibbaren Realfolgen, sondern um die Rechtsfolgen der jeweiligen Deutungsvarianten gehen. Diese Art der

<sup>128</sup> Kommentar zum Sozialrecht/*Berchtold*, § 7 SGB IV Rn. 3.

<sup>129</sup> So *Schlegel*, NZA Beilage 2016, 13.

<sup>130</sup> *Fuchs/Preis*, Sozialversicherungsrecht, § 4 S. 27.

<sup>131</sup> *Fuchs/Preis*, Sozialversicherungsrecht, § 4 S. 27.

<sup>132</sup> Vgl. statt vieler *Wank*, Auslegung von Gesetzen, S. 72: „Der Interpret hat auch die Aufgabe festzustellen, welche Auslegung welche sozialen Folgen hervorrufen würde...“. *Rüthers/Fischer*, Rechtstheorie, § 7 Rn. 330 sprechen von einem „Folgenabwägungsgebot bei der Aufstellung dogmatischer Begriffe und Grundsätze“. Sodann heißt es: „Die vorhersehbaren Folgen des Gestaltungsprozesses können nicht außer acht bleiben.“ Zur folgenorientierten Auslegung bei der statusrechtlichen Einordnung eines Beschäftigungsverhältnisses auch *Martina*, CR 2019, 339 Rn. 17 ff.

Folgenorientierung stellt sich als eine Kontrollinstanz im Rahmen der teleologischen Auslegung dar. Die Auswirkungen müssen also – je nachdem ob sie als erwünscht oder unerwünscht qualifiziert werden - als vom Normzweck umfasst oder dem Normzweck widersprechend betrachtet werden.

Die Folgen der beschriebenen Emanzipation des sozialversicherungsrechtlichen Beschäftigtenbegriffs vom arbeitsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff äußern sich in einer gravierenden Risikoerhöhung für die Vertragsparteien, allen voran für den Dienstgeber/Arbeitgeber. Schon auf der Grundlage der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung lässt sich die Frage, ob beim Einsatz externen Fremdpersonals die Grenze zur abhängigen Beschäftigung überschritten ist, oftmals nur schwer beantworten. Dieses ohnehin schon an der Grenze des rechtsstaatlich Zulässigen angesiedelte Risiko einer Rechtsformverfehlung wird nunmehr durch die divergierenden Rechtsprechungslinien des Bundesarbeitsgerichts und des Bundessozialgerichts noch weiter verschärft. Gerade das Beispiel der Honorarärzte, aber auch die erkennbare Neigung der Deutschen Rentenversicherung (Bund), externe IT-Experten als sozialversicherungspflichtige Beschäftigte einzustufen, zeigt deutlich, dass hier eine fatale Rechtszersplitterung droht. Der Rechtsunterworfenen wird der Gefahr ausgesetzt, dass zwar das Arbeitsgericht die Einordnung als Selbständigenarbeit teilt, das Sozialgericht hingegen den Kreis der Beschäftigten weiterzieht und für das Sozialversicherungsrecht zum gegenteiligen Ergebnis gelangt. Die Folgen sind für den dienstgebenden Unternehmer fatal, es drohen nicht nur existenzielle Nachforderungen vorenthaltener Sozialversicherungsabgaben und Steuernachforderungen. Auch die Strafbarkeit nach § 266a StGB wegen Vorenthaltung von Beiträgen zur Sozialversicherung droht, knüpft doch dieser Tatbestand an die sozialversicherungsrechtliche Stellung der Beteiligten an.

Eine weitere bedenkliche Konsequenz der weit ausgreifenden, sich von arbeitsrechtlichen Kriterien der Statusbeurteilung ablösenden Rechtsprechung des Bundessozialgerichts liegt im Übrigen darin, dass ökonomisch passendere, selbständige Vertragsmodelle tendenziell verhindert werden. Das Arbeits- und Sozialversicherungsrecht sollte sich demgegenüber auch der innovationsermöglichenden Steuerungsfunktion des Rechts verpflichtet fühlen.<sup>133</sup> Die spezifische Unsicherheit, die aus der Emanzipation der sozialgerichtlichen Rechtsprechung vom Begriff des Arbeitnehmers resultiert, äu-

---

<sup>133</sup> Uffmann, NZA 2018, 265 (268).

ßert sich nicht nur in aufwändigen und kostenträchtigen internen Compliance-Prüfungen sämtlicher Einzelverträge; sie wird in der Praxis vor allem dazu führen, von neueren Modellen des Personaleinsatzes eher Abstand zu nehmen.<sup>134</sup> Das durch die Digitalisierung und Globalisierung herausgeforderte Recht zwingt die Praxis weiterhin in die überkommenen Formen, wirkt mithin tendenziell innovationshemmend. Gerade beim Einsatz hochqualifizierten Fremdpersonals, wie etwa den externen IT-Spezialisten, ist diese bedenkliche Fehlsteuerung geradezu ein Standortnachteil.

Von daher verwundert es nicht, dass in der Literatur zahlreiche eindringliche Appelle formuliert worden sind, die Einheitlichkeit von Beschäftigten- und Arbeitnehmerbegriff nicht aufzugeben bzw. wiederzustellen.<sup>135</sup> Zu Recht wird auf die negativen Folgen divergenter Rechtsprechung in diesem Punkt verwiesen.

## 2. Fazit

Die Auslegung der Vorschrift des § 7 Abs. 1 SGB IV, die über den Begriff des Beschäftigungsverhältnisses die Grundlage für die Sozialversicherungspflichtigkeit schafft, hat ergeben, dass maßgebend und prägend für das richtige Verständnis der arbeitsrechtliche Arbeitnehmerbegriff ist, wie er zuletzt in § 611a BGB seinen Niederschlag gefunden hat. Der Beschäftigtenbegriff ist nicht nur historisch aufs Engste an den Arbeitnehmerstatus geknüpft. Auch heute noch sprechen die Systematik, und hier insbesondere verfassungsrechtliche Direktiven, aber auch die Teleologie des § 7 SGB IV für ein einheitliches, im Arbeitnehmerbegriff gründendes Begriffsverständnis. Die abweichende Terminologie des § 7 Abs. 1 SGB IV soll mithin lediglich signalisieren, dass die Sozialversicherungspflichtigkeit um einige explizit aufgezählte Personengruppen erweitert wird, die aufgrund ihrer Schutzbedürftigkeit zu den in einem Arbeitsverhältnis stehenden Arbeitnehmern hinzukommen. Auch von weiten Teilen des Schrifttums wird diese Einschätzung geteilt. So konstatiert *Preis*: „Es wird jetzt darum gehen, um ein möglichst einheit-

---

<sup>134</sup> *Bertz*, NJW-Spezial 2019, 754: „Den potenziellen Dienstgebern wird es ... erschwert, ihre Dienste am Markt anzubieten.“

<sup>135</sup> *Hanau*, NZA 2019, 1552 (1553); *Hromadka*, Editorial 6/2020: „Angesichts der gravierenden Folgen für die betroffenen Dienstleister kann man sich nur wünschen, dass arbeits- und sozialgerichtliche Rechtsprechung eines Tages wieder zueinander finden.“; *Greiner*, NZS 2009, 657 663 („Plädoyer für einen einheitlichen Arbeitnehmer- und Beschäftigtenbegriff“); *Stindt*, NZS 2018, 481. Mitunter wird auch den Gesetzgeber appelliert: *Bertz*, NJW-Spezial 2019, 755; *Greiner*, NZS 2019, 761 (769); *Kunz*, in: *Henssler/Grau*, Arbeitnehmerüberlassung, Solo-Selbstständige und Werkverträge, § 4 Rn. 2.

liches Begriffsverständnis zu werben, wobei der arbeitsrechtliche Weg der unserer Vertrags- und Wirtschaftsordnung gemäßere erscheint.“<sup>136</sup> *Wank* charakterisiert das „Sozialversicherungsrecht als Folgerecht zum Arbeitsrecht“<sup>137</sup> und auch *Stindt* spricht sich für eine arbeitnehmerzentrierte Auslegung des Beschäftigungsanspruchs aus.<sup>138</sup> *Zieglmeier* schließlich schreibt im Kasseler Kommentar, die Definition des abhängigen Beschäftigungsverhältnisses solle sich an § 611a BGB orientieren. Insoweit könne ein weitgehender Gleichlauf zwischen arbeits- und sozialrechtlicher Rechtsprechung hergestellt werden.<sup>139</sup>

## **II. Ausgangspunkt: der arbeitsrechtliche Arbeitnehmerbegriff**

Wenn sich der Beschäftigtenbegriff damit als arbeitsrechtsakzessorisch erweist, muss nunmehr der Arbeitnehmerbegriff - bzw. gleichbedeutend der Begriff des Arbeitsvertrags - in den Vordergrund gerückt werden. Im Rahmen dieses Gutachtens kann nicht die ganze Dogmatik dieses Schlüsselbegriffs entfaltet werden. Vielmehr sollen im Hinblick auf die hier besonders interessierende Personengruppe des hochspezialisierten Fremdpersonals einige ausgewählte Aspekte vertieft werden. Dies geschieht in dem Bestreben, die Kriterien für die gebotene Statusbeurteilung in den kritischen Fällen zu schärfen und damit letztlich die bestehende Rechtsunsicherheit zu vermindern.

### **1. Vorzugswürdigkeit einer typologischen Zuordnung**

#### **a) § 611a BGB als Beschreibung eines Vertragstyps**

Den normativen Ausgangspunkt für die Einordnung als Arbeitsvertrag bildet der bereits vorgestellte § 611a BGB. Die dort aufgeführten Merkmale erlauben keine Subsumtion unter einen klar umrissenen, als Definition ausgestalteten Tatbestand. Vielmehr wird dort ein Vertragstyp beschrieben, indem die ihn prägenden Merkmale genannt werden.

---

<sup>136</sup> *Preis*, NZA 2000, 914 (921).

<sup>137</sup> *Wank*, EuZA 2016, 143 (145).

<sup>138</sup> *Stindt*, NZS 2018, 481.

<sup>139</sup> Kasseler Kommentar/*Zieglmeier*, § 7 SGB IV Rn. 13.

Auch unter der Ägide des neu eingeführten § 611a BGB wird man an der sowohl vom Bundesarbeitsgericht als auch vom Bundessozialgericht im Rahmen des § 7 SGB IV befürworteten typologischen Methode der Vertragsbeurteilung festhalten müssen.<sup>140</sup>

## **b) Grundgedanke des typologischen Ansatzes**

Der Grundgedanke des typologischen Ansatzes ist, dass komplexe Lebenserscheinungen oder Sinnzusammenhänge in ihrer Fülle auf rein begrifflicher Ebene nicht ausreichend erfasst werden können. Sachgerechter ist es, die zu erfassende Gestalt, hier also den gesetzlich geregelten Schuldvertrag, als durch typische Züge gekennzeichnet zu begreifen. Diese bilden ein "elastisches Merkmalsgefüge"<sup>141</sup>, soll heißen, dass sie in unterschiedlichen Intensitätsstufen vorliegen und sich bis zu einem gewissen Grad auch wechselseitig vertreten können. Je für sich genommen kommt ihnen hiernach nur individuelle Bedeutung zu. Für entscheidend wird ihre Verbindung, Intensität und die Häufigkeit des Auftretens im konkreten Einzelfall gehalten, wobei es auf das letztlich intuitiv zu erfassende Gesamtbild ankomme. Der typologische Ansatz sieht sich zwar selbst durchaus ernst zu nehmenden Einwänden ausgesetzt,<sup>142</sup> stellt aber letztlich einen flexibleren, auch neuen Sachverhalten gegenüber offeneren Ansatz dar. Zudem beugt er der Gefahr einer verengten begrifflich-kategorialen Subsumtion vor, die nur auf den ersten Blick eine klare klassifikatorische Einordnung einer Parteivereinbarung verspricht. Allerdings sollte auf der anderen Seite die Ergebnisrelevanz der unterschiedlichen Zuordnungsverfahren nicht überbewertet werden. Auch dem begrifflichen Verfahren wohnt ein Zug zur Öffnung inne.<sup>143</sup>

---

<sup>140</sup> In diesem Sinne auch HWK/Thüsing, § 611a BGB Rn. 46; Deinert/Kittner, RdA 2017, 342 (347); Henssler, in: Henssler/Grau, Arbeitnehmerüberlassung, Solo-Selbständige und Werkverträge, § 2 Rn. 20 f.; BeckOK-Arbeitsrecht/Joussen, § 611a BGB Rn. 30. Für einen Abschied von der typologischen Methode nach der Einführung von § 611a BGB jedoch Preis, NZA 2018, 817 (822).

<sup>141</sup> Leenen, Typus und Rechtsfindung, S. 34.

<sup>142</sup> Näher hierzu Stoffels, Gesetzlich nicht geregelte Schuldverträge, S. 23 f.

<sup>143</sup> Zippelius, in: FS für Engisch, S. 230 f.

### c) Bundesverfassungsgericht zu den Vorzügen der Rechtsfigur des Typus

Auch das BVerfG hält auf dieser Basis § 7 SGB IV für hinreichend bestimmt:<sup>144</sup>

*„Das Gesetz bedient sich bei den Tatbeständen der Versicherungs- und Beitragspflicht nicht des tatbestandlich scharf kontrollierten Begriffs, der auf eine einfache Subsumtion hoffen ließe, sondern der Rechtsfigur des Typus; die versicherten Personen werden nicht im Detail definiert, sondern ausgehend vom Normalfall in der Form eines Typus beschrieben. Den jeweiligen Typus und dessen Kenntnis setzt das Gesetz stillschweigend voraus; es übernimmt ihn so, wie ihn der Gesetzgeber in der sozialen Wirklichkeit idealtypisch, d.h. im Normal- oder Durchschnittsfall vorfindet. Es ist nicht erforderlich, daß stets sämtliche als idealtypisch erkannten, d.h. den Typus kennzeichnenden Merkmale (Indizien) vorliegen. Diese können vielmehr in unterschiedlichem Maße und verschiedener Intensität gegeben sein; je für sich genommen haben sie nur die Bedeutung von Anzeichen oder Indizien. Entscheidend ist jeweils ihre Verbindung, die Intensität und die Häufigkeit ihres Auftretens im konkreten Einzelfall. Maßgeblich ist das Gesamtbild.*

*Gerade der Verwendung der Rechtsfigur des Typus ist es zu verdanken, daß die Vorschriften über die Versicherungspflicht und die Beitragspflicht trotz ihres Festhaltens an Begriffen wie Angestellte, Arbeiter, Arbeitsverhältnis oder Beschäftigungsverhältnis in Verbindung mit ihrer Konkretisierung durch Rechtsprechung und Literatur über Jahrzehnte hinweg auch bei geänderten sozialen Strukturen ihren Regelungszweck erfüllen und insbesondere die Umgehung der Versicherungs- und Beitragspflicht zum Nachteil abhängig beschäftigter Personen, z.B. durch der Realität nicht entsprechender, einseitig bestimmter Vertragsgestaltungen, verhindern konnten.“*

---

<sup>144</sup> BVerfG (2. Kammer des Ersten Senats), Beschluß vom 20.05.1996 - 1 BvR 21/96, NZA 1996, 1063.

## 2. Rechtsformzwang versus vertragliche Statusvereinbarungen

### a) Grundsatz der Qualifikationshoheit als Ausfluss der Privatautonomie

Beiden methodischen Ansätzen vorgelagert ist ohnehin die grundsätzliche Frage, ob und in welchen Grenzen eine Qualifikation durch die vertragsschließenden Parteien selbst anerkannt werden kann.<sup>145</sup> In diesem Punkt kommt es - wie bereits ausgeführt wurde -<sup>146</sup> zu Divergenzen in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und des Bundessozialgerichts.

Ausgangspunkt der Überlegungen im Vertragsrecht sollte die grundrechtlich verbürgte Vertragsfreiheit sein, die ihre Hauptausprägung im Grundsatz der Privatautonomie findet. Die Vertragsfreiheit streitet für eine möglichst weitgehende Berücksichtigung des übereinstimmenden Parteiwillens.<sup>147</sup> Der Schutzzumfang der schuldrechtlichen Vertragsfreiheit sollte daher, aber auch in Anlehnung an allgemeine grundrechtstheoretische Vorstellungen,<sup>148</sup> im Zweifel eher weit abgesteckt werden. Die notwendige Einnengung kann dann von den Schranken her erfolgen. Die unterstützende Reservefunktion der dispositiven Vertragsordnung, die auch einem nur rudimentär ausgebildeten Geschäftswillen zur Geltung verhilft und ihm einen angemessenen Rechtsrahmen zur Verfügung stellt, kann zurücktreten, wenn sich die Parteien dieser Aufgabe selbst angenommen haben. Es ist - wie *Wank* zutreffend feststellt -<sup>149</sup> nicht Sache der Rechtsordnung, die Gewichte anders zu verteilen, als die Parteien gewollt haben oder ihnen sogar - so wird man hinzufügen müssen - ein nicht gewolltes Vertragstypenrecht zu oktroyieren. Der Geschäftswille muss sich somit nicht in der Individualisierung des Geschäftsinhalts erschöpfen.<sup>150</sup> Er kann darüber hinaus in der Weise qualifiziert sein, dass er zugleich eine Entscheidung über die Zuweisung des sachlich Gewollten zu bestimmten Normenkomplexen beinhaltet. Der Qualifizierungswille ist Teil des rechtlich Gewollten,

<sup>145</sup> Hierzu *Stoffels*, NZA 2000, 690.

<sup>146</sup> *Wank*, Arbeitnehmer und Selbständige, 1988, S. 104.

<sup>147</sup> *Wank*, Arbeitnehmer und Selbständige, S. 104.

<sup>148</sup> *P. Schneider*, in: Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Bd. 2 1960, S. 263 ff. Die Tendenz zu einer weiten Auslegung der Schutzbereiche hat sich in der Rechtsprechung des BVerfG in zahlreichen Entscheidungen manifestiert, vgl. vor allem BVerfG 17.1.1957 - 1 BvL 4/54, BVerfGE 6, 55 (72); BVerfG 13.10.1971 - 1 BvR 280/66, BVerfGE 32, 54 (71); BVerfG 14.11.1995 - 1 BvR 601/92, NZA 1996, 381.

<sup>149</sup> *Wank*, Arbeitnehmer und Selbständige, S. 110.

<sup>150</sup> *Konzen*, ZfA 1982, 293; *Konzen/Rupp*, Anm. zu BAG, EzA Art. 5 GG Nr. 9: „Die Parteien dürfen mehr regeln, als zur Individualisierung des Geschäftsinhalts erforderlich ist.“

der Willenserklärung.<sup>151</sup> Im Rahmen der Bestimmung des rechtlich maßgebenden Inhalts einer Willenserklärung ist eine Qualifikationsabrede demnach - in noch aufzuzeigenden Wirksamkeitsgrenzen - durchaus beachtlich. Die Qualifikation des Vertragsverhältnisses durch die Parteien ist ein Akt privatautonomer Rechtsgestaltung. Für die rechtliche Beurteilung solcher Absprachen gilt es zwei Ebenen zu unterscheiden: nämlich die Ermittlung des Parteiwillens im Wege der Auslegung und die Überprüfung der ausgelegten Abrede auf ihre Vereinbarkeit mit der Rechtsordnung.

## **b) Kontrolle der Statusvereinbarung**

Das Problem der sonach grundsätzlich anzuerkennenden Qualifikationshoheit der Parteien eines schuldrechtlichen Vertrags ist mithin das ihrer Grenzen. Es geht im Kern darum, die Qualifikationsabrede der Vertragsparteien darauf hin zu überprüfen, ob sie den unverzichtbaren inhaltlichen Mindestanforderungen der Zivilrechtsordnung entspricht. Dogmatisch korrekt und darüber hinaus verallgemeinerungsfähig ist die mit Blick auf das Arbeitsrecht von *Preis* aufgestellte These, bei der Diskussion um die Dispositivität des Arbeitnehmerbegriffs gehe es vor allem um Fragen der Inhalts- bzw. Angemessenheitskontrolle.<sup>152</sup> Es ist allein der vorwirkende Vertragsinhaltsschutz, der mögliche Einschränkungen der Qualifikationsautonomie der Vertragsparteien zu rechtfertigen vermag.

Die Hauptaufgabe des Arbeitsrechts liegt in der Kompensation eines vermuteten Ungleichgewichts zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer.<sup>153</sup> Diese unterstellte Paritätsstörung begründet unter anderem die Gefahr unangemessener Vertragsbedingungen zu Lasten des Arbeitnehmers, für den das Arbeitsverhältnis oftmals die einzige Erwerbsquelle ist. Die Mindestanforderungen an den Inhalt der Arbeitsbedingungen, mit denen der Gesetzgeber die inhaltliche Gestaltungsfreiheit der Vertragsparteien in erheblichem Maße einschränkt, greifen viele der kritischen Punkte auf (z.B. Kündigungsschutz, Arbeitszeitschutz, Urlaub, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall etc.) und wirken hierdurch auf einen sozial gerechten Interessenausgleich hin. Aus dieser Zielrichtung

---

<sup>151</sup> *Lieb*, Ehegattenmitarbeit, S. 18; *Wank*, Arbeitnehmer und Selbständige, S. 109.

<sup>152</sup> *Preis*, Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, S. 380 ff.

<sup>153</sup> BVerfG 6.6.2018 – 1 BvL 7/14 und 1 BvR 1375/14, NZA 2018, 774 Rn. 47; *Kamanabrou*, Arbeitsrecht, § 1 Rn. 2.

des gesetzlichen Arbeitsvertragsrechts folgt, dass es den Parteien nicht erlaubt sein kann, den Kompensationsgedanken zu umgehen, indem sie selbst darüber befinden, ob ihr Vertrag dem Arbeitsrecht unterfallen soll oder nicht.<sup>154</sup> Der Schutz des Arbeitsrechts wäre aber auch dann höchst unvollkommen, wenn allein auf die vertragliche Ausgestaltung des Rechte- und Pflichtenprogramms, nicht aber auf eine hiervon eventuell abweichende Vertragspraxis geschaut würde. Dem Regelungsanliegen des Gesetzgebers entspricht es, die vertragliche Regelung auch mit dem tatsächlichen Vollzug des Vertragsverhältnisses zu vergleichen und letzterem im Falle einer Divergenz den Vorrang zu geben. Es handelt sich hierbei um eine vom Schutzzweck des Arbeitsrechts geforderte, der eigentlichen inhaltlichen Überprüfung anhand einzelner Rechtsvorschriften vorgelagerte Kontrolle des Vertrags am Maßstab der Wirklichkeit.

Erhebt man den Schutzzweck des Arbeitsvertragsrechts zur Richtschnur, so eröffnen sich auf der anderen Seite aber auch Freiräume für eine privatautonome Vertragstypenwahl. So ist es zunächst unmittelbar einsichtig, dass es den Parteien freistehen muss, einen Vertrag, der sich nach seinem objektiven Geschäftsinhalt als freier Dienstvertrag darstellt, als Arbeitsvertrag zu qualifizieren.<sup>155</sup> Ebenso muss den Parteien die Qualifikationshoheit dort zugestanden werden, wo das typische Ungleichgewicht nicht vorliegt, die Einordnung des Vertragsverhältnisses sich mithin als Ergebnis einer freien und in Kenntnis der Konsequenzen getroffenen Entscheidung beider Parteien darstellt.<sup>156</sup> Äußert der Arbeitnehmer als schwächere Partei etwa von sich aus den Wunsch, auf der Basis eines freien Dienstvertrags tätig zu werden, darf einer solchen Einordnungsentscheidung nicht die Anerkennung versagt werden. Das Bundesarbeitsgericht kommt zum selben Ergebnis, hält aber - dogmatisch kaum haltbar - die nachträgliche Berufung auf ein Arbeitsverhältnis für rechtsmissbräuchlich.<sup>157</sup> Geht man schließlich davon aus, dass die Merkmale, die über die Arbeitnehmereigenschaft entscheiden, zugleich einen Tatbestand besonderer sozialer Schutzbedürftigkeit beschreiben, so wird auch verständlich, weshalb es gerechtfertigt sein kann, in Grenzfällen den Parteiwillen entscheiden zu lassen. Denn in dem Maße, in dem sich das Vertragsver-

---

<sup>154</sup> ErfK/Preis, § 611a BGB Rn. 30; Fenn, in: FS Bosch, 1976, S. 188; Jahnke, ZHR 146 (1982), 615.

<sup>155</sup> BAG 12.9.1996 - 5 AZR 1066/94, NZA 1997, 194: „Haben die Parteien... ein Arbeitsverhältnis vereinbart, so ist es auch als solches einzuordnen“; LAG Köln 28.4.1995 - 13 Sa 48/95, NZA 1996, 319; LAG Nürnberg 21.12.2007 - 7 Ta 208/07, NZA-RR 2008, 271.

<sup>156</sup> ErfK/Preis, § 611a BGB Rn. 30.

<sup>157</sup> BAG 11.12.1996 - 5 AZR 855/95, NZA 1997, 817 (818); BAG 11.12.1996 - 5 AZR 708/95, NZA 1997, 818 (820).

hältnis einem freien Dienstverhältnis annähert, nimmt auch die soziale Schutzbedürftigkeit des Dienstverpflichteten ab. Führt die Abgrenzung des Arbeitsvertrags vom freien Dienstvertrag nach objektiven Kriterien zu keinem klaren Ergebnis mehr, so muss auch der Geltungsanspruch des gesetzlichen Arbeitsvertragsrechts zu Gunsten einer partei-autonomen Qualifizierung zurückgenommen werden. Auf diese Weise wird die praktische Konkordanz zwischen der grundrechtlich verbürgten Vertragsfreiheit auf der einen Seite und dem ebenfalls verfassungsrechtlich gebotenen Sozialschutz auf der anderen Seite erzielt. Eine einseitige Abwertung der Vertragsfreiheit ohne Rechtfertigung durch zwingende Gründe des Sozialschutzes wäre hingegen verfassungsrechtlich problematisch.

Das oben angesprochene typologische Zuordnungsverfahren kommt hingegen unmittelbar zum Zuge, wenn es an einer Statusvereinbarung der Parteien fehlt. Ferner wird es auch bei einer dezidierten Statusvereinbarung relevant, diesmal um festzustellen, ob der Grenzbereich eröffnet ist, in dem der privatautonomen Selbstqualifikation Anerkennung verschafft werden kann.

### **3. Problematische Handhabung der („verfeinerten“) Weisungsgebundenheit und der Eingliederung**

Einer Klarstellung bedarf sodann der Umgang mit den Kriterien der Weisungsgebundenheit und der Eingliederung. Die Kritik betrifft in erster Linie die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts. Insoweit darf eingangs nochmals an den Sinn und Zweck der Sozialversicherung erinnert werden. In Erfüllung des verfassungsrechtlichen Sozialstaatsgebots bezweckt die Sozialversicherung eine Absicherung der Versicherten in den verschiedensten Phasen ihres Lebens, insbesondere gegen die Risiken des Alters und der Krankheit. Auf der anderen Seite steht die Vertragsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG), die es den Parteien grundsätzlich erlaubt, frei darüber zu entscheiden, auf welcher Vertragsbasis sie ihre Erwerbstätigkeit ausüben wollen. Ein Eingriff in diese Freiheit ist rechtfertigungsbedürftig. Anknüpfungspunkt ist insoweit in erster Linie die Schutzbedürftigkeit der Betroffenen. Nicht schutzbedürftige Personen können zwar aus Gründen der Solidarität und der Sicherung der Leistungsfähigkeit der Sozialsysteme ebenfalls einbezogen werden, allerdings gelten hier erhöhte Rechtfertigungsanforderungen. Wenn aber

die Abgrenzungskriterien in ihrer Handhabung durch die Rechtsprechung den Aspekt der Schutzbedürftigkeit in bestimmten Bereichen deutlich verfehlen, bedarf es schon aus verfassungsrechtlicher Sicht einer Korrektur. Solche Fehlsteuerungen lassen sich insbesondere in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts beobachten.

### **a) Absenken der Anforderungen an die Weisungsabhängigkeit**

So wertet das Bundessozialgericht das Fehlen von Weisungen aufgrund der Spezialisierung und überdurchschnittlicher Fachkenntnisse von Experten nicht als Kriterium für das Vorliegen einer selbständigen Tätigkeit, sondern spricht von einer „Verfeinerung der Weisungsgebundenheit in Form der funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess“. Dies führt indes dazu, dass bei Diensten höherer Art mit besonderem Know-how des Erwerbstätigen eine Abhängigkeit einfacher zu begründen ist, als bei Personen, die über keine besonderen Fachkenntnisse verfügen. Dies widerspricht insbesondere dem Schutzgedanken der Sozialversicherungssysteme.<sup>158</sup> Auch in der Rechtsprechung der Instanzgerichte wird zutreffend die Begrenztheit dieses Ansatzes betont. So führt das LSG Baden-Württemberg aus, eine Verfeinerung sei nicht ad infinitum möglich, ohne dass sich das juristische Kriterium auflöse. Auf eine Weisungsabhängigkeit als Merkmal der Beschäftigung könne daher nicht vollständig verzichtet werden.<sup>159</sup> Die problematische Verflüchtigung der Weisungsabhängigkeit zeigt sich insbesondere im IT-Bereich. Vor dem Hintergrund, dass fachliche Weisungen angesichts der hohen Spezialisierung der IT-Experten nicht der gelebten Praxis entsprechen dürften, kann es nicht überzeugen, unter Hinweis auf die technischen Möglichkeiten jederzeit und an jedem Ort tätig zu werden, auch das Weisungsrecht hinsichtlich Arbeitszeit und -ort gleichsam auszublenden. Vom Weisungsrecht bliebe dann in der Substanz kaum etwas übrig, der Begriff der abhängigen Beschäftigung verlöre seine Konturen. Die Formel von der Weisungsgebundenheit in Form der funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess ist daher problematisch und wird Diensten höherer Art - wie etwa denjenigen der IT-Experten - nicht gerecht.<sup>160</sup>

---

<sup>158</sup> So auch *Becker/Hennecke*, BB 2020, 820 (821).

<sup>159</sup> LSG Baden-Württemberg 7.11.2017 - L 11 R 2507/16, BeckRS 2017, 142340 Rn. 51 zur Statusbeurteilung eines IT-Consultant.

<sup>160</sup> Wie hier *Martina*, CR 2019, 339 Rn. 16; *Heise*, NZA 2017, 1571 (1575).

## b) Überbewertung des Eingliederungsaspekts

Problematisch erscheint ferner, dass die sozialgerichtliche Rechtsprechung dem Aspekt der Eingliederung immer wieder Bedeutung beimisst, ihn häufig sogar der Weisungsgebundenheit selbständig zur Seite stellt. Das mag dem Wortlaut des § 7 SGB IV geschuldet sein. Mit der Abwertung des Kriteriums der Eingliederung im Zuge der Einführung des § 611a BGB hat der Gesetzgeber indes rechtgebietsübergreifend zu erkennen gegeben, dass die Weisungsabhängigkeit an erster Stelle stehen sollte, die Eingliederung lediglich ein Spiegelbild der Weisungsabhängigkeit auf der Vollzugsebene darstellt.<sup>161</sup> Abgesehen davon erweist sich das Kriterium der Eingliederung gerade im Hinblick auf die neue Formen der Arbeit (Stichworte: Arbeiten 4.0, Digitalisierung, agiles Arbeiten, Plattformökonomie) als wenig aussagekräftig. Denn anerkanntermaßen sind stets die Besonderheiten der geschuldeten Leistung angemessen zu berücksichtigen.

Das Bundesarbeitsgericht ist hier zu Recht vorsichtiger. Wenn nämlich der Rückgriff auf die betrieblichen Ressourcen und die Zusammenarbeit mit den Mitarbeitern des Einsatzunternehmens schlicht der Natur der vertraglichen Tätigkeit geschuldet ist, wird dies in der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung nicht als Indiz für die Arbeitnehmereigenenschaft bewertet, sondern als rechtlich neutral eingestuft.<sup>162</sup> Das Bundesarbeitsgericht relativiert mithin den Stellenwert des Eingliederungsarguments im Hinblick auf die Natur der geschuldeten Dienstleistung; eine Linie, die nach hier vertretenem Ansatz auch für den Begriff des Beschäftigungsverhältnisses im Sinne des § 7 Abs. 1 SGB IV Geltung beansprucht.<sup>163</sup>

Im Einklang mit der hier vertretenen Ansicht wendet sich auch *Greiner* gegen eine Überbewertung der Eingliederung, wie sie vor allem in der sozialgerichtlichen Rechtsprechung zu beobachten ist. *Greiner* schreibt: „Eingliederungsaspekte - wie die Betriebsmittelnutzung, das Tragen vom Auftraggeber gestellter Arbeitskleidung oder das

---

<sup>161</sup> BeckOGK/*Maties*, § 611a BGB Rn. 163; *Boemke*, RdA 2015, 115 (118); *Uffmann*, NZA 2018, 265 (268), mit der zutreffenden Feststellung, dass einer formal verstandenen Eingliederung neben der Weisungsbindung keine eigenständige Abgrenzungsfunktion mehr zuzumessen ist. Für Unverzichtbarkeit der Eingliederung neben der Weisungsgebundenheit hingegen *Wank*, AuR 2017, 140 (144).

<sup>162</sup> Dafür stehen vor allem folgende Urteile: BAG 11.8.2015 –9 AZR 98/14, NZA-RR 2016, 288 (Rn. 31); BAG 18.1.2012 –7 AZR 723/10, NZA-RR 2012, 455 (Rn. 34 f.); BAG 9.11.1994 –7 AZR 217/94, NZA 1995, 572 ff.; BAG 11.3.1992 –7 AZR 130/91, BeckRS 1992 30740449.

<sup>163</sup> Für eine parallele Wertung wie bei § 611a BGB auch *Uffmann*, RdA 2019, 360 (367).

arbeitsteilige Zusammenwirken mit Arbeitnehmern des Auftraggebers - sollten demgegenüber nicht überbewertet werden. Sie sind häufiger eher akzidentelle Äußerlichkeiten, die für die Bewertung der beschäftigentypischen Schutzbedürftigkeit ohne durchgreifende Aussagekraft sind.“<sup>164</sup>

#### **4. Positive Indizien für die Annahme einer selbständigen Tätigkeit**

Dem Bedeutungsverlust des Merkmals der formalen Eingliederung sollte jedenfalls beim Einsatz hochqualifizierter externer Spezialisten, wie z.B. IT-Beratern und -Entwicklern, durch die Akzentuierung positiver Indizien, die für die Selbständigkeit sprechen, begegnet werden. Einige besonders aussagekräftige Indizien sollen im Folgenden näher beleuchtet werden.

##### **a) Höhe des Honorars**

Umstritten ist, welchen Einfluss die Höhe der vereinbarten und gezahlten Vergütung auf die Qualifikation des Vertragsverhältnisses hat. Eine höhere Vergütung könnte anzeigen, dass es sich um Selbständigenarbeit handelt, ist diese doch regelmäßig vergleichsweise besser dotiert. In einer spektakulären Entscheidung vom 31.3.2017 hatte das Bundessozialgericht ausgeführt:<sup>165</sup>

„Liegt das vereinbarte Honorar ... über dem Arbeitsentgelt eines vergleichbar eingesetzten sozialversicherungspflichtig Beschäftigten und lässt es dadurch Eigenvorsorge zu, ist dies ... ein gewichtiges Indiz für eine selbstständige Tätigkeit.“  
Einschränkend fügte das Bundessozialgericht schon damals hinzu: „Allerdings handelt es sich auch bei der Honorarhöhe nur um eines von u.U. vielen in der Gesamtwürdigung zu berücksichtigenden Indizien, weshalb weder an die Vergleichbarkeit der betrachteten Tätigkeiten noch an den Vergleich der hieraus jeweils er-

<sup>164</sup> Greiner, SGB 2016, 301 (308).

<sup>165</sup> BSG 31.3.2017 - B 12 R 7/15 R, NZS 2017, 664; anders noch zuvor LSG Baden-Württemberg 10.6.2016 - L 4 R 3072/15, BeckRS 2016, 70773.

zielten Entgelte bzw Honorare überspannte Anforderungen gestellt werden dürfen.“

Die Entscheidung ist vielfach so verstanden worden, dass sie die Möglichkeit einer privatautonomen Statusbestimmung durch Vereinbarung eines deutlich höheren Honorars aufgezeigt habe. Derartige Erwartungen werden nunmehr in der Honorararzt-Entscheidung enttäuscht.<sup>166</sup> Die Bedeutung der Honorarhöhe wird wieder relativiert. Das Bundessozialgericht spricht von einer „Einschränkung der indiziellen Bedeutung der Honorarhöhe“. Diese ergebe sich daraus, dass die Sozialversicherung auch dem Schutz der Interessen der Mitglieder von in Pflichtversicherungssystemen zusammengeschlossenen Solidargemeinschaften verpflichtet sei. Den Beteiligten stehe keine Dispositionsfreiheit in dem Sinne zu, dass sich der Auftraggeber durch die Vereinbarung eines Zuschlages zu einem üblichen Stundenlohn eines vergleichbaren abhängig Beschäftigten von der Sozialversicherungspflicht „freikaufen“ könne. Ebenso führe eine überlegene Verhandlungsposition von Auftragnehmern schon aus Gleichbehandlungsgründen für sich genommen nicht dazu, dass sie aufgrund möglicher Eigenvorsorge aus den Pflichtversicherungssystemen entlassen wären. Das Recht der Sozialversicherung werde beherrscht vom Grundsatz der Solidarität aller abhängig Beschäftigten. Dieser Grundsatz schließt es aus, die Versicherungspflicht über die gesetzlich geregelten Tatbestände hinaus von einem individuellen Schutzbedürfnis abhängig zu machen, zumal dieses Schutzbedürfnis sich beim Einzelnen im Laufe der Zeit wandeln kann. Wenn die Versicherungspflicht solchen Wandlungen folgen würde, wäre die Gefahr einer negativen Risikoauslese gegeben.

Die Honorarhöhe kann m.E. in Grenzfällen jedoch durchaus als ein gewichtiges Indiz für die Selbständigkeit des Verpflichteten bewertet werden.<sup>167</sup> Der vom Bundessozialgericht in seinem Urteil vom 31.3.2017 gegebene Hinweis auf die Möglichkeit der Eigenvorsorge schlägt den Bogen zur sozialen Schutzbedürftigkeit, an die in typisierender Form das Sozialversicherungs- aber auch das Arbeitsrecht anknüpfen. Eine überdurchschnittlich

---

<sup>166</sup> BSG 4.6.2019 - B 12 R 11/18 R, NZA 2019, 1583 insbes. Rn. 36 f.

<sup>167</sup> In diesem Sinne auch *Becker/Hennecke*, BB 2019, 820 (823); *Martina*, CR 2019, 339 (342); *Uffmann*, NZA 2018, 265 (268 f.); *dies.*, RdA 2019, 360 (367 f.); *Wank*, EuZA 2016, 143; *Reiserer*, BB 2018, 1588; *Greiner*, NZA 2013, 697 (702); *Thüsing*, Für mehr Rechtssicherheit und praxisnahe Regelungen bei der Nutzung von Werk- / Dienstverträgen und der Arbeitnehmerüberlassung, Stellungnahme zur aktuellen Diskussion mit Blick auf die Ausführungen des Koalitionsvertrages, [https://www.vgsd.de/wp-content/uploads/2015/12/FEFA\\_Stellungnahme\\_Prof\\_Thuesing.pdf](https://www.vgsd.de/wp-content/uploads/2015/12/FEFA_Stellungnahme_Prof_Thuesing.pdf) (zuletzt abgerufen am 14.4.2020).

hohe Vergütung signalisiert nicht nur mangelnde Schutzbedürftigkeit und ist damit im Rahmen einer teleologisch ausgerichteten Abgrenzung relevant; vielmehr lässt eine hohe Vergütung auch Rückschlüsse auf den Parteiwillen zu, der in gewissen Grenzen - wie oben gezeigt worden ist - durchaus beachtlich ist. Jedenfalls liegt die Annahme struktureller Unterlegenheit, die einen korrigierenden Eingriff der Rechtsordnung legitimieren könnte, eher fern, wenn der hochqualifizierte Experte auf einem für ihn günstigen Nachfragemarkt auf Augenhöhe verhandelt und eine entsprechend hohe Vergütung vereinbart wird. Folgerichtig sollte sich auch die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung diesem Ansatz öffnen und die Honorarhöhe nicht ausblenden.<sup>168</sup> In der Vergangenheit hatte es vereinzelt auch schon Vorstöße in diese Richtung gegeben.<sup>169</sup>

## **b) Know-how des Erwerbstätigen**

Als positives Kriterium, das für eine Selbständigkeit ins Feld geführt werden kann, ist weiterhin das besondere Know-how des Verpflichteten, oder seine Fähigkeit, durch besondere Kreativität Werke entstehen zu lassen, zu nennen. Eine solche Expertise spricht dafür, dass der Verpflichtete seine Tätigkeit selbständig und unabhängig erbringen kann und wegen seiner besonderen Befähigung auch kaum fachliche Weisungen erteilt werden können.<sup>170</sup> Es handelt sich insofern um ein Indiz für die Weisungsunabhängigkeit.

Darüber hinaus ist das besondere Know-how bei der Wissensarbeit - worauf *Uffmann* zu Recht hinweist - noch aus einem anderen Grund ein auf die Selbständigkeit deutendes Moment.<sup>171</sup> Er lässt nämlich einen Rückschluss auf den für die Qualifikation nicht unerheblichen Willen der Parteien zu (Die Parteien verhandeln hier tendenziell auch häufiger auf Augenhöhe). Unbestritten ist nämlich der marktliche Einsatz des eigenen Wissens und Könnens in der zunehmend digitalen Informations- und Wissensgesellschaft ein wichtiger unternehmerischer Parameter. Das Wissen und die Kreativität stellen mithin das Kapital dieses Personenkreises dar. Das normative Leitbild des Selbständigen sollte diese Entwicklungen aufnehmen. Es muss auch diesem Personenkreis

---

<sup>168</sup> *Uffmann*, RdA 2019, 360 (368).

<sup>169</sup> Insbesondere BAG 13.1.1983 - 5 AZR 156/82, AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 43.

<sup>170</sup> *Becker/Hennecke*, BB 2019, 820 (822).

<sup>171</sup> *Uffmann*, RdA 2019, 360 (368); *Becker/Hennecke*, BB 2019, 820 (822).

möglich sein, frei darüber zu entscheiden, in welcher Weise das Wissen kommerzialisiert wird. Auch in der Rechtsprechung wird dies ansatzweise erkannt.<sup>172</sup> Das Bundessozialgericht ist hier noch (zu) sehr zögerlich, wenn es ausführt, dass bei Know-how basierten Dienstleistungen das Fehlen größerer Investitionen in Werkzeuge, Arbeitsgeräte oder Arbeitsmaterialien kein ins Gewicht fallendes Indiz gegen unternehmerisches Tätigwerden sei.<sup>173</sup> Etwas weiter geht eine jüngere Entscheidung, wonach Eigenverantwortlichkeit und inhaltliche Freiheiten bei der Aufgabenerfüllung typischerweise eher anzunehmen sein sollen, wenn es sich um höherwertige Tätigkeiten handelt.<sup>174</sup>

Hinzu kommt ein weiteres: Wollte man Know-how-Träger im Bereich IT, Wissenschaft und Kultur in weitem Umfang gegen ihren Willen dem Arbeitsrecht unterstellen, wäre das auch aus einem anderen Grunde problematisch. Wenn der Mitarbeiter die Stellung eines Arbeitnehmers annimmt, so kann er - vorbehaltlich ausdrücklicher abweichender Vereinbarung - nicht davon ausgehen, dass ihm sein Know-how auch weiterhin uneingeschränkt zur freien Verfügung steht. Für den Fall, dass der Arbeitnehmer ein urheberrechtlich geschütztes Werk (vgl. § 2 UrhG) im Rahmen seiner unmittelbaren Aufgabenerledigung geschaffen hat, wird in Rechtsprechung und Literatur eine stillschweigende mit Abschluss des Arbeitsvertrags erfolgende Rechtsübertragung angenommen. § 43 UrhG wird in diesem Sinne verstanden. Das Bemühen um eine Lösung der gestellten Aufgabe wie auch das Arbeitsergebnis selbst gehören dann unmittelbar zu seiner arbeitsvertraglich geschuldeten Leistung.<sup>175</sup> Der Arbeitgeber wird Inhaber des Arbeitsergebnisses mit der Folge, dass er ein umfassendes materielles Nutzungsrecht erwirbt. Die immateriellen Urheberrechte verbleiben dagegen in jedem Fall beim Arbeitnehmer. Dem entspricht § 69b UrhG, der für Computerprogramme ausdrücklich bestimmt, dass der Arbeitgeber alle vermögensrechtlichen Befugnisse erwirbt, wenn der Arbeitnehmer das Programm in Wahrnehmung seiner Aufgaben oder nach den Anweisungen seines Arbeitgebers geschaffen hat. Das Werk kann betriebsintern durch eigene Verwendung wie auch extern durch Einräumung von Lizenzen oder Übertragung von Nutzungsrechten verwertet werden. Es ist zeitlich unbeschränkt und endet nicht mit der Beendigung

---

<sup>172</sup> Beim Betriebsübergang wird übrigens schon seit langem anerkannt, dass bei Dienstleistungsbetrieben (anders als bei Produktionsbetrieben) dem Übergang des Know-how und der Know-how-Träger regelmäßig große Bedeutung zukommt. Vgl. MünchKomm/Müller-Glöge, § 613a BGB Rn. 36.

<sup>173</sup> BSG 31.3.2017 – B 12 R 7/15 R, NZS 2017, 664 Rn. 43.

<sup>174</sup> BSG 18.11.2015 - B 12 KR 16/13 R, BeckRS 2016, 66641 Rn. 31.

<sup>175</sup> BAG 13.9.83 – 3 AZR 371/81, NJW 1984, 1579 – Statikprogramm.

des Arbeitsverhältnisses.<sup>176</sup> Aber auch außerhalb des Urheberrechtsschutzes wird man häufig eine Befugnis des Arbeitgebers zur wirtschaftlichen Verwertung des Geschaffenen annehmen können. In gewisser Weise läuft mithin die Qualifizierung als Arbeitnehmer mit einer deutlichen Abschwächung seines Know-how-Schutzes bzw. seiner kreativen Fähigkeiten einher. Dies mag zwar durch ausdrückliche vertragliche Vereinbarung korrigiert werden können. Gleichwohl liegt in der Qualifikationsentscheidung zugleich ein Eingriff in die Eigentumsfreiheit nach 14 Abs. 1 GG, denn das Know-how ist anerkanntermaßen als geistiges Eigentum vom Gewährleistungsbereich der Eigentumsfreiheit mitumfasst.<sup>177</sup> Demgegenüber bleiben freie Mitarbeiter auch nach Erschaffung des Werkes unbeschränkte Rechteinhaber an ihren Werken. Nutzungsrechte an den kreativen Leistungen von freien Mitarbeitern müssen demzufolge in einem Nutzungsvertrag festgehalten werden. Auch dieser Aspekt mahnt zur Zurückhaltung bei der Qualifikation des jeweiligen Rechtsverhältnisses mit einem Know-how-Träger bzw. dem Erbringer kreativer Leistungen als Arbeitsverhältnis, wenn explizit ein freies Mitarbeiterverhältnis vereinbart worden ist.

### **c) Tragung unternehmerischer Risiken und Nutzung unternehmerischer Chancen**

Das Bundessozialgericht recurriert für die gebotene Abgrenzung im Übrigen noch auf ein weiteres Kriterium, dem ebenfalls indizielle Bedeutung beigemessen wird. Es geht um das die selbständige Tätigkeit kennzeichnende Element der Tragung des Unternehmerrisikos. In der Honorararzt-Entscheidung<sup>178</sup> konstatiert das Bundessozialgericht beispielsweise, die Honorarärztin sei keinem nennenswerten Unternehmerrisiko ausgesetzt. Für sie habe auch nicht die Chance bestanden, durch unternehmerisches Geschick ihre Arbeit so effizient zu gestalten, dass sie das Verhältnis von Aufwand und Ertrag zu ihren Gunsten entscheidend hätte beeinflussen können.

Nicht nur in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts wird das Unternehmerrisiko herangezogen (hier allerdings wird ihm ein besonders hoher Stellenwert beigemessen). Auch das Bundesverfassungsgericht,<sup>179</sup> der Bundesgerichtshof<sup>180</sup> und der Bundesfi-

---

<sup>176</sup> Personalbuch/*Poeche*, Urheberrecht, Rn. 6.

<sup>177</sup> *Enders*, GRUR 2012, 25;

<sup>178</sup> BSG 4.6.2019 - B 12 R 11/18, NZA 2019, 1583.

<sup>179</sup> BVerfG 25.10.1977 - 1 BvR 15/75, BVerfGE 46, 224 (234).

nanzhof<sup>181</sup> haben in der Vergangenheit immer schon das Merkmal „Unternehmerrisiko“ in die Abgrenzung einbezogen. So hat das Bundesverfassungsgericht<sup>182</sup> darauf hingewiesen, dass der selbständige Handelsvertreter das unternehmerische Risiko trage. Das Bundesarbeitsgericht hingegen ist in diesem Punkt zurückhaltend. Gleichwohl hat es in einigen Urteilen das Merkmal aufgegriffen und beispielweise geprüft, ob ein eigener Kundenstamm, eine eigene Betriebsstätte und eigenes Betriebskapital vorhanden waren.<sup>183</sup> Vereinzelt wurde das Merkmal Unternehmerrisiko sogar zum tragenden Merkmal erklärt.<sup>184</sup> Im Schrifttum ist der Stellenwert dieses Merkmals immer noch umstritten,<sup>185</sup> wenngleich sich eine gewisse Annäherung der divergierenden Ansätze zeigt: Auch wenn die Rechtsprechung von der persönlichen Abhängigkeit ausgeht, korrigiert sie das so gefundene Ergebnis, wenn eine unternehmerische Risikoabwälzung ohne unternehmerische Chancen vorliegt, während die Gegenansicht die Kriterien der persönlichen Abhängigkeit als Untermerkmale beim Merkmal Unternehmerrisiko integriert.<sup>186</sup>

Was folgt daraus für den hier interessierenden Personenkreis? Zunächst einmal sollte man sich darauf verständigen, dass im Bereich der betriebsmittelarmen Wissensarbeit, die im Wesentlichen nur Know-how, Arbeitszeit und Arbeitsaufwand voraussetzen, das unternehmerische Auftreten nicht an einer unternehmerischen Infrastruktur festgemacht werden kann. Das Fehlen einer eigenen Betriebsstätte, eigener Angestellte, eigener Arbeitsgeräte etc. spricht hier keineswegs gegen die Selbständigkeit, sondern ist für sich genommen ohne Aussagekraft.<sup>187</sup> Hier wird man eher danach fragen müssen, ob der Betreffende selbst dafür sorgen muss, Arbeitsaufträge zu erhalten und hierfür seine Arbeitsleistung auch außerhalb einer Dauerrechtsbeziehung anbietet. Dies äußert sich

---

<sup>180</sup> BGH 4.11.1998 - VIII ZB 12/98, NZA 1999, 53.

<sup>181</sup> BFH 14.12.1978 - I R 121/76, BeckRS 1978, 22004729; BFH 25.6.2009 - V R 37/08, DStR 2009, 1848.

<sup>182</sup> BVerfG 25.10.1977 - 1 BvR 15/75, BVerfGE 46, 224 (234).

<sup>183</sup> BAG 27.7.1961 - 2 AZR, AP BGB § 611 Ärzte, Gehaltsansprüche Nr. 24; BAG 21.1.1966 - 3 AZR 183/65, BAGE 18, 87 (100)

<sup>184</sup> BAG 20.7.1982 - 3 AZR 446/80, AP BGB § 611 Mittelbares Arbeitsverhältnis Nr. 5; BAG 13.8.1980 - 4 AZR 592/78, AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 37.

<sup>185</sup> Dafür zuletzt *Thüsing*, Für mehr Rechtssicherheit und praxisnahe Regelungen bei der Nutzung von Werk- / Dienstverträgen und der Arbeitnehmerüberlassung, Stellungnahme zur aktuellen Diskussion mit Blick auf die Ausführungen des Koalitionsvertrages, [https://www.vgsd.de/wp-content/uploads/2015/12/FEFA\\_Stellungnahme\\_Prof\\_Thuesing.pdf](https://www.vgsd.de/wp-content/uploads/2015/12/FEFA_Stellungnahme_Prof_Thuesing.pdf) (zuletzt abgerufen am 14.4.2020).

<sup>186</sup> So die zutreffende Beschreibung durch *Wank*, in: Handbuch des Vertriebsrechts, § 13 Rn. 39.

<sup>187</sup> *Becker/Hennecke*, BB 2019, 820 (825).

typischerweise in entsprechenden Werbemaßnahmen (Internetauftritt, Gelbe Seiten, Zeitungsanzeigen etc.).<sup>188</sup>

Abgesehen von diesen auf das äußere Erscheinungsbild gerichteten Umständen muss vor allem die Chancen-Risiko-Struktur in den Blick genommen werden. Dabei wird man das Augenmerk eher auf die Eröffnung unternehmerischer Chancen richten müssen. Läge der Fokus auf der vertraglichen Überwälzung unternehmerischen Risiken, liefe man Gefahr, gerade besonders prekäre Formen des Arbeitseinsatzes mit der Befreiung von den arbeitsrechtlichen Schutznormen und dem Recht der Sozialversicherung zu honorieren.<sup>189</sup> Vielmehr müsste die Frage gestellt werden, ob der Auftragnehmer in der Lage ist, durch eigene Tätigkeit und durch eigene Gestaltung der Organisation seines Betriebs Marktchancen wahrzunehmen und entsprechende Gewinne zu machen, die ihm als Arbeitnehmer verschlossen wären. Insofern kann auch die Art der Honorierung eine Rolle spielen (Monatsgehalt oder erfolgsabhängige Honorierung). Die Wahrnehmung unternehmerischer Chancen kann sich mitunter auch in einem Ablehnungsrecht äußern, dass dem Angefragten die Möglichkeit eröffnet, lukrativere Angebote anzunehmen. Ferner kommt es - wie das BSG richtig erkennt -<sup>190</sup> auch darauf an, ob der Auftragnehmer die Leistungserbringung eigenverantwortlich besonders effizient ausgestalten kann, um hierdurch einen ihm zukommenden höheren Gewinn zu erwirtschaften.

---

<sup>188</sup> So auch *Schlegel*, NZA-Beil. 2016, 13 (17).

<sup>189</sup> *Greiner*, SGB 2016, 301 (308).

<sup>190</sup> BSG 4.6.2019 - B 12 R 11/18 R, NZA 2019, 1583 Rn. 33.

## H. Konsequenzen für die Qualifizierung der Vertragsverhältnisse von IT-Spezialisten

Was folgt aus alledem für die Beurteilung des vertraglich vereinbarten Einsatzes von IT-Spezialisten in Unternehmen? *Hanau*<sup>191</sup> bemerkt hierzu lapidar: „Ihr sozialrechtlicher Status ist umstritten. Mit Krankenhausärzten (Anm. des Verf.: Bei denen das Bundessozialgericht in der Honorararzt-Entscheidung die Sozialversicherungspflicht bejaht hatte.) dürften sie nicht vergleichbar sein.“ Bei allem Streit wird man sich vorab darauf verständigen können, dass pauschale Urteile hier unangebracht sind, es vielmehr - wie stets - auf die Umstände des Einzelfalls ankommen sollte.

### I. Überblick über die Rechtsprechung

Im Hinblick auf IT-Projekte wird die Rechtsprechung als nicht durchsichtig und nicht konsequent beschrieben.<sup>192</sup> Eine Sichtung der vorliegenden Judikate bestätigt diese Einschätzung. Sie stammen nahezu ausschließlich aus der Sozialgerichtsbarkeit, wobei vor allem das LSG Baden-Württemberg mit mehreren Urteilen vertreten ist.<sup>193</sup>

Der dem Urteil vom 15.5.2015 zugrunde liegende Fall einer Systemspezialistin, die auf der Basis eines Stundenlohns von 77 Euro für einen IT-Dienstleister tätig war, ist hier bereits eingangs<sup>194</sup> als typischer Beispielfall vorgestellt worden. Das LSG Baden-Württemberg<sup>195</sup> ist hier zu dem Ergebnis gelangt, dass entgegen der Rechtsansicht der Deutschen Rentenversicherung (Bund) keine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung gegeben war. Im Rahmen der Gesamtabwägung stellt der Senat entscheidend auf die „fehlende Eingliederung ... in betriebliche Abläufe und damit die fehlende Weisungsgebundenheit“ ab. Die Systemspezialistin sei sowohl hinsichtlich ihrer Arbeitszeit als auch des Arbeitsorts weitgehend frei gewesen. Den Umfang ihrer Tätigkeit und die zeitlichen Rahmenbedingungen habe sie selbst steuern können. Insbesondere habe sie auch selbst darüber entscheiden können, ob und welche der angebotenen Arbeitspake-

<sup>191</sup> *Hanau*, NZA 2019, 1552, 1553.

<sup>192</sup> So etwa *Heise*, NZA 2017, 1571 (1574).

<sup>193</sup> Vgl. daneben etwa SG München 19.1.2012 - S 56 R 978/10, BeckRS 2014, 65212 und OLG Frankfurt 12.7.1988 - 7 U 230/88, BB 1990, 778.

<sup>194</sup> Vgl. C.II.

<sup>195</sup> LSG Baden-Württemberg 18.5.2015 - L 11 R 4586/12, BeckRS 2015, 71952.

te sie übernahm. Ferner heißt es in Urteilsgründen: „Für eine durch umfangreiche Spezialkenntnisse bedingte Unabhängigkeit ... spricht auch der relativ hohe Stundensatz von 77,- Euro. Als gewichtiges Indiz für eine selbständige Tätigkeit wird schließlich das mit dem Einsatz eigenen Kapitals verbundene Unternehmerrisiko bewertet. Der Senat meint, dass bei der betriebsmittelarmen Dienstleistungsbranche hier nicht zu hohe Anforderungen gestellt werden dürfen, verweist aber insofern auch die eingesetzten Betriebsmittel (Laptop, Home-Office, betrieblich genutzter Pkw).

Vielfach geht es in den veröffentlichten Entscheidungen auch um Dreiecks-Konstellationen, bei denen der IT-Spezialist von einem Beratungs- oder Dienstleistungsunternehmen beauftragt wird, bei einem Dritten (dem Endkunden) im Rahmen eines Projekts tätig zu werden. Wird hier ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis bejaht, liegt Arbeitnehmerüberlassung nahe. Man gewinnt hier den Eindruck, dass dieses Modell besonders kritisch bewertet wird. In der ersten einschlägigen Entscheidung des LSG Baden-Württemberg<sup>196</sup> heißt es nämlich recht unverblümt, dass entscheidend für die Annahme eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses die Tatsache spreche, dass die Leistung des EDV-Systemingenieurs von dem Beratungs- und Dienstleistungsunternehmen benötigt werde, damit dieses ein von ihm der Endkundin geschuldetes Projekt realisieren könne. Allerdings sprachen hier auch einige weitere Gegebenheiten - wie z.B. die Unbestimmtheit des Vertragsgegenstandes - für eine abhängige Beschäftigung.

In der Entscheidung des LSG Baden-Württemberg vom 30.7.2014<sup>197</sup> war eine IT-Spezialistin für ein Beratungs- und Dienstleistungsunternehmen tätig, das wiederum mit einem Endkunden ein Projekt vereinbarte hatte. Bei diesem Endkunden ist die IT-Spezialistin sodann tätig geworden. Auch hier hat das Gericht angenommen, die IT-Spezialistin stehe in einem sozialversicherungsrechtlichen Beschäftigungsverhältnis zu dem Beratungs- und Dienstleistungsunternehmen. Zur Begründung werden verschiedene Punkte genannt. Apodiktisch heißt es, dass die Klägerin (das Beratungs- und Dienstleistungsunternehmen) und die Beigeladene (die IT-Spezialistin) übereinstimmend ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis nicht haben begrün-

---

<sup>196</sup> LSG Baden-Württemberg 14.2.2012 - L 11 KR 3007/11, NZS 2012, 667 (668).

<sup>197</sup> LSG Baden-Württemberg 30.7.2014 - L 5 R 3157/13, BeckRS 2014, 72689; hierzu auch *Mette*, 725; ähnlich gelagert und in gleichem Sinne entschieden LSG Baden-Württemberg 27.7.2016 - L 11 R 5180/13, BeckRS 72530.

den wollen, sei nicht ausschlaggebend. Die sozialversicherungsrechtlichen Rechtsfolgen einer Beschäftigung ergäben sich aus dem Gesetz und seien nicht abdingbar. Für wesentlich wird demgegenüber gehalten, dass die IT-Spezialistin Zugriff auf spezielle (Daten-)Ordner und Programme der Endkundin habe. Dies spräche jedenfalls für die Zeit der Projektbearbeitung für eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation der Endkundin. Ferner vermisst das Gericht eine für die Beauftragung eines Selbständigen mit der Übernahme eines Beratungs- und Dienstleistungsvertrags verbundene detaillierte Beschreibung des Leistungsumfangs (Leistungsverzeichnis). Auch habe die IT-Spezialistin im Rahmen des Projekts kein eigenes wirtschaftliches Unternehmerrisiko getragen. Die Nutzung eines eigenen Mobiltelefons oder eines eigenen PKW für geschäftliche Zwecke sei in der Arbeitswelt verbreitet und für die sozialversicherungsrechtliche Statusbeurteilung wenig aussagekräftig. Gleiches gelte für die Nutzung eines Laptops oder eines eigenen PCs. Dabei sei zu berücksichtigen, dass die Nutzung eigener Geräte aus Sicherheitsgründen gerade nicht möglich war. Vielmehr habe die IT-Spezialistin im Wesentlichen ihre Kenntnisse und Fertigkeiten als EDV-Fachkraft und damit ihre Arbeitskraft eingesetzt. Maßgebendes Kriterium für das Vorliegen eines Unternehmerrisikos sei dann aber, ob die eigene Arbeitskraft auch mit der Gefahr des Verlusts eingesetzt werde, der Erfolg des Einsatzes der persönlichen Mittel also ungewiss sei. Die - in concreto vereinbarte - Vergütung nach pauschalen Tagessätzen eröffne gerade keinen Raum für eine derartige unternehmerische Gewinnchance.

Auch im Fall, den das LSG Baden-Württemberg durch Urteil vom 26.7.2016<sup>198</sup> entschied, war eine Unternehmensberatung zwischengeschaltet. Zu klären war der Status eines IT-Beraters, der beim Endkunden im Rahmen eines Projekts das dort vorhandene SAP-Betriebssystem an die konkreten Bedürfnisse anzupassen (Beratung und Entwicklung) hatte. Hier bejahte das Gericht hingegen die selbständige Stellung des IT-Beraters. Ein signifikanter Unterschied zum zuvor geschilderten Fall lag vor allem darin, dass der IT-Berater während des streitgegenständlichen Zeitraums (erlaubtermaßen) auch beratend für Arztpraxen tätig war. Er sei weder eingegliedert noch weisungsabhängig gewesen. Die Notwendigkeit der Anwesenheit zu bestimmten Zeiten in den Räumlichkeiten des Endkunden sei den Sachzwängen der Auftragsausführung geschuldet. Gleiches gelte für die Nutzung von beim Auftraggeber vorhandener Software. Auch gewisse Abstimmungsnotwendigkeiten begründeten für sich genommen noch kei-

---

<sup>198</sup> LSG Baden-Württemberg 10.6.2016 - L 4 R 3072/15, BeckRS 2016, 70773.

ne Eingliederung in die Arbeitsorganisation. Ferner spreche die Vergütungsregelung - Honorierung tatsächlich geleisteter Stunden - gegen das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung. Der immerhin beachtlichen Vergütungshöhe von 80 Euro pro Stunde will der Senat demgegenüber kein Argument entnehmen. Bemerkenswert ist dann die abschließende Würdigung des rechtlichen Stellenwerts des Parteiwillens. Zwar sei maßgeblich dafür, ob eine abhängige Beschäftigung oder eine selbständige Tätigkeit vorliege, die tatsächliche Rechtsnatur der Vertragsbeziehung bei Würdigung der gesamten Umstände, insbesondere auch der tatsächlichen Arbeitsleistung. Jedoch gehöre auch die Vertragsbezeichnung zu den tatsächlichen Umständen. Ihr komme im Rahmen der Gesamtwürdigung jedenfalls dann indizielle Bedeutung zu, wenn sie den festgestellten sonstigen Verhältnissen nicht offensichtlich widerspräche und sie durch weitere Aspekte gestützt werden.

Auch eine neuere Entscheidung des LSG Baden-Württemberg<sup>199</sup> betrifft das Rechtsverhältnis eines IT-Consultant mit einem Beratungs- und Dienstleistungsunternehmen, das sich gegenüber einem Endkunden zur Erbringung von Projektleistungen verpflichtet hatte. Das LSG stuft diesen als selbstständig Tätigen ein. Eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation der Klägerin und eine Weisungsabhängigkeit ließen sich nicht feststellen. Auch in fachlicher Hinsicht bestehe kein Weisungsrecht, denn die vereinbarte Beratungs- und Dienstleistung beruhe gerade auf den Spezialkenntnissen des Beigeladenen, der die sich stellenden Probleme ohne weitere Vorgaben lösen sollte. Für eine durch umfangreiche Spezialkenntnisse bedingte Unabhängigkeit spreche auch der relativ hohe Stundensatz von 73,00 EUR. Eine faktische, durch die Arbeitsabläufe im Projekt entstehende Abhängigkeit habe im konkreten Fall nicht vorgelegen. Insoweit ergäbe sich nichts anderes aus der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zur Verfeinerung des Weisungsrechts bei Diensten höherer Art, denn jede Verfeinerung ist nicht ad infinitum möglich, ohne dass sich das maßgebliche juristische Kriterium auflöst. Auf eine Weisungsabhängigkeit als Merkmal abhängiger Beschäftigung könne daher nicht vollständig verzichtet werden. Als gewichtiges Indiz für eine selbständige Tätigkeit wird dann wieder das mit dem Einsatz eigenen Kapitals verbundene Unternehmerrisiko genannt. Der Beigeladene habe hier mit der Unterhaltung eines Home-Office mit entsprechender Ausstattung teilweise eigene Betriebsmittel eingesetzt. Daneben investiere er in die eigene Fortbildung und entsprechende Zertifizierungen und unterhalte eine eige-

---

<sup>199</sup> LSG Baden-Württemberg 7.11.2017 - L 11 R 2507/16, BeckRS 2017, 142340.

ne Webseite sowie Profile auf verschiedenen Portalen. Ob sich diese Investitionen amortisierten, hänge davon ab, ob der Beigeladene ausreichend Aufträge akquirieren könne. Ein gewisses Unternehmerrisiko sei insoweit zu erkennen, insbesondere vor dem Hintergrund, dass es sich um eine betriebsmittelarme Dienstleistungsbranche handele.

Vom gleichen Tag datiert sodann eine weitere Entscheidung desselben Senats des LSG Baden-Württemberg,<sup>200</sup> in der es ebenfalls um einen bei einem Beratungs- und Dienstleistungsunternehmen unter Vertrag stehenden IT-Consultant ging. Hier wiederum bejahte der Senat eine abhängige, sozialversicherungspflichtige Beschäftigung. Dafür spräche vor allem der Aspekt der Eingliederung in die Arbeitsorganisation. Angesichts dessen träten die Höhe der Entlohnung und Freiheiten im Rahmen der tatsächlichen Abwicklung als für selbständige Tätigkeit sprechende Merkmale zurück. Kennzeichnend für eine betriebliche Eingliederung in die Arbeitsorganisation eines Auftraggebers sei bei Tätigkeiten, die keine fachlichen Weisungen erforderten, die Steuerung des Arbeitsablaufs durch organisatorische und koordinierende Maßnahmen durch den Auftraggeber, jedenfalls dann, wenn die zu beurteilende Tätigkeit Teil eines größeren Auftrages (Projekt) ist, den der Auftraggeber von einem Dritten (Endkunden) übernommen habe. Exemplarisch zeige dies der vorliegende Fall, in dem der Endkunde bestimmte Aufgaben (hier: ua Betreuung und technischer Support für Lotus Notes Clients) im Rahmen eines Projekts dem Dienstleistungsunternehmen übertragen („outgesourct“) habe. Der IT-Consultant sei in das übernommene Projekt eingegliedert, da er die von dieser mit dem Endkunden vereinbarten „Meilensteine“ vorgegeben und zu beachten gehabt hätte. Dass von ihm – wie heute vielfach üblich – ein hohes Maß an Eigeninitiative erwartet wurde und es keiner detaillierten Weisungen bedurfte, ändere nichts daran, dass er seine Tätigkeit innerhalb des von Dienstleistungsunternehmen vorgegebenen organisatorischen Rahmens ausgeübt habe und mache eine abhängige Beschäftigung nicht zu einer selbständigen Tätigkeit. Hinsichtlich Arbeitszeit und -ort sei er in der Gestaltung nur teilweise frei gewesen, da er überwiegend bei dem Endkunden vor Ort tätig sein musste. Ein wesentliches unternehmerisches Risiko habe er hierbei nicht getragen.

---

<sup>200</sup> LSG Baden-Württemberg 7.11.2017 - L 11 R 4543/16, NZS 2018, 382.

Eine höchstrichterliche Stellungnahme steht noch aus. Das Urteil des Bundessozialgerichts vom 14.3.2018<sup>201</sup> zur Statusbeurteilung eines Datenbank-Administrators mündete in einer Zurückverweisung an die Vorinstanz wegen unzureichender Sachverhaltsfestellung, beinhaltet aber keine weiterführenden Aussagen zur Statusbeurteilung in solchen Fällen. Bemerkenswert ist allenfalls der Hinweis, dass hier auch Feststellungen zu den sonstigen Rechtsbeziehungen der an dem Vertragsmodell Beteiligten (also auch zum Endkunden) hätten getroffen werden müssen, da diese Einfluss auf die Beurteilung der Weisungsgebundenheit und der Eingliederung des Datenbank-Administrators haben könnten.

## II. Eigene Stellungnahme

Der Blick auf die einschlägige Rechtsprechung zeigt, dass die Gerichte stets unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls entscheiden, dabei vor allem die Weisungsverhältnisse in den Blick nehmen und danach fragen, ob und inwieweit der IT-Spezialist in die fremde Arbeitsorganisation eingegliedert ist. Zwar gibt es durchaus auch Entscheidungen, die - im Gegensatz zur Deutschen Rentenversicherung (Bund) - die selbständige Stellung der IT-Kraft bejahen. Aufs Ganze gesehen führen jedoch Auswahl, Gewichtung und Anwendung der maßgeblichen Kriterien zu einer bedenklichen Verkürzung der Vertragsfreiheit, die im Ausgangspunkt ja auch die Gestaltungsalternative der Selbständigkeit umfasst. Jedenfalls im Grenzbereich sollte - wie im Rahmen dieses Gutachtens schon an anderer Stelle ausgeführt wurde - die Selbstqualifikation der Parteien, die hier einvernehmlich einen freien Dienstvertrag bzw. einen Werkvertrag begründen wollten, grundsätzlich anerkannt werden. Auch die Sozialgerichtsbarkeit sollte die in der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung<sup>202</sup> ansatzweise anerkannte Definitionsmacht im Grenzbereich,<sup>203</sup> wenn nicht eine gestörte Vertragsparität anzunehmen ist, anerkennen. Letzteres ist zwar nicht ausgeschlossen, dürfte aber bei den derzeitigen Marktverhältnissen eher selten vorkommen.<sup>204</sup> IT-Fachkräfte erzielen häufig hohe Einkünfte, nicht selten auch von mehreren Auftraggebern. Die ungebrochen hohe

---

<sup>201</sup> BSG 14.3.2018 - B 12 KR 12/17, NZS 2018, 671.

<sup>202</sup> BAG 9.6.2010 - 5 AZR 332/09, NZA 2010, 877 Rn. 33 und BAG 11.8.2015 - 9 AZR 98/14, NZA-RR 2016, 288 Rn. 22.

<sup>203</sup> So prägnant ErfK/Preis, § 611a BGB Rn. 30.

<sup>204</sup> Gegen eine strukturelle Unterlegenheit externer IT-Experten auch *Martina*, CR 2019, 339 (343); ferner *ders.*, RdA 2018, 167 (174).

Nachfrage seitens der Unternehmen erhöht den „Marktwert“ der IT-Experten und versetzt sie in die Lage, ihren Interessen im Rahmen der Vertragsgestaltung wirksam Geltung zu verschaffen. Damit nimmt dann auch die Schutzbedürftigkeit dieses Personenkreises ab, ein Aspekt der auch in der grundrechtlichen Bewertung des Eingriffs im Rahmen der Rechtfertigungsanforderungen Bedeutung gewinnt. *Zieglmaier* wirft in seiner Kommentierung daher vollkommen zu Recht die Frage auf, ob der „Schutzgedanke auch bei hochdotierten Tätigkeiten zB in der Unternehmensberatung- und IT-Branche greift oder ob zB mit Überschreiten der Beitragsbemessungsgrenze der Parteiwille bei der Statusfeststellung verstärkt in den Vordergrund treten sollte.“<sup>205</sup> Ginge man diesen Schritt, würde gleichzeitig auch die vielfach gerade beim Einsatz externer IT-Spezialisten beklagte Rechtsunsicherheit gemindert. Angesichts der dramatischen Folgen einer später festgestellten Rechtsformverfehlung sowie den Unzulänglichkeiten des Statusfeststellungsverfahrens ist es schon von Verfassungs wegen geboten, hier Abhilfe zu schaffen.

Das bedeutet indes keine pauschale Privilegierung eines bestimmten Personenkreises oder einer bestimmten Branche. Vielmehr müssen schon die Umstände des Einzelfalles gewürdigt werden, zu denen in erster Linie die Weisungsverhältnisse einschließlich der tatsächlichen Durchführung gehören. Zeigt sich nämlich eine ausgeprägte Weisungsabhängigkeit, liegt schon kein Grenzfall vor, in dem sich die parteiautonome Qualifikation durchsetzen könnte. Bei der Analyse der Weisungsverhältnisse ist das Augenmerk vor allem auf die Arbeitszeitsouveränität zu richten. Ein deutliches Signal für eine selbständige Stellung der IT-Fachkraft ist es darüber hinaus, wenn diese selbst entscheiden kann, ob und welche der angebotenen „Arbeitspakete“ übernommen werden.<sup>206</sup>

Was die Kriterien der Gesamtbeurteilung angeht, fällt auf, dass dem Gesichtspunkt der Eingliederung recht häufig ein hoher Stellenwert beigemessen wird. Das erscheint unangebracht. Schon oben wurde auf die begrenzte Aussagekraft des Eingliederungsarguments hingewiesen. Im hier interessierenden Bereich der hochqualifizierten Fremdarbeit (z.B. Wissensarbeit oder externe IT-Spezialisten) sind die Inanspruchnahme der betrieblichen Ressourcen und die Zusammenarbeit mit Arbeitnehmern des Kundenunternehmens schlicht der Natur der vertraglichen Tätigkeit geschuldet. In diesem

---

<sup>205</sup> Kasseler Kommentar/*Zieglmaier*, § 7 SGB IV Rn. 19.

<sup>206</sup> Zutreffend LSG Baden-Württemberg 18.5.2015 - L 11 R 4586/12, BeckRS 2015, 71952 Rn. 9.

Umstand kann dann auch kein Indiz einer abhängigen Beschäftigung erblickt werden. Das Merkmal ist dann rechtlich neutral.<sup>207</sup> Insbesondere bei IT-Experten ist häufig eine räumliche Eingliederung nicht mehr erkennbar, wenn sie von zuhause aus arbeiten und keinen eigenen Büroarbeitsplatz haben. Die Rechtsprechung minimiert hier teilweise die Anforderungen an die Eingliederung und lässt die Teilhabe an Besprechungen genügen.<sup>208</sup> Das überzeugt nicht, da eine Abstimmung mit dem Auftraggeber auch bei Dienst- und Werkverträgen notwendig ist und daher kein Indiz für eine abhängige Beschäftigung sein kann. Auch wird man für die Eingliederung nicht auf die Nutzung der IT-Infrastruktur abstellen können, wenn diese im Grunde zugleich der Gegenstand der vereinbarten Leistungen sein soll.

Für die Selbständigkeit im Unternehmen eingesetzter IT-Experten streiten häufig die bereits herausgestellten positiven Kriterien, die auch in enger Beziehung zum Parteiwillen stehen. Die beachtliche Honorarhöhe mit Stundensätzen über 75 Euro führt zu Einkünften, die regelmäßig die Beitragsbemessungsgrenze der gesetzlichen Rentenversicherung (derzeit 82.800 Euro) deutlich übersteigen und den IT-Fachkräften die Möglichkeit entsprechender Eigenvorsorge eröffnen. Einen weiteren Aspekt, der in den veröffentlichten Entscheidungen durchweg gewürdigt wurde, stellt das Unternehmerrisiko dar. Auch insoweit darf an dieser Stelle an das schon oben Gesagte angeknüpft werden. Bei den IT-Experten fehlt es, da ihre Tätigkeit Know-how-basiert ist, vielfach an einer ausgeprägten Unternehmensorganisation. Der IT-Experte beschäftigt meist keine weiteren Mitarbeiter (Solo-Selbständiger), verfügt typischerweise nur über einen Laptop und einen Home-Office-Arbeitsplatz. Diese betriebsmittelarme Ausstattung ist der Art der geschuldeten Tätigkeit geschuldet. Für die Bewertung eines evtl. übernommenen Unternehmerrisikos müssen demgemäß noch andere Aspekte in den Blick genommen werden. Dies beginnt mit der vertraglichen Entgeltregelung. Eine Honorierung für tatsächlich geleistete Arbeit (z.B. Euro-Betrag pro geleistete Arbeitsstunde) deutet an, dass die IT-Fachkraft das unternehmerische Risiko trifft, ihre Einkünfte durch eigenen Arbeitseinsatz bestimmen zu können. Auch ein Fixbetrag für das gesamte Werk, z.B. die Anpassung oder Installation einer bestimmten Software, spricht für einen Werkvertrag. Ein festes Monatseinkommen hingegen deutet eher auf eine abhängige Beschäftigung hin. Schaut man hingegen auf die Erbringungen der geschuldeten Leistung,

---

<sup>207</sup> *Uffmann*, NZA 2018, 265 (268).

<sup>208</sup> LSG Baden-Württemberg 9.4.2014 - L 5 R 2000/13, BeckRS 2014, 72687.

spricht für eine selbständige Stellung als Unternehmer die Übernahme der Gewährleistung. Auch der Abschluss einer Betriebshaftpflichtversicherung entspricht dem Bild eines selbständigen Unternehmers.<sup>209</sup>

Das unternehmerische Auftreten mit der damit verbundenen Eingehung unternehmerischer Risiken und - vor allem - der Nutzung von Gewinnchancen ergibt sich im Übrigen nicht allein aus dem Vertragsverhältnis mit dem Auftraggeber. Zumindest zur Abrundung der Statusbeurteilung müsste auch geschaut werden, ob mit Folgeaufträgen anderer Auftraggeber zu rechnen war und ob die IT-Fachkraft während des laufenden Vertragsverhältnisses auch noch für andere Auftraggeber tätig geworden ist. Für einen unternehmerischen Marktauftritt spricht, dass der IT-Experte in seine eigene Fortbildung und entsprechende Zertifizierungen investiert und damit wirbt, eine eigene Webseite unterhält und sein Profil auf verschiedenen Portalen präsentiert.<sup>210</sup>

Für die offenbar recht häufig praktizierte Variante, dass ein Beratungs- und Dienstleistungsunternehmen zwischengeschaltet wird und die IT-Fachkraft dann unmittelbar beim Endkunden tätig wird, gelten dieselben Maßstäbe. Allein die hier recht häufig in Frage stehende Abgrenzung zur Arbeitnehmerüberlassung rechtfertigt keinen strengeren Beurteilungsmaßstab.

Würde man diese Vorgaben konsequent und einheitlich im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht umsetzen, ließe sich die vielfach beklagte<sup>211</sup> Unsicherheit beim Einsatz externer IT-Kräfte zwar nicht beseitigen, zumindest aber verringern. Vor allem müsste die privatautonome Selbstqualifikation im Grenzbereich anerkannt werden, wenn keine Anzeichen für eine gestörte Vertragsparität bestehen. Der eingangs geschilderte Beispielfall, in dem LSG Baden-Württemberg<sup>212</sup> von einer selbständigen, nicht versicherungspflichtigen Tätigkeit ausgegangen ist, ist mithin richtig entschieden worden. Wegen der hier vertretenen Einheitlichkeit des Begriffsverständnisses wäre damit auch kein Arbeitsverhältnis im Sinne des § 611a BGB gegeben.

---

<sup>209</sup> LSG Baden-Württemberg 26.7.2016 - L 11 R 5180/13, BeckRS 2016, 72530.

<sup>210</sup> LSG Baden-Württemberg 7.11.2017 - L 11 R 2507/16, BeckRS 2017, 142340.

<sup>211</sup> Z.B. *Martina*, CR 2019, 339 (340); *Heise*, NZA 2017, 1571 (1574).

<sup>212</sup> LSG Baden-Württemberg 18.5.2015 - L 11 R 4586/12, BeckRS 2015, 71952.

## **I. Reformvorschläge de lege ferenda**

Die bisherigen Überlegungen konzentrierten sich im Wesentlichen auf die gesetzliche, vor allem durch § 611a BGB und § 7 SGB IV determinierte Rechtslage. Die Auslegungsspielräume sind hier begrenzt. Zwar könnte die von der Praxis zu Recht beklagte Rechtsunsicherheit – wie gezeigt – auch auf der Grundlage der *lex lata* zumindest vermindert werden. Das Gutachten hat aber auch erwiesen, dass in erster Linie der Gesetzgeber gefordert ist. Legislatorischer Handlungsbedarf besteht hiernach in mehreren Punkten.

### **I. Vereinheitlichung auf der Grundlage des arbeitsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs**

Eine Hauptursache der zutage getretenen Differenzen zwischen der arbeitsgerichtlichen und der sozialgerichtlichen Rechtsprechung ist darin zu sehen, dass der in § 611a BGB vorausgesetzte Begriff des Arbeitnehmers und der sozialversicherungsrechtliche Beschäftigtenbegriff (§ 7 SGB IV) – jedenfalls dem Wortlaut nach – nicht deckungsgleich sind. Für diese Divergenz gibt es keinen rechtfertigenden Grund. Das Sozialversicherungsrecht sollte – so die Grundaussage dieses Gutachtens – in diesem Punkt dem Arbeitsrecht folgen. Das spricht dafür, § 7 SGB IV terminologisch an § 611a BGB anzupassen, also Arbeitnehmer- und Beschäftigtenbegriff zu vereinheitlichen.<sup>213</sup> Ein wesentlicher verfahrensrechtlicher Fortschritt wäre es sodann, wenn die gerichtlichen Entscheidungen zur Abgrenzung des freien Mitarbeiters zum Arbeitnehmer/Beschäftigten mit einer weitgehenden Bindungswirkung ausgestattet würden. Divergierende Entscheidungen der Arbeits- und Sozialgerichte wären dann ausgeschlossen.

---

<sup>213</sup> In diesem Sinne auch *Bertz*, NJW-Spezial 2019, 754 (755); *Wank*, EuZA 2016, 143 (145); *Preis*, NZA 2000, 914 (921); für eine Einheit des Beschäftigtenbegriffs *de lege ferenda* auch *Kasseler Kommentar/Zieglmeier*, § 7 SGB IV Rn. 13.

## II. Formulierung von Positivkriterien beim sozialversicherungsrechtlichen Beschäftigungsbegriff – branchenspezifische Ausnahme zugunsten externer IT-Experten

Möchte der Gesetzgeber hingegen weiterhin an der Zweigleisigkeit des Begriffs des Arbeitnehmers und des Beschäftigten festhalten, so stehen ihm noch einige weitere Handlungsoptionen offen. So könnte der Gesetzgeber beim sozialversicherungsrechtlichen Beschäftigtenbegriff ansetzen und durch die Aufnahme von Positivkriterien die Rechtssicherheit erhöhen. Vor allem erscheinen hier branchen- bzw. tätigkeitsspezifische Regelungen geboten.<sup>214</sup> Wo keine prekären Beschäftigungsbedingungen gegeben sind und die Leistungserbringer nicht schutzbedürftig sind, darf ihnen auch nicht der Status der abhängigen Beschäftigung aufoktroiert werden. Vor allem für den Bereich der externen IT-Berater<sup>215</sup> erscheint eine Ausnahmeregelung angezeigt. Abgesehen davon, dass das Risiko der Scheinselbständigkeit sich hier lähmend auf die Innovationsgeschwindigkeit der Wirtschaft auswirkt und der Digitalisierungsoffensive zuwider läuft, bedarf dieser Personenkreis vielfach nicht einer arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Absicherung. Jedenfalls könnte durch die Formulierung von Positivkriterien (ggf. flankierend mit einer auch im Koalitionsvertrag vereinbarten Einführung einer Altersvorsorgepflicht der Selbständigen) eine passgenauere Abgrenzung erzielt werden.

Als Positivkriterien bieten sich an:

- Die Aufstellung einer Verdienstgrenze. Diese könnte sich an der Beitragsbemessungsgrenze für die gesetzliche Rentenversicherung (derzeit 82.800 Euro) orientieren.<sup>216</sup> Das wäre auch kein Fremdkörper im Sozialversicherungsrecht, da es die An-

---

<sup>214</sup> In diesem Sinne auch *Thüsing*, Für mehr Rechtssicherheit und praxisnahe Regelungen bei der Nutzung von Werk- / Dienstverträgen und der Arbeitnehmerüberlassung, Stellungnahme zur aktuellen Diskussion mit Blick auf die Ausführungen des Koalitionsvertrages, [https://www.vgsd.de/wp-content/uploads/2015/12/FEFA\\_Stellungnahme\\_Prof\\_Thuesing.pdf](https://www.vgsd.de/wp-content/uploads/2015/12/FEFA_Stellungnahme_Prof_Thuesing.pdf) (zuletzt abgerufen am 14.4.2020); ferner Bitkom, Stellungnahme zur Evaluation des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (Juli 2019), [https://www.bitkom.org/sites/default/files/2019-07/190516\\_stellungnahme\\_evaluation\\_aug\\_0.pdf](https://www.bitkom.org/sites/default/files/2019-07/190516_stellungnahme_evaluation_aug_0.pdf) (zuletzt abgerufen am 23.7.2020).

<sup>215</sup> Der Kreis könnte mit guten Gründen auch weiter gezogen werden. Als Oberbegriff könnte dann derjenige des „gutverdienenden Wissensarbeiters“ verwendet werden; so auch die von Innogy SE, REWE Group und Deutsche Telekom AG unter dem Titel „Sicherstellung des rechtssicheren Einsatzes von externen (IT)Experten in agilen Arbeitsformen“ zusammengestellten Lösungsansätze.

<sup>216</sup> *Thüsing*, Für mehr Rechtssicherheit und praxisnahe Regelungen bei der Nutzung von Werk- / Dienstverträgen und der Arbeitnehmerüberlassung, Stellungnahme zur aktuellen Diskussion mit Blick auf die Ausführungen des Koalitionsvertrages, [https://www.vgsd.de/wp-content/uploads/2015/12/FEFA\\_Stellungnahme\\_Prof\\_Thuesing.pdf](https://www.vgsd.de/wp-content/uploads/2015/12/FEFA_Stellungnahme_Prof_Thuesing.pdf) (zuletzt abgerufen am 14.4.2020).

knüpfung an die Einkommenshöhe im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung schon seit langem gibt.

- Der Nachweis einer angemessenen Altersvorsorge.<sup>217</sup>
- Gewerbeanmeldung
- Erbringung von Diensten höherer Art in Anlehnung an § 627 BGB bzw. besonderes Know-how des Erwerbstätigen. Sekretariatsaufgaben, auch wenn sie im Zusammenhang mit IT-Projekten stehen, sollten beispielsweise nicht erfasst werden.<sup>218</sup>

Jedenfalls bei einer kumulativen Erfüllung der genannten Kriterien sollte den Parteien ein Wahlrecht eingeräumt werden. Dies entspricht der im Rahmen dieses Rechtsgutachtens postulierten Forderung, der Qualifikationsentscheidung der Parteien größere Beachtung zu schenken.<sup>219</sup>

### III. Ertüchtigung des Statusfeststellungsverfahrens

Nahezu unstreitig ist, dass das Statusfeststellungsverfahren in seiner derzeitigen Ausgestaltung erhebliche Defizite aufweist.<sup>220</sup> Die Reformüberlegungen sollten hier verschiedene Punkte einbeziehen:

Will man nicht schon beim Beschäftigtenbegriff des § 7 SGB IV ansetzen, so könnte man die Rechtssicherheit doch zumindest dadurch erhöhen, dass die Entscheidung im Statusfeststellungsverfahren durch die Festschreibung von Kriterien wie der Einkommenshöhe und der angemessenen Altersvorsorge normativ determiniert und damit vorhersehbarer gestaltet wird.<sup>221</sup>

Angesichts der sich verändernden Arbeitswelt (Stichworte: Digitalisierung und agiles Arbeiten) muss das Statusfeststellungsverfahren nicht nur im Hinblick auf die Abgren-

---

<sup>217</sup> So auch Bitkom, Stellungnahme zur Evaluation des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (Juli 2019), [https://www.bitkom.org/sites/default/files/2019-07/190516\\_stellungnahme\\_evaluation\\_aug\\_0.pdf](https://www.bitkom.org/sites/default/files/2019-07/190516_stellungnahme_evaluation_aug_0.pdf) (zuletzt abgerufen am 23.7.2020).

<sup>218</sup> Hierzu *Martina*, CR 2019, 339.

<sup>219</sup> Vgl. hierzu oben G. II. 2.

<sup>220</sup> Siehe oben F. II. 2. In diesem Sinne auch der Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom 7.2.2018, S. 42 Zeilen 1844-1846.

<sup>221</sup> *Becker/Hennecke*, BB 2019, 820 (825 f.); *Greiner*, NZS 2019, 761 (769).

zungskriterien hin überprüft werden, auch eine Beschleunigung des Verfahrens ist dringend geboten.<sup>222</sup>

Auch sollte durch entsprechende Regelungen dafür gesorgt werden, dass es nicht zu widersprüchliche Entscheidungen innerhalb des Sozialversicherungsrechts und darüber hinaus kommen kann. Dies könnte durch die Einführung einer Bindungswirkung bewerkstelligt werden. Auch eine Elementenfeststellung sollte dem Sozialgericht ermöglicht werden.<sup>223</sup>

Schließlich sollte klargestellt werden, dass die Statusfeststellung nicht nur der Klärung des Beschäftigtenstatus (in Abgrenzung zum Selbständigen) dient, sondern auch in Dreieckssituationen in Anspruch genommen werden kann. Hier ist vor allem an die Abgrenzung von Werk- bzw. Dienstverträgen von der Arbeitnehmerüberlassung zu denken.<sup>224</sup>

---

<sup>222</sup> Günther/Böglmüller, NZA 2019, 417 (419).

<sup>223</sup> Zu diesen Aspekten Schlegel/Geiger, NJW 2020, 16 (21).

<sup>224</sup> Hierauf zu Recht hinweisend Bitkom, Stellungnahme zur Evaluation des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (Juli 2019), [https://www.bitkom.org/sites/default/files/2019-07/190516\\_stellungnahme\\_evaluation\\_aug\\_0.pdf](https://www.bitkom.org/sites/default/files/2019-07/190516_stellungnahme_evaluation_aug_0.pdf) (zuletzt abgerufen am 23.7.2020). Zur fraglichen (analogen) Anwendung des Anfrageverfahrens nach § 7a SGB IV in Dreiecksverhältnissen Lembke, NZA 2018, 393 (396 f.).

## **J. Zusammenfassung der Ergebnisse**

Die neuere Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zum Beschäftigungsverhältnis nach § 7 Abs. 1 SGB IV läuft tendenziell auf eine Emanzipation des Sozialrechts vom Arbeitsrecht hinaus. Vor allem die Honorararztentscheidung des Bundessozialgerichts hat gezeigt, dass das Bundessozialgericht auf der Basis eines öffentlich-rechtlichen, sozialversicherungsstabilisierenden Ansatzes judiziert, während sich das Bundesarbeitsgericht eher von einem der Privatautonomie verpflichteten Verständnis leiten lässt.

Diese Diskrepanz ist angesichts der fatalen Folgen einer Rechtsformverfehlung und der Unzulänglichkeiten des Statusfeststellungsverfahrens ausgesprochen misslich. Vor allem bei projektbezogen eingesetzten, hochqualifizierten IT-Spezialisten ist die Abgrenzungslinie schwer erkennbar; hier wird zu Recht eine erhebliche Rechtsunsicherheit beklagt. Das Rechtsgutachten versucht auf der Basis des geltenden Rechts diese Unsicherheiten zu mindern.

Die Auslegung der Vorschrift des § 7 Abs. 1 SGB IV, die über den Begriff des Beschäftigungsverhältnisses die Grundlage für die Sozialversicherungspflichtigkeit schafft, hat ergeben, dass maßgebend und prägend für das richtige Verständnis der arbeitsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff ist, wie er zuletzt in § 611a BGB seinen Niederschlag gefunden hat. Der Beschäftigtenbegriff ist nicht nur historisch aufs Engste an den Arbeitnehmerstatus geknüpft. Auch heute noch sprechen die Systematik, und hier insbesondere verfassungsrechtliche Direktiven, aber auch die Teleologie des § 7 SGB IV für ein einheitliches, im Arbeitnehmerbegriff gründendes Begriffsverständnis. Die abweichende Terminologie des § 7 Abs. 1 SGB IV soll lediglich signalisieren, dass die Sozialversicherungspflichtigkeit um einige explizit aufgezählte Personengruppen erweitert wird, die aufgrund ihrer Schutzbedürftigkeit zu den in einem Arbeitsverhältnis stehenden Arbeitnehmern hinzukommen.

Die Abgrenzung des einheitlichen Begriffs des Arbeitnehmers/Beschäftigten hat auf der Grundlage einer typologischen Zuordnung zu erfolgen. Ob jemand beschäftigt oder selbständig tätig ist, richtet sich folglich danach, welche Umstände das Gesamtbild der Arbeitsleistung prägen und hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen.

Ausgangspunkt der Abgrenzung muss zunächst eine von den Parteien selbst vorgenommene Qualifikation des Vertragsverhältnisses sein. Führt die Abgrenzung des Arbeitsvertrags vom freien Dienst- oder Werkvertrag nach objektiven Kriterien zu keinem klaren Ergebnis, so muss auch der Geltungsanspruch des gesetzlichen Arbeitsvertragsrechts (und ihm folgend des Sozialversicherungsrechts) zu Gunsten einer parteiautonom Qualifizierung zurückgenommen werden. Auf diese Weise wird die praktische Konkordanz zwischen der grundrechtlich verbürgten Vertragsfreiheit auf der einen Seite und dem ebenfalls verfassungsrechtlich gebotenen Sozialschutz auf der anderen Seite erzielt. Eine einseitige Abwertung der Vertragsfreiheit ohne Rechtfertigung durch zwingende Gründe des Sozialschutzes wäre hingegen verfassungsrechtlich problematisch.

Kritik fordert vor allem die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts heraus. Problematisch erscheint die Formel von der „Verfeinerung der Weisungsgebundenheit in Form der funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess“. Dies führt dazu, dass bei Diensten höherer Art mit besonderem Know-how des Erwerbstätigen eine Abhängigkeit einfacher zu begründen ist, als bei Personen, die über keine besonderen Fachkenntnisse verfügen. Ebenfalls kritikwürdig ist die starke Betonung des Eingliederungsaspekts durch die sozialgerichtliche Rechtsprechung. Die Eingliederung ist lediglich ein Spiegelbild der Weisungsabhängigkeit auf der Vollzugsebene. Die sozialgerichtliche Rechtsprechung läuft Gefahr, auf eher akzidentelle Äußerlichkeiten abzustellen, die für die Bewertung der beschäftigtentypischen Schutzbedürftigkeit ohne durchgreifende Aussagekraft sind. Umgekehrt sollten positive Indizien, die für die Selbständigkeit sprechen, stärker gewichtet werden. Als solche kommen vor allem die Honorarhöhe, das Know-how des Erwerbstätigen und das Unternehmerrisiko in Betracht.

Soweit es um die Statusbeurteilung von IT-Freelancern geht, vermittelt die (überwiegend sozialgerichtliche) Rechtsprechung ein diffuses Bild. Das ist in gewissem Umfang der Notwendigkeit geschuldet, stets die konkreten Umstände des Einzelfalles zu würdigen. Aufs Ganze gesehen verfestigt sich jedoch der Eindruck, dass die Auswahl, Gewichtung und Anwendung der maßgeblichen Kriterien zu einer bedenklichen Verkürzung der Vertragsfreiheit führen, die im Ausgangspunkt ja auch die Gestaltungsalternative der Selbständigkeit umfasst. Auch die Sozialgerichtsbarkeit sollte die in der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung ansatzweise anerkannte Definitionsmacht im Grenzbe-

reich, wenn nicht eine gestörte Vertragsparität anzunehmen ist, anerkennen. Eine Disparität ist zwar nicht ausgeschlossen, dürfte aber bei den derzeitigen Marktverhältnissen eher selten vorkommen. Im Gegenteil: Die teils beachtliche Honorarhöhe, das eingesetzte Know-how und der unternehmerische Marktauftritt sprechen für eine starke Verhandlungsposition der IT-Fachkräfte. Die hier angemahnte - auch verfassungsrechtlich gebotene - Korrektur der Abgrenzungslinie bedeutet hingegen keine pauschale Privilegierung von IT-Spezialisten oder gar der IT-Branche insgesamt. Auf eine konkrete Würdigung der Weisungsverhältnisse einschließlich der tatsächlichen Durchführung kann nicht verzichtet werden. Die hieraus resultierenden Unsicherheiten sind gleichsam systembedingt.

Das Rechtsgutachten hat zudem erweisen, dass in mehreren Punkten legislatorischer Handlungsbedarf besteht. Der Gesetzgeber ist aufgerufen, den Arbeitnehmer- und den Beschäftigtenbegriff zu vereinheitlichen, um auf diese Weise eine Auseinanderentwicklung der arbeits- und der sozialgerichtlichen Rechtsprechung zu begegnen. Setzt man hingegen beim sozialversicherungsrechtlichen Beschäftigtenbegriff an, so empfehlen sich branchen- bzw. tätigkeitsbezogene Regelungen, die auch Positivkriterien im Sinne einer Vermutung zugunsten selbständiger Tätigkeit enthalten sollten. Sich anbietende Kriterien wären hier die Einkommenshöhe, der Nachweis einer angemessenen Altersvorsorge und die Erbringung von Diensten höherer Art bzw. besonderes Know-how. Ferner müsste das Statusfeststellungsverfahren in mehrfacher Hinsicht ertüchtigt werden.

## K. Literaturverzeichnis

*Becker, Silke; Hennecke, Frank:* Das Statusfeststellungsverfahren nach § 7a SGB IV auf dem Prüfstand - die Schwächen des aktuellen Verfahrens sowie mögliche Lösungsansätze, BB 2019, 820

BeckOK Arbeitsrecht, hrsg. von von Giesen, Richard; Kreikebohm, Ralf; Rolfs, Christian; Udsching, 54. Edition (Stand: 1.12.2019)

BeckOK Sozialrecht, hrsg. von Giesen, Richard; Kreikebohm, Ralf; Rolfs, Christian; Udsching, Peter, 55. Edition (Stand: 1.12.2019)

*Bertz, Marcus:* Arbeitnehmer- versus Beschäftigtenbegriff, NJW-Spezial 2019, 754

*Boemke, Burkhard:* Arbeitnehmerstatus – Werkvertrag, zu BAG Urteil vom 25.9.2013 – 10 AZR 282/12, RdA 2015, 115

*Brose, Wiebke:* Von Bismarck zu Crowdwork: Über die Reichweite der Sozialversicherungspflicht in der digitalen Arbeitswelt, NZS 2017, 7

*Canaris, Claus-Wilhelm:* Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts, 2. Aufl., Berlin 1983

*Däubler, Wolfgang; Klebe, Thomas:* Crowdwork: Die neue Form der Arbeit – Arbeitgeber auf der Flucht? NZA 2015, 1032

*Deinert, Olaf; Kittner, Michael:* Die arbeitsrechtliche Bilanz der Großen Koalition 2013 – 2017, RdA 2017, 342

Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, hrsg. von Müller-Glöge, Rudi; Preis, Ulrich; Schmidt, Ingrid, 20. Aufl. München 2020 (zitiert ErfK/Bearbeiter)

*Enders, Theodor:* Know How Schutz als Teil des geistigen Eigentums, GRUR 2012, 25

*Engisch, Karl:* Die Einheit der Rechtsordnung, Heidelberg 1935

*Felix, Dagmar:* Einheit der Rechtsordnung - zur verfassungsrechtlichen Relevanz einer juristischen Argumentationsfigur, Tübingen 1998

*Fenn, Herbert:* Arbeitsverhältnisse und sonstige Beschäftigungsverhältnisse, in: Festschrift für F.W. Bosch, Bielefeld 1976, S. 178 ff.

*Frank, Justus; Heine, Maurice:* Crowdworker mit einem Fuß im Arbeitsrecht? NZA 2020, 292

*Fuchs, Maximilian; Preis, Ulrich*: Sozialversicherungsrecht, 2. Aufl., Köln 2009

*Gebhard, Herman*: Das Reichsgesetz betreffend die Invaliditäts- und Altersversicherung vom 22. Juni 1889, Altenburg 1891

*Greiner, Stefan*: Statusbegriff und Vertragsfreiheit im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, insbesondere im Fall der Freistellung von der Arbeitsleistung, NZS 2009, 657

*Greiner, Stefan*: Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung – Abgrenzungsfragen und aktuelle Rechtspolitik, NZA 2013, 697

*Greiner, Stefan*: Die Vielfalt moderner Arbeitsformen im Sozialrecht, SGb 2016, 301

*Greiner, Stefan*: Grenzen des Fremdpersonaleinsatzes im Krankenhaus: Die „Honorararzt“-Entscheidung des BSG, NZS 2019, 761

*Günther, Jens; Böglmüller, Matthias*: Einführung agiler Arbeitsmethoden – Risiken des Einsatzes von Fremdpersonal sowie betriebliche Mitbestimmung (Teil 2), NZA 2019, 417

*Hanau, Peter*: Neue Rechtsprechung des BSG zu den Honorarärzten und ihre Folgen, NZA 2019, 1552

*Hanau, Peter; Peters-Lange, Susanne*: Schnittstellen von Arbeits- und Sozialrecht, NZA 1998, 785

*Heise, Dietmar*: Sozialversicherungspflicht in der agilen Arbeitswelt, NZA 2017, 1571

*Henssler, Martin*: Fremdpersonaleinsatz durch On-Site-Werkverträge und Arbeitnehmerüberlassung – offene Fragen und Anwendungsprobleme des neuen Rechts, RdA 2017, 83

*Henssler, Martin; Grau, Timon*: Arbeitnehmerüberlassung, Solo-Selbständige und Werkverträge, 2. Aufl., Bonn 2020

*Henssler, Martin; Pant, Benjamin*: Europäisierter Arbeitnehmerbegriff, RdA 2019, 321

*Henssler, Martin; Willemsen, Heinz Josef; Kalb, Heinz-Jürgen*: Arbeitsrecht Kommentar, 8. Aufl., Köln 2018 (zitiert: HWK/Bearbeiter)

*Hromadka, Wolfgang*: Arbeitnehmerbegriff und Arbeitsrecht, zur Diskussion um die „neue Selbständigkeit“, NZA 1997, 569

*Hromadka, Wolfgang*: Honorarärzte: freie Dienstleister, aber Beschäftigte?, Editorial NZA Heft 6/2020

*Jahnke, Volker*: Rechtsformzwang und Rechtsformverfehlung bei der Gestaltung privater Rechtsverhältnisse, ZHR 146 (1982), S. 595

*Jarass, Hans D.; Pieroth, Bodo*: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 15. Aufl., München 2018

*Kamanabrou, Sudabeh*: Arbeitsrecht, Tübingen 2017

Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, hrsg. von Körner, Anne; Leitherer, Stephan; Mutschler, Bernd; Rolfs, Christian: 107. EL, München, Stand: Dezember 2019, (zitiert: Kasseler Kommentar/Bearbeiter)

Kommentar zur Sozialrecht, hrsg. von Knickrehm, Sabine; Kreikebohm, Ralf; Waltermann, Raimund; 6. Aufl., München 2019

*Konzen, Horst*: Arbeitsrechtliche Drittbeziehungen, ZfA 1982, 259 ff.

*Konzen, Horst; Rupp, Hans-Heinrich*: Anmerkung zu BVerfG vom 13.1.1982 - 1 BvR 848/77, EzA Art. 5 GG Nr. 9

*Körner, Anne*: Beitragsrisiken des Arbeitgebers bei Einsatz von Fremdpersonal, NZA 2019, 278

*Kramer, Ernst A.*: Juristische Methodenlehre, 6. Aufl. Bern, München, Wien, 2019

*Leenen, Detlef*: Typus und Rechtsfindung, Berlin 1971

*Lembke, Mark*: Der Einsatz von Fremdpersonal im Rahmen von freier Mitarbeit, Werkverträgen und Leiharbeit, NZA 2013, 1312

*Lembke, Mark*: Fremdpersonaleinsatz vor neuen Herausforderungen, NZA 2018, 393

*Lieb, Manfred*: Die Ehegattenmitarbeit im Spannungsfeld zwischen Rechtsgeschäft, Bereicherungsausgleich und gesetzlichem Güterstand, Tübingen 1970

*Maunz, Theodor; Dürig, Günter* (Begründer): Grundgesetz Kommentar, München, Stand: Oktober 2019

*Martina, Dietmar*: Die Verfassungswidrigkeit der Fiktion des § 10 Absatz 1 AÜG, Strafbarkeit gemäß § 266 a StGB sowie die uneingeschränkte Anwendung des AÜG auf alle Arbeitnehmer, RdA 2018, 167

*Martina, Dietmar:* Digitalisierung und rechtliche Rahmenbedingungen der externen IT-Berater, CR 2019, 339

*Martinek, Michael; Semler, Franz-Jürgen; Flohr, Eckard:* Handbuch des Vertriebsrechts, 4. Aufl., München 2016

*Maurer, Hartmut:* Staatsrecht I, 6. Aufl., München 2010

*Mette, Elisabeth:* Brennpunkt Scheinselbständigkeit, NZS 2015, 721

*Mettenheim, Christoph von:* Recht und Rationalität, Tübingen 1984

Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, hrsg. von Moll, Wilhelm, 4. Aufl., München 2017

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (hrsg. von Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker und Bettina Limperg), 5. Band, Recht der Schuldverhältnisse, 8. Aufl., München 2020

Personalbuch 2020, hrsg. von Jürgen Röllner, 27. Aufl., München 2020

*Plagemann, Hermann:* Anmerkung zu LSG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 28.4.2015 - L 7 R 60/12, FD-SozVR 2015, 373217

*Preis, Ulrich:* Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, Neuwied, Krieffel, Berlin 1993

*Preis, Ulrich:* Koordinationskonflikte zwischen Arbeits- und Sozialrecht, NZA 2000, 914

*Preis, Ulrich:* § 611a BGB - Potenziale des Arbeitnehmerbegriffs, NZA 2018, 817

*Raisch, Peter:* Juristische Methoden, 1995

*Reiserer, Kerstin:* Anmerkung zu BGH 24.1.2018 – 1 StR 331/17, DStR 2018, 1623

*Reiserer, Kerstin:* Schluss mit der Angst vor der Scheinselbständigkeit, BB 2018, 1588

*Ruland, Franz:* Beschäftigungsverhältnis oder „Neue Selbständigkeit“, NZS 2019, 681

*Rüthers, Bernd; Fischer, Christian; Birk, Axel:* Rechtstheorie, 11. Aufl., München 2020

*Schlegel, Rainer:* Beschäftigte versus Selbstständige - Deutsches Sozialrecht, NZA-Beilage 2016, 13

*Schlegel, Rainer; Geiger, Barbara:* Sozialversicherungsrechtliche Statusfeststellung, NJW 2020, 16

*Schneider, Peter*: In dubio pro libertate, in: Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, Band 2, hrsg. von Ernst von Caemmerer et al., Karlsruhe 1960

*Stier-Somlo, Fritz*: Reichsversicherungsordnung, Kommentar, München 1913

*Stindt, Heinrich M.*: Neues Recht und neue Rechtsprechung zur Statusbestimmung bei Solo-Selbständigen, NZS 2018, 481

*Stoffels, Markus*: Gesetzlich nicht geregelte Schuldverträge, Tübingen, 2001

*Stoffels, Markus*: Statusvereinbarungen im Arbeitsrecht, NZA 2000, 690

*Uffmann, Katharina*: Vertragstypenzuordnung zwischen Rechtsformzwang und Privatautonomie im Bereich der „Neuen Selbstständigkeit“ - dargestellt am Beispiel der Honorarärzte, ZfA 2012, 1

*Uffmann, Katharina*: Projektbezogener Einsatz hochqualifizierten Fremdpersonals in der Compliancefalle?, NZA 2018, 265

*Uffmann, Katharina*: Aktuelle Fragen der Solo-Selbständigkeit, RdA 2019, 360

*Vielmeier, Stephan*: Einsatzarbeit als Alternative zur Arbeitnehmerüberlassung, RdA 2019, 371

*Wank, Rolf*: Arbeitnehmer und Selbständige, München 1988

*Wank, Rolf*: § 7 Abs. 1 und 4 SGB IV Was bleibt für Sozialrecht und Arbeitsrecht?, AuR 2001, 191

*Wank, Rolf*: Die Auslegung von Gesetzen, 6. Aufl., München 2015

*Wank, Rolf*: Die personelle Reichweite des Arbeitnehmerschutzes aus rechtsdogmatischer und rechtspolitischer Perspektive, EuZA 2016, 143

*Wank, Rolf*: Der Arbeitnehmer-Begriff im neuen § 611a BGB, AuR 2017, 140

*Weiss-Böhlz, Verena*: Genossenschaftsmodell als Lösung des Problems der Scheinselbständigkeit?, DStR 2017, 2497

*Willemsen, Heinz Josef; Mehrens, Christian*: Arbeitnehmerüberlassung versus Dienstleistung, NZA 2019, 1473

*Zippelius, Reinhold*: Die Verwendung von Typen in Normen und Prognosen, in: Festschrift für Karl Engisch, hrsg. von Paul Bockelmann et al., Frankfurt a.M., 1969, S. 224 ff.

Heidelberg, den 25. Juli 2020

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'M. Stoffels', with a stylized, sweeping flourish extending from the end of the name.

---

Prof. Dr. Markus Stoffels