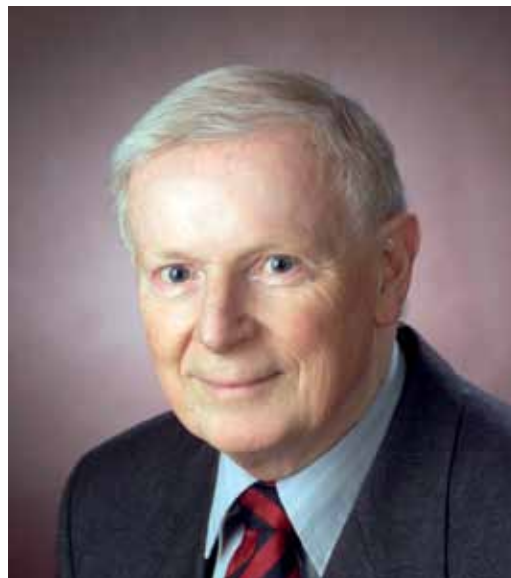


Es ist ziemlich genau drei Jahre her, dass der Gesetzgeber den Arbeitsvertrag – und damit den Arbeitnehmer – definiert hat. In § 611a BGB heißt es jetzt: „Durch den Arbeitsvertrag wird der Arbeitnehmer im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet.“ Das entspricht 1:1, so die Begründung, der bisherigen Rechtsprechung, und das BAG hat fortan auch nichts anderes getan, als seiner bisherigen Rechtsprechung das Etikett „§ 611a BGB“ hinzuzufügen (s. etwa BAG, Urt. v. 21.11.2017 – 9 AZR 117/17, NZA 2018, S. 448).

Selbstständiger, Arbeitnehmer, Beschäftigter?



**Prof. Dr. Dr. h.c.
Wolfgang Hromadka**
Universität Passau und
Karls-Universität zu Prag

Trotzdem wird, vor allem angesichts neuer Arbeitsformen, wie Crowdfunding oder Scrum, weiterhin um die Abgrenzung zwischen Arbeitnehmern und Selbstständigen gestritten. Bei rund 34 Mio. Arbeitsverhältnissen und über 2 Mio. Soloselbstständigen in Deutschland ist das kein Wunder. Zu viel hängt für beide Seiten von der richtigen Einordnung ab. Zudem mischt noch ein dritter Player mit: Die Sozialversicherung wittert in manchem Soloselbstständigen einen Scheinselbstständigen und damit einen verdeckten Beitragszahler. Der Gesetzgeber ist für seinen § 611a BGB viel gescholten worden. In der Tat ist der Paragraph kein Muster an Gesetzgebungskunst. Aber was hätte man inhaltlich besser machen können? Der Arbeitsvertrag

ist ein Dienstvertrag. Der Arbeitnehmer schuldet ein Sich-Bemühen, anders als beim Werkvertrag keinen Erfolg. Im Gegensatz zum freien Dienstnehmer erbringt er seine Dienste aber nicht in eigener Regie. Er hilft dem Arbeitgeber. Der Dienstvertrag umschreibt die Leistungen nur „rahmenmäßig“ und überlässt die Ausfüllung dem Arbeitgeber.

Es ist deshalb richtig, wenn der Gesetzgeber – ebenso wie übrigens der EuGH – als entscheidendes Kriterium für den Arbeitsvertrag die Weisungsgebundenheit nennt. Fremdbestimmtheit und persönliche Abhängigkeit sind nichts anderes als Folgen aus der Weisungsabhängigkeit. Unerheblich ist, ob der Auftragnehmer seine Leistungen in den Räumlichkeiten, zu deren Öffnungszeiten und/oder mit den Arbeitsmitteln des Auftragnehmers erbringt. Der Gesetzgeber hat bewusst – und zu Recht – die organisatorische Eingliederung in den Betrieb nicht als Tatbestandsmerkmal in § 611a BGB aufgenommen. Sie war immer nur ein – angesichts der zunehmenden Notwendigkeit, selbstständige Dienstleistungen im Betrieb des Auftraggebers zu erbringen – eher schwächer werdendes Indiz für die Weisungsabhängigkeit. Leider steht dieses Kriterium aus historischen Gründen noch in § 7 Abs. 1 SGB IV und das BSG hat es jüngst in einer umstrittenen Entscheidung benutzt, um Honorarärzte zusammen mit den angestellten Ärzten in die Sozialversicherung einzubeziehen (Urt. v. 4.6.2019 – B 12 R 10/18 R, NZA 2019, S. 1583). Die Folgen einer unrichtigen Einordnung sind für beide Seiten gravierend. Der Arbeitgeber muss für die gesamte Zeit der Beschäftigung die Sozialversicherungsbeiträge nachzahlen und kann sie nur in engem Rahmen vom Arbeitnehmer zurückverlangen. Die Verjährungsfrist beträgt vier, bei Vorsatz 30 Jahre; die vorenthaltenen Beiträge sind mit 12 % zu verzinsen. Außerdem macht er sich strafbar, wenn er eine Abführungspflicht auch nur für möglich gehalten hat. Anhaltspunkte dafür sind nach dem BGH (Beschl. v. 24.9.2019 – 1 StR 346/18) eindeutige Indizien für die Arbeitgeberbereitschaft, eine gesteigerte Erfahrung im Geschäftsverkehr, bei Kaufleuten die Verletzung von Erkundigungspflichten oder ein öffentlicher Diskurs zum Thema „illegale Beschäftigung“ in der betreffenden Branche. Nach dem neuen § 8 Abs. 3, 6 SchwarzArbG kann auch schon eine leichtfertige Vorenthaltung von Beiträgen mit einer Geldbuße bis zu 50.000 Euro geahndet werden. Aber auch der Scheinselbstständige, der sich in ein Arbeitsverhältnis einklagt, kommt nicht ungeschoren davon: Er muss, sofern nichts anderes vereinbart ist, die Differenz zwischen dem, was er aufgrund seines Dienst- oder Werkvertrags erhalten hat, und dem, was er als Arbeitnehmer erhalten hätte, zurückzahlen (§ 812 Abs. 1 Satz 1 BGB). Das höhere Honorar soll nämlich typischerweise (auch) die Risiken abdecken, die der freie Mitarbeiter im Gegensatz zum Arbeitnehmer selbst trägt (BAG, Urt. v. 26.6.2019 – 5 AZR 178/18, NZA 2019, S. 1558).

Was also tun, um diese Risiken zu vermeiden? § 7a Abs. 1 Satz 1 SGB IV gibt die Antwort: Bei der Deutschen Rentenversicherung Bund, Clearingstelle, 10704 Berlin, kann jede der beiden Parteien in einem sog. Statusverfahren feststellen lassen, ob ihr Vertrag ein Vertrag zwischen Selbstständigen oder ein Arbeitsvertrag ist.