

Betriebs Berater

14|2019

Recht ... Wirtschaft ... Steuern ... **VerpackG** ... **Anzeigepflicht** ... **Statusfeststellung** ...

1.4.2019 | 74. Jg.
Seiten 769–832

DIE ERSTE SEITE

Dr. Monika Wünnemann

Digitalsteuer und Co: Diskussion über neue internationale Steuerregeln

WIRTSCHAFTSRECHT

Martin Kardetzky, Syndikus-RA, und **Prof. Dr. Stefan Müller**

Das neue Verpackungsgesetz – Pflichten der Hersteller und Aufgaben für Sachverständige und Prüfer | 771

Dr. Thorsten Kuthe, RA

Umgang mit Anmeldefehlern bei einer (Publikums-)Hauptversammlung | 776

STEUERRECHT

Kristina Kepp, Syndikus-StBin, und **Franz Schober**, Syndikus-StB

Anzeigepflicht grenzüberschreitender und nationaler Steuergestaltungsmodelle – aktuelle Umsetzungsfragen | 791

Dipl.-Volksw. **Erich Hufnagel**, RA/StB

Keine gewerbesteuerliche Hinzurechnung von Entgelten für Datenbanknutzung | 800

BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

Michael Deubert, WP/StB, und **Dr. Stefan Lewe**, WP/StB

Bilanzierung von Software beim Anwender nach HGB – Besonderheiten bei Cloud-Lösungen | 811

ARBEITSRECHT

Silke Becker, RAin, und **Dr. Frank Hennecke**, Leitender MR a. D.

Das Statusfeststellungsverfahren nach § 7a SGB IV auf dem Prüfstand –

Die Schwächen des aktuellen Verfahrens sowie mögliche Lösungsansätze | 820

Silke Becker, RAin, und Dr. Frank Hennecke, Ltd. Ministerialrat a.D.

Das Statusfeststellungsverfahren nach § 7a SGB IV auf dem Prüfstand – Die Schwächen des aktuellen Verfahrens sowie mögliche Lösungsansätze

Das Statusfeststellungsverfahren in seiner jetzigen Form ist optimierungsbedürftig. Gerade in Bezug auf die moderne Arbeitswelt gelangt eine Vielzahl von Feststellungsbescheiden nicht zu zeitgemäßen und angemessenen Ergebnissen. Zudem mangelt es dem Verfahren an Transparenz, Rechtssicherheit und Akzeptanz. Dass hier Handlungsbedarf besteht, hat auch die aktuelle Regierung erkannt und im Koalitionsvertrag festgehalten: „Das Statusfeststellungsverfahren für Selbstständige wollen wir vereinfachen und zwischen den unterschiedlichen Zweigen der Sozialversicherung widerspruchsfrei ausgestalten“ (S. 42). Dieser Beitrag zeigt mögliche Lösungsansätze für eine Überarbeitung des Statusfeststellungsverfahrens auf. Dabei werden zunächst die Grundsätze, die in einem solchen Verfahren berücksichtigt werden sollten, herausgearbeitet. Darauf aufbauend werden verschiedene Abgrenzungskriterien näher betrachtet und Vorschläge für eine angemessene, zeitgemäße und transparente Wertung entwickelt.

I. Zur Einführung: Das „Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit“ von 1999

Für jede erwerbstätige Person ist es von existentieller Bedeutung, ob sie der Sozialversicherungspflicht unterliegt oder ob sie als *selbstständig* hiervon befreit ist. Um Rechtssicherheit und Zweifel in der Praxis auszuräumen, ist in § 7a SGB IV zur Feststellung des Sachverhaltes der Selbstständigkeit das sogenannte Statusfeststellungsverfahren geregelt. Die Vorschrift geht in der jetzt geltenden Fassung auf das „Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit“ vom 20.12.1999¹ sowie, was § 7 Abs. 1 S. 2 SGB IV betrifft, auf an dieser Stelle vernachlässigbare Änderungsgesetze zurück.² In der Begründung zu dem seinerzeitigen Gesetzesentwurf, der zu vorausgegangenen Gesetzesänderungen Klarheit verschaffen wollte, heißt es immerhin: Es gehe um

„ – Klarstellung, dass die gesetzlichen Neuregelungen zur genaueren Abgrenzung zwischen abhängiger Beschäftigung und Selbstständigkeit an der vor ihrem Inkrafttreten bestehenden Abgrenzung zwischen beiden Tätigkeitsformen festhalten, diese Abgrenzung also nicht zu Lasten der Selbstständigkeit verschieben

...

– Einführung eines Anfrageverfahrens zur Statusklärung und Klarstellung, dass aufgrund einer Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalles zu entscheiden ist, ob abhängige Beschäftigung oder selbstständige Tätigkeit vorliegt

– Erweiterte Möglichkeiten zur Befreiung von der Rentenversicherungspflicht für Selbstständige, insbesondere zur Förderung von Existenzgründungen

...

Mit dem vorliegenden Gesetzesentwurf sollen diese Vorschläge umgesetzt werden. Sie bringen deutliche Verbesserungen gegenüber der bestehenden Rechtslage.

Mit dem Anfrageverfahren eröffnen sie eine schnelle und unkomplizierte Möglichkeit zur Klärung der Statusfrage und verhindern dadurch divergierende Entscheidungen. Ferner werden unzumutbare Beitragsnachforderungen vermieden, die Position des gutgläubigen Arbeitgebers wird gestärkt. ... Existenzgründern wird eine besondere Befreiungsmöglichkeit von der Rentenversicherungspflicht eingeräumt, um ihre wirtschaftlichen Handlungsspielräume zu erweitern“.³

Ob die Vorschrift wirklich der Förderung der Selbstständigkeit dient, erscheint jedoch fraglich. Die Schwächen des Verfahrens und Vorschläge zu dessen Optimierung sind Gegenstand der vorliegenden Untersuchung.

II. Schwächen des Statusfeststellungsverfahrens

Im Rahmen des Statusfeststellungsverfahrens prüft die Clearingstelle in Berlin der Deutschen Rentenversicherung Bund (DRV) auf Antrag, ob ein Erwerbstätiger selbstständig oder abhängig beschäftigt ist. Das Verfahren soll dazu dienen, in Zweifelsfällen eine verlässliche Entscheidung über den Status des Erwerbstätigen zu erhalten. In der Praxis offenbaren sich allerdings eklatante Schwächen. Diese sind einmal der Rechtlage geschuldet. Es gibt keinen festen Kriterienkatalog zur Abgrenzung zwischen Selbstständigen und abhängig Beschäftigten, sondern es ist anhand einer wertenden Gesamtschau im Einzelfall zu entscheiden.⁴ Damit soll dem gesellschaftlichen und sozialen Wandel Rechenschaft getragen werden. 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.⁵ Wenn schon die Gerichte keine verlässlichen und vorhersehbaren Entscheidungen treffen können, so muss

1 BGBl. I 2000 S. 2.

2 Zu § 7a SGB IV vgl. als Kommentierung *Winkler* (Hrsg.), Sozialgesetzbuch IV. Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung, Lehr- und Praxiskommentar, 2. Aufl. 2016, S. 89 ff.; *Knospe*, in: Hauck/Nofz, Sozialgesetzbuch. Gesamtkommentar. SGB IV: Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung, Bf. 1, Loseblatt-Ausgabe, Stand: 5/2018; *Körner*, in: Körner u. a. (Hrsg.): Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht. SGB I, SGB IV, SGB V, Loseblatt-Ausgabe, Stand: 6/2018; *Berchtold*, in: Kreikebohm/Spellbrink/Weltermann (Hrsg.), Kommentar zum Sozialrecht, 2009, S. 801 ff.; *Rittweger*, in: Rofls u. a. (Hrsg.), Sozialrecht. SGB IV – Gemeinsame Vorschriften, SGB X – Sozialversicherungsverfahren, SGG – Sozialgerichtsgesetz. Schwerpunktcommentar, 2007, S. 40 ff. Zum Tatbestand von § 7a SGB IV und dessen Verhältnis zu § 7 SGB IV ausführlich BSG, 11.3.2009 – B 12 R 11/07 R.

3 BT-Drs. 14/1855 vom 21.10.1999, Begründung Allgemeiner Teil; vgl. auch Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung (11. Ausschuss), BT-Drs. 14/20146 vom 10.11.1999.

4 Ständige BSG Rechtsprechung, s. z. B. BSG, 25.4.2012 – B 12 KR 24/10 R, juris.

5 z. B. *Stindt*, NZS 2018, 481 ff.; *Uffmann*, NZA 2018, 265 ff., 269; SG Düsseldorf, 27.4.2009 – S 19 (25) AL 139/05, juris, Rn. 47.

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.⁶ 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.

Zudem ist das Statusfeststellungsverfahren, nicht nur für Außenstehende, sehr unübersichtlich. Es besteht aus einer Vielzahl von Fragen, die variieren können und zum Teil in Freitext beantwortet werden müssen. Die von der DRV hieraus gezogenen Schlüsse – selbstständig oder abhängig beschäftigt – sind in Teilen nicht nachvollziehbar und intransparent. Die Wertung der verschiedensten Kriterien steht nicht immer im Einklang mit der Rechtsprechung.⁷ Dies führt dazu, dass gerade in den Fällen, in denen die Vertragsparteien sich überlegt und freiwillig für diese Art der Leistungserbringung entschieden haben, die Bescheide vor Gericht angegriffen werden. Es kann dann mehrere Jahre dauern, bis die Sache rechtskräftig entschieden ist.

Denkt man über eine Überarbeitung des Statusfeststellungsverfahrens nach, muss dies zum einen im Hinblick auf eine *zeitgemäße Betrachtung der Erwerbsformen* geschehen. Zum anderen muss eine größere Transparenz geschaffen werden. Nur so kann die Akzeptanz und Rechtssicherheit des Statusfeststellungsverfahrens verbessert werden.

III. Mögliche Lösungsansätze zur Optimierung des Statusfeststellungsverfahrens

1. Im Statusfeststellungsverfahren zu beachtende Grundsätze

Zunächst gilt es, Grundsätze herauszuarbeiten, die im Statusfeststellungsverfahren zu beachten sind. So können Leitlinien entwickelt werden, nach deren Maßgabe die Statusfeststellung erfolgt und die Abgrenzungskriterien anzuwenden sind.

a) Sinn und Zweck der Sozialversicherung

Um solche Grundsätze aufzustellen, ist zunächst Sinn und Zweck der Sozialversicherung zu betrachten. Die Sozialversicherung soll die Versicherten in den verschiedensten Phasen ihres Lebens absichern, insbesondere bzgl. Alter und Krankheit. Dieser Schutz soll nicht zu Lasten der Schutzbedürftigen umgangen werden können. Mit der behördlichen Feststellung des Status auch gegen den Willen der Parteien soll die missbräuchliche Umgehung dieses Schutzes verhindert werden. Auf der anderen Seite steht das durch unser Grundgesetz geschützte Recht der Vertragsfreiheit. Die Parteien dürfen frei entscheiden, wie, in welcher Form und auf welcher Vertragsbasis sie ihre Erwerbstätigkeit gestalten wollen (Art. 2 Abs. 1 GG: allgemeine Handlungsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG: Berufsfreiheit). Wie bei Grundrechten verfassungsrechtlich geboten, setzt ein Eingriff in dieses Recht vernünftige Gründe des Gemeinwohls voraus, die sich allerdings sozialstaatlich verdichten können (Art. 20 Abs. 1 GG), sofern nur die Verhältnismäßigkeit gewahrt bleibt (zu den Voraussetzungen für eine Einschränkung der Vertragsfreiheit s. u. III. 2. a) cc) „Parteiwille“).

Daraus lässt sich folgender Grundsatz ableiten: „Schutzbedürftige sollten in die Sozialversicherungssysteme einbezogen werden, Nicht-Schutzbedürftige, wenn gegen ihren Willen, nur bei Vorliegen triftiger Gründe.“ Betrachtet man jedoch die von der DRV vorgenommene

Wertung einzelner Abgrenzungskriterien, muss man feststellen, dass es verschiedene Konstellationen gibt, in denen die angelegten Wertungsmaßstäbe zu einer Umkehrung dieses Grundsatzes führen. Dies wird auch anhand der nachfolgenden Ausführungen sichtbar.

b) Wandel der Arbeitswelt

Unbestritten ändert sich unsere Arbeitswelt (Schlagworte: Arbeit 4.0, Digitalisierung, agile Organisationsformen, Wissensgesellschaft). Dies führt dazu, dass die Grenzen zwischen Arbeitnehmern und Selbstständigen noch stärker verschwimmen. Der Gesetzgeber hatte die Möglichkeit solcher Änderungen gesehen und genau deswegen keinen festen Kriterienkatalog aufgestellt. Das bedeutet aber nicht, dass im Zweifel ein sogenanntes „Normalarbeitsverhältnis“ anzunehmen ist. Die Idee, das Normalarbeitsverhältnis sei für unsere Gesellschaft und vor allem für den Erwerbstätigen die bevorzugte und in Zweifelsfällen zwingend anzuwendende Vertragsform, entbehrt jeder Grundlage.⁸ Unsere Gesellschaft hat sich verändert. Nicht alle Erwerbstätigen wünschen sich, ein Berufsleben lang an einen Arbeitgeber gebunden zu sein. Sie wollen sich nicht den Unternehmensstrukturen, Karrierewegen und sonstigen Vorgaben eines Unternehmens unterwerfen. Sie haben entdeckt, dass Know-how und Expertise das „neue Kapital“ sind, das sie als Selbstständige anbieten können und dass sie so die Möglichkeit haben, frei zu entscheiden, wie sie ihr Wissen weiterentwickeln, vermarkten und insgesamt einsetzen können. Unternehmen benötigen dieses externe Wissen. Sie brauchen gerade in unserer digitalen und dynamischen Welt schnellen und flexiblen Zugang zu diesen wissensbasierten Dienstleistungen um zukunftsfähig zu bleiben.⁹ Die DRV tut sich jedoch oft schwer, diese wissensbasierten Leistungen als selbstständig anzuerkennen.

Auf der anderen Seite werden Tätigkeiten als selbstständig eingestuft, die „echten Kapitaleinsatz“ erfordern, einfach zu definieren sind, nur selten beim Auftraggeber stattfinden und keinen Wissensaustausch erfordern. So ist es einfacher, die Selbstständigkeit eines Plakatanschlägers zu begründen, der nach vorgeschriebenen Tourenplänen, die unter anderem Ort und Tag vorgeben, über Jahre hinweg Plakate seines Auftraggebers aufhängt, als die eines Interim Managers oder IT-Beraters. Auch im Hinblick auf Sinn und Zweck der Sozialversicherung scheinen solche Ergebnisse unangemessen und nicht zeitgerecht.

Bei der Überarbeitung des Statusfeststellungsverfahrens ist daher besonderes Augenmerk auf die neue Arbeitswelt zu legen. Dass dies auch in der Politik so gesehen wird, zeigt sich daran, dass der oben zitierte Passus aus dem Koalitionsvertrag zum Statusfeststellungsverfahren unter der Überschrift „Digitalisierung“ steht.

c) Angemessenheit und Rechtssicherheit

Das Statusfeststellungsverfahren soll sowohl dem Erwerbstätigen als auch seinem Auftraggeber eine verlässliche Auskunft darüber geben, ob es sich um eine selbstständige Tätigkeit handelt. Im Idealfall würde der Bescheid dann von allen Seiten akzeptiert. Dafür müsste die Be-

⁶ Becker, DB 15, 2267 ff., 2268; Schnapp, NZS 2014, 41 ff., 44; Uffmann, Interim Management, 2015, S. 205 m. w. N.; insgesamt zu den Schwächen des Statusfeststellungssystems in der Praxis s. Becker, in: Handbuch Leiharbeit und Werkverträge, 2017, S. 218 – 220.

⁷ Kunz, in: Henssler/Grau, Arbeitnehmerüberlassung und Werkverträge, 2016, S. 113 f.

⁸ Zur kritischen Betrachtung des Normalarbeitsverhältnisses s. auch Uffmann, Interim Management, 2015, S. 201 – 204.

⁹ Vgl. auch Jacobs/Kagermann/Spath (Hrsg.), Arbeit in der digitalen Transformation – Agilität, lebenslanges Lernen und Betriebspartner im Wandel. Ein Beitrag des Human-Resources-Kreises von acatech und der Jacobs Foundation – Forum für Personalvorstände zur Zukunft der Arbeit (acatech DISKUSSION), 2017, S. 22, 23.

gründung nachvollziehbar sein, sowohl in technischer Hinsicht (wie kam es zu dieser Entscheidung) als auch inhaltlicher (Richtigkeit der Entscheidung). Gerade das ist derzeit nicht der Fall. Zwar listet die DRV die Argumente pro Selbstständigkeit und pro abhängige Beschäftigung separat auf. Allerdings sind weder alle Argumente nachvollziehbar noch deren Wertung und Gewichtung. Daher werden viele Bescheide, die den Status selbstständig verneinen, gerichtlich überprüft. Dies vor allem dann, wenn sich beide Vertragspartner bewusst und freiwillig für ein selbstständiges Auftragsverhältnis entschieden haben, die Auftragsdurchführung entsprechend ausgestalten und überzeugt sind, dass eine selbstständige Tätigkeit vorliegt. Angriffspunkte bieten die Bescheide aus den oben dargelegten Gründen genug, so dass ein Gerichtsverfahren zwar langwierig aber durchaus erfolgversprechend sein kann. Hinzu kommt der Eindruck, dass die DRV die Änderung unserer Arbeitswelt inklusive der neueren Rechtsprechung hierzu nur bedingt berücksichtigt und die Wertung von einem gewissen Eigeninteresse an Beitragszahlungen beeinflusst wird. Dies führt zu Zweifeln an der Objektivität und Richtigkeit der Statusfeststellungsbescheide. Das ließe sich ändern, indem klare Regeln für die abzufragenden Kriterien und deren Wertung aufgestellt werden, die sowohl den Schutzzweck der Sozialversicherung als auch den Wandel der Arbeitswelt berücksichtigen. Diese Grundsätze spiegeln sich in vielen neueren Urteilen der Sozialgerichte.

d) Zwischenfazit

Eine Überarbeitung des Statusfeststellungsverfahrens muss die vorgenannten Grundsätze berücksichtigen. Bei der Bewertung spielen daher Sinn und Zweck der Sozialversicherung („Schutzbedürftigkeit“) sowie die Anpassung an den gesellschaftlichen Wandel, insbesondere die Veränderung unserer Arbeitswelt, eine elementare Rolle. Darüber hinaus sind klare Regeln aufzustellen, nach denen die DRV bei der Wertung der Abgrenzungskriterien vorgeht. Nur so kann das Statusfeststellungsverfahren zu einem verlässlichen Verfahren werden, um den Status eines Erwerbstätigen zu bestimmen.

2. Vorschlag zur Bewertung der Abgrenzungskriterien im Statusfeststellungsverfahren

Das Statusfeststellungsverfahren ist ein komplexes Verfahren, das über die Jahrzehnte weiterentwickelt wurde. Anspruch dieses Beitrages ist es daher, die wichtigsten Kriterien und Eckpunkte aufzuzeigen, mit denen das Statusfeststellungsverfahren zu einem transparenten, zeitgemäßen und verlässlicherem Instrument werden kann, das insbesondere den neuen Erwerbsformen und dem Schutzgedanken der Sozialversicherung Rechnung trägt.

Zunächst sollte man sich die Hauptmerkmale für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis vor Augen führen. Dies sind arbeitsvertragstypische Weisungsgebundenheit und Eingliederung in die Arbeitsorganisation. Daneben gibt es noch weitere Merkmale, insbesondere das unternehmerische Auftreten und Risiko des Erwerbstätigen. Die Weisungsabhängigkeit bzw. deren Fehlen ist allerdings das entscheidende Merkmal.¹⁰ Nur wenn hier Zweifel bestehen, sind die anderen Punkte relevant. Die ersten beiden Merkmale sind nicht immer klar zu trennen, denn eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation ist ohne Weisungen schwer denkbar.¹¹ Die nachfolgend genannten Ausführungen zur Weisungsabhängigkeit schließen daher die Frage nach einer möglichen Eingliederung mit ein, z. B. können zeitliche und örtliche Vorgaben sowie Abstimmungen sowohl als Indiz für Weisungsabhängig-

keit als auch für Eingliederung in die Betriebsorganisation gewertet werden.

Weiter ist zu überlegen, ob durch die Einführung von „Positiv-Kriterien“ angemessenere Ergebnisse und mehr Rechtssicherheit und Transparenz erzielt werden.

a) Positiv-Kriterien

Mit Positiv-Kriterien sind Kriterien gemeint, bei deren Vorliegen der Status selbstständig vermutet wird. Ob bzw. wie widerlegbar diese Vermutung ist, kann variieren. Positiv-Kriterien geben den Betroffenen in dieser komplexen und unübersichtlichen Rechtslage mehr Rechtssicherheit. Schon das macht ihre Einführung sinnvoll. So fordern auch Teile der Literatur die Einführung von Positiv-Kriterien.¹² Nachfolgend werden mögliche Positiv-Kriterien und ihre Wertung näher beleuchtet.

aa) Besonderes Know-how

Das Vorliegen besonderen Know-hows bzw. Expertise oder speziellen Fachwissens sollte als Positiv-Kriterium für die Selbstständigkeit gewertet werden.¹³ Zum einen spricht es dafür, dass der Erwerbstätige in der Lage ist, die vereinbarten Leistungen selbstständig und unabhängig wahrzunehmen und dass ihm insbesondere keine fachlichen Weisungen erteilt werden können.¹⁴ Es ist also ein Zeichen für Eigenständigkeit und Weisungsunabhängigkeit.

Darüber hinaus ist in unserer heutigen Wissens- und Informationsgesellschaft Wissensarbeit elementarer Bestandteil der Wertschöpfungskette. Insbesondere im Hinblick auf die digitale Zukunft ist es dringend nötig, dieses Wissen als wichtigen unternehmerischen Parameter anzuerkennen. Erwerbstätige sollten die Möglichkeit haben, frei zu entscheiden, wie sie ihr Wissen weiterentwickeln, vermarkten und einsetzen wollen.¹⁵ Es gibt keinen Grund, die aus dem Grundgesetz resultierende Handlungsfreiheit und Privatautonomie hier einzuschränken.

Die derzeitige Prüfpraxis der DRV geht allerdings in eine andere Richtung. Sie verweist bei Diensten höherer Art auf eine Sozialgerichtsrechtsprechung, nach der sich die Weisungsgebundenheit zu einer funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess verfeinert. In der Auslegung der DRV führt das dazu, dass bei Diensten höherer Art, also insbesondere bei besonderem Know-how des Erwerbstätigen, eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Kunden einfacher zu begründen ist, als bei Personen mit nur geringem Fachwissen. Der Spezialist hat damit weniger Möglichkeiten, seine Leistung im Rahmen einer selbstständigen Tätigkeit anzubieten, als derjenige, der über keine besonderen Fachkenntnisse verfügt. Dies widerspricht dem Schutzgedanken der Sozialversicherungssysteme. Auch entspricht diese Auslegung nicht der aktuellen Rechtsprechung.¹⁶

10 Vgl. z. B. *Stindt*, NZS 2018, 481 ff., 486, der die neue BSG Rechtsprechung wie folgt zusammenfasst: „Eine Beschäftigung gemäß § 7 Abs. 1 SGB IV setzt zwingend das arbeitsvertragstypische Weisungsrecht des Arbeitgebers voraus.“

11 Vgl. *Uffmann*, Interim Management, 2015, S. 222–230.

12 Z. B. *Uffmann*, NZA 2018, 265 ff., 268, 269, 272.

13 So auch *Uffmann*, NZA 2018, 265 ff., 269, 270.

14 Vgl. z. B. LSG Rheinland-Pfalz, 12.12.2017 – L 6 R 133/17, juris, Rn. 54; LSG Baden-Württemberg, 18.5.2015 – L 11 R 4586/12, juris, Rn. 57; LSG Baden-Württemberg, 18.1.2018 – L 7 R 850/17, juris, Rn. 97; LSG Baden-Württemberg, 7.11.2017 – L 11 R 2507/16 ZVW, juris, Rn. 57.

15 Ähnlich *Uffmann*, NZA 2018, 265 ff., 269, 270.

16 S. Urteile in Fn. 15, die Fachwissen als Indiz für Selbstständigkeit bewerten, insbesondere LSG Baden-Württemberg, 7.11.2017 – L 11 R 2507/16 ZVW, juris, Rn. 57, das explizit die „funktionsgerecht dienende Teilhabe“ ablehnt. S. auch *Stindt*, NZS 2018, 481 ff., 487 zur BSG Rechtsprechung bzgl. funktionsgerecht dienender Teilhabe (4c) und höherwertiger

Das Vorliegen von besonderen Know-hows sollte als Positiv-Kriterium bei der Statusfeststellung herangezogen werden.

bb) Vergütungshöhe

In jüngerer Zeit gab es mehrere Urteile, die die Höhe des Honorars als gewichtiges Indiz für die Selbstständigkeit werten.¹⁷ So hat das Bundessozialgericht im Fall eines Erziehungsbeistandes festgestellt, dass ein Honorar, das deutlich über dem Arbeitsentgelt eines vergleichbaren sozialversicherungspflichtigen Beschäftigten liegt und dadurch Eigenvorsorge zulässt, ein gewichtiges Indiz für die Selbstständigkeit ist.¹⁸ Entscheidend ist also, ob das Honorar die erforderliche Vorsorge dauerhaft ermöglicht, die bei abhängig Beschäftigten durch die Sozialversicherungssysteme wahrgenommen wird. Dies trägt dem Schutzgedanken der Sozialversicherung Rechnung. Darüber hinaus führt ein höheres Honorar zu mehr Eigenständigkeit und Unabhängigkeit. Auch in Teilen der Literatur wird die Wertung der Honorarhöhe als positives Indiz für die Selbstständigkeit begrüßt.¹⁹

Soweit das Bundessozialgericht in der vorgenannten Entscheidung auf das Arbeitsentgelt vergleichbarer abhängig Beschäftigter verweist, kann dies nicht als Voraussetzung gewertet werden, um die ausreichende Honorarhöhe zu bejahen. Zum einen hat der Selbstständige kaum die Möglichkeit, bei Auftragserteilung zu prüfen, ob sein Stundensatz höher ist, als das Gehalt, das sein Auftraggeber vergleichbaren abhängig Beschäftigten zahlt, zumal in vielen Fällen fraglich ist, ob es überhaupt vergleichbare Positionen beim Auftraggeber gibt. Auch die für den Dienstleistungseinkauf zuständige Abteilung muss nicht zwingend einen Überblick über die internen Gehälter haben. Zum anderen hat das BSG die Differenz zum vergleichbaren Arbeitsentgelt angeführt, um darzulegen, dass hier genügend Raum für Eigenvorsorge besteht. Entscheidend ist, ob die Höhe der Vergütung dem Erwerbstätigen die Eigenvorsorge ermöglicht und nicht der Vergleich mit internen Gehältern des Auftraggebers. Wäre es anders, würde dies dazu führen, dass Unternehmen, die ihren Mitarbeitern überdurchschnittlich hohe Gehälter zahlen, externe Dienstleistungen zu höheren Preisen einkaufen müssten als ihre Wettbewerber – ein aberwitziges Ergebnis.

Die Vergütungshöhe ist damit als Positiv-Kriterium für den Status als Selbstständiger zu werten.²⁰ Wie hoch das Honorar sein muss, um die ausreichende Eigenvorsorge zu gewährleisten, kann hier nicht abschließend beurteilt werden. Anhaltspunkt bietet die oben zitierte BSG Entscheidung, die einen Stundensatz von 40 Euro in dem zu entscheidenden Fall als ausreichend ansieht.

cc) Parteiwille

Der Wille der Vertragsparteien hat eine entscheidende Bedeutung bei der Abgrenzung.²¹ Gerade im „Graubereich“, also da, wo die Zuordnung nicht eindeutig ist und Argumente für beide Vertragsformen vorliegen, muss der Parteiwille ausschlaggebend sein. Vertragsfreiheit ist ein Grundrecht. Es beinhaltet die Möglichkeit, die Vertragsform für die Erwerbstätigkeit frei zu wählen. Dem können zwar Grenzen gesetzt sein, allerdings sind an diese – wie bei Grundrechtseinschränkungen üblich – hohe Anforderungen zu stellen.²² Eine Regelung, nach der im Zweifelsfall eine abhängige Beschäftigung anzunehmen ist, gibt es nicht. Sie wäre mit den grundrechtlichen Positionen der Betroffenen nicht vereinbar.²³ Nicht ausreichend für die Beschränkung der Privatautonomie ist das Argument, die Sozialversicherungssysteme finanzieren zu müssen. Eine Art „Finanzierungsgarantie“ der

Sozialversicherungsträger, die zu einer Grundrechtseinschränkung berechtigt, gibt es nicht.²⁴

Zulässiger Grund für eine Grundrechtseinschränkung ist der Schutzgedanke der Sozialversicherungssysteme und die Verhinderung der missbräuchlichen Umgehung dieses Schutzes. Das ist der Fall, wenn die Wahl des selbstständigen Vertragsverhältnisses zu Lasten des Auftragnehmers erfolgt, dieser sich also nicht bewusst und aus freien Stücken für die Selbstständigkeit entschieden hat (kein subjektiver Parteiwille). Bei Dienstleistungen, die besonderes Know-how voraussetzen und deren Vergütung die Eigenvorsorge zulässt, besteht kein Anlass, eine solche missbräuchliche Umgehung zu vermuten.²⁵ Hier finden Vertragsverhandlungen auf Augenhöhe statt, denn der Erwerbstätige bietet mit seiner Know-how basierten Leistung eine nachgefragte, nicht einfach austauschbare Leistung an. Wird nichts Gegenteiliges nachgewiesen, ist davon auszugehen, dass der Selbstständige sich bewusst und freiwillig für diese Art der Erwerbsform entschieden hat. Nur wenn die selbstständige Leistung nicht möglich ist, da es sich um weisungsgebundene, fremdbestimmte Arbeit handelt, darf gegen den Willen der Parteien ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis angenommen werden. Da bei besonderem Fachwissen fachliche Weisungen weitestgehend ausgeschlossen sind, ist auch dies ein starkes Indiz, dass der Parteiwille ausschlaggebend ist.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Wille der Vertragsparteien, die Leistungen auf selbstständiger Basis zu erbringen, als Positiv-Kriterium für die Selbstständigkeit zu werten ist. Dies allerdings nur unter der Maßgabe, dass diese Art der Vertragsgestaltung auch dem subjektiven Willen des Erwerbstätigen entspricht, er also nicht gezwungenermaßen in den Vertrag eingewilligt hat. Bei Vorliegen der Positiv-Kriterien „besondere Know-how“ und „Vergütungshöhe“ ist dies zu bejahen. Insoweit besteht zwischen den Kriterien eine Abhängigkeit.

dd) Fazit aus der Prüfung der Positiv-Kriterien

Liegen alle drei Positiv-Kriterien vor, so ist der Status „Selbstständig“ im Sinne einer Vermutung zu bejahen, es sei denn, aus der nachgelagerten Prüfung ergibt sich zweifelsfrei eine arbeitsvertragliche Weisungsgebundenheit. Kann also das Bestehen des arbeitsvertragstypischen Weisungsrechts nicht eindeutig festgestellt werden, weil es sowohl Argumente für Weisungsgebundenheit als auch Argumente für Weisungsfreiheit gibt, kann kein abhängiges Beschäftigungsverhältnis angenommen werden. Bei Vorliegen der drei Positiv-Kriterien ist daher lediglich die Frage nach der Weisungsgebundenheit zu stellen. Die weiteren Prüfungsschritte erübrigen sich.

Werden nur ein oder zwei der Positiv-Kriterien bejaht, hat dies immer noch Indiz-Wirkung für den Status Selbstständig, allerdings von geringerem Gewicht. Die einzelnen Positiv-Kriterien haben darüber hi-

Tätigkeit (4e). Ausführlich zur „funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess“ *Uffmann*, *Interim Management*, 2015, S. 266 ff.

17 BSG, 31.3.2017 – B 12 R 7/15 R, BB 2017, 2555, juris, Rn. 50; LSG Baden-Württemberg, 7.11.2017 – L 11 R 2507/16 ZVW, juris, Rn. 63; LSG Rheinland-Pfalz, 12.12.2017 – L 6 R 133/17, juris, Rn. 58.

18 BSG, 31.3.2017 – B 12 R 7/15 R, BB 2017, 2555, juris, Rn. 50.

19 *Uffmann*, NZA 2018, 265 ff., 268, 269; *Timme*, jM 2018, 68 ff., 71.

20 So auch *Uffmann*, NZA 2018, 265 ff., 268, 269.

21 Ausführlich zur Relevanz des Parteiwillens s. *Uffmann*, *Interim Management*, 2015, S. 247 ff.

22 *Jarass/Pieroth*, GG, 13. Aufl. 2014, Art. 20, Rn. 27.

23 LSG Baden-Württemberg, 18.1.2018 – L 7 R 850/17, juris, Rn. 80 m. w. N.; *Becker/Tuengerthal*, BB 2016, 2229 ff., 2233.

24 LSG Baden-Württemberg, 8.7.2016 – L 4 R 4979/15, juris, Rn. 52.

25 Ähnlich *Uffmann*, NZA 2018, 265 ff., 269 m. w. N.

naus Einfluss die Wertung einiger der nachfolgend genannten Kriterien (s. u.).

b) Kriterien zur Feststellung arbeitsvertragstypischer Weisungsgebundenheit

Entscheidend für die Feststellung eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ist das Bestehen einer arbeitsvertragstypischen Weisungsgebundenheit (s. o. III.2.). Arbeitsvertragstypisch deswegen, weil auch in Dienst- oder Werkverträgen Weisungen bzw. Vorgaben möglich sind.²⁶ Gemäß § 611a BGB kann das Weisungsrecht Inhalt, Durchführung, Zeit und Ort der Tätigkeit betreffen. Die nachfolgende Betrachtung beleuchtet daher örtliche, zeitliche, fachliche und personelle Weisungen. Die beiden letztgenannten Aspekte sind Ausfluss von Weisungen, die Inhalt und Durchführung betreffen.

aa) Vor-Ort-Tätigkeit (örtliche Weisungen)

Die DRV sieht eine Vor-Ort-Tätigkeit als Kriterium gegen die Selbstständigkeit und für die abhängige Beschäftigung. Dies entspricht nicht der aktuellen Rechtsprechung. Diese differenziert danach, ob es für die Vor-Ort-Tätigkeit einen sachlichen Grund gibt. Ist die Anwesenheit vor Ort Sachzwängen geschuldet bzw. liegt sie in der Natur der Sache, so ist sie für die Abgrenzung zwischen Selbstständigen und abhängig Beschäftigten nicht relevant.²⁷ In anderen Fällen, insbesondere wenn der Auftraggeber den Ort einseitig und ohne Sachgrund vorgeben kann, ist sie ein Kriterium für eine abhängige Beschäftigung.

Im Rahmen eines Statusfeststellungsverfahrens muss daher eine Vor-Ort-Tätigkeit, die auf Sachgründen beruht, als irrelevant für die Abgrenzung eingestuft werden. Sie darf nicht als Kriterium für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung gewertet werden. Dies gilt auch, soweit dieses Kriterium im Hinblick auf die Eingliederung in die Arbeitsorganisation betrachtet wird. Kann der Erwerbstätige hingegen seinen Arbeitsort frei wählen, ist das Fehlen der örtlichen Weisungsgebundenheit Kriterium für den Status Selbstständig.

bb) Zeitvorgaben (zeitliche Weisungen)

Zeitvorgaben wertet die DRV ebenfalls als Kriterium für eine abhängige Beschäftigung. Auch hier geht die Rechtsprechung differenzierter vor. So wird eine zeitliche Weisungsgebundenheit nur bejaht, wenn der Betroffene grundsätzlich einer ständigen Dienstbereitschaft unterliegt und der Auftraggeber die Lage der Arbeitszeit einseitig bestimmen kann. Ergeben sich zeitliche Vorgaben aus Sachzwängen oder wurden diese einvernehmlich vereinbart, sprechen sie nicht gegen die Selbstständigkeit.²⁸

Die DRV darf im Statusfeststellungsverfahren daher Zeitvorgaben nur dann als Kriterium für eine abhängige Beschäftigung werten, wenn sie ohne Sachgrund einseitig vom Auftraggeber vorgegeben werden können. In allen anderen Fällen sind solche Vorgaben für die Abgrenzung nicht relevant, auch nicht in Hinblick auf die Eingliederung in die Arbeitsorganisation. Gibt es außer einigen Eckterminen (z.B. Abgabe- und oder Endtermine) keine Zeitvorgaben, ist die zeitliche Weisungsgebundenheit abzulehnen.

cc) Fachliche Weisungen

Fachliche Weisungen beziehen sich auf die Art und Weise der Durchführung. Allerdings sind nicht alle Vorgaben bereits Weisungen, denn es ist selbstverständlich, dass der Auftraggeber Einfluss auf die von

ihm beauftragte Leistung hat. Entscheidend ist, ob der Erwerbstätige Gestaltungsfreiraum hat, selbst zu entscheiden, wie er seine Leistung erbringt, ob er also im Kernbereich seiner Leistung weisungsfrei ist.²⁹ Eine solche Freiheit ist anzunehmen, wenn für die Leistung besonderes Know-how erforderlich ist, insbesondere wenn der Erwerbstätige originär erworbene *Fachkompetenz* einbringt. Denn dann wird dieses Wissen gerade zur Auftragsgestaltung und -durchführung benötigt.³⁰ Etwas anderes ergibt sich auch nicht unter Berücksichtigung der sogenannten „funktionsgerecht dienenden Teilhabe“. Dieses Rechtsinstitut kann nicht dazu genutzt werden, bei Fehlen von fachlichen Weisungen aufgrund von besonderen Know-how und Fachwissen eine Weisungsgebundenheit bzw. eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation anzunehmen und den Erwerbstätigen so als abhängig Beschäftigten einzustufen. Das würde dazu führen, dass die Hürden als selbstständig Tätiger anerkannt zu werden, bei wissensbasierten Leistungen erheblich höher sind, als bei einfachen Tätigkeiten – ein widersinniges, mit dem Schutzgedanken der Sozialversicherung nicht zu vereinbarendes, Ergebnis. (Siehe hierzu die Ausführungen oben unter III, 2. a) aa) „Know-how“ m. w. N.)

Fachliche Weisungsfreiheit ist auch bei Vorliegen von besonderen Know-how und Fachwissen ein wichtiges Kriterium für die Selbstständigkeit und kann nicht durch das Vorliegen einer angeblichen bzw. vermuteten Eingliederung in die Arbeitsorganisation negiert werden.

dd) Leistungsbeschreibung – Notwendigkeit von Abstimmungen und weiteren Konkretisierungen – Agile Projektorganisationsformen (fachliche Weisungen)

Aus vielen Bescheiden der DRV geht hervor, dass die DRV für selbstständige Tätigkeiten eine Leistungsbeschreibung erwartet, die so gefasst ist, dass die Selbstständigen ihre Leistungen ohne weitere Abstimmungen und Konkretisierungen durch den Auftraggeber erbringen. Das ist bei modernen Dienstleistungen nicht möglich. Selbst bei Werkleistungen lässt sich, gerade in der IT und anderen innovativen und dynamischen Projekten, das geschuldete Ergebnis im Vorfeld nicht mehr im Detail festlegen. Die Erfahrung hat gezeigt, dass viele Projekte genau wegen der starren Anforderungen und Vorgaben gescheitert sind. Agile Projektorganisationsformen sind die Antwort auf dieses Scheitern. Sie geben das zu erreichende Ziel, die Vision vor, den Weg dahin jedoch nur grob. Die Planungs- und Entwurfsphase wird zugunsten der Entwicklungsphase verkürzt. So können die beteiligten Experten und Fachleute besser auf die besonderen, sich teilweise ändernden Anforderungen und Herausforderungen eingehen. Eine Konsequenz dieser agilen Projekte ist, dass sowohl Abstimmungen als auch Konkretisierungen des Leistungsgegenstandes während der Vertragslaufzeit erforderlich sind. Beides sieht die DRV als Kriterium für abhängige Beschäftigung.

26 S. hierzu *Becker*, in: *Handbuch Leiharbeit und Werkverträge*, 2017, S. 221 ff. m. w. N.

27 Z. B. LSG Baden-Württemberg, 6.2.2018 – L 11 R 4499/16, juris, Rn. 57; LSG Baden-Württemberg, 18.1.2018 – L 7 R 850/17, juris, Rn. 96, 99; LSG Baden-Württemberg, 8.7.2016 – L 4 R 4979/15, juris, Rn. 39.

28 Vgl. z. B. LSG Baden-Württemberg, 18.1.2018 – L 7 R 850/17, juris, Rn. 94, 95; LSG Baden-Württemberg, 8.7.2016 – L 4 R 4979/15, juris, Rn. 38.

29 LSG Berlin-Brandenburg, 14.9.2017 – L 1 KR 404/15, juris, Rn. 53; LSG Berlin-Brandenburg, 7.7.2017 – L 1 KR 41/14, juris, Rn. 37.

30 Vgl. LSG Baden-Württemberg, 18.1.2018 – L 7 R 850/17, juris, Rn. 97; LSG Baden-Württemberg, 7.11.2017 – L 11 R 2507/16 ZVW, juris, Rn. 57; LSG Baden-Württemberg, 18.5.2015 – L 11 R 4586/12, juris, Rn. 57.

Wissen zu teilen und gemeinsam zu nutzen ist Ausdruck unserer Wissensgesellschaft und deren großer Mehrwert. Abstimmungen zwischen Erwerbstätigen und ihren Auftraggebern als Kriterium für abhängige Beschäftigung anzusehen, würde bedeuten, diesen Mehrwert nur im Arbeitsverhältnis (oder in der Arbeitnehmerüberlassung) zuzulassen. Die gleiche Situation ergibt sich hinsichtlich der durch agile Projektorganisation notwendig werdenden Konkretisierungen der Leistungsbeschreibungen. Das kann nicht gewollt sein und wird dem Wandel unserer Arbeitswelt nicht gerecht. Zudem würde das in vielen Fällen dazu führen, dass einfache Tätigkeiten durch Selbstständige erbracht werden könnten und komplexe Tätigkeiten nur durch abhängig Beschäftigte. Dies widerspricht dem Schutzgedanken der Sozialversicherungssysteme, denn die Leistungserbringer einfacher Tätigkeiten erhalten in der Regel eine geringere Vergütung und sind leichter austauschbar. Damit besteht eine größere Abhängigkeit und Schutzbedürftigkeit.

Es sollte daher wie folgt unterschieden werden: Liegt besonderes Know-how des Erwerbstätigen vor, ist davon auszugehen, dass Abstimmungen und Absprachen dazu dienen, dieses Know-how zu nutzen. Auch beeinflusst der Erwerbstätige mit seinem Wissen die Leistung und deren Gestaltung. Er erhält also gerade keine einseitigen Vorgaben vom Auftraggeber. Dieses Einbringen von Wissen bzw. der Wissensaustausch ist mit Beratung gleichzusetzen. Die Erbringung von Beratungsleistungen und eine Weisungsbefugnis schließen sich jedoch strukturell aus. Dies gilt z. B. für Beratungsleistung und darauf aufbauende Programmierleistung.³¹ Insgesamt ist festzuhalten, dass Personen mit besonderem Know-how gerade beauftragt werden, um von diesem Wissen zu profitieren. Dafür sind in der Regel Abstimmungen, Gespräche etc. erforderlich.

Ähnliches gilt für die Konkretisierungen des Leistungsgegenstandes. Projekte, die besondere Fachkompetenz benötigen, werden aufgrund ihrer Komplexität häufig agil umgesetzt. Soweit dann später Konkretisierungen erforderlich sind, hat dies einen Sachgrund. In Teilen werden die Konkretisierungen sogar durch den Erwerbstätigen beeinflusst. Als Weisung können sie daher nicht gewertet werden.³²

Liegt dagegen kein besonderes Know-how vor und gibt es keinen anderen sachlichen Grund für regelmäßige Absprachen, kann dies als Indiz für eine abhängige Beschäftigung gewertet werden, denn es ist anzunehmen, dass der Auftraggeber so die Möglichkeit hat, frei bzw. einseitig über die Arbeitskraft des Erwerbstätigen zu verfügen.

Zusammenfassend heißt das: Abstimmungen zwischen Erwerbstätigen und ihren Auftraggebern sind kein Indiz gegen die Selbstständigkeit, wenn es sich um wissensbasierte Leistungen handelt, der Selbstständige also besonderes Know-how mitbringt. Erforderliche Konkretisierungen der Leistung während der Vertragslaufzeit sprechen ebenfalls nicht per se gegen die Selbstständigkeit, soweit sie auf einem sachlichen Grund beruhen, wie es z. B. bei agilen Projekten der Fall ist.

ee) Persönliche Leistungserbringung (personelle Weisungen)

Personelle Weisungen liegen dann vor, wenn der Auftraggeber bestimmen kann, welche Personen die Leistungen erbringen sollen, er also ein Direktionsrecht hat. Diese Art der Weisungsbefugnis spielt vor allem dann eine Rolle, wenn es sich bei den beauftragten Leistungen um solche handelt, die mehrere Personen gemeinsam erbringen. Bei dieser Art von Werk- oder Dienstverträgen kommt der Personalho-

heit entscheidende Bedeutung zu.³³ Im Statusfeststellungsverfahren wird allerdings der Vertrag eines Selbstständigen geprüft. Das Volumen eines solchen Vertrages kann in der Regel durch eine Person abgedeckt werden. Personalhoheit im klassischen Sinne gibt es daher nicht. Deswegen prüft die DRV im Statusfeststellungsverfahren, ob eine Verpflichtung zur persönlichen Leistungserbringung besteht und ob der Selbstständige die Leistung ausschließlich persönlich erbringt. Die höchstpersönliche Leistungserbringung wertet die DRV dann als Kriterium gegen eine selbstständige Tätigkeit. Das ist nicht nachvollziehbar, insbesondere im Hinblick auf wissensbasierte Leistungen. Hier beruht die persönliche Leistungserbringung auf einem Sachgrund. Denn es geht um das spezielle Know-how, die *originäre Kompetenz* des Erwerbstätigen. Der Auftrag wird wegen dieser Expertise vergeben. Die persönliche Leistungserbringung ist daher Teil der Beauftragung bzw. ein Austausch nur sehr eingeschränkt möglich. Das entspricht auch der Wertung des Gesetzes. § 613 S. 1 BGB besagt, dass die Leistung im Zweifel in Person zu leisten ist. Diese Norm gilt für alle Dienstverhältnisse und nicht nur für Arbeitsverhältnisse.³⁴ Auch vor dem Hintergrund des Schutzgedanken der Sozialversicherung ist es nicht zielführend, die persönliche Leistungserbringung als Kriterium gegen die Selbstständigkeit zu werten. Die persönliche Leistungserbringung erfolgt insbesondere dann, wenn die Expertise des Erwerbstätigen für den Auftraggeber von Bedeutung ist, ein Austausch also nicht ohne Weiteres möglich ist. Damit besteht aber ein geringeres Schutzbedürfnis als bei Personen, die einfach austauschbar sind und von denen daher in der Regel keine persönliche Leistungserbringung gefordert wird. Dabei ist selbstverständlich nicht ausgeschlossen, daß der selbstständig Erwerbstätige bei der Erbringung seiner persönlichen Leistung Hilfspersonen hinzuzieht, die zu ihm in einem Dienst- oder Arbeitsverhältnis stehen.

Die Pflicht zur höchstpersönlichen Leistungserbringung ist, insbesondere bei wissensbasierten Dienstleistungen, kein Kriterium gegen die Selbstständigkeit. Allerdings kann die Möglichkeit, die Leistungen durch Dritte erbringen zu lassen, als Kriterium gegen eine abhängige Beschäftigung gewertet werden, da diese Möglichkeit in Arbeitsverhältnissen nicht besteht.

ff) Fazit aus der Prüfung der Weisungsgebundenheit

Ergibt sich aus keinem der vorgenannten Aspekte eine vertragstypische Weisungsgebundenheit des Erwerbstätigen, liegt eine selbstständige Tätigkeit vor. Die Statusprüfung kann an dieser Stelle beendet werden, denn die Weisungsgebundenheit ist zwingende Voraussetzung, um die abhängige Beschäftigung festzustellen (s. o. III 2.)

Wird in jeder Frage die Weisungsgebundenheit bejaht, liegt ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis vor. Auch hier ist keine weitere Prüfung erforderlich.

Besteht in einigen Aspekten Weisungsgebundenheit und in anderen nicht, ist eine wertende Gesamtschau vorzunehmen. Hierbei sind die Positiv-Kriterien einzubeziehen. Liegen alle drei Positiv-Kriterien vor, ist zunächst der Status Selbstständig zu vermuten. Diese Vermutung kann nur widerlegt werden, wenn ein starkes Übergewicht der weisungsgebundenen Elemente vorliegt. Den Positiv-Kriterien diese Be-

31 LSG Baden-Württemberg, 10.6.2016 – L 4 R 3072/15, juris, Rn. 79.

32 Ähnl. LSG Baden-Württemberg, 10.6.2016 – L 4 R 3072/15, juris, Rn. 79.

33 Gerade deswegen wird diesem Kriterium bei der Abgrenzung zur Arbeitnehmerüberlassung große Bedeutung beigemessen s. z. B. Rieble, ZfA 2013, 137.

34 LSG Baden-Württemberg, 8.7.2016 – L 4 R 4979/15, juris, Rn. 43; LSG Baden-Württemberg, 10.6.2016 – L 4 R 3072/15, juris, Rn. 82.

deutung beizumessen, ist aus folgenden Gründen sinnvoll: Die Vergütungshöhe zeigt, dass Raum zur Eigenvorsorge besteht, und gibt dem Erwerbstätigen ein gewisses Maß an Unabhängigkeit. Das Vorliegen von besonderen Know-how spiegelt zum einen die in fachlicher Hinsicht bestehende Weisungsfreiheit. Es sorgt weiter dafür, dass Auftraggeber und Erwerbstätiger auf Augenhöhe sind, unter anderem, weil Know-how ein „gefragtes Gut“ ist und ein Austausch nicht ohne Weiteres möglich ist. Der Parteiwille zeigt, dass die Vertragsform bewusst gewählt wurde. Insgesamt müssen die Hürden daher hoch sein, um eine Grundrechtseinschränkung (Handlungsfreiheit/Privatautonomie) vorzunehmen. Ergibt sich keine eindeutige Zuordnung, ist der Status Selbstständig anzuerkennen.

Liegen keine bzw. nicht alle drei Positiv-Kriterien vor, gibt es keine Vermutung, die zu widerlegen ist, weder in Bezug auf die selbstständige Tätigkeit noch in Bezug auf die abhängige Beschäftigung. Hier kommt es darauf an, ob die weisungsgebundenen oder weisungsfreien Elemente der Leistungserbringung überwiegen. Dabei sind mögliche Positiv-Kriterien in die Wertung mit einzubeziehen. Nur, wenn sich danach kein klares Bild ergibt, sind weitere Kriterien heranzuziehen.

c) Prüfung weiterer Kriterien

Die Prüfung weiterer Kriterien sollte nur dann erfolgen, wenn die vorhergehende Prüfung zu keinem abschließenden Ergebnis kommt. Nachstehend findet sich ein kurzer Überblick über drei Kriterien, die von der DRV herangezogen werden und die im Hinblick auf unsere neue Arbeitswelt von Bedeutung sind.

aa) Verwendung von Arbeitsmitteln des Auftraggebers

Die DRV wertet die Nutzung von Arbeitsmitteln des Kunden grundsätzlich als Kriterium gegen die Selbstständigkeit. Aber auch hier ist zu unterscheiden, ob ein Sachgrund vorliegt. So ist es heutzutage für die ordnungsgemäße Auftragsdurchführung in vielen Fällen erforderlich, auf eine gemeinsame Infrastruktur zuzugreifen. Oft kann nur so gewährleistet werden, dass die vom Selbstständigen erbrachten Leistungen kompatibel zu denen seines Auftraggebers sind und von diesem überhaupt genutzt werden können. In vielen Fällen sind Sicherheits- und Datenschutzerfordernisse Grund für die Nutzung von kundeneigenen Arbeitsmitteln. Die Verwendung von Mitteln oder Materialien, die im Eigentum und/oder Besitz des Auftraggebers stehen, ist bei der Durchführung eines Auftrags im Übrigen nicht unüblich, sondern wird etwa im Werkvertragsrecht als möglicher Umstand vorausgesetzt (vgl. § 645 Abs. 1 BGB).³⁵ Insgesamt kann der Umstand eigene Betriebsmittel einzusetzen, nicht als Voraussetzung für die Selbstständigkeit gelten, da anderenfalls geistige oder betriebsmittelarme Tätigkeiten nie selbstständig ausgeübt werden könnten.³⁶ Soweit für den Einsatz kundeneigener Arbeitsmittel ein Sachgrund vorliegt, kann dieser daher nicht als Kriterium gegen die Selbstständigkeit gewertet werden.

bb) Vergütung nach Zeitaufwand

Zu Unrecht wird in den Statusfeststellungsverfahren die Vergütung nach Zeitaufwand als Kriterium gegen die Selbstständigkeit gewertet. Anders als in Werkverträgen wird in Dienstverträgen kein zu erbringendes Werk bzw. kein Erfolg oder Ergebnis definiert. Eine erfolgsabhängige Vergütung kann daher nicht erwartet werden. Die Vergütung nach Zeitaufwand ist eine übliche Vergütung für Dienstverträge.³⁷ Die Vergütung der nur tatsächlich geleisteten Stunden spricht sogar

gegen eine abhängige Beschäftigung.³⁸ Eine Vergütung nach Zeitaufwand ist daher, insbesondere bei Dienstleistungen, kein Kriterium gegen die Selbstständigkeit. Eine erfolgsabhängige Vergütung kann dagegen als Kriterium gegen ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis gewertet werden.

cc) Unternehmerisches Risiko

Einige Fragen der DRV beziehen sich auf den Einsatz von Kapital und weiteren Investitionen. Bei geistigen und betriebsmittelarmen Tätigkeiten kann das allerdings kein Abgrenzungskriterium sein, da andernfalls diese Tätigkeiten nicht selbstständig ausgeübt werden könnten.³⁹ Bei reinen Dienstleistungen, die im Wesentlichen nur Know-how sowie Arbeitszeit und Arbeitsaufwand voraussetzen, ist unternehmerisches Tätigwerden nicht mit größeren Investitionen in Werkzeuge, Arbeitsgeräte oder Arbeitsmaterialien verbunden. Das Fehlen dieser Investitionen spricht daher nicht gegen die Selbstständigkeit.⁴⁰

3. Praktische Umsetzung

Für die praktische Durchsetzung der inhaltlichen Kriterien und des Prüfverfahrens sind mehrere Wege denkbar. Einer *tatsächlichen* Anwendung im sozialrechtlichen Verfahren steht nichts entgegen. Im gerichtlichen Verfahren können die Kriterien ohne Weiteres als *Be gründungshilfe* für anwaltliche Schriftsätze und letztlich für die Entscheidung des Gerichtes dienen. Weiter ginge eine Einarbeitung in die Verwaltungsvorschriften oder „*fachlichen Weisungen*“, verbunden mit einem standardisierten Fragebogen oder einer Check-Liste der Deutschen Rentenversicherung. Die Kriterien sind zudem ein *rechtspolitischer* Vorschlag für den Gesetzgeber, der unter anderem auch Regelungen zur *Vermutung* einer Selbstständigkeit aufstellen könnte.

IV. Fazit

Möglicher Lösungsansatz zur Überarbeitung des Statusfeststellungsverfahrens ist die Einführung der Positiv-Kriterien Vergütungshöhe, besonderes Know-how und Parteiwille. Bei Vorliegen dieser drei Kriterien wird eine selbstständige Tätigkeit vermutet. Diese Vermutung ist nur widerlegbar, wenn sich eine Weisungsgebundenheit klar feststellen lässt.

Damit ist auch schon der nächste Ansatz genannt, die Fokussierung auf die Weisungsgebundenheit. Fehlt das Recht des Auftraggebers, arbeitsvertragstypische Weisungen zu erteilen, kann das Statusfeststellungsverfahren nicht auf abhängige Beschäftigung entscheiden. In Bezug auf die Weisungsgebundenheit sind örtliche, zeitliche, fachliche und personelle Weisungen abzufragen. Dabei ist besonderes Augenmerk auf den Wandel der Arbeitswelt zu legen und auf die neuere

35 LSG Baden-Württemberg, 10.6.2016 – L 4 R 3027/15, juris Rn. 77; LSG Baden-Württemberg, 18.1.2018 – L 7 R 850/17, juris Rn. 99.

36 LSG Baden-Württemberg, 8.7.2016 – L 4 R 4979/15, juris, Rn. 48.

37 BSG, 31.3.2017 – B 12 R 7/15 R, BB 2017, 2555, juris, Rn. 48; LSG Baden-Württemberg, 7.11.2017 – L 11 R 2507/16 ZVW, juris, Rn. 61; LSG Baden-Württemberg, 8.7.2016 – L 4 R 4979/15, juris, Rn. 44; LSG Baden-Württemberg, 10.6.2016 – L 4 R 3027/15, juris, Rn. 85.

38 LSG Baden-Württemberg, 18.1.2018 – L 7 R 850/17, juris, Rn. 108; LSG Baden-Württemberg, 10.6.2016 – L 4 R 3027/15, juris, Rn. 83; LSG Baden-Württemberg, 8.7.2016 – L 4 R 4979/15, juris, Rn. 44.

39 LSG Baden-Württemberg, 18.1.2018 – L 7 R 850/17, juris, Rn. 106; LSG Baden-Württemberg, 8.7.2016 – L 4 R 4979/15, juris, Rn. 48; LSG Baden-Württemberg, 10.6.2016 – L 4 R 3027/15, juris, Rn. 89.

40 Vgl. BSG, 31.3.2017 – B 12 R 7/15 R, BB 2017, 2555, juris, Rn. 42; LSG Baden-Württemberg, 18.1.2018 – L 7 R 850/17, juris, Rn. 106.

Rechtsprechung, die in weiten Teilen diesen Aspekt verstärkt in ihren Entscheidungen berücksichtigt. Der Bescheid sollte dann die jeweiligen Merkmale den vier Weisungskategorien (zeitlich, örtlich, fachlich, personell) zuordnen. Damit könnte Transparenz und Nachvollziehbarkeit der Argumentation erzielt werden, die das derzeitige „Sammelurium“ der aufgelisteten Merkmale vermissen lässt. Nur wenn sich dann immer noch kein klares Bild ergibt, können weitere Kriterien herangezogen werden.

Mit diesem Vorgehen verbleiben zwar auch noch Unsicherheiten, sie sind jedoch deutlich reduziert. Insgesamt könnte das Verfahren so transparenter und zeitgemäßer werden, was wiederum mehr Akzeptanz und Rechtssicherheit schafft.

In unserer Wissensgesellschaft darf die effiziente und zukunftsfähige Verwertung von Wissen nicht dem Arbeitsverhältnis vorbehalten bleiben.

Das Verfahren ist in der Praxis ohne Weiteres realisierbar und könnte darüber hinaus vom Gesetzgeber unterstützt werden.

Silke Becker ist Rechtsanwältin mit Schwerpunkt Fremdpersonaleinsatz. Sie hat langjährige Erfahrung als Unternehmensjuristin. Von 2000 bis 2014 war sie bei der Hays AG verantwortlich für den Bereich Recht und hat dort die Rechtsabteilung aufgebaut und geleitet. Seit 2014 ist sie als freiberufliche Rechtsanwältin tätig und betreut sowohl Personaldienstleister als auch Unternehmen, die Personaldienstleistungen beauftragen. Daneben übernahm sie in 2017 die Position des Director Legal & Compliance bei Allgeier Experts SE und seit Januar 2019 ist sie Legal Advisor für APSCO Germany.



Dr. Frank Hennecke, war bei der Landesregierung Rheinland-Pfalz in Mainz 1971–2008 zuletzt als Leitender Ministerialrat tätig. Er erhielt Lehraufträge von verschiedenen Universitäten. Seit 2015 arbeitet er als Wissenschaftlicher Mitarbeiter in der Rechtsanwaltssozietät Prof. Dr. Tuengerthal, Andorfer, Greulich & Prochaska, Mannheim.



BAG: Nur einheitliche Anpassung von Gesamtversorgungszusagen

BAG, Urteil vom 25.9.2018 – 3 AZR 333/17

ECLI:DE:BAG:2018:250918.U.3AZR333.17.0

Volltext des Urteils: **BB-ONLINE BBL2019-827-1**

unter www.betriebs-berater.de

ORIENTIERUNGSSÄTZE

1. **Sieht eine Betriebsvereinbarung, in der den Arbeitnehmern die Gewährung einer vom Dienstalalter und vom pensionsfähigen Arbeitsentgelt abhängigen Gesamtversorgung – bestehend aus der gesetzlichen Rente, einer Pensionskassenrente und einer vom Arbeitgeber unmittelbar zu zahlenden Pensionsergänzung – und damit ein bestimmtes Versorgungsniveau zugesagt wurde, die Fortschreibung dieses Versorgungsniveaus durch regelmäßige Anpassung der Gesamtversorgungsbezüge entsprechend der Entwicklung der gesetzlichen Renten vor, berechtigt eine in der Betriebsvereinbarung enthaltene Regelung, nach der der Arbeitgeber eine geringere Anpassung vornehmen kann, diesen nur dazu, eine geringere Anpassung der Gesamtversorgung vorzunehmen, nicht jedoch lediglich die Pensionsergänzung zu erhöhen (Rn. 18 ff.).**

2. **Da die isolierte Anpassung nur eines einzelnen Versorgungsbezugs in einer Gesamtversorgung dazu führen würde, dass das jeweilige Versorgungsniveau von der Höhe dieses einzelnen zuletzt gezahlten Versorgungsbezugs abhinge, kann nicht angenommen werden, die Betriebsparteien wollten dem Arbeitgeber das Recht einräumen, eine solche nicht systemimmanente Anpassung vorzunehmen (Rn. 27 ff.).**

3. **Im Ergebnis gilt nichts anderes, wenn es sich um eine vom Arbeitgeber einseitig aufgestellte Versorgungsordnung handelt, die den Arbeitnehmern in Form einer Gesamtzusage bekanntgegeben wurde. In diesem Fall durfte ein verständiger Arbeitnehmer annehmen, dass sich der im Wege einer Allgemeinen Geschäftsbedingung vereinbarte Änderungsvorbehalt bei der Anpassung der Gesamtversorgung nur auf das Ob und den Umfang der prozentualen Steigerung der Gesamtversorgung bezieht, der Arbeitgeber sich jedoch nicht das Recht vorbe-**

halten wollte, lediglich die im jeweiligen Einzelfall gezahlte Pensionsergänzung nach einem für alle Versorgungsberechtigten einheitlichen Prozentsatz anzuheben (Rn. 32 ff.).

BGB §§ 305 ff.; BetrVG § 87 Abs. 1 Nr. 10

SACHVERHALT

Die Parteien streiten über die Höhe der Anpassung einer dem Kläger von der Beklagten gewährten Pensionsergänzung.

Der Kläger war vom 1. Januar 1971 bis zum 30. Juni 1994 bei der Beklagten – ein in den deutschen G-Konzern eingebundenes Lebensversicherungsunternehmen – tätig. Er bezieht seit dem 1. Juli 1994 von der Beklagten Leistungen der betrieblichen Altersversorgung nach den „Bestimmungen des Betrieblichen Versorgungswerkes“ (im Folgenden BVW). Diese lauten auszugsweise:

„Grundbestimmungen des Betrieblichen Versorgungswerkes

...

§ 1 Zweck des Pensionsergänzungsfonds

Der Zweck des Pensionsergänzungsfonds ist, den anspruchsberechtigten Betriebsangehörigen bzw. ihren versorgungsberechtigten Hinterbliebenen eine Pensionsergänzung zu gewähren, sofern und solange die in den Ausführungsbestimmungen näher bezeichneten Leistungen der Sozialversicherung sowie anderer gesetzlicher Versicherungen und die Leistungen der Versorgungskasse zusammen die Gesamtversorgungsbezüge gemäß § 4 der Ausführungsbestimmungen nicht erreichen.

Die als gezahlt geltenden Leistungen der Sozialversicherung sowie anderer Leistungsträger bestimmt der § 5 Ausführungsbestimmungen.

§ 2 Berechtigter Personenkreis

1. Die Pensionsergänzung wird solchen Betriebsangehörigen gewährt, die beim Eintritt des Versorgungsfalles mindestens 10 Jahre in einem festen Anstellungsverhältnis zur Volksfürsorge Unternehmensgruppe stehen und einen Anspruch auf Rentenleistungen aus der Versorgungskasse besitzen. ...

...