

Gutachten B
zum 74. Deutschen Juristentag
Stuttgart 2024

Table Briefings

**Verhandlungen des
74. Deutschen Juristentages
Stuttgart 2024**

Herausgegeben von der
Ständigen Deputation
des Deutschen Juristentages

Band I

Table.Briefings

**Wen schützt das Arbeits- und
Sozialversicherungsrecht? –
Empfiehl sich eine Neuausrichtung
seines Anwendungsbereichs?**

Gutachten B

zum 74. Deutschen Juristentag

Erstattet von

Professor Dr. Christian Rolfs

Institut für Deutsches und Europäisches Arbeits- und Sozialrecht
der Universität zu Köln



C.H. BECK

Zitervorschlag: 74. djt I/B [Seite]

beck.de

ISBN 978 3 406 81549 2

© 2024 Verlag C.H.Beck oHG
Wilhelmstraße 9, 80801 München
Druck: Druckerei C.H.Beck Nördlingen
(Adresse wie Verlag)

Umschlaggestaltung: nach dem Entwurf von rulle & kruska gbr,
Nikolaus Rulle, Köln



Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem Papier
(hergestellt aus chlorfrei gebleichtem Zellstoff)

Alle urheberrechtlichen Nutzungsrechte bleiben vorbehalten.
Der Verlag behält sich auch das Recht vor, Vervielfältigungen dieses Werkes zum Zwecke
des Text and Data Mining vorzunehmen.

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung	B 7
1. Konkretisierung	B 7
2. Beständiger Wandel	B 8
3. Digitale Transformation, Arbeit 4.0	B 10
II. Soziales Schutzbedürfnis und Typisierung von Tatbeständen	B 12
1. Arbeitnehmer, Beschäftigte und die Bildung des Typus ...	B 12
2. Arbeitsvertrag und tatsächliche Durchführung	B 14
3. Insbesondere: Crowdwork	B 16
III. Vereinheitlichung des Anwendungsbereichs?	B 19
1. Analyse 1: Arbeitsrecht	B 19
2. Analyse 2: Sozialversicherungsrecht	B 24
3. Reformoptionen	B 31
a) Möglichkeiten und Grenzen	B 31
aa) Sozialversicherungsrecht	B 31
bb) Arbeitsrecht	B 32
b) Konsequenzen	B 33
4. Ergebnis	B 35
IV. Flexibles Arbeitsrecht	B 36
1. Mehrstufiges System	B 36
2. Mehr Freiheit wagen	B 39
3. Dispositives, tarifdispositives und betriebsvereinbarungsoffenes Recht	B 40
a) Status quo	B 40
b) Überantwortung der Regelungskompetenz auf die Kollektivvertragsparteien	B 41
c) Überantwortung der Regelungskompetenz auf die Arbeitsvertragsparteien	B 44
4. Grenzen der Tarif-, Betriebs- und Vertragsautonomie	B 46
V. Beispiele für öffnungsgerechte Regelungsmaterien	B 46
1. Formvorschriften	B 46
2. Insbesondere: Befristung des Arbeitsverhältnisses, Aufhebungsvertrag und Kündigung	B 49
3. Arbeitszeit	B 51
4. Teilzeitarbeit	B 56
5. Annahmeverzug und Betriebsrisiko	B 59
6. Schwerbehindertenrecht	B 59
7. Befristung von Arbeitsverträgen	B 62
8. Allgemeiner Kündigungsschutz	B 64
9. Betriebsverfassungsrecht	B 66
10. Arbeitsgerichtliches Verfahren	B 68

VI. Neues Unionsrecht ante portas	B 70
1. Mindestlohn-Richtlinie	B 71
2. Entgelttransparenz-Richtlinie	B 72
3. Plattform-Richtlinie	B 74
VII. Sozialversicherung	B 77
1. Grundsätzliches	B 77
2. Gesetzliche Kranken- und soziale Pflegeversicherung	B 80
a) Versicherter Personenkreis	B 80
b) Wahlrecht für Beamte: „Hamburger Modell“	B 80
c) Geringfügige Beschäftigung	B 82
3. Gesetzliche Rentenversicherung	B 83
a) Versicherter Personenkreis 1: Einbeziehung Selbstständiger	B 83
b) Versicherter Personenkreis 2: Opt-out für Beschäftigte oberhalb der Beitragsbemessungsgrenze	B 85
c) Geringfügige Beschäftigung	B 86
4. Arbeitslosenversicherung	B 87
VIII. Verfahrensrecht	B 88
1. Statusfeststellung: Verwaltungsverfahren	B 88
2. Arbeitnehmer, Beschäftigte, Versicherte: einheitliche gerichtliche Entscheidung?	B 89
IX. Thesen	B 92

I. Einleitung

1. Konkretisierung

Der 74. Deutsche Juristentag diskutiert in der Abteilung Arbeits- und Sozialrecht über eine mögliche Neuausrichtung des personellen Anwendungsbereichs des Arbeits- und Sozialrechts. Die Beschränkung auf den personellen und damit die Ausklammerung des räumlichen und sachlichen Anwendungsbereichs folgt unmittelbar aus der Frage: „Wen schützt ...“? Diese Beschränkung ist notwendig und sachgerecht, soll dennoch eingangs kurz erläutert werden: Der räumliche Anwendungsbereich mag bei ortsungebundener Wissensarbeit, beim im Ausland gelegenen häuslichen Arbeitsplatz (Homeoffice) oder der sich zunehmender Beliebtheit erfreuenden „Workation“ schwierig zu bestimmen sein, die Entscheidung über ihn liegt aber nicht in den Händen des deutschen Gesetzgebers. Für das Arbeitsrecht finden sich die zentralen Bestimmungen in der Rom I-Verordnung,¹ namentlich deren Art. 8, für die gerichtliche Zuständigkeit bei privatrechtlichen Streitigkeiten in der Brüssel Ia-Verordnung (EuGVVO),² insbesondere Art. 20 bis 23, und für das Sozialversicherungsrecht in der Koordinierungs-Verordnung 883/2004³ nebst Ausführungsverordnung.⁴ Diese Regeln des Internationalen Privat-, Verfahrens- und Sozialversicherungsrechts können bei grenzüberschreitenden Sachverhalten durchaus zur Konsequenz haben, dass unterschiedliche Rechtsordnungen berufen sind, und das nicht etwa jeweils für das gesamte Arbeits- bzw. Sozialversicherungsrecht, sondern auch nur für einzelne Teile (vgl. Art. 8 Abs. 1 Satz 2 Rom I-VO). Ein im Ausland belegenes Homeoffice kann zur Folge haben, dass der Sozialversicherungsschutz nicht mehr durch den originären Beschäftigungs-, sondern den Wohnmitgliedstaat vermittelt wird (Art. 13 VO [EG] 883/2004,

¹ Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABl. L 177 S. 6, ber. 2009 L 309 S. 87.

² Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. L 351 S. 1, ber. 2016 L 264 S. 43.

³ Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl. L 166 S. 1, ber. ABl. L 2004 S. 1 und ABl. 2007 L 204 S. 30.

⁴ Verordnung (EG) Nr. 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl. L 284 S. 1, ber. ABl. 2018 L 54 S. 18.

Art. 14 VO [EG] 987/2009).⁵ Die Rom I-VO und die Brüssel Ia-VO beanspruchen weltweite Geltung und damit auch gegenüber Nicht-EU/EWR-Staaten.⁶ Die Koordinierungs-Verordnung 883/2004 gilt zwar nur innerhalb der EU, dem EWR sowie der Schweiz; Deutschland hat aber mit zahlreichen weiteren Staaten⁷ Sozialversicherungsabkommen abgeschlossen,⁸ sodass für die nationale Regelung des Internationalen Sozialversicherungsrechts (§§ 4, 5 SGB IV) nur ein vergleichsweise geringer Anwendungsbereich verbleibt.

Ausgeklammert bleiben weithin auch die bereits auf vergangenen Deutschen Juristentagen facettenreich diskutierten sachlichen Aspekte des Arbeits- und Sozialrechts. Erinnert sei nur an die Beratungen des 59. DJT 1992 in Hannover („Welche wesentlichen Inhalte sollte ein nach Art. 30 des Einigungsvertrages zu schaffendes Arbeitsvertragsgesetz haben?“), des 60. DJT 1994 in Münster („Welche Maßnahmen empfehlen sich, um die Vereinbarkeit von Berufstätigkeit und Familie zu verbessern?“), des 65. DJT 2004 in Bonn („Arbeitsrecht zwischen Markt und gesellschaftspolitischen Herausforderungen“), des 67. DJT 2008 in Erfurt („Alternde Arbeitswelt – Welche arbeits- und sozialrechtlichen Maßnahmen empfehlen sich zur Anpassung der Rechtsstellung und zur Verbesserung der Beschäftigungschancen älterer Arbeitnehmer?“), des 68. DJT 2010 in Berlin („Abschied vom Normalarbeitsverhältnis – Welche arbeits- und sozialrechtlichen Regelungen empfehlen sich im Hinblick auf die Zunahme neuer Beschäftigungsformen und die wachsende Diskontinuität von Erwerbsbiographien?“) und den 71. DJT 2016 in Essen („Digitalisierung der Arbeitswelt – Herausforderungen und Regelungsbedarf“). Dies soll hier nicht wiederholt werden.

2. Beständiger Wandel

Der persönliche Geltungsbereich des Arbeits- und des Sozialversicherungsrechts ist einem beständigen Wandel unterworfen. Nur als Schlaglichter seien genannt: Die Beseitigung des Zunftzwangs und die Gewährung der Vertragsfreiheit im Recht des Dienstvertrages im Zuge der *Stein/Hardenberg'schen* Reformen (1811),⁹ die

⁵ *Hidalgo/Ceelen* NZA 2021, 19 (20f.); *Reiter/Thielemann* NZA-Beilage 2023, 59 (63f.); vgl. auch *Eichenhofer* ZESAR 2023, 355 ff.

⁶ Art. 2 VO (EG) 593/2008, Art. 6 VO (EU) 1512/2012, BAG 23.6.2016 – 5 AZR 767/14, NZA 2017, 78 (79); 31.3.2022 – 8 AZR 207/21, NZA 2022, 1288 (1290f.); *Hüfstege/Mansel/Leible* BGB, Rom-Verordnungen, EuErbVO – HUO (3. Aufl. 2019), Art. 2 Rn. 2f.

⁷ Darunter Brasilien, China, Indien, Japan, Kanada, der Türkei und der USA.

⁸ Übersichtlich mit ihren wesentlichen Regelungsinhalten zusammengestellt von der Deutschen Verbindungsstelle Krankenversicherung – Ausland (DVKA), www.dvka.de.

⁹ § 8 des Gesetzes über die polizeilichen Verhältnisse der Gewerbe usw. vom 7.9.1811.

ersten, Handlungsgehilfen betreffenden Regelungen im ADHGB (1861), die Anfänge der Sozialversicherung mit der Krankenversicherung (1883), der Unfallversicherung (1884) und der Invaliditäts- und Altersversicherung (1889/92) über ihre Erstreckung auf Angestellte im Versicherungsgesetz für Angestellte (1911/13), die erste Arbeiterschutzesetzgebung in der großen Novelle der Reichsgewerbeordnung (1891) kurz nach der Entlassung *Otto von Bismarcks* als Reichskanzler, die Einführung der Arbeitslosenversicherung unmittelbar nach Kriegsende 1918 (mit Konsolidierung im AVAVG 1927), die Anerkennung der Gewerkschaften und ihres Rechts zum Abschluss von Tarifverträgen durch die Arbeitgeber im Stinnes-Legien-Abkommen nur wenige Tage später (15.11.1918) und im Jahr darauf in der Weimarer Reichsverfassung (1919), das Betriebsrätegesetz 1920 und die nachfolgende Gesetzgebung in der Weimarer Republik. Damit hatte das Arbeitsrecht schon in den 1920er-Jahren in personeller (nicht in sachlicher) Hinsicht nahezu seine heutige Ausdehnung erreicht, das dunkelbraune „Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit“¹⁰ (1934) ist mit dem Zusammenbruch der Nazidiktatur ebenso untergegangen wie 45 Jahre später das „Arbeitsgesetzbuch“ der DDR¹¹ (1977) mit deren Ende. Letzte rechtliche Unterscheidungen zwischen Arbeitern und Angestellten wurden im Gefolge des Beschlusses des BVerfG vom 30.5.1990¹² eingeebnet. Heute verläuft eine gesetzliche Trennlinie eher zwischen den leitenden Angestellten und dem Rest der Arbeitnehmerschaft,¹³ eine wirtschaftliche vielfach zudem zwischen Arbeitnehmern, auf deren Arbeitsverhältnisse ein Tarifvertrag (normativ oder kraft einzelvertraglicher Inbezugnahme) Anwendung findet, und solchen ohne Tarifgeltung. Zudem tritt in den Belegschaften zunehmend eine Diskrepanz zwischen zwingend in Präsenz Beschäftigten und solchen mit variablem Homeoffice hinzu.

Das Sozialversicherungsrecht hat seinen Siegeszug dagegen über viele weitere Jahrzehnte fortgesetzt. *Michael Stolleis* hat 1981 formuliert: „Sozialversicherungen sind Errungenschaften der modernen Welt. Vielleicht die letzten großen nach der Demokratie und dem Rechtsstaat.“¹⁴ Mitten im Zweiten Weltkrieg wurde 1941 die Krankenversicherung der Rentner geschaffen, der Anteil der gesetzlich Versicherten stieg von etwa 10 % der Bevölkerung 1883 über 50 % im Jahre 1968 bis auf 90 % heutzutage. In die gesetzliche Rentenversicherung wurden in der Bundesrepublik Deutschland zunehmend

¹⁰ Vom 20.1.1934, RGBl. I S. 45.

¹¹ Vom 16.6.1977, GBl. I S. 185.

¹² BVerfG 30.5.1990 – 1 BvL 2/83 u. a., BVerfGE 82, 126 (145 ff.).

¹³ *Staudinger/Fischinger*, BGB (2022), § 611a Rn. 215 ff.; *MHdB Arbr/Temming* (5. Aufl. 2021), § 20 Rn. 1.

¹⁴ *Stolleis* in: *SDSRV* Bd. 22, S. 60 (78).

Selbstständige einbezogen (vgl. § 2 SGB VI), heute sind u.a. Handwerker, Landwirte sowie selbstständige Künstler und Publizisten erfasst. Die letzte Erweiterung auf „arbeitnehmerähnliche Selbstständige“ (so § 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI in der ursprünglichen Fassung)¹⁵ wurde zwar auf vielfachen politischen Druck hin wieder leicht entschärft, hat aber im Kern Bestand. Der Unfallversicherungsschutz wurde auf zahlreiche Personen ohne unmittelbaren Bezug zum Arbeitsmarkt erstreckt, das betrifft neben der eher Entschädigungscharakter tragenden „unechten Unfallversicherung“ insbesondere Kinder während des Besuchs von Tageseinrichtungen, Schüler und Studierende (§ 2 Abs. 1 Nr. 8 SGB VII). Die letztgenannten Personengruppen bleiben im Folgenden außer Betracht.

3. Digitale Transformation, Arbeit 4.0

Selbstredend hat sich Arbeit in den vergangenen 200 Jahren grundlegend verändert. Der gegenwärtige Weg in eine zunehmend digitalisierte Arbeitswelt (Arbeit 4.0) stellt das Arbeits- und das Sozialversicherungsrecht vor neue Herausforderungen. Auf der Basis eines von *Rüdiger Krause*, Universität Göttingen, erstatteten Gutachtens¹⁶ hat der 71. Deutsche Juristentag über verschiedene Aspekte bereits 2016 diskutiert. Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales hat einen breit angelegten Dialog moderiert, der 2017 in ein Weißbuch mündete.¹⁷ Einige der seinerzeit in den Mittelpunkt gestellten Trends haben deutlich an Fahrt aufgenommen, das betrifft vor allem die Arbeit am häuslichen Arbeitsplatz. Hier hat die Notwendigkeit physischer Distanz während der Corona-Pandemie einen sehr deutlichen Beitrag geleistet. Die zuvor bei vielen Arbeitgebern vorherrschende Skepsis wurde zunächst notgedrungen, später vielfach aus positiver Erkenntnis überwunden. Ebenso haben viele Arbeitnehmer Vorteile der Tätigkeit im Homeoffice zu schätzen gelernt, aber auch Nachteile erkannt.

Während die Arbeit 1.0 (Erfindung der Dampfmaschine, Beginn der Industrialisierung) mit der Begründung eines modernen, auf vertraglicher Einigung zwischen den Parteien basierenden Arbeitsvertrages, und die Arbeit 2.0 (Beginnende Massenproduktion, Industriegesellschaft, Anfänge des Wohlfahrtsstaates) mit der Etablierung der Sozialversicherung und den ersten Arbeiterschutzgesetzen ganz

¹⁵ Art. 4 Nr. 3 des Gesetzes zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte vom 19.12.1998, BGBl. I S. 3843.

¹⁶ *Krause*, Digitalisierung der Arbeitswelt – Herausforderungen und Regelungsbedarf, Gutachten B zum 71. DJT 2016, S. B 1 ff.

¹⁷ BMAS (Hrsg.), *Arbeit Weiter Denken. Weißbuch Arbeiten 4.0 (2017)*; dazu etwa *Albrecht* in: Hensel/Schönefeld/Kocher/Schwarz/Koch, *Selbstständige Unselbstständigkeit* (2019), S. 127 ff.

zentrale Konsequenzen für das im Mittelpunkt dieses Gutachtens stehende Thema hatten, gilt Gleiches nicht mehr für die Arbeit 3.0 (Wandel zur Dienstleistungsgesellschaft, zunehmender Einsatz von Computern, Internationalisierung und Globalisierung der Wirtschaft). In den 1970er-Jahren war der Sozialstaat bereits gefestigt. Anlass sah die damalige sozialliberale Koalition unter *Willy Brandt* und *Helmut Schmidt* eher für einen weiteren Ausbau der Arbeitnehmerrechte (BetrVG 1972, MitbestG 1976) als für personelle Erweiterungen, wenngleich solche in Randbereichen (etwa KSVG 1981) durchaus noch stattfanden. Die vielfach geäußerte Sorge, „die Maschinen“ und „der Computer“ würden Arbeitsplätze vernichten, die Finanzierung der Sozialversicherung müsse sich daher von arbeitsentgeltzentrierten Beiträgen lösen und durch eine „Maschinensteuer“ („Wertschöpfungsabgabe“) substituiert werden,¹⁸ hat sich nicht bewahrheitet. Den Dauerstreit um den Ausbau der gesetzlichen Krankenversicherung zu einer „Bürgerversicherung“ hat das GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz¹⁹ 2007 vorerst dahin befriedet, dass jede Person mit Wohnsitz im Inland verpflichtet ist, eine private Krankenversicherung abzuschließen und aufrecht zu erhalten, soweit keine anderweitige Absicherung, insbesondere durch die gesetzliche Krankenversicherung, besteht (seinerzeit § 178a Abs. 5 VVG, jetzt § 193 Abs. 3 VVG). Damit bewirkt das duale System aus gesetzlicher und privater Krankenversicherung im Ergebnis eine Versicherungspflicht für die gesamte Wohnbevölkerung Deutschlands, freilich mit einem sehr merkwürdigen Regel-/Ausnahmeverhältnis: Da rund 90 % der Bevölkerung gesetzlich versichert sind, verbleibt für die Regel – Versicherungspflicht in der PKV – nur ein überschaubarer Rest.²⁰

Erfordert die „Arbeit 4.0“ eher eine völlige Neuausrichtung des Arbeits- und Sozialversicherungsrechts oder bedarf es lediglich einiger Feinsteuern? Wissenschaft und Politik tendieren in die letztgenannte Richtung, wenngleich „Richtung“ hier das Missverständnis nahelegt, über sie bestehe Einigkeit. Das Gegenteil ist der Fall. Stimmen, die (Solo-)Selbstständigkeit per se kritisch sehen, (Selbst-)Ausbeutung und Erosion des Sozialstaats befürcht-

¹⁸ Zur seinerzeitigen Diskussion beispielsweise *Marburger Arbeitskreis für Sozialrecht und Sozialpolitik*, Maschinensteuer – Ausweg aus der Finanzkrise der Sozialversicherung? (1984); *Gretschmann*, Neue Technologien und soziale Sicherung (1989); *Schmähl/Henke/Schellhaas*, Änderungen der Beitragsfinanzierung in der Rentenversicherung?: ökonomische Wirkungen des „Maschinenbeitrags“ (1984); *Schulz*, Potentielle Beschäftigungseffekte der Maschinensteuer (1986).

¹⁹ Gesetz zur Stärkung des Wettbewerbs in der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz – GKV-WSG) vom 26.3.2007, BGBl. I S. 378.

²⁰ Für das Jahr 2021: 8,72 Mio. Privatversicherte, darunter 4,16 Mio. Vollversicherte und 4,56 Mio. Beihilferechtigte.

ten,²¹ plädieren für Vermutungsregeln zugunsten von Arbeitsverhältnis und abhängiger Beschäftigung und selbst für den Fall ihrer Widerlegung für die Gewährung arbeitnehmerähnlicher Rechte. Der – bei Abschluss dieses Gutachtens noch nicht verabschiedete – Entwurf der EU-Kommission für eine Richtlinie zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen in der Plattformarbeit²² steht exemplarisch für diesen Ansatz. Auf der anderen Seite finden sich Stimmen, die die zunehmende Freiheit und Selbstbestimmtheit moderner „Wissensarbeit“, den damit einhergehenden Kontrollverlust des Arbeitgebers/Auftraggebers über Zeit und Ort der Tätigkeit sowie die Ersetzung tätigkeitsbezogener Weisungen durch die Vereinbarung bestimmter projektbezogener Ziele betonen und daher für eine De-regulierung streiten.²³

II. Soziales Schutzbedürfnis und Typisierung von Tatbeständen

1. Arbeitnehmer, Beschäftigte und die Bildung des Typus

Jede Ausgestaltung von Schutz steht regelungstechnisch vor der Entscheidung, inwieweit entweder typisierende, klare Regeln auf der einen, oder Generalklauseln auf der anderen Seite zu verwenden sind.²⁴ Bei typisierenden Regelungen wird nicht direkt der jeweilige Normzweck, etwa mit Normierung einer Zielvorgabe, zur Anwendung gebracht. Vielmehr werden – der Einfachheit, nicht der Sachgerechtigkeit im Einzelfall halber – einfach praktisch festzustellende und zu bestimmende „Stellvertretermerkmale“ eingesetzt, die mit dem jeweiligen Normzweck nicht stets, aber nach Auffassung des Normgebers typischerweise mit ihm verbunden sind. So knüpfen etwa Geschäftsfähigkeit und beschränkte Geschäftsfähigkeit (§§ 104, 106 BGB) nicht an eine im Einzelfall festgestellte hinreichende rechtsgeschäftliche Einsichtsfähigkeit der Person, sondern an eine präzise Altersgrenze an, bei deren Erreichen zwar nicht notwendigerweise, aber doch typischerweise mit ihr zu rechnen ist.

²¹ Exemplarisch zur Diskussion um Tarifverträge für (Solo-)Selbstständige *Asshoff/Walser* NZA 2021, 1526 ff.; *Höpfner* VSSAR 2023, 105 ff.; *Hütter* ZFA 2018, 552 ff.

²² EU-Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen in der Plattformarbeit, COM (2021) 762 final; dazu u. a. *Gräf* ZFA 2023, 209 ff.; *Greiner/Baumann* ZESAR 2023, 409 ff.; *Junker* EuZA 2022, 141 f.; *Lelley/Bruck* RdA 2023, 257 ff.

²³ Zum Arbeitszeitrecht etwa *Kolbe* ZFA 2021, 216 (224 ff.); *Thüsing/Rombey/Schippers* NZA 2020, 481 ff.; dagegen *Ulber/Stein* AuR 2022, 148 (151 ff.).

²⁴ Grundlegend, mit Nachweisen auch zum Folgendem, *Seiwerth*, Typisierter Schutz in Gesetz und Urteil (2024), passim.

Sowohl die Realisierung von Schutz durch typisierende Regeln als auch durch generalklauselartige Regelungen haben Vor- und Nachteile. Der Vorteil von Typisierung ist die Reduktion von Komplexität. Komplexitätsreduktion bedeutet für die Rechtsanwendung Praktikabilität und Rechtssicherheit. Die Kehrseite ist ein notwendiges Defizit an Einzelfallgerechtigkeit, die Verfehlung des Normzwecks in allen nicht als „typisch“ zugrunde gelegten Fallgestaltungen. Es tritt eine eigentlich normzweckwidrige Übererfassung von Sachverhalten – in den Schutzbereich einbezogen sind auch Fälle, die nach dem jeweiligen Normzweck keines Schutzes bedürften – bei gleichzeitiger (!) Untererfassung von Sachverhalten – in den Schutzbereich nicht einbezogen sind Fälle, die nach dem jeweiligen Normzweck sehr wohl des Schutzes bedürften – ein. Diese Nachteile von Typisierung werden vermieden, wenn der Normzweck in einer generalklauselartigen Regelung direkt(er) zum Ausdruck gebracht wird. Das erlaubt es, ihn in jedem Einzelfall optimal zur Geltung zu bringen. Allerdings werden dann auch die Vorteile der Typisierung preisgegeben und mit erheblicher Komplexität Rechtsunsicherheit und Unpraktikabilität geschaffen. Zwischenlösungen, die die jeweiligen Vor- und Nachteile kombinieren, sind möglich. So kann ein Schutzbereich in dem Sinn typisierend gezogen sein, dass es auf die tatsächliche Schutzbedürftigkeit im Einzelfall nicht ankommt, die Gestalt des Schutzes der einzelnen Regelungen selbst aber generalklauselartiger bestimmt wird.

Der Schutzbereich des Arbeits- und Sozialrechts ist ein Paradebeispiel für dieses Typisierungs-Dilemma. Die Massenverwaltung der Sozialversicherung ist in besonderem Maß auf Praktikabilität und damit Typisierung angewiesen; Krankenkassen und Rentenversicherungsträger können nicht in jedem Einzelfall die – sich zudem über die Zeit verändernde – „soziale Schutzbedürftigkeit“ des Einzelnen prüfen. Die Typisierung des Schutzes im Arbeitsrecht mit dem Arbeitnehmerbegriff führt dazu, dass der rechtlich beratene Profifußballer und Millionär, der wegen der typisierenden Anknüpfung des Schutzes des Arbeitsrechts an Weisungsbindung, Fremdbestimmung und persönliche Abhängigkeit als Arbeitnehmer geschützt ist (§ 611a Abs. 1 BGB);²⁵ eine Orchesteraushilfe²⁶ wegen ihrer Möglichkeit, Aushilfstätigkeiten im Einzelfall abzulehnen, aber nicht. Manch Solo-Selbständiger wäre vielleicht gerne Arbeitnehmer seines Haupt-Auftraggebers, hat aber nicht die Marktmacht, dies durchzu-

²⁵ BAG 24.11.1992 – 9 AZR 564/91, NZA 1993, 750 (750); 23.4.1996 – 9 AZR 856/94, NZA 1996, 1207 (1207); 8.12.1998 – 9 AZR 623/97, NZA 1999, 989 (989); 24.5.2023 – 7 AZR 169/22, NZA 2023, 1391 (1393); Staudinger/*Fischinger* (2022), § 611a BGB Rn. 348.

²⁶ Vgl. LAG Baden-Württemberg 10.1.2020 – 1 Sa 8/19, NZA-RR 2020, 124 ff.

setzen. Während so der grundsätzliche Zugang zu Schutz im Arbeitsrecht höchst typisiert stattfindet, sind einzelne Schutzvorschriften generalklauselartig ausgestaltet. Ein Beispiel dafür ist der allgemeine Kündigungsschutz (§ 1 KSchG), der zwar – typisiert – nur Arbeitnehmern zukommt; ob eine Kündigung aber wirksam ist, bestimmt sich generalklauselartig (einzelfallgerechter, aber tendenziell rechtsunsicherer und unpraktikabler) nach der „sozialen Rechtfertigung“ unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls.

Jede Änderung des Schutzbereichs des Arbeits- und Sozialversicherungsrechts muss sich zwischen den komplementären Vor- und Nachteilen von typisierenden Regeln und generalklauselartigen Regelungen entscheiden. Vereinheitlichung führt zu mehr Typisierung, reduzierter Komplexität und damit erhöhter Praktikabilität und Rechtssicherheit. Umgekehrt werden auch sachdienliche, normzweckorientierte Differenzierungen eingegeben. Mehr Flexibilisierung weicht die Typisierungswirkung auf und kann zu sachgerechteren, (schutz-)normzweckorientierteren Lösungen führen, erhöht allerdings die Komplexität. Öffnungsklauseln können dazu dienen, atypische Fälle anders zu behandeln. Sie müssen aber, soweit sie Personen aus dem Schutzbereich des Arbeits- und/oder Sozialversicherungsrechts entlassen, so gestaltet sein, dass von ihnen weder einseitig durch die die Vertragsbedingungen stellende Partei noch beiderseitig zum Nachteil Dritter (etwa der Steuer- und der übrigen Beitragszahler) Gebrauch gemacht werden kann.

2. Arbeitsvertrag und tatsächliche Durchführung

„Baldthunlichst“, so hatte es der Reichstag 1896 bei der Verabschiedung des BGB versprochen, solle das Arbeitsvertragsrecht einschließlich der Haftung des Arbeitnehmers kodifiziert werden.²⁷ Daraus ist bekanntlich bis heute nichts geworden. Immerhin hat der Gesetzgeber es 120 Jahre später geschafft, in § 611a Abs. 1 BGB nicht nur die vertragstypischen Pflichten der Parteien zu beschreiben, sondern mit dem implizit in ihm normierten Arbeitnehmerbegriff auch den „Schlüssel für die Anwendung des Arbeitsrechts“²⁸ herauszugeben. Es konnte nicht überraschen, dass dieser legislative Schritt das wissenschaftliche Schrifttum befeuert²⁹ und zu einigen Kontroversen Anlass gegeben hat³⁰. Satz 6 von § 611a Abs. 1 BGB besagt zutreffend, dass es auf die Bezeichnung im Vertrag nicht an-

²⁷ RT-Sten.-Ber., 9. Legislaturperiode, IV. Session 1895/97, 5. Band, S. 3846.

²⁸ ErfK/Preis (24. Aufl. 2024), § 611a BGB Rn. 3.

²⁹ Statt aller Henssler RdA 2017, 83 (84 ff.); Preis NZA 2018, 817 ff.; Richardi NZA 2017, 36 ff.; Rinck RdA 2019, 127 ff.; Wank AuR 2017, 140 ff.

³⁰ Prominent der Disput von Schwarze RdA 2020, 38 ff. und Riesenhuber RdA 2020, 226 ff. mit Replik Schwarze RdA 2020, 231 f.

kommt, wenn die tatsächliche Durchführung des Vertragsverhältnisses zeigt, dass es sich um ein Arbeitsverhältnis handelt. Dies ist in der Rechtsprechung des BAG seit langem anerkannt.³¹ Allerdings handelt es sich dabei nicht um eine Besonderheit des Arbeitsrechts. Dass die Wortwahl der Parteien irrelevant ist, wenn sie tatsächlich übereinstimmend etwas anderes gewollt haben, bringt bereits § 133 BGB zum Ausdruck und gehört seit *Haakjöringsköd*³² zur juristischen Allgemeinbildung. Nichts anderes gilt in Bezug auf die typologische Einordnung eines Vertrages und damit die von den Vertragsparteien ggf. zwingend zu beachtenden Regeln. So hat der BGH es beispielsweise jedenfalls in Allgemeinen Geschäftsbedingungen für unwirksam gehalten, den Vertrag über die Errichtung und Veräußerung von Eigentumswohnungen durch einen Bauträger als Kaufvertrag statt als Werkvertrag zu definieren.³³ Allgemeiner formuliert der X. Zivilsenat: „Für die rechtliche Einordnung eines Vertrags ist weder die von den Parteien gewünschte Rechtsfolge noch die von ihnen gewählte Bezeichnung maßgeblich, sondern der tatsächliche Geschäftsinhalt. [...] Der Geschäftsinhalt kann sich sowohl aus dem Wortlaut des Vertrags als auch aus dessen praktischer Durchführung ergeben. Widersprechen beide einander, so ist die tatsächliche Handhabung maßgebend, weil sich aus ihr am ehesten Rückschlüsse darauf ziehen lassen, von welchen Rechten und Pflichten die Vertragsparteien ausgegangen sind, was sie also wirklich gewollt haben. Der so ermittelte wirkliche Wille der Vertragspartner bestimmt den Geschäftsinhalt und damit den Vertragstyp“.³⁴ Wenn § 611a Abs. 1 Satz 6 BGB nicht mehr als dies besagen will, hat er den falschen Standort – und verleitet zu dem fehlerhaften Schluss, die in ihm zum Ausdruck kommende Regel hätte nur hinsichtlich der Abgrenzung des Arbeitsvertrages zum freien Dienstvertrag, aber keine darüberhinausgehende allgemeine Bedeutung. *Schwarze* will dem Satz daher einen Mehrwert beimessen, nämlich ein Gebot zur Nutzung der arbeitsrechtlichen Form oder, negativ formuliert, ein „Verbot, die Pflicht zur Erbringung einer Arbeitsleistung in anderer rechtlicher Form als der eines Arbeitsvertrags unter Anwendung des arbeitsrechtlichen Schutzregimes

³¹ BAG 30.1.1991 – 7 AZR 497/89, NZA 1992, 19 (20); 31.3.1993 – 7 AZR 338/92, NZA 1993, 1078 (1079); 9.11.1994 – 7 AZR 217/94, NZA 1995, 572 (573); 19.11.1997 – 5 AZR 653/96, NZA 1998, 364 (365); nach der Einfügung von § 611a n.F. in das BGB insbesondere BAG 1.12.2020 – 9 AZR 102/20, NZA 2021, 552 (557) – Crowdworker; 25.4.2023 – 9 AZR 253/22, NZA 2023, 1175 (1179) – Yoga-Lehrerin.

³² RG 8.6.1920 – II 549/19, RGZ 99, 147ff.; dazu jüngst *Rech AcP* 221 (2021), 219ff.

³³ BGH 10.5.1979 – VII ZR 30/78, BGHZ 79, 258 (269).

³⁴ BGH 25.6.2002 – X ZR 83/00, NJW 2002, 3317 (3318) zur Abgrenzung von Werkvertrag und erlaubnispflichtiger Arbeitnehmerüberlassung.

zu vereinbaren“.³⁵ Damit aber läuft er, wie einige seiner später nachgeschobenen Beispiele³⁶ belegen, Gefahr, dem Auftragnehmer einseitig die Definitionsmacht über das vermeintlich gemeinsam Gewollte einzuräumen: Ein Unternehmer, der sich ohne rechtliche Verpflichtung selbst (wirtschaftlich) von einem Vertragspartner abhängig macht, indem er seine ganze Arbeitskraft nur noch den von diesem erteilten Aufträgen widmet, seine Betriebsruhe („Urlaub“) an den Bedürfnissen dieses Auftraggebers ausrichtet und die Werbung um Aufträge Dritter einstellt, ist noch lange kein Arbeitnehmer. § 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI, der solche Personen als *selbstständig Tätige* der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung (und nur in ihr) unterwirft, bringt dies treffend zum Ausdruck.³⁷ § 611a Abs. 1 Satz 6 BGB erweist sich damit als nicht mehr und nicht weniger als eine für alle Vertragstypen einschlägige Regel des Allgemeinen Schuldrechts. Stimmen die Parteien in der tatsächlichen Durchführung darin überein, welche Rechte und Pflichten ihnen wechselseitig zukommen, ergibt sich aus diesen Fakten die rechtliche Qualifikation des Vertrages.³⁸

3. Insbesondere: Crowdwork

Besondere Aufmerksamkeit hat hier der „Crowdworker“-Fall des BAG³⁹ erfahren.⁴⁰ Der Kläger hatte innerhalb von 11 Monaten rund 3.000 Mikrojobs („tool checks“) über die App der Beklagten (das deutsche Tochterunternehmen der niederländischen Roamler B.V.) erledigt, dafür wöchentlich etwa 20 Stunden aufgewandt und eine Vergütung von durchschnittlich 1.750 Euro monatlich erzielt. Wegen Unstimmigkeiten über die Honorierung (es ging um gerade einmal 10 Euro)⁴¹ kündigte die Beklagte dem Kläger per E-Mail an, seinen Account zu sperren und ihm keine weiteren Aufträge mehr anzubieten. Erst drei Monate später erhob der Kläger Kündigungsschutzklage. Im Gegensatz zu den Vorinstanzen hat das BAG ihn als Ar-

³⁵ *Schwarze RdA* 2020, 38 (41); daran teilweise anknüpfend BAG 25.4.2023 – 9 AZR 253/22, NZA 2023, 1175 (1179 ff.).

³⁶ *Schwarze RdA* 2020, 231 f.

³⁷ *Hanau/Eltzschig* NZS 2002, 281 (281); Hauck/Noftz/Fichte, SGB VI (Stand: 8/2020), § 2 Rn. 30; *Oberthür/Lohr* NZA 2001, 126 (127); ErfK/Rolfs (24. Aufl. 2024), § 2 SGB VI Rn. 1.

³⁸ MüKoBGB/*Busche* (9. Aufl. 2023), § 631 Rn. 19.

³⁹ BAG 1.12.2020 – 9 AZR 102/20, NZA 2021, 552 (557).

⁴⁰ Bereits vor dem Urteil des BAG etwa *Bayreuther RdA* 2020, 241 ff.; *Frank/Heine* NZA 2020, 292 ff.; *Fuhrott/Oltmanns* NJW 2020, 958 ff.; *Kocher* in: Henssel/Schönefeld/Kocher/Schwarz/Koch, *Selbstständige Unselbstständigkeit* (2019), S. 173 ff.; *Riesenhuber* ZFA 2021, 5 ff.; mit sozialversicherungsrechtlichem Fokus *Ru-land* NZS 2021, 681 ff.

⁴¹ *Däubler* VSSAR 2022, 325 (331); *Helm* AiB 2/2021, 45 (46).

beitnehmer angesehen. Zwar stelle die bei der Registrierung in der App abgeschlossene „Basisvereinbarung“ noch keinen Arbeitsvertrag dar, weil sie weder eine Verpflichtung der Beklagten begründete, dem Kläger Aufträge anzubieten, noch des Klägers, solche anzunehmen. Die anschließende tatsächliche Durchführung (§ 611a Abs. 1 Satz 6 BGB) aber lasse das Rechtsverhältnis als Arbeitsverhältnis erscheinen. Mit zunehmender Anzahl erledigter Aufträge und positiver Bewertung derselben konnte ein höherer „Level“ erreicht werden, der dann die Übernahme mehrerer Aufträge und die selbstbestimmte Entscheidung über die Reihenfolge ihrer Erledigung innerhalb des vorgegebenen Zeitfensters erlaubte. Nur dadurch, so das BAG, sei der Kläger in die Lage versetzt worden, seine Kontrolltätigkeiten wirtschaftlich sinnvoll auszuüben. Dieses Anreizsystem habe ihn dazu angehalten, über einen längeren Zeitraum regelmäßig Einzelaufträge anzunehmen. Die langfristige und kontinuierliche Beschäftigung habe durch eine Verklammerung der einzelnen Aufträge zu einem einheitlichen (unbefristeten) Arbeitsverhältnis geführt. Die per E-Mail erklärte Kündigung war schon wegen Verstoßes gegen § 623 BGB unwirksam, deshalb hatte auch die Klagfrist des § 4 Satz 1 KSchG nicht zu laufen begonnen. Erst die im Verlaufe des Rechtsstreits vorsorglich erklärte Schriftsatzkündigung hat das Arbeitsverhältnis später beendet.

Das Urteil hat im Schrifttum eine umfangreiche Diskussion unter Einbeziehung rechtsvergleichender Aspekte⁴² ausgelöst. Ihm beipflichtende Stimmen betonen die Entwicklungsoffenheit des § 611a BGB und seine Schutzfunktion in der digitalen Arbeitswelt.⁴³ Die Kritik entzündet sich primär daran, dass der Kläger entgegen § 611a Abs. 1 Satz 1 BGB („Durch den Arbeitsvertrag wird der Arbeitnehmer ... verpflichtet“) keinerlei Verpflichtung eingegangen war, auch nur einen einzigen Auftrag anzunehmen („Arbeitsverhältnis ohne Arbeitspflicht“), nicht einmal sein bereits erreichter „Level“ stand in Frage, wenn er über längere Zeit pausierte.⁴⁴ Hier ist nicht der Ort, diese dogmatische Diskussion fortzusetzen. Hinzuweisen

⁴² *Eichenhofer* FS Preis (2021), S. 191 ff.; *Göpfert/Stöckert* NZA 2022, 1037 (1038); *Rech* ZFA 2023, 279 ff.; *Schubert* RdA 2020, 248 (253 ff.); *dies.* NZA-Beilage 2022, 5 (5); *Waltermann* in: *Giesen/Junker/Rieble* (Hrsg.), *Arbeitsrechtsfragen bei Crowdworking und Plattformarbeit* (2022), S. 15 (35); *Wisskirchen/Haupt* RdA 2021, 355 (357); zu EuGH 22.4.2020 – C-692/19, ECLI:EU:C:2020:288 = NZA 2021, 1246 – *Yodel Delivery Network* siehe *Schmidt* NZA 2021, 1232 ff.; zur Situation in Frankreich *Daugareilh* AuR 2020, 352 ff.

⁴³ *Junker* ZFA 2021, 502 (507); *Waltermann* NJW 2022, 1129 (1131 f.); *Waes* RdA 2022, 125 (128).

⁴⁴ *Heckelmann* NZA 2022, 73 (75 ff.); *Sittard/Pant* jM 2021, 416 (419 f.); *Thüsing/Hütter-Brungs* NZA-RR 2021, 231 (234 f.); kritisch auch *Loritz* FS Henssler (2023), S. 383 (392 f.).

ist allerdings auf zwei Aspekte: Die meisten Kommentatoren bemerken zutreffend, dass es sich um eine Einzelfallentscheidung handle, die rechtliche Beurteilung hänge von den Umständen des Falles ab.⁴⁵ Vielfach komme auch eine Qualifikation als „arbeitnehmerähnliche Person“ in Betracht.⁴⁶ Die Beklagte hat – wie vermutlich alle vergleichbaren Plattformbetreiber – auf das Urteil umgehend reagiert. Die Geschäftsbedingungen wurden so umgestaltet, dass die vom BAG als maßgeblich herausgearbeiteten Kriterien, namentlich das Anreizsystem („Gamification-Part der App“), heute nicht mehr existieren. Crowdworker sollen keine Arbeitnehmer sein oder werden können. Im gegenläufigen Sinne hat die EU-Kommission 2021 den Entwurf für eine Plattform-Richtlinie⁴⁷ auf den Weg gebracht, deren Vermutungsregeln regelmäßig zur Annahme eines Arbeitsverhältnisses führen würden. Dies wird später⁴⁸ noch zu thematisieren sein.

Bereits an dieser Stelle sei aber auf ein arbeits- und sozialrechtliches Folgeproblem hingewiesen: Aufgrund des punktuellen Streitgegenstands der Kündigungsschutzklage hatte das BAG „nur“ zu entscheiden, ob *im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung* ein Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien bestand.⁴⁹ Es konnte offen lassen, wann im Verlaufe des elfmonatigen Rechtsverhältnisses sich die Rechtsbeziehung der Parteien derart „verdichtet“ hatte – denn die bloße Registrierung in der App mit dem Abschluss der „Basis-Vereinbarung“ genügte (zu Recht) gerade nicht. Sowohl für zentrale arbeitsrechtliche Rechte und Pflichten – man denke nur an Mindestlohn, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, Urlaub, Annahmeverzug und Betriebsrisiko – als auch für die sozialversicherungsrechtliche Beschäftigung und die mit ihr verbundenen Beitrags-, Melde- und Aufzeichnungspflichten wäre eine Entscheidung über den exakten Beginn aber erforderlich, und zwar möglichst für das Arbeits- und das Sozialrecht einheitlich. Dem soll hier mit einem verfahrensrechtlichen Vorschlag Rechnung getragen werden.⁵⁰

⁴⁵ Statt aller *Deinert*, Anmerkung AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 132; *Junker* JZ 2021, 519 (522); *Schliemann* FS Henssler (2023), S. 559 (572); *Wank* FS Henssler (2023), S. 701 (716).

⁴⁶ *Deinert*, Anmerkung AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 132; *Martina* NZA 2021, 616 (618f.); *ErfK/Preis* (24. Aufl. 2024), § 611a BGB Rn. 63; *Schubert* RdA 2020, 248 (253).

⁴⁷ → Fn. 22.

⁴⁸ → B 74.

⁴⁹ BAG 23.5.2013 – 2 AZR 102/12, NZA 2013, 1416 (1417); 24.10.2013 – 2 AZR 1078/12, NZA 2014, 540 (542); 20.3.2014 – 8 AZR 1/13, NZA 2014, 1095 (1097); 29.1.2015 – 2 AZR 698/12, NZA 2015, 1022 (1022); 21.5.2019 – 9 AZR 295/18, NZA 2019, 1411 (1412).

⁵⁰ → B 88.

III. Vereinheitlichung des Anwendungsbereichs?

Die Vereinheitlichung des persönlichen Geltungsbereichs des Arbeits- und Sozialversicherungsrechts wäre eine „große Lösung“. Die geltende Rechtslage ist dadurch geprägt, dass es neben einem recht beachtlichen Kern von Rechtsverhältnissen, auf die alle oder nahezu alle Schutzvorschriften des Arbeitsrechts Anwendung finden und die den Versicherungsschutz in allen fünf Zweigen der Sozialversicherung vermitteln, eine nennenswerte Zahl sowohl von Einschränkungen als auch von Erweiterungen gibt. Teilweise beruhen diese auf unionsrechtlichen Vorgaben, teilweise auf autonom innerstaatlichen Entscheidungen des deutschen Gesetzgebers. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit:

1. Analyse 1: Arbeitsrecht

Für das Arbeitsrecht vermittelt der erst 2017 in Kraft getretene § 611a BGB in seinem Absatz 1 den Eindruck, eine einheitliche Begriffsbestimmung vorzunehmen. Dies trifft indes schon nach nationalem Recht nicht zu. So bezieht beispielsweise das AGG neben den zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten und den Heimarbeitern (§ 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und 3 AGG) auch Selbstständige und Organmitglieder, insbesondere Geschäftsführer und Vorstandsmitglieder, in seinen Anwendungsbereich ein, soweit es um die Bedingungen für den Zugang zur Erwerbstätigkeit sowie den beruflichen Aufstieg geht (§ 6 Abs. 3 AGG).⁵¹ Vom Mindestlohn- und vom Nachweisgesetz sind gemäß § 22 Abs. 1 MiLoG, § 1 Satz 2 NachwG auch bestimmte (wenngleich nicht alle) Praktikanten erfasst. Vom Schutz des Betriebsrentengesetzes profitieren neben Arbeitnehmern und den zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten auch Personen, die nicht Arbeitnehmer sind, wenn ihnen Leistungen der Alters-, Invaliditäts- oder Hinterbliebenenversorgung aus Anlass ihrer Tätigkeit für ein Unternehmen zugesagt worden sind (§ 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG), was namentlich Fremd- und nicht beherrschende Gesellschafter-Geschäftsführer von GmbHs sowie Vorstandsmitglieder von Aktiengesellschaften betrifft.⁵² Tarifverträge können außer für Arbeitnehmer auch für arbeitnehmerähnliche Personen abgeschlos-

⁵¹ BGH 23.4.2012 – II ZR 163/10, BGHZ 193, 110 (114f.); 26.3.2019 – II ZR 244/17, BGHZ 221, 325 (331 ff.).

⁵² BGH 28.4.1980 – II ZR 254/78, BGHZ 77, 94 (100); 2.6.1997 – II ZR 181/96, NZA 1997, 1055 (1055 f.); 29.5.2000 – II ZR 380/98, NZA 2001, 266 (267); 24.6.2015 – IV ZR 411/13, NZA 2016, 111 (112); BAG 16.4.1997 – 3 AZR 869/95, NZA 1998, 101 (103); 15.4.2014 – 3 AZR 114/12, NZA 2014, 767 (770); Blomeyer/Rolfs/Otto/Rolfs, BetrAVG (8. Aufl. 2022), § 17 Rn. 42 ff.

sen werden (§ 12a TVG), diese haben zudem – ebenso wie die in Heimarbeit Beschäftigten, die eigentlich Selbstständige sind – für ihre Rechtsstreitigkeiten Zugang zu den Gerichten für Arbeitssachen (§ 5 Abs. 1 ArbGG). Leitende Angestellte sind zwar Arbeitnehmer und kommen in den Genuss des größten Teils des Arbeitsrechts, sodass beispielsweise auch die Verträge mit ihnen nur unter den strengen Voraussetzungen des § 14 TzBfG befristet werden dürfen.⁵³ Das Arbeitszeitgesetz findet auf sie demgegenüber keine Anwendung, ebenso wenig u. a. auf Chefärzte (§ 18 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG) und im Haushalt lebende Arbeitnehmer, die ihnen anvertraute Personen eigenverantwortlich erziehen, pflegen oder betreuen (§ 18 Abs. 1 Nr. 3 ArbZG). Die leitenden Angestellten sind auch im Betriebsrat nicht vertreten, das BetrVG nimmt sie aus seinem Anwendungsbereich weithin aus (§ 5 Abs. 3 und 4 BetrVG), sodass nur noch die Koordination der Wahlvorstände nach dem BetrVG und dem SprAuG hinsichtlich der Wählerlisten (§ 18a BetrVG) und die Mitteilungspflicht des Arbeitgebers nach § 105 BetrVG verbleiben. Dafür können die leitenden Angestellten unter den Voraussetzungen des § 1 SprAuG mit dem Sprecherausschuss eine eigene Interessenvertretung bilden, die allerdings deutlich geringere Beteiligungsrechte als der Betriebsrat hat und deren mit dem Arbeitgeber vereinbarte Richtlinien – anders als Betriebsvereinbarungen (§ 77 Abs. 4 Satz 1 BetrVG) – nur dann normativ wirken, wenn dies gesondert vereinbart ist (§ 28 Abs. 2 Satz 1 SprAuG). Vereinzelt differenzieren Gesetze auch nach dem Alter des Arbeitnehmers, so etwa beim Mindestlohn (§ 22 Abs. 2 MiLoG: Kein Mindestlohn für Jugendliche unter 18 Jahren ohne abgeschlossene Berufsausbildung), bei der Arbeitszeit (JArbSchG statt ArbZG, § 18 Abs. 2 ArbZG), bei der Jugend- und Auszubildendenvertretung (§§ 60, 61 BetrVG) oder dem Altersteilzeitgesetz (§ 1 Abs. 3 ATG).

Im Anwendungsbereich des Unionsrechts findet teilweise ein anderer, gegenüber dem nationalen Begriffsverständnis umfassenderer Arbeitnehmerbegriff Anwendung. Dem EuGH genügt es nach der sog. „Lawrie Blum-Formel“, dass eine Person während einer bestimmten Zeit für eine andere Person nach deren Weisung Leistungen erbringt, für die sie als Gegenleistung eine Vergütung erhält. Dabei sind weder die rechtliche Einordnung dieses Verhältnisses nach nationalem Recht noch seine Ausgestaltung noch die Art der zwischen beiden Personen bestehenden Rechtsbeziehung ausschlag-

⁵³ BAG 21.3.2017 – 7 AZR 207/15, NZA 2018, 1744 (1759f.); Meinel/Heyn/Herms/Meinel, TzBfG (6. Aufl. 2022), § 14 Rn. 72; ErfK/Müller-Glöge (24. Aufl. 2024), § 14 TzBfG Rn. 7; einschränkend APS/Backhaus (7. Aufl. 2024), § 14 TzBfG Rn. 20.

gebend.⁵⁴ Infolgedessen gesteht das Unionsrecht heute die Arbeitnehmererschaft auch Personen zu, die sie nach nationalem deutschem Recht teilweise unbestritten, jedenfalls aber nach herrschender Auffassung nicht haben, darunter Beamten,⁵⁵ Fremdgeschäftsführern einer GmbH⁵⁶ – vom BAG unlängst noch plakativ als *arbeitgeberähnliche Personen* bezeichnet⁵⁷ –, von der Arbeitsagentur oder dem Jobcenter geförderten Praktikanten, also Personen, die ihre Vergütung nicht vom „Arbeitgeber“, sondern von einem öffentlichen Träger aus Steuer- oder Beitragsmitteln erhalten,⁵⁸ Behinderten in Werkstätten für behinderte Menschen⁵⁹ und sogar DRK-Schwestern und ähnlichen Vereinsmitgliedern⁶⁰. Die dogmatischen Grundlagen sind nicht abschließend geklärt. Heute wohl nicht mehr ernsthaft in Zweifel gezogen wird, dass der Arbeitnehmerbegriff des AEUV (zB in Art. 46, 157 AEUV) unionsautonom und nicht nach den – in Nuancen unterschiedlichen – mitgliedstaatlichen Begriffsverständnissen zu interpretieren ist, und zwar schon deshalb nicht, weil die personelle Reichweite der Freizügigkeit nicht zur individuellen Disposition der Mitgliedstaaten steht. Nichts anderes gilt für die Charta der Grundrechte der Europäischen Union.⁶¹ Das Sekundärrecht geht hingegen traditionell unterschiedliche Wege: Während Verordnungen wie Rom I, Rom II und die EuGVVO wegen ihrer unmittelbaren und verbindlichen Geltung (Art. 288 Abs. 2 AEUV) stets den unionsautonomen Arbeitnehmerbegriff verwenden,⁶² ist dies bei den Richtlinien eher die Ausnahme. Nur die Richtlinien zum Mutterschutz,⁶³ zu

⁵⁴ Statt aller: EuGH 17.11.2016 – C-216/15, ECLI:EU:C:2016:883 = NZA 2017, 41 – Betriebsrat der Ruhrlandklinik; vgl. etwa *Hensler/Pant* RdA 2019, 321 (323 ff.); *Wank* EuZA 2023, 22 (33).

⁵⁵ Grundlegend EuGH 12.2.1974 – 152/73, ECLI:EU:C:1974:13 = AP EWG-Vertrag Art. 177 Nr. 6 – *Sotgiu*; zum Urlaubsrecht EuGH 3.5.2012 – C-337/10, ECLI:EU:C:2012:263 = *EuZW* 2012, 516 – *Neidel*; zum Antidiskriminierungsrecht EuGH 19.6.2014 – C-501/12, ECLI:EU:C:2014:2005 = NZA 2014, 831 – *Specht*.

⁵⁶ EuGH 11.11.2010 – C-232/09, ECLI:EU:C:2010:674 = NZA 2011, 143 – *Danosa*; 9.7.2015 – C-229/14, ECLI:EU:C:2015:455 = NZA 2015, 861 – *Balkaya*.

⁵⁷ BAG 21.1.2019 – 9 AZB 23/18, NZA 2019, 490 (495).

⁵⁸ EuGH 9.7.2015 – C-229/14, ECLI:EU:C:2015:455 = NZA 2015, 861 – *Balkaya*.

⁵⁹ EuGH 26.3.2015 – C-316/13, ECLI:EU:C:2015:200 = NZA 2015, 1444 – *Fenoll*.

⁶⁰ EuGH 17.11.2016 – C-216/15, ECLI:EU:C:2016:883 = NZA 2017, 41 – Betriebsrat der Ruhrlandklinik.

⁶¹ *Jarass* EU-Grundrechte-Charta (4. Aufl. 2021), Art. 27 Rn. 7; *Schwarze/Holubek*, EU-Kommentar (4. Aufl. 2019), Art. 27 GRCh Rn. 10; *EuArbRK/Schubert* (5. Aufl. 2024), Art. 27 GRC Rn. 18; zweifelnd *Hüpers/Reese* in: *Meyer/Hölscheid*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union (5. Aufl. 2019), Art. 27 Rn. 17.

⁶² *Junker* EuZA 2016, 184 (186).

⁶³ Art. 2 Richtlinie 92/85/EWG des Rates vom 19. Oktober 1992 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz, ABl. L 348 S. 1.

Massenentlassungen⁶⁴, zur Arbeitszeitgestaltung⁶⁵ und zum Hinweisgeberschutz⁶⁶ rekurrieren auf das Unionsrecht, die ganz überwiegende Zahl bedient sich hingegen mit uneinheitlicher Terminologie⁶⁷ eines Rückverweises auf das nationale Recht, exemplarisch Art. 2 Abs. 1 der Betriebsübergangs-Richtlinie 2001/23/EG: „Im Sinne dieser Richtlinie gelten folgende Begriffsbestimmungen: ... d) ‚Arbeitnehmer‘ ist jede Person, die in dem betreffenden Mitgliedstaat aufgrund des einzelstaatlichen Arbeitsrechts geschützt ist“. In jüngerer Zeit verwendet die Union vermehrt eine „Hybrid-Formel“, nach der Arbeitnehmer derjenige ist, „der nach den Rechtsvorschriften, Kollektiv- bzw. Tarifverträgen oder Gepflogenheiten in dem jeweiligen Mitgliedstaat einen Arbeitsvertrag hat oder in einem Arbeitsverhältnis steht, wobei die Rechtsprechung des Gerichtshofs zu berücksichtigen ist“; mit diesem oder einem ähnlichen Wortlaut in der Richtlinie über transparente und vorhersehbare Arbeitsbedingungen,⁶⁸ in der Mindestlohn-Richtlinie⁶⁹ und der Entgelttransparenz-Richtlinie.⁷⁰ Die Konsequenzen der letztgenannten Normsetzungstechnik sind noch nicht vollständig überschaubar. Da sich der EuGH aber selbst dort, wo nach dem Wortlaut der Richtlinie der (rein) nationale Arbeitnehmerbegriff Anwendung findet (wie etwa in Art. 3 Abs. 1 lit. a der Leiharbeits-Richtlinie 2008/104/EG), nicht scheut, das unionsrechtliche Verständnis durchzusetzen und daher im konkreten Fall auch auf vereinsrechtlicher Basis⁷¹ tätige DRK-Schwester zu Arbeitnehmerinnen zu erklären, liegt nahe, dass er

⁶⁴ Art. 1 Abs. 1 Richtlinie 98/59/EG des Rates vom 20. Juli 1998 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassungen, ABl. L 225 S. 16.

⁶⁵ Art. 2 Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. November 2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung, ABl. L 299 S. 9.

⁶⁶ Art. 4 Abs. 1 lit. a) Richtlinie 2019/1937/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2019 zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden, ABl. L 305 S. 17.

⁶⁷ Übersichtlich *Juncker* EuZA 2016, 184 (205 f.).

⁶⁸ So Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie (EU) 2019/1152 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 über transparente und vorhersehbare Arbeitsbedingungen in der Europäischen Union, ABl. L 186 S. 105.

⁶⁹ Art. 2 Richtlinie (EU) 2022/2041 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Oktober 2022 über angemessene Mindestlöhne in der Europäischen Union, ABl. L 275 S. 33.

⁷⁰ Art. 2 Abs. 2 Richtlinie (EU) 2023/970 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. Mai 2023 zur Stärkung der Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit durch Entgelttransparenz und Durchsetzungsmechanismen, ABl. L 123 S. 21; zur „Hybrid-Formel“ exemplarisch *Wank* EuZA 2023, 22 (42 ff.).

⁷¹ BAG 3.6.1975 – 1 ABR 98/74, AP BetrVG 1972 § 5 Rotes Kreuz Nr. 1; 6.7.1995 – 5 AZB 9/93, NZA 1996, 33 (35).

erst recht keine Scheu haben wird, in nämlicher Weise dort zu verfahren, wo die „Hybrid-Formel“ gilt.

Konsequenz dieser Rechtsetzung ist, dass in einigen deutschen Gesetzen unterschiedliche Arbeitnehmerbegriffe Anwendung finden, je nachdem, ob die einzelne Vorschrift autonom national ist oder ob sie auf Unionsrecht beruht. Prägnantes Beispiel hierfür ist das KSchG: Während der allgemeine Kündigungsschutz (§ 1 KSchG) nur Arbeitnehmern i.S. des deutschen § 611a BGB (mit den Beschränkungen des § 14 KSchG) zu Gute kommt⁷² und für die Berechnung der nach § 23 Abs. 1 KSchG maßgeblichen Betriebsgröße ebenfalls nur Arbeitnehmer nach nationalem Begriffsverständnis zählen,⁷³ dient der die Massentlassung betreffende § 17 KSchG der Umsetzung von Unionsrecht. Deshalb hätte bei der Stilllegung eines Betriebes, in dem zwar nur 19 Arbeitnehmer (i.S. des § 611a BGB), zusätzlich aber eine von der Bundesagentur für Arbeit bezahlte Umschülerin (Berufliche Weiterbildung, § 81 SGB III) und ein Fremdgeschäftsführer tätig waren, eine Massentlassungsanzeige erstattet werden müssen; der Betrieb beschäftigte im maßgeblichen unionsrechtlichen Sinne nicht nur 19, sondern 21 Arbeitnehmer.⁷⁴ Zur Verwirrung trägt nicht nur der EuGH, sondern auch das BAG bei. So hat das Gericht trotz §§ 2, 5 Abs. 2 Nr. 1 EntgTranspG für die Anwendung des Entgelttransparenzgesetzes nicht den nationalen, sondern den unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff verwendet und damit auch der freien Mitarbeiterin einer Rundfunkanstalt Ansprüche nach diesem Gesetz zugestanden.⁷⁵ Die auf angebliche Umsetzungsdefizite im AGG gestützte Begründung überrascht nicht zuletzt deshalb, weil die diesem zugrunde liegenden Richtlinien nicht einmal ansatzweise ein derart komplexes Verfahren der Entgelttransparenz fordern. Die entsprechende Richtlinie ist erst knapp drei Jahre nach dem Urteil vom Europäischen Parlament und vom Rat verabschiedet worden und bedarf erst bis zum 7.6.2026 der Umsetzung in nationales Recht.⁷⁶ In ähnlicher Weise hat das BAG Fremdgeschäftsführern einer GmbH, die vergleichbar einem Arbeitnehmer strikten Bindungen hinsichtlich Art, Ort und Zeit der Arbeitsleistung unterlagen, in unionsrechtskonformer Auslegung des BUrlG einen Urlaubsabgeltungsanspruch (§ 7 Abs. 4 BUrlG) zugestanden.⁷⁷

⁷² BAG 27.4.2021 – 2 AZR 540/20, NZA 2021, 857 (859); BeckOK ArbR/Rolfs (1.9.2023), § 1 KSchG Rn. 31 f.

⁷³ BAG 27.4.2021 – 2 AZR 540/20, NZA 2021, 857 (858).

⁷⁴ EuGH 9.7.2015 – C-229/14, ECLI:EU:C:2015:455 = NZA 2015, 861 – Balkaya auf Vorlage des ArbG Verden 6.5.2014 – 1 Ca 35/13, NZA 2014, 665.

⁷⁵ BAG 25.6.2020 – 8 AZR 145/19, NZA 2020, 1613 – Birte Meier.

⁷⁶ Art. 34 RL 2023/970/EU (→ Fn. 70).

⁷⁷ BAG 25.7.2023 – 9 AZR 43/22, NZA 2023, 1531.

Nur selten hat sich der deutsche Gesetzgeber dazu durchringen können, den Anwendungsbereich „seiner“ Gesetze im Hinblick auf das Unionsrecht klarzustellen. Positiv hervorzuheben ist insoweit das 2018 novellierte Mutterschutzrecht: Nachdem der EuGH in einem aus Lettland stammenden Verfahren entschieden hatte, dass auch Fremd-Geschäftsführerinnen den Schutz der Mutterschutz-Richtlinie 92/85/EWG für sich in Anspruch nehmen können,⁷⁸ hat § 2 Abs. 2 Satz 1 MuSchG 2018 den Geltungsbereich des Gesetzes auf alle Frauen, die in einer Beschäftigung i.S. von § 7 Abs. 1 SGB IV stehen, und damit auch auf solche Geschäftsführerinnen⁷⁹ erweitert.

2. Analyse 2: Sozialversicherungsrecht

Das Verhältnis des (nationalen) Arbeitnehmerbegriffs des Privatrechts zur öffentlich-rechtlichen Beschäftigung i.S. von § 7 Abs. 1 SGB IV gehört zu den in der wissenschaftlichen Diskussion des Sozialversicherungsrechts am intensivsten und kontroversesten diskutierten Themen. Im Schrifttum hat sich lange Zeit vor allem *Rolf Wank* für ein einheitliches Begriffsverständnis ausgesprochen,⁸⁰ davon aber zuletzt zumindest vorsichtig distanziert.⁸¹ *Stefan Greiner*, früher ebenfalls Anhänger der „Einheitstheorie“,⁸² hat sich davon nach Inkrafttreten von § 611a BGB 2017 losgesagt.⁸³ An seiner Stelle plädiert nun *Markus Stoffels* für eine einheitliche, arbeitsrechtsakzesorische Statusbeurteilung.⁸⁴ Die Rechtsprechung hat sich für diese Sichtweise nie erwärmen können. Angesichts der normativen Ausgangslage in § 7 Abs. 1 SGB IV („nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis“) betont einerseits das BSG, dass die Beschäftigung nicht auf Arbeitsverhältnisse im (engeren) arbeitsrechtlichen Sinne beschränkt ist,⁸⁵ andererseits das BAG, dass nicht jeder, der sozialversicherungsrechtlich Beschäftigter ist, schon dadurch zum Arbeitnehmer (i.S. des nationalen Arbeitnehmerbegriffs) wird.⁸⁶ Die herrschende Literatur folgt dieser „Trennungs-

⁷⁸ EuGH 11.11.2010 – C-232/09, ECLI:EU:C:2010:674 = NZA 2011, 143 – Danosa.

⁷⁹ Dazu sogleich unter → 2.

⁸⁰ *Wank*, Arbeitnehmer und Selbständige (1988), S. 336 ff. und in zahlreichen nachfolgenden Publikationen.

⁸¹ *Wank* RdA 2020, 110 (111): „... eine einheitliche Definition für Arbeitsrecht und Sozialversicherungsrecht festzulegen, soweit nicht Abweichungen im Einzelfall begründet werden können.“

⁸² *Greiner* NZS 2009, 657 (663).

⁸³ *Greiner* NZS 2019, 761 (763).

⁸⁴ *Stoffels* FS I. Schmidt (2021), S. 911 (924).

⁸⁵ BSG 10.8.2000 – B 12 KR 21/98 R, BSGE 87, 53 (55, 59); 27.7.2011 – B 12 KR 10/09 R, SozR 4–2400 § 28e Nr. 4.

⁸⁶ BAG 26.5.1999 – 5 AZR 664/98, NZA 1999, 987 (989); 27.4.2021 – 2 AZR 540/20, NZA 2021, 857 (858).

theorie“.⁸⁷ *Wiebke Brose* formuliert: „Sie (scil: die Loslösung des Beschäftigten- vom Arbeitnehmerbegriff) ist unmittelbar mit den Unterschieden zwischen diesen beiden Begriffen und ihren Rechtsgebieten verknüpft. Bereits historisch gesehen ist das Sozialversicherungsrecht kein «Folgerecht» zum Arbeitsrecht“.⁸⁸

Praktische Bedeutung hat diese Unabhängigkeit des Sozialversicherungs- vom Arbeitsrecht sowohl materiell- als auch verfahrensrechtlich. Für das Verfahren mag von der Justiz als Vorteil empfunden werden, dass BSG und BAG Entscheidungen unabhängig voneinander treffen können, ohne bei jeder Abweichung den Gemeinsamen Senat der Obersten Gerichtshöfe des Bundes anrufen zu müssen (§ 2 Abs. 1 RsprEinhG). So lagen beide Gerichte hinsichtlich der Statusbeurteilung von Lehrern, die auf honorarvertraglicher Basis an einer städtischen Musikschule unterrichten, zunächst auf derselben Linie (selbstständig),⁸⁹ bevor das BSG in einem zweiten Fall trotz sehr ähnlichen Sachverhalts im Sinne einer abhängigen Beschäftigung entschieden hat.⁹⁰ Materiell-rechtlich dürfte die mit Abstand größte Personengruppe, die arbeits- und sozialversicherungsrechtlich unterschiedlich beurteilt wird, diejenige der Fremd- und nicht beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführer sein. Arbeitsrechtlich stehen sie in einem freien Dienst-, nicht in einem Arbeitsverhältnis,⁹¹ sozialversicherungsrechtlich sind sie Beschäftigte.⁹² Seine frühere Judikatur, nach der selbstständig sein konnte, wer als Geschäftsführer trotz fehlender oder bloßer Minderheitsbeteiligung am Stammkapital „Kopf und Seele“ der Gesellschaft war,⁹³ hat das

⁸⁷ Ausführlich *Wilke*, Das Verhältnis des sozialversicherungsrechtlichen Beschäftigungsverhältnisses zum zivilrechtlichen Arbeitsverhältnis (2009).

⁸⁸ *Brose* FS Preis (2021), S. 119 (128).

⁸⁹ BAG 21.11.2017 – 9 AZR 117/17, NZA 2018, 448; BSG 14.3.2018 – B 12 R 3/17 R, NZS 2018, 470.

⁹⁰ BSG 28.6.2022 – B 12 R 3/20 R, NZS 2022, 860; dazu *Freudenberg* SGB 2023, 659 ff.

⁹¹ BGH 10.1.2000 – II ZR 251/98, NJW 2000, 1864 (1865); 10.5.2020 – II ZR 70/09, NJW 2010, 2343 (2343); BAG 26.5.1999 – 5 AZR 664/98, NZA 1999, 987 (988 f.); 24.11.2005 – 2 AZR 614/04, NZA 2006, 366 (367); 21.1.2019 – 9 AZB 23/18, NZA 2019, 490 (495).

⁹² BSG 14.3.2018 – B 12 KR 13/17 R, BSGE 125, 183 (187 f.); 7.7.2020 – B 12 R 17/18 R, NZS 2021, 643 (644); 1.2.2022 – B 12 KR 37/19 R, BSGE 133, 245 (247 f.); 1.2.2022 – B 12 R 19/19 R, NZS 2023, 157; 29.3.2022 – B 12 R 2/20 R, BSGE 134, 84 (92 f.); 28.6.2022 – B 12 R 4/20 R, NZA 2022, 1612 (1612 f.); aus der umfangreichen Literatur *Lau* NZS 2019, 452 ff.; *Reiserer/Skupin* BB 2019, 505 ff.; *Ruland* SGB 2021, 393 (396 f.); *Schlegel* NZA 2021, 310 ff.

⁹³ BSG 23.9.1982 – 10 RA R 10/81, SozR 2100 § 7 Nr. 7; 7.9.1988 – 10 RA R 10/87, SozR 4100 § 141b Nr. 41; 8.8.1990 – 11 RA R 77/89, SozR 3–2400 § 7 Nr. 4; 23.6.1994 – 12 RK 72/92, NJW 1994, 2974 (2975).

BSG aufgegeben.⁹⁴ Beschäftigt sollen daher sogar die fünf bzw. vier Gesellschafter einer Rechtsanwalts-GmbH sein, die jeweils 20 % bzw. (nach Ausscheiden eines von ihnen) 25 % des Stammkapitals der GmbH halten und denen berufsrechtlich durch § 59d Abs. 1 Satz 2 BRAO die anwaltliche Unabhängigkeit garantiert ist.⁹⁵ Weniger bedeutsam erscheint, dass auch Mitglieder des Vorstands einer Aktiengesellschaft i.S. von § 7 Abs. 1 SGB IV beschäftigt sind, da sie im Recht der Arbeitsförderung (§ 27 Abs. 1 Nr. 5 SGB III) und in der gesetzlichen Rentenversicherung (§ 1 Satz 3 SGB VI) versicherungsfrei bzw. nicht versicherungspflichtig sind⁹⁶ und ihr Einkommen in der gesetzlichen Kranken- und sozialen Pflegeversicherung jedenfalls typischerweise die Versicherungspflichtgrenze (§ 6 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 6 und 7 SGB V) übersteigt. Zahlreiche weitere Einzelfälle ließen sich ergänzen,⁹⁷ dürften aber auch in ihrer Summe nicht prägend sein.

Bei diesem durch die abhängige Beschäftigung geprägten Personenkreis bleibt das Sozialversicherungsrecht aber nicht stehen. Schon nach § 2 Abs. 2 SGB IV i.V. mit den besonderen Vorschriften für die einzelnen Versicherungsweige sind auch Landwirte (und damit Selbstständige) sowie behinderte Menschen, die in geschützten Einrichtungen beschäftigt werden, versichert. Kraft der gesetzlichen Fiktion des § 12 Abs. 2 letzter Halbsatz SGB IV gelten zudem Heimarbeiter, die im arbeitsrechtlichen Sinne selbstständig sind,⁹⁸ als Beschäftigte. Für selbstständig tätige Künstler und Publizisten, die ihren Beruf erwerbsmäßig und nicht nur vorübergehend ausüben, im Zusammenhang mit ihm aber nicht mehr als einen Arbeitnehmer beschäftigen (§ 1 KSVG), besteht nach Maßgabe des Künstlersozialversicherungsgesetzes (KSVG) Versicherungspflicht in der allgemeinen Renten-, der gesetzlichen Kranken- und der sozialen Pflegeversicherung, wenngleich mit zahlreichen Besonderheiten vor allem auf der Beitragsseite. In den einzelnen Zweigen der Sozialversicherung sind zudem sehr heterogen weitere Personenkreise versichert (vgl. die Kataloge in § 26 SGB III, § 5 SGB V, §§ 1 bis 3 SGB VI, §§ 2, 3

⁹⁴ BSG 29.7.2015 – B 12 KR 23/13 R, BSGE 119, 216 (222 ff.); 14.3.2018 – B 12 KR 13/17 R, BSGE 125, 183 (187); 19.9.2019 – B 12 R 25/18 R, BSGE 129, 95 (100 f.).

⁹⁵ BSG 28.6.2022 – B 12 R 4/20 R, NJW 2022, 3596; aA sehr pointiert *Altmeppen* NJW 2023, 393 ff.; *ders.* ZIP 2023, 1329 (1334 f.).

⁹⁶ BSG 31.5.1989 – 4 RA 22/88, BSGE 65, 113 (117); BeckOGK/*Guttenberger* (1.7.2021), § 1 SGB VI Rn. 32; *Schlegel* NZS 2022, 681 (685); *Kreikebohm/Roßbach/Segebrecht*, SGB VI (6. Aufl. 2021), § 1 Rn. 41; vgl. auch BSG 7.7.2020 – B 12 R 19/18 R, BSGE 130, 269 (271).

⁹⁷ BeckOGK/*Zieglmeier* (15.8.2023), § 7 SGB IV Rn. 144 ff.

⁹⁸ BAG 3.7.1980 – 3 AZR 1077/78, AP BGB § 613a Nr. 23; 24.3.1998 – 9 AZR 218/97, NZA 1998, 1001 (1001); 24.8.2016 – 7 AZR 625/15, NZA 2017, 244 (246); *Staudinger/Fischinger* (2022), § 611a BGB Rn. 239.

SGB VII, §§ 20, 21 SGB XI). Selbstständige sind (mit Ausnahme der Landwirte, Künstler und Publizisten) grundsätzlich nicht versichert. Ausnahmen größeren Umfangs finden sich in der gesetzlichen Renten- (§ 2 SGB VI) und der gesetzlichen Unfallversicherung, wo nach Maßgabe des § 3 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII die Berufsgenossenschaften auch eine Versicherungspflicht der Unternehmer und ihrer im Unternehmen mitarbeitenden Ehegatten in ihrer Satzung statuieren können. Während hinsichtlich der Risiken Krankheit und Pflegebedürftigkeit in § 193 Abs. 3 VVG, § 23 SGB XI für nicht in die Sozialversicherung einbezogene Selbstständige die Pflicht normiert ist, bei einem privaten Versicherungsunternehmen für gleichwertige Deckung zu sorgen,⁹⁹ besteht hinsichtlich der obligatorischen Alters- und Invaliditätsvorsorge Selbstständiger eine große Lücke. Die vor über 20 Jahren mit großer Diskussion¹⁰⁰ eingeführte gesetzliche Rentenversicherungspflicht für „arbeitnehmerähnliche Selbstständige“, die als Solo-Selbstständige im Wesentlichen für nur einen Auftraggeber tätig sind, hat angesichts der engen Voraussetzungen – das Einkommen muss zu mindestens fünf Sechsteln aus Aufträgen nur eines Auftraggebers resultieren¹⁰¹ – nur einen kleinen Personenkreis zu erfassen vermocht. Zwischenzeitliche politische Initiativen sind am massiven Gegenwind seitens der Betroffenen¹⁰² gescheitert. Der Koalitionsvertrag von SPD, Bündnis90/Die Grünen und FDP für die 20. Legislaturperiode des Deutschen Bundestages unternimmt jetzt einen neuen und differenzierten Anlauf: „Wir werden für alle neuen Selbstständigen, die keinem obligatorischen Alterssicherungssystem unterliegen, eine Pflicht zur Altersvorsorge mit Wahlfreiheit einführen. Selbstständige sind in der gesetzlichen Rentenversicherung versichert, sofern sie nicht im Rahmen eines einfachen und unbürokratischen Opt-Outs ein privates Vorsorgeprodukt wählen. Dieses muss insolvenz- und pfändungssicher sein und zu einer Absicherung oberhalb des Grundsicherungsniveaus führen. Bei jeder

⁹⁹ Wobei die Verletzung dieser Pflicht nur in der Pflege- (§ 121 Abs. 1 Nr. 1 SGB XI), nicht aber in der Krankenversicherung mit einem Bußgeld bewehrt ist.

¹⁰⁰ *Bauer/Diller/Lorenzen* NZA 1999, 169ff.; *Buchner* DB 1999, 146ff.; *ders.* DB 1999, 533ff.; *Dörner/Baeck* NZA 1999, 1136ff.; *Hanau* ZIP 1999, 253ff.; *Reinecke* NZA 1999, 729ff.; *Hohmeister* NZA 1999, 337ff.; *Leuchten/Zimmer* DB 1999, 381ff.; *Löwisch* BB 1999, 102ff.

¹⁰¹ LSG Baden-Württemberg 1.2.2011 – L 11 R 2461/10, NZS 2011, 946; Spitzenorganisationen der Sozialversicherung, Gemeinsames Rundschreiben zum Gesetz zur Förderung der Selbstständigkeit vom 20.12.1999, NZA 2000, 190 (191); *Bieback* SGB 2000, 189 (194); *Oberthür/Lohr* NZA 2001, 126 (128).

¹⁰² Die damalige Bundesarbeitsministerin *Ursula von der Leyen* hat ihre Pläne, zum 1.7.2013 eine Rentenversicherungspflicht für Selbstständige einzuführen, aufgegeben, nachdem eine dagegen gerichtete Petition an den Deutschen Bundestag (Nr. 23835 vom 28.3.2012) innerhalb kurzer Zeit über 80.000 Unterstützer gefunden hatte.

Gründung gilt jeweils eine Karenzzeit von zwei Jahren“.¹⁰³ Der Deutsche Sozialrechtsverband hat auf seiner Bundestagung 2023 in Düsseldorf umfassend über die verschiedenen Optionen, ihre Vor- und Nachteile diskutiert.¹⁰⁴

In der Arbeitslosenversicherung besteht (nur) für Personen, die zuvor bereits versicherungspflichtig (insbesondere abhängig beschäftigt) waren und sich dann selbstständig machen, die Möglichkeit, sich im Rahmen einer Versicherungspflicht auf Antrag weiterhin gegen das Risiko der Arbeitslosigkeit zu versichern (§ 28a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 SGB III). Während der COVID-19-Pandemie hat sich gezeigt, dass auch für viele Selbstständige zumindest eine vorübergehende Absicherung gegen das Risiko der Betriebsschließung sachgerecht sein kann. Die – überdies nicht obligatorischen – Angebote der privaten Versicherungswirtschaft haben sich als nicht ausreichend erwiesen, da sie häufig die behördlich angeordnete Schließung aufgrund des neuen, bei Vertragsabschluss noch unbekanntem Corona-Virus nicht erfasst haben.¹⁰⁵ Seitdem wird eine sozialversicherungsrechtliche Bedeckung des Risikos erwogen.¹⁰⁶

Die Analyse wäre unvollständig ohne den Hinweis auf Versicherungspflichtgrenzen sowie die Besonderheiten bei geringfügiger Beschäftigung. Während Renten-, Unfall- und Arbeitslosenversicherung lediglich eine Beitragsbemessungsgrenze kennen (Einnahmen oberhalb dieser Grenze bleiben beitragsfrei, werden im Gegenzug aber bei der Bemessung der Geldleistungen nicht berücksichtigt), ist in der Kranken- und Pflegeversicherung zusätzlich eine Versicherungspflichtgrenze statuiert (§ 6 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 6 und 7 SGB V). Beschäftigte und andere versicherungspflichtige Personen, deren Jahreseinkommen den Grenzbetrag überschreitet, sind versicherungsfrei. Unter den Voraussetzungen des § 9 Abs. 1 Nr. 1 SGB V haben sie die Möglichkeit, die Sozialversicherung freiwillig aufrecht zu erhalten, anderenfalls müssen sie sich privat kranken- und pflegeversichern. Die Arbeitgeber leisten hierzu einen Beitragszuschuss (§ 257 SGB V, § 61 SGB XI). Aktuell (2024) beträgt die Versicherungspflichtgrenze 69.300 Euro jährlich (§ 6 Abs. 6 SGB V, § 2 Abs. 1 Sozialversicherungsrechengrößen-Verordnung 2024). Sie war bis Ende 2002 mit der Jahresarbeitsentgeltgrenze für die Beitragsbemessung

¹⁰³ „Mehr Fortschritt wagen“, Koalitionsvertrag 2021–2025 zwischen der SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP unter IV.

¹⁰⁴ Janda (Hrsg.), Soziale Sicherung Selbstständiger, Schriftenreihe des Deutschen Sozialrechtsverbandes (SDSRV), Band 71 (2024).

¹⁰⁵ BGH 26.1.2022 – IV ZR 144/21, BGHZ 232, 344 (350 ff.); 21.9.2022 – IV ZR 305/21, VersR 2022, 1507 (1507 f.); 18.1.2023 – IV ZR 465/21, NJW 2023, 684 (685 ff.).

¹⁰⁶ Vgl. die Beiträge von Lutz und Oberfichtner in Janda (Hrsg.), Soziale Sicherung Selbstständiger, Schriftenreihe des Deutschen Sozialrechtsverbandes (SDSRV), Band 71 (2024).

identisch und um etwa ein Drittel niedriger als diejenige der allgemeinen Renten- und der Arbeitslosenversicherung. Zum 1.1.2003 wurde sie außerplanmäßig angehoben und zudem von der Beitragsbemessungsgrenze entkoppelt, seitdem liegt sie um gut 11 % höher als jene (2024: 62.100 Euro).

Wechselvoll ist die Entwicklung der geringfügigen Beschäftigung. Bei den Beschäftigten und ihren Arbeitgebern ist diese angesichts der geringen Beitrags- und vernachlässigbaren Steuerbelastung sehr beliebt. Gewerbliche Arbeitgeber tragen für nach § 8 Abs. 1 Nr. 1 SGB IV geringfügig Beschäftigte pauschale Beiträge zur Kranken- und Rentenversicherung in Höhe von 13 % bzw. 15 % des Arbeitsentgelts sowie 2 % pauschale Lohnsteuer; Privathaushalte sogar nur zweimal je 5 % sowie die Lohnsteuerpauschale. Macht der Arbeitnehmer – wie über 80 % der Betroffenen – von der Möglichkeit des „Opt-out“ (§ 6 Abs. 1b SGB VI) Gebrauch, trägt er überhaupt keine Beiträge, anderenfalls die Differenz zwischen 15 % und dem allgemeinen Beitragssatz der gesetzlichen Rentenversicherung (2024: 18,6 %). Damit ist das Verhältnis zwischen der Gesamtbelastung des Arbeitgebers (Bruttoarbeitsentgelt plus Arbeitgeberanteile) zum Nettolohn des Arbeitnehmers sehr viel günstiger als bei „normaler“ Besteuerung und Verbeitragung. Den größten Vorteil erreichen Arbeitnehmer, die neben der geringfügigen Beschäftigung noch andere Einkünfte erzielen, hier macht sich stärker noch als die geringeren Sozialversicherungsbeiträge die bloß minimale 2 %-ige Steuerbelastung (die jedenfalls typischerweise sogar vom Arbeitgeber übernommen wird, obwohl er dazu rechtlich nicht verpflichtet ist)¹⁰⁷ anstelle der sonst einschlägigen Steuerprogression (§ 32a Abs. 1 EStG) bemerkbar. Im Gegenzug erwirbt der versicherungsfrei Beschäftigte in der Rentenversicherung lediglich Zuschläge zu Entgeltpunkten (§ 76b SGB VI), in der Krankenversicherung überhaupt keine zusätzlichen Leistungsansprüche.

Rechtspolitisch gibt es aus ganz verschiedenen Gründen immer wieder Kritik an der Privilegierung der geringfügigen Beschäftigung.¹⁰⁸ Der Deutsche Juristentag hat sich bereits mehrfach mit ihr befasst, u. a. auf der Basis der Gutachten von *Bertram Schulin* 1992 und *Raimund Waltermann* 2010.¹⁰⁹ Bislang hat der Gesetzgeber je-

¹⁰⁷ BAG 1.2.2006 – 5 AZR 628/04, NZA 2006, 682; 23.9.2020 – 5 AZR 251/19, NZA 2021, 341.

¹⁰⁸ Überblick über Argumente und Diskussionsstand bei *Bank/Kreikebohm* ZSR 1989, 509ff.; *dies.* NZS 1993, 205f.; *Knospe* SGB 2007, 8ff.; *ders.* VSSR 2011, 233ff.; *Reineck* DRV 1992, 175ff.; *Schlegel* FS Preis (2021), 1167 (1177ff.); *Waltermann* NJW 2013, 118ff.

¹⁰⁹ *Schulin*, Gutachten E zum 59. DJT 1992, S. E 58ff.; *Waltermann*, Gutachten B zum 68. DJT 2010, S. B 40ff.

doch an ihr festgehalten und die Geringfügigkeitsgrenze zuletzt sogar angehoben und dynamisiert.¹¹⁰ Systematisch gesehen ist sie Ausfluss der auf den Status bezogenen Versicherungspflicht: Wer nur gegen ein geringes Entgelt oder kurzfristig während der Saison (Helfer bei der Ernte, der Urlaubssaison, im Weihnachtsgeschäft etc.) beschäftigt ist, kann hiervon seinen Lebensunterhalt nicht bestreiten; sein „Status“ ist anderweitig (Selbstständigkeit oder abhängige Beschäftigung im Hauptberuf, Schüler oder Student, Rentner, mitversicherter Familienangehöriger etc.) geprägt. Der Versicherungsschutz soll über diese statusprägende anderweitige Stellung vermittelt werden.¹¹¹ Aus versicherungsrechtlicher Perspektive ist zu ergänzen, dass die Geringfügigkeitsgrenze in den sachleistungsgeprägten Versicherungszweigen Kranken- und Pflegeversicherung ihre volle Berechtigung in den Grenzen des Solidarprinzips findet. Dieses verlangt zwar einen gewissen sozialen Ausgleich zugunsten derjenigen Versicherten, die zur Aufbringung risikoäquivalenter Beiträge nicht imstande sind. Es reicht aber nicht soweit, dass auch die Mitfinanzierung von Personen gefordert ist, die zwar auch als Beschäftigte tätig sind, die aber ihren Lebensunterhalt überwiegend durch Einkünfte anderer Art bestreiten. Zweifelhafte war und ist die sachliche Berechtigung der Versicherungsfreiheit geringfügig Beschäftigter demgegenüber in der Renten- und Arbeitslosenversicherung. Hier gebietet allenfalls die Verwaltungsökonomie, jedoch weder das Versicherungs- noch das Solidarprinzip die Aufrechterhaltung irgendeiner Geringfügigkeitsgrenze, jedenfalls nicht für kontinuierlich geringfügig Beschäftigte. Sie nämlich könnten mit ihren Beiträgen – wenn auch geringe – Leistungsansprüche erwerben, die in keinem besseren oder schlechteren Äquivalenzverhältnis zu den Beiträgen stünden als Leistungen an andere Versicherte auch. Dass das geringfügige Einkommen typischerweise nicht zur Bestreitung des Lebensunterhalts ausreicht, bedeutet ja nicht, dass es nicht wenigstens dazu beiträgt, sodass bei dessen Wegfall durchaus Bedarf in Bezug auf ein Erwerbsersatzesinkommen besteht.¹¹² Während der COVID-19-Pandemie haben viele geringfügig Beschäftigte schmerzlich vermisst, dass sie infolge ihrer Versicherungsfreiheit (§ 27 Abs. 2 Satz 1 SGB III) keinen Anspruch auf Kurzarbeiter- oder Arbeitslosengeld hatten.¹¹³

¹¹⁰ Gesetz zur Erhöhung des Schutzes durch den gesetzlichen Mindestlohn und zu Änderungen im Bereich der geringfügigen Beschäftigung vom 28.6.2022, BGBl. I S. 969; dazu u. a. *Koppernack* NZS 2022, 692 ff.

¹¹¹ *Schulin KV-HdB/Schulin* (1994), § 6 Rn. 77.

¹¹² *Rolfs*, Das Versicherungsprinzip im Sozialversicherungsrecht (2000), S. 252 ff.

¹¹³ *Schlegel* NZS 2022, 681 (682); s. a. BAG 13.10.2021 – 5 AZR 211/21, NZA 2022, 182 Rn. 38, wonach die fehlende sozialversicherungsrechtliche Absicherung keinen Einfluss auf die Verteilung des Betriebsrisikos hat.

3. Reformoptionen

a) Möglichkeiten und Grenzen

Wollte man eine Angleichung, ja Vereinheitlichung des Arbeitnehmer- und des Beschäftigtenbegriffs erreichen, muss man sich über die diesbezüglichen Möglichkeiten und Grenzen bewusst werden.

aa) Sozialversicherungsrecht

Im Sozialversicherungsrecht ist der Gestaltungsspielraum des deutschen Gesetzgebers nahezu unbegrenzt. Das Unionsrecht beschränkt sich auf eine Koordinierung der nationalen Systeme der sozialen Sicherheit¹¹⁴ und ermöglicht damit die tatsächliche Inanspruchnahme der Freizügigkeit (Art. 45 AEUV), lässt den Mitgliedstaaten jedoch im Übrigen freie Hand. Der deutsche Gesetzgeber wäre daher ebenso in der Lage, den sozialen Schutz künftig statt an den beruflichen Status primär an den Wohnort oder gewöhnlichen Aufenthalt im Inland anzuknüpfen, wie er den versicherten Personenkreis statusbezogen beschränken oder erweitern könnte. In der Kranken- und Pflegeversicherung, wo mit der Beitragszahlung lediglich der aktuelle Versicherungsschutz für den laufenden Monat erworben wird, aber keine Anwartschaften für die Zukunft,¹¹⁵ wäre eine solche Novellierung sogar ohne nennenswerte Übergangsfristen rechtlich möglich – Grenzen setzen hier eher der Vertrauensschutz sowie die notwendigen Umstellungen im Bereich der Organisation der Sozialleistungsträger, der Leistungserbringung und -abrechnung. In der Rentenversicherung erwerben die Versicherten dagegen spätestens mit Erreichen der Wartezeit (§ 50 SGB VI)¹¹⁶ eine von Art. 14 Abs. 1 GG eigentumsgeschützte Position, die der Gesetzgeber lediglich im Rahmen seiner Inhalts- und Schrankenbestimmung (Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG) gestalten, aber nicht kompensationslos entziehen kann (Art. 14 Abs. 3 GG).¹¹⁷ Dementsprechend ist hier zwar eine Ausweitung des versicherten Personenkreises jederzeit (unter Beachtung des mit der Versicherungspflicht verbundenen Eingriffs in die allgemeine Handlungsfreiheit der Betroffenen verbundenen Grund-

¹¹⁴ VO (EG) 883/2004 nebst Durchführungs-VO 987/2008; → Fn. 3 und 4.

¹¹⁵ Das übersieht BVerfG 3.4.2001 – 1 BvR 1629/94, BVerfGE 103, 242 (257 ff.); 7.4.2022 – 1 BvL 3/18 u. a., BVerfGE 161, 163 (252 ff.).

¹¹⁶ Ob schon früher, ist unsicher, vgl. („jedenfalls“ nach Vollendung der Wartezeit) BVerfG 12.2.1986 – 1 BvL 39/83, BVerfGE 72, 9 (18); 4.7.1995 – 1 BvF 2/86 u. a., BVerfGE 92, 365 (405).

¹¹⁷ BVerfG 28.2.1980 – 1 BvL 17/77 u. a., BVerfGE 53, 257 (289 ff.); 16.7.1985 – 1 BvL 5/80 u. a., BVerfGE 69, 272 (298 ff.); 8.4.1987 – 1 BvR 564/84, BVerfGE 75, 78 (96 ff.); 30.9.1987 – 2 BvR 933/82, BVerfGE 76, 256 (293 ff.); 28.4.1999 – 1 BvL 32/95, BVerfGE 100, 1 (32); 23.5.2018 – 1 BvR 97/14 u. a., BVerfGE 149, 86 (112 f.).

rechtseingriffs) möglich, eine Beschränkung dagegen nur mit jahrzehntelangen Übergangsfristen. Zudem ist hier eine Abkoppelung des Leistungsanspruchs von vorheriger Beitragsentrichtung und Umstellung auf eine steuerfinanzierte Einwohnerversorgung schon aus migrationspolitischen Gründen und zum Schutz vor einer systemischen Überforderung nahezu ausgeschlossen. In der Arbeitslosenversicherung hängt der Anspruch auf Arbeitslosengeld davon ab, dass innerhalb der letzten 30 Monate vor dem Beginn der Arbeitslosigkeit mindestens zwölf, ausnahmsweise sechs, Monate Versicherungspflicht bestanden hat (§§ 142, 143 SGB III). Dementsprechend besteht nur während dieses „gleitenden Anwartschaftszeitraums“ eine von Verfassung wegen eigentumsgeschützte Rechtsposition.¹¹⁸ Eine Verkleinerung des versicherten Personenkreises wäre daher mit einer zweijährigen Übergangsfrist rechtlich realisierbar, eine Ausweitung jederzeit.

bb) Arbeitsrecht

Im Arbeitsrecht ist der Gestaltungsspielraum des deutschen Gesetzgebers demgegenüber deutlich geringer. Er besteht uneingeschränkt nur dort, wo sich die Europäische Union der Richtliniengebung vollständig enthält, das betrifft im Wesentlichen (noch) den allgemeinen Kündigungsschutz, das Tarifvertrags- und das Betriebsverfassungsrecht. In den meisten übrigen Regelungsbereichen, vom Mindestlohn über die Arbeitszeit, die Teilzeitarbeit, den Urlaub, den Mutterschutz und die Vereinbarkeit von Familie und Beruf bis hin zum Betriebsübergang, der Befristung von Arbeitsverträgen und Teile des besonderen Kündigungsschutzes (Massenentlassungen, Datenschutzbeauftragte u. a.) existieren demgegenüber Richtlinien der EU. Es wurde bereits darauf hingewiesen,¹¹⁹ dass vor allem einige der älteren Richtlinien hinsichtlich ihres persönlichen Anwendungsbereichs zwar den nationalen Arbeitnehmerbegriff in Bezug nehmen, selbst dies den EuGH aber nicht daran hindert, sein eigenes Begriffsverständnis durchzusetzen. In jüngeren Richtlinien findet sich vermehrt die „Hybrid-Formel“,¹²⁰ die es dem EuGH noch leichter machen wird, ihren Anwendungsbereich auf jede Person zu erstrecken, die nach unionsrechtlichem Begriffsverständnis Arbeitnehmer ist. Dieses ist geprägt durch das Ziel, die primärrechtlich gewährleistete Freizügigkeit (Art. 45 AEUV) einem möglichst großen Personenkreis zu gewähren und nationale Abschottungen der Arbeitsmärkte zu vermeiden.

¹¹⁸ BVerfG 10.2.1987 – 1 BvL 15/83, BVerfGE 74, 203 (213); 4.7.1995 – 1 BvF 2/86 u. a., BVerfGE 92, 365 (405).

¹¹⁹ → B 19.

¹²⁰ → B 19.

b) Konsequenzen

Eine Vereinheitlichung des persönlichen Anwendungsbereichs der (aller) arbeitsrechtlichen Vorschriften ließe sich durch den deutschen Gesetzgeber daher allein in der Weise realisieren, dass er durchgängig den europäischen Arbeitnehmerbegriff verwendet. Denn diesen kann er alleine nicht beeinflussen, er wäre lediglich über eine Anpassung der europäischen Verträge erreichbar, die nicht realistisch ist. Für weite Teile des deutschen Arbeitsrechts würde dies eine deutliche Ausweitung des persönlichen Schutzbereichs auch dort bedeuten, wo dies unionsrechtlich nicht zwingend ist. Der wohl mit Abstand bedeutendste Personenkreis, der hiervon profitieren würde, wären die Fremd- und nicht beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführer, die unionsrechtlich Arbeitnehmer sind, nach deutschem Verständnis aber in einem freien Dienstverhältnis zu der Gesellschaft stehen. Sie sind bislang nur ganz vereinzelt erfasst, namentlich im Antidiskriminierungs- (§ 6 Abs. 3 AGG) und im Betriebsrentenrecht (§ 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG). Würde man das Arbeitsrecht auf sie erstrecken,

- dürften sie ihre Dienstleistung nur noch im zeitlichen Rahmen des ArbZG erbringen,
- würden ihre Dienstverhältnisse mit der Gesellschaft bei einem Betriebsübergang (§ 613a BGB) auf den Erwerber übergehen,¹²¹
- wäre eine Befristung ihrer Dienstverhältnisse nur noch nach Maßgabe des TzBfG möglich, was jedenfalls bei Mitgliedern des Vorstandes von Aktiengesellschaften einen Konflikt mit § 84 Abs. 1 AktG zur Folge hätte,
- bedürfte die Kündigung des Dienstverhältnisses durch die Gesellschaft im betrieblichen Anwendungsbereich des KSchG (§ 23 Abs. 1 KSchG) nach Ablauf der sechsmonatigen Wartezeit (§ 1 Abs. 1 KSchG) einer sozialen Rechtfertigung,
- wären sie zum Betriebsrat wahlberechtigt und in den Betriebsrat wählbar,
- wäre für Streitigkeiten zwischen ihnen und der Gesellschaft der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen eröffnet u. v. a. m.

Auch im Übrigen würden Differenzierungen innerhalb der Arbeitnehmerschaft, wie sie Teile des Arbeitsrechts heute prägen, eingebnet. Das beträfe beispielsweise leitende Angestellte im Arbeitszeitrecht (vgl. § 18 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG), im Betriebsverfassungsrecht (§ 5 Abs. 3 und 4 BetrVG, § 3 SprAuG) und im Recht der Unternehmensmitbestimmung (etwa § 3 Abs. 1 Nr. 2, § 11

¹²¹ Anders derzeit nur für Geschäftsführer, die nicht aufgrund eines Dienst-, sondern eines Arbeitsvertrages tätig werden: BAG 20.7.2023 – 6 AZR 228/22, NZA 2023, 1457 (1459 ff.).

Abs. 2, § 15 Abs. 2 Nr. 2 MitbestG). Konsequenz wäre es dann andererseits aber auch, die überschießende nationale Anwendung (lediglich) verbraucherschützender Normen auf den Arbeitnehmer zu besitzigen, weil der Arbeitnehmer als solcher unionsrechtlich kein Verbraucher ist.¹²² Praktische Bedeutung hätte dies namentlich für das AGB-Recht, weil die §§ 305 ff. BGB der Umsetzung der Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen¹²³ dienen. Die im Zuge der Schuldrechtsmodernisierung 2002 erfolgte Streichung der AGB-rechtlichen Bereichsausnahme für Arbeitsverträge (§ 310 Abs. 4 Satz 2 BGB) wäre rückabzuwickeln.

Im Sozialversicherungsrecht wäre der Anpassungsbedarf mindestens ebenso groß, wenn auch an anderer Stelle. Fremd- und nicht beherrschende Gesellschafter-Geschäftsführer wären auf den ersten Blick nicht betroffen, weil sie zur Überzeugung des BSG ohnehin Beschäftigte i.S. von § 7 Abs. 1 SGB IV sind.¹²⁴ Gestrichen werden müssten aber beispielsweise die Ausnahmen für Beamte (§ 6 Abs. 1 Nr. 2 SGB V, § 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB VI, § 4 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII, § 23 Abs. 3 SGB XI, § 27 Abs. 1 Nr. 1 SGB III), was vornehmlich in der Alterssicherung, aber auch in der Absicherung der Risiken Krankheit und Pflegebedürftigkeit erhebliche Friktionen zur Folge hätte. *Heinz-Dietrich Steinmeyer* hat sich in seinem Gutachten für den letzten Deutschen Juristentag explizit gegen eine Einbeziehung der Beamten in die gesetzliche Rentenversicherung ausgesprochen.¹²⁵ Sie wäre angesichts des verfassungsrechtlich abgesicherten Alimentsprinzips (Art. 33 Abs. 5 GG)¹²⁶ ohnehin nur mit einer deutlichen, allein vom Dienstherrn finanzierten Zusatzversorgung realisierbar.

Eine Angleichung des persönlichen Geltungsbereichs des Sozialversicherungsrechts an den europäischen Arbeitnehmerbegriff hätte aber noch sehr viel weiterreichende Konsequenzen, und zwar in beide Richtungen: Da die Freizügigkeit in der EU allen Arbeitnehmern unabhängig von ihrem Einkommen gewährt ist, solange dieses nur

¹²² EuGH 20.10.2022 – C-604/20, ECLI:EU:C:2022:807 = NJW 2023, 29 – ROI Land Investments; *Kreber* EuZA 2023, 312 (321); *Ulrici* jurisPR-ArbR 2/2023 Anm. 8; anders (nur) für Verträge, die er jenseits des Arbeitsverhältnisses mit seinem Arbeitgeber abschließt, zB einen Darlehensvertrag, EuGH 21.3.2019 – C-590/17, ECLI:EU:C:2019:232 = NJW 2019, 2223 (2224) – Pouvin.

¹²³ Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. L 95 S. 29.

¹²⁴ → B 24.

¹²⁵ *Steinmeyer*, Gutachten B zum 73. DJT 2020/22, S. B 68 ff. und These 7, S. B 112.

¹²⁶ BVerfG 22.3.1990 – 2 BvL 1/86, BVerfGE 81, 363 (375 ff.); 4.5.2020 – 2 BvL 4/18, BVerfGE 155, 1 (24 ff.); 4.5.2020 – 2 BvL 6/17 u.a., BVerfGE 155, 77 (87 ff.); Dürig/Herzog/Scholz/*Badura*, GG (Stand: August 2019), Art. 33 Rn. 72; Jarass/Picrath/*Jarass*, GG (17. Aufl. 2022), Art. 33 Rn. 59 ff.

einen „gewissen wirtschaftlichen Wert“ hat,¹²⁷ müssten konsequenterweise Versicherungspflicht- und Beitragsbemessungsgrenzen ebenso abgeschafft werden wie die Versicherungsfreiheit geringfügig Beschäftigter. In der Kranken- und Pflegeversicherung wäre eine Reduzierung des Beitragssatzes, verbunden mit einer deutlichen Ausweitung des diese Versicherungszweige schon heute dominierenden Solidarausgleichs¹²⁸ zum Nachteil der Besserverdienenden die Folge (wenn nicht der Gesetzgeber die Zusatzeinnahmen für eine Erhöhung der Leistungsausgaben verwendete, was natürlich nicht ausgeschlossen werden kann). In der Renten-, Unfall- und Arbeitslosenversicherung würde nicht nur die Beitragsbemessungs- (im SGB VII: Jahresarbeitsverdienst-) grenze entfallen, sondern auch die damit jeweils korrespondierende Leistungsbemessungsgrenze. An Personen mit hohem Einkommen wären entsprechend hohe Leistungen auszukehren, man denke in der Rentenversicherung an Vorstandsmitglieder großer Konzerne, in der Unfallversicherung an den infolge eines Arbeitsunfalls erwerbsgeminderten Profi-Fußballspieler.

Denkt man die Trennlinie scharf zu Ende, dürften Selbstständige künftig nicht mehr in der Sozialversicherung (pflicht-)versichert sein. Das betrifft neben selbstständig tätigen Landwirten (§ 1 ALG), Künstlern und Publizisten (§ 1 KSVG) zahlreiche weitere Selbstständige. Der jeweils betroffene Personenkreis ist in den einzelnen Versicherungszweigen sehr heterogen zusammengesetzt, man betrachte nur für die Rentenversicherung § 2 SGB VI, für die Unfallversicherung § 2 Abs. 1 Nr. 5 bis 7 SGB VII. Dies bedeutete nicht nur einen tiefen Einschnitt in das geltende Sozialversicherungsrecht, sondern stünde auch der rechtspolitisch vielfach gewollten und im Koalitionsvertrag für die laufende Legislaturperiode vereinbarten Ausdehnung der Pflichtaltersvorsorge für Selbstständige¹²⁹ entgegen. Lediglich Beschäftigte und Personen, deren Status sich noch nicht oder nicht mehr über die berufliche Tätigkeit definiert (Schüler-Unfallversicherung, Krankenversicherung der Rentner etc.), wären dann noch sozialversichert.

4. Ergebnis

Eine Vereinheitlichung des persönlichen Geltungsbereichs des gesamten Arbeits- sowie des Sozialversicherungsrechts wäre nur durch

¹²⁷ EuGH 3.7.1986 – 66/85, ECLI:EU:C:1986:284 = NVwZ 1987, 41 – Lawrie Blum; 4.2.2010 – C-14/09, ECLI:EU:C:2010:57 = NZA 2010, 213 – Genc; 1.10.2015 – C-432/14, ECLI:EU:C:2015:643 = NZA 2015, 1309 – O; EuArbRK/*Steinmeyer* (5. Aufl. 2024), AEUV Art. 45 Rn. 18.

¹²⁸ Vgl. *Rolfs* FS Schlegel (2024), S. 591 (591 f.).

¹²⁹ → B 19.

die Anwendung des Arbeitnehmerbegriffs der Europäischen Union realisierbar. Sie hätte neben einigen durchaus diskussionswürdigen kleineren Veränderungen einige große Brüche in der historisch gewachsenen Landschaft beider Rechtsgebiete zur Folge, darunter solche, die evident sachwidrig wären. Rechtspolitisch übertrüge der nationale Gesetzgeber seine Definitionshoheit in die Hände der Europäischen Union, verfahrensrechtlich jedenfalls im Arbeitsrecht letztlich den EuGH. Er begäbe sich vieler Möglichkeiten der Feinsteuerung. Die scharfe Trennlinie, die identisch den Geltungsanspruch des weithin zwingenden Arbeitsrechts und der inzwischen auf über 40% des Arbeitsentgelts angestiegenen Sozialversicherungsbeiträge einerseits und der von beidem unbelasteten Selbstständigkeit verlief, forderte kreative Vertragsgestaltungen zur Vermeidung dieser Pflichten geradezu heraus. Eine derartige Vereinheitlichung ist daher nicht weiter zu verfolgen.

IV. Flexibles Arbeitsrecht

1. Mehrstufiges System

Das geltende Arbeitsrecht verfolgt aus guten Gründen ein abgestuftes Schutzkonzept. Die zentralen Entscheidungen trifft der Gesetzgeber selbst und nimmt dabei, wie dargestellt,¹³⁰ verschiedene Differenzierungen vor. Branchen- und betriebsspezifischen Bedürfnissen tragen überwiegend die Tarifvertrags- und Betriebsparteien in Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen Rechnung. Sie kennen sowohl die durch den Wettbewerb und die Kundenerwartungen geprägten unternehmerischen Interessen als auch die aus der Betriebsorganisation, den spezifischen physischen und psychischen Belastungen des Arbeitsalltags resultierenden Schutzbedürfnisse der Arbeitnehmer im Detail und können beides zu einem gerechten Ausgleich bringen. Dass in einem Krankenhaus oder Pflegeheim mit notwendiger 24/7-Besetzung zentraler Positionen andere Regelungen sachgerecht sind als in einem Handwerksbetrieb oder einer Verwaltungseinheit liegt auf der Hand. Der einzelne Arbeitsvertrag differenziert dies dann nochmals mit Bezug auf den konkreten Arbeitsplatz und die individuellen Interessen der Vertragsparteien aus.

Martin Hensler und *Ulrich Preis* hatten in ihrem 2006 vorgelegten Entwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes¹³¹ neben einigem allgemein

¹³⁰ → B 19.

¹³¹ *Hensler/Preis*, Diskussionsentwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes, NZA-Beilage zu Heft 23/2006; www.bertelsmann-stiftung.de/fileadmin/files/BSt/Publikationen/GrauePublikationen/GP_Diskussionsentwurf_eines_Arbeitsvertragsgesetzes.pdf.

dispositiven oder tarifdispositiven Recht vorgesehen, dass Arbeitnehmer mit hohem Einkommen im Vertrag auf einen Teil der gesetzlichen Rechte verzichten können, nach dem damaligen Spielführer der deutschen Fußball-Nationalmannschaft der Männer als „Ballack-Klausel“ apostrophiert. Der ursprüngliche Entwurf enthielt an der entscheidenden Stelle (§ 148 Abs. 2 ArbVG-E) allerdings gleich zwei Blockaden: Er ließ sowohl offen, welche Vorschriften dispositiv sein sollten, als auch, ab welchem Einkommen den Vertragsparteien die Dispositionsmöglichkeit eröffnet werden sollte. Der zweite Entwurf¹³² hat diese Lücken dann gefüllt, allerdings sehr restriktiv. Die maßgebliche Einkommensgrenze sollte beim Fünffachen der Bezugsgröße (§ 18 SGB IV) liegen, das entspricht 2024 einem Monatseinkommen von 17.675 Euro (West) bzw. 17.325 Euro (Ost). Damit wäre der betroffene Personenkreis, dem die vom Gesetz abweichende Aushandlung einzelner Vertragsbedingungen gestattet worden wäre, sehr klein ausgefallen. Immerhin, *Michael Ballack* hätte noch dazu gehört. Sehr zurückhaltend waren die Verfasser des Entwurfs auch hinsichtlich der Vorschriften, die in dieser Weise für dispositiv erklärt wurden, sie betrafen lediglich den Anspruch auf Veränderung der Arbeitszeit (§ 31 ArbVG-E, ähnlich heute §§ 8, 9a TzBfG), die Entgeltfortzahlung an Feiertagen (§ 41 ArbVG-E, § 2 EFZG), den Entgeltanspruch während des Urlaubs (§ 42 Abs. 1 Satz 2 ArbVG-E, § 11 BUrlG), die Urlaubsabgeltung (§ 49 ArbVG-E, § 7 Abs. 4 BUrlG), die Entgeltfortzahlung bei Arbeitsunfähigkeit (§ 51 ArbVG-E, § 3 EFZG), den Anspruch auf Freistellung zur Kindesbetreuung und Pflege naher Angehöriger (§ 59 ArbVG-E, § 15 BEEG, §§ 2–4 PflegeZG, §§ 2, 2a FPfZG), die Höhe der Entgeltfortzahlung (§ 64 ArbVG-E, § 4 EFZG) sowie die Altersgrenze (§ 130 ArbVG-E). Allgemeiner Kündigungsschutz sollte auch für diesen Personenkreis erhalten bleiben, dem Arbeitgeber sollte lediglich wie nach § 14 Abs. 2 Satz 2 KSchG die Möglichkeit eingeräumt werden, den Auflösungsantrag ohne Begründung zu stellen.

Dass schon de lege lata mit einiger Kreativität sachgerechte vertragliche Regelungen bei bestimmten Personengruppen möglich sind, belegen zwei Urteile des BGH und des BAG zum Betriebsrentenrecht: Das Gesetz findet wegen § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG nicht nur auf Arbeitnehmer, sondern darüber hinaus auf alle Personen Anwendung, die nicht Arbeitnehmer sind, wenn ihnen Leistungen der Alters-, Invaliditäts- oder Hinterbliebenenversorgung aus Anlass ihrer Tätigkeit für ein Unternehmen zugesagt worden sind. Hierzu gehören Fremd- und nicht beherrschende Gesellschafter-Geschäfts-

¹³² Stand November 2007, NZA-Beilage 2007, S. 6ff.

führer ebenso wie Vorstandsmitglieder von Aktiengesellschaften.¹³³ § 19 Abs. 1 BetrAVG erklärt einige Bestimmungen des Gesetzes für tarifdispositiv, darunter diejenigen zur Abfindung (§ 3 BetrAVG) und zur Rentenanpassung (§ 16 BetrAVG). Bei wortlautgetreuer Interpretation wären abweichende einzelvertragliche Vereinbarungen in Verträgen mit Nicht-Arbeitnehmern i.S. von § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG nicht möglich, obwohl für sie – mit Ausnahme der in § 12a TVG erwähnten arbeitnehmerähnlichen Personen – keine Tarifverträge abgeschlossen werden. Beim bloßen Wortlaut ist der Dritte Senat des BAG aber nicht stehen geblieben, sondern hat zutreffend den Normzweck bemüht: Zu Recht sei darauf hingewiesen worden, „dass bei Organmitgliedern – zumindest typischerweise – anders als bei Arbeitnehmern bei der Aushandlung ihrer Betriebsrentenregelung keine Verhandlungsunterlegenheit vorliegt (...). Dies rechtfertigt aber nicht die Annahme, das Betriebsrentenrecht wäre für diesen Personenkreis vollständig abdingbar. Abweichende Vereinbarungen kommen vielmehr nur insoweit in Betracht, als der Gesetzgeber sie unter Zugrundelegung eines Verhandlungsprozesses, der geeignet ist zu angemessenen Ergebnissen zu führen, zulässt. Für Arbeitnehmer im arbeitsrechtlichen Sinne kann dies angenommen werden, soweit eine tarifliche Regelung vorliegt (...). Das Betriebsrentenrecht ist deshalb für Organmitglieder insoweit abdingbar, als den Tarifvertragsparteien Abweichungen erlaubt sind und damit auch hinsichtlich § 16 BetrAVG (...). Eine weitergehende Unabdingbarkeit würde nicht nur dazu führen, dass dieser Personenkreis aus ‚sozialen Gründen den Regelungen des BetrAVG als Arbeitnehmerschutzgesetz unterstellt‘ würde (...), sondern dass er besser geschützt wäre als Arbeitnehmer.“¹³⁴ Dem hat sich der II. Zivilsenat des BGH mit nahezu wörtlich identischer Begründung angeschlossen: „Abweichende Vereinbarungen kommen allerdings insoweit in Betracht, als der Gesetzgeber sie unter Zugrundelegung eines Verhandlungsprozesses, der geeignet ist, zu angemessenen Ergebnissen zu führen, zulässt ... Für Arbeitnehmer im arbeitsrechtlichen Sinne kann dies angenommen werden, soweit eine tarifliche Regelung vorliegt, weil der Gesetzgeber den Tarifvertragsparteien eine entsprechende Verhandlungsmacht zuerkennt. Das Betriebsrentenrecht ist demzufolge auch für Organmitglieder insoweit abdingbar, als auch den Tarifvertragsparteien Abweichungen erlaubt sind. Eine weitergehende Unabdingbarkeit würde dazu führen, dass dieser Personenkreis besser geschützt wäre als Arbeitnehmer. Von einer Verhandlungsunterlegenheit des einzelnen Organmitglieds, wie sie der Gesetzgeber bei

¹³³ → Fn. 52.

¹³⁴ BAG 21.4.2009 – 3 AZR 285/07, AP BetrAVG § 1 Beamtenversorgung Nr. 20; dazu *Diller/Arnold/Kern* GmbHR 2010, 281 ff.; *Rolfs/Heikel* SAE 2010, 184 ff.

einem Arbeitnehmer typisiert annimmt, kann nicht ausgegangen werden“.¹³⁵

2. Mehr Freiheit wagen

Arbeitsrechtliche Gesetze sind Kinder ihrer Zeit. Häufig reagieren sie auf Missstände, die in einer bestimmten Epoche zutage getreten sind und denen die Tarif- oder Arbeitsvertragsparteien nicht angemessen begegnen konnten. Bis zum Beginn des 19. Jahrhunderts hatten die Zünfte darauf geachtet, dass extensive Arbeitszeiten nicht zu einem übertriebenen Wettbewerb zwischen den Gewerbetreibenden führten; vor der Erfindung der Glühbirne verhinderte zudem das Feuerrisiko weithin Arbeiten nach Einbruch der Dunkelheit. Die gewerkschaftliche Forderung nach einem Acht-Stunden-Tag war eine Reaktion auf die Bedingungen der körperlich anstrengenden, monotonen Industriearbeitsplätze, namentlich im Bergbau, der Eisen- und Stahlindustrie. Konsequenterweise wurde sie zunächst für die gewerblichen Arbeiter erhoben und erfüllt (in Deutschland – verbunden mit vollem Lohnausgleich – erstmals im bereits erwähnten Stinnes-Legien-Abkommen vom 15.11.1918, wenige Tage später dann mit Gesetzeskraft¹³⁶), mit etwas Verzögerung folgten 1919 die Angestellten. Knapp 100 Jahre später wurde der staatliche Mindestlohn (§ 1 MiLoG) erst notwendig, nachdem „die Tarifvertragsparteien ... aus eigener Kraft nicht mehr durchgehend in der Lage [waren], einer zunehmenden Verbreitung von unangemessen niedrigen Löhnen entgegenzuwirken. Insbesondere im Bereich einfacher Tätigkeiten hat die Fragmentierung der Arbeitsbeziehungen – etwa durch die Auflösung traditioneller Branchengrenzen und die zunehmende internationale Mobilität von Arbeitskräften – die Durchsetzungsfähigkeit der kollektiven Interessenvertretungen beeinträchtigt. In Branchen mit niedrigem Organisationsgrad führt dies dazu, dass Tarifverträge Löhne vorsehen, die für einen Alleinstehenden bei Vollzeitätigkeit nicht ausreichen, um seine Existenz ohne staatliche Hilfe zu bestreiten“.¹³⁷

Aber die Zeiten ändern sich, und mit ihnen die Arbeitsbedingungen. Was vor 100 Jahren noch für fast alle Arbeitsplätze zutraf und daher eine zwingende gesetzliche Regelung erforderte (wobei der Acht-Stunden-Tag ohnehin schon in der Arbeitszeitverordnung

¹³⁵ BGH 23.5.2017 – II ZR 6/16, NZG 2017, 948; zuvor bereits LG Köln 20.3.1985 – 24 O 271/84, NZA 1985, 535; offenlassend noch BGH 16.3.2009 – II ZR 68/08, NZA 2009, 613 (615).

¹³⁶ Anordnung des Reichsamts für wirtschaftliche Demobilmachung über die Regelung der Arbeitszeit gewerblicher Arbeiter vom 23.11.1918, RGBl. S. 1334.

¹³⁷ Begründung der Bundesregierung für den Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Tarifautonomie, BT-Drs. 15/1558, S. 27 f.; vgl. auch *Preis RdA* 2019, 75 (85 f.).

1923¹³⁸ und dem Arbeitszeitgesetz 1927¹³⁹ wieder aufgeweicht wurde), erscheint in einer Dienstleistungsgesellschaft mit mobiler Kommunikation und zunehmender Arbeit an häuslichen Arbeitsplätzen nicht mehr für jedes Arbeitsverhältnis zwingend. Der durch § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG sowie die Rechtsprechung von EuGH¹⁴⁰ und BAG¹⁴¹ vermittelte Schutz vor Kettenbefristungen mag für die meisten Arbeitnehmer sinnvoll sein – für Profi-Fußballspieler mit Millionengagen lässt sich dagegen kaum erklären, dass aufeinander folgende Verträge mit einer Gesamtdauer von mehr als zehn Jahren einen Rechtsmissbrauch des Vereins indizieren sollen.¹⁴² Selbst vergleichsweise junge Gesetze wie diejenigen zur Vereinbarkeit von Familie und Beruf (Elternzeit [§ 15 BEEG], Pflegezeit [§§ 2–4 PflegeZG], Familien-Pflegezeit [§§ 2, 2a FPfZG], Brücken-Teilzeit [§ 9a TzBfG]) sind mit eigentlich noch familienfreundlicheren betrieblichen Lösungen¹⁴³ oft nicht kompatibel, weil weitgehend unabdingbar.

3. Dispositives, tarifdispositives und betriebsvereinbarungsoffenes Recht

a) Status quo

Schon heute kennt das Gesetz tarifdispositive Normen (statt aller: Länge der Kündigungsfristen, § 622 Abs. 4 Satz 1 BGB), solche, bei denen Abweichungen (auch) aufgrund einer in einem Tarifvertrag zugelassenen Betriebsvereinbarung zulässig sind (etwa: bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung, §§ 7, 12 ArbZG) und vereinzelt solche, die selbst ohne tarifliche Grundlage betriebsvereinbarungsoffen sind (etwa: Altersteilzeit im Blockmodell, § 2 Abs. 2 Sätze 2–5 ATG). Zumeist (aber nicht immer) bedenkt der Gesetzgeber zwar die Besonderheiten des öffentlichen Dienstes und erwähnt neben den Betriebs- auch die Dienstvereinbarungen, nur vereinzelt dagegen diejenigen des kirchlichen Arbeitsrechts (wie beispielsweise

¹³⁸ Verordnung über die Arbeitszeit vom 21.12.1923, RGBl. I S. 1923.

¹³⁹ Gesetz zur Änderung der Arbeitszeitverordnung vom 14.4.1927, RGBl. I S. 109.

¹⁴⁰ EuGH 26.1.2012 – C-586/10, ECLI:EU:C:2012:39 = NZA 2012, 135 – Kücük.

¹⁴¹ BAG 18.7.2012 – 7 AZR 443/09, NZA 2012, 1351; 26.10.2016 – 7 AZR 135/15, NZA 2017, 382.

¹⁴² BAG 16.1.2018 – 7 AZR 312/16, NZA 2018, 703 – Heinz Müller, hat zwar die Befristung von Arbeitsverträgen mit Lizenzspielern der 1. Fußball-Bundesliga regelmäßig als durch die Eigenart der Arbeitsleistung (§ 14 Abs. 1 Nr. 4 TzBfG) sachlich gerechtfertigt angesehen, allerdings bestand das Arbeitsverhältnis im Streitfall aufgrund eines einmalig verlängerten Vertrages insgesamt nur für die Dauer von fünf Jahren.

¹⁴³ Exemplarisch die „Wahlarbeitszeit“ bei Trumpf, die es den Arbeitnehmern ermöglicht, jeweils für ein oder zwei Jahre ihre Arbeitszeit innerhalb eines Korridors zwischen 15 und 40 Stunden festzulegen, vgl. Rolfs NZA-Beilage 2014, 53 (57f.).

in § 2 Abs. 4 NachwG), die fehlende Zuständigkeit des Betriebsrats für bestimmte Arbeitnehmergruppen, insbesondere leitende Angestellte (§ 5 Abs. 3 und 4 BetrVG) und die Regelungskompetenz des Sprecherausschusses (§ 28 SprAuG). Individualvertragliche Vereinbarungen sind nahezu ausschließlich zugunsten der Arbeitnehmer möglich, wenn man von der Bezugnahme auf zulässigerweise abweichende Tarifverträge in Arbeitsverträgen mit nicht (oder anders) Tarifgebundenen absieht (beispielsweise § 622 Abs. 4 Satz 2 BGB). Eine Einkommensgrenze, wie von *Hensler/Preis* vorgeschlagen,¹⁴⁴ kennt das Gesetz – ohne nennenswerte praktische Relevanz – nur als Hilfs-Hilfskriterium für die Abgrenzung leitender Angestellter im Betriebsverfassungsrecht (§ 5 Abs. 4 Nr. 4 BetrVG), nicht aber als Grenze für mehr Freiheit bei der Vertragsgestaltung.

b) Überantwortung der Regelungskompetenz auf die Kollektivvertragsparteien

Die (Tarif-)Dispositivität und Betriebsvereinbarungsoffenheit lässt sich bei zahlreichen Gesetzen weiter ausbauen, bei einigen neu einführen. Die Europäische Union verfolgt das Ziel einer Tarifabdeckung von mindestens 80 % in jedem Mitgliedstaat.¹⁴⁵ Dies lässt sich nur erreichen, wenn die Arbeitgeber ein eigenes Interesse daran haben, Vollmitglied in einem tarifschließenden Arbeitgeberverband zu sein. Entscheidend für die Tarifabdeckung ist weniger die Zahl der Gewerkschaftsmitglieder (die derzeit insgesamt bei 17–18 % aller Arbeitnehmer in Deutschland liegt und damit in absehbarer Zeit realistisch ohnehin nicht auf den Zielwert gesteigert werden kann), als diejenige der tarifgebundenen Arbeitgeber.¹⁴⁶ Sie wenden die tarifvertraglichen Arbeitsbedingungen typischerweise auf alle Arbeitnehmer ohne Rücksicht auf deren individuelle Tarifbindung vermittlels arbeitsvertraglicher Bezugnahmeklauseln an. Das Interesse der Arbeitgeber an einer Verbandsmitgliedschaft lässt sich möglicherweise steigern, wenn sie dadurch Flexibilitätsgewinne erzielen, die ihnen ohne Tarifbindung versperrt blieben: Wer Leiharbeiter länger als 18 aufeinander folgende Monate beschäftigen will, muss dafür an einen entsprechenden Tarifvertrag gebunden sein (§ 1 Abs. 1b Satz 3 AÜG).¹⁴⁷ Abweichend vom Modell des § 622 Abs. 4 Satz 2 BGB lässt sich dieses Ziel freilich nur verwirklichen, wenn nicht tarifgebundenen Arbeitgebern eine Inbezugnahme versperrt

¹⁴⁴ → B 36.

¹⁴⁵ Erwägungsgrund 25 der Mindestlohn-Richtlinie 2022/2041/EU (→ Fn. 69); siehe auch *Hartmann* EuZA 2023, 121 (121 f.)

¹⁴⁶ Treffend *Franzen* FS Preis (2021), S. 247 (249): „Die Entscheidung über die Geltung des Tarifvertrags für das Arbeitsverhältnis trifft allein der Arbeitgeber“.

¹⁴⁷ Dazu BAG 5.4.2023 – 7 AZR 224/22, NZA 2024, 207.

bleibt. Für sie muss der Tarifvertrag normativ gelten. Nur die fehlende Tarifbindung der Arbeitnehmer darf arbeitsvertraglich überwunden werden können. Angesichts der strengen Voraussetzungen an die Tariffähigkeit von Gewerkschaften hinsichtlich ihrer „sozialen Mächtigkeit“¹⁴⁸ besteht kein Grund zur Sorge, Arbeitnehmerrechte könnten sachwidrig ausgehöhlt werden. Derartigen Versuchen hat die Rechtsprechung bislang stets einen Riegel vorgeschoben, prägnant im CGZP-Beschluss zur Leiharbeit.¹⁴⁹ Tarifdispositivität ist daher rechtspolitisch weithin unproblematisch. Sie stärkt die Tarifautonomie und dient daher der Verwirklichung des Grundrechts aus Art. 9 Abs. 3 GG.¹⁵⁰

Ähnliches gilt für die Betriebsautonomie. Sie ist zwar von grundlegend anderen Strukturprinzipien geprägt als die Tarifautonomie – keine freiwillige Mitgliedschaft, sondern „automatische“ Normunterworfenheit mit Eintritt in den Betrieb; keine originäre, aus eigenen Freiheitsrechten resultierende Regelungskompetenz, sondern nur eine derivative, durch staatliche Gesetzgebung verliehene – auch sie dient aber urdemokratischen Zwecken, der organisierten Mitbestimmung der Arbeitnehmer über ihre Arbeitsbedingungen. *Willy Brandts* „Mehr Demokratie wagen“¹⁵¹ hat in der Novelle des BetrVG 1972¹⁵² für dieses gesellschaftliche Segment seinen Ausdruck gefunden. Rechtspolitisch unproblematisch ist betriebsvereinbarungsoffenes Recht ohnehin dann, wenn es eine vorgelagerte tarifliche Öffnungsklausel voraussetzt (wie §§ 7, 12 ArbZG). Den Tarifvertragsparteien ist es hier stets unbenommen, die Betriebsautonomie nur begrenzt, in einem bestimmten Rahmen oder unter bestimmten kompensatorischen Bedingungen zu eröffnen, die sie aufgrund ihrer Sachnähe selbst am besten beurteilen können. Eine Beschränkung der Betriebsvereinbarungsoffenheit auf in derartiger Weise tarifvertragsbasierte Kompetenzeröffnungen wäre jedoch zu eng. Sie hätte zur Folge, dass in Bereichen, in denen Tarifverträge

¹⁴⁸ BAG 10.9.1985 – 1 ABR 32/83, NZA 1986, 332 (332f.); 5.10.2010 – 1 ABR 88/09, NZA 2011, 300 (302f.); 26.6.2018 – 1 ABR 37/16, NZA 2019, 188 (194); 22.6.2021 – 1 ABR 28/20, NZA 2022, 575 (579ff.); ErfK/*Franzen* (24. Aufl. 2024), § 2 TVG Rn. 11 ff.; NK-ArbR/*Krois* (2. Aufl. 2023), § 2 TVG Rn. 33; *Däubler/Peter/Rödl* TVG (5. Aufl. 2022), § 2 Rn. 27 ff.

¹⁴⁹ BAG 14.12.2010 – 1 ABR 19/10, NZA 2011, 289.

¹⁵⁰ *Wiedemann/Jacobs* TVG (9. Aufl. 2023), Einl. Rn. 596 unter Zurückweisung der Kritik Rn. 597 ff.; die Anreizwirkung tarifdispositiven Rechts für eine Tarifbindung der Arbeitgeber betonend *Greiner* NZA 2018, 563 (565); aA *Waltermann* FS *Bepler* (2012), S. 568 (578 ff.); *ders.* NZA RdA 2014, 86 (89); daran anschließend etwa *Ulber* FS *Preis* (2021), S. 1373 ff.

¹⁵¹ Erste Regierungserklärung *Willy Brandts* als frisch gewählter Bundeskanzler der sozialliberalen Koalition, Deutscher Bundestag, 6. Wahlperiode, Plenarprotokoll der 5. Sitzung, 28.10.1969, S. 20 (C).

¹⁵² Betriebsverfassungsgesetz vom 15.1.1972, BGBl. I S. 13.

üblicherweise nicht abgeschlossen werden, von der Regelungsfreiheit kein Gebrauch gemacht werden könnte. Dies wäre umso misslicher, als der Gesetzgeber bei seiner Normsetzung typischerweise die großen, tarifgebundenen, industriellen Arbeitgeber vor Augen hat, nicht aber die Bedürfnisse kleiner und mittelständischer Unternehmen mit ebenso innovativen Produkten und Dienstleistungen wie innovativen Arbeitsformen. Für Arbeitgeber, die zwar unter den räumlichen und betrieblich-fachlichen Geltungsbereich eines Tarifvertrages fallen, die aber selbst nicht tarifgebunden sind,¹⁵³ verbleibt es beim Tarifvorbehalt des § 77 Abs. 3 BetrVG: Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen, die durch Tarifvertrag geregelt sind oder üblicherweise geregelt werden, können nicht Gegenstand einer Betriebsvereinbarung sein. Dies gilt nicht, wenn ein Tarifvertrag den Abschluss ergänzender Betriebsvereinbarungen ausdrücklich zulässt. Die Tarifvertragsparteien haben es damit jederzeit in der Hand, die Regelung der entsprechenden Angelegenheit an sich zu ziehen. Zugleich bestimmen sie, ob (bestehende) abweichende Betriebsvereinbarungen ex nunc ihre Wirksamkeit verlieren (was der Regelfall ist),¹⁵⁴ oder ob sie ihnen durch eine Tariföffnungsklausel (§ 77 Abs. 3 Satz 2 BetrVG) ihre Fortexistenz ermöglichen. Solange die Tarifvertragsparteien selbst keine Regelung getroffen haben, liegt es in den Händen der Betriebsparteien, ihre Angelegenheiten selbst in die Hand zu nehmen.

Nichts Anderes gilt für den öffentlichen Dienst. Hier ist die Rechtslage komplexer, weil das BPersVG nur für die Verwaltungen des Bundes und die bundesunmittelbaren Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts sowie die Gerichte des Bundes Geltung beansprucht (§ 1 Abs. 1 BPersVG), die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Verwaltungen und Dienststellen der Länder in deren eigenen Personalvertretungsgesetzen geregelt ist. Diese gehen hinsichtlich der Beteiligungs- und insbesondere der echten Mitbestimmungsrechte zwar weit auseinander. Sie stehen aber einer freiwilligen Dienstvereinbarung in Angelegenheiten, die durch Bundesgesetz zugelassen sind, nicht entgegen. In der Vergangenheit hat der Gesetzgeber bei betriebsvereinbarungsoffenen Normen die Besonderheiten des öffentlichen Dienstes entweder nicht bedacht oder eine Öffnung gegenüber Dienstvereinbarungen im Hinblick auf die nahezu flächendeckende Geltung des TVöD/TV-L nicht für not-

¹⁵³ Vgl. BAG 9.12.1997 – 1 AZR 319/97, NZA 1998, 661 (663); 26.8.2008 – 1 AZR 354/07, NZA 2008, 1426 (1427); 23.1.2018 – 1 AZR 65/17, NZA 2018, 871 (873); 18.3.2020 – 5 AZR 36/19, NZA 2020, 868 (870); *Fitting*, BetrVG (31. Aufl. 2022), § 77 Rn. 74 ff.

¹⁵⁴ Vgl. BAG 21.1.2003 – 1 ABR 9/02, NZA 2003, 1097 (1099); 26.1.2017 – 2 AZR 405/16, NZA 2017, 522 (523); *Fitting*, BetrVG (31. Aufl. 2022), § 77 Rn. 99.

wendig erachtet. Dies gilt es, angesichts der sich auch im öffentlichen Dienst verändernden Tariflandschaft (zB im Hinblick auf manche nicht tarifgebundenen Krankenkassen), künftig zu korrigieren. In gleicher Weise zu gestatten sind Dienstvereinbarungen nach dem Mitbestimmungsrecht der Kirchen und ihrer Einrichtungen.

Die Sprecherausschüsse der leitenden Angestellten können Richtlinien über den Inhalt, den Abschluss oder die Beendigung von Arbeitsverhältnissen der leitenden Angestellten vereinbaren. Diesen kommt nach § 28 Abs. 1 SprAuG grundsätzlich zwar nur schuldrechtliche Wirkung zu. Eine unmittelbare und zwingende, d.h. normative, Wirkung, kann jedoch ausdrücklich vereinbart werden (§ 28 Abs. 2 Satz 1 SprAuG). Wo der Gesetzgeber den Tarifvertragsparteien abweichende Regelungen gestattet, sollten auch Richtlinien der Sprecherausschüsse möglich sein. Es gibt keinen Grund, leitende Angestellte strenger zu schützen als tarifunterworfenen Arbeitnehmer.

Tarifverträgen gleichzustellen sind Regelungen paritätisch besetzter Kommissionen, die auf der Grundlage kirchlichen Rechts Arbeitsbedingungen für den Bereich kirchlicher Arbeitgeber festlegen. Ob Tariföffnungsklauseln de lege lata schon dann, wenn sie nicht ausdrücklich kirchliche Arbeitsrechtsregeln erwähnen (wie in § 7 Abs. 4 ArbZG, § 21a Abs. 3 JArbSchG, § 1 Abs. 1b Satz 8 AÜG, § 3 Abs. 1 Nr. 1 ATG), diese gleichwohl miterfassen, ist umstritten.¹⁵⁵ Das BAG hat dies verneint, jedenfalls für § 2 NachwG a.F.¹⁵⁶ Der Gesetzgeber hat die Rechtsprechung bei nächster Gelegenheit korrigiert und die tarifvertragsgleiche Privilegierung kirchlicher Arbeitsrechtsregelungen im Recht des Arbeitsvertragsnachweises klar gestellt (§ 2 Abs. 4 NachwG).¹⁵⁷

c) Überantwortung der Regelungskompetenz auf die Arbeitsvertragsparteien

Das geltende Arbeitsrecht ist gegenüber Individualverträgen weit hin einseitig zwingend. Selbst dort, wo es grundsätzlich dispositiv ist, hat die Rechtsprechung seit der Erstreckung der AGB-Kontrolle auf Arbeitsverträge 2002 abweichenden Vereinbarungen häufig die Wirksamkeit versagt, weil sie intransparent gewesen seien (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB) oder den Arbeitnehmer in anderer Weise entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligten (§ 307 Abs. 1 Satz 1, §§ 308, 309 BGB). In vielen Fällen sind

¹⁵⁵ Bejahend *Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche (8. Aufl. 2020), § 8 Rn. 11, § 15 Rn. 21; *ders.* NZA 2002, 1057 (1063); *Thüsing* RdA 1997, 163 (168 ff.); verneinend *Däubler/Däubler* TVG (5. Aufl. 2022), Einl. Rn. 1227.

¹⁵⁶ BAG 30.10.2019 – 6 AZR 465/18, NZA 2020, 379 (384 f.).

¹⁵⁷ Vgl. BT-Drs. 20/1636, S. 27.

überzogene, für die Kautelarpraxis praktisch nicht erfüllbare Anforderungen an die Vertragsgestaltung aufgestellt worden. Die rigide Linie des BAG hat beispielsweise zur Konsequenz, dass in den vergangenen Jahren kaum noch eine Verpflichtung zur Rückzahlung von Aus- und Fortbildungskosten in Erfurt standgehalten hat, obwohl das Gericht wiederholt und zu Recht betont hat, dass der Arbeitgeber ein berechtigtes Interesse daran hat, den Arbeitnehmer im Anschluss an eine u.U. kostspielige und langdauernde Schulungsmaßnahme an sein Unternehmen zu binden.¹⁵⁸ Die früher gängigen Ausschlussfristen in Arbeitsverträgen sind immer weiter zurückgedrängt worden,¹⁵⁹ in nach dem 31.12.2014 abgeschlossenen Verträgen muss ausdrücklich der Anspruch auf den Mindestlohn ausgenommen werden, weil dieser wegen § 3 Satz 1 MiLoG unabdingbar und die Klausel zur Überzeugung des BAG anderenfalls im Übrigen – also hinsichtlich des den Mindestlohns übersteigenden Teils des Arbeitsentgelts – intransparent ist.¹⁶⁰

Diese hohe Kontrolldichte verhindert zwar die Durchsetzung arbeitgeberseitiger Ansprüche aufgrund dem Arbeitnehmer nachteiliger Vereinbarungen. Sie ist jedoch eine regelmäßig auf den Einzelfall bezogene nachträgliche Wirksamkeitskontrolle, die in ihrer Wirkung präventiven Verboten in Gestalt zwingenden Rechts nicht gleichsteht. Für den überwiegenden Teil der Arbeitnehmerschaft sollten arbeitsrechtliche Schutzgesetze daher grundsätzlich nicht vertragsdispositiv sein. Zu fragen ist allerdings, ob nicht für bestimmte Arbeitnehmergruppen eine Vertragsparität dergestalt typisiert unterstellt werden kann, dass ihnen – ggf. bis zu einer gewissen Grenze – eine größere Gestaltungsfreiheit eingeräumt werden kann. Das Gesetz nimmt schon heute seinen Geltungsanspruch gegenüber leitenden Angestellten häufig zurück. Selbst der allgemeine Kündigungsschutz wird ihnen nur mit der Maßgabe gewährt, dass der Arbeitgeber ohne Begründung die Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegen Zahlung einer Abfindung beanspruchen kann (§ 14 Abs. 2 KSchG). In Anlehnung an § 5 Abs. 4 Nr. 4 BetrVG könnte daher Arbeitnehmern, deren Einkommen aus dem Arbeitsverhältnis so-

¹⁵⁸ Vgl. BAG 21.7.2005 – 6 AZR 452/04, NZA 2006, 542; 18.11.2008 – 3 AZR 192/07, NZA 2009, 435; 18.3.2014 – 9 AZR 545/12, NZA 2014, 957; 11.12.2018 – 9 AZR 383/18, NZA 2019, 781; 25.1.2022 – 9 AZR 14/21, NZA 2022, 978; 1.3.2022 – 9 AZR 260/21, NZA 2022, 786; 20.10.2022 – 8 AZR 332/21, NZA 2023, 423; 25.4.2023 – 9 AZR 187/22, NZA 2023, 1122; monographisch *Bischoff*, Einzelvertragliche Rückzahlungsklauseln für Aus- und Fortbildungskosten (2021).

¹⁵⁹ BAG 25.5.2005 – 5 AZR 572/04, NZA 2005, 1111 (1114); 31.8.2005 – 5 AZR 545/04, NZA 2006, 324 (326); 26.11.2020 – 8 AZR 58/20, NZA 2021, 703 (706 ff.); 9.3.2021 – 9 AZR 323/20, NZA 2021, 1257 (1258 ff.); *Seiwert*h ZFA 2020, 100 (100 ff.); *Sura* NZA-RR 2021, 57 (57 ff.).

¹⁶⁰ BAG 18.9.2018 – 9 AZR 162/18, NZA 2018, 1619 (1622 ff.).

wohl im Zeitpunkt des Abschlusses der jeweiligen Vereinbarung als auch im streitbefangenen Zeitraum das Dreifache der Bezugsgröße (2024: 10.605 Euro monatlich bzw. 127.260 Euro jährlich/West; 10.395 Euro monatlich bzw. 124.740 Euro jährlich/Ost) übersteigt, mehr Vertragsautonomie eingeräumt werden.

4. Grenzen der Tarif-, Betriebs- und Vertragsautonomie

Dispositivität bedeutet nicht unbeschränkte Autonomie der jeweiligen Kollektiv- oder Individualvertragsparteien. Diese haben die allgemeinen Gestaltungsgrenzen zu beachten. Dazu zählt neben den verfassungsrechtlich unabdingbaren Freiheits- und Gleichheitsrechten insbesondere die Beachtung des Unionsrechts. Regelungen, die der nationale Gesetzgeber nicht erlassen oder aufrechterhalten dürfte, weil sie mit primärem oder sekundärem Unionsrecht unvereinbar wären, können auch durch Vertrag nicht wirksam getroffen werden. Aus diesem Grunde hat das BAG beispielsweise trotz § 14 Abs. 2 Satz 3 TzBfG tarifvertraglichen Befristungsregeln die Geltung versagt, die (zu) großzügig sachgrundlose Kettenbefristungen im Bereich des Steinkohlebergbaus vor dessen Beendigung 2018 gestattet hatten.¹⁶¹ Im Übrigen steht es natürlich auch dem Gesetzgeber frei, der Vertragsgestaltung spezifische Grenzen zu setzen.

V. Beispiele für öffnungsg geeignete Regelungsmaterien

1. Formvorschriften

Vorbemerkung: Ende August 2023 hat das Bundesministerium der Justiz ein Eckpunktepapier für ein viertes Bürokratieentlastungsgesetz (BEG IV) vorgelegt. Dieses sieht u.a. vor, einige arbeitsrechtliche Schriftformerfordernisse durch Textform zu ersetzen. Bei Abschluss des Manuskripts befand sich der Entwurf noch in der Beratung. In den nachfolgenden Erwägungen bleibt er daher unberücksichtigt.

Viele (Willens-)Erklärungen innerhalb des Arbeitsverhältnisses bedürfen aktuell der Schriftform. Dies betrifft beispielsweise den Arbeitsvertragsnachweis (§ 2 Abs. 1 Satz 1, Satz 3 NachwG), die Inanspruchnahme der Elternzeit (§ 15 Abs. 7 Nr. 5, § 16 Abs. 1 BEEG), der Pflegezeit (§ 3 Abs. 3 Satz 1 PflegeZG) und der Familien-Pflegezeit (§ 2a Abs. 1 Satz 1 FPfZG) sowie etwaige Vereinba-

¹⁶¹ BAG 17.4.2019 – 7 AZR 410/17, NZA 2019, 1223 (1224); vgl. auch schon BAG 26.10.2016 – 7 AZR 140/15, NZA 2017, 463.

rungen über Teilzeitarbeit während dieser Zeiträume (§ 3 Abs. 4 Satz 1 PflegeZG, § 2a Abs. 2 Satz 1 FPfZG) und die arbeitgeberseitige Zurückweisung des Antrags (§ 15 Abs. 7 Satz 4 BEEG). Nur vereinzelt lässt das Gesetz statt der strengen Schriftform auch Textform zu, so etwa beim Antrag auf Arbeitszeitverringerung (§ 8 Abs. 2 Satz 1 TzBfG, für die Brücken-Teilzeit i. V. mit § 9a Abs. 3 Satz 2 TzBfG) und der entsprechenden Gegenerklärung des Arbeitgebers (§ 8 Abs. 5 Satz 1 TzBfG). Verschiedentliche Versuche der Literatur, das Schriftformerfordernis generell im Sinne von Textform zu interpretieren (sei es durch teleologische Reduktion, durch analoge Anwendung von § 8 Abs. 2 Satz 1 TzBfG oder auf andere Weise),¹⁶² waren und sind rechtsdogmatisch nicht haltbar. Der Gesetzgeber hat sich bewusst für die Schriftform entschieden, sodass eine Regelungslücke o.Ä. nicht besteht. Besonders deutlich gemacht haben dies die während der Corona-Pandemie befristet geltenden § 9 Abs. 3, Abs. 5, Abs. 6 PflegeZG, § 16 Abs. 2, Abs. 4 Satz 2, Abs. 5 FPfZG, die für Erklärungen zur Pflege- und Familien-Pflegezeit im Zeitraum vom 23.5.2020 bis zum 30.4.2023 die Textform ausreichen ließen.¹⁶³ Diese Vorschriften wären nicht erforderlich gewesen, wenn auch ohne sie die Textform genügt hätte. Die genannten Bestimmungen sind mittlerweile jedoch wieder außer Kraft.

Welch missliche Konsequenzen das Schriftformerfordernis haben kann, belegt eindrucksvoll ein Urteil des BAG aus dem Jahre 2016: Die Klägerin war in einem Kleinbetrieb ohne allgemeinen Kündigungsschutz (Rechtsanwaltskanzlei) beschäftigt. Nach der Geburt ihrer Tochter teilte sie per Telefax mit, dass sie im Anschluss an den Mutterschutz für zwei Jahre Elternzeit beanspruche. Der Arbeitgeber kündigte nach Ablauf der Mutterschutzfristen das Arbeitsverhältnis ordentlich. Die auf die Verletzung von § 18 BEEG gestützte Kündigungsschutzklage blieb ohne Erfolg: Da das Elternzeitverlangen die Schriftform (§ 16 Abs. 1 BEEG, § 126 BGB) nicht gewahrt hatte, war es nichtig (§ 125 Satz 1 BGB). Die Arbeitnehmerin befand sich bei Zugang der Kündigung folglich nicht in Elternzeit, sodass der Arbeitgeber für seine Kündigung keiner behördlichen Zustimmung (§ 18 Abs. 1 Satz 4 BEEG) bedurfte. Einen Verstoß gegen § 612a BGB hatte die Klägerin nicht behauptet. Die Kündigung war wirksam.¹⁶⁴

¹⁶² Däubler/Deinert/Zwanziger/Brecht-Heitzmann, KSchR (11. Aufl. 2020), § 5 PflegeZG Rn. 26; Gotthardt/Beck NZA 2002, 876 (879 ff.); Küttner/Poeche, Personalbuch 2023, Elternzeit Rn. 25.

¹⁶³ Dazu BeckOK ArbR/Rolfs (67. Ed. 1.3.2023), § 16 PflegeZG Rn. 3, 6, § 9 FPfZG Rn. 2, 5.

¹⁶⁴ BAG 10.5.2016 – 9 AZR 145/15, NZA 2016, 1137; ähnlich schon BAG 26.8.2008 – 2 AZR 23/07, NZA 2008, 1241, dort war es dem Arbeitgeber aufgrund der Um-

Das Schriftformerfordernis mag bei Arbeitnehmern, die ihre Arbeitszeit regelmäßig im Betrieb verbringen, ihr Begehren im Personalbüro übergeben und von dort eine schriftliche Antwort erhalten, (noch) sachgerecht sein. Seine Handhabung stößt aber schon bei Arbeitnehmern, die sich im Homeoffice – oder, wie die Klägerin im soeben geschilderten Fall, im Mutterschutz oder anderen Phasen der Freistellung von Arbeitsleistung – befinden, auf praktische Schwierigkeiten. Der Zugang eines gewöhnlichen Briefes ist praktisch nicht zu beweisen und die daraus resultierende Notwendigkeit, extra für die Übergabe eines Schreibens die Betriebsstätte des Arbeitgebers aufzusuchen oder Boten zu beauftragen, wird von vielen als antiquierte, überflüssige Förmerei empfunden. Dies gilt umso mehr für Unternehmen und Betriebe, in denen die Arbeitsprozesse weitgehend digitalisiert sind.

Der Schriftformzwang ist unionsrechtlich nicht zwingend vorgeschrieben. Dem nationalen Gesetzgeber ist es unbenommen, ihn durch das Erfordernis der Textform zu ersetzen oder dies den (Kollektiv-)Vertragsparteien zu gestatten. Für den Arbeitsvertragsnachweis lässt Art. 3 Satz 2 der Arbeitsbedingungen-Richtlinie 2019/1152/EU¹⁶⁵ es genügen, dass er dem Arbeitnehmer in elektronischer Form zur Verfügung gestellt und übermittelt wird, wenn er ihm zugänglich ist, von ihm gespeichert und ausgedruckt werden kann und der Arbeitgeber einen Übermittlungs- oder Empfangsnachweis erhält. Letzteres müsste im nationalen Recht ergänzt werden.¹⁶⁶ Art. 4 ff. der Richtlinie zur Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben 2019/1158/EU¹⁶⁷ kennen überhaupt keine Formerfordernisse.

Die durch den Formzwang bewirkte Klarstellungs- und Beweisfunktion lässt sich durch die Textform mindestens in gleicher, wenn man sie um das Erfordernis des Zugangsnachweises ergänzt, sogar noch in besserer Weise als durch das Erfordernis der Schriftform erfüllen. Das Risiko einer übereilten Erklärung besteht entweder gar nicht (Vertragsnachweis) oder es wiegt vergleichsweise so gering, dass einer (kollektiv-)vertraglichen Öffnung nicht entgegensteht.

Abweichende Bestimmungen können sowohl den Tarifvertragsparteien, den paritätisch besetzten Kommissionen der Kirchen und ihrer Einrichtungen, als auch den Parteien einer Betriebs- oder

stände des Einzelfalls aber nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) verwehrt, sich auf den Formmangel zu berufen.

¹⁶⁵ Richtlinie (EU) 2019/1158 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 zur Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben für Eltern und pflegende Angehörige und zur Aufhebung der Richtlinie 2010/18/EU des Rates, ABl. L 186 S. 105.

¹⁶⁶ EuArbRK/Kolbe (5. Aufl. 2024), RL (EU) 2019/1152 Art. 3 Rn. 4.

¹⁶⁷ → Fn. 165.

Dienstvereinbarung gestattet werden. Im räumlichen und betrieblich-fachlichen Geltungsbereich eines Tarifvertrages sollte Personen, die nicht vom persönlichen Geltungsbereich des Tarifvertrages erfasst sind (etwa AT-Angestellten), in nämlicher Weise wie Arbeitnehmern, auf die der Tarifvertrag (normativ, kraft Allgemeinverbindlicherklärung oder einzelvertraglicher Inbezugnahme) Anwendung findet, die arbeitsvertragliche Übernahme der tariflichen Formvorschrift ermöglicht werden, dasselbe gilt für leitende Angestellte (§ 5 Abs. 3 und 4 BetrVG) im Geltungsbereich einer Betriebsvereinbarung. Wenn die Tarifvertrags- oder Betriebsparteien die (um den Zugangsnachweis modifizierte) Textform für ausreichend erachten, bedürfen AT- und leitende Angestellte keines strengeren Schutzes.

2. Insbesondere: Befristung des Arbeitsverhältnisses, Aufhebungsvertrag und Kündigung

Die Befristung (oder auflösende Bedingung) eines Arbeitsvertrages bedarf zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform (§ 14 Abs. 4, ggf. i.V. mit § 21 TzBfG). Dasselbe gilt für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses sowie Verträge über seine Auflösung (§ 623 BGB). Der Gesetzgeber hat diesen 2001 eingeführten Formzwang¹⁶⁸ seinerzeit so begründet: „Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses, die Befristung und auch die einvernehmliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses (Aufhebungsvertrag) bedürfen der Schriftform. Die besondere Bedeutung dieser Gestaltungsrechte – insbesondere der Beendigung des Arbeitsverhältnisses – rechtfertigen dies i.S. der Gewährleistung größtmöglicher Rechtssicherheit. Das konstitutive Schriftformerfordernis führt aber auch zu einer enormen Entlastung der Arbeitsgerichte. Insbesondere werden unergiebige Rechtsstreitigkeiten, zB ob überhaupt eine Kündigung vorliegt, vermieden, bzw. die entsprechende Beweiserhebung wird wesentlich vereinfacht.“¹⁶⁹ Rechtsdogmatisch ist das zwar zu zwei Dritteln Unsinn – Gestaltungsrecht ist allein die Kündigung, jedoch weder die Befristung des Arbeitsverhältnisses noch der Aufhebungsvertrag –, rechtspolitisch ist die Entscheidung seinerzeit aber nahezu einhellig begrüßt worden.¹⁷⁰ Streitigkeiten über den objektiven Erklärungsinhalt und ggf. die Anfechtung übereilter Äußerungen („Chef, ich schmeiß die Brocken hin“) gehören seitdem der Vergangenheit an. Lediglich ganz vereinzelt sind Fälle bekannt geworden, in denen eine Kündigung

¹⁶⁸ Gesetz zur Vereinfachung und Beschleunigung des arbeitsgerichtlichen Verfahrens (Arbeitsgerichtsbeschleunigungsgesetz) vom 30.3.2000, BGBl. I S. 333.

¹⁶⁹ BT-Drs. 14/626, S. 11.

¹⁷⁰ Däubler AiB 2000, 188 (189); Preis/Gotthardt NZA 2000, 348 (361); Richardi/Annauß NJW 2000, 1231 (1235); Schaub NZA 2000, 344 (347); KR/Spilger (13. Aufl. 2022), § 623 BGB Rn. 25.

ernstlich, aber formunwirksam erklärt worden war, den Erklärenden (Arbeitnehmer) seine Äußerung später gereut und er sich wegen Verstoßes gegen §§ 623, 125 Satz 1 BGB auf den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses berufen hat.¹⁷¹ Dieser Schriftformzwang dürfte heute als so zentraler Bestandteil des arbeitsrechtlichen Beendigungsschutzes gelten, dass eine Öffnung für abweichende Kollektivvereinbarungen nicht sachgerecht erscheint. Sie hätte überdies die missliche Konsequenz, dass die Arbeitsgerichte schon im Rahmen ihrer Prüfung, ob eine Kündigungsschutzklage rechtzeitig erhoben worden ist (§ 4 KSchG) oder in Ermangelung der Fristwahrung die Kündigung als von Anfang an rechtswirksam gilt (§ 7 KSchG), die jeweiligen Tarifverträge, Betriebs- oder Dienstvereinbarungen kennen müssten. Anderenfalls könnten sie nicht beurteilen, ob eine nicht schriftlich erklärte Kündigung den Lauf der dreiwöchigen Klagfrist ausgelöst hat.

Für das Schriftformgebot befristeter Arbeitsverträge (seit 1.1.2002 in § 14 Abs. 4 TzBfG) gilt dies allerdings nicht in gleicher Weise. Anders als bei Kündigung und Aufhebungsvertrag steht hier nicht die Beendigung eines (unbefristeten) Arbeitsverhältnisses, sondern die von vorneherein lediglich zeitlich begrenzte Begründung desselben in Rede. Der Gesetzentwurf der Bundesregierung für das TzBfG hatte gleichwohl sogar noch eine Verschärfung vorgesehen, indem zur Wirksamkeit der Befristung der gesamte Arbeitsvertrag hätte schriftlich niedergelegt werden müssen.¹⁷² Dies ist im Zuge der Beatungen zutreffend korrigiert worden,¹⁷³ weil anderenfalls selbst eine dem Arbeitnehmer günstige betriebliche Übung (zB hinsichtlich einer Weihnachtsgeldzahlung) die Wirksamkeit der Befristungsabrede tangiert hätte. Hinsichtlich des verfolgten Normzwecks dürfen Zweifel angebracht sein: Klarstellungs- und Beweisfunktion lassen sich durch textförmige Erklärungen mit Zugangsnachweis (wie Art. 3 Abs. 2 RL 2019/1152/EU) in gleicher Weise erreichen wie durch einen in Schriftform abgeschlossenen Vertrag. Bleibt allein die Warnfunktion gegenüber dem Arbeitnehmer,¹⁷⁴ der darauf aufmerksam gemacht werden soll, dass sein Arbeitsverhältnis nicht un-

¹⁷¹ Etwa BAG 16.9.2004 – 2 AZR 659/03, NZA 2005, 162; 17.12.2015 – 6 AZR 709/14, NZA 2016, 361 (Auflösungsvertrag per Telefax); Hessisches LAG 26.2.2013 – 13 Sa 845/12, BeckRS 2013, 67961; LAG Köln 16.10.2013 – 11 Sa 345/13, BeckRS 2014, 67639; LAG Hamm 28.4.2017 – 1 Sa 1524/16, NZA-RR 2018, 76; weitere Nachweise bei BeckOGK/*Klumpp* (1.7.2023), § 623 BGB Rn. 67 ff.

¹⁷² § 14 Abs. 4 TzBfG idF des Entwurfs der Bundesregierung für ein Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge und zur Änderung und Aufhebung arbeitsrechtlicher Bestimmungen, BT-Drs. 14/4374, S. 9, 20.

¹⁷³ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung, BT-Drs. 14/4625, S. 21.

¹⁷⁴ Ausführlich BAG 23.7.2014 – 7 AZR 771/12, NZA 2014, 1341 (1345 f.).

befristet ist. Eine Chance, die Befristung noch vor Vertragsabschluss „wegzuverhandeln“ besteht freilich praktisch ohnehin selten. Der Arbeitgeber, der eine Stelle nur befristet besetzen möchte, wird hiervon kaum jemals bereits in diesem Stadium abrücken, sondern bestenfalls im Verlaufe des (befristeten) Arbeitsverhältnisses, wenn der Beschäftigungsbedarf sich verstetigt und der Arbeitnehmer sich bewährt hat. Dem berechtigten Interesse des Arbeitnehmers, vor Abgabe seiner Vertragserklärung klar darüber bewusst zu werden, dass ihm lediglich ein befristetes Vertragsverhältnis angetragen wird, kann aber auch durch eine drucktechnische Hervorhebung o.Ä. in einem textförmigen Dokument Rechnung getragen werden.

Jedenfalls den Tarifvertragsparteien sollte daher gestattet werden, das Schriftformerfordernis des § 14 Abs. 4 TzBfG durch Textform mit wechselseitigem Zugangsnachweis zu ersetzen. Unionsrecht steht dem nicht entgegen. Die Befristungs-Richtlinie 1999/70/EG¹⁷⁵ bzw. die ihr zugrundeliegende Rahmenvereinbarung von EGB-UNICE-CEEP über befristete Arbeitsverträge sehen keinerlei Formzwang für befristete Arbeitsverträge vor.

3. Arbeitszeit

Zu den aktuell am intensivsten diskutierten Aspekten des Arbeitsrechts gehört das Arbeitszeitrecht. In der Rechtssache CCOO¹⁷⁶ hatte der EuGH 2019 entschieden, dass die Mitgliedstaaten die Arbeitgeber dazu verpflichten müssten, ein objektives, verlässliches und zugängliches System einzuführen, mit dem die von einem jeden Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann. Dies ergebe sich aus Art. 3, 5 und 6 der Arbeitszeit-Richtlinie 2003/88/EG¹⁷⁷ „im Lichte“ von Art. 31 Abs. 2 GRCh und von Art. 4 Abs. 1, Art. 11 Abs. 3 und Art. 16 Abs. 3 der Arbeitsschutz-Rahmenrichtlinie 89/391/EWG.¹⁷⁸ In der Literatur war schnell vom „Stechuhr-Urteil“ die Rede,¹⁷⁹ das nun für nahezu jeden Arbeitsplatz eine Arbeitszeiterfassung wie vor 100 Jahren erforderlich mache und alle modernen, auf mehr Eigenverantwortung und Vertrauen basierenden Arbeitszeitmodelle in Frage stelle. Ganz so apodiktisch wie

¹⁷⁵ Richtlinie 1999/70/EG des Rates vom 28. Juni 1999 zu der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge, ABl. L 175 S. 43.

¹⁷⁶ EuGH 14.5.2019 – C-55/18, ECLI:EU:C:2019:402 = NZA 2019, 683 – CCOO.

¹⁷⁷ Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. November 2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung, ABl. L 299 S. 9.

¹⁷⁸ Richtlinie 89/391/EWG des Rates vom 12. Juni 1989 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer bei der Arbeit, ABl. L 183 S. 1.

¹⁷⁹ *Fuhrrott/Garden* ArbRAktuell 2019, 263; *Kolbe* ZFA 2021, 216 (222); *Stück* CCZ 2021, 261 (262); das Bild von der Stechuhr bemühen auch *Höpfner/Daum* RdA 2019, 270 (270); *Riegel* RdA 2021, 152 (155).

der Leitsatz lesen sich die Entscheidungsgründe freilich nicht, denn dort wird betont, dass die Mitgliedstaaten durchaus über einen Spielraum verfügen, wie sie die konkreten Modalitäten zur Umsetzung eines Arbeitszeit-Erfassungssystems umsetzen. Insbesondere könnten sie dessen Form festlegen, und zwar gegebenenfalls unter Berücksichtigung der Besonderheiten des jeweiligen Tätigkeitsbereichs, sogar der Eigenheiten bestimmter Unternehmen, namentlich ihrer Größe; dies gelte „unbeschadet“ von Art. 17 Abs. 1 RL 2003/88/EG, nach dem die Mitgliedstaaten unter Beachtung der allgemeinen Grundsätze des Schutzes der Sicherheit und der Gesundheit der Arbeitnehmer Ausnahmen u. a. von den Art. 3 bis 6 dieser Richtlinie vornehmen dürfen, wenn die Dauer der Arbeitszeit wegen besonderer Merkmale der ausgeübten Tätigkeit nicht bemessen¹⁸⁰ und/oder vorherbestimmt ist oder von den Arbeitnehmern selbst bestimmt werden kann.¹⁸¹ Ohne Not hat dann das BAG im September 2022 noch nachgelegt und entschieden, dass die Arbeitgeber nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG verpflichtet sind, Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit der (aller) Arbeitnehmer zu erfassen, für die der Gesetzgeber nicht auf der Grundlage von Art. 17 Abs. 1 RL 2003/88/EG eine von den Vorgaben in Art. 3, 5 und 6 Buchst. b dieser Richtlinie abweichende Regelung getroffen hat.¹⁸² Höpfner/Schneck haben dem Senat vorgehalten, er gelange auf methodisch zweifelhafte Weise „zu einem nicht vertretbaren Ergebnis“.¹⁸³ In der Tat überrascht nicht nur das lange obiter dictum zu all den letztlich nicht tragenden Anspruchsgrundlagen (Rn. 20 bis 41), sondern sogar zum für grundsätzlich einschlägig gehaltenen § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG (Rn. 42 bis 57). Denn im Ergebnis wurde der Antrag des Betriebsrats, festzustellen, dass ihm ein Initiativrecht zur Einführung eines elektronischen Systems der Arbeitszeiterfassung zustehe, abgewiesen. Der Betriebsrat könne den Regelungsauftrag der Einigungsstelle nicht in dieser Weise beschränken: „Da eine solche Art der Ausgestaltung (scil.: elektronische Erfassung – Verf.) unionsrechtlich jedoch nicht zwingend vorgegeben ist, bestünde die Gefahr, dass die Einigungsstelle gegebenenfalls keinen (umfassenden) inhaltlichen Spruch über die Ausgestaltung der den beiden Arbeitgeberinnen obliegenden Pflicht zur Verwendung eines Arbeitszeiterfassungssystems für alle Arbeitnehmer ihres Gemeinschaftsbetriebs treffen

¹⁸⁰ So die Wortwahl in der deutschen Fassung des Urteils; Art. 17 Abs. 1 RL 2003/88/EG: „gemessen“.

¹⁸¹ EuGH 14.5.2019 – C-55/18, ECLI:EU:C:2019:402 = NZA 2019, 683 Rn. 63 – CCOO.

¹⁸² BAG 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616.

¹⁸³ Höpfner/Schneck, NZA 2023, 1 (3); ähnlich kritisch H. Hanau RdA 2023, 115 (123): „kreative(r) Umgang mit den Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung“.

könnte. Damit könnte sie entgegen den Vorgaben des § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG die regelungspflichtige Angelegenheit nicht oder zumindest nicht abschließend ausgestalten¹⁸⁴. Dies allein trägt den Tenor des Beschlusses, mehr hätte es nicht bedurft. Alles andere war überflüssiges Beiwerk.

Im April 2023 hat das Bundesministerium für Arbeit und Soziales einen Referentenentwurf für ein Gesetz zur Änderung des Arbeitszeitgesetzes vorgelegt.¹⁸⁵ Bei Abschluss dieses Manuskripts war noch kein Gesetzentwurf der Bundesregierung in den Deutschen Bundestag eingebracht.

Die Verunsicherung ist nicht zuletzt deshalb so groß, weil in vielen Fällen nicht einmal klar ist, was „Arbeit“ und damit Arbeitszeit ist.¹⁸⁶ Art. 2 Abs. 1 Nr. 1 RL 2003/88/EG definiert Arbeitszeit als „jede Zeitspanne, während der ein Arbeitnehmer gemäß den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten arbeitet, dem Arbeitgeber zur Verfügung steht und seine Tätigkeit ausübt oder Aufgaben wahrnimmt“. Anders als viele nationale Rechtsordnungen, die Zwischenstufen wie Arbeitsbereitschaft, Bereitschaftsdienst und Rufbereitschaft kennen, differenziert das Unionsrecht allein zwischen Arbeitszeit und Ruhezeit.¹⁸⁷ Das hat zur Folge, dass im Anwendungsbereich der Richtlinie jede Form der Bereitschaft entweder als Arbeitszeit oder als Ruhezeit gewertet werden muss, und zwar unionsautonom.¹⁸⁸ Bei Anwesenheit im Betrieb war bislang – durchaus arbeitnehmerfreundlich – Konsens, dass die gesamte Zeitspanne abzüglich der „offiziellen“ Pausen Arbeitszeit ist – einschließlich kurzer Kaffee- und Toilettenpausen, privater Gespräche mit Kollegen oder privater Telefonate. Bei mobiler Arbeit und im Homeoffice ist die Abgrenzung deutlich schwieriger: Wenn jedes (in der Regel ja eigenverantwortliche, vom Arbeitgeber nicht, jedenfalls nicht hinsichtlich Häufigkeit und Zeitpunkt vorgegebene) „E-Mail-Checken“ am Abend, am Wochenende oder im Urlaub¹⁸⁹ Arbeitszeit ist, sind die erlaubten Grenzen schnell überschritten. Der häusliche Arbeitsplatz erfreut sich bei vielen Arbeitnehmern aber gerade deshalb besonderer Beliebtheit, weil dort private Unterbrechungen oft unproblematisch möglich sind. Das Paket kann angenommen, die Waschmaschine angestellt und das mit einer als

¹⁸⁴ BAG 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616 Rn. 70.

¹⁸⁵ Dazu etwa *Fuhlrott/Herzig* ArbRAktuell 2023, 221 ff.; *Greiner/Kalle* NZA 2023, 547 ff.; *Ulber* BB 2023, 1588 ff.

¹⁸⁶ Vgl. zur „Bagatellarbeit“ etwa *Rudkowski* ZFA 2022, 510 (512 ff.).

¹⁸⁷ EuGH 9.3.2021 – C-344/19, ECLI:EU:C:2021:182 = NZA 2021, 485 – DJ/Radiotelevizija Slovenija; 9.3.2021 – C-580/19, ECLI:EU:C:2021:183 = NZA 2021, 489 – RJ/Stadt Offenbach am Main.

¹⁸⁸ *Kocher* RdA 2022, 50 (51).

¹⁸⁹ *Lichtenberg* RdA 2020, 265 ff.

mangelhaft bewerteten Klassenarbeit heulend heimkommende Kind kann getröstet werden, ohne dafür extra „ausstempeln“ zu müssen. Hier verschwimmen Arbeitszeit und Freizeit. Noch deutlicher wird dies auf Dienstreisen.¹⁹⁰ Wer für einige Tage nach New York, Hong Kong oder Tokio muss, kann nicht „über seine Zeit ... verfügen und sich ohne größere Einschränkungen seinen eigenen Interessen ... widmen“,¹⁹¹ schon der Flug dorthin sprengt jede arbeitszeitrechtlich zulässige Grenze.¹⁹² Mehrtägige Klassenfahrten, die für die mitreisenden Lehrer faktisch einen ununterbrochenen Bereitschaftsdienst bedeuten – adé.

Der Gesetzgeber ist daher gut beraten, entweder selbst die von der Richtlinie eröffneten Spielräume zu nutzen oder jedenfalls den Kollektivvertragsparteien im Rahmen von Art. 17 ff. RL 2003/88/EG den Spielraum zu eröffnen, den die jeweilige Branche, das Unternehmen oder der Betrieb benötigen.¹⁹³ Art. 17 Abs. 1 RL 2003/88/EG gestattet unter Beachtung der allgemeinen Grundsätze des Schutzes der Sicherheit und der Gesundheit der Arbeitnehmer Abweichungen von zahlreichen Bestimmungen der Richtlinie, „wenn die Arbeitszeit wegen der besonderen Merkmale der ausgeübten Tätigkeit nicht gemessen und/oder nicht im Voraus festgelegt wird oder von den Arbeitnehmern selbst festgelegt werden kann“,¹⁹⁴ das betrifft zwar „insbesondere“, aber keineswegs nur die in § 18 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG genannten leitenden Angestellten sowie Chefärzte. Im Zusammenhang mit der Vergütung von Arbeitszeit (nicht dem Arbeitsschutz) hat das BAG alle Arbeitnehmer mit einem Einkommen oberhalb der Beitragsbemessungsgrenze in der allgemeinen Rentenversicherung (2024: Jahresgehalt über 90.600 Euro/West bzw. 89.400 Euro/Ost) leitenden Angestellten praktisch gleichgestellt: „Wer mit seinem aus abhängiger Beschäftigung erzielten Ent-

¹⁹⁰ *Bayreuther RdA* 2022, 290 (295 ff.); *Boemke RdA* 2020, 65 (72 ff.); *Preis/Schwarz*, Dienstreise als Rechtsproblem (2020), S. 19 ff.; zu Fortbildungsveranstaltungen bereits EuGH 28.10.2021 – C-909/19, ECLI:EU:C:2021:893 = NZA 2021, 1623 – Unitatea Administrativ Teritorială D.

¹⁹¹ EuGH 9.3.2021 – C-580/19, ECLI:EU:C:2021:182 = NZA 2021, 489 Rn. 39 – RJ/Stadt Offenbach am Main.

¹⁹² Vgl. EFTA-Gerichtshof 15.7.2021 – E-11/20, ABl. EU 2021 C 426/10 = NZA-RR 2021, 512 – Sverisson (Flüge von Reykjavik/Island nach Israel bzw. Saudi-Arabien und zurück); daran anknüpfend VG Lüneburg 2.5.2023 – VG 3 A 146/22, NZA-RR 2023, 460: Fahrt mit der Deutschen Bahn zu dem Ort, an dem der Arbeitnehmer ein Kraftfahrzeug zur Überführung an den Ausgangsort in Empfang nimmt, ist in vollem Umfang Arbeitszeit; dazu *Rambach/Koneberg ZTR* 2023, 499 (502 ff.).

¹⁹³ *Kolbe ZFA* 2021, 216 (225 ff.); *Rudkowski ZFA* 2022, 510 (517 ff.); in diese Richtung auch *Hüppers/Reese RdA* 2020, 53 (57).

¹⁹⁴ Dazu etwa EuGH 9.9.2003 – C-151/02, ECLI:EU:C:2003:437 = NZA 2003, 1019 – Jaeger; 14.10.2010 – C-428/09, ECLI:EU:C:2010:612 – Union syndicale Solidaires Isère; 26.7.2017 – C-175/16, ECLI:EU:C:2017:617 = NZA 2017, 1113 – Hälvä.

gelt die Beitragsbemessungsgrenze in der gesetzlichen Rentenversicherung überschreitet, gehört zu den Besserverdienern, die aus der Sicht der beteiligten Kreise nach der Erfüllung ihrer Arbeitsaufgaben und nicht eines Stundensolls beurteilt werden“.¹⁹⁵ Unter etwas strengeren Voraussetzungen, nämlich – abgesehen von Ausnahmefällen – nur bei gleichwertigen Ausgleichsruhezeiten kann der Gesetzgeber entweder selbst oder durch Öffnungsklausel zugunsten der Tarifvertragsparteien in den Fällen des Art. 17 Abs. 2 bis 5 RL 2003/88/EG Abweichungen von der Richtlinie zulassen. Darüber hinaus ermöglicht Art. 18 UAbs. 2 RL 2003/88/EG es dem Gesetzgeber, tarifvertragliche Abweichungen in den durch Art. 19 RL 2003/88/EG gezogenen Grenzen zu gestatten. Ob im Hinblick auf die Betonung der „Tarifverträge“ und „Sozialpartner“ eine unmittelbare Öffnung des Gesetzes gegenüber Betriebsvereinbarungen in Betracht kommt, ist umstritten;¹⁹⁶ ebenso, ob die Tarifvertragsparteien ihre Normsetzungskompetenz subdelegieren, ihre Tarifnormen also betriebsvereinbarungsoffen gestalten dürfen (§ 4 Abs. 3 Alt. 1 TVG).¹⁹⁷ Teilweise wird sogar die Zulässigkeit von Haustarifverträgen in Zweifel gezogen.¹⁹⁸ Individualabreden sind jedenfalls nur insoweit zulässig, als sie dem Arbeitnehmer weitgehende Arbeitszeitautonomie nach Art. 17 Abs. 1 RL 2003/88/EG einräumen. Weitergehende Flexibilität wäre nur über eine Änderung der Richtlinie erreichbar.

Hinzuweisen ist abschließend darauf, dass das Unionsrecht bislang allein die wöchentlich maximal zulässige Arbeitszeit einschließlich der Ruhepausen, täglichen und wöchentlichen Ruhezeiten, des Jahresurlaubs, der Nacharbeit etc. betrifft. Die Vergütung der Arbeitszeit einschließlich Zeiten der verminderten Inanspruchnahme (Rufbereitschaft etc.) ist allein Sache der Mitgliedstaaten.¹⁹⁹ Insoweit können die (Tarif-)Vertragsparteien heute – unter Beachtung des MiLoG²⁰⁰ – Abstufungen bei der Vergütung vorsehen. Die bis zum

¹⁹⁵ BAG 22.2.2012 – 5 AZR 765/10, NZA 2012, 861 (863); dazu *Franzen* ZFA 2022, 455 (461 ff.).

¹⁹⁶ Dafür könnte sprechen, dass EuGH 6.12.2012 – C-152/11, ECLI:EU:C:2012:772 Rn. 53 = NZA 2012, 1435 – Odar einen Sozialplan (§ 112 BetrVG) wie einen Tarifvertrag behandelt hat; dafür auch *Baack/Winzer* NZA 2020, 96 (97).

¹⁹⁷ Zum Streitstand *EuArbRK/Gallner* (5. Aufl. 2024), Art. 18 RL 2003/88/EG Rn. 5; *Preis/Sagan/D. Ulber*, *Europäisches Arbeitsrecht* (2. Aufl. 2019), § 7 Rn. 7.273.

¹⁹⁸ *EuArbRK/Gallner* (5. Aufl. 2024), Art. 18 RL 2003/88/EG Rn. 4; *Preis/Sagan/D. Ulber*, *Europäisches Arbeitsrecht* (2. Aufl. 2019), § 7 Rn. 7.276 f.

¹⁹⁹ EuGH 7.7.2022 – C-257/21 u. a., ECLI:EU:C:2022:529 = NZA 2022, 971 – *Coca Cola European Partners*; vgl. bereits EuGH 9.3.2021 – C-344/19, ECLI:EU:C:2021:182 = NZA 2021, 485 – *DJ/Radiotelevizija Slovenija*; 9.3.2021 – C-580/19, ECLI:EU:C:2021:183 = NZA 2021, 489 – *RJ/Stadt Offenbach am Main*.

²⁰⁰ BAG 29.6.2016 – 5 AZR 716/15, NZA 2016, 1332 (Bereitschaftszeit im Rettungsdienst); 24.6.2021 – 5 AZR 505/20, NZA 2021, 1398 (24-Stunden-Pflege).

15.11.2024 in nationales Recht umzusetzende Mindestlohn-Richtlinie 2022/2041/EU hebt diese Differenzierungen auf den ersten Blick zwar nicht auf. Nicht auszuschließen ist aber, dass der EuGH den Begriff „geleistete Arbeit“ in Art. 3 Nr. 1 RL 2022/2041/EU in gleicher Weise wie die Arbeitszeit in der RL 2003/88/EG und damit extensiv interpretiert. Dann hätte das unionsrechtliche Verständnis von „Arbeitszeit“ auch vergütungsrechtlich unmittelbare Konsequenzen.

4. Teilzeitarbeit

Teilzeitarbeit ist in den vergangenen 20 Jahren zu einer Selbstverständlichkeit geworden. War sie früher ausgewählten Branchen und Berufen vorbehalten, ist sie heute nahezu flächendeckend verbreitet. Lediglich in Leitungspositionen ist sie die Ausnahme. Noch immer arbeiten deutlich mehr Frauen als Männer in Teilzeit. Die aktuellsten Daten des Statistischen Bundesamtes weisen für 2021 unter den rund 18 Mio. Arbeitnehmerinnen eine Teilzeitquote von 49,1 %, unter den rund 19 Mio. männlichen Arbeitnehmern lediglich 11,8 % aus. Beide Werte sind seit der Jahrtausendwende deutlich angestiegen (1999: Frauen 37,8 %, Männer 4,6 %). Im Ländervergleich sticht Berlin heraus, hier arbeitet fast ein Viertel aller Männer in Teilzeit.²⁰¹

Viele Arbeitnehmer haben einen Rechtsanspruch auf Teilzeitarbeit. Die gesetzlichen Regelungen hierzu sind verstreut, sowohl ihre tatbestandlichen Voraussetzungen als auch ihre Rechtsfolgen sind unterschiedlich:

- Anspruch auf zeitlich unbegrenzte Verringerung der Arbeitszeit in nahezu jedem beliebigen Umfang²⁰² und ohne weitere sachliche Voraussetzung haben alle Arbeitnehmer in Unternehmen mit in der Regel mehr als 15 Beschäftigten, deren Arbeitsverhältnis länger als sechs Monate bestanden hat (§ 8 TzBfG);
- Anspruch auf zeitlich begrenzte Verringerung der Arbeitszeit haben Arbeitnehmer unter denselben Voraussetzungen, wenn sie hierfür Wertguthaben (§ 7b SGB IV) auflösen und soweit dieses Guthaben reicht (§ 7c Abs. 1 Nr. 1 lit. c SGB IV);
- Anspruch auf zeitlich befristete Verringerung der Arbeitszeit für die Dauer von einem bis zu fünf Jahren in nahezu jedem beliebigen Umfang und ohne weitere sachliche Voraussetzung haben (bis zur

²⁰¹ Statistisches Bundesamt (www.destatis.de), Bundesministerium für Arbeit und Soziales (www.bmas.de), Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (www.bmfsfj.de).

²⁰² BAG 24.6.2008 – 9 AZR 313/07, NZA 2008, 1309; 18.8.2009 – 9 AZR 517/08, NZA 2009, 1207; 11.6.2013 – 9 AZR 786/11, NZA 2013, 1074; Beispiele für rechtsmissbräuchliche Verringerungsverlangen bei Meinel/Heyn/Herms/Heyn TzBfG (6. Aufl. 2022), § 8 Rn. 79b.

„Überforderungsquote“ des § 9a Abs. 2 TzBfG) alle Arbeitnehmer in Unternehmen mit in der Regel mehr als 45 Beschäftigten, deren Arbeitsverhältnis länger als sechs Monate bestanden hat (§ 9a TzBfG);

- Anspruch auf Verringerung der Arbeitszeit auf einen Umfang von mindestens 15 und nicht mehr als 32 Wochenstunden für einen (auf mehrere Teilabschnitte verteilbaren) Zeitraum von insgesamt drei Jahren haben Arbeitnehmer, die während der Elternzeit ein Kind betreuen und erziehen, in Unternehmen mit in der Regel mehr als 15 Beschäftigten nach einer mindestens sechsmonatigen Dauer des Arbeitsverhältnisses (§§ 15, 16 BEEG);
- Anspruch auf völlige Freistellung oder Verringerung der Arbeitszeit zur Pflege eines pflegebedürftigen Angehörigen für die Dauer von bis zu sechs Monaten haben Arbeitnehmer in Unternehmen mit in der Regel mehr als 15 Beschäftigten, deren Arbeitsverhältnis länger als sechs Monate bestanden hat (§§ 3, 4 PflegeZG);
- Anspruch auf Verringerung der Arbeitszeit auf bis zu 15 Wochenstunden für die Dauer von bis zu 24 Monaten haben Arbeitnehmer während der Familienpflegezeit, die gegenüber Arbeitgebern mit mehr als 25 Beschäftigten beansprucht werden kann (§§ 2, 2a FPfZG);
- Anspruch auf Verringerung ihrer Arbeitszeit haben schließlich schwerbehinderte Menschen, wenn die kürzere Arbeitszeit wegen Art oder Schwere der Behinderung notwendig ist (§ 164 Abs. 5 Satz 3 SGB IX). Der Anspruch ist weder von einer bestimmten Betriebs- oder Unternehmensgröße noch von einer Mindestdauer des Bestandes des Arbeitsverhältnisses abhängig; sowohl die Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit als auch die (ggf. befristete) Laufzeit der Herabsetzung richten sich nach den körperlichen Beeinträchtigungen des schwerbehinderten Menschen.

Im Einzelnen weisen die genannten Bestimmungen beachtliche Unterschiede hinsichtlich der Form ihrer Geltendmachung (Elternzeit: Schriftform, §§ 8, 9a TzBfG: Textform; schwerbehinderte Menschen: formlos), der einzuhaltenden Frist, der Reaktionsfrist des Arbeitgebers, dem Gewicht der von ihm dem Antrag entgegenzusetzenden sachlichen Gründe und weiterer Details auf. Die Ansprüche sind weitgehend einseitig zugunsten der Arbeitnehmer zwingend, die Tarifvertragsparteien können lediglich die Ablehnungsgründe gegenüber dem allgemeinen Teilzeitanpruch konkretisieren (§ 8 Abs. 4 Satz 3 TzBfG). Mittelbar können sich kollektivrechtliche Vereinbarungen dahingehend auswirken, dass sie dem Arbeitgeber einen dem konkreten Teilzeitverlangen oder der gewünschten Verteilung der Arbeitszeit entgegenstehenden (dringenden) betrieblichen Grund verschaffen, etwa bei einem Schichtsys-

tem.²⁰³ Zahlreiche Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen während weiterreichende Ansprüche, indem sie beispielsweise die für Eltern- oder Pflegezeit gesetzlich definierten Zeiträume verlängern oder Brücken-Teilzeit auch jenseits der Staffel des § 9a Abs. 2 Satz 2 TzBfG in Unternehmen mit bis zu 200 Arbeitnehmern ermöglichen.²⁰⁴ Ihr gemeinsames Problem besteht allerdings darin, dass sie auf die gesetzlichen Ansprüche lediglich aufsatteln, nicht aber diese gemeinsam gestalten und mit den betrieblichen Bedürfnissen harmonisieren können.

Hier erscheint es sachgerecht, den Tarifvertrags- und Betriebsparteien einschließlich des öffentlichen Dienstes und der Kirchen größere Spielräume zu gewähren. Das ermöglicht einen konkreten Interessenausgleich anhand der spezifischen Verhältnisse vor Ort, die je nach Art der Tätigkeit und des Arbeitsplatzes ganz unterschiedlich ausgeprägt sein können. Den Bedürfnissen junger Eltern mag durch eine Betriebs-KiTa mit an den Schichtplan angepassten Öffnungszeiten mehr geholfen werden als durch eine Veränderung der Lage der Arbeitszeit, um externe Betreuungsangebote wahrnehmen zu können. Eine behindertengerechte Gestaltung von Arbeitsplatz und Arbeitsumgebung mag für einen schwerbehinderten Menschen hilfreicher sein als die Reduzierung der Arbeitszeit. Die voraussetzungslosen Teilzeitanprüche (§§ 8, 9a TzBfG) sollten in Arbeitsverträgen mit Arbeitnehmern, deren Einkommen die in § 5 Abs. 4 Nr. 4 BetrVG bezeichnete Grenze übersteigt, abdingbar sein.

Unionsrecht steht dem nicht entgegen. § 5 der durch die RL 97/81/EG²⁰⁵ durchgeführten UNICE-CEEP-EGB Rahmenvereinbarung über die Teilzeitarbeit verpflichtet die Arbeitgeber nur, „so weit dies möglich ist, Anträge von Vollzeitbeschäftigten auf Wechsel in ein im Betrieb zur Verfügung stehendes Teilzeitarbeitsverhältnis [zu] berücksichtigen“, verschafft aber keinen Rechtsanspruch, schon gar nicht auf Einrichtung eines neuen Teilzeitarbeitsplatzes. Art. 9 der Richtlinie zur Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben²⁰⁶ sieht lediglich vor, dass Arbeitnehmer mit Kindern bis zu einem Alter von mindestens acht Jahren sowie pflegende Angehörige das Recht haben, flexible Arbeitsregelungen für Betreuungs- und Pflegezwecke

²⁰³ BeckOK ArbR/*Bayreuther* (1.9.2023), § 8 TzBfG Rn. 42; Boecken/Joussen/*Boecken*, TzBfG (6. Aufl. 2019), § 8 Rn. 63; Däubler u. a./*Abrendt/Schmiegel*, Arbeitsrecht (5. Aufl. 2022), § 8 TzBfG Rn. 51; MüKoBGB/*Müller-Glöge* (9. Aufl. 2023), TzBfG § 8 Rn. 30; NK-ArbR/*Michels/Kortmann* (2. Aufl. 2023), TzBfG § 8 Rn. 24.

²⁰⁴ Vgl. *Rolfs* NZA-Beilage 2014, 53 (57f.); Plädoyer für eine familienfreundliche Arbeitszeitorganisation bei *Nebe* FS I. Schmidt (2021), S. 863 ff.

²⁰⁵ Richtlinie 97/81/EG des Rates vom 15. Dezember 1997 zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeiter, ABl. 1998 L 14 S. 9, ber. ABl. L 128 S. 71.

²⁰⁶ → Fn. 165.

zu beantragen, die Arbeitgeber diese Anträge prüfen, beantworten und im Falle ihrer Ablehnung begründen müssen. Zum Schutz schwerbehinderter Menschen sind nach Art. 5 der Gleichbehandlungs-Richtlinie 2000/78/EG²⁰⁷ zwar angemessene Vorkehrungen zu schaffen, ein Rechtsanspruch auf Teilzeitarbeit gehört dazu aber nur ausnahmsweise.²⁰⁸

5. Annahmeverzug und Betriebsrisiko

Die gesetzlichen Regelungen zu Annahmeverzug und Betriebsrisiko (§ 615 BGB) sind schon nach geltendem Recht dispositiv, außer gegenüber Leiharbeitnehmern (§ 11 Abs. 4 Satz 2 AÜG). Im Grundsatz sind sogar Individualvereinbarungen zulässig,²⁰⁹ allerdings beschränkt auf das den Mindestlohn übersteigende Arbeitsentgelt.²¹⁰ In formularvertraglichen Vereinbarungen setzt zudem das Verbot der unangemessenen Benachteiligung (§ 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB) Grenzen, zudem darf weder das Wirtschaftsrisiko generell auf den Arbeitnehmer verlagert noch der zwingende Kündigungsschutz umgangen werden.²¹¹ Ob beispielsweise eine Vertragsklausel, die den Annahmeverzugsanspruch des Arbeitnehmers während eines laufenden Kündigungsrechtsstreits vollständig oder in Anlehnung an § 57 Abs. 3 des Entwurfs eines Arbeitsvertragsgesetzes von *Henssler/Preis*²¹² jedenfalls für den Zeitraum nach einer dem Arbeitgeber günstigen instanzgerichtlichen Entscheidung ausschließt, der gerichtlichen Kontrolle standhielte, darf bezweifelt werden.

6. Schwerbehindertenrecht

Mit der Novellierung des Schwerbehindertenrechts 2000²¹³, kurz darauf der Integration dieser Materie in das Sozialgesetzbuch als dessen Neuntes Buch²¹⁴ und dem Gesetz zur Förderung der Ausbildung

²⁰⁷ Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. L 303 S. 16.

²⁰⁸ EuGH 11.4.2013 – C-335/11 u. a., ECLI:EU:C:2013:222 = NZA 2013, 553 – HK Danmark.

²⁰⁹ BAG 5.9.2002 – 8 AZR 702/01, NZA 2003, 973 (975); 10.1.2007 – 5 AZR 84/06, NZA 2007, 384 (386); BeckOGK/*Bieder* (1.7.2022), § 615 BGB Rn. 141.

²¹⁰ Vgl. BAG 13.7.2022 – 5 AZR 498/21, NZA 2022, 1465 (1467).

²¹¹ LAG Nürnberg 30.5.2006 – 6 Sa 111/06, NZA-RR 2006, 511 (512); ErfK/*Preis* (24. Aufl. 2024), § 615 BGB Rn. 8; Staudinger/*Fischinger* (2022), § 615 BGB Rn. 11; MüKoBGB/*Henssler* (9. Aufl. 2023), § 615 Rn. 11.

²¹² → B 36.

²¹³ Gesetz zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit Schwerbehinderter vom 29.9.2000, BGBl. I S. 1394, insoweit in Kraft seit 1.10.2000.

²¹⁴ Sozialgesetzbuch – Neuntes Buch – (SGB IX). Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen vom 29.6.2001, BGBl. I S. 1046.

und Beschäftigung schwerbehinderter Menschen²¹⁵ sind die Pflichten der Arbeitgeber gegenüber behinderten und von Behinderung bedrohten Menschen deutlich ausgeweitet worden. Nur stichwortartig seien hier genannt: das detailreich normierte Verfahren bei der Ausschreibung und Besetzung freier Stellen, das zwingend die Einschaltung der nach § 187 Abs. 4 SGB IX in allen Arbeitsagenturen eingerichteten besonderen Stelle verlangt (§ 164 Abs. 1 SGB IX),²¹⁶ die Verpflichtung der öffentlichen Arbeitgeber, alle schwerbehinderten Bewerber zum Vorstellungsgespräch einzuladen, deren fachliche Eignung nicht offensichtlich fehlt (§ 165 SGB IX) – also auch dann, wenn andere Bewerber fachlich erkennbar deutlich besser qualifiziert sind und die Auswahlentscheidung sich schon wegen Art. 33 Abs. 2 GG auf sie beschränken muss; und schließlich die Verpflichtung, mit nach h.M. allen, auch nicht behinderten Arbeitnehmern,²¹⁷ die innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig sind, ein betriebliches Eingliederungsmanagement durchzuführen (§ 167 Abs. 2 SGB IX).

Komplexität und Fehleranfälligkeit dieser Verfahren sind vielfach detailliert beschrieben worden, das soll hier nicht wiederholt werden. Es genügt der Hinweis, dass jeder Verstoß gegen die gesetzlichen Pflichten aus § 164 Abs. 1, § 165 SGB IX eine Benachteiligung wegen der Behinderung indiziert (§ 22 AGG) und daher Entschädigungs- und Schadensersatzansprüche (§ 15 Abs. 1 und 2 AGG) nach sich ziehen kann,²¹⁸ sowie auf die kündigungrechtlichen Konsequenzen eines unterbliebenen oder inkorrekt durchgeführten betrieblichen Eingliederungsmanagements.²¹⁹ Die gesetzlichen Pflichten sind bislang nicht gestaltbar. In einer Dienst- oder Inklusionsvereinbarung kann beispielsweise nicht wirksam vereinbart werden, dass der öffentliche Arbeitgeber berechtigt ist, von einer Einladung abzusehen, wenn zwischen ihm, der Schwerbehindertervertretung und der Gleichstellungsbeauftragten Einvernehmen

²¹⁵ Vom 23.4.2004, BGBl. I S. 606.

²¹⁶ BAG 25.11.2021 – 8 AZR 313/20, NZA 2022, 638 (642).

²¹⁷ BAG 12.7.2007 – 2 AZR 716/06, NZA 2008, 173 (175); 18.10.2017 – 10 AZR 47/17, NZA 2018, 162 (164); 20.5.2020 – 7 AZR 100/19, NZA 2020, 1194 (1197); Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben/Greiner, SGB IX (14. Aufl. 2020), § 167 Rn. 13; aA Brose DB 2005, 390 (390f.).

²¹⁸ Statt aller BAG 15.2.2005 – 9 AZR 635/03, NZA 2005, 870; 18.11.2008 – 9 AZR 643/07, NZA 2009, 728; 17.8.2010 – 9 AZR 839/08, NZA 2011, 153; 17.12.2020 – 8 AZR 171/20, NZA 2021, 631; 25.11.2021 – 8 AZR 313/20, NZA 2022, 638; 19.1.2023 – 8 AZR 437/21, NZA 2023, 688.

²¹⁹ Vgl. BAG 12.7.2007 – 2 AZR 716/06, NZA 2008, 173; 24.3.2011 – 2 AZR 170/10, NZA 2011, 992; 20.11.2014 – 2 AZR 664/13, NZA 2015, 931; 20.11.2014 – 2 AZR 755/13, NZA 2015, 612; 30.8.2017, – 7 AZR 204/16, NZA 2018, 1197; 21.11.2018 – 7 AZR 394/17, NZA 2019, 309; 15.12.2022 – 2 AZR 162/22, NZA 2023, 500; vom Stein NZA 2020, 753ff.

besteht, dass der schwerbehinderte Bewerber für den Arbeitsplatz nicht in Betracht kommt.²²⁰ Selbst dann, wenn der schwerbehinderte Bewerber mitgeteilt hatte, nur dann eingeladen werden zu wollen, wenn er in die engere Wahl fällt, ist § 165 SGB IX unverzichtbar. Gegenüber dem anschließenden Entschädigungsverlangen (§ 15 Abs. 2 AGG) hat das BAG nicht einmal den Einwand des *venire contra factum proprium* (§ 242 BGB) für durchgreifend erachtet.²²¹

Der Erfolg dieser strikten Reglementierung ist unsicher. Zwar hat sich die Beteiligung schwerbehinderter Menschen am Erwerbsleben in den vergangenen 20 Jahren erhöht, allerdings kaum mehr als die Erwerbstätigenquote der Bevölkerung insgesamt.²²² Das Datenmaterial der Bundesagentur für Arbeit deutet darauf hin, dass die Arbeitslosigkeit schwerbehinderter Menschen weniger konjunkturabhängig ist diejenige nicht behinderter Menschen, stattdessen mehr durch die demografische Entwicklung und rechtliche Rahmenbedingungen beeinflusst wird. Schwerbehinderte Menschen bleiben im Durchschnitt deutlich länger arbeitslos.²²³ Die Einladung zu einem bEM-Gespräch wird angesichts ihrer strikten Formalisierung von vielen Arbeitnehmern weniger als Angebot, sich mit ihnen über mögliche Hilfestellungen bei der Überwindung ihrer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit, denn als Kündigungsvorbereitende Maßnahme aufgefasst. Zwar ist der Arbeitnehmer nicht verpflichtet, dem Arbeitgeber die Gründe für seine Fehlzeiten mitzuteilen, die Suche nach etwaigen Lösungsmöglichkeiten kann indes ohne die Kenntnis dieser Gründe regelmäßig nicht zielorientiert durchgeführt werden.²²⁴

Angesichts dieses Befundes lohnt sich der Versuch, den Tarifvertrags- und Betriebsparteien größere Spielräume zu gewähren. Der Betriebsrat hat bei der Arbeitssicherheit, dem betrieblichen Gesundheitsschutz und der Förderung schwerbehinderter Menschen schon heute weitreichende Kompetenzen (vgl. § 80 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 4, § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG), er ist gemeinsam mit der Schwerbehindertenvertretung und dem Arbeitgeber Vertragspartner der Inklusionsvereinbarung (§ 166 SGB IX). Er kann mit beurteilen, welche Arbeitsplätze für die Besetzung durch Menschen mit Behinderungen gut geeignet und welche weiteren Maßnahmen im Betrieb geboten sind. Der Betriebsrat kann helfen, ein bEM für den

²²⁰ Vgl. BAG 16.2.2012 – 8 AZR 697/10, NZA 2012, 667 (671) mit einer allerdings sehr zweifelhaften Interpretation der Inklusionsvereinbarung.

²²¹ BAG 26.11.2020 – 8 AZR 59/20, NZA 2021, 635 (640).

²²² Vgl. Bundesagentur für Arbeit (Hrsg.), Arbeitsmarktsituation schwerbehinderter Menschen 2022 (2023), S. 7.

²²³ *Ibid.*, *passim*.

²²⁴ BAG 29.6.2017 – 2 AZR 47/16, NZA 2017, 1605 (1608).

Arbeitnehmer angstfrei zu gestalten, indem das Gespräch beispielsweise auf einer ersten Stufe allein zwischen ihm und dem Arbeitnehmer geführt wird und er anschließend das Gespräch mit dem Arbeitgeber sucht.

Unionsrecht steht einer Öffnung der §§ 164, 165 und 167 SGB IX gegenüber abweichenden Tarifverträgen, Regelungen der Kirchen, Betriebs- und Dienstvereinbarungen nicht entgegen. Die Vorschriften sind autonomes nationales Recht, sie basieren nicht auf unionsrechtlichen Vorgaben.

7. Befristung von Arbeitsverträgen

Unbefristete Arbeitsverträge sind nach dem übereinstimmenden Verständnis der europäischen Sozialpartner die übliche Form des Beschäftigungsverhältnisses. Sie tragen zur Lebensqualität der betreffenden Arbeitnehmer und zur Verbesserung ihrer Leistungsfähigkeit bei.²²⁵ Allerdings ist in gleicher Weise anerkannt, dass befristete Arbeitsverträge für die Beschäftigung in bestimmten Branchen, Berufen und Tätigkeiten charakteristisch sind und den Bedürfnissen der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer entsprechen können und dass sie die Wettbewerbsfähigkeit der Wirtschaft der Union fördern und verwaltungstechnische, finanzielle oder rechtliche Zwänge vermeiden können, die die Gründung und Entwicklung von kleinen und mittleren Unternehmen behindern.²²⁶ Schon die EGB-UNICE-CEEP Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge betont, dass die Sozialpartner am besten in der Lage sind, Lösungen zu finden, die den Bedürfnissen der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer gerecht werden. Daher sei ihnen eine besondere Rolle bei der Umsetzung und Anwendung der Vereinbarung einzuräumen.²²⁷

Der deutsche Gesetzgeber hat sich demgegenüber für ein wesentlich weniger flexibles Befristungsrecht entschieden. So hat er abweichend von § 5 der Rahmenvereinbarung zur Richtlinie 1999/70/EG nicht erst die Verlängerung, sondern – wenn nicht die Voraussetzungen von § 14 Abs. 2 bis 3 TzBfG vorliegen – bereits die erstmalige Befristung eines Arbeitsverhältnisses an das Erfordernis eines sachlichen Grundes gebunden (§ 14 Abs. 1 TzBfG), die insgesamt maximal zulässige Dauer und die zulässige Verlängerung sachgrundlos befristeter Arbeitsverträge eng begrenzt (§ 14 Abs. 2 TzBfG), die Möglichkeit, nach längerer Unterbrechung ein Arbeitsverhältnis

²²⁵ Erwägungsgrund 6 der EGB-UNICE-CEEP Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge, → Fn. 175.

²²⁶ Erwägungsgründe 8 und 11, *ibid.*

²²⁷ Erwägungsgrund 12, *ibid.*

erneut sachgrundlos einzugehen, bis an die Grenze der Verfassungswidrigkeit unterbunden,²²⁸ und schließlich die in der Rahmenvereinbarung lediglich optionale Rechtsfolge, dass unwirksame befristete Verträge als unbefristet gelten (§ 5 Nr. 2 lit. b der Rahmenvereinbarung zur RL 1999/70/EG) als Standard-Rechtsfolge definiert (§ 16 Satz 1 TzBfG). Insbesondere hat er den Tarifvertragsparteien mit Ausnahme von § 14 Abs. 2 Satz 3 TzBfG (Anzahl der Verlängerungen und Höchstdauer der sachgrundlosen Befristung) praktisch keinerlei Gestaltungsspielräume gewährt.

Hier sollte der Gesetzgeber mehr Tarifvertragsfreiheit wagen. Die gesetzliche Regelung mag dort, wo sich die Sozialpartner nicht auf abweichende Regeln verständigen können, sachgerecht sein. Ihr Gerechtigkeitsgehalt ist aber nicht dermaßen zwingend, dass sie auch gegenüber der verfassungsrechtlich verankerten Tarifautonomie aus Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG zurücktreten müsste. Für viele Branchen und Betriebe mögen abweichende Regeln besser geeignet sein. Es ist Sache der Tarifpartner, zu entscheiden, wo die Regeln strenger und wo sie großzügiger sein sollten. Ihnen kann sogar das Recht eingeräumt werden, abweichende Rechtsfolgen für den Fall einer unwirksamen Befristung zu vereinbaren. Denkbar erscheint zB, dass bei einer Befristungsdauer von bis zu zwei Jahren eine Abfindung zu zahlen ist oder sich das unwirksam befristete Vertragsverhältnis um drei Monate verlängert.

Unionsrechtlich besteht ein großer Gestaltungsspielraum. § 5 der Rahmenvereinbarung zur RL 1999/70/EG verlangt lediglich, dass die Sozialpartner, wenn keine gleichwertigen gesetzlichen Maßnahmen zur Missbrauchsverhinderung bestehen, unter Berücksichtigung der Anforderungen bestimmter Branchen und/oder Arbeitnehmerkategorien eine oder mehrere der folgenden Maßnahmen ergreifen müssen:

- sachliche Gründe, die die Verlängerung befristeter Arbeitsverträge rechtfertigen;
- die insgesamt maximal zulässige Dauer aufeinanderfolgender Arbeitsverträge;
- die zulässige Zahl der Verlängerungen solcher Verträge.²²⁹

Die Vorschrift gestattet es zudem, dass die Sozialpartner eigenverantwortlich festlegen,

²²⁸ Nur durch eine verfassungskonforme Reduktion dergestalt, dass eine Vorbeschäftigung nicht „zuvor“ stattgefunden hat, wenn sie „sehr lang zurückliegt, ganz anders geartet war oder von sehr kurzer Dauer gewesen ist“, konnte BVerfG 6.6.2018 – 1 BvL 7/14 u. a., BVerfGE 149, 126 (151) § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG vor der Unvereinbarkeit mit Art. 12 Abs. 1 GG bewahren.

²²⁹ Einzelheiten bei Preis/Sagan/Brose, Europäisches Arbeitsrecht (2. Aufl. 2019), § 13 Rn. 13.129ff.

- unter welchen Bedingungen befristete Arbeitsverträge oder Beschäftigungsverhältnisse als „aufeinanderfolgend“ zu betrachten sind und
- als unbefristete Verträge zu gelten haben.

Insbesondere ist unionsrechtlich nicht erforderlich, dass die Unwirksamkeit einer Befristung ein unbefristetes Arbeitsverhältnis zur Folge hat.²³⁰ Den Sozialpartnern steht es frei, andere effektive und abschreckende Sanktionen zu vereinbaren.²³¹

Anders als in anderen Zusammenhängen ist hier jedoch allein den Tarifvertragsparteien (und den bei kirchlichen Arbeitgebern an ihre Stelle tretenden paritätisch besetzten Kommissionen) die Möglichkeit einzuräumen, vom TzBfG abweichende Regelungen zu treffen. Angesichts der vom Unionsrecht betonten Rolle der Sozialpartner bei der Befristung von Arbeitsverhältnissen ist für abweichende Betriebs- oder Dienstvereinbarungen kein Raum. Das sollte freilich nicht ausschließen, dass die Tarifvertragsparteien ihre Normsetzungsbefugnis auf die Betriebspartner subdelegieren (§ 4 Abs. 3 Alt. 1 TVG). Sie können im Rahmen ihrer Zuständigkeit am besten beurteilen, ob im Geltungsbereich des Tarifvertrages atypische Unternehmen, Betriebe oder Beschäftigungsverhältnisse existieren, für die vom Tarifvertrag abweichende betriebliche Regelungen sachgerecht sind.

8. Allgemeiner Kündigungsschutz

Peter Schwerdtner hat die These vom Kündigungsrecht als „Nervenzentrum des Arbeitsvertragsrechts“ geprägt.²³² In Deutschland besteht weitgehend Konsens, dass die arbeitgeberseitige Kündigung jedenfalls im Regelfall eines sachlichen Grundes (in der Terminologie des § 1 Abs. 1 KSchG: einer sozialen Rechtfertigung) bedarf. Die großen ordnungspolitischen Diskussionen sind geführt worden, nicht zuletzt auf dem Deutschen Juristentag.²³³ Die betriebsbedingte Kündigung, die bis zum Beginn der 1980er-Jahre eher ein Schatten-

²³⁰ EuGH 4.7.2006 – C-212/04, ECLI:EU:C:2006:443 Rn. 91 (insoweit in NZA 2006, 909 nicht abgedruckt) – Adeneler u. a.; 7.9.2006 – C-53/04, ECLI:EU:C:2006:517 = NZA 2006, 1265 (1268) – Marrosu und Sardino; 23.4.2009 – C-378/07 u. a., ECLI:EU:C:2009:520 Rn. 145, 183 – Angelidaki u. a.; 26.1.2012 – C-586/10, ECLI:EU:C:2012:39 = NZA 2012, 135 (138f.) – Kücük; EuArbRK/*Krebbler* (5. Aufl. 2024), Anh. § 5 RL 1999/70/EG Rn. 29f.

²³¹ EuGH 26.11.2014 – C-22/13 u. a., ECLI:EU:C:2014:2401 = NZA 2015, 153 (155) – Mascolo u. a.; 14.9.2016 – C-16/15, ECLI:EU:C:2016:679 = NZA 2016, 1265 (1267) – Pérez López; Preis/Sagan/*Brose*, Europäisches Arbeitsrecht (2. Aufl. 2019), § 13 Rn. 13.188.

²³² MüKoBGB/*Schwerdtner* (1. Aufl. 1980), Vor § 620 Rn. 110.

²³³ Namentlich *Zöllner*, Gutachten D zum 52. DJT 1978, sowie die Sitzungsberichte M 62 ff. zum 52. DJT 1978 in Wiesbaden.

dasein führte, um dann 30 Jahre lang ganz im Vordergrund der Diskussion zu stehen, hat zuletzt wieder deutlich an praktischer Relevanz eingebüßt. Die Zahl der Kündigungsschutzprozesse hat sich – wie diejenige der arbeitsgerichtlichen Verfahren insgesamt – seit Mitte der 1990er-Jahre deutlich reduziert. Seit einiger Zeit ist die Sorge der Arbeitgeber, geeignete Fachkräfte für ihr Unternehmen zu finden und an es zu binden, deutlich größer als diejenige, das Personal bei ökonomisch erforderlichen Anpassungsmaßnahmen nicht wieder freisetzen zu können. Es erscheint daher nicht sachgerecht, den allgemeinen Kündigungsschutz tarifdispositiv oder betriebsvereinbarungsoffen zu gestalten.

Erwägenswert ist allein, für Arbeitnehmer mit (sehr) hohem Einkommen eine vertragliche Abfindungsoption zuzulassen.²³⁴ Nach geltendem Recht kann der Arbeitgeber gegenüber Geschäftsführern, Betriebsleitern und ähnlichen leitenden Angestellten, die zur selbstständigen Einstellung oder Entlassung von Arbeitnehmern berechtigt sind, im Kündigungsschutzprozess einen Auflösungsantrag nach § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG stellen, ohne diesen begründen zu müssen (§ 14 Abs. 2 Satz 2 KSchG). Dasselbe gilt nach dem 2016 zur Stärkung des Finanzmarktplatzes Frankfurt in das Gesetz eingefügten²³⁵ § 25a Abs. 5a KWG gegenüber Risikoträgern bedeutender Institute, deren jährliche fixe Vergütung das Dreifache der Beitragsbemessungsgrenze (für 2024: $3 \times 90.600 \text{ Euro} = 271.800 \text{ Euro}$) überschreitet. Hier muss also zunächst in einem regulären Kündigungsschutzprozess ggf. aufwändig die soziale Rechtfertigung der ordentlichen Kündigung geprüft werden, um dem Arbeitgeber im Falle seines Unterliegens dann doch die Möglichkeit einzuräumen, das Arbeitsverhältnis gegen eine gerichtlich festgesetzte Abfindung (im Rahmen des § 10 KSchG, also maximal 12, bei älteren Arbeitnehmern maximal 18 Monatsverdienste) auflösen zu lassen. Das ist erstens unpraktikabel und zweitens hinsichtlich des betroffenen Personenkreises zu eng. Arbeitnehmer mit weit überdurchschnittlichem Einkommen befinden sich auch dann, wenn sie die oben genannten tatbestandlichen Voraussetzungen nicht erfüllen, regelmäßig in einer besonderen Vertrauensstellung. Sie repräsentieren nicht nur im Betrieb, sondern auch außerhalb desselben das Unternehmen. Ist eine vertrauensvolle Zusammenarbeit nicht mehr gewährleistet, kann dies dem gesamten Unternehmen und damit auch der unbeteiligten Belegschaft schaden. Die Betroffenen wissen dies und führen deshalb kaum jemals einen

²³⁴ Ähnlich de lege lata für befristete Arbeitsverhältnisse mit leitenden Angestellten iSv. § 14 Abs. 2 KSchG bereits APS/*Backhaus* (7. Aufl. 2024), § 14 TzBfG Rn. 20.

²³⁵ Gesetz zur Neuordnung der Aufgaben der Bundesanstalt für Finanzmarktstabilisierung (FMSA-Neuordnungsgesetz – FMSANeuOG) vom 23.12.2016, BGBl. I S. 3171.

Kündigungsschutzprozess. Der Schaden für ihre berufliche Zukunft ist größer als sein Nutzen. Stattdessen haben sich in der Praxis andere Mechanismen, insbesondere die einvernehmliche Beendigung gegen Zahlung einer (hohen) Abfindung („goldener Handschlag“) und/oder die einvernehmliche Freistellung, u.U. über einen Zeitraum von mehreren Jahren, etabliert.

Es sollte daher offen darüber diskutiert werden, ob einem kleinen Kreis von Spitzenverdienern der Kündigungsschutz arbeitsvertraglich „abgekauft“ werden kann. Die Eckpunkte hierfür könnten etwa lauten:

- Der Arbeitnehmer verdient bei Vertragsabschluss und bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses mindestens das Doppelte der Beitragsbemessungsgrenze der allgemeinen Rentenversicherung (§ 159 SGB VI).
- Der Arbeitgeber verpflichtet sich, bei jeder Kündigung, für die er keinen wichtigen Grund im Sinne von § 626 BGB hat, eine Abfindung in Höhe von mindestens einem Jahresgehalt zu zahlen. Für Arbeitnehmer, die im Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses das 50. Lebensjahr vollendet haben, erhöht sich der Betrag auf das Eineinhalbfache eines Jahresgehalts. Zum Jahresgehalt gehören neben der fixen Vergütung alle Gratifikationen, Tantiemen, Boni und vergleichbaren Sonderleistungen.
- Der Arbeitnehmer kann von der Vereinbarung zurücktreten, wenn der Arbeitgeber die geschuldete Zahlung bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht erbringt.
- Der Arbeitnehmer hat daher die Wahl, ob er Zahlungsklage oder Kündigungsschutzklage nach allgemeinen Regeln erhebt. Die Klagefrist des § 4 Satz 1 KSchG beginnt erst mit Eintritt des Zahlungsverzugs.

Unionsrecht steht einer solchen Abfindungsvereinbarung nicht entgegen. Der allgemeine Kündigungsschutz findet im Recht der Europäischen Union keine Grundlage.²³⁶

9. Betriebsverfassungsrecht

Der persönliche Geltungsbereich des BetrVG ist nur auf den ersten Blick übersichtlich geregelt. § 5 BetrVG knüpft an den allgemeinen arbeitsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff des § 611a Abs. 1 BGB an, bezieht in Abs. 1 Satz 3 Beamte und Soldaten in Betrieben privat-rechtlich organisierter Unternehmen (namentlich bei Bahn und Post) ein und schließt in Abs. 3 leitende Angestellte aus. Für Wahlberech-

²³⁶ EuGH 5.2.2015 – C-117/14, ECLI:EU:C:2015:60 = NZA 2015, 349 – Nisttahuz Poclava, BAG 27.4.2021 – 2 AZR 540/20, NZA 2021, 857 (859); C. Picker RdA 2022, 61 (66).

tigung und Wählbarkeit von Leiharbeitnehmern treffen § 7 Satz 2 BetrVG und § 14 AÜG gesonderte Regelungen, in der letztgenannten Bestimmung werden zudem einzelne Mitwirkungs- und Beschwerderechte des BetrVG auf Leiharbeitnehmer im Betrieb des Entleihers erstreckt. Im Übrigen aber schweigt das Gesetz. Ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen der Einsatz eines Leiharbeitnehmers oder gar eines längerfristig im Betrieb eingesetzten Werkvertragsbeschäftigten (On-Site-Werkvertrag)²³⁷ eine Einstellung (§ 99 Abs. 1 BetrVG) darstellt, welche Mitbestimmungsrechte dem Betriebsrat des Einsatzbetriebes in sozialen Angelegenheiten in Bezug auf diese Personen zustehen (beispielsweise hinsichtlich Beginn und Ende der Arbeitszeit [§ 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG], die Einführung und Anwendung spezifisch diese Personen betreffenden technischen Überwachungseinrichtungen [§ 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG] oder den Unfall- und Gesundheitsschutz [§ 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG]), ist der Rechtsprechung überlassen geblieben.²³⁸

Den Tarifvertragsparteien sind bislang zwar hinsichtlich der Organisationsstrukturen (§ 3 Abs. 1 BetrVG) und vereinzelter organisatorischer Aspekte (zB § 21a Abs. 1 Satz 4, § 47 Abs. 4, § 55 Abs. 4 BetrVG), abgesehen von § 86 BetrVG jedoch nicht im Bereich der Beteiligungsrechte des Betriebsrats Regelungsbefugnisse eingeräumt. Insbesondere haben sie nicht das Recht, den vom BetrVG erfassten Personenkreis zu erweitern oder auch nur zu präzisieren. Dabei können, je nach Branche und Betrieb, durchaus gute Gründe dafür sprechen, bestimmten Personengruppen das Wahlrecht, die Wählbarkeit (passives Wahlrecht) und/oder dem Betriebsrat Beteiligungs- und Mitbestimmungsrechte in Bezug auf sie einzuräumen oder auch nur für die tägliche betriebliche Praxis einfach handhabbar abzugrenzen. So mag es sinnvoll sein, bestimmte Fragen der Ordnung des Betriebes und des Verhaltens im Betrieb (§ 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG) nicht nur für die wahlberechtigte Stammebelegschaft, sondern auch für Fremdpersonal durch Betriebsvereinbarung zu regeln, während es sich für bestimmte Dienstleister im Betrieb (von der Reinigung bis zur IT) empfehlen kann, diese gerade außerhalb der betriebsüblichen Arbeitszeiten tätig werden und daher nicht an Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit (§ 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG) partizipieren zu lassen.

In manchen Fällen mag ein Flächentarifvertrag geeignet sein, bestimmte Erscheinungsformen atypischer Beschäftigung in seinem

²³⁷ Henssler RdA 2017, 83 (90ff.); Schüren/Hamann/Hamann, AÜG (6. Aufl. 2022), § 1 Rn. 161.

²³⁸ Exemplarisch BAG 19.6.2001 – 1 ABR 43/00, NZA 2001, 1263 (1265); 26.9.2017 – 1 ABR 57/15, NZA 2018, 194 (196); 18.7.2017 – 1 ABR 15/16, NZA 2017, 1542 (1544f.); vgl. Hamann/Rudnik NZA 2016, 1368ff.; Hertwig/Kirsch/Wirth AuR 2016, 141ff.

betrieblich-fachlichen Geltungsbereich zu regeln, in anderen Fällen vermag eher ein Haustarifvertrag die spezifische Situation eines Unternehmens oder Konzerns zu erfassen. Als Beispiele, in denen sich ein Flächentarifvertrag eignet, mögen dienen: ins Ausland entsandte Arbeitnehmer; echte und unechte Leiharbeiter; für einen längeren Zeitraum im Betrieb tätige Selbstständige (zB IT-Dienstleister) oder aufgrund Werkvertrages in die betrieblichen Strukturen Eingebundene (On-Site-Werkverträge); selbstständig tätige Crowdworker; von Sozialleistungsträgern (Jobcenter, Arbeitsagentur) oder anderen öffentlichen Stellen zu ihrer beruflichen Eingliederung, Aus- oder Fortbildung entsandte Praktikanten; Personen, die ein freiwilliges soziales oder ökologisches Jahr, einen Bundesfreiwilligen- oder einen vergleichbaren Dienst aufgrund eines staatlichen oder EU-Programms ableisten. Eher für einen Haus- oder unternehmensbezogenen Verbandstarifvertrag eignen sich Regelungen zu Gemeinschaftsbetrieben, Matrix-Strukturen oder der Zuordnung von Arbeitnehmern im Konzern, insbesondere bei Personalführungsgesellschaften.

Aufgrund der Komplexität der Regelungsmaterie sollte das Gesetz hier nur tarifdispositiv, nicht aber betriebsvereinbarungsoffen sein. Den Tarifvertragsparteien steht eine Subdelegation frei, wenn sie sie für sachgerecht halten. Unionsrecht steht dem nicht entgegen.

10. Arbeitsgerichtliches Verfahren

Das ArbGG 1926 hatte den Tarifvertragsparteien noch die Möglichkeit eröffnet, für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten aus einem Arbeits- oder Lehrverhältnis, das sich nach einem Tarifvertrag bestimmt, die Arbeitsgerichtsbarkeit im Tarifvertrag durch die ausdrückliche Vereinbarung dergestalt auszuschließen, dass die Entscheidung durch ein Schiedsgericht erfolgen soll (§ 91 Satz 1 ArbGG 1926).²³⁹ Davon hat das ArbGG 1953 aus Gründen der „Schutzbedürftigkeit der Arbeitnehmer“²⁴⁰ und zur Vermeidung einer „unerwünschte[n] Beeinträchtigung der staatlichen Gerichtsbarkeit durch Parteivereinbarung, die nicht mit den gleichen rechtlichen Garantien versehen sind“,²⁴¹ Abstand genommen. Lediglich die Bühnenschiedsgerichtsbarkeit der Bühnenkünstler, Filmschaffenden und Artisten (§ 101 Abs. 2 ArbGG) und die Ausschüsse für Lehrlingsstreitigkeiten (§ 111 Abs. 2 ArbGG) haben die Reform überlebt, die früher noch zur vorläufigen Regelung befugten Seemannsämter

²³⁹ Arbeitsgerichtsgesetz vom 23.12.1926, RGBL. I S. 507.

²⁴⁰ BT-Drs. I/3516, S. 34.

²⁴¹ BT-Drs. I/4372, S. 5.

(§ 111 Abs. 1 Satz 2 ArbGG) gibt es seit der Reform des Seearbeitsrechts 2013 nicht mehr.²⁴²

Die Bühnenschiedsgerichtsbarkeit und die Ausschüsse für Lehrlingsstreitigkeiten haben sich bewährt. Die Anzahl der Verfahren, die anschließend noch die staatlichen Gerichte erreichen, ist äußerst gering. Rechtsstaatliche Verfahrensgrundsätze werden durch sie beachtet.

Während es schon im Interesse der Einheitlichkeit der Rechtsordnung sachgerecht ist, dass Streitigkeiten über staatliches Recht durch die Gerichte für Arbeitssachen entschieden werden, gilt dies nicht in gleicher Weise für die Auslegung von Tarifnormen. Hier verfügen die Arbeitsgerichte über keine ausgeprägte Expertise. Im Gegenteil, sie müssen häufig mühsam und fehleranfällig versuchen, den objektiven Willen der Tarifvertragsparteien zu ermitteln. Eine bei den Tarifvertragsparteien eingeholte Tarifauskunft (§ 273 Abs. 2 Nr. 2, § 293 ZPO) darf gerade nicht auf die Beantwortung einer Rechtsfrage gerichtet sein, sondern muss sich auf Tatsachen zum Tarifgeschehen beschränken.²⁴³ Hier könnte ein tarifliches Schiedsgericht zu besseren Entscheidungen kommen. Es würde zudem die Tarifvertragsparteien unmittelbar für bestehende Konflikte sensibilisieren und es ihnen ermöglichen, sich schneller auf transparente Anpassungen zu verständigen. Zu empfehlen ist daher, den Tarifvertragsparteien das Recht einzuräumen, für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten aus einem Arbeitsverhältnis, das die Anwendung oder Auslegung eines Tarifvertrages zum Gegenstand hat, ein Schiedsgericht zu errichten. Typische Streitigkeiten, die in dessen Zuständigkeit fallen, wären dann beispielsweise Eingruppierungsklagen,²⁴⁴ Streitigkeiten über tarifliche Zuschläge oder tarifliche Arbeitszeiten. Anders als nach § 101 Abs. 2 Satz 2 ArbGG sollte das Schiedsgericht nicht nur tarifgebundenen Arbeitnehmern, sondern auch solchen offenstehen, auf die der Tarifvertrag kraft einzelvertraglicher Inbezugnahme oder Allgemeinverbindlichkeit angewendet wird. Der unterlegenen Partei steht die Aufhebungsklage (§ 110 ArbGG) offen, insbesondere, wenn der Schiedsspruch auf der Verletzung einer Rechtsnorm beruht. Ist ein tarifliches Recht lediglich Teil des Streitgegenstands (Beispiel: Kündigungsschutzklage, mit der neben der fehlerhaften Anhörung des Betriebsrats und der mangelnden sozialen Rechtfertigung der Kündigung auch die Verletzung eines tariflichen Son-

²⁴² HWK/Kalb (10. Aufl. 2022), § 111 ArbGG Rn. 3; GMP/Prütting, ArbGG (10. Aufl. 2022), § 111 Rn. 5; Schwab/Weth/Tiedemann ArbGG (6. Aufl. 2022), § 111 Rn. 2.

²⁴³ Vgl. BAG 18.8.1999 – 4 AZR 247/98, NZA 2000, 432 (435); 14.9.2011 – 10 AZR 358/10, NZA 2011, 1358 (1361); 8.12.2022 – 6 AZR 481/21, NZA 2023, 835 (838).

²⁴⁴ Vogel NZA 1999, 26 (28).

derkündigungsschutzes gerügt wird), ist der Rechtsstreit von Beginn an bei den staatlichen Gerichten anhängig zu machen.

Eine ähnliche Möglichkeit könnte den Sportverbänden für Arbeitsverhältnisse im (Profi-)Sport eingeräumt werden, hier auch im Hinblick auf das staatliche Arbeitsrecht.²⁴⁵ Im Profisport besteht zwar nicht aufgrund Tarifvertrages, aber der – ähnlich wie im Bühnenarbeitsrecht – gemeinsamen Überzeugung der Arbeitsvertragsparteien über die Besonderheiten ihres Arbeitsverhältnisses²⁴⁶ ein Bedürfnis nach primär nichtstaatlicher Entscheidung. Ob jemand seinen Sport als Selbstständiger oder als Arbeitnehmer ausübt, hängt ja nicht von der bewussten Entscheidung darüber, in welcher Form er seine Arbeitskraft ökonomisch verwerten möchte ab, sondern von der Sportart, die er betreibt. Individualsportarten wie Leichtathletik, Golf und Tennis werden selbstständig ausgeübt, Mannschaftssportler beim Fußball, Handball und Eishockey sind Arbeitnehmer.²⁴⁷ Durch die Rechtsprechung des BVerfG ist sichergestellt, dass die Sportgerichtshöfe im schiedsgerichtlichen Verfahren effektiven Rechtsschutz gewährleisten und rechtsstaatlichen Standards genügen müssen. Zu dem auch durch Art. 6 Abs. 1 EMRK gewährleisteten Recht auf ein faires Verfahren gehören u.a. der Grundsatz der Öffentlichkeit der Verhandlung und der Urteilsverkündung.²⁴⁸ Materielle Schutzstandards vermittelt auch über die Grenzen des nationalen Rechts hinweg die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK).²⁴⁹

VI. Neues Unionsrecht ante portas

Der Regelungsspielraum des nationalen Gesetzgebers und mit ihm derjenige der Tarifvertragsparteien ist in den vergangenen Jahren und Jahrzehnten durch das Unionsrecht zunehmend beschränkt worden. Auf drei in naher Zukunft zu erwartende Richtlinien bzw.

²⁴⁵ Vgl. *Klose/Zimmermann* in: *Bepler* (Hrsg.), *Sportler, Arbeit und Statuten* (2000), S. 137, 166 ff.

²⁴⁶ *Fischinger/Reiter* NZA 2016, 661 (663); *Staudinger/Fischinger* (2022), § 611a BGB Rn. 349; *Stopper/Dressel* NZA 2018, 1046 (1048); *Walker* SpuRt 2018, 172 (172 f.).

²⁴⁷ EuGH 15.12.1995 – C-415/93, ECLI:EU:C:1995:463 = NZA 1996, 191 – Bosman; BAG 24.11.1992 – 9 AZR 564/91, NZA 1993, 750 (750); 8.12.1998 – 9 AZR 623/97, NZA 1999, 989 (989); *Eylert/Koch* NZA 2021, 1281 (1281); *Fischinger/Reiter/Fischinger*, *Das Arbeitsrecht des Profisports* (2021), § 3 Rn. 12 ff.; *Staudinger/Fischinger* (2022), § 611a BGB Rn. 348, 352.

²⁴⁸ BVerfG 3.6.2022 – 1 BvR 2103/16, NJW 2022, 2677 (2677 ff.) – Claudia Pechstein. Vgl. auch die Anm. der Schriftleitung in SpuRt 2022, 322 (330): Die Prozessbevollmächtigten von Claudia Pechstein legen Wert auf die Feststellung, dass die Zulassung der Öffentlichkeit in allen Schweizer Instanzen beantragt und verweigert worden ist (Disziplinar-kammer, CAS und Schweizer Bundesgericht).

²⁴⁹ Vgl. EGMR 11.7.2023 – 10934/21, SpuRt 2023, 381 – Caster Semenya.

Richtlinienumsetzungen ist im Zusammenhang mit dem Thema dieses Gutachtens hinzuweisen:

1. Mindestlohn-Richtlinie

Im November 2022 ist die Mindestlohn-Richtlinie 2022/2041/EU in Kraft getreten.²⁵⁰ Die Mitgliedstaaten müssen die zur Umsetzung erforderlichen Maßnahmen bis zum 15.11.2024 treffen (Art. 17 Abs. 1 der Richtlinie). Abzuwarten bleibt allerdings zunächst, ob die Nichtigkeitsklage, die Dänemark beim EuGH gegen die Richtlinie angestrengt²⁵¹ und der sich Schweden mittlerweile angeschlossen hat, Erfolg haben wird. Gute Gründe sprechen dafür, dass die Union ihre Normsetzungskompetenz überschritten hat, die ihr ausweislich Art. 153 Abs. 5 AEUV ausdrücklich nicht für das Arbeitsentgelt zusteht.²⁵²

Unbeschadet dieser derzeitigen Ungewissheit ist darauf hinzuweisen, dass die Richtlinie zu einer deutlichen Ausweitung des Personenkreises führen könnte, der Anspruch auf den gesetzlichen Mindestlohn hat. Hinsichtlich ihres persönlichen Anwendungsbereichs bedient Art. 2 sich der neuen „Hybrid-Formel“: Die Richtlinie gilt für Arbeitnehmer, die nach den Rechtsvorschriften, Tarifverträgen oder Gepflogenheiten in dem jeweiligen Mitgliedstaat einen Arbeitsvertrag haben oder in einem Arbeitsverhältnis stehen, „wobei die Rechtsprechung des Gerichtshofs zu berücksichtigen ist“. Man darf erwarten, dass der EuGH, der bereits in der Vergangenheit den unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff selbst dort durchgesetzt hat, wo nach dem Wortlaut der Richtlinie allein auf das nationale Recht verwiesen wird,²⁵³ in Zukunft noch weniger Zurückhaltung üben wird. Praktische Bedeutung könnte dies zB für behinderte Menschen in Werkstätten für Behinderte haben, die bislang nicht in den Geltungsbereich des MiLoG fallen,²⁵⁴ nach unionsrechtlichem Ver-

²⁵⁰ → Fn. 69.

²⁵¹ EuGH C-19/23 Dänemark/Parlament und Rat; Zusammenfassung der Klagegründe in ABL EU C 104/17 vom 20.3.2023.

²⁵² *Franzen* ZFA 2021, 157 (159ff.); *Klump* EuZA 2021, 284 (293f.); *Krepper* RdA 2021, 215 (220); *HWK/Sittard* (10. Aufl. 2022), Vor § 1 MiLoG Rn. 16; *Thüsing/Hütter-Brungs* NZA 2021, 170 (170f.); *Vogt* EuZA 2023, 50 (52ff.); beiläufig auch *Krause* NZA 2022, 521 (527); aA *Eichenhofer* AuR 2021, 148 (148ff.); differenzierend *Klocke/Hautkappe* ZESAR 2021, 63 (67f.); *Sagan/Witschen/Schneider* ZESAR 2021, 103 (111).

²⁵³ EuGH 17.11.2016 – C-216/15, ECLI:EU:C:2016:883 = NZA 2017, 41 – Betriebsrat der Ruhrlandklinik zu Art. 3 Abs. 1 lit. a der Leiharbeits-Richtlinie 2008/104/EG; dazu schon → Fn. 60.

²⁵⁴ LAG Schleswig-Holstein 11.1.2016 – 1 Sa 224/15, NZA-RR 2016, 291 (293); *Nicklas-Faust* SDSRV 66 (2016), S. 201 (201); *ErfK/Franzen* (24. Aufl. 2024), § 22 MiLoG Rn. 1.

ständnis aber Arbeitnehmer sind.²⁵⁵ Selbst Teilnehmer einer Eingliederungsmaßnahme nach dem SGB II oder SGB III, die bislang währenddessen Sozialleistungen beziehen, könnten von dem großzügigen Begriffsverständnis des EuGH profitieren.²⁵⁶ Auf den Prüfstand gestellt werden muss auch die Altersgrenze (§ 22 Abs. 2 MiLoG i. V. mit § 2 Abs. 1 und 2 JArbSchG), die bislang Minderjährige ohne abgeschlossene Berufsausbildung vom Mindestlohnanspruch ausschließt, mit dem sozialpolitischen Ziel, sie zur Aufnahme einer Berufsausbildung zu bewegen. Der Mindestlohn soll keinen Anreiz setzen, zugunsten einer mit dem Mindestlohn vergüteten Beschäftigung auf eine Berufsausbildung zu verzichten.²⁵⁷ Da Art. 6 Abs. 1 RL 2022/2041/EU Abweichungen nur unter Beachtung des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung zulässt und Art. 1, 2 der Gleichbehandlungs-Rahmenrichtlinie 2000/78/EG Benachteiligungen wegen des Alters grundsätzlich untersagt, wird der Gesetzgeber die Verhältnismäßigkeit dieser Ausnahme noch einmal zu prüfen haben. Zwar gestattet Art. 6 RL 2000/78/EG Ungleichbehandlungen wegen des Alters, sofern sie objektiv und angemessen sind und im Rahmen des nationalen Rechts durch ein legitimes Ziel, worunter insbesondere rechtmäßige Ziele aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung zu verstehen sind, gerechtfertigt und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind. Jedenfalls bei manchen Arbeitsverhältnissen – beispielsweise befristeten Ferienjobs – steht aber typischerweise nicht zu befürchten, dass Jugendliche sie um des Mindestlohnes Willen einer Berufsausbildung vorziehen.

2. Entgelttransparenz-Richtlinie

Bis Juni 2026 in nationales Recht umzusetzen ist die Entgelttransparenz-Richtlinie 2023/970/EU.²⁵⁸ Ihr Ziel ist es, den schon seit Anbeginn der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft geltenden Grundsatz des gleichen Entgelts für Frauen und Männer²⁵⁹ bei gleicher und gleichwertiger Arbeit durchzusetzen. Schon Stellenbewerber haben künftig Anspruch auf Informationen über das auf objektiven, ge-

²⁵⁵ EuGH 26.3.2015 – C-316/13, ECLI:EU:C:2015:200 = NZA 2015, 1444 – Fenoll; *Welti/von Drygalski/Treffurth*, AuR 2024, 50 (55).

²⁵⁶ Vgl. EuGH 9.7.2015 – C-229/14, ECLI:EU:C:2015:455 = NZA 2015, 861 – Balkaya.

²⁵⁷ BT-Drs. 18/1558, S. 42; ausführlich zu potentiellen Ausweitungen des persönlichen Geltungsbereichs des MiLoG *Franzen* EuZA 2024, 3 (7 ff.).

²⁵⁸ → Fn. 70; vgl. *Rolfs* EuZW 2023, 489 f.; *Rolfs/Lex* NZA 2023, 1353 (1359); *Winter* NZA 2024, 8 (9); noch zum Entwurf der RL *Husemann* EuZA 2022, 166 ff.

²⁵⁹ Zur unmittelbaren Anwendung im Privatrechtsverhältnis grundlegend EuGH 8.4.1976 – 43/75, ECLI:EU:C:1976:56 = NJW 1976, 2068 – Defrenne II.

schlechtsneutralen Kriterien beruhende Einstiegsentgelt für die betreffende Stelle oder dessen Spanne; der Arbeitgeber darf sie nicht mehr nach ihrer Entgeltentwicklung in ihrem laufenden oder in früheren Beschäftigungsverhältnissen fragen (Art. 5). Arbeitgeber mit 50 und mehr Arbeitnehmern müssen Bewerber Informationen darüber, welche objektiven und geschlechtsneutralen Kriterien für die Festlegung ihres Entgelts, ihrer Entgelthöhen und ihrer Entgeltentwicklung verwendet werden, in leicht zugänglicher Weise zur Verfügung stellen (Art. 6). Arbeitnehmer haben Anspruch auf schriftliche Auskünfte über die durchschnittlichen Entgelthöhen von Personen, die gleiche oder gleichwertige Arbeit verrichten, aufgeschlüsselt nach Geschlecht und Gruppen von Arbeitnehmern (Art. 7). Arbeitgeber mit mehr als 100 Beschäftigten müssen einer noch zu bestimmenden staatlichen Stelle regelmäßig über das geschlechtsspezifische Entgeltgefälle Bericht erstatten, sowohl hinsichtlich der fixen Vergütung als auch variabler Entgeltbestandteile; je nach Unternehmensgröße erstmals 2027 oder 2031 und danach alle ein bis drei Jahre (Art. 9). Ergibt die Berichterstattung ein Gefälle von 5 % oder mehr und kann der Arbeitgeber es nicht anhand objektiver geschlechtsneutraler Faktoren rechtfertigen, muss er in Zusammenarbeit mit den Arbeitnehmervertretern eine Entgeltbewertung vornehmen (Art. 10).

Verschärft werden durch die Richtlinie auch die Regeln zur Durchsetzung der Entgeltgleichheit und die Sanktionen bei ihrer Verletzung. Bekräftigt wird, dass Arbeitnehmer die vollständige Nachzahlung des Vergleichsentgelts inklusive Boni und Sachleistungen (§ 7 EntgTranspG, § 7 Abs. 1 AGG) sowie Entschädigung für die immateriellen Nachteile (§ 15 Abs. 2 AGG) beanspruchen können (Art. 16). Die Verjährungsvorschriften müssen überarbeitet werden, zudem führt ein Verstoß des Arbeitgebers gegen die ihm obliegenden Transparenzpflichten zur Beweislastumkehr (Art. 18). Gewerkschaften, Antidiskriminierungsverbände und -stellen können sich an Verwaltungs- oder Gerichtsverfahren im Zusammenhang mit dem Grundsatz des gleichen Entgelts beteiligen (Art. 15). Die Richtlinie fordert die Mitgliedstaaten schließlich auf, spezifische Sanktionen festzulegen, darunter Geldbußen (Art. 23).²⁶⁰

Der persönliche Anwendungsbereich der Richtlinie wird ebenfalls durch die „Hybrid-Formel“ erschlossen, also unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH. Angesichts der dienenden Funktion der Richtlinie zugunsten von Art. 157 AEUV spricht hier noch mehr als bei der Mindestlohn-Richtlinie dafür, dass der EuGH im Zweifel den unionsautonomen Arbeitnehmerbegriff

²⁶⁰ Günther/Schiffelholz NZA-RR 2023, 568 (573f.); Rofls/Lex NZA 2023, 1353 (1357f.).

durchsetzen wird. Praktische Bedeutung könnte dies namentlich für Fremd- und nicht beherrschende Gesellschafter-Geschäftsführer haben. Dass das EntgTranspG schon heute auf freie Mitarbeiter von Rundfunkanstalten Anwendung findet, hat das BAG bereits entschieden.²⁶¹ Dabei sollten die Dienstberechtigten sich bewusst sein, dass die Rechtsprechung an die Rechtfertigung von Ungleichheiten strenge Anforderungen stellt: Allein das Verhandlungsgeschick eines männlichen Bewerbers, der gegenüber dem arbeitgeberseitigen Angebot 1.000 Euro monatlich mehr Fixum „rausschlagen“ konnte, genügt nicht. Die auf einen vergleichbaren Arbeitsplatz eingestellte Frau kann die Differenz auch für sich beanspruchen. Dass sie nicht oder jedenfalls nicht so erfolgreich verhandelt hat wie er, ist unerheblich.²⁶² Nämliches gilt für den Umstand, dass Teilzeitbeschäftigte Umfang und Lage ihrer Arbeitszeit im Rahmen von § 8 Abs. 4 TzBfG frei wählen können, während Vollzeitbeschäftigte durch den Arbeitgeber verbindlich zur Arbeit eingeteilt werden.²⁶³

3. Plattform-Richtlinie

Kaum absehbare Konsequenzen für das gesamte Arbeitsrecht könnte die sog. Plattform-Richtlinie haben, wenn sie gemäß dem Vorschlag der Kommission²⁶⁴ verabschiedet werden würde. In ihrem originären Anwendungsbereich erfasst die Richtlinie lediglich Arbeitnehmer und Selbstständige, die „Plattformarbeit“ leisten, das ist nach Art. 2 Abs. 1 Nr. 2 RL-Entwurf „jede Arbeit, die über eine digitale Arbeitsplattform organisiert und in der Union von einer Person auf der Grundlage eines Vertragsverhältnisses zwischen der digitalen Arbeitsplattform und der Person ausgeführt wird, unabhängig davon, ob ein Vertragsverhältnis zwischen der Person und dem Empfänger der Dienstleistung besteht“. Die Europäische Union geht im Anschluss an ein von ihr beauftragtes Gutachten davon aus, dass bereits 2025 ein Fünftel bis ein Viertel aller in der EU Erwerbstätigen Plattformarbeit leisten.²⁶⁵ Andere – zu denen auch der Verfasser dieser Zeilen zählt – halten diese Schätzung für um ein Vielfaches übersetzt, jedenfalls dann, wenn man die Betrachtung auf diejenigen beschränkt, die nicht nur gelegentlich, aus Spaß, mehr als Hobby, nebenbei oder sehr vorübergehend einer durch eine

²⁶¹ BAG 25.6.2020 – 8 AZR 145/19, NZA 2020, 1613 (1621 f.) – Birte Meier; dazu u. a. *Fuhrott/Hinrichsen* NJW 2021, 513 ff.

²⁶² BAG 16.2.2023 – 8 AZR 450/21, NZA 2023, 958; dazu *Junker* JZ 2023, 775 ff.

²⁶³ BAG 18.1.2023 – 5 AZR 108/22, NZA 2023, 570.

²⁶⁴ → Fn. 22.

²⁶⁵ → Fn. 22; Begründung bei Fn. 6 unter Bezugnahme auf PPMI, Study to support the impact assessment on improving working conditions in platform work (2021).

Plattform vermittelten Tätigkeit nachgehen,²⁶⁶ sondern dies ernsthaft als Arbeit zum Zwecke der Erzielung wirtschaftlich relevanter, zum Lebensunterhalt wenn nicht auskömmlicher, so doch zumindest merklich beitragender Einkünfte betreiben. Plausibel erscheint, dass Crowdworker typischerweise jung, männlich, alleinstehend und gut ausgebildet (digital affin) sind.²⁶⁷ Bonin/Rinne haben – allerdings schon 2017 – in einer Umfrage im Auftrag des BMAS erhoben, dass gerade einmal 1,5 % der erwachsenen deutschsprachigen Bevölkerung in Deutschland mindestens einmal (und damit noch lange nicht im Sinne „ernsthafter Arbeit“) Plattformarbeit geleistet haben wollen.²⁶⁸ Und selbst diese Zahl halten die Verfasser „mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit für deutlich nach oben verzerrt“, u. a. deshalb, weil eine relevante Anzahl der Befragten nicht einmal den Namen der Plattform anzugeben vermochte, für die sie zu arbeiten behauptet hatte. Für realistischer halten sie einen Wert von 0,2 bis 0,6 % aller Beschäftigten und resümieren daher: „Insgesamt gesehen bewegt sich die Nutzung von Crowdfunding und Plattformarbeit in Deutschland gemäß den hier vorgelegten Befragungsergebnissen noch nahe an der Messbarkeitsschwelle“.²⁶⁹ Nun schreitet die Digitalisierung (selbst hierzulande) voran, und die Corona-Pandemie mit ihren zahlreichen Kontaktbeschränkungen dürfte die Zahl der Plattfortmtätigkeiten positiv beeinflusst haben. Bis zu den Zahlen der EU-Kommission, die bezogen auf Deutschland im Jahr 2025 über 10 Mio. Plattformbeschäftigte bedeuten würden, dürfte aber noch ein Faktor zwischen 50 und 100 liegen.

Gleichwohl kann diese Richtlinie Sprengkraft entfalten. Sie versucht nämlich, im Interesse des Schutzes abhängig Beschäftigter und zur Vermeidung von Scheinselbstständigkeit, Kriterien dafür zu entwickeln, wann ein Arbeitsverhältnis besteht oder zumindest vermutet wird. Zu diesem Zweck trifft Art. 4 RL-Entwurf folgende Regelung:

(1) Das Vertragsverhältnis zwischen einer digitalen Arbeitsplattform, die die Arbeitsleistung im Sinne des Absatzes 2 kontrolliert, und einer Person, die Plattformarbeit über diese Plattform leistet, wird rechtlich als Arbeitsverhältnis angesehen. Zu diesem Zweck legen die Mitgliedstaaten im Einklang mit ihrem nationalen Rechts- und Justizsystem einen Rahmen für Maßnahmen fest. Die gesetz-

²⁶⁶ *Barnard*, International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations Bd. 39 (2023), S. 125 ff: „The Serious Business of Having Fun“.

²⁶⁷ *Klös RdA* 2019, 91 (94).

²⁶⁸ *Bonin/Rinne*, Omnibusbefragung zur Verbesserung der Datenlage neuer Beschäftigungsformen (2017), S. 9.

²⁶⁹ *Bonin/Rinne*, Omnibusbefragung zur Verbesserung der Datenlage neuer Beschäftigungsformen (2017), S. 17.

liche Vermutung gilt in allen einschlägigen Verwaltungs- und Gerichtsverfahren. Die zuständigen Behörden, die die Einhaltung der einschlägigen Rechtsvorschriften überprüfen oder durchsetzen, können sich auf diese Vermutung stützen.

(2) Die Kontrolle der Arbeitsleistung im Sinne von Absatz 1 ist so zu verstehen, dass sie mindestens zwei der folgenden Punkte vorsieht:

- a) effektive Bestimmung der Höhe der Vergütung oder Festlegung von Obergrenzen der Vergütung;
- b) Aufforderung der Plattformarbeit leistenden Person, bestimmte verbindliche Regeln in Bezug auf Erscheinungsbild und Verhalten gegenüber dem Empfänger der Dienstleistung bzw. in Bezug auf die Arbeitsleistung einzuhalten;
- c) Überwachung der Arbeitsleistung oder Überprüfung der Qualität der Arbeitsergebnisse, auch auf elektronischem Wege;
- d) effektive Einschränkung der Freiheit, die Arbeit zu organisieren – insbesondere den Ermessensspielraum bei der Wahl der Arbeitszeit oder der Abwesenheitszeiten –, Aufgaben an- bzw. abzulehnen oder die Dienste von Unterauftragnehmern oder Ersatzkräften in Anspruch zu nehmen, auch durch den Einsatz von Sanktionen;
- e) effektive Einschränkung der Möglichkeit, einen Kundenstamm aufzubauen oder Arbeiten für Dritte auszuführen.

Dieser Katalog erinnert entfernt an den bereits vor 20 Jahren gescheiterten Versuch, in § 7 Abs. 4 SGB IV Vermutungstatbestände für eine abhängige Beschäftigung zu normieren.²⁷⁰ Er ist ersichtlich vollkommen ungeeignet.²⁷¹ Jeder Werkbesteller (egal, ob das Kfz. in die Reparaturwerkstatt gebracht oder der Bau eines Eigenheims beauftragt wird), wird „Obergrenzen der Vergütung“ festlegen (Abs. 2 lit. a). Ebenso selbstverständlich wird er die Arbeitsleistung überwachen und/oder die Qualität der Arbeitsergebnisse überprüfen (lit. c) – im deutschen Werkvertragsrecht nennt sich das „Abnahme“ (§ 640 BGB). Was also in der „analogen Welt“ noch nicht einmal im Ansatz ein Indiz für eine abhängige Beschäftigung ist, soll nach dem Kom-

²⁷⁰ Art. 3 des Gesetzes zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte vom 19.12.1998, BGBl. I S. 3843; zunächst geändert durch Art. 1 des Gesetzes zur Förderung der Selbständigkeit vom 20.12.1999, BGBl. 2000 I S. 2; sodann wieder aufgegeben durch Art. 2 Nr. 2 des Zweiten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23.12.2002, BGBl. I S. 4621.

²⁷¹ Kritisch auch *Gräf* ZFA 2023, 209 (256 ff.); *Greiner/Baumann* ZESAR 2023, 409 (415 f.); *Lelley/Bruck* RdA 2023, 257 (266 ff.); *Schubert* in Giesen/Junker/Rieble (Hrsg.), Arbeitsrechtsfragen bei Crowdfunding und Plattformarbeit (2022), S. 69 (83 ff.); *dies.* NZA-Beilage 2022, 5 (11); *Stöbr* EuZA 2022, 413 (417 ff.); *Wank* EuZA 2023, 747 (747 ff.); vorsichtiger *Krause* NZA 2022, 521 (528: „nicht ganz ausgewogene Regelung“).

missionsentwurf bei digitaler Plattformarbeit die Vermutung für ein Arbeitsverhältnis „in allen Verwaltungs- und Gerichtsverfahren“ (Art. 4 Abs. 1 Satz 3 RL-Entwurf) begründen.

Der Entwurf bezieht sich zwar allein auf die – in Deutschland gesamtwirtschaftlich bislang bestenfalls marginal bedeutsame – Plattformarbeit. Dem zitierten Kriterienkatalog fehlt aber jeder konkrete Bezug zu den Besonderheiten digitaler Arbeitsplattformen.²⁷² Es liegt daher geradezu auf der Hand, dass jedenfalls einzelne Instanzgerichte ihn auch jenseits seines unmittelbaren Anwendungsbereichs versuchen werden, fruchtbar zu machen, und auf das gesamte Arbeitsrecht einschließlich der klassischen analogen Arbeitswelt zu erstrecken.²⁷³ Dann wären viele, die heute völlig unbestritten als freie Dienstleister (§ 611 BGB) oder Werkunternehmer (§ 631 BGB) selbstständig tätig sind, jedenfalls „vermutet“ Arbeitnehmer. Der Vertragspartner müsste aufwändig darlegen und im Streitfall beweisen, dass die Voraussetzungen des § 611a Abs. 1 BGB – den die Richtlinie ja nicht antasten will, auch ihr Entwurf verwendet in Art. 1 Abs. 2 die „Hybrid-Formel“²⁷⁴ – nicht erfüllt sind. Bei Abschluss des Manuskripts war die Richtlinie noch nicht verabschiedet.

VII. Sozialversicherung

1. Grundsätzliches

In der sozialen Marktwirtschaft kommt der Sozialversicherung eine zentrale Rolle zu. Sie soll einerseits (Versicherungs-)Schutz gegen die „Wechselfälle des Lebens“²⁷⁵ gewähren, andererseits zu einem sozialen Ausgleich beitragen.²⁷⁶ Das Verhältnis der beiden Prinzipien zueinander hat sich über die Zeit massiv verändert. Stand ausgangs des 19. Jahrhunderts der Versicherungsgedanke noch klar im Vordergrund, haben in den vergangenen Jahrzehnten Solidaritätserwägungen zunehmend die Oberhand gewonnen. Zuletzt hat das BVerfG mit seinem Beschluss zur (weiteren) Beitragsdifferenzierung in der Pflegeversicherung²⁷⁷ eine Stärkung des Familienlasten-

²⁷² Zutreffend Brose in: Janda (Hrsg.), Soziale Sicherung Selbstständiger, Schriftenreihe des Deutschen Sozialrechtsverbandes (SDSRV), Band 71 (2024).

²⁷³ Vgl. *Henrici* ArbuR 2000, 171 (172 ff.) und *Wank* RdA 1999, 297 (311), die seinerzeit die sozialversicherungsrechtlichen Vermutungen von § 7 Abs. 4 SGB IV idF des sog. Korrekturgesetzes (o. Fn. 270) auf das Arbeitsrecht übertragen wollten.

²⁷⁴ → B 19.

²⁷⁵ BVerfG 26.11.1964 – 1 BvL 14/62, BVerfGE 18, 257 (270).

²⁷⁶ BVerfG 18.7.2005 – 2 BvF 2/01, BVerfGE 113, 167 (196); 22.5.2018 – 1 BvR 1728/12 u. a., BVerfGE 149, 50 (76 f.); Dürig/Herzog/Scholz/*Uhle*, GG (Stand: September 2022), Art. 74 Rn. 305.

²⁷⁷ BVerfG 7.4.2022 – 1 BvL 3/18, BVerfGE 161, 163 (252 ff.).

ausgleichs sogar von Verfassungen wegen gefordert.²⁷⁸ Seitens der Arbeitgeber wird bereits gemahnt: Vor dem Verteilen stehe das Erwirtschaften; der Gedanke des sozialen Ausgleichs dürfe nicht überstrapaziert werden.²⁷⁹

Der Solidarausgleich kann intertemporär sein, indem Versicherte in bestimmten Lebensphasen (während der Ausbildung und beim Berufsstart mit geringem Einkommen, mit junger Familie und beitragsfrei Mitversicherten) von ihm profitieren, in anderen mit ihm belastet werden. Er wird aber für bestimmte Personen immer auch interpersonal sein, weil sie über den gesamten Versicherungsverlauf hinweg (etwa als gutverdienende Singles oder kinderlose Doppelverdiener) höhere Beiträge zu entrichten haben, als das versicherungstechnische Äquivalenzprinzip erforderte – oder sie umgekehrt niemals diejenigen Beiträge aufbringen, die dem ökonomischen Wert ihres Versicherungsschutzes entsprechen. Für diejenigen, die den sozialen Ausgleich finanzieren, stellt sich die Belastung angesichts ihrer relativen wie absoluten Höhe als erheblicher Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG, ggf. auch der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG, dar.²⁸⁰ Er ist allerdings gerechtfertigt, weil ein Versicherungssystem, das sich nicht gegen die gesetzliche Zuweisung „schlechter Risiken“ wehren kann, zwingend darauf angewiesen ist, dass im gleichen Umfang „gute Risiken“ zwangsversichert werden und damit Pflichtbeiträge zu entrichten haben, die zudem relativ nach Maßgabe des individuell zu verbeitragenden Einkommens und absolut durch die Beitragsbemessungsgrenzen gedeckelt sind.²⁸¹ Das Argument der fehlenden individuellen sozialen Schutzbedürftigkeit tritt hinter das Interesse am Solidarausgleich zurück. Die Alternative bestünde allein darin, der Sozialversicherung (noch mehr)²⁸² Zuschüsse aus dem allgemeinen Steueraufkommen zuzuweisen. Neben allen finanzpolitischen Nachteilen resultierte daraus eine deutlich stärkere Belastung höherer Einkom-

²⁷⁸ Umgesetzt durch das Gesetz zur Unterstützung und Entlastung in der Pflege (Pflegeunterstützungs- und -entlastungsgesetz – PUEG) vom 19.6.2023, BGBl. I Nr. 155.

²⁷⁹ *Brossardt NZS 2022, 721 (722)*.

²⁸⁰ BVerfG 6.12.2005 – 1 BvR 347/98, BVerfGE 115, 25 (41 ff.); BSG 10.10.2017 – B 12 KR 1/16 R, BSGE 124, 188 (194); 7.6.2019 – B 12 R 6/18 R, BSGE 128, 205 (218); 24.11.2020 – B 12 KR 34/19 R, BSGE 131, 99 (103); vgl. zu Art. 12 Abs. 1 GG als Prüfungsmaßstab BVerfG 23.10.2013 – 1 BvR 1842/11, BVerfGE 134, 204 (222).

²⁸¹ Vgl. BVerfG 6.12.2005 – 1 BvR 347/98, BVerfGE 115, 25 (42 f.); *Hase, Versicherungsprinzip und sozialer Ausgleich (2000)*, S. 46 ff.; *Wallrabenstein, Versicherung im Sozialstaat (2009)*, S. 361 ff.

²⁸² Der Haushaltsplan des Bundes sieht für das Jahr 2023 allein im Bereich der Alterssicherung Zuschüsse an die Rentenversicherung bzw. Erstattungen des Bundes für die Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung in Höhe von rund 120 Mrd. Euro vor (Bundeshaushaltsplan 2023, Einzelplan 11 (BMAS), Kapitel 1102).

men, weil die dämpfende Wirkung des Beitragsrechts der Sozialversicherung (linearer Beitragsatz statt Steuerprogression, Beitragsbemessungsgrenze statt nach oben offenem Einkommensteuertarif, Beschränkung der Beitragspflicht auf das Arbeitsentgelt statt Steuerpflicht auch auf Einkünfte aus Kapitalerträgen, Vermietung und Verpachtung etc.) entfiel. Der Vorteil, in der Sozialversicherung keinen Solidarausgleich leisten zu müssen, wäre mit dem Nachteil höherer Steuerlasten verbunden. Die Eingriffswirkung bliebe in der Summe unverändert, sie würde sich lediglich in Abhängigkeit von den individuellen Steuermerkmalen personell verschieben.

Idealtypisch bewegt sich das Leistungsniveau von Entgeltersatzleistungen der Sozialversicherung unterhalb des (letzten) Erwerbseinkommens („Lohnabstandsgebot“), aber erkennbar oberhalb von Leistungen der steuerfinanzierten Grundsicherung (Bürgergeld, Sozialhilfe).²⁸³ Ersteres ist im geltenden Recht durchgängig gewährleistet, Letzteres nicht. Die steuerfinanzierte Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung inklusive der Kosten für Unterkunft und Heizung erreicht für einen Alleinstehenden (je nach Wohnort) 1.000 bis 1.100 Euro monatlich (zzgl. den Kosten der Kranken- und Pflegeversicherung sowie etwaiger Mehrbedarfe, etwa infolge einer Gehbehinderung) und damit eine Größenordnung, für die ein Beitragszahler rund 28 Jahre lang Durchschnittsbeiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung, das entspricht in heutigen Werten einem Gesamtbetrag von über 220.000 Euro, entrichtet haben müsste.²⁸⁴ Der Vorteil der Sozialversicherung beschränkt sich damit im Wesentlichen darauf, dass der Leistungsanspruch nicht vom vorherigen Einsatz von Einkommen und Vermögen abhängig ist. Angesichts der Freibeträge beim Bürgergeld (§§ 11 ff. SGB II) und der Sozialhilfe (§§ 82 ff. SGB XII) ist dieser Vorteil freilich für viele Versicherte kaum spürbar. Bei den Sachleistungen der Kranken- und Pflegeversicherung fehlt sogar jede Differenzierung; Leistungsbezieher nach dem SGB II sind gegen einen geringen Beitrag (§ 232a Abs. 1 Nr. 2 SGB V) gesetzlich kranken- und sozial pflegeversichert. Angesichts der verfassungsrechtlichen Gewährleistungen eines menschenwürdigen Existenzminimums²⁸⁵ ist der Spielraum des Gesetzgebers allerdings begrenzt.

²⁸³ *Schlegel* NZS 2022, 681 (686 f.); *ders.* NJW 2023, 2093 (2096).

²⁸⁴ Bei einem aktuellen Rentenwert von 37,60 Euro (1.7.2023) erzielt man mit 28 Entgeltpunkten eine Rente in Höhe von 1.052,80 Euro. Für einen Entgeltpunkt bedarf es eines Einkommens in Höhe der Bezugsgröße, das sind (2024) 3.535 Euro monatlich bzw. 42.420 Euro im Jahr (West). Bei einem Beitragsatz von aktuell 18,6 % beträgt der Jahresbeitrag 7.890,12 Euro, in 28 Jahren (mit diesen Werten) 220.923,36 Euro.

²⁸⁵ BVerfG 7.6.2005 – 1 BvR 1508/96, BVerfGE 113, 88 (108); 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 u. a., BVerfGE 123, 267 (362 f.); 9.2.2010 – 1 BvL 1/09, BVerfGE 125, 175 (222 f.);

2. Gesetzliche Kranken- und soziale Pflegeversicherung

a) Versicherter Personenkreis

In der Tradition der Bismarck'schen Arbeiterversicherung knüpft die Versicherungspflicht in Deutschland an den beruflichen Status an: Versichert sind in allen Zweigen der Sozialversicherung gegen Arbeitsentgelt Beschäftigte und Auszubildende, behinderte Menschen, die in geschützten Einrichtungen beschäftigt werden, sowie Landwirte (§ 2 Abs. 2 SGB IV). Alle Versicherungszweige erweitern diesen Personenkreis sehr heterogen, die Kranken- und Pflegeversicherung namentlich um Studierende und Rentner (§ 5 Abs. 1 Nr. 9, 11 SGB V). Im Detail weisen die Regelungen einen hohen Spezialisierungsgrad auf. Eine „Bürgerversicherung“ steht bei einigen politischen Akteuren auf der Dauer-Agenda, findet aber aus guten Gründen keine politische Mehrheit. Sie hätte eine vollständige Aufgabe des Versicherungsprinzips und einen (noch) stärkeren Solidarausgleich zur Folge.²⁸⁶ Da zu ihren Leistungsberechtigten in Wahrheit nicht nur die „Bürger“, sondern alle Einwohner (unter Einschluss Minderjähriger und nicht wahlberechtigter Ausländer)²⁸⁷ zählen sollen, wäre sie nicht Bürgerversicherung, sondern in Wahrheit „Einwohnerversorgung“.

b) Wahlrecht für Beamte: „Hamburger Modell“

Einen neuen Weg, die „Friedensgrenze“ zwischen gesetzlicher und privater Krankenversicherung zum Nachteil der Letzteren zu verschieben, ist 2018 die Freie und Hansestadt Hamburg gegangen. Durch das Gesetz über die Einführung der pauschalen Beihilfe zur Flexibilisierung der Krankheitsvorsorge²⁸⁸ haben die Beamten und sonstigen Beihilfeberechtigten der Stadt die Wahl, ob sie anstelle der klassischen Beihilfe zu den Leistungsausgaben eine pauschale Beihilfe in Höhe der Hälfte ihres Beitrags zur gesetzlichen Krankenversicherung (oder der Prämie zu einer privaten Krankheitskostenvollversicherung)²⁸⁹ in Anspruch nehmen (§ 80 Abs. 11 HmbBG). Sie sind zwar kraft Bundesrechts nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 SGB V versicherungsfrei, können sich aber nach Maßgabe von § 9 SGB V freiwillig

19.10.2022 – 1 BvL 3/21, BVerfGE 163, 254 (Rn. 51 ff.); Dürig/Herzog/Scholz/Herdegen, GG (Stand: Mai 2009), Art. 1 Rn. 121.

²⁸⁶ Schlegel NJW 2023, 2093 (2098 f.).

²⁸⁷ Vgl. zur Unterscheidung zwischen Einwohnern und Bürgern exemplarisch Art. 15 BayGO, § 21 GO NRW, § 15 SächsGO.

²⁸⁸ Vom 29.5.2018, HmbGVBl. S. 199.

²⁸⁹ Dies ist wirtschaftlich aber unattraktiv, da der Beihilfesatz hier pauschal (nur) 50 % beträgt, während er sich bei der „klassischen“ Beihilfe nach § 80 Abs. 9 Hamburgisches Beamtengesetz (HmbBG) auf zwischen 50 % und 80 % beläuft.

gesetzlich versichern. Ohne den Arbeitgeberzuschuss wäre dies wirtschaftlich unattraktiv, weil sie die Beiträge allein aufbringen müssen, aber keinen Beihilfeanspruch zu ihren Leistungsausgaben haben, weil solche nicht oder kaum anfallen. Mit der „pauschalen Beitragsbeihilfe“ übernimmt der Dienstherr praktisch wie bei Arbeitnehmern (§ 257 Abs. 1 SGB V) die Hälfte der Beiträge zur gesetzlichen Krankenversicherung. Auf diese Weise wird den Beihilfeberechtigten eine echte Wahlmöglichkeit eingeräumt. Inzwischen haben Baden-Württemberg, Berlin, Brandenburg, Bremen und Thüringen nachgezogen.

Während die Erfinder dieses Modells es „vor dem Hintergrund der Gleichwertigkeit der Versicherungssysteme“ als „freiwillig(e) Entscheidung der Beamtinnen und Beamten für eine Pauschale“ zur „gebotenen Stärkung der Wahlfreiheit insbesondere in der Phase nach der Einstellung“ anpreisen,²⁹⁰ verschweigen sie, dass damit de facto die Solidarlasten verschoben werden: Von der Möglichkeit des Wechsels in die GKV machen (erwartungsgemäß) vornehmlich Beamte mit vergleichsweise geringem Einkommen (und damit niedrigen einkommensabhängigen GKV-Beiträgen) und/oder einer größeren Zahl von Familienangehörigen Gebrauch,²⁹¹ für die in der PKV eigenständige prämienbelastete Versicherungsverträge abzuschließen wären, die aber in der GKV beitragsfrei mitversichert sind (§ 10 SGB V). Damit verschiebt der Dienstherr die Aufwendungen, die angesichts des Gebots amtsangemessener Alimentation eigentlich eine Erhöhung der Besoldung und/oder der Beihilfesätze gebieten²⁹² und damit bei ihm (und folglich allen Steuerzahlern) anfallen würden, auf die (kleinere) Solidargemeinschaft der gesetzlich Krankenversicherten. Sie muss für einen vergleichsweise geringen, weil einkommensabhängig berechneten und damit nicht risikoäquivalenten Beitrag ein „schlechtes“ Risiko übernehmen, das letztlich durch die übrigen Beitragszahler – die ja größtenteils kraft Gesetzes versicherungspflichtig sind und sich dieser Sonderlast nicht entziehen können – quersubventioniert wird.

Das „Hamburger Modell“ mag sich daher für die davon profitierenden Beamten sowie die Finanzminister und -senatoren der Länder als günstig erweisen. Gerecht ist es nicht.

²⁹⁰ Bürgerschaft der Freien und Hansestadt Hamburg, Mitteilung des Senats an die Bürgerschaft – Entwurf eines Gesetzes über die Einführung einer pauschalen Beihilfe zur Flexibilisierung der Krankheitsvorsorge, Drs. 21/11426, S. 2.

²⁹¹ Vgl. Bürgerschaft der Freien und Hansestadt Hamburg, Mitteilung des Senats an die Bürgerschaft – Personalbericht 2022, Drs. 22/8840, S. 14.

²⁹² BVerfG 22.3.1990 – 2 BvL 1/86, BVerfGE 81, 363 (375 ff.); 4.5.2020 – 2 BvL 4/18, BVerfGE 155, 1 (24 ff.); 4.5.2020 – 2 BvL 6/17 u. a., BVerfGE 155, 77 (87 ff.).

c) Geringfügige Beschäftigung

Eine rechtsdogmatisch wie rechtspolitisch vielfach diskutierte,²⁹³ gelegentlich auch scharf kritisierte Grenze findet der Solidarausgleich der Sozialversicherung in den Bestimmungen über die geringfügige Beschäftigung (§ 8 SGB IV). *Rainer Schlegel* hat sich eingehend mit ihr auseinandergesetzt und das fehlende Regelungskonzept bemängelt: Die zahlreichen Gesetzesänderungen der letzten Jahre erweckten den Eindruck, dass die geringfügige Beschäftigung als ein je nach Bedarf beliebig einsetzbares und änderungsfähiges wirtschafts- und beschäftigungspolitisches Instrument angesehen werde und Pauschalbeiträge dort nach gegriffenen Größen erhoben würden, wo der Gesetzgeber Finanzierungsbedarf sehe.²⁹⁴ Zwar mag die jüngste Reform²⁹⁵ erneut als Beleg für die Unbeständigkeit des Gesetzgebers dienen, immerhin ist die gewählte neue Geringfügigkeitsgrenze – zehn Wochenstunden zum Mindestlohn, umgerechnet aufs Quartal (§ 8 Abs. 1a SGB IV) – eine zwar „gegriffene“, jetzt aber (wieder) dynamische und sich damit „automatisch“ an die Tarif- und Mindestlohnentwicklung anpassende Grenze.²⁹⁶

In den vornehmlich oder ausschließlich von einkommensunabhängigen Sachleistungen geprägten Zweigen der Kranken- und Pflegeversicherung ist eine Geringfügigkeits-, jedenfalls aber eine Mindestbeitragsbemessungsgrenze systematisch geboten. Anderenfalls könnte mit einem Minimum an Beiträgen ein Maximum an Versicherungsschutz erreicht werden, nämlich in Form von Ansprüchen auf die gesamten Gesundheits- bzw. Pflegeleistungen. Damit würde der soziale Ausgleich überstrapaziert und Mitnahmeeffekte provoziert. Die Versicherungsgemeinschaft hätte einen unverhältnismäßig weitgehenden Solidarausgleich zu finanzieren. Er gebietet hinsichtlich der als Beschäftigte Versicherten (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V) lediglich, dass die Beiträge nicht nach dem individuellen Risikoprofil im Zeitpunkt des Eintritts, sondern nach typisierend am Arbeitsentgelt festgemachter wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit erhoben werden, Arbeitnehmer mit höherem Einkommen diejenigen mit geringerem Einkommen subventionieren. Er reicht aber nicht soweit, dass auch die Mitfinanzierung von Personen gefordert ist, die zwar auch als Beschäftigte tätig sind, die aber ihren Lebensunterhalt überwiegend

²⁹³ Statt aller 73. DJT Bonn 2022, Abt. B, Beschluss 13.

²⁹⁴ *Schlegel* FS Preis (2021), S. 1167 (1176).

²⁹⁵ Gesetz zur Erhöhung des Schutzes durch den gesetzlichen Mindestlohn und zu Änderungen im Bereich der geringfügigen Beschäftigung vom 28.6.2022, BGBl. I S. 969.

²⁹⁶ Der Mindestlohn wird seinerseits nachlaufend der Tarifenwicklung angepasst, § 9 Abs. 2 Satz 2 MiLoG.

durch Einkünfte anderer Art bestreiten müssen oder können. Diesbezüglich geht der Gesetzgeber in zulässiger Weise traditionell typisierend davon aus, dass geringfügig Beschäftigte in dieser Eigenschaft nicht sozial schutzbedürftig sind, weil das geringe Arbeitsentgelt nicht ihre hauptsächliche Lebensgrundlage darstellen kann²⁹⁷.

Die Geringfügigkeitsgrenze ist daher in der Kranken- und Pflegeversicherung beizubehalten.

3. Gesetzliche Rentenversicherung

a) Versicherter Personenkreis 1: Einbeziehung Selbstständiger

In der (rechts-)politischen Diskussion – auch auf dem Deutschen Juristentag – mit beachtlicher Regelmäßigkeit gefordert, bislang aber nie verwirklicht worden ist die Einbeziehung aller Erwerbstätigen in die gesetzliche Rentenversicherung.²⁹⁸ Das betrifft namentlich die nicht von § 2 SGB VI erfassten Selbstständigen. Daran ist richtig, dass die Alterssicherung an die Erwerbsfähigkeit bzw. deren typisierten Verlust anzuknüpfen hat und damit in der Anwartschaftsphase an die Ausübung einer beruflichen Tätigkeit. Wer seinen Lebensunterhalt in anderer Weise bestreitet, etwa durch Kapitalerträge, Einnahmen aus Vermietung und Verpachtung etc., hat keinen altersbedingten Verlust dieses Einkommen zu besorgen und muss daher keinem Vorsorgezwang unterworfen werden. Bedenkenswert ist auch, dass die heute noch weithin völlige Freiwilligkeit der Alterssicherung vieler Selbstständiger den geänderten demographischen wie ökonomischen Rahmenbedingungen nicht mehr entspricht. Für viele Selbstständige ist weder die Vorstellung, das eigene Geschäft „bis zum letzten Atemzug“ führen zu können (und zu wollen) angesichts der gestiegenen Lebenserwartung realistisch, noch die Aussicht, es mit Eintritt in den Ruhestand zu einem solchen Preis veräußern zu können, dass dieser und die aus ihm generierten Kapitalerträge für den Lebensabend ausreichen. Schließlich besteht ein allgemeines Interesse (zuvörderst der für die mit der Grundsicherung im Alter belasteten örtlichen Träger, mittelbar der Steuerzahler und schließlich auch der zur vorrangigen Verwertung etwaigen Vermögens ver-

²⁹⁷ Schulin KV-HdB/Schulin (1994), § 6 Rn. 77 vgl. auch Becker SGB 2024, 57 (61).

²⁹⁸ Für den Deutschen Juristentag: Steinmeyer, Gutachten B zum 73. DJT 2020/22, S. B 56ff.; Waltermann, Gutachten B zum 68. DJT 2010, S. 101ff.; ferner exemplarisch Becker SGB 2024, 57 (61f.); Butzer VSSAR 2020, 213ff.; Di Pasquale NZS 2022, 724 (726); von Koppenfels-Spies NZS 2021, 632 (634ff.); Kreikebohm NZS 2020, 401 (403f.); Preis/Temming VSSR 2017, 283ff.; Schlegel NZS 2022, 681 (685); Steinmeyer NZS 2021, 617 (619ff.); Uffmann RdA 2019, 360 (362f.); Ulber, Mindestabsicherung von Selbstständigen in der Rentenversicherung (2022); Waltermann RdA 2010, 162 (167); ders. SGB 2017, 425 (429f.); ders. NZA 2021, 297 (300f.); ders. FS Preis (2021), 1449 (1461); aus österreichischer Perspektive Obrecht AuR 2022, 253ff.

pflichteten Leistungsberechtigten selbst) daran, dass Selbstständige, deren Arbeitseinkommen im Wesentlichen auf der Verwertung ihrer eigenen Arbeitskraft beruht, gegen die Risiken Alter und Invalidität versichert sind.

Wenig Überzeugungskraft hat demgegenüber die Forderung, die Alterssicherung gerade der gesetzlichen Rentenversicherung zu überantworten. Sie ist von ihrer gesamten Konzeption her (Beitrags- und Leistungsbemessung, Versicherungsfälle, Organisation der Träger etc.) auf abhängig Beschäftigte zugeschnitten. Die in vielerlei Hinsicht völlig anders strukturierten Bedarfe Selbstständiger, die im Vergleich zu Arbeitnehmern beispielsweise vielfach sehr viel flexibler in der Lage sind, ihren Übergang in den Ruhestand gleitend zu gestalten und auf Minderungen der Erwerbsfähigkeit zu reagieren (nur exemplarisch: freie Gestaltung von Arbeitszeit und Arbeitseinsatz, Übertragung körperlich schwerer Tätigkeiten auf Arbeitnehmer oder an Subunternehmer, Umstrukturierung des Geschäftsbetriebs), werden hier nicht angemessen berücksichtigt. Auch künftige politische Entscheidungen zur gesetzlichen Rentenversicherung werden stets primär mit Blick auf die Bedürfnisse der abhängig Beschäftigten, nicht der Selbstständigen getroffen werden. Schließlich hätte eine Ausweitung der Versicherungspflicht des § 2 SGB VI angesichts des Umlageverfahrens der gesetzlichen Rentenversicherung lediglich eine Entlastung der (übrigen) *heutigen* Beitragszahler zur Folge. Die Finanzierungslasten würden in die Zukunft verschoben. Eine kapitalgedeckte Altersvorsorge, die von den hierin erfahrenen Versicherern der privaten Versicherungswirtschaft zu organisieren ist, ermöglicht demgegenüber eine periodengerechte Aufbringung der erforderlichen Mittel.²⁹⁹

Geboten ist daher eine einheitliche Regelung für alle Selbstständigen unter Einschluss derer, die bislang nach § 2 SGB VI pflichtversichert sind. Sie sind zu einer insolvenz- und pfändungssicheren Alters- und Berufsunfähigkeitsvorsorge, die zu einer Absicherung oberhalb des Grundsicherungsniveaus führt, anzuhalten. Diese müssen sie in ihre Produkte und Dienstleistungen am Markt einpreisen; diskutabel erscheint auch eine offene Ausweisung auf der Rechnung (wie bei der Umsatzsteuer). Das Mindest-Sicherungsniveau ist sowohl hinsichtlich der tatbestandlichen Voraussetzungen (insb. hinsichtlich der Erwerbsminderung) als auch der monatlichen Rente vom Gesetzgeber dynamisch zu definieren. Der Nachweis, die Versicherungspflicht erfüllt zu haben, kann über einen automatisierten Datenaustausch der Lebensversicherer mit der Deutschen Rentenversicherung erfolgen. Wer seiner Pflicht zur privaten Vorsorge

²⁹⁹ Rolfs NJW 2022, 2717 (2719).

nicht oder nicht in ausreichendem Umfang nachkommt, wird in der gesetzlichen Rentenversicherung pflichtversichert.

b) Versicherter Personenkreis 2: Opt-out für Beschäftigte oberhalb der Beitragsbemessungsgrenze

Wenn für Selbstständige mit der Pflicht, gegen die Risiken Alter und Invalidität vorzusorgen, das Recht verbunden ist, dies außerhalb der gesetzlichen Rentenversicherung zu tun, stellt sich die naheliegende Frage, warum dasselbe nicht für gutverdienende Beschäftigte, also solche mit einem Einkommen oberhalb der Beitragsbemessungsgrenze gelten soll. Bis Ende 1967 existierte in der Rentenversicherung der Angestellten nicht nur eine Beitragsbemessungs-, sondern – wie heute noch in der Kranken- und Pflegeversicherung – eine Versicherungspflichtgrenze. Auf Vorschlag der Sozialenquete-Kommission³⁰⁰ wurde diese seinerzeit gestrichen³⁰¹ Eine Verfassungsbeschwerde blieb erfolglos.³⁰² Die Möglichkeit, der Versicherungspflicht durch private Vorsorge zu entgehen (befreiende Lebensversicherung) blieb nur noch übergangsweise für ältere Angestellte erhalten.

Im Bereich des Sozialrechts kommt dem Gesetzgeber ein weiter Gestaltungsspielraum zu.³⁰³ Die Versicherungspflicht greift jedenfalls in die durch Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistete allgemeine Handlungsfreiheit ein. Sie muss daher dem Gebot der Verhältnismäßigkeit entsprechen.³⁰⁴ Im Zuge der Einführung einer Versicherungspflicht für Selbstständige mit „Opt-out“-Möglichkeit müssen ohnehin Kriterien für eine Gleichwertigkeit privater Vorsorgeprodukte entwickelt werden. Dann kann die mit einer Vorsorgepflicht verbundene Wahlfreiheit auch abhängig Beschäftigten eingeräumt werden. Sie sollte sich allerdings auf diejenigen Beschäftigten beschränken, denen aufgrund der Höhe ihres Einkommens zugetraut werden kann, sich

³⁰⁰ *Bogs/Achinger/Meinhold/Neundörfer/Schreiber*, Soziale Sicherung in der Bundesrepublik Deutschland: Bericht der Sozialenquete-Kommission (1966), S. 124f. Tz. 342 ff.

³⁰¹ Gesetz zur Verwirklichung der mehrjährigen Finanzplanung des Bundes, II. Teil – Finanzänderungsgesetz 1967 – vom 21.12.1967, BGBl. I S. 1259, zur Begründung BT-Drs. 5/2149, S. 28.

³⁰² BVerfG 14.10.1970 – 1 BvR 307/68, BVerfGE 29, 221 (233 ff.).

³⁰³ BVerfG 10.5.1960 – 1 BvR 190/58 u. a., BVerfGE 11, 105 (112); 12.1.1983 – 2 BvL 23/81, BVerfGE 63, 1 (35); 8.4.1987 – 2 BvR 909/82 u. a., BVerfGE 75, 108 (146); 7.7.1992 – 1 BvL 51/86 u. a., BVerfGE 87, 1 (34); 28.5.1993 – 2 BvF 2/90, BVerfGE 88, 203 (213); Dürig/Herzog/Scholz/Uhle, GG (Stand: September 2022), Art. 74 Rn. 303.

³⁰⁴ BVerfG 6.6.1989 – 1 BvR 921/85, BVerfGE 80, 137 (153); 18.2.1998 – 1 BvR 1318/86 u. a., BVerfGE 97, 271 (286); 3.4.2001 – 1 BvR 2014/95, BVerfGE 103, 197 (215); 9.12.2003 – 1 BvR 558/99, BVerfGE 109, 96 (111); Jarass/Pieroth/Jarass GG, (17. Aufl. 2022), Art. 2 Rn. 17.

eigenverantwortlich um ihre Altersvorsorge zu bemühen. Finanzielle Einbußen sind damit für die gesetzliche Rentenversicherung lediglich vorübergehend verbunden, weil den ausbleibenden Beiträgen später keine entsprechenden Leistungsausgaben gegenüberstehen. Angesichts der deutlich höheren Lebenserwartung von Personen mit überdurchschnittlichem Einkommen³⁰⁵ wird die gesetzliche Rentenversicherung im Ergebnis sogar entlastet.

c) Geringfügige Beschäftigung

Wer nach dem 31.12.2012 eine dauerhafte geringfügige Beschäftigung (Minijob) aufgenommen hat, ist in der gesetzlichen Rentenversicherung versicherungspflichtig.³⁰⁶ Der Arbeitgeber trägt einen Pauschalbeitrag von 15 % (in Privathaushalten 5 %), der Versicherte die Differenz zum regulären Beitragssatz (2024: 18,6 %, Differenz also 3,6 %, in Privathaushalten 13,6 %) bei einer Mindestbeitragsbemessungsgrundlage von 175 Euro. Allerdings haben die Versicherten die Möglichkeit des „Opt-out“, können sich also von der Versicherungspflicht befreien lassen (§ 6 Abs. 1b SGB VI). Davon macht die große Mehrheit der geringfügig Beschäftigten Gebrauch. In nämlicher Weise gering ist der Anteil derjenigen, die in einer bereits vor dem 1.1.2013 begründeten dauerhaften geringfügigen Beschäftigung stehen und seinerzeit auf die Versicherungsfreiheit verzichtet haben (Opt-in, § 230 Abs. 8 SGB VI).

Die Versicherungsbefreiung ist leistungsrechtlich mit erheblichen Nachteilen verbunden. Der Beschäftigte erhält lediglich „Zuschläge zu Entgeltpunkten“ (§ 76b SGB VI). Der vom Arbeitgeber entrichtete Pauschalbeitrag ist kein „Pflichtbeitrag“, weil der Beschäftigte nicht versicherungspflichtig ist. Durch ihn und die in geringfügiger Beschäftigung zurückgelegten Zeiten können daher weder die Voraussetzungen für eine Erwerbsminderungsrente (§ 43 SGB VI) noch für Leistungen zur Teilhabe (§§ 9ff. SGB VI) erfüllt werden.³⁰⁷ Dieser Nachteil ließe sich vermeiden, wenn die Möglichkeit der Befreiung von der Versicherungspflicht für geringfügig Beschäftigte außerhalb von Privathaushalten entfiel.³⁰⁸ Zugleich könnte der Pauschalbeitrag des Arbeitgebers von 15 % auf 17 % erhöht werden, im Gegenzug die Pauschalsteuer von 2 % (§ 40a Abs. 2 EStG) entfallen. Die Belastung für den Arbeitgeber bliebe in der Summe

³⁰⁵ Frauen mit einem Einkommen von 150 % und mehr des Medians leben gut vier Jahre länger als solche mit einem Einkommen von unterhalb 60 % des Medians, Männer sogar über acht Jahre; siehe *Lampert/Hoebel/Kroll*, Journal of Health Monitoring 2019 (4), S. 3 (6ff.).

³⁰⁶ *Griese/Preis/Kruchen* NZA 2013, 113 (114).

³⁰⁷ *Boecken* NZA 1999, 393 (398); *Lembke* NJW 1999, 1825 (1827).

³⁰⁸ Dafür auch *Koppemock* NZS 2022, 692 (697).

identisch, für den Arbeitnehmer würde sich der Nettolohn minimal reduzieren (beim aktuellen Beitragssatz von 18,6% um gerade einmal 1,6%). Im Gegenzug erhielte er die vollen Leistungsansprüche eines Pflichtversicherten.

Für geringfügig Beschäftigte in Privathaushalten kann zwar gleichfalls der Arbeitgeber-Beitragssatz bei gleichzeitiger Streichung der Pauschalsteuer auf 7% erhöht werden. Für die Beschäftigten sollte es aber bei der Möglichkeit des Opt-out verbleiben, weil der von ihnen zu tragende Beitragsanteil deutlich höher ist und dementsprechend eine signifikante Minderung des Nettoarbeitsentgelts zur Folge hätte. Das Risiko, dass die – ohnehin wohl relativ wenigen – angemeldeten Beschäftigungsverhältnisse zunehmend wieder in die Illegalität abdriften, wäre zu hoch.

4. Arbeitslosenversicherung

Während in den übrigen Versicherungszweigen – sehr heterogen – bestimmte Selbstständige pflichtversichert sind, beschränkt sich der Schutz der Arbeitslosenversicherung auf Beschäftigte (§ 25 SGB III) und einige sonstige Versicherungspflichtige (§ 26 SGB III), zu denen Selbstständige nicht gehören. Sie haben lediglich unter engen Voraussetzungen die Möglichkeit, sich auf Antrag pflichtzuversichern. Wegen § 28a Abs. 2 SGB III steht diese Möglichkeit praktisch nur denjenigen offen, die vor ihrem Wechsel in die Selbstständigkeit abhängig beschäftigt waren (freiwillige Weiterversicherung). Damit soll die Existenzgründung gefördert, aber eine adverse Risikoselektion vermieden werden.³⁰⁹ Spätestens die Corona-Pandemie hat freilich gezeigt, dass auch für Selbstständige eine Absicherung gegen das Risiko der (hier durch pandemiebedingte Betriebsschließungen etc. erzwungenen) „Arbeitslosigkeit“ bzw. „Kurzarbeit“ geboten sein kann.³¹⁰ Private Betriebsunterbrechungs-/Betriebsschließungsversicherungen, zu deren Abschluss ohnehin kein Zwang besteht, hatten das Risiko häufig nicht bedeckt.³¹¹ In dieser außergewöhnlichen Situation hat der Staat mit aus Steuermitteln finanzierten Sofort- und Überbrückungshilfen Insolvenzen zu vermeiden versucht.

Die Etablierung einer „Arbeitslosenversicherung“ für alle (Solo-) Selbstständigen wäre ordnungspolitisch wie rechtssystematisch ein komplexes Unterfangen. Das ökonomische Risiko, sich mit einer selbstständigen Tätigkeit einen auskömmlichen Markt erschließen und diesen auf Dauer erhalten zu können, hängt von vielfältigen

³⁰⁹ Vgl. BT-Drs. 15/1515 S. 78.

³¹⁰ *Schlegel* NZS 2022, 681 (681 f.).

³¹¹ BGH 26.1.2022 – IV ZR 144/21, BGHZ 232, 344 (350 ff.); 21.9.2022 – IV ZR 305/21, VersR 2022, 1507 (1507 f.); 18.1.2023 – IV ZR 465/21, NJW 2023, 684 (685 ff.).

Faktoren, nicht zuletzt dem persönlichen Ideenreichtum und Einsatz für das eigene Unternehmen, aber auch solchen ab, die sich dem individuellen Einfluss entziehen. Die Eröffnung weiterer Möglichkeiten zu einer freiwilligen Versicherung hätte kaum anders als eine Versicherungspflicht (nur) für Existenzgründer und/oder Solo-Selbstständige zur Folge, dass Personen mit überdurchschnittlichem Risiko Mitglieder der Versichertengemeinschaft würden. Eine Quersubventionierung durch die als abhängig Beschäftigte Pflichtversicherten sollte vermieden werden. Dafür stünden verschiedene Optionen zur Verfügung. Der Versicherungsäquivalenz am nächsten kommt die Bildung einer selbstständigen Risikogemeinschaft mit eigenem Beitragssatz. Komplex ist zudem sowohl die Ermittlung der zutreffenden Beitragsbemessungsgrundlage als auch die Definition des Versicherungsfalls einschließlich der bei ihrer Verletzung Ansprüche ausschließenden oder vermindernenden Obliegenheiten (versicherungswidriges Verhalten).

Anders als hinsichtlich der Alters- und Berufsunfähigkeitssicherung steckt die Diskussion hier – auch mit den Betroffenen selbst – erst noch in den Anfängen. Der Deutsche Juristentag sollte sich daher auf einen Prüfauftrag beschränken.

VIII. Verfahrensrecht

1. Statusfeststellung: Verwaltungsverfahren

Die Digitalisierung und die sie begleitenden Veränderungen der Arbeitswelt haben zur Folge, dass die klassischen Tatbestandsmerkmale der abhängigen Beschäftigung, das Weisungsrecht einerseits und die Eingliederung in den Betrieb andererseits, mehr und mehr aus der betrieblichen Wirklichkeit verschwinden.³¹² Die korrekte Statuszuordnung wird komplexer. „Wenn die «freien Mitarbeiter» auf einer Farbskala zwischen schwarz und weiß abzubilden wären, läge das Gros der Fälle sicherlich in den Grautönen.“³¹³ Das Verfahren zur Statusfeststellung wird auf Antrag der Beteiligten oder von Amts wegen eingeleitet (§ 7a Abs. 1 SGB IV), wengleich ein jüngeres Urteil des BGH erhellt, dass Letzteres jedenfalls in der Vergangenheit oft rechtswidrig unterblieben ist.³¹⁴ Die Entscheidung über den Erwerbsstatus trifft die Deutsche Rentenversicherung Bund. Das ist solange sachgerecht, wie mit der Entscheidung, der Erwerbstätige sei Selbstständiger, nicht in Rechtsbeziehungen zu Drit-

³¹² *Kania* NZS 2020, 878 (881).

³¹³ *Kania* NZS 2020, 878 (882).

³¹⁴ BGH 19.1.2023 – III ZR 234/21, VersR 2023, 451.

ten eingegriffen wird. Besteht aber für (Solo-)Selbstständige die Verpflichtung zur Privatvorsorge und dient die Deutsche Rentenversicherung lediglich als Auffangversicherungsträger für diejenigen, die keine adäquate private Alters- und Berufsunfähigkeitsversicherung genommen haben, greift die Entscheidung, der Betreffende sei abhängig beschäftigt, zumindest mittelbar in das private Versicherungs- oder sonstige Vorsorgeverhältnis ein. Denn für den Erwerbstätigen besteht dann angesichts der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung keine Notwendigkeit zur Aufrechterhaltung dieses Vertragsverhältnisses mehr, u.U. fehlen ihm angesichts der Beitragspflicht nach dem SGB VI auch die finanziellen Mittel dafür. Es erscheint aber rechtsstaatlich wenig überzeugend, der DRV Bund die Statusfeststellung zu überantworten, ohne die betroffenen privaten Versicherungs- und Vorsorgeträger gleichrangig zu beteiligen. Trotz der etwas andersartigen Zweckrichtung und Verfahrensgestaltung sei auf die Zulassung zur Syndikusanwaltschaft hingewiesen: Die Entscheidung hierüber trifft die – mit dem Rechtsanwaltsversorgungswerk organisatorisch eng verbundene – örtlich zuständige Rechtsanwaltskammer nach Anhörung der Rentenversicherung (§ 46a Abs. 2 BRAO).³¹⁵ Hier ist die annähernd gleichberechtigte Teilhabe beider in Betracht kommender Alterssicherungssysteme am Verfahren gewährleistet.

Es ist daher zu empfehlen, das Statusfeststellungsverfahren einer neutralen Clearingstelle zu übertragen, die vor ihrer Entscheidung neben dem Erwerbstätigen und dessen Auftrag-/Arbeitgeber in gleicher Weise die DRV Bund und den ggf. vom Erwerbstätigen gewählten privaten Versicherungs- oder Vorsorgeträger anhört.

2. Arbeitnehmer, Beschäftigte, Versicherte: einheitliche gerichtliche Entscheidung?

Die sozialrechtliche Beschäftigung ist mit dem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis nicht identisch. Die normative Ausgangslage lässt eine vollständige Vereinheitlichung nicht zu, sie ist auch de lege ferenda nicht zu empfehlen.³¹⁶ § 7 Abs. 1 SGB IV definiert die Beschäftigung als nichtselbstständige Arbeit, *insbesondere* – aber eben nicht nur – in einem Arbeitsverhältnis. Vorstandsmitglieder von Aktiengesellschaften, die bürgerlich-rechtlich in einem freien Dienst-, nicht aber in einem Arbeitsverhältnis zu der Gesellschaft stehen, deren Leitung ihnen obliegt, werden in § 1 Satz 3 SGB VI und

³¹⁵ Näher Hartung/Scharmer/Dietzel, BORA/FAO (8. Aufl. 2022), § 46a BRAO Rn. 15 ff.; Henssler/Prütting/Prütting, BRAO (5. Aufl. 2019), § 46a Rn. 4 ff.; Offermann-Burckart NJW 2016, 113 (115f.).

³¹⁶ → B 31, B 35.

§ 27 Abs. 1 Nr. 5 SGB III ausdrücklich von der Versicherungspflicht ausgenommen, vom Gesetzgeber also als (ohne diese Sonderregelung versicherungspflichtige) Beschäftigte angesehen.³¹⁷ Selbst die in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis stehenden Beamten werden von § 27 Abs. 1 Nr. 1 SGB III, § 6 Abs. 1 Nr. 2 SGB V, § 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB VI explizit für versicherungsfrei erklärt, was ebenfalls überflüssig wäre, wenn sie schon gar nicht beschäftigt wären.³¹⁸ Nach ständiger Rechtsprechung des BSG sind insbesondere Fremd- und nicht beherrschende Gesellschafter-Geschäftsführer Beschäftigte,³¹⁹ obgleich ihnen der Arbeitnehmerstatus fehlt.

Weitere Differenzierungen zwischen Arbeitsverhältnis, Beschäftigung und Versicherungspflicht resultieren daraus, dass neben den Beschäftigten auch bestimmte Selbstständige versicherungspflichtig sind (vgl. § 2 SGB VI), dass Beschäftigung nicht zwingend Versicherungsschutz vermittelt, wenn sie beispielsweise nicht gegen Arbeitsentgelt³²⁰ oder versicherungsfrei ausgeübt wird (insbesondere bei geringfügiger Beschäftigung mit „opt-out“ in der Rentenversicherung sowie bei Überschreiten der Versicherungspflichtgrenze in der Kranken- und Pflegeversicherung), dass der Beschäftigte trotz inländischen Arbeitgebers im Ausland sozialversichert ist, weil die Beschäftigung zu mehr als 25 % in diesem Staat, in dem der Beschäftigte zugleich wohnt, ausgeübt wird (vgl. Art. 13 VO [EG] 883/2004, Art. 14 Abs. 8 VO [EG] 987/2009), dass ein Arbeitsverhältnis nach unwirksamer Kündigung rechtlich fortbestehen, die Beschäftigung gegen Arbeitsentgelt aber gleichwohl (auch im beitragsrechtlichen Sinne) beendet sein kann³²¹ u. v. a. m.

Obwohl diese Fallgestaltungen zahlreich erscheinen, lässt sich doch feststellen, dass Arbeitnehmer in einem aktiven (nicht ruhenden) Arbeitsverhältnis stets Beschäftigte sind, die, da sie Anspruch jedenfalls auf den Mindestlohn (§ 1 Abs. 2 MiLoG) haben, auch gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind. Daraus resultiert zwar wegen möglicher Versicherungsfreiheit oder -befreiung noch nicht zwin-

³¹⁷ BSG 31.5.1989 – 4 RA 22/88, BSGE 65, 113 (116f.); 21.2.1990 – 12 RK 47/87, NZA 1990, 950 (950); 27.2.2008 – B 12 KR 23/06 R, BSGE 100, 62 (64f.); 6.10.2010 – B 12 KR 20/09 R, SozR 4–2600 § 1 Nr. 5; BeckOGK/*Guttenberger* (1.7.2021), § 1 SGB VI Rn. 32; KRW/*Berchtold* (8. Aufl. 2023), SGB VI § 1 Rn. 11; aA für die gesetzliche Unfallversicherung BSG 12.12.1999 – B 2 U 38/98 R, BSGE 85, 214 (217); 20.3.2018 – B 2 U 13/16 R, BSGE 125, 219 (221); 15.12.2020 – B 2 U 4/20 R, BSGE 131, 144 (147).

³¹⁸ *Schlegel* NZS 2022, 681 (684).

³¹⁹ → B 24.

³²⁰ BSG 4.3.2014 – B 1 KR 64/12 R, BSGE 115, 158 (160ff.) mit abl. Besprechung *Rolfs* RdA 2015, 248ff.

³²¹ BSG 4.7.2012 – B 11 AL 16/11 R, SozR 4–4300 § 123 Nr. 6 für den Fall der unwirksamen Kündigung durch den Insolvenzverwalter bei endgültiger Betriebsstilllegung.

gend Versicherungsschutz, eine „Elementenfeststellung“ bezüglich der Beschäftigung³²² kann aber getroffen werden. Bereits im Zusammenhang mit dem Crowdworker-Urteil des BAG ist oben³²³ darauf hingewiesen worden, dass die Arbeitsgerichte gelegentlich erst im Zusammenhang mit der Beendigung des Rechtsverhältnisses angerufen werden und sich der Streitgegenstand dann darauf beschränkt, dass im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung ein Arbeitsverhältnis bestanden hat, aber unentschieden bleibt, wann es (und wann das korrespondierende Beschäftigungsverhältnis) begonnen hat.

Eine vergleichsweise einfache Kooperation zwischen Arbeitsgerichtsbarkeit und Sozialversicherung bestünde darin, den Gerichten für Arbeitssachen aufzugeben, eine rechtskräftige Entscheidung über den Arbeitnehmerstatus von Amts wegen der Deutschen Rentenversicherung (bzw. der nach dem obigen Vorschlag³²⁴ eingerichteten neutralen Clearingstelle) sowie dem Zoll zu übermitteln. Der DRV käme dann in Bezug auf die Versicherungspflicht in der Sozialversicherung, dem Zoll im Hinblick auf den Mindestlohn (§ 14 MiLoG) die Aufgabe zu, den Beginn des Beschäftigungs- bzw. des Arbeitsverhältnisses festzustellen. Die Durchsetzung der daraus resultierenden Arbeitgeberpflichten bliebe unverändert.

Wesentlich komplexer wäre es, eine einheitliche gerichtliche Entscheidung herbeiführen zu wollen. Dann müsste den Gerichten für Arbeitssachen insoweit die Entscheidungskompetenz über das öffentlich-rechtliche Beschäftigungsverhältnis überantwortet werden. Im Verfahren wären die Deutsche Rentenversicherung und ggf. der vom (Schein-)Selbstständigen gewählte private Träger der Alters- und Berufungsunfähigkeitsversicherung beizuladen. Das Verfahren könnte kaum als dem Beibringungsgrundsatz verpflichtetes Urteilsverfahren durchgeführt oder fortgesetzt, sondern müsste in ein Beschlussverfahren mit amtswegiger Ermittlung der entscheidungserheblichen Tatsachen (§ 83 Abs. 1 Satz 1 ArbGG) und nicht an die Parteienträge gebundenen Beschluss (§ 84 Satz 1 ArbGG) übergeleitet werden.³²⁵ Ist der Arbeitnehmerstatus – wie bei einer Kündigungsschutzklage – nur ein Teil des Streitgegenstands, müsste er ab-

³²² Wie jetzt nach § 7a SGB IV, dazu *Brose* SGB 2022, 133 (136 f.); *Zieglmeier* NZA 2021, 977 (978 ff.). Zur grundsätzlichen Unzulässigkeit einer Elementenfeststellungsklage vor der Reform des Statusfeststellungsverfahrens zum 1.4.2022 BSG 11.3.2009 – B 12 R 11/07 R, BSGE 103, 17 (21); 4.6.2009 – B 12 R 6/08 R, BeckRS 2009, 72915; 26.2.2019 – B 12 R 8/18 R, SGB 2020, 192; *MKLS/Keller*, SGG (13. Aufl. 2020), § 55 Rn. 9.

³²³ → B 16.

³²⁴ → B 88.

³²⁵ So auch *Gräf* ZFA 2023, 209 (248 f.) im Zusammenhang mit der Umsetzung der geplanten EU-Plattform-Richtlinie.

getrennt und das Verfahren im Übrigen ausgesetzt werden. Das kompliziert und verzögert das Verfahren, es setzt den mit dem Risiko des Annahmeverzugslohns (§ 615 Satz 1 BGB) belasteten Arbeitgeber noch größerem Druck aus, zur vergleichsweisen Beilegung des Rechtsstreits eine hohe Abfindung zu zahlen, ist damit nicht sachgerecht und nicht zu empfehlen.

In umgekehrter Richtung – Mitentscheidung der Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit über den Arbeitnehmerstatus im Zuge des Urteils über Beschäftigung und Versicherungspflicht – kommt eine solche partielle Übertragung der Entscheidungskompetenz auf das eigentlich rechtswegfremde Gericht nicht in Betracht. Die Beschäftigung ist gegenüber dem Arbeitsverhältnis „überschießend“ (vgl. § 7 Abs. 1 SGB IV). Beschäftigter kann auch sein, wer kein Arbeitnehmer ist. Hier könnte allenfalls die rechtskräftige Entscheidung von Amts wegen dem Zoll übermittelt werden. Er müsste dann prüfen, ob und ggf. seit wann der Beschäftigte (auch) Arbeitnehmer ist und ob der Arbeitgeber wenigstens den Mindestlohn entrichtet hat. Im Übrigen darf nicht aus dem Blick geraten, dass eine Entscheidung über den Arbeitnehmer-/Beschäftigtenstatus zumindest inzident auch bei den ordentlichen Gerichten, sowohl in Zivil- als auch Strafsachen (insbesondere Strafbarkeit wegen Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt [§ 266a StGB]), bei den Verwaltungs- und sogar bei den Finanzgerichten (Beanstandung der MiLoG-Pflichten durch den Zoll, § 15 Satz 1 MiLoG iVm. § 23 SchwarzArbG) anfallen kann. Eine regelmäßige Pflicht zur Aussetzung dieser Verfahren und Vorabentscheidung über die Arbeitnehmereigenschaft durch die Gerichte der Arbeitsgerichtsbarkeit wäre unzulässig. Das Gericht des zulässigen Rechtsweges entscheidet den Rechtsstreit unter allen in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten (§ 17 Abs. 2 Satz 1 GVG).

IX. Thesen

1. Eine Vereinheitlichung des Anwendungsbereichs aller arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Bestimmungen (einheitlicher Arbeitnehmer- und Beschäftigtenbegriff) ist nicht empfehlenswert. Die unterschiedlichen Regelungsgegenstände und Schutzbedürfnisse erfordern differenzierte persönliche Geltungsbereiche.
2. Den Tarifvertrags- und Betriebsparteien fallen zentrale Aufgaben bei der Gestaltung der Arbeitsbeziehungen zu. Ihre Rolle sollte gestärkt werden.
3. Tarifdispositive Gesetze sollten stets auch für entsprechende Regelungen paritätisch besetzter Kommissionen kirchlicher Arbeitgeber sowie für Richtlinien der Sprecherausschüsse geöffnet

- werden. Wo Betriebsvereinbarungen zugelassen werden, sollten auch personalvertretungsrechtliche und kirchliche Dienstvereinbarungen möglich sein.
4. Tarifdispositiv sollten gestaltet werden:
 - a) Formvorschriften des NachwG, BEEG, PflegeZG, FPfZG, TzBfG. Die Tarifvertragsparteien sollten jedenfalls Textform genügen lassen können;
 - b) das ArbZG in den durch das Unionsrecht gezogenen Grenzen;
 - c) Rechtsansprüche auf Teilzeitarbeit einschließlich der jeweiligen Form- und Fristregelungen;
 - d) die Schutzvorschriften der §§ 164, 165 und 167 SGB IX zugunsten schwerbehinderter Menschen und ihnen Gleichgestellter;
 - e) das Recht der befristeten Arbeitsverhältnisse einschließlich der Rechtsfolgen einer unwirksamen Befristung.
 5. Gegenüber Betriebsvereinbarungen könnten geöffnet werden:
 - a) Formvorschriften des NachwG, BEEG, PflegeZG, FPfZG, § 8 TzBfG. Die Betriebsparteien sollten jedenfalls Textform genügen lassen können;
 - b) Rechtsansprüche auf Teilzeitarbeit einschließlich der jeweiligen Form- und Fristregelungen;
 - c) die Schutzvorschriften der §§ 164, 165 und 167 SGB IX zugunsten schwerbehinderter Menschen und ihnen Gleichgestellter.
 6. In Arbeitsverträgen mit weit überdurchschnittlich verdienenden Arbeitnehmern (Dreifache der Bezugsgröße oder Doppelte der Beitragsbemessungsgrenze in der Rentenversicherung) sollte es möglich sein,
 - a) die voraussetzungslosen Teilzeitanprüche (§§ 8, 9a TzBfG) abzubedingen,
 - b) den allgemeinen Kündigungsschutz abzubedingen, wenn der Arbeitgeber sich zugleich zur Zahlung einer Abfindung in Höhe von 12, für ältere Arbeitnehmer 18 Monatsverdienste verpflichtet.
 7. Die Tarifvertragsparteien sollten darüber hinaus die Möglichkeit erhalten, das Wahlrecht und die Wählbarkeit zum Betriebsrat sowie den personellen Anwendungsbereich der Beteiligungsrechte des Betriebsrats zu erweitern, um branchentypisches Fremdpersonal zielgenau erfassen zu können.
 8. Die Tarifvertragsparteien sollten schließlich das Recht haben, Streitigkeiten über die Auslegung von Tarifrecht (zB Eingruppierung, Streitigkeiten über tarifliche Zuschläge oder tarifliche Arbeitszeiten) tariflichen Schiedsgerichten zu überantworten.

9. Der Versicherungsschutz in der Sozialversicherung sollte idealtypisch so ausgestaltet sein, dass seine Entgeltersatzleistungen hinter dem erzielten Arbeitsentgelt zurückbleiben (Lohnabstandsgebot), zugleich aber deutlich über dem Niveau der Grundsicherung (Bürgergeld, Sozialhilfe) liegen.
10. Das „Hamburger Modell“, Beamten die Wahl der gesetzlichen Krankenversicherung zu eröffnen, verschiebt den Solidarausgleich systemwidrig von den Steuer- auf die Beitragszahler. Es sollte abgeschafft werden.
11. Die Regeln über die geringfügige Beschäftigung sollten modifiziert werden: Der Beitragsanteil des Arbeitgebers zur gesetzlichen Rentenversicherung sollte auf 17% (in Privathaushalten auf 7%) erhöht werden, im Gegenzug die 2%-Pauschalsteuer entfallen. Die Möglichkeit, sich in der gesetzlichen Rentenversicherung von der Versicherungspflicht befreien zu lassen, sollte auf Beschäftigte in Privathaushalten beschränkt werden.³²⁶
12. Selbstständige sollten verpflichtet sein, private Vorsorge gegen die Risiken Alter und Berufsunfähigkeit zu treffen. Diese muss insolvenz- und pfändungssicher sein und zu einer Absicherung oberhalb des Grundsicherungsniveaus führen. Kommen sie dieser Verpflichtung nicht nach, werden sie gesetzlich rentenversichert.³²⁷
13. Beschäftigte mit einem Arbeitsentgelt oberhalb der Beitragsbemessungsgrenze in der gesetzlichen Rentenversicherung sollten die Möglichkeit des „Opt-out“ zugunsten einer gleichwertigen privaten Alters- und Invaliditätsvorsorge haben.
14. Der Gesetzgeber sollte prüfen, ob eine „Arbeitslosenversicherung“ für (Solo-)Selbstständige eingeführt und wie diese ausgestaltet werden kann. Eine Quersubventionierung der Risiken Selbstständiger durch die Beiträge der pflichtversicherten Beschäftigten ist zu vermeiden.
15. Das Statusfeststellungsverfahren (§ 7a SGB IV) sollte einer neutralen Clearingstelle übertragen werden, die neben dem Erwerbstätigen, seinem Auftrag-/Arbeitgeber und der Deutschen Rentenversicherung auch den vom (Schein-)Selbstständigen gewählten privaten Träger der Alters- und Invaliditätsvorsorge zu beteiligen hat.
16. Eine rechtswegübergreifende Entscheidung über den Status als Arbeitnehmer und Beschäftigter ist wegen der unterschiedlichen materiell-rechtlichen Tatbestandsvoraussetzungen nicht zu empfehlen.

³²⁶ Vgl. bereits 73. DJT Bonn 2022, Abt. B, Beschluss 13.

³²⁷ Vgl. bereits 73. DJT Bonn 2022, Abt. B, Beschlüsse 10 und 11.

17. Stellt ein Gericht der Arbeitsgerichtsbarkeit rechtskräftig fest, dass ein Erwerbstätiger Arbeitnehmer ist, sollte es hierüber von Amts wegen den Zoll als die für die Kontrolle des MiLoG zuständige Behörde und die Deutsche Rentenversicherung benachrichtigen. Stellt ein Gericht der Sozialgerichtsbarkeit rechtskräftig fest, dass ein Erwerbstätiger Beschäftigter ist, sollte es hierüber von Amts wegen den Zoll benachrichtigen.

Table Briefings

Table Briefings