

Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht

5., überarbeitete und erweiterte Auflage 2021
ISBN 978-3-406-75137-0
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

oder Ansprüche auf Freizeitausgleich wegen Über- oder Mehrarbeit nicht erfüllt werden.¹⁸² Dem Leitbild des gesetzlichen Erholungsurlaubs entspricht es, dass der Arbeitnehmer über seine Zeit während des Urlaubs frei verfügen kann. Dies ist ihm während einer nur widerrieflichen Freistellung nicht möglich, da er sich darauf einstellen muss, wieder im Betrieb zu erscheinen, wenn der Arbeitgeber die Freistellung widerruft. Weiß der Arbeitgeber, dass er den Arbeitnehmer während der Kündigungsfrist nicht mehr benötigt, empfiehlt es sich, dass der Arbeitgeber deutlich zum Ausdruck bringt, dass er den Arbeitnehmer unter Anrechnung auf den restlichen Urlaubsanspruch und etwaigen Überstundenausgleich unwiderruflich freistellt. Allein durch die Freistellung macht er dem Arbeitnehmer nicht erkennbar, dass er den Urlaub gewährt. Der Arbeitnehmer kann dann nach der Freistellung seinen Urlaubs- bzw. Urlaubsabgeltungsanspruch geltend machen.¹⁸³ Bei einer jahresübergreifenden Kündigungsfrist kann der Arbeitgeber die Freistellungserklärung zum Zweck der Erfüllung des Urlaubsanspruchs sogar – soweit kein abweichender Festlegungswunsch des Arbeitnehmers verbindlich ist – im Vorgriff auf das Urlaubsjahr abgeben.¹⁸⁴ Der Anwalt hat den Arbeitgeber-Mandanten darauf hinzuweisen, dass die Erklärung so eindeutig sein muss, dass der Arbeitnehmer erkennen kann, ob der Anspruch auf den gekürzten Vollurlaub oder der Anspruch auf den Vollurlaub erfüllt werden soll.

d) Nachvertragliches Wettbewerbsverbot. Hat der Arbeitgeber mit seinem Arbeitnehmer ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot vereinbart, sollte der Rechtsanwalt ihn darüber aufklären, dass dieses nur verbindlich ist, wenn sich der Arbeitgeber für die Dauer der Karenz zur Zahlung einer Entschädigung verpflichtet hat, deren Höhe mindestens der Hälfte der vertragsgemäßen Leistungen entspricht, die der Arbeitnehmer zuletzt bezogen hat (§ 74 Abs. 2 HGB). Wird für den Anwalt erkennbar, dass der Arbeitgeber ein Interesse daran hat, dass sich der Arbeitnehmer nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses für eine gewisse Zeit des Wettbewerbs enthält, muss er ihn darauf hinweisen, dass hierzu eine verbindliche Vereinbarung mit dem Arbeitnehmer gegen Zahlung einer Karenzentschädigung erforderlich ist. Besteht bereits ein iSv § 74 Abs. 2 HGB verbindliches nachvertragliches Wettbewerbsverbot und erkennt der Rechtsanwalt, dass die tatsächliche Einhaltung dieses Verbots durch den Arbeitnehmer für den Arbeitgeber wichtig ist, muss er seinen Mandanten darauf hinweisen, dass das Wettbewerbsverbot in den Fällen des § 75 Abs. 1 bzw. Abs. 2 HGB unwirksam wird, wenn der Arbeitnehmer innerhalb eines Monats nach Zugang der Kündigung erklärt, dass er sich an die Vereinbarung nicht gebunden erachte. Erkennt der Rechtsanwalt, dass das nachvertragliche Wettbewerbsverbot für den Arbeitgeber nicht wichtig ist, hat er darauf hinzuweisen, dass der Arbeitgeber gemäß § 75a HGB auf die Einhaltung des Verbots verzichten kann mit der Folge, dass er nach Ablauf eines Jahres ab Zugang der Verzichtserklärung von der Verpflichtung zur Zahlung der Karenzentschädigung frei wird. Diese Rechtsfolge tritt jedoch nur ein, wenn dem Arbeitnehmer die Verzichtserklärung vor der Beendigung des Arbeitsverhältnisses zugeht.

e) Vergleich. Die Beratungspflichten gegenüber einem Arbeitgeber-Mandanten entsprechen vielfach – mit umgekehrten Vorzeichen allerdings – denjenigen gegenüber einem Arbeitnehmer-Mandanten. Besonderes Augenmerk ist aus Arbeitgebersicht auf die in Vergleichen übliche Ausgleichsklausel zu richten, mit der sichergestellt werden soll, dass mit Abschluss und Erfüllung des Vergleichs „alles erledigt“ ist. Damit die Ausgleichsklausel rechtswirksam ist, ist darauf zu achten, dass sie sowohl Ansprüche des Arbeitgebers als auch solche des Arbeitnehmers regelt. Denn Ausgleichsklauseln sind als Teil eines Aufhebungsvertrags nicht Haupt-, sondern Nebenabrede und unterliegen deshalb der Inhaltskontrolle; erfassen sie einseitig nur Ansprüche des Arbeitnehmers, ohne dass dafür eine entsprechende Gegenleistung gewährt wird, sind sie unangemessen benachteiligend iSv § 307 Abs. 1 S. 1 BGB.¹⁸⁵

Erfährt der Arbeitgeber im Kündigungsschutzprozess, dass der Arbeitnehmer ein neues Arbeitsverhältnis eingegangen ist und auch im Falle des Obsiegens im Kündigungsschutz-

¹⁸² BAG 19.5.2009 – 9 AZR 433/08, NZA 2009, 1211.

¹⁸³ LAG Köln 16.3.2000 – 10 (11) Sa 1280/99, NZA-RR 2001, 310.

¹⁸⁴ BAG 17.5.2011 – 9 AZR 189/10, NZA 2011, 1032.

¹⁸⁵ BAG 21.6.2011 – 9 AZR 203/10, NZA 2011, 1338; SWK-ArbR/Altenburg Arbeitsentgelt Rn. 47.

prozess nicht mehr bei ihm arbeiten will, so stärkt dies seine Position im Rahmen von Vergleichsverhandlungen. Er kann dann riskieren, den Prozess zu verlieren, da Entgeltansprüche des Arbeitnehmers dann erheblich minimiert werden (§ 615 S. 2 BGB, § 11 KSchG).¹⁸⁶

117 f) **Gesetzlicher Abfindungsanspruch.** Der Anwalt hat den Arbeitgeber-Mandanten über die Vor- und Nachteile eines in das Kündigungsschreiben aufzunehmenden Hinweises iSv § 1a Abs. 1 S. 2 KSchG zu informieren. Bestehen keine Bedenken an der Wirksamkeit der betriebsbedingten Kündigung, ist der Hinweis regelmäßig nicht angebracht. Im anderen Fall wird folgendes in den Überlegungen zu berücksichtigen sein:

- Ein Arbeitgeber, der das Kündigungsschreiben mit dem Hinweis auf die gesetzliche Abfindung versieht, gewinnt hierdurch **keine** Rechtssicherheit, weil der Arbeitnehmer durch dieses Angebot nicht gehindert ist, gleichwohl Kündigungsschutzklage zu erheben.
- Der Arbeitnehmer könnte den im Kündigungsschreiben genannten Abfindungsbetrag als **Mindestforderung** ansehen, die er durch Erhebung der Kündigungsschutzklage zu erhöhen beabsichtigt.
- Der Hinweis auf einen Abfindungsanspruch könnte als **Eingeständnis** des Arbeitgebers missverstanden werden, dass Zweifel an der Wirksamkeit der Kündigung bestehen, weil es anderenfalls eines Hinweises auf die Abfindung und des damit bezweckten Verzichts des Arbeitnehmers auf die Erhebung der Kündigungsschutzklage nicht bedürfte.
- Der Arbeitgeber wird versuchen, deutlich zu machen, dass der Hinweis auf die Abfindung keine „Schwäche“ bedeutet und die gesetzliche Abfindung nicht als Mindestsatz zu verstehen ist.

118 g) **Verlängerung eines befristeten Arbeitsverhältnisses gemäß § 14 Abs. 2 bzw. 2a TzBfG.** Will der Arbeitgeber ein befristetes Arbeitsverhältnis verlängern nach § 14 Abs. 2 bzw. 2a TzBfG, so sollte der Anwalt ihn darauf hinweisen, dass die Verlängerungsvereinbarung vor Ablauf des zu verlängernden Vertrages vereinbart wird und dass die Vertragsbedingungen nicht verändert werden dürfen.¹⁸⁷ Selbst Änderungen zu Gunsten des Arbeitnehmers führen dazu, dass ein unbefristetes Arbeitsverhältnis entsteht.¹⁸⁸ Einer befristeten Verlängerung iSd § 14 Abs. 2 S. 1 TzBfG steht allerdings nicht entgegen, dass die Parteien in der Verlängerungsvereinbarung die Vertragsbedingungen des befristeten Arbeitsvertrages an die zum Zeitpunkt der Verlängerung geltende Rechtslage anpassen.¹⁸⁹ Unproblematisch ist es, Arbeitsvertragsbedingungen während der Laufzeit des Vertrages (und nicht gleichzeitig mit der Verlängerung) zu vereinbaren.

119

Checkliste: Aufklärungspflicht des Rechtsanwalts

I. Allgemeines zum Gegenstand

1. Ermittlung der **Rechtsquellen**

Arbeitsvertrag; Prüfung der Anwendbarkeit von Tarifvorschriften (Verbandsmitgliedschaft, Allgemeinverbindlichkeitserklärung, Inbezugnahme, Betriebliche Übung oder Gleichbehandlungsgrundsatz?); Betriebsvereinbarung? Interessenausgleich und Sozialplan?

2. Ermittlung der **Parteien**

Arbeitgeber: Name, Anschrift/Sitz, Telefon, Rechtsform, Vertretungsbefugnis, Struktur, Mitgliedschaft in Arbeitgeberverband, Beschäftigtenzahl des Betriebes.

Arbeitnehmer: Name, Anschrift, Telefon, Familienstand, Geburtsdatum, Nationalität, ausgeübter Beruf, Status (leitender Angestellter, Prokura, sonstige Vollmachten), Berufs-

¹⁸⁶ Bauer BB 1993, 2444.

¹⁸⁷ BAG 22.2.2000 – 3 AZR 39/99, NZA 2001, 546.

¹⁸⁸ BAG 20.2.2008 – 7 AZR 786/06, NZA 2008, 883 (Wegfall eines ordentlichen Kündigungsrechts im Anschlussvertrag); BAG 16.1.2008 – 7 AZR 603/06, NZA 2008, 701 (Erhöhung der Wochenarbeitszeit von 20 auf 30 Stunden); BAG 23.8.2006 – 7 AZR 12/06, NZA 2007, 204 (Erhöhung des Stundenlohns um 0,50 EUR).

¹⁸⁹ BAG 23.8.2006 – 7 AZR 12/06, NZA 2007, 204 (Entfallen von Regelungen zur Probezeit oder zum Ausschluss der ordentlichen Kündigung vor Arbeitsantritt).

tätigkeit des Ehepartners, Unterhaltspflichten, Einstellungsdatum, Dienstzeiten, Gewerkschaftsmitgliedschaft, Rechtsschutzversicherung, Jahresbruttoverdienst nach Geld- und Sachbezügen (evtl. Gratifikationen, Provisionen, Tantieme etc).

3. Ermittlung des zuständigen Gerichts

4. Ermittlung des **richtigen Beklagten** (Probleme bei Kündigungen im öffentlichen Dienst, durch den Insolvenzverwalter und im Zusammenhang mit einem Betriebsübergang).

5. Ermittlung des **Gegenstandswerts**: Bezüge eines Vierteljahres unter Berücksichtigung anteiliger Geld- und Sachleistungen.

6. Ausschlussfristen

7. Hinweis an Arbeitnehmer-Mandanten: **jede weitere Kündigung unverzüglich mitteilen.**

II. Prüfung der Wirksamkeit der Kündigung

1. Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes?

- Wartezeit** nach § 1 Abs. 1 KSchG.
- Beschäftigtenzahl** nach § 23 Abs. 1 KSchG (Zählweise für **Teilzeitbeschäftigte** nach § 23 Abs. 1 S. 4 KSchG).
- Vertretungsberechtigtes **Organmitglied** (§ 14 Abs. 1 KSchG)? Ruhendes Arbeitsverhältnis? Betriebsleiter, Geschäftsführer, leitende Angestellte nach § 14 Abs. 2 KSchG?
- Kündigungsgrund** (falls KSchG anwendbar):
Liegt ein personen-, verhaltens- oder betriebsbedingter Grund vor?
Je nach Kündigungsgrund können sich Anschlussfragen ergeben: Erforderlichkeit der **Abmahnung?** Vorrang der **Änderungskündigung** vor Beendigungskündigung; **Wiedereinstellungsanspruch?** **Auskunftsanspruch** nach § 1 Abs. 3 S. 1 Hs. 2 KSchG.

2. Besonderer Kündigungsschutz?

- Schwerbehinderte iSv § 2 Abs. 2 SGB IX oder Gleichgestellte iSv § 2 Abs. 3 SGB IX (§§ 168 ff. SGB IX nF)? Antragstellung vor Zugang der Kündigung? Mitteilung an Arbeitgeber innerhalb eines Monats bzw. entsprechend den Ankündigungserwägungen des BAG innerhalb von 3 Wochen nach Zugang der Kündigung;
- Frauen während der Schwangerschaft und bis zum Ablauf von vier Monaten nach der Entbindung gemäß § 17 Abs. 1 MuSchG;
- Arbeitnehmer, die Elternzeit in Anspruch nehmen, gemäß § 18 BEEG;
- Betriebsratsmitglieder gemäß § 15 KSchG, § 103 BetrVG;
- Mitglieder einer Jugend- und Auszubildendenvertretung, einer Bordvertretung, eines Seebetriebsrats, einer Personalvertretung oder einer Jugendvertretung sowie Wahlvorstand und Wahlbewerber gemäß § 15 KSchG;
- Arbeitnehmer, die Pflegezeit in Anspruch nehmen, von der Ankündigung bis zur Beendigung der kurzzeitigen Arbeitsverhinderung gemäß § 5 Abs. 1 PflegeZG;
- Auszubildende gemäß § 15 BBiG;
- Arbeitnehmer, die zum Wehrdienst einberufen werden, gemäß § 2 ArbPISchG. Entsprechendes gilt gemäß § 78 Abs. 1 Nr. 1 ZDG für Zivildienstleistende;
- Mitglieder kirchlicher Mitarbeitervertretungen, zB § 19 MAVO, § 21 Abs. 2 MVG-EKD;
- Betriebsbeauftragte, zB §§ 58 Abs. 2, 58d BImSchG, § 55 KrW-/AbfG;
- Datenschutzbeauftragter gemäß §§ 6 Abs. 4 S. 2 iVm 38 Abs. 2 BDSG.

3. Sonstiger Kündigungsschutz?

- Ausschluss oder Beschränkung der Möglichkeit zur ordentlichen Kündigung durch Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung oder Individualarbeitsvertrag?
- Kündigungsschutz aus Art. 12 GG iVm §§ 138, 242 BGB (insbesondere in Kleinbetrieben, die nicht unter den Anwendungsbereich des KSchG fallen)?

4. Außerordentliche Kündigung

- Liegt ein **wichtiger Grund** vor (§ 626 Abs. 1 BGB)?
- Ist die zweiwöchige **Ausschlussfrist** des § 626 Abs. 2 S. 1 BGB eingehalten?
- Bei Vertretung des gekündigten Arbeitnehmers: Aufforderung zur **Mitteilung des Kündigungsgrundes** (§ 626 Abs. 2 S. 3 BGB).

5. Kündigungszugang

- Wann** ist Kündigung zugegangen? Ist ein Nachweis möglich?
- Mehrere** Kündigungen (Schleppnetzantrag)?

- Ablauf der **Drei-Wochen-Frist** des § 4 S. 1 KSchG?
- UU **Zulassung** einer verspäteten Klage nach § 5 KSchG oder verlängerte Anrufungsfrist nach § 6 KSchG.

6. Kündigung formell ordnungsgemäß?

- Schriftform** (§ 623 BGB, § 15 Abs. 3 BBiG)?
- Angabe der Kündigungsgründe** (§ 15 Abs. 3 BBiG, § 17 Abs. 2 S. 3 MuSchG, Tarif-, Arbeitsvertrag)?
- Zurückweisung** nach § 174 BGB: Name und Funktion des Kündigungserklärenden? Kündigungsberechtigte Person alleinvertretungsberechtigt? Originalvollmacht vorgelegt, die zum Ausspruch der Kündigung berechtigt? Unverzögliche Zurückweisung noch möglich? Wenn Anwalt des Arbeitnehmer-Mandanten zurückweist, dann Originalvollmacht vorlegen. Ausschluss des Zurückweisungsrechts nach § 174 S. 2 BGB oder nach § 242 BGB?
- Falls die Kündigung formell nicht ordnungsgemäß ist, ist uU erneut zu kündigen.

7. Kündigungsfrist

Die Kündigungsfrist kann sich ergeben aus:

- Arbeitsvertrag (§ 622 Abs. 5 BGB);
- Tarifvertrag (§ 622 Abs. 4 BGB);
- § 622 BGB;
- § 169 SGB IX nF;
- § 113 InsO.

8. Beteiligung der Arbeitnehmervertretung

- Besteht Arbeitnehmervertretung (Name des Vorsitzenden)?
- Anhörungsverfahren (§ 102 Abs. 1 BetrVG, § 31 Abs. 2 SprAuG, § 75 BPersVG bzw. LPersVG, Mitarbeitervertretung bei kirchlichen Arbeitnehmern)?
- Wann erfolgte Mitteilung?
- Wer wurde informiert?
- Wie wurde informiert (schriftlich, mündlich)?
- Abschluss des Anhörungsverfahrens (§ 102 Abs. 2 BetrVG), Frist eingehalten?
- Stellungnahme des Betriebsrats: vorläufig oder abschließend? Zustimmung, Widerspruch, sonstige Bedenken, keine Stellungnahme?
- Zustimmung des Betriebsrats nach § 103 BetrVG erforderlich? Antrag gestellt? Zustimmung erteilt?
- Liegt ordnungsgemäßer Betriebsratsbeschluss vor nach §§ 29, 33, 34 BetrVG?
- Art der Kündigung mitgeteilt?
- Kündigungsgründe mitgeteilt?
- Sozialdaten des zu kündigenden Arbeitnehmers und im Falle einer betriebsbedingten Kündigung etwaiger vergleichbarer Arbeitnehmer und Kriterien der Sozialauswahl mitgeteilt?
- UU Anhörung des Betriebsrats zu hilfsweiser ordentlicher Kündigung bei außerordentlicher Kündigung?
- Zuleitung der Stellungnahme des Betriebsrats bei dessen Widerspruch gegen Kündigung (§ 102 Abs. 4 BetrVG)?
- Ggf. Beweise für Beteiligung der Arbeitnehmervertretung sichern.
- Falls die Arbeitnehmervertretung nicht ordnungsgemäß beteiligt wurde, ist das Verfahren uU zu wiederholen.

9. Widerspruch des Betriebsrats

- Arbeitnehmer: Weiterbeschäftigungsanspruch gemäß § 102 Abs. 5 S. 1 BetrVG?
- Arbeitgeber: Entbindungsantrag nach § 102 Abs. 5 S. 2 BetrVG?

10. Änderungskündigung (§ 2 KSchG)

Annahme unter Vorbehalt; Frist!

11. Umfangreicher Personalabbau

- Anzeigepflicht nach § 17 KSchG?
- Betriebsänderung iSd § 111 BetrVG?

III. Nebenfolgen**1. Nachvertragliches Wettbewerbsverbot?**

Falls ja, ist auf folgendes zu achten:

- Wirksamkeit** (Schriftform, Karenzentschädigung, Dauer, Interesse)?
- Verzichtserklärung** des Arbeitgebers nach § 75a HGB?
- Erklärung des **Arbeitgebers**, während der Karenzzeit die volle Vergütung zu gewähren (§ 75 Abs. 2 HGB)?
- Mitteilung des **Arbeitgebers** oder **Arbeitnehmers**, dass er sich an Verbot nicht gebunden erachte (§ 75 Abs. 1 und 2 HGB)?

2. Anspruch auf betriebliche Altersversorgung?

- Wann wurde Zusage erteilt?
- Ist Unverfallbarkeit eingetreten?
- Abfindung der Anwartschaft (§ 3 BetrAVG)?

3. Anspruch auf Abfindung oder sonstige Leistungen aus einem Sozialplan?**4. Anspruch auf Nachteilsausgleich gemäß § 113 BetrVG?****5. Regelungsbedürftige Punkte**

- Vergütung und freiwillige soziale Leistungen;
- Urlaub, Urlaubsabgeltung, Schadensersatzanspruch, Beurlaubung;
- Arbeitgeber-Darlehen;
- Dienstwagen, Dienst-PC, Dienst-Mobiltelefon, Arbeitsmittel;
- Umzugs-, Ausbildungskosten;
- Dienst-/Werkwohnung;
- Zeugnis bzw. Zwischenzeugnis;
- Arbeitnehmererfinderansprüche;
- Arbeitspapiere: Lohnsteuerkarte, Versicherungsunterlagen, Urlaubsbescheinigung, Arbeitsbescheinigung nach § 312 SGB III, Bescheinigung nach § 2 Abs. 6 BetrAVG;
- Freistellung (widerruflich oder unwiderruflich); Anrechnung von Urlaubs- und Ausgleichsansprüchen?
- Ausschlussfrist oder Widerrufsvorbehalt?

IV. Strategie**Welche Ziele verfolgt der Mandant?**

Arbeitnehmer: Erhalt des Arbeitsplatzes oder Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegen Zahlung einer Abfindung? Sollen weitere Ansprüche geltend gemacht werden? Weiterbeschäftigungsanspruch? Neues Arbeitsverhältnis eingegangen? Ggf. Auflösungsantrag nach §§ 9, 10 KSchG?

Arbeitgeber: Bereitschaft zur Zahlung einer Abfindung? Hinweis nach § 1a KSchG? Widerklage? Ggf. Auflösungsantrag nach §§ 9, 10 KSchG?

vakant


beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Teil B. Statusfragen

§ 5 Arbeitnehmer oder Selbstständiger

Übersicht

	Rn.
I. Einführung und Problemstellung „Scheinselbstständigkeit“	1-4
II. Eingeschränktes Wahlrecht	5-9
1. Bezeichnung des Vertrages unmaßgeblich	5/6
2. Tatsächliche Vertragsabwicklung	7
3. Umstellung in freie Mitarbeiterverträge	8/9
III. Gleichlauf Arbeitsrecht – Sozialversicherungsrecht – Steuerrecht	10-15
1. Arbeitsrecht – Sozialversicherungsrecht	10-12
2. Steuerrecht	13
3. Keine Bindungswirkung	14/15

I. Einführung und Problemstellung „Scheinselbstständigkeit“

„Scheinselbstständigkeit“ ist ein Begriff, der den Betrachter zunächst leicht in die Irre führt. Eine Person ist nur dann scheinselbstständig, wenn sie sich als selbstständiger Unternehmer geriert, obwohl sie in Wahrheit im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses bzw. Arbeitsverhältnisses tätig ist. Die Selbstständigkeit besteht also nur „zum Schein“. Oder anders ausgedrückt, Scheinselbstständigkeit ist der Versuch, eine bisher voll steuerpflichtige und sozialabgabenpflichtige Tätigkeit zur Vermeidung der Abgaben aus dem Arbeitsverhältnis in die (Schein-)Selbstständigkeit zu führen.

Was sich hinter dem schillernden „Kampfbegriff“ der Scheinselbstständigkeit rechtlich verbirgt, ist die völlig legitime Frage, ob eine bestimmte Tätigkeit, die eine Person leistet oder anbietet, im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses oder im Rahmen eines freien Dienstverhältnisses erfolgt.

Nachdem die freie Mitarbeit über Jahrzehnte im Wesentlichen gleichberechtigt neben dem Arbeitsverhältnis gestanden hatte, begann es Ende der Neunzigerjahre turbulent zu werden. Unter dem Begriff der „Scheinselbstständigkeit“ wurden die freien Mitarbeiter und vor allem deren Auftraggeber plötzlich der „Hetzjagd“ ausgesetzt. Mit dem Argument, die freie Mitarbeit sei lediglich eine Flucht aus den Sozialkassen, wurde das Gesetz zur Bekämpfung der Scheinselbstständigkeit eingeführt und die freie Mitarbeit auf ein Minimum reduziert. Nach heftigen Reaktionen der betroffenen Wirtschaft und der Verbände hat der Gesetzgeber allerdings schnell eingelenkt und schon 1999 das Gesetz zur Förderung der Selbstständigkeit eingeführt und mit einer weiteren gesetzlichen Neuregelung im Jahre 2001 den Weg in die freie Mitarbeit wieder grundsätzlich freigegeben.¹

Auf der Grundlage des im Dezember 2013 zwischen CDU, CSU und SPD geschlossenen Koalitionsvertrages – verbunden mit der Ankündigung, Maßnahmen zur Bekämpfung von Scheinwerk- und Scheindienstverträgen zu ergreifen – hat sich der deutsche Gesetzgeber im Jahr 2017 erneut dem Thema der Scheinselbstständigkeit gewidmet und mit § 611a Abs. 1 BGB zum 1.4.2017 eine Vorschrift in Kraft gesetzt, welche nun erstmals eine eigenständige Regelung des Arbeitsvertrages im BGB enthält.² Diese Neufassung enthält dabei eine allgemeine Definition des Arbeitnehmerbegriffes, basierend auf den von der Rechtsprechung im Laufe der Jahre zusammengetragenen Abgrenzungskriterien (ausführlich dazu → § 6).

¹ Näher hierzu *Reiserer* DStR 2003, 292; *dies.* BB 2003, 1557; *dies.* BB 1999, 366; ausführlich zum Recht der Scheinselbstständigkeit im Arbeits-, Sozialversicherungs- und Steuerrecht *Reiserer/Freckmann/Träumer* Scheinselbstständigkeit, geringfügige Beschäftigung, 2002; *Reiserer/Freckmann* Freie Mitarbeit und Mini-Jobs nach der Hartz-Reform, 2003; *Reiserer/Bözl* Werkvertrag und Selbstständigkeit, 2014.

² Ausführlich zu § 611a BGB *Richardi* NZA 2017, 36.

II. Eingeschränktes Wahlrecht

1. Bezeichnung des Vertrages unmaßgeblich

- 5 Bei der Frage, ob die Vertragspartner ein freies Mitarbeiterverhältnis abschließen, kommt es auf die Bezeichnung des Vertrages oder den Titel des Vertragsverhältnisses grundsätzlich nicht an. Vielmehr **entscheidet über die rechtliche Einordnung des Rechtsverhältnisses ausschließlich der Geschäftsinhalt** und nicht die gewünschte Rechtsfolge oder eine Bezeichnung des Vertrages, wenn sie dem Geschäftsinhalt tatsächlich nicht entspricht.³ Die Bezeichnung selbst ist im Rahmen der Bestimmung des Vertragsverhältnisses höchstens dann zu berücksichtigen, wenn die vertraglich vereinbarte Tätigkeit typologisch sowohl in einem Arbeitsverhältnis als auch selbstständig erbracht werden kann.⁴ Ein Etikettwahlrecht besteht somit nicht. Aus der Bezeichnung des Vertrages können sich aber Konsequenzen für die Beweislast ergeben. Bei einer Bewerbung auf ein Stellenangebot, das die Begründung eines sozialversicherungspflichtigen Arbeitsverhältnisses zum Inhalt hat, hat der Arbeitgeber darzulegen und zu beweisen, dass kein Arbeitsverhältnis begründet wurde.⁵
- 6 Ein **inhaltliches Entscheidungsrecht** haben die Vertragsparteien dagegen schon. So steht es ihnen frei, den tatsächlichen Geschäftsinhalt des Vertrages einvernehmlich festzulegen. Überwiegen die Einzelpunkte, die auf eine im Wesentlichen unabhängige Tätigkeit des Mitarbeiters hinweisen, dann kann von einem freien Mitarbeiterverhältnis ausgegangen werden. Legt also der Auftraggeber keinen Wert auf enge zeitliche Vorgaben und auf eine Einbindung des Arbeitnehmers in seinen Betriebsablauf, um nur zwei der wesentlichen Abgrenzungskriterien an dieser Stelle kurz anzusprechen, kann der Vertrag als freies Dienstverhältnis gestaltet werden. Hat der Auftraggeber dagegen ein Interesse daran, den Mitarbeiter zeitlich, fachlich und örtlich eng zu führen sowie in bestehende Mitarbeiterstrukturen zu integrieren, kommt regelmäßig nur ein Arbeitsverhältnis in Betracht.⁶

2. Tatsächliche Vertragsabwicklung

- 7 Sollten sich im Einzelfall die getroffene vertragliche Vereinbarung und die praktische Durchführung des Vertrages widersprechen, so ist stets Letztere, also die tatsächliche Vertragsabwicklung, maßgeblich.⁷ Was Geschäftsinhalt ist, kann sich somit zwar auch aus den ausdrücklichen Vereinbarungen der Parteien ergeben (→ Rn. 5), primär ausschlaggebend ist hingegen immer die tatsächliche Durchführung des Vertrages. Dies gilt nicht nur für die Behauptung, bei einem Vertragsverhältnis handele es sich um ein freies Mitarbeiterverhältnis. Auch der Einwand, ein schriftlich abgeschlossener Arbeitsvertrag sei nicht abredegemäß durchgeführt worden, der Mitarbeiter sei als freier Mitarbeiter und nicht als Arbeitnehmer beschäftigt worden, kann geltend gemacht werden. Ein Arbeitnehmer wird auch nicht allein deshalb zu einem freien Mitarbeiter, weil der Arbeitgeber sein Weisungsrecht über Jahre nicht ausübt.⁸ Dabei liegt die **Darlegungs- und Beweislast** für die Behauptung, bei einem schriftlichen Arbeitsvertrag handele es sich um ein Scheingeschäft iSv § 117 Abs. 1 BGB, bei demjenigen, der sich auf die Nichtigkeit des Vertrages nach § 117 Abs. 1

³ BSG 7.6.2019 – B 12 R 6/18 R, BeckRS 2019, 12884; BSG 29.8.2012 – B 12 KR 25/10 R, NZA-RR 2013, 252; BGH 2.12.2008 – 1 StR 416/08, NJW 2009, 528.

⁴ BAG 9.6.2010 – 5 AZR 332/09, NZA 2010, 877, wonach bei einem Versicherungsvertreter, der auf Grundlage eines „Vertretervertrages für hauptberufliche Vertreter (§§ 84 ff. HGB)“ tätig geworden ist, auch die vertragliche Bezeichnung berücksichtigt wurde; später bestätigt durch BAG 11.8.2015 – 9 AZR 98/14, NZA-RR 2016, 288.

⁵ LAG Nürnberg 21.11.2011 – 4 Ta 180/11, BeckRS 2012, 65429.

⁶ BAG 14.3.2007 – 5 AZR 499/06, NZA-RR 2007, 424; BAG 12.12.2001 – 5 AZR 253/00, NZA 2002, 787.

⁷ BSG 29.8.2012 – B 12 KR 25/10 R, NZA-RR 2013, 252; BAG 20.5.2009 – 5 AZR 31/08, NZA-RR 2010, 172; BAG 25.1.2007 – 5 AZB 49/06, NZA 2007, 580; BAG 22.4.1998 – 5 AZR 342/97, NZA 1998, 1336; BAG 20.7.1994 – 5 AZR 627/93, NZA 1995, 161; BAG 13.1.1983 – 5 AZR 149/82, NJW 1984, 1985.

⁸ BSG 29.8.2012 – B 12 KR 25/10 R, NZA-RR 2013, 252; BAG 25.1.2007 – 5 AZB 49/06, NZA 2007, 580.