

1. Kapitel

Beschreibung des Arbeitsrechtswegs

Literatur: *Bartl/Romanowski* Keine Leiharbeit auf Dauerarbeitsplätzen!, NZA Online Aufsatz 3/2012, 1; *Brors/Schüren* Neue gesetzliche Rahmenbedingungen für den Fremdpersonaleinsatz, NZA 2014, 569; *Francken* Neuregelung der Darlegungs- und Beweislast in Verfahren nach §§ 9, 10 AÜG, NZA 2014, 1064; *Fütterer* Prozessuale Möglichkeiten zur Durchsetzung des Verbots der nicht vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung gem. § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG n.F., AuR 2013, 119; *Ulrici* Darlegungs- und Beweislast bei Abgrenzung von Leiharbeit und sonstigem Fremdpersonaleinsatz – Ein Zwischenruf, NZA 2015, 456.

I. Anlass zur Statusfeststellung

1. Mögliche Interessenträger

Anlass zur Beschreibung des Arbeitsrechtswegs zwecks Feststellung der Arbeitgeber-eigenschaft ist in der Regel der fehlende Konsens diesbezüglich zwischen den maßgeblich Beteiligten, also (vermeintlichem) Arbeitgeber und (vermeintlichem) Arbeitnehmer. Darüber hinaus können jedoch auch weitere Beteiligte (Betriebsrat, Gewerkschaft) ein Interesse daran haben, wobei die Motivation hierbei nicht in erster Linie aus der Interessenlage der (vermeintlichen) Arbeitnehmer herrühren dürfte, sondern nachvollziehbarer Weise den eigenen Rechtspositionen geschuldet sein dürfte. Letztlich dürfte über den kollektivrechtlichen Ansatz jedoch eine indirekte Wirkung auch für die (vermeintlichen) Arbeitnehmer erzielt werden können.

2. Ausgangspunkte

Neben der Möglichkeit, dass „Reizpunkte“ für die Beschreibung des Arbeitsrechtswegs durch Ereignisse in anderen Rechtsgebieten als dem Arbeitsrecht – hierbei vor allem dem Sozialrecht – gesetzt werden (s. nachstehendes 2. und 3. Kap.), ergeben sich solche arbeitsrechtlich vornehmlich in aus Sicht des (vermeintlichen) Arbeitnehmers auftretenden „Störfällen“. Dies betrifft insbesondere bei Solo-Selbstständigen Beendigungsszenarien (s. Rn. 15 ff.). Daneben können sich bei eher kollektivrechtlichen Sachverhalten verschiedene Anlässe ergeben (vgl. § 18 Abs. 2 BetrVG; s. Rn. 58 ff.)

II. Möglichkeiten der Statusfeststellung

1. Initiative durch Arbeitgeber

a) Grundsätzliches

Aus Arbeitgebersicht selbst erscheint eine arbeitsgerichtliche Feststellung der Eigenschaft als solcher wenig zielführend, insbesondere in Zweipersonenverhältnissen. Ausweislich der arbeitsrechtlichen Rechtsprechung wird derjenige als Arbeitgeber angesehen, der „mindestens einen Arbeitnehmer beschäftigt“ bzw. „die Leistung von Arbeit von einem Arbeitnehmer kraft Arbeitsvertrag verlangen kann und zugleich Schuldner des Vergütungsanspruchs ist“ (s. zur Definition des arbeitsrechtlichen Arbeitgeberbegriffs 2. Teil 1. Kap.).¹

¹ BAG NZA 1999, 539; NJW 2013, 1692.

- 4 Wesentlicher Ansatzpunkt für einen Arbeitgeber, ein solcher zu werden, ist daher der Abschluss eines – zumindest als solchen bezeichneten – Arbeitsvertrages. Der Vorrang der praktischen Handhabung der Vertragsbeziehungen vor der formalen Vertragstypenwahl durch die Parteien bedeutet nämlich nicht, so das BAG in ständiger Rechtsprechung, dass die Entscheidung der Parteien für eine bestimmte Art von Vertrag irrelevant wäre. Dies gelte insbesondere dann, wenn die vertraglich vereinbarte Tätigkeit typologisch sowohl in einem Arbeitsverhältnis als auch selbstständig erbracht werden kann. In einem solchen Fall sei die Entscheidung der Vertragspartner für einen bestimmten Vertragstypus im Rahmen der bei jeder Statusbeurteilung erforderlichen Gesamtbetrachtung aller Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen (s. 2. Teil 1. Kap. Rn. 77 ff.).² Allerdings ist gerade in Zweipersonenverhältnissen nicht jeder mögliche Arbeitnehmer auch tatsächlich dazu bereit, ein solcher zu werden. Dies gilt insbesondere bei hochspezialisierten Fachkräften.
- 5 Zumeist geht es dem potentiellen Arbeitgeber jedoch gerade darum, nicht als solcher dazustehen. Mit Blick auf die ihm gleichwohl insbesondere sozialrechtlich gegebenenfalls obliegenden Pflichten, sollte er doch Arbeitgeber sein, nützt ihm eine auf sein Betreiben erwirkte arbeitsgerichtliche Feststellung der Arbeitgeberereignis jedoch nicht viel. Insofern dürfte das sozialrechtliche optionale Antragsverfahren gem. § 7a Abs. 1 S. 1 SGB IV (s. 3. Teil 2. Kap. Rn. 6 ff., 15 ff., 29 ff.) sowie die steuerrechtliche Anrufungsauskunft gem. § 42e EStG (s. 3. Teil 3. Kap. Rn. 9 ff.) für ihn vorteilhafter sein.

b) Statusklage

- 6 Sollte sich ein (vermeintlicher) Arbeitgeber dazu entscheiden, in einem arbeitsgerichtlichen Verfahren seinen Status als Arbeitgeber klären zu lassen, kann er – wie der (vermeintliche) Arbeitnehmer (s. Rn. 38 ff.) – im Rahmen einer entsprechenden Statusklage einen Feststellungsantrag stellen. Der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten ergibt sich gem. § 2 Abs. 1 Nr. 3 b) ArbGG. Ausweislich dieser Regelung sind die Arbeitsgerichte zuständig für „bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern [...] über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Arbeitsverhältnisses“. In diesem Verfahren muss der Arbeitgeber ein besonderes rechtliches Feststellungsinteresse an der gerichtlichen Feststellung darlegen, § 46 Abs. 2 S. 1 ArbGG i.V.m. § 256 Abs. 1 ZPO. Zu weiteren Einzelheiten wird auf die nachstehenden Ausführungen zur arbeitsgerichtlichen Feststellung der Arbeitgeberereignis auf Betreiben des (vermeintlichen) Arbeitnehmers verwiesen (s. Rn. 38 ff.).

c) Leistungsklage

- 7 Ein weiterer Ansatz für den Arbeitgeber ist die Erhebung einer Leistungsklage, insbesondere mit Blick auf die Rückabwicklung eines Zweipersonenverhältnisses, welches sich im Nachhinein als Arbeitsverhältnis herausgestellt hat (s. hierzu im Detail 4. Teil 1. Kap.). Diese Leistungsklage könnte im Wege der sog. Eventualwiderklage im Rahmen eines durch einen (vermeintlichen) Arbeitnehmer angestrebten Verfahrens erhoben werden, in welchem dieser die Feststellung der Arbeitnehmerereignis verfolgt. Eine Entscheidung über den geltend gemachten Rückzahlungsanspruch des dann als solcher feststehenden Arbeitgebers in der Sache selbst würde bei dieser Variante nur dann ergehen, wenn zuvor der Klage des Arbeitnehmers stattgegeben wurde.

² BAG AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 128; NZA 1997, 194.

In diesem Zusammenhang ist zudem denkbar, dass ein Arbeitnehmer mit Blick auf die ihm drohenden Rückzahlungen den Zeitraum, für den er das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses auch rückwirkend feststellen lässt, bewusst einschränkt. Aus Arbeitgebersicht könnte sich nun anbieten, auch für weiter zurückliegende Zeiträume Ansprüche unter Bezug auf die Statusverfehlung geltend zu machen. In der Abwägung wäre allerdings zu berücksichtigen, dass sich hieraus auch weitere Konsequenzen im Bereich des Sozialversicherungs-, Steuer- und Strafrechts ergeben können (s. hierzu im Detail 4. Teil 2.–4. Kap.). Ein solches Vorgehen will daher wohlüberlegt sein.

d) Beschlussverfahren

Neben diesen individualrechtlichen Verfahren steht auch dem Arbeitgeber gem. § 2a Abs. 1 Nr. 1 ArbGG der Weg zum Arbeitsgericht frei, um dort im Rahmen eines Beschlussverfahrens seinen Status als Arbeitgeber überprüfen zu lassen. Hierbei bietet sich für ihn insbesondere das in § 18 Abs. 2 BetrVG angelegte Statusverfahren an. Dem reinen Wortlaut nach bezieht sich dieses Statusverfahren auf die Feststellung des Vorliegens einer „betriebsratsfähigen Organisationseinheit“. Hieraus lassen sich allerdings Rückschlüsse auf die (betriebsverfassungsrechtliche) Arbeitgeberstellung ziehen. Diese wiederum soll – insbesondere bei drittbezogenem Personaleinsatz – auch unter Berücksichtigung der jeweiligen Zielsetzung der anzuwendenden Norm bestimmt werden, wobei Ausgangspunkt i.d.R. die Arbeitnehmereigenschaft im betriebsverfassungsrechtlichen Sinn ist.³ Dies wiederum schränkt den Erkenntnisgewinn aus einem solchen Verfahren ein. Zu weiteren Einzelheiten wird auf die nachstehenden Ausführungen zu Möglichkeiten des Betriebsrats zur Feststellung der Arbeitgebereneigenschaft verwiesen (s. Rn. 58 ff.).

2. Initiative durch Arbeitnehmer

a) Grundsätzliches

aa) Allgemeines

Wesentlich häufiger als von Arbeitgeberseite wird der Weg zu den Arbeitsgerichten durch (vermeintliche) Arbeitnehmer beschritten, welche das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses zwischen ihnen und dem (vermeintlichen) Arbeitgeber gerichtlich festgestellt haben wollen. Hierbei bieten sich sowohl im Zwei- als auch im Dreipersonenverhältnis neben der allgemeinen Statusklage (s. Rn. 38 ff.) insbesondere Beendigungsszenarien (insbesondere Kündigung, Ablauf Befristung (s. Rn. 15 ff., 26 ff.) als Anlass, den Status klären zu lassen. In Dreipersonenverhältnissen sind dabei gegebenenfalls sowohl der ursprüngliche Vertragsarbeitgeber als auch der für die Zukunft auserkorene Arbeitgeber in das Verfahren mit einzubeziehen. Darüber hinaus kann die Frage nach dem Bestehen eines Arbeitsverhältnisses jedoch auch eine im Rahmen einer Leistungsklage (z.B. Vergütung, Ansprüche aus betrieblicher Altersversorgung des Einsatzunternehmens) zu klärende Vorfrage sein.

bb) Eröffnung des Rechtswegs

Die Eröffnung des Rechtswegs zu den Arbeitsgerichten für die „bürgerliche[n] 10 Rechtsstreitigkeiten [...] aus dem Arbeitsverhältnis [und/oder] über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Arbeitsverhältnisses“ ergibt sich aus § 2 Abs. 1 Nr. 3 a), b)

³ BAG NZA 2012, 221; NZA 2013, 793.

ArbGG. Der (vermeintliche) Arbeitnehmer muss je nach dem verfolgten Klageziel in unterschiedlicher Tiefe zu dem aus seiner Sicht gegebenen Arbeitnehmerstatus darlegen. Die Prüfung erfolgt je nach Streitgegenstand separat, auch wenn diese im Rahmen einer Klage verfolgt werden sollen.⁴ Das BAG unterscheidet insofern zwischen drei Fallgestaltungen:

- 11 – sic-non-Fall: Sowohl die Zulässigkeit der Klage einschließlich der Rechtswegzuständigkeit als auch der Erfolg der Klage sind vom Arbeitnehmerstatus abhängig, die diesbezüglichen Tatsachenbehauptungen des Klägers sind „doppelrelevant“. Hauptanwendungsfall ist die Statusklage (s. Rn. 38 ff.).
- 12 – aut-aut-Fall: Für die Begründetheit der Klage kann alternativ entweder eine arbeitsrechtliche oder eine bürgerlich-rechtliche Anspruchsgrundlage herangezogen werden, die sich aber gegenseitig ausschließen. Beispielhaft hierfür ist der Vergütungsanspruch, welcher sich sowohl aus einem Arbeitsvertrag als auch dem freien Dienstvertrag ergeben kann.
- 13 – et-et-Fall: Der geltend gemachte Anspruch kann sowohl auf eine arbeitsrechtliche als auch auf eine bürgerlich-rechtliche Anspruchsgrundlage gestützt werden, welche sich nicht gegenseitig ausschließen.⁵ Beispielhaft hierfür ist eine Klage auf Rückzahlung überzahlter Provision, da der Status (Arbeitnehmer, Handelsvertreter) für die Durchsetzung des Anspruchs nicht relevant ist.⁶
- 14 In der erstgenannten Konstellation genügt die Äußerung der Rechtsansicht des Klägers, er sei Arbeitnehmer, für die Eröffnung des Rechtsweges zu den Arbeitsgerichten aus. Andernfalls würde bereits in der Prüfung der Zulässigkeit der Klage über ihre Begründetheit entschieden.⁷ In den beiden anderen Konstellationen ist aus Sicht des BAG zumindest ein schlüssiger Tatsachenvortrag bezüglich der Arbeitnehmereigenschaft erforderlich, um den Rechtsweg zu eröffnen.⁸ Die durch das BAG offen gelassene Frage, ob die behauptete Arbeitnehmereigenschaft nicht sogar bereits in der Zulässigkeitsprüfung gegebenenfalls zu beweisen wäre, wird in der Literatur unterschiedlich beantwortet.⁹ Der BGH geht davon aus, dass gegebenenfalls Beweis zu erheben ist.⁶ Diese erhöhte Anforderung an den Vortrag zur Arbeitnehmereigenschaft ist insofern nachvollziehbar, als in diesen Konstellationen der Klageerfolg letztlich nicht davon abhängt. Die Begründetheit der Klage wäre bei Verneinung der Arbeitnehmereigenschaft – und damit des Rechtswegs der Arbeitsgerichtsbarkeit – nach Verweisung gem. § 48 Abs. 1 ArbGG i.V.m. § 17a Abs. 2 GVG in der ordentlichen Gerichtsbarkeit zu prüfen. Problematisch können sich allerdings Fallkonstellationen erweisen, in denen (vermeintliche) Arbeitnehmer sowohl eine sic-non-Fragestellung als auch eine der anderen Fragestellungen anführen. Hier besteht trotz der jeweils getrennt durchzuführenden Prüfung der Zulässigkeit und Zuständigkeit die Gefahr, dass durch geschickte Ausgestaltung der Klage insgesamt die Eröffnung des Arbeitsrechtswegs herbeigeführt wird.¹⁰

4 BAG NZA 1996, 1005; Germelmann/Matthes/Prütting/Schlewing § 2 ArbGG Rn. 155.

5 BAG NZA 1996, 1005.

6 BGH GWR 2009, 464.

7 BAG NZA 1996, 1005; NZA 1997, 674.

8 BAG NZA 1997, 674.

9 Dafür: Germelmann/Matthes/Prütting/Schlewing § 2 ArbGG Rn. 168; dagegen: Erk/Koch § 2 ArbGG Rn. 38.

10 BAG NZA 1996, 1005; BVerfG NZA 1999, 1234.

b) Beendigungsszenarien

Eine der wesentlichen Konstellationen, in denen vor dem Arbeitsgericht über das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses gestritten wird, ist diejenige der Beendigung des Vertragsverhältnisses. Der (vermeintliche) Arbeitnehmer versucht, die für ihn wirtschaftlich negative Entscheidung seines bisherigen Vertragspartners „zu korrigieren“. **15**

aa) Kündigungsschutzklage**(1) Klagegegner**

Erfahrungsgemäß behandelt eine Vielzahl arbeitsgerichtlicher Verfahren den Streit darüber, ob eine Kündigung „das Arbeitsverhältnis“ zwischen den Parteien des Rechtsstreits beendet hat. In der Regel wird der (vermeintliche) Arbeitnehmer ein Kündigungsschutzverfahren gem. § 4 KSchG anstrengen. Die Klage ist gegen den Vertragspartner als „Arbeitgeber“ zu richten.¹¹ **16**

Im Zweipersonenverhältnis (s. 2. Teil 1. Kap. Rn. 3), also insbesondere bei Solo-Selbstständigen, ist dieser Vertragspartner schnell identifiziert, auch wenn im weiteren Verfahren der Status als Arbeitgeber noch zu klären ist. **17**

In Dreipersonenverhältnissen (s. 2. Teil 1. Kap. Rn. 4) erfolgt der Kündigungsausspruch jedoch durch den bisherigen Vertragspartner, während die Arbeitsleistung im Wesentlichen einem Dritten zugutekam. Der Gekündigte muss sich in dieser Konstellation entscheiden, ob er ausschließlich den Fortbestand eines Arbeitsverhältnisses wegen Unwirksamkeit der ausgesprochenen Kündigung mit dem ihn kündigenden Vertragspartner anstrebt, oder die Unwirksamkeit der Kündigung (auch) mit dem Argument angreift, ein Arbeitsverhältnis bestehe zumindest mittlerweile zu einem Dritten (z.B. Entleiher). In letzterem Fall muss nicht nur eine Kündigungsschutzklage gegen den bisherigen Vertragspartner angestrengt werden, sondern im gleichen Verfahren (sog. subjektive Klagehäufung) eine Statusklage gegen den gewünschten (neuen) Arbeitgeber.¹² **18**

(2) Klagefrist

Die Kündigungsschutzklage ist binnen einer Frist von drei Wochen nach Zugang der Kündigungserklärung beim Arbeitsgericht einzureichen. Andernfalls wird die Wirksamkeit der Kündigung per gesetzlicher Fiktion angenommen, § 7 KSchG. Diese Wirkung der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gilt auch gegenüber Dritten.¹³ Indirekt ergibt sich aus dieser Fiktion die Annahme des Bestehens eines Arbeitsverhältnisses zum Kündigenden. In einem Dreipersonenverhältnis sollte daher stets die Kündigung selbst angegriffen werden, eine Beschränkung auf die Statusklage gegen den (vermeintlichen) neuen Arbeitgeber nicht erfolgen. **19**

(3) Feststellungsinteresse

Das Feststellungsinteresse ergibt sich bei einer Kündigungsschutzklage gem. § 4 KSchG aus der drohenden Fiktion der Wirksamkeit der Kündigung gem. § 7 KSchG (s. Rn. 19). Obwohl es sich also um eine Sonderform der Feststellungsklage handelt, **20**

¹¹ KR/Friedrich/Klose § 4 KSchG, Rn. 110 ff.

¹² Zur ähnlichen Situation bei Kündigungen im zeitlichen Zusammenhang mit einem Betriebsübergang: KR/Friedrich/Klose § 4 KSchG, Rn. 126.

¹³ KR/Friedrich/Klose § 7 KSchG, Rn. 31; ErfK/Kiel § 7 KSchG, Rn. 3.

muss wegen dieser Besonderheit ein Feststellungsinteresse i.S.d. § 256 ZPO nicht nachgewiesen werden.¹⁴

- 21 Unterfällt ein (vermeintliches) Arbeitsverhältnis nicht dem Kündigungsschutzgesetz bzw. mit Blick auf eine – insbesondere im Dreipersonenverhältnis – erhobene weitere Statusklage ist das Feststellungsinteresse hingegen durch den (vermeintlichen) Arbeitnehmer darzulegen.¹⁵ In dem ersten Szenario ergibt sich dieses Feststellungsinteresse ebenfalls aus der drohenden Beendigung des (vermeintlichen) Arbeitsverhältnisses, zumal auch diesbezüglich die Regelung des § 7 KSchG zu beachten ist. Zum Feststellungsinteresse bei der Statusklage siehe nachstehend Rn. 44 ff.

(4) Darlegungs- und Beweislast

- 22 Die Darlegungs- und Beweislast liegt im Kündigungsschutzverfahren hinsichtlich der Arbeitnehmereigenschaft als persönliche Voraussetzung des Eingreifens des allgemeinen Kündigungsschutzes beim Arbeitnehmer. Dieser muss im Streitfall die Umstände darlegen und beweisen, aus denen sich seine Arbeitnehmereigenschaft i.S.d. Kündigungsschutzgesetzes ergibt.¹⁶ Während also zur Eröffnung des Rechtswegs (s. Rn. 10 ff.) in dieser Konstellation die bloße Behauptung des Arbeitnehmerstatus durch den Kläger ausreicht, ist bereits mit Blick auf die Anwendbarkeit der kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften der Status als Arbeitnehmer festzustellen. Hierbei ist im Rahmen einer Gesamtbetrachtung vorzugehen (zu Einzelheiten s. 2. Teil 1. Kap. Rn. 77 ff.).
- 23 Bezüglich des Kündigungssachverhaltes liegt die Darlegungs- und Beweislast für den Kündigungsgrund grundsätzlich beim (vermeintlichen) Arbeitgeber.¹⁷

(5) Rechtsfolge

- 24 Als Ergebnis eines Kündigungsschutzverfahrens kann feststehen, dass
- niemals ein Arbeitsverhältnis bestand, die Klage wird als unbegründet abgewiesen; dem nunmehr feststehenden Nicht-Arbeitnehmer bleibt es allerdings unbenommen, die Kündigung des Vertrages in der ordentlichen Gerichtsbarkeit überprüfen zu lassen,
 - im Zweipersonenverhältnis ein Arbeitsverhältnis zum Vertragspartner bestand, dieses jedoch durch die Kündigung beendet wurde,
 - im Zweipersonenverhältnis ein Arbeitsverhältnis zum Vertragspartner bestand und durch die Kündigung nicht beendet wurde, sondern fortbesteht,
 - im Dreipersonenverhältnis ein Arbeitsverhältnis zum ursprünglichen Vertragspartner bestand, dieses jedoch durch die Kündigung beendet wurde,
 - im Dreipersonenverhältnis ein Arbeitsverhältnis zum ursprünglichen Vertragspartner bestand und durch die Kündigung nicht beendet wurde, sondern fortbesteht,
 - im Dreipersonenverhältnis ein Arbeitsverhältnis zum ursprünglichen Vertragspartner bestand und durch die Kündigung nicht beendet wurde, sondern zum Dritten (fort)besteht.
- 25 Zu den arbeitsrechtlichen Folgen der Statusverfehlung im Übrigen s. 4. Teil 1. Kap.

14 BAG DB 1981, 2233; KR/Friedrich/Klose § 4 KSchG, Rn. 44.

15 Germelmann/Matthes/Prütting/Germelmann § 46 ArbGG, Rn. 84 ff., 109.

16 BAG NZA 1996, 249; KR/Griebeling/Rachor § 1 KSchG, Rn. 89.

17 BAG AP ZPO § 282 Nr. 1; Germelmann/Matthes/Prütting/Prütting § 58 ArbGG, Rn. 91; Schwab/Weth/Schwab § 58 Rn. 133 ff.

1. Kapitel

Arbeitsrechtliche Konsequenzen der Statusverfehlung

Literatur: *Hochrathner* Rechtsprobleme rückwirkender Statusfeststellungen, NZA 1999, 1016; *ders.* Noch einmal: Rechtsprobleme rückwirkender Statusfeststellungen – Ein Plädoyer für die endgültige Absage an die „Rosinentheorie“, NZA 2000, 1083; *Hohmeister* Arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Konsequenzen eines vom Arbeitnehmer gewonnenen Statusprozesses – Fehlerhafte Rechtswahl bei Begründung eines Mitarbeiterverhältnisses, NZA 1999, 1009.; *Lampe* Arbeitsrechtliche Folgen der aufgedeckten „Scheinselbstständigkeit“, RdA 2002, 18; *Lembke* Der Einsatz von Fremdpersonal im Rahmen von freier Mitarbeit, Werkverträgen und Leiharbeit, NZA 2013, 1312; *Niepalla/Dütemeyer* Die vergangenheitsbezogene Geltendmachung des Arbeitnehmerstatus und Rückforderungsansprüche des Arbeitgebers, NZA 2002, 712; *Reinecke* Die gerichtliche Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft und ihre Rechtsfolgen, RdA 2001, 357.

I. Einführung

Im Fall einer Statusverfehlung bestehen die (individual-)arbeitsrechtlichen Konsequenzen kurz zusammengefasst darin, dass ein Arbeitsverhältnis zwischen Einsatzunternehmen und dem eingesetzten Fremdpersonal zustande kommt (zu den kollektivrechtlichen Konsequenzen vgl. 4. Teil 2. Kap.). In individualrechtlicher Hinsicht ergeben sich hieraus allerdings nicht nur Risiken für die betroffenen Unternehmen im Zusammenhang mit der Übernahme freier Mitarbeiter in Arbeitsverhältnisse, sondern auch eine Vielzahl von arbeitsrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten sowohl hinsichtlich der Arbeitsverhältnisse, aber auch in Bezug auf die Rückabwicklung des Scheinwerk-/Scheindienstvertrags. In der Praxis sind hierbei vor allem Forderungen auf Rückzahlung des Differenzlohns von Bedeutung, die Scheinselbstständige in vielen Fällen sogar davor abhalten können, eine etwaige Statusverfehlung gerichtlich durchzusetzen (zur Beschreitung des Arbeitsrechtswegs vgl. 3. Teil 1. Kap.). Gerade diese individualrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten sind deshalb als Bestandteil eines effektiven Konfliktmanagements im Zusammenhang mit einer Statusverfehlung unerlässlich. **1**

II. Individualrechtliche Folgen: Arbeitsverhältnis

In der Folge einer Statusverfehlung ist im Hinblick auf die Begründung eines Arbeitsverhältnisses und dessen Inhalt zwischen Zwei- und Dreipersonenverhältnissen zu unterscheiden. **2**

1. Zwei-Personenverhältnis

Im Zwei-Personenverhältnis folgt ein Arbeitsvertrag bereits daraus, dass der zwischen den Parteien geschlossene Scheinwerk- bzw. Scheindienstvertrag im Fall einer Statusverfehlung als Arbeitsvertrag auszulegen ist.¹ Dies hat zur Folge, dass für die Zeit der geltend gemachten Beschäftigung (vgl. 3. Teil 1. Kap. Rn. 9 ff., 48) sämtliche arbeits- **3**

¹ Vgl. *Schaub/Vogelsang* § 8 Rn. 43 ff.; *Lampe* RdA 2002, 18 ff. und *Hümmerich/Reufels* S. 1944 ff.

rechtlichen Schutzvorschriften Anwendung finden, insbesondere diejenigen des KSchG und TzBfG. In der Praxis schließen sich hieran vor allem Fragen nach der Vertragslaufzeit und des nunmehr geschuldeten Arbeitsentgelts an, wobei es in beiden Fällen vor allem auf die entsprechenden Regelungen in den Verträgen über die „freie Mitarbeit“ ankommt.

a) Laufzeit des Vertrags: Befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis?

- 4 Eines der wesentlichen arbeitsrechtlichen Risiken im Zusammenhang mit einer Statusverfehlung besteht aus Unternehmenssicht in der Entstehung unbefristeter Arbeitsverhältnisse, insbesondere weil regelmäßig die Regelungen des Kündigungsschutzes Anwendung finden.² Bei der Frage, ob unbefristete oder befristete Arbeitsverhältnisse vorliegen, kommt es darauf an, ob die in dem vermeintlichen Werk- oder Dienstvertrag beinhalteten Regelungen zur Vertragslaufzeit einen Anknüpfungspunkt für eine Befristung enthalten, z.B. aufgrund einer vertraglichen Festlegung bestimmter Laufzeiten des vermeintlichen Werkvertrags- bzw. Dienstverhältnisses.
- 5 Lässt sich eine derartige Befristungsabrede im Wege der Auslegung ermitteln, muss diese aber auch den für Arbeitsverhältnisse geltenden Anforderungen des TzBfG genügen. In formaler Hinsicht erfordert dies zunächst die Einhaltung des gesetzlichen Schriftformerfordernisses, woran es in der Praxis bei dem Abschluss schriftförmiger Verträge oftmals nicht fehlen wird (vgl. § 14 Abs. 4 TzBfG).³ In sachlicher Hinsicht kommt es dann darauf an, ob ein Sachgrund für eine Befristung gegeben ist, an dem es in der Praxis allerdings in der Regel fehlen wird, da die Parteien bei Abschluss des vermeintlichen Werk- oder Dienstvertrags noch nicht einmal von der Erforderlichkeit eines derartigen Befristungsgrundes ausgegangen sind (vgl. § 14 Abs. 1 TzBfG).⁴ Dann kann allenfalls die Möglichkeit einer sachgrundlosen Befristung herangezogen werden, die allerdings nur innerhalb eines Zeitraums von zwei Jahren (bei höchstens drei Verlängerungen) und ohne bestehende Vorbeschäftigungen der Parteien im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses möglich ist (vgl. § 14 Abs. 2 TzBfG). Das BAG hat diese Regelung um das Vorbeschäftigungsverbot im Wege einer teleologischen Reduktion allerdings insoweit eingeschränkt, als nur Arbeitsverhältnisse innerhalb der letzten drei Jahre als „Zuvor-Arbeitsverhältnis“ gelten, die einer sachgrundlosen Befristung entgegenstehen.⁵
- 6 In der Praxis wird es zur Beurteilung der Wirksamkeit einer sachgrundlosen Befristung allerdings nicht nur darauf ankommen, wie lange das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien bestanden hat. Wie bereits gezeigt, obliegt es dem klagenden Scheinselbstständigkeits, im Wege einer Status-, Kündigungsschutz- oder Entfristungsklage eine etwaige Scheinselbstständigkeit für konkret definierte Zeiträume geltend zu machen (vgl. 3. Teil 1. Kap.), was für ihn ggf. auch (negative) Folgen hinsichtlich möglicher Rückzahlungsansprüche seitens des Einsatzunternehmens haben kann (vgl. Rn. 21–27 ff.). Diese konkreten Zeiträume eines gerichtlich festgestellten Arbeitsverhältnisses sind dann maßgeblich für die Beurteilung der Wirksamkeit einer sachgrundlosen Befristung einschließlich möglicherweise entgegenstehender Vorbeschäftigungen.⁶

2 Insoweit gelten allenfalls die gesetzlichen Einschränkungen bspw. hinsichtlich einer Wartezeit (§ 1 Abs. 1 KSchG) oder im Kleinbetrieb (§ 23 KSchG).

3 Vgl. ErfK/Müller-Glöge § 14 TzBfG Rn. 114 ff. m.w.N.

4 Vgl. zu den einzelnen Sachgrundbefristungen ErfK/Müller-Glöge § 14 TzBfG Rn. 23 ff. m.w.N.

5 Vgl. BAG NZA 2011, 905; BAG NZA 2012, 255; vgl. hierzu Wank RdA 2012, 361 m.w.N.

6 Vgl. BAG NZA 2007, 321.

b) Höhe des Arbeitsentgelts

Weiterhin ist aus Unternehmenssicht die Frage von Bedeutung, ob der vormalig „freie Mitarbeiter“ auch in Konsequenz einer Statusverfehlung die Ansprüche auf die im Rahmen des freien Mitarbeiterverhältnisses vertraglich verabredete Vergütung beibehält. Hierfür ist entscheidend, ob im Rahmen des „freien Mitarbeiterverhältnisses“ eine vertragliche Vergütungsvereinbarung vorgelegen hat, die gem. § 611 Abs. 1 BGB – unabhängig von der rechtlichen Behandlung als Selbstständiger oder Arbeitnehmer – ebenfalls im Rahmen des nunmehr entstandenen Arbeitsverhältnisses Anwendung findet.⁷ 7

Liegt im Rahmen des freien Dienstverhältnisses schon keine ausdrückliche Vergütungsvereinbarung vor, ist nach der Rechtsprechung des BAG allein durch die Auszahlung eines bestimmten Honorars jedenfalls nicht auf eine statusunabhängige Entgeltvereinbarung in dieser Höhe zu folgern, sodass im Arbeitsverhältnis ausschließlich ein Vergütungsanspruch auf die „übliche Vergütung“ nach § 612 Abs. 2 BGB besteht: 8

„Entgegen der Ansicht der Revision ist allein daraus, dass die Kl. Honorare als freie Mitarbeiterin erhielt, nicht zu folgern, dass die Parteien eine Entgeltabrede des Inhalts geschlossen hätten, dass die Kl. die Vergütung für freie Mitarbeit selbst dann erhalten sollte, wenn sie ihre Tätigkeit für die Bekl. nicht (mehr) als freie Mitarbeiterin ausübe, sondern als Angestellte und damit als Arbeitnehmerin. (...) Hierfür genügt die Feststellung des ArbG nicht, dass die Parteien in einem Arbeitsverhältnis stehen. Denn sowohl ein Arbeitsvertrag als auch ein freier Dienstvertrag können auch ohne Abrede über die Vergütung wirksam zustande gekommen sein. Im Unterschied zu anderen Austauschverträgen, die im Zweifel solange nicht zustande gekommen sind, als sich die Parteien nicht über alle Punkte geeinigt haben, über die nach der Erklärung auch nur einer Partei Einigkeit erzielt werden soll (§ 154 BGB), ist das Zustandekommen eines Dienst- oder Arbeitsvertrags nicht davon abhängig, dass Einigkeit über die Vergütung erzielt worden ist. Ist die Leistung der Dienste bzw. der Arbeit nur gegen Vergütung zu erwarten, so wird eine solche dem Grunde nach geschuldet (§ 612 Abs. 1 BGB); ist über die Höhe der Vergütung nichts vereinbart, so richtet sie sich nach § 612 Abs. 2 BGB.“⁸

Die mangels einer Vereinbarung geschuldete „übliche Vergütung“ i.S.d. § 612 Abs. 2 BGB umfasst die in gleichen oder ähnlichen Berufen am gleichen Ort für vergleichbare Tätigkeiten gewährte Vergütung, sodass bei der Festlegung der Entgelthöhe vergleichbare Arbeitnehmer des Einsatzunternehmens als Referenz dienen können.⁹ 9

Wurde dagegen eine Vergütungsvereinbarung abgeschlossen, ist im Wege der Auslegung zu ermitteln, ob diese Vergütungsvereinbarung auch statusunabhängig gelten soll. Dies richtet sich – entgegen vereinzelt Missverständnissen auch außerhalb des Bereichs des öffentlichen Dienstes – insbesondere danach, ob bei dem Einsatzunternehmen unterschiedliche Vergütungsordnungen für freie Mitarbeiter und Arbeitnehmer vorliegen, so z.B. bei tarifunabhängigen Tagespauschalen für freie Mitarbeiter und tariflich geregelten Bruttomonatsgehältern für Arbeitnehmer.¹⁰ In der Praxis ist dies regelmäßig der Fall, weil freie Mitarbeiter in den meisten Fällen nach (höheren) Stunden- oder Tagespauschalen vergütet werden, Arbeitnehmer dagegen nach (niedrigeren) Bruttomonatsgehältern, die sich oftmals zumindest an bestehenden Tarifvor- 10

7 Vgl. BAG NZA 2007, 321; NZA 2002, 1338; NZA 1998, 594; vgl. dazu Schaub/Vogelsang § 8 Rn. 43 ff.

8 Vgl. BAG NZA 1998, 594.

9 Vgl. ErfK/Preis § 612 Rn. 37 ff. m.w.N.

10 BAG NZA 2007, 321; NZA 2002, 1338; NZA 1998, 594; vgl. dazu Schaub/Vogelsang § 8 Rn. 43 ff.

gaben orientieren. Bestehen derart unterschiedliche Vergütungsordnungen, ist die vertragliche Vergütungsvereinbarung dahin auszulegen, dass ihre Geltung auf das freie Mitarbeiterverhältnis beschränkt ist, sodass die im Rahmen des Arbeitsverhältnisses geschuldete Vergütung ebenfalls nach § 612 Abs.2 BGB bestimmt (vgl. Rn.6).¹¹

- 11 Dagegen bleibt bei Vorliegen einer bestehenden Vergütungsvereinbarung nur die Möglichkeit, diese unter Heranziehung des Grundsatzes des Wegfalls der Geschäftsgrundlage gem. § 313 Abs.1 BGB „anzupassen“. Hierfür ist allerdings erforderlich, dass das Festhalten an dem Vertrag für das Einsatzunternehmen ein „unzumutbares Opfer“ darstellt, wofür allein die Pflicht zur Entrichtung von Sozialversicherungsbeiträgen in Folge einer Statusverfehlung (vgl. hierzu 4. Teil 2. Kap.) nicht ausreicht.¹²

c) Sonstiges

- 12 Darüber hinaus hat der Arbeitnehmerstatus zur Folge, dass alle daran anknüpfenden Schutzvorschriften des deutschen Arbeitsrechts (KSchG, TzBfG, BurlG, EFZFG etc.) und auch die in dem Betrieb räumlich geltenden Betriebsvereinbarungen zur Anwendung gelangen. Darüber hinaus können aber auch tarifvertragliche Regelungen auf das Arbeitsverhältnis Anwendung finden, wenn entweder eine beiderseitige Tarifbindung oder eine Allgemeinverbindlichkeitserklärung gegeben ist (vgl. §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1, 5 Abs. 4 TVG). Zudem kommt eine Anwendbarkeit tarifvertraglicher Bestimmungen aber auch in Betracht, wenn das Einsatzunternehmen das Tarifwerk auf alle Arbeitnehmer unabhängig von ihrer Tarifbindung und auch unabhängig von einer entsprechenden Vereinbarung anwendet. Weist das bisher auf Basis eines Scheinwerk-/dienstvertrags durchgeführte Rechtsverhältnis keine Besonderheiten auf, so kann der Vertrag in diesen Fällen ergänzend dahin auszulegen sein, dass sämtliche betriebsüblichen Arbeitsbedingungen einschließlich der tarifvertraglichen Bestimmungen als vereinbart anzusehen sind.¹³

2. Dreiecksverhältnis

- 13 Im Dreiecksverhältnis wird dagegen vielfach mangels einer bestehenden Überlassungserlaubnis eine illegale Arbeitnehmerüberlassung vorliegen mit der Folge, dass gem. § 9 Nr. 1 AÜG die bestehenden Verträge zwischen Einsatzunternehmern und Werkunternehmer sowie seinerseits dem Werkunternehmer und dem eingesetzten Fremdpersonal unwirksam sind und gem. § 10 Abs.1 AÜG ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Auftraggeber und dem Fremdpersonalmitarbeiter fingiert wird.¹⁴

a) Beginn des Arbeitsverhältnisses

- 14 Das fingierte Leiharbeitsverhältnis beginnt aufgrund der ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung gem. § 10 Abs.1 S.1 AÜG zu dem Zeitpunkt, in dem der Fremdpersonalmitarbeiter nach dem vermeintlichen Werkvertrag seine Tätigkeit bei dem Einsatzunternehmen beginnen soll; nur in den Fällen, in denen dieser Zeitpunkt nicht bestimmt oder im Nachhinein nicht mehr bestimmbar ist, ist ausnahmsweise auf den Zeitpunkt der tatsächlichen Arbeitsaufnahme abzustellen.¹⁵

11 BAG NZA 2002, 1338; NZA 1998, 594; vgl. dazu Schaub/Vogelsang § 8 Rn. 43 ff.

12 BAG NZA 2002, 1338.

13 Vgl. ausführlich Reinecke RdA 2001, 357, 364 m.w.N.

14 Dies gilt jedenfalls dann, wenn keine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis vorliegt; zur sog. Fallschirm-Lösung vgl. bereits 1. Teil Rn. 45 f. m.w.N.

15 BAG NJW 1977, 1413; vgl. auch Thüsing AÜG, § 10 Rn. 9 m.w.N.; a.A. bei Boemke/Lembke AÜG, § 10 Rn. 16, wonach der Zeitpunkt der Arbeitsaufnahme maßgeblich sein soll.

b) Inhalt des Arbeitsverhältnisses

Auch zum Inhalt des fingierten Arbeitsverhältnisses enthält § 10 Abs. 1 AÜG einige Regelungen: **15**

- *Laufzeit des Vertrags*: Nach S. 2 gilt das fingierte Arbeitsverhältnis (nur dann) als befristet, wenn die Tätigkeit des Fremdpersonalmitarbeiters bei dem Einsatzunternehmen nur befristet vorgesehen war und ein die Befristung des Arbeitsverhältnisses sachlich rechtfertigender Grund vorliegt. Während die erste Voraussetzung in der Praxis oftmals erfüllt ist, fehlt es dagegen in den meisten Fällen an einem Sachgrund für die Befristung i.S.d. § 14 Abs. 1 TzBfG. Dagegen ist – anders als im Zweipersonenverhältnis (vgl. Rn. 4–6) – ein Rückgriff auf eine Befristung des fingierten Arbeitsverhältnisses ohne Sachgrund nach § 14 Abs. 2 TzBfG nicht möglich, weil § 10 Abs. 1 AÜG ausdrücklich einen „sachlichen Grund“ für die Befristung einfordert.¹⁶
- *Arbeitszeit*: Weiterhin gilt nach S. 3 für das fingierte Arbeitsverhältnis die zwischen dem vermeintlichen Werkunternehmer und dem Einsatzunternehmen vorgesehene Arbeitszeit als vereinbart. Im Fall eines Scheindienst- bzw. Scheinwerkvertrags wird es allerdings regelmäßig an einer solchen Vereinbarung zwischen dem Einsatzunternehmen und dem vermeintlichen Werkunternehmer fehlen, sodass gem. S. 4 (s.o.) die im Betrieb des Entleihers allgemein geltenden Regelungen maßgeblich sind.¹⁷
- *Arbeitsentgelt und sonstige Arbeitsbedingungen*: Schließlich sehen S. 4 und 5 vor, dass sich Inhalt und Dauer des fingierten Arbeitsverhältnisses nach den für den Betrieb des Einsatzunternehmens geltenden Vorschriften und sonstigen Regeln bestimmen; der Fremdpersonalmitarbeiter hat hierbei allerdings mindestens den Anspruch auf das von ihm mit dem Werkunternehmer vereinbarte Arbeitsentgelt.¹⁸

Insgesamt führen diese gesetzlichen Vorgaben zu einem weitgehenden Gleichlauf der fingierten Arbeitsverhältnisse der Fremdfirmenmitarbeiter im Vergleich zu dem in dem Einsatzunternehmen beschäftigten Stammpersonal. Entgegen einigen Missverständnissen in der Praxis haben das Einsatzunternehmen und der Fremdpersonalmitarbeiter aber die Möglichkeit, den gesetzlich durch § 10 Abs. 1 AÜG vorgegebenen Inhalt des fingierten Arbeitsverhältnis durch abweichende Regelungen abzulösen; § 10 Abs. 1 AÜG beinhaltet insoweit keine Veränderungssperre.¹⁹ **16**

III. Individualrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten

Vor dem Hintergrund dieser grundsätzlichen Rechtsfolgen ergeben sich aus Sicht der betroffenen Unternehmen aber auch arbeitsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten sowohl hinsichtlich des bestehenden Arbeitsverhältnisses als auch in Bezug auf die Rückabwicklung des vermeintlichen Werkvertrags- bzw. Dienstverhältnisses. Auch hier ist zwischen Statusverfehlungen im Zweipersonen- und Dreiecksverhältnis zu unterscheiden. **17**

¹⁶ Vgl. *Thüsing* AÜG, § 10 Rn. 43 m.w.N.

¹⁷ Vgl. *Thüsing* AÜG, § 10 18–21 m.w.N.

¹⁸ Vgl. *Thüsing* AÜG, § 10 Rn. 67 ff. m.w.N.

¹⁹ Vgl. *Thüsing* AÜG, § 10 Rn. 16 ff. m.w.N.