



Universität Regensburg

FAKULTÄT FÜR RECHTSWISSENSCHAFT

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht
und Arbeitsrecht

Prof. Dr. Frank Maschmann

Telefon +49 941 943-2625

Sekretariat: Frau Schober

Telefon +49 941 943-2647

Telefax +49 941 943-4495

Universitätsstraße 31

D-93053 Regensburg

lehrstuhl.maschmann@ur.de

www.uni-regensburg.de

**Empfiehl sich die Einführung
eines branchenübergreifenden
Positiv-Kriterienkatalogs für die Statusfeststellung
im Sozialversicherungsrecht?**

**Rechtsgutachten
im Auftrag des**

**Bundesverbands
Direktvertrieb Deutschland e.V.**

und des

**Verbandes Unabhängiger
Finanzdienstleistungs-Unternehmen
in Europa**

Hintergrund und Fragestellung

Im Koalitionsvertrag für die 21. Legislaturperiode haben sich die Regierungsparteien zu einer weiteren Reform des Statusfeststellungsverfahrens bekannt. Ziel ist es, das Verfahren zügig im Interesse von Selbständigen, Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern sowie Unternehmen schneller, rechtssicherer und transparenter zu gestalten,¹ auch mit Blick auf die Auswirkungen des Herrenberg-Urteils des Bundessozialgerichts.² Dabei soll vor allem die „Scheinselbständigkeit“ verhindert werden.

Im Zentrum der geplanten Reform soll eine Regelung mit Positivkriterien stehen.³ Diese soll die Entscheidung über den sozialversicherungsrechtlichen Status erleichtern und beschleunigen, indem bei Vorliegen bestimmter, enumerativ aufgelisteter Kriterien das Vorliegen einer selbständigen Tätigkeit fingiert oder zumindest vermutet wird.

Das vorliegende Gutachten befasst sich mit der Frage, wie die Idee eines branchenübergreifenden Positiv-Kriterienkatalogs zu beurteilen ist und ob negative Auswirkungen durch einen Umkehrschluss für bestimmte Selbständigen-Gruppen, insbesondere Handelsvertreter und Wiederverkäufer, drohen.

Gutachten

A. Ausgangslage

Für die Versicherungspflicht in der deutschen Sozialversicherung gilt das „Alles-oder-Nichts-Prinzip“.⁴ Maßgeblich ist die Abgrenzung zwischen abhängiger Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit. Anders als im Arbeitsrecht, wo es mit der Figur des „arbeitnehmerähnlichen Selbständigen“ (vgl. § 12a TVG) eine dritte Kategorie zwischen Arbeitnehmern und Selbständigen gibt, gilt im Sozialversicherungsrecht die Versicherungspflicht grundsätzlich nur für Beschäftigte.⁵

¹ CDU, CSU und SPD Koalitionsvertrag v. 5.5.2025 für die 21. Legislaturperiode des Deutschen Bundestags unterzeichnet, Zeilen 355 f. und 467 ff.

² BSG 28.6.2022 – B 12 R 3/20 R, NZS 2022, 860. Das BSG hatte entschieden, dass eine freiberufliche Musiklehrerin sozialversicherungspflichtig beschäftigt ist, soweit sie keine eigenen unternehmerischen Risiken trägt und keine unternehmerischen Chancen hat. Der Gesetzgeber hat auf diese Unsicherheiten reagiert und mit § 127 SGB IV eine Übergangsregelung geschaffen. Hiernach entfällt bei Zustimmung der Lehrkraft die Sozialversicherungspflicht bis zum 31.12.2026. Bildungseinrichtungen sollten diese Übergangsregelung nutzen, gleichwohl auch bestehende Verträge überprüfen und gegebenenfalls durch Statusfeststellungsverfahren Rechtssicherheit für die Zeit ab dem 1.1.2017 anstreben.

³ Zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Erleichterung der Feststellung des Erwerbsstatus der Selbständigkeit im Sozialversicherungsrecht vom 26.3.2026 s. Leister, NZA 2026, 566.

⁴ Schlegel NZA 2000, 421 (422).

⁵ Vgl. die Regelungen in § 23 SGB III für das Arbeitsförderungsrecht, § 5 I Nr. 1 SGB V für die Gesetzliche Krankenversicherung (GKV), § 1 S. 1 Nr. 1 und 4 Abs. 1 SGB VI für die Gesetzliche Rentenversicherung (GRV), § 2 I Nr. 1 SGB VII für die Gesetzliche Unfallversicherung (GUV), § 20 I 1 Nr. 1 SGB XI für die Soziale Pflegeversicherung (SPV).

Dem liegt – seit den Anfängen der deutschen Sozialversicherung im ausgehenden 19. Jahrhundert – ein duales Modell der Erwerbsarbeit zugrunde. Selbständige bedurften keines Schutzes durch die Sozialversicherung, abhängig Beschäftigte schon. Heute wird mit dieser Abgrenzung die Trennlinie zwischen dem obligatorischen System staatlicher Vorsorge und den freiwilligen Systemen privater Versicherung gezogen, überspitzt: die Grenze zwischen Freiheit oder Zwang.⁶

Die Einbeziehung in den Geltungsbereich des Sozialversicherungsrechts erfolgt über den Beschäftigtenbegriff. § 7 Abs. 1 S. 1 SGB IV bedient sich dabei keines Terminus mit scharf konturierten Tatbestandsmerkmalen, der auf eine einfache Subsumtion hoffen ließe, sondern wählt mit der Wendung „nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis“ die Rechtsfigur des Typus.⁷ Wer versicherungspflichtig ist, wird nicht im Detail definiert, sondern vom Gesetz typologisch beschrieben. Den jeweiligen Typus und dessen Kenntnis setzt das Gesetz dabei stillschweigend voraus. Es übernimmt ihn so, wie ihn der Gesetzgeber in der sozialen Wirklichkeit idealtypisch, d.h. im Normal- oder Durchschnittsfall vorfindet. Der Unterschied zu einer strikten Begriffsdefinition liegt darin, dass bei einem Typusbegriff nicht stets sämtliche als idealtypisch erkannten, d.h. den Typus kennzeichnenden Merkmale (Indizien) vorliegen müssen, sondern in unterschiedlichem Maße und verschiedener Intensität gegeben sein können.⁸ Je für sich genommen haben sie nur die Bedeutung von Anzeichen oder Indizien. Entscheidend ist jeweils ihre Verbindung, die Intensität und die Häufigkeit ihres Auftretens im konkreten Einzelfall. Maßgeblich ist das Gesamtbild.⁹

Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat diese Abgrenzungsmethode nicht beanstandet. Vielmehr hat es in seinem Beschluss vom 20.5.1996¹⁰, bei dem es um die Bestimmtheit des § 7 SGB IV ging, die Verwendung der Rechtsfigur des Typus sogar begrüßt. Denn nicht zuletzt dem Typusbegriff sei es zu verdanken, dass die Vorschriften über die Versicherungspflicht über Jahrzehnte hinweg auch bei geänderten sozialen Strukturen ihren Regelungszweck erfüllt hätten und die Umgehung der Versicherungs- und Beitragspflicht zum Nachteil abhängig beschäftigter Personen verhindern konnten.

In der Tat ermöglicht die typologische Methode in der überwiegenden Zahl der Fälle die eindeutige sozialversicherungsrechtliche Zuordnung zum Typus der Beschäftigung oder der Selbständigkeit. Das gilt jedenfalls dann, wenn es sich um den Normal- oder Durchschnittsfall handelt, den der Gesetzgeber in der sozialen Wirklichkeit idealtypisch vorfindet.

⁶ Schlegel NZA 2000, 421 (422).

⁷ So das BSG in st. Rspr., vgl. zuletzt BSG 22.07.2025 – B 12 BA 14/23, NZS 2026, 199 = BeckRS 2025, 35417 Rn. 16; BSG 22.7.2025 – B 12 BA 7/23 R, NZS 2025, 948 Rn. 12 mwN.

⁸ BVerfG 20.5.1996 - 1 BvR 21/96, NJW 1996, 2644; Sommer NZS 2000, 122 (123).

⁹ BSG 28.4.2022 - B 12 R 3/20 R, Rz. 11; BSG 22.7.2025 – B 12 BA 7/23 R, NZS 2025, 948 Rn. 12 mwN.

¹⁰ BVerfG 20.5.1996 - 1 BvR 21/96, NJW 1996, 2644.

Unsicherheit besteht aber an den „Rändern“.¹¹ Dies ist nicht zuletzt auf einen Wandel der Arbeitswelt zurückzuführen, in der die bislang für maßgeblich erachtete Weisungsgebundenheit des Beschäftigten eine zunehmend geringere Rolle spielt und die Rechtsprechung¹² stattdessen auf das ebenfalls in § 7 Abs. 1 SGB IV genannte Merkmal der „Eingliederung“ abstellt, die sich auch aus bestimmten Umständen „kraft Natur der Sache“ oder aus regulatorischen Rahmenbedingungen ergeben soll.¹³ Darüber hinaus hat sie das noch schillerndere Kriterium des „eigenen Unternehmerrisikos“ ins Spiel gebracht, das durch das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet sein soll.¹⁴

Hier nun soll ein Positiv-Kriterienkatalog Abhilfe schaffen.

B. Positiv-Kriterienkatalog

Ein solcher Katalog definiert Kriterien, deren kumulatives Vorliegen eine bestimmte Rechtsfolge auslöst. Wenn die im Gesetz genannten Voraussetzungen erfüllt sind, gilt eine Tätigkeit als selbständig. Die Prüfung ist auf das Vorliegen dieser positiven Merkmale beschränkt.¹⁵

I. Vorteile

1. Überwindung der methodischen Unbestimmtheit der Gesamtabwägung

Die geltende Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zur Statusfeststellung basiert auf einer Gesamtabwägung, bei der alle nach Lage des Einzelfalls als Indizien in Betracht kommenden Umstände festgestellt, in ihrer Tragweite zutreffend erkannt und gewichtet, in die Gesamtschau eingestellt und nachvollziehbar gegeneinander abgewogen werden müssen.¹⁶ Ob jemand persönlich abhängig beschäftigt wird oder selbständig tätig ist, richtet sich danach, welche Umstände das Gesamtbild der Arbeitsleistung prägen und hängt davon ab,

¹¹ Schlegel NZS 2000, 421 (425).

¹² BSG 1.2.2022 – B 12 KR 37/19 R, NZS 2022, 742 Rn. 12; BSG 28.4.2022 – B 12 R 3/20 R, NZS 2022, 860 Rz. 11.

¹³ BSG 27.4.2021 – B 12 R 16/19 R, NZS 2022, 118 Rn. 15 mwN; BSG 28.6.2022 – B 12 R 3/20 R, NZS 2022, 860 Rn. 18; BSG 5.11.2024 – B 12 BA 3/23 R, NZS 2025, 503 Rn. 15 mwN.

¹⁴ BSG 18.11.2015 – B 12 KR 16/13 R, BSGE 120, 99 Rn. 36 = NJOZ 2016, 666; BSG 12.6.2024 – B 12 BA 8/22 R, BeckRS 2024, 26455 Rn. 23; BSG 5.11.2024 – B 12 BA 3/23 R, NZS 2025, 503 Rn. 13 mwN.

¹⁵ Im Gegensatz dazu nennt ein Negativ-Indizienkatalog Merkmale, deren Vorliegen gegen eine bestimmte Rechtsfolge spricht. Das geltende Recht folgt diesem Ansatz: § 7 Abs. 1 SGB IV definiert Beschäftigung als "nichtselbständige Arbeit" und nennt "Anhaltspunkte für eine Beschäftigung". Selbständigkeit ergibt sich aus der Negativabgrenzung – wer nicht beschäftigt ist, ist selbständig.

¹⁶ BSG 5.11.2024 – B 12 BA 3/23 R, NZS 2025, 503 Rn. 31 mwN; BSG 22.7.2025 – B 12 BA 7/23 R, NZS 2025, 948 Rn. 12 mwN.

welche Merkmale überwiegen.¹⁷ Diese methodische Vorgehensweise hat den Nachteil, dass sie dem Rechtsanwender keinen klaren Maßstab an die Hand gibt, sondern eine nahezu beliebige inhaltliche Konkretisierung zulässt.¹⁸ Die einzelnen Kriterien haben nur die Bedeutung von Anzeichen oder Indizien; entscheidend sind ihre Verbindung, Intensität und Häufigkeit im Einzelfall.¹⁹ Ein Positiv-Kriterienkatalog hingegen schafft methodische Klarheit, indem er abschließend festlegt, welche Merkmale vorliegen müssen, damit eine bestimmte Rechtsfolge eintritt.²⁰

2. Lösung des Problems der Indizienkumulation

Die Rechtsprechung gewichtet verschiedene Indizien wie Weisungsgebundenheit und Eingliederung in die Arbeitsorganisation unterschiedlich stark.²¹ Eine Häufung verschiedener Merkmale kann zur Ablehnung der Selbständigkeit führen.²² Das Problem dieser Vorgehensweise liegt in der fehlenden Klarheit darüber, wie viele und welche Indizien in welcher Intensität vorliegen müssen,²³ um den Rückschluss auf ein Arbeitsverhältnis nahezulegen.²⁴ Der Positiv-Kriterienkatalog will dieses Problem lösen, indem er festlegt, dass bei Vorliegen der definierten Voraussetzungen die Rechtsfolge der Selbständigkeit eintritt, ohne dass eine Gesamtabwägung weiterer Umstände erforderlich ist. Dies entspricht dem dogmatischen Prinzip der Tatbestandsmäßigkeit, bei dem das Vorliegen aller Tatbestandsmerkmale die Rechtsfolge auslöst.

3. Reduzierung von Rechtsunsicherheit und Bürokratieaufwand

Die dogmatische Unbestimmtheit der geltenden Rechtslage führt zu erheblicher Rechtsunsicherheit für die Vertragsparteien.²⁵ Damit verbunden sind empfindliche Risiken einer falschen Vertragsqualifizierung mit nachfolgenden Beitragsnachforderungen.²⁶

¹⁷ St. Rspr., vgl. BSG 23.4.2024 – B 12 BA 9/22 R, NZS 2024, 919 Rn. 14; BSG 20.7.2023 – B 12 BA 1/23 R, NZS 2024, 262 Rn. 13 f.

¹⁸ Statt aller Zieglmeier NZS 2025, 948 (952 f.).

¹⁹ BSG 5.11.2024 – B 12 BA 3/23 R, NZS 2025, 503 Rn. 31 mwN; BeckOGK/Zieglmeier, 15.2.2026, SGB IV § 7 Rn. 80.

²⁰ Vgl. Leister NZA 2026, 566; Schlegel/Kania NZA 2025, 65 (70).

²¹ BSG 5.11.2024 – B 12 BA 3/23 R, NZS 2025, 503 Rn. 22 mwN BSG 22.7.2025 – B 12 BA 7/23 R, NZS 2025, 948 Rn. 12 mwN.

²² BSG 1.2.2022 – B 12 KR 37/19 R, NZS 2022, 742 Rn. 12; BSG 28.6.2022 – B 12 R 3/20 R, NZS 2022, 860 Rn. 11.

²³ BeckOGK/Zieglmeier, 15.2.2026, SGB IV § 7 Rn. 80.

²⁴ Die Rechtsprechung verlangt – blass und vage – dass alle nach Lage des Einzelfalls als Indizien in Betracht kommenden Umstände festgestellt, in ihrer Tragweite zutreffend erkannt und gewichtet, in die Gesamtschau mit diesem Gewicht eingestellt und nachvollziehbar, dh den Gesetzen der Logik entsprechend und widerspruchsfrei gegeneinander abgewogen werden (BSG 19.10.2021 – B 12 R 10/20 R, BeckRS 2021, 39897 Rn. 21; BSG 28.6.2022 – B 12 R 3/20 R, NZS 2022, 860 Rn. 11).

²⁵ BeckOGK/Zieglmeier, 15.2.2026, SGB IV § 7 Rn. 80.

²⁶ Nach § 28e SGB IV schuldet der Arbeitgeber für den zurückliegenden Zeitraum, für den ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis festgestellt worden ist, die angefallenen Gesamtsozialversicherungsbeiträge. Dieser Nachentrichtungsanspruch bezieht sich auf alle Bereiche der

Ein Positiv-Kriterienkatalog würde hier eine klare Prüfungsmethode vorgeben, die keine komplexe Gesamtabwägung erfordert. Dies entspricht dem dogmatischen Prinzip der Normenklarheit und der Praktikabilität und würde zu größerer Rechtssicherheit führen.²⁷ Die Einschätzung, ob eine selbständige Tätigkeit vorliegt, wird für die Vertragsparteien dadurch weit weniger aufwendig als nach den herkömmlichen Regelungen und würde damit zu einem schnelleren Verfahren führen.²⁸ Das erst zum 1.4.2022 zuletzt reformierten Statusfeststellungsverfahren dauert durchschnittlich mehr als 80 Tage.²⁹

4. Vereinheitlichung der Rechtsanwendung und Vermeidung von Willkür

Die derzeitige Gesamtabwägung führt dazu, dass vergleichbare Sachverhalte unterschiedlich beurteilt werden können, je nachdem, welche Indizien die entscheidende Stelle als maßgeblich erachtet. Der Positiv-Kriterienkatalog vermeidet diese Problematik, indem er klare, überprüfbare Kriterien vorgibt, die für alle Fälle gleichermaßen gelten. Dies entspricht dem dogmatischen Gebot der Gleichbehandlung und der Vermeidung von Willkür in der Rechtsanwendung und würde auch zu einer einheitlicheren Rechtsprechung führen.³⁰

5. Berücksichtigung des Wandels der Arbeitswelt

Die Grauzone zwischen abhängiger Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit wird größer, weil sich die Arbeitswelt rasant verändert. In einem entmaterialisierten, vielfach nur noch virtuellen Betrieb, in dem das Know-how hochqualifizierter Mitarbeiter das wichtigste und oft auch einzige Betriebskapital ist und die versprochene Arbeit zu jeder Zeit und an jedem Ort der Welt verrichtet werden kann, verlieren die traditionellen Abgrenzungskriterien der Weisungsgebundenheit und Eingliederung an Aussagekraft. Der Positiv-Kriterienkatalog kann auf diesen Wandel reagieren, indem er neue Kriterien wie Verlustrisiken und Gewinnchancen, unternehmertypische Aufwendungen und Auftreten werbend am Markt in den Mittelpunkt stellen könnte.

Sozialversicherung und sowohl auf den Arbeitgeber- als auch auf den Arbeitnehmeranteil. Der Rückgriff des Arbeitgebers auf den Arbeitnehmer im Zuge eines Innenausgleichs ist dabei nach § 28g SGB IV begrenzt, wohingegen der Beitragsanspruch der Einzugsstelle gegen den Arbeitgeber nur durch die Verjährungsfrist effektiv begrenzt wird. Diese beträgt grundsätzlich vier Jahre, bei bedingtem Vorsatz verlängert sich diese Frist aber auf 30 Jahre, § 25 Abs. 1 SGB IV. Darüber hinaus kann die DRV auf die nachgeforderten Beiträge zusätzlich Säumniszuschläge festsetzen, die häufig einen erheblichen Teil der Nachforderung ausmachen. Die rückwirkende Verbeitragung kann für Unternehmen existenzbedrohend sein, vgl. dazu ausf. Rambach, Die schuldhaftige Verknennung der Zahlungspflicht des Arbeitgebers im sozialversicherungsrechtlichen Beitragsrecht, Diss. Regensburg 2025.

²⁷ Schlegel/Kania NZA 2025, 65 (67).

²⁸ Thüsing BB 2024, 2550 (2556).

²⁹ Barkow von Creytz NZS 2025, 510.

³⁰ Schlegel/Kania NZA 2025, 65 (67).

II. Probleme und Risiken

1. Rechtsdogmatische Bedenken

Ein Positiv-Kriterienkatalog, der bestimmte Merkmale zwingend vorschreibt, steht im Widerspruch zum bisherigen Ansatz. Er verwandelt einen offenen Typusbegriff in einen geschlossenen Klassenbegriff, was methodisch bedenklich ist. Nimmt man im Sinne einer Positivvermutung bestimmte Merkmale als Indiz für die Selbständigkeit an, so verleiht man diesen Merkmalen ein solches Gewicht, dass sich hierdurch auch der Beschäftigtenbegriff zu verändern droht, indem andere wichtige Aspekte in den Hintergrund rücken.³¹ Aus diesem Grunde scheiterten in der Vergangenheit eben solche Vermutungsregelungen, weshalb etwa § 7 Abs. 4 SGB IV a. F.³² nach anhaltender Kritik³³ zeitnah wieder gestrichen wurde.³⁴

Wie kompliziert es ist, eine solche Vermutungsregelung überhaupt zu formulieren, zeigte 2024 die Beschlusslage des 74. Deutschen Juristentages. Während man sich noch mit großer Mehrheit einigen konnte, tatsächliche und/oder rechtliche Kriterien im Sinne von Indizien in das Statusanfrageverfahren des § 7a SGB IV aufzunehmen,³⁵ scheiterte der Versuch, sich auf bestimmte Merkmale zu einigen, kläglich.³⁶

Eine Reduzierung der Abgrenzungsmerkmale auf nur wenige feststehende Kriterien ist kaum geeignet, die Vielzahl der möglichen Fallgestaltungen sachgerecht zu erfassen.³⁷ Es fragt sich, welche Problemlösungsrelevanz derartige Kataloge überhaupt haben sollen,³⁸ zumal es nicht nur auf die vertragliche Vereinbarung, sondern auch auf die tatsächliche Durchführung

³¹ Thüsing BB 2024, 2550 (2556).

³² Bei einer erwerbsmäßigen Person wurde danach vermutet, dass sie beschäftigt ist, wenn mindestens drei der folgenden fünf Merkmale vorlagen: 1. Die Person beschäftigt im Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit regelmäßig keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer, dessen Arbeitsentgelt aus diesem Beschäftigungsverhältnis regelmäßig im Monat 630 Deutsche Mark übersteigt; 2. sie ist auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig; 3. ihr Auftraggeber oder ein vergleichbarer Auftraggeber lässt entsprechende Tätigkeiten regelmäßig durch von ihm beschäftigte Arbeitnehmer verrichten; 4. ihre Tätigkeit lässt typische Merkmale unternehmerischen Handelns nicht erkennen; 5. ihre Tätigkeit entspricht dem äußeren Erscheinungsbild nach der Tätigkeit, die sie für denselben Auftraggeber zuvor auf Grund eines Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt hatte. Diese Vermutung galt nicht für Handelsvertreter, die im Wesentlichen frei ihre Tätigkeit gestalten und über ihre Arbeitszeit bestimmen konnten. Die Vermutung war widerlegbar.

³³ Bauer/Diller/Lorenzen NZA 1999, 169; Dörner/Baeck NZA 1999, 1136; Kunz/Kunz DB 1999, 846 ff.; Schubert NZA-Beil. 2022, S. 5 (11); Sommer NZS 2000, 122; Stöhr EuZA 2022, 413 (421 f.).

³⁴ Die Regelung war vom 1. Januar 1999 (Gesetz vom 20. Dezember 1999, BGBl. I 2000 S. 2) bis zum 1. Januar 2003 in Kraft und wurde durch das Zweite Hartz-Gesetz vom 23. Dezember 2002 (BGBl. I S. 4621) gestrichen.

³⁵ Vgl. die Forderung des 74. DJT 2024, Nr. 14 a.

³⁶ Thüsing BB 2024, 2550 (2556).

³⁷ Oberthür/Lohr NZA 2001, 130

³⁸ Dörner/Baeck NZA 1999, 1136 (1141).

des Vertrags ankommt.³⁹ Die Erfahrung zeigt, dass schematische Ansätze die komplexen Fragestellungen der Statusfeststellung nicht erfassen können.⁴⁰

So bleibt es bei dem untauglichen Versuch, komplexe und sich stets wandelnde Lebenssachverhalte, die eine diffizile und sehr sorgfältige rechtliche Bewertung erfordern, mit Hilfe eher „grob-schlächziger“ Kriterien entscheiden zu wollen. Wäre dies möglich, hätte die Rechtsprechung auf diese Kriterien schon längst zurückgegriffen.⁴¹ Allein die Tatsache, dass es weder Rechtsprechung noch Literatur bis heute gelungen ist, einfacher zu handhabende Kriterien zu entwickeln, zeigt, dass es die von vielen Seiten geforderte einfache Lösung nicht gibt. Es besteht vielmehr die Gefahr, dass in der Praxis die einfacher zu handhabenden Positivkriterien – wenn auch nicht offiziell – in die Abwägungsentscheidung mit einfließen oder gar bestimmen, obwohl der Geltungsbereich dieser Regelung gar nicht eröffnet ist.

2. Verstoß gegen Art. 3 I GG

Wird die durch einen Positivkatalog bewirkte Pauschalisierung so grob, dass sie relevante Unterschiede oder Gemeinsamkeiten nicht mehr angemessen berücksichtigt, kann sie sogar den Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) verletzen.⁴²

Der Gesetzgeber ist zwar berechtigt, generalisierende, typisierende und pauschalierende Regelungen zu treffen, ohne wegen der damit unvermeidlich verbundenen Härten gegen Art. 3 Abs. 1 GG zu verstoßen,⁴³ weil jede gesetzliche Regelung verallgemeinern muss. Bei der Ordnung von Massenerscheinungen darf der Gesetzgeber daher die Vielzahl der Einzelfälle in dem Gesamtbild erfassen, das nach den ihm vorliegenden Erfahrungen die regelungsbedürftigen Sachverhalte zutreffend wiedergibt.⁴⁴

Die Pauschalisierung muss sich aber realitätsgerecht am Regelfall orientieren.⁴⁵ Zwar kann sie durch Erwägungen der Verwaltungsvereinfachung und -praktikabilität gerechtfertigt sein, das gilt jedoch nur, solange die durch jede Verallgemeinerung entstehende Ungerechtigkeit noch in einem angemessenen Verhältnis zu den Vorteilen der Generalisierung steht.⁴⁶ Die ungleiche Wirkung darf deshalb "ein gewisses Maß nicht übersteigen."⁴⁷ Folglich müssen die Vorteile der Typisierung im rechten Verhältnis zu der mit ihr notwendig

³⁹ BSG 30.4.2013 – B 12 KR 19/11 R, BeckRS 2013, 73365 Rn. 14 mwN.

⁴⁰ Dörner/Baeck NZA 1999, 1136 (1141).

⁴¹ Dörner/Baeck NZA 1999, 1136 (1138).

⁴² Dörner/Baeck NZA 1999, 1136 (1138).

⁴³ St. Rspr., vgl. BVerfGE 84, 348 [359]; BVerfGE 113, 167 [236]; BVerfG 30.9.2015 – 2 BvR 1961/10, NJW 2016, 469 Rn. 27 ff.

⁴⁴ Vgl. BVerfGE 11, 245 [254]; BVerfGE 78, 214 [227]; BVerfGE 84, 348 [359]; BVerfGE 122, 210 [232]; BVerfGE 133, 377 [412].

⁴⁵ BVerfGE 82, 159 [185 f.]; BVerfGE 122, 210 [232]; BVerfGE 126, 268 [279]; BVerfG 7.5.2013 – 2 BvR 909/06, 2 BvR 1981/06, 2 BvR 288/07, NJW 2013, 2257 Rn. 87 mwN.

⁴⁶ BVerfGE 48, 227; BFH 26.6.1996 – II R 18/95, BeckRS 1996, 11843 Rn. 19.

⁴⁷ BVerfG 6.4.2011 – 1 BvR 1765/09, BeckRS 2011, 50124 Rn. 42 mwN.

verbundenen Ungleichheit stehen. Außerdem darf die gesetzliche Typisierung keinen atypischen Fall als Leitbild wählen, sondern muss sich realitätsgerecht am typischen Fall orientieren.⁴⁸

3. Sonderproblematik eines branchenübergreifenden Kriterienkatalogs

Ein branchenübergreifender Positivkatalog, der auf Indizien basiert, die möglicherweise nur für bestimmte Wirtschaftszweige entwickelt wurden, könnte diese Anforderung verletzen, weil branchenspezifische Besonderheiten unberücksichtigt bleiben und damit "der Regelfall" einer Branche fälschlicherweise als atypischer Fall behandelt wird.⁴⁹ Fehlt eine "möglichst breite" empirische Basis, die alle Branchen berücksichtigt, ist die Typisierung nicht mehr auf einer tragfähigen Tatsachengrundlage errichtet. Eine typisierende Gruppenbildung liegt nur vor, wenn die tatsächlichen Anknüpfungspunkte im Normzweck angelegt sind.⁵⁰

4. Risiko eines – unzulässigen – Umkehrschlusses

Ein Positivkatalog von Indizien für eine Selbständigkeit birgt die Gefahr eines logischen Fehlschlusses, der in der Formallogik als „Denying the antecedent“ (Verneinung des Vorgängers) bekannt ist. Dieser Fehlschluss folgt folgendem Muster:

Prämisse 1: Wenn Merkmal X (und/oder Y, Z, ...) vorliegt, spricht dies für Selbständigkeit.

Prämisse 2: Merkmal X (und/oder Y, Z, ...) liegt nicht vor.

Fehlschluss: Daher liegt keine Selbständigkeit vor (also: abhängige Beschäftigung).

Dieser Schluss ist logisch ungültig, da die Prämisse 1 keine hinreichende Bedingung für die Selbständigkeit formuliert, sondern lediglich eine notwendige Bedingung andeutet. Die Rechtsprechung hat ausdrücklich klargestellt, dass die einzelnen Merkmale „nur die Bedeutung von Anzeichen oder Indizien“ haben und dass „keinem von ihnen allein ausschlaggebende Bedeutung zukommt“. Entscheidend ist jeweils ihre Verbindung, die Intensität und die Häufigkeit ihres Auftretens im konkreten Einzelfall. Maßgeblich ist das Gesamtbild.⁵¹ Bei einem Positivkatalog würde das Nichterfüllen eines Kriteriums für die Selbständigkeit aber als Indiz für eine abhängige Beschäftigung gewertet.

⁴⁸ Vgl. BVerfGE 110, 274 [292]; BVerfGE 112, 268 [280 f.]; BVerfGE 117, 1 [31]; BVerfGE 122, 39 [599]; BVerfGE 123, 1 [199]; BVerfG 6.4.2011 – 1 BvR 1765/09, BeckRS 2011, 50124 Rn. 42 mwN.

⁴⁹ Vgl. BVerfGE 110, 274 [292]; BVerfGE 112, 268 [280 f.]; BVerfGE 117, 1 [31]; BVerfGE 122, 39 [599]; BVerfGE 123, 1 [199]; BVerfG 6.4.2011 – 1 BvR 1765/09, BeckRS 2011, 50124 Rn. 42 mwN.

⁵⁰ BVerfG 7.5.2013 – 2 BvR 909/06, 2 BvR 1981/06, 2 BvR 288/07, NJW 2013, 2257 Rn. 87 mwN.

⁵¹ BSG 28.4.2022 - B 12 R 3/20 R, Rz. 11; BSG 22.7.2025 – B 12 BA 7/23 R, NZS 2025, 948 Rn. 12 mwN.

Der Betroffene wird dadurch in die defensive Position gezwungen, nicht mehr seine Selbstständigkeit positiv darlegen und beweisen zu können,⁵² sondern vielmehr das negative Faktum fehlender Kriterien kompensieren zu müssen.⁵³ Diese Verschiebung ist nicht bloß formal, sondern verändert die gesamte Beweisarchitektur.⁵⁴ Anstatt dass die Stellen, die eine abhängige Beschäftigung behaupten, die entsprechenden Tatsachen nachweisen müssen, wird derjenige, der sich als selbständig betrachtet, mit der Notwendigkeit konfrontiert, das Fehlen von Merkmalen, die in einem Katalog als positiv für Selbstständigkeit definiert wurden, durch andere Umstände zu entkräften – eine Aufgabe, die dogmatisch an eine „*probatio diabolica*“ grenzt, da sie den Nachweis verlangt, dass etwas nicht vorhanden ist, was als Abwesenheit von Positivem konstruiert wurde.⁵⁵ Das führt zu einer subtilen, jedoch folgenreichen logischen Verschiebung der Beweislast.⁵⁶

Überdies verändert ein Positiv-Kriterienkatalog auch die zeitliche Abfolge der Beweisführung. Er zwingt den Betroffenen nämlich dazu, bereits im Vorfeld einer Entscheidung alle möglichen Gegenargumente vorzutragen, um dem durch den Katalog nahegelegten Umkehrschluss zu begegnen. Diese Vorverlagerung der Beweislast führt zu einer asymmetrischen Verteilung der Chancen, da die Stellen, die eine abhängige Beschäftigung behaupten, sich auf den Katalog stützen können, während der Betroffene proaktiv alle denkbaren Gegenargumente entwickeln und vortragen muss, was insbesondere in Fällen mit unklarer Beweislage zu einer strukturellen Benachteiligung führt.

Nicht zu vernachlässigen ist die psychologische und kognitive Wirkung eines solchen Katalogs auf die Beweiswürdigung. Gerichte und Behörden stehen unter dem Druck, rasch zu klaren und nachvollziehbaren Entscheidungen zu gelangen. Ein Positivkatalog bietet die Verlockung, auf komplexe Abwägungsprozesse zu verzichten und stattdessen auf das Vorliegen oder Fehlen bestimmter Merkmale abzustellen. Diese Vereinfachung entspricht jedoch nicht den Anforderungen der Rechtsprechung, die eine „Gewichtung und Abwägung von als Indizien für und gegen eine Beschäftigung bzw. selbstständige Tätigkeit sprechenden Merkmalen der Tätigkeit im Einzelfall“ verlangt.⁵⁷

Kataloge schaffen eine scheinbare Objektivität und Klarheit, die in der Realität der Statusabgrenzung nicht existiert. Wenn ein Entscheidungsträger mit einer Liste von Kriterien konfrontiert ist, deren Nichterfüllen einen Umkehrschluss nahelegt, entsteht unweigerlich eine kognitive Verankerung, die dazu führt, dass die Abwesenheit der aufgelisteten Merkmale als

⁵² So für die Vermutungsregel des § 7 Abs. 4 SGB IV aF Bengelsdorf NJW 1999, 1817 (1820); Hohmeister, NZA 1999, 337 (341); Günkell/Hörger/Thömmes, DStR 1999, 1880; Söhnlein/Mocellin NZS 1999, 280 (282).

⁵³ Hohmeister NZA 1999, 337 (341); Postler NJW 1999, 925 (926).

⁵⁴ Söhnlein/Mocellin NZS 1999, 280 (282).

⁵⁵ Vgl. Bengelsdorf NJW 1999, 1817 (1820).

⁵⁶ Vgl. Gaul DB 1998, 2467 (2471); Braun-Schoppe-Brings AuA 1999, 58; Kerschbaumer-Tiefenbacher AuR 1999, 121 (122); Richardi DB 1999, 958 (959).

⁵⁷ BSG 28.4.2022 - B 12 R 3/20 R, Rz. 11; BSG 22.7.2025 – B 12 BA 7/23 R, NZS 2025, 948 Rn. 12 mwN.

stärkeres Indiz gewertet wird als die Anwesenheit anderer, nicht im Katalog enthaltener Umstände. Diese psychologische Wirkung wird durch den sogenannten Bestätigungsbias⁵⁸ noch verstärkt: Einmal etabliert, wirkt der Umkehrschluss als selbsterfüllende Prophezeiung, bei der alle weiteren Informationen vorrangig unter dem Gesichtspunkt geprüft werden, ob sie den bereits durch den Katalog nahegelegten Schluss bestätigen oder widerlegen können, wodurch andere, für die Selbständigkeit sprechende Aspekte systematisch weniger Gewicht erhalten.

Wenn bestimmte Kriterien als positiv für die Selbständigkeit definiert sind, entsteht implizit eine Hierarchisierung von Merkmalen, bei der die im Katalog aufgeführten Kriterien einen höheren Stellenwert erhalten als nicht aufgeführte. Diese Hierarchisierung schließt den Argumentationsraum für Gegenbeweise insofern, als sie den Nachweis von Selbständigkeit auf den Nachweis der Katalogkriterien beschränkt und andere Argumentationsstrategien de facto ausgrenzt. Der Betroffene wird in seiner Argumentationsfreiheit eingeschränkt, da er sich auf die vorgegebene Struktur des Katalogs verpflichtet fühlt und Abweichungen von dieser Struktur als weniger durchsetzungsfähig erachtet. Was nicht im Katalog enthalten ist, gerät leicht aus dem Blickfeld der Beweiswürdigung, selbst wenn es im konkreten Einzelfall von entscheidender Bedeutung für die Statusbeurteilung sein könnte. Das ist umso misslicher als Kataloge dazu neigen, Typisierungen zu schaffen, die auf Durchschnittsfällen oder häufigen Konstellationen basieren.

Das kann zu einer Diskriminierung ganzer Branchen führen, deren typische Arbeitsweise nicht den im Positiv-Katalog festgelegten Strukturmerkmalen entspricht, wie etwa die kreative Wirtschaft oder die IT-Branche, in denen Projektarbeit und flexible Kooperationsformen üblich sind,⁵⁹ die aber trotz des Fehlens klassischer Indikatoren wie persönlicher Weisungsgebundenheit als abhängig eingestuft würden. Belastet würden auch innovative und neue Arbeitsformen, die sich nicht in die traditionellen Kategorien des Positiv-Katalogs einpassen lassen, wodurch der technologische Wandel und die Entwicklung neuer Geschäftsmodelle behindert werden, da diese durch den Umkehrschluss automatisch als abhängig eingestuft würden, obwohl sie tatsächlich selbstständig organisiert sind.

Disproportional benachteiligt würden auch Existenzgründer und Kleinunternehmer, da diese in der Startphase ihrer unternehmerischen Tätigkeit typischerweise nicht über alle im Katalog aufgeführten Merkmale verfügen – etwa mehrere Auftraggeber oder eigene Betriebsstätten – und daher durch den Umkehrschluss fälschlicherweise als abhängig Beschäftigte eingestuft würden, obwohl sie tatsächlich unternehmerisches Risiko tragen.⁶⁰

⁵⁸ Der Bestätigungsbias (englisch confirmation bias), auch Bestätigungsfehler oder Bestätigungsverzerrung genannt, ist die kognitive Tendenz, Informationen so auszuwählen, zu interpretieren und zu erinnern, dass sie eigene Erwartungen, Überzeugungen oder Hypothesen bestätigen. Widersprechende Informationen werden häufig ignoriert, übersehen oder abgewertet, was zu einer verzerrten Wahrnehmung und Fehlentscheidungen führt, vgl. Eufinger ArbRAktuell 2021, 40 (42) mwN.

⁵⁹ Vgl. Berndt NJW 2000, 464 (465 f.).

⁶⁰ Vgl. Berndt NJW 2000, 464 (465 f.).

Da selbst gutgläubige Auftragnehmer und Auftraggeber nicht mehr verlässlich beurteilen können, ob ihre Zusammenarbeit den sozialversicherungsrechtlichen Anforderungen entspricht, kann es zu einer Fehlsteuerung bei der Vertragsgestaltung kommen. Denn um dem Risiko einer fehlerhafter Statusqualifikation zu entgehen, werden sich die Vertragsparteien künstlich an den Positiv-Katalogen orientieren, um formal die Kriterien zu erfüllen, ohne dass dies der tatsächlichen wirtschaftlichen Substanz der Zusammenarbeit entspricht.⁶¹ Dies kann zu künstlichen Konstruktionen führen, die ihrerseits dem Rechtswidrigkeitsverdacht ausgesetzt sind.⁶² All dies steht im Widerspruch zur bisherigen Rechtsprechung,⁶³ die betont, dass ein und derselbe Beruf – je nach konkreter Ausgestaltung der vertraglichen Grundlagen in ihrer gelebten Praxis – entweder in Form der Beschäftigung oder als selbstständige Tätigkeit werden kann. Maßgebend sind stets die Umstände des Einzelfalls. Denn die Abgrenzung zwischen Beschäftigung und Selbstständigkeit erfolgt nicht abstrakt für bestimmte Berufs- und Tätigkeitsbilder,⁶⁴ sondern ist von Fall zu Fall unterschiedlich. Sie hängt vom Inhalt der jeweiligen Vereinbarung und der praktischen Durchführung der im Vertrag versprochenen Leistung ab.

Die (verfassungsrechtliche) Grenze ist erreicht, wenn durch den mit einem Positivkatalog verbundenen Umkehrschluss die Gegenbeweismöglichkeiten so erheblich eingeschränkt würden, dass sich die Betroffenen gegen eine Einstufung als abhängig beschäftigt nicht mehr wirksam zur Wehr setzen könnten. In diesem Fall wäre nämlich der durch Art. 103 Abs. 1 GG gewährleistete Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt.

Verletzt sein könnten aber auch andere Grundrechte, etwa Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 14 Abs. 1 GG – verstanden im Sinne einer Freiheit vor „vorschneller Beitragspflicht in der Sozialversicherung“ –, nämlich dann, wenn eine bestimmte Verteilung der Beweislast dazu führt, dass grundrechtlich geschützte Positionen verfahrensrechtlich ausgehöhlt werden.⁶⁵ Denn dem Verfahrensrecht kommt wie dem materiellen Recht die Aufgabe zu, die umfassende

⁶¹ Deshalb ist nach der Rspr. auch die Ernsthaftigkeit der dokumentierten Vereinbarungen zu prüfen (BSG 5.11.2024 – B 12 BA 3/23 R, NZS 2025, 503 Rn. 14 mwN), um auszuschließen, dass es sich hierbei um einen bloßen „Etikettenschwindel“ handelt, der uU als Scheingeschäft iSd § 117 BGB zur Nichtigkeit dieser Vereinbarungen und der Notwendigkeit führen kann, um sodann ggf. den Inhalt eines hierdurch verdeckten Rechtsgeschäfts festzustellen (Krauskopf/Stäbler, 128. EL Januar 2026, SGB IV § 7 Rn. 11a). Erst auf Grundlage der so getroffenen Feststellungen über den (wahren) Inhalt der Vereinbarungen ist eine wertende Zuordnung des Rechtsverhältnisses zum Typus der Beschäftigung oder selbstständigen Tätigkeit vorzunehmen und in einem weiteren Schritt zu prüfen, ob besondere Umstände vorliegen, die eine hiervon abweichende Beurteilung notwendig machen (BSG 7.6.2019 – B 12 R 6/18 R, BSGE 128, 205 = SozR 4-2400 § 7 Nr. 44).

⁶² Krauskopf/Stäbler, 128. EL Januar 2026, SGB IV § 7 Rn. 11a.

⁶³ BSG 4.6.2019 – B 12 R 11/18 R, NZA 2019, 1583 Rn. 18 mwN.

⁶⁴ BSG 28.9.2011 – B 12 R 17/09 R, BeckRS 2012, 67108 Rn. 30 [Hauswirtschaftliche Pflegerin]; BSG, SozR 4-1500 § 160 Nr. 22 = BeckRS 2011, 75612 Rn. 10-13 [Arzt als pharmazeutisch-wissenschaftlicher Fachreferent]; BSG, SozR 4-2400 § 7 Nr. 29 = BeckRS 2016, 71461 Rn. 25 [Physiotherapeutin]; BSG 4.6.2019 – B 12 R 11/18 R, NZA 2019, 1583 Rn. 18 mwN [in einem Krankenhaus tätiger Honorararzt].

⁶⁵ Reinhardt NJW 1994, 93 (98 f.).

Verwirklichung grundrechtlicher Positionen im Prozess zu gewährleisten.⁶⁶ Wird das Verfahrensrecht dieser Zielsetzung nicht gerecht oder legt es dem Rechtssuchenden so hohe Hindernisse in den Weg, dass die begründete Gefahr einer Entwertung auch der materiellen Grundrechtsposition besteht, ist das Verfahrensrecht selbst wegen der Unvereinbarkeit mit dem zu schützenden Grundrecht verfassungswidrig. Unter diesen Umständen könnte die Verteilung der Beweislast die in dem jeweiligen Verfahren relevanten Grundrechte verletzen.⁶⁷

Derartige negative Auswirkungen könnte ein Positivkatalog vor allem für Handelsvertreter, Wiederverkäufer und andere Gruppen Selbständiger haben.

C. Auswirkungen für bestimmte Selbständige

I. Handelsvertreter

Die spezifische Problematik für einen Handelsvertreter erschließt sich aus der hybriden Natur seiner Tätigkeit, die durch das Handelsvertreterrecht in § 84 Abs. 1 HGB legaldefiniert ist als selbständiger Gewerbetreibender, der ständig damit betraut ist, für einen anderen Unternehmer Geschäfte zu vermitteln oder in dessen Namen abzuschließen. Diese gesetzliche Konzeption des Handelsvertreters als selbständiger Gewerbetreibender kontrastiert in charakteristischer Weise mit den faktischen Gegebenheiten der Tätigkeit, die durch eine enge Bindung an den Prinzipal geprägt ist. Ein Positiv-Kriterienkatalog mit Umkehrschluss träge diese Gruppe in ihrer existenziellen Besonderheit, da Handelsvertreter gemäß § 84 Abs. 2 HGB zwar im Wesentlichen frei ihre Tätigkeit gestalten und ihre Arbeitszeit bestimmen können müssen, jedoch typischerweise nicht über eigene Betriebsmittel im wirtschaftlichen Sinne verfügen, keine eigenen Arbeitnehmer beschäftigen und ihre unternehmerische Entscheidungsfreiheit durch die Vorgaben des Prinzipals – etwa hinsichtlich der Produktpalette, der Preisgestaltung oder des Kundenumfangs – erheblich eingeschränkt ist.

Wenn ein Kriterienkatalog Merkmale wie eigene Betriebsmittel, eigene Arbeitnehmer oder multiple Auftraggeber als positive Indizien für Selbständigkeit aufführt, deren Fehlen auf abhängige Beschäftigung schließen lässt, gerät der Handelsvertreter in eine paradoxe Beweissituation: Seine typischen Geschäftsmerkmale, die ihn gerade als selbständigen Handelsvertreter auszeichnen und vom Handelsvertreterrecht geschützt werden – insbesondere die vertragliche Bindung an einen oder wenige Prinzipale gemäß § 87 HGB, die Abhängigkeit von

⁶⁶ Der Grundrechtsschutz ist auch durch die Gestaltung von Verfahren zu bewirken; daher beeinflussen die Grundrechte nur das gesamte materielle, sondern auch das Verfahrensrecht, soweit dieses für einen effektiven Grundrechtsschutz von Bedeutung ist. Diese Rechtsprechung ist zur nächst für den Grundrechtsschutz aus Art. 14 I GG entwickelt worden (vgl. etwa BVerfGE 37, 132 [141, 148] = NJW 1974, 1499; BVerfGE 46, 325 [334] = NJW 1978, 368; BVerfGE 49, 220 [225] = NJW 1979, 534) und wurde dann auf Art. 12 I GG erstreckt (vgl. etwa BVerfGE 39, 276 [294] = NJW 1975, 1501; BVerfGE 44, 105 [119 ff.] = NJW 1977, 892; BVerfGE 45, 422 [430 ff.]).

⁶⁷ Reinhardt NJW 1994, 93 (98 f.).

Provisionen gemäß § 87 ff. HGB und die Einbindung in die Vertriebsorganisation des Prinzipals – würden im Umkehrschluss als Indizien gegen seine Selbständigkeit gewertet. Diese strukturelle Inkongruenz zwischen der spezifischen Rechtsfigur des Handelsvertreters, die in § 84 HGB ihre gesetzliche Grundlage findet, und den Anforderungen eines Positivkatalogs führt dazu, dass Handelsvertreter faktisch gezwungen wären, ihre Tätigkeit so umzugestalten, dass sie den Kriterienkatalog erfüllen, selbst wenn dies mit der wirtschaftlichen Realität ihres Geschäftsmodells und den gesetzlichen Rahmenbedingungen des Handelsvertreterrechts unvereinbar ist.

Die Gefahr besteht hierbei nicht nur in einer rechtlichen Fehlqualifizierung, die den gesetzgeberischen Willen des § 84 HGB unterläuft, sondern in einer strukturellen Benachteiligung eines gesamten Berufsstandes, dessen rechtliche Existenz gerade auf der Anerkennung seiner besonderen Stellung zwischen Selbständigkeit und Abhängigkeit beruht. Das Handelsvertreterrecht differenziert bewusst zwischen der selbständigen Stellung des Handelsvertreters und der abhängigen Beschäftigung des Handlungsgehilfen gemäß § 59 HGB – eine Differenzierung, die durch einen starren Positivkatalog mit Umkehrschluss konterkariert würde. Die Folge wäre eine Homogenisierung der Statusabgrenzung, die die spezifischen Schutzmechanismen des Handelsvertreterrechts – etwa der Ausgleichsanspruch gemäß § 89b HGB oder das Wettbewerbsverbot gemäß § 90a HGB – in ihrer rechtlichen Relevanz untergräbt und die gewerbepolitische Balance zwischen den Interessen der Prinzipale und der Handelsvertreter in einer Weise verschiebt, die vom Gesetzgeber nicht intendiert war.

Untauglich sind beispielsweise Positiv-Kriterien wie Mindesteinnahmen oder mehrere Auftraggeber, da diese sich negativ für Selbständige in der Gründungsphase und den ersten Jahren der Tätigkeit auswirken können. Negativ betroffen wären auch Selbständige, die beispielsweise wegen sozialer oder familiärer Verpflichtungen nur wenige Stunden pro Woche selbständig tätig sind.

II. Wiederverkäufer

Für Wiederverkäufer nach § 1 HGB, die als Kaufleute Waren im eigenen Namen und auf eigene Rechnung gemäß §§ 433, 929 BGB erwerben und weiterveräußern, führt ein Positivkatalog mit Umkehrschluss zu einer systematischen Fehlqualifizierung, da das konstitutive Merkmal ihrer Selbständigkeit – das volle Unternehmerrisiko durch Eigentum an den Waren, Lagerhaltung, Preisverfallgefahr und Nachfrageabhängigkeit – in einem Katalog, der multiple Auftraggeber, Preisgestaltungsfreiheit oder eigene Arbeitnehmer als positive Indizien definiert, nicht hinreichend abgebildet wird. Im Gegensatz zum Kommissionär nach § 383 HGB, der im fremden Namen handelt und daher keine Gefahr trägt, übernimmt der Wiederverkäufer das gesamte Delkredere- und Preisrisiko sowie das Absatzrisiko, während der Lieferant bereits bei Auslieferung bezahlt wird – eine Risikoallokation, die in formularisierten Kriterienkatalogen keine Berücksichtigung findet. Die faktische Bindung an wenige Lieferanten, die Akzeptanz fremder Preisvorgaben und die Eingliederung in Distributionssysteme mit

Exklusivverträgen oder Gebietsschutzregelungen, die mit der kaufmännischen Tätigkeit nach §§ 373 ff. HGB kompatibel sind, würden im Umkehrschluss als Indizien gegen die Selbständigkeit gewertet, obwohl die genuine unternehmerische Entscheidungsfreiheit in der Sortimentsgestaltung, der Präsentation und der lokalen Marktpositionierung erhalten bleibt und Investitionen in Kundenakquise und lokalen Marktzugang getätigt werden. Die Verwechslung wirtschaftlicher Abhängigkeit, die im Markt üblich ist, mit persönlicher Abhängigkeit, die ein Beschäftigungsverhältnis konstituiert, führt zu einer strukturellen Benachteiligung des klassischen Einzelhandels gegenüber Dienstleistern, deren Selbständigkeit sich leichter in formale Kategorien fassen lässt – eine verzerrte Wahrnehmung der wirtschaftlichen Realität, die vom Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der §§ 1 ff. HGB nicht intendiert war.

III. Freie Berufe und kreative Selbständige

Für freie Berufe wie Architekten, Ärzte, Rechtsanwälte oder kreative Selbständige wie Künstler und Publizisten eröffnet sich eine weitere Dimension der Problematik, die in der spezifischen Natur ihrer beruflichen Tätigkeit begründet liegt. Diese Gruppen zeichnen sich häufig dadurch aus, dass ihre Tätigkeit auf persönlicher Qualifikation, kreativer Leistung und individuellen Fähigkeiten beruht, die sich nicht in den typischen Kriterien eines Positivkatalogs abbilden lassen. Ein Architekt, der über Jahre hinweg mit einem Bauherrn zusammenarbeitet und dabei in dessen Planungsprozess eingebunden ist, oder ein Künstler, der für eine Galerie exklusiv tätig wird, könnte durch den Umkehrschluss des Kriterienkatalogs als abhängig beschäftigt qualifiziert werden, weil die typischen positiven Kriterien wie mehrere Auftraggeber, eigene Betriebsmittel oder eigene Arbeitnehmer fehlen. Die Besonderheit dieser Gruppe liegt darin, dass ihre Selbständigkeit gerade in der persönlichen Autonomie, der fachlichen Unabhängigkeit und der Möglichkeit zur freien Gestaltung ihrer Leistung besteht, Merkmale also, die sich schwer in formale Kategorien fassen lassen. Ein Positivkatalog mit Umkehrschluss würde dazu führen, dass diese qualitativen Aspekte der Selbständigkeit zugunsten quantitativer, leicht überprüfbarer Kriterien in den Hintergrund treten, wodurch die spezifische Schutzbedürftigkeit und die besondere Berufstradition dieser Gruppen missachtet würden.

IV. Plattformarbeit und digitale Ökonomie

Für Plattformarbeiter in der digitalen Ökonomie, deren Tätigkeit durch algorithmische Steuerung und digitale Vermittlung geprägt ist, entfaltet ein Positivkatalog mit Umkehrschluss eine spezifische Brisanz, die über die bereits bei Handelsvertretern und Wiederverkäufern identifizierten Probleme hinausgeht. Die Besonderheit liegt hier in der algorithmischen Kontrolle, die durch dynamische Preisgestaltung, automatisierte Zuweisung von Aufträgen und Ratingsysteme ausgeübt wird und eine Form der Lenkung darstellt, die sich von traditioneller Weisungsgebundenheit nach § 611a BGB unterscheidet. Diese digitale Steuerung führt zu einer asymmetrischen Informationsverteilung, bei der die Plattform über detaillierte Leistungsdaten und Verhaltensmuster der Arbeiter verfügt, während diese über die Algorithmen

und deren Entscheidungslogik im Unklaren bleiben – ein Umstand, der in einem Kriterienkatalog, der auf formale Kriterien wie eigene Betriebsmittel abstellt, nicht erfasst wird. Die faktische Abhängigkeit von der Plattform resultiert nicht aus vertraglichen Bindungen an einen einzigen Auftraggeber, sondern aus der Netzwerkstruktur, die den Wechsel zu konkurrierenden Plattformen durch Inkompatibilität von Reputationssystemen, fehlende Portabilität von Kundenbeziehungen und sunk costs bei der Akquise von spezifischem Equipment oder Zulassungen erschwert. Diese strukturelle Mobilitätshürde, die sich nicht in traditionellen Kategorien der Statusabgrenzung abbilden lässt, würde im Umkehrschluss dazu führen, dass die faktische Abhängigkeit von der Plattform mit rechtlicher Unselbständigkeit gleichgesetzt wird, obwohl die Arbeiter über eine genuine Wahlfreiheit bei der Annahme von Aufträgen verfügen und das Nachfragerisiko tragen. Die Problematik verschärft sich durch die grenzüberschreitende Dimension digitaler Plattformen, die oft ihren Sitz im EU-Ausland haben und deren Geschäftsmodelle auf der Differenzierung verschiedener nationaler Rechtsordnungen basieren – ein Aspekt, der in einem nationalen Kriterienkatalog nicht hinreichend berücksichtigt wird und zu einer Fragmentierung des digitalen Binnenmarktes führen könnte, wenn Plattformen gezwungen sind, ihre Modelle an die spezifischen Anforderungen des Katalogs anzupassen.

D. Fazit

Ein branchenübergreifender Positiv-Kriterienkatalog birgt erhebliche Gefahren für die Statusfeststellung im Sozialversicherungsrecht, denn das Nichterfüllen eines Kriteriums für die Selbständigkeit wird als Indiz für eine abhängige Beschäftigung gewertet werden. Eine Reduzierung der Abgrenzungsmerkmale auf nur wenige feststehende Kriterien ist kaum geeignet, die Vielzahl der möglichen Fallgestaltungen sachgerecht zu erfassen. Die Erfahrung zeigt, dass schematische Ansätze die komplexen Fragestellungen der Statusfeststellung nicht erfassen können. So bleibt es bei dem untauglichen Versuch, komplexe und sich stets wandelnde Lebenssachverhalte, die eine diffizile und sehr sorgfältige rechtliche Bewertung erfordern, mit Hilfe eher „grob-schlächtiger“ Kriterien entscheiden zu wollen. Der mit Positivkriterien verbundene Umkehrschluss dürfte u. a. auch Handelsvertreter und Wiederverkäufer benachteiligen.

Will man trotzdem an einem Positivkriterium festhalten, um die Statusfrage leicht, schnell und zuverlässig zu klären, erscheint es zielführender, § 7 Abs. 1 SGB IV stärker an die arbeitsrechtliche Definition des Arbeitnehmers in § 611a Abs. 1 BGB anzupassen. Das kann dadurch geschehen, dass für das Vorliegen einer sozialversicherungsfreien Selbständigkeit allein auf das Fehlen eines Weisungsrechts im Sinne des § 611a Abs. 1 S. 2 BGB abgestellt wird. Denn dieses – und nur dieses – macht das Wesen des Arbeitsvertrags aus: tertium non datur! Umgekehrt heißt das: Das Nichtvorliegen einer Gebundenheit an ein (arbeitsvertragliches) Weisungsrecht ist für den Status als Selbständiger essenziell.

Freilich muss man sich im Klaren darüber sein, was mit diesem (arbeitsvertraglichen) Weisungsrecht gemeint ist. Sein Inhalt ist seit 2017 in § 611a Abs. 1 S. 2 BGB positiv geregelt. Danach kann der Arbeitgeber kraft seines Weisungsrechts den Inhalt, die Durchführung, die Zeit und den Ort der Tätigkeit einseitig, d.h. grundsätzlich auch gegen den Willen des Arbeitnehmers regeln, und er kann – so bestimmt es § 106 S. 2 GewO – darüber hinaus auch Anordnungen zum „arbeitsbegleitenden Verhalten“ geben.

Dass auch Selbständige mitunter Weisungen unterliegen, steht der Trennschärfe des hier vorgeschlagenen Kriteriums nicht entgegen. Aber ihre Weisungsgebundenheit ist von ganz anderer Art als die eines Arbeitnehmers.

Anders als der Selbständige erkennt der Arbeitnehmer mit dem Arbeitsvertrag nämlich das Leitungsrecht des Arbeitgebers an.⁶⁸ Das Leistungsrecht dient dazu, jeden bei der arbeitsteiligen Leistungserstellung auftretenden Koordinierungskonflikt einseitig durch Anordnung zu lösen.⁶⁹ Die durch den Arbeitsvertrag legitimierte Leitungsmacht berechtigt den Arbeitgeber, dem Arbeitnehmer – in den Grenzen des Rechts – jederzeit beliebig Arbeit zuzuweisen. Damit ist der Arbeitgeber rechtlich in der Lage, den Inhalt der Arbeit und die Umstände, unter denen sie zu leisten ist, zu bestimmen und – was sehr viel wichtiger ist – jederzeit einseitig und notfalls auch gegen den Widerstand des Arbeitenden wieder zu ändern.

Das ist beim Arbeitsvertrag nicht weiter problematisch, weil der Arbeitnehmer keine erfolgsbestimmte, sondern eine zeitbestimmte Dienstleistung verspricht. Bei einem Selbständigen wäre es dagegen unvorstellbar.

Nur die Konkretisierungs- und Änderungskompetenz auf Grund des arbeitsvertraglichen Leitungsrechts erlaubt es dem Arbeitgeber, Koordinierungskonflikte, die sich bei der arbeitsteiligen Leistungserstellung ergeben können, im Wege einseitiger Anordnung zu lösen.⁷⁰ Sie führt zur Verfügbarkeit über seine Arbeitskraft, und diese wiederum begründet die persönliche Abhängigkeit, weil die Arbeit grundsätzlich höchstpersönlich zu verrichten ist (§ 613 S. 1 BGB) und die geschuldete Arbeitskraft nicht von der Person des Arbeitnehmers getrennt werden kann.⁷¹

Damit hat das Weisungsrecht einen unmittelbaren Bezug zum personenbezogenen Charakter der geschuldeten Dienste. Es beruht auf der durch den Arbeitsvertrag eingeräumten Befugnis zur Fremdsteuerung des arbeitsteiligen Leistungsprozesses und der hierzu erforderlichen Anerkennung eines durch asymmetrische Machtverteilung gekennzeichneten Über-Unterordnungsverhältnisses. Die Anerkennung dieser Umstände ist aber keine „personen-

⁶⁸ Hromadka/Maschmann Individualarbeitsrecht, 8. Aufl. 2023, § 1 Rn. 23 mwN.

⁶⁹ Maschmann, Arbeitsverträge und Verträge mit Selbständigen, 2001, 155 ff.

⁷⁰ Maschmann NZA 2013, 1305 (1309).

⁷¹ So bereits v. Gierke PrivatR III S. 590 ff.; Molitor, Das Wesen des Arbeitsvertrages, 1925, S. 13; Niskisch, Die Grundformen des Arbeitsvertrages, 1926, S. 121.

rechtliche Befugnis“, weil damit keine unmittelbare Herrschaft über die Person des die Dienste Leistenden verbunden ist. Vielmehr ist damit nur das durch den Arbeitsvertrag begründete Recht gemeint, über die Arbeitskraft eines als Arbeitnehmer Beschäftigten zu verfügen.

Eine derartige Weisungsgebundenheit wäre mit einer selbständigen Unternehmertätigkeit ganz und gar unvereinbar. Denn wer sich einem derart weitgehenden Weisungsrecht unterwirft, kann keine autonomen Entscheidungen mehr treffen. Diese machen aber den Kern jeder selbständigen Tätigkeit aus, die ihrerseits die Grundlage für das Tragen eines Unternehmerrisikos bildet. Wer aber nicht frei über die Art und Weise seiner von ihm persönlich am Markt angebotenen Dienste bestimmen kann, weil ein anderer über seine Arbeitskraft kraft seines Weisungsrechts verfügen darf, kann dafür nicht in Haftung genommen werden.

Umgekehrt kann dann aber gerade das Fehlen einer solchen Weisungsgebundenheit verlässlich anzeigen, dass eine Person – selbst wenn sie ihre Dienste höchstpersönlich und nur für einen Auftraggeber erbringt – stets als Selbständiger tätig wird. Für die sozialversicherungsrechtliche Statusbestimmung ist es daher besonders geeignet.



(Prof. Dr. Frank Maschmann)