

Freie Mitarbeiter (HI738711)

Gliederung

Zusammenfassung

- 1 Abgrenzung freier Mitarbeiter vom Arbeitnehmer (arbeitsrechtlich) (HI1749128)
 - 1.1 Die "klassischen" Abgrenzungsmerkmale (HI1749129)
 - 1.1.1 Weisungsfreiheit (HI1749130)
 - 1.1.2 Fehlende Eingliederung in Arbeitsorganisation des Auftraggebers (HI1749131)
 - 1.1.3 Weitere Abgrenzungsmerkmale (HI1749132)
 - 1.1.4 Einzelfallabwägung (HI3265863)
 - 1.1.5 Tatsächliche Vertragsabwicklung (HI3265864)
 - 1.2 Abweichende Ansätze (HI1749133)
- 2 Einzelfälle (HI3265865)
- 3 Sozialversicherungsrecht (HI1749138)
- 4 Arbeitnehmerähnliche Selbstständige in der Rentenversicherung (HI3265866)
- 5 Risiken bei fehlerhafter Abgrenzung (HI3265867)
 - 5.1 Arbeitsrechtliche Schutzbestimmungen (HI3265868)
 - 5.2 Vergütung (HI3265869)
 - 5.3 Fehlerhafte Einordnung aus sozial-, straf- und steuerrechtlicher Sicht (HI3265870)
- 6 Statusänderung, Rechtsmissbrauch und Verwirkung (HI1749149)
- 7 Prüfliste (HI1749167)
- 8 Praktische Hinweise (HI1749168)
 - 8.1 Vergütung (HI1749170)
 - 8.2 Sonstige finanzielle Leistungen (HI1749171)
 - 8.3 Verwaltung (HI1749172)
 - 8.4 Umfang der Inanspruchnahme (HI1749173)

Zusammenfassung

Zusammenfassung

Nicht jede Arbeit, die ein Unternehmen zu erledigen hat, muss im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses erledigt werden. Es ist auch möglich und in der Praxis weit verbreitet, die Arbeit in freier Mitarbeit zu vergeben. Als freier Mitarbeiter (auch "Dienstnehmer" oder "selbstständig Beschäftigter") wird eine Person bezeichnet, die für einen Dienstgeber Aufträge ausführt, ohne dabei wie ein Arbeitnehmer in die Betriebsorganisation des Dienstgebers eingegliedert zu sein.

Der Einsatz von freien Mitarbeitern hat im Wesentlichen folgende Vorteile:

Freie Mitarbeiter können eingesetzt werden, wenn sporadische Belastungsspitzen und dadurch Personalengpässe eintreten, feste Mitarbeiter aber wegen des langfristig zu erwartenden Rückgangs des Arbeitsvolumens auf das ursprüngliche Niveau nicht rentabel wären. Freie Mitarbeiter sind zudem hinsichtlich der Art der Arbeitsleistung, des Arbeitsortes und der Arbeitszeit flexibler einsetzbar als Arbeitnehmer.

Zum Vertragspartner entstehen keinerlei arbeitsrechtliche Bindungen:

Das Kündigungsschutzgesetz findet auf freie Mitarbeiter keine Anwendung. Der Dienstgeber hat bei einer Kündigung lediglich die kürzeren Fristen des § 621 BGB zu beachten, soweit das Dienstverhältnis nicht ohnehin zeit- oder zweckbefristet ist.

Der freie Mitarbeiter hat darüber hinaus keinen Entgeltanspruch während seines Erholungsurlaubs. Etwas anderes gilt nur dann, wenn dies vertraglich vereinbart ist.

Der freie Mitarbeiter erhält nur tatsächlich geleistete Arbeit vergütet.

Auch arbeitsschutzrechtliche Bestimmungen wie etwa das Arbeitszeitgesetz (ArbZG) sind auf das freie Dienstverhältnis nicht anwendbar. Der freie Mitarbeiter kann "rund um die Uhr" für seinen Auftraggeber tätig sein.

Soweit der freie Mitarbeiter nicht "Beschäftigter" im Sinne des § 7 Abs. 1 SGB IV ist, fallen für den Dienstgeber keine Sozialversicherungsbeiträge an. Möglich ist dann ggf. eine Rentenversicherungspflicht nach § 2 Nr. 9 SGB VI, wobei der freie Mitarbeiter als sog. arbeitnehmerähnlicher Selbstständiger die Beiträge alleine aufbringen muss.

Um diese handfesten Vorteile rechtssicher zu gewährleisten, ist es **nicht** ausreichend, über den Vertrag "Freie Mitarbeit" zu schreiben. Vertragsgestaltung und vor allem auch die tatsächliche Durchführung müssen den Merkmalen freier Mitarbeit entsprechen, um vor allem sozialversicherungsrechtlich als solche behandelt zu werden. In der Praxis gibt es viele Vertragsverhältnisse, die insoweit sehr problematisch sind. Insbesondere wenn die Zusammenarbeit vom Dienstgeber beendet wird, kann es vorkommen, dass der "freie" Mitarbeiter beim Arbeitsgericht Klage auf Feststellung erhebt, dass - u. U. schon seit vielen Jahren - ein Arbeitsverhältnis besteht, und das Arbeitsgericht antragsgemäß entscheidet. Auch im Rahmen routinemäßiger Überprüfung stellen die Prüfer der Sozialversicherungen ggf. fest, dass ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis vorliegt, und erlassen einen entsprechenden Beitragsbescheid gegen den Auftraggeber des "freien Mitarbeiters", der bis zu vier Jahre rückwirkend die Sozialversicherungsbeiträge für Arbeitgeber und Arbeitnehmer gegen den Arbeitgeber als Haftenden festsetzen.

Wesentlich für die Abgrenzung des freien Mitarbeiters vom Arbeitnehmer ist vor allem:

- Weisungsfreiheit hinsichtlich Zeit, Ort und Art und Weise der Arbeitsausführung sowie
- Eingliederung in den Betrieb.

Erschwerend für die betriebliche Praxis war schon immer, dass es für die Abgrenzung nicht auf ein einziges oder wenige Merkmale ankommt sondern die Gerichte eine Gesamtwürdigung aller Umstände vornehmen, und ferner, dass es für die Beurteilung der Rechtsnatur des Vertragsverhältnisses im Zweifel nicht auf den Vertragswortlaut oder dessen bloße Bezeichnung, sondern auf die tatsächliche Durchführung des Vertrages, also die Handhabung durch die Parteien ankommt.

Worauf besonders zu achten ist und was getan werden kann, um arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Risiken möglichst zu minimieren, wird nachfolgend für die Praxis dargestellt.

1 Abgrenzung freier Mitarbeiter vom Arbeitnehmer (arbeitsrechtlich) (HI1749128)

Dienstverträge, die keine Arbeitsverhältnisse sind, werden als "freier Dienstvertrag" oder auch als "Vertrag über freie Mitarbeit" bezeichnet. Sowohl der Dienstvertrag als auch der Arbeitsvertrag sind im Achten Titel des BGB unter "Dienstvertrag" geregelt, wobei § 611 BGB die vertragstypischen Pflichten beider Vertragsarten regelt. Das Gesetz enthält jedoch keine Abgrenzungskriterien, die eine Unterscheidung zwischen Dienst- und Arbeitsvertrag ermöglichen[1]. Bei der Vielfalt der Berufe lassen sich **kaum einheitliche Merkmale** spezifizieren. Auch die Art der vereinbarten Tätigkeit ist kein untrügliches Zeichen

für den Vertragsstatus, da viele Tätigkeiten sowohl in freier Mitarbeit als auch im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses ausgeübt werden können. Zwar ist in den meisten Fällen eine Zuordnung als Arbeitnehmer oder freier Mitarbeiter ohne weiteres möglich, aber die Zahl der Fälle, die Zweifel an der Zuordnung lässt, nimmt stetig zu[2].

Die Auseinandersetzung um die Abgrenzung eines freien Mitarbeiterverhältnisses vom Arbeitnehmer wird von der Rechtsprechung und der herrschenden Auffassung in der Literatur über den Begriff des Arbeitnehmers geführt.

Fußnoten zu HI1749128

[1] Preis, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 2012, § 611 Rz. 8.

[2] Wank, DB 1992, 90.

1.1 Die "klassischen" Abgrenzungsmerkmale (HI1749129)

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) macht die Unterscheidung zwischen Dienst- und Arbeitsverhältnis davon abhängig, ob der zu Diensten Verpflichtete von seinem Vertragspartner persönlich abhängig ist[1]. **Arbeitnehmer ist deshalb nach der Rechtsprechung, wer auf Grund eines privatrechtlichen Vertrages im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist**[2]. Gestützt wird diese Ansicht auf die Definition des Gesetzgebers in **§ 84 Abs. 1 S. 2 HGB**. Nach dieser Bestimmung ist **selbstständig, wer im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann**. Unselbstständig und persönlich abhängig ist dagegen der Mitarbeiter, dem dies nicht möglich ist. Zwar gilt diese Regelung unmittelbar nur für die Abgrenzung des selbstständigen Handelsvertreters vom abhängig beschäftigten kaufmännischen Angestellten. Über diesen unmittelbaren Anwendungsbereich hinaus enthält die Vorschrift jedoch **eine allgemeine Wertung des Gesetzgebers**, die bei der Abgrenzung des Arbeitsvertrages vom Dienstvertrag des freien Mitarbeiters zu beachten ist. Für die Prüfung, ob die erforderliche persönliche Abhängigkeit besteht, werden von der Rechtsprechung zahlreiche Abgrenzungskriterien verwendet, anhand derer der Status des Vertrags überprüft wird. Neben dem eigentlichen Weisungsrecht hinsichtlich Zeit, Ort und Arbeitsart (fachliche Weisungen), stellt das BAG maßgebend auf die Eingliederung in den Betrieb ab.

Wichtig

Wirtschaftliche Abhängigkeit

Untaugliches Abgrenzungskriterium ist hingegen die wirtschaftliche Abhängigkeit eines Mitarbeiters. Nach der Rechtsprechung des BAG ist für die Beurteilung des Arbeitnehmerstatuts eine wirtschaftliche Abhängigkeit weder erforderlich noch ausreichend[3].

Fußnoten zu HI1749129

[1] Preis, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 2012, § 611 Rz. 50.

[2] BAG, Urteil v. 20.1.2010, 5 AZR 106/09 = NJOZ 2010, S. 1705.

[3] So. z. B. BAG, Beschluss v. 30.10.1991, 7 ABR 19/91, NZA 1992, 407.

1.1.1 Weisungsfreiheit (HI1749130)

Wichtigstes Kriterium für die Abgrenzung des freien Mitarbeiters vom Arbeitnehmer ist das Weisungsrecht des Dienstgebers. Die Frage, in welchem Maße der Mitarbeiter aufgrund derartiger Weisungsrechte persönlich abhängig und damit Arbeitnehmer ist, lässt sich jedoch nicht abstrakt beantworten, sondern hängt vor allem von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab[1]. Je stärker die Weisungsbindung des Mitarbeiters ist, umso eher ist ein Arbeitsverhältnis anzunehmen[2].

Zeitliche Weisungsgebundenheit

Zeitlich weisungsgebunden ist der Mitarbeiter, wenn der Auftraggeber Dauer und zeitliche Lage der zu erbringenden Leistung bestimmen kann[3]. Kann der Dienstgeber nach den vertraglichen Regelungen und nach der praktischen Durchführung des Vertrages vom Mitarbeiter eine ständige Dienstbereitschaft verlangen, so spricht dies gegen ein freies Mitarbeiterverhältnis[4]. Starkes Indiz für die Arbeitnehmereigenschaft ist etwa die Aufnahme des Mitarbeiters in Dienstpläne, ohne dass die einzelnen Einsätze im Voraus abgesprochen sind[5].

Zeitliche Vorgaben oder die Verpflichtung, bestimmte Termine für die Erledigung der übertragenen Aufgaben einzuhalten, sind für sich allein jedoch kein wesentliches Merkmal für ein Arbeitsverhältnis. Auch im Rahmen von Dienst- oder Werkverträgen können schon für Koordinationszwecke von dem Empfänger der Leistung Termine für die Erledigung der Arbeit bestimmt werden, ohne dass daraus eine zeitliche Weisungsabhängigkeit folgt, wie sie für das Arbeitsverhältnis kennzeichnend ist.[6]

Praxis-Tipp

Widersprüchliches Verhalten

Wer **einseitig Dienstpläne** aufstellt, die in der Praxis im Wesentlichen befolgt werden, und gleichzeitig erklärt, diese seien unverbindlich, verhält sich im Regelfall widersprüchlich. Entscheidend ist dann das tatsächliche Verhalten, also die Aufstellung von Dienstplänen und die darin liegende Verfügung über die Arbeitskraft der Mitarbeiter[7].

Kann der Mitarbeiter eine Zuteilung von Arbeitsaufgaben oder Arbeitszeit oder eine zeitliche Anfrage des Dienstgeber nicht ablehnen, ohne das Vertragsverhältnis zu gefährden, ist er zeitlich weisungsgebunden[8]. Ein freies Mitarbeiterverhältnis muss jedoch nicht bereits deswegen abgelehnt werden, wenn der Mitarbeiter (etwa ein freier Krankengymnast) auf Räume, technische Einrichtungen (z. B. Übungsgeräte) und Personal des Vertragspartners (z. B. Praxisinhaber) angewiesen ist und aus diesem Grunde etwa in Dispositions- und Raumbelegungspläne aufgenommen wird[9].

Örtliche Weisungsgebundenheit

Die örtliche Weisungsgebundenheit wird von der Rechtsprechung des BAG im Zusammenhang mit dem zeitlichen oder fachlichen Weisungsrecht des Dienstgebers zwar als weiteres Kriterium berücksichtigt, ist aber von der Rechtsprechung wohl nie allein als entscheidendes Indiz für die Abgrenzung zwischen Arbeitnehmer oder freiem Mitarbeiter herangezogen worden[10]. Bei bestimmten Berufsgruppen - etwa Monteuren, Außendienstmitarbeitern, Kundenberatern - ist eine örtliche Weisungsgebundenheit auch eher untypisch. Für die Einordnung eines solchen Beschäftigungsverhältnisses treten dann die zeitliche und die fachliche Weisungsgebundenheit sowie die Eingliederung in die Betriebsstruktur des zur Dienstleistung Verpflichteten in den Vordergrund[11].

Fachliche Weisungsgebundenheit

Die fachliche Weisungsgebundenheit ist typisches Merkmal für die persönliche Abhängigkeit des Mitarbeiters[12]. Eine fachliche Weisungsgebundenheit begründet für sich allein jedoch noch kein Arbeitnehmerverhältnis, denn auch der freie Mitarbeiter kann den fachlichen Weisungen des Dienstgebers unterliegen. Fachliche Weisungsgebundenheit indiziert eine Arbeitnehmereigenschaft nur, wenn die fachlichen Weisungen umfassend und von einer gewissen Erheblichkeit sind[13]. Soweit keine fachliche Weisungsgebundenheit vorliegt, ist nicht automatisch von freier Mitarbeit auszugehen. Insbesondere bei Diensten höherer Art kann es die Art der Tätigkeit mit sich bringen, dass dem Dienstnehmer ein hohes Maß an Gestaltungsfreiheit, Eigeninitiative und insbesondere fachlicher Selbstständigkeit verbleibt. So kann etwa ein Chefarzt trotz fehlender fachlicher Weisungsgebundenheit Arbeitnehmer sein, wenn er im Übrigen im Wesentlichen weisungsgebunden und damit vom Krankenhausträger persönlich abhängig ist[14]. Das Kriterium der fachlichen Weisungsgebundenheit hat also dort wenig Aussagekraft, wo rein praktisch fachliche Weisungen nicht gegeben werden können, etwa aus zeitlichen Gründen oder wegen besonde-

rer fachlicher Kompetenzen des Arbeitnehmers.

Fußnoten zu HI1749130

- [1] BAG, Urteil v. 30.11.1994, 5 AZR 704/93 = NZA 1995, S. 622.
- [2] Preis, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 2012, § 611 Rz. 64 m. w. N.
- [3] Preis, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 2012, § 611 Rz. 66 m. w. N.
- [4] BAG, Urteil v. 19.11.1997, 5 AZR 653/96 = AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 90.
- [5] BAG, Urteil v. 19.1.2000, 5 AZR 644/98 = NZA 2000, S. 1102.
- [6] BAG, Beschluss v. 29.01.1992, 7 ABR 5/91 = NZA 1992, 835.
- [7] BAG, Urteil v. 20.7.1994, 5 AZR 627/93, DB 1994 S. 2502.
- [8] Thüsing, Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, 2012, BGB Vor § 611 Rz. 46 m. w. N.
- [9] Thüsing a. a. O. m. w. N.
- [10] Thüsing, Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, 2012, BGB Vor § 611 Rz. 47.
- [11] Preis, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 2012, § 611 Rz. 65.
- [12] Preis, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 2012, § 611 Rz. 68.
- [13] Thüsing, Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, 2012, BGB Vor § 611 Rz. 44; siehe auch: BAG, Urteil v. 9.7.2003, 5 AZR 595/02 = NZA-RR 2004, S. 9
- [14] grundlegend: BAG, Urteil v. 27.7.1961, 2 AZR 255/60 = NJW 1961, S. 2085.

1.1.2 Fehlende Eingliederung in Arbeitsorganisation des Auftraggebers (HI1749131)

Arbeitnehmer ist derjenige Mitarbeiter, der seine **Dienstleistung im Rahmen einer von Dritten bestimmten Arbeitsorganisation** erbringt. Die Eingliederung in die fremde Arbeitsorganisation zeigt sich insbesondere darin, dass der Mitarbeiter einem Weisungsrecht des Dienstberechtigten unterliegt[1].

Das zeigt, dass die Merkmale der Weisungsgebundenheit und der Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Auftraggebers einander teilweise überschneiden. Trotzdem hat das Kriterium "Eingliederung" auch eigenständige Bedeutung. Bei der Frage der Eingliederung in den Betrieb wird nämlich darüber hinaus geprüft, ob und inwieweit der Mitarbeiter in eine fremdbestimmte Arbeitsorganisation eingebunden ist und dabei betriebliche Einrichtungen wie Arbeitsgeräte nutzt. Ferner wird unter dem Kriterium "Eingliederung in den Betrieb" die Stellung des Mitarbeiters in der Organisation und Hierarchie beim Dienstberechtigten überprüft[2]. Indizien für die organisatorische Eingliederung sind:

- Einordnung in Organisations-, Dienst- und Produktionspläne
- Unterordnung unter die Arbeitskontrolle des Dienstberechtigten
- Weisungen des Dienstberechtigten hinsichtlich der Leistung
- Angewiesenheit des Mitarbeiters auf Arbeitsmittel und Organisation des Dienstberechtigten[3]
- Nutzung technischer Hilfsmittel des Dienstberechtigten[4]
- Nutzung eines Arbeitszimmers bzw. eines Büros des Dienstberechtigten[5]

Umgekehrt sind das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte und der Einsatz eigener Arbeitsmittel Indizien für die Einordnung des Beschäftigungsverhältnisses als freies Mitarbeiterverhältnis[6].

Fußnoten zu HI1749131

- [1] BAG, Urteil v. 9.6.1993, 5 AZR 123/92, DB 1994 S. 787.
- [2] Reiserer, Moll, Münchner Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 2009, § 4 Rz. 12 f.
- [3] Preis, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 2012, § 611 Rz. 69 f.
- [4] Reiserer, Moll, Münchner Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 2009, § 4 Rz. 12.; vgl. hierzu auch: BAG, Urteil v. 15.3.1978, 5 AZR 819/76 = AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 26.
- [5] Reiserer a. a. O.
- [6] Preis, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 2012, § 611 Rz. 70 m. w. N.

1.1.3 Weitere Abgrenzungsmerkmale (HI1749132)

Fremdnützigkeit der Arbeitsleistung

Für die Arbeitnehmereigenschaft hat das BAG ursprünglich bei den Mitarbeitern von Rundfunk und Fernsehen darauf abgestellt, dass Arbeitnehmer "ihre Arbeitskraft nicht - wie ein Unternehmer - nach selbst gesetzten Zielen unter eigener Verantwortung und mit eigenem Risiko am Markt verwerten, sondern dass sie darauf angewiesen sind, ihre Arbeitsleistung fremdnützig der Anstalt zur Verwertung nach deren Programmplanung zu überlassen"[1]. Das BAG ist in jüngster Vergangenheit jedoch nicht mehr auf das Merkmal der Fremdnützigkeit zurückgekommen, um die Arbeitnehmereigenschaft zu bestimmen [2].

Leistungserbringung nur in eigener Person

Das BAG hat ferner teilweise darauf abgestellt, ob der Mitarbeiter verpflichtet war, die Leistung persönlich zu erbringen oder ob er hierzu Dritte einschalten durfte und auch tatsächlich und nicht nur ausnahmsweise eingeschaltet hat. Im zuerst genannten Fall ging das BAG von einem Arbeitsverhältnis aus[3].

Achtung

Nur gelegentliche Einschaltung Dritter

Enthält der freie Mitarbeitervertrag zwar eine Regelung, dass der Mitarbeiter berechtigt ist, Dritte zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten einzuschalten, macht der Mitarbeiter hiervon jedoch nur gelegentlich oder keinen Gebrauch, so ist die vertragliche Regelung allein nicht ausschlaggebend. Die reine Möglichkeit, Dritte einzuschalten, stellt dann nur eines von mehreren im Rahmen der Gesamtabwägung zu beachtenden Kriterien dar[4].

Vergütung/Abführung von Steuern/Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen

Nach der Rechtsprechung des BAG sind für die Abgrenzung des freien Mitarbeiters vom Arbeitnehmer die Umstände der Dienstleistung, nicht aber die Modalitäten der Entgeltzahlung oder andere formelle Merkmale wie die Abführung von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen entscheidend[5]. Ausschlaggebend sind diese Kriterien bei der Abgrenzung des freien Mitarbeiters vom Arbeitnehmer daher nicht. Indiziell können sie aber wirken.

Urlaub und Fortzahlung im Krankheitsfall

Aus der Gewährung bezahlten Erholungsurlaubs von 3 Wochen und der Fortzahlung der Vergütung im Krankheitsfall lässt sich nach der Rechtsprechung des BAG nicht darauf schließen, dass der zur Dienstleistung Verpflichtete Arbeitnehmer sei. Bezahlter Erholungsurlaub steht z. B. auch den arbeitnehmerähnlichen Personen nach § 2 S. 2 BUrlG zu. Zudem spreche die Fortzahlung der Vergütung im Krankheitsfall nicht zwingend für eine Arbeitnehmereigenschaft, da § 616 S. 1 BGB nicht den Bestand eines Arbeitsverhältnisses voraussetzt; ein Anspruch aus § 616 S. 1 BGB stehe auch demjenigen zu, der aufgrund eines freien Dienstvertrages tätig wird[6].

Fußnoten zu HI1749132

[1] BAG, Urteil v. 15.3.1978, 5 AZR 819/76, Richardi, Münchner Handbuch zum Arbeitsrecht, 2009, § 16 Rz. 34.

[2] Vgl. etwa: BAG, Urteil v. 20.7.1994, 5 AZR 627/93, NZA 1995, 161.

[3] BAG, Urteil v. 16.7.1997, 5 AZR 312/96.

[4] BAG, Urteil v. 19. 11. 1997, 5 AZR 653/96, NZA 1998, 364.

[5] BAG, Urteil v. 16.3.1994, 5 AZR 447/92, NZA 1994, 1132.

[6] BAG, Beschluss v. 29.1.1992, 7 ABR 5/91, NZA 1992, 835.

1.1.4 Einzelfallabwägung (HI3265863)

Die Abgrenzung des Arbeitsvertrages vom freien Dienstvertrag hat einzelfallbezogen zu erfolgen. Es gibt kein Einzelmerkmal, das als unverzichtbares Merkmal betrachtet werden kann, um den zu beurteilenden Sachverhalt als freies Mitarbeiterverhältnis oder als Arbeitsverhältnis einzuordnen. Das BAG betont in ständiger Rechtsprechung, dass sich abstrakte, für alle Arbeitsverhältnisse geltende Kriterien nicht aufstellen lassen. Maßgebend ist allein das Gesamtbild des Einzelfalls.

1.1.5 Tatsächliche Vertragsabwicklung (HI3265864)

Für die rechtliche Einordnung einer Vertragsbeziehung als Arbeitsverhältnis oder freies Mitarbeiterverhältnis kommt es nicht darauf an, wie die Vertragsparteien den Vertrag bezeichnen. Entscheidend ist allein, wie die Rechtsbeziehung nach ihrem Geschäftsinhalt objektiv einzuordnen ist. Durch Parteivereinbarung kann die Bewertung einer Rechtsbeziehung als Arbeitsverhältnis nicht abbedungen und der Geltungsbereich des Arbeitnehmerschutzrechts nicht eingeschränkt werden. Der wirkliche Geschäftsinhalt ist sowohl den ausdrücklich getroffenen Vereinbarungen als auch der praktischen Durchführung des Vertrages zu entnehmen. Wird der Vertrag abweichend von den ausdrücklichen Vereinbarungen vollzogen, ist die tatsächliche Durchführung für die Einordnung des Vertragsverhältnisses maßgebend, denn die praktische Handhabung lässt Schlüsse darauf zu, von welchen Rechten und Pflichten die Vertragsparteien in Wirklichkeit ausgegangen sind[1].

Fußnoten zu HI3265864

[1] Preis, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 2012, § 611 Rz. 47 f.

1.2 Abweichende Ansätze (HI1749133)

Der Ansatz der Rechtsprechung für die Abgrenzung des Arbeitnehmers vom freien Mitarbeiter findet im Schrifttum nicht allseits Zustimmung. So versuchen einige Autoren, neue Lösungswege für eine rechtssichere Abgrenzung des freien Mitarbeiters vom Arbeitnehmer aufzuzeigen. So wird etwa darauf abgestellt, dass der selbstständige Unternehmer typischerweise als **Wettbewerber am Markt** auftritt, während der Arbeitnehmer regelmäßig seine Arbeitskraft nur einem Arbeitgeber zur Verfügung stellt und **nicht am Markt operiert**. Darüber hinaus baut der selbstständige Unternehmer mit eigenem (bzw. aufgenommenem) Kapital eine eigene Betriebsstätte bzw. Organisation auf, die er in der Regel mit Mitarbeitern betreibt. Dem Risiko, keine Aufträge zu erhalten und kein Einkommen zu erzielen, steht die unternehmerische Chance erfolgsabhängiger Gewinne gegenüber. Der Arbeitnehmer hingegen erhält grundsätzlich von seinem Arbeitgeber auch dann Lohn, wenn dieser für ihn keine Arbeit hat[1]. Folgende Merkmale werden von der Literatur als typische Arbeitnehmermerkmale angesehen:

- auf Dauer angelegte Tätigkeit
- einziger Auftraggeber
- erbringt Leistung selbst - in eigener Person
- keine Mitarbeiter
- im Wesentlichen ohne eigenes Kapital
- im Wesentlichen ohne eigene Organisation

Folgende Merkmale werden als typische Merkmale der freien Mitarbeit angesehen:

- freiwillige Übernahme eines Unternehmerrisikos
- Auftreten am Markt
- Wahrnehmung unternehmerischer Chancen
- Unternehmerisches Risiko[2]

Dieser Auffassung haben sich einige Instanzgerichte angeschlossen[3], andere lehnen diese Auffassung ab[4].

Achtung

Entscheidungsgrundlage in der Praxis

Das BAG verfolgt seit Jahrzehnten seine oben dargestellte Methode, den Arbeitnehmer vom freien Mitarbeiter abzugrenzen. Deshalb sollte bei der Abgrenzung des freien Mitarbeiters vom Arbeitnehmer maßgeblich auf die persönliche Abhängigkeit abgestellt werden, da sich die Auffassung der Literatur in der höchstrichterlichen Rechtsprechung bisher nicht durchsetzen konnte.

Fußnoten zu HI1749133

- [1] Preis, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 2012, § 611 Rz. 55 m. w. N.
- [2] Wank, DB 1992, 90.
- [3] So etwa: LAG Niedersachsen, Urteil v. 7.9.1990, 3 (2) Sa 1791/89; LAG Köln, Urteil v. 30.6.1995, 4 Sa 63/95, ArbuR 1996 S. 413 = LAGGE § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 29.
- [4] So etwa: LAG Düsseldorf, Urteil v. 4.9.1996, 12 (6) (5) Sa 909/96.

2 Einzelfälle (HI3265865)

Produktionsmitarbeiter

Bei Leistung von Arbeit in Produktionsbetrieben ist in aller Regel vom Vorliegen eines **Arbeitsverhältnisses** auszugehen. Organisatorische Eingliederung, zeitliche, örtliche und in der Regel auch die fachliche Weisungsgebundenheit liegen hier regelmäßig vor[1].

Mitarbeiter in Baubetrieben

Mitarbeiter in Baubetrieben sind in der Regel in zeitlicher, örtlicher und fachlicher Hinsicht weisungsgebunden, so dass auch hier zumeist von einem **Arbeitsverhältnis** auszugehen sein wird[2]. Gleiches gilt nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts auch für Bauleiter, die einzelne Bauvorhaben nach Planungen des Bauunternehmens umsetzen, an detaillierte Anweisungen gebunden sind, Bauberichte zu fertigen, Terminkalender und einen Zeitrachweis zu führen haben. Weiteres Indiz für eine Arbeitnehmereigenschaft kann in diesem Fall die ständige Dienstbereitschaft eines Bauleiters sein[3].

Mitarbeiter im Dienstleistungsbereich

Berufsbilder im Dienstleistungsbereich haben dagegen ein äußerst breites Spektrum. Sie reichen von der vollständigen organisatorischen und zeitlichen Einbindung in einen Betrieb bis zur weitgehenden zeitlichen und organisatorischen Weisungsfreiheit[4]. Hier gelten die allgemeinen, am Leitbild des § 84 Abs. 1 S. 1, 2 HGB entwickelten Kriterien.

Praxis-Beispiel

Mitarbeiter in der IT-Branche

Hat ein Mitarbeiter der IT-Branche zwar einerseits einen Vertrag als freier Mitarbeiter abgeschlossen, wird er tatsächlich jedoch nicht als Subunternehmer, sondern vielmehr im Verbund und **arbeitsteilig mit anderen, von der Arbeitgeberseite hierfür ausgewählten Mitarbeitern eingesetzt** und ist das Stundenkontingent dieser Arbeitsgemeinschaft vom Arbeitgeber festgesetzt, ist der Kläger in den Betrieb dergestalt eingebunden, dass sich hieraus eine Eingliederung und damit eine Abhängigkeit ergibt, die gegen eine freie Mitarbeit spricht[5].

Arbeitnehmerstatus eines Bausparkassenvertreters

Ist ein Bausparkassenvertreter hinsichtlich seiner Tätigkeit und seiner Arbeitszeit im Wesentlichen frei, ist er freier Mitarbeiter. Unerheblich ist dabei, ob ein er einem faktischen Zwang unterliegt, Kunden nur während der üblichen Geschäftszeiten zu besuchen[6].

Reinigungskräfte

Diese sind in aller Regel als **Arbeitnehmer** des Reinigungsunternehmens anzusehen, da ihnen in der Regel der Ort der zu reinigenden Räume vorgegeben ist, sie in der zeitlichen Lage der Leistung nicht frei sind und die Reinigungsmittel vom Auftraggeber gestellt werden[7].

Frachtführer

Bei Frachtführern ist die gesetzliche Wertung des § 418 HGB zu beachten. Danach ist der selbstständige Frachtführer - im Vergleich zu anderen selbstständigen Unternehmern - bereits nach seinem Berufsbild weisungsabhängig. Gleichwohl wird der Frachtführer nach den gesetzlichen Wertungen als selbstständiger Gewerbetreibender betrachtet[8]. Arbeitnehmer ist der Frachtführer nach der Rechtsprechung des BAG jedoch nur dann, wenn Vereinbarungen getroffen und praktiziert werden, die dazu führen, dass er nicht mehr im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Ein Frachtführer, der beispielsweise lediglich für einen Auftraggeber fährt, ist nicht Arbeitnehmer, wenn weder Dauer noch Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit vorgeschrieben ist und er nicht nur die rein theoretische Möglichkeit hat, auch Transporte für andere Kunden durchzuführen[9].

Lehrer/Dozenten

Das BAG hat im Bereich des Schulsektors den Grundsatz aufgestellt, dass Lehrer an **allgemeinbildenden Schulen** ohne Rücksicht auf den zeitlichen Arbeitsumfang i. d. R. Arbeitnehmer sind, da sie aufgrund der Einbindung der Schüler in ein Schul- und Ausbildungssystem ihrerseits in eine vom Schulträger bestimmte Arbeitsorganisation eingebunden sind, zahlreiche Nebenarbeiten auszuführen haben (wie etwa Pausenaufsicht oder Durchführung von Sprechstunden) und der Kontrolle der Schulaufsicht unterliegen[10]. Nach der Rechtsprechung des BAG sind auch Lehrer an Abendgymnasien regelmäßig Arbeitnehmer des Schulträgers[11]. Dagegen können Volkshochschuldozenten, die außerhalb schulischer Lehrgänge unterrichten, sowie Musiklehrer als freie Mitarbeiter beschäftigt werden. Sie sind etwa dann Arbeitnehmer, wenn der für das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses erforderliche Grad der persönlichen Abhängigkeit gegeben ist. Solche Umstände können etwa das vom Schulträger beanspruchte Recht sein, die zeitliche Lage der Unterrichtsstunden einseitig zu bestimmen oder das Rechtsverhältnis umfassend durch Dienstanweisungen zu regeln[12].

Franchisenehmer

Im Franchisevertrag wird dem Franchisenehmer, der im eigenen Namen und für eigene Rechnung tätig wird, gegen entsprechendes Entgelt gestattet, Namen, Waren, Schutzrechte, technische Ausstattung usw. des Franchisegebers beim Vertrieb von Waren und Dienstleistungen gewerblich zu nutzen. Obwohl an dem Franchisevertrag nach seiner Begriffsbestimmung zwei Unternehmer beteiligt sind, kann die Art der Vertragsgestaltung und dessen Ausführung dazu führen, dass der Franchisenehmer so stark vom Franchisegeber persönlich abhängig ist, dass seine Selbstständigkeit in Frage gestellt wird[13]. So hat das BAG hierzu ausgeführt:

Zitat

"Aus dem sogenannten Wesen des Franchise-Vertrags lässt sich nicht schließen, dass der Kläger kein Arbeitnehmer war. Es kommt nicht darauf an, wie ein Rechtsverhältnis bezeichnet wird, sondern welches sein Geschäftsinhalt ist. Es mag daher zutreffen, dass dem Franchising der Art, wie es hier praktiziert wird, genaue und detaillierte Anleitungen, Berichtspflichten des Franchisenehmers und Kontrollrechte des Franchisegebers immanent sind. Ob aber jemand, der in diesem System tätig wird,

Arbeitnehmer oder Selbständiger ist, richtet sich allein danach, ob er weisungsgebunden und abhängig ist oder ob er seine Chancen auf dem Markt selbständig und im Wesentlichen weisungsfrei suchen kann. Aus einer bloß verbalen Typisierung der Vertragsart lässt sich für die Frage der Arbeitnehmereigenschaft nichts herleiten. [...]"[14]

Freie Berufe (z. B. Rechtsanwälte, Ärzte, Steuerberater und Architekten)

Besteht die Dienstverpflichtung in der Ausübung eines freien Berufs, tritt die fachliche Weisungsgebundenheit regelmäßig zurück[15]. Größere Bedeutung als Abgrenzungskriterium gewinnt hier die organisatorische Eingliederung, insbesondere in Form von zeitlichen und örtlichen Vorgaben[16].

Betriebswirt

Ein in einer Rechtsanwaltskanzlei zur Bearbeitung von Steuer- und Buchhaltungsangelegenheiten beschäftigter Betriebswirt ist je nach Ausgestaltung des Beschäftigungsverhältnisses als freier Mitarbeiter oder als Arbeitnehmer anzusehen. Maßgebend dafür sind der **Grad der Weisungsgebundenheit und der Integration in die Arbeitsorganisation** des Anwaltsbüros. Gegen eine Weisungsgebundenheit spricht nicht eine Selbstständigkeit bei fachbezogenen Entscheidungen im Rahmen der Fallbearbeitung. Gegen eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation spricht nicht, dass restliche Arbeiten abends und an Wochenenden zu Hause erledigt werden[17].

Medienmitarbeiter

Auch im Bereich Rundfunk und Fernsehen hängt nach Auffassung des BAG der Grad der persönlichen Abhängigkeit und damit die Abgrenzung des Arbeitsverhältnisses vom freien Mitarbeiterverhältnis von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab. Als wichtigste Grundaussage im Bereich Rundfunk und Fernsehen gilt die Leitlinie des BAG, wonach zwischen **programmgestaltenden Tätigkeiten**, also **rundfunktypischen Mitarbeitern**, und solchen, denen der Zusammenhang mit der Programmgestaltung fehlt, zu unterscheiden ist. Nicht programmgestaltende Mitarbeit liegt bei Beschäftigten:

- in der Verwaltung,
- mit rein mechanischen Tätigkeiten und
- im betriebstechnischen Bereich vor.

Bei diesen Mitarbeitern handelt es sich in der Regel um Arbeitnehmer.

Programmgestaltende Tätigkeit liegt dagegen bei den Mitarbeitern vor, die unmittelbar mit der inhaltlichen Herstellung einzelner Beiträge befasst sind. Dies wird generell bejaht bei:

- Regisseuren,
- Kommentatoren und
- Moderatoren.

Das Bundesverfassungsgericht hat geklärt, inwieweit sich der durch Artikel 5 Abs. 1 S. 2 GG gewährleistete verfassungsrechtliche Schutz der Freiheit des Rundfunks auf das Recht zur Vertragsgestaltung für die Rundfunkanstalten auswirkt. Danach verlangt die Rundfunkfreiheit nicht ausdrücklich den Verzicht auf jeden Sozialschutz programmgestaltender Mitarbeiter. Vielmehr steht die Rundfunkfreiheit nur arbeitsrechtlichen Regelungen und einer arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung entgegen, wenn diese den Rundfunkanstalten die zur Erfüllung ihres Programmauftrags notwendige Freiheit und Flexibilität nehmen würden[18]. Rundfunk- und Fernsehanstalten können demnach ihre programmgestaltenden Mitarbeiter als freie Mitarbeiter oder als Arbeitnehmer beschäftigen.

Handelsvertreter, Versicherungsvertreter

Das BAG prüft anhand der gesetzlichen Vorgaben in § 84 Abs. 1 S. 2 HGB, ob der Mitarbeiter im Wesentlichen frei seine Tätigkeit als Versicherungsvermittler gestalten und seine Arbeitszeit frei bestimmen kann. Andere Kriterien zur Abgrenzung von selbstständigen Handelsvertretern/Versicherungsvertretern und Angestellten im Außendienst sind gesetzlich nicht vorge-

sehen[19].

Subunternehmer

Ein "Subunternehmer", der verpflichtet ist, seine gesamte Arbeitskraft dem Auftraggeber zur Verfügung zu stellen, sie im Rahmen der Betriebsorganisation des Arbeitgebers einzusetzen, dem keine eigenen unternehmerischen Befugnisse hinsichtlich des Auftrages und der Art seiner Erledigung zustehen, dem die materiellen Betriebsmittel zur Erledigung des Auftrages zur Verfügung gestellt werden und dem vorgegeben wird, wie er diese Betriebsmittel zu verwenden, zu reinigen und bei Beschädigung zu reparieren hat, ist Arbeitnehmer.

Fußnoten zu HI3265865

- [1] Preis, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 2012, § 611 Rz. 76
- [2] Preis a. a. O.
- [3] BAG, Urteil v. 21.3.1984, 5 AZR 462/82
- [4] Vgl. zum Arbeitnehmerstatus eines Versicherungsvertreters: BAG, Urteil v. 20.9.2000, 5 AZR 271/99, NZA 2001,210.
- [5] LAG Schleswig-Holstein, Beschluss v. 8.4.2005, 2 Ta 56/05, NZA-RR 2005 S. 656.
- [6] BAG, Urteil v. 15. 12. 1999, 5 AZR 770/98, NZA 2000, 481.
- [7] Preis, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 2012, § 611 Rz. 78 m. w. N.
- [8] BAG, Urteil v. 19.11.1997, 5 AZR 653/96, NZA 1998, 364.
- [9] BAG, Urteil v. 30.9.1998, 5 AZR 563/97, NZA 1999, 374; Vogelsang, Schaub, ArbR-Handbuch, 2009, § 8 Rz. 44.
- [10] BAG, Urteil v. 9.7.2003, 5 AZR 595/02, NZA-RR 2004, 9; Vogelsang, Schaub, ArbR-Handbuch, 2009, § 8 Rz. 42.
- [11] BAG, Urteil v. 12.9.1996, 5 AZR 104/95, NZA 1997, 600.
- [12] BAG, Urteil v. 24.6.1992, 5 AZR 384/91, NZA 1993, 174.
- [13] Reiserer/Freckmann, Freie Mitarbeit und Minijobs nach der Hartz IV-Reform, 2003, S. 22
- [14] BAG, Beschluss v. 16.7.1997, 5 AZB 29/96, NZA 1997, 1126.
- [15] Vgl. hierzu bereits unter Punkt 1.1.1.
- [16] Thüsing, Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, 2012, BGB Vor § 611 Rz. 71.
- [17] OLG Köln, Urteil v. 15.9.1993, 2 W 149/93, BB 1994 S. 145.
- [18] Reiserer, Moll, Münchner Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 2009, § 4 Rz. 33 ff. m. w. N.
- [19] BAG, Urteil v. 16.12.1999, 5 AZR 169/99.

3 Sozialversicherungsrecht (HI1749138)

Die vorstehenden Ausführungen zur Abgrenzung des Arbeitnehmers vom freien Mitarbeiter gelten ausschließlich für das Arbeitsrecht. Im Sozialversicherungsrecht gilt ein eigener Maßstab mit eigenen Abgrenzungskriterien, die sich zwar zu einem großen Teil überschneiden, aber nicht decken.

§ 7 Abs. 1 SGB IV definiert den sozialrechtlichen Begriff der "Beschäftigung". Er ist der maßgebliche Anknüpfungspunkt für die Versicherungspflicht etwa in der Arbeitslosenversicherung, der Krankenversicherung oder der Pflegeversicherung. Nach § 7 Abs. 1 SGB IV ist sozialversicherungspflichtige Beschäftigung die "**nichtselbstständige** Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis". Anhaltspunkte dafür sind eine "**Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung** in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers". Nach dem Wortlaut des § 7 Abs. 1 SGB IV scheidet eine Beschäftigung im sozialversicherungsrechtlichen Sinne bei selbstständiger Arbeit aus. Eine selbstständige Tätigkeit ist insbesondere durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen. Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung. Weichen etwa die vertraglichen Vereinbarungen von der tatsächlichen Vertragsdurchführung ab, ist allein die Vertragsdurchführung für die Beurteilung ausschlaggebend.[1] da über die Normen der Sozialversicherung grundsätzlich nicht im Wege der Privatautonomie verfügt werden kann.

Achtung

Arbeitnehmer- und Beschäftigtenbegriff identisch?

§ 7 Abs. 1 SGB IV hat keine Auswirkungen auf das Arbeitsrecht. Beschäftigten- und Arbeitnehmerbegriff sind nicht identisch, sondern sind zwei selbstständige Rechtsinstitute, die lediglich wegen der überwiegend gleichartigen Voraussetzungen der von der sozial- und arbeitsrechtlichen Rechtsprechung zugrunde gelegten Kriterien regelmäßig zusammenfallen. Dementsprechend existiert eine Reihe von Fallgruppen, in denen Arbeits- und Beschäftigungsverhältnis nicht identisch sind.[2]

Praxis-Beispiel

GmbH-Geschäftsführer

Aus arbeitsrechtlicher Sicht ist der Geschäftsführer einer GmbH in aller Regel nicht Arbeitnehmer, sondern in einem freien Dienstverhältnis beschäftigt. Aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht sind zumindest der Fremdgeschäftsführer - ohne Kapitalbeteiligung - aber auch der am Stammkapital nur geringfügig beteiligte Geschäftsführer regelmäßig als Beschäftigte einzuordnen[3].

Vorstand eines Vereins

Mitglieder des Vereinsvorstands sind in der Regel nicht Arbeitnehmer des Vereins im Sinne des Arbeitsrechts[4]. Aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht wird der Vorstand eines Vereins jedoch regelmäßig sozialversicherungspflichtig sein, soweit dieser nicht lediglich ehrenamtlich tätig ist[5].

Fußnoten zu HI1749138

- [1] Rofls, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 2012, § 7 SGB IV Rz. 9.
- [2] Rofls, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 2012, § 7 SGB IV Rz. 2 m. w. N.
- [3] Rofls, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 2012, § 7 SGB IV Rz. 3 m. w. N.
- [4] Vgl. hierzu im Einzelnen: Grambow, Organe von Vereinen und Stiftungen, 2011, Seite 73 Rz. 227.
- [5] Vgl. hierzu im Einzelnen: Grambow, Organe von Vereinen und Stiftungen, 2011, Seite 77 Rz. 237 ff.

4 Arbeitnehmerähnliche Selbstständige in der Rentenversicherung (HI3265866)

Soweit man eine Sozialversicherungspflicht aufgrund einer selbstständigen Tätigkeit ablehnt, kann sich trotz der Selbstständigkeit eine Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung ergeben. **§ 2 Nr. 9 SGB VI** statuiert für Personen, die im Zusammenhang mit ihrer selbstständigen Tätigkeit regelmäßig keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigen und auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig sind, eine Versicherungspflicht in der Rentenversicherung.

Achtung

Arbeitnehmerähnliche Personen

Der Begriff des arbeitnehmerähnlichen Selbstständigen ist nicht gleichzusetzen mit dem arbeitsrechtlichen Begriff der arbeitnehmerähnlichen Person (vgl. etwa in § 2 S. 2 BUrlG).

Nach § 169 Nr. 1 SGB VI werden die **Rentenversicherungsbeiträge selbstständig Tätiger von diesen selbst getragen**. Der selbstständig Tätige erhält demnach von seinem Auftraggeber keinen "Arbeitgeberanteil". Betroffen von dieser Regelung sind u. a. Vertreter von Versicherungen oder Bausparkassen, die nur für eine Firma tätig sind (sog. Einfirmenvertreter). Zwar können sich Versicherte nach § 6 SGB VI auf **Antrag** von der Versicherungspflicht befreien lassen. Die Befreiung wird jedoch nur dann eingeräumt, wenn eine andere Versorgung anstelle der gesetzlichen Rentenversicherung gewährleistet ist oder nennenswerte Anwartschaften in der Rentenversicherung nicht zu erwarten sind.

5 Risiken bei fehlerhafter Abgrenzung (HI3265867)

Wird ein Vertragsverhältnis fälschlicherweise nicht als Arbeitsverhältnis, sondern als freies Dienstverhältnis geführt und abgewickelt, liegt ein Fall der so genannten "Scheinselbstständigkeit" vor. Ist der als freier Mitarbeiter Bezeichnete in Wirklichkeit aber nicht selbstständig tätig, sondern abhängig beschäftigt, ergeben sich eine Reihe von Konsequenzen in arbeitsrechtlicher, sozialversicherungs- und steuerrechtlicher Hinsicht[1].

Fußnoten zu HI3265867

[1] Reiserer, Moll, Münchner Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 2009, § 5 Rz. 1.

5.1 Arbeitsrechtliche Schutzbestimmungen (HI3265868)

Eine der wichtigsten Konsequenzen im Bereich des Arbeitsrechts ist, dass sich der vermeintlich freie Mitarbeiter auf die Schutzbestimmungen des Arbeitsrechtes berufen kann. Der Arbeitnehmer genießt den allgemeinen **Kündigungsschutz** nach den Bestimmungen des KSchG, soweit die weiteren Voraussetzungen des KSchG vorliegen. Er kann sich bei Vorliegen der Voraussetzungen im Übrigen auch auf besondere Schutzbestimmungen wie das Mutterschutzgesetz, das Teilzeit- und Befristungsgesetz und auf besonderen Kündigungsschutz für Schwerbehinderte nach §§ 85 ff. SGB IX berufen. Ferner kann eine eventuell bereits ausgesprochene Kündigung wegen unterlassener Anhörung des Betriebsrates nach § 102 BetrVG unwirksam sein. Daneben kann der - scheinselbstständige - Arbeitnehmer Urlaubsansprüche nach den Bestimmungen des Bundesurlaubsgesetzes geltend machen und ggf. Ansprüche aus betrieblicher Altersversorgung. Außerdem kann er sich in vollem Umfang auf etwaige betriebliche Übungen - z. B. Weihnachtsgeld - sowie den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz berufen[1].

Fußnoten zu HI3265868

[1] Reiserer, Moll, Münchner Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 2009, § 5 Rz. 2.

5.2 Vergütung (HI3265869)

Stellt sich heraus, dass der freie Mitarbeiter in Wirklichkeit Arbeitnehmer ist, muss der Arbeitgeber den Arbeitnehmer vergütungsrechtlich so stellen, wie dies bei rechtzeitigem, korrekter Einordnung des Rechtsverhältnisses der Fall gewesen wäre[1]. In diesem Fall hat der Mitarbeiter nach § 612 BGB Anspruch auf Vergütung nach dem sachlich einschlägigen Tarifvertrag. Lässt sich aus Tarifrecht, Eingruppierungsrichtlinien oder sonstigen Umständen eine übliche Vergütung nicht bestimmen, kommt ein Anspruch auf angemessene Vergütung nach den §§ 316, 315 BGB in Betracht[2]. In der Regel erhalten in Unternehmen freie Mitarbeiter jedoch eine höhere Vergütung als Arbeitnehmer, weil sich freie Mitarbeiter selbst um Krankenversicherungsschutz und Altersversorgung kümmern müssen. Der Arbeitnehmer hat in diesem Fall grundsätzlich keinen Anspruch auf Vergütung nach den höheren Honorarbezügen, sondern nach der für Arbeitsverhältnisse üblichen Vergütung[3]. Hieraus können sich ggf. Rückforderungsansprüche des Arbeitgebers ergeben. Der Rückzahlungsanspruch des Arbeitgebers ergibt sich aus den Vorschriften der ungerechtfertigten Bereicherung, weil mangels Vorliegen eines freien Mitarbeiterverhältnisses ein Rechtsgrund für die Zahlung der höheren Vergütung nicht bestand, weil bei dem Arbeitgeber unterschiedliche Vergütungsordnungen für freie Mitarbeiter und für Arbeitnehmer galten. Der Rückzahlungsanspruch bezieht sich auf die Differenz zwischen beiden Vergütungen[4].

Fußnoten zu HI3265869

[1] Fuchs, Beck'scher Online-Kommentar BGB, stand: 1.5.2012, § 611 Rz. 43.

[2] Preis, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 2012, § 612 BGB Rz. 7 m. w. N.

[3] Preis a. a. O.

[4] Fuchs a. a. O.

5.3 Fehlerhafte Einordnung aus sozial-, straf- und steuerrechtlicher Sicht (HI3265870)

Sozialrecht

Die Beschäftigung von Scheinselbstständigen birgt für den Auftraggeber/Arbeitgeber erhebliche **sozialrechtliche Risiken**.^[1] Nach § 28e Abs. 1 SGB IV schuldet nämlich der Arbeitgeber für den zurückliegenden Zeitraum, für den ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis festgestellt worden ist, die angefallenen Gesamtsozialversicherungsbeiträge. Der Nachentrichtungsanspruch bezieht sich auf alle Bereiche der Sozialversicherung sowie auf den Arbeitgeber- als auch auf den Arbeitnehmeranteil. Damit haftet der Arbeitgeber gegenüber den Sozialversicherungsträgern für die Gesamtsozialversicherungsbeiträge allein. Anders als im Steuerrecht gibt es im Sozialversicherungsrecht keine Gesamtschuldnerhaftung von Arbeitgeber und Arbeitnehmer.

Nach § 28g SGB IV kann der Arbeitgeber **Sozialversicherungsanteile seiner Arbeitnehmer ausschließlich im Lohnabzugsverfahren** verlangen - und **rückwirkend nur für bis zu drei Lohnperioden**. Nach einem Ausscheiden des Arbeitnehmers scheidet ein Rückforderungsanspruch an der Unmöglichkeit des Lohnabzuges. Dies gilt auch, wenn beide Parteien das Arbeitsverhältnis zunächst für ein freies Mitarbeiterverhältnis hielten und der Arbeitnehmer erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegenüber der Krankenkasse die Prüfung seines sozialversicherungsrechtlichen Status, also seiner Versicherungspflichtigkeit veranlasst. Ebenso wenig sind Erstattungsansprüche wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage bzw. Schadensersatzansprüche wegen sittenwidriger Schädigung (§ 826 BGB) gegeben^[2].

Praxis-Tipp

Anfrageverfahren

Im Zweifelsfall ist zu empfehlen, von der Möglichkeit des sog. **Anfrageverfahrens** Gebrauch zu machen, und zwar möglichst rechtzeitig vor Beginn der Zusammenarbeit mit dem freien Mitarbeiter. Nach **§ 7a Abs. 1 S. 1 SGB IV** können die Beteiligten - Dienstberechtigter und Mitarbeiter - gemeinsam oder getrennt - schriftlich eine Entscheidung beantragen, ob eine Beschäftigung im Sinne des SGB vorliegt, es sei denn, die Einzugsstelle oder ein anderer Versicherungsträger hatte im Zeitpunkt der Antragstellung bereits ein Verfahren zur Feststellung einer Beschäftigung eingeleitet. Nach § 7a Abs. 2 SGB IV entscheidet die Deutsche Rentenversicherung Bund aufgrund einer Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls, ob eine Beschäftigung vorliegt.

Ein besonderes - z. T. obligatorisches - **Statusfeststellungsverfahren** gibt es für die Beschäftigung von Ehegatten/Lebenspartnern und Gesellschafter-Geschäftsführern einer GmbH.

Strafrecht

Die Beschäftigung von Scheinselbstständigen birgt zudem für den Dienstberechtigten **strafrechtliche Risiken**; nach § 266a StGB ist es strafbar, Beiträge zur Sozialversicherung nicht abzuführen.

Achtung

Irrtum ist in der Regel irrelevant

Die Strafbarkeit nach § 266a StGB entfällt i. d. R. nicht, wenn der Dienstberechtigte irrtümlich von einer selbständigen Tätigkeit ausgegangen war und deshalb keine Sozialversicherungsbeiträge abgeführt hatte. Obgleich man annehmen könnte, dem Dienstberechtigten fehle damit der Vorsatz für das Vorenthalten der sozialversicherungsrechtlichen Beiträge, sieht die Rechtsprechung dies anders. Ausreichend für den Vorsatz ist, dass der Dienstberechtigte Kenntnis über die tatsächlichen Umstände hatte, die eine Arbeitgeberstellung und damit eine Beitragspflicht begründen. Ein solcher Irrtum wird **regelmäßig** als **vermeidbar** angesehen, so dass eine Strafbarkeit nach § 266a Abs. 1 StGB besteht[3]. Etwas anderes gilt jedoch dann, wenn der Dienstberechtigte den Irrtum nicht vermeiden konnte, z. B. wenn er sich im Vorfeld von einem Rechtsanwalt beraten liess und ihn auch sonst kein Verschulden trifft.

Steuerrecht

Eine Fehleinschätzung des arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Status führt regelmäßig auch zu steuerrechtlichen Konsequenzen, da Einkommen aus einem Arbeitsverhältnis der Lohnsteuer unterliegt. Zwar ist der Arbeitnehmer Steuerschuldner der Lohnsteuer, allerdings haftet der Arbeitgeber nach § 42d Abs. 1 Nr. 1 EStG für die Einbehaltung und Abführung der Lohnsteuer. Durch die Haftung des Arbeitgebers soll die Steuerforderung gegen den Arbeitnehmer abgesichert werden, um Steuerausfälle zu verhindern. Nach § 42d Abs. 3 EStG haften Arbeitnehmer als Steuerschuldner und Arbeitgeber als Haftender gesamtschuldnerisch, die zuständige Finanzbehörde kann sich also aussuchen, von wem sie die Steuerschuld einzieht.

Fußnoten zu HI3265870

- [1] Dazu im Einzelnen Bisson/Schwab, AuA 2005 S. 276 ff.
[2] LAG Düsseldorf, Urteil v. 27.2.1995, 8 Sa1850/94, LAGE § 28 g SGB IV Nr. 4.
[3] Schulz, NJW 2006, S. 183 ff.

6 Statusänderung, Rechtsmissbrauch und Verwirkung (HI1749149)

Nachträgliche Statusänderung

Ein Arbeitnehmer wird nicht allein dadurch zum freien Mitarbeiter, dass der Arbeitgeber sein Weisungsrecht längere Zeit nicht ausübt[1]. **Soll ein Arbeitsverhältnis in ein freies Mitarbeiterverhältnis umgewandelt werden, so muss das unzweideutig vereinbart werden;** eine bloße Änderung der Bezeichnung des Rechtsverhältnisses reicht nicht aus. Die Bedingungen, unter denen die Dienste erbracht werden, müssen so gestaltet werden, dass die Voraussetzungen eines Arbeitsverhältnisses nicht mehr vorliegen[2]. Außerdem ist zu beachten, dass die **Umwandlung** eines Arbeitsverhältnisses in ein freies Dienstverhältnis der **Schriftform** (§ 623 BGB) bedarf[3].

Rechtsmissbrauch

Die Geltendmachung des Arbeitnehmers, er sei im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses beschäftigt, ist nicht schon deshalb rechtsmissbräuchlich, weil der Mitarbeiter nach der ausdrücklichen Vertragsformulierung eine freie Mitarbeit gewünscht hatte[4].

Rechtsmissbrauch kommt aber etwa in Betracht, wenn ein Arbeitnehmer zunächst seine Arbeitnehmereigenschaft gerichtlich feststellen lässt, dann aber auf eigenen Wunsch mit dem Arbeitgeber einen Vertrag abschließt, durch den das Arbeitsverhältnis aufgehoben wird, um wieder als freier Mitarbeiter tätig zu werden, um später erneut die Feststellung zu begehren, er sei Arbeitnehmer[5].

Ein Dienstnehmer handelt ebenfalls rechtsmissbräuchlich (§ 242 BGB), wenn er sich nachträglich darauf beruft, Arbeitnehmer gewesen zu sein, obwohl er auf eigenen Wunsch als freier Mitarbeiter tätig war und sich jahrelang allen Versuchen des Dienstgebers widersetzt hatte, ihn im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses zu beschäftigen[6].

Verwirkung

Es ist zudem anerkannt, dass ein Arbeitnehmer das Recht, sich auf seinen Arbeitnehmerstatus zu berufen, verwirken kann. Die Verwirkung setzt jedoch zunächst voraus, dass seit der Möglichkeit der Geltendmachung des Rechts und seiner tatsächlichen Ausübung eine längere Zeitspanne vergangen ist, während der der Berechtigte das ihm zustehende Recht nicht geltend gemacht hat (sog. **Zeitmoment**). Die erforderliche Dauer des Zeitablaufs richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls; die Bestimmung einer absoluten Zeitspanne ist mithin nicht möglich. Die Länge der Zeitspanne hängt vorwiegend davon ab, wie intensiv der Arbeitnehmer einen Vertrauenstatbestand beim Arbeitgeber dahingehend geschaffen hat, der Arbeitnehmer werde seinen Arbeitnehmerstatus nicht geltend machen. Der Arbeitgeber muss auch tatsächlich darauf vertraut haben und auch bei verständiger Würdigung aller Umstände darauf vertraut haben dürfen (sog. **Umstandsmoment**). Ein solches Vertrauen kann etwa dadurch entstehen, dass der Arbeitnehmer einen Betriebsübergang nicht zum Anlass nimmt, seinen Arbeitnehmerstatus geltend zu machen[7]. Der Zeitablauf kann umso kürzer sein, je gravierender das Umstandsmoment ist. Umgekehrt sind an das Umstandsmoment geringere Anforderungen zu stellen, je länger die abgelaufene Zeit ist[8]. Die verspätete Inanspruchnahme muss zudem unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls als eine mit Treu und Glauben nicht zu vereinbarende Belastung erscheinen.

Fußnoten zu HI1749149

- [1] Preis, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 2012, § 611 Rz. 36.
- [2] BAG, Urteil v. 12.9.1996, 5 AZR 1066/94, BB 1996 S. 2690
- [3] LAG Berlin, Urteil v. 5.3.2003, 17 Sa 2269/02, NZA-RR 2003 S. 516.
- [4] BAG, Urteil v. 8.11.2006, a. a. O.
- [5] BAG, Urteil v. 11.12.1996, 5 AZR 855/95, BB 1997 S. 1850.
- [6] BAG, Urteil v. 11.12.1996, 5 AZR 708/95, BB 1997 S. 1484.
- [7] Zu den Einzelheiten vgl. LAG Köln, Urteil v. 6.7.2001 - 11 Sa 373/01 = NZA-RR 2002, 346.
- [8] Vgl. hierzu im Allgemeinen: Mansel, Jauernig, BGB, 2009, § 242, Rz. 61 m. w. N.

7 Prüfliste (HI1749167)

1. Kann der Auftragnehmer den Ort seiner Tätigkeit frei bestimmen?
2. Ist es möglich, die Anwesenheit des Auftragnehmers im Betrieb weitestgehend zu vermeiden?
3. Kann der Auftragnehmer die Zeit, in der er im Rahmen des Vertragsverhältnisses tätig wird, dem Umfang und der Lage nach frei bestimmen?
4. Kann der Auftragnehmer die Art und Weise der Durchführung seiner Tätigkeit frei bestimmen und organisieren?
5. Steht es dem Auftragnehmer frei, ausserhalb des abgeschlossenen Vertrages für andere Auftraggeber tätig zu werden?
6. Steht es dem Auftragnehmer frei, Aufträge abzulehnen?
7. Leistet der Auftragnehmer hauptsächlich komplexere Tätigkeiten, bei denen eine Weisungsunabhängigkeit die Regel ist oder einfachere Tätigkeiten?
8. Ist der Auftragnehmer frei von folgenden, für Arbeitnehmer typischen Bindungen:
 - Betriebliche Richtlinien, Organisationsanweisungen, Merkblätter, Rundschreiben, Aushänge;
 - Verpflichtung, andere zumutbare Arbeiten zu übernehmen;
 - Verpflichtung, Einzelanweisungen nachzukommen;
 - Anwesenheitspflicht zu festgelegten Zeiten in Büroräumen des Unternehmens;
 - Verbot anderweitiger Erwerbstätigkeit?
9. Kann der Auftragnehmer im Wesentlichen seinen Auftrag erfüllen, ohne auf die Zusammenarbeit mit Arbeitnehmern des Auftraggebers angewiesen zu sein?
10. Ist der Auftragnehmer Arbeitnehmern des Auftraggebers weder untergeordnet noch als Vorgesetzter übergeordnet?
11. Ist eine Verpflichtung des Auftragnehmers, Vertretungen zu übernehmen, ausgeschlossen?
12. Ist eine Aufnahme des Auftragnehmers in Dienstpläne und in die Urlaubsplanung ausgeschlossen?
13. Sind Besitz eines Firmenausweises, Eintragung in das Telefonverzeichnis, Aufnahme in Organisationsplan und Vergabe eines Postverteilungsschlüssels ausgeschlossen?
14. Kann sich der Auftragnehmer als Unternehmer akquisitorisch auf dem Markt betätigen?

15. Kann der Auftragnehmer eigene Mitarbeiter einstellen und ggf. im Rahmen seiner Verpflichtungen gegenüber dem Auftraggeber einsetzen?
16. Ist gewährleistet, dass der Auftragnehmer Abwesenheit (Urlaub, Krankheit) allenfalls anzeigen, keinesfalls aber rechtfertigen muss?
17. Kann bei der Vertragsgestaltung Folgendes erreicht werden?
 - Vergabe eines fest umrissenen Auftrags mit Endtermin;
 - erfolgsabhängige Vergütung;
 - bei längerfristiger Zusammenarbeit, insbesondere aus dienstvertraglicher Basis: Kündigungsfrist gemäß § 621 BGB?
 - Vermeidung Urlaub, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, Überstundenvergütung, Sozialleistungen, Bezeichnung als Arbeitsverhältnis bzw. Arbeitnehmer etc.

Neutrale Bezeichnungen bevorzugen

Was auf dem Papier steht, ist im Zweifelsfall nicht (allein) entscheidend. Wenn aber ein Vertrag als "Arbeitsvertrag" bezeichnet ist, die Vergütung nach (nachgewiesener) Zeit berechnet wird und die Kündigungsfrist aus § 622 BGB entnommen ist, wird es erheblich aufwendiger, im Statusverfahren die Feststellung eines Arbeits- bzw. sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses zu vermeiden. Neutrale Bezeichnungen wie "Auftragnehmer" oder "Auftrag" sind zu bevorzugen.

1. Verfügt der Auftragnehmer für seine Tätigkeit über eigene Geschäftsausstattung (z. B. Telefon, Fax, Anrufbeantworter, Computer/Laptop, Mobiltelefon, Geschäftspapier, Domain, Dienstwagen) ? Verfügt er über sonstige eigene Arbeitsmittel insbesondere Werkzeug und/oder Material?
2. Liegen folgende formelle Merkmale vor:
 - Gewerbeanmeldung,
 - Abführung von Umsatzsteuer,
 - eigenes Geschäftskonto,
 - eigene Buchführung,
 - Eintrag ins Branchenverzeichnis,
 - Mitgliedschaft in IHK, Handwerkskammer o. ä.?

Anmerkung

Auch diese Punkte sind nicht (allein) ausschlaggebend, häufig werden sie z. T. als unbeachtlich bezeichnet. Aber sie "gehören dazu" und können im Einzelfall wichtig werden, wenn anhand der übrigen Merkmale keine eindeutige Statusfeststellung möglich ist.

8 Praktische Hinweise (HI1749168)

Auf folgende Punkte ist hier hinzuweisen:

8.1 Vergütung (HI1749170)

Wird die Vergütung in Form von laufenden monatlichen Zahlungen gewährt, so ist dies ein Indiz für ein Arbeitsverhältnis. Zwar ist eine Abrechnung nach Leistung allein kein durchschlagendes Argument für die Annahme eines freien Mitarbeiterverhältnisses, sie ist aber zu bevorzugen.

8.2 Sonstige finanzielle Leistungen (HI1749171)

Das sollte selbstverständlich sein: Freie Mitarbeiter dürfen **keine**

- Urlaubsvergütung,
- Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall,
- verbilligte Werksverpflegung,
- Weihnachtsgeld usw. erhalten.

Dem freien Mitarbeiter solche Leistungen zu gewähren, stellt ein klassisches "Eigentor" dar.

8.3 Verwaltung (HI1749172)

Konsequenterweise darf ein freier Mitarbeiter nicht in der Personalverwaltung verwaltet werden. Vielmehr hat dies in der **Kreditorenbuchhaltung oder im Einkauf** zu erfolgen. Auch eine Personalakte darf nicht geführt werden.

8.4 Umfang der Inanspruchnahme (HI1749173)

Ferner sollte in der Praxis unbedingt darauf geachtet werden, dass die Kapazität des freien Mitarbeiters

- möglichst nicht in voller Höhe (am besten: zu weniger als 50 %)
- und
- möglichst nicht über einen längeren Zeitraum, etwa mehr als ein Jahr, ununterbrochen in Anspruch genommen wird.

Die **Möglichkeit des Auftragnehmers, auch anderweitig Einkünfte zu erzielen**, muss auch faktisch bestehen.

Jedenfalls ist ein Nebentätigkeits- oder Konkurrenzverbot für den Mitarbeiter tunlichst zu vermeiden.

Anderenfalls wäre zu erwägen, die Inanspruchnahme so hoch anzusetzen, dass der Auftragnehmer eigenes Personal einsetzen muss.