

Freie Mitarbeit wieder im Trend

– Flucht aus der Leiharbeit –

► DB0578922

I. Einleitung

Nachdem das Thema der freien Mitarbeit in den letzten Jahren an Bedeutung verloren hatte¹, gewinnt es nun wieder an Aktualität. Seit Sommer letzten Jahres sind „Equal Pay Tarifverträge“ in Kraft, die Branchenzuschläge im Fall der Leiharbeit vorsehen². Leiharbeit wird damit teurer. Die Praxis hat bereits reagiert: Unternehmen lösen die Personalbeschaffung nicht mehr nur durch Leiharbeit, sondern vermehrt durch Werk- und Dienstverträge und setzen dafür eigene Arbeitnehmer oder freie Mitarbeiter ein. Diese Entwicklung war den Gewerkschaften schon seit längerer Zeit ein „Dorn im Auge“. Ihre Lobbyarbeit trägt nunmehr Früchte: Die SPD hat am 19. 2. 2013 einen Gesetzesentwurf in den Bundestag eingebracht, um den Missbrauch mit Werkverträgen einzudämmen³. Sowohl Werkverträge als auch freie Mitarbeit stehen (wieder) auf dem Prüfstand. Der vorliegende Beitrag befasst sich mit den Voraussetzungen für das Tätigwerden als freier Mitarbeiter.

II. Wer ist Arbeitnehmer?

Ob jemand Arbeitnehmer ist, lässt sich nicht anhand einer gesetzlichen Definition bestimmen. Eine solche existiert – und dies mag verwundern – trotz der Bedeutung des Arbeitnehmerbegriffs nicht. Ob jemand Arbeitnehmer ist, ergibt sich anhand von zahlreichen Merkmalen. Entscheidendes Merkmal der Arbeitnehmereigenschaft ist vor allem die persönliche Abhängigkeit des Mitarbeiters⁴.

Auch dafür, wann eine solche persönliche Abhängigkeit vorliegt, gibt es keine gesetzliche Definition. Um sich der Bedeutung des Begriffs der *persönlichen Abhängigkeit* anzunähern, hilft man sich mit einer Abgrenzung der Arbeitnehmereigenschaft von der freien Mitarbeit (oder Selbstständigkeit). Für diese Abgrenzung kann § 84 Abs. 1 Satz 2 HGB herangezogen werden. Diese Norm regelt zwar unmittelbar nur, wer selbstständiger Handelsvertreter ist und wer abhängig Beschäftigter kaufmännischer Angestellter ist. Sie enthält aber eine allgemeine gesetzgeberische Wertung, die bei der Unterscheidung von Arbeitnehmern und freien Mitarbeitern (oder Selbstständigen) herangezogen werden kann⁵. Nach dieser Bestimmung ist selbstständig, wer im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Unselbstständig und damit persönlich abhängig ist derjenige Beschäftigte, der hinsichtlich Zeit, Dauer und Ort der Ausführung der versprochenen Dienste einem umfassenden Weisungsrecht unterliegt.

III. Persönliche Abhängigkeit bestimmt durch Einzelmerkmale

Ob eine Person persönlich abhängig ist, lässt sich nicht anhand von abstrakten, für alle Arbeitsverhältnisse geltenden Kriterien bestimmen⁶. Die persönliche Abhängigkeit wird unter Berücksichtigung der Eigenarten der jeweiligen Tätigkeit durch Einzelmerkmale bestimmt. Dabei gibt es kein Einzelmerkmal, welches aus der Vielzahl möglicher Kriterien unverzichtbar vorliegen muss. Nur im Rahmen einer wertenden Gesamtschau und einer Überprüfung der in Betracht kommenden Abgrenzungskriterien kann entschieden werden, ob das zwischen zwei Parteien beste-

hende Vertragsverhältnis ein Arbeits- oder ein freies Mitarbeiterverhältnis ist⁷. Der Grad der persönlichen Abhängigkeit, in der sich der zur Dienstleistung Verpflichtete befindet, entscheidet darüber, ob er selbstständig oder abhängig beschäftigt ist.

Im Wesentlichen wird die persönliche Abhängigkeit bestimmt durch

- das Weisungsrecht des Arbeitgebers in Bezug auf Ort, Zeit und Fachanweisungen,
- die Eingliederung des Mitarbeiters in den Betrieb⁸
- und die Eigenart der jeweiligen Tätigkeit⁹.

Ob diese Merkmale vorliegen wird anhand einer Reihe von Abgrenzungskriterien bestimmt. Sie können bei der Prüfung im Einzelfall als eine Art Check-Liste dienen¹⁰.

1. Örtliche Weisungsgebundenheit

Ist der Leistende verpflichtet, die Dienste an einem bestimmten Ort zu erbringen, den er nicht selbst bestimmen kann, liegt i. d. R. ein Arbeitsverhältnis vor¹¹. Entscheidend ist, ob der Mitarbeiter zum regelmäßigen Erscheinen am Arbeitsort bzw. in den Betriebsräumen verpflichtet ist. Nicht zu verwechseln ist die örtliche Weisungsgebundenheit mit der Eingliederung in den Betrieb. Denn auch im Außenbereich Tätige – wie Außendienstmitarbeiter oder Monteure – können im Hinblick auf den Arbeitsort engen Bindungen ihres Arbeitgebers unterliegen¹².

2. Zeitliche Weisungsgebundenheit

Kann der Dienstberechtigte Dauer und zeitliche Lage der zu erbringenden Leistung im Rahmen der arbeits- und tarifvertraglichen Vereinbarung bestimmen, ist der Dienstleistende zeitlich weisungsgebunden. Hat er keine Möglichkeit, nach Belieben Termine wahrzunehmen, spricht dies für eine abhängige Be-

RAin Dr. Anke Freckmann ist Partnerin der Kanzlei Osborne Clarke, Köln.

- 1 Anders war dies noch vor 13 Jahren, als mit Wirkung zum 1. 1. 1999 das Gesetz zur Bekämpfung der Scheinselbstständigkeit in Kraft trat (BGBl. I 1998 S. 3843). Das Gesetz hat wie selten ein anderes gleichermaßen die Tagespresse und Fachliteratur beschäftigt. Korrigiert hat der Gesetzgeber diese damals unhaltbare Situation zunächst mit dem dann rückwirkend zum 1. 1. 1999 in Kraft getretenen Korrekturgesetz zur Förderung der Selbstständigkeit (BGBl. I 2000 S. 2) und sodann durch das Gesetz für moderne Dienstleistungen (BGBl. I S. 4607 [4621]) vgl. dazu Reiserer/Freckmann/Träumer, Scheinselbstständigkeit, geringfügige Beschäftigung, 2002, Rdn. 118, 138.
- 2 S. zum Equal Pay und den tariflichen Branchenzuschlägen: Freckmann/Gallini, BB 2013 S. 309.
- 3 BT-Drucks. 17/12378; vgl. FAZ vom 20. 2. 2013.
- 4 BAG vom 21. 2. 1990 – 5 AZR 162/89, EzA § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 32.
- 5 BAG vom 21. 2. 1990, a.a.O. (Fn. 4).
- 6 BAG vom 23. 4. 1980 – 5 AZR 426/79, DB 1980 S. 1996.
- 7 BAG vom 25. 5. 2005 – 5 AZR 347/04, DB 2005 S. 2529 (LS).
- 8 BAG vom 25. 5. 2005, a.a.O. (Fn. 7); vom 24. 3. 2004 – 5 AZR 233/04, EzA § 134 BGB 2002 Nr. 6.
- 9 BAG vom 25. 5. 2005, a.a.O. (Fn. 7), Nr. 6; vom 24. 3. 2004, a.a.O. (Fn. 8), Nr. 6.
- 10 Ausführl. Preis, in: Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht, 4. Aufl. 2012, Grundl. Rdn. 23; Reiserer/Freckmann/Träumer, a.a.O. (Fn. 1), Rdn. 25.
- 11 BAG vom 13. 1. 1983 – 5 AZR 149/82, DB 1983 S. 2042.
- 12 BAG vom 6. 5. 1998 – 5 AZR 247/97, DB 1998 S. 2609 (LS) = NZA 1999 S. 205 = AP Nr. 102 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

schäftigung¹³. Hat der Verpflichtete eine zweck- und zeitbestimmte Arbeitsleistung mit im Voraus nicht abgegrenzten Einzelleistungen zugesagt, spricht dies ebenfalls für ein Arbeitsverhältnis. Gelockert ist die zeitliche Weisungsgebundenheit aber durch Arbeitszeitrahmen oder aber durch Gleitzeitregelungen. Jedoch liegt auch dann eine arbeitsvertragliche, zeitliche Bindung vor, wenn der Arbeitgeber gerade das Interesse an einer Leistungserbringung zu einer bestimmten Zeit hat. Dies ist etwa bei Arbeitszeitbereitschaft, Rufbereitschaft oder Bereitschaftsdiensten gegeben. Freie Arbeitszeit wird regelmäßig bejaht, wenn keine festen Dienststunden bestehen, also Anfang und Ende der Arbeitszeit frei regelbar sind. Ferner ist grundsätzlich von Bedeutung, dass die Vertragsparteien keinen zeitlich festgelegten Mindestumfang der Tätigkeit vereinbaren bzw. keine Vorgaben bestehen, zu welcher Zeit bestimmte Arbeitsvorgänge abgeschlossen sein müssen.

3. Fachliche Weisungsgebundenheit

Der Arbeitgeber bestimmt im Rahmen seines Direktionsrechts die Art der Tätigkeit und erteilt fachliche Weisungen. Jedoch ist dieses Abgrenzungskriterium gerade bei hochqualifizierten Mitarbeitern und Führungskräften weniger geeignet, wenn sie die Arbeiten fachlich weitestgehend selbstständig durchführen (etwa der Chefarzt einer Klinik, der trotz Arbeitnehmerstellung keinen fachlichen Weisungen unterliegt).

4. Organisatorische Abhängigkeit, Eingliederung in den Betrieb

Überprüft wird, ob und inwieweit der Mitarbeiter in eine fremdbestimmte Arbeitsorganisation eingebunden ist. Ein eigenes Büro bzw. Arbeitszimmer in den Betriebsräumen des Auftraggebers und die Überlassung von betrieblichen Einrichtungen bzw. Arbeitsgeräten zur Nutzung sind hier von Relevanz. Die Frage der Stellung des Mitarbeiters in der Organisation und Hierarchie beim Auftraggeber wird unter dem Kriterium „Eingliederung in den Betrieb“ überprüft. Organisatorische Weisungsgebundenheit liegt vor, wenn der Einzelne Anweisungen hinsichtlich der Arbeit in einer bestimmten Abteilung und in Zusammenarbeit mit bestimmten Mitarbeitern erteilen kann. Dies ist auch und insbes. bei der Anordnung von Gruppenarbeit der Fall¹⁴. Ist der Mitarbeiter anderen im Dienste des Auftraggebers stehenden Personen übergeordnet oder untergeordnet oder hat er die Pflicht, Vertretungen zu übernehmen, spricht dies für ein Arbeitsverhältnis. Aus der Organisation der Tätigkeit und der Art und Weise kann ebenfalls das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses gefolgert werden¹⁵.

5. Aufnahme in einen Dienstplan

Darunter sind indes nur Dienstpläne zu verstehen, die den Mitarbeiter einseitig zu bestimmten Zeiten in einem bestimmten Umfang und zu bestimmten Tätigkeiten heranziehen. Wird er in Dispositions- und Raumbelegungspläne bzw. sonstige Organisationspläne aufgenommen, die bei einem begrenzten Angebot von benötigten technischen Einrichtungen auch für freie Mitarbeiter unumgänglich sind, ist dies unschädlich.

6. Leistungserbringung in eigener Person

Die persönliche Einbindung spricht für die Arbeitnehmereigenschaft. Zu prüfen ist, ob der Mitarbeiter die Leistung persönlich zu erbringen oder ob er hierzu Dritte einschalten durfte und auch tatsächlich eingeschaltet hat. Schaltet der Mitarbeiter tatsächlich Dritte zur Leistungserbringung – nicht nur ausnahmsweise – ein, führt dies zumeist zur Verneinung eines Arbeitsver-

hältnisses¹⁶. Sieht der Freie-Mitarbeitervertrag jedoch die Befugnis zum Einsatz von Hilfspersonen vor, macht der freie Mitarbeiter aber von dieser Berechtigung nicht oder nur ausnahmsweise Gebrauch und leistet persönlich, stellt die Möglichkeit, Dritte einzuschalten, dagegen nur eines von mehreren im Rahmen der Gesamtabwägung zu beachtenden Kriterien dar¹⁷.

7. Verpflichtung, angebotene Aufträge anzunehmen

Wenn die Vertragsparteien eine solche Verpflichtung in dem Vertragswerk aufgenommen haben, spricht dies für das Bestehen einer Arbeitnehmerstellung. Entscheidend ist die tatsächliche Handhabung. Wenn etwa ein Mitarbeiter, die ihm angebotenen Aufträge abgelehnt hat, und in Zukunft nicht mehr zu dem potenziellen Vertragspartnerkreis gezählt wird, spricht viel dafür, dass jedenfalls eine faktische Verpflichtung zur Übernahme angebotener Aufträge besteht¹⁸.

8. Unternehmerisches Auftreten am Markt

Geprüft wird hier die Gestaltung der Visitenkarten des Mitarbeiters sowie seiner eigenen E-Mailadresse und Homepage, oder auch sein Auftreten in Abgrenzung zu fest angestellten Vertriebsmitarbeitern des Auftraggebers.

Auch der Einsatz eigenen Kapitals kann als ein Indiz für die Übernahme eines unternehmerischen Risikos bzw. einer Chance gesehen werden. Wer etwa ohne eigenes Kapital sein Betriebskapital vom Auftraggeber gegen Entgelt gestellt bekommt, in eine Arbeitsorganisation eingegliedert ist und in zeitlicher sowie örtlicher Hinsicht weisungsgebunden arbeitet, ohne unternehmerisch am Markt aufzutreten, der kann wohl nicht mehr als selbstständiger Unternehmer angesehen werden.

9. Einheitliche Behandlung von freien Mitarbeitern und Arbeitnehmern, die mit gleichartigen Aufgaben betraut sind

Dies spielt dann eine große Rolle, wenn der Auftraggeber unterschiedliche Personengruppen mit gleichartigen Aufgaben betraut. Diese grundsätzlich zulässige Möglichkeit ist etwa im Vertrieb denkbar, wenn ein Teil der Vertriebsaufgaben mit fest angestellten Vertriebsmitarbeitern, der verbleibende Bereich des Vertriebs dagegen mit freien Handelsvertretern gestaltet wird. Auch bei beratenden Berufen ist es im Einzelfall vorstellbar, dass z. B. neben fest angestellten Rechtsanwälten auch selbstständige Rechtsanwälte Anwaltsaufgaben übernehmen, ohne mit dem Auftraggeber gesellschaftsrechtlich in einer Sozietät verbunden zu sein. Insoweit ist von Relevanz, dass der Umgang mit den Arbeitnehmern gänzlich anders gestaltet ist, als die Zusammenarbeit mit den selbstständigen Mitarbeitern. Diese Abgrenzungsverpflichtung bezieht sich dabei auf sämtliche Einzelkriterien, sodass eine gegenüberstellende Gesamtschau nach den wesentlichen Abgrenzungskriterien zu erstellen ist.

10. Gesamte Arbeitskraft

Allein der Umstand, dass der Mitarbeiter wöchentlich 42 Stunden für einen Auftraggeber tätig ist, führt nicht zur Bejahung eines Arbeitsverhältnisses¹⁹.

13 BAG vom 6. 5. 1998, a.a.O. (Fn. 12).

14 ErFK/Preis, § 611 BGB, Rdn. 164.

15 BAG vom 30. 11. 1994 – 5 AZR 704/93, DB 1995 S. 1767.

16 BAG vom 16. 7. 1997 – 5 AZR 312/96, DB 1997 S. 2437; für den Frachtführer siehe LAG Köln vom 29. 5. 2006 – 14(5) Sa 1343/05, AR-Blattei ES 120 Nr. 22.

17 BAG vom 19. 11. 1997 – 5 AZR 653/96, DB 1998 S. 624.

18 BAG vom 16. 6. 1998 – 5 AZN 154/98, DB 1998 S. 2276 (LS) = AP Nr. 101 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

19 BAG vom 19. 1. 2000 – 5 AZR 644/98, DB 2000 S. 1520 = NZA 2000 S. 1102.

11. Dauerrechtsverhältnis

Der Umstand, dass es sich bei den Rechtsbeziehungen zwischen den Vertragsparteien um ein einheitliches Dauerrechtsverhältnis von über zehn Jahren gehandelt hat, führt für sich genommen nicht zur Bejahung eines Arbeitnehmerverhältnisses²⁰.

12. Ergänzende formelle Abgrenzungskriterien

Für die Abgrenzung sind in erster Linie die Umstände der Dienstleistung entscheidend, nicht aber die Modalitäten der Vertragsabwicklung²¹. Dennoch können auch formelle Kriterien als Indiz herangezogen werden und damit für die Beurteilung der persönlichen Abhängigkeit des Dienstleistenden mit entscheidend sein. Diese Indizien bzw. formellen Kriterien haben aber nur eine Hilfsfunktion und die Entscheidung kann nicht ausschließlich auf sie gestützt werden. Als formelle Abgrenzungskriterien kommen folgende Gesichtspunkte in Betracht:

- Modalitäten in der Entgeltzahlung (Festvergütung), insbes. das (über einen längeren Zeitraum) erfolgte Ausweisen von Mehrwertsteuer durch den Beschäftigten
- Abführen von Lohnsteuer und Sozialversicherungsbeiträgen
- Führung von Personalakten
- Weiterbezahlung des Entgelts im Krankheitsfall
- antragsgemäße Gewährung von Urlaub und Weiterbezahlung des Entgelts im Urlaubsfall²²
- Anmeldung eines Gewerbes.

13. Weitere Merkmale

Daneben zieht das BAG eine Reihe weiterer Merkmale heran, um das Vorliegen einer persönlichen Abhängigkeit zu beurteilen. Hierzu zählen z. B.

- weit reichende Kontroll- und Mitspracherechte des Arbeitgebers bezüglich Produktions- und Betriebsmitteln, Ablehnung von Aufträgen, Preiskalkulation, Werbemaßnahmen und Kundenakquisition
- umfangreiche Berichtspflicht
- fehlende eigene Betriebs- und Produktionsmittel bzw. Beschaffung der Betriebs- und Produktionsmittel vor allem mit Darlehen und Kapital des Auftraggebers
- Bestehen einer Ausschließlichkeitsklausel (Bindung an nur einen Auftraggeber), also die fehlende Möglichkeit, auch für andere Auftraggeber tätig zu sein
- Verbot gegenüber Kunden unternehmerisch etwa mit Logo, im eigenen Namen, auf eigene Rechnung aufzutreten
- vorherige Ausübung der gleichen Tätigkeit als Arbeitnehmer bei gleichem Arbeitgeber
- Bezeichnung der Entlohnung als festes Gehalt anstelle einer Umsatzbeteiligung oder sonst bezogenen Beteiligung
- Bestehen von tariflichen Urlaubs- und Lohnfortzahlungsansprüchen
- Fehlen eines Unternehmerrisikos
- jederzeit Zugriffs- und Einwirkungsmöglichkeit des Auftraggebers

IV. Feststellung der persönlichen Abhängigkeit anhand einer Einzelfallabwägung unter Berücksichtigung der jeweiligen Tätigkeit

Abstrakte, für alle Arbeitsverhältnisse geltende Kriterien lassen sich nicht aufstellen. Es muss daher in jedem Einzelfall die un-

selbstständige Tätigkeit von der selbstständigen typologisch abgegrenzt werden. Bei dieser Einzelfallabwägung ist ebenfalls der *Eigenart der jeweiligen Tätigkeit* Rechnung zu tragen²³. Bei der Abgrenzung abhängiger Beschäftigung von freier Mitarbeit sind die das Rechtsverhältnis prägenden charakteristischen Merkmale gegeneinander abzuwägen. Maßgeblich ist dabei der Inhalt des Beschäftigungsvertrags und die praktischen Durchführung und Gestaltung der Vertragsbeziehung. Nicht zu verhehlen ist, dass die Gerichte durch die Vielzahl und Vielschichtigkeit der Abgrenzungskriterien im Einzelfall großen Spielraum haben. Durch die unterschiedliche Gewichtung oder andere Betonung, die Auswahl der Einzelkriterien bzw. das Weglassen einzelner Gesichtspunkte kann es daher zu einer anderen Bewertung im Einzelfall kommen. Dies macht es in der Praxis so schwierig, gerade in den „Graubereichen“ zu klaren Ergebnissen zu kommen.

V. Entscheidend ist, wie es tatsächlich „gelebt“ wird

Die Vertragsparteien haben kein Wahlrecht. Über die rechtliche Einordnung des Rechtsverhältnisses entscheidet nicht die Bezeichnung des jeweiligen Vertrags und nicht die gewünschte Rechtsfolge, sondern ausschließlich der Geschäftsinhalt. Es kommt allein auf die tatsächliche Vertragsabwicklung an. Maßgeblich sind somit in erster Linie die tatsächlichen Umstände, unter denen die Dienstleistung zu erbringen ist, nicht die Bezeichnung, die die Parteien ihrem Rechtsverhältnis gegeben haben oder eine von ihnen gewünschte Rechtsfolge²⁴. Was Geschäftsinhalt ist, ergibt sich aus den ausdrücklichen Vereinbarungen der Parteien²⁵, und aus der tatsächlichen Durchführung des Vertrags. Sollten sich im Einzelfall die getroffene Vereinbarung und die praktische Durchführung widersprechen, so ist stets letztere maßgebend²⁶.

VI. Einzelfälle²⁷

Ungeachtet der bisherigen Ausführungen lässt sich für die verschiedenen Berufsgruppen dennoch eine gewisse Tendenz bezüglich der Einordnung als Arbeitnehmer oder freier Mitarbeiter feststellen. Im Folgenden sind daher Einzelfälle aufgeführt, die einen Eindruck darüber verschaffen sollen, in welchen Berufsbereichen vermehrt Arbeitnehmer bzw. freie Mitarbeiter eingesetzt werden:

1. Berufe in Produktions- und Baubetrieben

Davon ausgehend, dass zum einen der Industrie- und zum anderen der Bauarbeiter die wohl gängigsten Beispiele für diese Berufsgruppe darstellen, kann festgestellt werden, dass Dienstleistungen in diesem Bereich in aller Regel von Arbeitnehmern durchgeführt werden. Dafür sprechen vor allem die Weisungsgebundenheit in Bezug auf Zeit und Ort der Tätigkeit sowie die Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Dienstberechtigten.

2. Berufe im Dienstleistungsbereich

Im Bereich der Dienstleistungen fällt die Abgrenzung dagegen wesentlich uneinheitlicher aus. Hier lässt sich von vorneherein

20 BAG vom 19. 1. 2000, a.a.O. (Fn. 19).

21 BAG vom 9. 6. 1993 – 5 AZR 123/92, DB 1994 S. 787 = NZA 1994 S. 169.

22 BAG vom 24. 3. 2004, a.a.O. (Fn. 8).

23 BAG vom 9. 2. 2005 – 5 AZR 175/04, DB0112361 = AP Nr. 12 zu § 611 BGB Lohnrückzahlung.

24 BAG vom 22. 4. 1998 – 5 AZR 342/97, DB 1998 S. 2167 (LS) = NZA 1998 S. 1336; vom 21. 4. 2005 – 2 AZR 125/04, EzA § 626 BGB 2002 Nr. 8 (st. Rspr.).

25 Siehe etwa BAG vom 21. 4. 2005, a.a.O. (Fn. 24).

26 BAG vom 20. 7. 1994 – 5 AZR 627/93, DB 1994 S. 2502; LAG Hamm vom 19. 1. 2006 – 4 Sa 1959/04.

27 Preis, a.a.O. (Fn. 10), Grundlagen C, Rdn. 36.

keine eindeutige Grundtendenz zugunsten einer bestimmten Einstufung feststellen. Aus diesem Grund soll daher auf die einzelnen Berufe abgestellt werden.

Gebäudereiniger und Reinigungskräfte sind in den meisten Fällen Arbeitnehmer. Das hängt schon damit zusammen, dass sie in ihrer Tätigkeit vor allem örtlich, aber auch zeitlich weisungsgebunden sind.

Kundenberater sind dann Arbeitnehmer, wenn sie ihren Dienst beim Kunden nach den inhaltlichen Unterweisungen ihres Auftragsgebers zu verrichten haben.

Pharmaberater führen ihre Tätigkeit als Arbeitnehmer aus, wenn ihnen neben einem bestimmten Reisegebiet eine Mindestanzahl an Praxisbesuchen vorgeschrieben ist und wenn sie über die geführten Gespräche Nachweise zu erbringen haben.

Piloten sind in aller Regel Arbeitnehmer.

3. Ortsgebundene Tätigkeiten

Im Rahmen der ortsgebundenen Tätigkeiten stellt insbes. der Außendienstmitarbeiter (Journalist, Telearbeiter, Vertreter) einen interessanten Fall der Abgrenzung dar. Zwar können solche Mitarbeiter zumeist den Ort der Leistungserbringung frei bestimmen, können zugleich aber aufgrund anderer Formen der Weisungsgebundenheit so abhängig von ihrem Auftragsgeber sein, dass sie dennoch als Arbeitnehmer einzustufen sind. An dieser Stelle ist dann vermehrt auf Kriterien wie die fachliche Weisungsgebundenheit und die Einordnung in bestimmte Betriebsabläufe des Dienstberechtigten abzustellen.

4. Fachlich weisungsfreie Tätigkeiten

Beispielhaft für solche Tätigkeiten, bei denen hochqualifizierte Berufsgruppen keinerlei fachlicher Weisungsgebundenheit unterliegen, sind sowohl Chefärzte als auch Wissenschaftler und Künstler. Auch wenn hier die fachliche Weisungsfreiheit augenscheinlich im Vordergrund steht, so bleibt dennoch festzuhalten, dass vor allem Chefärzte und Wissenschaftler i. d. R. einem festgelegten Dienstplan unterfallen und somit in die betriebliche Organisation des Auftraggebers eingeordnet sind. Dementsprechend steht letztlich vor allem dieser Aspekt im Vordergrund und führt somit zu einer Einordnung als Arbeitnehmer. Bei Künstlern führt jedoch gerade auch dieses letztgenannte Kriterium zur Ablehnung der Arbeitnehmereigenschaft, wenn diese nur punktuell bei ihrem Dienstherrn tätig sind (so z. B. Theaterintendanten).

5. Medienmitarbeiter

Für die Berufsgruppe der Medienmitarbeiter unterscheidet das BAG mittlerweile typisierend zwischen programmgestaltenden und nicht programmgestaltenden Mitarbeitern:

Programmgestaltende Mitarbeiter (so z. B. Filmkritiker, Hörfunkkorrespondenten, Regisseure) sind zumeist dann keine Arbeitnehmer, wenn im Rahmen ihrer vorbereitenden Tätigkeit gerade ihre journalistisch-schöpferische Tätigkeit im Vordergrund steht. Bei einem nicht geringen Maß an Eigenverantwortung, Gestaltungsfreiheit und Selbstständigkeit lässt sich die Arbeitnehmereigenschaft dann nicht mehr bejahen. Liegt dies jedoch nicht vor und hat der betroffene Mitarbeiter in nicht unerheblichem Umfang Arbeiten zu bestimmten Zeitpunkten durchzuführen, so handelt es sich dann doch wieder um einen Arbeitnehmer.

Nicht programmgestaltenden Mitarbeiter (so z. B. Sprecher, Aufnahmeleiter, Übersetzer Kameraassistenten) führen in aller Regel nur Tätigkeiten aus, die einem vorgelegten Dienstplan un-

terfallen und vom Dienstherrn auch inhaltlich genau vorgeschrieben sind. Hierbei handelt es sich daher zumeist um Arbeitnehmer.

6. Handelsvertreter, Versicherungsmittler, Kommissionär

Auch hier sprechen weitestgehende Weisungsfreiheit hinsichtlich Arbeitsumfang, Arbeitsgestaltung sowie fehlende örtliche und zeitliche Weisungsgebundenheit in aller Regel für die Selbstständigkeit des betroffenen Mitarbeiters. Weiterhin lässt sich in diesem Rahmen aber auch auf das Bestehen eines eigenen Unternehmens abstellen, das sich dadurch auszeichnet, dass eigene Geschäftsräume und eine eigene Buchführung vorhanden sind. Wird dann auch noch unter eigenem Firmennamen mit eigenem Personal aufgetreten, so stellt dies ein deutliches Indiz dafür dar, dass gerade kein Arbeitsverhältnis vorliegt.

Ungeachtet dessen ist es mit der Selbstständigkeit des Handelsvertreters durchaus vereinbar, dass er fachlichen Weisungen unterliegt. Dies gilt schon kraft Gesetzes (§ 675 Abs. 1 i. V. mit § 665 BGB). Hinzu kommt, dass gerade im Bereich der Versicherungswirtschaft mit Blick auf die hohen finanziellen Risiken dem Grad der noch zulässigen Weisungen kein zu enger Rahmen gezogen werden sollte.

Ein Kommissionär hingegen ist in den allermeisten Fällen kein Arbeitnehmer. Hier bedarf es schon einer ausdrücklichen vertraglichen Regelung, die die persönliche Abhängigkeit eindeutig konstituiert.

VII. Gleichlauf von Arbeits-, Sozialversicherungs- und Steuerrecht

Es besteht im Wesentlichen ein Gleichlauf von Arbeits-, Sozialversicherungs- und Steuerrecht²⁸, wobei im Sozialversicherungsrecht einige Besonderheiten bei der rechtlichen Qualifikation bestimmter Vertragsverhältnisse (etwa Geschäftsführer einer GmbH) bestehen. Sowohl BAG, BGH, BSG und BFH gehen bei der Begründung der Arbeitnehmereigenschaft von der persönlichen Abhängigkeit aus und beurteilen anhand eines Katalogs verschiedener Indizien den Einzelfall. Entscheidend ist letztlich das Gesamtbild der Verhältnisse²⁹. Die einzelnen Indizien werden demnach im Weg einer Gesamtwürdigung umfassend gegeneinander abgewogen. Maßgebend ist die tatsächliche Umsetzung, die über die rechtliche Qualifizierung im Fall des Widerspruchs zwischen tatsächlicher Durchführung und Vertragsinhalt entscheidet³⁰.

Angesichts der unterschiedlichen gesetzlichen Intention ist aber der Arbeitnehmerbegriff nicht vollständig deckungsgleich im Arbeits-, Sozialversicherungs- und Steuerrecht. So deckt sich der steuerliche Arbeitnehmerbegriff nicht immer zwingend mit denen im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht³¹. Zwar kann der sozial- und arbeitsrechtlichen Einordnung indizielle Bedeutung für die steuerliche Beurteilung einer Tätigkeit zukommen;

28 Siehe etwa LSG Schleswig-Holstein vom 25. 1. 2006 – L 5 KR 130/04.

29 BAG vom 26. 5. 1999 – 5 AZR 469/98, DB 1999 S. 1704 = NZA 1999 S. 983; vom 19. 11. 1997, a.a.O. (Fn. 17); BSG vom 28. 1. 1999 – B 3 KR 2/98 R, BB 1999 S. 1662 f.; vom 30. 1. 1990 – 11 RA 47/88, NZA 1990 S. 950; vom 1. 12. 1977 – 12/3/12 RK 39/74, BB 1978 S. 966 f.; BFH vom 2. 12. 1998 – X R 83/96, DB 1999 S. 1044; vom 30. 5. 1996 – V R 2/95, DB 1996 S. 2160.

30 Vgl. etwa BSG vom 13. 7. 1978 – 12 RK 14/78, AP Nr. 29 zu § 611 BGB Abhängigkeit; BGH vom 21. 10. 1998 – VIII ZB 54/97, NZA 1999 S. 110; vom 4. 11. 1998 – VIII ZB 12/98, DB 2000 S. 491 = BB 1999 S. 11; BSG vom 13. 7. 1978 – 12 RK 14/78, DB 1979 Beil. 8 = AP Nr. 29 zu § 611 BGB Abhängigkeit; BFH vom 24. 7. 1992 – VI R 126/88, DB 1993 S. 208 f.; BSG vom 22. 6. 2005 – B 12 KR 28/03 R, DB 2005 S. 12209 = Die Beiträge, Beil. 2006, S. 76.

31 BSG vom 21. 4. 1993 – 11 RA 67/92, NJW 1994 S. 341 = AP Nr. 67 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

Bindungswirkung besteht aber nicht³². Möglich ist daher, dass arbeitsrechtlich kein Arbeitsverhältnis gegeben ist, wohingegen steuerrechtlich eine unselbstständige Beschäftigung angenommen wird; dies gilt auch umgekehrt³³. Ist jemand als Arbeitnehmer i. S. des Arbeitsrechts zu qualifizieren, liegt ebenfalls auch ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis i. S. des Sozialversicherungsrechts vor. Eine derartige Bindungswirkung besteht aber umgekehrt nicht im Sozialversicherungsrecht. Das BSG erachtet arbeitsgerichtliche Urteile für das sozialrechtliche Leistungsrecht nicht als bindend, da – so die Argumentation – die Sozialverwaltung den wahren Sachverhalt von Amts wegen zu erforschen hat und sich die Arbeitsvertragsparteien z. B. nicht auf Kosten der Bundesanstalt für Arbeit sollen einigen können³⁴.

VIII. Fehlerhafte Einordnung

Die fehlerhafte Einstufung eines Mitarbeiters als freier Mitarbeiter hat arbeits-, sozial- und steuerrechtliche Konsequenzen.

In arbeitsrechtlicher Hinsicht führt die Arbeitnehmerlosigkeit des vermeintlich freien Mitarbeiters dazu, dass auf diesen die arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften in vollem Umfang nebst den Grundsätzen der betrieblichen Übung und des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes anzuwenden sind. Besteht ein betriebliches Rentensystem, entstehen auch hieraus Ansprüche für den Arbeitnehmer. Die Vergütungshöhe des vermeintlichen freien Mitarbeiters wird nach Maßgabe der üblichen (tariflichen) Vergütung angepasst³⁵. Die in der Vergangenheit zu viel gezahlte Vergütung kann der Arbeitgeber zurückverlangen³⁶, jedoch sind die geltenden Ausschlussfristen zu beachten.

Das Nichtabführen von Sozialabgaben für den Scheinselbstständigen ist strafbar (§ 226a StGB). Hinzu kommen finanzielle Risiken: Nach § 28e Abs. 1 SGB IV ist der Arbeitgeber im Außenverhältnis alleiniger Schuldner des Gesamtsozialversicherungsbeitrags. Das hat zur Folge, dass er allein für den zurückliegenden Zeitraum den gesamten Arbeitgeber- und Arbeitnehmeranteil an Sozialversicherungsbeiträgen nachentrichten muss. Im Hinblick auf den Arbeitnehmeranteil hat der Arbeitgeber zwar einen Erstattungsanspruch gegen den vermeintlich freien Mitarbeiter (§ 28g SGB IV). Dieser ist allerdings sehr eingeschränkt. So kann der Arbeitgeber seinen Anspruch nur durch Abzug von Arbeitsentgelt und nur zeitlich befristet auf die nächsten drei Lohn- oder Gehaltszahlungen geltend machen. Ebenfalls hat er die Pfändungsfreigrenzen zu beachten³⁶.

IX. Vertrag und Abklärung

Da die aufgeführten Konsequenzen größtenteils zulasten des Arbeitgebers gehen, stellt sich die Frage, wie ein Unternehmer Rechtsicherheit erlangen kann.

1. Bewusstsein über Zusammenarbeit und Koordination

Das wichtigste im Rahmen der Vertragsanbahnung und -gestaltung ist, dass sich die Beteiligten bewusst machen, wie sie zusammenarbeiten wollen und wie dies zu koordinieren ist. Klar werden muss, was zur Durchführung der Tätigkeit geht und was nicht. Diese an sich banale Aussage wird in der Praxis häufig nicht beachtet.

Wie aufgezeigt, bieten sich bestimmte Tätigkeiten nur für den Einsatz eines Arbeitnehmers an, andere wiederum können sowohl als Arbeitnehmer als auch als freier Mitarbeiter erbracht werden. Das Miteinander, das Eingebunden sein in die Arbeitsorganisation, der Grad der Abhängigkeit von Weisungen sowie das Tragen der eigenen unternehmerischen Verantwortung für den Erfolg der Leistung sind je nachdem, ob die Person als Ar-

beitnehmer oder als freier Mitarbeiter tätig ist, unterschiedlich zu gewichten.

In der Praxis wird in diesem Stadium häufig versucht, Tätigkeiten, die an sich nur als Arbeitnehmer erbracht werden sollen und ein enges Eingebunden sein in die Arbeitsorganisation beim Unternehmen erfordern (wie Teilnahme an Teambesprechungen, eignen Büro, Weisungen an Arbeitnehmer des Unternehmens), in ein „freies Mitarbeiterverhältnis zu pressen“. Davor ist nur abzuraten. Denn letztlich entscheidet die gelebte Praxis über die rechtliche Einordnung. Darüber sollte man sich schon im Zeitpunkt der Vertragsanbahnung klar sein.

2. Unternehmerisches Risiko um Verantwortung

Kommt man zu dem Ergebnis, dass die übernommene Tätigkeit mit dem betroffenen Geschäftsinhalt sehr wohl auch als freies Mitarbeiterverhältnis durchgeführt werden kann, dann gilt es den freien Mitarbeiter *unternehmerisches Risiko und Verantwortung* tragen zu lassen. Denn dies sind wichtige Merkmale in Abgrenzung zum Arbeitnehmer. Schuldet er einen werkvertragsähnlichen Erfolg, dann gilt es, diesen Werkerfolg im Einzelnen, nachvollziehbar und so konkret wie möglich zu beschreiben. Dafür haftet er auch, d. h. den vereinbarten Erfolg zu einem bestimmten Zeitpunkt an einem bestimmten Ort zu erbringen. Je nach Projekt bietet es sich auch an, Teilabnahmen vertraglich festzusetzen. Der freie Mitarbeiter ist so anzusehen wie jedes Drittunternehmen. Diese Art der Betrachtung hilft häufig den Parteien deutlich zu machen, wo die Grenzen der Vertragsgestaltung liegen.

3. Vertragsgestaltung

Bei der *Vertragsgestaltung* sollte auf eine präzise, detaillierte und konkrete Abfassung des Vertragsgegenstands Acht gegeben wird. Mögliche Gestaltungen von freien Mitarbeiterverhältnissen sind Rahmenvereinbarungen und Projektverträge sowie Werk- oder Dienstverträge. Bei Abschluss solcher Verträge sollte insbesondere darauf geachtet werden,

- dass festgelegt wird, welche konkrete, detailliert aufzuführende Leistung, in welchem Umfang vom Auftragnehmer zu erbringen ist und welche Funktion und Aufgabe der Auftragnehmer ausüben soll. Handelt es sich um ein Projekt oder Gewerk, ist dies abgrenzbar und individualisierbar zu beschreiben. Wenn eine Dienstleistung geschuldet ist (z. B. Beraterleistung), sollte diese detailliert aufgeführt werden.
- dass dem Auftragnehmer keine Vorgaben zur zeitlichen Ausgestaltung seiner Arbeit gemacht werden, es sei denn, es sind projektbezogene Vorgaben.
- dass der Auftragnehmer nicht in das Unternehmen eingebunden wird, d. h. keine Telefonnummer oder E-Mail-Adresse, Firmenvisitenkarten oder dergleichen erhält, nicht verpflichtet ist an regelmäßigen Teambesprechungen teilzunehmen; erfordert das Projekt eine projektbezogene Abstimmung, ist dies anders zu bewerten.
- dass das, was vertraglich vereinbart wird, gelebt werden kann.

32 BFH vom 2. 12. 1998, a.a.O. (Fn. 29).

33 BSG vom 9. 5. 1995 – 10 RA 5/94, SozR 3-4100 § 141 b Nr. 15; vgl. zum Feststellungsinteresse der arbeitsrechtlichen Statusklage wegen Entscheidungshilfe für Sozialversicherungsträger BAG vom 21. 6. 2000 – 5 AZR 782/98, DB 2001 S. 52 = BB 2001 S. 312 f.

34 BAG vom 12. 1. 2005 – 5 AZR 144/04, DB 2005 S. 1432; vom 29. 5. 2002 – 5 AZR 680/00, DB 2002 S. 2330 = NZA 2002 S. 1328.

35 BAG vom 29. 5. 2002, a.a.O. (Fn. 34).

36 Vgl. dazu Reiserer/Freckmann/Träumer, a.a.O. (Fn. 1), Rdn. 341 f.

4. Absicherung durch Anfrageverfahren

In arbeitsrechtlicher Hinsicht ist die vorherige Abklärung der Rechtsnatur des Rechtsverhältnisses nicht möglich. Denn die Feststellungsklage bedarf eines besonderen Feststellungsinteresses, welches bei einer solchen Vorabanfrage fehlt. Dafür steht aber ein anderes Verfahren zur sozialversicherungsrechtlichen Beurteilung zur Verfügung.

Das *Anfrageverfahren* gem. § 7a SGB IV dient der Feststellung, ob eine Selbstständigkeit oder eine abhängige Beschäftigung vorliegt und entsprechend eine *Sozialversicherungspflicht* besteht. Die Deutsche Rentenversicherung Bund entscheidet hierüber aufgrund einer Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls. Nach Abschluss des Anfrageverfahrens erteilt sie dem bzw. den Beteiligten einen rechtsbehelfsfähigen begründeten Feststellungsbescheid über den Status des Auftragnehmers und die daran geknüpfte versicherungsrechtliche Beurteilung³⁷. Vertrauensschutz besteht aber nur auf der Basis des mitgeteilten Sachverhalts. Dieser sollte im Antrag vollständig und richtig vermittelt werden. Empfehlenswert ist es, den Antrag innerhalb eines Monats nach Aufnahme der Tätigkeit zu stellen, weil die Versicherungspflicht für den Fall der Feststellung einer abhängigen Beschäftigung dann u. U. erst mit der Bekanntgabe der Entscheidung eintritt (§ 7a Abs. 6 SGB IV). Hierdurch wird das Risiko hoher Nachzahlungen gemindert. Zwar deckt dieses Verfahren nur die sozialversicherungsrechtliche Abklärung ab, jedoch gibt es – bis auf ein paar Ausnahmen (wie etwa bei der Tätigkeit als Geschäftsführer einer GmbH) – einen Gleichlauf in der Bewertung zwischen Arbeits- und Sozialversicherungsrecht.

X. Zusammenfassung und Ausblick

Wie erwähnt, will die SPD (neben dem Missbrauch von Werkverträgen auch) die Scheinselbstständigkeit eindämmen. § 3 des Gesetzesentwurfs sieht eine widerlegbare Vermutungsregelung vor: Liegen die Kriterien vor, so wird vermutet, dass die Person als Arbeitnehmer beschäftigt wird.

Eine solche Vermutungsregelung wird den meisten noch in Erinnerung sein. Unter der damals neu gewählten SPD Regierung ist zum 1. 1. 1999 das Gesetz zur Bekämpfung der Scheinselbstständigkeit in Kraft getreten³⁸. Das Gesetz hat wie selten ein anderes gleichermaßen die Tagespresse und Fachliteratur beschäftigt. Überarbeitet hat der Gesetzgeber diese damals unhaltbare Situation zunächst mit dem dann rückwirkend zum 1. 1. 1999 in Kraft getretenen Korrekturgesetz zur Förderung der Selbstständigkeit und sodann durch das Gesetz für moderne Dienstleistungen³⁸. Erst seit dieser Zeit ist in das Thema der freien Mitarbeit wieder Ruhe eingekehrt.

Dass sich das Aufstellen einer solchen Vermutungsregelung nicht bewährt hat, hat die damalige Entwicklung gezeigt. Man hat den damals unhaltbaren Zustand erst nach mehreren Gesetzen wieder im Wesentlichen zur alten Gesetzeslage zurückkehren lassen. Neu war damals das sich zwischenzeitig bewährte Anfrageverfahren zur Abklärung des sozialversicherungsrechtlichen Status. Dabei sollte man es auch jetzt belassen.

Denn die von der Rechtsprechung entwickelten Abgrenzungskriterien geben der Praxis in der Vielzahl der Fälle eine verlässliche Leitlinie. An diesen sollte sich die Praxis weiterhin orientieren. Dass dies geht, haben die vergangenen 13 Jahre gezeigt, in denen es um die Frage nach der freien Mitarbeit ruhig geworden ist. Die Unsicherheiten bei der Abgrenzung von Arbeitnehmereigenschaft und freier Mitarbeit und die aus ihnen resultierenden Risiken können durch eine vorausschauende klare und präzise Vertragsgestaltung minimiert werden, wobei dies natürlich auch so „gelebt“ werden muss. Im Zweifel ist die Statusanfrage ein geeignetes Mittel, in sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht Klarheit zu gewinnen. Ein Handeln des Gesetzgebers ist hier nicht erforderlich!

37 A.a.O. (Fn. 37), Rdn. 177.

38 S. Fn. 1.

Entscheidungen

Arbeitsvertragsrecht

Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung: Vorlage ab dem ersten Tag der Erkrankung des Arbeitnehmers – Freies Ermessen des Arbeitgebers

Anforderungen an abweichende tarifliche Regelung – Darlegungslast hinsichtlich betrieblicher Übung

EFZG § 5 Abs. 1 Satz 2 und Satz 3, § 12; MTV des Westdeutschen Rundfunks Köln vom 8. 8. 1979 i. d. F. vom 15. 9. 2006 § 9 Abs. 2 Satz 1

1. Eine von § 5 Abs. 1 EFZG abweichende Regelung der Anzeige- und Nachweispflichten bei Arbeitsunfähigkeit durch Tarifvertrag bedarf einer klaren Regelung.
2. Der sich auf eine ihm günstige betriebliche Übung berufende Arbeitnehmer ist darlegungspflichtig für eine Mitteilung oder sonstige Verhaltensweise des Arbeitgebers an bzw. gegenüber der Belegschaft, aus der die Beschäftigten nach

Treu und Glauben schließen durften, ihnen solle eine Leistung oder Vergünstigung auf Dauer eingeräumt werden.

(Orientierungssätze der Richterinnen und Richter des BAG)

BAG-Urteil vom 14. 11. 2012 – 5 AZR 886/11 ▶ **DB0578939**

Die Parteien streiten über die Berechtigung der Beklagten, von der Klägerin die Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung über das Bestehen der Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer schon von dem ersten Tag der Erkrankung an zu verlangen. Die Klägerin ist bei der beklagten Rundfunkanstalt als Redakteurin beschäftigt. Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien findet der MTV des WDR Köln vom 8. 8. 1979 i. d. F. vom 15. 9. 2006 Anwendung, der in § 9 Abs. 2 bestimmt:

„Erkrankt ein Arbeitnehmer, so muss spätestens am vierten Tag ein ärztliches Attest beigebracht werden. Der WDR ist berechtigt, ein Attest des medizinischen Diensts der Krankenversicherung zu verlangen; die hierdurch entstehenden Kosten trägt der WDR.“

Die Klägerin hatte für den 30. 11. 2010 einen Dienstreiseantrag gestellt, dem ihr Vorgesetzter nicht entsprach. Eine nochmalige Anfrage der Klägerin wegen der Dienstreise genehmigung am 29. 11. 2010 wurde abschlägig beschieden. Am 30. 11. 2010 meldete sich die Klägerin