

## Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht

Bearbeitet von

Dr. Wilhelm Moll, Stephan Altenburg, Prof. Dr. Peter Bengelsdorf, Dr. Holger Betz, Dietrich Boewer, Dr. Indra Burg, Florian Christ, Karl-Dietmar Cohnen, Prof. Dr. Renate Dendorfer-Ditges, Dr. Frank Eckhoff, Ernst Eisenbeis, Prof. Klaus Gennen, Lisa Gerdel, Thomas Glaesmann, Regina Glaser, Dr. Nicola Gragert, Dr. Anno Hamacher, Dr. Wolfgang Hesse, Christoph Hexel, Kay Jacobsen, Hendrik Laak, Dr. Thorsten Leisbrock, Dr. Hans-Joachim Liebers, Dr. Holger Lüders, Dr. Christopher Melms, Dr. Michael Müntefering, Dr. Martin Plum, Dr. Reiner Ponschab, Dr. Oliver Reinartz, Dr. Roland Reinfeld, Dr. Kerstin Reiserer, Dr. Christiane Tischer, Dr. Christoph Ulrich, Prof. Dr. Reinhard Vossen, Katja Buschkröger, Werner Ziemann

4., überarbeitete und erweiterte Auflage 2017. Buch. LXXIV, 3088 S. In Leinen

ISBN 978 3 406 69298 7

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

Gewicht: 2318 g

[Recht > Arbeitsrecht > Arbeitsrecht allgemein, Gesamtdarstellungen](#)

[Zu Inhalts- und Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

**beck-shop.de**  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

## Teil B. Statusfragen

### § 5 Arbeitnehmer oder Selbstständiger

#### Übersicht

	Rn.
I. Einführung und Problemstellung „Scheinselbstständigkeit“ .....	1–4
II. Eingeschränktes Wahlrecht .....	5–8
1. Bezeichnung des Vertrages unmaßgeblich .....	5/6
2. Tatsächliche Vertragsabwicklung .....	7
3. Umstellung in freie Mitarbeiterverträge .....	8
III. Gleichlauf Arbeitsrecht – Sozialversicherungsrecht – Steuerrecht .....	9–13
1. Arbeitsrecht – Sozialversicherungsrecht .....	9–11
2. Steuerrecht .....	12
3. Keine Bindungswirkung .....	13

#### I. Einführung und Problemstellung „Scheinselbstständigkeit“

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

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

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

Um unerwünschte Entwicklungen im Bereich der freien Mitarbeit, respektive das Problem der Scheinselbstständigkeit, einzugrenzen, hat die Bundesregierung in ihrem Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom Dezember 2013 angekündigt, Maßnahmen zur Bekämpfung von Scheinwerk- und Scheindienstverträgen zu ergreifen. Der erste Referentenentwurf des BMAS vom 16.11.2015 sah als Hilfestellung für die Abgrenzung eines Arbeitsverhältnisses von anderen Vertragsgestaltungen, insbesondere zum Werkvertrag oder selbständigem Dienstvertrag, die Einfügung eines neuen § 611a BGB-E in Form eines Kriterienkatalogs vor. Nach heftiger Kritik in Politik, Wirtschaft und der juristischen Fachwelt hat das BMAS den ursprünglich vorgesehenen § 611a BGB-E jedoch gestrichen. Der aktuelle Gesetzesent-

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

wurf der Bundesregierung vom 20.7.2016<sup>2</sup> sieht in § 611a BGB-E nur noch eine allgemeine Definition des Arbeitnehmerbegriffs vor. (→ § 6 Rn. 24).

## II. Eingeschränktes Wahlrecht

### 1. Bezeichnung des Vertrages unmaßgeblich

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

### 2. Tatsächliche Vertragsabwicklung

- 7 Sollten sich im Einzelfall die getroffene Vereinbarung und die praktische Durchführung des Vertrages widersprechen, so ist stets letztere, also die tatsächliche Vertragsabwicklung von Bedeutung.<sup>6</sup> Immer dann, wenn sich die tatsächliche Vertragsabwicklung und der Inhalt des schriftlichen Vertrages nicht entsprechen, sind somit die tatsächlichen Umstände, unter denen die Dienstleistung zu erbringen ist, maßgeblich.<sup>7</sup> Was Geschäftsinhalt ist, ergibt sich somit nur zum einen aus den ausdrücklichen Vereinbarungen der Parteien, zum anderen aus der tatsächlichen Durchführung des Vertrages. Dies gilt nicht nur für die Behauptung, bei einem Vertragsverhältnis handele es sich um ein freies Mitarbeiterverhältnis. Auch der Einwand, ein schriftlich abgeschlossener Arbeitsvertrag sei nicht abredegemäß durchgeführt worden, der Mitarbeiter sei als freier Mitarbeiter und nicht als Arbeitnehmer beschäftigt worden, kann geltend gemacht werden. Ein Arbeitnehmer wird auch nicht allein deshalb zu einem freien Mitarbeiter, weil der Arbeitgeber sein Weisungsrecht über Jahre nicht ausübt.<sup>8</sup> Dabei liegt die Darlegungs- und Beweislast für die Behauptung, bei einem schriftlichen Arbeitsvertrag handele es sich um ein Scheingeschäft iSv § 117 Abs. 1 BGB bei demjenigen, der sich auf die Nichtigkeit des Vertrages nach § 117 Abs. 1 BGB beruft.<sup>9, 10</sup> Diese Rechtspre-

<sup>2</sup> BT-Drs. 18/9232.

<sup>3</sup> Vgl. BSG Urt. v. 29.8.2012 – B 12 KR 25/10 R, DStR 2013, 770; BGH NJW 2009, 528 (530); BGH Urt. v. 2.12.2008 – 1 StR 416/08, NJW 2009, 528; BGH NStZ 2001, 599 (600).

<sup>4</sup> LAG Nürnberg EzA SD 2012 Nr. 4, 9.

<sup>5</sup> BAG NZA-RR 2007, 424; NZA 2002, 787.

<sup>6</sup> BAG NZA 1998, 1336 (1339); BAG EzA Nr. 54 zu § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff; BAG EzA Nr. 26 zu § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff.

<sup>7</sup> BAG NZA 2007, 580; BeckRS 2009, 67309; BSG Urt. v. 29.8.2012 – B 12 KR 25/10 R, NZS 2013, 181.

<sup>8</sup> BAG NJW-Spezial 2007, 178; BSG Urt. v. 29.8.2012 – B 12 KR 25/10 R, NZS 2013, 181.

<sup>9</sup> BAG NZA 2003, 854.

<sup>10</sup> AA LAG Köln AE 2003, 55, wonach ein Vertragsverhältnis, das von den Parteien ausdrücklich als Arbeitsverhältnis gewollt wurde und wird, grundsätzlich der gerichtlichen Statuskontrolle nicht zugänglich ist mit dem Ziel, eine andere rechtliche Einordnung vorzunehmen.

chung, die auch in der Literatur im Wesentlichen unbestritten ist, findet ihre Rechtfertigung in dem Gedanken des ansonsten möglichen Missbrauchs der Vertragsfreiheit.

### 3. Umstellung in freie Mitarbeiterverträge

Dass die Vertragsparteien in ihrem inhaltlichen Entscheidungsrecht nicht eingeschränkt sind, wird besonders deutlich bei dem **Austausch von Vertragsgrundlagen**. So steht es den Vertragsparteien nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichtes frei, bei einer entsprechenden Umgestaltung des Geschäftsinhaltes auch ein bisher bestehendes Arbeitsverhältnis in ein freies Mitarbeiterverhältnis umzustellen.<sup>11</sup> Gegenstand der Entscheidung des BAG war eine betriebsbedingte Kündigung, die eine Gruppenleiterin eines Dienstleistungsunternehmens erhalten hatte. Die Beklagte hatte sich entschlossen, das gesamte Betriebssystem von bisher abhängig beschäftigten Mitarbeitern auf ein Partnerkonzept mit freien Mitarbeitern umzustellen. Die Arbeitsverträge waren gekündigt worden mit dem gleichzeitigen Angebot, einen Partnervertrag abzuschließen. Das BAG anerkannte ausdrücklich, dass die Umstellung von abhängig beschäftigten Arbeitnehmern auf ein Partnerkonzept mit freien Mitarbeitern als freie Unternehmerentscheidung in der Regel nicht offensichtlich unsachlich oder willkürlich ist. Dies gelte jedenfalls dann, wenn es sich bei der Umstellung auf freie Mitarbeiterverträge nicht nur um verschleierte Arbeitsverhältnisse handelt.

## III. Gleichlauf Arbeitsrecht – Sozialversicherungsrecht – Steuerrecht

### 1. Arbeitsrecht – Sozialversicherungsrecht

Bis zur Neueinführung der gesetzlichen Bestimmungen im Sozialgesetzbuch zum 1.1.1999 galt es als unbestritten, dass die Abgrenzungskriterien zwischen Arbeitsverhältnis einerseits und selbstständiger Tätigkeit andererseits im Arbeitsrecht und im Sozialversicherungsrecht im Wesentlichen identisch sind. Die Abgrenzungskriterien, die für die Bestimmung der Arbeitnehmereigenschaft regelmäßig herangezogen werden, waren im Wesentlichen in der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung entwickelt worden. Die Sozialgerichte und insbesondere das Bundessozialgericht hatten sich in ihren Wertungen für den Bereich der Sozialversicherung diesen Kriterien grundsätzlich angeschlossen mit allenfalls geringfügigen Modifikationen. Zwar kam es nach § 7 SGB IV aF für die Frage der Sozialversicherungspflicht auf die Beschäftigteigenschaft an. Diese Beschäftigung definierte das SGB als „nicht selbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis“. Aus der Gesetzesformulierung wurde somit bereits deutlich, dass neben Arbeitnehmern auch andere Personen von der sozialversicherungsrechtlichen Beschäftigteigenschaft erfasst sind. Hierbei handelt es sich vor allem um arbeitnehmerähnliche Personen sowie um GmbH-Geschäftsführer.

Mit dem Gesetz zur Bekämpfung der Scheinselbstständigkeit aus dem Spätjahr 1998 kam es zunächst zu einem Auseinanderfallen zwischen sozialversicherungsrechtlicher abhängiger Beschäftigung und dem arbeitsrechtlichen Arbeitsverhältnis. Denn die Neuregelungen, insbesondere die Aufnahme des 4-Punktekataloges beschränkten sich ausdrücklich auf den Bereich des Sozialversicherungsrechtes. Trotz dieser klaren Trennung kam mit der Neueinführung des Punktekataloges im Rahmen des Gesetzes zur Bekämpfung der Scheinselbstständigkeit ab 1.1.1999 sehr schnell die Frage auf, ob diese neuen Abgrenzungskriterien nun auch für das Arbeitsrecht gelten. In ersten Kommentierungen – insbesondere aus der Wissenschaft – wurde dieser Gleichlauf zwischen Sozialversicherungsrecht und Arbeitsrecht zwar strikt abgelehnt.<sup>12</sup> Die Befürchtung, dass die Praxis, insbesondere auch die Spruchpraxis der Arbeitsgerichte von dieser dogmatischen Trennung abweichen und in Zukunft doch auf den Punktekatalog mit Beweislastumkehr zurückgreifen würde, war dagegen groß.

Das Auseinanderfallen von Arbeitsrecht und Sozialversicherungsrecht endete mit der Neufassung des Gesetzes im Januar 2000, die rückwirkend in Form des Gesetzes zur Förde-

<sup>11</sup> BAG Urt. v. 9.5.1996 – 2 AZR 438/95, WiB 1996, 1176 mAnm Reiserer; Rechtsprechung bestätigt durch BAG Urt. v. 13.3.2008 – 2 AZR 1037/06, NZA 2008, 878.

<sup>12</sup> So etwa Löwisch BB 1999, 102 (106).

rung der Selbstständigkeit zum 1.1.1999 wirksam wurde. Wichtigste Kernaussage dieses neuen Gesetzes im Recht der Sozialversicherung ist der Satz, dass die klassischen Kriterien zur Abgrenzung von Arbeitsverhältnissen einerseits und selbstständigen Tätigkeiten andererseits, welche die Rechtsprechung der arbeitsrechtlichen und sozialversicherungsrechtlichen Obergerichte entwickelt hat, unverändert fortgelten sollen. Nach den Irritationen, die im Zusammenhang mit dem Korrekturgesetz zur Bekämpfung der Scheinselbstständigkeit Ende 1998 aufgetreten waren, besteht seit der Neufassung des Gesetzes im Januar 2000 somit wieder Übereinstimmung. Der **Gleichlauf von Arbeits- und Sozialversicherungsrecht** ist damit im Wesentlichen wieder hergestellt.

## 2. Steuerrecht

- 12 Erfolgt sowohl im Arbeitsrecht als auch im Sozialversicherungsrecht die Qualifizierung eines Beschäftigungsverhältnisses als nicht selbstständige Tätigkeit, so ist dies nach Auffassung des BFH regelmäßig als Indiz<sup>13</sup> für das Vorliegen eines auch im steuerrechtlichen Sinne nicht selbstständigen Arbeits- oder Beschäftigungsverhältnisses anzusehen (→ § 6 Rn. 109 ff., 115).

## 3. Keine Bindungswirkung

- 13 Obwohl die Abgrenzungskriterien zwischen Arbeitsverhältnis einerseits und selbstständiger Tätigkeit andererseits im Arbeitsrecht, im Sozialversicherungsrecht und im Steuerrecht im Wesentlichen vergleichbar sind, gibt es keine rechtliche Bindungswirkung zwischen den verschiedenen Rechtsgebieten. Entscheidungen der Arbeitsgerichte haben somit für die Rechtsprechung der Sozialgerichte und der Finanzverwaltung **allenfalls präjudizielle Wirkung**. Sollte das Arbeitsgericht im Rahmen einer Vergütungsstreitigkeit oder eines Kündigungsschutzprozesses somit das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses verneinen, würde dies das Vorliegen eines sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses bzw. eines steuerrechtlichen Beschäftigungsverhältnisses nicht ausschließen. Besondere Vorsicht ist in diesem Zusammenhang auch bei dem Abschluss von Vergleichen im Rahmen arbeitsgerichtlicher Auseinandersetzungen anzuraten. Wenn die Parteien im Rahmen einer vergleichsweisen Beendigung einer Kündigungsrechtsstreitigkeit übereinstimmend festlegen, dass zwischen ihnen kein Arbeitsverhältnis bestanden hat, bindet dieser Vergleich weder die Sozialgerichte noch die Finanzverwaltung bzw. die Finanzgerichte.

---

<sup>13</sup> BFH DB 1999, 1044 (1046).

## § 6 Der Arbeitnehmerbegriff: Abgrenzungsmerkmale

### Übersicht

	Rn.
I. Arbeitsrecht .....	1–91
1. Der Begriff: Arbeitnehmer .....	1–4
a) Der klassische Arbeitnehmerbegriff .....	2/3
b) Auffassung von Wank .....	4
2. Echte Abgrenzungskriterien: Gesamtschau .....	5–25
a) Hauptkriterium: Persönliche Abhängigkeit .....	7/8
b) Zusammenstellung der echten Abgrenzungskriterien .....	9–23
c) Abgrenzungskriterien nach § 611a BGB-E (Gesetzesentwurf v. 20.7.2016) .....	24/25
3. Ergänzende formelle Abgrenzungskriterien .....	26
4. Einzelfallentscheidungen .....	27–29
5. Fallgruppen .....	30–90
a) Schul- und Bildungssektor .....	31–36
b) Rundfunk/Fernsehen .....	37–45
c) Kunst/Kultur/Lektorat .....	46/47
d) Medizin .....	48–57
e) Versicherungsbranche/Handelsvertreter/Aufendienst .....	58–62
f) Frachtführer/Spediteure .....	63/64
g) Franchisenehmer/Agenturverträge .....	65–67
h) Kommissionäre .....	68
i) Sportler .....	69
j) Beratende Berufe (Rechtsanwälte, Steuerberater) .....	70–72
k) GmbH-Geschäftsführer .....	73–86
l) Mitarbeitende Gesellschafter/Vereinsmitglieder .....	87–89
m) Sonstige Berufsgruppen .....	90
6. Arbeitnehmerüberlassung .....	91
II. Sozialversicherungsrecht .....	92–108
1. Grundsatz des Gleichlaufs .....	92/93
2. Gesetzliche Regelung, § 7 SGB IV .....	94–100
a) Das Gesetz zur Förderung der Selbstständigkeit .....	94
b) Grundsatz der Amtsermittlung .....	95
c) Ich-AG .....	96
d) Gründungszuschuss .....	97–100
3. Arbeitnehmerähnliche Selbstständige, § 2 S. 1 Nr. 9 SGB VI .....	101–108
a) Rentenversicherung für Selbstständige .....	101
b) Personenkreis .....	102–104
c) Befreiungsmöglichkeiten .....	105–107
d) Feststellung des Status .....	108
III. Steuerrecht .....	109–117
1. Eigener Arbeitnehmerbegriff .....	109–119
a) Negativdefinition .....	109–114
b) Indizwirkung von Arbeits- und Sozialversicherungsrecht .....	115
2. Abweichende Merkmale .....	116/117
a) Unternehmerrisiko .....	116
b) Einfache Tätigkeiten .....	117

### I. Arbeitsrecht

#### 1. Der Begriff: Arbeitnehmer

Die Auseinandersetzung um die Scheinselbstständigkeit wird vor allem über den Begriff des Arbeitnehmers geführt. Trotz dieser Bedeutung des Arbeitnehmerbegriffs für die Abgrenzung zwischen Arbeitnehmer und Selbstständigem gibt es für das Arbeitsrecht keine gesetzlichen Begriffsbestimmungen. Neben dem klassischen, vom Reichsarbeitsgericht und Bundesarbeitsgericht sowie herrschender Lehre vertretenen Arbeitnehmerbegriff sind viel-

fach Versuche in der Rechtsprechung und Lehre hinzugekommen, den Arbeitnehmerbegriff neu zu definieren:

- 2 a) **Der klassische Arbeitnehmerbegriff.** Nach dem klassischen Arbeitnehmerbegriff, der bereits vom Reichsgericht und heute vom Bundesgericht sowie der herrschenden Lehre vertreten wird, ist das ausschlaggebende Kriterium die **persönliche Abhängigkeit**. Arbeitnehmer ist demnach, wer auf Grund eines privatrechtlichen Vertrages über entgeltliche Dienste für einen anderen in persönlicher Abhängigkeit tätig ist.<sup>1</sup> Gestützt wird diese Ansicht auf die Definition des Gesetzgebers in § 84 Abs. 1 S. 2 HGB. Obwohl diese Norm unmittelbar nur für die Abgrenzung des selbstständigen Handelsvertreters vom abhängig beschäftigten kaufmännischen Angestellten gilt, enthält sie darüber hinaus eine allgemeine gesetzgeberische Wertung, die bei der Abgrenzung des Dienstvertrages vom Arbeitsvertrag zu beachten ist.<sup>2</sup>
- 3 Zur weiteren Konkretisierung der persönlichen Abhängigkeit werden eine Vielzahl von Einzelmerkmalen geprüft, die im Folgenden näher darzustellen sind (→ Rn. 5 ff.).
- 4 b) **Auffassung von Wank.** Besondere Bedeutung im Recht der Scheinselbstständigkeit hat die Auffassung von *Wank*<sup>3</sup> erworben. Nach *Wank* ist der Arbeitnehmer nicht durch Weisungsabhängigkeit gekennzeichnet, sondern in erster Linie durch auf Dauer angelegte Arbeit für einen Auftraggeber in eigener Person ohne Mitarbeiter und im Wesentlichen ohne eigenes Kapital und ohne eigene Organisation. Selbstständigkeit soll somit vorliegen bei freiwilliger Übernahme von Unternehmerrisiko, Auftreten am Markt und Ausgewogenheit im Hinblick auf unternehmerische Chancen und Risiken. Obwohl die Auffassung von *Wank* in der wissenschaftlichen Auseinandersetzung kontrovers diskutiert wird, hat sie zum Teil in der Praxis bereits Befürworter gefunden. Einige Landesarbeitsgerichte haben sich der Theorie von *Wank* angeschlossen.<sup>4</sup> Auch die ersten Gesetzesentwürfe zur Bekämpfung der Scheinselbstständigkeit orientierten sich an der These von *Wank*, indem den Kriterien „Beschäftigung eigener Mitarbeiter“ sowie „mehrere Auftraggeber“ nach der Vorstellung des Gesetzgebers im Rahmen des Gesetzes zur Bekämpfung der Scheinselbstständigkeit große Bedeutung zukommen sollte.<sup>5</sup>

## 2. Echte Abgrenzungskriterien: Gesamtschau

- 5 Für die Bestimmung der Arbeitnehmereigenschaft werden regelmäßig zahlreiche Einzelmerkmale verwendet, die zur Feststellung der persönlichen Abhängigkeit herangezogen werden. Denn wie bereits ausgeführt, wird darin nach wie vor das wesentliche Merkmal des Arbeitsverhältnisses gesehen. Die wirtschaftliche Abhängigkeit ist dagegen weder erforderlich noch ausreichend. Sie hat für die Abgrenzung zwischen Arbeitnehmer und Selbstständigem keine Bedeutung.
- 6 Das Bundesgericht stellt in seinen Entscheidungen immer wieder klar, dass es für die Abgrenzung von freien Mitarbeitern und Arbeitnehmern kein Einzelmerkmal gibt, welches aus der Vielzahl möglicher Kriterien unverzichtbar vorliegen muss. Nur im Rahmen einer wertenden Gesamtschau und einer Überprüfung vieler in Betracht kommender Abgrenzungskriterien kann entschieden werden, ob das zwischen zwei Parteien bestehende Vertragsverhältnis ein Arbeitsverhältnis oder ein freies Mitarbeiterverhältnis darstellt. Denn ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen.
- 7 a) **Hauptkriterium: Persönliche Abhängigkeit.** Das Bundesgericht hat in den zurückliegenden Jahren im Rahmen von Statusprozessen zur Abgrenzung eines Arbeitsverhältnisses von dem Rechtsverhältnis eines freien Mitarbeiters den Grundsatz aufgestellt,

<sup>1</sup> BAG EzA Nr. 16, 17 zu § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff; BAG DB 2010, 788.

<sup>2</sup> BAG EzA Nr. 32 zu § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff.

<sup>3</sup> *Wank* Arbeitnehmer und Selbstständige, 1988; ders. DB 1992, 90.

<sup>4</sup> LAG Köln AuR 1996, 413; LAG Nürnberg Urt. v. 17.12.1997 – 4 Sa 670/97, LSK 1999, 330933; LAG Niedersachsen Urt. v. 7.9.1990 – 3 (2) Sa 1791/89, LAGE Nr. 24 zu § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff.

<sup>5</sup> Zur Entwicklung der Gesetzgebung im Recht der Scheinselbstständigkeit → § 5 Rn. 3 ff.

dass sich beide durch den Grad der persönlichen Abhängigkeit, in der sich der zur Dienstleistung Verpflichtete befindet, unterscheiden. Dabei misst das BAG neben dem eigentlichen Weisungsrecht in Bezug auf Ort, Zeit und Fachanweisungen der betrieblichen Eingliederung in den Betrieb sowie der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit große Bedeutung bei. Schriftlich fixiert hat der **fünfte Senat des BAG** diese Grundsätze in einer wichtigen Entscheidung vom 19.1.2000 zum arbeitsrechtlichen Status eines Rundfunkmitarbeiters:<sup>6</sup>

„Zutreffend ist das LAG von den Grundsätzen ausgegangen, die der Senat zur Abgrenzung eines Arbeitsverhältnisses von dem Rechtsverhältnis eines freien Mitarbeiters – sei es auf Dienst-, sei es auf Werkvertragsbasis – aufgestellt hat. Beide unterscheiden sich den Grad der persönlichen Abhängigkeit, in der sich der zur Dienstleistung Verpflichtete befindet.“

Arbeitnehmer ist derjenige, der seine vertraglich geschuldete Leistung im Rahmen einer von Dritten bestimmten Arbeitsorganisation erbringt. Die Eingliederung in die fremde Arbeitsorganisation zeigt sich insbesondere daran, dass der Beschäftigte einem Weisungsrecht seines Vertragspartners (Arbeitgebers) unterliegt. Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit, Ort und Dauer der Tätigkeit betreffen ... Der Grad der persönlichen Abhängigkeit hängt dabei auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab. Abstrakte, für alle Arbeitsverhältnisse geltende Merkmale lassen sich nicht aufstellen. Letztlich kommt es für die Beantwortung der Frage, welches Rechtsverhältnis im konkreten Fall vorliegt, auf eine Gesamtwürdigung aller maßgebenden Umstände des Einzelfalles an. Arbeitnehmer ist insbesondere nicht der Mitarbeiter, der im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. § 84 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 HGB enthält insoweit eine über seinen unmittelbaren Anwendungsbereich hinausgehende gesetzliche Wertung.“

Die Frage, ob der Mitarbeiter auch ein unternehmerisches Risiko übernimmt, ist nach der 8 Vorstellung des BAG für die Abgrenzung dagegen nicht ausschlaggebend.<sup>7</sup>

**b) Zusammenstellung der echten Abgrenzungskriterien.** Für die Prüfung, ob der erforderliche Grad der persönlichen Abhängigkeit besteht, werden von der Rechtsprechung eine ganze Reihe von materiellen Abgrenzungskriterien erarbeitet, anhand derer der Status des Vertrages überprüft wird:

*aa) Weisungsrecht des Arbeitgebers hinsichtlich des Arbeitsortes.* Die Arbeitsgerichte prüfen bei diesem Kriterium insbesondere die Frage, ob der Mitarbeiter zum regelmäßigen Erscheinen am Arbeitsort bzw. in den Betriebsräumen verpflichtet ist.

*bb) Zeitliche Weisungsgebundenheit.* 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 festlegen bzw. keine Vorgaben bestehen, zu welcher Zeit bestimmte Arbeitsvorgänge abgeschlossen sein müssen.

*cc) Fachliche Weisungsgebundenheit.* Dieses Kriterium wird neuerdings nur noch eingeschränkt als geeignetes Abgrenzungskriterium angesehen. Dies gilt jedenfalls für Führungskräfte. Als Beispiel wird von der Rechtsprechung diesbezüglich regelmäßig der Chefarzt einer Klinik herangezogen, der trotz Arbeitnehmerstellung keinen fachlichen Weisungen unterliegt.

*dd) Eingliederung in den Betrieb.* Die Eingliederung des Mitarbeiters in den Betrieb des Auftraggebers ist ein wichtiges Kriterium für die Annahme der Arbeitnehmerstellung. Bei der Frage der Eingliederung in den Betrieb wird zum einen überprüft, ob und inwieweit der Mitarbeiter in eine **fremdbestimmte Arbeitsorganisation** eingebunden ist und dabei betriebliche Einrichtungen (Arbeitsgeräte) benutzt. An dieser Stelle spielt auch die Zuweisung eines Büros bzw. Arbeitszimmers in den Betriebsräumen des Auftraggebers und die Überlassung von betrieblichen Einrichtungen bzw. Arbeitsgeräten zur Nutzung eine große Rolle.

Ferner wird unter dem Kriterium „Eingliederung in den Betrieb“ die Frage der **Stellung des Mitarbeiters in der Organisation und Hierarchie beim Auftraggeber** überprüft. Ist der Mitarbeiter anderen im Dienste des Auftraggebers stehenden Personen übergeordnet oder

<sup>6</sup> NZA 2000, 1102.

<sup>7</sup> BAG Urt. v. 25.5.2005 – 5 AZR 347/04, EzA Nr. 6 zu § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff; so auch LAG Köln Urt. v. 5.4.2012 – 6 Sa 1018/11, BeckRS 2012, 75582.

untergeordnet, spricht dieser Umstand für ein Arbeitsverhältnis. Gleches gilt, sofern der Mitarbeiter die Pflicht hat, Vertretungen zu übernehmen.

- 15 *ee) Leistungserbringung nur in eigener Person.* In jüngerer Vergangenheit prüft das BAG regelmäßig, ob der Mitarbeiter verpflichtet ist, die Leistung persönlich zu erbringen oder ob er hierzu Dritte einschalten darf und auch tatsächlich einschaltet. Schaltet der Mitarbeiter Dritte tatsächlich zur Leistungserbringung – nicht nur ausnahmsweise – ein, schließt dies nach Auffassung des BAG im Regelfall von vornherein ein Arbeitsverhältnis aus.<sup>8</sup> Enthält der Freie-Mitarbeitervertrag die Befugnis zum Einsatz von Hilfspersonen, nutzt der freie Mitarbeiter aber die vertraglich eingeräumte Berechtigung nicht oder nur ausnahmsweise und leistet persönlich, stellt die Möglichkeit, Dritte einzuschalten, dagegen nur eines von mehreren im Rahmen der Gesamtabwägung zu beachtenden Kriterien dar.<sup>9</sup>
- 16 *ff) Verpflichtung, angebotene Aufträge anzunehmen.* Als weiteres Kriterium wird im Rahmen der Abgrenzung überprüft, ob der Mitarbeiter verpflichtet ist, ihm angebotene Aufträge anzunehmen. Wenn die Vertragsparteien eine solche Verpflichtung in dem Vertragswerk aufgenommen haben, spricht dies für das Bestehen einer Arbeitnehmerstellung. Bei diesem Kriterium erlangt regelmäßig die **tatsächliche Handhabung** besondere Bedeutung. Denn wenn ein Mitarbeiter, der ihm angebotene Aufträge abgelehnt hat, in Zukunft nicht mehr zu dem potentiellen Vertragspartnerkreis gezählt wird, spricht viel dafür, dass jedenfalls eine faktische Verpflichtung zur Übernahme angebotener Aufträge besteht.<sup>10</sup>
- 17 *gg) Unternehmerisches Auftreten am Markt.* Das Abgrenzungskriterium „unternehmerisches Auftreten am Markt“ stellt insbesondere auf Verhaltensformen des Mitarbeiters ab. Im Einzelfall wird unter diesem Gesichtspunkt die Gestaltung der Visitenkarten des Mitarbeiters oder auch sein **Auftreten in Abgrenzung zu fest angestellten Vertriebsmitarbeitern** des Auftraggebers von Bedeutung sein.
- 18 *hh) Einheitliche Behandlung von freien Mitarbeitern und Arbeitnehmern.* Das Abgrenzungskriterium „einheitliche Behandlung von Arbeitnehmern“, die mit gleichartigen Aufgaben betraut sind, spielt dann eine große Rolle, wenn der Auftraggeber unterschiedliche Personengruppen mit gleichartigen Aufgaben betraut. Diese grundsätzlich zulässige Möglichkeit ist denkbar zB im Vertrieb, wenn ein Teil der Vertriebsaufgaben mit fest angestellten Vertriebsmitarbeitern, der verbleibende Bereich des Vertriebes dagegen mit freien Handelsvertretern gestaltet wird. Auch bei beratenden Berufen ist es im Einzelfall vorstellbar, das zB neben fest angestellten Rechtsanwälten auch selbstständige Rechtsanwälte Anwaltsaufgaben übernehmen, ohne mit dem Auftraggeber gesellschaftsrechtlich in einer Sozietät verbunden zu sein. In diesen Sonderfällen ist von besonderer Bedeutung, dass der Umgang mit den fest angestellten Mitarbeitern gänzlich anders gestaltet ist als die Zusammenarbeit mit den selbstständigen Mitarbeitern. Diese Abgrenzungsverpflichtung bezieht sich dabei auf sämtliche Einzelkriterien, so dass eine gegenüberstellende Gesamtschau nach den wesentlichen Abgrenzungskriterien zu erstellen ist.
- 19 *ii) Aufnahme in einen Dienstplan.* Die Aufnahme in einen Dienstplan ist ein wichtiges Kriterium für das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses. Allerdings sind Dienstpläne nach Auffassung des BAG nur solche, die den Mitarbeiter einseitig zu bestimmten Zeiten in einem bestimmten Umfang und zu bestimmten Tätigkeiten heranziehen. Unschädlich ist dagegen die Aufnahme in Dispositions- und Raumbelegungspläne bzw. sonstige Organisationspläne, die bei einem begrenzten Angebot von benötigten technischen Einrichtungen auch für freie Mitarbeiter unumgänglich sind.<sup>11</sup>

<sup>8</sup> BAG Urt. v. 18.3.2004 – 6 AZR R 679/02, AP Nr. 4 zu § 611 BGB Zeitungszusteller; BAG DB 2010, 788.

<sup>9</sup> BAG Urt. v. 19.11.1997 – 5 ARZ 653/96, AP Nr. 90 zu § 611 BGB Abhängigkeit; LAG Schleswig Holstein Urt. v. 13.12.2005 – 5 Sa 322/05, BeckRS 2006, 40253; DLW/Dörner Kap. 1 Rn. 51 und Bauer/Baeck/Schuster Scheinselbstständigkeit Rn. 20 argumentieren hier weitergehend und sehen in dem Verzicht auf die Einstellung Dritter sogar den Ausdruck einer unternehmerischen Entscheidung, welche für die Selbstständigkeit spricht. Dies soll nur dann nicht gelten, wenn der Vertragspartner auf Grund sonstiger vertraglicher Absprache oder tatsächlicher Umstände nicht in der Lage ist, Dritte tatsächlich einzuschalten.

<sup>10</sup> BAG Beschl. v. 16.6.1998 – 5 AZN 154/98, AP Nr. 101 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

<sup>11</sup> BAG NZA 2000, 1102; FG München Urt. v. 14.12.2007 – 8 K 849/05, EFG 2008, 687.