

Rechtsanwalt Rembert Schmidt 66111 Saarbrücken
Tel. 0681 - 93 55 00 33 Rembert.S@web.de

**Arbeitnehmer oder frei?
Beschäftigte in Betrieben
und ihre sozialversicherungsrechtliche Einordnung**

Aufsatz

(Stand 31.07.2015)

von

Rechtsanwalt Rembert Michael Schmidt

Fachanwalt für Sozialrecht

Karl-Marx-Straße 1

66111 Saarbrücken

Tel. 0681 - 93 55 00 33

Fax. 0681 - 93 55 00 35

www.sozial-anwalt.com

Rembert.S@web.de

1. Einleitung

1.1. Betrieb als Organisationseinheit

Unter Betrieb versteht man eine Organisationseinheit, die durch die dauerhafte Kombination von Produktionsmitteln den menschlichen Bedarf an Gütern und Dienstleistungen deckt. Nach § 613a BGB ist ein Betrieb die organisatorische Einheit, innerhalb derer der Arbeitgeber allein oder mit seinen Arbeitnehmern mit Hilfe von sächlichen oder immateriellen Mitteln bestimmte arbeitstechnische Zwecke fortgesetzt verfolgt, die sich nicht in der Befriedigung des Eigenbedarfs erschöpfen¹. Der Betrieb kann als Oberbegriff für private und öffentliche Unternehmen angesehen werden. Sieht man als Produktionsmittel Arbeit, Kapital und Boden an, so soll uns hier nur der Faktor Arbeit interessieren. Der Faktor Arbeit besteht aus der menschlichen Arbeitskraft, die der Unternehmer selbst und seine Mitarbeiter erbringen.

Der Betrieb ist, wenn er nicht alleine betrieben wird, auf Mitarbeiter angewiesen. Die vertraglichen Beziehungen zu diesen Mitarbeitern können auf unterschiedliche Weise gestaltet sein. Die rechtlichen Möglichkeiten, für einen Betrieb tätig zu werden, sind vielfältig. Unterschiedliche Gestaltungsmöglichkeiten gestatten es den Vertragsparteien, die vertragliche Beziehung und das Tätigwerden einer Person für den Betrieb differenziert zu regeln². Dabei kann es zu einem sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis kommen oder auch nicht. Wenn ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis vorliegt, hat dies direkte Auswirkungen auf den Betrieb. Neben der Sozialversicherungspflicht an sich entstehen auch weitere arbeitsrechtliche Pflichten, die an die sozialversicherungspflichtige Tätigkeit gebunden sind. Der sozialversicherungspflichtige Beschäftigte ist Arbeitnehmer und unterliegt den arbeitsrechtlichen Bestimmungen. Dies gilt nicht für den Selbstständigen im Betrieb, er ist nicht sozialversicherungspflichtig und nicht durch das Arbeitsrecht geschützt.

Unter welchen Voraussetzungen ein Mitarbeiter als sozialversicherungspflichtiger Arbeitnehmer oder sozialversicherungsfreier Selbstständiger anzusehen ist, soll in diesem Aufsatz betrachtet werden.

1.2. Sozialversicherungspflicht

1.2.1. Begriff

Die Versicherungspflicht im Sinne der deutschen Sozialversicherung bezeichnet den in Sozialgesetzbüchern normierten Versicherungsschutz, dessen Beginn, Umfang und Ende gesetzlich bestimmt ist. Mit Eintreten der gesetzlichen Versicherungsvoraussetzungen entsteht ein öf-

1 BAG, Urteil vom 25.5.2005, 7 ABR 38/04, NJOZ 2005, 3725 (3727).

2 Linnartz, AnwZert ArbR 11/2011 Anm. 2, S. 1.

fentlich-rechtliches Sozialversicherungsverhältnis, kein privater Versicherungsvertrag. Privatrechtliche Vereinbarungen, die zum Nachteil des Sozialversicherten von den gesetzlichen Vorschriften abweichen, sind nichtig. Damit sind die Versicherungsvoraussetzungen zwingen. Die Sozialversicherungspflicht beruht auf der Beschäftigung. Sie ist im 4. Buch des Sozialgesetzbuches geregelt. Dort heißt es in § 7 Absatz 1 SGB IV:

(Absatz 1) Beschäftigung ist die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers.

Damit führt ein Arbeitsverhältnis mit dem Merkmal der persönlichen Abhängigkeit zu einer Beschäftigung. Zur Prüfung der persönlichen Abhängigkeit werden fünf Ebenen betrachtet: Die örtliche, zeitliche und inhaltliche Weisungsbindung, die Zusammenarbeit mit Mitarbeitern des Auftraggebers, die Arbeit mit Arbeitsmitteln des Auftraggebers³.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts erfordert das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Arbeitsleistung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Vornehmlich bei Diensten höherer Art kann das Weisungsrecht auch eingeschränkt und zur "dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" verfeinert sein⁴. Höhere Dienste werden im Rahmen abhängiger Beschäftigung geleistet, wenn sie fremdbestimmt bleiben, sie in einer von der anderen Seite vorgegebenen Ordnung des Betriebs aufgehen⁵. Demgegenüber ist eine selbständige Tätigkeit vornehmlich durch das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit sowie das Unternehmerrisiko gekennzeichnet. Letzteres besteht in der Gefahr, bei wirtschaftlichem Misserfolg des Unternehmens das eingesetzte Kapital zu verlieren; ihm entspricht die Aussicht auf Gewinn, wenn das Unternehmen wirtschaftlichen Erfolg hat. Abhängig Beschäftigte tragen demgegenüber das Arbeitsplatzrisiko, das in der Gefahr besteht, bei wirtschaftlichem Misserfolg des Unternehmens die Arbeitsstelle einzubüßen. Das für eine selbständige Tätigkeit typische Unternehmerrisiko ist indessen nicht mit einem Kapitalrisiko gleichzusetzen. Ein Kapitalrisiko, das nur zu geringen Ausfällen führt, wird das tatsächliche Gesamtbild einer Beschäftigung indessen nicht wesentlich bestimmen⁶. Maßgebendes Kriterium für das Vorliegen

3 Kilger, AnwBl 2000, S. 150.

4 BSG, Urt. v. 18.12.2001, B 12 KR 10/01 R.

5 BSG, Urt. v. 19.06.2001, B 12 KR 44/00 R.

6 BSG; Beschluss vom 16.08.2010, B 12 KR 100/09 B.

eines Unternehmerrisikos ist, ob eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft auch mit der Gefahr des Verlustes eingesetzt wird, der Erfolg des Einsatzes der sächlichen oder persönlichen Mittel also ungewiss ist. Allerdings ist ein unternehmerisches Risiko nur dann Hinweis auf eine selbstständige Tätigkeit, wenn diesem Risiko auch größere Freiheiten in der Gestaltung und der Bestimmung des Umfangs beim Einsatz der eigenen Arbeitskraft gegenüberstehen⁷.

Liegen diese Voraussetzungen vor, ist eine abhängige Beschäftigung gegeben. Dies hat weitreichende Konsequenzen. Es führt zur Versicherungspflicht in der Rentenversicherung, Krankenversicherung, Pflegeversicherung, Unfallversicherung und Arbeitslosenversicherung.

So heißt es z.B. in § 1 Satz 1 Ziffer 1 SGB VI (Gesetzliche Rentenversicherung):

Versicherungspflichtig sind Personen, die gegen Arbeitsentgelt oder zu ihrer Berufsausbildung beschäftigt sind.

In § 5 Absatz 1 Ziffer 1 SGB V (Gesetzliche Krankenversicherung):

Versicherungspflichtig sind Arbeiter, Angestellte und zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigte, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind.

Die Versicherungspflicht in den oben genannten Zweigen der Sozialversicherung führt zur anteiligen Beitragspflicht der Arbeitgeber und Arbeitnehmer, mit Ausnahme der gesetzlichen Unfallversicherung, hier ist alleine der Unternehmer beitragspflichtig, versichert sind die Arbeitnehmer. Das Versicherungsverhältnis der Arbeitnehmer entsteht kraft Gesetzes, es ist nicht von der Beitragszahlung des Unternehmers abhängig. Als Entschädigung für die Zahlung der Beiträge genießt der Unternehmer eine Beschränkung seiner Haftung für Personenschäden im Betrieb.

1.2.2. Historische Entwicklung

Die gesetzliche Ausgestaltung unseres heutigen Sozialrechts geht weitgehend auf die im Deutschen Kaiserreich entwickelte Arbeiterversicherung zurück. Der Aufbau eines Rechts, das durch seinen sozialpolitischen Zweck geprägt war, war Teil der „inneren Reichsgründung“. Die sozialtypischen Risiken Krankheit, Unfall, Invalidität und Alter der industriellen Arbeiterschaft wurden durch darauf bezogene einzelne Reichsgesetze unmittelbar zwangsweise abgedeckt, sichernde Institutionen auf der Grundlage des öffentlichen Rechts geschaffen; bislang war dies vorwiegend auf gewerberechtlicher Grundlage mit privatrechtlichen Mitteln geschehen⁸.

⁷ BSG, Urteil vom 25.04.2012, B 12 KR 24/10 R.

⁸ Hänlein/Tennstedt, in: Sozialrechtshandbuch, Randnummer 1.

Formen öffentlicher sozialer Sicherung sind in Deutschland schon seit dem Mittelalter bekannt. Nachdem zunächst vor allem die Kirche Armen und Bedürftigen Hilfe bot, wurden später auch von den Städten Einrichtungen zur Bekämpfung der Armut geschaffen. Schon im Mittelalter gab es Selbsthilfeeinrichtungen im Handwerk und Bruderschaften im Bergwerk.

Im Deutschen Reich (1871 - 1945) fiel der Startschuss für die Normierung der Sozialgesetze im Jahre 1881. Die konkrete Ausgestaltung der ersten Unfallversicherungsvorlage von 1881 (Versicherungszwang auf Reichsebene mit Reichsanstalt und Staatszuschuss für die armen Arbeiter) fand allerdings keine parlamentarische Mehrheit⁹.

Die nachfolgende Reichstagswahl brachte für die Regierungsparteien ein Debakel. In dieser Situation erging die Kaiserliche Sozialbotschaft vom 17.11.1881¹⁰, die das Programm einer umfassenden öffentlich-rechtlichen Arbeiterversicherung gegen die Risiken Krankheit, Unfall sowie Invalidität und Alter enthielt¹¹.

Das Reichsgesetz betr. die Krankenversicherung der Arbeiter vom 15.6.1883 trat 1884 in Kraft und erfasste nur gewerbliche Arbeiter. Dieses Gesetz baute zwar auf tradierten Strukturen auf, es brachte aber durch die reichsgesetzliche Ausweitung des Versicherungszwangs einen quantitativen und auch einen qualitativen Sprung: Die nunmehr sog. gesetzlichen Kassen wurden in die mittelbare Staatsverwaltung inkorporiert, sie verloren ihre vereinsrechtliche Grundlage. Noch heute sind die gesetzlichen Krankenkassen Körperschaften des Öffentlichen Rechts.

Die „gesetzlichen Kassen“ waren als Betriebs-, Orts- und Gemeindekrankenkassen örtlich begrenzt. Sie hatten schon die Merkmale, die sie bis heute kennzeichnen: Versicherungszwang auf Reichsebene, Rechtsanspruch ohne Bedürftigkeitsprüfung bei Eintritt des Versicherungsfalles, lohn-, nicht risikobezogene Beitragshöhe sowie Selbstverwaltung. Die Arbeiter hatten zwei Drittel der Beiträge zu bezahlen. Bei den Ausgaben überwogen die Bar- bzw. Geldleistungen. Die Inanspruchnahme ärztlicher Behandlung und Arznei war für Kassenmitglieder frei (Sachleistungsprinzip)¹².

Nach der kaiserlichen Botschaft von 1881 wurden nacheinander das Gesetz über die Krankenversicherung der Arbeiter (1883), über die gesetzliche Unfallversicherung (1884) und über die Alters- und Invaliditätssicherung (1889) verabschiedet, welche später in der RVO zusammengefasst wurden. Eine gesetzliche Absicherung gegen das Risiko der

9 Hänlein/Tennstedt, in: Sozialrechtshandbuch, Randnummer 3.

10 Quellensammlung zur Geschichte der Deutschen Sozialpolitik 1867 bis 1914, www.uni-kassel.de/projekte/quellensammlung/startseite.html.

11 Hänlein/Tennstedt, in: Sozialrechtshandbuch, Randnummer 4.

12 Hänlein/Tennstedt, in: Sozialrechtshandbuch, Randnummer 5.

Arbeitslosigkeit erfolgte erst während der Weimarer Republik im Jahre 1918¹³.

1.2.3. Folgen der Sozialversicherungspflicht

Wird ein Mitarbeiter als Arbeitnehmer angesehen, dann entsteht kraft Gesetzes die Sozialversicherungspflicht. Es ergeben sich aber weitere, arbeitsrechtliche Konsequenzen.

1.2.3.1. Sozialversicherungsbeiträge

Das im SGB IV geregelte Beitragsschuldrecht ist wie das Steuerrecht genuines Abgabenrecht¹⁴. Beitragsschuldner ist alleine der Arbeitgeber.

Zunächst ist in § 7 SGB IV die Beschäftigung definiert als nichtselbstständige Tätigkeit in einem Arbeitsverhältnis. Ist unklar, ob eine Beschäftigung vorliegt oder nicht, kann nach § 7a SGB IV ein Anfrageverfahren durchgeführt werden. Die Beitragsansprüche der Versicherungsträger entstehen, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen, § 22 Absatz 1 SGB IV. Ihre Fälligkeit ist in § 23 SGB IV geregelt. § 24 SGB IV bestimmt einen Säumniszuschlag von 1 Prozent für jeden angefangenen Monat der Säumnis. § 25 SGB IV regelt die Verjährung der Ansprüche auf Beiträge. Die Regelverjährung erfolgt nach 4 Jahren nach Ablauf des Kalenderjahres, in dem die Beiträge fällig geworden sind. Vorsätzlich vorenthaltene Beiträge verjähren in 30 Jahren.

§ 28a SGB IV regelt sehr ausführlich die Meldepflichten des Arbeitgebers. Der Gesamtsozialversicherungsbeitrag, § 28d SGB IV, hat nach § 28e SGB IV der Arbeitgeber zu zahlen. Die Haftung umfasst die Beiträge und Säumniszuschläge sowie die Zinsen für gestundete Beiträge (§ 28e Absatz 4 SGB IV). Die Zinsen für gestundete Beiträge sind nach § 76 Absatz 2 Satz 2 SGB IV sind in angemessener Höhe festzulegen. Richtlinien der Krankenkassen sehen einen Stundungszins von 0,5 Prozent für jeden angefangenen Monat der Stundung vor¹⁵.

Die Einhaltung all dieser Pflichten wird von den Trägern der Rentenversicherung bei den Arbeitgebern mindestens alle 4 Jahre geprüft (§ 28p SGB IV).

1.2.3.1. weitere arbeitsrechtliche Folgen

Neben den oben gezeigten Mitgliedschafts-, Beitrags- und Meldepflichten in den Zweigen der Sozialversicherung ergeben sich im Verhältnis Arbeitgeber zu Arbeitnehmer weitere arbeits- und sozialrechtliche Folgen. Arbeitgeber und Arbeitnehmer unterliegen den Vorschriften des Bundesurlaubsgesetzes (BUrlG), des Entgeltfortzahlungsgesetzes, des

¹³Preis, Arbeitsrecht, S. 26.

¹⁴Olgemöller, AG 2012, S. 246.

¹⁵GKV-Spitzenverband, Beitragsgrundsätze.

Kündigungsschutzgesetzes (KSchG), des Betriebsverfassungsgesetzes und vieler anderer Gesetze mehr. Dem Arbeitnehmer ist ein Mindesturlaub von 24 Werktagen jährlich zu gewähren (§ 3 BUrlG), der Arbeitnehmer ist während dieser Zeit zu bezahlen (§ 1 BUrlG). Nach dem Entgeltfortzahlungsgesetz hat ein Arbeitnehmer Anspruch auf Entgeltfortzahlung bis zur Dauer von sechs Wochen, wenn er durch Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit an seiner Arbeitsleistung verhindert ist. Arbeitnehmer genießen einen umfassenden Kündigungsschutz. Auf Arbeitnehmer findet das Betriebsverfassungsgesetz Anwendung, dass die Errichtung von Betriebsräten ermöglicht und die Mitbestimmung im Unternehmen regelt.

2. Sozialversicherungspflichtige und sozialversicherungsfreie Beschäftigte und Vertragspartner in Betrieben

2.1. Arbeiter und Angestellte, Arbeitnehmer

Arbeiter und Angestellte sind die klassischen Träger der Sozialversicherungspflicht, da sie nach den gängigen Definitionen eine abhängige Beschäftigung ausüben.

2.1.1. Arbeiter

Der Begriff des Arbeiters gilt heute weitgehend als überholt. Im Ursprung waren Arbeiter Beschäftigte, die eine körperlich geprägte Tätigkeit ausgeübt haben. Sie wurden in der Regel stundenweise oder nach ihrer Leistung (Akkordarbeit) entlohnt. Zum 1.1.2005 wurden Arbeiter und Angestellte in einer einheitlichen Rentenversicherung zusammengefasst. Auch in den Tarifverträgen des Öffentlichen Dienstes TVöD (seit 1.10.2005) und TV-L (seit 1.11.2006) ist nur noch von Beschäftigten die Rede¹⁶. Damit wird die Unterscheidung zwischen Arbeitern und Angestellten aufgehoben, zudem gilt der Begriff des Beschäftigten als geschlechtsneutraler Ersatz der Begriffe Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer¹⁷. Der Begriff "Arbeiter" steht auch symbolhaft für die Arbeiterbewegung und wird mit Sozialismus und Kommunismus in Verbindung gebracht, so galt die frühere DDR als "Arbeiter- und Bauernstaat".

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass der Arbeiter im Betrieb als Beschäftigter gilt und damit sozialversicherungspflichtig ist.

2.1.2. Angestellte

Der Angestellte arbeitet nicht körperlich, sondern geistig und übt im Gegensatz zum Arbeiter eine höhere oder verantwortlichere Tätigkeit aus. Er wird nicht nach Stunden oder nach Leistung bezahlt, sondern

¹⁶Bader/Funke-Kaiser/Stuhlfauth/von Albedyll, Verwaltungsgerichtsordnung, 6. Auflage 2014, Rn. 5.

¹⁷Breier/Dassau/Kiefer u.a., TVöD, 78. Update 03/15, Rn. 15.

erhält ein monatlich gleichbleibendes Gehalt. Er trägt keinen Blaumann (blue collar; blouse bleu), sondern ein weißes Hemd (white collar; blouse blanche). So zumindest die überlieferte Begriffsbestimmung. Auch der Angestellte gilt im Betrieb als Beschäftigter und unterliegt damit der Pflicht zur Sozialversicherung.

2.1.3. Arbeitnehmer

Arbeiter und Angestellte können unter dem Begriff des Arbeitnehmers zusammengefasst werden. Der Begriff Arbeitnehmer umfasst auch leitende Angestellte und Auszubildende. Sie gelten als Beschäftigte nach § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB IV. Anhaltspunkte für die Beschäftigung sind die Weisungsgebundenheit und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers.

Grundlage der Beurteilung, ob ein Beschäftigter als Arbeitnehmer einzustufen ist, bildet die konkrete Ausgestaltung des Beschäftigungsverhältnisses durch die Vertragsparteien. Auf die Bezeichnung des Vertragsverhältnisses kommt es nicht an. Weitere Voraussetzung ist ein privatrechtlicher Vertrag zwischen den Parteien. Nicht durch einen privatrechtlichen Vertrag begründet wird das Rechtsverhältnis der Beamten, Richter und Soldaten. Grundlage ihres Dienstverhältnisses ist ein Verwaltungsakt, damit sind sie keine Arbeitnehmer. Der öffentliche Dienst kann jedoch privatrechtliche Verträge schließen, also durch Arbeitsverträge Arbeitnehmer einstellen. Die Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst unterliegen wie die Arbeitnehmer der Privatwirtschaft den Bestimmungen der Sozialversicherung.

2.2. Freie Mitarbeiter

Freie Mitarbeiter sind Selbstständige, sie sind von den Arbeitnehmern und den Beschäftigten abzugrenzen. Sie unterliegen nicht der Sozialversicherungspflicht. Als Leitlinie für die Abgrenzung zu den Arbeitnehmern wird § 84 Abs. 1 Satz 2 HGB herangezogen, wonach selbstständig ist, wer im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Freie Mitarbeiter sind keine Beschäftigte, der freie Mitarbeiter ist von seinem Vertragspartner nicht persönlich abhängig. Eine persönliche Abhängigkeit ist anzunehmen, wenn eine Einbindung in eine fremde Arbeitsorganisation vorliegt, die sich im Weisungsrecht des Arbeitgebers bezüglich Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit zeigt¹⁸.

Der Begriff des freien Mitarbeiters wird zur Abgrenzung zum Arbeitnehmer verwendet. Im Gegensatz zum abhängig beschäftigten Arbeitnehmer unterliegt der freie Mitarbeiter nicht den Pflichten der Sozialversicherung. Der freie Mitarbeiter findet sich somit auch in den nachstehenden Kapiteln wieder, ein freier Mitarbeiter kann arbeitnehmerähnlicher Selbstständiger sein, Werkvertrags-Unternehmer, Subunternehmer

¹⁸BAG 20.9.2000 AP Nr. 37 zu § 611 BGB Rundfunk.

mer oder Handelsvertreter. In gewisser Weise sind auch Leiharbeiter für den Auftraggeber als freie Mitarbeiter einzustufen, da sie hinsichtlich Urlaub, Entgeltfortzahlung, Kündigungsschutz und weiteren arbeitsrechtlichen Konsequenzen keine Arbeitnehmer darstellen und somit flexibler eingesetzt werden können.

2.3. Scheinselbständige und arbeitnehmerähnliche Selbständige

Bei der Abgrenzung der freien Mitarbeiter zu den Arbeitnehmern tauchen auch die Begriffe „Scheinselbständige“ und „arbeitnehmerähnliche Selbständige“ auf.

2.3.1. Scheinselbständige

Scheinselbständige sind keine Selbständige, sie treten nur nach außen als Selbstständige auf, sie erwecken den Anschein, Selbstständige zu sein. In Wirklichkeit sind sie jedoch Arbeitnehmer. Hierfür gelten folgende Kriterien:

sie beschäftigen im Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit keine sozialversicherungspflichtigen Mitarbeiter

sie sind auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig

dieser Auftraggeber lässt entsprechende Tätigkeiten durch Arbeitnehmer verrichten

es liegt kein typisches unternehmerisches Handeln vor

die Tätigkeit entspricht ihrem äußeren Erscheinungsbild nach der Tätigkeit, die vorher für denselben Auftraggeber in einem Beschäftigungsverhältnis ausgeübt wurde

Diese Kriterien waren zunächst in § 7 Abs. 4 SGB IV für alle Zweige der Sozialversicherung gesetzlich geregelt. Absatz 4 wurde jedoch mit Wirkung vom 1.7.2009 ersatzlos gestrichen. Die Beurteilung, ob eine Scheinselbständigkeit vorliegt, wird nun nach der Gesamtsituation des Einzelfalls vorgenommen. Gleichwohl werden die oben genannten Kriterien noch zur Prüfung herangezogen. Für den Auftraggeber bestehen im Fall einer Scheinselbständigkeit finanzielle und rechtliche Risiken. Wird die Scheinselbständigkeit festgestellt, kann der Scheinselbständige seinen Arbeitnehmerstatus vor Gericht einklagen. Der Auftraggeber kann für bis zu vier Jahren rückwirkend zur Zahlung des kompletten Gesamtsozialversicherungsbeitrages herangezogen werden. Die Scheinselbständigkeit kann im Rahmen einer Prüfung durch die Rentenversicherung aufgedeckt werden. Auch die Finanzämter nehmen eine eigene Prüfung vor. Sie sind an die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung nicht gebunden. Die Aufdeckung der Scheinselbständigkeit

hat lohnsteuerrechtliche und umsatzsteuerrechtliche Konsequenzen. Handelte der Auftraggeber vorsätzlich, kann ihm nach § 266 a StGB eine Freiheitsstrafe oder eine Geldstrafe drohen. Verantwortlich für den Auftraggeber ist hier der gesetzliche Vertreter, bei der GmbH also der Geschäftsführer, bei der Aktiengesellschaft der Vorstand¹⁹.

2.3.2. Arbeitnehmerähnliche Selbständige

Arbeitnehmerähnliche Selbstständige sind tatsächlich Selbstständige. Aufgrund ihrer Ähnlichkeit mit Arbeitnehmern werden sie jedoch in der gesetzlichen Rentenversicherung versicherungspflichtig. Die gesetzliche Regelung hierzu findet sich in § 2 SGB VI, im Buch der gesetzlichen Rentenversicherung. Hier wird für selbstständig Tätige eine Versicherungspflicht begründet. Dies sind zunächst nach § 2 Satz 1 Ziffern 1 bis 8 SGB VI bestimmte Berufsgruppen wie Lehrer und Erzieher, Pflegepersonen, Hebammen, Seelotsen, Küstenfischer. Die Einbindung dieser Berufsgruppen in die Rentenversicherung ist historisch bedingt und zum Beispiel für die Gruppe der Hausgewerbetreibenden schon 1891 festgelegt worden²⁰. In Ziffer 9 wird dann eine Versicherungspflicht für alle Selbstständige bestimmt, die

im Zusammenhang mit ihrer selbständigen Tätigkeit regelmäßig keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigt und

auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig sind.

Bei den beschäftigten Arbeitnehmern muss insgesamt die Geringfügigkeitsgrenze von 450,- € überschritten werden. Die Beschäftigung eines einzigen Minijobbers mit 450,- € genügt also dem Kriterium nicht, bei zwei Minijobbern ist es erfüllt. Das Kriterium "nur für einen Auftraggeber" ist erfüllt, wenn die Einnahmen aus der Beschäftigung für einen Auftraggeber mindestens fünf Sechstel der gesamten Einkünfte ausmachen. Auch Auszubildende gelten als Arbeitnehmer.

Beide Voraussetzungen müssen gleichzeitig erfüllt sein. Dies führt zur Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung, nicht jedoch in der gesetzlichen Krankenversicherung und der Arbeitslosenversicherung. Allerdings gilt dann auch nach § 2 Satz 2 BUrlG ein gesetzlicher Mindesturlaub von 4 Wochen, den der Auftraggeber zu bezahlen hat. Ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und bei Feiertagen besteht jedoch nicht. Seine Steuerpflichten hat der arbeitnehmerähnliche Selbstständige selbst zu erfüllen, der Auftraggeber hat keine Verpflichtung, die Lohnsteuer abzuführen. Den Beitrag zur Rentenversicherung muss er in voller Höhe selbst zahlen.

¹⁹Reiserer/Böhlz, Kap. 1 Rn. 22.

²⁰Hauck/Noftz, SGB VI, § 2, Rn. 11.

Bei erstmaligen Existenzgründern und bei Vollendung des 58. Lebensjahres besteht die Möglichkeit, sich von der Rentenversicherungspflicht befreien zu lassen. Die Befreiung von der Versicherungspflicht ist in § 6 SGB VI geregelt.

2.4. Werkvertrags-Unternehmer

2.4.1. der Werkvertrag

Der Werkvertrag ist im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) im Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse geregelt. Das Schuldverhältnis ist auf eine Dienstleistung gerichtet. Im Abschnitt 8 "Einzelne Schuldverhältnisse", der mit dem Kaufvertrag beginnt, erscheint der Werkvertrag unter dem Titel 9 nach dem Dienstvertrag in den Paragraphen 631 bis 651 BGB.

§ 631 BGB, Vertragstypische Pflichten beim Werkvertrag:

*"(Absatz 1) Durch den Werkvertrag wird der Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werkes, der Besteller zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet.
(Absatz 2) Gegenstand des Werkvertrags kann sowohl die Herstellung oder Veränderung einer Sache als auch ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg sein."*

Der Werkvertrag ist ein zweiseitig verpflichtender Vertrag, bei dem der Unternehmer die Herstellung des Werkes und der Besteller die Zahlung des Werklohnes schuldet. Der Vertrag ist grundsätzlich formfrei. Der Begriff des Unternehmers ist nicht deckungsgleich mit dem Unternehmer nach § 14 BGB. Für das Zustandekommen des Werkvertrages gelten die allgemeinen Regeln über Rechtsgeschäfte aus dem allgemeinen Teil des BGB. Die Parteien müssen sich über die Werkleistung und über die Entgeltlichkeit der Werkleistung einigen, die genaue Höhe des Werklohnes muss nicht bestimmt werden. Bei Unentgeltlichkeit liegt also kein Werkvertrag vor.

Charakteristisch für den Werkvertrag ist neben der Erfolgsbezogenheit die wirtschaftliche Unabhängigkeit des Unternehmers, der abgesehen von den vertraglichen Leistungsvorgaben nur in relativ engen Grenzen den Weisungen des Bestellers zu folgen hat. Es unterliegt seiner unternehmerischen Entscheidung, welche Arbeitsmittel oder sonstigen Ressourcen er für die Verwirklichung des Werkerfolges einsetzt und welchen Preis er hierfür verlangt. Darin unterscheidet er sich vom Dienstverpflichteten, der in wirtschaftlich abhängiger Stellung tätig wird²¹.

²¹BGH NJW-RR 03, 773.

2.4.2. Merkmal Erfolg

In Absatz 2 wird zum einen die Herstellung oder Veränderung einer Sache, zum anderen ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg genannt. Damit wird der Werkvertrag durch das Merkmal Erfolg gekennzeichnet, womit das Merkmal Erfolg zur Unterscheidung zwischen Werkvertrag und Dienstvertrag wichtig wird. Der Erfolg ist das Werk oder ein anderer Erfolg. Beim Dienstvertrag wird nur die Ausführung bestimmter Tätigkeiten geschuldet. Der Werkvertrag ist erfolgsbestimmt, der Dienstvertrag zeitbestimmt. Gleichwohl wird auch der Erfolg des Werkvertrages durch Arbeit oder Dienstleistung erreicht.

Die Vertragsparteien müssen selbst darüber entscheiden, worin der geschuldete Werkerfolg bestehen soll und welche Vergütung hierfür als Gegenleistung zu zahlen ist.

Für die Verwirklichung des Werkerfolges kommt es nicht darauf an, ob sich der vom Besteller erstrebte wirtschaftliche Zweck realisiert. Beispielsweise hat der Bauunternehmer die mangelfreie Herstellung des Gebäudes zu gewährleisten, nicht jedoch die vom Besteller beabsichtigte Veräußerung oder Vermietung des Gebäudes²².

Problematisch ist, dass es im Belieben des Betrachters steht, den angestrebten Erfolg zu definieren. So soll der Taxifahrer Werkunternehmer sein, weil er die Durchführung der bestellten Fahrt als Erfolg schuldet²³, während der Behandlungsvertrag mit einem Arzt als Dienstvertrag gesehen wird, da die Gesundheit nicht garantiert werden könne.

2.4.3. Beispiele

Typische Werkverträge sind Bauverträge, Verträge mit Architekten, die Erstellung von Gutachten und Plänen, die Herstellung eines Maßanzuges, Schlüsseldienste und Reparaturaufträge, Erstellen einer individuellen Software, Transportleistungen, die Herstellung von künstlerischen Werken, Reparatur eines Fahrzeuges, Reinigung von Kleidern, Instandhaltung, Raumreinigung, Änderungsschneiderei, Fotoarbeiten, Übersetzungen, Marktforschungen, die Durchführung von Veranstaltungen.

2.4.4. Abgrenzung Werkvertrag zum Dienstvertrag

Mit dem Dienstvertrag hat der Werkvertrag gemeinsam, dass eine entgeltliche Arbeitsleistung geschuldet wird. Es werden Dienste gegen Entgelt geschuldet. Beim Dienstvertrag hat sich der Dienstleistende je-

²²Leupertz in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB Kommentar, vor §§ 631 bis 651, Rn. 1.

²³KG, NJW 1965, 976 (977).

doch lediglich "zu bemühen", er schuldet keinen Erfolg. Der Dienstvertrag erfaßt die Arbeit im Dienste eines anderen und begründet für diesen Fall ein Arbeitsverhältnis.

Der Titel über den Dienstvertrag im BGB wurde deshalb der Standort für eine Vielzahl von Grundsatzbestimmungen, die bereits nach dem Gesetzestext nur für Arbeitsverhältnisse gelten, wie § 612a (Maßregelungsverbot), § 613a (Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang), § 615 S. 3 (Vergütung bei Betriebsrisiko) und andere mehr²⁴.

2.4.5. Kriterien der Abgrenzung Werkvertrag - Dienstvertrag

Der Unterschied zwischen Dienstvertrag und Werkvertrag besteht darin, ob eine Dienstleistung als solche oder als Arbeitsergebnis deren Erfolg geschuldet wird²⁵. In der Rechtsprechung besteht die Tendenz, auch bei selbstständiger Tätigkeit der Annahme eines Dienstvertrages den Vorzug zu geben, wenn es sich um Dienste höherer Art handelt. So werden der medizinische Behandlungsvertrag und der Vertrag zur Prozessvertretung durch einen Rechtsanwalt als Dienstvertrag angesehen, während der Architektenvertrag ein Werkvertrag sein soll.

Der Abschluss eines Dienstvertrages begründet für ein Unternehmen in der Regel ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis. Die daraus erwachsenden Beitragspflichten und weitere Pflichten sind enorm, sie fallen beim Werkvertrag weg, da der Werkvertrag einen Vertrag mit einem weiteren selbständigen Unternehmer begründet. Bei beiden Vertragsarten wird jedoch eine entgeltliche Arbeitsleistung geschuldet, so dass es aus Sicht des Unternehmens wirtschaftlicher sein kann, die erforderliche Arbeitsleistung im Rahmen eines Werkvertrages erbringen zu lassen. Aus der Sicht der Sozialversicherung und ihrer Träger ist jedoch zu prüfen, ob tatsächlich ein Werkvertrag vorliegt oder nur ein "Schein-Werkvertrag", also ein Dienstvertrag, womit es zu den oben angedeuteten Beitrags- und weiteren Pflichten kommt. Bei dieser Prüfung sind die nachstehenden Kriterien zu beachten.

2.4.5.1. formale Gesichtspunkte

Das Anmelden eines Gewerbes, der Abschluss von eigenen Versicherungen oder die Bezeichnung eines Vertrages als Werkvertrag haben keine hinreichende Aussagekraft²⁶. Über die rechtliche Einordnung des Vertrages entscheidet der Geschäftsinhalt, und nicht die von den Parteien gewünschte Rechtsfolge oder Bezeichnung²⁷. Der Wille der Vertragsparteien, kein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsver-

24 Richardi in Eckpfeiler des Zivilrechts, S. 687.

25 BGHZ 151, 330, 332.

26 Bayerisches Landessozialgericht, Urteil vom 17.03.2015, L 7 R 186/15 B ER.

27 LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 12.12.2012, 15 Sa 1217/12.

hältnis zu wollen, ist nur ein nachgeordnetes Kriterium. Ihm kommt allenfalls dann indizielle Bedeutung zu, wenn dieser Wille dem festgestellten sonstigen tatsächlichen Verhältnis nicht offensichtlich widerspricht und er durch weitere Aspekte gestützt wird²⁸. Ein solcher Wille ist jedoch ohne Belang, wenn zugleich materiell eine Eingliederung des Auftragnehmers in die Arbeitsorganisation des Auftraggebers bei gleichzeitigem Weisungsrecht des Auftraggebers Gegenstand der vertraglichen Abreden ist²⁹.

Kein Abgrenzungskriterium ist die Entgeltgestaltung. Es ist durchaus möglich, dass bei einem Dienstvertrag die Vergütung nicht zeitbezogen, sondern leistungsbezogen gestaltet wird, während bei einem Werkvertrag die Vergütung nach der Zeit der Arbeit bemessen wird.

2.4.5.2. Weisungsgebundenheit

Bei Selbstständigen bezieht sich das Weisungsrecht des Auftraggebers auf das Ergebnis der Tätigkeit, bei Arbeitnehmern auf die Durchführung der Arbeit. Man unterscheidet örtliche, zeitliche und fachliche Weisungsgebundenheit.

Die örtliche Weisungsgebundenheit stellt darauf ab, ob der Beschäftigte verpflichtet ist, die Dienste an einem vom Arbeitgeber bestimmten Ort zu erbringen. Ein Arbeitnehmer kann darüber nicht selbst entscheiden. Die örtliche Weisungsgebundenheit wird in der Rechtsprechung nicht als entscheidendes Indiz für die Abgrenzung herangezogen. Sie geht meist in dem Kriterium der Eingliederung in den Betrieb auf und wird dort bewertet. Bei bestimmten Gruppen von Arbeitnehmern wie Mitarbeiter im Außendienst, Telearbeitsplätze, Journalisten, Bildberichterstatern entfällt die örtliche Weisungsgebundenheit völlig, ohne dass dies gegen den Arbeitnehmerstatus sprechen würde. Die örtliche Weisungsgebundenheit kann jedoch mit der zeitlichen Weisungsgebundenheit zusammenfallen und mit dieser ein gemeinsames Indiz für die Arbeitnehmereigenschaft bilden.

Zeitlich weisungsgebunden ist der Mitarbeiter, wenn der Auftraggeber Dauer und zeitliche Lage der zu erbringenden Leistung bestimmen kann. Der zeitlichen Weisungsgebundenheit kommt für die Abgrenzung eine wesentliche Bedeutung zu. Das ergibt sich auch aus § 84 Absatz 1 Satz 2 HGB, wonach selbstständig ist, wer im wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Das BAG verneint deshalb bei freier Einteilung der Arbeitszeit häufig eine Arbeitnehmereigenschaft³⁰. Eine zeitliche Weisungsgebundenheit kann auch aus der Festlegung eines in einer bestimmten Zeitspanne zu erledigen-

28 BSG, Urteil vom 28.5.2008, B 12 KR 13/07 R, Freelancer, juris.

29 Landessozialgericht Berlin-Brandenburg, Urteil vom 20.11.2013, L 9 KR 152/11.

30 BAG, Urteil vom 19.5.1960, 2 AZR 197/58.

den Mindestsolls folgen. Dies ist jedoch dann nicht anzunehmen, wenn die Grenzen so gesetzt sind, dass den Mitarbeitern ein erheblicher Spielraum verbleibt³¹.

Kann ein Mitarbeiter eine Zuteilung von Arbeitsaufgaben oder Arbeitszeit oder eine zeitliche Anfrage des Dienstgebers nicht ablehnen, ohne das Vertragsverhältnis zu gefährden, ist er zeitlich weisungsgebunden.

2.4.5.3. Eingliederung in den Betrieb

Die persönliche Abhängigkeit des Beschäftigten äußert sich vor allem in dessen Eingliederung in den Betrieb des Arbeitgebers. Der nichtselbstständig Beschäftigte ist grundsätzlich in einen fremden Betrieb eingegliedert und hat fremdbestimmte Arbeit persönlich zu verrichten. Durch die Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Arbeitgebers ist dem Beschäftigten eine Einflussnahme auf das wirtschaftliche Ergebnis seiner Arbeitsleistung weitgehend versagt. Die Eingliederung in den Betrieb ist nicht nur räumlich zu verstehen. Auch wer in seiner eigenen Wohnung arbeitet, kann in die betriebliche Organisation eingebunden sein. Dies war zum Beispiel bei einer Schadensabrechnerin einer Versicherung der Fall, die in ihrer Wohnung die Schadensabrechnungen nach genauen Anweisungen und unter Benutzung bestimmter Formulare und Hilfsmittel vornahm.

Die Eingliederung in den Betrieb wird zu einem darauf überprüft, ob und inwieweit der Mitarbeiter in eine fremdbestimmte Arbeitsorganisation eingebunden ist und dabei betriebliche Einrichtungen benutzt. Weiter wird hierbei 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 untergeordnet, spricht dies für eine abhängige Beschäftigung³².

Das im Rahmen eines Werkvertrages eingesetzte Personal darf in die Arbeitsabläufe oder in den Produktionsprozess des Betriebes nicht organisatorisch eingegliedert werden. Es muss die Arbeiten, die Gegenstand des Werkvertrages sind, selbstständig verrichten. Wird dies nicht beachtet, kann eine Arbeitnehmerüberlassung vorliegen.

Die Eingliederung in den Betrieb hat nach § 99 Abs. 1 BetrVG Konsequenzen für das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats³³. Der Betriebsrat kann nach § 101 BetrVG beim Arbeitsgericht beantragen, dass das Personal entlassen wird. Kommt der Arbeitgeber dem nicht nach, kann er zur Zahlung eines Zwangsgeldes verurteilt werden.

31 BAG, Urteil vom 15.12.1999, 5 AZR 770/98.

32 Reiserer/Böhlz, Kap. 2 Rn. 34.

33 LAG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 5.6.2013 - 3 TaBV 6/12.

2.4.5.4. Vereinbarung eines Erfolges

Nach einem Zitat von Otto von Gierkes ist beim Werkvertrag ein „Werk“, beim Dienstvertrag ein „Wirken“ geschuldet³⁴. Dieser Unterschied ist jedoch in der Praxis geringer, als es zunächst erscheint. Denn jede menschliche Leistung ist letztlich auf einen Erfolg bezogen. Die Tätigkeit eines Arbeitnehmers im Rahmen eines Dienstvertrages ist aus Sicht des Arbeitgebers erfolgsorientiert, denn ohne den wirtschaftlichen Erfolg macht der Einsatz von Arbeitnehmern keinen Sinn. So wie jeder Dienstvertrag irgendeinen Zweck, also einen Erfolg erreichen will, so soll enthält auch der Werkvertrag eine tätigkeitsbezogene Komponente, die nicht notwendig einen Erfolg einschließt. Dies ist z.B. bei einem Reparaturauftrag der Fall, bei dem die Ursache einer Störung erst noch gesucht werden muss. Damit ist zunächst eine Tätigkeit geschuldet, nämlich das Auffinden der Störung.

2.4.5.5. Gesamtschau

Die Gerichte stellen in ihren Entscheidungen immer wieder klar, dass es für die Abgrenzung von freien Mitarbeitern und Arbeitnehmern kein Einzelmerkmal gibt, das aus der Vielzahl möglicher Kriterien zwingend vorliegen muss. Es gibt auch keine numerische Anzahl, dass von einer Zahl von Kriterien eine bestimmte Menge erreicht sein muss. Nur im Rahmen einer wertenden Gesamtschau und einer Überprüfung vieler in Betracht kommender Abgrenzungskriterien kann entschieden werden, ob das Vertragsverhältnis ein Arbeitsverhältnis oder ein freies Mitarbeiterverhältnis darstellt. Bei dieser Gesamtschau wird es darauf ankommen, welche Merkmale überwiegen³⁵.

2.4.6. Selbstständigkeit des Werkunternehmers

Im ersten Satz des § 631 BGB wird der Unternehmer genannt, der zur Herstellung des versprochenen Werkes verpflichtet ist. Dieser Unternehmer (auch Werkunternehmer) ist kein Arbeitnehmer, er ist nicht weisungsgebunden und nicht in die Arbeitsorganisation des Bestellers eingegliedert. Der Werkunternehmer ist Selbstständiger. Damit entsteht keine Beschäftigung und keine Versicherungspflicht, somit auch keine Beitragspflicht in der gesetzlichen Sozialversicherung.

Ein Werkvertragsverhältnis beinhaltet keine Verpflichtung, Sozialabgaben abzuführen. Der Unternehmer kann von seinen Einnahmen alle damit in Zusammenhang stehende Ausgaben abziehen, bevor er die Besteuerung vornimmt. Der Vertrag ist von beiden Seiten jederzeit kündbar. Es entsteht kein Urlaubsanspruch und keine Lohnfortzahlung im Krankheitsfall. Der Betriebsrat ist weder bei Vertragsbeginn noch bei

34 v. Gierke, Deutsches Privatrecht, Band 3, 1917, S. 591 f.

35 vgl. etwa BAG Urteil vom 29.8.2012, 10 AZR 499/11; BAG Urteil vom 15.2.2012, 10 AZR 301/10.

Vertragsbeendigung zu beteiligen. Es wird nur die tatsächlich geleistete Arbeit vergütet. Arbeitsschutzrechtliche Bestimmungen wie das Arbeitszeitgesetz sind nicht anwendbar.

2.5. Arbeitnehmerüberlassung

2.5.1. Begriff

Bei der Arbeitnehmerüberlassung stellt der Arbeitgeber seine Arbeitnehmer einem Dritten zur Arbeitsleistung zur Verfügung. Der Arbeitgeber wird innerhalb dieser Rechtsbeziehung als Verleiher, der Dritte als Entleiher und der entlehene Arbeitnehmer als Leiharbeitnehmer bezeichnet. Der Dritte bindet den Leiharbeitnehmer vollständig in seine betrieblichen Abläufe ein³⁶. Die unternehmerische Tätigkeit der Verleiher wird auch als Zeitarbeit bezeichnet.

2.5.2. die gesetzliche Regelung

Die rechtlichen Rahmenbedingungen der Zeitarbeit sind in Deutschland seit dem 11.10.1972 im Gesetz zur Regelung der Arbeitnehmerüberlassung (Arbeitnehmerüberlassungsgesetz - AÜG) geregelt.

Im Jahr 2011 wurde mit dem "Ersten Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes" das AÜG grundlegend novelliert. Anlass war die europäische Richtlinie zur Leiharbeit³⁷. Innerhalb der Arbeitnehmerüberlassung liegen verschiedene Vertragsformen vor. Man unterscheidet die rechtlichen Beziehungen zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer sowie zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer und auch zwischen Entleiher und Verleiher.

Der Verleiher, ein Unternehmen der Zeitarbeit, ist Arbeitgeber des Leiharbeitnehmers. Mit diesem schließt der Leiharbeitnehmer seinen Arbeitsvertrag.

Allerdings ist es das entleihende Unternehmen, in dessen betrieblicher Organisation und unter dessen Direktionsgewalt der Leiharbeitnehmer produktiv tätig wird. Daher gelten gemäß § 11 Abs. 6 AÜG die für den Entleiher geltenden öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzvorschriften auch für die dort beschäftigten Leiharbeitnehmer. Der Entleiher ist für die entsprechende Unterweisung verantwortlich (§ 12 Abs. 2 ArbSchG). Nach § 13a AÜG ist der Entleiher zur Information über freie Arbeitsplätze verpflichtet. § 13b AÜG verschafft dem Leiharbeitnehmer Zugang zu Gemeinschaftseinrichtungen und Gemeinschaftsdiensten des Entleihers. Nach einer Entscheidung des BAG sind Leiharbeitnehmer Arbeitnehmer des Entleiherbetriebes auch im Sinne des § 111 Be-

³⁶Wöhle, Juristische Probleme bei der Abgrenzung der Arbeitnehmerüberlassung, S. 3.

³⁷LA-RiLi vom 19..11.2008, ABI. L 327/9.

trVG³⁸. Sie unterliegen jedoch nicht den Bestimmungen des Bundesurlaubsgesetzes, des Entgeltfortzahlungsgesetzes und des Kündigungsschutzgesetzes.

Der Leiharbeitnehmer wird in die Betriebsorganisation des Entleihers eingegliedert. Dieser übt das Direktionsrecht aus und entscheidet über die Zuweisung des konkreten Arbeitsplatzes und die Art und Weise der Erbringung der Arbeitsleistung³⁹. Der Leiharbeitnehmer ist verpflichtet, die ihm aus dem Arbeitsvertrag mit dem Verleiher obliegende Arbeitspflicht gegenüber dem Entleiher zu erbringen. Damit entstehen tatsächlich auch zum Entleiher rechtliche Beziehungen mit arbeitsrechtlichem Charakter. Durch den Einsatz für den Entleiher wird auch zu diesem ein arbeitsrechtliches Erfüllungsverhältnis begründet⁴⁰.

Werden dem Entleiher wesentliche Arbeitgeberfunktionen vom Verleiher übertragen, so muss dieser gespaltenen Arbeitgeberstellung auch bei der Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen Rechnung getragen werden. Daher ist es Sinn und Zweck der Zuständigkeitsnorm nach § 2 Absatz 1 Nr. 3a ArbGG, den Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen zu eröffnen, wenn sich zwischen Leiharbeitnehmer und dem Entleiher aus dem Leiharbeitsverhältnis bürgerliche Rechtsstreitigkeiten ergeben⁴¹. Damit können die Ansprüche eines Leiharbeitnehmers gegen den Entleiher vor dem Arbeitsgericht geltend gemacht werden⁴².

Der Entleiher als Dritter gilt nach Stimmen der Literatur als Dritter im Sinne § 328 Abs. 1 BGB, der den Vertrag zugunsten Dritter behandelt. Damit liegt ein Arbeitsvertrag zugunsten Dritter vor. Aus diesem Arbeitsvertrag ergibt sich das Direktionsrecht des Entleihers.

Zwischen dem Entleiher und dem Verleiher besteht während der Überlassung ein Arbeitnehmerüberlassungsvertrag. Das AÜG bestimmt in § 12 Abs. 1 die vertragliche Schriftform. Der Verleiher benötigt nach § 1 AÜG eine Erlaubnis zum Ausüben seiner Tätigkeit. Hat der Verleiher nicht die nach § 1 AÜG erforderliche Erlaubnis, sind Verträge zwischen Verleiher und Entleiher sowie zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer unwirksam. Damit kommt ein Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer zustande (§ 10 AÜG), der Leiharbeitnehmer wird dann zum Arbeitnehmer mit allen sozialversicherungsrechtlichen und arbeitsrechtlichen Konsequenzen.

38 BAG Urteil vom 18.10.2011, 1 AZR 335/10.

39 BAG Urteil vom 23.9.2010, AZR 567/09.

40 Ulrici, jurisPR-ArbR 36/2010 Anmerkung 4B.

41 BAG vom 15.3.2011, AZB 49/10.

42 LAG Berlin-Brandenburg vom 30.12.2014, 11 Ta 2148/14.

2.5.3. Vor- und Nachteile für den Auftraggeber

Kommt eine rechtlich einwandfreie Arbeitnehmerüberlassung zustande, kann der Leiharbeitnehmer für den Auftraggeber, den Entleiher, wie ein freier Mitarbeiter flexibel eingesetzt werden. Die Abrechnung mit dem Verleiher erfolgt nach Stunden, es werden nur die tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden bezahlt. Der Leiharbeitnehmer erhält keinen bezahlten Urlaub und genießt keine Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall. Er genießt keinen Kündigungsschutz, er kann somit jederzeit aus dem Betrieb entfernt werden. Durch Leiharbeit kann der Verwaltungsaufwand vermindert werden. Ein kurzfristiger Arbeitsanfall kann ausgeglichen werden. Kündigungsfristen und arbeitsrechtliche Auseinandersetzungen bei Beendigung der Tätigkeit entfallen.

Liegt jedoch eine unwirksame Entleiher vor, wird der Leiharbeitnehmer zum Arbeitnehmer mit allen arbeits- und sozialrechtlichen Folgen. Das Verleihen und Entleihen von Leiharbeitnehmern ohne erforderliche Erlaubnis ist bußgeldbewehrt. Die Obergrenze der Geldbuße für diese Ordnungswidrigkeit beträgt 30.000,-- €. Werden bei der verdeckten Arbeitnehmerüberlassung ausländische Arbeitnehmer ohne ein erforderliches Arbeitsvisum eingesetzt, beträgt die Obergrenze 500.000,-- €.

Bei der grenzüberschreitenden verdeckten Arbeitnehmerüberlassung wird ein Arbeitsverhältnis zum Entleiher fingiert. Damit werden die im Inland geltenden Sozialversicherungsbeiträge fällig, da sich die Sozialversicherungspflicht nicht daran orientiert, wer den Arbeitnehmer bezahlt, sondern für wen der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung erbringt⁴³. Damit ist in Deutschland noch einmal der volle Sozialversicherungsbeitrag fällig.

2.6. Geschäftsführer und Vorstände

2.6.1. GmbH-Gesellschafter und Geschäftsführer

Eine weit verbreitete Meinung nimmt an, ein Gesellschafter einer GmbH als Geschäftsführer sei als Unternehmer schlechthin sozialversicherungsfrei, da er kein Arbeitnehmer im arbeitsrechtlichen Sinne sei. Dies steht jedoch dem Vorliegen eines sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses nicht entgegen, ebensowenig wie die Stellung als Organ im gesellschaftsrechtlichen Sinne. Während die Eigenschaft als Geschäftsführer oder als Vorstandsmitglied durch Bestellung und Abberufung gewonnen oder verloren wird (§ 38 GmbHG, § 84 AltG), wird der Anstellungsvertrag nach allgemeinen Regeln (§§ 145 ff. BGB) entweder auf Zeit (§ 620 Abs. 1 BGB) oder unbefristet abgeschlossen und kann ordentlich oder außerordentlich nach Maßgabe der

43 BSG NZS 1997, Seite 372.

§§ 621, 626 BGB gekündigt werden⁴⁴.

Auch hier ist zur Beurteilung des sozialversicherungsrechtlichen Status zu prüfen, ob der Geschäftsführer an Weisungen gebunden ist und so in den Betrieb eingegliedert ist, dass er in seiner Arbeitsausführung hinsichtlich Zeit, Dauer und Ort nicht mehr frei entscheiden kann. Diese Prüfung ist auch beim Fremdgeschäftsführer vorzunehmen, der keinerlei Gesellschaftsanteile hat. Der Fremdgeschäftsführer ist nicht automatisch als Arbeitnehmer anzusehen.

Die Weisungsgebundenheit des GmbH-Geschäftsführers lässt sich an der Kapitalbeteiligung abschätzen. Handelt es sich bei dem Geschäftsführer um einen Mehrheitsgesellschafter mit mehr als der Hälfte der Gesellschaftsanteile, ist dieser regelmäßig nicht sozialversicherungspflichtig. Bei einer geringeren Kapitalbeteiligung als 50% ist zu prüfen, ob eine Sperrminorität vorliegt, womit der Geschäftsführer ihm nicht genehme Weisungen hinsichtlich Zeit, Dauer, Umfang und Ort der Tätigkeit verhindern kann.

Erfolgen die Beschlüsse der Gesellschafter nach der Mehrheit der abgegebenen Stimmen (§ 47 Abs. 1 GmbHG) und richtet sich dabei das Stimmrecht des einzelnen Gesellschafters nach der Höhe seiner Geschäftsanteile, hat ein Gesellschafter-Geschäftsführer, der mindestens über 50 % des Stammkapitals verfügt, grundsätzlich einen maßgeblichen Einfluss auf die Geschicke der GmbH. Dies treffe auch auf einen Gesellschafter-Geschäftsführer zu, der zwar über weniger als 50 % des Stammkapitals verfügt, aber aufgrund besonderer Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag sämtliche Beschlüsse der anderen Gesellschafter verhindern kann (umfassende Sperrminorität). Eine nur eingeschränkte Sperrminorität, die nicht auf alle Angelegenheiten der Gesellschaft Anwendung findet, schließe ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis hingegen nicht von vornherein aus.

Das Bundessozialgericht (BSG) hat mit zwei Entscheidungen⁴⁵ im Jahre 2012 seine bisherige Rechtsprechung zur versicherungsrechtlichen Beurteilung von Gesellschafter-Geschäftsführern fortentwickelt. Beide entschiedenen Fälle betrafen Familiengesellschaften, d. h. Gesellschaften, deren Gesellschafter ganz oder überwiegend aus Familien bestehen. Zu beurteilen war jeweils der sozialversicherungsrechtliche Status des Sohnes des Gesellschafters. Die betroffenen Söhne hielten selbst keine Gesellschaftsanteile, waren jedoch als Geschäftsführer bzw. leitender Angestellter für die Gesellschaft tätig. Urlaubs- und Arbeitszeiten konnten die Söhne selbst festlegen. In dem einen Fall hatte der Vater als Alleingesellschafter der GmbH schriftlich auf sein Weisungsrecht zugunsten des Sohnes verzichtet; in dem anderen Fall wurde das Weisungsrecht zwar nicht abbedungen, in der Praxis aber nicht wahrge-

⁴⁴Preis, Arbeitsrecht, Seite 79.

⁴⁵BSG, Urteil vom 29.08.2012, B 12 KR 25/10 R; BSG, Urteil vom 29.08.2012, B 12 R 14/10 R.

nommen.

Auf der Grundlage der bisherigen Rechtsprechung hatte das Landessozialgericht Niedersachsen-Bremen (LSG) entschieden, dass die Söhne in beiden Fällen als selbstständig anzusehen seien. Nach den Feststellungen des LSG konnten die Söhne nach eigenem Gutdünken "schalten und walten".

Die Urteile des LSG entsprachen der bisher gültigen Rechtsprechung des BSG. Dieses hatte in der Vergangenheit entschieden, dass der tatsächliche Einfluss auf eine Gesellschaft eine abhängige Beschäftigung auch dann ausschließe, wenn die gesellschaftsrechtliche Stellung allein einen bestimmten Einfluss nicht ermögliche. Davon ausgehend war den tatsächlichen Verhältnissen regelmäßig der Vorrang vor der rechtlichen Situation eingeräumt worden, wenn es um den sozialversicherungsrechtlichen Status von Geschäftsführern und leitenden Angestellten ging.

Mit den beiden zitierten Urteilen ist das BSG von seiner bisher vertretenen Auffassung abgerückt. Es hat entschieden, dass jeweils eine abhängige Beschäftigung vorliege, weil die zu beurteilenden Söhne ihnen nicht genehme Entscheidungen der Gesellschafter nicht hätten verhindern können.

Der Geschäftsführer mit Mehrheitsbeteiligung kann jedoch in die Rentenversicherungspflicht geraten, wenn er nach § 2 Nr. 9 SGB VI keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigt und auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig ist. Das BSG hatte in einem Urteil 2005 eine Rentenversicherungspflicht für alle Gesellschafter-Geschäftsführer angenommen, die als Auftraggeber nur der GmbH verpflichtet waren⁴⁶. Diese allzu enge Auslegung des Wortlautes des § 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI führte zu einer Änderung des Gesetzes durch die Klarstellung, dass bei Gesellschaftern als Auftraggeber die Auftraggeber der Gesellschaft gelten.

Um Rechts- und Planungssicherheit zu erlangen, kann vor, während oder nach der Beendigung der Beschäftigung bei der Clearingstelle der Deutschen Rentenversicherung Bund ein Antragsverfahren durchgeführt werden. Die hieraus folgende Entscheidung der DRV Bund ist verbindlich. Ein Antragsverfahren kann auch von Amts wegen durch die Krankenkasse eingeleitet werden.

2.6.2. Vorstände der AG

Bei der Bewertung der Vorstandstätigkeit als abhängiges Beschäftigungsverhältnis oder als selbstständige Tätigkeit kommen die einzelnen Senate des BSG zu unterschiedlichen Ergebnissen. Der 4. und der 12. Senat des BSG gehen davon aus, dass Vorstände von Aktiengesell-

⁴⁶BSG Urteil vom 25.1.2006 - B 12 KR 30/04 R, ZIP 2006 Seite 678.

schaften abhängig beschäftigt sind, auch wenn sie die Gesellschaft in eigener Verantwortung leiten und als Arbeitgeber auftreten⁴⁷. Der Vorstand unterliege der Überwachung durch den Aufsichtsrat, der ihn bestellt und gegebenenfalls abrufft. Der Vorstand ist gegenüber dem Aufsichtsrat berichts- und rechenschaftspflichtig. Außerdem ist er der Hauptversammlung verantwortlich, er trage kein unternehmerisches Risiko.

Der für die Unfallversicherung zuständige 2. Senat des BSG vertritt eine andere Meinung. Die bei abhängig beschäftigten bestehende Weisungsgebundenheit lasse sich bei Vorstandsmitgliedern einer AG weder inhaltlich noch bezüglich des äußeren Ablaufs feststellen. Vorstandsmitglieder einer AG stehen nach dieser Meinung in einem freien Dienstverhältnis und sind keine Beschäftigte des Unternehmens.

2.7. Handelsvertreter und Reisende

Die Tätigkeit des Betriebes ist nicht nur nach innen, sondern auch nach außen gerichtet. Die nach außen gerichtete Tätigkeit stellt den Kontakt mit dem Kunden her, der besucht werden soll um ihn über die Produkte des Betriebes zu informieren und ihn zum Kauf der Produkte zu bewegen. Der Vertrieb ist Teil des betrieblichen Marketing und hat den Absatz der Produkte oder Dienstleistungen zum Ziel. In diesem Kapitel sollen die "Außendienstler" betrachtet werden, die sowohl angestellte Reisende als auch selbstständige Handelsvertreter sein können.

2.7.1. Reisende

Ein Reisender oder Handelsreisender ist ein sozialversicherungspflichtiger Handlungsgehilfe im Außendienst. In § 84 Abs. 2 HGB wird bestimmt, dass eine unselbstständige Person, die für einen Unternehmer Geschäfte vermittelt oder in dessen Namen abschließt, als Angestellter gilt. Angestellte im Außendienst finden sich in vielen Branchen. Sie verkaufen Waren, Dienstleistungen, ganz besonders häufig Finanzdienstleistungen. Als Angestellte sind sie in den Betrieb eingegliedert und weisungsgebunden. Für die unselbstständigen Handelsvertreter nach § 84 Abs. 2 HGB gilt das Arbeitsrecht⁴⁸. Da sie sich mitunter wochenlang nicht im Betrieb befinden, stellt sich die Frage der Kontrolle der Weisungen. Hieraus ergibt sich die Berichtspflicht des Reisenden, der im vom Betrieb festgelegten Umfang den Dienstherrn über seine Tätigkeit zu berichten hat.

Eine Besonderheit gegenüber den im Betrieb arbeitenden Angestellten findet sich bei der Entlohnung. Hier findet sich häufig eine Kombination von Grundgehalt und Provisionen, mit denen die erfolgreiche Vertriebstätigkeit belohnt werden soll. Die Provision kann sich aus Abschluss- und Bestandsprovisionen zusammensetzen. Bei der Berechnung der

⁴⁷BSG vom 27.2.2008 - B 12 KR 23/06 R, GmbHR 2008, Seite 1154.

⁴⁸Roth in: Koller/Kinder/Roth/Morck, Handelsgesetzbuch, § 84 Rn. 3.

Krankheits- und Urlaubsbezahlung können die Provisionsergebnisse der letzten Monate zur Berechnungsgrundlage gemacht werden, womit sich recht komplizierte Gehaltsberechnungen ergeben.

§ 84 Abs. 2 HGB ist als soziale Schutznorm mit Konsequenzen für das Arbeits- und Sozialrecht zwingend⁴⁹. Die §§ 85 ff. HGB sind auf den Reisenden nicht anwendbar, sondern Arbeitsrecht.

2.7.2. Handelsvertreter

Das Recht der Handelsvertreter ist in den §§ 84 ff. HGB geregelt. Mit dem Regelung im HGB, dem Sonderprivatrecht der Kaufleute, zeigt sich schon dass der Handelsvertreter selbstständiger Kaufmann ist. Er kann jedoch mangels eines kaufmännischen Geschäftsbetriebes ein "Minderkaufmann" im Sinne des § 1 Abs. 2 Halbsatz 2 HGB sein, womit er dann den übrigen Bestimmungen des HGB für Kaufleute nicht unterliegt. Gleichwohl sind die §§ 84 HGB auf alle Handelsvertreter anzuwenden, auch wenn sie Nichtkaufleute sind⁵⁰. Streitigkeiten zwischen dem Arbeitgeber und dem Handelsvertreter sind in der Regel vor den Zivilgerichten der ordentlichen Gerichtsbarkeit auszufechten, eine Ausnahme hiervon bestimmt jedoch § 5 Abs. 3 Arbeitsgerichtsgesetz. Danach fallen Handelsvertreter unter die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte, wenn sie während der letzten sechs Monate des Vertragsverhältnisses im Durchschnitt monatlich nicht mehr als 1.000,-- € verdient haben.

Der Handelsvertreter ist selbstständiger Absatzmittler eines anderen Unternehmens und als solcher selbstständiger Gewerbetreibender. Er unterscheidet sich von ähnlichen Vertriebsmittlern wie Vertragshändler, Kommissionär und Handelsmakler. Handelsvertreter kann jede natürliche oder juristische Person sein.

Indizien für die Selbstständigkeit des Handelsvertreters sind folgende Kriterien: Kein Arbeitsplan, keine Mindestarbeitszeit, Unabhängigkeit von Weisungen, erfolgsabhängige Vergütung, Tragung der Kosten und Risiken der Geschäftstätigkeit, Sanktionslosigkeit von „Pflichten“, Mehrfachvertretung⁵¹.

Seine Aufgabe besteht darin, Verträge mit Kunden zu vermitteln oder diese für fremde Rechnung und im fremden Namen abzuschließen. Damit kann der Handelsvertreter Vermittlungs- oder Abschlussvertreter sein, Vertragspartner des Kunden ist stets der "Prinzipal", der Geschäftsherr des Handelsvertreters⁵².

49 Hopt in: Baumbach/Hopt, Handelsgesetzbuch, § 84 Rn. 39.

50 Roth in: Koller/Kinder/Roth/Morck, Handelsgesetzbuch, § 84 Rn. 1.

51 Roth in: Koller/Kinder/Roth/Morck, Handelsgesetzbuch, § 84 Rn. 3.

52 Graf von Westphalen, Kauf- und Werkvertrag, S. 87.

Ansprüche aus Handelsvertreter-Verträgen gehören innerhalb der Landgerichte nach Maßgabe der §§ 93 ff. GVG vor die Kammer für Handelssachen (KfH).

2.8. Schwarzarbeiter

„Die Schwarzarbeit ist die Schweiz des kleinen Mannes“, behauptete vor vielen Jahren der Wirtschaftsminister Otto Graf Lambsdorff. So wie die Schweiz mittlerweile für Steuersünder kein Paradies mehr darstellt, so gilt auch die Schwarzarbeit nicht mehr als Kavaliersdelikt.

Vertragliche Grundlage der Schwarzarbeit kann ein Dienstvertrag oder ein Werkvertrag sein. Dieser Vertrag könnte jedoch nach § 134 BGB unwirksam sein, wenn er gegen ein gesetzliches Verbot verstößt. Als Verbotsgesetz im Sinne von § 134 BGB kommen die Tatbestände des § 1 Abs. 2 SchwarzArbG in Betracht. Wenn beide Vertragsparteien den Gesetzesverstoß kennen, ist dies ohne weiteres anzunehmen. Ein Verstoß liegt nach dem BGH bereits vor, wenn auf Seiten des Unternehmers Vorsatz vorliegt und der Besteller diesen Verstoß kennt und dabei bewusst zu seinem Vorteil ausnutzt⁵³. Damit ist der Vertrag nach § 134 BGB i.V.m. § 1 Abs. 2 SchwarzArbG unwirksam. Der Schwarzarbeiter kann damit nicht seinen Lohn vom Auftraggeber einfordern. Der Auftraggeber hat gegen den Schwarzarbeiter keinen Anspruch auf Gewährleistung im Falle von Schlechtleistung.

Der Auftraggeber erfüllt zugleich auch den Straftatbestand des § 370 AO, der Besteller wird als Mittäter nach § 369 Abs. 2 AO i.V.m. § 25 Abs. 2 StGB bestraft.

2.9. Subunternehmer

Ein Subunternehmervertrag liegt vor, wenn ein Nach- oder Subunternehmer sich gegenüber einem Generalunternehmer oder einem anderen Subunternehmer verpflichtet, für diesen einen eigenständigen und abgrenzbaren Abschnitt des Gesamtwerkes in eigener Verantwortung zu erbringen. Ein solcher Vertrag kann sowohl als Werkvertrag wie als Dienstvertrag ausgestaltet werden. Damit stellt sich auch für den Subunternehmer die Problematik der Scheinselbstständigkeit.

Ein Beispiel hierfür ist die Kurier-Express-Paket-Branche. Hier wird regelmäßig entweder mit Arbeitnehmern oder mit Subunternehmern gearbeitet. Die Abgrenzung zwischen den beiden Gruppen wird anhand der üblichen, oben aufgezeigten Kriterien vorgenommen. Dies ist die Weisungsgebundenheit, die Zeithoheit, die Eingliederung in den Betrieb sowie das Tragen eines eigenen unternehmerischen Risikos. Für eine

⁵³BGH NJW 2013, 3167 (3169 Rn. 23).

Scheinselbständigkeit kann schon sprechen, wenn dem Subunternehmer Betriebsmittel in Form von Kleidung und Scanner kostenlos zur Verfügung gestellt werden.

Subunternehmer finden sich neben der Logistikbranche auch in der Bauwirtschaft, der IT-Branche, der Reisebranche und im Öffentlichen Personennahverkehr.

In der IT-Branche findet sich anstelle des Wortes "Subunternehmer" der Begriff "Freelancer". Freelancer haben in IT-Projekten eine große Bedeutung, ihr Anteil wird auf 50% an allen Projekten geschätzt⁵⁴. Arbeiten Freelancer direkt im Unternehmen, wird zur Vermeidung der Scheinselbständigkeit in der Regel mit einem Ticket-System gearbeitet. Dabei erhält der IT-Dienstleister von den Mitarbeitern des Unternehmens ein "Ticket", einen Arbeitsauftrag, der an die Freelancer weitergegeben und von diesen bearbeitet wird. Ein solches Ticket-System ist dem Werkvertragsrecht zuzuordnen. Problematisch wird es dann, wenn die Mitarbeiter des Unternehmens das Ticket-System unterlaufen und den Freelancern direkte Aufträge erteilen, womöglich noch mit zeitlich-örtlichen Vorgaben. Dann liegt ein Scheinwerkvertrag vor. Aufgrund der gesetzlichen Fiktion des § 10 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 9 Nr. 1 AÜG ist damit zwischen den Freelancern und dem Unternehmen ein Arbeitsverhältnis zu Stande gekommen⁵⁵.

2.10. Franchisenehmer

2.10.1. das Franchisesystem

Die Vertriebsform Franchising hat in Deutschland bislang keine gesetzliche Regelung in Form eines gesetzlichen Typenvertrages im besonderen Schuldrecht oder im HGB gefunden, obwohl diese Form des selbstständigen Vertriebsmittlers zehntausendfach in Deutschland existiert. 2012 gab es in Deutschland 985 Franchisegeber und 72.700 Franchisenehmer mit 546.000 Beschäftigten.

Der Franchisenehmer verkauft seine Erzeugnisse oder Dienstleistungen rechtlich selbstständig. Er tritt jedoch unter dem Marketing und den Vorgaben des Franchisegebers auf, so dass der Eindruck einer einheitlichen Marke entsteht. Hierfür zahlt er eine Gebühr. Der Franchisenehmer wird vom Franchisegeber ausgebildet, dieser überwacht die Einhaltung des Markenkonzeptes und erteilt dem Franchisenehmer Anweisungen. Bekannte Beispiele für Franchisesysteme sind McDonalds, Burger King, Subway, Apollo-Optik, Reno, Obi, Portas, Schülerhilfe und Musikschule Fröhlich.

Der Franchisenehmer ist Unternehmer, er dürfte jedoch in seiner Schutzbedürftigkeit mit dem Handelsvertreter zu vergleichen sein. Die

⁵⁴Computerwoche, IT-Freiberuflerstudie 2015.

⁵⁵LAG Baden-Württemberg, Urteil vom 1.8.2013 (Daimler), 2 Sa 6/13.

gesetzlichen Grundwertungen des Handelsvertreterrechts werden daher auch als dominierend für die Franchisenehmer angesehen⁵⁶.

Auch der Franchisenehmer ist strukturell dem Franchisegeber unterlegen. Wegen der erheblichen Einschränkungen seiner wirtschaftlichen Entfaltungsmöglichkeiten, die in der Unterordnung unter das Franchisesystem liegen, hat der Franchisenehmer nicht die Möglichkeiten die ein freier Unternehmer hat, um Umsatz und Kosten optimieren zu können.

2.10.2. Rentenversicherungspflicht der Franchisenehmer

Bei einem Franchisesystem ist der Franchisegeber grundsätzlich der alleinige Auftraggeber des Franchisenehmers⁵⁷. Damit kann nach § 2 Satz 1 Nummer 9 SGB VI die Versicherungspflicht in der Rentenversicherung entstehen. Die Versicherungspflicht kann dadurch abgewendet werden, dass der Franchisenehmer regelmäßig einen Mitarbeiter beschäftigt, dessen monatliches Entgelt 450,-- € übersteigt.

2.11. Beschäftigte bei Rundfunk und Fernsehen

2.11.1. Beachtung der Rundfunkfreiheit

Im Bereich Rundfunk und Fernsehen verlangt die Rundfunkfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG) Beachtung. Zudem gibt es bei einigen Rundfunkanstalten Tarifverträge für arbeitnehmerähnliche Personen. Hinsichtlich der Arbeitnehmereigenschaft wird im Bereich Rundfunk und Fernsehen zwischen programmgestaltenden und nicht programmgestaltenden Mitarbeitern unterschieden.

2.11.2. Programmgestaltende Mitarbeiter

Nach ständiger Rechtsprechung des BAG kann auch bei programmgestaltenden Mitarbeitern ein Arbeitsverhältnis vorliegen, „wenn sie weitgehenden inhaltlichen Weisungen unterliegen, ihnen also nur ein geringes Maß an Gestaltungsfreiheit, Eigeninitiative und Selbständigkeit verbleibt und der Sender innerhalb eines zeitlichen Rahmens über ihre Arbeitsleistung verfügt“, was dann der Fall ist, „wenn ständige Dienstbereitschaft erwartet wird oder wenn der Mitarbeiter in nicht unerheblichem Umfang auch ohne entsprechende Vereinbarung durch Dienstpläne herangezogen wird, ihm die Arbeit also letztlich zugewiesen wird.“

Kein Gesichtspunkt bei der Beurteilung des Status ist die Angewiesenheit auf technische Einrichtungen und Personal der Rundfunkanstalten zur Herstellung der Beiträge und die aus diesem Grunde erfolgte Aufnahme in Dispositions- und Rahmenbelegungspläne. Die Bedeutung

⁵⁶Martinek/Habermeier, Handbuch des Vertriebsrechts, § 23 Rn. 60.

⁵⁷BSG, Urteil vom 4.11.2009, B 12 R 3/08 R.

der Dienstplangestaltung für den Arbeitnehmerstatus hat erheblich abgenommen. Sie ist – wie im Urteil vom 20.9.2000⁵⁸ betont wird – auch nicht mehr als ein Indiz. Im Leitsatz der Entscheidung heißt es:

„Ist eine Rundfunkanstalt aufgrund eines Bestandsschutztarifvertrages für freie Mitarbeiter gehalten, einen Mindestbeschäftigungsanspruch des freien Mitarbeiters zu erfüllen, kommt allein der Aufnahme des Mitarbeiters in Dienstpläne nicht die Bedeutung eines die Annahme der Arbeitnehmerstellung auslösenden Umstandes zu.“

Von der durch § 12a TVG eröffneten Möglichkeit, Tarifverträge für arbeitnehmerähnliche Personen abzuschließen, wurde im Bereich Rundfunk und Fernsehen Gebrauch gemacht. Der Fünfte Senat des BAG hat in der genannten Entscheidung daraus allgemeine Grundsätze für den Arbeitnehmerbegriff abgeleitet. Es heißt dort: „Der Arbeitnehmerbegriff ergibt sich vornehmlich im Umkehrschluss aus den Vorschriften zu den selbständigen Dienstverpflichteten und den arbeitnehmerähnlichen Personen. Aus diesen Vorschriften folgt, dass weder der Umstand der wirtschaftlichen Abhängigkeit noch die Tätigkeit für nur einen Auftraggeber den Arbeitnehmerstatus begründen kann. Die gesetzliche Abstufung geht nicht von einem dualen System, sondern von einem dreigeteilten System aus, das zwischen Arbeitnehmern, arbeitnehmerähnlichen Personen und Selbständigen differenziert.“ Die gesetzliche Dreiteilung des Systems werde im Bereich des Rundfunks durch Bestandsschutztarifverträge bekräftigt. Es erscheint jedoch fraglich, ob in dieser Allgemeinheit von einem dreigeteilten System gesprochen werden kann. § 12a TVG eröffnet lediglich die Möglichkeit zum Abschluss von Tarifverträgen. Das ist aber nur in wenigen Bereichen geschehen. Im Übrigen ist auch in diesem Urteil nicht in Frage gestellt worden, dass Tarifverträge nicht darüber bestimmen können, wer von den Mitarbeitern eines Senders Arbeitnehmer und wer arbeitnehmerähnliche Person ist. Auch bei sehr weitgehenden „zeitlichen Verpflichtungen und einem ggf. kleinteiligen Takt“ hat der Fünfte Senat des BAG eine zeitliche Weisungsgebundenheit verneint, so im Urteil vom 20.5.2009⁵⁹. Dort heißt es, die Einbindung in ein festes Programmschema und die Vorgaben eines Programmverlaufs wirke bei programmgestaltenden Mitarbeitern nicht statusbegründend. Denn die zeitlichen Vorgaben seien „notwendiger Bestandteil der übernommenen Aufgabe“. Diese Bindung, auch die Verpflichtung, an den Redaktionskonferenzen teilzunehmen, seien dem Kläger aufgrund seiner langjährigen Tätigkeit bekannt und damit nicht einseitig vorgegeben, „sondern mit der Übernahme der Dienste vereinbart“.

Auch hinsichtlich der Annahme weitgehender inhaltlicher Weisungen als statusbegründend stellt das BAG hohe Anforderungen. Der Hinweis des Klägers auf Vorgaben des Themas, Kürzungen und Korrekturen der von ihm verfassten Beiträge führte nicht zum Erfolg im Statusprozess.

58 BAG vom 20.9.2000, 5 AZR 61/99.

59 BAG vom 20.5.2009, 5 AZR 31/08.

Der dritte Orientierungssatz des Urteils vom 20.5.2009⁶⁰ lautet:

„Ein Dauerarbeitsverhältnis kann auch dann entstehen, wenn die einzelnen Einsätze jeweils vorher verabredet werden. Das setzt aber voraus, dass der Arbeitnehmer häufig und über einen längeren Zeitraum herangezogen wird, er von seinem Ablehnungsrecht regelmäßig keinen Gebrauch macht und er darauf vertrauen kann, auch in Zukunft herangezogen zu werden. Ein Zeitraum von bis zu sechs Monaten reicht dazu im Regelfall nicht aus.“

In mehreren Entscheidungen heißt es, dass gelegentliche Änderungen von Vorschlägen nicht geeignet sind, einem Rechtsverhältnis das Gepräge zu geben. Bei der Beurteilung der inhaltlichen Gestaltungsspielräume falle die Kontrolle der Qualität der Arbeit des Mitarbeiters nicht ins Gewicht. Abhängige Arbeit werde nicht dadurch gekennzeichnet, dass der Vertragspartner Korrekturen verlange. So sei beim Werkvertrag der Besteller berechtigt, eine besondere Qualität festzusetzen und Nachbesserungen zu verlangen.

Damit sind im Ergebnis programmgestaltende Mitarbeiter als freie Mitarbeiter anzusehen. Hier entfaltet sich der Schutzbereich des Artikel 5 Absatz 1 Satz 2 Grundgesetz. Nur im Ausnahmefall sind sie als Arbeitnehmer einzustufen, wenn ein geringes Maß an Gestaltungsfreiheit, Eigeninitiative und Selbstständigkeit vorliegt und die Arbeiten auch in zeitlicher Hinsicht zugewiesen werden.

2.11.3. Nicht Programmgestaltende Mitarbeiter

Bei der Qualifikation als Arbeitsverhältnis hat das BAG bisher in erster Linie auf die Art der Tätigkeit abgestellt. In der Aufstellung und Handhabung von Dienstplänen hat es – anders als bei programmgestaltenden Mitarbeitern – kein wesentliches, sondern nur ein zusätzliches Indiz geringerer Bedeutung gesehen. Allerdings spricht auch bei nicht programmgestaltenden Mitarbeitern die Aufstellung von Dienstplänen für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses. Das BAG hat in diesen Entscheidungen formuliert, dass sich die Arbeit nicht programmgestaltender Mitarbeiter an Sendungen in der Regel nur im Rahmen von Arbeitsverhältnissen durchführen lässt. Diese Regel ergab sich in erster Linie aus der Art der Zuordnung des Mitarbeiters als nicht programmgestaltend, allerdings nicht in der Weise, dass jeder nicht programmgestaltende technische Mitarbeiter notwendig als Arbeitnehmer anzusehen war. In allen Entscheidungen wurde auf den geringen Gestaltungsspielraum hingewiesen. Die beiden Sprecher und Übersetzer übersetzten und sprachen vorgegebene Texte. Kameraassistenten gehören zum betriebstechnischen Personal, sind fest in die Arbeitsorganisation des Senders eingebunden und haben – ebenso wie die festangestellten Kameraassistenten – die Weisungen der Kameramänner und ggf. von Redakteuren und Regisseuren zu befolgen. „Sie üben Hilfs-

⁶⁰BAG vom 20.5.2009, 5 AZR 31/08.

dienste und damit eine eher untergeordnete Tätigkeit aus.“ Abschließend hieß es jeweils, besondere Umstände, die es als möglich erscheinen ließen, dass die Tätigkeit im Rahmen eines freien Mitarbeiterverhältnisses erfolge, seien weder vorgetragen, noch ersichtlich.

In einem Fall hielt das BAG die Befristung des Arbeitsverhältnisses für unwirksam.⁶¹ Im Leitsatz dieses Urteils heißt es:

„Ein Dauerarbeitsverhältnis kann auch dann entstehen, wenn die einzelnen Einsätze jeweils vorher verabredet werden. Das setzt aber voraus, dass der Arbeitnehmer häufig und über einen längeren Zeitraum herangezogen wird, er von seinem Ablehnungsrecht keinen Gebrauch macht und er darauf vertrauen kann, auch in Zukunft herangezogen zu werden.“

Im Falle eines Musikarchivars, über den im Urteil vom 8.11.2006⁶² entschieden wurde, sprach die Einordnung des Klägers als nicht programmgestaltend zugleich für das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses. Der Kläger hatte keinen Einfluss auf die Musikauswahl; sein inhaltlicher Gestaltungs- und Entscheidungsspielraum waren gering. Sein Beitrag bestand in einem Mitwirken an der technischen Verwirklichung des Programms. Die geringfügigen inhaltlichen Gestaltungs- und Entscheidungsspielräume des Klägers sowie die Notwendigkeit, die Tätigkeit überwiegend in den Archivräumen auszuüben, verdeutlichten die Einbindung in die Arbeitsorganisation des Senders. Hinzu kam die Bestimmungen der Einsatzzeiten durch Übersendung von Dienstplänen, ohne dass es längere Zeit zu den im Begleitschreiben dafür vorgesehenen schriftlichen Bestätigungen durch den Kläger kam. Damit stellte sich die Aufstellung von Dienstplänen als tatsächliche Verfügung über die Arbeitszeit des Klägers dar. Die Geltendmachung des Arbeitnehmerstatus war in diesem Fall nicht deshalb rechtsmissbräuchlich, weil der Kläger nach der ausdrücklichen Formulierung im Vertrag eine freie Mitarbeit gewünscht hatte.

In seinem jüngsten Urteil vom 17.4.2013⁶³ präzisierte der Zehnte Senat die Grundsätze zur Prüfung der Arbeitnehmereigenschaft nichtprogrammgestaltender Mitarbeiter. Der Leitsatz des Urteils lautet:

„Auch bei nicht programmgestaltenden Mitarbeitern von Rundfunkanstalten ist die Arbeitnehmereigenschaft anhand der allgemeinen Kriterien für die Abgrenzung zwischen einem Arbeitsverhältnis und einem freien Dienstvertrag zu prüfen.“

In den Ausführungen früherer Entscheidungen, dass sich die nicht programmgestaltende Tätigkeit in Rundfunkanstalten regelmäßig nur in Arbeitsverhältnissen ausführen lasse, liege „nicht die Aufstellung einer

61 BAG vom 22.4.1998, 5 AZR 92/97.

62 BAG vom 8.11.2006, 5 AZR 706/05.

63 BAG vom 17.4.2013, 10 AZR 272/12.

verbindlichen rechtlichen Regel des Inhalts, mit dem Fehlen der programmgestaltenden Qualität der Tätigkeit eines Rundfunkmitarbeiters stehe zugleich dessen Status als Arbeitnehmer fest.“ Vielmehr sei die genannte Aussage lediglich hier als Hinweis auf den Erfahrungswert zu verstehen: So würden „nicht programmgestaltende Mitarbeiter häufiger die Kriterien eines Arbeitnehmers erfüllen, als es bei programmgestaltenden Mitarbeitern zu erwarten“ sei.

Auch in diesem Fall wurde die Arbeitnehmereigenschaft bejaht, zunächst unter Hinweis auf das Fehlen eines maßgeblichen inhaltlichen und formalen Einflusses auf die Gestaltung der betreffenden Beiträge und Weisungsgebundenheit an die Vorstellung des jeweiligen Autors oder Redakteurs, Gesichtspunkte, mit denen bereits die Zuordnung zu den nicht programmgestaltenden Mitarbeitern begründet worden war. Weiter sprachen für das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses die räumliche Einbindung und das Zusammenwirken auch mit den technischen Mitarbeitern des Senders.

Besonders wichtig sind die Ausführungen des Urteils zur zeitlichen Weisungsgebundenheit. Die Klägerin habe sich aufgrund der für die Cutter vorgeschriebenen Schichtpläne in das festgelegte Zeitraster einfügen müssen. Indes habe für sie ein „hohes Maß“ an Ungebundenheit in zeitlicher Hinsicht bestanden, als sie grundsätzlich die Übernahme der Dienste habe ablehnen können und sie dies offenbar mitunter auch getan habe. Dieses Recht hindere aber die Bejahung der Arbeitnehmereigenschaft nicht. „Die Einbindung in einseitig bestimmte Dienstpläne ist weder notwendige noch hinreichende Bedingung für die Arbeitnehmereigenschaft.“ Die Besonderheiten der jeweiligen Handhabung seien zu beachten. Der Sender sei grundsätzlich davon ausgegangen, dass die angebotenen Schichten übernommen werden.

Das zeige sich auch daran, dass die Klägerin Dienste kurzfristig auch ohne vorherige Bestätigung zugewiesen erhalten habe. Zu Recht habe das LAG berücksichtigt, dass die Beklagte auch von festangestellten Cuttern nicht bedingungslose Befolgung jeder Diensterteilung erwarte, sondern auf deren Wünsche Rücksicht nehme. Dies zeige, dass kein statusrelevanter fundamentaler Unterschied zwischen der zeitlichen Einbindung der festen und der der „freien“ Cutter bei der Beklagten bestehe, sondern es sich um Schattierungen und fließende Übergänge handle. Vor allem sei zu berücksichtigen, dass die Klägerin ohnehin nicht im Umfang einer Vollzeitkraft eingesetzt werde. Auch von festangestellten Teilzeitbeschäftigten könne der Sender nur in begrenztem Rahmen erwarten, dass sie auf Abruf ohne Weiteres zur Verfügung stünden (§ 12 Abs. 2 TzBfG).

Auch im Hinblick auf die Bestimmung der regelmäßigen vertraglichen Arbeitszeit hat das BAG „auf das gelebte Rechtsverhältnis als Ausdruck des wirklichen Parteiwillens“ abgestellt, und das Urteil des LAG auch insoweit bestätigt, als es den Sender zur Beschäftigung der Klägerin im

Umfang von 68 % einer Vollzeitkraft verurteilt hat. Es hat damit der „geübten Vertragspraxis“, also der bisherigen praktischen Durchführung der Rechtsbeziehung auch insoweit maßgebliche Bedeutung zugemessen.

3. Schluss

Arbeits- und Sozialrecht sind in ständiger Bewegung. Die Unternehmer stehen unter dem Zwang, mit vertretbaren Kosten zu wirtschaften. Die Politik sieht sich gezwungen, gegen Missbrauch in der Gestaltung vorzugehen. So kündigte die Bundesarbeitsministerin Nahles im März 2015 an, den Missbrauch von Werkverträgen künftig durch verschärfte Kontrollen einzudämmen. Es gebe ganze Branchen, die Werkverträge benutzten, um sittenwidrige Löhne zu zahlen und unhaltbare Zustände für die Mitarbeiter durchzusetzen. Nahles will die Werkverträge vom Zoll kontrollieren lassen.

Die Unternehmer und Steuerberater sind gut beraten, den sozialversicherungsrechtlichen Status ihrer Mitarbeiter genau zu fassen und die Verträge und die tatsächliche Handhabung gesetzestreu zu gestalten. Dabei kann ein Fachanwalt für Sozialrecht ihnen zur Seite stehen.

Literaturverzeichnis

- Bader/Funke-Kaiser/
Stuhlfauth/von Albedyll* Verwaltungsgerichtsordnung, 6. Auflage 2914.
- Baumbach/Hopt* Handelsgesetzbuch, 35. Auflage 2011.
- Boecken/Spirolke* Das arbeitsrechtliche Mandat, 6. Auflage 2012.
- Baumbach/Hopt* Handelsgesetzbuch, Kommentar, 34. Auflage 2010.
- Breier/Dassau/Kiefer u.a.* TVöD, 78. Update 03/15.
- Canaris, Claus-Wilhelm* Handelsrecht, 24. Auflage 2006.
- Hauck/Noftz* SGB VI, Stand 2015.
- Kilger, Hartmut* Scheinselbstständige und arbeitnehmerähnliche Selbstständige, AnwBl 2000, 149-159.
- Kittner/Deinert* Arbeits- und Sozialordnung, 40. Auflage 2015.
- Kittner/Zwanziger* Arbeitsrechts-Handbuch für die Praxis, 5. Auflage 2009.
- Koller/Kindler/Roth/Morck* Handelsgesetzbuch, Kommentar, 8. Auflage 2015.
- Linnartz, Edith* Arbeitnehmer - Scheinselbstständiger - Arbeitnehmerähnliche Person - Arbeitnehmerähnlicher Selbstständiger? - De omnibus dubitandum, AnwZert ArbR 11/2001, Anm. 2.
- Martinek/Semler/
Habermeier/Flohr* Handbuch des Vertriebsrechts, 3. Auflage 2010.

<i>Maydell/Ruland/Becker</i>	Sozialrechtshandbuch, 5. Auflage 2012.
<i>Olgemöller, Herbert</i>	Sozialabgaben - Merkposten zu einer unterschätzten Rechtsmaterie, AG 2012, 246 - 248.
<i>Palandt</i>	BGB, 69. Auflage 2009
<i>Preis, Ulrich</i>	Arbeitsrecht, 4. Auflage 2012.
<i>Prütting/Wegen/Weinreich</i>	BGB Kommentar, 3. Auflage 2008.
<i>Reinecke, Gerhard</i>	Arbeitnehmer, arbeitnehmerähnliche und freie Mitarbeiter in den Bereichen Rundfunk und Fernsehen sowie Kunst und Unterhaltung, AfP 2014, 101-106.
<i>Reiserer Kerstin, Bölz Verena</i>	Werkvertrag und Selbstständigkeit, Berlin 2014.
<i>Richardi, Reinhard</i>	Arbeitnehmer als Beschäftigte, NZA 2010.
<i>Staudinger</i>	Eckpfeiler des Zivilrechts, Neubearbeitung 2008.
<i>Westphalen, Friedrich Graf von</i>	Kauf- und Werkvertrag, Sondervertriebsformen, Studienbrief Fern-Universität Hagen 2010.
<i>Winkler, Jürgen</i>	Sozialgesetzbuch IV, Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung, 1. Auflage 2007.
<i>Wöhle, Volker</i>	Juristische Probleme bei der Abgrenzung der Arbeitnehmerüberlassung zum Werkvertrag, Hamburg 2014.