

Briciu, Jennyfer Nicole; Zerres, Thomas

**Working Paper**

## Scheinselbständigkeit: Rechtsfokussierte Analyse von Maßnahmen zur Reduzierung der Risiken potenzieller Scheinselbständigkeit

Arbeitspapiere für Marketing und Management, No. 72

**Provided in Cooperation with:**

Fakultät Medien, Hochschule Offenburg

*Suggested Citation:* Briciu, Jennyfer Nicole; Zerres, Thomas (2023) : Scheinselbständigkeit: Rechtsfokussierte Analyse von Maßnahmen zur Reduzierung der Risiken potenzieller Scheinselbständigkeit, Arbeitspapiere für Marketing und Management, No. 72, Hochschule Offenburg, Fakultät Medien, Offenburg, <https://doi.org/10.48584/opus-8035>

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/279797>

**Standard-Nutzungsbedingungen:**

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

**Terms of use:**

*Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.*

*You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.*

*If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.*



**CHRISTOPHER ZERRES**

**MARKETING**

**Schriftenreihe „Arbeitspapiere für Marketing und Management“**

**Herausgeber:  
Prof. Dr. Christopher Zerres**

**Hochschule Offenburg  
Fakultät Medien**

**Arbeitspapier Nr. 72**

## **Scheinselbständigkeit**

**Rechtsfokussierte Analyse von Maßnahmen zur Reduzierung der  
Risiken potenzieller Scheinselbständigkeit**

**Briciu, J., Zerres, T.**

**Offenburg, Oktober 2023**

**ISSN: 2510-4799**

## **Impressum**

---

**Prof. Dr. Christopher Zerres  
Hochschule Offenburg  
Fakultät Medien  
Badstraße 24  
77652 Offenburg  
ISSN: 2510-4799**

## Inhalt

|         |  |    |
|---------|--|----|
| 1       | Einführung.....  | 1  |
| 1.1     | Problemstellung und Zielsetzung.....   | 1  |
| 1.2     | Gang der Untersuchung .....  | 2  |
| 2       | Arbeitnehmer – Selbständiger .....   | 3  |
| 2.1     | Begriffsdefinitionen.....  | 3  |
| 2.1.1   | Arbeitnehmerbegriff im Arbeitsrecht .....  | 3  |
| 2.1.2   | Arbeitnehmerbegriff im Sozialversicherungs- und Steuerrecht .....                                  | 5  |
| 2.1.3   | Freies Dienstverhältnis.....   | 7  |
| 2.2     | Abgrenzungskriterien .....   | 8  |
| 2.2.1   | Persönliche Abhängigkeit.....  | 8  |
| 2.2.2   | Weisungsbindung.....   | 9  |
| 2.2.2.1 | Grundlegendes .....  | 9  |
| 2.2.2.2 | Fachliche, örtliche und zeitliche Weisungsgebundenheit und Grad der persönlichen Abhängigkeit..... | 10 |
| 2.2.3   | Fremdbestimmung und Eingliederung in eine Arbeitsorganisation .....                                | 11 |
| 2.2.4   | Tatsächliche Vertragsdurchführung und Gesamtbetrachtung .....                                      | 12 |
| 2.2.5   | Weitere Abgrenzungskriterien .....   | 13 |
| 3       | Scheinselbständigkeit.....   | 15 |
| 3.1     | Historie und Grundlagen .....  | 15 |
| 3.1.1   | Gesetz zur Bekämpfung der Scheinselbständigkeit.....   | 15 |
| 3.1.2   | Problematik und begriffliche Definition.....   | 16 |
| 3.1.3   | Schnittstelle Arbeits- und Sozialversicherungsrecht .....  | 20 |
| 3.2     | Arbeitsrechtliche Risiken .....  | 21 |
| 3.2.1   | Arbeitnehmerrechte.....  | 21 |
| 3.2.2   | Rückforderungsanspruch des Arbeitgebers und Honoraranpassung.....                                  | 22 |
| 3.2.3   | Honorarhöhe als Kriterium der Statusbeurteilung .....  | 23 |
| 3.3     | Sozialversicherungsrechtliche Risiken.....   | 23 |
| 3.3.1   | Beitragsnachforderungen, Nettolohnfiktion und Säumniszuschläge .....                               | 23 |
| 3.3.2   | Entlastung des Arbeitgebers durch das Urteil des BSG 2018.....                                     | 25 |
| 3.4     | Steuerrechtliche Risiken.....  | 26 |
| 3.4.1   | Einkommensteuerrecht .....   | 26 |
| 3.4.2   | Umsatzsteuerrecht .....  | 26 |
| 3.5     | Strafrechtliche Risiken.....   | 27 |
| 3.5.1   | Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt .....  | 27 |
| 3.5.2   | Steuerhinterziehung .....  | 28 |

|         |   |    |
|---------|---|----|
| 3.5.3   | Insolvenzstrafrechtliche Tatbestände .....                              | 28 |
| 3.6     | Vergabe- und wettbewerbsrechtliche Risiken .....                        | 29 |
| 3.6.1   | Ausschluss von öffentlichen Ausschreibungen .....                       | 29 |
| 3.6.2   | Haftungsrisiken der Unternehmensorgane .....                            | 30 |
| 4       | Analyse und Ergebnisse.....   | 31 |
| 4.1     | Status-Compliance .....   | 31 |
| 4.1.1   | Notwendigkeit.....  | 31 |
| 4.1.2   | Vorteile für Unternehmen .....  | 33 |
| 4.2     | Inhalte aus Rechtsprechung und Rechtspraxis.....                        | 34 |
| 4.2.1   | Bestimmung des Istzustands.....   | 34 |
| 4.2.2   | Richtlinien, Vertragsmuster, Prozesse und Schulungen .....              | 35 |
| 4.2.3   | Vertragsgestaltung .....  | 36 |
| 4.2.3.1 | Bezeichnung und Inhalt des Vertrags .....                               | 37 |
| 4.2.3.2 | Vertragsgegenstand und Leistungsbeschreibung .....                      | 38 |
| 4.2.3.3 | Art und Weise der Leistungserbringung .....                             | 38 |
| 4.2.3.4 | Nebentätigkeit und Möglichkeit der Auftragsablehnung .....              | 41 |
| 4.2.3.5 | Arbeits-, sozialversicherungs- und steuerrechtliche Aspekte .....       | 41 |
| 4.2.4   | Überwachung der gelebten Vertragswirklichkeit .....                     | 42 |
| 4.2.5   | Statusfeststellungsverfahren der Deutschen Rentenversicherung Bund..... | 42 |
| 4.2.5.1 | Einführung .....  | 42 |
| 4.2.5.2 | Neuerungen zum 1. April 2022 .....                                      | 44 |
| 4.2.6   | Genossenschaftsmodell .....   | 46 |
| 4.2.6.1 | Hintergrund und Lösungsansatz .....                                     | 46 |
| 4.2.6.2 | Rechtsprechung und divergierende Auffassungen der Behörden .....        | 48 |
| 4.3     | Ergebnis: Checkliste für Unternehmen .....                              | 50 |
| 5       | Schlussbetrachtung.....   | 54 |
| 6       | Literaturverzeichnis .....  | 56 |
| 7       | Autoreninformation .....  | 60 |

# 1 EINFÜHRUNG

---

## 1.1 PROBLEMSTELLUNG UND ZIELSETZUNG

Die Gründe für den Einsatz externer Personalressourcen sind vielfältig. Zum einen sehen sich Unternehmen aufgrund des Fachkräftemangels häufig dazu gezwungen.<sup>1</sup> Auch die Tatsache, dass Arbeitgeber zahlreiche arbeitsrechtliche Vorschriften zu beachten haben und der Arbeitnehmerschutz einen hohen Stellenwert einnimmt, darf nicht außer Acht gelassen werden.<sup>2</sup> Unter anderem aus diesen Gründen erscheint eine Auftragsvergabe an Selbständige häufig als die Option mit dem geringsten Widerstand. Potenzielle Haftungsrisiken werden dabei – aufgrund von Unwissenheit oder Unterschätzung – oftmals vernachlässigt.<sup>3</sup>

In einer Welt des stetigen Wandels und der Unsicherheit liegt das Risiko der Scheinselbständigkeit wie ein nahezu unsichtbarer, doch stets präsenter Schleier über den Unternehmen und dem Arbeitsmarkt. Unter der Oberfläche vermeintlicher Flexibilität verbergen sich weitreichende rechtliche Konsequenzen für die Beteiligten.<sup>4</sup>

Bereits im Jahr 1960 ist der dritte Senat des Bundessozialgerichts (BSG) in einem Fall vor Gericht der Frage nachgegangen, ob es sich um eine abhängige oder selbständige Beschäftigung handelt.<sup>5</sup> Seitdem hat der Themenkomplex der Scheinselbständigkeit einen festen Platz in der Literatur, der Rechtsprechung und der Gesetzgebung eingenommen.<sup>6</sup>

Die steigende Fallzahl der gerichtlichen Auseinandersetzungen im Zusammenhang mit Scheinselbständigkeit zeugt von der Relevanz und Komplexität der Problematik.<sup>7</sup> Dies wird durch die Tatsache untermauert, dass das Thema sowohl die Arbeits-, Finanz-, Sozialversicherungs- als auch die Strafgerichte tangiert.<sup>8</sup> Trotz zahlreicher Gerichtsurteile und daraus abgeleiteter Leitlinien bereitet die Problematik der Scheinselbständigkeit sowohl den Unternehmen, den Selbständigen als auch dem Gesetzgeber selbst Unbehagen.<sup>9</sup> Vor diesem Hintergrund wird immer wieder der Wunsch nach weitergehenden gesetzlichen Regelungen zur Orientierung in der Praxis geäußert.<sup>10</sup>

Die korrekte Feststellung des Beschäftigtenstatus des Auftragnehmers im Rahmen einer vertraglichen Beziehung ist sowohl für den Auftraggeber als auch für den Selbständigen von immenser Bedeutung.<sup>11</sup> Es geht um die Einordnung eines Arbeitsverhältnisses zu dem Personenkreis der Arbeitnehmer oder der Selbständigen.<sup>12</sup> Stellt sich ein vermeintlich Selbständiger tatsächlich als Arbeitnehmer heraus, liegt Scheinselbständigkeit vor. Der Selbständige ist nur zum Schein als solcher tätig. Mit dem Auftraggeber wurde zwar

---

<sup>1</sup> Vgl. Reiserer, DStR 2020, S. 1324.

<sup>2</sup> Vgl. Brügge, in: Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz, SchwarzArbG § 1 Zweck des Gesetzes, Rn. 73.

<sup>3</sup> Vgl. Lachmann, CB 2023, S. 182.

<sup>4</sup> Vgl. Keilich, SPA 2021, S. 49; Reiserer, DStR 2020, S. 1321.

<sup>5</sup> Vgl. BSG, 3 RK 13/56.

<sup>6</sup> Vgl. Holthausen, RdA 2020, S. 92.

<sup>7</sup> Vgl. Reiserer, DStR 2020, S. 1321.

<sup>8</sup> Vgl. Mette, NZS 2015, S. 721.

<sup>9</sup> Vgl. Lachmann, DStR 2022, S. 1557.

<sup>10</sup> Vgl. Reiserer/Weiss-Bölz, DStR 2019, S. 2655.

<sup>11</sup> Vgl. Zieglmeier, NZA 2021, S. 977.

<sup>12</sup> Vgl. Lachmann, DStR 2022, S. 1557.

ein Vertrag über eine freie Mitarbeit geschlossen, tatsächlich handelt es sich jedoch bei umfassender Gesamtbetrachtung um ein Arbeitsverhältnis.<sup>13</sup>

Im Rahmen dieser Untersuchung sollen Maßnahmen zur Reduzierung des Risikos von Scheinselbständigkeit für Unternehmen identifiziert und analysiert werden. Der Schwerpunkt liegt dabei auf der Erstellung einer zweiteiligen Checkliste für Unternehmen, die als Hilfsmittel bei der Beauftragung externer Drittdienstleister herangezogen werden kann. Zum einen sollen sowohl potenziell gefährliche als auch empfehlenswerte Klauseln abgebildet werden, was dem Teilbereich der Vertragsgestaltung zuzuordnen ist. Hinweise für die tatsächliche Vertragsdurchführung werden im Rahmen des zweiten Teilbereichs behandelt. Auf diese Weise soll das Risiko der Scheinselbständigkeit durch Prävention minimiert werden.

## 1.2 GANG DER UNTERSUCHUNG

Die vorliegende Studie gliedert sich in drei Themenbereiche. Zu Beginn soll eine rechtliche Abgrenzung zwischen dem abhängigen Arbeitsverhältnis und der Selbständigkeit vorgenommen werden, um die rechtlichen Grundlagen für die weitere Untersuchung zu schaffen. Dazu werden die Auffassungen des Arbeitnehmerbegriffs in den jeweiligen Gebieten des Arbeits-, Steuer- und Sozialversicherungsrechts abgrenzend dargestellt. Der europarechtliche Arbeitnehmerbegriff wird in dieser Studie nicht behandelt. Darüber hinaus werden in diesem Zusammenhang die durch Gesetz und Rechtsprechung geschaffenen Abgrenzungskriterien eines Arbeitsverhältnisses zu einer Beschäftigung in freier Mitarbeit aufgezeigt.

Das zweite Kapitel führt in die gesetzlichen Implementierungsversuche des deutschen Gesetzgebers zur Lösung des Problems der Scheinselbständigkeit in der Vergangenheit ein. Es folgt eine Darstellung der Problematik der Scheinselbständigkeit, die durch eine Begriffsbestimmung ergänzt wird. Diese Studie befasst sich ausschließlich mit der direkten Beauftragung von Selbständigen durch ein Unternehmen und lässt die Arbeitnehmerüberlassung sowie andere Formen des externen Personaleinsatzes im Drei-Personen-Verhältnis außer Acht. Weiterhin werden das Spannungsverhältnis und die Schnittstelle zwischen dem Arbeits- und Sozialversicherungsrecht in Bezug auf das Thema Scheinselbständigkeit aus beiden Blickwinkeln beleuchtet, um die Systematik der gegensätzlichen Rechtsgebiete wiedergeben zu können. Ein weiterer Teilbereich wird die rechtlichen Konsequenzen der Scheinselbständigkeit abbilden. Dabei werden die Folgen in den Bereichen des Arbeits-, Steuer-, Sozial- und Strafrechts beleuchtet. Auch die vergabe- und wettbewerbsrechtlichen Konsequenzen für Unternehmen werden thematisiert. Die steuerrechtlichen Betrachtungen beziehen sich dabei ausschließlich auf deutsche Sachverhalte.

Maßnahmen zur Reduzierung des Risikos von potenzieller Scheinselbständigkeit werden im dritten Abschnitt der Studie diskutiert. Zunächst gilt es, durch eine rechtssichere Vertragsgestaltung einen Schutzmechanismus zu schaffen, um das Risiko der Scheinselbständigkeit im tatsächlichen Arbeitsverhältnis präventiv zu reduzieren. Die Ergebnisse werden in Form einer Checkliste für die Vertragsgestaltung und Vertragsdurchführung dargestellt. Darüber hinaus werden Compliance-Regelwerke und andere Lösungsmodelle aus der Literatur untersucht. Um darüber hinaus einen Einblick in die betriebliche Praxis zu geben, wird das Statusfeststellungsverfahren der Deutschen Rentenversicherung Bund

---

<sup>13</sup> Vgl. ebd.

(DRV Bund) als Teilaspekt der Maßnahmen zur Reduzierung des Risikos von Scheinselbständigkeit dargestellt.

In der Schlussbetrachtung werden die gesammelten Ergebnisse zusammenfassend dargestellt. Ein Ausblick auf die weitere Entwicklung der Scheinselbständigkeitsproblematik in der herrschenden Rechtspraxis bildet den Abschluss dieser Studie (Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird in der Ausarbeitung das generische Maskulinum verwendet. Die in dieser Arbeit verwendeten Personenbezeichnungen beziehen sich – sofern nicht anders kenntlich gemacht – auf alle Geschlechter.).

## 2 ARBEITNEHMER – SELBSTÄNDIGER

---

### 2.1 BEGRIFFSDEFINITIONEN

#### 2.1.1 Arbeitnehmerbegriff im Arbeitsrecht

Im Jahr 2017 hat der Bundestag im Rahmen des Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze<sup>14</sup> einen Einschub in das Zweite Buch des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) im Recht der Schuldverhältnisse vorgenommen. Dem Dienstvertrag in § 611 BGB folgt nun der neu geschaffene § 611a BGB, der nicht nur den Arbeitsvertrag als eine Unterform des Dienstvertrags regeln soll. Die Norm trägt zwar primär den Titel Arbeitsvertrag, geht aber in diesem Zusammenhang auf den arbeitsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff ein.<sup>15</sup> Seit Inkrafttreten des BGB hat es mehr als ein Jahrhundert gedauert, bis der Gesetzgeber den Arbeitsvertrag als eigenständigen Vertragstypus in das Recht des BGB aufgenommen hat.<sup>16</sup> Einen kurzen Überblick über die gesetzliche Definition des Arbeitsvertrags nach § 611a Abs. 1 S. 1 BGB gibt Abbildung 1.

Der Arbeitnehmer hingegen ist gemäß § 611a Abs. 1 S. 1 BGB jene Person, die eine zu leistende Tätigkeit weisungsgebunden und fremdbestimmt in einer persönlichen Abhängigkeit vornimmt.<sup>17</sup> Die aufgeführten Tatbestandsvoraussetzungen werden in Kapitel 2.2 näher beleuchtet.

---

<sup>14</sup> Vgl. *Bundestag*, Bundesgesetzblatt Teil I 2017, S. 258.

<sup>15</sup> Vgl. *Preis*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, BGB § 611a Arbeitsvertrag, Rn. 8.

<sup>16</sup> Vgl. *Preis*, NZA 2018, S. 817.

<sup>17</sup> Vgl. *Preis*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, BGB § 611a Arbeitsvertrag, Rn. 8.





Abbildung 1: Arbeitnehmer und Arbeitsvertrag

Quelle: In Anlehnung an Klocke, Arbeitsrecht, S. 36

Mit dieser Vorschrift verfolgt der Gesetzgeber das Ziel, den Arbeitnehmer von einem Selbständigen zu differenzieren und damit das erhöhte Schutzbedürfnis des Arbeitnehmers hervorzuheben.<sup>18</sup> Aus diesem gesetzgeberischen Gedanken lässt sich ableiten, dass hingegen der Selbständige dem Schutz des Arbeits- und Sozialrechts nicht unterworfen werden darf.<sup>19</sup> Die Legislative hat mit der Schaffung dieser Norm versucht, eine möglichst spezifische und einzelfallbezogene Rechtsvorschrift zu schaffen und hat hierfür die deutsche Rechtsprechung des Arbeitsrechts seit den 1970er Jahren herangezogen.<sup>20</sup> Hierfür bildeten die Leitsätze des Bundesarbeitsgerichts (BAG) die Grundlage.<sup>21</sup> Durch die Neuschaffung des § 611a BGB soll die Rechtssicherheit bei Vertragsabschlüssen erhöht und der Missbrauch von Scheinselbständigkeit bei der Beauftragung von externen Personalressourcen verhindert werden.<sup>22</sup>

Das Konstrukt des abhängigen Arbeitnehmers findet sich nicht nur im deutschen Arbeitsrecht, es tangiert ebenso benachbarte Rechtsgebiete.<sup>23</sup> Der arbeitsrechtliche Arbeitnehmerbegriff entspricht keinesfalls identisch dem Begriff anderer Rechtsgebiete, wenngleich sich einige Begriffsmerkmale überschneiden.<sup>24</sup> Sowohl das Steuer- als auch das Sozialversicherungsrecht sehen für die Definition des Arbeitnehmerbegriffs von dem arbeits-

<sup>18</sup> Vgl. ebd., Rn. 3.

<sup>19</sup> Vgl. ebd., Rn. 8.

<sup>20</sup> Vgl. ebd., Rn. 9; RegE BT-Drs. 18/9232, S. 31 f.

<sup>21</sup> Vgl. Preis, NZA 2018, S. 817.

<sup>22</sup> Vgl. RegE BT-Drs. 18/9232, S. 31.

<sup>23</sup> Vgl. Temming, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, § 18 Arbeitnehmerbegriff, Rn. 46.

<sup>24</sup> Vgl. ebd.

rechtlichen Ansatz abzugrenzende Ansichten vor, die im Folgenden aufgezeigt werden sollen.<sup>25</sup>

### 2.1.2 Arbeitnehmerbegriff im Sozialversicherungs- und Steuerrecht

Im Sozialversicherungsrecht wird der Arbeitnehmer als Beschäftigter bezeichnet.<sup>26</sup> Eine Legaldefinition des Beschäftigtenbegriffs findet sich in § 7 Abs. 1 S. 1 Sozialgesetzbuch Viertes Buch (SGB IV) wieder und beschreibt eine Beschäftigung als nichtselbständige Arbeit und nennt als nicht abschließende Aufzählung – bezugnehmend auf die Definition des Arbeitnehmers im Arbeitsrecht – das Arbeitsverhältnis.<sup>27</sup> § 7 Abs. 1 S. 2 SGB IV stellt weiterhin auf die gesetzlichen Anhaltspunkte für eine abhängige Beschäftigung ab, die sich auf die Merkmale der Weisungsgebundenheit und der Eingliederung beziehen.<sup>28</sup> Aus S. 1 dieser gesetzlichen Vorschrift geht hervor, dass der sozialrechtliche Begriff des Beschäftigten keineswegs mit dem arbeitsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff gleichzusetzen ist, auch wenn beispielhaft auf das Arbeitsrecht verwiesen wird.<sup>29</sup> Vielmehr ist der Gedanke des Gesetzgebers, dass es sich gleichwohl um andere Beschäftigungen im Sinne der Norm als das Arbeitsverhältnis handeln kann.<sup>30</sup> Sowohl die Arbeits- als auch die Sozialgerichte teilen die gesetzliche Auffassung und legen die beiden Begriffe entsprechend den Unterschieden in den jeweiligen Rechtsgebieten aus.<sup>31</sup> Der sozialversicherungsrechtliche Begriff des Beschäftigten ist jedoch in Abgrenzung zum arbeitsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff weit auszulegen.<sup>32</sup>

Nach der Auffassung des BSG<sup>33</sup> muss eine eindringliche und einzelfallbezogene Abwägung aller in Betracht kommenden Umstände in Form einer gesamtheitlichen Betrachtung unter Einbeziehung der Gesetzessystematik erfolgen, um eine Aussage über die Art der Tätigkeit im Sinne einer Beschäftigung oder einer selbständigen Tätigkeit treffen zu können.<sup>34</sup> Das BSG macht in seiner ständigen Rechtsprechung deutlich, dass die Grundvoraussetzung für das Vorliegen einer Beschäftigung die persönliche Abhängigkeit des Beschäftigten von dem Arbeitgeber ist, was sich mit der arbeitsrechtlichen Legaldefinition des § 611a BGB deckt.<sup>35</sup> Das Gericht führt weiter aus, dass eine Selbständigkeit dann einem Beschäftigungsverhältnis vorzuziehen ist, wenn und soweit die Tätigkeit durch das Vorliegen einer Betriebsstätte, das eigenverantwortliche Tragen des Unternehmerrisikos, die Möglichkeit über seine eigene Arbeitskraft zu verfügen und die flexible Arbeitszeitgestaltung und -einteilung geprägt ist.<sup>36</sup>

Das Sozialrecht kennt in diesem Zusammenhang das sogenannte Erwerbsfeststellungsverfahren, das der Gesetzgeber in § 7a SGB IV kodifiziert hat. Das Prüfverfahren kann bei Statusunsicherheiten bei der DRV Bund angefragt werden, die eine Klassifizierung der

---

<sup>25</sup> Vgl. Preis, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, BGB § 611a Arbeitsvertrag, Rn. 16; *Temming*, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, § 18 Arbeitnehmerbegriff, Rn. 46.

<sup>26</sup> Vgl. Preis, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, BGB § 611a Arbeitsvertrag, Rn. 17.

<sup>27</sup> Vgl. Lachmann, DStR 2022, S. 1558.

<sup>28</sup> Vgl. Schaumberg, Sozialrecht, S. 80, Rn. 142.

<sup>29</sup> Vgl. Rolfs, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, SGB IV § 7 Beschäftigung, Rn. 3.

<sup>30</sup> Vgl. Schaumberg, Sozialrecht, S. 80, Rn. 140.

<sup>31</sup> Vgl. Preis, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, BGB § 611a Arbeitsvertrag, Rn. 17.

<sup>32</sup> Vgl. Schaumberg, Sozialrecht, S. 80, Rn. 140.

<sup>33</sup> Vgl. BSG, B 12 KR 16/13 R, Rn. 16; BSG, B 12 KR 20/14 R, Rn. 13.

<sup>34</sup> Vgl. Preis, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, BGB § 611a Arbeitsvertrag, Rn. 17.

<sup>35</sup> Vgl. ebd.; Schaumberg, Sozialrecht, S. 81, Rn. 142.

<sup>36</sup> Vgl. BSG, B 12 R 7/15 R; Preis, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, BGB § 611a Arbeitsvertrag, Rn. 17; Mengel, in: Mengel, § 8. Sozialversicherungs-/Lohnsteuerrecht (Scheinselbständigkeit), Rn. 7.

Tätigkeit vornimmt und damit die gewünschte Rechtssicherheit schafft.<sup>37</sup> Das Statusfeststellungsverfahren und seine aktuellen Änderungen, die sich auf die direkte Beauftragung von Selbständigen im Zwei-Personen-Verhältnis beziehen, werden im Rahmen der Analyse in Kapitel 4 ausführlich behandelt.

Das Steuerrecht hingegen zieht erstinstanzlich eine Unterscheidung der einschlägigen Einkunftsarten heran, um eine bestimmte Person als Arbeitnehmer im Sinne des Steuerrechts zu klassifizieren.<sup>38</sup> Im Einzelnen handelt es sich um eine Gegenüberstellung von Einkünften aus selbständiger Arbeit, die in § 18 Einkommensteuergesetz (EStG) normiert sind und der in § 19 EStG kodifizierten Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit. Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang der eigene Arbeitnehmerbegriff des § 1 Lohnsteuer-Durchführungsverordnung (LStDV), der allerdings wie die anderen Rechtsgebiete den Kerngedanken der Weisungsbindung trägt.<sup>39</sup> Danach ist Arbeitnehmer jede natürliche Person, die ihre Arbeitsleistung im Rahmen eines Dienstverhältnisses und gegen eine monetäre Vergütung zur Verfügung stellt.<sup>40</sup> Der Beschäftigte unterliegt in diesem Verhältnis den Weisungen des Arbeitgebers.<sup>41</sup> Nach Auffassung des Bundesfinanzhofs<sup>42</sup> (BFH) kann die steuerrechtliche Einordnung einer Person als Arbeitnehmer nicht allein anhand eines Abgrenzungsmerkmals erfolgen, sondern muss durch eine unbestimmte Vielzahl von Kriterien erfolgen.<sup>43</sup>

Die Begriffe des Steuer- und Arbeitsrechts können schon wegen der unterschiedlichen Zielsystematik der Rechtsgebiete nicht gleichgesetzt werden, denn das Steuerrecht kennt den Grundgedanken des schutzwürdigen Arbeitnehmers im Arbeitsrecht nicht.<sup>44</sup>

Die Auffassungen der Rechtsgebiete zum Arbeitnehmerbegriff sind in Abbildung 2 zusammenfassend gegenübergestellt.

---

<sup>37</sup> Vgl. *Mengel*, in: Mengel, § 8. Sozialversicherungs-/Lohnsteuerrecht (Scheinselbständigkeit), Rn. 8.

<sup>38</sup> Vgl. *Preis*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, BGB § 611a Arbeitsvertrag, Rn. 16.

<sup>39</sup> Vgl. ebd.

<sup>40</sup> Vgl. *Otto/Lülsdorf*, in: Betriebsrentengesetz, E. Steuerliche Besonderheiten bei Zusage und Leistungen betrieblicher Altersversorgung an Nicht-Arbeitnehmer – Versorgungsausgleich, Rn. 2.

<sup>41</sup> Vgl. ebd.

<sup>42</sup> Vgl. BFH, X R 18/12, Rn. 26.

<sup>43</sup> Vgl. *Preis*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, BGB § 611a Arbeitsvertrag, Rn. 16.

<sup>44</sup> Vgl. *Temming*, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, § 18 Arbeitnehmerbegriff, Rn. 50.




|   | Arbeitsrecht                      | Sozialrecht                         | Steuerrecht   |
|---|-----------------------------------|-------------------------------------|---|
| Begrifflichkeit  | Arbeitnehmer                      | Beschäftigter                       | Arbeitnehmer  |
| Legaldefinition  | § 611a BGB                        | § 7 Abs. 1 S. 1 SGB IV              | § 1 LStDV<br>§ 19 EStG                              |
| Schutzzweck      | Schwächer gestellter Arbeitnehmer | Soziale Sicherheit der Versicherten | Sicherung der Staatseinnahmen für die Allgemeinheit |

Abbildung 2: Gegenüberstellung des Arbeitnehmerbegriffs im Arbeits-, Sozial- und Steuerrecht

Quelle: Eigene Darstellung

### 2.1.3 Freies Dienstverhältnis

Im vorstehenden Kapitel wurde der Begriff des Arbeitnehmers aus den Blickwinkeln der verschiedenen Rechtsgebiete dargestellt. In diesem Abschnitt wird demgegenüber das freie Dienstverhältnis behandelt. Der Begriff des arbeitnehmerähnlichen Selbständigen wird hier nicht näher betrachtet.

Sowohl das abhängige Arbeitsverhältnis als auch der freie Dienstvertrag lassen sich unter den Vertragstypen des Dienstvertrags subsumieren.<sup>45</sup> Dass sich die Arbeitsverrichtungen in der Systematik des Gesetzgebers grundlegend unterscheiden, zeigt sich nicht nur daran, dass sich das Arbeitsrecht ausschließlich mit den Arbeitsverhältnissen beschäftigt und die Verträge mit Selbständigen außer Acht lässt, sondern vor allem an den divergierenden Rechtswegen.<sup>46</sup> Bei Disputen aus Arbeitsverhältnissen sind die Arbeitsgerichte zuständig, wohingegen sich die Zivilgerichte mit Konflikten aus freien Dienstverhältnissen befassen.<sup>47</sup>

Eine pauschale Einordnung von abhängiger oder selbständiger Arbeit kann nicht ohne weiteres vorgenommen werden, da für die Einstufung als selbständig tätige Person kein Alleinentscheidungsmerkmal herangezogen werden kann.<sup>48</sup> Durch einen Umkehrschluss aus § 611a Abs. 1 S. 5 BGB kann festgestellt werden, dass alle einschlägigen Umstände des jeweiligen Einzelfalls in einer gesamtheitlichen Betrachtung gegeneinander abzuwägen sind.<sup>49</sup> Von einer Selbständigkeit kann demzufolge gesprochen werden, wenn – gegensätzlich zum Arbeitsverhältnis – keine persönliche Abhängigkeit des Arbeitenden besteht.<sup>50</sup> In der vertraglichen Situation mit einem Selbständigen besteht insbesondere ein

<sup>45</sup> Vgl. *Spinner*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, BGB § 611a Arbeitsvertrag, Rn. 86.

<sup>46</sup> Vgl. ebd.

<sup>47</sup> Vgl. ebd.

<sup>48</sup> Vgl. *Kock*, NJW 2021, S. 993, Rn. 4.

<sup>49</sup> Vgl. ebd.

<sup>50</sup> Vgl. ebd.

Unterschied im Hinblick auf das Weisungsrecht und die Eingliederung in die betriebliche Organisation des Dritten.<sup>51</sup>

Die Selbständigkeit ist vor allem wegen der Vermeidung von Sozialabgaben interessant, die bei einer abhängigen Tätigkeit eine beträchtliche Summe des monatlichen Gehalts ausmachen würden.<sup>52</sup> Es stellt sich daher die Frage, wie die Abgaben durch eine selbständige Tätigkeit vermieden werden können, ohne gesetzesbrüchig zu werden und dennoch das gleiche Arbeitsziel zu erreichen.<sup>53</sup> Selbständige Personen sind in den Augen des deutschen Sozialversicherungsrechts im Grundsatz nicht versicherungspflichtig.<sup>54</sup> Im Rahmen einer Beauftragung haben die Vertragsparteien das Ziel, einen Vertrag über eine freie Mitarbeit abzuschließen und diesen in der Praxis wie vertraglich vereinbart umzusetzen.<sup>55</sup>

Abschließend ist festzuhalten, dass es bei der Einordnung eines Individuums zu einem der beiden Personenkreise keine abschließenden und eindeutig abgrenzbaren Kriterien gibt, auf die sich der Vertragspartner in vollem Umfang verlassen darf. Aus diesem Grund bedarf es bei einer gesamtheitlichen Einschätzung des Gesamtbildes das Augenmerk vor allem auf die prägenden Merkmale der jeweiligen Arbeitsbeziehung zu richten und diese bei der Entscheidung keinesfalls zu vernachlässigen.<sup>56</sup>

Literatur und Rechtsprechung haben für die Abgrenzung einer selbständigen und abhängigen Tätigkeit Grundsätze und Leitkriterien entwickelt, die im Folgenden dargestellt werden.

## **2.2 ABGRENZUNGSKRITERIEN**

### **2.2.1 Persönliche Abhängigkeit**

Der Gesetzgeber schließt sich der Auffassung von Rechtsprechung und Literatur an, indem er in dem neu geschaffenen § 611a BGB das grundlegende Merkmal der persönlichen Abhängigkeit als Unterscheidungsmerkmal zum Personenkreis der Selbständigen aufnimmt.<sup>57</sup> Ausschlaggebend für das Arbeitsverhältnis ist demnach der Grad der persönlichen Abhängigkeit.<sup>58</sup> Die Klassifizierung als Arbeitnehmer im Sinne des BGB könne angenommen werden, wenn eine Eingliederung in die betriebliche Organisation eines Dritten vorliege, die durch das Weisungsrecht des jeweiligen Arbeitgebers – das sich nach § 611a Abs. 1 S. 2 BGB auf Inhalt, Durchführung, Zeit und Ort der Tätigkeit bezieht – Anwendung finde – so das letztinstanzliche Gericht der deutschen Arbeitsgerichtsbarkeit.<sup>59</sup> Das Teilmerkmal persönlich verlangt eine Erfüllung der Arbeitsleistung durch die Person selbst, was dem § 613 S. 1 BGB zu entnehmen ist.<sup>60</sup>

---

<sup>51</sup> Vgl. ebd., Rn. 5.

<sup>52</sup> Vgl. *Ruland*, NZS 2019, S. 681.

<sup>53</sup> Vgl. ebd.

<sup>54</sup> Vgl. §§ 28a SGB III, 2 SGB VI.

<sup>55</sup> Vgl. *Ruland*, NZS 2019, S. 681.

<sup>56</sup> Vgl. *Kock*, NJW 2021, S. 993, Rn. 5.

<sup>57</sup> Vgl. *Preis*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, BGB § 611a Arbeitsvertrag, Rn. 33.

<sup>58</sup> Vgl. *Baumgärtner*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, BGB § 611a Arbeitsvertrag, Rn. 15.

<sup>59</sup> Vgl. BAG, 5 AZR 704/93 – (*LAG Köln Urteil 06.10.1992 4 Sa 466/92*); *Preis*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, BGB § 611a Arbeitsvertrag, Rn. 33.

<sup>60</sup> Vgl. *Preis*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, BGB § 611a Arbeitsvertrag, Rn. 33.

## 2.2.2 Weisungsbindung

### 2.2.2.1 Grundlegendes

Ein weiteres, für den arbeitsrechtlichen Vertrag aussagekräftiges Merkmal besteht in der Weisungsgebundenheit im Sinne des § 106 S. 1 Gewerbeordnung (GewO), die als erstes Kriterium in § 611a Abs. 1 S. 1 BGB aufgeführt wird.<sup>61</sup> In diesem Zusammenhang ist auf die Vielfalt der Bedeutungen hinzuweisen, die diesem Begriff bereits durch die Rechtsprechung zugesprochen wurden.<sup>62</sup> Das BAG<sup>63</sup> hat in einem Urteil aus dem Jahr 1994 darauf hingewiesen, dass das Erteilen von Weisungen durch den Arbeitgeber ein Indiz für die Eingliederung des Arbeitnehmers in die betriebliche Organisation des Arbeitgebers darstellt.

In § 611a Abs. 1 S. 3 BGB versucht der Gesetzgeber, das Merkmal der Weisungsgebundenheit mit Hilfe eines abstrakten und unbestimmten Rechtsbegriffs näher zu bestimmen.<sup>64</sup> Darüber hinaus wird der Grad der Abhängigkeit im nachfolgenden Satz als maßgeblich für die jeweilige Tätigkeit, aber auch als einzelfallbezogen nach der Art der zu beurteilenden Beschäftigung erläutert.<sup>65</sup> Das Weisungsrecht bezieht sich gemäß § 611a Abs. 1 S. 2 BGB auf den Inhalt, die Durchführung, die Zeit und den Ort der Tätigkeit.<sup>66</sup> Es wäre falsch anzunehmen, dass alle aufgeführten Tatbestandsmerkmale vorliegen müssen, um von einem Arbeitsverhältnis im Sinne dieser Norm sprechen zu können.<sup>67</sup> Vielmehr ist eine Einzelfallbetrachtung des fraglichen Arbeitsverhältnisses erforderlich, da auch nur ein herausstechendes Kriterium zu der Annahme einer persönlichen Abhängigkeit führen kann.<sup>68</sup>

Grundsätzlich gilt, dass eine konkrete Weisung als starkes Indiz für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses gewertet werden kann.<sup>69</sup> Allgemeine Vorschriften über das Verhalten im Betrieb im Sinne des § 106 S. 2 GewO und in Ausnahmefällen, wie beispielsweise schutzbezogene Hinweise im Brandfall, müssen nicht nur für interne Arbeitnehmer, sondern ebenso für freie Mitarbeiter ersichtlich sein und sind daher als schwaches Indiz einzustufen.<sup>70</sup>

Das BAG<sup>71</sup> hält in einer Entscheidung aus dem Jahr 1998 zudem fest, dass von einem Arbeitnehmer zu sprechen ist, wenn die vertraglichen Bestimmungen eine inhaltliche Beschreibung der jeweiligen Tätigkeit enthalten. In einem Urteil aus dem Jahr 2020 hält das BAG weiterhin fest, dass ein Arbeitsverhältnis zu bejahen ist, wenn der Arbeitgeber eine Position innehat, in der er „Art und Umfang der Beschäftigung maßgeblich steuern kann und dadurch über eine Planungssicherheit verfügt, wie sie bei einem Einsatz eigener Arbeitnehmer typisch ist“<sup>72</sup>.

---

<sup>61</sup> Vgl. ebd., Rn. 34.

<sup>62</sup> Vgl. ebd.

<sup>63</sup> Vgl. BAG, 5 AZR 704/93, S. 623 – (LAG Köln Urteil 06.10.1992 4 Sa 466/92).

<sup>64</sup> Vgl. Preis, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, BGB § 611a Arbeitsvertrag, Rn. 34.

<sup>65</sup> Vgl. ebd.

<sup>66</sup> Vgl. Spinner, in: Münchener Kommentar zum BGB, BGB § 611a Arbeitsvertrag, Rn. 92.

<sup>67</sup> Vgl. BAG, 9 AZR 102/20, Rn. 31.

<sup>68</sup> Vgl. ebd.

<sup>69</sup> Vgl. Spinner, in: Münchener Kommentar zum BGB, BGB § 611a Arbeitsvertrag Rn. 94.

<sup>70</sup> Vgl. Preis, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, BGB § 611a Arbeitsvertrag, Rn. 41; Spinner, in: Münchener Kommentar zum BGB, BGB § 611a Arbeitsvertrag, Rn. 94.

<sup>71</sup> Vgl. BAG, 5 AZR 563/97, S. 376 – (LAG Berlin Urteil 30. 7. 1997 18 Sa 20/97).

<sup>72</sup> BAG, 9 AZR 102/20, Rn. 36.

### 2.2.2.2 Fachliche, örtliche und zeitliche Weisungsgebundenheit und Grad der persönlichen Abhängigkeit

Kann die fragliche Person weder ihre Arbeitszeit noch ihre Tätigkeit selbst bestimmen, so handelt diese gemäß § 611a Abs. 1 S. 3 BGB zeitlich und fachlich weisungsgebunden und befindet sich folglich in einem Arbeitsverhältnis.<sup>73</sup> Der Gesetzgeber hat sich bei der Formulierung durch den bestehenden § 84 Abs. 1 S. 2 HGB inspirieren lassen, der originär im Handelsrecht die Selbständigkeit eines Handelsvertreters definiert.<sup>74</sup>

Das zeitliche Element der Weisungsgebundenheit ist laut BAG<sup>75</sup> gegeben, wenn der Arbeitgeber sowohl die Dauer als auch den zeitlichen Rahmen der Tätigkeit vertraglich spezifiziert und damit den Arbeitnehmer zeitlich einschränkt. Die zeitliche Lage der Arbeitszeit umfasst insbesondere die Zeit, in der die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber in Anspruch genommen wird und indiziert bei Vorliegen unzweifelhaft ein abhängiges Arbeitsverhältnis, da in diesem Fall die Abhängigkeit unwiderleglich anzunehmen ist.<sup>76</sup> Das BAG führt weiter aus, dass die Arbeitnehmereigenschaft insbesondere dann anzunehmen ist, wenn der Arbeitnehmer von dem Arbeitgeber ohne vorherige gemeinsame Erörterung in Arbeits- und Betriebspläne aufgenommen wird.<sup>77</sup>

In der Rechtstheorie hat der Arbeitgeber über das Direktionsrecht zudem die Möglichkeit, den Aufgabenbereich des Arbeitnehmers zu bestimmen, der folglich fachlichen Weisungen unterliegt.<sup>78</sup> Demgegenüber ist es in der Berufswelt – insbesondere auf höheren Hierarchieebenen – gängige Rechtspraxis, innerhalb des eigenen Aufgabenbereichs selbstverantwortlich zu arbeiten und damit den anfallenden Tätigkeiten nachzugehen.<sup>79</sup> Das Merkmal der größeren Autonomie einer Führungskraft verdrängt nicht ipso iure ihre persönliche Abhängigkeit, da es in der Eigenart der Tätigkeit liegt, dass sie einen höheren Grad an Selbständigkeit aufweist.<sup>80</sup>

Ein weiteres Teilkriterium der Weisungsgebundenheit bezieht sich gemäß § 611a Abs. 1 S. 2 BGB auf die Örtlichkeit der Tätigkeit. Danach ist die Erbringung der Arbeitsleistung an einem von dem Arbeitgeber bestimmten Ort eine arbeitsrechtliche Verpflichtung des Arbeitnehmers. Die Arbeitnehmereigenschaft ist daher nur dann gegeben, wenn der Arbeitnehmer nicht autonom über den Ort seiner Tätigkeit entscheiden darf.<sup>81</sup> Abbildung 3 zeigt eine bildliche Darstellung aller Elemente der Weisungsgebundenheit.

---

<sup>73</sup> Vgl. Preis, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, BGB § 611a Arbeitsvertrag, Rn. 35.

<sup>74</sup> Vgl. Spinner, in: Münchener Kommentar zum BGB, BGB § 611a Arbeitsvertrag, Rn. 91.

<sup>75</sup> Vgl. BAG, 9 AZR 102/20, Rn. 34.

<sup>76</sup> Vgl. Preis, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, BGB § 611a Arbeitsvertrag, Rn. 37.

<sup>77</sup> Vgl. Preis, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, BGB § 611a Arbeitsvertrag, Rn. 35; Spinner, in: Münchener Kommentar zum BGB, BGB § 611a Arbeitsvertrag, Rn. 92.

<sup>78</sup> Vgl. Preis, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, BGB § 611a Arbeitsvertrag, Rn. 40.

<sup>79</sup> Vgl. ebd.

<sup>80</sup> Vgl. ebd.

<sup>81</sup> Vgl. ebd., Rn. 39.

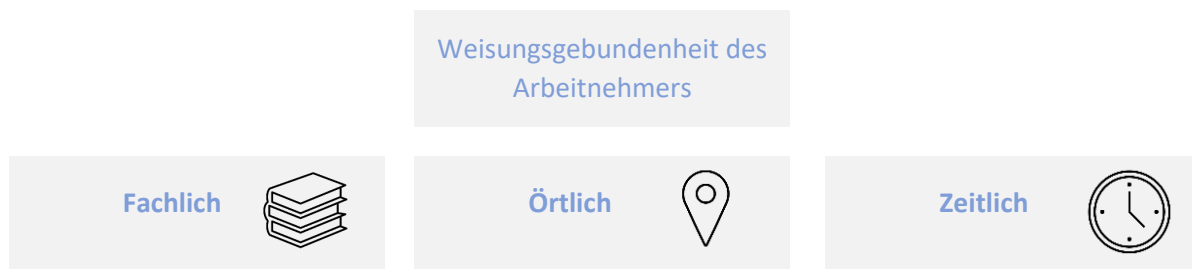


Abbildung 3: Bestandteile der Weisungsgebundenheit

Quelle: Eigene Darstellung

Nach der Auffassung des BAG<sup>82</sup> ist das Weisungsrecht aus arbeitsrechtlichem Blickwinkel auf die Person des Arbeitnehmers bezogen und zudem „ablauf- und verfahrensorientiert“<sup>83</sup>. Davon abzugrenzen sind Weisungen an einen Selbständigen, die grundsätzlich sachbezogen sind und sich auf das Resultat der Leistung beziehen.<sup>84</sup>

Bei der Entscheidung darüber, ob es sich um eine abhängige oder unabhängige Beschäftigung handelt, ist laut § 611a Abs. 1 S. 4 BGB in Hinblick auf den Grad der persönlichen Abhängigkeit die Eigenart der jeweiligen Tätigkeit zu beachten. Aus dem Urteil des BAG<sup>85</sup> aus dem Jahr 1994 lässt sich entnehmen, dass bei der Beurteilung der persönlichen Abhängigkeit eines Arbeitnehmers die Ausprägung des Weisungsrechts die entscheidende Einheit darstellt. Je ausgeprägter ein Arbeitnehmer an Weisungen gebunden ist, desto eher lässt sich die Tätigkeit als Arbeitsverhältnis im Sinne des § 611a BGB einordnen.<sup>86</sup>

### 2.2.3 Fremdbestimmung und Eingliederung in eine Arbeitsorganisation

Drittes Charakteristikum des § 611a Abs. 1 S. 1 BGB ist der weit auszulegende Begriff der fremdbestimmten Arbeit. Grundsätzlich geht die Fremdbestimmung mit dem engeren Tatbestandsmerkmal der Weisungsgebundenheit einher.<sup>87</sup> Beide Begrifflichkeiten bedingen sich gegenseitig und decken sich partiell in ihrer Bedeutung.<sup>88</sup> Das BAG macht in seiner Entscheidung aus dem Jahr 2020 zudem deutlich, dass das Merkmal der Fremdbestimmung insbesondere aus der „Eingliederung des Arbeitnehmers in die Arbeitsorganisation des Arbeitgebers“<sup>89</sup> hervorgeht.<sup>90</sup> Dabei bezieht es sich auf eine frühere Entscheidung des BAG<sup>91</sup> aus dem Jahr 2006 und ergänzt diese um die herrschenden Stimmen<sup>92</sup> in der Literatur. Die Fremdbestimmung muss ferner dem Arbeitgeber zuordenbar sein.<sup>93</sup> In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass auch das Sozialrecht in § 7 Abs. 1

<sup>82</sup> Vgl. BAG, 9 AZR 102/20, Rn. 35.

<sup>83</sup> Ebd.

<sup>84</sup> Vgl. Preis, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, BGB § 611a Arbeitsvertrag, Rn. 40.

<sup>85</sup> Vgl. BAG, 5 AZR 704/93 – (LAG Köln Urteil 06.10.1992 4 Sa 466/92).

<sup>86</sup> Vgl. Preis, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, BGB § 611a Arbeitsvertrag, Rn. 41.

<sup>87</sup> Vgl. Preis, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, BGB § 611a Arbeitsvertrag, Rn. 42; Temming, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, § 18 Arbeitnehmerbegriff, Rn. 19.

<sup>88</sup> Vgl. BAG, 9 AZR 102/20, Rn. 31.

<sup>89</sup> BAG, 9 AZR 102/20, Rn. 31.

<sup>90</sup> Vgl. Temming, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, § 18 Arbeitnehmerbegriff, Rn. 20.

<sup>91</sup> Vgl. BAG, 9 AZR 61/05 – (LAG Berlin Urteil 7.10.2004 16 Sa 1388/04).

<sup>92</sup> Vgl. Preis, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, BGB § 611a Arbeitsvertrag, Rn. 42; Spinner, in: Münchener Kommentar zum BGB, BGB § 611a Arbeitsvertrag, Rn. 93.

<sup>93</sup> Vgl. Preis, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, BGB § 611a Arbeitsvertrag, Rn. 43.



S. 2 SGB IV die Weisungsbindung und die Eingliederung in eine Arbeitsorganisation als Indizien für eine Beschäftigung ansieht.<sup>94</sup>

Auf Ebene der Europäischen Union ist in diesem Zusammenhang dem Begriff des Unterordnungsverhältnisses, der durch den Europäischen Gerichtshof (EuGH) genutzt wird, Beachtung zu schenken.<sup>95</sup> Dieser wird synonym zu dem deutschen Begriff der Fremdbestimmung verwendet.<sup>96</sup> Ob ein solches Verhältnis vorliegt, muss laut der Rechtsprechung des EuGH in einer gesamtlichen Betrachtung aller maßgeblichen Umstände des Einzelfalls geprüft werden.<sup>97</sup> Hervorzuheben ist, dass es sich bei den Tatbestandsmerkmalen der Fremdbestimmung und der Weisungsbindung um Voraussetzungen handelt, die sowohl kumulativ als auch alternativ zur Erfüllung der persönlichen Abhängigkeit ausgelegt werden können.<sup>98</sup>

### 2.2.4 Tatsächliche Vertragsdurchführung und Gesamtbetrachtung

Bei der vertragstypologischen Einordnung des Vertragsverhältnisses der zu beurteilenden Parteien tritt die bloße Titulierung hinter das tatsächliche Arbeitsverhältnis zurück.<sup>99</sup> Folglich ist bei einem Auseinanderfallen von vertraglicher Ausgestaltung und tatsächlich durchgeführter Vertragsbeziehung allein die tatsächliche Durchführung maßgeblich, was der Gesetzgeber in § 611a Abs. 1 S. 6 BGB gesetzlich verankert hat.<sup>100</sup> Das Verhältnis der beiden Bereiche zueinander wird in der folgenden Abbildung 4 dargestellt.

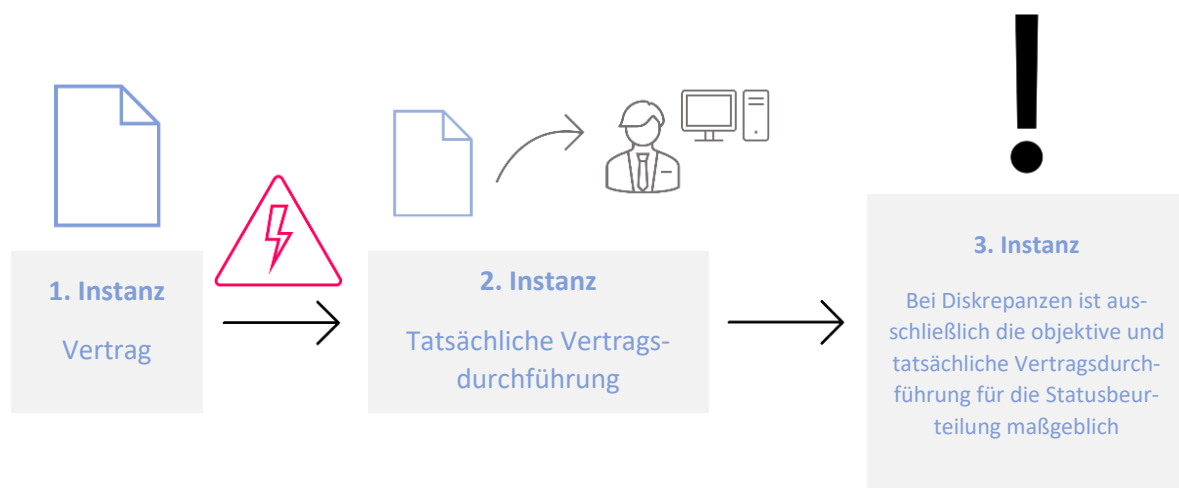


Abbildung 4: Maßgeblichkeit der tatsächlichen Vertragsdurchführung

Quelle: Eigene Darstellung

<sup>94</sup> Vgl. *Lachmann*, CB 2023, S. 184.

<sup>95</sup> Vgl. *Preis*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, BGB § 611a Arbeitsvertrag, Rn. 43.

<sup>96</sup> Vgl. ebd.

<sup>97</sup> Vgl. EuGH, C-229/14, Rn. 37.

<sup>98</sup> Vgl. *Temming*, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, § 18 Arbeitnehmerbegriff, Rn. 19.

<sup>99</sup> Vgl. *Preis*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, BGB § 611a Arbeitsvertrag, Rn. 45; *Temming*, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, § 18 Arbeitnehmerbegriff, Rn. 40.

<sup>100</sup> Vgl. ebd.

Ob dieses Missverhältnis bereits zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses besteht oder sich im Rahmen der Vertragslaufzeit entwickelt, ist dabei unerheblich.<sup>101</sup> Darüber hinaus hat das Arbeitsrecht den Schutz des schwächer gestellten Arbeitnehmers zum Ziel.<sup>102</sup> Es würde torpediert werden, wenn der Arbeitgeber als die stärkere Partei mit dem größeren Machtgefälle Klauseln in den Arbeitsvertrag aufnehmen dürfte, mit denen er den schwächer gestellten Arbeitnehmer dem Schutz des Arbeitsrechts entziehen könnte.<sup>103</sup> Die Anwendung der gesetzlichen Arbeitnehmerschutzvorschriften darf folglich nicht durch vertragliche Abrede ausgeschlossen werden.<sup>104</sup>

In Zweifelsfällen ist nach der Rechtsprechung des BAG<sup>105</sup> in jedem Fall die objektive und tatsächliche Vertragsdurchführung der Parteien als Bewertungsmaßstab heranzuziehen. In diesem Zusammenhang stellt sich jedoch insbesondere die Frage, mit welchen Rechtsmitteln der tatsächliche Geschäftsinhalt der jeweiligen Vertragsbeziehung bewertet werden kann. Hierzu werden in einem ersten Schritt alle bestehenden vertraglichen Vereinbarungen gesichtet und mit der tatsächlichen Vertragsdurchführung ergänzt und abgeglichen.<sup>106</sup> Der Vertrag ist ein erstes Indiz für die Vertragsdurchführung und kann als erster Anhaltspunkt gewertet werden, letztinstanzlich ist jedoch nur der reell durchgeführte Vertrag für die Einordnung der Beschäftigung maßgeblich.<sup>107</sup>

### 2.2.5 Weitere Abgrenzungskriterien

In einem zweiten Schritt können ergänzend anderweitige Indizien für die Statusbewertung ausgelegt werden, die sich auf die Ausgestaltung des Vertrags und die tatsächliche Vertragsausführung beziehen – einen Überblick über die praxisrelevantesten gibt Abbildung 5.<sup>108</sup> Zu nennen sind insbesondere die Art der monetären Gegenleistung, das Tragen eines Unternehmerrisikos, die Steuer- und Sozialversicherungsbeitragszahlungen, der Urlaubsanspruch, das Bereitstellen von Arbeitsmitteln und das Führen von Personalakten.<sup>109</sup> Diese Indizien sind lediglich ergänzend in die Abwägung einzubeziehen und dürfen nach Auffassung des BAG<sup>110</sup> ausschließlich im Interesse des Arbeitnehmers zum Tragen kommen.<sup>111</sup>

---

<sup>101</sup> Vgl. *Temming*, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, § 18 Arbeitnehmerbegriff, Rn. 40.

<sup>102</sup> Vgl. *Spinner*, in: Münchener Kommentar zum BGB, BGB § 611a Arbeitsvertrag, Rn. 106.

<sup>103</sup> Vgl. *Preis*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, BGB § 611a Arbeitsvertrag, Rn. 45.

<sup>104</sup> Vgl. ebd., Rn. 46.

<sup>105</sup> Vgl. BAG, 5 AZB 21/94 – (*LAG Hamburg Beschluss 31.05.1994 6 Ta 24/93*); BAG, 5 AZR 653/96 – (*LAG Düsseldorf Urteil 4. 9. 1996 12 [6] [5] Sa 909/96*).

<sup>106</sup> Vgl. *Preis*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, BGB § 611a Arbeitsvertrag, Rn. 46.

<sup>107</sup> Vgl. BAG, 7 AZR 625/15, Rn. 16; BAG, 9 AZR 98/14, Rn. 16; BAG, 5 AZR 104/95 – (*LAG Baden-Württemberg Urteil 21.09.1994 12 Sa 96/94*).

<sup>108</sup> Vgl. *Preis*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, BGB § 611a Arbeitsvertrag, Rn. 47.

<sup>109</sup> Vgl. *Preis*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, BGB § 611a Arbeitsvertrag, Rn. 47; *Temming*, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, § 18 Arbeitnehmerbegriff, Rn. 43.

<sup>110</sup> Vgl. restriktiv BAG, 9 AZR 484/14, Rn. 29.

<sup>111</sup> Vgl. *Preis*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, BGB § 611a Arbeitsvertrag, Rn. 47.

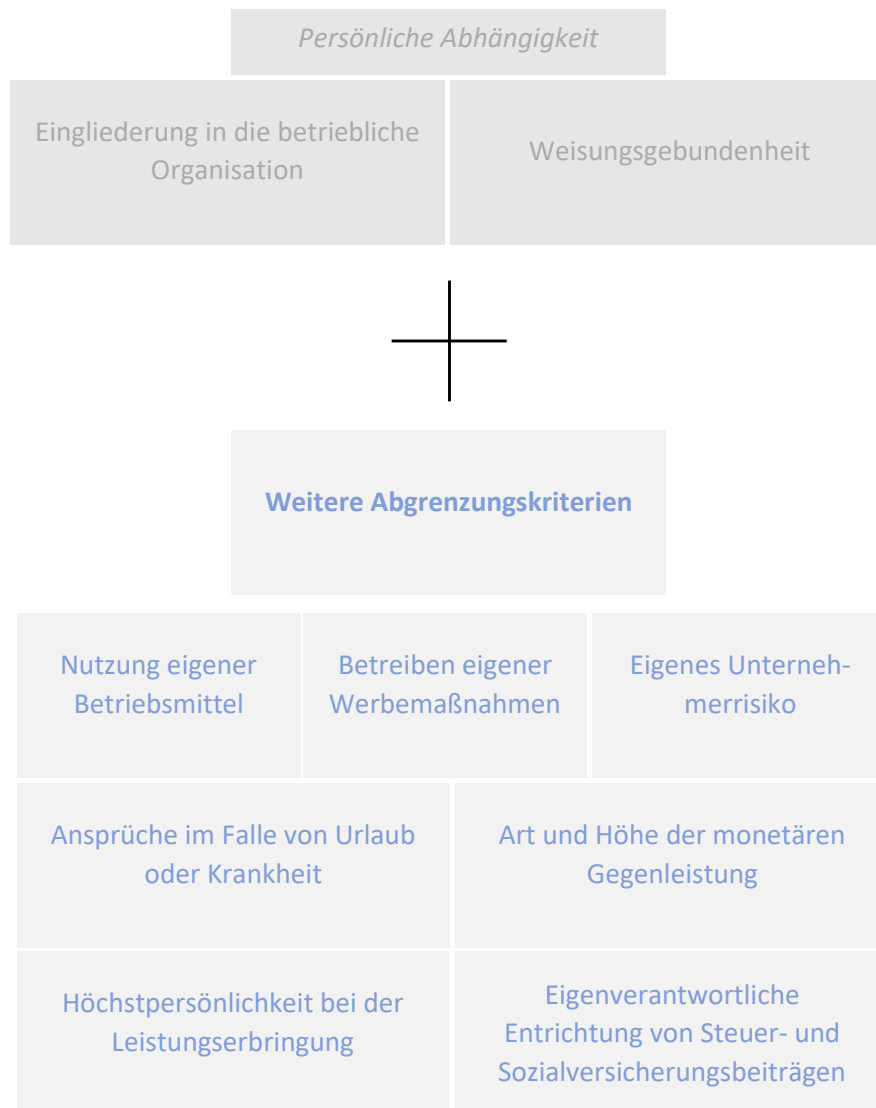


Abbildung 5: Nicht abschließende Übersicht weiterer Abgrenzungskriterien der Rechtsprechung von abhängiger und selbständiger Arbeit

Quelle: Eigene Darstellung in Anlehnung an die Ausführungen von Lachmann, CB 2023, S. 184.

Das abstrakte Merkmal des Unternehmerrisikos steht in Praxis und Rechtsprechung häufig gleichrangig neben der Eingliederung und der Weisungsgebundenheit.<sup>112</sup> Ein unternehmerisches Risiko liegt gegenüber einer abhängigen Tätigkeit vor, wenn der Selbständige seine Leistung auf dem Arbeitsmarkt anbietet und mit Eigen- oder Fremdkapital eine betriebliche Organisation etabliert.<sup>113</sup> Das Einkommen des Selbständigen hängt von der herrschenden Auftragslage ab, wodurch er dem Risiko der Insolvenz und dem unsicheren Eintritt des Gewinns ausgesetzt ist.<sup>114</sup>

<sup>112</sup> Vgl. Lachmann, CB 2023, S. 184.

<sup>113</sup> Vgl. Preis, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, BGB § 611a Arbeitsvertrag, Rn. 56.

<sup>114</sup> Vgl. Lachmann, CB 2023, S. 184.

Eine höchstpersönliche Leistungserbringung weist auf ein Arbeitsverhältnis hin, weshalb es Arbeitnehmern nicht gestattet ist, Erfüllungsgehilfen mit der Durchführung ihrer Tätigkeit zu beauftragen.<sup>115</sup> Ein Selbständiger hingegen kann sich eigener Mitarbeiter oder Subunternehmer bedienen und unterscheidet sich damit von einem Angestellten.<sup>116</sup>

Im Rahmen der Abgrenzung der Tätigkeiten wird weiterhin der Bestand von im Eigentum stehenden Betriebsmitteln berücksichtigt.<sup>117</sup> Hierunter lassen sich insbesondere Arbeitskleidung, Drucker, Handy sowie Laptop subsumieren.<sup>118</sup> Nach den Erfahrungen der Verfasserin wird in der betrieblichen Praxis bei der Beauftragung von Selbständigen insbesondere darauf geachtet, dass diesen im Rahmen eines Auftragsverhältnisses bei Arbeiten in den Räumen des Auftraggebers keine betriebseigenen Arbeitsmittel zur Verfügung gestellt werden. Im Allgemeinen ist es die Verantwortung des Selbständigen, seine eigenen Arbeitsmaterialien mitzubringen.

Wie in den meisten Fällen, in denen eine rechtliche Beurteilung erforderlich ist, müssen auch bei der Einordnung eines Arbeitsverhältnisses oder eines freien Dienstverhältnisses alle maßgeblichen Umstände in Relation gesetzt werden. Der Gesetzgeber macht in § 611a Abs. 1 S. 5 BGB deutlich, dass für die Einordnung eines Vertrags als Arbeitsvertrag eine Gesamtbetrachtung aller Umstände des konkreten Einzelfalls erforderlich ist. Nach gefestigter Rechtsprechung<sup>119</sup> „kommt es für die Beantwortung der Frage, welches Rechtsverhältnis im konkreten Fall vorliegt, letztlich auf eine Gesamtwürdigung aller maßgebenden Umstände des Einzelfalls an“<sup>120</sup>.

## 3 SCHEINSELBSTÄNDIGKEIT

---

### 3.1 HISTORIE UND GRUNDLAGEN

#### 3.1.1 Gesetz zur Bekämpfung der Scheinselbständigkeit

Die folgende Darstellung zeigt die Entwicklung der gesetzgeberischen Aktivitäten seit 1999 bis zur Umsetzung der Legaldefinition des Arbeitsvertrags im Jahr 2017, um die Komplexität und Bedeutung der Scheinselbständigkeit greifbar zu machen.

Über mehrere Dekaden hinweg wurden freie Dienstverhältnisse gleichermaßen akzeptiert wie abhängige Arbeitsverhältnisse.<sup>121</sup> Erst ein Jahr vor der Jahrtausendwende hat sich der Gesetzgeber der Problematik der Scheinselbständigkeit angenommen und man könnte sagen, zu vorschnell eine Lösungsmöglichkeit erdacht.<sup>122</sup> Er implementierte im Jahr 2004 das sogenannte Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung (Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz – SchwarzArbG) und rechtfertigte dies damit, dass freie Dienstverhältnisse lediglich als Möglichkeit für ein Entkommen aus der Sozialversicherungspflicht genutzt würden, was in der Folge die freien Arbeitsverhältnisse

---

<sup>115</sup> Vgl. ebd.

<sup>116</sup> Vgl. ebd.

<sup>117</sup> Vgl. ebd.

<sup>118</sup> Vgl. ebd.

<sup>119</sup> Vgl. insbesondere BAG, 5 AZR 194/90 – (LAG Schleswig-Holstein Urteil 22.03.1990 6 Sa 302/89); BAG, 5 AZR 194/90 – (2. Instanz: LAG SchIH); BAG, 5 AZR 61/99 – (2. Instanz: LAG Hessen); BAG, 10 AZR 499/11; BAG, 10 AZR 272/12.

<sup>120</sup> Temming, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, § 18 Arbeitnehmerbegriff, Rn. 42.

<sup>121</sup> Vgl. Reiserer/Weiss-Bölz, DStR 2019, S. 2648.

<sup>122</sup> Vgl. ebd.

schmälerete.<sup>123</sup> Das Ziel des Gesetzgebers war es, das Vorliegen von Scheinselbständigkeit zu verhindern.<sup>124</sup> Im damaligen § 7 SGB IV wurden vier maßgebliche Kriterien zur Abgrenzung einer Beschäftigung von einer selbständigen Tätigkeit verschriftlicht.<sup>125</sup> Der Gesetzgeber strebte darüber hinaus an, eine Beschäftigung im Sinne des Sozialrechts bejahen zu können, da diese die Entscheidungsgrundlage für die Sozialversicherungspflicht darstellt.<sup>126</sup>

Sowohl auf dem Arbeitsmarkt als auch in der Literatur mehrten sich die Stimmen, die Zweifel an dem neuen Gesetz äußerten.<sup>127</sup> Das begriffliche Verständnis des Beschäftigten wurde ausgeweitet und umfasste durch die Novellierung zusätzlich eine Vermutungsregel für Beschäftigte, wodurch sich der Personenkreis Sozialversicherungspflichtiger erheblich vergrößerte.<sup>128</sup>

Aufgrund des starken Gegenwindes gab der Gesetzgeber nach und wandelte die Vorschriften kurzerhand in das Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit um, wodurch die vier maßgeblichen Kriterien ex tunc aufgegeben wurden.<sup>129</sup> In der Folge lag der Zuständigkeitsbereich nunmehr bei den Gerichten, die sich der Aufgabe erneut annehmen mussten, im jeweiligen Einzelfall die Person als Arbeitnehmer oder Selbständigen einzuordnen.<sup>130</sup>

Ob der übereilte Gesetzgebungsansatz geeignet ist, die lang ersehnte Rechtssicherheit im Bereich der Scheinselbständigkeit zu schaffen, ist fraglich und wird überwiegend verneint.<sup>131</sup> Ein sorgfältig ausgearbeiteter und qualitativ hochwertiger Gesetzgebungsversuch würde eher zu Akzeptanz und Anwendung in der Praxis führen.

Knapp 15 Jahre später unternahm der Gesetzgeber einen erneuten Versuch und implementierte in § 611a BGB eine Legaldefinition des Arbeitsvertrags sowie eine Definition des Arbeitnehmerbegriffs, mit der er jedoch im Wesentlichen die bisherige Rechtsprechung festschrieb und wiederholt keinen positiven Einfluss auf die Entwicklung der Rechtssicherheit im Bereich der Scheinselbständigkeit nahm.<sup>132</sup> Ebenso kommen Studien<sup>133</sup> zu dem Ergebnis, dass insbesondere die Umsetzung des § 611a BGB zu einer weiteren Verunsicherung der Arbeitsmarktakteure geführt hat.

### 3.1.2 Problematik und begriffliche Definition

Bei der Untersuchung der Gründe für die Zunahme von Scheinselbständigen stehen insbesondere die Modelle des Einsatzes von externen Personalressourcen im Zentrum der Betrachtung.<sup>134</sup> Das Interesse der Unternehmen am Einsatz von Fremdpersonal nimmt

---

<sup>123</sup> Vgl. *Reiserer/Weiss-Bölz*, DStR 2019, S. 2648; *Bauer/Diller/Lorenzen*, NZA 1999, S. 169; *Brügge*, in: *Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz, SchwarzArbG § 1 Zweck des Gesetzes*, Rn. 2.

<sup>124</sup> Vgl. *Brügge*, in: *Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz, SchwarzArbG § 1 Zweck des Gesetzes*, Rn. 69.

<sup>125</sup> Vgl. *Bauer/Diller/Lorenzen*, NZA 1999, S. 170.

<sup>126</sup> Vgl. ebd.

<sup>127</sup> Vgl. ebd., S. 177.

<sup>128</sup> Vgl. ebd., S. 170.

<sup>129</sup> Vgl. *Bauer/Diller/Schuster*, NZA 1999, S. 1297.

<sup>130</sup> Vgl. *Reiserer/Weiss-Bölz*, DStR 2019, S. 2648.

<sup>131</sup> Vgl. *Bauer/Diller/Schuster*, NZA 1999, S. 1303.

<sup>132</sup> Vgl. *Reiserer/Weiss-Bölz*, DStR 2019, S. 2648.

<sup>133</sup> Vgl. *Verband der Gründer und Selbständigen Deutschland e.V.*, VGSD-/GULP-Umfrage mit alarmierenden Zahlen; *Sellinger/Tachkov/Völker*, Studie des Instituts für Management und Innovation der Hochschule Ludwigshafen im Auftrag des Wirtschaftsministeriums von Rheinland-Pfalz.

<sup>134</sup> Vgl. *Zellerhoff*, Unbestimmte Scheinselbständigkeit, S. 79.

zu. Welchen Ursprung das hat muss grundlegend bestimmt werden, um die Zunahme der Scheinselbständigen-Beschäftigungsverhältnisse verstehen zu können.<sup>135</sup>

Nicht zu bestreiten ist, dass sich Unternehmen zunehmend mit Möglichkeiten beschäftigen, externes Drittpersonal zu beauftragen, anstatt sich eigener Arbeitnehmer zu bedienen. Fremdpersonal ist nicht mit Arbeitnehmern gleichzusetzen, da sie sich in keiner Festanstellung befinden.<sup>136</sup> Die Ausgestaltung des Beauftragungsverhältnisses von Fremdpersonal kann individuell sein.<sup>137</sup> Grundsätzlich wird zwischen Zwei- und Drei-Personen-Verhältnissen unterschieden. Im Rahmen des erstgenannten Modells ist die Erteilung eines Auftrags durch ein Unternehmen an einen Selbständigen möglich.<sup>138</sup> Vertragstypologisch werden diese als Dienst- oder Werkverträge eingeordnet.<sup>139</sup> Das Modell mit der Beteiligung von drei Personen im Rahmen einer Arbeitnehmerüberlassung eröffnet den Anwendungsbereich des AÜG.<sup>140</sup>

Diese Formen des Personaleinsatzes rücken insbesondere durch den Wandel der Arbeitswelt – hin zu räumlicher und digitaler Flexibilität und Work-Life-Balance – in den Fokus.

Durch Fremdpersonal besteht die Möglichkeit, das benötigte spezifische Wissen auf dem Arbeitsmarkt einzukaufen.<sup>141</sup> Die Verfügbarkeit ist kurzfristig gegeben und es kann eine gezielte Auswahl getroffen werden.<sup>142</sup> Nach Ansicht der Verfasserin haben die Unternehmen den Vorteil, dass sie kein eigenes Personal aus- und weiterbilden müssen, wodurch sowohl Kosten als auch Zeit eingespart werden und die Maßnahme wirtschaftlich ist. Basierend auf ihren Erfahrungen im Unternehmen kann die Verfasserin feststellen, dass der Fachkräftemangel eine gewichtige Variable bei der Entscheidung spielt, externe Personalressourcen zu beauftragen.

Darüber hinaus ist die Geschäftsbeziehung mit einem Selbständigen in Hinblick auf die mit einer abhängigen Tätigkeit einhergehende Sozialversicherungspflicht oftmals kostengünstiger.<sup>143</sup> Auch hat der Arbeitgeber den Vorteil, dass der Selbständige nicht wie ein Arbeitnehmer den Schutzgedanken des Arbeitnehmerschutzrechts genießt.<sup>144</sup> Nach den Erfahrungen der Verfasserin ist in der Praxis das Honorar eines Freelancers zumeist exorbitant höher als das Gehalt eines Angestellten.<sup>145</sup> Trotz dieses Aspekts ist eine Beauftragung kostengünstiger im Vergleich zu den gesamten Kosten, die für einen Arbeitnehmer während der Anstellung anfallen.<sup>146</sup> Die Zusammensetzung dieser Kosten ist in einer nicht abschließenden Gegenüberstellung in Abbildung 6 dargestellt.

---

<sup>135</sup> Vgl. ebd.

<sup>136</sup> Vgl. ebd., S. 79 f.

<sup>137</sup> Vgl. ebd.

<sup>138</sup> Vgl. ebd., S. 80.

<sup>139</sup> Vgl. ebd.

<sup>140</sup> Vgl. ebd.

<sup>141</sup> Vgl. ebd.

<sup>142</sup> Vgl. ebd.

<sup>143</sup> Vgl. ebd., S. 81 f.

<sup>144</sup> Vgl. ebd., S. 82.

<sup>145</sup> Vgl. hierzu *Nier*, Infografik zu Stunden-/Tagessätzen von IT-Freelancern.

<sup>146</sup> Vgl. *Zellerhoff*, Unbestimmte Scheinselbständigkeit, S. 82 f.

| <b>Kostenzusammensetzung für das beauftragende Unternehmen</b>  |  |
|---|--|
| <b>Arbeitnehmer</b>   | <b>Selbständiger</b>   |
| <ul style="list-style-type: none"> <li>• Vergütung</li> <li>• Einarbeitung</li> <li>• Unproduktive Arbeitszeit</li> <li>• Sozialversicherungsbeiträge</li> <li>• Steuern</li> <li>• Urlaubs- und Feiertage</li> <li>• Krankheitstage</li> <li>• Aus- und Weiterbildung sowie Abwesenheit am Arbeitsplatz</li> <li>• Arbeitsmittel und Arbeitsplatz</li> <li>• IT-Infrastruktur</li> <li>• Boni, Tantiemen, Prämien</li> <li>• Urlaubs- und Weihnachtsgeld</li> <li>• Geschäftsreisen</li> <li>etc.</li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Honorar auf Stundenbasis für tatsächlich produktiv gearbeitete Arbeitszeit im jeweiligen Beauftragungszeitraum</li> </ul> |

Abbildung 6: Kostengegenüberstellung eines Arbeitnehmers und eines Selbständigen

Quelle: Eigene Darstellung

Auf der zweiten Ebene ist Scheinselbständigkeit schon seit vielen Jahren ein vielschichtiges und vor allem praxisrelevantes Problem bei der statusrechtlichen Einordnung einer Person zu dem Personenkreis der Selbständigen oder der Arbeitnehmer.<sup>147</sup> Insbesondere für Unternehmen stellt die Gefahr einer unzutreffenden Statusbeurteilung ein potenzielles Haftungsrisiko beim Einsatz von externen Personalressourcen (im Folgenden auch Freelancer, freie Mitarbeiter, freies Dienstverhältnis, Fremdpersonal o.ä. genannt) dar.<sup>148</sup> Im Rahmen der alle vier Jahre stattfindenden Betriebsprüfungen nach § 28p SGB IV durch die Rentenversicherungsträger wird häufig die Beschäftigung von Scheinselbständigen aufgedeckt.<sup>149</sup> Dennoch entscheiden sich viele Unternehmen für den Einsatz von freien Mitarbeitern, häufig aufgrund der Möglichkeit, das Vertragsverhältnis offen zu gestalten, da das Arbeitsrecht nicht wie bei einem Arbeitsverhältnis einschränkend eingreift.<sup>150</sup>

<sup>147</sup> Vgl. *Holthausen*, RdA 2020, S. 92 f.

<sup>148</sup> Vgl. ebd.

<sup>149</sup> Vgl. *Schlegel*, in: Küttner Personalbuch, Betriebsprüfung, Rn. 33 f.

<sup>150</sup> Vgl. *Keilich*, SPA 2021, S. 50.

Der Wandel der Arbeitswelt und die damit einhergehenden flexiblen und neuen Arbeitsformen machen die Thematik noch komplexer und aktueller.<sup>151</sup> Gerade deshalb ist es wichtiger denn je, Lösungsansätze für die Praxis zu entwickeln, die als Orientierungshilfe im Bereich der Scheinselbständigkeit dienen.<sup>152</sup> Denn das Problemfeld tangiert die Rechtsgebiete des Arbeits-, Sozialversicherungs-, Steuer- und Strafrechts und ist damit eine fachgebietsübergreifende Materie.<sup>153</sup> Der Problemhintergrund liegt dabei in der Feststellung, ob es sich bei dem zu beurteilenden Vertragsverhältnis zwischen den Vertragsparteien um eine freie Beschäftigung handelt oder ob das vertragliche Konstrukt nicht doch aus rechtlichem Blickwinkel als abhängiges Arbeitsverhältnis zu klassifizieren ist.<sup>154</sup>

Handelt es sich entgegen dem ursprünglich beabsichtigten freien Dienstverhältnis tatsächlich um ein abhängiges Arbeitsverhältnis, liegt Scheinselbständigkeit vor, die unweigerlich zur Klassifizierung als Arbeitnehmer mit allen hiermit verbundenen Rechten und Pflichten führt.<sup>155</sup> Die Person tritt nach außen als Selbständiger auf, obwohl dies nur zum Schein geschieht.<sup>156</sup> Dies kann vorsätzlich oder unbeabsichtigt geschehen; ersteres erfolgt meist mit dem Ziel, den Regelungen des Arbeits-, Sozial- und Steuerrechts zu entfliehen.<sup>157</sup> Durch die Nichtbeachtung der für Arbeitnehmer geltenden Regelungen hinsichtlich der Sozialversicherungsanmeldung kann die Beschäftigung zudem als Schwarzarbeit im Sinne des § 1 Abs. 2 SchwarzArbG eingeordnet werden.<sup>158</sup> Die Nachzahlung nicht geleisteter Sozialversicherungsbeiträge – da der Scheinselbständige als Arbeitnehmer sozialversicherungspflichtig ist – ist nur eine rechtliche Konsequenz von vielen, denn im Falle von Vorsatz sind gleichwohl sogar strafrechtliche Folgen zu befürchten.<sup>159</sup>

Angesichts der drohenden Auswirkungen von Scheinselbständigkeit sind eine gefestigte vertragliche Grundlage und die richtige Umsetzung dergleichen für Unternehmen unumgänglich.<sup>160</sup> In der unternehmerischen Praxis ist die rechtliche Klassifizierung der Beschäftigung jedoch häufig diffizil und risikobehaftet, da in den meisten Fällen keine klar abgrenzbare Einordnung möglich ist.<sup>161</sup> Zusätzlich zur bestehenden Rechtsunsicherheit kann die Klassifizierung eines Vertragsverhältnisses in einem bestimmten Rechtsgebiet zu dem Ergebnis führen, dass ein freies Dienstverhältnis gegeben ist, während ein anderes Rechtsgebiet eine abhängige Beschäftigung annimmt.<sup>162</sup> Zudem fehlt es den Unternehmen erfahrungsgemäß oftmals an Sensibilisierung gegenüber diesem Problem, der notwendigen Rechtskenntnis in diesem Themengebiet sowie an Zeit und Ressourcen, sich mit den bestehenden Beschäftigungsverhältnissen mit Unternehmensexternen anzunehmen.

Die genauen Rechtsfolgen und Konsequenzen bei Vorliegen von Scheinselbständigkeit in den betroffenen Rechtsgebieten, insbesondere für das Scheinselbständige beschäftigende Unternehmen, sind Gegenstand einer späteren Erörterung im Rahmen dieses Kapitels.

---

<sup>151</sup> Vgl. *Holthausen*, RdA 2020, S. 97.

<sup>152</sup> Vgl. ebd.

<sup>153</sup> Vgl. *Reiserer/Weiss-Bözl*, DStR 2019, S. 2648.

<sup>154</sup> Vgl. ebd.; *Weiss-Bözl/Hube*, DStR 2022, S. 2564.

<sup>155</sup> Vgl. *Weiss-Bözl/Hube*, DStR 2022, S. 2564.

<sup>156</sup> Vgl. *Brügge*, in: Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz, SchwarzArbG § 1 Zweck des Gesetzes, Rn. 70.

<sup>157</sup> Vgl. ebd., Rn. 71.

<sup>158</sup> Vgl. ebd.

<sup>159</sup> Vgl. *Weiss-Bözl/Hube*, DStR 2022, S. 2564.

<sup>160</sup> Vgl. ebd.

<sup>161</sup> Vgl. *Brügge*, in: Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz, SchwarzArbG § 1 Zweck des Gesetzes, Rn. 79.

<sup>162</sup> Vgl. ebd., Rn. 80



### 3.1.3 Schnittstelle Arbeits- und Sozialversicherungsrecht

In vielen Bereichen der Rechtswissenschaften steht das Arbeitsrecht in engem Zusammenhang mit dem Sozialversicherungsrecht.<sup>163</sup> Dies gilt auch für die Problematik der Scheinselbständigkeit. Die Aufnahme eines Arbeitsverhältnisses geht sozialrechtlich mit der Pflicht zur Beitragszahlung zur Sozialversicherung einher, die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses mit dem Anspruch auf Arbeitslosengeld.<sup>164</sup> Insbesondere während eines Arbeitsverhältnisses können sich aus konkreten individuellen Umständen des Arbeitnehmers Ansprüche aus dem Sozialrecht ergeben, was die enge Verbundenheit beider Rechtsgebiete unterstreicht.<sup>165</sup>

Trotz ihrer Nähe zueinander unterliegen die Rechtsgebiete jeweils einer eigenen Systematik.<sup>166</sup> Das Arbeitsrecht ist dem Privatrecht zuzuordnen, während das Sozialrecht dem öffentlichen Recht, genauer gesagt dem Verwaltungsrecht, beizuordnen ist.<sup>167</sup> Das Arbeitsrecht einerseits ist gesetzlich fragmentiert und hängt stark von der individuellen und praktischen Auslegung des jeweiligen Sachverhalts ab. Das Sozialrecht andererseits ist sehr umfangreich und detailliert in zwölf Sozialgesetzbüchern kodifiziert.<sup>168</sup>

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das Sozialrecht dem Arbeitsrecht in seiner eigentlichen arbeitsrechtlichen Gestaltungsfreiheit Grenzen setzt, wie Abbildung 7 veranschaulicht.<sup>169</sup>

---

<sup>163</sup> Vgl. *Kania*, NZS 2020, S. 878.

<sup>164</sup> Vgl. ebd.

<sup>165</sup> Vgl. ebd.

<sup>166</sup> Vgl. ebd.

<sup>167</sup> Vgl. ebd.

<sup>168</sup> Vgl. ebd.

<sup>169</sup> Vgl. ebd., S. 883.

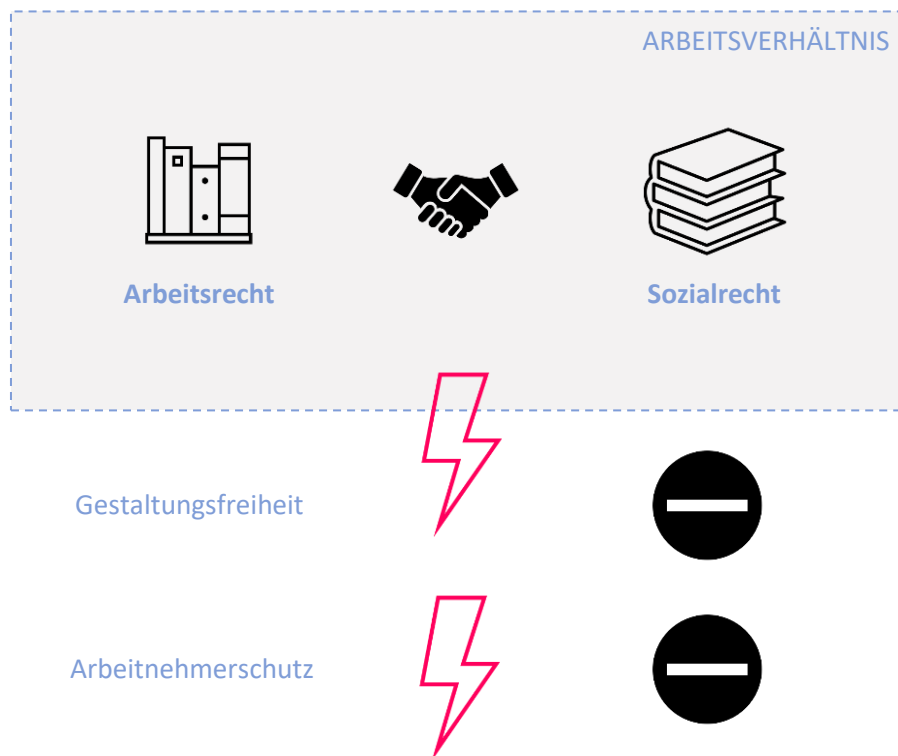


Abbildung 7: Beziehung zwischen Arbeits- und Sozialrecht

Quelle: Eigene Darstellung

## 3.2 ARBEITSRECHTLICHE RISIKEN

### 3.2.1 Arbeitnehmerrechte

Die Rechtsfolgen einer Scheinselbständigkeit sind sowohl für den Auftraggeber als auch für den Auftragnehmer einschneidend, da beide Vertragsparteien in diesem Fall ex tunc als Arbeitgeber und Arbeitnehmer gelten und zueinander in einem Arbeitsverhältnis stehen.<sup>170</sup> Folglich finden auch nicht – wie ursprünglich angenommen – die Normen zu Dienst- oder Werkverträgen Anwendung.<sup>171</sup> Maßgeblich ist der Zeitpunkt, zu dem das Beschäftigungsverhältnis als Arbeitsverhältnis eingestuft wird.<sup>172</sup> Dies wird in den meisten Fällen der Beginn der Vortragsbeziehung sein, kann sich aber gleichermaßen um einen späteren Zeitpunkt handeln.<sup>173</sup>

Daraus lässt sich ableiten, dass der vermeintlich Selbständige in der Folge alle Rechte und Pflichten eines Arbeitnehmers innehat.<sup>174</sup> Zu den Rechten zählen insbesondere der gesetzliche Mindestlohn nach § 1 Mindestlohngesetz (MiLoG), der Kündigungsschutz im Sinne des Kündigungsschutzgesetzes (KSchG), die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall gemäß § 1 Entgeltfortzahlungsgesetz (EntgFG) und Urlaubsansprüche aus dem Bundes-

<sup>170</sup> Vgl. Lachmann, DStR 2022, S. 1558.

<sup>171</sup> Vgl. Lachmann, CB 2023, S. 218.

<sup>172</sup> Vgl. Lachmann, DStR 2022, S. 1558.

<sup>173</sup> Vgl. ebd.

<sup>174</sup> Vgl. Lachmann, CB 2023, S. 218.

urlaubsgesetz (BUrlG), um nur ein paar zu nennen.<sup>175</sup> Auch für den Arbeitgeber ergeben sich aus der Feststellung der Scheinselbständigkeit Rechte und Pflichten. Zu den Rechten des Arbeitgebers gehört, wie bereits in Kapitel 2.2 dargestellt, insbesondere das Weisungsrecht gegenüber dem Arbeitnehmer.

### 3.2.2 Rückforderungsanspruch des Arbeitgebers und Honoraranpassung

In dem Recht der Scheinselbständigkeit sind die Arbeitsgerichte lange Zeit der Meinung gewesen, dass die Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft eines vermeintlich Selbständigen keinen Einfluss auf die vereinbarte Vergütung hat und diese ohne Änderungen fortbesteht.<sup>176</sup> Das Honorar des vermeintlich freien Mitarbeiters entspreche unverändert dem Bruttogehalt des Arbeitnehmers und sei durch den Arbeitgeber zu entrichten.<sup>177</sup> Die Arbeitsgerichte haben in der Vergangenheit bei etwaigen Rückforderungsansprüchen des Arbeitgebers wegen zu viel geleisteter Honorare im Verhältnis zu dem Gehalt überwiegend den Arbeitnehmern Recht gegeben.<sup>178</sup>

Das BAG<sup>179</sup> hat 1986 für die vertragliche Anpassung der Honorarhöhe die Grundgedanken des § 313 BGB zur Störung der Geschäftsgrundlage bei einem irrtümlich geschlossenen freien Dienstvertrag herangezogen.<sup>180</sup> Das Landesarbeitsgericht (LAG) Köln<sup>181</sup> kam jedoch im Jahr 1996 zu dem Urteil, dass ein Scheinselbständiger in der Folge lediglich eine übliche Vergütung im Sinne des § 612 Abs. 2 BGB verlangen könne und nicht die zuvor vereinbarte Vergütung für die freie Mitarbeit, weshalb eine Vertragsanpassung der Vergütungshöhe nach dieser Vorschrift von Nöten sei.<sup>182</sup>

Im Jahr 1998 hat das BAG<sup>183</sup> an die Auffassung des LAG Köln angeknüpft und im Jahr 2019<sup>184</sup> im Rahmen eines Falls des Landessozialgerichts Baden-Württemberg anerkannt.<sup>185</sup> Es wurde der Frage nachgegangen, ob bei der Feststellung eines Arbeitsverhältnisses im Falle von Scheinselbständigkeit die zuvor dienst- oder werkvertraglich vereinbarten Vertragsinhalte gleichermaßen für das „neue“ Arbeitsverhältnis gelten.<sup>186</sup> Das BAG argumentiert, dass die Vertragsparteien das Honorar des Freelancers nicht mit der Vergütung eines Arbeitnehmers gleichsetzen können.<sup>187</sup> Es könne nicht automatisch davon ausgegangen werden, dass das Entgelt für zwei unterschiedliche Tätigkeiten gleich hoch sei.

Darüber hinaus ist nunmehr klargestellt, dass der Arbeitgeber einen Rückzahlungsanspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB geltend machen kann, wenn die Statusfeststellung die Arbeitnehmereigenschaft rückwirkend bejaht.<sup>188</sup> Die Höhe des Rückzahlungsanspruchs bezieht sich nach der aktuellen Auffassung der Rechtsprechung auf den Mehrbetrag von Honoraren, der über das üblich zu erwartende Entgelt des Arbeitnehmers hin-

---

<sup>175</sup> Vgl. ebd.

<sup>176</sup> Vgl. BAG, 5 AZR 44/85, S. 919 – (*Baden-Württemberg*); *Reiserer*, DStR 2020, S. 1323.

<sup>177</sup> Vgl. *Reiserer*, DStR 2020, S. 1323.

<sup>178</sup> Vgl. ebd.

<sup>179</sup> Vgl. BAG, 5 AZR 44/85 – (*Baden-Württemberg*).

<sup>180</sup> Vgl. *Lachmann*, CB 2023, S. 218.

<sup>181</sup> Vgl. LAG Köln, 10 Sa 194/96.

<sup>182</sup> Vgl. *Lachmann*, CB 2023, S. 218 f.

<sup>183</sup> Vgl. BAG, 5 AZR 50–97 – (*Köln*).

<sup>184</sup> Vgl. BAG, 5 AZR 178/18.

<sup>185</sup> Vgl. BAG, 5 AZR 50–97 – (*Köln*); *Reiserer*, DStR 2020, S. 1323.

<sup>186</sup> Vgl. *Lachmann*, CB 2023, S. 218.

<sup>187</sup> Vgl. ebd., S. 219.

<sup>188</sup> Vgl. *Reiserer*, DStR 2020, S. 1323.

ausgeht.<sup>189</sup> Das BAG argumentiert, dass ein vermeintlich Selbständiger, der mehrere Jahre in einem Vertragsverhältnis mit dem Auftraggeber steht und dann einen Antrag auf Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft stellt, ebenso davon ausgehen kann, dass der Arbeitgeber seinen Rückzahlungsanspruch geltend machen wird.<sup>190</sup>

### 3.2.3 Honorarhöhe als Kriterium der Statusbeurteilung

Hoffnung auf eine rechtssichere Abgrenzung der Beschäftigungsformen machte Anfang 2017 eine Entscheidung des BSG<sup>191</sup>, in der das Gericht klarstellte, dass die Höhe des Honorars als aussagekräftiges Kriterium berücksichtigt werden kann.<sup>192</sup> Demnach deutet ein unverkennbar höheres Honorar des Freelancers im Vergleich zu einem Arbeitnehmer auf eine selbständige Beschäftigung hin.<sup>193</sup> Das Gericht verweist auf eine eigene Entscheidung aus dem Jahr 2012<sup>194</sup>, in der es klarstellt, dass die Höhe der Vergütung zum damaligen Zeitpunkt zwar kein ausschließliches Merkmal für oder gegen eine Selbständigkeit sei, das Indiz aber in die gesamtheitliche Betrachtung aller Umstände des Einzelfalls miteinfließen und so berücksichtigt werden könne.<sup>195</sup> Entscheidungsgrundlage für diese Erkenntnis war laut des Gerichts die Tatsache, dass der Freelancer durch das höhere Honorar imstande sei, eigenverantwortlich Kranken- und Rentenversicherungsbeiträge zu entrichten.<sup>196</sup>

Nur zwei Jahre nach der Entscheidung des BSG hat es in zwei Urteilen<sup>197</sup> zu Honorarärzten und Pflegekräften seine Auffassung revidiert und ist dem Wunsch nach mehr Sicherheit im Rechtsverkehr erneut nicht nachgekommen.<sup>198</sup> Auftraggeber können sich daher nicht darauf verlassen, dass eine höhere Vergütung des freien Mitarbeiters auch automatisch dazu führt, dass dieser mit Sicherheit als Selbständiger eingestuft wird.<sup>199</sup>

## 3.3 SOZIALVERSICHERUNGSRECHTLICHE RISIKEN

### 3.3.1 Beitragsnachforderungen, Nettolohnfiktion und Säumniszuschläge

Liegt Scheinselbständigkeit vor, dann geht mit dem Arbeitsverhältnis auch die Pflicht zur Sozialversicherung einher.<sup>200</sup> Die Sozialversicherungsbeiträge setzen sich aus Arbeitslosen-, Kranken-, Pflege-, Renten- und Unfallversicherungsbeiträgen zusammen.<sup>201</sup> Die Beiträge zu der Arbeitslosen-, Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung werden hälftig auf den Arbeitnehmer und Arbeitgeber aufgeteilt, während die gesetzliche Unfallversicherung durch den Arbeitgeber zu entrichten ist.<sup>202</sup>

---

<sup>189</sup> Vgl. ebd.

<sup>190</sup> Vgl. ebd.

<sup>191</sup> Vgl. BSG, B 12 R 7/15 R.

<sup>192</sup> Vgl. Reiserer, DStR 2020, S. 1323; Reiserer/Weiss-Bözl, DStR 2019, S. 2649.

<sup>193</sup> Vgl. BSG, B 12 R 7/15 R, Rn. 50.

<sup>194</sup> Vgl. BSG, B 12 KR 24/10 R.

<sup>195</sup> Vgl. BSG, B 12 R 7/15 R, Rn. 50.

<sup>196</sup> Vgl. Reiserer, DStR 2020, S. 1323.

<sup>197</sup> Vgl. BSG, B 12 R 6/18 R; BSG, B 12 R 11/18 R.

<sup>198</sup> Vgl. Reiserer, DStR 2020, S. 1323 f.

<sup>199</sup> Vgl. ebd., S. 1324.

<sup>200</sup> Vgl. Lachmann, CB 2023, S. 219.

<sup>201</sup> Vgl. Schlegel, in: Küttner Personalbuch, Sozialversicherungsbeiträge, Rn. 22.

<sup>202</sup> Vgl. Schneil, in: Weber Rechtswörterbuch, Sozialversicherungsbeiträge.

Laut § 28e Abs. 1 SGB IV ist der Arbeitgeber zur Zahlung der Gesamtsozialversicherungsbeiträge verpflichtet. Er muss für die Zeit der Scheinselbständigkeit rückwirkend für maximal vier Jahre<sup>203</sup> sowohl Arbeitgeber- als auch Arbeitnehmeranteile nachzahlen und kann folglich als Vollhafter in Anspruch genommen werden.<sup>204</sup> Die Dauer der Nachzahlung erhöht sich auf bis zu 30 Jahre, wenn es sich um eine vorsätzliche Handlung des Beitragsschuldners handelt.<sup>205</sup> Bedingter Vorsatz ist nach Auffassung des BSG<sup>206</sup> ausreichend und liegt regelmäßig dann vor, wenn den Vertragsparteien bewusst war, dass es sich möglicherweise um ein Arbeitsverhältnis handelt, mit dem auch die Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen verbunden ist, sie sich aber bewusst gegen die Zahlung entschieden haben.<sup>207</sup>

Problematisch ist in der Praxis auch die sogenannte Nettolohnfiktion im Falle einer Nachentrichtungspflicht von Sozialversicherungsbeiträgen für den Schein-Auftraggeber.<sup>208</sup> Fraglich ist, auf welcher Vergütungsgrundlage die Höhe der Nachzahlungspflicht zu berechnen ist.<sup>209</sup> Denn bei der Beauftragung des vermeintlich Selbständigen erfolgte keine klassische Lohnzahlung, sondern lediglich eine Rechnungsausstellung für seine Leistung.<sup>210</sup> Für etwaige Beitrags- und Steuerzahlungen war der Selbständige eigenverantwortlich verpflichtet.<sup>211</sup> Gemäß § 14 Abs. 2 S. 2 SGB IV ist bei Beschäftigungen, für die keine Steuern und Sozialversicherungsbeiträge entrichtet worden sind – auch im Falle von Scheinselbständigkeit – ein fiktives Nettoarbeitsentgelt als vereinbart und folglich als Berechnungsgrundlage für die Nachentrichtung der Gesamtsozialversicherungsbeiträge anzusehen.<sup>212</sup> Auf dieser Grundlage und mit Hilfe der entsprechenden Lohnsteuerklasse wird das Bruttoarbeitsentgelt berechnet.<sup>213</sup> Die von dem Gesetzgeber zugrunde gelegte Nettolohnfiktion führt folglich zu einer erheblichen finanziellen Mehrbelastung des Schein-Auftraggebers.

Darüber hinaus muss der Arbeitgeber im Falle von nicht gezahlten Beiträgen zur Sozialversicherung am Fälligkeitstag mit Säumniszuschlägen im Sinne des § 24 Abs. 1 SGB IV rechnen.<sup>214</sup> Diese betragen für jeden angefangenen Monat der Fristüberschreitung 1 %, was im Falle von Scheinselbständigkeit ebenfalls zu einer hohen finanziellen Belastung des Arbeitgebers führen würde.<sup>215</sup> § 24 Abs. 2 SGB IV macht in diesem Zusammenhang auf einen Fall aufmerksam, in dem keine Säumniszuschläge erhoben werden. Wird eine Beitragsnachentrichtungspflicht rückwirkend im Rahmen eines Bescheides festgestellt, so dürfen keine Säumniszuschläge drohen, wenn der Beitragsschuldner gemäß Abs. 2 un-

---

<sup>203</sup> Vgl. § 25 Abs. 1 SGB IV.

<sup>204</sup> Vgl. *Lachmann*, DStR 2022, S. 1559; *Mengel*, in: *Mengel*, § 8. Sozialversicherungs-/Lohnsteuerrecht (Scheinselbständigkeit), Rn. 3.

<sup>205</sup> Vgl. § 25 Abs. 1 SGB IV; *Mengel*, in: *Mengel*, § 8. Sozialversicherungs-/Lohnsteuerrecht (Scheinselbständigkeit), Rn. 3.

<sup>206</sup> Vgl. BSG, B 12 R 7/14 R, Rn. 27.

<sup>207</sup> Vgl. *Lachmann*, DStR 2022, S. 1559.

<sup>208</sup> Vgl. *Lachmann*, CB 2023, S. 220.

<sup>209</sup> Vgl. ebd.

<sup>210</sup> Vgl. ebd.

<sup>211</sup> Vgl. ebd.

<sup>212</sup> Vgl. *Vogel/Simon*, CCZ 2021, S. 116.

<sup>213</sup> Vgl. *Lachmann*, CB 2023, S. 220.

<sup>214</sup> Vgl. ebd.

<sup>215</sup> Vgl. *Lachmann*, DStR 2022, S. 1559.

verschuldet keine Kenntnis von der Zahlungspflicht hatte.<sup>216</sup> Strittig ist die Auslegung des Rechtsbegriffs der unverschuldeten Unkenntnis.<sup>217</sup>

Das folgende Kapitel geht auf die Rechtsprechung des BSG im Jahr 2018 ein, um aufzuzeigen, inwiefern das Urteil die finanzielle Belastung des Arbeitgebers bei Scheinselbständigkeit minimieren könnte.

### 3.3.2 Entlastung des Arbeitgebers durch das Urteil des BSG 2018

Das BSG hält in einer Entscheidung aus dem Jahr 2018<sup>218</sup> fest, dass in Anbetracht der Gesetzessystematik im Vierten Buch des Sozialrechts und der bisherigen Rechtsprechung nicht bedingungslos Säumniszuschläge im Sinne des § 24 SGB IV verhängt werden können.<sup>219</sup> Das Gericht hat die finanzielle und wirtschaftliche Belastung der Schein-Auftraggeber erkannt und will nun für eine Entlastung dieser sorgen.<sup>220</sup>

Kaum Beachtung wurde der ungeschriebenen subjektiven Tatbestandsvoraussetzung neben dem objektiven Bestandteil der Nichtentrichtung in § 24 Abs. 1 S. 1 SGB IV geschenkt.<sup>221</sup> Das BSG fordert eine solche subjektive Korrekturkomponente, damit Arbeitgeber aufgrund von Rechenfehlern oder unzutreffenden Bewertungen, die dazu führen könnten, dass sie keine Sozialversicherungsbeiträge oder Steuern zahlen, keine Säumniszuschläge befürchten müssen.<sup>222</sup> Der subjektive Ausnahmetatbestand des § 24 Abs. 2 SGB IV enthält eine Exkulpationsmöglichkeit für den Beitragsschuldner bei unverschuldeter Unkenntnis, die jedoch in der Praxis bisher kaum zur Vermeidung von Säumniszuschlägen geführt hat.<sup>223</sup>

Durch das Urteil des BSG steht nun fest, dass eine Exkulpation seitens des Beitragsschuldners bei positiver Kenntnis von der Pflicht zur Beitragsentrichtung nicht möglich ist, mit der Folge, dass Säumniszuschläge erhoben werden können.<sup>224</sup> Hat der Beitragsschuldner jedoch unverschuldet Unkenntnis von etwaigen Zahlungspflichten, dann sind Säumniszuschläge ungerechtfertigt und dürfen deshalb nicht anfallen.<sup>225</sup> Das Fehlen der Kenntnis steht dem nicht gleich.<sup>226</sup> Das BSG stellt in der Entscheidung weiterhin klar, dass das Tatbestandsmerkmal Unverschulden nicht im Sinne des § 276 BGB auszulegen ist, sondern zumindest bedingten Vorsatz voraussetzt.<sup>227</sup> Darüber hinaus ist die Anwendung zivilrechtlicher Vorschriften im Sozialrecht grundsätzlich nicht ungehindert möglich.<sup>228</sup>

Im Ergebnis eröffnet die Entscheidung des BSG dem Arbeitgeber weitergehende Möglichkeiten, Säumniszuschläge zu vermeiden.

---

<sup>216</sup> Vgl. § 24 Abs. 2 SGB IV.

<sup>217</sup> Vgl. *Weiss-Bözl*, DStR 2019, S. 1581.

<sup>218</sup> Vgl. BSG, B 12 R 15/18 R.

<sup>219</sup> Vgl. *Weiss-Bözl*, DStR 2019, S. 1581.

<sup>220</sup> Vgl. ebd.

<sup>221</sup> Vgl. ebd.

<sup>222</sup> Vgl. BSG, B 12 R 18/09 R, S. 665.

<sup>223</sup> Vgl. *Weiss-Bözl*, DStR 2019, S. 1581 f.

<sup>224</sup> Vgl. ebd., S. 1582.

<sup>225</sup> Vgl. ebd.

<sup>226</sup> Vgl. ebd.

<sup>227</sup> Vgl. ebd.

<sup>228</sup> Vgl. ebd.

## 3.4 STEUERRECHTLICHE RISIKEN

### 3.4.1 Einkommensteuerrecht

Der Selbständige unterliegt – sofern dieser seinen Wohnsitz in Deutschland hat – gemäß § 1 Abs. 1 S. 1 EStG der unbeschränkten Einkommensteuerpflicht.<sup>229</sup> Seine Einkünfte sind steuerrechtlich unter § 15 EStG oder § 18 EStG zu klassifizieren. Handelt es sich um einen Scheinselbständigen, dann sind die Einkünfte tatsächlich aus einer nichtselbständigen Tätigkeit im Sinne des § 19 EStG entstanden. Hieraus lässt sich ableiten, dass in beiden Fällen eine Einkommensteuerpflicht für die bezogenen Einkünfte vorliegt.

Im Bereich der Einkommensteuer ist der Arbeitgeber für die Abführung der Lohnsteuer an das Finanzamt verantwortlich, wenngleich der Arbeitnehmer rechtlich gesehen als Schuldner der Lohnsteuer eingestuft wird.<sup>230</sup> Der Auftraggeber ist im Falle einer Scheinselbständigkeit der Auffassung, dass es sich bei seinem Vertragspartner um einen Selbständigen handelt, weshalb der Lohnsteuereinzug unterbleibt.<sup>231</sup> Gemäß § 38 Abs. 1 S. 1 EStG wird die Lohnsteuer von dem Gehalt des Arbeitnehmers abgezogen. Im Falle von Scheinselbständigkeit haftet der Arbeitgeber für den unterbliebenen Lohnsteuereinzug im Sinne des § 42d Abs. 1 Nr. 1 EStG und muss diese nach § 38 EStG rückwirkend ab Beginn der Zahlungspflicht nachentrichten.<sup>232</sup>

Die steuerrechtliche Haftung unterscheidet sich von der im vorigen Abschnitt erläuterten sozialversicherungsrechtlichen Haftung insofern, als Arbeitgeber und Arbeitnehmer als Gesamtschuldner haften.<sup>233</sup> Der Vorteil für den Arbeitgeber besteht darin, dass er einen Rückforderungsanspruch in voller Höhe des Betrags gegen den eigentlichen Schuldner – den Arbeitnehmer – hat.<sup>234</sup>

### 3.4.2 Umsatzsteuerrecht

Im Umsatzsteuerrecht findet sich die Legaldefinition des Unternehmers bzw. Unternehmens in § 2 Umsatzsteuergesetz (UStG) wieder. Hier wird die Selbständigkeit als Hauptdifferenzierungsmerkmal genannt. Der zweite Absatz macht weiterhin deutlich, wer nicht als selbständig im Sinne des UStG zu klassifizieren ist und zieht hier einen Rückschluss auf das Merkmal der Weisungsgebundenheit im Arbeitsrecht. Daraus lässt sich ableiten, dass Scheinselbständige keine Unternehmer laut § 2 Abs. 1 S. 1 UStG sind und folglich nicht der Umsatzsteuerpflicht unterliegen.<sup>235</sup>

In der Unternehmenspraxis geht der vermeintlich Selbständige ein Vertragsverhältnis mit einem Unternehmen über konkrete Dienstleistungen ein und stellt diesem nach erfolgter Leistungserbringung eine Rechnung nach § 14 UStG aus unter Angabe der Umsatzsteuer.<sup>236</sup> Zu beachten ist in diesem Zusammenhang der unberechtigte Steuerausweis gemäß § 14c Abs. 2 S. 1, 2 UStG. Die Norm stellt klar, dass der in einer Rechnung eines Nichtberechtigten ausgewiesene Steuerbetrag gleichwohl geschuldet wird, sodass die Umsatzsteuer an den Fiskus abzuführen ist.<sup>237</sup> Auf Seiten des Schein-Auftraggebers kommt es zu der Problematik, dass dieser nach § 15 Abs. 1 Nr. 1 UStG keinen Vorsteuerabzug der

<sup>229</sup> Vgl. *Real*, DStR 2016, S. 2406.

<sup>230</sup> Vgl. § 38 Abs. 2 S. 1 EStG; *Kremer*, Lohnsteuer, Rn. 6.

<sup>231</sup> Vgl. *Weiss-Bözl/Hube*, DStR 2022, S. 2567.

<sup>232</sup> Vgl. *Real*, DStR 2016, S. 2407.

<sup>233</sup> Vgl. *Lachmann*, DStR 2022, S. 1559.

<sup>234</sup> Vgl. *Lachmann*, CB 2023, S. 221.

<sup>235</sup> Vgl. *Weiss-Bözl/Hube*, DStR 2022, S. 2566.

<sup>236</sup> Vgl. *Real*, DStR 2016, S. 2407.

<sup>237</sup> Vgl. *Korn*, in: UStG § 14c Unrichtiger oder unberechtigter Steuerausweis, Rn. 1.

durch den Scheinselbständigen in Rechnung gestellten Umsatzsteuer vornehmen kann.<sup>238</sup> Folglich kann der Arbeitgeber seine Umsatzsteuerschuld nicht durch den Abzug der Vorsteuer schmälern, was für diesen eine finanzielle Belastung darstellt. Hat der Arbeitgeber den Vorsteuerabzug bereits getätigt, so muss dieser eine Berichtigung vornehmen.<sup>239</sup> Auch der Scheinselbständige hat laut § 14c Abs. 2 UStG die Möglichkeit, den Steuerbetrag zu korrigieren.

## 3.5 STRAFRECHTLICHE RISIKEN

### 3.5.1 Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt

Neben den arbeits-, sozialversicherungs- und steuerrechtlichen Folgen, sind vor allem die strafrechtlichen Konsequenzen insbesondere auf Seiten des Arbeitgebers von praktischer Bedeutung. Dass Scheinselbständigkeit weitreichende Rechtsfolgen im Bereich des Strafrechts haben kann, wird vor allem durch die zunehmende Anzahl an gerichtlichen Auseinandersetzungen mit dem Schwerpunkt des Strafrechts deutlich.<sup>240</sup> Im Rahmen der folgenden Ausführungen wird ausschließlich auf § 266a Strafgesetzbuch (StGB) als *lex specialis* eingegangen, die den Betrugstatbestand des § 263 StGB verdrängt, jedoch eigens auch betrugsähnliche Delikte umfasst.<sup>241</sup>

Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt nach § 266a StGB sind Kernansatzpunkte im Arbeitsstrafrecht.<sup>242</sup> Die Gesetzesimplementierung des § 266a Abs. 1 StGB trägt dem Umstand Rechnung, dass das Missachten der arbeitgeberseitigen Abführungspflicht von Arbeitnehmerbeträgen zur Sozialversicherung in der Vergangenheit nicht als Wirtschaftsstraftat, sondern als Ordnungswidrigkeit angesehen wurde.<sup>243</sup> Nach §§ 28a, 28d und 28e SGB IV ist der Arbeitgeber dazu verpflichtet, die Sozialversicherungsbeiträge des Arbeitnehmers sowie seine eigenen der jeweiligen Einzugsstelle anzuzeigen und zu leisten.<sup>244</sup> Die Norm des Strafrechts dient der Sanktionierung des Arbeitgebers wegen Nichtabführung von Sozialversicherungsbeiträgen und stellt eine Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren oder eine Geldstrafe in Aussicht.<sup>245</sup>

Für eine Strafbarkeit im Sinne des § 266a StGB muss das Handeln des Arbeitgebers zumindest von bedingtem Vorsatz geprägt sein.<sup>246</sup> Bis zum Jahr 2018 bzw. 2019 ist hierfür nach ständiger Rechtsprechung<sup>247</sup> des BGH Voraussetzung, „dass der Täter den Eintritt des tatbestandlichen Erfolges als möglich und nicht ganz fernliegend erkennt sowie dass er ihn billigt oder sich um des erstrebten Zieles willen zumindest mit der Tatbestandsverwirklichung abfindet“<sup>248</sup>. Wird die Rechtsprechung auf den Fall des § 266a StGB übertragen, liegt bedingter Vorsatz regelmäßig dann vor, wenn dem Arbeitgeber die Möglichkeit der Begründung eines abhängigen Arbeitsverhältnisses bewusst ist und auch die hieraus

---

<sup>238</sup> Vgl. *Lachmann*, DStR 2022, S. 1559.

<sup>239</sup> Vgl. *Holthausen*, RdA 2020, S. 93.

<sup>240</sup> Vgl. BGH, 1 StR 331/17, S. 1625.

<sup>241</sup> Vgl. BGH, 1 StR 639/06 – (*LG Bamberg*).

<sup>242</sup> Vgl. *Lachmann*, CB 2023, S. 221; *Smok*, ArbRAktuell 2015, S. 394.

<sup>243</sup> Vgl. *Tag*, in: Strafgesetzbuch, StGB § 266a Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt, Rn. 6.

<sup>244</sup> Vgl. *Smok*, ArbRAktuell 2015, S. 394.

<sup>245</sup> Vgl. §§ 28h, 28i SGB IV; *Lachmann*, DStR 2022, S. 1559.

<sup>246</sup> Vgl. *Lachmann*, CB 2023, S. 221.

<sup>247</sup> Vgl. BGH, 2 StR 377/18, Rn. 11; BGH, 1 StR 624/16, Rn. 12.

<sup>248</sup> BGH, 1 StR 346/18, Rn. 17.



resultierende gesetzliche Pflicht zur Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen, er dies jedoch wissentlich hinnimmt.<sup>249</sup>

Die Hürden für das Vorliegen von Vorsatz sind jedoch mit der Andeutung im Jahr 2018<sup>250</sup> und der Bestätigung durch das BGH-Urteil im Jahr 2019<sup>251</sup> gestiegen und heben sich zudem von denen des Sozialrechts ab.<sup>252</sup> Nach aktueller Auffassung des BGH<sup>253</sup> ist Vorsatz lediglich dann zu bejahen, wenn sich der Arbeitgeber, neben den strafrechtlichen Konsequenzen, ebenso der Folgen in den Bereichen des Arbeits- und Sozialversicherungsrechts grundsätzlich bewusst war und trotz dieses Wissens nichts unternommen hat.<sup>254</sup>

Vor der Rechtsprechung des ersten Strafsenats argumentierten die Strafgerichte im Hinblick auf die Neuerungen zum Vorsatz, dass der Arbeitgeber eine Fehleinschätzung des korrekten Beschäftigtenstatus vermeiden könne, wenn er das Statusfeststellungsverfahren in Anspruch nehme.<sup>255</sup> Auf das Verfahren wird im Rahmen der Analyse der Maßnahmen zur Risikoreduktion von Scheinselbständigkeit näher Bezug genommen.

### 3.5.2 Steuerhinterziehung

Wie bereits im vorangegangenen Kapitel der steuerrechtlichen Folgen erläutert, ist der Arbeitgeber zur Abführung der Lohnsteuer bei einem Arbeitnehmer verpflichtet. Im Falle der Scheinselbständigkeit findet kein Lohnsteuereinzug statt, was steuer-strafrechtlich als eine Gesetzeswidrigkeit im Sinne der §§ 370, 378 Abgabenordnung (AO) eingestuft werden kann.<sup>256</sup> Der Auftraggeber und der Auftragnehmer können für die Erfüllung des Tatbestands der Steuerhinterziehung mit einer Geld- oder Freiheitsstrafe sanktioniert werden.<sup>257</sup> Beschäftigt ein Unternehmen mehrere Schein-Freelancer, dann ist es nach der Rechtsprechung des BGH<sup>258</sup> ab einer Höhe von 1.000.000 EUR nicht gerechtfertigt, eine Bewährungsstrafe auszusprechen.<sup>259</sup> Das Risiko einer Freiheitsstrafe für ein Unternehmensorgan wegen Steuerhinterziehung bei der Beschäftigung von Scheinselbständigen darf bei der Risikobewertung folglich nicht vernachlässigt werden.

Ordnungswidrigkeitstatbestände wie insbesondere §§ 111 SGB IV, 209 SGB VII<sup>260</sup>, 8 Abs. 3 SchwarzArbG<sup>261</sup> oder 23 Arbeitnehmer-Entsendegesetz werden im Rahmen dieser Ausarbeitung nicht näher behandelt, auf diesbezügliche Bußgeldrisiken insbesondere im Rahmen eines Drei-Personen-Verhältnisses sei jedoch hingewiesen.

### 3.5.3 Insolvenzstrafrechtliche Tatbestände

Nicht zu unterschätzen sind die insolvenzstrafrechtlichen Konsequenzen für Unternehmen, die Scheinselbständigkeit identifiziert haben.<sup>262</sup> Das Risiko von Beitragsnachforderungen ist hoch und besteht nach den Erfahrungen der Verfasserin insbesondere dann, wenn mehrere freie Mitarbeiter zu gleichen Rahmenbedingungen im Unternehmen be-

---

<sup>249</sup> Vgl. ebd., Rn. 18.

<sup>250</sup> Vgl. BGH, 1 StR 331/17, Rn. 15.

<sup>251</sup> Vgl. BGH, 1 StR 346/18.

<sup>252</sup> Vgl. *Lachmann*, CB 2023, S. 221.

<sup>253</sup> Vgl. BGH, 1 StR 346/18, Rn. 20.

<sup>254</sup> Vgl. *Lachmann*, CB 2023, S. 221.

<sup>255</sup> Vgl. BGH, 1 StR 331/17, S. 1625.

<sup>256</sup> Vgl. *Vogel/Simon*, CCZ 2021, S. 117.

<sup>257</sup> Vgl. ebd.

<sup>258</sup> Vgl. BGH, 1 StR 416/08, Rn. 42 – (*LG Landshut*).

<sup>259</sup> Vgl. *Vogel/Simon*, CCZ 2021, S. 117.

<sup>260</sup> Vgl. *Keilich*, SPA 2021, S. 50.

<sup>261</sup> Vgl. *Vogel/Simon*, CCZ 2021, S. 117 f.

<sup>262</sup> Vgl. *Lachmann*, CB 2023, S. 221.

schäftigt werden. Damit steigt zudem die Gefahr der Insolvenz für das Unternehmen, wenn die in der Praxis oftmals hohen Beiträge für das fehlerhaft eingestufte Arbeitsverhältnis eingefordert werden.<sup>263</sup> Insbesondere kann das Unternehmen in der Folge insolvenzstrafrechtliche Tatbestände erfüllen.<sup>264</sup> Die wesentlichsten sind Gegenstand der Darstellung in diesem Abschnitt.

Untreue im Sinne des § 266 StGB als Vermögensdelikt und Bankrott gemäß des § 283 StGB als Insolvenzdelikt regeln vermögensschädigende Tatbestände.<sup>265</sup> Die Norm der Untreue einerseits schützt das Vermögen anderer, die den Täter mit der Pflicht zur Vermögensbetreuung betraut haben.<sup>266</sup> Hierbei begeht der Täter einer Straftat, indem er dieses Vermögen veruntreut. Wird dies aus dem Blickwinkel des Insolvenzstrafrechts betrachtet, hat die Norm den Vermögensschutz des Schuldners zum Ziel.<sup>267</sup> Im Falle einer Insolvenz kann es dazu kommen, dass ein Unternehmen den Tatbestand der Untreue erfüllt.<sup>268</sup> Der Bankrott andererseits schützt das Interesse der jeweiligen Gläubiger, die offene Forderungen gegenüber dem Täter haben. Hierbei geht es um die Befriedigung der Vermögensinteressen der Gläubiger, die jedoch im Falle der Straftat des Bankrotts nicht befriedigt werden können, da der Täter sein zur Tilgung vorgesehenes Vermögen durch bestimmte Tathandlungen unbrauchbar macht.<sup>269</sup>

Darüber hinaus ist die sogenannte Insolvenzverschleppung gemäß § 15a Abs. 4 Insolvenzordnung (InsO) strafbar und kann mit einer Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren oder einer Geldstrafe geahndet werden. Die Norm hat den Gläubigerschutz von Unternehmen zum Ziel, dessen persönlich haftender Gesellschafter durch eine juristische Person und nicht durch eine natürliche Person abgebildet wird.<sup>270</sup> Die Tätoreigenschaft kann von einem Geschäftsführer oder Vorstandsvorsitzenden erfüllt werden, wenn keine Eröffnungsantrag für eine Insolvenz gestellt wird.<sup>271</sup>

Auf die weiteren Insolvenzstrafatbestände der §§ 263, 283b, 283c und 283d StGB sowie die damit verbundenen Geld- und Freiheitsstrafen wird hingewiesen.

## **3.6 VERGABE- UND WETTBEWERBSRECHTLICHE RISIKEN**

### **3.6.1 Ausschluss von öffentlichen Ausschreibungen**

Der Gesetzgeber hat durch die Reform des Vergaberechts im Jahr 2016 einen weiteren zwingenden Ausschlussgrund in § 123 Abs. 4 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) kodifiziert.<sup>272</sup> Unternehmen, die ihrer Zahlungsverpflichtung von Steuern, Abgaben oder Beiträgen zur Sozialversicherung nicht nachkommen, sind hiernach durch öffentliche Auftraggeber von der Teilnahme an Vergabefahren auszuschließen. Nach der Auffassung des Gesetzgebers sind hierunter die Steuerhinterziehung im Sinne des § 370 AO und der strafrechtliche Tatbestand des § 266a StGB zu subsumieren.<sup>273</sup> Folg-

---

<sup>263</sup> Vgl. ebd., S. 222.

<sup>264</sup> Vgl. ebd.

<sup>265</sup> Vgl. *Habetha*, NZG 2012, S. 1134 f.

<sup>266</sup> Vgl. *Lachmann*, CB 2023, S. 222.

<sup>267</sup> Vgl. *Habetha*, NZG 2012, S. 1135.

<sup>268</sup> Vgl. *Lachmann*, CB 2023, S. 222.

<sup>269</sup> Vgl. *Habetha*, NZG 2012, S. 1135.

<sup>270</sup> Vgl. *Lachmann*, CB 2023, S. 222.

<sup>271</sup> Vgl. ebd.

<sup>272</sup> Vgl. *Vogel/Simon*, CCZ 2021, S. 117.

<sup>273</sup> Vgl. ebd.

lich können Unternehmen, die Scheinselbständige beschäftigen, von öffentlich-rechtlichen Ausschreibungen zu jedem Zeitpunkt des Verfahrens ausgeschlossen werden.<sup>274</sup>

Des Weiteren wurde in § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB ein fakultativer Ausschlussgrund ergänzt.<sup>275</sup> Liegt der Fokus auf der Nichtzahlung von Sozialversicherungsbeiträgen, dann ist § 123 Abs. 4 GWB lex specialis zu § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB.<sup>276</sup> Der Ausschluss eines Unternehmens an öffentlichen Ausschreibungen erfolgt nach § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB im Ermessen des öffentlichen Auftraggebers, wenn das Unternehmen im Rahmen öffentlicher Aufträge nachweislich gegen geltende umwelt-, sozial- oder arbeitsrechtliche Verpflichtungen verstößt.

Der Verstoß kann in der Folge weiterhin zu einer Eintragung in das Wettbewerbsregister beim Bundeskartellamt führen.<sup>277</sup> Rechtskräftige gerichtliche Verurteilungen im Sinne des § 123 Abs. 1 GWB wegen der Verwirklichung von Straftatbeständen werden in das Register eingetragen.<sup>278</sup> Öffentliche Auftraggeber sind in bestimmten Fällen verpflichtet, vor der Auftragsvergabe beim Bundeskartellamt anzufragen, ob ein potenzieller Bieter in dem Register eingetragen ist.<sup>279</sup> Zweck des Wettbewerbsregisters ist die Sicherstellung der wirksamen Durchsetzung des Ausschlusses von Bietern am Vergabeverfahren.<sup>280</sup>

### 3.6.2 Haftungsrisiken der Unternehmensorgane

Gesellschaftsorgane können aufgrund von begangenen Straftaten von der Leitung des Unternehmens ausgeschlossen werden.<sup>281</sup> Insbesondere im Falle der Verwirklichung des § 266a StGB und der Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr, wird das Leitungsorgan von der Geschäftsführung ausgeschlossen.<sup>282</sup> Bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist die betroffene Person der Geschäftsführer, im Falle einer Aktiengesellschaft ist dies der Vorstand.<sup>283</sup>

Die Leitungsorgane können nicht nur für strafrechtliche Vergehen im Rahmen ihrer Organstellung zur Rechenschaft gezogen werden.<sup>284</sup> Daneben muss die Organhaftung im Außenverhältnis gegenüber etwaigen Dritten beachtet werden. Im konkreten Fall handelt es sich um eine Außenhaftung gegenüber den Sozialversicherungsträgern als Dritten aus dem Recht der unerlaubten Handlung – besser bekannt als Deliktsrecht.<sup>285</sup> § 266a StGB wird von der Rechtsprechung<sup>286</sup> als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB eingeordnet. Schutzgesetz kann nach Art. 2 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche jede Rechtsvorschrift im Sinne des BGB sein. Im Falle einer Unternehmensinsolvenz greifen die Sozialversicherungsträger auf die Leitungsorgane zurück und nehmen diese persönlich deliktisch in Regress, um nicht gezahlte Sozialversicherungsbeiträge einzufordern, da das Unternehmen selbst nicht mehr zahlungsfähig ist.<sup>287</sup>

---

<sup>274</sup> Vgl. ebd.

<sup>275</sup> Vgl. ebd.

<sup>276</sup> Vgl. *Opitz*, GWB § 124 Fakultative Ausschlussgründe, Rn. 24.

<sup>277</sup> Vgl. *Vogel/Simon*, CCZ 2021, S. 117.

<sup>278</sup> Vgl. *Meinhardt*, in: Weber Rechtswörterbuch, Wettbewerbsregister.

<sup>279</sup> Vgl. ebd.

<sup>280</sup> Vgl. ebd.

<sup>281</sup> Vgl. *Vogel/Simon*, CCZ 2021, S. 118.

<sup>282</sup> Vgl. ebd.; *Happ/Gliewe*, CCZ 2018, S. 24.

<sup>283</sup> Vgl. § 6 Abs. 2 S. 2 Nr. 3e GmbHG und § 76 Abs. 3 S. 2 Nr. 3e AktG.

<sup>284</sup> Vgl. § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB.

<sup>285</sup> Vgl. *Vogel/Simon*, CCZ 2021, S. 118.

<sup>286</sup> Vgl. BGH, II ZR 192/13.

<sup>287</sup> Vgl. *Vogel/Simon*, CCZ 2021, S. 118.

Im Innenverhältnis kann zudem nach den §§ 93 Aktiengesetz (AktG) und 43 Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) die Pflicht für die Gesellschaftsorgane in der Erstattung der Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung und der Säumniszuschläge gegenüber dem Unternehmen bestehen.<sup>288</sup> Eine Besonderheit kommt dem Arbeitgeberanteil zu, denn dieser wird nicht als ersatzfähiger Schaden betrachtet, da er unabhängig von etwaigen Pflichtverletzungen der Unternehmensführung hätte gezahlt werden müssen.<sup>289</sup> Diese Anteile werden ebenfalls als Sowieso-Kosten bezeichnet.

Verfügt die Gesellschaft über Aufsichtsorgane, können diese zur Vermeidung eigener Haftung verpflichtet sein, die Durchsetzung etwaiger Schadensersatzansprüche gegen die Geschäftsführer oder Vorstände zu gewährleisten.<sup>290</sup>

Aus den aufgezeigten Risiken leitet die Verfasserin ab, dass Unternehmen und insbesondere deren Leitungsorgane erheblichen Haftungsrisiken ausgesetzt sind und Maßnahmen zu deren Vermeidung ergreifen müssen. In erster Linie ist jedoch ein proaktives und pflichtbewusstes Verhalten und die Einhaltung der geltenden Gesetze zu empfehlen und bei Unsicherheit die Rechtsabteilung oder eine externe Rechtsberatung hinzuzuziehen. Darüber hinaus können dem Unternehmen bei der Beschäftigung von Freelancern Kosten im Rahmen von möglichen Abfindungsvereinbarungen, Kündigungsschutzklagen oder auch im Falle einer Fortsetzung der Tätigkeit als aufgedeckter Arbeitnehmer im Sinne von Personalkosten entstehen.<sup>291</sup>

Um präventiv Haftungsrisiken sowie Gesetzesverstöße von Unternehmen im Falle von Scheinselbständigkeit zu vermeiden, wird im folgenden Kapitel der Einsatz von Compliance-Systemen in Fragen der Statusfeststellung aufgezeigt.

## 4 ANALYSE UND ERGEBNISSE

---

### 4.1 STATUS-COMPLIANCE

#### 4.1.1 Notwendigkeit

Die Errichtung eines Compliance-Systems zur Vermeidung von Scheinselbständigkeit ist gesetzlich nicht explizit vorgeschrieben.<sup>292</sup> Jedoch lassen sich die Gedanken des Gesetzgebers zur Implementierung von Frühwarnsystemen aus der Fragmentierung der gesetzlichen Vorschriften ableiten.<sup>293</sup> Wie beispielsweise aus § 91 Abs. 2 AktG, wonach der Vorstand eines an der Börse notierten Unternehmens ein solches System einführen muss<sup>294</sup> oder aus § 43 Abs. 1 GmbHG, wonach der ordentliche Geschäftsmann definiert wird<sup>295</sup>. Darüber hinaus ist § 93 AktG zu erwähnen, denn dieser hat die Sorgfaltspflichten des Vorstands zum Gegenstand, wonach ähnlich zum GmbHG die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsführers an den Tag gelegt werden soll. Daraus ist zu schließen, dass sich ein ordentlicher Geschäftsmann der Risiken und Folgen von Scheinselbständigkeit bewusst ist und dieser entsprechende Maßnahmen ergreifen wird, worun-

---

<sup>288</sup> Vgl. ebd.

<sup>289</sup> Vgl. ebd.

<sup>290</sup> Vgl. §§ 116 S. 1, 93 Abs. 2 AktG; *Zieglmeier*, DStR 2020, S. 237.

<sup>291</sup> Vgl. *Zieglmeier*, DStR 2020, S. 237.

<sup>292</sup> Vgl. *Kreßel*, NZG 2018, S. 842; *Zieglmeier*, NJW 2015, S. 1917.

<sup>293</sup> Vgl. *Zieglmeier*, NJW 2015, S. 1917.

<sup>294</sup> Vgl. ebd.

<sup>295</sup> Vgl. ebd.

ter nach Ansicht der Verfasserin ein Status-Compliance-System subsumiert werden könnte.

In diesem Kontext ist die Business Judgement Rule von praktischer Bedeutung. Die Verfasserin leitet diese ihr aus der Unternehmenserfahrung bekannte Regelung aus § 93 Abs. 1 S. 2 AktG ab. Bei Kontroll- und Überwachungssystemen, für die keine unmittelbare gesetzliche Verpflichtung besteht, wird den Vorstandsmitgliedern hierdurch die Möglichkeit zur Exkulpation von Pflichtverletzungen eingeräumt. Dies ist nach dem Gesetzeswortlaut der Fall, wenn der Vorstand bei einer unternehmensbezogenen Entscheidung annehmen durfte, diese zum Wohle der Gesellschaft zu treffen. Dem Vorstandsmitglied wird eine Entscheidungsfreiheit zugesprochen, da die Vorstände eines Unternehmens ohnehin einem hohen Haftungsrisiko in ihrer Tätigkeit ausgesetzt sind.

Da das Verbot der Scheinselbständigkeit nicht per se gesetzlich verankert ist, könnte nach Ansicht der Verfasserin davon ausgegangen werden, dass es einen Spielraum bei der Entscheidung über die Notwendigkeit eines statusrechtlichen Kontrollsystems gibt. Aus den konzeptionellen Grundlagen der Ausarbeitung ergibt sich jedoch, dass die Pflichten eines Arbeitsverhältnisses – wie beispielsweise das Abführen von Beiträgen zur Sozialversicherung – gesetzlich normiert sind. Dadurch ist die Anwendung der Business Judgement Rule auszuschließen, da andernfalls der Vorstand gegen geltendes Recht verstoßen würde. Dies veranlasst die Verfasserin zu der Annahme, dass Unternehmen mit externen Mitarbeitern eine Pflicht zur Errichtung eines Status-Compliance-Systems zukommt, um keine Gesetzesverstöße zu begehen.

Weiterhin ist für Compliance-Systeme § 130 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten maßgeblich, da sich hieraus ebenfalls die Pflicht zur Errichtung von Überwachungssystemen für Unternehmenseigentümer ergibt.<sup>296</sup> Es drohen Bußgelder, wenn dies vorsätzlich oder fahrlässig unterbleibt und damit zu einer Verletzung etwaiger gesetzlicher Pflichten führt.<sup>297</sup> Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang zudem der Deutsche Corporate Governance Kodex (DCGK) mit Empfehlungen für an der Börse notierte Unternehmen und Gesellschaften mit einem Zugang zum Kapitalmarkt gemäß § 161 Abs.1 S. 2 AktG.<sup>298</sup>

Compliance-Systeme haben vorwiegend die Prävention von Haftungsrisiken für das Unternehmen zum Ziel.<sup>299</sup> Wie anfangs bereits erwähnt, sind fast alle bestehenden Unternehmen auf dem Markt mit dem Fachkräftemangel und der sich wandelnden Arbeitswelt konfrontiert, weshalb einem Compliance-System zur Statusbeurteilung immer mehr Bedeutung zukommt.<sup>300</sup> Setzt ein Unternehmen freie Mitarbeiter zur Leistungserbringung ein, hat eine statusrechtliche Analyse des Vertragsverhältnisses zu erfolgen, um das Risiko der Scheinselbständigkeit zu minimieren. Dies gilt unabhängig davon, ob es sich um bereits beschäftigte oder neu beauftragte Freelancer handelt.<sup>301</sup> Insbesondere einer statusrechtlichen Überprüfung der DRV Bund muss der Vertrag und letztlich das tatsächlich gelebte Vertragsverhältnis standhalten.<sup>302</sup>

---

<sup>296</sup> Vgl. *Kreßel*, NZG 2018, S. 842.

<sup>297</sup> Vgl. ebd.

<sup>298</sup> Vgl. ebd., S. 843.

<sup>299</sup> Vgl. ebd., S. 845.

<sup>300</sup> Vgl. *Lachmann*, CB 2023, S. 269.

<sup>301</sup> Vgl. ebd.

<sup>302</sup> Vgl. ebd., S. 272.

Unternehmen sind – wie Privatpersonen auch – zur Einhaltung von gesetzlichen Vorschriften verpflichtet. Ein Compliance-System zu implementieren, liegt grundsätzlich in der Verantwortung der Geschäftsführung und des Managements.<sup>303</sup> Gleichmaßen kommt der Personal- und der Einkaufsabteilung eine Pflicht zu, da sie für Personalressourcen, worunter ebenfalls externe Mitarbeiter zählen, zuständig sind.<sup>304</sup> Die Verantwortlichen sind dazu angehalten, zur Prävention von Scheinselbständigkeit den Status quo im Unternehmen zu erfassen und ein passendes Compliance-System zu entwickeln, zu implementieren und langfristig zu überwachen (vgl. Abbildung 8).<sup>305</sup> Ein „One-size-fits-all-Compliance-System“ gibt es nicht und wäre angesichts der unterschiedlichen Unternehmensstrukturen und -prozesse nicht praktikabel.<sup>306</sup> Um das Risiko der Scheinselbständigkeit erfolgsversprechend und vor allem präventiv reduzieren zu können, muss das Compliance-System individuell auf das jeweilige Unternehmen und die Gegebenheiten abgestimmt sein.<sup>307</sup> Die Verfasserin kann aus ihrer Erfahrung sagen, dass ein solches System aufgrund der sich ändernden Umstände und der weiteren Entwicklung der Digitalisierung und des Arbeitsmarktes fortlaufender Änderungen und Anpassungen bedarf. Andernfalls würde das System seinem ursprünglichen Zweck zuwiderlaufen und keinen Nutzen bringen. Die Verfasserin empfiehlt in diesem Zusammenhang, das Compliance-System mit Blick auf die Legal-Tech-Entwicklung auszubauen und dabei den Einsatz von softwarebasierten Lösungen in Betracht zu ziehen.



Abbildung 8: Übersicht eines Status-Compliance-Systems

Quelle: Eigene Darstellung

Es kann festgehalten werden, dass sich in der Praxis die Mehrzahl der Unternehmen nicht in der Pflicht sieht, ein umfassendes Compliance-System zur Verhinderung von Scheinselbständigkeit zu implementieren.<sup>308</sup> Dies ist oft auf mangelndes Bewusstsein für die im vorigen Kapitel beschriebenen Konsequenzen oder auf Bequemlichkeit zurückzuführen.<sup>309</sup>

Aus diesem Grund werden im folgenden Abschnitt einige Aspekte analysiert, warum das Führen eines Status-Compliance-Systems, neben den bereits genannten Gesichtspunkten für Unternehmen von Vorteil sein kann.

#### 4.1.2 Vorteile für Unternehmen

Nach Erfahrung der Verfasserin ist die Umstrukturierung des Ist-Zustands und die Implementierung eines neuen Systems etwas, vor dem Unternehmen fast intuitiv zurückschre-

<sup>303</sup> Vgl. ebd., S. 269.

<sup>304</sup> Vgl. ebd.

<sup>305</sup> Vgl. ebd.

<sup>306</sup> Vgl. Happ/Gliewe, CCZ 2018, S. 25.

<sup>307</sup> Vgl. ebd.

<sup>308</sup> Vgl. Lachmann, CB 2023, S. 270.

<sup>309</sup> Vgl. ebd.

cken. Es kostet Zeit, Ressourcen und Geld, bis ein Ergebnis sichtbar wird. Dabei werden die immensen Vorteile eines Compliance-Systems zur Vermeidung von Scheinselbständigkeit oft aus den Augen verloren.

Im vorigen Kapitel wurde bereits auf eine mögliche gesetzliche Pflicht zur Errichtung eines Compliance-Systems Bezug genommen. Entscheiden sich Unternehmen für ein Kontrollsystem zur Statusbeurteilung, reduzieren sie damit die bereits aufgezeigten Rechtsfolgen, den Verstoß gegen gesetzliche Vorschriften und legen eine besondere Transparenz an den Tag.<sup>310</sup> Die Erfahrung der Verfasserin zeigt, dass die Aufdeckung ineffizienter Strukturen für Unternehmen ein willkommener Nebeneffekt ist, da den Details erst im Rahmen eines Kontrollsystems Beachtung geschenkt wird. Deren Behebung kann nach Ansicht der Verfasserin zu effizienzerfüllteren Unternehmensabläufen führen.

Beschäftigt ein Unternehmen Scheinselbständige, können insbesondere auf Seiten des Arbeitgebers finanzielle Belastungen entstehen, die durch die Implementierung eines Kontrollsystems und der daraus folgenden Vermeidung von Scheinselbständigkeit nicht entstehen und das Unternehmen entlasten.<sup>311</sup> Unterhält ein Unternehmen kein solches System und beschäftigt Scheinselbständige, kann dies im ungünstigsten Fall zur Insolvenz führen.<sup>312</sup>

Aus wirtschaftlicher Sicht stärkt es zudem das Vertrauen der Mitarbeitenden, der Kunden und der Gesellschaft in das Unternehmen und verbessert die Außenwahrnehmung.<sup>313</sup> In diesem Zusammenhang können zudem Wettbewerbsvorteile gegenüber anderen Unternehmen entstehen, die sich nicht dem Risiko der Scheinselbständigkeit annehmen.<sup>314</sup> Arbeitgeber, die Wert auf die Vermeidung von Rechtsverstößen legen, strahlen Pflichtbewusstsein aus und werden von potenziellen Vertragspartnern entsprechend wahrgenommen.<sup>315</sup>

Ein weiterer positiver Gesichtspunkt für Arbeitgeber ist die Tatsache, dass eine falsche Statureinordnung des Beschäftigten, selbst wenn ein Compliance-System eingerichtet wurde, zu sozial- und strafrechtlichen Exkulpationsgelegenheiten führen kann.<sup>316</sup> Ein Compliance-System kann den Arbeitgeber vor dem Vorwurf fahrlässigen oder vorsätzlichen Handelns schützen.<sup>317</sup>

Darauf aufbauend werden im nächsten Abschnitt mögliche Inhalte einer erfolgsversprechenden Status-Compliance zur Reduzierung der Risiken von Scheinselbständigkeit in einem Unternehmen analysiert.

## **4.2 INHALTE AUS RECHTSPRECHUNG UND RECHTSPRAXIS**

### **4.2.1 Bestimmung des Istzustands**

Zu Beginn sollten die Verantwortlichen gemeinsam festlegen, welche Abteilungen grundsätzlich Leistungen von freien Mitarbeitern beziehen.<sup>318</sup> Die Anzahl der beschäftigten

---

<sup>310</sup> Vgl. ebd., S. 270, 274.

<sup>311</sup> Vgl. ebd.

<sup>312</sup> Vgl. ebd.

<sup>313</sup> Vgl. ebd.

<sup>314</sup> Vgl. ebd.

<sup>315</sup> Vgl. ebd.

<sup>316</sup> Vgl. ebd.

<sup>317</sup> Vgl. *Reiserer*, DStR 2016, S. 1617.

<sup>318</sup> Vgl. *Vogel/Simon*, CCZ 2021, S. 118.

freien Mitarbeiter sowie die generelle Ausgestaltung der Verträge und der tatsächlichen Beschäftigungsverhältnisse in den jeweiligen Fachabteilungen ist zu ermitteln und aus Gründen der Rechtssicherheit in jedem Fall schriftlich festzuhalten.<sup>319</sup> Dies ist notwendig, um gegebenenfalls bestehende Praxisabläufe zu korrigieren und daraus optimale Handlungsempfehlungen für zukünftige Beauftragungen ableiten zu können.<sup>320</sup> Dadurch wird das Ziel der Aufdeckung von Scheinselbständigkeit im Unternehmen verfolgt. Erst nach diesem Schritt ist es nach Ansicht der Verfasserin möglich, eine Risikobewertung der bestehenden Vertragsverhältnisse abzuleiten und damit weitere Schritte festzulegen.

#### 4.2.2 Richtlinien, Vertragsmuster, Prozesse und Schulungen

Das Unternehmen, die Abteilungen und die Mitarbeiter müssen für die bestehenden Probleme und Haftungsrisiken bei dem Einsatz externer Personalressourcen sensibilisiert werden.<sup>321</sup> Der Fokus liegt dabei auf den Fachabteilungen mit den meisten Berührungspunkten zu Freelancern; dies schließt die anderen Mitarbeiter jedoch nicht aus.<sup>322</sup> Von besonderer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang die Schaffung interner Leitlinien für die unselbständigen Arbeitnehmer, die den gesetzes- und rechtsprechungskonformen Umgang mit freien Mitarbeitern im Unternehmen aufzeigen.<sup>323</sup> Das Unternehmen hat in diesem Zusammenhang zu beachten, dass den Mitarbeitern Änderungen der Vorschriften durch die Gesetzgebung oder Rechtsprechung auf entsprechendem Wege mitgeteilt werden, um mögliche Fehler aufgrund von veralteten Informationen in der Praxis zu vermeiden.<sup>324</sup> Die Verfasserin rät hier, die erstellten Dokumente über den E-Mail-Verteiler aller Arbeitnehmer zu kommunizieren und diese der gesamten Belegschaft zeitlich unbegrenzt zur Verfügung zu stellen. Sammelstelle kann beispielsweise eine unternehmensinterne Kommunikations- und Informationsplattform wie das Intranet sein.

Ein weiterer Aspekt, der bestenfalls in Zusammenarbeit mit der Rechtsabteilung oder einem Rechtsberater auszuarbeiten ist, ist die Erstellung von Standardvertragsvorlagen für die Beauftragung von freien Mitarbeitern.<sup>325</sup> An diesen können sich die Beteiligten im Rahmen der Vertragsverhandlungen orientieren.<sup>326</sup> Für bereits bestehende Vertragsverhältnisse mit Freelancern können gleichwohl Hilfsmittel, wie Fragebögen, zur Einschätzung des tatsächlichen Status der beschäftigten Person, ergänzend herangezogen werden.<sup>327</sup> Die Verfasserin empfiehlt Checklisten einzusetzen, die vor einer Beauftragung für die individuelle Vertragsgestaltung verwendet werden können. Ferner können Checklisten für eine sichere Umsetzung des Vertrags durch das Unternehmen genutzt werden. Die finalen Verträge müssen von den entsprechenden Verantwortlichen geprüft und freigegeben werden, andernfalls darf es nicht zu einer Beauftragung des Freelancers kommen.<sup>328</sup> Laut der Verfasserin hängt die Zuordnung der Verantwortlichkeiten in der Praxis von den individuellen Gegebenheiten sowie der Unternehmenskultur und -struktur ab. Während ein Unternehmen der Einkaufsabteilung die Verantwortung übergibt, ist es in anderen Unternehmen der Zuständigkeitsbereich der Rechts- oder Personalabteilung.

---

<sup>319</sup> Vgl. ebd., S. 118 f.

<sup>320</sup> Vgl. ebd.

<sup>321</sup> Vgl. ebd., S. 119.

<sup>322</sup> Vgl. ebd.

<sup>323</sup> Vgl. *Zieglmeier*, NJW 2015, S. 1918.

<sup>324</sup> Vgl. ebd.

<sup>325</sup> Vgl. ebd.

<sup>326</sup> Vgl. ebd.

<sup>327</sup> Vgl. *Vogel/Simon*, CCZ 2021, S. 119.

<sup>328</sup> Vgl. ebd.



Aufgrund der Erfahrungen der Verfasserin ist es sinnvoll, regelmäßige Schulungen zur Aufrechterhaltung des Problembewusstseins anzubieten. Dies soll sicherstellen, dass die Inhalte der Richtlinien und Checklisten verstanden und eingehalten werden. Die Autorin empfiehlt darüber hinaus, den Beschäftigten die Möglichkeit zu geben in diesem Rahmen Fragen und Unsicherheiten klären zu können, so dass jeder Mitarbeiter einen Beitrag zur Minimierung des Risikos der Scheinselbständigkeit leisten kann. Schließlich liegt es im Interesse aller Mitarbeiter, den Fortbestand des Unternehmens zu sichern und gesetzeskonform zu handeln.

Die Schulung hat die potenziellen Gefahren einer Drittbeauftragung zu beleuchten und praxisnahe Beispiele aufzuzeigen, um ein grundlegendes Verständnis für die Thematik zu schaffen.<sup>329</sup> Die eingangs dargestellten Abgrenzungskriterien zwischen Selbständigkeit und abhängiger Beschäftigung sind aus Sicht der Verfasserin den Beschäftigten zu vermitteln. Darüber hinaus sollten Handlungsempfehlungen und -verbote erläutert werden, die von den Beschäftigten umzusetzen sind.<sup>330</sup> Insbesondere Führungskräfte müssen im Hinblick auf die erörterte Problematik der Weisungsbefugnis an Freelancer auf die richtige Verhaltensweise geschult werden.<sup>331</sup> Die Arbeitnehmer dürfen in diesem Aspekt ebenfalls nicht außer Acht gelassen werden, denn sie stoßen im Arbeitsalltag gegebenenfalls auf den Freelancer und haben die Möglichkeit einer Eingliederung konkret entgegenzuwirken.<sup>332</sup>

Darüber hinaus kann es nach den Erfahrungen der Verfasserin sinnvoll sein, einen Compliance-Officer zu benennen und eine Whistleblower-Hotline einzurichten, über die aufkommende Fragen oder Hinweise von Mitarbeitern auf das Vorliegen von Scheinselbständigkeit anonym gemeldet werden können. Hierfür können Leitfäden<sup>333</sup> zur Implementierung von Hinweisgebersystemen für Unternehmen als Hilfsmittel herangezogen werden. Für den Schutz hinweisgebender Personen ist zum 2. Juli 2023 zudem das neue Hinweisgeberschutzgesetz (HinSchG) in Kraft getreten. Laut den §§ 7 ff. HinSchG schützt es den Whistleblower dahingehend, dass er einen Verdacht oder konkreten Verstoß anonym an eine interne oder externe Stelle melden kann. Dies kann nach Ansicht der Verfasserin dazu führen, dass ein Mitarbeiter ein Compliance-widriges Verhalten bereitwilliger meldet, ohne negative Konsequenzen im Berufsalltag in Bezug auf seinen sozialen Status befürchten zu müssen. Aus eigener Erfahrung traut sich die Mehrheit der Arbeitnehmer aus Angst vor Verspottung nicht, eine unternehmensinterne Hotline zu kontaktieren.

Die neu geschaffenen Prozesse zur Status-Compliance sollten nach ihrer Fertigstellung Bestandteil der bestehenden Prozesse des Unternehmens werden.<sup>334</sup>

#### 4.2.3 Vertragsgestaltung

Der Vertrag bildet die Grundlage für die Klassifizierung und Bewertung eines Arbeitsverhältnisses, weshalb eine risikominimierende Vertragsgestaltung sowohl für Unternehmen als auch für Selbständige von grundlegender Bedeutung ist. Dass der Vertrag aus Gründen der Rechtssicherheit ausschließlich schriftlich abzuschließen ist, sollte in der Rechtswissenschaft eine Selbstverständlichkeit sein.

---

<sup>329</sup> Vgl. ebd.

<sup>330</sup> Vgl. ebd.

<sup>331</sup> Vgl. *Zieglmeier*, NJW 2015, S. 1918.

<sup>332</sup> Vgl. *Lachmann*, CB 2023, S. 272.

<sup>333</sup> Vgl. beispielsweise *Homann*, Richtlinienmanagement.

<sup>334</sup> Vgl. *Vogel/Simon*, CCZ 2021, S. 119.

Im Falle einer gerichtlichen Überprüfung einer Vertragsbeziehung ist das Vertragswerk die erste Informationsquelle, die hierfür herangezogen wird.<sup>335</sup> Aus diesem Grund muss der Vertrag laut der Verfasserin so eindeutig wie möglich formuliert sein und keine Hinweise auf ein Arbeitsverhältnis bei dem Beurteilenden hervorrufen. Der erste Teil der eingangs erwähnten Checkliste findet sich in Kapitel 4.2, in dem alle in dieser Ausarbeitung zu beachtenden Aspekte im Hinblick auf eine rechtssichere Vertragsgestaltung zur Vermeidung von Scheinselbständigkeit zusammengefasst sind.

Der objektive Parteiwille wird sowohl durch den Vertragsinhalt als auch durch dessen tatsächliche Umsetzung bestimmt.<sup>336</sup> Wie eingangs betont, bedeutet dies, dass im Falle einer Diskrepanz zwischen diesen beiden Sphären allein die tatsächliche Vertragsausführung für die Beurteilung der Beschäftigung maßgeblich ist. Dieser Vorgehensweise liegt der Gedanken zu Grunde, dass nur die Vertragsausführung den objektiven Willen der Parteien in diesem Vertragsverhältnis widerspiegeln kann.<sup>337</sup>

#### 4.2.3.1 *Bezeichnung und Inhalt des Vertrags*

Grundsätzlich ist die Bezeichnung des Vertrags nach § 611a Abs. 1 S. 6 BGB für die rechtliche Zuordnung zu einem Vertragstypen unerheblich.<sup>338</sup> Gleichwohl sollte der Vertrag als erstes Indiz nicht schon Unstimmigkeiten bei dem Beurteilenden hervorrufen, denn laut der Verfasserin ist die Bezeichnung nicht völlig belanglos. Aus diesem Grund empfiehlt es sich bei der Vertragsgestaltung die Bezeichnung gut überlegt zu treffen und bei einem Drittdienstleister beispielsweise „Vertrag mit einem freien Mitarbeiter“ als Titel zu verwenden.<sup>339</sup> Keinesfalls dürfen Formulierungen wie „Arbeitnehmer“ oder „Arbeitsvertrag“ Bestandteil eines solchen Vertrags werden.<sup>340</sup> Eine empfehlenswerte Alternative besteht in der Verwendung von Textbausteinen, die explizit darauf hinweisen, dass es sich um kein Arbeitsverhältnis handelt.<sup>341</sup> Insbesondere ist darauf zu achten, dass sich die Verträge über eine freie Mitarbeit grundlegend von Arbeitsverträgen mit abhängigen Mitarbeitern unterscheiden.<sup>342</sup> Die Verfasserin empfiehlt hier die Verwendung von expliziten Unterscheidungsmerkmalen in den Vertragsdokumenten, wie insbesondere die Vertrags- und Parteibezeichnung. Die zu Beginn aufgezeigten Abgrenzungskriterien zwischen abhängiger und unabhängiger Beschäftigung sollten sich zudem durch passende Formulierungen im Vertrag wiederfinden.<sup>343</sup>

Sofern die Erbringung der vertraglich geschuldeten Leistung sowohl im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses als auch durch einen Selbständigen erreicht werden kann, wird bei der Beurteilung der Wahl des Vertragstypen durch die Vertragsparteien auf alle maßgeblichen Umstände des Sachverhalts abgestellt.<sup>344</sup> Diese werden in einer gesamtheitlichen Betrachtung abgewogen, worunter laut dem BAG<sup>345</sup> und dem LAG Köln<sup>346</sup> ebenfalls die Bezeichnung des Vertrags subsumiert werden kann.

---

<sup>335</sup> Vgl. Kock, NJW 2021, S. 995 f., Rn. 21.

<sup>336</sup> Vgl. BAG, 9 AZR 295/18, Rn. 23 f.

<sup>337</sup> Vgl. ebd.

<sup>338</sup> Vgl. Kock, NJW 2021, S. 993, Rn. 6.

<sup>339</sup> Vgl. ebd.

<sup>340</sup> Vgl. Rechtsassessor, SPA 2021, S. 158.

<sup>341</sup> Vgl. ebd.

<sup>342</sup> Vgl. Lachmann, CB 2023, S. 272.

<sup>343</sup> Vgl. ebd.

<sup>344</sup> Vgl. BAG, 9 AZR 98/14.

<sup>345</sup> Vgl. ebd., Rn. 16, 22.

<sup>346</sup> Vgl. LAG Köln, 8 Sa 507/19, Rn. 27.

#### 4.2.3.2 Vertragsgegenstand und Leistungsbeschreibung

Durch die Leistungsbeschreibung eines Vertrags wird deutlich, was die Vertragsparteien mit dem Vertragsschluss bezwecken und was das Ziel desgleichen ist. Ist die geschuldete Leistung des Auftragnehmers vertraglich exakt festgehalten, spricht dies deutlich für eine Beauftragung einer extern am Markt zur Verfügung stehenden Dienstleistung und folglich gegen die Beschäftigung eines Arbeitnehmers.<sup>347</sup> Ist der Leistungsgegenstand nicht präzise formuliert, müsste der Auftraggeber die hierdurch entstehenden Lücken im Rahmen von einseitigen Weisungen füllen, was wiederum Scheinselbständigkeit zur Folge hätte.<sup>348</sup> Um dies zu vermeiden, empfiehlt die Verfasserin aufgrund ihrer Erfahrungen in der Vertragsprüfung, bei der Vertragsgestaltung darauf zu achten, dass der Leistungsgegenstand eindeutig und weitgehend **lückenlos** abgebildet wird. Die vertraglich geschuldete Leistung zur Erreichung des Arbeitsergebnisses muss hieraus deutlich hervorgehen.<sup>349</sup> Aus einem Beschluss des LAG Köln<sup>350</sup> lässt sich ableiten, dass bei einer sehr kurzen oder gänzlich fehlenden Leistungsbeschreibung von einer betrieblichen Daueraufgabe ausgegangen werden kann, die auf einen Arbeitnehmer schließen lässt.

Die Verfasserin rät ferner dazu, die Leistung vor Beginn der Tätigkeit des Auftragnehmers vertraglich zu fixieren. Aufschiebende Klauseln, die eine Festlegung der Tätigkeit zu einem späteren Zeitpunkt während des Vertragszeitraums vorsehen, müssen umgangen werden.<sup>351</sup>

#### 4.2.3.3 Art und Weise der Leistungserbringung

##### Autonomie

Wie zu Beginn der Ausarbeitung festgestellt, hebt das Merkmal der Unabhängigkeit in Bezug auf die vertraglich geschuldete Leistung einen Selbständigen deutlich von einem Arbeitnehmer ab. Die Parteien sollten aus diesem Grund in dem Vertrag festhalten, dass der Auftraggeber das Erteilen von etwaigen Weisungen zu unterlassen hat und der Freelancer seine Arbeitszeit und den Ort seiner Tätigkeit nach eigenem Ermessen festlegt.<sup>352</sup>

Der Selbständige darf insbesondere gegenüber unternehmensexternen Dritten nicht als Arbeitnehmer auftreten.<sup>353</sup> In dem Beschluss des LAG Köln<sup>354</sup> hat die fragliche Person eine unternehmensinterne E-Mail-Adresse mit seinem Namen für die Korrespondenz nach außen verwendet, was eine persönliche Abhängigkeit indiziert. Der Personenkreis freier Mitarbeiter, die Kontakt zu externen Dritten pflegen, sollten eine E-Mail-Adresse mit einem, den Selbständigen kennzeichnenden Zusatz erhalten, wie beispielsweise *vorna.me.nachname\_EXTERN@Unternehmensname.de*.<sup>355</sup>

##### Einschränkungen aufgrund betrieblicher Belange

Fraglich ist, ob eine Selbständigkeit verneint werden kann, wenn der Auftragnehmer etwaige betrieblich bedingte Gegebenheiten in der örtlichen und zeitlichen Ausführung seiner Leistung berücksichtigen muss. Das BAG<sup>356</sup> hält in einer Entscheidung hierzu fest, dass

<sup>347</sup> Vgl. Kock, NJW 2021, S. 994, Rn. 7.

<sup>348</sup> Vgl. BAG, 9 AZR 98/14, Rn. 23; Rechtsassessor, SPA 2021, S. 158.

<sup>349</sup> Vgl. Kock, NJW 2021, S. 994, Rn. 7 f.

<sup>350</sup> Vgl. LAG Köln, 9 Ta 31/19, Rn. 16.

<sup>351</sup> Vgl. Rechtsassessor, SPA 2021, S. 157.

<sup>352</sup> Vgl. Kock, NJW 2021, S. 994, Rn. 9.

<sup>353</sup> Vgl. LAG Köln, 9 Ta 31/19, Rn. 18.

<sup>354</sup> Vgl. ebd.

<sup>355</sup> Vgl. Rechtsassessor, SPA 2021, S. 158.

<sup>356</sup> Vgl. BAG, 9 AZR 295/18, Rn. 33.

dies nicht umgehend zu der Annahme der Arbeitnehmereigenschaft führt. Es begründet dies damit, dass derartige Vertragsregelungen im Rahmen von freien Dienstverhältnissen im Sinne des § 611 BGB zu erwarten sind.<sup>357</sup> Auch in diesem Ausnahmefall ist stets das Verbot der Weisungserteilung zu beachten.<sup>358</sup> Dem Freelancer muss zugleich im Rahmen von unternehmerischen Vorgaben die Möglichkeit eingeräumt werden, seine Autonomie in der Leistungserbringung beizubehalten.<sup>359</sup>

Setzt der Auftraggeber dem freien Mitarbeiter ortsbezogene Grenzen, wie insbesondere die Bereitstellung eines Büros im Unternehmen, oder ist der Auftragnehmer von der IT-Infrastruktur und anderweitigen Betriebsmitteln abhängig, so kann dieses Merkmal isoliert betrachtet nicht zur Bejahung persönlicher Abhängigkeit führen.<sup>360</sup> In Fällen, in denen der Ort der Tätigkeitsausübung gängige Praxis ist und die Person daher an die Ausübung an diesem Ort gebunden ist, kann ebenfalls keine Beurteilung der persönlichen Abhängigkeit der Person anhand dessen vorgenommen werden.<sup>361</sup> Hierunter können beispielsweise Lehrende subsumiert werden.<sup>362</sup> Darüber hinaus findet eben Gesagtes gleichermaßen auf zeitliche Schranken in Bezug auf die Dauer der Leistung Anwendung.<sup>363</sup> Ein zeitliches Ziel für die Fertigstellung der Leistung vor Augen zu haben und dies dem Auftragnehmer mitzuteilen, ist laut BAG<sup>364</sup> nicht als Weisungsgebundenheit im Sinne des Arbeitsrechts einzustufen. Die Ausführungen finden gleichermaßen auf Zeitvorgaben wie Betriebszeiten des Unternehmens Anwendung.<sup>365</sup>

### Vermeidung der Eingliederung

Wird der Auftragnehmer in die betriebliche Organisation des Auftraggebers eingegliedert, kann, wie zu Beginn bereits erläutert, eine persönliche Abhängigkeit bejaht werden.<sup>366</sup> Demzufolge darf vertraglich nicht der Eindruck erweckt werden, der Selbständige wird Teil der betrieblichen Organisation des Auftraggebers. Beispielhaft lassen sich hierfür die Zuweisung von internen Schichtplänen<sup>367</sup> und die Teilnahme an Team-Besprechungen<sup>368</sup> nennen. Dem Freelancer würde jegliche, ihn kennzeichnende Autonomie genommen werden, wodurch dieser als Arbeitnehmer klassifiziert werden würde (vgl. Abbildung 9).<sup>369</sup>

---

<sup>357</sup> Vgl. ebd.

<sup>358</sup> Vgl. Kock, NJW 2021, S. 994, Rn. 11.

<sup>359</sup> Vgl. ebd.

<sup>360</sup> Vgl. LAG Rheinland-Pfalz, 1 Sa 203/19, Rn. 46.

<sup>361</sup> Vgl. BAG, 9 AZR 484/14, Rn. 30.

<sup>362</sup> Vgl. Kock, NJW 2021, S. 994, Rn. 11.

<sup>363</sup> Vgl. ebd.

<sup>364</sup> Vgl. BAG, 5 AZR 502/99, S. 663 – (LAG Niedersachsen Urteil 4. 5. 1999 12 Sa 931/98).

<sup>365</sup> Vgl. Kock, NJW 2021, S. 994, Rn. 11.

<sup>366</sup> Vgl. ebd., Rn. 12.

<sup>367</sup> Vgl. ebd.

<sup>368</sup> Vgl. Rechtsassessor, SPA 2021, S. 157.

<sup>369</sup> Vgl. LAG Köln, 4 Sa 704/19, Rn. 62.

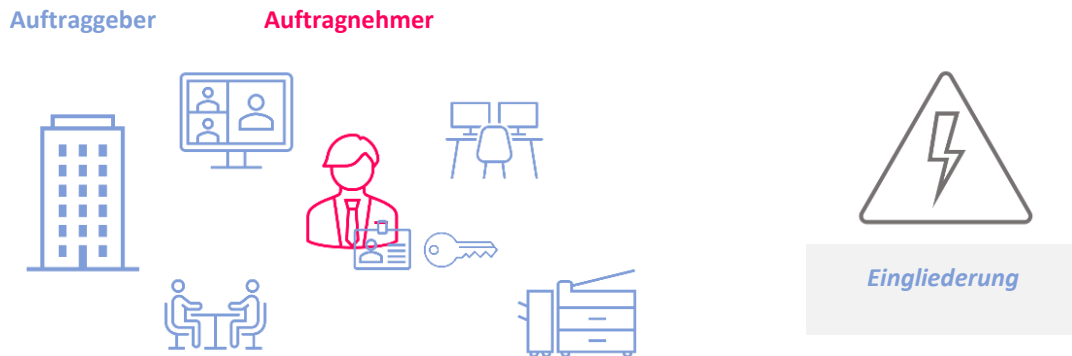


Abbildung 9: Vermeidung der Eingliederung in die betriebliche Organisation des Auftraggebers

Quelle: Eigene Darstellung

Das Unternehmen hat bei der Beauftragung zudem darauf zu achten, dass dem Auftragnehmer weder vertraglich noch tatsächlich unternehmenseigene IT-Infrastruktur oder Büroräume des Auftraggebers bereitgestellt werden.<sup>370</sup> Die Verfasserin hat im Rahmen ihrer betrieblichen Erfahrung Stellungnahmen zur Feststellung des sozialversicherungsrechtlichen Status an die DRV Bund verfasst und die entsprechenden Fragebögen ausgefüllt, wenn ein Beschäftigungsverhältnis von der DRV Bund als Scheinselbständigkeit eingestuft wurde. Dabei hat die Verfasserin die Erfahrung gemacht, dass die DRV Bund im Rahmen des Statusfeststellungsverfahrens das Argument der datenschutzrechtlichen Sicherheitslücke bei der Nutzung unternehmensfremder Hardware durch den freien Mitarbeiter zurückweist. Auch wenn das Unternehmen die Auffassung vertrat, dass eine auf die Vertragslaufzeit beschränkte Bereitstellung von IT-Hardware dem Sicherheitsanspruch genügen würde, teilte die DRV Bund diese Ansicht nicht. Darüber hinaus wurde die Vermeidung der Ausbreitung von Viren oder anderweitigem Spam von der DRV Bund nicht als stichhaltiges Argument klassifiziert. Daraus lässt sich nach Ansicht der Verfasserin ableiten, dass das Rentenversicherungssystem bei der Einstufung des Status einer Person sehr streng ist und in den genannten Fällen überwiegend von einer Arbeitnehmereigenschaft ausgeht.

Außerdem ist die Art der Tätigkeit für den Aspekt der Eingliederung erheblich, denn bei weniger anspruchsvollen Tätigkeiten bejahen die Gerichte zunehmend eine Eingliederung in die betriebliche Organisation des Auftraggebers, wohingegen dies bei gehobeneren Tätigkeiten nicht der Fall ist.<sup>371</sup> Der Vertrag darf daher bei untergeordneten Leistungen keine organisationsbezogenen Ausrichtungen seitens des Auftraggebers enthalten, um die Selbständigkeit des Leistungserbringers nicht einzuschränken.<sup>372</sup> Andernfalls würde eine abhängige Beschäftigung in Betracht kommen.<sup>373</sup>

Ist es im Rahmen des freien Dienstverhältnisses für die Leistungserbringung notwendig, etwaige Einzelheiten oder aufkommende Fragen des Freelancers zu besprechen, sollte

<sup>370</sup> Vgl. Kock, NJW 2021, S. 994, Rn. 9.

<sup>371</sup> Vgl. BFH, VI R 126/88; Kock, NJW 2021, S. 995, Rn. 15.

<sup>372</sup> Vgl. ebd.

<sup>373</sup> Vgl. BAG, 5 AZR 312/96 – (LAG Düsseldorf Urteil 5. 3. 1996 16 Sa 1532/95).

eine konkrete Ansprechperson im Vertrag fixiert werden, um auch in dieser Hinsicht eine Betriebseingliederung zu vermeiden.<sup>374</sup>

### **Beauftragung von Sub-Unternehmern**

Aus der abdingbaren Vorschrift des § 613 BGB lässt die Unübertragbarkeit schließen, dass es sich im Arbeits- und Dienstvertragsrecht um eine höchstpersönliche Leistungserbringung handelt. Da § 613 BGB nur im Zweifel Anwendung findet, kann in einem Vertrag mit einem Selbständigen eine Klausel zur Leistungserbringung durch Dritte aufgenommen werden, wodurch gleichzeitig ein Indiz für eine Selbständigkeit vorliegt.<sup>375</sup>

Fraglich ist weiterhin, ob eine ausdrückliche vertragliche Regelung zur persönlichen Leistungserbringung aufgrund besonderer Umstände gleichermaßen zur Arbeitnehmereigenschaft führt.<sup>376</sup> Das BAG<sup>377</sup> hält hierzu in einer Entscheidung fest, dass gleichwohl das Dienstvertragsrecht eine höchstpersönliche Leistungserbringung kennt und hieraus nicht unmittelbar auf ein Arbeitsverhältnis zu schließen ist, obwohl die persönliche Erfüllung auf den ersten Blick oftmals für ein Arbeitsverhältnis spricht.

#### **4.2.3.4 Nebentätigkeit und Möglichkeit der Auftragsablehnung**

Der Arbeitnehmer unterliegt grundsätzlich den Weisungen des Arbeitgebers. Schließen die Parteien die Arbeit in Nebenberufen vertraglich aus, geschieht das im Rahmen des Direktionsrechts des Arbeitgebers. Aus einem Umkehrschluss lässt sich ableiten, dass ein Vertragsverhältnis im Rahmen einer freien Mitarbeit regelmäßig anzunehmen ist, wenn dem Freelancer kein solches Verbot von Nebentätigkeiten auferlegt wird und er autonom über die Art und Anzahl seiner Aufträge und folglich Auftraggeber entscheiden darf.<sup>378</sup> Vertraglich sollte dem Freelancer explizit das Optionsrecht eingeräumt werden, ebenfalls für weitere Auftraggeber tätig werden zu können.<sup>379</sup> Ein Freelancer hat zudem als eigenständiger Unternehmer die Möglichkeit, Aufträge abzulehnen, wozu ein Arbeitnehmer nicht befähigt ist.<sup>380</sup> Diese autonome Entscheidungsmacht in Bezug auf die Auftragszustimmung ist laut BAG<sup>381</sup> maßgeblich für die Klassifizierung als Selbständiger.

#### **4.2.3.5 Arbeits-, sozialversicherungs- und steuerrechtliche Aspekte**

Grundsätzlich empfiehlt die Verfasserin, den Vertrag mit einem freien Mitarbeiter so auszugestalten, dass ein Arbeitsverhältnis auf Grundlage der vertraglichen Dokumente gänzlich auszuschließen ist. Insbesondere sollte nicht auf Regelungen zurückgegriffen werden, die standardmäßig für ein abhängiges Arbeitsverhältnis verwendet werden.<sup>382</sup> Hierzu zählen unter anderem zeitlich festgelegte Arbeitszeiten, ein Bruttogehalt, Entgeltfortzahlungsvorschriften im Falle von Krankheit und Regelungen zu Urlaubsansprüchen.<sup>383</sup> Die Aufnahme von Vertragsklauseln zur ordnungsgemäßen Abführung von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen durch den Selbständigen ist optional.<sup>384</sup>

---

<sup>374</sup> Vgl. Wenzel, in: Münchener Vertragshandbuch, Bürgerliches Recht II, 1. Dienstvertrag eines freien Mitarbeiters, Rn. 4.

<sup>375</sup> Vgl. EuGH, C-692/19; BAG, 9 AZR 295/18, Rn. 34.

<sup>376</sup> Vgl. Kock, NJW 2021, S. 995, Rn. 16.

<sup>377</sup> Vgl. BAG, BAG Aktenzeichen 9 AZR 792/16, Rn. 25.

<sup>378</sup> Vgl. EuGH, C-692/19; BAG, 9 AZR 295/18, Rn. 20.

<sup>379</sup> Vgl. Rechtsassessor, SPA 2021, S. 157.

<sup>380</sup> Vgl. Kock, NJW 2021, S. 995, Rn. 17.

<sup>381</sup> Vgl. BAG, 9 AZR 295/18, Rn. 26.

<sup>382</sup> Vgl. Kock, NJW 2021, S. 995, Rn. 19.

<sup>383</sup> Vgl. LAG Schleswig-Holstein, 6 Ta 63/20, Rn. 22.

<sup>384</sup> Vgl. Kock, NJW 2021, S. 995, Rn. 20.

Ein freier Mitarbeiter ist in seiner Urlaubsplanung nicht von der Zustimmung der Auftraggeber abhängig; daher dürfen keine vertraglichen Regelungen diesbezüglich vereinbart werden.<sup>385</sup> In einer entsprechenden Entscheidung hat das BAG<sup>386</sup> lediglich klargestellt, dass eine Verpflichtung zur Anzeige des Urlaubs vertraglich festgelegt werden kann. Dennoch darf auch in diesem Fall keine Notwendigkeit bestehen, dass der Auftraggeber dem Urlaub vorab zustimmt.

#### 4.2.4 Überwachung der gelebten Vertragswirklichkeit

Im vorangegangenen Kapitel wurde deutlich, dass durch eine effiziente Vertragsgestaltung eine erhebliche Vorarbeit für das tatsächliche Arbeitsverhältnis geschaffen werden kann, was die Rechtssicherheit bei dem Einsatz externer Personalressourcen deutlich erhöhen kann. Wie in den konzeptionellen Grundlagen aufgezeigt, ist jedoch schlussendlich lediglich die tatsächliche Vertragsdurchführung maßgeblich. Das Vertragswerk bildet das Fundament und muss gleichwohl in diesem Sinne durchgeführt werden, um Scheinselbständigkeit keinen Raum zu geben.

Das gelebte Vertragsverhältnis ist zur Sicherstellung der zuvor genannten Aspekte fortlaufend zu überwachen und bei etwaigen entgegenstehenden Anhaltspunkten durch konkrete Maßnahmen zu korrigieren.<sup>387</sup> Die Überwachung hat mithilfe der eingangs aufgeführten Abgrenzungskriterien zu erfolgen.<sup>388</sup> Als Hilfsmittel können Fragebögen oder Checklisten herangezogen werden, die eine effiziente Prüfung der bestehenden Vertragsverhältnisse ermöglichen.<sup>389</sup> Die Ergebnisse sollten zudem schriftlich festgehalten werden, sodass in jedem Prozessschritt die Beweisfunktion erfüllt wird. In Kapitel 4.2 der Ausarbeitung findet sich der zweite Teil der Checkliste zur rechtssicheren Vertragsdurchführung.

Für die Durchführung der Kontrollen und der laufenden Überwachung der Freelancer-Verträge sollte insbesondere in größeren Unternehmen das Risiko des Alleintragens der Verantwortlichkeit auf mehrere Personen aufgeteilt werden.<sup>390</sup> Dies ist vor allem deshalb taktisch interessant, da einerseits die Unternehmensorgane geschützt werden.<sup>391</sup> Andererseits müssen in der Praxis häufig Aufgaben von der Unternehmensleitung an die Bereiche oder Abteilungen delegiert werden, da die Fülle der Aufgaben eine alleinige Erledigung durch die Geschäftsführung unmöglich macht.<sup>392</sup> Aufgrund der Erfahrungen der Verfasserin sollten neben den zu Beginn aufgeführten Abteilungen, wie die Einkaufs- und Personalabteilung, ebenso die Rechtsabteilung sowie die Interne Revision zu Rate gezogen werden.

#### 4.2.5 Statusfeststellungsverfahren der Deutschen Rentenversicherung Bund

##### 4.2.5.1 Einführung

Um Compliance- und Haftungsrisiken in den tangierten Rechtsgebieten langfristig einzudämmen, kann das sogenannte Statusfeststellungsverfahren der DRV Bund in Anspruch genommen werden.<sup>393</sup> Ein Jahr vor der Jahrtausendwende hat der deutsche Gesetzgeber das Verfahren in § 7a SGB IV gesetzlich kodifiziert, das zum Ziel hat, den sozialversiche-

---

<sup>385</sup> Vgl. ebd.

<sup>386</sup> Vgl. BAG, 9 AZR 484/14, Rn. 22.

<sup>387</sup> Vgl. *Lachmann*, CB 2023, S. 273; *Vogel/Simon*, CCZ 2021, S. 119.

<sup>388</sup> Vgl. ebd.

<sup>389</sup> Vgl. *Lachmann*, CB 2023, S. 273.

<sup>390</sup> Vgl. ebd.

<sup>391</sup> Vgl. ebd.

<sup>392</sup> Vgl. ebd.

<sup>393</sup> Vgl. ebd., S. 271.

rungsrechtlichen Status eines Individuums einzustufen und eine damit einhergehende Beitragspflicht zur Sozialversicherung zu erkennen.<sup>394</sup>

Das Statusfeststellungsverfahren kann als Beurteilungsmittel eines Vertragsverhältnisses herangezogen werden.<sup>395</sup> Damit wird den Vertragspartnern eine Option an die Hand gegeben, die ihnen Rechtssicherheit in Bezug auf das angestrebte Vertragsverhältnis geben soll, sodass beide Parteien wissen, welche Rechte und Pflichten auf sie zukommen.<sup>396</sup> In diesem Zusammenhang wird auf die bereits im Rahmen der konzeptionellen Grundlagen erläuterten Folgen einer statusrechtlichen Fehleinschätzung und die Problematik der Scheinselbständigkeit verwiesen.

Zu beachten ist, dass die verbindliche Zuordnung zu den Personenkreisen der Arbeitnehmer oder der Selbständigen lediglich im Sozialversicherungsrecht ihre Geltungswirkung entfaltet, nicht aber im Bereich der anderweitig tangierten Rechtsgebiete.<sup>397</sup> Die praktische Konsequenz besteht folglich darin, dass ein zu beurteilendes Vertragsverhältnis im Sozialrecht anders bewertet werden kann als beispielsweise im Arbeitsrecht.<sup>398</sup>

Durch die voranschreitende Arbeitswelt im Zeitalter der Digitalisierung und der Veränderung im Hinblick auf neue Arbeitsformen gewinnt die Statusfeststellung durch die DRV Bund an Bedeutung.<sup>399</sup> Insbesondere aus diesen Gründen sprach sich die Praxis für eine Reform des Statusfeststellungsverfahrens aus.<sup>400</sup> Weiterhin sollte die Langwierigkeit des Verfahrens verkürzt werden, um den Antragstellern zeitnah Planungs- und Rechtssicherheit über das Vorliegen von Scheinselbständigkeit verschaffen zu können.<sup>401</sup> Laut der DRV Bund soll eine „frühere, einfachere und schnellere Statusbeurteilung“<sup>402</sup> das Ziel sein.

Durch die Neuerungen des Statusfeststellungsverfahrens zum 01.04.2022 zieht die Verfasserin den Schluss, dass der Gesetzgeber die Probleme des alten Verfahrens erkannt hat und aufgrund der steigenden Praxisrelevanz beheben will.<sup>403</sup> Die Reform enthält gemäß § 7a SGB IV bis zum 30.06.2027 befristete sowie unbefristete Neuerungen, die sich ausschließlich auf die verfahrensrechtlichen Vorschriften beschränken.<sup>404</sup> Dies sind insbesondere die Elementenfeststellung, die Prognoseentscheidung, die Gruppenfeststellung, die Statusfeststellung in einem Drei-Parteien-Verhältnis und das neue Instrument der mündlichen Anhörung im Widerspruchsverfahren, die im Folgenden näher beleuchtet werden.<sup>405</sup>

Nachstehend wird unter Hinweis auf den eingangs dargestellten Ausschluss auf eine Darstellung der Änderungen bei der Statusfeststellung im Dreipersonenverhältnis verzichtet.

---

<sup>394</sup> Vgl. *Zieglmeier*, NZA 2021, S. 977.

<sup>395</sup> Vgl. *Merath*, NZA-RR 2022, S. 567.

<sup>396</sup> Vgl. ebd.

<sup>397</sup> Vgl. *Zieglmeier*, NZA 2021, S. 978.

<sup>398</sup> Vgl. ebd.

<sup>399</sup> Vgl. *Merath*, NZA-RR 2022, S. 566; *Zieglmeier*, NZA 2021, S. 978.

<sup>400</sup> Vgl. ebd.

<sup>401</sup> Vgl. ebd.

<sup>402</sup> *DRV Bund*, Statusfeststellungsverfahren.

<sup>403</sup> Vgl. *Lachmann*, CB 2023, S. 271.

<sup>404</sup> Vgl. *Hördt*, ArbRAktuell 2022, S. 275; *Zieglmeier*, NZA 2021, S. 978.

<sup>405</sup> Vgl. *DRV Bund*, Statusfeststellungsverfahren.



#### 4.2.5.2 Neuerungen zum 1. April 2022

##### **Elementenfeststellung**

Das Augenmerk der Reform liegt auf der primären Zuordnung einer Tätigkeit zu einem Arbeitsverhältnis oder einer selbständigen Tätigkeit durch die DRV Bund und nicht mehr auf der Einstufung als sozialversicherungspflichtig in Folge eines abhängigen Arbeitsverhältnisses.<sup>406</sup> Der Gesetzgeber handelt insoweit entgegen der Rechtsprechung des BSG und soll die Planungs- und Rechtssicherheit der Parteien in Bezug auf die Einordnung des Vertragsverhältnisses fördern.<sup>407</sup> Kommt es durch das Verfahren zu der Entscheidung eines abhängigen Arbeitsverhältnisses, dann muss der Arbeitgeber etwaigen Meldepflichten im Sinne der §§ 28a-28c SGB IV eigenständig nachkommen und es bedarf keiner zusätzlichen sozialversicherungspflichtigen Einstufung des Arbeitnehmers.<sup>408</sup> Der Gesetzgeber möchte auf diesem Wege dem eingangs erwähnten Ziel eines schnelleren Verfahrens näherkommen.<sup>409</sup>

Kommt die DRV Bund zu dem Ergebnis, dass es sich bei dem konkret zu beurteilenden Auftragsverhältnis um eine abhängige Beschäftigung im Sinne des Sozialrechts handelt, kann der Arbeitgeber nicht davon ausgehen, dass es auch automatisch in allen Zweigen der Sozialversicherung zu Beitragszahlungen kommen wird.<sup>410</sup> Aus diesem Grund ist für den Schein-Auftraggeber neben der Einordnung des Beschäftigungsverhältnisses gleichermaßen die Sozialversicherungspflicht von Relevanz, denn, wie im Rahmen der Folgen von Scheinselbständigkeit erläutert, kann es zu weitreichenden Strafen bei Nichtabführung von Beiträgen kommen.<sup>411</sup>

Ob eine ausschließliche Statusfeststellung nun die größte Rechtssicherheit bietet, bleibt aus Sicht der Verfasserin fraglich, denn eine zusätzliche Feststellung der Sozialversicherungspflicht hätte zweifellos noch mehr Vorteile sowohl für den Auftraggeber als auch für den Auftragnehmer gehabt.

##### **Prognoseentscheidung**

Die Beteiligten haben nach § 7a Abs. 4a SGB IV nunmehr die Möglichkeit, eine Statusfeststellung bereits vor Aufnahme der Tätigkeit herbeizuführen, die verfahrensrechtlich als Prognoseentscheidung deklariert wird.<sup>412</sup> Daraus leitet die Verfasserin eine enorme Praxisrelevanz für Unternehmen ab, die sich der Möglichkeit der Leistungserbringung durch freie Mitarbeiter bewusst sind, das Risiko der Scheinselbständigkeit jedoch zu groß erscheint.

Da die Leistungserbringung zum Zeitpunkt der Prüfung noch nicht begonnen hat, kann die DRV Bund lediglich Einsicht in die Vertragsunterlagen nehmen und die Beteiligten nach der beabsichtigten Vertragsdurchführung fragen.<sup>413</sup> Dabei geht es vor allem um Fragen der Leistungserbringung und möglicher Vorgaben sowie um den allgemeinen Parteiwillen im Hinblick auf die Zusammenarbeit zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer.<sup>414</sup> Die Parteien müssen sich folglich vor Aufnahme der vereinbarten Tätigkeit über die Ausge-

---

<sup>406</sup> Vgl. *Merath*, NZA-RR 2022, S. 567.

<sup>407</sup> Vgl. ebd.

<sup>408</sup> Vgl. ebd.

<sup>409</sup> Vgl. ebd.

<sup>410</sup> Vgl. ebd.

<sup>411</sup> Vgl. ebd.

<sup>412</sup> Vgl. ebd., S. 567 f.

<sup>413</sup> Vgl. ebd., S. 568.

<sup>414</sup> Vgl. *Zieglmeier*, NZA 2021, S. 982.

staltung dergleichen bewusst und einig sein, sodass für die DRV Bund eine geeignete Entscheidungsgrundlage vorliegt.<sup>415</sup>

Liegen nur unzureichende Anhaltspunkte für eine klare Entscheidung der Prüfstelle vor, dann besteht die Möglichkeit der Antragsablehnung oder der Entscheidungsfindung nach Aufnahme der Tätigkeit.<sup>416</sup> Kritische Stimmen bezweifeln die neue Möglichkeit der Statusfeststellung vor Beginn der Tätigkeit, es würde nicht hervorgehen, was in Bezug auf die beabsichtigte Tätigkeit für Anforderungen von der DRV Bund erwartet würden.<sup>417</sup> Abgesehen davon gebe es keine Grenze, ab wann die DRV Bund ausreichende Anhaltspunkte für eine Statusfeststellung hätte.<sup>418</sup> Zudem berge diese Möglichkeit ein Missbrauchsrisiko, denn eine vorherige Prüfung könne keine Prüfung der tatsächlich gelebten Wirklichkeit des Vertragsverhältnisses ersetzen, die Beteiligten könnten ein falsches Bild vermitteln und dieses anders ausleben, wodurch eine realitätsnahe Entscheidung der DRV Bund laut Auffassung der Verfasserin nahezu unmöglich werde.<sup>419</sup> Auch die Tatsache, dass der Status auf Basis der Beteiligtenaussagen entschieden wird, widerspreche nach einigen Meinungen zufolge der BSG-Rechtsprechung, die ausdrücklich auf die Würdigung aller Umstände des Einzelfalls abstellt.<sup>420</sup>

Die Zustimmung, die das Prognosefeststellungsverfahren in der Praxis bereits gefunden hat, lässt sich anhand aktueller Zahlen belegen. In einem Beobachtungszeitraum von fünf Monaten im Jahr 2022 wurde das Verfahren bereits über 400 Mal genutzt und gilt damit als Instrument mit einer besonders hohen Nachfrage.<sup>421</sup>

### **Gruppenfeststellung und Möglichkeit einer mündlichen Anhörung**

Das Statusfeststellungsverfahren kann zur Überprüfung eines Beschäftigungsverhältnisses genutzt werden. Das praktische Problem vor der Reform bestand jedoch darin, dass es von den Unternehmen nur selten in Anspruch genommen wurde.<sup>422</sup> Dies liegt vor allem daran, dass Unternehmen häufig eine Vielzahl an externen Personalressourcen beschäftigen.<sup>423</sup> Es wäre daher überaus zeitintensiv und mit einer hohen bürokratischen Anstrengung verbunden, jeden einzelnen Freelancer einen Antrag auf Statusfeststellung zu stellen.<sup>424</sup> Die lange Verfahrensdauer führte ferner zu einer anhaltenden Rechtsunsicherheit für die Unternehmen in Bezug auf den Status des Auftragnehmers.<sup>425</sup> Diesem Problem ist die DRV Bund mit der sogenannten Gruppenfeststellung gemäß § 7a Abs. 4b, 4c SGB IV begegnet. Sie bietet die Möglichkeit, für eine ausgewählte Gruppe mit gleichen Rahmenbedingungen eine gebündelte Statusfeststellung zu erwirken.<sup>426</sup> Diese Möglichkeit schafft den beauftragenden Unternehmen Planungssicherheit und erhöht die Rechtssicherheit der Beschäftigung. In der Folge werden insbesondere die strafrechtlichen Haftungsrisiken

---

<sup>415</sup> Vgl. Merath, NZA-RR 2022, S. 568.

<sup>416</sup> Vgl. Hördt, ArbRAktuell 2022, S. 275.

<sup>417</sup> Vgl. Steinau-Steinrück/Kurth, NJW-Spezial 2022, S. 754.

<sup>418</sup> Vgl. Merath, NZA-RR 2022, S. 568.

<sup>419</sup> Vgl. Steinau-Steinrück/Kurth, NJW-Spezial 2022, S. 754 f.

<sup>420</sup> Vgl. Merath, NZA-RR 2022, S. 568.

<sup>421</sup> Vgl. ebd.

<sup>422</sup> Vgl. Schöberle, ArbRAktuell 2022, S. 277.

<sup>423</sup> Vgl. ebd.

<sup>424</sup> Vgl. ebd.

<sup>425</sup> Vgl. ebd.

<sup>426</sup> Vgl. ebd., S. 278.

des Arbeitgebers und andere negative Rechtsfolgen minimiert.<sup>427</sup> Auf die Voraussetzungen der Antragstellung soll im Rahmen dieser Ausarbeitung nicht eingegangen werden.

Die Gelegenheit einer mündlichen Anhörung nach § 7a Abs. 6 S. 2 SGB IV im Rahmen des Widerspruchsverfahrens bietet dem Antragsteller die Möglichkeit, in fraglichen Statusfällen und nicht eindeutigen Beschäftigungsverhältnissen Stellung zu beziehen, sodass eine realitätsnahe Statusklärung erfolgen kann.<sup>428</sup>

Aufgrund der erst seit kurzem bestehenden Regelungen bleibt jedoch abzuwarten, wie die Unternehmen, die Gerichte und letztlich die DRV Bund auf die Änderungen und deren Umsetzung in der Praxis reagieren werden. Fraglich ist auch, ob die Unternehmen das Statusfeststellungsverfahren in ihr Compliance-System integrieren werden.<sup>429</sup>

Darüber hinaus wird in der Literatur über das sogenannte Genossenschaftsmodell zur Lösung des Problems der Scheinselbständigkeit diskutiert. Das Konstrukt, die behördlichen Auffassungen sowie die rechtliche Einordnung als Lösungsmodell sollen im Folgenden diskutiert werden.

## 4.2.6 Genossenschaftsmodell

### 4.2.6.1 Hintergrund und Lösungsansatz

Die Entscheidungsfreiheit und die Unabhängigkeit eines Selbständigen sind oft gewichtige Kriterien für die Entscheidung zur Selbständigkeit. Die damit verbundene Flexibilität und andere Vorteile sind fester Bestandteil ihres Identitätsbildes. Insbesondere im Rahmen des zuvor erläuterten Statusfeststellungsverfahrens kann es zu der Aufdeckung von Scheinselbständigen in einem Unternehmen kommen. Die aufgezeigte Problematik der Scheinselbständigkeit lässt die Rechtspraxis weitere Lösungsmodelle erarbeiten, worunter zudem das sogenannte Genossenschaftsmodell fällt. Es ist Gegenstand der folgenden Ausführungen. Um ein Grundverständnis für das Modell zu schaffen, wird in einem ersten Schritt der Hintergrund der Genossenschaft in diesem Zusammenhang aufgezeigt.

Bei der Genossenschaft handelt es sich um eine juristische Person, die als Verschmelzung von Körperschaft und Verein beschrieben werden kann.<sup>430</sup> Die Entstehung tritt zu dem Zeitpunkt der Satzungsunterzeichnung durch mindestens drei Mitglieder ein.<sup>431</sup> Rechtsfähig wird die Genossenschaft durch die Genossenschaftsregister-Eintragung.<sup>432</sup> Das primäre Ziel einer Genossenschaft ist gemäß § 1 Abs. 1 Genossenschaftsgesetz (GenG) die Förderung der individuellen Unternehmenstätigkeit ihrer Mitglieder.<sup>433</sup>

Die Wahl der Genossenschaft als Rechtsform zur Lösung des Problems der Scheinselbständigkeit geht auf den Aspekt der Förderung der Mitglieder und ihrer gleichrangigen Position in der Genossenschaft zurück.<sup>434</sup> Insbesondere die Tatsache, dass eine juristische Person als Auftragnehmer auftritt, ist ein Indiz für eine selbständige Tätigkeit.<sup>435</sup> Bei diesem Modell bildet die Genossenschaft einen Verbund von freien Mitarbeitern, die ihre

---

<sup>427</sup> Vgl. ebd., S. 280.

<sup>428</sup> Vgl. *Zieglmeier*, NZA 2021, S. 980.

<sup>429</sup> Vgl. *Schöberle*, ArbRAktuell 2022, S. 277.

<sup>430</sup> Vgl. *Weiss-Bölz*, DStR 2017, S. 2497.

<sup>431</sup> Vgl. §§ 4, 10 GenG.

<sup>432</sup> Vgl. *Vogt*, ArbRAktuell 2019, S. 499.

<sup>433</sup> Vgl. *Weiss-Bölz*, DStR 2017, S. 2497.

<sup>434</sup> Vgl. ebd.

<sup>435</sup> Vgl. ebd., S. 2498.

freiberufliche Tätigkeit durch gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb fördern wollen.<sup>436</sup> Mehrere Freelancer entscheiden sich daher für eine Mitgliedschaft in einer Genossenschaft und müssen eine Einlage im Sinne des § 7 Nr. 1 GenG leisten, sodass sie eine Beteiligung an der Genossenschaft nachweisen können.<sup>437</sup> Durch die einzubringende Eigenkapitaleinlage soll weiterhin der Aspekt des unternehmerischen Risikos abgebildet werden, der stark für eine selbständige Tätigkeit spricht.<sup>438</sup> Durch die Mitgliedschaft kommt es zu keiner Änderung hinsichtlich des Status der Selbständigkeit, denn dieser wird hierdurch nicht tangiert.<sup>439</sup> Die Freelancer behalten ihre Entscheidungsfreiheit und Autonomie darüber, wie viele Aufträge von wie vielen Auftraggebern sie annehmen.<sup>440</sup> Die Genossenschaft ist in diesem Modell weiterhin nicht berechtigt, Weisungen an die selbständigen Mitglieder der Genossenschaft im Sinne des Arbeitsrechts zu erteilen, um keine abhängige Tätigkeit zu indizieren.<sup>441</sup>

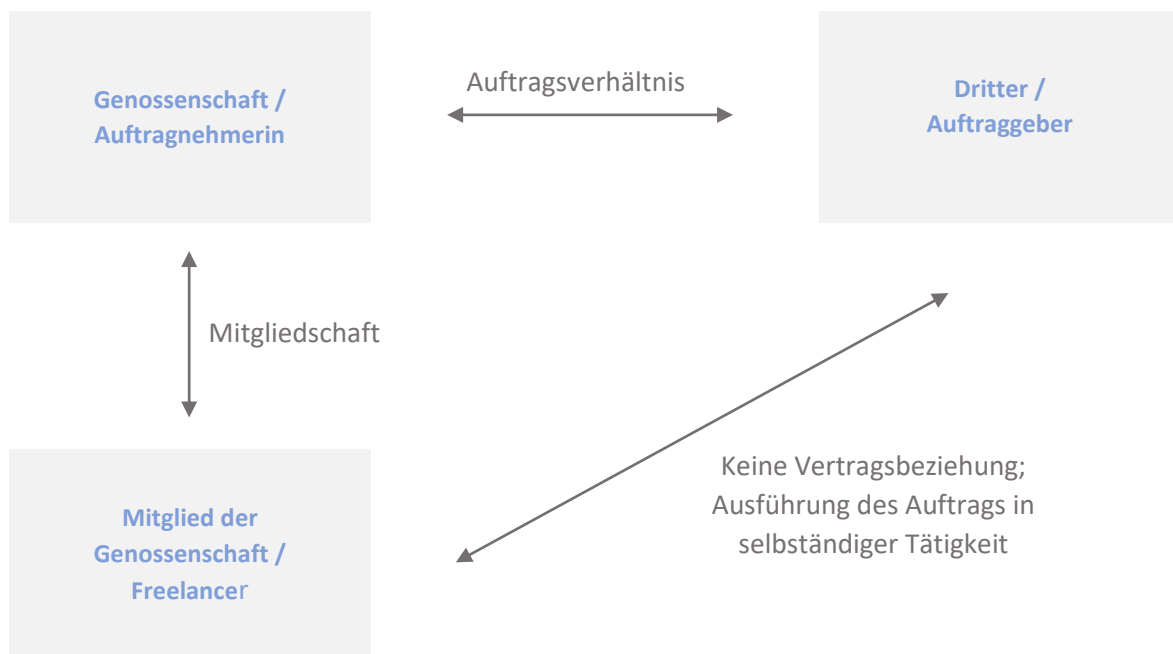


Abbildung 10: Rechtsbeziehung der Beteiligten im Genossenschaftsmodell

Quelle: In Anlehnung an Freie Berufe im Gesundheitswesen e.V. & Genossenschaftsverband e.V., Memorandum 2016, S. 5.

In der praktischen Umsetzung des Modells wird die Genossenschaft selbst von dem Auftraggeber mit der Erbringung bestimmter Dienstleistungen beauftragt.<sup>442</sup> Die Mitglieder der Genossenschaft sind für die Ausführung der Tätigkeit zuständig, jedoch kommt der Ver-

<sup>436</sup> Vgl. § 1 Abs. 1 GenG.

<sup>437</sup> Vgl. Weiss-Bözl, DStR 2017, S. 2498.

<sup>438</sup> Vgl. Vogt, ArbRAktuell 2019, S. 499.

<sup>439</sup> Vgl. Weiss-Bözl, DStR 2017, S. 2498.

<sup>440</sup> Vgl. ebd.

<sup>441</sup> Vgl. ebd., S. 2499.

<sup>442</sup> Vgl. Vogt, ArbRAktuell 2019, S. 500.

trag ausschließlich zwischen der Genossenschaft und dem Auftraggeber zustande.<sup>443</sup> Ein etwaiger Vertrag zwischen dem Freelancer und dem Auftraggeber wird nicht geschlossen.<sup>444</sup> Das Rechtsverhältnis zwischen allen Beteiligten ist in Abbildung 10 dargestellt.

Der Dienstleistungsvertrag sollte dennoch Klauseln enthalten, die darauf hinweisen, dass der Freelancer im Rahmen der Beauftragung nicht weisungsgebunden ist und zudem keine Eingliederung in den Betrieb des Auftraggebers stattfinden darf.<sup>445</sup>

Da es sich mittelbar um ein Drei-Personen-Verhältnis handelt, kann in der Praxis ebenfalls das Recht der Arbeitnehmerüberlassung berührt sein. An dieser Stelle sei auf die illegale bzw. verdeckte Arbeitnehmerüberlassung im Sinne des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes hingewiesen. Eine weitergehende Betrachtung soll im Rahmen dieser Studie nicht erfolgen.

#### 4.2.6.2 Rechtsprechung und divergierende Auffassungen der Behörden

Während sich die Literatur mit dem Genossenschaftsmodell zur Vermeidung von Scheinselbständigkeit beschäftigt, hat sich die Rechtsprechung dem Thema noch nicht angenommen.<sup>446</sup> Die DRV Bund hingegen hat eine gefestigte und einheitliche Auffassung zu dem Genossenschaftsmodell.<sup>447</sup> Danach sind die Mitglieder einer Genossenschaft in den Zweigen der Sozialversicherung beitragspflichtig.<sup>448</sup> Die in der Vergangenheit für Gesellschaften entwickelten Leitlinien werden von der DRV Bund nun analog auf Genossenschaften angewendet, ohne dass dabei ihre individuelle gesellschaftsrechtliche Struktur berücksichtigt wird.<sup>449</sup>

Die Bundesagentur für Arbeit klassifiziert eine Mitgliedschaft in einer Genossenschaft grundsätzlich nicht als Arbeitsverhältnis.<sup>450</sup> Dies ist insbesondere für die angesprochene illegale Arbeitnehmerüberlassung von Bedeutung, denn wenn kein Arbeitsverhältnis vorliegt, ist gleichermaßen die Diskussion über eine etwaige Arbeitnehmerüberlassung in einer Genossenschaft obsolet.<sup>451</sup>

Betrachtet man die theoretischen Grundlagen des Genossenschaftsmodells, so erscheint es zunächst als eine gute Alternative zur Vermeidung von Scheinselbständigkeit.<sup>452</sup> Insbesondere ist das Risiko der Aufdeckung geringer, da der Vertrag ausschließlich zwischen der Genossenschaft und dem Auftraggeber besteht.<sup>453</sup> Auf den ersten Blick gibt es keinen ersichtlichen Zusammenhang zwischen dem freien Mitarbeiter und dem Auftraggeber.<sup>454</sup> Vorteilhaft ist hier ebenso der Aspekt der Vergütung, da diese ausschließlich von dem Auftraggeber an die Genossenschaft gezahlt wird.<sup>455</sup> All jene Gesichtspunkte deuten gesamtheitlich betrachtet auf eine selbständige Tätigkeit hin.

---

<sup>443</sup> Vgl. Weiss-Bözl, DStR 2017, S. 2498.

<sup>444</sup> Vgl. ebd.

<sup>445</sup> Vgl. ebd.

<sup>446</sup> Vgl. ebd., S. 2499.

<sup>447</sup> Vgl. ebd.

<sup>448</sup> Vgl. ebd.

<sup>449</sup> Vgl. ebd.

<sup>450</sup> Vgl. ebd., S. 2499 f.

<sup>451</sup> Vgl. ebd.

<sup>452</sup> Vgl. Vogt, ArbRAktuell 2019, S. 500.

<sup>453</sup> Vgl. Weiss-Bözl, DStR 2017, S. 2500.

<sup>454</sup> Vgl. ebd.

<sup>455</sup> Vgl. ebd.

Trotz allem wird dadurch nicht direkt das Vorliegen von Scheinselbständigkeit abgewendet.<sup>456</sup> Es wird vielmehr als eine Verlagerung des Problems eingeschätzt und führt zu einer Vermeidung der Anwendung der sozialrechtlichen Vorschriften.<sup>457</sup>

Außerdem lässt sich aus den konzeptionellen Grundlagen dieser Studie schließen, dass eine ausschließliche Betrachtung der Beziehung zwischen der Genossenschaft und dem Auftraggeber nicht ausreichend sein kann. Vielmehr ist das gesamte Rechtsverhältnis, wie in Abbildung 10 dargestellt, unter den Gesichtspunkten der Weisungsgebundenheit und der Eingliederung zu betrachten, wozu gleichermaßen die tatsächliche Vertragsdurchführung gehört.<sup>458</sup> Die Abgrenzungskriterien aus Literatur und Rechtsprechung finden gleichwohl Anwendung. Die Selbständigkeit der Mitglieder darf durch die Mitgliedschaft in der Genossenschaft nicht gefährdet werden und die Verbindung zu der Genossenschaft darf ausschließlich aus der Mitgliedschaft im Sinne des GenG bestehen.<sup>459</sup>

Richterliche Entscheidungen gibt es zum jetzigen Zeitpunkt nur wenige und nicht auf den expliziten Fall der freien Mitarbeiter im Verbund der Genossenschaft bezogen.<sup>460</sup> Auch bei den Meinungen der Behörden scheiden sich die Geister. Folglich wird das Genossenschaftsmodell zur Vermeidung der Scheinselbständigkeit risikobehaftet bleiben, solange die DRV Bund keine weitreichenden und einheitlichen Standards hierzu erarbeitet.<sup>461</sup> Zusammenfassend ist festzustellen, dass das Modell bisher keine absolute Vermeidungssicherheit von Scheinselbständigkeit bietet und weitere gerichtliche Entscheidungen abzuwarten sind.<sup>462</sup>

---

<sup>456</sup> Vgl. ebd.

<sup>457</sup> Vgl. *Vogt*, ArbRAktuell 2019, S. 500.

<sup>458</sup> Vgl. *Weiss-Bözl*, DStR 2017, S. 2500.

<sup>459</sup> Vgl. ebd.

<sup>460</sup> Vgl. ebd., S. 2499.

<sup>461</sup> Vgl. ebd., S. 2500.

<sup>462</sup> Vgl. ebd.

### 4.3 ERGEBNIS: CHECKLISTE FÜR UNTERNEHMEN

Im Folgenden wird eine Checkliste vorgestellt, die sich auf den diesbezüglichen Erfahrungen der Verfasserin in einem weltweit agierenden Unternehmen und auf den durch diese Studie gewonnenen Erkenntnissen basiert. Diese kann von Unternehmen als Hilfestellung im Rahmen der Vertragsgestaltung und -durchführung bei der Beschäftigung von externen Personalressourcen im Zwei-Personen-Verhältnis (Direktbeauftragung) zur Vermeidung von Scheinselbständigkeit genutzt werden.

#### Vor Vertragsschluss zwingend zu prüfen:

- Ist die Beauftragung eines Selbständigen unerlässlich oder kann das gewünschte Ergebnis auch auf der Grundlage eines Arbeitsverhältnisses erzielt werden?<sup>463</sup>
- Handelt es sich um einen Selbständigen oder um einen Freiberufler?
  - Bei Vertragsschluss mit einem Selbständigen muss ein Gewerbe und eine eigene Kranken- und Rentenversicherung nachgewiesen werden können.
  - Bei Freiberuflern muss in Zweifelsfällen insbesondere der Eintrag in die zuständige Kammer (z.B. Ärztekammer) überprüft werden.

#### 1. Vertragsgestaltung

*Der Vertrag muss projektbezogen und folglich zur Risikominimierung befristet sein!*

#### Aspekte, die **nicht** Bestandteil des Vertrags werden dürfen:

- Die Leistungsbeschreibung wird im Verlauf der Projektarbeit näher angepasst. Achtung: Gefahr, dass die vertraglich geschuldete Leistung nur dann vollständig erbracht werden kann, wenn Weisungen durch den Auftraggeber erteilt werden.  
Resultat: Scheinselbständigkeit = Arbeitnehmer!
- Irreführende Vertragsbezeichnungen wie „Arbeitsvertrag“.
- Irreführende Parteibezeichnungen: „Arbeitnehmer“ und „Arbeitgeber“.
- Vorgaben zur Arbeitszeit: „Der freie Mitarbeiter/Auftragnehmer erbringt seine vertraglich vereinbarte Leistung während den gewöhnlichen Arbeitszeiten des Auftraggebers. Diese sind von 8:00-17:00 Uhr von Montag bis Freitag. Kernarbeitszeiten sind täglich von 9:00-15:00 Uhr.“.
- Festes Bruttogehalt
- Der Auftraggeber stellt dem Auftragnehmer die nötige Dienstkleidung und das Arbeitsequipment bereit.

---

<sup>463</sup> Vgl. Keilich, SPA 2021, S. 51.

- Dem Auftragnehmer wird eine unternehmensinterne E-Mail zugewiesen und er erhält Visitenkarten mit dem Unternehmenslogo etc.
- Der Auftragnehmer muss seine Zeiten täglich erfassen und diese von dem Auftraggeber in dem internen Zeiterfassungssystem für Arbeitnehmer genehmigen lassen.
- Der Auftragnehmer schuldet seine eigene Arbeitskraft (wie ein Arbeitnehmer!).
- Der Auftragnehmer ist ausschließlich für diesen Auftraggeber tätig.
- Der Auftragnehmer hat Urlaub beim Auftraggeber zu beantragen und genehmigen zu lassen.
- Anderweitige Urlaubsvorschriften
- Regelungen über Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall → Lohnfortzahlungsvorschriften finden auf den freien Mitarbeiter keine Anwendung, denn er trägt das unternehmerische Risiko.

Aspekte, die in den Vertrag sollten:

- Konkret definierter Leistungsgegenstand vor Beginn der Tätigkeit.
- Monetäre Gegenleistung muss als „Vergütung“ oder „Honorar“ bezeichnet werden und nicht als „Gehalt“ → projektbezogen, auf Stundenbasis, Ausweis der MwSt.
- Eindeutige Definition der Vertragsbezeichnung: „Vertrag / Dienstvertrag mit einem freien Mitarbeiter“.
- Eindeutige Parteibezeichnung: Der „Selbständige / Freelancer / Auftragnehmer“ und der „Auftraggeber“.
- „Der freie Mitarbeiter teilt sich seine Arbeitszeit selbst ein und ist nicht an einen Ort für seine Tätigkeit gebunden“ → etwaige Fertigstellungsfristen dürfen gesetzt werden.
- „Der Auftraggeber stellt dem Auftragnehmer weder Arbeitsmittel noch Büroräume zur Verfügung“.
- Optional: Anzeigepflicht des Urlaubs (jedoch keine Pflicht zur Genehmigung durch den Auftraggeber!)
- Optional: „Der Auftragnehmer ist eigenständig für das Abführen von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen verantwortlich“.
- Optionsrecht, gleichermaßen für andere Dritte tätig zu werden.
- Möglichkeit zur Beauftragung von Sub-Unternehmern zur Leistungserbringung.
- Deklaratorischer Hinweis, dass kein Arbeits- oder Beschäftigungsverhältnis begründet wird.



**Achtung:** Das ersetzt keinesfalls eine sorgfältige Gestaltung der konkreten Leistungspflichten und der tatsächlichen Durchführung!

*Beispiel:* „Der Auftragnehmer wird für den Auftraggeber als selbständiger Unternehmer tätig. Er erbringt seine Leistungen nach diesem Dienstvertrag im eigenen Namen und auf eigene Rechnung. Der Auftragnehmer ist nicht zur rechtsgeschäftlichen Vertretung des Auftraggebers berechtigt. Der Auftragnehmer wird frei von Weisungen hinsichtlich Ort, Zeit, Dauer und Inhalt der Tätigkeit des Auftraggebers tätig. Es findet keine Eingliederung in die betriebliche Organisation des Auftraggebers statt.“

- Optionsrecht: Der Auftragnehmer erhält eine E-Mail-Adresse mit einem, seine Selbständigkeit kennzeichnenden Zusatz, wie beispielsweise „extern“, der ihn von abhängigen Arbeitnehmern unterscheidet.
- Optionsrecht: Ausschluss von aufgelisteten Unternehmen, für die der Selbständige während einer Beauftragung nicht tätig sein darf (Wettbewerbsverbot).
- Allgemeine Vertraulichkeitsbestimmungen, Datenschutz, salvatorische Klausel etc.

## 2. Vertragsdurchführung

*Der gelebte Vertrag ist fortlaufend zu steuern und zu überwachen, sodass zu jeder Zeit compliant gehandelt werden kann!*

Im direkten Verhältnis zum freien Mitarbeiter zu beachten:

- Zentraler Ansatzpunkt der Eingliederung – es dürfen hierfür keine objektiven Indizien vorliegen, wie insbesondere:
  - Keine Einbeziehung in interne Arbeitnehmerlisten oder Dienstpläne
  - Keine Zuweisung eines eigenen Arbeitsplatzes und eigener Arbeitsmittel (es sei denn, die IT-Sicherheit oder der Datenschutz des Unternehmens und der Mitarbeiter wären gefährdet)
  - Keine Arbeitnehmerschilder / -ausweise
  - Keine Mitarbeiterrabatte, wie beispielsweise in der Kantine oder für Parkplätze auf dem Firmengelände sowie keine sonstigen Leistungen, wie der betriebliche Kindergarten
  - Keine Einbindung in Jour-Fixe-Meetings des Teams ohne Projektbezug
  - Home-Office: digitale Eingliederung vermeiden
  - Keine E-Mail-Adresse des Unternehmens ohne einen Zusatz wie „extern“

- Keine Weisungserteilung an den freien Mitarbeiter.
- Keine Einbindung in das Team der Arbeitnehmer.
- Der freie Mitarbeiter hat seinen Arbeitsort selbst zu bestimmen und sollte möglichst nicht in den Räumen des Auftraggebers arbeiten.
- Der freie Mitarbeiter darf keinen eigenständigen Zugang zum Firmengebäude des Auftraggebers durch Schlüsselkarten oder Chips haben.
- Der freie Mitarbeiter darf nicht dieselben Aufgaben wie ein abhängig angestellter Arbeitnehmer ausführen.
- Der freie Mitarbeiter ist nicht verpflichtet, sich im Krankheitsfall krankzumelden und es bedarf keiner Zustimmung des Auftraggebers bei Urlaubsplänen.
- Der freie Mitarbeiter ist in der Wahl weiterer Auftraggeber frei; der Auftraggeber kann ihm dies nicht verbieten, es sei denn, es besteht ein vertraglich festgelegtes Wettbewerbsverbot mit einem der aufgelisteten Unternehmen.
- Der freie Mitarbeiter darf keine unternehmensinternen Vorlagen mit Unternehmenslogo und Unternehmensdaten verwenden und seinen Namen nicht darunter setzen.
- Der freie Mitarbeiter darf keine Verträge mit Dritten im Namen des Unternehmens unterzeichnen.

Berücksichtigung unternehmensinterner Gesichtspunkte:

- Regelmäßige Schulungen und Meetings der Verantwortlichen und Mitarbeiter.
- Regelmäßige Kontrollen in den Abteilungen anhand von Fragebögen zur Statusbeurteilung → Abteilungsleiter (ggf. unter Hinzuziehung betroffener interner Mitarbeiter) müssen in festgelegten Abständen Checklisten zur Abgrenzung von selbständiger und abhängiger Tätigkeit im tatsächlichen Arbeitsverhältnis ausfüllen.
- Klare Handlungsanweisungen für Mitarbeiter und Verantwortliche → Code of Conduct mit Leitlinien, Prozessen, Checklisten, Fragebögen und allen relevanten Unterlagen in das Intranet des Unternehmens implementieren.
- Fortlaufende Anpassung des Status-Compliance-Systems durch bestehende Compliance-Verstöße und Änderungen durch die Rechtsprechung.
- Hinweise sind unverzüglich an die interne Whistleblower-Hotline zu melden, so dass einem Verdacht schnellstmöglich nachgegangen und Fehlverhalten konsequent geahndet werden kann.

*Telefon:* 07771 / 123456

*E-Mail:* [whistleblower.scheinselbständigkeit@compliance.com](mailto:whistleblower.scheinselbständigkeit@compliance.com)

- Bei Verstößen: Unverzüglich arbeitsrechtliche Maßnahmen einleiten, um Haftungsfragen adäquat begegnen zu können, wie insbesondere die Einleitung des Statusfeststellungsverfahrens durch die Deutsche Rentenversicherung Bund.

## 5 SCHLUSSBETRACHTUNG

---

Ziel der vorliegenden Studie ist eine kritische, rechtsorientierte Analyse von Maßnahmen zur erfolgversprechenden Reduzierung von Risiken für Unternehmen, die sich aus einer möglichen Scheinselbständigkeit von Mitarbeitern ergeben. Die Ergebnisse sind in einer zweiteiligen *Checkliste* zusammengefasst, die als Grundlage für die Status-Compliance eines Unternehmens dienen kann.

Die Arbeit hat sich in ihren drei Abschnitten im ersten Teil mit der Abgrenzung von selbständiger und unselbständiger Arbeit befasst und die durch Rechtsprechung und Gesetzgebung geschaffenen Abgrenzungskriterien diskutiert. Dabei wurde deutlich, dass es keine eindeutig abgrenzbaren Merkmale für die Zuordnung zu einer abhängigen Tätigkeit oder einer selbständigen Beschäftigung gibt. Vielmehr bedarf es stets einer umfassenden Gesamtbetrachtung aller maßgeblichen Umstände des Einzelfalls. Zudem hat sich gezeigt, dass die Definition des Arbeitnehmers in den Rechtsgebieten des Arbeits-, Sozial- und Steuerrechts nicht einheitlich ist, wenngleich sich einzelne Aspekte überschneiden. Dies führt zu dem Ergebnis, dass eine Beschäftigung je nach Rechtsgebiet zu unterschiedlichen Statusfeststellungen kommen kann.

Der zweite Teil befasste sich mit der Problematik der Scheinselbständigkeit und der Historie der gesetzgeberischen Versuche, das Problem zu lösen. Dabei wurde deutlich, dass sich Literatur, Rechtsprechung und Gesetzgebung bereits seit geraumer Zeit mit dem Themenkomplex und der rechtlichen Querschnittsmaterie der Scheinselbständigkeit beschäftigen. Darüber hinaus wurden in diesem Abschnitt mögliche rechtliche Risiken im Falle von Scheinselbständigkeit aufgezeigt. Insbesondere für das beauftragende Unternehmen birgt der Einsatz von freien Mitarbeitern im Falle von Scheinselbständigkeit Haftungsrisiken. Darüber hinaus können sich in verschiedenen Rechtsbereichen nachteilige Folgen ergeben. Im Arbeitsrecht führt die Scheinselbständigkeit insbesondere zur Begründung eines Arbeitsverhältnisses mit den entsprechenden Rechten und Pflichten für Auftraggeber und Auftragnehmer. Das Sozialversicherungsrecht fordert insbesondere eine Nachentrichtung von Beiträgen zur Sozialversicherung, unter Umständen mit Säumniszuschlägen, das Steuerrecht eine Nachentrichtung der unterbliebenen Lohnsteuer. Die Summe dieser Beträge führt zu einer erheblichen finanziellen Belastung des Arbeitgebers. Auch straf- und ordnungswidrigkeitenrechtliche Tatbestände sind zu befürchten und insbesondere das Risiko des Ausschlusses von öffentlichen Ausschreibungen sollte von Unternehmen nicht vernachlässigt werden und trägt zu ihrer Wettbewerbsposition gegenüber anderen Unternehmen am Markt bei.

Die Analyse hat gezeigt, dass die meisten Unternehmen das Risiko der Scheinselbständigkeit entweder unterschätzen oder sich der finanziellen und rechtlichen Konsequenzen nicht bewusst sind. Ein Status-Compliance-System zur Risikoprävention von Scheinselbständigkeit und der Vermeidung von Haftungsrisiken sollte daher von jedem Unternehmen in Betracht gezogen werden, das regelmäßig freie Mitarbeiter beschäftigt. Wenngleich keine gesetzliche Verpflichtung besteht, kann die Unternehmensleitung hierzu angehalten sein. Da sich aus einem solchen System darüber hinaus Exkulpationsmöglichkeiten für

das betroffene Unternehmen und ruffördernde Aspekte ergeben können, sollte es in jedem Fall in Erwägung gezogen werden. Andernfalls drohen Haftungsrisiken, die im schlimmsten Fall zur Insolvenz des Unternehmens führen können.

Die vorliegende Studie kommt zu dem Ergebnis, dass sich die Maßnahmen insbesondere auf eine funktionierende, überwachte und stets weiterzuentwickelnde Status-Compliance konzentrieren sollten, um die Risiken aus der Scheinselbständigkeit von Mitarbeitern zu reduzieren. Hierzu zählt insbesondere die rechtssichere Vertragsgestaltung und -ausführung, die mithilfe der Checkliste aus dem vorherigen Kapitel erreicht werden kann. Trotz rechtssicherer Gestaltung bleibt stets ein Restrisiko, wie die DRV Bund im Rahmen eines Statusfeststellungsverfahrens entscheidet.

Für die weitere Entwicklung im Bereich der Scheinselbständigkeit ist ein Blick in die Zukunft notwendig. Der Einsatz externer Personalressourcen zur Leistungserbringung wird angesichts des bestehenden Fachkräftemangels weiterhin im Mittelpunkt der Diskussion stehen. Damit einhergehend bleibt das Problem der Scheinselbständigkeit ein aktuelles, vielschichtiges und generationenübergreifendes Problem, das sowohl Unternehmen und Selbständige als auch Gesetzgebung und Rechtsprechung beschäftigen wird. Die zunehmende Flexibilisierung der Arbeit sowie der technologische Fortschritt werden die Problematik weiter verschärfen.

Es ist davon auszugehen, dass sich die Rechtsprechung und die Gesetzgebung weiterentwickeln werden, um den veränderten Arbeitsbedingungen Rechnung zu tragen sowie die Stimmen aus der Praxis und der Literatur zu berücksichtigen. Es bleibt zu hoffen, dass die DRV Bund, der Gesetzgeber und die Gerichte an konkreten Leitlinien und einheitlichen Orientierungshilfen arbeiten werden. Darüber hinaus könnten aus Ansicht der Verfasserin gesetzliche Regelungen für Unternehmen von Vorteil sein, die sich compliant verhalten wollen, aber nicht über vertiefte Kenntnisse dieser Rechtsmaterie verfügen. Insbesondere die drohenden Rechtsfolgen und finanziellen Risiken müssen gesetzlich kodifiziert werden, damit jedes Unternehmen entsprechende Lösungsmechanismen implementieren kann. Nur so können die negativen Folgen der Scheinselbständigkeit und deren Auswirkungen auf Auftragnehmer- und Auftraggeberseite reduziert und Rechtssicherheit für alle Beteiligten gewährleistet werden.

Angesichts der Dynamik der modernen Erwerbswelt ist eine kontinuierliche Auseinandersetzung mit arbeitsrechtlichen Themen von entscheidender Bedeutung, um den aufkommenden Herausforderungen und Haftungsrisiken erfolgreich zu begegnen, eine rechtssichere und nachhaltige Arbeitswelt zu schaffen sowie die Beteiligten in die Lage zu versetzen, geltendes Recht einzuhalten und entsprechend zu handeln. Auch der Gesetzgeber ist von den Veränderungen im Arbeitsrecht betroffen und wird sich früher oder später intensiv mit der Problematik der Scheinselbständigkeit auseinandersetzen müssen.

## 6 LITERATURVERZEICHNIS

---

*Bauer, Jobst-Hubertus/Diller, Martin/Lorenzen, Stefanie*, Das neue Gesetz zur „Scheinselbständigkeit“, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 1999, S. 169–177 [zit.: *Bauer/Diller/Lorenzen*, NZA 1999].

*Bauer, Jobst-Hubertus/Diller, Martin/Schuster, Doris-Maria*, Das Korrekturgesetz zur „Scheinselbständigkeit“ Alles anders, nichts besser!, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 1999, S. 1297–1303 [zit.: *Bauer/Diller/Schuster*, NZA 1999].

Beck'scher Online-Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 66. Aufl. [zit.: *Bearbeiter*, in: BGB § 611a Arbeitsvertrag].

Beck'scher Vergaberechtskommentar, 4. Aufl., 2022 [zit.: *Bearbeiter*, in: GWB § 124 Fakultative Ausschlussgründe].

*Deutscher Bundestag*, Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze, Bundesgesetzblatt Teil I 2017, S. 258 [zit.: *Deutscher Bundestag*, Bundesgesetzblatt Teil I 2017].

*Deutscher Bundestag*, Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 20.07.2016, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze, abrufbar unter <https://dserver.bundestag.de/btd/18/092/1809232.pdf> abgerufen am 18.06.2023 [zit.: *Deutscher Bundestag*, RegE BT-Drs. 18/9232].

*DRV Bund*, Statusfeststellungsverfahren, abrufbar unter <https://www.deutscherentenversicherung.de/DRV/DE/Experten/Arbeitgeber-und-Steuerberater/summa-summarum/Lexikon/S/statusfeststellungsverfahren.html> abgerufen am 04.07.2023 [zit.: *DRV Bund*, Statusfeststellungsverfahren].

Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 23. Aufl. [zit.: *Bearbeiter*, in: BGB § 611a Arbeitsvertrag].

Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 23. Aufl. [zit.: *Bearbeiter*, in: SGB IV § 7 Beschäftigung].

Freie Berufe im Gesundheitswesen e.V. & Genossenschaftsverband e.V., Genossenschaft & Soloselbständigkeit \* Memorandum Dezember 2016 \*, abrufbar unter [https://www.genossenschaftsverband.de/site/assets/files/37753/genossenschaftsmodell\\_zur\\_beurteilung\\_einer\\_sozialversicherungspflicht.pdf](https://www.genossenschaftsverband.de/site/assets/files/37753/genossenschaftsmodell_zur_beurteilung_einer_sozialversicherungspflicht.pdf) abgerufen am 29.07.2023 [zit.: Freie Berufe im Gesundheitswesen e.V. & Genossenschaftsverband e.V., Memorandum 2016].

*Habetha, Jörg*, Habetha: Bankrott und Untreue in der Unternehmenskrise, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2012, S. 1134–1140 [zit.: *Habetha*, NZG 2012].

*Happ, Daniel/Gliewe, Martin*, Die Festhaltungserklärung des Leiharbeitnehmers als Compliance-Risiko, Corporate Compliance Zeitschrift 2018, S. 21–27 [zit.: *Happ/Gliewe*, CCZ 2018].

*Holthausen, Joachim*, Statusfeststellung und Scheinselbstständigkeit – Ein Praxisbefund über Etikettenschwindel, Umgehungs-, Schein- sowie verdeckte Rechtsgeschäfte und ihre Folgen, Recht der Arbeit 2020, S. 92–101 [zit.: *Holthausen*, RdA 2020].

*Homann, Moritz*, Leitfaden zur Einführung von Hinweisgebersystemen, abrufbar unter <https://www.eqs.com/de/compliance-wissen/blog/richtlinienmanagement-tipps/> abgerufen am 14.08.2023 [zit.: *Homann*, Richtlinienmanagement].

*Hördt, Michael*, Änderungen im Statusfeststellungsverfahren und die jüngste Rechtsprechung zur Scheinselbständigkeit und zu „Workation“, *Arbeitsrecht Aktuell* 2022, S. 273–276 [zit.: *Hördt*, ArbRAktuell 2022].

*Kania, Thomas*, Sozialrecht durch die Brille des Arbeitsrechtlers, *Neue Zeitschrift für Sozialrecht* 2020, S. 878–883 [zit.: *Kania*, NZS 2020].

*Keilich, Jochen*, Vermeidung der Risiken der Scheinselbständigkeit, *Schnellinformation für Personalmanagement und Arbeitsrecht* 2021, S. 49–51 [zit.: *Keilich*, SPA 2021].

*Klocke, Daniel*, *Arbeitsrecht Individualarbeitsrecht*, 2022 [zit.: *Klocke*, Arbeitsrecht].

*Kock, Martin*, Kock: Vertrag mit einem freien Mitarbeiter, *Neue Juristische Wochenschrift* 2021, S. 993–996 [zit.: *Kock*, NJW 2021].

Kommentar zum Betriebsrentengesetz - Arbeits-, Zivil- und Steuerrecht, 8. Aufl. [zit.: *Bearbeiter*, in: E. Steuerliche Besonderheiten bei Zusage und Leistungen betrieblicher Altersversorgung an Nicht-Arbeitnehmer – Versorgungsausgleich].

Kommentar zum Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz, 1. Aufl. [zit.: *Bearbeiter*, in: Schwarz-ArbG § 1 Zweck des Gesetzes].

Kommentar zum Strafgesetzbuch, 6. Aufl., 2023 [zit.: *Bearbeiter*, in: StGB § 266a Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt].

Kommentar zum Umsatzsteuergesetz, 21. Aufl., 2022 [zit.: *Bearbeiter*, in: UStG § 14c Unrichtiger oder unberechtigter Steuerausweis].

*Kremer, Thomas*, Beck'sches Steuer- und Bilanzrechtslexikon, 63. Aufl., 2023 [zit.: *Kremer*, Lohnsteuer].

*Kreßel, Eckhard*, Kreßel: Compliance und Personalarbeit, *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht* 2018, S. 841–851 [zit.: *Kreßel*, NZG 2018].

Küttner Personalbuch, 30. Aufl., 2023 [zit.: *Bearbeiter*, in: Küttner Personalbuch].

*Lachmann, Maximilian*, Aktuelles zur Scheinselbständigkeit – Notärzte im Nebenjob, *Deutsches Steuerrecht* 2022, S. 1557–1562 [zit.: *Lachmann*, DStR 2022].

*Lachmann, Maximilian*, Status-Compliance – Teil I, abrufbar unter <https://online.ruw.de/suche/cb/online.ruw.de/suche/cb/Status-Compliance-Teil-I-f0581a307e54bbb960073382862fb3c9> abgerufen am 21.06.2023 [zit.: *Lachmann*, CB 2023].

*Lachmann, Maximilian*, Status-Compliance – Teil II, abrufbar unter <https://online.ruw.de/suche/cb/online.ruw.de/suche/cb/Status-Compliance-Teil-II-a351ad10397f48c7df533ad9849db5af> abgerufen am 25.06.2023 [zit.: *Lachmann*, CB 2023].

*Lachmann, Maximilian*, Status-Compliance – Teil III, abrufbar unter <https://online.ruw.de/suche/cb/online.ruw.de/suche/cb/Status-Compliance-Teil-III-ec7055baab312d5d506dec7bed10fbc8> abgerufen am 25.06.2023 [zit.: *Lachmann*, CB 2023].

Mengel, *Compliance und Arbeitsrecht*, 2. Aufl. [zit.: *Bearbeiter*, in: § 8 Sozialversicherungs-/Lohnsteuerrecht (Scheinselbständigkeit)].

*Merath, Friedrich*, Merath: Das neue Statusfeststellungsverfahren, NZA-Rechtsprechungs-Report Arbeitsrecht 2022, S. 566–570 [zit.: *Merath*, NZA-RR 2022].

*Mette, Elisabeth*, Brennpunkt Scheinselbständigkeit, Neue Zeitschrift für Sozialrecht 2015, S. 721–727 [zit.: *Mette*, NZS 2015].

Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 1: Individualarbeitsrecht I, 5. Aufl. [zit.: *Bearbeiter*, in: § 18 Arbeitnehmerbegriff].

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Aufl. [zit.: *Bearbeiter*, in: BGB § 611a Arbeitsvertrag].

Münchener Vertragshandbuch, Bürgerliches Recht II, 8. Aufl., 2020 [zit.: *Bearbeiter*, in: 1. Dienstvertrag eines freien Mitarbeiters].

*Nier, Hedda*, Infografik: Was IT-Freiberufler verdienen, abrufbar unter <https://de.statista.com/infografik/13032/was-it-freiberufler-verdienen> abgerufen am 21.08.2023 [zit.: *Nier*, Infografik zu Stunden-/Tagessätzen von IT-Freelancern].

*Preis, Ulrich*, § BGB § 611 a BGB – Potenziale des Arbeitnehmerbegriffes, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 2018, S. 817–826 [zit.: *Preis*, NZA 2018].

*Real, Gustav K. L.*, Real: Angst vor Scheinselbständigkeit – steuerrechtliche Risiken, Deutsches Steuerrecht 2016, S. 2406–2409 [zit.: *Real*, DStR 2016].

*Rechtsassessor, Philipp Melle*, Verträge mit Dozenten und Trainern: Praktische Tipps zur Vermeidung von Scheinselbständigkeit, Schnellinformation für Personalmanagement und Arbeitsrecht 2021, S. 157–159 [zit.: *Rechtsassessor*, SPA 2021].

*Reiserer, Kerstin*, Angst vor Scheinselbständigkeit – eine permanente Bedrohung für die Bauindustrie, Deutsches Steuerrecht 2016, S. 1613–1618 [zit.: *Reiserer*, DStR 2016].

*Reiserer, Kerstin*, Es kommt endlich Bewegung in das Recht der Scheinselbständigkeit, Deutsches Steuerrecht 2020, S. 1321–1324 [zit.: *Reiserer*, DStR 2020].

*Reiserer, Kerstin/Weiss-Böhlz, Verena*, Reiserer/Weiss-Böhlz: Neues zur Scheinselbständigkeit bei Honorarärzten und Honorar-pflegekräften, Deutsches Steuerrecht 2019, S. 2648–2655 [zit.: *Reiserer/Weiss-Böhlz*, DStR 2019].

*Ruland, Franz*, Beschäftigungsverhältnis oder „Neue Selbständigkeit“?, Neue Zeitschrift für Sozialrecht 2019, S. 681–693 [zit.: *Ruland*, NZS 2019].

*Schaumberg, Torsten*, Sozialrecht Einführung, 4. Aufl., 2023 [zit.: *Schaumberg*, Sozialrecht].

*Schöberle, Michael Kalbfus; Andreas*, Kalbfus/Schöberle: Die Gruppenfeststellung als neues Compliance-Instrument, Arbeitsrecht Aktuell 2022, S. 277–280 [zit.: *Schöberle*, ArbRAktuell 2022].

*Sellinger, Matthias/Tachkov, Philipp/Völker, Rainer*, Studie zu den Auswirkungen der Gesetzgebungen zur Arbeitnehmerüberlassung sowie zur Scheinselbständigkeit auf die Quantität und Qualität des Wissenstransfers zwischen unternehmensexternen Experten und Auftraggebern, abrufbar unter <https://imi.hwg-lu.de/wp-content/uploads/2019/06/Auswirkungen-der-aktuellen-Gesetzgebung-auf-den-Wissenstransfer-zwischen-externen-Experten-und-Unternehmen.pdf> abgerufen am 26.07.2023 [zit.: *Sellinger/Tachkov/Völker*, Studie des Instituts für Management und Innovati-

on der Hochschule Ludwigshafen im Auftrag des Wirtschaftsministeriums von Rheinland-Pfalz].

*Smok, FAStR/Gernot Zimmermann; Robin*, Strafrechtliche Risiken arbeitsvertraglicher Gestaltungen, *Arbeitsrecht Aktuell* 2015, S. 394–397 [zit.: *Smok, ArbRAktuell* 2015].

*Steinau-Steinrück, Robert von/Kurth, Paula Sophie*, Das reformierte Statusfeststellungsverfahren in der Praxis, *Neue Juristische Wochenschrift Spezial* 2022, S. 754–755 [zit.: *Steinau-Steinrück/Kurth, NJW-Spezial* 2022].

*Verband der Gründer und Selbstständigen Deutschland e.V.*, VGSD-/GULP-Umfrage mit alarmierenden Zahlen: Rechtsunsicherheit führt zu Brain-Drain und Verlust von Innovations- und Wettbewerbsfähigkeit in Deutschland, abrufbar unter <https://www.vgsd.de/vgsd-gulp-umfrage-mit-alarmierenden-zahlen-rechtsunsicherheit-fuehrt-zu-brain-drain-und-verlust-von-innovations-und-wettbewerbsfaehigkeit-in-deutschland/> abgerufen am 26.07.2023 [zit.: *Verband der Gründer und Selbstständigen Deutschland e.V.*, VGSD-/GULP-Umfrage mit alarmierenden Zahlen].

*Vogel, Jan-Patrick/Simon, Johannes*, Vogel/Simon: Fremdpersonal-Compliance 2.0: Jüngste Rechtsprechungsänderung der Sozial- und Strafgerichte – Chancen und Risiken für die Compliance zugleich, *Corporate Compliance Zeitschrift* 2021, S. 115–120 [zit.: *Vogel/Simon, CCZ* 2021].

*Vogt, Felix Geulen; Volker*, Genossenschaft – Ausweg aus der Scheinselbständigkeit oder doch illegale Arbeitnehmerüberlassung?, *Arbeitsrecht Aktuell* 2019, S. 499–500 [zit.: *Vogt, ArbRAktuell* 2019].

Weber Rechtswörterbuch, 30. Aufl., 2023 [zit.: *Bearbeiter*, in: Weber Rechtswörterbuch].

*Weiss-Bözl, Verena*, Weiss-Bözl: Genossenschaftsmodell als Lösung des Problems der Scheinselbständigkeit?, *Deutsches Steuerrecht* 2017, S. 2497–2500 [zit.: *Weiss-Bözl, DStR* 2017].

*Weiss-Bözl, Verena*, Erhebung von Säumniszuschlägen – Sorgt das BSG für wirtschaftliche -Entlastung der Arbeitgeber bei Scheinselbständigkeit?, *Deutsches Steuerrecht* 2019, S. 1581–1583 [zit.: *Weiss-Bözl, DStR* 2019].

*Weiss-Bözl, Verena/Hube, Torben*, Weiss-Bözl/Hube: Beauftragung selbständiger Dienstleister im Ausland – Scheinselbständigkeit adé?, *Deutsches Steuerrecht* 2022, S. 2564–2568 [zit.: *Weiss-Bözl/Hube, DStR* 2022].

*Zellerhoff, Maximilian*, Unbestimmte Scheinselbständigkeit Das Arbeitgebermerkmal des § 266a StGB auf dem Prüfstand des Art. 103 II GG, 1. Aufl., 2020 [zit.: *Zellerhoff, Unbestimmte Scheinselbständigkeit*].

*Zieglmeier, Christian*, Die sozialversicherungsrechtliche Statusbeurteilung – ein unterschätztes Compliancerisiko, *Neue Juristische Wochenschrift* 2015, S. 1914–1919 [zit.: *Zieglmeier, NJW* 2015].

*Zieglmeier, Christian*, Arbeitgeber-, Organ- und Beraterhaftung für Sozialversicherungsbeiträge auf Grund Beschäftigung, *Deutsches Steuerrecht* 2020, S. 230–239 [zit.: *Zieglmeier, DStR* 2020].

*Zieglmeier, Christian*, Das neue (Erwerbs-)Statusfeststellungsverfahren, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 2021, S. 977–984 [zit.: *Zieglmeier, NZA* 2021].



## **7 AUTORENINFORMATION**

---

**Jennyfer Nicole Briciu** ist Absolventin des Bachelorstudienganges Wirtschaftsrecht an der Hochschule Konstanz. Sie berät Unternehmen zu Fragen der Scheinselbständigkeit.

**Dr. Thomas Zerres** ist Professor für Zivil- und Wirtschaftsrecht an der Hochschule Konstanz.