



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.¹ Auch die Tatsache, dass Arbeitgeber zahlreiche arbeitsrechtliche Vorschriften zu beachten haben und der Arbeitnehmerschutz einen hohen Stellenwert einnimmt, darf nicht außer Acht gelassen werden.² 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.³

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.⁴

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.⁵ Seitdem hat der Themenkomplex der Scheinselbständigkeit einen festen Platz in der Literatur, der Rechtsprechung und der Gesetzgebung eingenommen.⁶

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

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.¹¹ Es geht um die Einordnung eines Arbeitsverhältnisses zu dem Personenkreis der Arbeitnehmer oder der Selbständigen.¹² 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

¹ Vgl. *Reiserer*, DStR 2020, S. 1324.

² Vgl. *Brügge*, in: Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz, SchwarzArbG § 1 Zweck des Gesetzes, Rn. 73.

³ Vgl. *Lachmann*, CB 2023, S. 182.

⁴ Vgl. *Keilich*, SPA 2021, S. 49; *Reiserer*, DStR 2020, S. 1321.

⁵ Vgl. BSG, 3 RK 13/56.

⁶ Vgl. *Holthausen*, RdA 2020, S. 92.

⁷ Vgl. *Reiserer*, DStR 2020, S. 1321.

⁸ Vgl. *Mette*, NZS 2015, S. 721.

⁹ Vgl. *Lachmann*, DStR 2022, S. 1557.

¹⁰ Vgl. *Reiserer/Weiss-Bölz*, DStR 2019, S. 2655.

¹¹ Vgl. *Zieglmeier*, NZA 2021, S. 977.

¹² Vgl. *Lachmann*, DStR 2022, S. 1557.

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

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

¹³ 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 Gesetze¹⁴ 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.¹⁵ 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.¹⁶ 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.¹⁷ Die aufgeführten Tatbestandsvoraussetzungen werden in Kapitel 2.2 näher beleuchtet.

¹⁴ Vgl. *Bundestag*, Bundesgesetzblatt Teil I 2017, S. 258.

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

¹⁶ Vgl. *Preis*, NZA 2018, S. 817.

¹⁷ 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.¹⁸ Aus diesem gesetzgeberischen Gedanken lässt sich ableiten, dass hingegen der Selbständige dem Schutz des Arbeits- und Sozialrechts nicht unterworfen werden darf.¹⁹ 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.²⁰ Hierfür bildeten die Leitsätze des Bundesarbeitsgerichts (BAG) die Grundlage.²¹ 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.²²

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

¹⁸ Vgl. ebd., Rn. 3.

¹⁹ Vgl. ebd., Rn. 8.

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

²¹ Vgl. Preis, NZA 2018, S. 817.

²² Vgl. RegE BT-Drs. 18/9232, S. 31.

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

²⁴ Vgl. ebd.

rechtlichen Ansatz abzugrenzende Ansichten vor, die im Folgenden aufgezeigt werden sollen.²⁵

2.1.2 Arbeitnehmerbegriff im Sozialversicherungs- und Steuerrecht

Im Sozialversicherungsrecht wird der Arbeitnehmer als Beschäftigter bezeichnet.²⁶ 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.²⁷ § 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.²⁸ 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.²⁹ Vielmehr ist der Gedanke des Gesetzgebers, dass es sich gleichwohl um andere Beschäftigungen im Sinne der Norm als das Arbeitsverhältnis handeln kann.³⁰ Sowohl die Arbeits- als auch die Sozialgerichte teilen die gesetzliche Auffassung und legen die beiden Begriffe entsprechend den Unterschieden in den jeweiligen Rechtsgebieten aus.³¹ Der sozialversicherungsrechtliche Begriff des Beschäftigten ist jedoch in Abgrenzung zum arbeitsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff weit auszulegen.³²

Nach der Auffassung des BSG³³ 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.³⁴ 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.³⁵ 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.³⁶

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

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

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

²⁷ Vgl. Lachmann, DStR 2022, S. 1558.

²⁸ Vgl. Schaumberg, Sozialrecht, S. 80, Rn. 142.

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

³⁰ Vgl. Schaumberg, Sozialrecht, S. 80, Rn. 140.

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

³² Vgl. Schaumberg, Sozialrecht, S. 80, Rn. 140.

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

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

³⁵ Vgl. ebd.; Schaumberg, Sozialrecht, S. 81, Rn. 142.

³⁶ 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.³⁷ 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.³⁸ 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.³⁹ Danach ist Arbeitnehmer jede natürliche Person, die ihre Arbeitsleistung im Rahmen eines Dienstverhältnisses und gegen eine monetäre Vergütung zur Verfügung stellt.⁴⁰ Der Beschäftigte unterliegt in diesem Verhältnis den Weisungen des Arbeitgebers.⁴¹ Nach Auffassung des Bundesfinanzhofs⁴² (BFH) kann die steuerrechtliche Einordnung einer Person als Arbeitnehmer nicht allein anhand eines Abgrenzungsmerkmals erfolgen, sondern muss durch eine unbestimmte Vielzahl von Kriterien erfolgen.⁴³

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.⁴⁴

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

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

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

³⁹ Vgl. ebd.

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

⁴¹ Vgl. ebd.

⁴² Vgl. BFH, X R 18/12, Rn. 26.

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

⁴⁴ 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 § 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.⁴⁵ 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.⁴⁶ Bei Disputen aus Arbeitsverhältnissen sind die Arbeitsgerichte zuständig, wohingegen sich die Zivilgerichte mit Konflikten aus freien Dienstverhältnissen befassen.⁴⁷

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.⁴⁸ 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.⁴⁹ Von einer Selbständigkeit kann demzufolge gesprochen werden, wenn – gegensätzlich zum Arbeitsverhältnis – keine persönliche Abhängigkeit des Arbeitenden besteht.⁵⁰ In der vertraglichen Situation mit einem Selbständigen besteht insbesondere ein

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

⁴⁶ Vgl. ebd.

⁴⁷ Vgl. ebd.

⁴⁸ Vgl. *Kock*, NJW 2021, S. 993, Rn. 4.

⁴⁹ Vgl. ebd.

⁵⁰ Vgl. ebd.

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

Die Selbständigkeit ist vor allem wegen der Vermeidung von Sozialabgaben interessant, die bei einer abhängigen Tätigkeit eine beträchtliche Summe des monatlichen Gehalts ausmachen würden.⁵² 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.⁵³ Selbständige Personen sind in den Augen des deutschen Sozialversicherungsrechts im Grundsatz nicht versicherungspflichtig.⁵⁴ 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.⁵⁵

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.⁵⁶

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.⁵⁷ Ausschlaggebend für das Arbeitsverhältnis ist demnach der Grad der persönlichen Abhängigkeit.⁵⁸ 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.⁵⁹ Das Teilmerkmal persönlich verlangt eine Erfüllung der Arbeitsleistung durch die Person selbst, was dem § 613 S. 1 BGB zu entnehmen ist.⁶⁰

⁵¹ Vgl. ebd., Rn. 5.

⁵² Vgl. *Ruland*, NZS 2019, S. 681.

⁵³ Vgl. ebd.

⁵⁴ Vgl. §§ 28a SGB III, 2 SGB VI.

⁵⁵ Vgl. *Ruland*, NZS 2019, S. 681.

⁵⁶ Vgl. *Kock*, NJW 2021, S. 993, Rn. 5.

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

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

⁵⁹ 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.

⁶⁰ 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.⁶¹ In diesem Zusammenhang ist auf die Vielfalt der Bedeutungen hinzuweisen, die diesem Begriff bereits durch die Rechtsprechung zugesprochen wurden.⁶² Das BAG⁶³ 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.⁶⁴ 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.⁶⁵ Das Weisungsrecht bezieht sich gemäß § 611a Abs. 1 S. 2 BGB auf den Inhalt, die Durchführung, die Zeit und den Ort der Tätigkeit.⁶⁶ Es wäre falsch anzunehmen, dass alle aufgeführten Tatbestandsmerkmale vorliegen müssen, um von einem Arbeitsverhältnis im Sinne dieser Norm sprechen zu können.⁶⁷ Vielmehr ist eine Einzelfallbetrachtung des fraglichen Arbeitsverhältnisses erforderlich, da auch nur ein herausstechendes Kriterium zu der Annahme einer persönlichen Abhängigkeit führen kann.⁶⁸

Grundsätzlich gilt, dass eine konkrete Weisung als starkes Indiz für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses gewertet werden kann.⁶⁹ 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.⁷⁰

Das BAG⁷¹ 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“⁷².

⁶¹ Vgl. ebd., Rn. 34.

⁶² Vgl. ebd.

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

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

⁶⁵ Vgl. ebd.

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

⁶⁷ Vgl. BAG, 9 AZR 102/20, Rn. 31.

⁶⁸ Vgl. ebd.

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

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

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

⁷² 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.⁷³ 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.⁷⁴

Das zeitliche Element der Weisungsgebundenheit ist laut BAG⁷⁵ 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.⁷⁶ 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.⁷⁷

In der Rechtstheorie hat der Arbeitgeber über das Direktionsrecht zudem die Möglichkeit, den Aufgabenbereich des Arbeitnehmers zu bestimmen, der folglich fachlichen Weisungen unterliegt.⁷⁸ 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.⁷⁹ 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.⁸⁰

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.⁸¹ Abbildung 3 zeigt eine bildliche Darstellung aller Elemente der Weisungsgebundenheit.

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

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

⁷⁵ Vgl. BAG, 9 AZR 102/20, Rn. 34.

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

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

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

⁷⁹ Vgl. ebd.

⁸⁰ Vgl. ebd.

⁸¹ Vgl. ebd., Rn. 39.

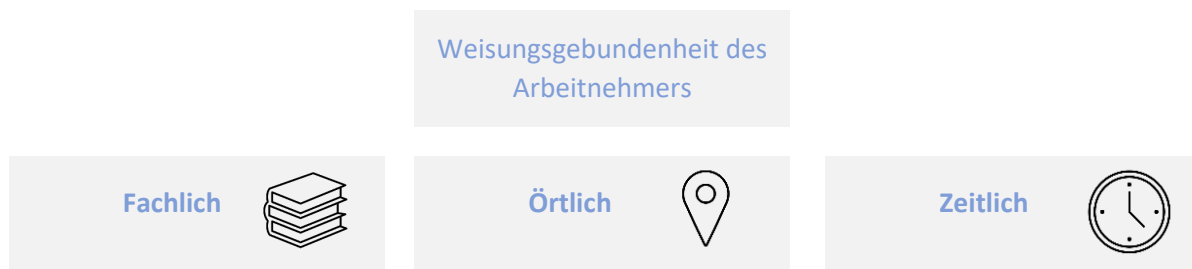


Abbildung 3: Bestandteile der Weisungsgebundenheit

Quelle: Eigene Darstellung

Nach der Auffassung des BAG⁸² ist das Weisungsrecht aus arbeitsrechtlichem Blickwinkel auf die Person des Arbeitnehmers bezogen und zudem „ablauf- und verfahrensorientiert“⁸³. Davon abzugrenzen sind Weisungen an einen Selbständigen, die grundsätzlich sachbezogen sind und sich auf das Resultat der Leistung beziehen.⁸⁴

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 BAG⁸⁵ 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.⁸⁶

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.⁸⁷ Beide Begrifflichkeiten bedingen sich gegenseitig und decken sich partiell in ihrer Bedeutung.⁸⁸ 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“⁸⁹ hervorgeht.⁹⁰ Dabei bezieht es sich auf eine frühere Entscheidung des BAG⁹¹ aus dem Jahr 2006 und ergänzt diese um die herrschenden Stimmen⁹² in der Literatur. Die Fremdbestimmung muss ferner dem Arbeitgeber zuordenbar sein.⁹³ In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass auch das Sozialrecht in § 7 Abs. 1

⁸² Vgl. BAG, 9 AZR 102/20, Rn. 35.

⁸³ Ebd.

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

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

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

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

⁸⁸ Vgl. BAG, 9 AZR 102/20, Rn. 31.

⁸⁹ BAG, 9 AZR 102/20, Rn. 31.

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

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

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

⁹³ 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.⁹⁴

Auf Ebene der Europäischen Union ist in diesem Zusammenhang dem Begriff des Unterordnungsverhältnisses, der durch den Europäischen Gerichtshof (EuGH) genutzt wird, Beachtung zu schenken.⁹⁵ Dieser wird synonym zu dem deutschen Begriff der Fremdbestimmung verwendet.⁹⁶ Ob ein solches Verhältnis vorliegt, muss laut der Rechtsprechung des EuGH in einer gesamtlichen Betrachtung aller maßgeblichen Umstände des Einzelfalles geprüft werden.⁹⁷ 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.⁹⁸

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.⁹⁹ 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.¹⁰⁰ Das Verhältnis der beiden Bereiche zueinander wird in der folgenden Abbildung 4 dargestellt.

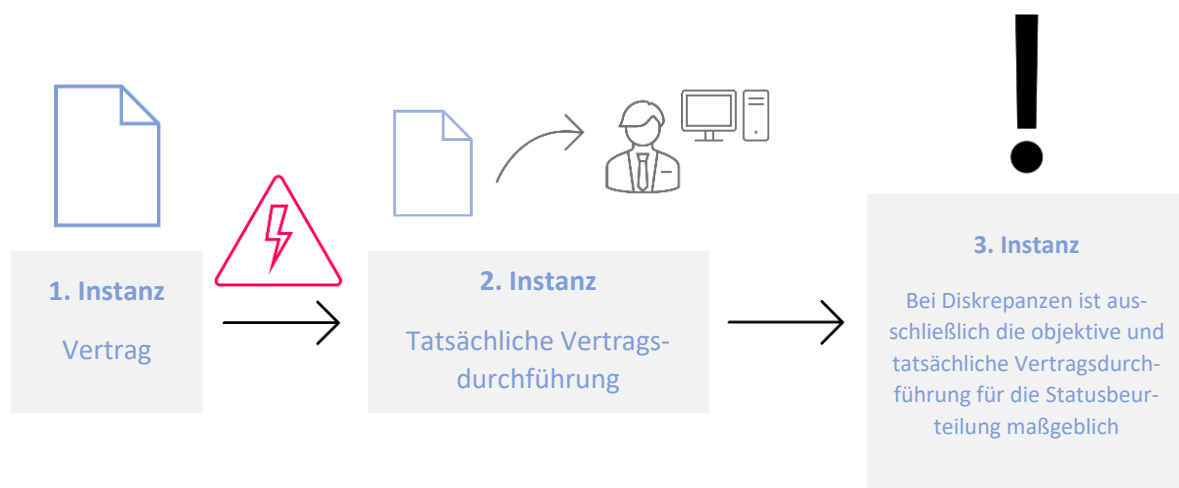


Abbildung 4: Maßgeblichkeit der tatsächlichen Vertragsdurchführung

Quelle: Eigene Darstellung

⁹⁴ Vgl. *Lachmann*, CB 2023, S. 184.

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

⁹⁶ Vgl. ebd.

⁹⁷ Vgl. EuGH, C-229/14, Rn. 37.

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

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

¹⁰⁰ Vgl. ebd.

Ob dieses Missverhältnis bereits zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses besteht oder sich im Rahmen der Vertragslaufzeit entwickelt, ist dabei unerheblich.¹⁰¹ Darüber hinaus hat das Arbeitsrecht den Schutz des schwächer gestellten Arbeitnehmers zum Ziel.¹⁰² 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.¹⁰³ Die Anwendung der gesetzlichen Arbeitnehmerschutzvorschriften darf folglich nicht durch vertragliche Abrede ausgeschlossen werden.¹⁰⁴

In Zweifelsfällen ist nach der Rechtsprechung des BAG¹⁰⁵ 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.¹⁰⁶ 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.¹⁰⁷

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 5.¹⁰⁸ 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.¹⁰⁹ Diese Indizien sind lediglich ergänzend in die Abwägung einzubeziehen und dürfen nach Auffassung des BAG¹¹⁰ ausschließlich im Interesse des Arbeitnehmers zum Tragen kommen.¹¹¹

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

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

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

¹⁰⁴ Vgl. ebd., Rn. 46.

¹⁰⁵ 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*).

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

¹⁰⁷ 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*).

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

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

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

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

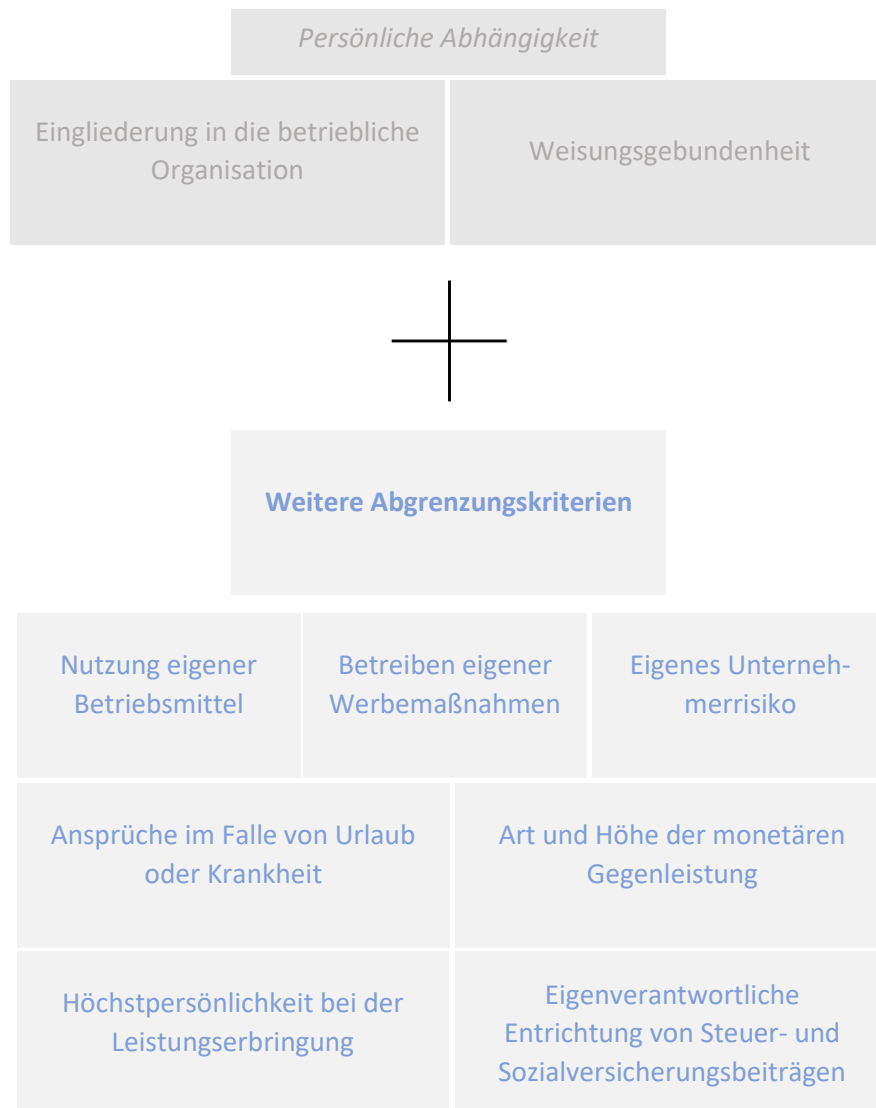


Abbildung 5: Nicht abschließende Übersicht weiterer Abgrenzungskriterien der Rechtsprechung von abhängiger und selbständiger Arbeit

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.¹¹² 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.¹¹³ Das Einkommen des Selbständigen hängt von der herrschenden Auftragslage ab, wodurch er dem Risiko der Insolvenz und dem unsicheren Eintritt des Gewinns ausgesetzt ist.¹¹⁴

¹¹² Vgl. Lachmann, CB 2023, S. 184.

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

¹¹⁴ 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.¹¹⁵ Ein Selbständiger hingegen kann sich eigener Mitarbeiter oder Subunternehmer bedienen und unterscheidet sich damit von einem Angestellten.¹¹⁶

Im Rahmen der Abgrenzung der Tätigkeiten wird weiterhin der Bestand von im Eigentum stehenden Betriebsmitteln berücksichtigt.¹¹⁷ Hierunter lassen sich insbesondere Arbeitskleidung, Drucker, Handy sowie Laptop subsumieren.¹¹⁸ 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 Rechtsprechung¹¹⁹ „kommt es für die Beantwortung der Frage, welches Rechtsverhältnis im konkreten Fall vorliegt, letztlich auf eine Gesamtwürdigung aller maßgebenden Umstände des Einzelfalls an“¹²⁰.

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.¹²¹ Erst ein Jahr vor der Jahrtausendwende hat sich der Gesetzgeber der Problematik der Scheinselbständigkeit angenommen und man könnte sagen, zu vorschnell eine Lösungsmöglichkeit erdacht.¹²² 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

¹¹⁵ Vgl. ebd.

¹¹⁶ Vgl. ebd.

¹¹⁷ Vgl. ebd.

¹¹⁸ Vgl. ebd.

¹¹⁹ 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.

¹²⁰ Temming, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, § 18 Arbeitnehmerbegriff, Rn. 42.

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

¹²² Vgl. ebd.

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

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

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.¹²⁹ 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.¹³⁰

Ob der übereilte Gesetzgebungsansatz geeignet ist, die lang ersehnte Rechtssicherheit im Bereich der Scheinselbständigkeit zu schaffen, ist fraglich und wird überwiegend verneint.¹³¹ 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.¹³² Ebenso kommen Studien¹³³ 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.¹³⁴ Das Interesse der Unternehmen am Einsatz von Fremdpersonal nimmt

¹²³ 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.

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

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

¹²⁶ Vgl. ebd.

¹²⁷ Vgl. ebd., S. 177.

¹²⁸ Vgl. ebd., S. 170.

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

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

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

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

¹³³ 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.

¹³⁴ Vgl. *Zellerhoff*, Unbestimmte Scheinselbständigkeit, S. 79.

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

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.¹³⁶ Die Ausgestaltung des Beauftragungsverhältnisses von Fremdpersonal kann individuell sein.¹³⁷ 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.¹³⁸ Vertragstypologisch werden diese als Dienst- oder Werkverträge eingeordnet.¹³⁹ Das Modell mit der Beteiligung von drei Personen im Rahmen einer Arbeitnehmerüberlassung eröffnet den Anwendungsbereich des AÜG.¹⁴⁰

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.¹⁴¹ Die Verfügbarkeit ist kurzfristig gegeben und es kann eine gezielte Auswahl getroffen werden.¹⁴² 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.¹⁴³ Auch hat der Arbeitgeber den Vorteil, dass der Selbständige nicht wie ein Arbeitnehmer den Schutzgedanken des Arbeitnehmerschutzrechts genießt.¹⁴⁴ Nach den Erfahrungen der Verfasserin ist in der Praxis das Honorar eines Freelancers zumeist exorbitant höher als das Gehalt eines Angestellten.¹⁴⁵ Trotz dieses Aspekts ist eine Beauftragung kostengünstiger im Vergleich zu den gesamten Kosten, die für einen Arbeitnehmer während der Anstellung anfallen.¹⁴⁶ Die Zusammensetzung dieser Kosten ist in einer nicht abschließenden Gegenüberstellung in Abbildung 6 dargestellt.

¹³⁵ Vgl. ebd.

¹³⁶ Vgl. ebd., S. 79 f.

¹³⁷ Vgl. ebd.

¹³⁸ Vgl. ebd., S. 80.

¹³⁹ Vgl. ebd.

¹⁴⁰ Vgl. ebd.

¹⁴¹ Vgl. ebd.

¹⁴² Vgl. ebd.

¹⁴³ Vgl. ebd., S. 81 f.

¹⁴⁴ Vgl. ebd., S. 82.

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

¹⁴⁶ Vgl. *Zellerhoff*, Unbestimmte Scheinselbständigkeit, S. 82 f.

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

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.¹⁴⁷ 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.¹⁴⁸ Im Rahmen der alle vier Jahre stattfindenden Betriebsprüfungen nach § 28p SGB IV durch die Rentenversicherungsträger wird häufig die Beschäftigung von Scheinselbständigen aufgedeckt.¹⁴⁹ 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.¹⁵⁰

¹⁴⁷ Vgl. *Holthausen*, RdA 2020, S. 92 f.

¹⁴⁸ Vgl. ebd.

¹⁴⁹ Vgl. *Schlegel*, in: Küttner Personalbuch, Betriebsprüfung, Rn. 33 f.

¹⁵⁰ 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.¹⁵¹ Gerade deshalb ist es wichtiger denn je, Lösungsansätze für die Praxis zu entwickeln, die als Orientierungshilfe im Bereich der Scheinselbständigkeit dienen.¹⁵² Denn das Problemfeld tangiert die Rechtsgebiete des Arbeits-, Sozialversicherungs-, Steuer- und Strafrechts und ist damit eine fachgebietsübergreifende Materie.¹⁵³ 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.¹⁵⁴

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.¹⁵⁵ Die Person tritt nach außen als Selbständiger auf, obwohl dies nur zum Schein geschieht.¹⁵⁶ Dies kann vorsätzlich oder unbeabsichtigt geschehen; ersteres erfolgt meist mit dem Ziel, den Regelungen des Arbeits-, Sozial- und Steuerrechts zu entfliehen.¹⁵⁷ 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.¹⁵⁸ 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.¹⁵⁹

Angesichts der drohenden Auswirkungen von Scheinselbständigkeit sind eine gefestigte vertragliche Grundlage und die richtige Umsetzung dergleichen für Unternehmen unumgänglich.¹⁶⁰ 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.¹⁶¹ 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.¹⁶² 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.

¹⁵¹ Vgl. *Holthausen*, RdA 2020, S. 97.

¹⁵² Vgl. ebd.

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

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

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

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

¹⁵⁷ Vgl. ebd., Rn. 71.

¹⁵⁸ Vgl. ebd.

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

¹⁶⁰ Vgl. ebd.

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

¹⁶² 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.¹⁶³ 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.¹⁶⁴ Insbesondere während eines Arbeitsverhältnisses können sich aus konkreten individuellen Umständen des Arbeitnehmers Ansprüche aus dem Sozialrecht ergeben, was die enge Verbundenheit beider Rechtsgebiete unterstreicht.¹⁶⁵

Trotz ihrer Nähe zueinander unterliegen die Rechtsgebiete jeweils einer eigenen Systematik.¹⁶⁶ Das Arbeitsrecht ist dem Privatrecht zuzuordnen, während das Sozialrecht dem öffentlichen Recht, genauer gesagt dem Verwaltungsrecht, beizuordnen ist.¹⁶⁷ 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.¹⁶⁸

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

¹⁶³ Vgl. *Kania*, NZS 2020, S. 878.

¹⁶⁴ Vgl. ebd.

¹⁶⁵ Vgl. ebd.

¹⁶⁶ Vgl. ebd.

¹⁶⁷ Vgl. ebd.

¹⁶⁸ Vgl. ebd.

¹⁶⁹ Vgl. ebd., S. 883.

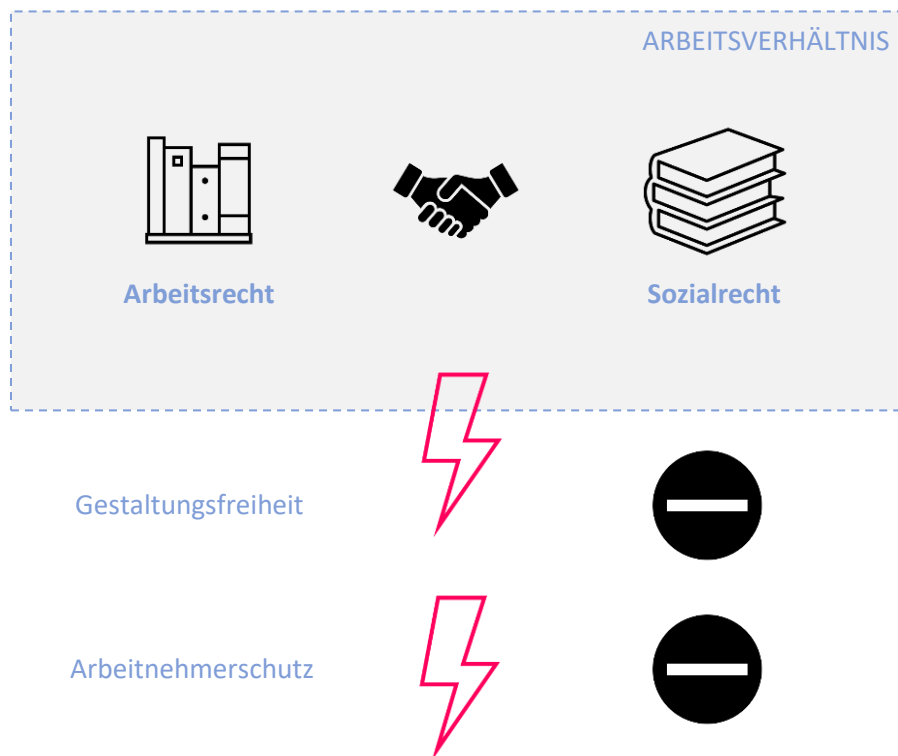


Abbildung 7: Beziehung zwischen Arbeits- und Sozialrecht

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.¹⁷⁰ Folglich finden auch nicht – wie ursprünglich angenommen – die Normen zu Dienst- oder Werkverträgen Anwendung.¹⁷¹ Maßgeblich ist der Zeitpunkt, zu dem das Beschäftigungsverhältnis als Arbeitsverhältnis eingestuft wird.¹⁷² Dies wird in den meisten Fällen der Beginn der Vortragsbeziehung sein, kann sich aber gleichermaßen um einen späteren Zeitpunkt handeln.¹⁷³

Daraus lässt sich ableiten, dass der vermeintlich Selbständige in der Folge alle Rechte und Pflichten eines Arbeitnehmers innehat.¹⁷⁴ 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-

¹⁷⁰ Vgl. Lachmann, DStR 2022, S. 1558.

¹⁷¹ Vgl. Lachmann, CB 2023, S. 218.

¹⁷² Vgl. Lachmann, DStR 2022, S. 1558.

¹⁷³ Vgl. ebd.

¹⁷⁴ Vgl. Lachmann, CB 2023, S. 218.

urlaubsgesetz (BUrlG), um nur ein paar zu nennen.¹⁷⁵ 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.¹⁷⁶ Das Honorar des vermeintlich freien Mitarbeiters entspreche unverändert dem Bruttogehalt des Arbeitnehmers und sei durch den Arbeitgeber zu entrichten.¹⁷⁷ 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.¹⁷⁸

Das BAG¹⁷⁹ hat 1986 für die vertragliche Anpassung der Honorarhöhe die Grundgedanken des § 313 BGB zur Störung der Geschäftsgrundlage bei einem irrtümlich geschlossenen freien Dienstvertrag herangezogen.¹⁸⁰ Das Landesarbeitsgericht (LAG) Köln¹⁸¹ 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.¹⁸²

Im Jahr 1998 hat das BAG¹⁸³ an die Auffassung des LAG Köln angeknüpft und im Jahr 2019¹⁸⁴ im Rahmen eines Falls des Landessozialgerichts Baden-Württemberg anerkannt.¹⁸⁵ 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.¹⁸⁶ Das BAG argumentiert, dass die Vertragsparteien das Honorar des Freelancers nicht mit der Vergütung eines Arbeitnehmers gleichsetzen können.¹⁸⁷ 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.¹⁸⁸ 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-

¹⁷⁵ Vgl. ebd.

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

¹⁷⁷ Vgl. Reiserer, DStR 2020, S. 1323.

¹⁷⁸ Vgl. ebd.

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

¹⁸⁰ Vgl. Lachmann, CB 2023, S. 218.

¹⁸¹ Vgl. LAG Köln, 10 Sa 194/96.

¹⁸² Vgl. Lachmann, CB 2023, S. 218 f.

¹⁸³ Vgl. BAG, 5 AZR 50–97 – (*Köln*).

¹⁸⁴ Vgl. BAG, 5 AZR 178/18.

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

¹⁸⁶ Vgl. Lachmann, CB 2023, S. 218.

¹⁸⁷ Vgl. ebd., S. 219.

¹⁸⁸ Vgl. Reiserer, DStR 2020, S. 1323.

ausgeht.¹⁸⁹ 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.¹⁹⁰

3.2.3 Honorarhöhe als Kriterium der Statusbeurteilung

Hoffnung auf eine rechtssichere Abgrenzung der Beschäftigungsformen machte Anfang 2017 eine Entscheidung des BSG¹⁹¹, in der das Gericht klarstellte, dass die Höhe des Honorars als aussagekräftiges Kriterium berücksichtigt werden kann.¹⁹² Demnach deutet ein unverkennbar höheres Honorar des Freelancers im Vergleich zu einem Arbeitnehmer auf eine selbständige Beschäftigung hin.¹⁹³ Das Gericht verweist auf eine eigene Entscheidung aus dem Jahr 2012¹⁹⁴, 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.¹⁹⁵ 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.¹⁹⁶

Nur zwei Jahre nach der Entscheidung des BSG hat es in zwei Urteilen¹⁹⁷ zu Honorarärzten und Pflegekräften seine Auffassung revidiert und ist dem Wunsch nach mehr Sicherheit im Rechtsverkehr erneut nicht nachgekommen.¹⁹⁸ 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.¹⁹⁹

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.²⁰⁰ Die Sozialversicherungsbeiträge setzen sich aus Arbeitslosen-, Kranken-, Pflege-, Renten- und Unfallversicherungsbeiträgen zusammen.²⁰¹ 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.²⁰²

¹⁸⁹ Vgl. ebd.

¹⁹⁰ Vgl. ebd.

¹⁹¹ Vgl. BSG, B 12 R 7/15 R.

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

¹⁹³ Vgl. BSG, B 12 R 7/15 R, Rn. 50.

¹⁹⁴ Vgl. BSG, B 12 KR 24/10 R.

¹⁹⁵ Vgl. BSG, B 12 R 7/15 R, Rn. 50.

¹⁹⁶ Vgl. *Reiserer*, DStR 2020, S. 1323.

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

¹⁹⁸ Vgl. *Reiserer*, DStR 2020, S. 1323 f.

¹⁹⁹ Vgl. ebd., S. 1324.

²⁰⁰ Vgl. *Lachmann*, CB 2023, S. 219.

²⁰¹ Vgl. *Schlegel*, in: Küttner Personalbuch, Sozialversicherungsbeiträge, Rn. 22.

²⁰² 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 Jahre²⁰³ sowohl Arbeitgeber- als auch Arbeitnehmeranteile nachzahlen und kann folglich als Vollhafter in Anspruch genommen werden.²⁰⁴ Die Dauer der Nachzahlung erhöht sich auf bis zu 30 Jahre, wenn es sich um eine vorsätzliche Handlung des Beitragsschuldners handelt.²⁰⁵ Bedingter Vorsatz ist nach Auffassung des BSG²⁰⁶ 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.²⁰⁷

Problematisch ist in der Praxis auch die sogenannte Nettolohnfiktion im Falle einer Nachentrichtungspflicht von Sozialversicherungsbeiträgen für den Schein-Auftraggeber.²⁰⁸ Fraglich ist, auf welcher Vergütungsgrundlage die Höhe der Nachzahlungspflicht zu berechnen ist.²⁰⁹ Denn bei der Beauftragung des vermeintlich Selbständigen erfolgte keine klassische Lohnzahlung, sondern lediglich eine Rechnungsausstellung für seine Leistung.²¹⁰ Für etwaige Beitrags- und Steuerzahlungen war der Selbständige eigenverantwortlich verpflichtet.²¹¹ 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.²¹² Auf dieser Grundlage und mit Hilfe der entsprechenden Lohnsteuerklasse wird das Bruttoarbeitsentgelt berechnet.²¹³ 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.²¹⁴ Diese betragen für jeden angefangenen Monat der Fristüberschreitung 1 %, was im Falle von Scheinselbständigkeit ebenfalls zu einer hohen finanziellen Belastung des Arbeitgebers führen würde.²¹⁵ § 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-

²⁰³ Vgl. § 25 Abs. 1 SGB IV.

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

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

²⁰⁶ Vgl. BSG, B 12 R 7/14 R, Rn. 27.

²⁰⁷ Vgl. *Lachmann*, DStR 2022, S. 1559.

²⁰⁸ Vgl. *Lachmann*, CB 2023, S. 220.

²⁰⁹ Vgl. ebd.

²¹⁰ Vgl. ebd.

²¹¹ Vgl. ebd.

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

²¹³ Vgl. *Lachmann*, CB 2023, S. 220.

²¹⁴ Vgl. ebd.

²¹⁵ Vgl. *Lachmann*, DStR 2022, S. 1559.

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

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 2018²¹⁸ 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.²¹⁹ Das Gericht hat die finanzielle und wirtschaftliche Belastung der Schein-Auftraggeber erkannt und will nun für eine Entlastung dieser sorgen.²²⁰

Kaum Beachtung wurde der ungeschriebenen subjektiven Tatbestandsvoraussetzung neben dem objektiven Bestandteil der Nichtentrichtung in § 24 Abs. 1 S. 1 SGB IV geschenkt.²²¹ 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.²²² 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.²²³

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.²²⁴ Hat der Beitragsschuldner jedoch unverschuldet Unkenntnis von etwaigen Zahlungspflichten, dann sind Säumniszuschläge ungerechtfertigt und dürfen deshalb nicht anfallen.²²⁵ Das Fehlen der Kenntnis steht dem nicht gleich.²²⁶ 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.²²⁷ Darüber hinaus ist die Anwendung zivilrechtlicher Vorschriften im Sozialrecht grundsätzlich nicht ungehindert möglich.²²⁸

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

²¹⁶ Vgl. § 24 Abs. 2 SGB IV.

²¹⁷ Vgl. *Weiss-Bözl*, DStR 2019, S. 1581.

²¹⁸ Vgl. BSG, B 12 R 15/18 R.

²¹⁹ Vgl. *Weiss-Bözl*, DStR 2019, S. 1581.

²²⁰ Vgl. ebd.

²²¹ Vgl. ebd.

²²² Vgl. BSG, B 12 R 18/09 R, S. 665.

²²³ Vgl. *Weiss-Bözl*, DStR 2019, S. 1581 f.

²²⁴ Vgl. ebd., S. 1582.

²²⁵ Vgl. ebd.

²²⁶ Vgl. ebd.

²²⁷ Vgl. ebd.

²²⁸ 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.²²⁹ 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.²³⁰ Der Auftraggeber ist im Falle einer Scheinselbständigkeit der Auffassung, dass es sich bei seinem Vertragspartner um einen Selbständigen handelt, weshalb der Lohnsteuereinzug unterbleibt.²³¹ 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.²³²

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

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.²³⁵

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.²³⁶ 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.²³⁷ Auf Seiten des Schein-Auftraggebers kommt es zu der Problematik, dass dieser nach § 15 Abs. 1 Nr. 1 UStG keinen Vorsteuerabzug der

²²⁹ Vgl. *Real*, DStR 2016, S. 2406.

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

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

²³² Vgl. *Real*, DStR 2016, S. 2407.

²³³ Vgl. *Lachmann*, DStR 2022, S. 1559.

²³⁴ Vgl. *Lachmann*, CB 2023, S. 221.

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

²³⁶ Vgl. *Real*, DStR 2016, S. 2407.

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

durch den Scheinselbständigen in Rechnung gestellten Umsatzsteuer vornehmen kann.²³⁸ 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.²³⁹ 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.²⁴⁰ 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.²⁴¹

Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt nach § 266a StGB sind Kernansatzpunkte im Arbeitsstrafrecht.²⁴² 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.²⁴³ 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.²⁴⁴ 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.²⁴⁵

Für eine Strafbarkeit im Sinne des § 266a StGB muss das Handeln des Arbeitgebers zumindest von bedingtem Vorsatz geprägt sein.²⁴⁶ Bis zum Jahr 2018 bzw. 2019 ist hierfür nach ständiger Rechtsprechung²⁴⁷ 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“²⁴⁸. 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

²³⁸ Vgl. *Lachmann*, DStR 2022, S. 1559.

²³⁹ Vgl. *Holthausen*, RdA 2020, S. 93.

²⁴⁰ Vgl. BGH, 1 StR 331/17, S. 1625.

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

²⁴² Vgl. *Lachmann*, CB 2023, S. 221; *Smok*, ArbRAktuell 2015, S. 394.

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

²⁴⁴ Vgl. *Smok*, ArbRAktuell 2015, S. 394.

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

²⁴⁶ Vgl. *Lachmann*, CB 2023, S. 221.

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

²⁴⁸ BGH, 1 StR 346/18, Rn. 17.

resultierende gesetzliche Pflicht zur Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen, er dies jedoch wissentlich hinnimmt.²⁴⁹

Die Hürden für das Vorliegen von Vorsatz sind jedoch mit der Andeutung im Jahr 2018²⁵⁰ und der Bestätigung durch das BGH-Urteil im Jahr 2019²⁵¹ gestiegen und heben sich zudem von denen des Sozialrechts ab.²⁵² Nach aktueller Auffassung des BGH²⁵³ 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.²⁵⁴

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.²⁵⁵ 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.²⁵⁶ Der Auftraggeber und der Auftragnehmer können für die Erfüllung des Tatbestands der Steuerhinterziehung mit einer Geld- oder Freiheitsstrafe sanktioniert werden.²⁵⁷ Beschäftigt ein Unternehmen mehrere Schein-Freelancer, dann ist es nach der Rechtsprechung des BGH²⁵⁸ ab einer Höhe von 1.000.000 EUR nicht gerechtfertigt, eine Bewährungsstrafe auszusprechen.²⁵⁹ 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 VII²⁶⁰, 8 Abs. 3 SchwarzArbG²⁶¹ 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.²⁶² 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-

²⁴⁹ Vgl. ebd., Rn. 18.

²⁵⁰ Vgl. BGH, 1 StR 331/17, Rn. 15.

²⁵¹ Vgl. BGH, 1 StR 346/18.

²⁵² Vgl. *Lachmann*, CB 2023, S. 221.

²⁵³ Vgl. BGH, 1 StR 346/18, Rn. 20.

²⁵⁴ Vgl. *Lachmann*, CB 2023, S. 221.

²⁵⁵ Vgl. BGH, 1 StR 331/17, S. 1625.

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

²⁵⁷ Vgl. ebd.

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

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

²⁶⁰ Vgl. *Keilich*, SPA 2021, S. 50.

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

²⁶² 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.²⁶³ Insbesondere kann das Unternehmen in der Folge insolvenzstrafrechtliche Tatbestände erfüllen.²⁶⁴ 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.²⁶⁵ Die Norm der Untreue einerseits schützt das Vermögen anderer, die den Täter mit der Pflicht zur Vermögensbetreuung betraut haben.²⁶⁶ 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.²⁶⁷ Im Falle einer Insolvenz kann es dazu kommen, dass ein Unternehmen den Tatbestand der Untreue erfüllt.²⁶⁸ 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.²⁶⁹

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.²⁷⁰ Die Tätoreigenschaft kann von einem Geschäftsführer oder Vorstandsvorsitzenden erfüllt werden, wenn keine Eröffnungsantrag für eine Insolvenz gestellt wird.²⁷¹

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.²⁷² 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.²⁷³ Folg-

²⁶³ Vgl. ebd., S. 222.

²⁶⁴ Vgl. ebd.

²⁶⁵ Vgl. *Habetha*, NZG 2012, S. 1134 f.

²⁶⁶ Vgl. *Lachmann*, CB 2023, S. 222.

²⁶⁷ Vgl. *Habetha*, NZG 2012, S. 1135.

²⁶⁸ Vgl. *Lachmann*, CB 2023, S. 222.

²⁶⁹ Vgl. *Habetha*, NZG 2012, S. 1135.

²⁷⁰ Vgl. *Lachmann*, CB 2023, S. 222.

²⁷¹ Vgl. ebd.

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

²⁷³ Vgl. ebd.

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

Des Weiteren wurde in § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB ein fakultativer Ausschlussgrund ergänzt.²⁷⁵ Liegt der Fokus auf der Nichtzahlung von Sozialversicherungsbeiträgen, dann ist § 123 Abs. 4 GWB lex specialis zu § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB.²⁷⁶ 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.²⁷⁷ Rechtskräftige gerichtliche Verurteilungen im Sinne des § 123 Abs. 1 GWB wegen der Verwirklichung von Straftatbeständen werden in das Register eingetragen.²⁷⁸ Öffentliche Auftraggeber sind in bestimmten Fällen verpflichtet, vor der Auftragsvergabe beim Bundeskartellamt anzufragen, ob ein potenzieller Bieter in dem Register eingetragen ist.²⁷⁹ Zweck des Wettbewerbsregisters ist die Sicherstellung der wirksamen Durchsetzung des Ausschlusses von Bietern am Vergabeverfahren.²⁸⁰

3.6.2 Haftungsrisiken der Unternehmensorgane

Gesellschaftsorgane können aufgrund von begangenen Straftaten von der Leitung des Unternehmens ausgeschlossen werden.²⁸¹ 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.²⁸² Bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist die betroffene Person der Geschäftsführer, im Falle einer Aktiengesellschaft ist dies der Vorstand.²⁸³

Die Leitungsorgane können nicht nur für strafrechtliche Vergehen im Rahmen ihrer Organstellung zur Rechenschaft gezogen werden.²⁸⁴ 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.²⁸⁵ § 266a StGB wird von der Rechtsprechung²⁸⁶ 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.²⁸⁷

²⁷⁴ Vgl. ebd.

²⁷⁵ Vgl. ebd.

²⁷⁶ Vgl. *Opitz*, GWB § 124 Fakultative Ausschlussgründe, Rn. 24.

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

²⁷⁸ Vgl. *Meinhardt*, in: Weber Rechtswörterbuch, Wettbewerbsregister.

²⁷⁹ Vgl. ebd.

²⁸⁰ Vgl. ebd.

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

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

²⁸³ Vgl. § 6 Abs. 2 S. 2 Nr. 3e GmbHG und § 76 Abs. 3 S. 2 Nr. 3e AktG.

²⁸⁴ Vgl. § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB.

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

²⁸⁶ Vgl. BGH, II ZR 192/13.

²⁸⁷ 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.²⁸⁸ 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.²⁸⁹ 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.²⁹⁰

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.²⁹¹

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.²⁹² Jedoch lassen sich die Gedanken des Gesetzgebers zur Implementierung von Frühwarnsystemen aus der Fragmentierung der gesetzlichen Vorschriften ableiten.²⁹³ Wie beispielsweise aus § 91 Abs. 2 AktG, wonach der Vorstand eines an der Börse notierten Unternehmens ein solches System einführen muss²⁹⁴ oder aus § 43 Abs. 1 GmbHG, wonach der ordentliche Geschäftsmann definiert wird²⁹⁵. 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-

²⁸⁸ Vgl. ebd.

²⁸⁹ Vgl. ebd.

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

²⁹¹ Vgl. *Zieglmeier*, DStR 2020, S. 237.

²⁹² Vgl. *Kreßel*, NZG 2018, S. 842; *Zieglmeier*, NJW 2015, S. 1917.

²⁹³ Vgl. *Zieglmeier*, NJW 2015, S. 1917.

²⁹⁴ Vgl. ebd.

²⁹⁵ 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.²⁹⁶ Es drohen Bußgelder, wenn dies vorsätzlich oder fahrlässig unterbleibt und damit zu einer Verletzung etwaiger gesetzlicher Pflichten führt.²⁹⁷ 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.²⁹⁸

Compliance-Systeme haben vorwiegend die Prävention von Haftungsrisiken für das Unternehmen zum Ziel.²⁹⁹ 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.³⁰⁰ 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.³⁰¹ Insbesondere einer statusrechtlichen Überprüfung der DRV Bund muss der Vertrag und letztlich das tatsächlich gelebte Vertragsverhältnis standhalten.³⁰²

²⁹⁶ Vgl. *Kreßel*, NZG 2018, S. 842.

²⁹⁷ Vgl. ebd.

²⁹⁸ Vgl. ebd., S. 843.

²⁹⁹ Vgl. ebd., S. 845.

³⁰⁰ Vgl. *Lachmann*, CB 2023, S. 269.

³⁰¹ Vgl. ebd.

³⁰² 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.³⁰³ Gleichmaßen kommt der Personal- und der Einkaufsabteilung eine Pflicht zu, da sie für Personalressourcen, worunter ebenfalls externe Mitarbeiter zählen, zuständig sind.³⁰⁴ 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).³⁰⁵ Ein „One-size-fits-all-Compliance-System“ gibt es nicht und wäre angesichts der unterschiedlichen Unternehmensstrukturen und -prozesse nicht praktikabel.³⁰⁶ 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.³⁰⁷ 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.³⁰⁸ Dies ist oft auf mangelndes Bewusstsein für die im vorigen Kapitel beschriebenen Konsequenzen oder auf Bequemlichkeit zurückzuführen.³⁰⁹

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-

³⁰³ Vgl. ebd., S. 269.

³⁰⁴ Vgl. ebd.

³⁰⁵ Vgl. ebd.

³⁰⁶ Vgl. Happ/Gliewe, CCZ 2018, S. 25.

³⁰⁷ Vgl. ebd.

³⁰⁸ Vgl. Lachmann, CB 2023, S. 270.

³⁰⁹ 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.³¹⁰ 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.³¹¹ Unterhält ein Unternehmen kein solches System und beschäftigt Scheinselbständige, kann dies im ungünstigsten Fall zur Insolvenz führen.³¹²

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

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.³¹⁶ Ein Compliance-System kann den Arbeitgeber vor dem Vorwurf fahrlässigen oder vorsätzlichen Handelns schützen.³¹⁷

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.³¹⁸ Die Anzahl der beschäftigten

³¹⁰ Vgl. ebd., S. 270, 274.

³¹¹ Vgl. ebd.

³¹² Vgl. ebd.

³¹³ Vgl. ebd.

³¹⁴ Vgl. ebd.

³¹⁵ Vgl. ebd.

³¹⁶ Vgl. ebd.

³¹⁷ Vgl. *Reiserer*, DStR 2016, S. 1617.

³¹⁸ 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.³¹⁹ Dies ist notwendig, um gegebenenfalls bestehende Praxisabläufe zu korrigieren und daraus optimale Handlungsempfehlungen für zukünftige Beauftragungen ableiten zu können.³²⁰ 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.³²¹ Der Fokus liegt dabei auf den Fachabteilungen mit den meisten Berührungspunkten zu Freelancern; dies schließt die anderen Mitarbeiter jedoch nicht aus.³²² 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.³²³ 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.³²⁴ 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.³²⁵ An diesen können sich die Beteiligten im Rahmen der Vertragsverhandlungen orientieren.³²⁶ Für bereits bestehende Vertragsverhältnisse mit Freelancern können gleichwohl Hilfsmittel, wie Fragebögen, zur Einschätzung des tatsächlichen Status der beschäftigten Person, ergänzend herangezogen werden.³²⁷ 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.³²⁸ 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.

³¹⁹ Vgl. ebd., S. 118 f.

³²⁰ Vgl. ebd.

³²¹ Vgl. ebd., S. 119.

³²² Vgl. ebd.

³²³ Vgl. *Zieglmeier*, NJW 2015, S. 1918.

³²⁴ Vgl. ebd.

³²⁵ Vgl. ebd.

³²⁶ Vgl. ebd.

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

³²⁸ 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.³²⁹ 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.³³⁰ Insbesondere Führungskräfte müssen im Hinblick auf die erörterte Problematik der Weisungsbefugnis an Freelancer auf die richtige Verhaltensweise geschult werden.³³¹ 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.³³²

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 Leitfäden³³³ 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.³³⁴

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.

³²⁹ Vgl. ebd.

³³⁰ Vgl. ebd.

³³¹ Vgl. *Zieglmeier*, NJW 2015, S. 1918.

³³² Vgl. *Lachmann*, CB 2023, S. 272.

³³³ Vgl. beispielsweise *Homann*, Richtlinienmanagement.

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

Im Falle einer gerichtlichen Überprüfung einer Vertragsbeziehung ist das Vertragswerk die erste Informationsquelle, die hierfür herangezogen wird.³³⁵ 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.³³⁶ 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.³³⁷

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.³³⁸ 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.³³⁹ Keinesfalls dürfen Formulierungen wie „Arbeitnehmer“ oder „Arbeitsvertrag“ Bestandteil eines solchen Vertrags werden.³⁴⁰ Eine empfehlenswerte Alternative besteht in der Verwendung von Textbausteinen, die explizit darauf hinweisen, dass es sich um kein Arbeitsverhältnis handelt.³⁴¹ Insbesondere ist darauf zu achten, dass sich die Verträge über eine freie Mitarbeit grundlegend von Arbeitsverträgen mit abhängigen Mitarbeitern unterscheiden.³⁴² 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.³⁴³

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.³⁴⁴ Diese werden in einer gesamtheitlichen Betrachtung abgewogen, worunter laut dem BAG³⁴⁵ und dem LAG Köln³⁴⁶ ebenfalls die Bezeichnung des Vertrags subsumiert werden kann.

³³⁵ Vgl. Kock, NJW 2021, S. 995 f., Rn. 21.

³³⁶ Vgl. BAG, 9 AZR 295/18, Rn. 23 f.

³³⁷ Vgl. ebd.

³³⁸ Vgl. Kock, NJW 2021, S. 993, Rn. 6.

³³⁹ Vgl. ebd.

³⁴⁰ Vgl. Rechtsassessor, SPA 2021, S. 158.

³⁴¹ Vgl. ebd.

³⁴² Vgl. Lachmann, CB 2023, S. 272.

³⁴³ Vgl. ebd.

³⁴⁴ Vgl. BAG, 9 AZR 98/14.

³⁴⁵ Vgl. ebd., Rn. 16, 22.

³⁴⁶ 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.³⁴⁷ 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.³⁴⁸ 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.³⁴⁹ Aus einem Beschluss des LAG Köln³⁵⁰ 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.³⁵¹

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.³⁵²

Der Selbständige darf insbesondere gegenüber unternehmensexternen Dritten nicht als Arbeitnehmer auftreten.³⁵³ In dem Beschluss des LAG Köln³⁵⁴ 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*.³⁵⁵

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 BAG³⁵⁶ hält in einer Entscheidung hierzu fest, dass

³⁴⁷ Vgl. Kock, NJW 2021, S. 994, Rn. 7.

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

³⁴⁹ Vgl. Kock, NJW 2021, S. 994, Rn. 7 f.

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

³⁵¹ Vgl. Rechtsassessor, SPA 2021, S. 157.

³⁵² Vgl. Kock, NJW 2021, S. 994, Rn. 9.

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

³⁵⁴ Vgl. ebd.

³⁵⁵ Vgl. Rechtsassessor, SPA 2021, S. 158.

³⁵⁶ 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.³⁵⁷ Auch in diesem Ausnahmefall ist stets das Verbot der Weisungserteilung zu beachten.³⁵⁸ Dem Freelancer muss zugleich im Rahmen von unternehmerischen Vorgaben die Möglichkeit eingeräumt werden, seine Autonomie in der Leistungserbringung beizubehalten.³⁵⁹

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.³⁶⁰ 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.³⁶¹ Hierunter können beispielsweise Lehrende subsumiert werden.³⁶² Darüber hinaus findet eben Gesagtes gleichermaßen auf zeitliche Schranken in Bezug auf die Dauer der Leistung Anwendung.³⁶³ Ein zeitliches Ziel für die Fertigstellung der Leistung vor Augen zu haben und dies dem Auftragnehmer mitzuteilen, ist laut BAG³⁶⁴ nicht als Weisungsgebundenheit im Sinne des Arbeitsrechts einzustufen. Die Ausführungen finden gleichermaßen auf Zeitvorgaben wie Betriebszeiten des Unternehmens Anwendung.³⁶⁵

Vermeidung der Eingliederung

Wird der Auftragnehmer in die betriebliche Organisation des Auftraggebers eingegliedert, kann, wie zu Beginn bereits erläutert, eine persönliche Abhängigkeit bejaht werden.³⁶⁶ 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 Schichtplänen³⁶⁷ und die Teilnahme an Team-Besprechungen³⁶⁸ nennen. Dem Freelancer würde jegliche, ihn kennzeichnende Autonomie genommen werden, wodurch dieser als Arbeitnehmer klassifiziert werden würde (vgl. Abbildung 9).³⁶⁹

³⁵⁷ Vgl. ebd.

³⁵⁸ Vgl. Kock, NJW 2021, S. 994, Rn. 11.

³⁵⁹ Vgl. ebd.

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

³⁶¹ Vgl. BAG, 9 AZR 484/14, Rn. 30.

³⁶² Vgl. Kock, NJW 2021, S. 994, Rn. 11.

³⁶³ Vgl. ebd.

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

³⁶⁵ Vgl. Kock, NJW 2021, S. 994, Rn. 11.

³⁶⁶ Vgl. ebd., Rn. 12.

³⁶⁷ Vgl. ebd.

³⁶⁸ Vgl. Rechtsassessor, SPA 2021, S. 157.

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

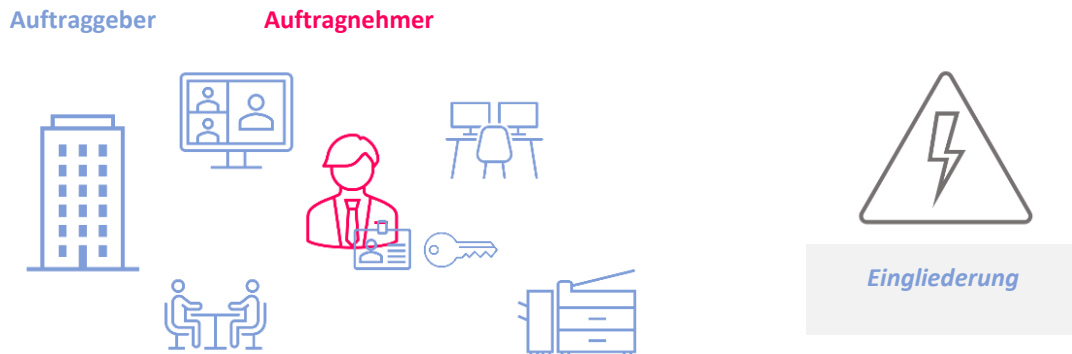


Abbildung 9: Vermeidung der Eingliederung in die betriebliche Organisation des Auftraggebers

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.³⁷⁰ 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.³⁷¹ Der Vertrag darf daher bei untergeordneten Leistungen keine organisationsbezogenen Ausrichtungen seitens des Auftraggebers enthalten, um die Selbständigkeit des Leistungserbringers nicht einzuschränken.³⁷² Andernfalls würde eine abhängige Beschäftigung in Betracht kommen.³⁷³

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

³⁷⁰ Vgl. Kock, NJW 2021, S. 994, Rn. 9.

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

³⁷² Vgl. ebd.

³⁷³ 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.³⁷⁴

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.³⁷⁵

Fraglich ist weiterhin, ob eine ausdrückliche vertragliche Regelung zur persönlichen Leistungserbringung aufgrund besonderer Umstände gleichermaßen zur Arbeitnehmereigenschaft führt.³⁷⁶ Das BAG³⁷⁷ 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.³⁷⁸ Vertraglich sollte dem Freelancer explizit das Optionsrecht eingeräumt werden, ebenfalls für weitere Auftraggeber tätig werden zu können.³⁷⁹ Ein Freelancer hat zudem als eigenständiger Unternehmer die Möglichkeit, Aufträge abzulehnen, wozu ein Arbeitnehmer nicht befähigt ist.³⁸⁰ Diese autonome Entscheidungsmacht in Bezug auf die Auftragszustimmung ist laut BAG³⁸¹ 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.³⁸² Hierzu zählen unter anderem zeitlich festgelegte Arbeitszeiten, ein Bruttogehalt, Entgeltfortzahlungsvorschriften im Falle von Krankheit und Regelungen zu Urlaubsansprüchen.³⁸³ Die Aufnahme von Vertragsklauseln zur ordnungsgemäßen Abführung von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen durch den Selbständigen ist optional.³⁸⁴

³⁷⁴ Vgl. *Wenzel*, in: Münchener Vertragshandbuch, Bürgerliches Recht II, 1. Dienstvertrag eines freien Mitarbeiters, Rn. 4.

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

³⁷⁶ Vgl. *Kock*, NJW 2021, S. 995, Rn. 16.

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

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

³⁷⁹ Vgl. *Rechtsassessor*, SPA 2021, S. 157.

³⁸⁰ Vgl. *Kock*, NJW 2021, S. 995, Rn. 17.

³⁸¹ Vgl. BAG, 9 AZR 295/18, Rn. 26.

³⁸² Vgl. *Kock*, NJW 2021, S. 995, Rn. 19.

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

³⁸⁴ 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.³⁸⁵ In einer entsprechenden Entscheidung hat das BAG³⁸⁶ 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.³⁸⁷ Die Überwachung hat mithilfe der eingangs aufgeführten Abgrenzungskriterien zu erfolgen.³⁸⁸ Als Hilfsmittel können Fragebögen oder Checklisten herangezogen werden, die eine effiziente Prüfung der bestehenden Vertragsverhältnisse ermöglichen.³⁸⁹ 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.³⁹⁰ Dies ist vor allem deshalb taktisch interessant, da einerseits die Unternehmensorgane geschützt werden.³⁹¹ 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.³⁹² 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.³⁹³ Ein Jahr vor der Jahrtausendwende hat der deutsche Gesetzgeber das Verfahren in § 7a SGB IV gesetzlich kodifiziert, das zum Ziel hat, den sozialversiche-

³⁸⁵ Vgl. ebd.

³⁸⁶ Vgl. BAG, 9 AZR 484/14, Rn. 22.

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

³⁸⁸ Vgl. ebd.

³⁸⁹ Vgl. *Lachmann*, CB 2023, S. 273.

³⁹⁰ Vgl. ebd.

³⁹¹ Vgl. ebd.

³⁹² Vgl. ebd.

³⁹³ Vgl. ebd., S. 271.

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

Das Statusfeststellungsverfahren kann als Beurteilungsmittel eines Vertragsverhältnisses herangezogen werden.³⁹⁵ 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.³⁹⁶ 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.³⁹⁷ Die praktische Konsequenz besteht folglich darin, dass ein zu beurteilendes Vertragsverhältnis im Sozialrecht anders bewertet werden kann als beispielsweise im Arbeitsrecht.³⁹⁸

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.³⁹⁹ Insbesondere aus diesen Gründen sprach sich die Praxis für eine Reform des Statusfeststellungsverfahrens aus.⁴⁰⁰ Weiterhin sollte die Langwierigkeit des Verfahrens verkürzt werden, um den Antragstellern zeitnah Planungs- und Rechtssicherheit über das Vorliegen von Scheinselbständigkeit verschaffen zu können.⁴⁰¹ Laut der DRV Bund soll eine „frühere, einfachere und schnellere Statusbeurteilung“⁴⁰² 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.⁴⁰³ Die Reform enthält gemäß § 7a SGB IV bis zum 30.06.2027 befristete sowie unbefristete Neuerungen, die sich ausschließlich auf die verfahrensrechtlichen Vorschriften beschränken.⁴⁰⁴ 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.⁴⁰⁵

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

³⁹⁴ Vgl. *Zieglmeier*, NZA 2021, S. 977.

³⁹⁵ Vgl. *Merath*, NZA-RR 2022, S. 567.

³⁹⁶ Vgl. ebd.

³⁹⁷ Vgl. *Zieglmeier*, NZA 2021, S. 978.

³⁹⁸ Vgl. ebd.

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

⁴⁰⁰ Vgl. ebd.

⁴⁰¹ Vgl. ebd.

⁴⁰² DRV Bund, Statusfeststellungsverfahren.

⁴⁰³ Vgl. *Lachmann*, CB 2023, S. 271.

⁴⁰⁴ Vgl. *Hördt*, ArbRAktuell 2022, S. 275; *Zieglmeier*, NZA 2021, S. 978.

⁴⁰⁵ 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.⁴⁰⁶ 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.⁴⁰⁷ 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.⁴⁰⁸ Der Gesetzgeber möchte auf diesem Wege dem eingangs erwähnten Ziel eines schnelleren Verfahrens näherkommen.⁴⁰⁹

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.⁴¹⁰ 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.⁴¹¹

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.⁴¹² 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.⁴¹³ 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.⁴¹⁴ Die Parteien müssen sich folglich vor Aufnahme der vereinbarten Tätigkeit über die Ausge-

⁴⁰⁶ Vgl. *Merath*, NZA-RR 2022, S. 567.

⁴⁰⁷ Vgl. ebd.

⁴⁰⁸ Vgl. ebd.

⁴⁰⁹ Vgl. ebd.

⁴¹⁰ Vgl. ebd.

⁴¹¹ Vgl. ebd.

⁴¹² Vgl. ebd., S. 567 f.

⁴¹³ Vgl. ebd., S. 568.

⁴¹⁴ Vgl. *Zieglmeier*, NZA 2021, S. 982.

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

Liegen nur unzureichende Anhaltspunkte für eine klare Entscheidung der Prüfstelle vor, dann besteht die Möglichkeit der Antragsablehnung oder der Entscheidungsfindung nach Aufnahme der Tätigkeit.⁴¹⁶ 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.⁴¹⁷ Abgesehen davon gebe es keine Grenze, ab wann die DRV Bund ausreichende Anhaltspunkte für eine Statusfeststellung hätte.⁴¹⁸ 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.⁴¹⁹ 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.⁴²⁰

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.⁴²¹

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.⁴²² Dies liegt vor allem daran, dass Unternehmen häufig eine Vielzahl an externen Personalressourcen beschäftigen.⁴²³ Es wäre daher überaus zeitintensiv und mit einer hohen bürokratischen Anstrengung verbunden, jeden einzelnen Freelancer einen Antrag auf Statusfeststellung zu stellen.⁴²⁴ Die lange Verfahrensdauer führte ferner zu einer anhaltenden Rechtsunsicherheit für die Unternehmen in Bezug auf den Status des Auftragnehmers.⁴²⁵ 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.⁴²⁶ Diese Möglichkeit schafft den beauftragenden Unternehmen Planungssicherheit und erhöht die Rechtssicherheit der Beschäftigung. In der Folge werden insbesondere die strafrechtlichen Haftungsrisiken

⁴¹⁵ Vgl. Merath, NZA-RR 2022, S. 568.

⁴¹⁶ Vgl. Hördt, ArbRAktuell 2022, S. 275.

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

⁴¹⁸ Vgl. Merath, NZA-RR 2022, S. 568.

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

⁴²⁰ Vgl. Merath, NZA-RR 2022, S. 568.

⁴²¹ Vgl. ebd.

⁴²² Vgl. Schöberle, ArbRAktuell 2022, S. 277.

⁴²³ Vgl. ebd.

⁴²⁴ Vgl. ebd.

⁴²⁵ Vgl. ebd.

⁴²⁶ Vgl. ebd., S. 278.

des Arbeitgebers und andere negative Rechtsfolgen minimiert.⁴²⁷ 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.⁴²⁸

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.⁴²⁹

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.⁴³⁰ Die Entstehung tritt zu dem Zeitpunkt der Satzungsunterzeichnung durch mindestens drei Mitglieder ein.⁴³¹ Rechtsfähig wird die Genossenschaft durch die Genossenschaftsregister-Eintragung.⁴³² Das primäre Ziel einer Genossenschaft ist gemäß § 1 Abs. 1 Genossenschaftsgesetz (GenG) die Förderung der individuellen Unternehmenstätigkeit ihrer Mitglieder.⁴³³

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.⁴³⁴ Insbesondere die Tatsache, dass eine juristische Person als Auftragnehmer auftritt, ist ein Indiz für eine selbständige Tätigkeit.⁴³⁵ Bei diesem Modell bildet die Genossenschaft einen Verbund von freien Mitarbeitern, die ihre

⁴²⁷ Vgl. ebd., S. 280.

⁴²⁸ Vgl. *Zieglmeier*, NZA 2021, S. 980.

⁴²⁹ Vgl. *Schöberle*, ArbRAktuell 2022, S. 277.

⁴³⁰ Vgl. *Weiss-Bölz*, DStR 2017, S. 2497.

⁴³¹ Vgl. §§ 4, 10 GenG.

⁴³² Vgl. *Vogt*, ArbRAktuell 2019, S. 499.

⁴³³ Vgl. *Weiss-Bölz*, DStR 2017, S. 2497.

⁴³⁴ Vgl. ebd.

⁴³⁵ Vgl. ebd., S. 2498.

freiberufliche Tätigkeit durch gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb fördern wollen.⁴³⁶ 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.⁴³⁷ Durch die einzubringende Eigenkapitaleinlage soll weiterhin der Aspekt des unternehmerischen Risikos abgebildet werden, der stark für eine selbständige Tätigkeit spricht.⁴³⁸ Durch die Mitgliedschaft kommt es zu keiner Änderung hinsichtlich des Status der Selbständigkeit, denn dieser wird hierdurch nicht tangiert.⁴³⁹ Die Freelancer behalten ihre Entscheidungsfreiheit und Autonomie darüber, wie viele Aufträge von wie vielen Auftraggebern sie annehmen.⁴⁴⁰ 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.⁴⁴¹

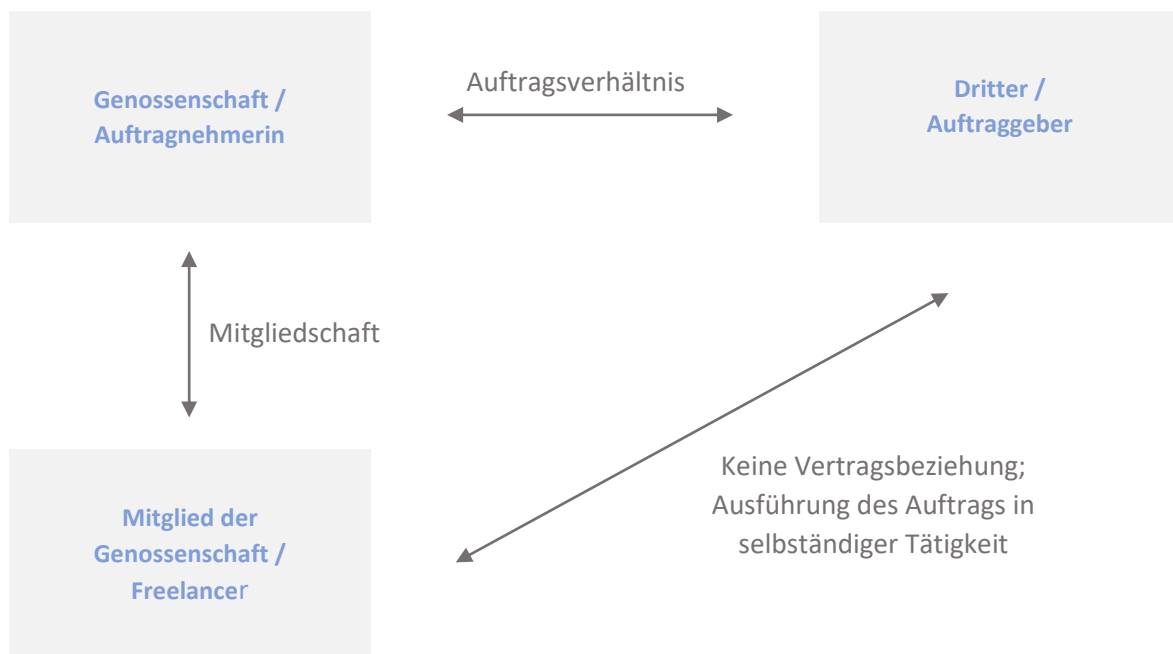


Abbildung 10: Rechtsbeziehung der Beteiligten im Genossenschaftsmodell

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.⁴⁴² Die Mitglieder der Genossenschaft sind für die Ausführung der Tätigkeit zuständig, jedoch kommt der Ver-

⁴³⁶ Vgl. § 1 Abs. 1 GenG.

⁴³⁷ Vgl. Weiss-Bözl, DStR 2017, S. 2498.

⁴³⁸ Vgl. Vogt, ArbRAktuell 2019, S. 499.

⁴³⁹ Vgl. Weiss-Bözl, DStR 2017, S. 2498.

⁴⁴⁰ Vgl. ebd.

⁴⁴¹ Vgl. ebd., S. 2499.

⁴⁴² Vgl. Vogt, ArbRAktuell 2019, S. 500.

trag ausschließlich zwischen der Genossenschaft und dem Auftraggeber zustande.⁴⁴³ Ein etwaiger Vertrag zwischen dem Freelancer und dem Auftraggeber wird nicht geschlossen.⁴⁴⁴ 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.⁴⁴⁵

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.⁴⁴⁶ Die DRV Bund hingegen hat eine gefestigte und einheitliche Auffassung zu dem Genossenschaftsmodell.⁴⁴⁷ Danach sind die Mitglieder einer Genossenschaft in den Zweigen der Sozialversicherung beitragspflichtig.⁴⁴⁸ 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.⁴⁴⁹

Die Bundesagentur für Arbeit klassifiziert eine Mitgliedschaft in einer Genossenschaft grundsätzlich nicht als Arbeitsverhältnis.⁴⁵⁰ 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.⁴⁵¹

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

⁴⁴³ Vgl. Weiss-Bözl, DStR 2017, S. 2498.

⁴⁴⁴ Vgl. ebd.

⁴⁴⁵ Vgl. ebd.

⁴⁴⁶ Vgl. ebd., S. 2499.

⁴⁴⁷ Vgl. ebd.

⁴⁴⁸ Vgl. ebd.

⁴⁴⁹ Vgl. ebd.

⁴⁵⁰ Vgl. ebd., S. 2499 f.

⁴⁵¹ Vgl. ebd.

⁴⁵² Vgl. Vogt, ArbRAktuell 2019, S. 500.

⁴⁵³ Vgl. Weiss-Bözl, DStR 2017, S. 2500.

⁴⁵⁴ Vgl. ebd.

⁴⁵⁵ Vgl. ebd.

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

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.⁴⁵⁸ 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.⁴⁵⁹

Richterliche Entscheidungen gibt es zum jetzigen Zeitpunkt nur wenige und nicht auf den expliziten Fall der freien Mitarbeiter im Verbund der Genossenschaft bezogen.⁴⁶⁰ 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.⁴⁶¹ Zusammenfassend ist festzustellen, dass das Modell bisher keine absolute Vermeidungssicherheit von Scheinselbständigkeit bietet und weitere gerichtliche Entscheidungen abzuwarten sind.⁴⁶²

⁴⁵⁶ Vgl. ebd.

⁴⁵⁷ Vgl. *Vogt*, ArbRAktuell 2019, S. 500.

⁴⁵⁸ Vgl. *Weiss-Bözl*, DStR 2017, S. 2500.

⁴⁵⁹ Vgl. ebd.

⁴⁶⁰ Vgl. ebd., S. 2499.

⁴⁶¹ Vgl. ebd., S. 2500.

⁴⁶² 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?⁴⁶³
- 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.

⁴⁶³ 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

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

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

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