

Inhaltsübersicht

1. Allgemeines
2. Das Problem
3. Die Abgrenzung: selbstständig/scheinselbstständig
4. Rechtsprechungs-ABC
 - 4.1 Anfrage- vs. Betriebsprüfungsverfahren
 - 4.2 Arbeitnehmereigenschaft - 1
 - 4.3 Arbeitnehmereigenschaft - 2
 - 4.4 Beratungskosten
 - 4.5 Doppeltätigkeit
 - 4.6 EuGH-Rechtsprechung
 - 4.7 Gründungszuschuss
 - 4.8 Lohnbuchhalter ...
 - 4.9 Schein-Meister
 - 4.10 Vertragliche Grundlage
 - 4.11 Werk-/Dienstvertrag vs. Arbeitnehmerüberlassung - 1
 - 4.12 Werk-/Dienstvertrag vs. Arbeitnehmerüberlassung - 2
 - 4.13 Werk- vs. Arbeitsvertrag

Information

1. Allgemeines

Der Arbeitgeber hat es oft nicht leicht, eine Tätigkeit sozialversicherungsrechtlich richtig zu bewerten. Die Zahl der Berufe, die sowohl selbstständig als auch abhängig ausgeübt werden können, ist groß. Das zeigen beispielsweise die vielen - mehr oder weniger - freien Mitarbeiter in den unterschiedlichsten Branchen. Hier ist die Gratwanderung zwischen Selbstständigkeit und Beschäftigung oft eine echte Herausforderung - bei der falsche Entscheidungen schnell zur Versicherungspflicht und erheblichen Beitragsnachzahlungen führen können.

Praxistipp:

Die richtige Antwort auf die Frage, ob eine Tätigkeit Beschäftigung ist oder selbstständig ausgeübt wird, geben nicht die Vertragspartner Auftraggeber und Auftragnehmer. Die richtige Entscheidung trifft die Einzugsstelle für den Gesamtsozialversicherungsbeitrag, der Rentenversicherungsträger oder letzten Endes gar ein Sozialgericht. Wer hier als Arbeitgeber von Anfang an Klarheit haben will, sollte rechtzeitig mit der Deutschen Rentenversicherung Bund oder einem anderen Sozialversicherer Kontakt aufnehmen (s. dazu auch das Stichwort Scheinselbstständigkeit - Anfrageverfahren).

Ob eine Tätigkeit selbstständig oder abhängig beschäftigt ausgeübt wird, ist eine Frage des Einzelfalls. Es gibt gewisse Anhaltspunkte für Scheinselbstständigkeit, die aber nicht in jedem Fall greifen müssen (s. dazu das Stichwort Scheinselbstständigkeit - Vermutungsregel). Wichtig ist die Abgrenzung Beschäftigung/Selbstständigkeit, für die die Rechtsprechung über die Jahre hinweg viele Kriterien entwickelt hat (s. dazu die Stichwörter Scheinselbstständigkeit - Vermutungsregel und Scheinselbstständigkeit - Beschäftigung). Am sinnvollsten ist es, vor oder unmittelbar nach Tätigkeitsaufnahme bei der Deutschen Rentenversicherung Bund das Anfrageverfahren nach § 7a SGB IV durchzuführen.

2. Das Problem

Unternehmer sind in der Regel selbstständig und keine Arbeitnehmer. Das schließt sich schon begrifflich aus. Es gibt auch kein "Arbeitsrecht für Unternehmer". Sie müssen selbst sehen, dass sie ihre Rechte wahren.

Anders ist es dagegen bei Arbeitnehmern: Sie besitzen gewisse Mindestrechte, die jeder Arbeitgeber beachten und einhalten muss. Arbeitnehmer haben Anspruch auf Urlaub, eine tarifliche Vergütung, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und das eine oder andere mehr. Hinzu kommt, dass sie einen Anspruch auf Zahlung des so genannten "Arbeitgeberanteils" ihrer Sozialversicherungsbeiträge haben. Sie sind in jedem Fall sozialversicherungspflichtig, Selbstständige dagegen nicht (s. dazu das Stichwort Scheinselbstständigkeit - Versicherungspflicht).

Scheinselbstständige werden von ihren Auftraggebern bisweilen nur gering vergütet. Das mag bei echter Selbstständigkeit noch hinzunehmen und Teil des unternehmerischen Risikos sein. Ist der Scheinselbstständige jedoch in Wirklichkeit Arbeitnehmer, läuft der Auftraggeber Gefahr, mit dem MiLoG in Konflikt zu kommen. Arbeitnehmer haben nach § 1 Abs. 1 MiLoG Anspruch auf den gesetzlichen **Mindestlohn** (§ 1 Abs. 2 MiLoG ; das waren bis zum 31.12.2016 8,50 EUR/h brutto und sind aktuell ab dem 01.01.2021 9,50 EUR/h brutto, dann ab 01.07.2021: 9,60 EUR/h brutto, ab 01.01.2022: 9,82 EUR/h brutto, ab 01.07.2022: 10,45 EUR/h brutto, Hinw. d. Verf.) - und dieser Anspruch ist unverzichtbar (§ 3 MiLoG).

Wer seinen Arbeitnehmern den gesetzlichen Mindestlohn nicht zahlt, begeht eine Ordnungswidrigkeit (§ 21 Abs. 1 Nr. 9 MiLoG). Diese Ordnungswidrigkeit kann mit einer **Geldbuße** bis zu 500.000 EUR geahndet werden. Darüber hinaus wird der gegen das MiLoG verstößende Auftraggeber Sozialversicherungsbeiträge nachzahlen müssen.

Arbeitgeber suchen immer nach Möglichkeiten, ihre Betriebsausgaben zu minimieren. So werden nicht nur Unternehmensteile zu Profitcentern verselbstständigt, nein, auch einzelne Mitarbeiter werden zu "Selbstständigen" und "Unternehmern" gemacht. Das hat für den Arbeitgeber den - vielleicht auch nur scheinbaren - Erfolg, seine Kosten niedrig halten zu können. Die Auswirkung auf den frisch gebackenen "Selbstständigen" ist dagegen weniger erfreulich: Er soll jetzt für sich selbst verantwortlich sein und muss die Annehmlichkeiten einer Beschäftigung als Arbeitnehmer gegen kaum nennenswerte Vorteile selbstständiger Tätigkeit eintauschen.

Beispiele:

Fahrer F fuhr Jahre lang für Arbeitgeber A1 Lkw. Irgendwann kam A1 auf den Gedanken, Betriebskosten zu sparen. Er bot F die gleiche Stelle als "selbstständiger" Subunternehmer an. F schlug aus Angst vor Arbeitslosigkeit ein. Seitdem wartet er vergeblich auf Urlaub, Urlaubsgeld und Entgeltfortzahlung. Oder nehmen wir Verkaufsstellenleiter V. Er arbeitete in einer Filiale von Arbeitgeber A2. Als dem die Filialleiter seiner Einzelhandelskette zu teuer wurden, schloss er mit den Führungskräften Franchise-Verträge und ermöglichte ihnen damit den Sprung in die "Selbstständigkeit". Auch V verzichtete auf seine Rechte als Arbeitnehmer, bekam dafür aber keine unternehmerischen Freiheiten. Er blieb voll in das Vertriebssystem des A2 integriert, hatte keine Möglichkeiten, sich auf dem Markt tatsächlich als Unternehmer zu etablieren. Und dann gab es noch den Brotservice von Arbeitgeber A3. Er beschäftigte seine Auslieferungsfahrer als "selbstständige Brotkurier" ohne jede unternehmerische Chance, nutzte jedoch für sich den Vorteil, sich von allen Lohn- und Lohnnebenkosten zu trennen.

Die Entwicklung vom Arbeitsverhältnis hin zur Scheinselbstständigkeit ist eine Gefahr für die Arbeitswelt und die Kassen der Sozialversicherer. So sehr die Förderung echter Selbstständigkeit zu begrüßen ist, so sehr ist die Flucht in windige Scheinwelten zu verurteilen. Hier werden zu Lasten der Allgemeinheit Sozialversicherungsbeiträge hinterzogen.

Praxistipp:

Wer für sein Unternehmen die richtigen Entscheidungen treffen will, muss berücksichtigen, wie und auf wen er die vorhandene Arbeit verteilt. Er kann seine eigenen oder noch einzustellende Mitarbeiter damit beauftragen oder fremde, selbstständige Unternehmer, Freiberufler oder so genannte freie Mitarbeiter. In

jedem Fall aber sollte er prüfen, welche arbeits-, sozialversicherungs- und steuerrechtlichen Folgen der Einsatz Dritter hat.

Auch wenn "**richtig**" **Selbstständige** in der gesetzlichen

- Arbeitslosen-,
- Kranken- und
- Pflegeversicherung

regelmäßig versicherungsfrei sind, für die gesetzliche Rentenversicherung gilt unter anderem § 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI . Danach sind selbstständig tätige Personen versicherungspflichtig, die

"a) im Zusammenhang mit ihrer selbstständigen Tätigkeit regelmäßig keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigen und b) auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig sind".

Mehr zur Versicherungspflicht Selbstständiger im Stichwort Scheinselbstständigkeit - Versicherungspflicht und in den einschlägigen Stichwörtern des Sozialversicherungslexikons.

3. Die Abgrenzung: selbstständig/scheinselbstständig

Selbstständigkeit, abhängige Beschäftigung und Scheinselbstständigkeit bei ein und derselben beruflichen Tätigkeit schließen sich aus. Nicht ausgeschlossen ist dagegen, dass jemand eine abhängige Beschäftigung neben einer selbstständigen Tätigkeit ausübt.

Beispiele:

Programmierer P arbeitet als Arbeitnehmer für Arbeitgeber A. In seiner Freizeit, d.h. abends und an den Wochenenden, betreibt P einen Internetshop und tritt dort als Versender australischer Didgeridoos auf. In dieser Tätigkeit ist er selbstständig. Verkäuferin V arbeitet montags bis freitags in einem Schuhgeschäft, am Samstag hilft sie in einer Bäckerei aus. V ist in beiden Beschäftigungen abhängig tätig. Sekretärin S ist halbtags bei einer Versicherung angestellt. Nachmittags betreibt sie zusammen mit ihrem Ehemann ein Sonnenstudio. Die erste Tätigkeit ist abhängig, die zweite selbstständig. Beide können nebeneinander bestehen und sind sozialversicherungsrechtlich jeweils für sich allein zu beurteilen.

Selbstständig ist ein Handelsvertreter, der seine Tätigkeit im Wesentlichen frei gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann (§ 84 Abs. 1 Satz 2 HGB). Unternehmer ist, wer eine gewerbliche oder berufliche Tätigkeit selbstständig ausübt (§ 2 Abs. 1 Satz 1 UStG). Gewerblich oder beruflich ist jede **nachhaltige Tätigkeit** zur Erzielung von Einnahmen, auch wenn die Absicht, Gewinn zu erzielen, fehlt (§ 2 Abs. 1 Satz 3 UStG). Die gewerbliche oder berufliche Tätigkeit wird nicht selbstständig ausgeübt, soweit natürliche Personen, einzeln oder zusammengeschlossen, einem Unternehmen so eingegliedert sind, dass sie den Weisungen des Unternehmers zu folgen verpflichtet sind (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 UStG). Kein Arbeitnehmer ist, wer Lieferungen und sonstige Leistungen innerhalb der von ihm selbstständig ausgeübten gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit im Inland gegen Entgelt ausführt, soweit es sich um die Entgelte für diese Lieferungen und sonstige Leistungen handelt (§ 1 Abs. 3 LStDV). Weiter kommt es darauf an, dass ein eigenes unternehmerisches Risiko getragen und auf eigene Rechnung und Verantwortung gearbeitet wird (s. dazu auch die Stichwörter Freie Mitarbeiter und Scheinselbstständigkeit - Beschäftigung).

Arbeitnehmer sind

- Arbeiter und Angestellte (§ 5 Abs. 1 ArbGG),
- in Heimarbeit Beschäftigte und Ihnen Gleichgestellte (§§ 1 ff. HAG) sowie
- sonstige Personen, die wegen ihrer wirtschaftlichen Unselbstständigkeit als arbeitnehmerähnliche Personen anzusehen sind (§ 5 Abs. 1 Satz 2 ArbGG).

Die Arbeitnehmereigenschaft ist zudem durch eine Weisungsgebundenheit geprägt. Der Arbeitgeber bestimmt Ort, Zeit und Art der Arbeitsleistung (§ 106 GewO). Der abhängig Beschäftigte ist meistens in vorgegebene Betriebsabläufe integriert (s. dazu auch § 7 Abs. 1 SGB IV). Er leistet seine Arbeit in persönlich abhängiger Stellung, fremdbestimmt und fremdnützig. Das Marktrisiko für die Produkte und Dienstleistungen trägt der Arbeitgeber, nicht sein Mitarbeiter. Arbeitnehmer i.S. des Steuerrechts sind "Personen, die in öffentlichen oder privaten Diensten angestellt oder beschäftigt sind oder waren und die aus diesem Dienstverhältnis oder einem früheren Dienstverhältnis Arbeitslohn beziehen" (§ 1 Abs. 1 Satz 1 LStDV).

Die Abgrenzung Selbstständiger/Arbeitnehmer ist nicht immer einfach. Im Ergebnis entscheiden die Umstände des Einzelfalls. Wer die frühere positive Vermutungsregel des § 7 Abs. 4 SGB IV a.F. nicht nutzen kann (s. dazu Scheinselbstständigkeit - Vermutungsregel), hat den Statuts nach allgemeinen Merkmalen zu klären (s. dazu Scheinselbstständigkeit - Beschäftigung).

4. Rechtsprechungs-ABC

An dieser Stelle werden einige der interessantesten Entscheidungen zu allgemeinen Fragen der Scheinselbstständigkeit in alphabetischer Reihenfolge nach Stichwörtern geordnet hinterlegt

4.1 Anfrage- vs. Betriebsprüfungsverfahren

Das Anfrageverfahren nach § 7a Abs. 1 Satz 1 SGB IV und das Betriebsprüfungsverfahren nach § 28p Abs. 1 Satz 5 SGB IV schließen sich nach dem **Kriterium zeitlicher Vorrangigkeit** wechselseitig aus. Ist das Anfrageverfahren bereits eingeleitet, hat es gegenüber dem Betriebsprüfungsverfahren **Sperrwirkung**. Umgekehrt gilt das Gleiche. Das "folgt aus dem Wortlaut und der **Regelungssystematik** des § 7a Abs 1 S 1 SGB IV . Danach können die Beteiligten schriftlich eine Entscheidung der hierfür ausschließlich zuständigen DRV Bund (§ 7a Abs 1 S 3 SGB IV) beantragen, ob eine Beschäftigung vorliegt, es sei denn, 'die Einzugsstelle oder ein anderer Versicherungsträger hatte im Zeitpunkt der Antragstellung bereits ein Verfahren zur Feststellung einer Beschäftigung eingeleitet'" (BSG, 04.09.2018 - B 12 KR 11/17 R) .

4.2 Arbeitnehmereigenschaft - 1

Auch für Unterrichtstätigkeiten gelten die allgemeinen Abgrenzungskriterien freie Mitarbeit/Arbeitnehmereigenschaft. Entscheidend ist der Grad der persönlichen Abhängigkeit, in der sich der zur Dienstleistung Verpflichtete befindet. Arbeitnehmer ist, wer auf Grund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienst eines anderen in persönlicher Abhängigkeit weisungsgebundene, fremdbestimmte Arbeit leisten muss. Das Weisungsrecht des Arbeitgebers "kann Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit betreffen". Arbeitnehmer ist derjenige Mitarbeiter, der nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann (BAG, 20.01.2010 - 5 AZR 106/09 - Bejahung des Arbeitnehmerstatus für eine nebenberufliche Lehrkraft an einer Abendrealschule, die eng in den Lehrbetrieb des Auftraggebers eingebunden war).

4.3 Arbeitnehmereigenschaft - 2

Die Annahme eines Arbeitsverhältnisses setzt zunächst voraus, dass die beteiligten Parteien einen **Arbeitsvertrag** schließen. In diesem Arbeitsvertrag verpflichtet sich der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber auf privatrechtlicher Basis (= Austausch deckungsgleicher Willenserklärungen, §§ 145 ff. BGB), **in persönlicher Abhängigkeit** weisungsgebundene, **fremdbestimmte Arbeit** zu leisten. Dabei kann das Weisungsrecht des Vertragspartners Arbeitgeber Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit betreffen. "Arbeitnehmer ist [dann] derjenige Mitarbeiter, der nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann." Bei der Bewertung eines Vertrags als Arbeitsverhältnis sind alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen und in ihrer Gesamtheit zu würdigen (= Gesamtbetrachtung).

Die ausdrücklich getroffenen Vereinbarungen und die **praktische Durchführung** des Vertrags bestimmen den objektiven Inhalt des Rechtsgeschäfts. So können die Parteien zwingende gesetzliche Regelungen für Arbeitsverhältnisse nicht dadurch abbedingen, dass sie ihrem Rechtsverhältnis Arbeitsvertrag einen anderen Namen geben (s. dazu BAG, 09.04.2014 - 10 AZR 590/13). Bei einem **Widerspruch** zwischen Vereinbarung und tatsächlicher Durchführung entscheidet Letztere. Aus "der praktischen Handhabung der

Vertragsbeziehungen [lassen sich] am ehesten Rückschlüsse darauf ziehen ..., von welchen Rechten und Pflichten die Vertragspartner ausgegangen sind, was sie also **wirklich gewollt** haben" (s. dazu BAG, 14.06.2016 - 9 AZR 305/15 und BAG, 11.08.2015 - 9 AZR 98/14). Es gibt keine abstrakten, für alle Arbeitsverhältnisse geltenden Merkmale (BAG, 17.01.2017 - 9 AZR 76/16 - mit Hinweis auf BAG, 14.06.2016 - 9 AZR 305/15 und BAG, 21.07.2015 - 9 AZR 484/14).

4.4 Beratungskosten

Wer als GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführer ein externes Beratungsunternehmen damit beauftragt, den Status Beschäftigter/Selbstständiger zu klären, kann die dafür aufgewendeten unter bestimmten Umständen als Werbungskosten geltend machen. Es muss ein wirtschaftlicher Zusammenhang mit der Einkunftsart bestehen. Dieser Zusammenhang ergibt sich aus einer wertenden Beurteilung des die betreffenden Aufwendungen auslösenden Moments und aus der Zuweisung dieses maßgebenden Besteuerungsgrunds zur einkommenssteuerrechtlich relevanten Erwerbssphäre - mit dem Ergebnis, dass das Statusfeststellungsverfahren diesen Zusammenhang aufweist (BFH, 06.05.2010 - VI R 25/09).

4.5 Doppeltätigkeit

Es kann durchaus vorkommen, dass **ein und dieselbe Person** bei ein und demselben Auftrag-/Arbeitgeber sowohl als Arbeitnehmer als auch als freier Mitarbeiter tätig ist. Diese Konstellation ist nicht von vornherein nach dem Entweder-oder-Prinzip ausgeschlossen. So kann neben einem - abhängigen, weisungsgebundenen - **Arbeitsverhältnis** (hier: Musikschullehrerin) auch ein **Dienstverhältnis als freier Mitarbeiter** (hier: ebenfalls zur Unterrichtung von Musikschülern) bestehen. Grundsätzlich kann die Tätigkeit, die es hier zu beurteilen galt, sowohl selbstständig wie abhängig beschäftigt ausgeübt werden. Es kommt für die Statusbeurteilung darauf an, dass das dem Auftrag-/Arbeitgeber aus dem Arbeitsverhältnis zustehende Weisungsrecht nur für die Tätigkeiten nach dem Arbeitsvertrag besteht und nicht für Tätigkeiten, die nach dem freien Dienstvertrag zu leisten sind (BAG, 27.06.2017 - 9 AZR 851/16) .

4.6 EuGH-Rechtsprechung

Das wesentliche **Merkmal eines Arbeitsverhältnisses** besteht nach ständiger EuGH Rechtsprechung darin "dass eine Person während einer bestimmten Zeit für eine andere nach deren Weisung Leistungen erbringt, für die sie als Gegenleistung eine Vergütung erhält" (s. dazu EuGH, 04.12.2014 - C-413/13 ; EuGH, 19.06.2014 - C-507/12 ; EuGH, 03.05.2012 - C-337/10 ; EuGH, 11.11.2010 - C-232/09 ; EuGH, 20.09.2007 - C-116/06 und EuGH, 13.01.2004 - C-256/01). Selbst wenn eine Person nach innerstaatlichem Recht formal als Selbstständiger eingestuft wird, ist dadurch nicht ausgeschlossen, dass sie EU-rechtlich als " Arbeitnehmer einzustufen ist, wenn ihre Selbstständigkeit nur fiktiv ist und damit ein Arbeitsverhältnis verschleiert" (s. dazu EuGH, 04.12.2014 - C-413/13 ; EuGH, 11.11.2010 - C-232/09 und EuGH, 13.01.2004 - C-256/01). **Rechtsfolge:** Der **Arbeitnehmerstatus i.S.d. EU-Rechts** wird nicht dadurch in Frage gestellt, "dass eine Person aus steuerlichen, administrativen oder verwaltungstechnischen Gründen nach innerstaatlichem Recht als selbstständiger Dienstleistungserbringer beschäftigt wird, sofern sie nach Weisung ihres Arbeitgebers handelt, insbesondere was ihre Freiheit bei der Wahl von Zeit, Ort und Inhalt ihrer Arbeit angeht, nicht an den geschäftlichen Risiken dieses Arbeitgebers beteiligt ist, während der Dauer des Vertragsverhältnisses in dessen Unternehmen eingegliedert ist und daher mit ihm eine wirtschaftliche Einheit bildet" (BAG, 21.11.2017 - 9 AZR 117/17 - mit Hinweis auf EuGH, 04.12.2014 - C-413/13).

4.7 Gründungszuschuss

Arbeitnehmer, die durch Aufnahme einer selbstständigen, hauptberuflichen Tätigkeit ihre Arbeitslosigkeit beenden, haben zur Sicherung ihres Lebensunterhalts und zur sozialen Sicherung in der Zeit nach der Existenzgründung Anspruch auf einen Gründungszuschuss, § 57 Abs. 1 SGB III a.F. (= § 93 f. SGB III n.F.). Der Bezug dieses Gründungszuschusses sagt allein aber nichts darüber aus, ob eine Betätigung Selbstständigkeit oder Beschäftigung ist. Geht die - hier als arbeitnehmerähnliche eingestufte - Person nur einer Tätigkeit bei einem Auftraggeber nach, spricht das sehr für eine wirtschaftliche Abhängigkeit - mit der Folge, dass hier nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 lit. a) in Verbindung mit § 5 Abs. 1 ArbGG die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte gegeben ist (BAG, 21.12.2010 - 10 AZB 14/10).

4.8 Lohnbuchhalter ...

... sind in der Regel **sozialversicherungspflichtig beschäftigt**, wenn sie - trotz Anmeldung eines eigenen Gewerbes - in den Betrieb des Auftraggebers **eingegliedert und weisungsgebunden** sind (SG Dortmund, 11.03.2019 - S 34 BA 68/18) .

4.9 Schein-Meister

Als Betriebsinhaber eines zulassungspflichtigen Handwerks wird eine natürliche oder juristische Person oder eine Personengesellschaft in die Handwerksrolle eingetragen, wenn der Betriebsleiter die Voraussetzungen für die Eintragung in die Handwerksrolle mit dem zu betreibenden Handwerk oder einem mit diesem verwandten Handwerk erfüllt (§ 7 Abs. 1 HwO). "Ein Vertrag, mit dem ein Handwerksmeister einem Handwerksbetrieb lediglich seinen Meistertitel zur Verfügung stellt, ohne dass er tatsächlich als technischer Betriebsleiter tätig wird, ist gem. § 134 BGB wegen Umgehung des § 7 HwO nichtig" (BAG, 18.03.2009 - 5 AZR 355/08 - Leitsatz). Normieren Gesetze Erlaubnisvorbehalte für die Erteilung und Übertragung einer Konzession, sind zivilrechtliche Absprachen, die gegen diese Bestimmungen verstoßen, nach § 134 BGB zu bewerten.

4.10 Vertragliche Grundlage

Ausgangspunkt der **Statusbeurteilung** ist regelmäßig der Inhalt der von den Beteiligten getroffenen Vereinbarungen. Gibt es schriftliche Vereinbarungen, müssen sie auf ihre Vereinbarkeit mit zwingendem Recht geprüft werden. Zudem ist festzustellen, ob es - rechtlich zulässige - mündliche oder konkludente Änderungen gibt. "Schließlich ist auch die **Ernsthaftigkeit** der dokumentierten Vereinbarungen zu prüfen und auszuschließen, dass es sich hierbei im einen bloßen '**Etikettenschwindel**' handelt, der uU als Scheingeschäft iS des § 117 BGB zur Nichtigkeit dieser Vereinbarungen und der Notwendigkeit führen kann, ggf. den Inhalt eines hierdurch verdeckten Rechtsgeschäfts festzustellen" (BSG, 14.03.2018 - B 12 KR 3/17 R) .

4.11 Werk-/Dienstvertrag vs. Arbeitnehmerüberlassung - 1

"1. Für die rechtliche Abgrenzung des Werk- oder Dienstvertrages zur Arbeitnehmerüberlassung ist allein die tatsächliche Durchführung des Vertrages maßgebend. 2. Ein zwischen einem Werkunternehmen (hier: IT-Dienstleister) und dem Dritten vereinbartes Ticketsystem (EDV-spezifische Aufträge von Arbeitnehmern des Dritten werden nach Eröffnung eines Tickets vom Werkunternehmen bearbeitet) ist unproblematisch dem Werkvertragsrecht zuzuordnen. Wenn allerdings Arbeitnehmer des Dritten außerhalb dieses Ticketsystems in größerem Umfang Beschäftigte des Werkunternehmers direkt beauftragen und unter zeitlich-örtlichen Vorgaben auch personenbezogene Anweisungen erteilen, spricht dies für eine Arbeitnehmerüberlassung. 3. Wenn es sich bei diesen Direktbeauftragungen nicht um untypische Einzelfälle, sondern um beispielhafte Erscheinungsformen einer durchgehend geübten Vertragspraxis handelt, ist von einem Scheinwerkvertrag auszugehen.

4. Will ein in einem Drittbetrieb eingesetzter Arbeitnehmer geltend machen, zwischen ihm und dem Inhaber des Drittbetriebes gelte gemäß § 10 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 9 Nr. 1 AÜG ein Arbeitsverhältnis als zu Stande gekommen, und ist streitig, ob sein Einsatz in dem Drittbetrieb aufgrund eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrages oder eines Dienst- oder Werkvertrages erfolgt ist, so muss er diejenigen Umstände darlegen und beweisen, aus denen sich das Vorliegen von Arbeitnehmerüberlassung ergibt. Der Arbeitnehmer kann sich nach den Grundsätzen der sekundären Darlegungs- und Beweislast allerdings zunächst auf die Darlegung solcher Umstände beschränken, die seiner Wahrnehmung zugänglich sind und auf Arbeitnehmerüberlassung hindeuten (Eingliederung, Weisungsstruktur). Dann ist es Sache des Arbeitgebers die für das Gegenteil sprechenden Tatsachen darzulegen und zu beweisen, wonach die Abgrenzungskriterien Eingliederung und Weisungsstruktur auch in der gelebten Vertragsdurchführung werkvertragstypisch ausgestaltet sind" (LAG Baden-Württemberg, 01.08.2013 - 2 Sa 6/13 - Leitsätze).

4.12 Werk-/Dienstvertrag vs. Arbeitnehmerüberlassung - 2

Fremde Arbeitnehmer können im Betrieb des Arbeitgebers nicht nur als Leiharbeiter eingesetzt werden, sondern auch im Rahmen eines Werk- oder Dienstvertrags. Bei der Abgrenzung kommt es immer auf die Umstände des Einzelfalls an. So liegt beispielsweise ein Scheinwerkvertrag vor, wenn der der beauftragte Werkunternehmer/Dienstleister nach dem Inhalt der im Rahmen der Auftragvergabe erstellten

Leistungsbeschreibung die beschriebenen Tätigkeiten gar nicht durchführt, sondern für die Zwecke des Auftraggebers lediglich Personal zur Verfügung stellt. In diesem Fall handelt es sich dann um - illegale - Arbeitnehmerüberlassung (ArbG Berlin, 05.09.2013 - 33 Ca 5347/13 - mit dem Ergebnis, dass zwischen dem klagenden Arbeitnehmer und dem Auftraggeber doch ein Arbeitsverhältnis zu Stande gekommen ist).

4.13 Werk- vs. Arbeitsvertrag

Bei einem Werkvertrag ist Vertragsgegenstand die Herstellung oder Veränderung einer Sache oder ein anderer Erfolg, der durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführen ist. Im Gegensatz dazu schuldet der durch einen Dienstvertrag verpflichtete nur den Dienst - also die Tätigkeit als solche. Der Arbeitsvertrag zeichnet sich wiederum dadurch aus, dass der "Dienstverpflichtete" seine Arbeit weisungsgebunden, also in persönlicher Abhängigkeit leistet. Welches Rechtsverhältnis tatsächlich vorliegt, ist aufgrund einer Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls festzustellen. Lässt schon die Gestaltung des "Werkvertrags" erkennen, dass der Verpflichtete weder einen Erfolg noch die Herstellung einer Sache schuldet, sondern nur eine bestimmte Tätigkeit, ist die Annahme eines Werkvertrags ausgeschlossen (BAG, 25.09.2013 - 10 AZR 282/12).