

Christian Ostermaier

**WALHALLA**

# **DER FREIE- MITARBEITER- VERTRAG**

---

Ein Leitfaden zur Vertragserstellung

REIHE BETRIEBLICHE PRAXIS

**Mit englischer  
Musterfassung**

## Rechtssichere Verträge mit Freelancern abschließen

Der Einsatz freier Mitarbeiter bietet für den Unternehmer als Auftraggeber den Vorteil, flexibel und ohne bürokratische Hürden Arbeitskräfte zu beschäftigen. Für den Auftragnehmer locken eine freie Zeiteinteilung und ein höherer Lohn.

Um die jeweiligen Vorteile nutzen zu können, sind rechtliche Vorgaben zu beachten. Sozialversicherungs- und steuerrechtliche Pflichten müssen auch beim Einsatz eines Freelancers eingehalten werden, sonst hat der Unternehmer nachträglich Lohnsteuer und Sozialversicherungsbeiträge abzuführen.

Eine sachkundige Vertragserstellung hilft dabei, Risiken zu umgehen und die Folgen einer falschen Einordnung als „freier Mitarbeiter“ zu vermeiden. Hier setzt dieser Leitfaden an:

- Darstellung der rechtlichen Rahmenbedingungen für die Beschäftigung eines freien Mitarbeiters
- Vertragsmuster mit einer Vielzahl an Regelungsmöglichkeiten, um auf einzelne Bedürfnisse einzugehen
- Weiterführende Hinweise zu den einzelnen Vertragsklauseln, um die Abfassung des Vertrages zu optimieren
- Englischsprachiger Mustervertrag, um internationale Fachkräfte einsetzen zu können

*Dr. Christian Ostermaier, Fachanwalt für Arbeitsrecht und Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht, Solicitor (England und Wales).*

Bei SNP Schlawien Partnerschaft mbB betreuen die Autoren kleine und mittelständische Unternehmen, familiengeführte Gesellschaften sowie Einzelpersonen unter anderem in allen Fragen der zivilrechtlichen Vertragsgestaltung.

Christian Ostermaier

# DER FREIE- MITARBEITER- VERTRAG

---

Ein Leitfaden zur Vertragserstellung



**WALHALLA**

Dieses E-Book enthält den Inhalt der gleichnamigen Druckausgabe, sodass folgender Zitiervorschlag verwendet werden kann:

**Christian Ostermaier**, Der Freie-Mitarbeiter-Vertrag  
Walhalla Fachverlag, Regensburg 2018

**Hinweis:** Unsere Werke sind stets bemüht, Sie nach bestem Wissen zu informieren. Alle Angaben in diesem Werk sind sorgfältig zusammengetragen und geprüft. Durch Neuerungen in der Gesetzgebung, Rechtsprechung sowie durch den Zeitablauf ergeben sich zwangsläufig Änderungen. Bitte haben Sie deshalb Verständnis dafür, dass wir für die Vollständigkeit und Richtigkeit des Inhalts keine Haftung übernehmen.  
Bearbeitungsstand: Juli 2018

**WALHALLA Digital:**

Mit den WALHALLA E-Books bleiben Sie stets auf aktuellem Stand! Auf [www.WALHALLA.de](http://www.WALHALLA.de) finden Sie unser komplettes E-Book- und App-Angebot. Klicken Sie doch mal rein!

Wir weisen darauf hin, dass Sie die gekauften E-Books nur für Ihren persönlichen Gebrauch nutzen dürfen. Eine entgeltliche oder unentgeltliche Weitergabe oder Leihe an Dritte ist nicht erlaubt. Auch das Einspeisen des E-Books in ein Netzwerk (z. B. Behörden-, Bibliotheksserver, Unternehmens-Intranet) ist nur erlaubt, wenn eine gesonderte Lizenzvereinbarung vorliegt.

Sollten Sie an einer Campus- oder Mehrplatzlizenz interessiert sein, wenden Sie sich bitte an den WALHALLA-E-Book-Service unter 0941 5684-0 oder [walhalla@walhalla.de](mailto:walhalla@walhalla.de). Weitere Informationen finden Sie unter [www.walhalla.de/b2b](http://www.walhalla.de/b2b).

© Walhalla u. Praetoria Verlag GmbH & Co. KG, Regensburg  
Dieses E-Book ist nur für den persönlichen Gebrauch bestimmt.  
Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Bestellnummer: 4213600

## Schnellübersicht

---

<b>Einleitung</b>	<b>7</b>
-------------------	----------

**1**

---

<b>Rechtliche Grundlagen</b>	<b>13</b>
------------------------------	-----------

**2**

---

<b>Mustervertrag</b>	<b>43</b>
----------------------	-----------

**3**

---

<b>Erläuterungen zum Mustervertrag</b>	<b>75</b>
--	-----------

**4**

---

<b>Stichwortverzeichnis</b>	<b>125</b>
-----------------------------	------------

---

**5**



# Einleitung

1

Vorwort .....	8
Abkürzungsverzeichnis .....	9
Weiterführende Literatur.....	11

## Vorwort

1 Die Beschäftigung freier Mitarbeiter stellt ein stets aktuelles Thema dar. Dies zeigt sich auch daran, dass mit diesem Buch nun die 3. Auflage des im Jahr 2006 im Hightext-Verlag erschienenen Leitfadens vorliegt. Die Problemstellungen sind über die Jahre weitgehend unverändert geblieben, während sich vor allem der sozialversicherungsrechtliche Rahmen mehrfach geändert hat. Die Neuauflage bringt das Buch auf den Stand zum 1. Juni 2018.

Dieses Buch kann eine anwaltliche Beratung im Einzelfall nicht ersetzen. Der mögliche Wandel in der Rechtsprechung und Änderungen gerade in der sozialversicherungsrechtlichen Gesetzgebung machen es unabdingbar, sich auch jeweils über den aktuellsten Stand zu informieren.

Die Textvorschläge, Musterformulierungen und dazugehörigen Erläuterungen wurden nach bestem Wissen und mit größter Sorgfalt erstellt. Sie können lediglich Anregungen und Arbeitshilfen für die Gestaltung eigener, auf die konkreten Bedürfnisse des Verwenders zugeschnittener Allgemeiner Geschäftsbedingungen darstellen. Die Verantwortung für die Abfassung und Verwendung seiner AGB trägt der Verwender, die Einholung rechtlicher Beratung wird empfohlen.

Ich hoffe, dass das Buch trotzdem für den Leser hilfreich ist. Über Anmerkungen, Anregungen, insbesondere auch eventuellen Ergänzungsbedarf für das Vertragsmuster würde ich mich freuen.

*Dr. Christian Ostermaier*



## Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AEntG	Arbeitnehmer-Entsendegesetz
AO	Abgabenordnung
AP	Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts (Arbeitsrechtliche Praxis)
ArRB	Der Arbeits-Rechtsberater (Zeitschrift)
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Betriebsberater (Zeitschrift)
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BFH	Bundesfinanzhof
BStBl	Bundessteuerblatt (Zeitschrift)
Buchst.	Buchstabe
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
d. h.	das heißt
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EstG	Einkommensteuergesetz
etc.	et cetera
EzA	Entscheidungen zum Arbeitsrecht (Zeitschrift)
f./ff.	folgende/fortfolgende
GewStG	Gewerbesteuerengesetz
GG	Grundgesetz
GmbHR	GmbH-Rundschau (Zeitschrift)
HGB	Handelsgesetzbuch
h. M.	herrschende Meinung
ITRB	Der IT-Rechtsberater (Zeitschrift)
i. V. m.	in Verbindung mit
LAG	Landesarbeitsgericht
LG	Landgericht
LStDV	Lohnsteuerdurchführungsverordnung
MiLoG	Mindestlohngesetz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungsreport (Zeitschrift)
Nr.	Nummer
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (Zeitschrift)

## Einleitung

1	OLG	Oberlandesgericht
	RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
	Rz.	Randziffer
	S.	Seite/Satz
	SGB	Sozialgesetzbuch
	StB	Der Steuerberater (Zeitschrift)
	StGB	Strafgesetzbuch
	st.Rspr.	ständige Rechtsprechung
	UrhG	Urheberrechtsgesetz
	Urt.	Urteil
	UStG	Umsatzsteuergesetz
	UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
	vgl.	vergleiche
	z. B.	zum Beispiel
	ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis (Zeitschrift)
	ZPO	Zivilprozessordnung

## Weiterführende Literatur

*Bade:* Freier Mitarbeiter oder Arbeitnehmer, Köln 1999

*Bauer/Diller:* Wettbewerbsverbote – Rechtliche und taktische Hinweise für Arbeitgeber, Arbeitnehmer und vertretungsberechtigte Organmitglieder, 7. Auflage, München 2015

*Bauschke:* AR-Blattei SD „Freie Mitarbeit“

*Dreier/Schulze:* Urheberrechtsgesetz – Kommentar, 6. Auflage, München 2018

*Hohmeister:* Arbeits- und Sozialversicherungsrechtliche Konsequenzen eines vom Arbeitnehmer gewonnenen Statusprozesses – Fehlerhafte Rechtsformwahl bei der Begründung eines Mitarbeiterverhältnisses, NZA 1999, 1009

*Hohmeister/Goretzki:* Verträge über freie Mitarbeit, 2. Auflage, Frankfurt/Main 2000

*Hörl:* Geheimhaltung, Kundenschutz und Wettbewerbsverbot beim Einsatz freier Mitarbeiter – Reichweite und Wirksamkeit vertraglicher Bestimmungen im IT und unter Auftragnehmerverträgen, ITRB 2003, 182–184

Kasseler Kommentar – Sozialversicherungsrecht, Lose-Blatt, 98. Auflage, München 2018

*Kerschbaumer/Eisch/Kossens:* Ratgeber freie Mitarbeit und Ich-AG – Arbeits-, sozial-, steuer- und gesellschaftsrechtliche Fragen, 2. Auflage, Frankfurt/Main 2004

*Merath, Friedrich:* Statusfeststellungsklage: arbeits-, sozialversicherungs- und lohnsteuerrechtliche Konsequenzen, StB 2014, 394–398

*Niepalla/Dütemeyer:* Die vergangenheitsbezogene Geltendmachung des Arbeitnehmerstatusses und Rückforderungsansprüche des Arbeitnehmers, NZA 2002, 712

*Palandt:* Bürgerliches Gesetzbuch – Kommentar, 77. Auflage, München 2018

*Redeker:* Handbuch der IT-Verträge, Loseblattwerk mit 34. Aktualisierung, 2018

*Reinecke:* Die gerichtliche Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft und deren Rechtsfolgen für Vergangenheit und Zukunft, RdA 2001, 357

*Reinhardt*: Sozialgesetzbuch VI – Gesetzliche Rentenversicherung: Lehr- und Praxiskommentar, 4. Auflage, Baden-Baden 2018

*Reiserer*: Wege aus dem Arbeitsverhältnis in die Selbständigkeit – Freie Mitarbeit richtig gestalten, in Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht, Festschrift zum 25-jährigen Bestehen, 545–552

*Sartorius/Bubeck*: Sozialrecht in der arbeitsrechtlichen Praxis, 3. Auflage, Baden-Baden 2009

*Schmidt*: Einkommensteuergesetz, 37. Auflage, München 2018

*Thomas/Putzo*: Zivilprozessordnung – Kommentar, 39. Auflage, München 2018

*Van Venrooy*: Missbrauch des Dienstverschaffungsvertrags – Selbständigen-„Contracting“ – ein Irrweg, NZA 2011, 670

*Wank*: Unterrichtung des Betriebsrates über Beschäftigung freier Mitarbeiter, AP Nr. 56 zu § 80 BetrVG 1972

*Wilken*: Mitarbeiter ohne Festanstellung – Freie Mitarbeit, Zeitarbeit, Werkvertrag, Praktikum, Freiburg – Berlin – München 2008

*Winkler*: Sozialgesetzbuch IV – Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung: Lehr- und Praxiskommentar, 2. Auflage, Baden-Baden 2016

*Wortmann*: Zoll vor der Tür, Ärger im Haus; Verfolgung und Reaktionsmöglichkeiten bei illegaler Beschäftigung, ArbRB 2014, 122–125

# Rechtliche Grundlagen

Der Begriff des „freien Mitarbeiters“ .....	14
Abgrenzung Arbeitnehmer – freier Mitarbeiter .....	15
Zeitarbeit .....	36
Interimsmanagement .....	37
Rechte des Betriebsrats .....	38
Der Freie-Mitarbeiter-Vertrag in Form Allgemeiner Geschäftsbedingungen .....	40

## Der Begriff des „freien Mitarbeiters“

Mit dem Begriff „freier Mitarbeiter“ wird ein selbstständig Tätiger, der im Rahmen eines Dienst- oder Werkvertrages für einen Dritten tätig ist, bezeichnet. Im Rahmen einer freien Mitarbeit können die unterschiedlichsten Tätigkeiten ausgeführt werden. Auch Berater und Subunternehmer können als freie Mitarbeiter eingesetzt werden.

Freie Mitarbeiter können sowohl im Rahmen eines Dienstvertrages wie auch eines Werkvertrages tätig werden. Bei einem Dienstvertrag schuldet der zur Dienstleistung Verpflichtete die versprochenen Dienste, gleich welcher Art (§ 611 BGB). Im Gegensatz hierzu wird im Rahmen eines Werkvertrages die Herstellung des versprochenen Werkes, wozu sowohl die Herstellung oder Veränderung einer Sache als auch ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg gehört, geschuldet (§ 631 BGB). Der Unterschied besteht also darin, dass bei einem Dienstvertrag nur das Bemühen um eine Leistung geschuldet wird, während beim Werkvertrag ein bestimmter Erfolg geschuldet ist.

Die vertragliche Bezeichnung des Mitarbeiters als „freier Mitarbeiter“ besagt an sich noch nichts über den arbeits-, sozialversicherungs- und steuerrechtlichen Status derjenigen Person. Zwar deutet die Bezeichnung auf das Gewollte, nämlich eine selbstständige Tätigkeit, hin, häufig handelt es sich bei freien Mitarbeitern jedoch um Personen, die bei genauerer Prüfung als abhängig Beschäftigte (Arbeitnehmer) anzusehen sind. Maßgeblich ist die Durchführung des Vertrages.

Die Einordnung der Person als freier Mitarbeiter oder Arbeitnehmer ist grundsätzlich eine Einzelfallentscheidung. Die Kriterien für die Abgrenzung werden nachfolgend gesondert für den arbeits-, sozialversicherungs- und steuerlichen Bereich behandelt.

## Abgrenzung Arbeitnehmer – freier Mitarbeiter

### Abgrenzung im Arbeitsrecht

Für die Anwendung der arbeitsrechtlichen Regelungen ist der zentrale Anknüpfungspunkt der Begriff des Arbeitnehmers. Für die Abgrenzung, ob ein Dienstvertrag eines Selbstständigen, also z. B. ein Freier-Mitarbeiter-Vertrag, oder ein Arbeitsvertrag vorliegt, kommt es nicht darauf an, wie die Parteien das Rechtsverhältnis bezeichnen, sondern darauf, wie die Vertragsbeziehung nach ihrem objektiven Vertragsinhalt einzuordnen ist. Dieser tatsächliche Geschäftsinhalt ist den getroffenen Vereinbarungen und der praktischen Durchführung des Vertrages zu entnehmen.

Falls der Vertrag abweichend von den ausdrücklich getroffenen Vereinbarungen durchgeführt wird, ist die tatsächliche Durchführung maßgeblich (§ 611a Abs. 1 S. 4 BGB; BAG, Urt. v. 13. Januar 1983 – 5 AZR 149/82, AP § 611 BGB Abhängigkeit Nr. 42; BAG, Urt. v. 24. Juni 1992 – 5 AZR 384/91, EzA § 611 BGB, Arbeitnehmerbegriff Nr. 46). Nach allgemeiner Meinung ist Arbeitnehmer, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages zur Arbeit im Dienste eines Anderen verpflichtet ist.

### *Persönliche Abhängigkeit*

Entscheidendes Abgrenzungskriterium zwischen einem Arbeitnehmer und einem Selbstständigen, also auch einem freien Mitarbeiter, ist, ob derjenige, der den Dienst erbringt, von seinem Vertragspartner persönlich abhängig ist. Der Grad der persönlichen Abhängigkeit hängt dabei im Wesentlichen von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab. Abstrakte für alle Vertragsbeziehungen geltende Merkmale lassen sich nicht aufstellen. Für die Entscheidung, welches Rechtsverhältnis vorliegt, kommt es auf die Umstände des Einzelfalls an. Dies wird gemäß § 611a Abs. 1 S. 3 BGB danach bestimmt, ob der Dienstverpflichtete im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und über seine Arbeitszeit bestimmen kann. Wer dies nicht kann, ist als Arbeitnehmer anzusehen. Eine fachliche Weisungsgebundenheit tritt häufig hinzu, ist aber bei Diensten höherer Art nicht immer typisch (BAG, Urt. v. 13. Januar 1983 – 5 AZR 149/82, AP § 611 BGB Abhängigkeit Nr. 42).

### *Eingliederung in fremde Unternehmensorganisation*

Arbeitnehmer ist, wer seine Dienstleistung im Rahmen einer von seinem Vertragspartner bestimmten Arbeitsorganisation erbringt. Die Eingliederung in die fremde Arbeitsorganisation zeigt sich insbesondere daran, dass der Beschäftigte einem umfassenden Weisungsrecht seines Vertragspartners bezüglich Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit unterliegt (BAG, Urt. v. 30. November 1994 – 5 AZR 704/93, AP § 611 BGB Abhängigkeit Nr. 74; BAG, Urt. v. 6. Mai 1998, AP § 611 BGB Abhängigkeit Nr. 102). Bei der Weisungsgebundenheit ist zwischen Weisungen hinsichtlich des Arbeitsortes, der Arbeitszeit und der Art der Arbeitsleistung zu unterscheiden.

Wenn der zur Dienstleistung Verpflichtete die Dienstzeit an einem bestimmten Ort zu erbringen hat, den er nicht selbst bestimmen kann, so liegt in der Regel ein Arbeitsverhältnis vor (BAG, Urt. v. 13. Januar 1983 – 5 AZR 149/82, AP § 611 BGB Abhängigkeit Nr. 42).

Grundsätzlich spricht es für eine abhängige Beschäftigung, wenn der Dienstverpflichtete keine Möglichkeit hat, aufgrund eigener Entscheidung Termine wahrzunehmen (BAG, Urt. v. 6. Mai 1998 – 5 AZR 247/97, AP § 611 BGB Abhängigkeit Nr. 102). Andererseits ist bei freien Mitarbeitern wie auch bei allen anderen Selbstständigen, die im Rahmen von Dienst- und Werkverträgen tätig sind, zu berücksichtigen, dass diese verpflichtet sind, Termine einzuhalten und an Besprechungen und sonstigen betrieblichen Veranstaltungen teilzunehmen, und dadurch auch bei diesen die Möglichkeit, über ihre Arbeitszeit frei zu verfügen, eingeschränkt ist. Andererseits wird durch die Flexibilisierung der Arbeitszeit durch Arbeitszeitrahmen und Gleitzeitregelungen die zeitliche Weisungsgebundenheit der Arbeitnehmer immer mehr aufgehoben.

Auch fachliche Weisungen alleine führen nicht zu einer Einordnung einer Person als Arbeitnehmer. Viele hoch qualifizierte Arbeitnehmer sind in ihrer fachlichen Tätigkeit weitgehend weisungsfrei. Andererseits kann es auch bei Selbstständigen vorkommen, dass hinsichtlich der Durchführung der Tätigkeit Weisungen erteilt werden. Nach der Rechtsprechung des BAG stellt jedoch die Erteilung von fachlichen Weisungen einen gewichtigen Anhaltspunkt für die Annahme eines Arbeitsverhältnisses dar (BAG, Urt. v. 9. März 1977 – 5 AZR 110/76, AP § 611 BGB Abhängigkeit Nr. 21).



### *Unternehmerisches Risiko*

Ein weiteres Kriterium für die Abgrenzung zwischen selbstständiger Arbeit und Arbeit als Arbeitnehmer ist das Unternehmerrisiko. Hierbei ist darauf abzustellen, ob der Dienstverpflichtete die Chancen und Risiken, die sich aus der selbstständigen Teilnahme am Markt ergeben, trägt. Ein solches Risiko fehlt bei einem abhängig Beschäftigten, der unabhängig von dem Erfolg eine Vergütung erhält.

### *Statusfeststellung im Arbeitsrecht*

Zur Klärung des rechtlichen Status als Arbeitnehmer im Verhältnis zum Arbeitgeber kommt eine Klage vor dem Arbeitsgericht auf Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft in Betracht. Für die Zulässigkeit der Klage ist es erforderlich, dass der Kläger ein Feststellungsinteresse hat. Dieses ist nur dann gegeben, wenn sich aus der Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft Folgen für die Gegenwart oder die Zukunft ergeben, nicht aber dann, wenn sich aus dem Arbeitnehmerstatus nur für die Vergangenheit möglicherweise Ansprüche ergeben könnten (BAG, Urt. v. 3. März 1999 – 5 AZR 275/98, NZA 1999, 669).

Daneben kann die Arbeitnehmereigenschaft auch inzident in einer sogenannten Leistungsklage festgestellt werden, z. B. wenn der „freie Mitarbeiter“ auf Leistungen klagt, die nach dem Gesetz nur Arbeitnehmern zustehen können, wie z. B. Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, Urlaubsentgelt etc. Soweit sich der jeweils geltend gemachte Anspruch nur aus dem Arbeitsverhältnis ergeben kann, genügt zur Begründung der Zuständigkeit des Arbeitsgerichtes alleine die Behauptung der Arbeitnehmereigenschaft durch den Kläger. Soweit sich der jeweilige Anspruch sowohl aus einem Arbeitsverhältnis als auch aufgrund anderer zivilrechtlicher Anspruchsgrundlagen ergeben könnte, muss für die Zulässigkeit der Klage dargelegt werden, woraus sich die Arbeitnehmereigenschaft ergeben soll.

### *Übersicht*

In der folgenden Tabelle sind die einzelnen Sachverhaltsmerkmale aufgeführt, jeweils mit einem Hinweis, ob diese für ein freies Mitarbeiterverhältnis oder für ein Arbeitsverhältnis sprechen:

Tatbestandsmerkmal	Freier Mitarbeiter	Arbeitnehmer
Anmeldung eines Gewerbes	X	
Eigene Werbung	X	
Beschäftigung von Mitarbeitern	X	
Freie Bestimmung von Zeit, Ort sowie Art und Weise der Tätigkeit	X	
Unternehmerische Eigenverantwortlichkeit	X	
Tätigkeit für mehrere Auftraggeber	X	
Veranlagung zur Einkommen-, Umsatz- und Gewerbesteuer	X	
Mitgliedschaft in Berufsgenossenschaft	X	
Weisungsgebundenheit hinsichtlich Zeit, Ort und Dauer der Tätigkeit		X
Eingliederung in Betrieb und betriebliche Arbeitsabläufe		X
Längere Dauer des Vertragsverhältnisses		X
Erfolgsabhängige bzw. projektbezogene Vergütung	X	
Festvergütung		X
Wettbewerbsverbot		X
Verpflichtung zur persönlichen Leistungserbringung		X
Eigene Betriebsstätte	X	
Einsatz eigenen Kapitals	X	
Verpflichtung zur Annahme angebotener Aufträge		X
Pflicht zur Vertretung von Kollegen		X
Überlassung von Arbeitsmitteln		X
Zuweisung eines eigenen Büros		X
Gesamte Arbeitskraft geschuldet		X
Abführung von Lohnsteuer und Sozialversicherungsbeiträgen durch Auftraggeber		X
Führung von Personalakten		X
Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall		X
Gewährung von (bezahltem) Urlaub		X
Aufnahme in Organisationspläne, Raumbelegungspläne und Telefonlisten		X
Einheitliche Behandlung von „Arbeitnehmern“ und „freien Mitarbeitern“		X

Tatbestandsmerkmal	Freier Mitarbeiter	Arbeitnehmer
Gleiche Tätigkeit wird beim Auftraggeber durch Arbeitnehmer ausgeübt		X

**Abgrenzung im Sozialversicherungsrecht**

Grundsätzlich ist von einem Gleichlauf der Einordnung im Arbeitsrecht und Sozialversicherungsrecht auszugehen. Liegt ein Arbeitsverhältnis vor, so ist in der Regel auch Sozialversicherungspflicht gegeben. Allerdings knüpfen die einzelnen Versicherungszweige (Kranken-, Pflege-, Renten-, Arbeitslosen- und Unfallversicherung) zusätzlich auch an jeweils eigene Merkmale an, aus denen sich eine Versicherungspflicht oder die Möglichkeit einer freiwilligen Versicherung ergeben können – bzw. umgekehrt eine Versicherungsfreiheit oder die Möglichkeit einer Befreiung.

*Abgrenzung selbstständiger von abhängiger Tätigkeit*

Anders als bei der arbeitsrechtlichen Beurteilung (Begriff des Arbeitnehmers) stellt das Sozialversicherungsrecht auf die „Beschäftigung“ ab. Die Beschäftigung ist somit der Anknüpfungspunkt für die Sozialversicherung.

Die Abgrenzung der selbstständigen von der unselbstständigen Tätigkeit ist im Arbeits- und im Sozialversicherungsrecht also nicht völlig deckungsgleich. Es kann durchaus sein, dass im arbeitsrechtlichen Sinne eine andere Entscheidung bei der Einordnung eines Vertragsverhältnisses zu treffen ist als in sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht.

Die zur Entscheidung berufenen Behörden und Gerichte des einen Rechtsgebiets sind auch nicht an die Beurteilungen des jeweils anderen gebunden. Es ist möglich, dass ein Arbeitsgericht das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses ablehnt, das Sozialgericht jedoch eine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung annimmt.

Die zentrale Vorschrift im Sozialversicherungsrecht hierzu, die für alle Zweige der Sozialversicherung gilt, ist § 7 Abs. 1 SGB IV. „Beschäftigung“ ist hiernach die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Ein Beschäftigungsverhältnis kann also auch dann vorliegen, wenn kein Arbeitsverhältnis gegeben ist.

Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind die Tätigkeit nach Weisungen und die Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers. Das entscheidende Merkmal für das Vorliegen einer Beschäftigung im Sinne des Sozialversicherungsrechtes ist die Nichtselbstständigkeit.

Nichtselbstständigkeit liegt vor, wenn eine Person bei ihrer Tätigkeit für einen fremden Betrieb in diesen organisatorisch eingegliedert ist und den Weisungen eines Dritten unterliegt, wobei beides nicht kumulativ gegeben sein muss.

Eine Eingliederung in den Betrieb liegt vor, wenn sich der Beschäftigte in eine vorgegebene übergeordnete Struktur einfügen muss, die er selbst nicht festlegen kann. Eine weisungsgebundene Tätigkeit ist anzunehmen, wenn der Mitarbeiter Vorgaben zur Arbeitsausführung in zeitlicher, örtlicher und sachlicher Hinsicht befolgen muss. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn der „Auftraggeber“ arbeitsbegleitende Verhaltensregeln und fachliche Weisungen erteilen kann. Bei Diensten höherer Art, wo die Weisungsgebundenheit in fachlicher Hinsicht oft naturgemäß oder aufgrund Gesetzes (z. B. Arzt, Rechtsanwalt) eingeschränkt ist, genügt es jedoch, wenn sich die Weisungsgebundenheit auf die funktionale Eingliederung in den Arbeitsprozess im fremden Betrieb beschränkt.

Selbstständig tätig ist nach der Rechtsprechung des BSG, wer über die eigene Arbeitskraft bzw. über Arbeitsort und Arbeitszeit frei verfügen kann und außerdem das Unternehmerrisiko für den Einsatz seiner Arbeitskraft trägt (BSG, Urt. v. 11. März 2009 – B 12 KR 21/07 R).

Für die Beurteilung der Versicherungspflicht sind stets die konkreten Umstände des Einzelfalles maßgeblich. Letztlich ist das Gesamtbild des Vertragsverhältnisses und wie dieses gelebt wird, entscheidend. Dabei haben die tatsächlichen Umstände ein höheres Gewicht als die Regelungen auf dem Papier, jedenfalls dann, wenn diese nicht übereinstimmen. Denn Erstere geben Auskunft darüber, wie die Vertragsparteien ihre Regelung selbst verstehen. Außerdem wäre es ja auch möglich, dass die Parteien eine vertragliche Abrede nachträglich geändert haben, was in der abweichenden Praxis der Vertragsdurchführung zum Ausdruck kommen kann. Stimmen vertragliche Regelung und tatsächliche Durchführung also nicht miteinander überein, so werden sich Behörden und Gerichte im Zweifel an Letzterer orientieren.

## Stichwortverzeichnis

- Abführung des Gesamtsozialversicherungsbeitrags 26
- Abgrenzung 15
- Abgrenzungskriterium 15
- Abrechnung 86
- Abrechnungszeiträume 86
- Allgemeine Geschäftsbedingungen 40, 86, 95, 104, 105, 116, 117, 119, 123
- Allgemeiner Gerichtsstand 121
- Anfrageverfahren 28, 90
- Anmeldung 18
- Anwendbares Recht 119
- Arbeitnehmer 14
- Arbeitnehmereigenschaft 17, 33
- Arbeitnehmerstatus 35
- Arbeitnehmerüberlassung 36
- Arbeitsleistung 16
- Arbeitsort 16, 20, 80
- Arbeitsverhältnis 16, 18, 80
- Arbeitsverhinderung 87
- Arbeitszeit 16, 20, 80, 87
- Aufhebungsvertrag 117
- Ausfallrisiko 86
- Ausschlussfrist 104
- Ausschlussklausel 104
  
- Befreiungsmöglichkeit 21
- Begriff des Arbeitnehmers 15
- Beitragsnachforderung 26
- Berater 14
- Berufsgenossenschaft 18
- Berufshaftpflichtversicherung 94
- Beschäftigung 19
- Besonderer Gerichtsstand 121
- Betriebsgeheimnis 103
- Betriebsmittel 91
  
- Betriebsrat 38
- Betriebsstätte 18
- Betriebsstättenfinanzamt 32
- Betriebsunterlagen 98
- Beurteilung der Versicherungspflicht 20
- Bruttohonorarvereinbarung 86
- Büro 18
  
- Computerprogramme 110
  
- Datenbank 111
- Datenbankhersteller 111
- Dienstvertrag 14
- Doppelte Schriftformklausel 118
  
- Eigenverantwortlichkeit 18, 83
- Einfache Schriftformklausel 118
- Eingliederung 16, 18, 20, 91
- Einkommensteuer 18, 31
- Entgeltfortzahlung 17, 18, 33, 34
- Erfindervergütung 113
- Erfindungen 112
- Erfolgshonorar 86
- Erfüllungsgehilfe 80, 103
- Erhaltungsklausel 122
- Ersetzungsklausel 122
- Erstveröffentlichungsrecht 109
  
- Fahrlässigkeit 94
- Fahrtkosten 92
- Fälligkeit 86
- Familienversicherung 25
- Festvergütung 18, 86
- Firma 76
- Freiwillige Mitgliedschaft 24
- Freiwillige Versicherung 22

## Stichwortverzeichnis

5

- Fristablauf 117
- Gebrauchsmuster 112
- Gebührenordnung 87
- Gerichtsstand 120
- Gerichtsstandsvereinbarung 121
- Gesamtnichtigkeit 122
- Geschäftsführer 124
- Geschäftsgeheimnis 103
- Geschäftsunterlagen 98
- Geschmacksmuster 112
- Gewerbesteuer 18, 32
- Gleitzeitregelung 16
- Haftung 93
- Haftungsbeschränkungen 94
- Haftungsfreistellung 94
- Handelsgehilfe 96
- Hauptverwaltung 119
- Höchstpersönlichkeit 80
- Individualabrede 41, 119
- Informationspflichten 83
- Inhaltskontrolle 41
- Interimsmanagement 37
- Internationales Privatrecht 119
- Karenzentschädigung 97
- Krankenversicherung 24
- Kundenschutzklausel 97
- Kündigung 100
- Kündigungsmöglichkeit 101
- Kündigungsschutz 33
- Kündigungsschutzklage 33
- Künstlersozialversicherung 21
- Leistungsschutzrecht 114
- Lohnsteuer 18, 30, 35
- Marke 112
- Mindestauftragsumfang 79
- Mindestentgelt 81
- Mindestlohn 81
- Mindestvergütung 79
- Mitbestimmung 38
- Mitbestimmungspflicht 39
- Nebenabrede 117
- Nichtselbstständigkeit 20
- Nutzungsrechte 109
- Patent 112
- Pauschale 86
- Pauschalhonorar 87
- Personalakte 18
- Persönliche Abhängigkeit 15
- Persönliche Leistungserbringung 18
- Präambel 77
- Produktionsleiter 83
- Qualifizierte Schriftformklausel 118
- Rahmenvertrag 79
- Rechnung 31
- Rechnungsstellung 86
- Rechteeinräumung 109
- Reisekosten 92
- Rentenversicherungspflicht 21
- Rubrum 76
- Salvatorische Klausel 122
- Scheingeschäft 33
- Scheinselbstständiger 27
- Schriftformklausel 118
- Selbstständiger 25
- Selbstständigkeit 30
- Sozialversicherungsbeiträge 18, 35

- Sozialversicherungspflicht 19,  
 90, 120  
 Statusfeststellung 17, 21, 28  
 Steuerrecht 30  
 Subunternehmer 14  
  
 Tätigkeitsbeschreibung 80  
 Treuepflicht 103  
  
**Umsatzsteuer** 18, 31, 86  
 Unfallversicherung 23  
 Unternehmerrisiko 17, 20  
 Unterrichtsanspruch 38  
 Unterschrift 124  
 Urheberpersönlichkeitsrecht 109  
 Urheberrecht 109, 114  
 Urlaub 18  
 Urlaubsentgelt 17, 34  
  
**Vergütung** 18, 85  
 Vergütungsüberzahlung 88  
 Verjährung 107  
 Verjährungsfrist 107  
 Verschwiegenheitsverpflichtung  
 115  
 Versicherungspflicht auf Antrag  
 22  
  
 Versicherungsschutz 94  
 Vertragliche Bezeichnung 14  
 Vertragsbeginn 124  
 Vertragsdauer 100  
 Vertragsstrafe 115  
 Vertragsstrafeklausel 116  
 Vertragsverstöße 101  
 Verwerterkreise 110  
 Vollständigkeitsklausel 117  
 Vorformulierte Vertragsbedin-  
 gungen 40  
 Vorsatz 94  
  
**Weisung** 20  
 Weisungsgebundenheit 15, 16,  
 18, 20  
 Weisungsrecht 16, 39  
 Werbung 18  
 Werkvertrag 14  
 Wettbewerbsverbot 18, 96, 115  
  
 Zeitarbeit 36  
 Zeitaufstellung 87  
 Zurückbehaltungsrecht 99