



STEUER  
BERATER  
INSTITUT  
SACHSEN

# LIVE-Online- Seminar

## Scheinselbständige Auftragnehmer

### Dozent

Dipl.-Verwaltungswirt (FH) Jörg Romanowski

### Termin

DI  
**28**  
APR

Live-Online-Seminar  
09.00 - 11.00 Uhr

Stand: April 2026

### Alle Rechte vorbehalten

Nachdruck - auch auszugsweise - ohne vorherige Zustimmung des Dozenten nicht gestattet.  
Die Seminarunterlage wurde mit größter Sorgfalt erstellt. Die Komplexität und der ständige Wandel der Rechtsmaterie machen es jedoch unabdingbar, jegliche Haftung und Gewähr für die Richtigkeit auszuschließen.



## Scheinselbständige Auftragnehmer

Dozent

Dipl.-Verwaltungswirt (FH) Jörg Romanowski

Stand: April 2026

## **Inhaltsverzeichnis**

<b>I. Allgemeines: Beschäftigung ./ Selbständigkeit.....</b>	<b>4</b>
<b>1. Allgemeines zur SV-Pflicht.....</b>	<b>4</b>
<b>2. Typische Merkmale einer Beschäftigung.....</b>	<b>5</b>
<b>II. Freie Mitarbeiter ./ Scheinselbständigkeit .....</b>	<b>7</b>
<b>I. Abgrenzung: Arbeitnehmer – Selbständiger .....</b>	<b>7</b>
1.1. Grundsätzliche Aussagen .....	7
1.2. Unternehmerrisiko.....	10
1.2.1. Rechtsprechung zum Unternehmerrisiko.....	11
1.3. Eingliederung in den Betrieb.....	14
1.4. Weisungsgebundenheit .....	15
1.5. Arbeitsbedingungen aus der Natur der Sache .....	17
1.6. Projektarbeit .....	18
1.7. Im Allgemeinen ist derjenige selbständig, .....	19
<b>2. Lösungsansatz Werkvertrag.....</b>	<b>20</b>
2.1. Allgemeines zum Werkvertrag.....	20
2.1.1. Merkmale des Werkvertrages .....	20
2.1.2. Anwendungsfälle für Werkverträge .....	21
2.1.3. Negativabgrenzung .....	21
2.2. Rechtsprechung zum Werkvertrag.....	23
2.2.1. Klar abgrenzbare Leistung?.....	23
2.2.2. Werkvertrag und Stundenvergütung?.....	24
<b>3. Lösungsansatz Dienstvertrag.....</b>	<b>25</b>
3.1. Allgemeines zum Dienstvertrag .....	25
3.2. Merkmale des Dienstvertrages .....	25
<b>4. Abgrenzung Dienst- oder Werkvertrag .....</b>	<b>26</b>
<b>5. Amtliche Eintragungen und Genehmigungen.....</b>	<b>27</b>
<b>6. Auftragnehmer = Gesellschaft.....</b>	<b>28</b>
6.1. Auffassung der SV-Träger.....	28
6.2. Scheinselbständigkeit trotz Auftragnehmerin = GmbH .....	28
6.3. Scheinselbständigkeit trotz Auftragnehmerin = GbR .....	30
<b>7. Abgrenzungskriterien .....</b>	<b>31</b>
7.1. Starke Merkmale pro Beschäftigung.....	32
7.2. Starke Merkmale pro Selbständigkeit .....	32
<b>8. Rechtsprechung zur Scheinselbständigkeit.....</b>	<b>33</b>
8.1. Küchenverkäufer im Küchenstudio .....	33
8.2. Bauarbeiter .....	34

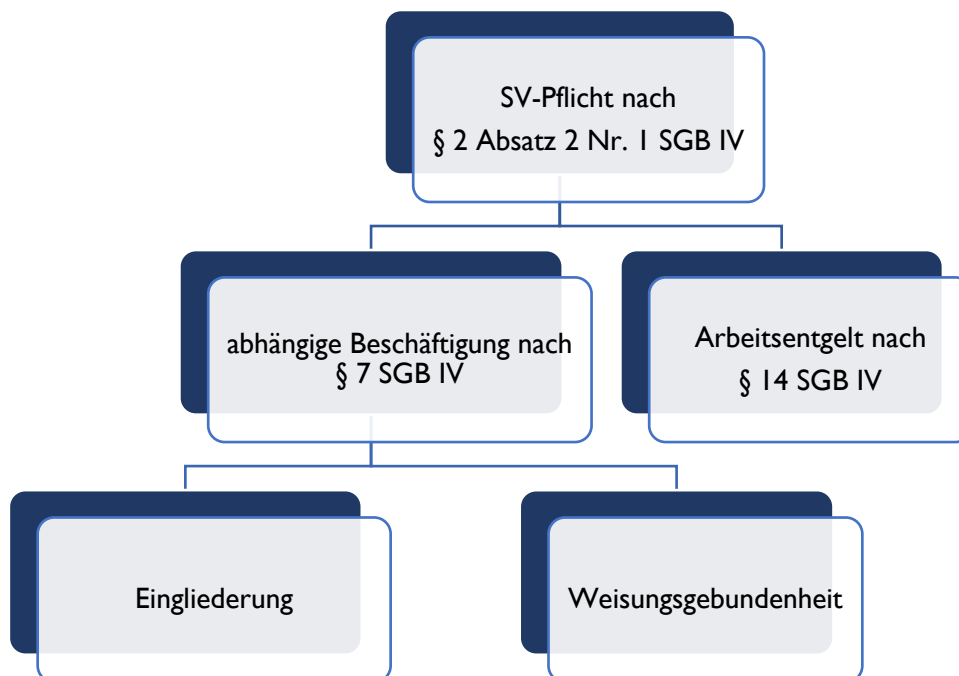
<b>9. Abschließende Hinweise.....</b>	<b>36</b>
<b>10. Prüfung durch den Zoll.....</b>	<b>36</b>
10.1. Allgemeines.....	36
10.2. Ergebnisse der Zollprüfungen .....	37
10.3. Straftatbestand bei Scheinselbständigkeit.....	38
<b>III. Neue Selbständigkeit.....</b>	<b>41</b>
<b>1. Referentenentwurf.....</b>	<b>41</b>
<b>2. Kurzfassung: Neue Selbstständigkeit.....</b>	<b>42</b>
<b>IV. Gesellschafter &amp; Geschäftsführer der GmbH.....</b>	<b>44</b>
<b>1. Allgemeines .....</b>	<b>44</b>
<b>2. Beherrschender Einfluss = keine SV-Pflicht .....</b>	<b>46</b>
2.1. Gesellschafter-Geschäftsführer mit mind. 50%-Beteiligung .....	46
2.2. Mitarbeitende Alleingesellschafter .....	47
2.3. Mitarbeitende Mehrheitsgesellschafter .....	47
2.4. Gesellschafter-Geschäftsführer mit 50%-Beteiligung .....	48
2.5. Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführer mit umfassender Sperrminorität.....	48
<b>3. Kein beherrschender Einfluss = SV-Pflicht .....</b>	<b>49</b>
<b>4. Zusammenfassung.....</b>	<b>49</b>

# I. Allgemeines: Beschäftigung ./ Selbständigkeit

## 1. Allgemeines zur SV-Pflicht

Die Frage, ob für einen Beschäftigten SV-Pflicht vorliegt, ist für die Kranken-, Pflege- sowie Renten- und Arbeitslosenversicherung grundsätzlich getrennt zu prüfen. Da die gesetzlichen Vorschriften in den einzelnen Versicherungszweigen der SV vielfach jedoch übereinstimmen, hat die Entscheidung zur Versicherungspflicht in einem Versicherungszweig regelmäßig auch das Vorliegen von Versicherungspflicht in allen anderen Versicherungszweigen zur Folge.

➤ **Voraussetzung für die Versicherungspflicht von Arbeitnehmern in der Sozialversicherung ist einerseits der Bezug von Arbeitsentgelt und andererseits das Vorliegen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses.**



**§ 7 Absatz 1 SGB IV - Beschäftigung**  
**(1) Beschäftigung ist die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers.**

**§ 14 Absatz 1 Satz 1 SGB IV - Arbeitsentgelt**  
**(1) Arbeitsentgelt sind alle laufenden oder einmaligen Einnahmen aus einer Beschäftigung, gleichgültig, ob ein Rechtsanspruch auf die Einnahmen besteht, unter welcher Bezeichnung oder in welcher Form sie geleistet werden und ob sie unmittelbar aus der Beschäftigung oder im Zusammenhang mit ihr erzielt werden.**

**Hinweis / Tipp**

Der Begriff des Beschäftigungsverhältnisses ist *weitergehend* als der Begriff des Arbeitsverhältnisses; er erfasst somit auch Fälle, in denen ein Arbeitsverhältnis nicht vorliegt (zum Beispiel bei GmbH-Geschäftsführern). Unabhängig von der Bezeichnung kann im sv-rechtlichen Sinne ALLES Arbeitsentgelt sein.

## 2. Typische Merkmale einer Beschäftigung

Nach § 7 Absatz 1 Satz 1 SGB IV ist jedes Arbeitsverhältnis im sv-rechtlichen Sinne gleichzeitig auch ein Beschäftigungsverhältnis. Das Arbeitsverhältnis ist rechtlich wie folgt definiert:

Nach § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB IV sind Anhaltspunkte für eine Beschäftigung

- ✓ die **Weisungsgebundenheit** der Erwerbsperson und
  - ✓ ihre betriebliche **Eingliederung** (in die Betriebsstruktur des Weisungsgebers = Auftraggebers).
1. Weisungsgebundenheit und Eingliederung in den Betrieb stehen weder in einem Rangverhältnis zueinander, noch müssen sie stets kumulativ vorliegen.
  2. Diese beiden Merkmale sind schon nach dem Wortlaut der Vorschrift nur "Anhaltspunkte" für eine persönliche Abhängigkeit, also im Regelfall typische Merkmale einer Beschäftigung und keine abschließenden Bewertungskriterien
  3. Sie sind lediglich als Anhaltspunkte erwähnt, ohne eine abschließende Bewertung vorzunehmen. So kann das Weisungsrecht - vornehmlich bei Diensten höherer Art - eingeschränkt und zur „funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess verfeinert“ sein.
  4. Dennoch kann die Dienstleistung in solchen Fällen fremdbestimmt sein, wenn sie ihr Gepräge von der Ordnung des Betriebes erhält, in deren Dienst die Arbeit verrichtet wird
  5. Der Auftraggeber hat - wie auch sonst jeder Arbeitgeber bei seinen Mitarbeitern - zu prüfen, ob ein Auftragnehmer bei ihm abhängig beschäftigt oder für ihn selbständig tätig ist.
  6. Ist ein Auftraggeber der Auffassung, dass im konkreten Einzelfall keine abhängige Beschäftigung vorliegt, ist zwar formal von ihm nichts zu veranlassen. Er geht jedoch das **Risiko** ein, dass bei einer Prüfung durch einen Versicherungsträger und gegebenenfalls im weiteren Rechtsweg durch die Sozialgerichte der Sachverhalt anders bewertet und dadurch die Nachzahlung von Beiträgen erforderlich wird.

**Hinweis / Tipp**

In **Zweifelsfällen** ist es somit empfehlenswert, das Anfrageverfahren zur Statusklärung bei der DRV Bund nach § 7a Abs. 1 Satz 1 SGB IV einzuleiten.

Wenn demnach Subunternehmerleistungen rechtlich sicher von der Scheinselbständigkeit abgegrenzt werden sollen, müssen definitiv folgende Punkte sichergestellt sein:

Wenn die Leistung **weisungsgebunden** (durch den Auftraggeber) erbracht wird,

dabei eine **Eingliederung** in die Betriebs-/ Organisationsstruktur (des Auftraggebers) erfolgt,

ein nennenswertes **Unternehmerrisiko** (beim Auftragnehmer) **nicht** vorliegt,

dann gehen die SV-Träger regelmäßig von **SCHEINSELBSTÄNDIGKEIT** aus!!!

## II. Freie Mitarbeiter ./ Scheinselbständigkeit

### 1. Abgrenzung: Arbeitnehmer – Selbständiger

#### 1.1. Grundsätzliche Aussagen

**Ein Scheinselbstständiger ist eine Erwerbsperson, die die Pflichten eines Arbeitnehmers mit den Risiken eines Unternehmers in sich vereinigt.**

Der Handlungsspielraum eines Scheinselbständigen bei der Ausübung seiner Erwerbstätigkeit ist - anders als bei "echten" Selbstständigen - vertraglich oder tatsächlich wie bei einem Arbeitnehmer eingeschränkt.

In der Sozialversicherung gehört ein Erwerbstätiger entweder zu den Selbständigen oder zu den Arbeitnehmern. Das gilt auch nach dem Inkrafttreten der gesetzlichen Vorschriften zur Scheinselbständigkeit. Die Zuordnung zur einen oder anderen Gruppe orientiert sich daher an Grundsätzen, die hierzu ursprünglich von der Rechtsprechung entwickelt worden sind.

Im Gegensatz zu den Arbeitnehmern ist ein selbständig Tätiger nur im Ausnahmefall versicherungspflichtig.

**Wichtig ist daher zunächst die Entscheidung, ob es sich um**

- **einen Arbeitnehmer, also einen abhängig Beschäftigten handelt, oder**
- **eine freiberufliche oder selbstständige Tätigkeit vorliegt.**

Diese Entscheidung muss jeweils im **Einzelfall** getroffen werden.



#### **Entscheidung**

- ✓ BSG-Urteil vom 28.08.1961 –3 RK 57/57, BSGE 15,65

#### **Kernaussage** (nicht amtlich)

- **Die steuerrechtliche Beurteilung kann allenfalls ein Indiz sein, ist aber für die sozialversicherungsrechtliche Bewertung nicht entscheidend.**

Um **abhängige Beschäftigungsverhältnisse**, und damit um sv-pflichtige Arbeitnehmer handelt es sich, wenn

- der „Auftraggeber“ über Art, Ort, Zeit und Weise der Arbeit entscheidet und
- gegenüber dem „Auftragnehmer“ (=Leistungserbringer) weisungsbefugt ist und
- der Leistungserbringer von seinem „Auftraggeber“ persönlich und meistens auch wirtschaftlich abhängig ist.

**Hinweis / Tipp**

Die vertraglichen Vereinbarungen, die Bezeichnung oder die Rechtsform des vertraglichen Verhältnisses sind **nicht** entscheidend.

Vielmehr kommt es immer auf die **tatsächlichen Verhältnisse** an - insoweit sie rechtlich zulässig sind (BSG-Urteil vom 04.06.1998 – B 12 KR 5/97 R).

**Entscheidung**

- ✓ BSG-Urteil vom 04.06.2019 - B 12 KR 14/18 R

**Kernaussage** (nicht amtlich)

- **Für die sv-rechtliche Beurteilung müssen alle nach Lage des Einzelfalls als Indizien in Betracht kommenden Umstände festgestellt, in ihrer Tragweite zutreffend erkannt und gewichtet, in die Gesamtschau mit diesem Gewicht eingestellt und nachvollziehbar, d. h. den Gesetzen der Logik entsprechend und widerspruchsfrei gegeneinander abgewogen werden.**

Dabei ist regelmäßig vom Inhalt der zwischen den Beteiligten getroffenen Vereinbarungen auszugehen, der konkret festzustellen ist. Liegen schriftliche Vereinbarungen vor, ist neben deren Vereinbarkeit mit zwingendem Recht auch zu prüfen, ob mündliche oder konkludente Änderungen erfolgt sind.

Schließlich ist auch die Ernsthaftigkeit der dokumentierten Vereinbarungen zu prüfen. Erst auf der Grundlage der so getroffenen Feststellungen über den (wahren) Inhalt der Vereinbarungen ist eine wertende Zuordnung des Rechtsverhältnisses vorzunehmen und in einem weiteren Schritt zu prüfen, ob besondere Umstände vorliegen, die eine hiervon abweichende Beurteilung notwendig machen

**Entscheidung**

- ✓ BSG-Urteil vom 24.10.1978 - 12 RK 58/76

**Kernaussagen** (nicht amtlich)

- **Maßgebend ist das im Rahmen des rechtlich möglichen gelebte Vertragsverhältnis, sofern dieses von den vertraglichen Vereinbarungen abweicht.**
- **Den rechtlich zulässigen vertraglichen Vereinbarungen kommt als Ausdruck des Parteiwillens nur dann eine entscheidende Rolle zu, wenn sich in der Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls die Indizien für eine abhängige Beschäftigung und eine selbständige Tätigkeit die Waage halten.**

- **Dem Umfang der individuellen Schutzbedürftigkeit kommt für die Abgrenzung zwischen abhängiger Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit keine Bedeutung zu.**

Folgende Kriterien sind für die Beurteilung einer **Beschäftigung** entscheidend:

1. die persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers,
2. seine Eingliederung in den Betrieb,
3. die Weisungsgebundenheit gegenüber dem Arbeitgeber.

- **Ein starres Schema für die Beurteilung gibt es nicht.**

Vielfach werden sowohl Kriterien vorliegen, die für eine abhängige Beschäftigung sprechen, als auch solche, die eine selbstständige Tätigkeit vermuten lassen. In diesen Fällen ist eine sorgfältige Abwägung erforderlich.

- **Entscheidend ist immer das Gesamtbild der Tätigkeit**



### **Entscheidung**

- ✓ BSG-Urteil vom 27.04.2021 – B 12 R 16/19 R;

### **Kernaussage** (nicht amtlich)

- **Dem Bedürfnis nach der Verwaltungsvereinfachung und erhöhter Rechtssicherheit dienenden, abstrakteren, einzelfallüberschreitenden Aussagen kann im Hinblick auf bestimmte Berufs- oder Tätigkeitsbilder nicht – auch nicht im Sinne einer "Regel-Ausnahme-Aussage" – nachgekommen werden.**

## 1.2. Unternehmerrisiko

Im Gegensatz zum selbständigen Tätigen kann der Arbeitnehmer seine Tätigkeit nicht frei gestalten. Auch über die Lage der Arbeitszeit, den Einsatz seiner Arbeitskraft und die Gestaltung seiner Arbeit kann der Arbeitnehmer grundsätzlich nicht selbst bestimmen. Zudem trägt er selbst kein Unternehmerrisiko, ist also von den Entscheidungen eines anderen – nämlich seines Arbeitgebers – abhängig und kann den wirtschaftlichen Erfolg seiner Arbeit nicht selbst nutzen.



### Entscheidung

- ✓ BSG-Urteil vom 27.01.1977 – 12/3 RK 33/75

### Kernaussage (nicht amtlich)

- **Das Fehlen eines Unternehmensrisikos ist ein entscheidender Punkt in der Beurteilung der Arbeitnehmereigenschaft.**

Schwierigkeiten bereitet in der Praxis immer wieder die Frage, wann ein Unternehmerrisiko als Indiz für die Selbständigkeit vorliegt und welche Bedeutung diesem Kriterium bei der Würdigung des Gesamtbildes zukommt.

1. Nach der Rechtsprechung des BSG besteht ein **Unternehmerrisiko, wenn der Erfolg eines eigenen wirtschaftlichen Einsatzes ungewiss ist.**

#### Werk- vertrag

- Unternehmerrisiko bedeutet regelmäßig den Einsatz eigenen Kapitals, der auch mit der Gefahr eines Verlustes verbunden sein kann.
- Ein Unternehmerrisiko trägt, wer eigenes Kapital mit der Gefahr des Verlusts oder die eigene Arbeitskraft mit der Gefahr der Arbeitsleistung ohne Vergütung einsetzt.
  - Maßgeblich ist demnach, ob der Erfolg des Einsatzes der sächlichen oder persönlichen Mittel also ungewiss ist (BSG-Urteil vom 24.09.1981 – 12 RK 43/79).

#### Dienst- vertrag

- Ein Unternehmerrisiko liegt allerdings nicht nur dann vor, wenn der Erfolg eines Kapitaleinsatzes ungewiss ist bzw. die Chance zur Akkumulation des eingesetzten Kapitals besteht.
- Das Unternehmerrisiko kann vielmehr auch dann vorhanden sein, wenn die eigene Arbeitskraft mit der Gefahr, nicht berücksichtigt zu werden, zur Verfügung gestellt wird (BSG-Urteil v. 28.09.2011 - B 12 R 17/09 R).
- Das Unternehmerrisiko geht über das Risiko hinaus, für den Arbeitseinsatz kein Entgelt zu erzielen.
- Bei Tätigkeiten, die keinen weiteren Kapitaleinsatz erfordern (geistige Tätigkeiten/ „Wissensarbeit“) kann für ein Unternehmerrisiko sprechen, dass eine Vergütung nicht bereits bei Arbeitsbereitschaft oder Anbieten der Leistung, sondern erst dann zu gewähren ist, wenn die Leistung tatsächlich erbracht wird (BSG-Urteil vom 27.03.1980 – 12 RK 26/79).

2. Das Bestehen eines Unternehmerrisikos ist jedoch nicht schlechthin entscheidend.
- Die Belastung mit Risiken kann vielmehr nur dann für Selbständigkeit sprechen, wenn dem Unternehmerrisiko eine größere Freiheit bei der Gestaltung und der Bestimmung des Umfangs des Einsatzes der eigenen Arbeitskraft gegenübersteht.
  - Die Belastung eines Erwerbstätigen, der im Übrigen nach der Gestaltung des gegenseitigen Verhältnisses als Arbeitnehmer einzustufen wäre, mit zusätzlichen Risiken, vermag keine Selbständigkeit zu begründen.
  - Die Aufbüdung weiterer Risiken kann also nur dann Bedeutung gewinnen, wenn sie mit einem deutlichen Zuwachs an Dispositionsfreiheit und Gewinnchancen einhergeht (BSG-Urteil vom 25.04.2012 – B 12 KR 24/10 R und vom 18.11.2015 – B 12 KR 16/13 R).
  - Das Risiko, bei fortlaufenden Kosten für Krankenversicherung und Altersvorsorge aufgrund der konkreten Vertragsgestaltung keine gesicherten Einkünfte zu haben, spricht noch nicht für die Annahme einer selbständigen Tätigkeit. Zum echten Unternehmerrisiko wird dieses erst dann, wenn bei Arbeitsmangel nicht nur kein Einkommen erzielt wird, sondern zusätzlich auch Kosten für betriebliche Investitionen oder eigene Beschäftigte anfallen oder früher getätigte Investitionen brachliegen.

### 1.2.1. Rechtsprechung zum Unternehmerrisiko

- **Grundsatz: Die Honorarhöhe stellt kein maßgebliches Abgrenzungskriterium dar.**

#### Sachverhalt

Ein Heilpädagoge wird beauftragt, bei ein bis zwei Familien in der Woche Jugendhilfe vor Ort in den Familien zu erbringen. Dafür wurde ein Honorar von 41,50 € je Stunde vereinbart und gezahlt.



#### Entscheidung

- ✓ BSG-Urteil vom 31.03.2017 – B 12 R 7/15 R; NZS 2017, 664; BB 2017, 2555

#### Kernaussage (nicht amtlich)

- **Die Höhe der vereinbarten Vergütung ist ein gewichtiges Indiz für eine selbständige Tätigkeit, wenn das vereinbarte Honorar deutlich über dem Arbeitsentgelt eines vergleichbar eingesetzten sv-pflichtigen Beschäftigten liegt und dadurch eine Eigenvorsorge ermöglicht.**

## Entscheidungsgründe

1. Bei reinen Dienstleistungen, die im Wesentlichen nur Know-how, Arbeitszeit und Arbeitsaufwand voraussetzen, ist das Fehlen von größeren Investitionen in Werkzeuge, Geräte oder sonstige Arbeitsmaterialien kein gewichtiges Indiz für eine Beschäftigung.
2. Die Vereinbarung eines festen Stundenhonorars spricht nicht zwingend für eine abhängige Beschäftigung.
  - ✓ Bei reinen Dienstleistungen ist ein erfolgsabhängiges Entgelt aufgrund der Eigenheiten der zu erbringenden Leistung nicht zu erwarten.
3. Liegt das Honorar deutlich über dem Arbeitsentgelt eines vergleichbar eingesetzten Beschäftigten und ist dadurch eine Eigenvorsorge möglich, so ist dies ein gewichtiges Indiz für eine selbständige Tätigkeit.

## Aussagen der SV-Träger dazu

Allein aufgrund eines besonders hohen Honorars kann eine selbständige Tätigkeit nicht begründet werden.



### Entscheidung

- ✓ BSG- Urteil vom 07.06.2019 – B 12 R 6/18 R; BSGE 128, 205

### Kernaussage (nicht amtlich)

- ***Es besteht keine Dispositionsfreiheit in dem Sinne, dass man sich durch Vereinbarung eines Zuschlages zu einem üblichen Stundenlohn eines vergleichbaren abhängig Beschäftigten von der Sozialversicherungspflicht „freikaufen“ kann.***
- ***Die Honorarhöhe ist somit Ausdruck des Parteiwillens und spielt daher nur dann eine entscheidende Rolle, wenn sich in der Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls die Indizien für eine abhängige Beschäftigung und eine selbständige Tätigkeit die Waage halten.***



### Entscheidung

- ✓ BSG-Urteil vom 18.11.2015 – B 12 KR 16/13 R; BSGE 120, 99

### Kernaussage (nicht amtlich)

- ***Die Anschaffung von Gegenständen wie Handy und PC lässt nur dann auf ein unternehmerisches Risiko schließen, wenn diese Gegenstände gerade im Hinblick auf die ausgeübte Tätigkeit angeschafft, hierfür eingesetzt und***

**das aufgewandte Kapital bei Verlust des Auftrags und/ oder ausbleibenden weiterer Aufträge als verloren anzusehen wäre.**

- **Es spricht nach der allgemeinen Lebenserfahrung nichts dafür, dass Gegenstände wie Handy und PC, die mittlerweile in vielen Haushalten sogar mehrfach vorhanden sind, durch die Aufgabe einer Tätigkeitsform wertlos werden.**

### **Praxisprobleme:**

Wenn der Auftragnehmer tatsächlich kein Unternehmerrisiko darstellen kann oder hat, fragt sich der DRV-Prüfer:

1. Was bringt dieser Auftragnehmer (mehr) mit, außer seiner Arbeitskraft?
2. Was macht diesen Auftragnehmer zu einem selbständigen Unternehmer?
3. Wie unterscheidet sich dieser Leistungserbringer vom eigenen eingesetzten Personal?

### 1.3. Eingliederung in den Betrieb

Eine Eingliederung in den Betrieb wird zum Beispiel dadurch erkennbar, dass der Beschäftigte seine Arbeit in den Räumen des Arbeitgebers ausübt, beziehungsweise ausüben muss (= Auffassung der SV-Träger).

**Anhaltspunkte** sind auch

- die Einbindung in die Urlaubsplanung und
- in das allgemeine organisatorische Umfeld des Betriebes.

Dabei spielt es **keine** Rolle, wenn im Einzelfall durch besondere Beziehungen (zum Beispiel familiärer oder freundschaftlicher Natur) oder wegen der Art der Tätigkeit größere Freiheiten bei der Gestaltung der Arbeit bestehen.

Die Eingliederung in den Betrieb ist nicht räumlich, sondern organisatorisch zu verstehen.

#### Hinweis / Tipp

Eingliederung bedeutet, dass der Leistungserbringer keine eigene Unternehmens-/ Betriebsstruktur hat, sondern zur Erledigung des Auftrages die Unternehmens-/ Betriebsstruktur des Auftraggebers nutzt.



#### Entscheidung

- ✓ LSG Berlin-Brandenburg Urteil vom 14.12.2016, L 9 KR 344/13

#### Kernaussage (nicht amtlich)

- ***In einen fremden Betrieb eingegliedert ist, wer zur Erbringung der vertraglich geschuldeten Tätigkeit vollständig auf die von einem anderen ("Auftraggeber") unterhaltenen materiellen Betriebsmittel (hier: Fuhrpark) sowie dessen immaterielle Betriebsmittel (hier: Konzession nach dem Personenbeförderungsgesetz) angewiesen ist.***

#### Praxisprobleme:

Wenn der Auftragnehmer tatsächlich keinen eigenen Betrieb hat, mit dem er die Leistung erbringen kann, er somit zwangsläufig auf die Betriebsstruktur des Auftraggebers zurückgreifen muss, fragt sich der DRV-Prüfer:

1. Was bringt dieser Auftragnehmer mit, außer seiner Arbeitskraft?
2. Was macht diesen Auftragnehmer zu einem selbständigen Unternehmer?
3. Wie unterscheidet sich dieser Leistungserbringer vom eigenen eingesetzten Personal?

## 1.4. Weisungsgebundenheit

Arbeitnehmer ist, wer weisungsgebunden vertraglich geschuldete Leistungen im Rahmen einer von seinem Vertragspartner bestimmten Arbeitsorganisation erbringt.

Im Gegensatz zum selbständig Tätigen unterliegt der Arbeitnehmer durch die Eingliederung in den Betrieb dem Weisungsrecht seines Arbeitgebers.

Dieser bestimmt über

1. die Art und Weise der Arbeitserledigung,
2. den Ort und
3. die Zeit der Ausübung der Tätigkeit.

Entscheidend ist nicht der genaue Grad der Weisungen, die vom Arbeitgeber erteilt werden.



### Entscheidung

- ✓ BSG-Urteil vom 23.02.2021 – B 12 R 15/19 R

### Kernaussage (nicht amtlich)

- **Der Grad der persönlichen Abhängigkeit wird dabei auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit sowie deren Art und Organisation bestimmt.**
- **So kann dieser bei sog. Diensten höherer Art, also der Tätigkeit hochqualifizierter Erwerbstätiger bzw. Erwerbstätiger mit besonderer Leitungsfunktion auch in abgeschwächter Form noch für das Vorliegen einer Beschäftigung ausreichend und die Weisungsgebundenheit zur funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess verfeinert sein.**
- **Weisungsgebundenheit und Eingliederung in den Betrieb stehen weder in einem Rangverhältnis zueinander noch müssen sie kumulativ vorliegen.**
- **Eine persönliche Abhängigkeit kann daher auch allein durch die funktionsgerecht dienende Eingliederung in einen Betrieb gekennzeichnet sein**



### Entscheidung

- ✓ BSG-Urteil vom 19.10.2021 – B 12 R 10/20 R

### Kernaussage (nicht amtlich)

- **Dabei kann insbesondere bei Hochqualifizierten oder Spezialisten das Weisungsrecht aufs Stärkste eingeschränkt und dennoch die Dienstleistung fremdbestimmt sein, wenn sie ihr Gepräge von der Ordnung des Betriebes erhält, in deren Dienst die Arbeit verrichtet wird.**

**Hinweis / Tipp**

Insbesondere in *Führungspositionen* oder bei Spezialisten werden sich die Vorgaben des Arbeitgebers nur auf den Rahmen der Tätigkeit erstrecken, während der Arbeitnehmer im Detail der Erledigung Freiräume und Entscheidungsspielräume hat.

- **Dies schließt jedoch eine abhängige Beschäftigung nicht aus.**

Eine im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit deutet nur dann auf eine selbständige Tätigkeit, wenn

- diese Freiheit tatsächlich Ausdruck eines fehlenden Weisungsrechts und
- nicht nur Folge der Übertragung größerer Eigenverantwortung bei der Aufgabenerledigung auf den einzelnen Arbeitnehmer bei ansonsten fortbestehender funktionsgerecht dienender Teilhabe am Arbeitsprozess ist.
- Dabei kommt einer großen Gestaltungsfreiheit hinsichtlich der Arbeitszeit nur dann erhebliches Gewicht zu, wenn sich deren Grenzen nicht einseitig an dem durch die Bedürfnisse des Auftraggebers vorgegebenen Rahmen orientieren.
- Es spricht nicht gegen das Vorliegen eines Weisungsrechts, wenn sich Arbeitsort und/oder Arbeitszeit bereits aus "der Natur der Tätigkeit" ergeben, also aus den mit der vertraglich vereinbarten Tätigkeit verbundenen Notwendigkeiten.

**Entscheidung**

- ✓ BSG-Urteil vom 18.11.2015 - B 12 KR 16/13 R; BSGE 120, 99

**Kernaussage** (nicht amtlich)

- **Ausschlaggebend ist, ob nach den konkreten Vereinbarungen ein Weisungsrecht hinsichtlich aller Modalitäten (z. B. hinsichtlich Inhalt, Durchführung oder Dauer) der zu erbringenden Tätigkeit besteht oder aber ausgeschlossen ist, und sich die Fremdbestimmtheit der Arbeit auch nicht über eine funktionsgerecht dienende Teilhabe am Arbeitsprozess innerhalb einer fremden Arbeitsorganisation vermittelt.**

**Entscheidung**

- ✓ BSG-Urteil vom 04.06.2019 - B 12 R 11/18 R; BSGE 128, 191 und NZA 2019, 1583 und NZS 2020, 223

**Kernaussagen** (nicht amtlich)

- **Zur persönlichen Abhängigkeit gehört nicht eine wirtschaftliche Abhängigkeit.**
- **Eine wirtschaftliche Abhängigkeit steht auch einem objektiven Weisungsrecht nicht gleich.**

- **Insofern ist es für die Abgrenzung einer abhängigen Beschäftigung von einer selbständigen Tätigkeit nicht von Bedeutung, ob die Tätigkeit als Haupterwerbsquelle oder im Nebenerwerb ausgeübt wird und ob es sich um kurze und seltene Arbeitseinsätze oder um eine verstetigte Geschäftsbeziehung handelt sich.**

### Praxisprobleme:

Wenn der Auftragnehmer tatsächlich keinen eigenen Betrieb hat, mit dem er die Leistung erbringen kann, er somit zwangsläufig auf die Betriebsstruktur des Auftraggebers zurückgreifen muss, fragt sich der DRV-Prüfer:

1. Was bringt dieser Auftragnehmer mit, außer seiner Arbeitskraft?
2. Was macht diesen Auftragnehmer zu einem selbständigen Unternehmer?
3. Wie unterscheidet sich dieser Leistungserbringer vom eigenen eingesetzten Personal?

## 1.5. Arbeitsbedingungen aus der Natur der Sache

Bei der Gesamtabwägung sind auch solche Umstände zu berücksichtigen, die einer Tätigkeit ihrer Eigenart nach immanent sind, durch gesetzliche Vorschriften oder auch eine öffentlich-rechtliche Aufgabenwahrnehmung bedingt sind oder auf sonstige Weise "in der Natur der Sache" liegen.



### Entscheidungen

- ✓ BSG-Urteil vom 04.06.2019 - B 12 KR 14/18 R (Honorarärztin im Krankenhaus)
- ✓ BSG-Urteil vom 07.06.2019 - B 12 R 6/18 R; BSGE 128, 205 (Pflegefachkraft in einer Pflegeeinrichtung)
- ✓ BSG-Urteil vom 27.04.2021 - B 12 R 16/19 R (Fahrkartenkontrolleur mit Gewerbeanmeldung einer Detektivtätigkeit) oder
- ✓ BSG-Urteil vom 19.10.2021 - B 12 R 10/20 R (Notärztin im Rettungsdienst)

### Kernaussagen (nicht amtlich)

- **Umständen, die sich aus der Natur der Sache ableiten, ist zwar nicht zwingend eine entscheidende Indizwirkung für eine abhängige Beschäftigung beizumessen; umgekehrt ist eine abhängige Beschäftigung aber auch nicht allein deshalb ausgeschlossen, weil sich bestimmte Weisungsrechte oder Vorgaben bereits aus der Eigenart der Tätigkeit ergeben oder ihr innewohnen.**

1. Indizwirkung gegen eine Beschäftigung und für eine selbständige Tätigkeit besteht vielmehr dann, wenn bei Verrichtung der Tätigkeit eine Weisungsfreiheit verbleibt, die sich insgesamt als eine unternehmerische kennzeichnet.
2. Ob und inwieweit einzelne Umstände einer Tätigkeit "ihrer Natur nach" immanent sind, hängt wesentlich mit der zu beurteilenden Tätigkeit und ihrer konkreten Ausgestaltung zusammen.
3. Je enger der übertragene Tätigkeitsbereich abgesteckt ist, weil der Auftraggeber nicht auf eigene Gestaltungsmöglichkeiten verzichtet, desto weniger Spielraum kann der übertragenen Tätigkeit noch immanent sein.
4. Aus welchen Gründen eine Tätigkeit nach Weisungen und unter Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation statt weisungsfrei ausgeübt wird, spielt daher insoweit keine Rolle.
5. Unerheblich ist auch, ob die Ausübung der Tätigkeit mit einer größeren Gestaltungsfreiheit (rechtlich oder tatsächlich) überhaupt möglich wäre.

## 1.6. Projektarbeit

Die Erwerbstätigkeit im Rahmen

- agiler Arbeitsmethoden oder
- einer projektbezogenen Arbeit
- spricht für eine abhängige Beschäftigung,
- ✓ schließt jedoch eine selbständige Tätigkeit nicht aus.

Maßgebend ist, ob sich dadurch eine Einbindung in eine fremde Arbeitsorganisation ergibt und der Erwerbstätige Weisungen des Auftraggebers zu folgen hat, die die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit erheblich einschränken.

### Anwendung

Bei vielen agilen Arbeitsmethoden findet ein arbeitsteiliges Zusammenwirken aller Teammitglieder in den Strukturen des Auftraggebers statt. Dabei erfolgen ständige Rückkoppelungen untereinander und es muss „Hand in Hand“ zusammengearbeitet werden. Die Teammitglieder haben häufig die gleichen Entscheidungskompetenzen und -verantwortlichkeiten. Für die Arbeitsleistung besteht regelmäßig ein Rahmenzeitplan o. ä.

Der Auftraggeber gibt in der Regel den Arbeitsort und die zu verwendenden Arbeitsmittel konkret vor. Darüber hinaus findet eine enge Einbindung in den Arbeitsprozess statt. Es werden regelmäßig fortlaufend Vorgaben zur Art und Weise der Auftragsbearbeitung erteilt. Dabei macht es keinen Unterschied, ob dem Team in der Gesamtheit Weisungen ausgesprochenen werden oder den Teammitgliedern einzeln. Zudem kann die Notwendigkeit konkreter Weisungen insbesondere in fachlicher Hinsicht gerade bei Hochqualifizierten bzw. Spezialisten erheblich eingeschränkt sein und gleichwohl den Erwerbstätigen immer noch funktionsgerecht dienend am fremdbestimmten Arbeitsprozess teilhaben lassen.

### 1.7. Im Allgemeinen ist derjenige selbständig,

1. wer unternehmerische Entscheidungsfreiheit genießt,
2. ein unternehmerisches Risiko trägt sowie
3. unternehmerische Chancen wahrnehmen und
4. hierfür Eigenwerbung betreiben kann.

#### Typische Merkmale unternehmerischen Handelns sind u.a.,

- dass Leistungen im eigenen Namen und auf *eigene* Rechnung, statt im Namen und auf Rechnung des Auftraggebers erbracht werden, sowie
- die eigenständige Entscheidung über
  - Einkaufs- und Verkaufspreise, Warenbezug,
  - Einstellung von Personal,
  - Einsatz von Kapital und Maschinen,
  - die Zahlungsweise der Kunden (z.B. sofortige Barzahlung, Stundungsmöglichkeit, Einräumung von Rabatten),
  - Art und Umfang der Kundenakquisition,
  - Art und Umfang von Werbemaßnahmen für das eigene Unternehmen (zum Beispiel Benutzung eigener Briefköpfe).

## 2. Lösungsansatz Werkvertrag

### 2.1. Allgemeines zum Werkvertrag

Gegenstand eines Werkvertrages ist die Herstellung eines (klar abgrenzbaren) Werkes. Dieses besteht regelmäßig in der Herstellung oder Veränderung einer Sache oder auch in jedem anderen durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführenden Erfolg.

#### § 631 BGB - Vertragstypische Pflichten beim Werkvertrag

*(1) Durch den Werkvertrag wird der Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werkes, der Besteller zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet.*

*(2) Gegenstand des Werkvertrags kann sowohl die Herstellung oder Veränderung einer Sache als auch ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg sein.*

#### Hinweis / Tipp

Wesentlich für den Werkvertrag ist somit, dass ein bestimmter Erfolg und nicht die Gestellung von Arbeitskraft/ Arbeitszeit - geschuldet wird.

Dafür trägt der Werkunternehmer das Risiko (Haftung). Somit ist der Werkvertrag die ideale Vereinbarungsform für erfolgsorientierte Aufgaben und Projekte.

#### 2.1.1. Merkmale des Werkvertrages

1. Vereinbarung und Erstellung eines **klar abgrenzbaren Werks**, welches dem Werkvertragnehmer zuzurechnen ist,
2. **eigenverantwortliche** Herstellung durch den Werkunternehmer, das vom Werkvertragnehmer eingesetzte Personal untersteht ausschließlich seinem arbeitsrechtlichen Weisungsrecht,
3. **erfolgsbezogene** Vergütung, sodass das (Unternehmer-) Risiko des Misslingens beim Werkvertragnehmer liegt,
4. Gewährleistungsansprüche des Werkvertragesgebers (**Haftung**), wenn das Werk fehlerhaft ist oder nicht die zugesicherten Eigenschaften aufweist (Konventionalstrafe).

#### Hinweis / Tipp

Ausschließlich Arbeiten, die projekt- beziehungsweise erfolgsbezogen sind, können auch Gegenstand eines Werkvertrages sein.

Der Abschluss eines Werkvertrages geht somit ins Leere, wenn ein eigenständiges Werk nicht vereinbart ist.

#### Praxistipp:

**Auch wenn das Zivilrecht eine Schriftform für Werkverträge nicht vorsieht, ist es aus Beweissicherungsgründen sinnvoll, Werkverträge auch schriftlich zu vereinbaren.**

### 2.1.2. Anwendungsfälle für Werkverträge

Folgende Arbeiten können beispielsweise mittels Werkvertrag geregelt werden:

1. Errichtung, Umbau oder Reparatur von Bauwerken,
2. Reparatur von Maschinen oder Geräten,
3. Wartung von Kraftfahrzeugen oder Maschinen,
4. Installation von Heizungs- oder Lüftungssystemen,
5. Installation von Elektroanlagen,
6. Bearbeitung von Materialien (Zusägen von Holz, Färben von Stoffen, Härten von Schrauben).
7. Installation von Alarm- oder Telefonanlagen,...

Der Abschluss von Werkverträgen ist insbesondere im Baugewerbe sinnvoll und zulässig.

Weitere Anwendungsbereiche des Werkvertrages sind zum Beispiel:

8. Bauüberwachung und Planung von Architekten,
9. Ingenieurvertrag mit Projektierung von zum Beispiel Sanitär-, Heizungs- und Elektroarbeiten für ein Bauvorhaben,
10. Vertrag über die laufende Gebäudereinigung,
11. Beförderung von Gütern oder
12. Erstellung von betriebsindividueller Software.

### 2.1.3. Negativabgrenzung

#### Hinweis / Tipp

Werkergebnisse werden insbesondere dann nicht geschuldet, wenn der Vertragspartner nur allgemein beschriebene Leistungen erbringen soll.

Bei den folgenden Aufträgen fehlt die Projekt- oder Erfolgsorientierung der Leistung, beispielsweise bei der Vereinbarung von:

1. Reinigungsarbeiten,
2. (Buchhaltungs-) Abrechnungsarbeiten,
3. Montagearbeiten,
4. Bauleistungen,
5. Fahr- beziehungsweise Transportleistungen,
6. Schweißarbeiten,
7. Zeichenarbeiten,
8. Technikerarbeiten,
9. Büroarbeiten,
10. Schreibearbeiten oder
11. Mitarbeit in der Fertigung...

Werkvertraglich geschuldete Leistungen liegen insbesondere dann nicht vor, wenn fremde Unternehmen mit ihren Mitarbeitern ununterscheidbar in den Betriebsablauf/ in die Betriebsorganisation des Auftraggebers eingegliedert werden.

Das kann allein bereits durch die äußere Erscheinung erkennbar werden, zum Beispiel durch:

1. das Tragen der gleichen Arbeitskleidung (wie die Mitarbeiter des Auftraggebers),
2. das Arbeiten direkt in der Arbeitsorganisation des Auftraggebers, (unentgeltliche) Benutzung der Infrastruktur des Auftraggebers
3. das gemeinsame „Hand-in-Hand-Arbeiten“ mit den Beschäftigten des Auftraggebers

Wenn beispielsweise im Unternehmen (des Auftraggebers) konkrete Produkte hergestellt werden, so sind im Regelfall

1. alle ständig anfallenden betrieblichen Arbeiten, die im Herstellungsprozess erforderlich sind  
und
2. **in den Räumen** und unter betrieblicher Leitung (des Auftraggebers) ausgeführt werden,

**nicht** Gegenstand eines Werkvertrages.

#### **Sachverhalt:**

Herr A soll als AUN ab 01.07.2026 für das Unternehmen B tätig werden.

Dazu soll er die Maschine des B in der Werkhalle des B nutzen und damit Fertigteile für B herstellen.

(Hinweis: ggf. ist das dieselbe Tätigkeit, die A bis 30.06.2026 als abhängig Beschäftigter für B geleistet hat.)

Die Maschine soll er vom B dazu mieten und (könnte diese auch für andere Aufträge nutzen).

#### **Ergebnis:**

Aus Sicht des Autors ist das kritisch, da

- die Leistungserbringung nur mit der Maschine des AUG möglich ist,
- dazu die Leistung nur in der Betriebshalle des AUG und damit auch nur zu dessen Geschäftszeiten möglich ist
- und der AUN (auch durch Miete) kein echtes Unternehmerrisiko trägt.

Eine Aufspaltung des Herstellungsprozesses in diverse Klein- und Kleinstprojekte ist nicht dazu geeignet, werkvertragsfähige Leistungen zu begründen. Tatsächlich besteht hier die starke Vermutung, dass es sich in diesen Fällen um Scheinselbständigkeit oder Arbeitnehmerüberlassung handelt (beziehungsweise handeln könnte).

## 2.2. Rechtsprechung zum Werkvertrag

### 2.2.1. Klar abgrenzbare Leistung?

#### Sachverhalt

Der Kläger ist für den Beklagten mit Unterbrechungen seit 2005 auf der Grundlage von zehn als Werkvertrag bezeichneten Verträgen tätig geworden.

Dabei wurde die „Vorarbeit für die Nachqualifizierung der Denkmalliste“ vereinbart.

Danach war Aufgabe des Klägers, im Rahmen des Nachqualifizierungs- und Revisionsprojekts des Bayerischen Landesamts für Denkmalpflege (BLfD) Bodendenkmäler in einem EDV-gestützten System zu erfassen und nachzuqualifizieren.

Abhängig vom Standort der Ortsakten konnte die Tätigkeit nur in den Dienststellen des BLfD erbracht werden.

Einen Schlüssel zu diesen Dienststellen besaß der Kläger nicht.

*Er hat regelmäßig von 07.30 Uhr bis 17.00 Uhr gearbeitet, über einen zur Verfügung gestellten PC-Arbeitsplatz mit persönlicher Benutzererkennung wurde ihm der Zugang zu den Eingabemaschinen ermöglicht.*

Der Termin zur Fertigstellung der vereinbarten Leistungen wurde anhand der Zahl der im Arbeitsgebiet bekannten archäologischen Fundstellen kalkuliert und festgelegt.

Dem Kläger war gestattet, die Vergütung i.H.v. 31.200 € inkl. Mehrwertsteuer nach Abschluss der Bearbeitung bestimmter Gebiete in Einzelbeträgen von 5.200 € abzurechnen.

Die Vorinstanzen stellten fest, dass zwischen den Parteien nach dem wahren Geschäftsinhalt ein Arbeitsverhältnis besteht.



#### Entscheidung

- ✓ BAG: Urteil vom 25.09.2013 - 10 AZR 282/12, NJW 2013,1348 (rechtskräftig)
- ✓ Vorinstanz: Landesarbeitsgericht München, Urteil vom 23.11.2011 - 5 Sa 575/10 -

#### Kernaussage (nicht amtlich)

- **Fehlt es an einem vertraglich festgelegten abgrenzbaren, dem Auftragnehmer als eigene Leistung zurechenbaren und abnahmefähigen Werk, kommt ein Werkvertrag kaum in Betracht, weil der "Auftraggeber" dann durch weitere Weisungen den Gegenstand der vom "Auftragnehmer" zu erbringenden Leistung erst bestimmen und damit Arbeit und Einsatz erst bindend organisieren muss.**

## 2.2.2. Werkvertrag und Stundenvergütung?

### Sachverhalt

Die Subunternehmer (polnische Einmannkolonnen) hatten ein Gewerbe angemeldet als Asphaltausleger (ohne Straßenbau). An Betriebsmitteln wurden von diesen Einmannkolonnen PKW's, ein Bosch-Werkzeug, eine Stihl-Kettensäge, ein Notebook und ein Tieflader-Anhänger angeschafft.

Abgerechnet wurde auf Basis eines Stundensatzes (10,00 – 28,50 €).

Ermittelt wurde der Sachverhalt vom Zoll; die DRV stellte daraufhin Scheinselbständigkeit fest und berechnete Beiträge zur SV in Höhe von 64.414,44 € nach.

### Entgegnung

Die Baufirma entgegnete, ihr Auftragsbestand umfasse maximal drei bis fünf Arbeitstage, längerfristige Planung sei daher oft unmöglich. Spitzenauftragszeiten decke sie mit Subunternehmern ab, die Auftragserteilung erfolge unregelmäßig. Die Auftragnehmer seien nicht weisungsgebunden und nicht in den Betrieb eingegliedert. Im Rahmen der Baustellenbesichtigung sei nur erläutert worden, was gemacht werden müsse.



### Entscheidung

- ✓ LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 24.02.2015 - L 11 R 5195/13

### Kernaussagen (nicht amtlich)

- **Das Fehlen eines schriftlichen Vertrages, schließt eine Beschäftigung nicht aus, denn eine solche kann sowohl mündlich vereinbart werden als auch durch faktischen Vollzug entstehen.**
- **Das Fehlen eigener Verfügungsgewalt über die wesentlichen Arbeitsmittel spricht gegen eine Selbständigkeit und für eine Eingliederung in den Betrieb der Auftraggeberin.**

### Begründung

Die Vereinbarung eines festen Stundensatzes anstelle einer Vergütung etwa nach konkret begradigten Kantenlängen entspricht der typischen Entlohnung eines abhängig Beschäftigten.

- Die Vergütung erfolgte unabhängig davon, wie schnell oder langsam gearbeitet wurde, nach den tatsächlich gearbeiteten Stunden.
- *Selbst wenn es sich bei der Abrechnung nach Stunden um die geeignetste Abrechnungsmodalität handeln sollte, entspricht die Stundenvergütung einem aus einer abhängigen Beschäftigung resultierenden Arbeitsentgelt.*

### Hinweis / Tipp

Schriftliche Werkverträge nach § 631 BGB grenzen die selbständige Werksleistung von der abhängigen Beschäftigung ideal ab – wenn sie auch in der Praxis gelebt werden.

### 3. Lösungsansatz Dienstvertrag

#### 3.1. Allgemeines zum Dienstvertrag

Bei einem Dienstvertrag verpflichtet sich der Auftragnehmer zur selbständigen Leistung der versprochenen Dienste, der Auftraggeber zur Zahlung der vereinbarten Vergütung.

#### § 611 BGB - Vertragstypische Pflichten beim Dienstvertrag

(1) *Durch den Dienstvertrag wird derjenige, welcher Dienste zusagt, zur Leistung der versprochenen Dienste, der andere Teil zur Gewährung der vereinbarten Vergütung verpflichtet.*

(2) *Gegenstand des Dienstvertrags können Dienste jeder Art sein.*

#### Hinweis / Tipp

Beim Dienstvertrag wird damit eine selbständige Leistung von Diensten gegen Entgelt geschuldet.

Mit Dienstverträgen können damit Dienste jeder Art geregelt werden. Somit kommen sowohl einmalige als auch auf Dauer angelegte Tätigkeiten aber auch solche einfache oder höherwertigere Art in Betracht.

#### 3.2. Merkmale des Dienstvertrages

Typische Merkmale für den selbständigen Dienstvertrag sind:

1. Erbringung der vereinbarten Leistungen in **eigener Verantwortung** des Auftragnehmers,
2. **keine Erfolgsgarantie** für die Dienstleistung,
3. die Vergütung richtet sich nicht nach einem bestimmten Erfolg, sondern ausschließlich nach der ordnungsmäßigen Erbringung der Dienstleistung,
4. **keine Eingliederung des Auftragnehmers in die betriebliche Organisation des Auftraggebers und auch**
5. **keine arbeitsrechtliche Weisungsbefugnis des Auftraggebers gegenüber dem Auftragnehmer und dessen Mitarbeiter.**

Folgende betriebliche Aufgaben **können** beispielsweise auch im Rahmen eines Dienstvertrages erbracht werden.

**Dazu müssen sie**

- **eigenständig definiert und**
- **aus dem gewöhnlichen Betriebsablauf ausgegliedert werden können:**
  1. Softwareentwicklung,
  2. Wartungsarbeiten mit konkreten Service-Intervallen **ohne Übernahme einer Garantie für die ständige Einsatzbereitschaft,**
  3. (betriebliche) Aus- und Weiterbildung durch Dozenten und Trainer,
  4. Bewachungsverträge,
  5. Beratungstätigkeiten
    - a. EDV-Beratung,

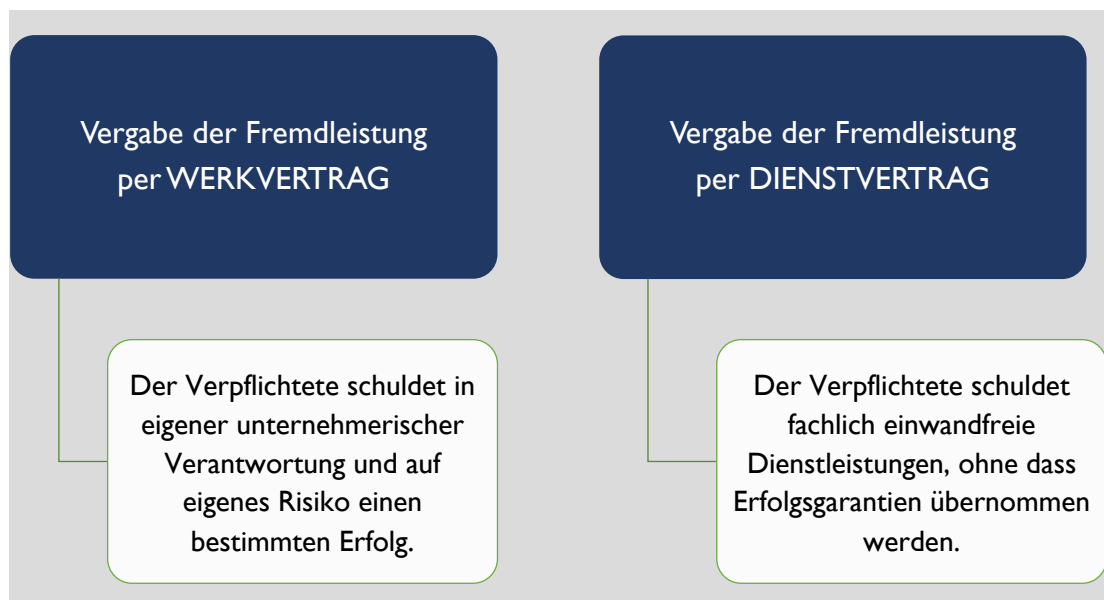
- b. Beratung bei der Personalauswahl oder
  - c. Beratung zu konkreten technischen Problemen und Projekten oder
6. Beratungsverträge mit Rechtsanwälten, Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern...

#### 4. Abgrenzung Dienst- oder Werkvertrag

Die Abgrenzung zwischen Dienst- und Werkvertrag erfolgt über die Prüfung, ob vertraglich ein Erfolg geschuldet wird.

- ✓ Wird die Herbeiführung eines vereinbarten, physisch fassbaren Ergebnisses geschuldet, so handelt es sich um einen Werkvertrag.
- ✓ Wird jedoch das bloße Wirken vertraglich geschuldet, liegt ein Dienstvertrag vor.

Wenn daher der Vertrag einen fest umrissenen Leistungsgegenstand betrifft, nicht eine allgemeine laufende Tätigkeit, liegt ein Werkvertrag vor.



#### Entscheidung

- ✓ BGH-Urteil vom 16.07.2002, Az: XZR 27/01
- ✓ Fundstellen: BGHZ 151, 330; NJW 2002, 3323; ZIP 2003, 442; MDR 2003, 144; WM 2003, 1373; BB 2002, 2039; DB 2002, 2715 (Ls.); BauR 2003, 143 (Ls.); ZfBR 2003, 24

#### Kernaussage (vom Autor)

- **Bei der Abgrenzung von Dienst- und Werkverträgen kommt es auf den im Vertrag zum Ausdruck kommenden Willen der Parteien maßgebend an.**

**Begründung:**

1. Entscheidend ist dann, ob auf dieser Grundlage eine Dienstleistung als solche oder als Arbeitsergebnis deren Erfolg geschuldet wird.
  2. Fehlt eine ausdrückliche Regelung zum Vertragsgegenstand, so sind die gesamten Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen.
  3. Für die rechtliche Beurteilung eines Vertrages ist es unerheblich, welche Bezeichnung gewählt wurde.
- ✓ **Werk- und Dienstverträge stellen häufig die Handwerkskammern und auch die IHK'n als Muster zur Verfügung.**
  - ✓ **Diese Muster müssten dann selbstverständlich auf den individuellen Einzelfall angepasst werden.**
  - ✓ **Diese Individualisierung sollte vorzugsweise von Fachanwälten (Vertragsrecht) vorgenommen werden (sonst ggf. Haftungsproblem beim Steuerberater).**

## 5. Amtliche Eintragungen und Genehmigungen

**Hinweis / Tipp**

In der Gesamtbetrachtung **kann** jemand auch selbständig tätig sein, der nur für einen Auftraggeber arbeitet und in seinem Unternehmen keine Mitarbeiter beschäftigt. Umgekehrt gilt jedoch auch, dass jemand scheinselbständig sein kann, obwohl er/sie für mehrere Auftraggeber tätig wird.

**Handwerksrolle**

Insbesondere dann, wenn er für seine Unternehmung/selbständige Tätigkeit eine besondere amtliche Genehmigung oder Zulassung benötigt.

Auch die Eintragung in die Handwerksrolle stützt die Annahme einer selbständigen Tätigkeit.

**Gewerbemeldung**

Eine Gewerbeanmeldung beziehungsweise die Eintragung in das Gewerberegister oder in das Handelsregister reicht dagegen für sich **alleine nicht** aus.

## 6. Auftragnehmer = Gesellschaft

### 6.1. Auffassung der SV-Träger

Ist der Auftragnehmer eine Gesellschaft in Form einer juristischen Person (z. B. AG, SE, GmbH, UG [haftungsbeschränkt]), schließt dies ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis zum Auftraggeber grundsätzlich aus.

Der Ausschluss eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses wirkt jedoch nur auf die Beurteilung der Rechtsbeziehungen zwischen dem Auftraggeber und dem Auftragnehmer, nicht jedoch auf die Frage, ob die in der Gesellschaft Tätigen Arbeitnehmer dieser Gesellschaft sein können.

Ist der Auftragnehmer eine rechtsfähige Personengesellschaft (z. B. OHG, KG, GmbH & Co. KG, Partnerschaftsgesellschaft, GbR), schließt dies ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis zum Auftraggeber im Regelfall ebenfalls aus.

Dies gilt jedoch nicht, wenn im Einzelfall die Merkmale einer abhängigen Beschäftigung mit entsprechender Weisungsgebundenheit gegenüber den Merkmalen einer selbständigen Tätigkeit überwiegen. Die gleiche Beurteilung gilt grundsätzlich auch, sofern es sich bei dem Auftragnehmer um eine Ein-Personen-Gesellschaft (z. B. Ein-Personen-GmbH bzw. Ein-Personen-Limited) handelt.

Besonders bei typischen Beschäftigungsverhältnissen – wie beispielsweise bei den *nicht* programmgestaltenden Mitarbeitern in der Film- und Fernsehproduktion – kann die Gründung einer Ein-Personen-GmbH oder Ein-Personen-Limited **nicht** zur Umgehung eines sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses führen. Beurteilt nach den maßgebenden tatsächlichen Verhältnissen sind diese Personen vielmehr weisungsgebunden in die Arbeitsorganisation der Unternehmen eingegliedert.

Ein Arbeitnehmer kann – anders als ein Arbeitgeber – nie eine juristische Person sein, so dass die Gründung einer Ein-Personen-GmbH oder Ein-Personen-Limited in diesen Fällen sozialversicherungsrechtlich ins Leere geht.

### 6.2. Scheinselbständigkeit trotz Auftragnehmerin = GmbH

#### Sachverhalt

Ein Krankenhaus benötigte eine pflegerische Fachkraft. K ist pflegerische Fachkraft und gründete eine UG (als 100% Gesellschafter Geschäftsführer). Das Krankenhaus stellte die Versorgung ihrer Patienten grundsätzlich durch eigenes Personal sicher und kompensierte kurzfristige Personalengpässe durch die Beauftragung externer Pflegefachkräfte für konkrete Einsatzzeiten. Das Krankenhaus beauftragte nun die K-UG und kaufte damit die Pflegeleistungen des K ein. Diese erbrachte K stets persönlich vor Ort im Krankenhaus. Die Abrechnung erfolgte über seine K-UG.

Vereinbart waren ein Stundenhonorar von 36 €, ein Zuschlag für Samstag/Sonntag von 9 € pro Stunde, ein Zuschlag für Nachtdienste (20:00 Uhr bis 6:00 Uhr) von 9 € pro Stunde, ein Zuschlag für Feiertage von 18 € pro Stunde und eine kostenfrei zur Verfügung gestellte Unterkunft.

K war im Krankenhaus mit der eigenständigen und eigenverantwortlichen Planung, Durchführung, Dokumentation und Überprüfung von häuslicher und/oder stationäre Krankenpflege und/oder Altenpflege der zu pflegenden Patienten ggf. in Kooperation mit den angestellten Pflegedienstmitarbeitern/-innen und gemäß der Verordnungen für häusliche Krankenpflege sowie der behandelnden Ärzte der Patienten/Patientinnen beauftragt.

Der Auftragnehmer orientiert sich bei der Planung an den bei dem Auftraggeber geltenden Rahmenbedingungen für die Erbringung der Pflegedienste.

Es war „Weisungsfreiheit“ vereinbart, sodass der Auftragnehmer insbesondere bei der Durchführung der übertragenen Tätigkeiten oder der vereinbarten Dienstzeiten keinen Weisungen des Auftraggebers unterliegt und das Recht hat, einzelne Aufträge des Auftraggebers ohne Angaben von Gründen abzulehnen.

Vereinbarungsgemäß stellte der Auftragnehmer die zur Erbringung der Dienstleistung erforderlichen Hilfsmittel, Werkzeuge und Materialien, insbesondere Einmalschutzhandschuhe aus Gummi/Latex.

Der Auftragnehmer war berechtigt, das Vertragsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Frist zu kündigen, wenn er wegen Erkrankung oder aus sonstigen Gründen persönlicher Verhinderung seines eigenen Personals nicht in der Lage war, seine Dienstleistungen unmittelbar zu erbringen und er auch nicht in der Lage ist, nach Absprache mit dem Auftraggeber qualifizierte und geeignete Hilfspersonen als Subunternehmer mit der Erbringung der medizinischen Dienstleistungen zu beauftragen.

Die Auftraggeberin beantragte bei der DRV die Statusprüfung. Dabei stellte die DRV das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung und SV-Pflicht für K fest.



### Entscheidung

- ✓ BSG-Urteil vom 20.07.2023 – B 12 KR 8/21 R

### Verfahrensgang:

- ✓ Sozialgericht Chemnitz, S 36 BA 18/19, 19.11.2019
- ✓ Sächsisches Landessozialgericht, L 9 BA 38/19, 15.11.2022

### Kernaussage (nicht amtlich)

- **Mit Antritt der Beschäftigung als stationäre Pflegefachkraft im Krankenhaus der GmbH war faktisch die Organstellung als Geschäftsführer der UG beendet, da er sich vollständig dem Weisungsrecht der gesamtverantwortlichen Krankenhaus-GmbH unterordnete und sich in deren fremdbestimmten organisatorischen Rahmen und deren Betriebsabläufe eingliederte.**

## Begründung

1. Verpflichtet sich eine Ein-Personen-UG gegenüber einem anderen Unternehmen vertraglich zur Erbringung von Tätigkeiten, die ihrer Art nach eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des anderen Unternehmens und eine Weisungsgebundenheit an dortige Weisungsgeber bedingen, sind ausdrückliche vertragliche Vereinbarungen zwischen dem die Tätigkeit selbst ausführenden Gesellschafter-Geschäftsführer der UG und dem anderen Unternehmen zur Begründung eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses nicht erforderlich.
2. Vergleichbar dem Rechtsinstitut des fingierten Arbeitsverhältnisses nach §10 Absatz1 Satz 1 AÜG im Fall einer unwirksamen Arbeitnehmerüberlassung bestimmt sich die rechtliche Beurteilung als Beschäftigung vielmehr anhand der Vereinbarungen zwischen der UG und dem anderen Unternehmen sowie der praktischen Durchführung dieses Vertrags.

## 6.3. Scheinselbständigkeit trotz Auftragnehmerin = GbR

### Sachverhalt

Ein Internist I betrieb mit anderen Ärzten eine zugelassene vertragsärztliche Gemeinschaftspraxis in Form einer GbR. Mit einem Krankenhaus schloss diese GbR einen Kooperationsvertrag. Das Krankenhaus kaufte mittels Vertrag mit der GbR ärztliche Leistungen ein.

Die DRV stellte im Rahmen eines Statusverfahrens fest, dass für den Arzt aufgrund seiner Tätigkeit für das Krankenhaus eine abhängige Beschäftigung besteht.

Dagegen wehrte sich der Arzt: „er wäre im Krankenhaus als Gesellschafter der Gemeinschaftspraxis tätig und stehe in keinem persönlichen Verhältnis zum Krankenhaus“.

*Hinweis: Das LSG hatte die Rechtsauffassung der DRV bestätigt! Nunmehr hat auch das BSG die Auffassung der Verwaltung abschließend bestätigt.*



### Entscheidung

- ✓ BSG Urteil vom 13.11.2025 – B 12 BA 4/23 R

### Kernaussagen (nicht amtlich)

- **Ärzte handeln bei medizinischen Heilbehandlungen und Therapien grundsätzlich frei und eigenverantwortlich. Hieraus kann aber nicht ohne weiteres auf eine selbstständige Tätigkeit geschlossen werden.**
- **Der Beschäftigung des Klägers steht nicht entgegen, dass der Kooperationsvertrag im Namen der Berufsausübungsgemeinschaft (GbR) geschlossen worden ist.**

### Begründung

1. Die Umstände der Tätigkeit sprechen nicht überwiegend für eine selbstständige Dienst- oder Werkleistung der Berufsausübungsgemeinschaft.

2. Nach der Rechtsprechung des Senats sind Honorarärzte in einem Krankenhaus wegen der dort geltenden regulatorischen Rahmenbedingungen regelmäßig abhängig beschäftigt.
3. Bei den Einsätzen des I bestand ein mit einem Honorararzt vergleichbarer Grad der Eingliederung in die Klinik.
  - a. Er erbrachte die Leistungen bei Krankenhauspatienten und war grundsätzlich unter Verwendung der dort vorgehaltenen Mittel tätig.
  - b. Für den Einsatz standen ihm die Einrichtungen und das medizinische Personal ohne Nutzungsentgelt zur Verfügung.
  - c. Bei Meinungsverschiedenheiten hatte die Klinik ein Letztentscheidungsrecht.
4. Das Recht der Berufsausübungsgemeinschaft, den jeweils einzusetzenden Arzt oder Vertreter selbst zu bestimmen, führte nicht zu einem anderen Ergebnis.
  - a. Die Höchstpersönlichkeit einer Leistung ist zwar regelmäßig ein Indiz für Beschäftigung, ihr Fehlen führt aber nicht zwingend zur Selbstständigkeit.
5. I war auch gegen Entgelt tätig. In Anlehnung an die gesetzlichen Regelungen zur unwirksamen Arbeitnehmerüberlassung ist das zwischen der Berufsausübungsgemeinschaft und der Klinik vereinbarte Entgelt als die für die Tätigkeit des Klägers geschuldete Vergütung heranzuziehen, auch wenn diese nicht direkt an ihn gezahlt wurde und er im Innenverhältnis nur einen Anspruch im Rahmen der vereinbarten Gewinnverteilung hatte.

#### Hinweis / Tipp

Allein eine Abrechnung einer Leistung der Auftragnehmer über eine GmbH/UG schließt die Scheinselbständigkeit nicht aus.

## 7. Abgrenzungskriterien

Nach Auffassung der höchstinstanzlichen Gerichte, sowohl der Arbeitsgerichtsbarkeit als auch der Sozialgerichtsbarkeit enthält § 84 Abs. 1 Satz 2 HGB eine allgemeine gesetzgeberische Wertung, die für die Abgrenzung einer selbständigen Tätigkeit von einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis zu beachten ist.

### § 84 Abs. 1 Satz 2 HGB

**Selbständig ist, wer im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann.**

Ausgehend davon haben sowohl das BAG als auch das BSG in ständiger Rechtsprechung Kriterien entwickelt, die eine Abgrenzung des abhängigen Beschäftigungsverhältnisses von anderen Vertragsverhältnissen ermöglichen.

## 7.1. Starke Merkmale pro Beschäftigung

Den folgenden Merkmalen misst die Rechtsprechung ein **sehr großes Gewicht** für die Annahme eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses bei. Sie führen zu Beschränkungen, die in den Kerngehalt der Selbständigkeit eingreifen.

- Weisungsgebundenheit, die sich bei Hochqualifizierten und Spezialisten auf eine funktionsgerecht dienende Teilhabe am Arbeitsprozess reduzieren kann
- Eingliederung in den Betrieb
- Keine Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft
- Keine im Wesentlichen freigestaltete Arbeitstätigkeit
- Fremdbestimmtheit der Tätigkeit
- Keine eigene Betriebsstätte
- Keine Tragung eines Unternehmerrisikos
- Vereinbarung von Urlaub
- Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall

Nahezu **zwingend** für die Bejahung eines Beschäftigungsverhältnisses sind:

1. Die Verpflichtung, nach bestimmten Tourenplänen zu arbeiten,
2. die Verpflichtung, Adresslisten abzuarbeiten
3. und
4. Verbot der Kundenwerbung aus eigener Initiative.

## 7.2. Starke Merkmale pro Selbständigkeit

Der Einsatz eigenen Personals oder die realistische Möglichkeit, eigenes Personal einzusetzen und die Arbeitsleistung nicht höchstpersönlich erbringen zu müssen, ist ein gewichtiges Indiz für eine selbständige Tätigkeit ( $\neq$  Ausschlusskriterium).

Ein sehr starkes Gewicht kommt bei der Abwägung zu, wenn

1. im Rahmen der selbständigen Tätigkeit tatsächlich regelmäßig "eigene" sv-pflichtige Arbeitnehmer beschäftigt werden, gegenüber denen Weisungsbefugnis hinsichtlich Zeit, Ort und Art der Arbeitsleistung besteht,  
**und**
2. dies das Gesamtbild der Tätigkeit des Selbständigen prägt.

### Hinweis / Tipp

Das Merkmal „eigene Arbeitnehmer“ ist jedoch **kein** definitives Ausschlusskriterium. Das Merkmal „weitere Auftraggeber“ wird mittlerweile von der Verwaltung **nicht** (mehr) als starkes Kriterium pro Selbständigkeit gewertet.

Auch wenn das Tätigwerden für weitere Auftraggeber die eigene Abhängigkeit von nur einem Auftraggeber mindert, so sagt dieser Umstand jedoch nichts darüber aus, inwieweit die Leistung:

- ein- oder ausgegliedert,
- weisungsgebunden oder weisungsfrei erbracht wird
- und ob ein Unternehmerrisiko beim Leistungserbringer gegeben ist.

## 8. Rechtsprechung zur Scheinselbständigkeit

### 8.1. Küchenverkäufer im Küchenstudio

#### Sachverhalt

B war seit August 1998 für die Klägerin (Küchenstudio) im Verkaufsbereich tätig. Grundlage dieser Tätigkeit war ein Dienstvertrag (für freie Mitarbeit). Danach sei B für die Klägerin nebenberuflich ab dem 1.8.1998 als selbstständiger Mitarbeiter im Verkaufsbereich tätig. Die Arbeitszeit und der Umfang der Arbeit würden völlig frei und nach eigenem Gutdünken gestaltet. B sei an Weisungen der Klägerin nicht gebunden; bei der Ausübung der Tätigkeit seien jedoch die Interessen und das Ansehen des Hauses stets zu berücksichtigen. Die Klägerin stelle das für sie übliche Prospektmaterial sowie die bei ihr geltenden Verkaufsunterlagen unentgeltlich zur Verfügung. B erhalte als Vergütung für seine Tätigkeit eine Grundpauschale iHv 4 500 DM für die ersten drei Monate; die Pauschale sei berechnet auf einen monatlichen Leistungsumfang von ca 195 Arbeitsstunden. Ausweislich der vom Beigeladenen an die Klägerin gestellten Rechnungen erzielte der Beigeladene für das Jahr 2014 eine monatliche Provisionsvorauszahlung iHv 3.980 Euro zzgl Mehrwertsteuer sowie eine Bonuszahlung für das Jahr 2014 iHv 5.000 Euro zzgl Mehrwertsteuer, die der Beigeladene mit Rechnung aus Juli 2014 geltend gemacht hatte. Mit den Rechnungen vom Januar und Februar 2014 stellte der Beigeladene der Klägerin jeweils 4.476,65 Euro zzgl Mehrwertsteuer in Rechnung sowie 4.400 Euro zzgl Mehrwertsteuer zur Erreichung des Umsatzziels im Jahr 2013.

*Hinweis: Das BSG hatte die Nichtzulassungsbeschwerde der Klägerin (Küchenstudio) abgewiesen und damit letztlich die Rechtsauffassung der DRV bestätigt!*



#### Entscheidung

- ✓ BSG-Urteil vom 04.04.2025 – B 12 BA 27/24 B
- ✓ Vorinstanz: LSG München, Urteil vom 16.07.2024 - L 7 BA 71/22 und
- ✓ SG München, Urteil v. 01.06.2022 – S 14 BA 152/20

#### Leitsätze vom LSG (amtlich)

- **Küchenverkäufer für eine Küchenfirma sind regelmäßig abhängig beschäftigt**
- **Ein Küchenverkäufer, der seine Verkäufertätigkeit größtenteils in dem Küchenstudio der Auftraggeberin mit Hilfe des dort vorhandenen Equipments zu den betriebsüblichen Arbeitszeiten (Öffnungszeiten des Küchenstudios) ausübt und dem die erforderlichen Arbeitsmittel (Schreibtisch, Programme zur Planung von Küchen) von ihr unentgeltlich zur Verfügung gestellt werden, ist in eine fremde Arbeitsorganisation eingegliedert. (Rn. 10) (Rn. 22) (redaktioneller Leitsatz).**

**Hinweis / Tipp**

Auch wenn Freiberufler – wie zB Ärzte – fachlich stets weisungsfrei arbeiten werden, schließt das allein eine abhängige Beschäftigung nicht aus.

Ärzte, die in Kliniken oder Arztpraxen tätig sind, werden von der Rechtsprechung regelmäßig als abhängig beschäftigt angesehen.

## 8.2. Bauarbeiter

### Sachverhalt

Der Kläger betreibt ein Trockenbauunternehmen. Nach einer Betriebsprüfung stellte die DRV mit Bescheid SV-Beiträge in Höhe von 57.491,16 € fest (Prüfungszeitraum 2013-2016). Auf der Basis jeweils mündlicher Absprachen setzte der Kläger neben den in seinem Betrieb beschäftigten Arbeitnehmern, für die von seiner Seite regelmäßig Sozialversicherungsbeiträge abgeführt worden sind, im Prüfzeitraum auch die Beigeladenen zu 1. bis 3. für im Einzelfall abgesprochene Trockenbauarbeiten auf den Baustellen ein. Die erbrachten Leistungen stellten die Beigeladenen zu 1. bis 3. dem Kläger jeweils in Rechnung. Teilweise wiesen die Rechnungen nur pauschale Angaben zu den erbrachten Leistungen auf (vgl. etwa die Rechnung des Beigeladenen zu 1. vom 21. August 2013 über "Spachtelarbeiten an Wänden und Schrägen" über 970 €. In anderen Fällen wurde (jeweils entsprechend den mündlich getroffenen Absprachen) nach Arbeitsstunden abgerechnet (vgl. etwa die Rechnung des Beigeladenen zu 1. vom 1. September 2013 über 4,5 Stunden zu jeweils 20 €, entsprechend insgesamt 90 €). Andere Abrechnungen erfolgten auf der Basis einer mengenmäßigen Erfassung der erbrachten Leistungen (vgl. etwa Rechnung des Beigeladenen zu 1. vom 26. Juli 2014 über Spachtelarbeiten an Decken mit einer Fläche von 57,88 qm, entsprechend 202,58 €, zuzüglich einer Stunde für "Acrylarbeiten", für die weitere 20,- Euro berechnet worden sind).

### Standpunkte der Parteien

#### Kläger:

Die Beigeladenen seien selbständige Subunternehmer, nicht Arbeitnehmer. Keine festen Arbeitszeiten, weisungsfreie Tätigkeit, teilweise Einsatz eigener Subunternehmer, auch Aufträge für Dritte. Die Beitragsforderungen für die Jahre 2013 und 2014 sind bei einer Bescheiderteilung 2019 bereits verjährt.

#### DRV:

Annahme von sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnissen. Die Beigeladenen seien in den Betrieb des Klägers eingegliedert und hätten keine unternehmerischen Risiken getragen. Verjährung ist nicht eingetreten.

*Hinweis: Sowohl das SG Braunschweig als auch das LSG Celle haben die Rechtsauffassung der DRV bestätigt!*



## Entscheidung

- ✓ LSG Niedersachsen-Bremen Urteil vom 26.03.2025 - L 2 BA 29/24

## Kernaussage

- **Es besteht kein vollständiger Gleichklang des arbeitsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs mit dem Beschäftigtenbegriff nach § 7 SGB IV.**
- **Nach Abs 1 Satz 1 der Vorschrift ist Beschäftigung die nichtselbstständige Arbeit, "insbesondere in einem Arbeitsverhältnis".**
- **Daraus folgt, dass grundsätzlich eine Beschäftigung vorliegt, wenn ein Arbeitsverhältnis besteht, allerdings auch, dass eine Beschäftigung selbst dann ausgeübt werden kann, wenn kein Arbeitsverhältnis zustande gekommen ist.**

## Begründung

1. Fallgestaltungen sind denkbar und zulässig, in denen sozialrechtlich eine abhängige Beschäftigung im Sinne des § 7 SGB IV festzustellen ist, obwohl arbeitsrechtlich kein Arbeitsvertrag im Sinne des § 611a BGB geschlossen worden ist.
2. Eine Zusammenarbeit mit anderen Arbeitnehmern verdeutlicht zusätzlich die Eingliederung in die betrieblichen Strukturen des Auftraggebers.
3. Für die Dauer der übernommenen Aufträge waren die vom Kläger beauftragten Trockenbauer in die arbeitsteilige Organisation des Betriebes des Klägers eingebunden. Der Ort und die Einzelheiten der technischen Ausführung der Arbeit waren im Einzelnen vorgegeben.
4. Es kommt nicht darauf an, ob diese Trockenbauer außerhalb der Erledigung der Aufträge des Klägers die Aufträge anderer Auftraggeber als selbständige Unternehmer oder ebenfalls als abhängige Beschäftigte erledigt haben.
5. Soweit die Beigeladenen aus eigenen Beständen einfaches Werkzeug wie etwa Kellen für die Tätigkeiten eingesetzt haben, war damit ebenfalls kein ins Gewicht fallender Kapitaleinsatz verbunden.
6. Der eventuellen Anmeldung eines Gewerbebetriebes auf Seiten der eingesetzten Arbeitskräfte oder einer Ausstellung von Rechnungen auf ihrer Seite kommt in diesem Zusammenhang keine ins Gewicht fallende eigenständige Aussagekraft zu.
7. ....

## 9. Abschließende Hinweise

1. Der Auftraggeber muss wie jeder Arbeitgeber bei seinen Mitarbeitern prüfen, ob ein Auftragnehmer bei ihm abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist.
2. Ist der Auftraggeber der Auffassung, dass im konkreten Fall keine abhängige Beschäftigung vorliegt, ist formal von ihm nichts weiter zu veranlassen.
3. Allerdings geht der Auftraggeber das Risiko ein, dass, zum Beispiel bei einer Betriebsprüfung durch die DRV, der Sachverhalt anders beurteilt wird.
4. Daraus resultieren meist eine Nachzahlung von Beiträgen und auch das Risiko der alleinigen Arbeitgeberhaftung für den Gesamtsozialversicherungsbeitrag.
5. Bei der Prüfung der Frage, ob eine Arbeitnehmereigenschaft vorliegt, ist zunächst zu prüfen, ob der Betroffene persönlich von seinem Auftraggeber abhängig ist.
6. Liegen Merkmale vor, die sowohl für eine Beschäftigung als auch für Selbstständigkeit sprechen, muss festgestellt werden, welche Merkmale überwiegen.

### Hinweis / Tipp

Wenn die Prüfung dabei ergibt, dass viele und gegebenenfalls wesentliche Punkte für eine abhängige Beschäftigung sprechen, sollten Steuerberater ihren Mandanten zur Sicherheit unbedingt ein **Statusfeststellungsverfahren** bei der Clearingstelle der DRV Bund in Berlin empfehlen.

## 10. Prüfung durch den Zoll

### 10.1. Allgemeines

Grundlage für die Bekämpfung der Schwarzarbeit und der illegalen Beschäftigung ist das Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz (SchwarzArbG). Darin sind die Begriffe Schwarzarbeit und illegale Beschäftigung definiert und der Finanzkontrolle Schwarzarbeit (FKS) Prüfungsaufgaben sowie Prüfungs- und Ermittlungsbefugnisse zugewiesen worden.

Die Behörden der Zollverwaltung prüfen nach § 2 Abs. 1 SchwarzArbG unter anderem:

- im Zusammenhang mit Dienst- und Werkleistungen den Missbrauch von Leistungen nach den Sozialgesetzbüchern II und III (SGB II und III)
- ob Arbeitgeber bestimmter Branchen den Tag des Beginns des Beschäftigungsverhältnisses spätestens bei dessen Aufnahme an die Datenstelle der Deutschen Rentenversicherung gemeldet haben, sogenannte **Sofortmeldung**
- ob die Arbeitsbedingungen nach dem Mindestlohngesetz (MiLoG), dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG) oder nach dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) eingehalten werden oder wurden

Diese Prüfungsaufträge umfassen regelmäßig die Feststellung der Arbeitgeber-/Arbeitnehmereigenschaft sowie der Auftraggeber-/Auftragnehmereigenschaft. Insoweit kann eine Person, die angibt selbstständig tätig zu sein, u.a. auch daraufhin überprüft werden, ob sie nicht tatsächlich abhängig beschäftigt ist.

Die Beschäftigten der FKS führen anlassbezogene und verdachtsunabhängige Prüfungen durch. Die Prüfungen können auch vergangene Zeiträume umfassen. Eine Prüfungsverfügung der FKS muss grundsätzlich nicht schriftlich erlassen werden und bedarf keiner vorherigen schriftlichen Ankündigung.

## 10.2. Ergebnisse der Zollprüfungen

Im Jahr 2025 sind die Zöllnerinnen und Zöllner der Finanzkontrolle Schwarzarbeit (FKS) mit bundesweit mehr als 52.100 eingeleiteten Ordnungswidrigkeitenverfahren (2024: rund 49.700) und rund 98.200 Strafverfahren (2024: rund 96.800) erneut entschieden gegen Schwarzarbeit und illegale Beschäftigung vorgegangen. Auch die abgeschlossenen Verfahren konnten mit rund 93.500 Strafverfahren (2024: 90.800) und 49.500 Ordnungswidrigkeitenverfahren (2024: 6.500) im Vergleich zum Vorjahr gesteigert werden.

Rund 25.800 Arbeitgeber haben die Kräfte der FKS im vergangenen Jahr überprüft (2024: 25.300).

Die Ermittlungen führten zu Freiheitsstrafen von knapp 1.200 Jahren und deckten einen Schaden in einer Gesamthöhe von insgesamt rund 675 Millionen Euro auf.

Die festgestellte Schadenssumme im Rahmen der straf- und bußgeldrechtlichen Ermittlungen der FKS setzt sich aus nicht gezahlten Sozialversicherungsbeiträgen, nicht gezahlten Steuern und "sonstigen Schäden" (insbesondere nicht gezahlten Mindestlöhnen und Urlaubskassenbeiträgen sowie zu Unrecht erhaltenen Sozialleistungen) zusammen.

Die Ergebnisse bestätigen die erfolgreiche Strategie der FKS hin zu einer risikoorientierteren Wahrnehmung der Prüf- und Ermittlungstätigkeit. Die gezieltere Vorgehensweise führt dazu, dass die FKS immer mehr die strukturelle Schwarzarbeit und organisierte Formen der Schwarzarbeit in den Fokus nimmt. Bundesweit hat die FKS im Jahr 2025 mehr als 60 Verfahrenskomplexe im Bereich der Organisierten Kriminalität bearbeitet.

Wenn der Zoll hinsichtlich der Beitragshinterziehung im Sinne des § 266a StGB ermittelt, ergibt sich folgender Ablauf:

1. Der Zoll (FKS) hat staatsanwaltschaftliche Ermittlungsbefugnisse.
2. Insofern werden im Regelfall die Hauptzollämter in solchen Fällen, die von ihnen beschlagnahmten Unterlagen zur beitragsrechtlichen Beurteilung und Auswertung der DRV zur Verfügung stellen.
3. Diese wird dann den sv-rechtlichen Schaden feststellen.
4. Das Gesamtergebnis wird das HZA dann an die Staatsanwaltschaft abgeben.
5. Diese entscheidet dann über eine Anklage.
6. Der strafrechtliche Teil wird dann vor dem Amtsgericht verhandelt.
7. Die DRV wird im Anschluss an dieses Ermittlungsverfahren diese Ermittlungsergebnisse gegenüber dem Arbeitgeber auch mittels Beitragsbescheid geltend machen.

**Hinweis / Tipp**

1. Der Zoll (FKS) hat staatsanwaltschaftliche Ermittlungsbefugnisse.
2. Bei der Aufdeckung geschuldeter SV-Beiträge informiert der Zoll stets die DRV – durch Übersendung der Ermittlungsergebnisse.
3. Die DRV wird aufgrund dessen einerseits für den Zoll die geschuldeten SV-Beiträge ermitteln (= Schadensberechnung) und später auch mittels Bescheid vom Arbeitgeber fordern.
4. Anhand der Schadensberechnung der DRV wird der Zoll/ die Staatsanwaltschaft entscheiden, ob
  - a) ein Strafverfahren oder
  - b) ein Bußgeldverfahren eröffnet wird.

**10.3. Straftatbestand bei Scheinselbständigkeit**

Im Zeitraum von 2013 bis 2017 beschäftigte der Rechtsanwalt R insgesamt zwölf weitere Rechtsanwälte, die nach seinem Modell als selbstständige, freie Mitarbeiter tätig sein sollten. Daher wurde in einem "Freien Mitarbeitervertrag" vereinbart, dass die unbefristet tätigen Rechtsanwälte ihre Sozialabgaben selbst leisten sollten. Vertraglich wurde außerdem festgelegt, dass die Rechtsanwälte eigenes Personal beschäftigen konnten, selbst werben durften und ihr fest vereinbartes Jahresgehalt in monatlichen Teilbeträgen abrufen konnten.

Die Rechtsanwälte arbeiteten in den zur Verfügung gestellten Kanzleiräumlichkeiten samt gestelltem Personal und Infrastruktur.

Während ihrer Anstellung arbeiteten die Rechtsanwälte ausschließlich für den Hauptanwalt, der ihnen auch die Mandate zuwies. Sofern sie keine außerhalb der Kanzlei stattfindenden Termine wahrnehmen mussten, verbrachten sie nahezu ihre gesamte Arbeitszeit während der Kanzleizeiten in den Kanzleiräumlichkeiten.

In einer weiteren Vereinbarung wurde gesondert geregelt, dass die Beschäftigung des eigenen Personals, sowie Werbemaßnahmen und eine Mandatsannahme außerhalb der Kanzlei, nur mit Genehmigung und Abstimmung des Auftraggebers R erfolgen durften.

Nachdem bereits das Landgericht Traunstein zu dem Ergebnis gekommen war, dass der Angeklagte den Straftatbestand des § 266a I, II Nr.2 StGB erfüllt hatte, indem er insgesamt 118.850,58 € an Sozialversicherungsabgaben für die Rechtsanwälte nicht gezahlt hatte, bestätigte nun auch der Bundesgerichtshof die Strafbarkeit des Angeklagten. Dabei erläuterte das Gericht ausführlich, wann eine Tätigkeit als selbstständig angesehen wird und wann ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis im Sinne des § 7 SGB IV vorliegt.

**Entscheidung**

- ✓ BGH-Urteil vom 08.03.2023 – 1 StR 188/22
  - NJW 2023, 2357
  - ZIP 2023, 1192
  - NZA 2023, 773

- StV 2023, 758
- NZA-RR 2023, 392

#### **Vorinstanz:**

- ✓ LG Traunstein – 6 KLS 280 Js 102098/16

#### **Leitsätze**

1. Für die **Abgrenzung von sog. scheinselbständigen Rechtsanwälten und freien Mitarbeitern einer Rechtsanwaltskanzlei** ist das **Gesamtbild der Arbeitsleistung maßgebend**; soweit die Kriterien der **Weisungsgebundenheit und Eingliederung wegen der Eigenart der Anwaltstätigkeit im Einzelfall an Trennschärfe und Aussagekraft verlieren**, ist vornehmlich auf das **eigene Unternehmerrisiko und die Art der vereinbarten Vergütung abzustellen**. (BGHSt)
2. **Beitragszahlungen von Schwarzarbeitern und illegal Beschäftigten aufgrund einer mit dem Arbeitgeber getroffenen Vereinbarung lassen nicht schon die Tatbestandsmäßigkeit des § 266a Abs. 1 und 2 StGB entfallen**, sondern sind erst auf der Ebene der **Strafzumessung zu berücksichtigen**. (BGHSt)
3. **Einen autonomen Arbeitgeberbegriff enthält das StGB nicht**. Ob eine Person Arbeitgeber ist, richtet sich nach dem **Sozialversicherungsrecht**, das weitgehend auf das **Arbeitsrecht Bezug nimmt**. Aus dem **Berufsbild des Rechtsanwalts und den Regelungen der Bundesrechtsanwaltsordnung** ergibt sich für diese **Abgrenzung nichts wesentlich anderes**.(Bearbeiter)
4. Für Arbeitnehmer, die wegen des **Überschreitens der Jahresarbeitsentgeltgrenze kranken- und pflegeversicherungsfrei sind**, könne keine **Sozialversicherungsbeiträge vorenthalten werden**. Ob die von der **Versicherungspflicht befreiten Rechtsanwälte freiwillig gesetzlich oder privat kranken- und pflegeversichert waren**, ist unerheblich; auch die **Beiträge freiwillig gesetzlich versicherter Beschäftigter sind nicht von § 266a Abs. 1 und 2 StGB erfasst**. (Bearbeiter)
5. **Auch für Arbeitnehmern, die nach § 6 Abs. 1 SGB VI von der Rentenversicherungspflicht befreit werden können**, können **Rentenversicherungsbeiträge vorenthalten werden**, solange eine **entsprechender Befreiungsantrag (§ 6 Abs. 2 SGB VI) nicht gestellt wurde**. (Bearbeiter)
6. Die **gebotenen eigenen Urteilsfeststellungen oder Würdigungen des Tatgerichts können durch Bezugnahmen auf im Selbstleseverfahren eingeführte Urkunden nicht ersetzt werden**, weil es sachlichrechtlich an der **Möglichkeit der Nachprüfung durch das Revisionsgericht fehlt**. (Bearbeiter)
7. **Jedenfalls ist in den Fällen, in denen zur Abschöpfung des aus der Tat erlangten Vermögens eine Einziehungsentscheidung getroffen wird**, zu **erörtern**, ob die **kumulative Verhängung von Freiheits- und Geldstrafen im Sinne des § 41 StGB angebracht ist**. (Bearbeiter)

#### **Hinweis**

Das Landgericht verurteilte den Anwalt wegen Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt in 189 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr, die auf Bewährung

ausgesetzt wurde. Zusätzlich wurde eine Gesamtgeldstrafe von 300 Tagessätzen zu je 200 € verhängt, und die Einziehung der Taterträge in Höhe von etwa 120.000 € wurde angeordnet. In Bezug auf die Höhe der Strafe wurde die Angelegenheit an das zuständige Landgericht zurückverwiesen, daher bleibt abzuwarten, wie die endgültige Entscheidung und die Folgen für den Angeklagten ausfallen werden.

### **Begründung**

1. Das Strafrecht enthält keine eigene Definition von Arbeitgeber und Arbeitnehmer im Rahmen des § 266a StGB. Die Definition erfolgt vielmehr gemäß den Regelungen des Sozialrechts.
2. Die Unterscheidung zwischen einem selbstständigen Mitarbeiter und einem abhängig beschäftigten Arbeitnehmer erfordert eine umfassende Prüfung, wobei insbesondere die Kriterien der Weisungsgebundenheit und der Eingliederung im Einzelfall von Bedeutung sind.
  - a. In Fällen, in denen die Kriterien, wie in diesem Fall, nicht eindeutig sind, wird verstärkt auf weitere Merkmale geachtet, insbesondere auf das unternehmerische Risiko.
  - b. Selbstständigkeit zeichnet sich insbesondere dadurch aus, dass der selbstständige Mitarbeiter am Gewinn und Verlust beteiligt ist und nicht pauschal für seine Arbeitsleistung entlohnt wird.
  - c. Die Tatsache, dass die zwölf Rechtsanwälte ein festes Jahresgehalt erhielten, war letztlich das entscheidende Merkmal, um sie als abhängige Beschäftigte im Sinne des § 7 SGB IV und somit als Arbeitnehmer im Sinne des § 266a I StGB einzustufen.
3. Die Möglichkeiten der Rechtsanwälte, eigenes Personal zu beschäftigen und selbst zu werben, konnten das Gericht unter anderem aufgrund der Zustimmungsbedürftigkeit des Angeklagten nicht überzeugen.
4. Das Gericht stellt zudem fest, dass die individuellen Beitragszahlungen der zwölf Rechtsanwälte für die Erfüllung des Tatbestands gemäß § 266a I, II Nr.2 StGB unbeachtlich sind und höchstens bei der Strafzumessung berücksichtigt werden können.

## III. Neue Selbständigkeit

### 1. Referentenentwurf

Bearbeitungsstand: 26.03.2026 12:45

#### Referentenentwurf der Bundesregierung

#### Entwurf eines Gesetzes zur Erleichterung der Feststellung des Erwerbsstatus der Selbständigkeit im Sozialversicherungsrecht

##### A. Problem und Ziel

Die Bestimmung des Erwerbsstatus ist eine wesentliche Weichenstellung im Sozialversicherungsrecht. Die im Gesetz genannten Anhaltspunkte für eine abhängige Beschäftigung – eine Tätigkeit nach Weisungen und Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers – sind in den meisten Fällen nach wie vor geeignet, eine Tätigkeit sachgerecht als selbständig oder abhängige Beschäftigung einzuordnen. Vor dem Hintergrund der Veränderungen in der Arbeitswelt ist aber nicht mehr in allen Vertragskonstellationen eine hinreichend rechtssichere Einstufung des sozialversicherungsrechtlichen Erwerbsstatus durch Auftragnehmer und Auftraggeber gewährleistet. Mit dem Gesetzentwurf soll mehr Rechts- und Planungssicherheit für die Vertragsparteien geschaffen werden.

##### B. Lösung

Es wird eine **weitere sozialversicherungsrechtliche Form von selbständiger Tätigkeit** (neue Selbständigkeit) eingeführt. Voraussetzungen dafür sind insbesondere ein entsprechender Wille der Beteiligten und ein unternehmerisches Handeln des Auftragnehmers. Dafür werden im Gesetz klare Kriterien festgelegt, anhand derer Auftraggeber und Auftragnehmer einfacher als bisher feststellen können, ob eine selbständige Tätigkeit vorliegt.

Eingliederung und Weisungsgebundenheit bleiben dabei ebenso außer Betracht wie die Gesamtabwägung aller Umstände des Einzelfalls. So wird mehr Rechts- und Planungssicherheit bei Auftragnehmern und Auftraggebern erreicht. Die für die neue Form der Selbständigkeit vorgesehene Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung trägt zu einer besseren Absicherung der Betroffenen im Alter und dem Schutz der Solidargemeinschaft der Versicherten bei. Eine rechtssichere und bürokratiearme Umsetzung der Rentenversicherungspflicht von neuen Selbständigen wird durch ein ebenfalls neues Verfahren erreicht.

#### Hinweis / Tipp

Das bisherige Recht der sozialversicherungsrechtlichen Statusabgrenzung bleibt unberührt.

Damit haben die Vertragsparteien künftig die Wahl zwischen der weiter bestehenden und der neuen Form der Selbständigkeit.

Unberührt bleibt auch die arbeitsrechtliche Statusfeststellung.

## 2. Kurzfassung: Neue Selbständigkeit

### 1. Voraussetzungen der neuen Selbständigkeit

Eine Tätigkeit gilt als „neue Selbständigkeit“, wenn alle folgenden Punkte erfüllt sind:

- ✓ Beide Vertragsparteien gehen bei Vertragsschluss von Selbständigkeit aus.
- ✓ Die Tätigkeit zeigt unternehmerische Merkmale.
- ✓ Der Auftragnehmer war in den letzten 6 Monaten nicht beim Auftraggeber beschäftigt.
- ✓ Der Auftraggeber meldet den Beginn der Tätigkeit innerhalb von 6 Wochen.

### 2. Unternehmerisches Handeln – Kriterien

Unternehmerisches Handeln liegt nur vor, wenn:

- ✓ der Auftragnehmer eine Vertretung stellen darf, und
- ✓ mindestens zwei der folgenden vier Merkmale erfüllt sind:

Merkmale	Bedeutung
Verlustrisiken & Gewinnchancen	Unternehmerisches Risiko vorhanden
Nicht im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig	Mehrere Auftraggeber oder < 5/6 der Einnahmen von einem Auftraggeber
Trägt unternehmertypische Aufwendungen	Z. B. eigene Arbeitsmittel, Betriebskosten
Tritt werbend am Markt auf	Website, Werbung, Akquise

### 3. Rentenversicherungspflicht

- ✓ Neue Selbstständige sind pflichtversichert in der gesetzlichen Rentenversicherung (§ 2 SGB VI).
- ✓ Diese Pflicht ist vorrangig gegenüber anderen Versicherungspflichten für Selbstständige.
- ✓ Ausnahme: Künstlersozialversicherung.
- ✓ Keine Versicherungsfreiheit bei geringfügiger selbstständiger Tätigkeit.

### 4. Pflichten des Auftraggebers

Auftraggeber übernehmen Pflichten wie Arbeitgeber:

- ✓ Anmeldung bei der Rentenversicherung innerhalb von 6 Wochen (Ausschlussfrist!).
- ✓ Abmeldung bei Tätigkeitsende.
- ✓ Beitragsabführung (Beitrag wird vom Honorar einbehalten, aber vom Auftragnehmer getragen).

**Wichtig:** Wird die 6-Wochen-Frist verpasst, liegt keine neue Selbständigkeit vor.

**5. Beitragsbemessung**

- ✓ Grundlage: tatsächliche Vergütung des Auftragnehmers.
- ✓ Pauschaler Abzug von 10 % für Aufwendungen.
- ✓ Nicht beitragspflichtig: echte Kostenerstattungen (z. B. Reisekosten).
- ✓ Keine Steuerbescheide oder Unterlagen nötig.

**6.  6. Inkrafttreten**

- ✓ Geplantes Inkrafttreten: 1. Januar 2028

## IV. Gesellschafter & Geschäftsführer der GmbH

### 1. Allgemeines

Für die Beurteilung der SV-Pflicht von Gesellschafter-Geschäftsführern, Fremdgeschäftsführern und mitarbeitenden Gesellschaftern einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) sowie Geschäftsführern einer Familien-GmbH

gelten die allgemeinen Grundsätze, die für die sv-rechtliche Beurteilung einer Beschäftigung gegen Arbeitsentgelt maßgebend sind

- siehe Thema I.

Die Gesamtbetrachtung muss jedoch auch unter Berücksichtigung des GmbHG und der gesellschaftsrechtlichen Regelungen und Vereinbarungen erfolgen.

Folgende Personengruppen sind dabei sv-rechtlich zu unterscheiden:

- **Gesellschafter-Geschäftsführer** einer GmbH sind am Kapital der Gesellschaft beteiligte Personen, die zugleich als Geschäftsführer bestellt sind.
- **Fremdgeschäftsführer** einer GmbH sind Personen, die als Geschäftsführer bestellt sind, aber nicht gleichzeitig Gesellschafter der GmbH sind.
- **Mitarbeitende Gesellschafter** sind am Kapital der Gesellschaft beteiligte Personen, die in der GmbH mitarbeiten, aber nicht zur Geschäftsführung bestellt sind.
- **Geschäftsführer einer Familien-GmbH** sind Personen, die als Geschäftsführer ohne eigene Kapitalbeteiligung an der GmbH ihrer Familie bestellt sind. Hier ist die Bezeichnung Fremdgeschäftsführer nicht passend. Sie unterscheiden sich allerdings hinsichtlich der sv-rechtlichen Beurteilung nicht (mehr) von den „echten“ Fremdgeschäftsführern.

Die SV-Pflicht wird **nicht** bereits dadurch ausgeschlossen, dass eine in einer GmbH beschäftigte Person zugleich Gesellschafter der GmbH ist. Auch Gesellschafter-Geschäftsführer und mitarbeitende Gesellschafter einer GmbH können daher in einem abhängigen und damit sv-pflichtigen Beschäftigungsverhältnis zur GmbH stehen.

### ~~Überholte Rechtssicht~~

~~Es kommt daher **nicht** (mehr) darauf an, ob ein Gesellschafter-Geschäftsführer, Fremdgeschäftsführer, mitarbeitender Gesellschafter oder Geschäftsführer einer Familien-GmbH~~

- ~~- „Kopf und Seele“ der GmbH ist,~~
- ~~- alleiniger Branchenkenner ist oder~~
- ~~- in der GmbH faktisch frei schalten und walten kann wie er will, weil er die Gesellschafter persönlich und oder wirtschaftlich dominiert.~~

### NEU

Davon hat sich das BSG verabschiedet und Folgendes geprägt:

- ✓ **Ob eine abhängige Beschäftigung vorliegt, ergibt sich aus dem Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es im Rahmen des rechtlich Zulässigen tatsächlich vollzogen worden ist.**
- ✓ **Ausgangspunkt ist daher zunächst das Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es sich aus den von ihnen getroffenen Vereinbarungen ergibt oder sich aus ihrer gelebten Beziehung erschließen lässt.**
- ✓ **Eine im Widerspruch zu ursprünglich getroffenen Vereinbarungen stehende tatsächliche Beziehung und die hieraus gezogene Schlussfolgerung auf die tatsächlich gewollte Natur der Rechtsbeziehung gehen der nur formellen Vereinbarung vor, soweit eine (formlose) Abbedingung rechtlich möglich ist.**
- ✓ **Umgekehrt gilt, dass die Nichtausübung eines Rechts unbeachtlich ist, solange diese Rechtsposition nicht wirksam abbedungen ist.**

Zu den tatsächlichen Verhältnissen in diesem Sinne gehört daher - unabhängig von ihrer Ausübung - auch die einem Beteiligten zustehende Rechtsmacht. In diesem Sinne gilt, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben, wenn sie von Vereinbarungen abweichen.



### Entscheidung

- ✓ BSG-Urteil vom 29.08.2012 - B 12 KR 25/10 R,  
BSGE 111, 257  
NZS 2013, 181  
BB 2013, 894  
DB 2013, 708  
NZA-RR 2013, 252 und
- ✓ BSG-Urteil vom 29.08.2012 - B 12 R 14/10 R

### Kernaussage

- **Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung so wie sie praktiziert wird und die praktizierte Beziehung so wie sie rechtlich zulässig ist.**

### Hinweis / Tipp

Folgende Unterlagen sind für die sv-rechtliche Beurteilung von entscheidungserheblicher Bedeutung:

- **Gesellschafterliste,**
- **Handelsregisterauszug,**
- **notariell beurkundeter Gesellschaftsvertrag und**
- **Anstellungsverträge.**

## **Entscheidungsfindung**

1. Zur Abgrenzung der abhängigen Beschäftigung von der selbstständigen Tätigkeit ist regelmäßig vom Inhalt der zwischen den Beteiligten getroffenen Vereinbarungen auszugehen.
2. Dazu muss zunächst deren Inhalt konkret festgestellt werden.
3. Liegen schriftliche Vereinbarungen vor, so ist neben deren Vereinbarkeit mit zwingendem Recht auch zu prüfen, ob mündliche oder konkludente Änderungen erfolgt sind.
4. Diese sind ebenfalls nur maßgebend, soweit sie rechtlich zulässig sind.
5. Schließlich ist auch die Ernsthaftigkeit der dokumentierten Vereinbarungen zu prüfen und auszuschließen, dass es sich hierbei um einen bloßen „Etikettenschwindel“ handelt, der unter Umständen als Scheingeschäft im Sinne des § 117 BGB zur Nichtigkeit dieser Vereinbarungen und der Notwendigkeit führen kann, gegebenenfalls den Inhalt eines hierdurch verdeckten Rechtsgeschäfts festzustellen.
6. Erst auf Grundlage der so getroffenen Feststellungen über den (wahren) Inhalt der Vereinbarungen ist eine wertende Zuordnung des Rechtsverhältnisses zum Typus der Beschäftigung oder selbstständigen Tätigkeit vorzunehmen.
7. In einem weiteren Schritt ist zu prüfen, ob besondere Umstände vorliegen, die eine hiervon abweichende Beurteilung notwendig machen.

Im Folgenden werden die wesentlichen Konsequenzen – so wie sie von den SV-Trägern aus der obigen BSG-Rechtsprechung angewendet werden – dargestellt:

## **2. Beherrschender Einfluss = keine SV-Pflicht**

### **2.1. Gesellschafter-Geschäftsführer mit mind. 50%-Beteiligung**

#### ***§ 47 Absatz 1 GmbHG - Abstimmung***

***(1) Die von den Gesellschaftern in den Angelegenheiten der Gesellschaft zu treffenden Bestimmungen erfolgen durch Beschlußfassung nach der Mehrheit der abgegebenen Stimmen.***

Erfolgen Beschlüsse der Gesellschafter nach der Mehrheit der abgegebenen Stimmen (§ 47 Abs. 1 GmbHG) und richtet sich dabei das Stimmrecht des einzelnen Gesellschafters nach der Höhe seiner Geschäftsanteile, hat ein Gesellschafter-Geschäftsführer, der mindestens über 50% des Stammkapitals verfügt, grundsätzlich einen maßgeblichen Einfluss auf die Geschicke der GmbH.

Dies trifft auch auf einen Gesellschafter-Geschäftsführer zu, der zwar über weniger als 50% des Stammkapitals verfügt, aber aufgrund besonderer Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag sämtliche Beschlüsse der anderen Gesellschafter verhindern kann (umfassende Sperrminorität).

Beide haben insbesondere die Rechtsmacht Beschlüsse zu verhindern, die ihr Dienstverhältnis benachteiligen würden, so dass in diesen Fällen ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis von vornherein ausscheidet.

Eine nur eingeschränkte Sperrminorität, die nicht auf alle Angelegenheiten der Gesellschaft Anwendung findet, schließt ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis hingegen nicht von vornherein aus.

✓ **Der Gesellschafter-Geschäftsführer mit mindestens 50% der Anteile unterliegt nicht der SV-Pflicht.**

## 2.2. Mitarbeitende Alleingesellschafter

Für Mitarbeitende Alleingesellschafter ohne Geschäftsführerfunktion ist ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis grundsätzlich von vornherein ausgeschlossen. Zwar sind die Dienstaufsicht und das Weisungsrecht über die Arbeitnehmer der GmbH Sache der laufenden Geschäftsführung und nicht der Gesellschafterversammlung. Ein derartiger Gesellschafter hat aber aufgrund seiner gesellschaftsrechtlichen Position letztlich auch die Leitungsmacht gegenüber dem Geschäftsführer und unterliegt damit nicht seinerseits dessen Weisungsrecht. Seine Abhängigkeit als Arbeitnehmer kann er aufgrund seiner Rechtsmacht jederzeit beenden, indem er einen ändernden Mehrheitsbeschluss herbeiführt. Er hat damit maßgeblichen Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft.

✓ **Der Alleingesellschafter unterliegt nicht der SV-Pflicht.**

### Hinweis / Tipp

Die bloße Kapitalbeteiligung von bis zu 50% des Stammkapitals bzw. eine Sperrminorität (ohne Geschäftsführerfunktion) schließen ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis nicht von vornherein aus.

## 2.3. Mitarbeitende Mehrheitsgesellschafter

Ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis ist bei einem Mitarbeitenden Mehrheitsgesellschafter ohne Geschäftsführerfunktion nicht allein aufgrund seiner gesetzlichen Gesellschafterrechte von vornherein ausgeschlossen.

Sofern im Gesellschaftsvertrag nichts anderes vereinbart ist, führt allein der Geschäftsführer - nicht die Gesellschafterversammlung - im Rahmen der laufenden Geschäftsführung die Dienstaufsicht über die Arbeitnehmer der GmbH.

Nur wenn diese Weisungsrechte nach den im Gesellschaftsvertrag getroffenen Regelungen vom Geschäftsführer auf die Gesellschafterversammlung übertragen sind, ist die Weisungsgebundenheit des Mitarbeitenden Mehrheitsgesellschafters als Angestellter der Gesellschaft aufgehoben.

Der Mehrheitsgesellschafter hat dann auch die Leitungsmacht gegenüber dem Geschäftsführer und kann maßgeblichen Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft nehmen.

- ✓ **Der mitarbeitende Mehrheitsgesellschafter ohne Geschäftsführerfunktion unterliegt nicht der SV-Pflicht, wenn seine Weisungsgebundenheit gegenüber der Geschäftsführung gesellschaftsvertraglich abgedungen wurde.**

## 2.4. Gesellschafter-Geschäftsführer mit 50%-Beteiligung

### § 47 Absatz 1 GmbHG - Abstimmung

**(1) Die von den Gesellschaftern in den Angelegenheiten der Gesellschaft zu treffenden Bestimmungen erfolgen durch Beschlußfassung nach der Mehrheit der abgegebenen Stimmen.**

Wenn Beschlüsse der Gesellschafter nach der Mehrheit der abgegebenen Stimmen erfolgen (§ 47 Abs. 1 GmbHG) und sich dabei das Stimmrecht des einzelnen Gesellschafters nach der Höhe seiner Geschäftsanteile richtet, hat ein Gesellschafter-Geschäftsführer, der mindestens über 50 % des Stammkapitals verfügt, grundsätzlich einen maßgeblichen Einfluss auf die Geschicke der GmbH.

- ✓ **Der Gesellschafter-Geschäftsführer mit mindestens 50% der Anteile unterliegt nicht der SV-Pflicht.**

## 2.5. Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführer mit umfassender Sperrminorität

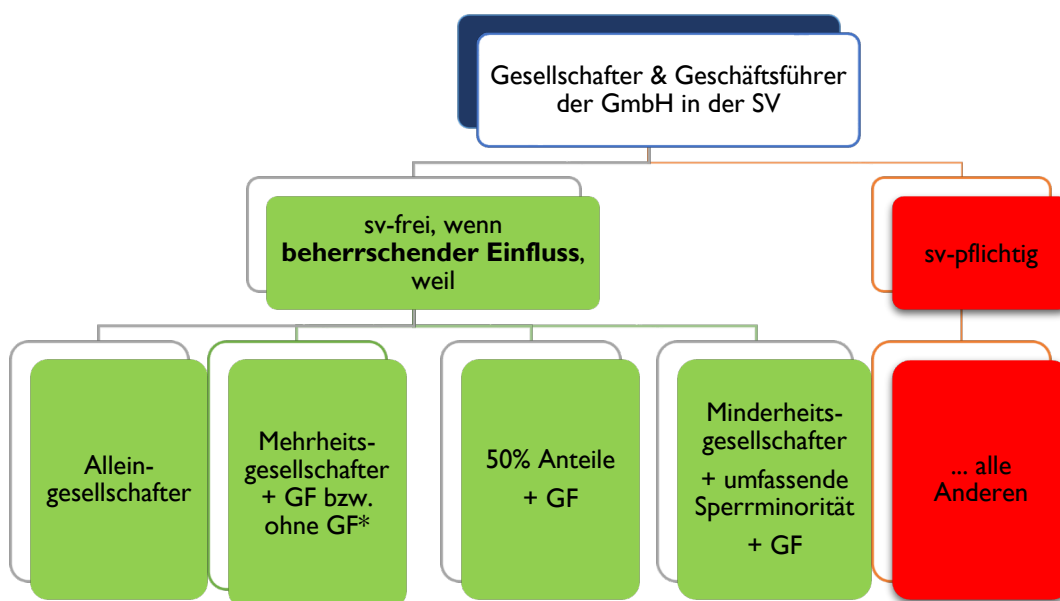
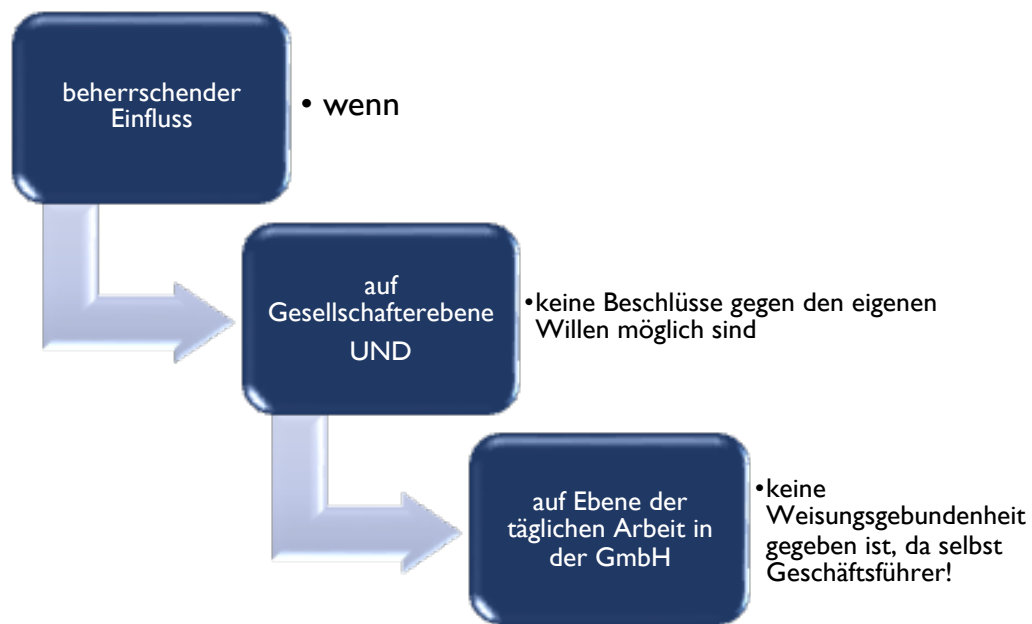
Das unter Punkt 2.4 gesagte trifft auch auf einen Gesellschafter-Geschäftsführer zu, der zwar über weniger als 50% des Stammkapitals verfügt, aber aufgrund besonderer Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag sämtliche Beschlüsse der anderen Gesellschafter verhindern kann (umfassende Sperrminorität). Beide haben insbesondere die Rechtsmacht Beschlüsse zu verhindern, die ihr Dienstverhältnis benachteiligen würden, so dass in diesen Fällen ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis von vornherein ausscheidet.

- ✓ **Der Minderheits-Gesellschafter-Geschäftsführer mit umfassender Sperrminorität unterliegt nicht der SV-Pflicht.**

### 3. Kein beherrschender Einfluss = SV-Pflicht

Stets, wenn ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis aufgrund der Kapitalbeteiligung oder besonderer Vereinbarungen im Gesellschaftsvertrag nicht von vornherein ausgeschlossen ist, spricht die insoweit fehlende Rechtsmacht für eine persönliche Abhängigkeit und damit grundsätzlich für eine abhängige Beschäftigung. Somit ist dann individuell nach dem Gesamtbild der Arbeitsleistung zu prüfen, ob ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis vorliegt (§ 7 Absatz 1 SGB IV).

### 4. Zusammenfassung



\*gemeint sind Mehrheitsgesellschafter ohne Geschäftsführung, bei denen die Weisungsbundenheit an die Weisungen der Geschäftsführung über den Gesellschaftsvertrag abbedungen wurde.







**SIS** Steuerberaterinstitut Sachsen GmbH

Bertolt-Brecht-Allee 22

01309 Dresden

T. 0351 2130020 · F. 0351 2130022

[info@sis-institut.de](mailto:info@sis-institut.de)

[www.sis-institut.de](http://www.sis-institut.de)

