

# Abgrenzung Selbständiger - Arbeitnehmer/Beschäftigter

1024

## Arbeitnehmer

Allgemein ist als **Arbeitnehmer** (Unselbständiger) anzusehen, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags zur Leistung von Diensten (§ 611 BGB) für einen anderen in persönlicher Abhängigkeit gegen Entgelt verpflichtet ist.

### § 611a BGB „Arbeitsvertrag“ (seit 01.04.2017<sup>1</sup>):

*(1) Durch den Arbeitsvertrag wird der Arbeitnehmer im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet. Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit und Ort der Tätigkeit betreffen. Weisungsgebunden ist, wer nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Der Grad der persönlichen Abhängigkeit hängt dabei auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab. Für die Feststellung, ob ein Arbeitsvertrag vorliegt, ist eine Gesamtbetrachtung aller Umstände vorzunehmen. Zeigt die tatsächliche Durchführung des Vertragsverhältnisses, dass es sich um ein Arbeitsverhältnis handelt, kommt es auf die Bezeichnung im Vertrag nicht an.*

*(2) Der Arbeitgeber ist zur Zahlung der vereinbarten Vergütung verpflichtet.*

Vgl. auch § 84 Abs. 1 S. 2 HGB:

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

§ 7 Abs. 1 SGB IV:

**"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."

§ 106 GewO:

*"Der Arbeitgeber kann Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher bestimmen, soweit diese Arbeitsbedingungen nicht durch den Arbeitsvertrag, Bestimmungen einer Betriebsvereinbarung, eines anwendbaren Tarifvertrages oder gesetzliche Vorschriften festgelegt sind. ..."*

Privatrechtlicher Vertrag: Abgrenzung zu öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnissen; Mitarbeit aufgrund familienrechtlicher Verpflichtung (§§ 1353, 1360, 1619 BGB).

### Dienstvertrag (§ 611 BGB):

- Tätigsein geschuldet (Abgrenzung zum Werkvertrag, § 631 BGB)
- für einen anderen (Abgrenzung zur Gesellschaft)
- entgeltlich (Abgrenzung zum Auftrag; nach h. M. aber Entgeltlichkeit keine Begriffsvoraussetzung)

### Unselbständigkeit wegen persönlicher (nicht wirtschaftlicher) Abhängigkeit:

- Eine persönliche Abhängigkeit besteht, wenn der Beschäftigte einem umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt, insbes. bzgl.
  - o Art und Weise
  - o Zeit und Dauer
  - o Ort der Dienstleistung
- Eingliederung in Betriebsorganisation
- Einsatz der gesamten Arbeitskraft

---

<sup>1</sup> § 611 a BGB im Rahmen von Änderungen des AÜG eingeführt. Es war zunächst eine Legaldefinition des Arbeitnehmerbegriffs geplant. Auf beispielhaft aufgezählte Abgrenzungskriterien wurde verzichtet.

Weitere Indizien ohne entscheidende Bedeutung:

- festes Gehalt
- Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen, Lohnsteuer
- Entgeltfortzahlung bei Krankheit, Urlaub
- Bezeichnung als Arbeiter<sup>2</sup>/Angestellter<sup>3</sup> oder freier Mitarbeiter – faktische Durchführung des Vertrags entscheidend!

Zum **Arbeitnehmerbegriff** i. S. d. **Arbeitnehmerfreizügigkeit** gem. Art. 45 ff. AEUV<sup>4</sup>:

Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs nicht nach nationalem, sondern nach europäischem Recht, da die Mitgliedstaaten andernfalls den Anwendungsbereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit durch hohe Forderungen einschränken könnten.<sup>5</sup>

EuGH → „So ist als „Arbeitnehmer“ jeder anzusehen, der eine tatsächliche und echte Tätigkeit ausübt, wobei Tätigkeiten außer Betracht bleiben, die einen so geringen Umfang haben, dass sie sich als völlig untergeordnet und unwesentlich darstellen. Das wesentliche Merkmal des Arbeitsverhältnisses besteht nach dieser Rechtsprechung darin, dass jemand während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält.“<sup>6</sup>

Bereichsausnahme: Beamte (Art. 45 IV AEUV)

**Arbeitgeber** ist, wer mindestens einen Arbeitnehmer beschäftigt.

**Besondere Personengruppen:**

Arbeitnehmerähnliche Personen:

- Selbstständige, die nicht in persönlicher, jedoch in **wirtschaftlicher** Abhängigkeit für einen anderen tätig sind, vergleichbar einem Arbeitnehmer, sind sozial schutzbedürftig:
  - o z.B. "freie Mitarbeiter" der Medienanstalten
  - o Heimarbeiter (§ 2 Abs. 1 HAG), vgl. z.B. § 2 S. 2 BUrlG, § 12 a TVG, § 5 Abs. 1 S. 2 ArbGG
  - o (Selbstständige können rentenversicherungspflichtig sein, vgl. § 2 SGB VI)
- Leitende Angestellte, vgl. § 5 Abs. 3 BetrVG, § 18 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG, § 14 Abs. 2 KSchG; rechtlich Arbeitnehmer, aber rechtliche Sonderbehandlung wegen AG-Funktion
- Auszubildende, § 10 II BBiG
- Leiharbeiter, § 1 AÜG, s.a. § 10 AÜG
- Praktikanten, siehe auch § 22 Abs. 1 S. 3 MiLoG
- Organmitglieder
- GmbH-Geschäftsführer: Von der „Kopf-und-Seele-Rechtsprechung“ zum „Schönwetterurteil“<sup>7</sup>

**Befristetes Arbeitsverhältnis**

- Befristung mit und ohne Sachgrund, vgl. §§ 3, 14 TzBfG, (Einzelheiten siehe Folie)
- Teilzeitarbeit, TzBfG siehe insbes. §§ 2, 4 Abs. 1 TzBfG; auch Arbeit auf Abruf, § 12 TzBfG, Jobsharing, § 13 TzBfG
- Minijob: normales Arbeitsverhältnis mit beitrags- und steuerrechtlichen Besonderheiten, siehe auch Folie SGB IV unter Sozialrecht. Minijobgrenze 2024 monatlich: 538 Euro; ab 01.01.2025: 556 Euro

---

<sup>2</sup> "verrichtet überwiegend körperliche Arbeit".

<sup>3</sup> "verrichtet vorwiegend geistige Arbeit".

<sup>4</sup> Zum EU-Arbeitnehmerbegriff vgl. BAG 9 AZR 44/22 vom 25.07.2023.

<sup>5</sup> Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, Art. 45 AEUV, Rn. 13.

<sup>6</sup> U. v. 19.07.2017, Abercrombie & Fitch Italia, C-143/16 Rn. 19; U. v. 03.07.1986, Lawrie-Blum, 66/85, Rn. 16 und 17.

<sup>7</sup> BSG, Urteil vom 29.07.2015, Az: B 12 KR 23/13 R.