media2business GmbH · Berlin | www.arbeit-und-arbeitsrecht.de

AuA
Personal | Praxis | Recht

Arbeit und Arbeitsrecht

11
A 08514
81. Jahrgang
November 2026

WEISUNGSRECHT IM DIGITALEN ZEITALTER

ON- UND OFFBOARDING S. 18

KÜNDIGUNG AUS ANDEREN GRÜNDEN S. 24

FREIE MITARBEIT S. 28





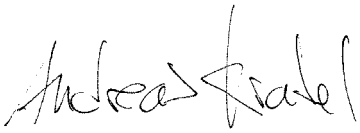
© Katja Hentschel

Liebe Leserinnen, liebe Leser,

Mitte Oktober sind wir von der AuA als Veranstalter des 22. Kongress Arbeitsrecht vom 20. bis 21. April 2027 mit einer unserer Autorinnen und Seminar-Referentinnen in die Diskussion über die mehrheitlich männlich besetzten Vorträge gegangen. Bei den Teilnehmern beobachten wir übrigens ein sehr ausgewogenes Bild. Und genau um diese (Nicht-)Ausgewogenheit ging es dann auch. Wer sich hierzu ein Bild machen möchte, kann dies auf unserem LinkedIn-Kanal tun – das Klicken des „Follow-Buttons" lohnt in jedem Fall auch darüber hinaus.

In der Sache sind wir uns einig: Obwohl mehr als die Hälfte der HR-Community weiblich ist, finden sich (ja, insbesondere auch auf unserem Kongress Arbeitsrecht) auf Veranstaltungen regelmäßig überwiegend Männer auf dem Podium. Das kann man ungerecht finden, nicht zeitgemäß und repräsentiert nicht das Bild in der Praxis. Ein nicht von der Hand zu weisender Erklärungsversuch unsererseits ist aber die Tatsache, dass Spitzenpositionen oftmals von Männern besetzt sind und wenn wir – Stichwort Arbeitgeberpräsident – die „oberste" Riege zu Wort kommen lassen wollen, sich schnell das eben angesprochene Ungleichgewicht ergibt. Vielleicht setzen wir hier als Gesellschaft (zuerst) an. Nichtsdestotrotz werden wir für das Jahr 2028 anders planen und wieder mehr auf ein ausgewogenes Panel setzen – das hatten wir nämlich schon.

Warum schreibe ich das hier, wo doch LinkedIn der perfekte Ort für solche Diskussionen ist? Einerseits verdient das Thema tatsächlich noch mehr Aufmerksamkeit (samt den dazugehörigen Fragen bei den Themen Frauenquote, Gender Pay Gap etc.) und andererseits wollen wir wissen, wie Sie dazu stehen und dazu einladen, sich mit uns über Ihre Meinung und Erfahrungen auszutauschen!



Andreas Krabel, Chefredakteur

PUBLIZISTISCHER BEIRAT

Prof. Dr. Frank Maschmann, Sprecher des Beirats, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Arbeitsrecht, Universität Regensburg und Karls-Universität Prag | **Dr. Deniz C. Akitürk,** Rheinmetall AG, Senior Vice President Special Projects, Düsseldorf | **Dorit Engel,** Deutsche Bank AG, Senior Counsel Employment Law/Director, Frankfurt am Main | **Michael Fritz,** Vorstand Personal der DB Cargo AG in Mainz | **Valerie Holsboer,** ehem. Bundesagentur für Arbeit, Vorstand Ressourcen, Nürnberg | **Prof. Dr. Dr. h.c. Wolfgang Hromadka,** Universität Passau und Karls-Universität Prag | **Dr. Philipp Klarmann,** SAP SE, Chief Legal Counsel – Integrated Regulatory Office, Walldorf | **Dr. Jan Lessner-Sturm,** Metro AG, Director Labour Relations Germany & Labour Law, Düsseldorf | **Nils Meurer,** Rechtsanwalt und Partner, Brüggemann und Hinners, Hamburg | **Sascha Pessinger,** Richter am Bundesarbeitsgericht, Erfurt | **Dirk Pollert,** Verband der Metall- und Elektro-Unternehmen Hessen e. V., Vereinigung der hessischen Unternehmerverbände e. V., Hauptgeschäftsführer, Frankfurt am Main | **Dr. Andreas Richert,** Bertelsmann SE & Co. KGaA, Leiter Arbeitsrecht und Koordination Personalarbeit Inland, Gütersloh | **Mark Rüther,** DFS Deutsche Flugsicherung GmbH, Leiter Tarifwesen, Bad Honnef | **Dr. Uwe Schirmer,** Robert Bosch GmbH, Leitender Direktor a. D., Stuttgart | **Ingo Schöllmann,** Arbeitgeberverband für Telekommunikation und IT e. V., Hauptgeschäftsführer, Bonn | **Prof. Dr. Rainer Sieg,** Rechtsanwalt, Honorarprofessor, Universität Passau | **Sven Spieler,** Personalleiter, Roche Diagnostics GmbH, Mannheim und Penzberg | **Prof. Dr. Thomas Steger,** Lehrstuhl für Betriebswirtschaftslehre, insb. Führung und Organisation, Universität Regensburg | **Hans Peter Viethen,** Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Ministerialdirektor a. D., Bonn und Berlin | **Boris Wein,** Geschäftsführer Tarif- und Arbeitsmarktpolitik, Arbeitgeberverband Chemie und verwandte Industrien für das Land Hessen e. V.

media2b.
media2business GmbH | 10400 Berlin

Redaktion: Telefon 030 42151-445 | Anzeigen: Telefon 030 42151-238 | Leserservice: Telefon 030 42151-325 | www.leserservice.media2b.de | **www.arbeit-und-arbeitsrecht.de**

Voraussetzung, Grenzen und rechtssichere Gestaltung

Freie Mitarbeit

In einer modernen Arbeitswelt, die zunehmend durch Agilität und den Bedarf an spezialisierter Expertise geprägt ist, stellt der Einsatz von freien Mitarbeitern als Personalbeschaffungsmaßnahme ein essenzielles Instrument der Flexibilisierung dar. Gleichzeitig bringt dieser Einsatz bei fehlerhafter Gestaltung erhebliche rechtliche und wirtschaftliche Risiken mit sich.

Die freie Mitarbeit ist dadurch gekennzeichnet, dass der Auftragnehmer seine Tätigkeit in wirtschaftlicher und persönlicher Unabhängigkeit ausübt. Statt der Eingliederung in ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis (§ 611a BGB) wird die Zusammenarbeit über die zivilrechtlichen Regelungen des Dienst- oder Werkvertrags definiert (§§ 611, 631 BGB; vgl. Röller, Küttner, Personalbuch, Freie Mitarbeit, Rn. 2). Während beim Dienstvertrag (§ 611 BGB) das bloße Tätigwerden geschuldet ist, steht beim Werkvertrag (§ 631 BGB) die Herbeiführung eines konkreten Erfolges im Vordergrund. Die Wahl des Vertragstyps hängt dabei wesentlich von der Art der geschuldeten Leistung ab. In der betrieblichen Praxis stellt der Dienstvertrag die überwiegende Form der Zusammenarbeit dar, da regelmäßig kein physischer Erfolg geschuldet ist.

ABGRENZUNG ZUM ARBEITSVERHÄLTNIS

Ob eine Tätigkeit als freie Mitarbeit oder als Arbeitsverhältnis einzuordnen ist, bestimmt sich jedoch nicht nach der vertraglichen Bezeichnung, sondern nach der tatsächlichen Ausgestaltung der wirtschaftlichen und persönlichen Unabhängigkeit gem. § 611a BGB (vgl. BAG, Urt. v. 15.2.2012 – 10 AZR 301/10, NZA 2012, S. 731, Rn. 13). Diese Einordnung erfolgt dabei nach § 611a Abs. 1 Satz 5 BGB anhand einer wertenden Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls. Dabei wird im Wege der von der Rechtsprechung entwickelten und gesetzlich kodifizierten Kriterien ermittelt, ob die Merkmale der persönlichen Abhängigkeit überwiegen (vgl. BAG, Urt. v. 30.11.2021 – 9 AZR 145/21, NZA 2022, S. 623, Rn. 29 ff.). Wenn dies der Fall ist, liegt ein Arbeitsverhältnis i. S. d. § 611a BGB vor. Arbeitnehmer ist, wer auf Grundlage eines privatrechtlichen Vertrages weisungsgebundene, fremdbestimmte Arbeit leistet (vgl. BAG, a. a. O. – 10 AZR 301/10, Rn. 13a). In einem zweiten Schritt kann der aus der Rechtsprechung hervorgehende Katalog von Abgrenzungsmerkmalen herangezogen werden. Die Abgrenzung erfolgt anhand materieller und formeller Merkmale. Zu den materiellen Kriterien, welche die persönliche Abhängigkeit indizieren, gehören insbesondere das Weisungsrecht des Auftraggebers hinsichtlich der Arbeitsausführung sowie die Verpflichtung des Auftragnehmers zur Einhaltung fester Arbeitszeiten. Zudem sprechen die Ortsgebundenheit der Tätigkeit, die organisatorische Eingliederung in den Betrieb und eine bestehende Berichtspflicht für ein Arbeitsverhältnis. Ein weiteres relevantes Indiz ist der Umfang der Tätigkeit, sofern diese den Auftragnehmer zeitlich voll oder überwiegend beansprucht, sowie das Fehlen eines eigenen Unternehmerrisikos (vgl. Hoefs,



in: Gebele/Scholz, BeckFormB BHW, Form. III. E. 30, Anm. 1). Wie in der Fachliteratur betont wird, zeichnet sich eine echte Selbstständigkeit in der Gesamtabwägung dadurch aus, dass der Auftragnehmer die Chance hat, durch eigenes geschäftliches Geschick Gewinne zu erzielen und hierfür eigene Betriebsmittel einsetzt. Bei Fehlen dieser Möglichkeit wird lediglich die eigene Arbeitskraft gegen ein festes Honorar geschuldet, was für ein Arbeitsverhältnis spricht (vgl. Kössel, ZAU 2025, S. 90, 91 f.). Davon zu unterscheiden sind formelle Merkmale, denen jedoch nur eine untergeordnete Indizwirkung zukommt, da sie keine zwingenden Rückschlüsse auf den Rechtsstatus zulassen. Hierzu zählen die gewählte Bezeichnung des Vertrages, die Art der Vergütung (Zeit- oder Erfolgslohn) sowie die Praxis der steuer- und sozialversicherungsrechtlichen Abwicklung. Um abschließend zu klären, ob ein Arbeits- oder Dienstverhältnis vorliegt, können die Parteien eine Feststellungsklage nach § 256 ZPO erheben (vgl. Hoefs, a. a. O.). Zur präventiven Klärung bietet das Sozialversicherungsrecht das Statusfeststellungsverfahren nach § 7a SGB IV an. Hierbei entscheidet die Clearingstelle der Deutschen Rentenversicherung Bund auf Antrag verbindlich über den Erwerbsstatus. Seit April 2022 ermöglicht zudem die Prognoseentscheidung (§ 7a Abs. 4a SGB IV) eine Statusklärung bereits vor Tätigkeitsaufnahme und gewährleistet somit eine frühzeitige Planungssicherheit (vgl. Merath, NZA-PR 2022, S. 566, 567 f.).

SCHEINSELBSTSTÄNDIGKEIT

Die in der Praxis häufigste und folgenschwerste Konsequenz einer Fehleinschätzung der Rechtsnatur der Tätigkeit ist der Eintritt einer Scheinselbstständigkeit. Hiervon wird gesprochen, wenn ein Auftragnehmer nach außen hin zwar formal als Selbstständiger auftritt, die Tätigkeit in der Realität jedoch in persönlicher Abhängigkeit erfolgt. Entscheidend ist insoweit, ob das Vertragsverhältnis durch Weisungsgebundenheit und Eingliederung geprägt ist. In diesem Fall wird der Betroffene lediglich formal als Selbstständiger geführt, während er rechtlich als Arbeitnehmer mit den entsprechenden Rechten und Pflichten gilt. Ein wesentliches Hauptmerkmal der Scheinselbstständigkeit ist der Widerspruch zwischen dem schriftlichen Vertrag und der tatsächlichen gelebten Zusammenarbeit. Da das Arbeitsrecht eine Schutzfunktion ausübt, tritt der Arbeitnehmerstatus bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen kraft Gesetzes ein. Die Parteien können diesen Status daher nicht durch abweichende vertragliche Vereinbarungen dispositiv ausschließen, sondern lediglich die tatsächliche Ausübung der Tätigkeit gestalten (vgl. Steeger/Bissels, AuA 2025, S. 18; Sfinis/Mayr, personalmagazin 10/2025, S. 74).

VERBREITUNG DER FREIEN MITARBEIT

Die praktische Relevanz der freien Mitarbeit konzentriert sich insbesondere auf Branchen, in denen projektbezogene und individuelle Leistungen erbracht werden (vgl. Statistisches Bundesamt [Destatis], Erwerbstätige in Kultur und Kulturwirtschaft, Sonderauswertung aus dem Mikrozensus 2026, Wiesbaden 2026, S. 7). Vor allem in diesen Bereichen kann die Abgrenzung zur abhängigen Beschäftigung problematisch sein, da projektbezogene Strukturen häufig mit einer weisungsgebundenen Eingliederung kollidieren. Laut der Sonderauswertung des Mikrozensus durch das Statistische Bundesamt (a. a. O., S. 9) lassen sich dabei verschiedene Formen der Erwerbstätigkeit unterscheiden. Eine primäre Form der freien Mitarbeit findet sich in den künstlerischen, publizistischen und gestalterischen Dienstleistungsberufen. In diesen Bereichen ist die selbstständige Tätigkeit oft die prägende Erwerbsform, was sich durch Quoten von bis zu 72 % in der Fotografie, 65 % bei Dolmetscherleistungen sowie 55 % in der Musikbranche zeigt. Auch im Bereich Moderation und Unterhaltung (61 %) sowie im Kunsthandwerk (85 %) dominiert die freie Mitarbeit als Standardmodell der Leistungserbringung. Ein weiteres zentrales Feld ist der Medien- und Gestaltungssektor, insbesondere die Gruppe der technischen Mediengestalter. Mit 242.000 Erwerbstätigen bilden diese die größte Berufsgruppe im untersuchten Sektor, wobei etwa jeder Vierte (27 %) auf Basis freier Mitarbeit tätig ist (vgl. Statistisches Bundesamt [Destatis], a. a. O., S. 7–9, 15, 20). Im Vergleich zum Gesamtarbeitsmarkt mit einer Selbstständigenquote von lediglich 9 % ist der Anteil in den genannten Sparten

© Lustre Art Group/stock.adobe.com



LEITFADEN FÜR DIE ÜBEREINSTIMMUNG VON THEORIE UND PRAXIS

Vertragsgestaltung. Fokus auf rechtliche Unabhängigkeit zur präventiven Vermeidung von Indizien einer abhängigen Beschäftigung:

- ☐ Prüfung alternativer Vertragsmodelle: Statt freier Mitarbeit kann ein befristetes Arbeitsverhältnis zur Risikominimierung in Betracht kommen.
- ☐ Inhaltliche und organisatorische Eigenständigkeit sicherstellen: Der Auftragnehmer sollte vertraglich eigenständig agieren und eigene Betriebsmittel einsetzen.
- ☐ Exklusivitätsklauseln vermeiden: Eine Verpflichtung, ausschließlich für den Auftraggeber tätig zu sein, spricht gegen eine selbstständige Tätigkeit. Der Auftragnehmer sollte die vertragliche Möglichkeit haben, für mehrere Auftraggeber parallel tätig zu werden.
- ☐ Zurückhaltende Vorgaben: Inhalt, Ort und Zeit der Tätigkeit sollten nicht umfassend durch den Auftraggeber bestimmt werden.
- ☐ Honorargestaltung: Ein Honorar deutlich über Angestelltenniveau (Ermöglichung der Eigenvorsorge) ist nur bei fehlender Eingliederung ein starkes Indiz für Selbstständigkeit (vgl. BSG, Urt. v. 31.3.2017 – B 12 R 7/15 R, NZS 2017, S. 664, Rn. 50).
  Bei faktischer Abhängigkeit ist eine hohe Vergütung allein nicht ausreichend.

Gelebte Praxis und Organisation. Da die tatsächliche Durchführung rechtlich schwerer wiegt als der Vertrag, muss der freie Mitarbeiter eine klare operative Distanz zum Unternehmen wahren:

- ☐ Keine betriebliche Infrastruktur: Der freie Mitarbeiter darf nicht in die betriebliche Organisation eingegliedert werden, um den Status der Selbstständigkeit zu wahren.
- ☐ Keine Teilnahme an internen Terminen: Die Einbindung in Teammeetings, Schulungen oder betriebliche Veranstaltungen sollte vermieden werden.
- ☐ Compliance-Risikobewertung: Bestehende Verträge sollten regelmäßig überprüft und die Risiken bei Drittpartnern evaluiert werden.
- ☐ Sensibilisierung: Führungskräfte sollten regelmäßig durch Schulungen und Workshops für einen sicheren Umgang mit externen Personen sensibilisiert werden.

Finale Statusklärung. Zur rechtssicheren Absicherung der Zusammenarbeit dienen die folgenden Schritte:

- ☐ Statusfeststellungsverfahren: Einleitung des Antragsverfahrens bei der DRV nach § 7a SGB IV.
- ☐ Prognoseentscheidung: möglichst frühzeitige Antragsstellung.
- ☐ Dokumentation: schriftliches Festhalten der tatsächlichen Durchführung der Zusammenarbeit.

mit 34 % deutlich erhöht (vgl. Statistisches Bundesamt [Destatis], a. a. O., S. 7). Die hohe Selbstständigkeit in diesen Branchen verdeutlicht das Spannungsfeld: Insbesondere dort, wo projektbezogene Strukturen dominieren, ist die Gefahr einer schleichenden Eingliederung in fremde Betriebsabläufe besonders hoch.

GRENZEN UND HERAUSFORDERUNGEN

Wie erläutert, verläuft zwischen einem abhängigen Arbeitsverhältnis und einer freien Mitarbeit in der operativen Praxis häufig nur eine fließende Grenze. Die rechtlichen Grenzen lassen sich maßgeblich aus der gesetzlichen Wertung des § 611a BGB ableiten. Hiernach ist die Bezeichnung des Vertrags unerheblich, entscheidend ist vielmehr die tatsächliche Durchführung des Vertragsverhältnisses. Zudem ist ausschlaggebend, ob die Tätigkeit in persönlicher Abhängigkeit erfolgt oder ob dem Auftragnehmer ein eigenständiger Gestaltungsspielraum bleibt. Weicht die vertragliche Gestaltung von der gelebten Praxis ab, ist letztere maßgeblich, da sie die objektiven Merkmale eines Arbeitsverhältnisses erkennen lässt (vgl. Röller, Küttner, a. a. O., Rn. 4). Um die Grenzen der freien Mitarbeit präzise zu bestimmen, ist zunächst zu klären, welche Steuerungsinstrumente keine persönliche Abhängigkeit begründen. So kann der Auftraggeber im Rahmen eines freien Dienst- oder Werkvertrags durchaus Leistungsbestimmungs- und Kontrollrechte ausüben, ohne dass hierdurch eine persönliche Abhängigkeit begründet wird (vgl. BAG, a. a. O. – 9 AZR 145/21), Rn. 31). Auch Berichtspflichten sowie die Vereinbarung von Terminen zur Erfüllung der vertraglich geschuldeten Leistungen stellen für sich genommen kein hinreichendes Indiz einer Weisungsabhängigkeit dar. Ein wesentliches Merkmal für eine selbstständige Tätigkeit stellt insbesondere die Entscheidungsfreiheit des Beschäftigten dar, eigenverantwortlich über seine Arbeitstage und die zeitliche Gestaltung seiner Einsätze zu entscheiden. Die Grenze zur Scheinselbstständigkeit ist hingegen regelmäßig überschritten, wenn der Auftragnehmer funktional in die fremde Betriebsorganisation eingegliedert ist und einem Direktionsrecht unterliegt (vgl. Röller, Küttner, a. a. O., Rn. 2). Nach der Entscheidung des BVerfG vom 20.5.1996 (1 BvR 21/96) findet die Privatautonomie ihre Grenzen dort, wo Vertragsgestaltung die Funktion hat, zwingende arbeits- und sozialrechtliche Schutzvoraussetzungen zu umgehen. Maßgeblich ist daher, ob die tatsächliche Vertragsdurchführung insgesamt einem Arbeitsverhältnis entspricht, um den verfassungsrechtlich gebotenen Sozialschutz sicherzustellen (vgl. BVerfG, Urt. v. 20.5.1996 – 1 BvR 21/96, NJW 1996, S. 2643, 2644 f.). Wie dieses Spannungsfeld zwischen vertraglicher Theorie und tatsächlicher Ausgestaltung bewertet wird, verdeutlicht die aktuelle höchstrichterliche Rechtsprechung. Das BAG bestätigte in seinem Urteil vom 17.12.2024 (9 AZR 26/24), dass eine Arbeitnehmereigenschaft insbesondere dann vorliegt, wenn der Dienstleister durch die Zuweisung eines festen Arbeitsplatzes, die Nutzung der betrieblichen IT-Infrastruktur sowie die Einbindung in interne Kommunikationsabläufe faktisch in die Organisation eingegliedert ist. Hierbei stellt das BAG klar, dass bei einer kontinuierlichen und auf Dauer angelegten Beschäftigung eine „rechtliche Verklammerung" der Einzelaufträge zu einem einheitlichen Arbeitsverhältnis führen kann. Voraussetzung hierfür ist, dass die tatsächliche Durchführung gegenüber der formellen vertraglichen Vereinbarung maßgeblich ist (vgl. BAG, Urt. v. 17.12.2024 – 9 AZR 26/24, NZA 2025, S. 1243, Rn. 33). Auch das BSG bestätigt diese Linie der „organisatorischen Eingliederung" im sog. „Herrenberg-Urteil" vom 28.6.2022 (B 12 R 3/20 R). Das Gericht stellt klar, dass die tatsächliche Durchführung – im Falle eines Musiklehrers etwa durch die Einbindung in Dienstpläne oder die Nutzung schuleigener Instrumente – schwerer wiegt als die künstlerische Gestaltungsfreiheit oder der bloße Parteiwille. Letzteres indiziert zudem das Fehlen eines eigenen Unternehmerrisikos (vgl. BSG, Urt. v. 28.6.2022 – B 12 R 3/20 R, NZS 2022, S. 860, Rn. 19 ff.). Ergänzend hierzu führt das BAG in seinem Urteil vom 1.12.2020 (9 AZR 102/20) aus, dass eine persönliche Abhängigkeit auch durch algorithmische Steuerungs- und Anreizsysteme begründet werden kann. Insbesondere wird dies bei der Arbeit über Online-Plattformen (sog. Crowdworking) deutlich: Wenn organisatorische Vorgaben dem Beschäftigten faktisch keinen wesentlichen Gestaltungsspielraum, hinsichtlich Zeit, Ort und Inhalt der Tätigkeit ermöglichen, deutet dies auf eine Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation hin (BAG, Urt. v. 1.12.2020 – 9 AZR 102/20, NZA 2021, S. 552; Haag/Fischer, AuA 2021, S. 15 ff.). Somit

zeigt sich die Abgrenzung in der modernen Arbeitswelt zunehmend in der konkreten Ausgestaltung der Arbeitsorganisation. Die praktische Relevanz dieser Abgrenzung verdeutlicht auch die Rechtsprechung des BSG zu Honorarärzten. In seinem Urteil vom 4.6.2019 (B 12 R 11/18 R) stellt das BSG fest, dass eine selbstständige Tätigkeit regelmäßig nicht vorliegt, wenn der betroffene Arzt funktional in die Betriebsabläufe der Organisation eingegliedert ist, etwa durch Nutzung des klinischen Personals oder die Einbindung in feste Schichtpläne (vgl. BSG, Urt. v. 4.6.2019 – B 12 R 11/18 R, DStR 2019, S. 2429, Rn. 32). Dieses Urteil verdeutlicht, dass auch eine inhaltlich eigenverantwortliche Tätigkeit nicht unbedingt eine selbstständige Tätigkeit begründet. Vielmehr ist entscheidend, ob eine organisatorische Eingliederung vorliegt. Die Grenze ist dort erreicht, wo die Vorgaben und Abläufe des Auftraggebers die Tätigkeit so dominieren, dass für eine selbstständige Gestaltung der Arbeitsleistung kein hinreichender Raum mehr verbleibt. Im gesamten Überblick zeigt sich ein verschärfter Prüfungsmaßstab der Gerichte: Weder fachliche Eigenverantwortung noch ein überdurchschnittliches Honorar schließen eine Arbeitnehmereigenschaft aus, wenn die organisatorische Eingliederung schwerer wiegt.

ARBEITSRECHTLICHE FOLGEN

Durch die Feststellung des Arbeitnehmerstatus nach § 611a BGB finden die zwingenden arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften Anwendung. Der Auftragnehmer kann bspw. rückwirkend Ansprüche auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall (§ 3 EFZG) sowie gesetzlichen Kündigungsschutz (§ 1 KSchG) geltend machen (vgl. Sfinis/Mayr, a. a. O., S. 74, 75). Eine praxisrelevante Besonderheit betrifft den Urlaubsanspruch: Nach der Rechtsprechung des EUGH vom 29.11.2017 (C-214/16) sowie der Bestätigung durch das BAG vom 20.12.2022 (9 AZR 266/20) verfällt der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub nicht, wenn der Arbeitgeber den Mitarbeiter nicht über seine Urlaubsansprüche unterrichtet hat und ihm nicht die Möglichkeit gegeben hat, diesen wahrzunehmen (vgl. EuGH, Urt. v. 29.11.2017 – C-214/16, BeckEuRS 2018, 534302; BAG, Urt. v. 20.12.2022 – 9 AZR 266/20, NZA 2023, S. 683, Rn. 22). Dies führt bei Scheinselbstständigkeit oftmals zu einer Kumulation von Abgeltungsansprüchen über den gesamten Zeitraum der Tätigkeit (vgl. Friedl/Stück, AuA 4/2024, S. 26). Im Bereich der Vergütung stellt sich zudem die Frage der Honorarrückforderung. Übersteigt das gezahlte Honorar die übliche betriebliche oder tarifliche Vergütung, erkennt das BAG in einem Urteil vom 26.06.2019 (5 AZR 178/18) einen Rückzahlungsanspruch des Arbeitgebers nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB grundsätzlich als möglich an. Der Anspruch begrenzt sich jedoch auf die Differenz zum fiktiven Bruttoentgelt, da der Mitarbeiter nicht rechtsgrundlos bereichert ist (vgl. BAG, Urt. v. 26.6.2019 – 5 AZR 178/18, NZA 2019, S. 1558, Rn. 15). Die Durchsetzung scheitert in der Praxis jedoch oftmals am Vertrauensschutz des Mitarbeiters (§ 242 BGB), insbesondere wenn dieser die Mittel bereits für seine private Absicherung verbraucht hat und somit entreichert ist (§ 818 Abs. 3 BGB; vgl. Steeger/Bissels, AuA a. a. O., S. 18, 21 f.).

SOZIALVERSICHERUNGSRECHT

Bei rückwirkender Einstufung als abhängige Beschäftigung, ist der Auftraggeber zudem zur Nachentrichtung der Sozialversicherungsbeiträge verpflichtet. Gemäß § 28e Abs. 1 SGB IV haftet er hierbei allein für den Gesamtsozialversicherungsbeitrag, welcher sich aus Arbeitgeber- und Arbeitnehmeranteil zusammensetzt. Die Verjährungsfrist für die Nachforderungen beträgt grundsätzlich vier Jahre nach Ablauf des jeweiligen Kalenderjahres (§ 25 Abs. 1 S. 1 SGB IV). Bei vorsätzlicher Vorenthaltung – wenn Statusklärungsverfahren nicht genutzt wurden – verlängert sich diese Frist auf 30 Jahre (§ 25 Abs. 1 Satz 2 SGB IV). Für jeden angefangenen Monat der Säumnis wird zusätzlich ein Zuschlag von einem % des rückständigen Betrags fällig (§ 24 Abs. 1 SGB IV). Eine Kompensation durch den Beschäftigten ist nach § 28g SGB IV erheblich erschwert: Ein Regress ist nur bei fortbestehendem Vertrag und lediglich innerhalb der nächsten drei Entgeltabrechnungszeiträume zulässig. Besonders belastend wirkt die Nettoentgeltfiktion nach § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV. Dabei wird die Vergütung fiktiv als Nettolohn eingestuft und auf eine Bruttobasis hochgerechnet, was die nachzuzahlenden Beiträge enorm erhöht (vgl. Sfinis/Mayr, a. a. O., S. 74 ff.).

CHECKLISTE FÜR FÜHRUNGSKRÄFTE

Um den Einsatz freier Mitarbeiter rechtssicher zu gestalten und die weitreichenden Folgen einer Scheinselbstständigkeit zu vermeiden, müssen Unternehmen präventive Compliance-Strukturen implementieren. Da eine reine formale Vertragsgestaltung nicht ausreichend ist, dient die Checkliste auf S. 30 als Leitfaden für die notwendige Übereinstimmung von Theorie und gelebter Praxis (vgl. Steeger/Bissels, a. a. O., S. 18, 23; Kössel, ZAU 2025, S. 90, 92).

FAZIT UND AUSBLICK

Die freie Mitarbeit ist ein praxisrelevantes Modell mit rechtlichen Risiken. Die Checkliste kann hierbei als präventiver Leitfaden dienen, um durch die Einhaltung klarer Kriterien Rechtssicherheit für alle Beteiligten zu schaffen. Angesichts zunehmend dynamischer Belegschaftsstrukturen wird die Bedeutung externer Fachkräfte weiterwachsen. Eine fluide Strategie kann – vor allem im Zeitalter von KI und Automatisierung – durch die Synergie interner und externer Expertise zum entscheidenden Erfolgsfaktor für den Unternehmenserfolg werden (vgl. Pesch, Personalwirtschaft+, 7.4.2026, S. 1, 2). Da die Rechtsprechung die Anforderungen an eine echte Selbstständigkeit jedoch kontinuierlich erhöht hat, ist der Gestaltungsspielraum enger geworden; eine reine vertragliche Absicherung ist nicht mehr ausreichend. Vielmehr gilt: „Die Realität beginnt dort, wo der Vertrag endet" (vgl. Sfinis/Mayr, a. a. O., S. 74). Die rechtliche Beurteilung misst sich letztlich allein an der tatsächlichen Durchführung, weshalb die nötige Flexibilität nur durch eine fortlaufende Überprüfung dieser Praxis gesichert werden kann (vgl. Sfinis/Mayr, a. a. O.).



Prof. Dr. Oliver Haag
Professor für Wirtschaftsrecht an der HTWG Konstanz mit den Schwerpunkten Gesellschaftsrecht, Handelsrecht, Arbeitsrecht, Compliance und Corporate Governance und Direktor des Instituts für Unternehmensrecht sowie Of Counsel einer auf Unternehmensrecht spezialisierten Anwaltskanzlei für nationale und internationale Unternehmen und Verbände



Eva Teufel
Studierende des Wirtschaftsrechts an der HTWG Konstanz mit den Schwerpunkten Corporate Compliance sowie Arbeitsrecht, Praxiserfahrung sammelt sie u. a. bei einem großen deutschen Automobilzulieferer im Bereich Personalgrundsatzfragen