

Rechtsanwältin Mine Takkaci-Gros

Handlungsmöglichkeiten und Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats beim Einsatz von Beschäftigten in Praktikum und Scheinselbständigkeit

Ein Arbeitspapier erstellt im Auftrag der Hans-Böckler-Stiftung

Auf einen Blick ...

- Die Anzahl der **Praktikanten** steigt seit Jahren. 37 Prozent der Absolventen führen nach Beendigung ihres Studiums noch ein Praktikum durch, davon fast die Hälfte ein unbezahltes.
- 80 Prozent der freiwilligen Praktikanten geben an, während des Praktikums zu mindestens 50 Prozent als normale Arbeitskräfte eingesetzt worden zu sein. 30 Prozent fühlen sich ausgenutzt.
- Praktikanten haben Anspruch auf eine angemessene Vergütung.
- Steht bei Praktikanten nicht das Lernen, sondern die Erbringung der Arbeitsleistung im Vordergrund, handelt es sich um Arbeitnehmer.
- Der Betriebsrat muss erkennen können, ob es sich um ein „echtes Praktikum“ oder um einen verdeckten Arbeitnehmereinsatz handelt. Der Betriebsrat sollte daher seine Informationsrechte aus §§ 80, 92 BetrVG nutzen.
- Freiwillige Praktikanten sind in der Regel Arbeitnehmer im Sinne des BetrVG. Der Betriebsrat ist dann bei der Einstellung und Eingruppierung zu beteiligen.
- **Scheinselbständige** sind formal freie Mitarbeiter (Unternehmer), faktisch jedoch Arbeitnehmer.
- Wichtige Unterscheidungskriterien zwischen freiem Mitarbeiter und Arbeitnehmer sind die Eingliederung in die Betriebsorganisation und die Weisungsgebundenheit.
- Der Betriebsrat hat nach § 80 BetrVG Anspruch auf Vorlage der Verträge von freien Mitarbeitern.
- Der Betriebsrat kann im Rahmen eines Beschlussverfahrens klären lassen, ob es sich um einen Arbeitnehmer handelt.

Inhaltsverzeichnis

1	Praktikum.....	3
1.1	Was ist ein Praktikum?	3
1.2	Praktikum in Zahlen.....	4
1.3	Was ist rechtlich ein Praktikum?.....	4
1.3.1	Arbeitsrecht	4
1.3.2	Sozialrecht.....	5
1.4	Individualrechte der Praktikanten	5
1.5	Handlungsmöglichkeiten des Betriebsrats	6
1.5.1	Praktikanten sind Arbeitnehmer i.S.d. BetrVG	6
1.5.2	Informationsansprüche geltend machen!	7
1.5.2.1	Auskunftsanspruch nach § 80 BetrVG	7
1.5.2.2	Weitere Informationsrechte	8
1.5.3	Beteiligung nach § 99 BetrVG	9
1.5.3.1	Beteiligung bei der Einstellung	9
1.5.3.2	Beteiligung bei der Eingruppierung	9
1.5.4	Einsatzplanung fordern.....	10
1.5.5	Gestaltung durch Betriebsvereinbarung	10
2	Scheinselbständigkeit.....	11
2.1	Einleitung.....	11
2.2	Abgrenzungsprobleme	12
2.2.1	Dienst-/Werkvertrag oder Arbeitsverhältnis?	12
2.2.1.1	Werkvertrag/Dienstvertrag.....	12
2.2.1.2	Arbeitnehmer - Selbstständiger	13
2.2.2	Checkliste	16
2.3	Exkurs: Sozialrecht.....	16
2.4	Handlungsmöglichkeiten des Betriebsrats	17
2.4.1	Informationsrechte geltend machen!	17
2.4.2	Status feststellen lassen.....	18

1 **Praktikum**

1.1 **Was ist ein Praktikum?**

Unter dem Begriff Praktika versammelt sich mittlerweile ein weites Feld von Qualifizierungstätigkeiten. Diese reichen von rein betrieblichen Anlern- und Weiterqualifizierungstätigkeiten bis hin zu geförderten betrieblichen Trainingsmaßnahmen nach §§ 48 ff. SGB III, die von Arbeitslosen als Praktikum wahrgenommen werden.

Ein Praktikum soll der Orientierung dienen und berufliche Kenntnisse vermitteln. Zu unterscheiden sind grob drei Praktikumsarten: Schülerpraktika, Pflichtpraktika im Rahmen des Studiums und „freiwillige“ Praktika als Berufseinstieg.

So verstanden und gelebt sind Praktika grundsätzlich sinnvoll. Sie bieten jungen Menschen die Möglichkeit in die Berufswelt hineinzuschnuppern und Erfahrungen zu sammeln. Sich rechtzeitig in der einen oder anderen Branche umzuschauen hilft der beruflichen Orientierung. Leider eröffnen Praktika aber auch Möglichkeiten gravierenden Missbrauchs. Praktikanten werden in der Praxis auch als „Billig-Arbeitnehmer“ eingesetzt und verstanden. Dies kann nicht nur Folgen für die Praktikanten selbst haben (Ausnutzung), sondern auch zu einer Spaltung der Belegschaft führen.

Die Politik hat auf Grund der Missstände einen Handlungsbedarf zumindest erkannt.

Das Berliner Abgeordnetenhaus hat mit den Stimmen aller Fraktionen einen Antrag der rot-roten Koalition zum fairen Umgang mit Praktikantinnen und Praktikanten in der Berliner Verwaltung und den Landesunternehmen beschlossen.

Zur Begründung wird ausgeführt:

Im laufenden Jahrzehnt ist aus einem wertvollen Instrument der Berufsorientierung und -ausbildung ein Weg zur Umgehung von Standards auf den Arbeitsmärkten geworden. So steht in einigen Bereichen der Arbeitswelt nicht mehr der Ausbildungs- und Berufsorientierungsaspekt im Vordergrund, sondern die Nutzung von zusätzlicher, preiswerter bzw. kostenfreier Arbeitskraft. Teilweise werden reguläre Stellen durch Praktikumsstellen ersetzt. Zudem haben Praktika den Begriff der Probezeit und der befristeten Arbeitsverhältnisse untergraben, indem sich ausgebildete Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vor der regulären Einstellung zunächst erst einmal im Unternehmen "beweisen" müssen.

1.2 Praktikum in Zahlen

Wie viele Praktikanten in Deutschland eingesetzt werden ist unklar. Es gibt keine flächendeckende Statistik. Schätzungen gehen für das Jahr 2006 von ca. 600.000 Praktikanten in bis ca. 300.000 Betrieben aus¹.

Eine Studie im Auftrag der DGB-Jugend und der Hans-Böckler-Stiftung kommt für den Bereich der Universitätsabsolventen zu dem Ergebnis, dass 37 Prozent der Absolventen nach Beendigung ihres Studiums noch ein Praktikum durchführen, davon fast die Hälfte ein unbezahltes². Auch zeigt sich ein Anstieg der Zahl der Praktikanten in den letzten Jahren. Dieser Trend wird auch in einer aktuellen Studie der Universität Bremen bestätigt³.

Die durchschnittliche Entlohnung der bezahlten Praktika liegt bei etwa 600 € (Frauen 543 € /Männer 741 €). Geistes-, Kultur- und Sozialwissenschaftler erhalten deutlich weniger als Wirtschafts- oder Naturwissenschaftler. Die Sicherung des Lebensunterhalts ist durch ein Praktikum also kaum zu gewährleisten.

Zur Arbeitssituation befragt gaben in einer Studie 80 Prozent der freiwilligen Praktikanten an, während des Praktikums zu mindestens 50 Prozent als normale Arbeitskräfte eingesetzt worden zu sein. 30 Prozent fühlten sich ausgenutzt⁴.

1.3 Was ist rechtlich ein Praktikum?

1.3.1 Arbeitsrecht

Der Status von Praktikanten ist rechtlich sehr umstritten und von der Art des Praktikums abhängig. Eine gesetzliche Definition fehlt. Deshalb gibt es keine eindeutige Rechtsprechung zu den Rechten und Pflichten von Praktikanten.

Praktikanten sind allgemein als Personen definiert, die eine bestimmte Zeit im Betrieb tätig sind, um sich dort zur Vorbereitung auf einen Beruf die notwendigen praktischen Kenntnisse und Erfahrungen anzueignen. Das Bundesarbeitsgericht definiert ein Praktikum z.B. so:

„(...) ein Praktikant (ist) in aller Regel vorübergehend in einem Betrieb praktisch tätig, um sich die zur Vorbereitung auf einen - meist akademischen - Beruf notwendigen praktischen Kenntnisse und Erfahrungen anzueignen. Allerdings

¹Praktika und betriebliche Personalpolitik - Verbreitung und Nutzungsintensität von Praktika in deutschen Betrieben; *Christian Hohendanner und Florian Janik*; IABInstitut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung der Bundesagentur für Arbeit, Kurzbericht Nr. 7/2007 S. 2.

²Dieter Grünh und Heidemarie Hecht, *Prekäre Beschäftigungsformen von Hochschulabsolventinnen und -absolventen*, Februar 2007.

³Internationales Forschungsprojekt SPReW – Projektinfo Nr. 1, S. 5.

⁴Internationales Forschungsprojekt SPReW – Projektinfo Nr. 1, S. 7.

findet in einem Praktikantenverhältnis keine systematische Berufsausbildung statt. Vielmehr wird eine darauf beruhende Tätigkeit häufig Teil einer Gesamtausbildung sein und beispielsweise für die Zulassung zu Studium oder Beruf benötigt. Demnach steht bei einem Praktikantenverhältnis ein Ausbildungszweck im Vordergrund⁵.

Bei einem Praktikantenverhältnis steht also nicht der Austausch von Arbeitsleistung und Arbeitsentgelt im Vordergrund. Der Zweck soll die Ausbildung nicht die Arbeit sein. Vereinfacht ausgedrückt: Der Arbeitnehmer arbeitet, der Praktikant lernt.

1.3.2 Sozialrecht

Die Spitzenorganisationen der gesetzlichen Sozialversicherung geben in ihrem gemeinsamen Rundschreiben folgende Definition:

„Praktikanten sind Personen, die sich im Zusammenhang mit einer schulischen Ausbildung praktische Kenntnisse in einem Unternehmen aneignen, die der Vorbereitung, Unterstützung oder Vervollständigung der Ausbildung für den künftigen Beruf dienen. Der Erwerb beruflicher Kenntnisse, Fertigkeiten oder Erfahrungen, der im Rahmen betrieblicher Berufsbildung erfolgt, gilt nach § 7 Abs. 2 SGB IV als Beschäftigung im Sinne der Sozialversicherung II“.

Die Definition der Sozialversicherungen folgt damit weitgehend der Definition des § 26 BBiG. Die Sozialversicherungen stellen darauf ab, dass es sich um eine betriebliche Berufsbildung handelt. Ein Praktikum dient dazu, sich mit den im angestrebten Beruf verwendeten Arbeitsmethoden, Verfahren, Materialien, Werkzeugen, Maschinen vertraut zu machen.

1.4 Individualrechte der Praktikanten

Hier muss zwischen den unterschiedlichen Formen eines Praktikums differenziert werden:

Auf reine Schülerpraktika und bei Studenten, die im Rahmen ihres Studiums vorgeschriebene Praxisstationen in Betrieben absolvieren, finden die Schul- und Hochschulgesetze der Länder Anwendung. Insoweit ist nach herrschender Meinung nicht

⁵BAG 13.03.2003 - 6 AZR 564/01

von einem Arbeitsverhältnis auszugehen. Folge ist, dass kein arbeitsrechtlicher Anspruch auf Vergütung, Urlaub, Entgeltfortzahlung etc. besteht.

Die verbreitete Auffassung, dass Praktikanten grundsätzlich unentgeltlich arbeiten müssen widerspricht jedoch der Rechtslage. Die jeweilige Anspruchsgrundlage hängt hierbei vom Inhalt des Vertragsverhältnisses ab:

Wenn tatsächlich ein Praktikum im Sinne einer Ausbildung vorliegt, ist das Berufsbildungsgesetz anwendbar, das dem Auszubildenden einen Anspruch auf „angemessene Bezahlung“ gibt. Kriterien hierfür sind: (Ausbildungs-)Gehälter in der Branche sowie das Alter und der Stand der Ausbildung. Das BAG stellt jedoch insoweit fest:

„Die Vergütung ist der Höhe nach deshalb auch eher eine Aufwandsentschädigung oder Beihilfe zum Lebensunterhalt⁶“.

Wenn bei Praktikanten nicht das Lernen, sondern die Erbringung der Arbeitsleistung im Vordergrund steht stuft sie das Recht auch als Arbeitnehmer ein. Dies bedeutet: es gibt einen unbefristeten Vertrag, Kündigungsschutz und tarifliche Vergütungsansprüche. Allerdings muss der Praktikant vor Gericht beweisen, dass ein Arbeitsverhältnis vorliegt. Die Lohnhöhe richtet sich dann nach dem üblichen Lohn eines Arbeitnehmers, der die Tätigkeit ausübt.

Art und Umfang der Individualrechte bestimmen sich daher nach der Art des Praktikums. Entscheidend ist aber nicht was die Parteien vertraglich vereinbart haben, sondern wie das Vertragsverhältnis "gelebt" wird.

1.5 Handlungsmöglichkeiten des Betriebsrats

1.5.1 Praktikanten sind Arbeitnehmer i.S.d. BetrVG

Nach § 5 Abs. 1 S. 1 BetrVG sind Arbeitnehmer im Sinne des BetrVG Arbeiter und Angestellte einschließlich der zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten. Der Begriff der "Berufsausbildung" in § 5 Abs. 1 S. 1 BetrVG deckt sich nicht mit demjenigen des Berufsbildungsgesetzes, sondern ist weiter gefasst. Darunter fallen alle Maßnahmen, die auf betrieblicher Ebene berufliche Kenntnisse vermitteln, so dass auch Praktikanten Arbeitnehmer i.S.d. Betriebsverfassungsgesetzes sein können. Dabei sind der Umfang und die Tiefe der vermittelten Kenntnisse und Fähigkeiten nicht entscheidend. Ebenso wenig kommt es auf die Dauer eines Praktikums an, so dass auch kurzfristige

⁶BAG 13.03.2003 - 6 AZR 564/01

Bildungsmaßnahmen als Berufsausbildung i.S.d. § 5 Abs. 1 S. 1 BetrVG anzusehen sind. Zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigte i.S.d. § 5 Abs. 1 S. 1 BetrVG können allerdings nur solche Personen sein, mit denen der Ausbildende einen privatrechtlichen Vertrag geschlossen hat, der die Beschäftigung zum Zwecke der Berufsausbildung zum Inhalt hat.⁷

Ein Praktikant ist also Arbeitnehmer i.S.d. BetrVG, wenn er erstens in den Betrieb eingegliedert ist und zweitens ein Vertrag zwischen Arbeitgeber und Praktikant über die Berufsausbildung besteht.

1.5.2 Informationsansprüche geltend machen!

Ein Betriebsrat kann seine Beteiligungsrechte nur ordnungsgemäß wahrnehmen wenn er über ausreichende Informationen verfügt.

1.5.2.1 Auskunftsanspruch nach § 80 BetrVG

Der Betriebsrat hat nach § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG darüber zu wachen, dass die zugunsten der Arbeitnehmer geltenden Gesetze durchgeführt werden. Diese allgemeine Aufgabe des Betriebsrats ist nicht vom Vorliegen bestimmter konkreter Mitwirkungs- bzw. Mitbestimmungsrechte abhängig.

Der Arbeitgeber hat den Betriebsrat nach § 80 Abs. 2 BetrVG rechtzeitig und umfassend zu unterrichten und auf Verlangen die zur Durchführung der Aufgaben des Betriebsrats erforderlichen Unterlagen zur Verfügung zu stellen.

Der Informationsanspruch besteht nicht erst dann, wenn Beteiligungsrechte oder allgemeine Rechte und Aufgaben des Betriebsrats aktuell sind. Durch die Information soll der Betriebsrat in die Lage versetzt werden, in eigener Verantwortung zu prüfen, ob sich Aufgaben nach dem Betriebsverfassungsgesetz ergeben und ob und wie er zur Wahrnehmung dieser Aufgaben tätig werden kann.

Nur wenn eine Aufgabe des Betriebsrats offensichtlich nicht in Betracht kommt, also keine Anhaltspunkte für ein Recht des Betriebsrats gegeben sind, erst dann kann gesagt werden, dass die Information zur Durchführung der Aufgaben des Betriebsrats nicht erforderlich ist. Die Arbeitsgerichte verlangen nur eine gewisse Wahrscheinlichkeit für das Bestehen einer Aufgabe des Betriebsrats⁸. Das hat der Betriebsrat nach seinem Kenntnisstand zu beurteilen.

⁷BAG 15.03.2006 – 7ABR 39/05.

⁸BAG 19.10.1999 - 1 ABR 75/98.

Die geforderte Wahrscheinlichkeit ist bei Praktika gegeben. Der Betriebsrat muss sich einen Überblick verschaffen, welche Praktikanten in welchen Bereichen eingesetzt werden und mit welchen Arbeiten sie betraut werden.

Durch diese Informationen kann der Betriebsrat erkennen, um welche Praktikumsart es sich handelt und ob weitere Beteiligungsrechte berührt sind. Zu denken ist hier z.B. an die Beteiligungsrechte nach § 99 BetrVG.

Verlangt der Betriebsrat die Vorlage der Praktika-Verträge sind diese dem Betriebsrat auszuhändigen.

Der Betriebsrat muss in die Lage versetzt werden zu erkennen,

- ob es sich um ein Schülerpraktikum bzw. ein Pflichtpraktikum innerhalb des Studiums oder um ein „freiwilliges“ Praktikum handelt oder
- ob tatsächlich ein Praktikum zur Berufsausbildung vorliegt oder Praktikanten als zusätzliche Arbeitskräfte eingestellt werden sollen.

Von diesen Erkenntnissen hängen die Handlungsmöglichkeiten des Betriebsrats ab!

Der Betriebsrat sollte sich im Zweifelsfall auch vor Ort, also dem Praktikumsplatz, informieren wie das Praktikumsverhältnis tatsächlich „gelebt wird“.

Unabhängig vom Einzelfall hat der Betriebsrat Anspruch auf die Information wie viele Praktikanten auf welchen Stellen und mit welchen Aufgabengebieten insgesamt in dem Betrieb beschäftigt werden. Über den Einblick oder Abgleich mit den Bruttolohn- und Gehaltslisten kann das Lohnniveau der Praktikanten überblickt werden.

1.5.2.2 Weitere Informationsrechte

Der Arbeitgeber hat den Betriebsrat nach § 92 BetrVG über die Personalplanung umfassend zu unterrichten. Über die Personaldeckungsplanung und die Personaleinsatzplanung können sich für den Betriebsrat Erkenntnisse ergeben, ob ein Einsatz von Praktikanten als zusätzliche Arbeitskräfte geplant ist.

Nach § 20 TzBfG ist der Betriebsrat über die Anzahl der befristet Beschäftigten und ihren Anteil an der Gesamtbelegschaft zu informieren.

1.5.3 Beteiligung nach § 99 BetrVG

1.5.3.1 Beteiligung bei der Einstellung

Der Betriebsrat ist bei der Einstellung von Praktikanten nach § 99 BetrVG zu beteiligen.

Das BAG hat im Jahr 1989 entschieden, dass die Einstellung von Personen, die zum Zwecke ihrer Berufsausbildung beschäftigt werden sollen, nach § 99 BetrVG zustimmungsbedürftig ist⁹.

Mit der Entscheidung des BAG vom 08.05.1990 wurde diese Maßgabe etwas eingeschränkt: Bei der Aufnahme eines Schülerpraktikums soll keine Einstellung vorliegen¹⁰. Begründet wird dies damit, dass bei einem Schülerpraktikum nicht die Ausbildung, sondern das Kennenlernen im Vordergrund steht. Der Status als „Schüler“ bleibt erhalten. Es findet daher keine Beschäftigung zum Zwecke der Berufsausbildung statt.

Wird eine Einstellung ohne Beteiligung des Betriebsrats vorgenommen, kann das Verfahren nach § 101 BetrVG (Aufhebung der personellen Maßnahme) betrieben werden. Problematisch ist in diesen Fällen aber der Zeitfaktor: Bei einem kurzfristigen Einsatz von einigen Wochen wird das Praktikum regelmäßig vor einer rechtskräftigen Entscheidung des Arbeitsgerichts beendet sein. Die Einleitung eines solchen Verfahrens kann jedoch auf Grund der damit verbundenen Signalwirkung an den Arbeitgeber dennoch sinnvoll sein. In Betracht kommt je nach Konstellation auch ein Antrag auf Feststellung, dass es sich bei einem bestimmten Einsatz von Praktikanten um eine mitbestimmungspflichtige Einstellung handelt. Hat ein Arbeitsgericht rechtskräftig das Vorliegen einer mitbestimmungspflichtigen Einstellung festgestellt, ist bei weiteren Verstößen ein Unterlassungsverfahren wegen eines groben Pflichtverstoßes möglich.

Kommt der Betriebsrat zu der Überzeugung, dass Praktikanten als zusätzliche Arbeitskräfte eingestellt werden sollen, können je nach Einzelfall sämtliche Verweigerungsgründe nach § 99 Abs. 2 BetrVG in Betracht kommen.

1.5.3.2 Beteiligung bei der Eingruppierung

Im Rahmen der Anhörung zu einer Einstellung ist auch die vorgesehene Eingruppierung mitzuteilen.

⁹ BAG 03.10.1989 - 1 ABR 68/88.

¹⁰ BAG 08.05.1990 – 1 ABR 7/89.

Soll keine oder eine unangemessen niedrige Vergütung gezahlt werden, kann der Betriebsrat seine Zustimmung zu der Eingruppierung (nicht zu der Einstellung!) verweigern.

Als Verweigerungsgrund kommt ein Verstoß gegen das Gesetz (§ 138 BGB) in Betracht, wenn die Vergütung als sittenwidrig anzusehen ist.

Ist der Betriebsrat der Ansicht, dass Praktikanten als zusätzliche Arbeitskräfte eingesetzt werden, sind die Praktikanten auch entsprechend Tarifvertrag oder dem betrieblichem Entgeltschema einzugruppieren.

Nimmt der Arbeitgeber keine oder eine falsche Eingruppierung vor, kann der Betriebsrat ebenfalls ein Verfahren nach § 101 BetrVG einleiten. Hierbei ist jedoch nicht die Aufhebung der Eingruppierung oder gar der personellen Maßnahme möglich, sondern „nur“ die Vornahme der ordnungsgemäßen Eingruppierung.

1.5.4 Einsatzplanung fordern

Nach § 98 BetrVG hat der Betriebsrat bei der Durchführung von Bildungsmaßnahmen ein Mitbestimmungsrecht.

Gegenstand des Mitbestimmungsrechts ist u.a. der Ablauf der Ausbildung. Der Betriebsrat kann daher einen Einsatzplan für die Praktikanten verlangen um einen Einsatz in verschiedenen Abteilungen zu erreichen. Bei Abweichungen von einem solchen Plan kann u.U. eine mitbestimmungspflichtige Versetzung vorliegen.

1.5.5 Gestaltung durch Betriebsvereinbarung

In vielen Fällen ist der Abschluss einer Betriebsvereinbarung zur Regelung der Praktika möglich. Der Betriebsrat kann z.B. eine Betriebsvereinbarung über die Vergütung der Praktikanten abschließen.

Nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG hat der Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht bei Fragen der betrieblichen Lohngestaltung, insbesondere bei der Aufstellung von Entlohnungsgrundsätzen.

Hiermit ist auch die Ausübung des Initiativrechts verbunden.

Es ist jedoch auf die „Tarifsperr“ des § 77 BetrVG zu achten. In den meisten Fällen ist für die Personengruppe der Praktikanten jedoch keine Anwendung eines Tarifvertrages vereinbart. Hierdurch ist der Weg für eine betriebliche Regelung frei.

Daneben sollten auch Regelungen zur Arbeitszeit der Praktikanten getroffen werden.

Bereits bestehende Vereinbarungen über Regelungsgegenstände des § 87 Abs. 1 BetrVG finden selbstverständlich auch auf Praktikanten Anwendung.

2 Scheinselbständigkeit

2.1 Einleitung

Freie Mitarbeiter sind in vielen Betrieben alltäglich. Der Betrieb vergibt einzelne Aufgaben, die im Rahmen von Werk- oder Dienstverträgen erledigt werden sollen; die Leistungen werden insoweit „eingekauft“. Werden solche Personen im Betrieb tätig, stellt sich die Frage, ob es sich tatsächlich um „freie Mitarbeiter“ also Selbstständige oder um sog. „Scheinselbstständige“ handelt.

Unter dem Begriff "Scheinselbständigkeit" werden all diejenigen Erwerbstätigkeiten summiert, die zwar formal als "Unternehmer"-Tätigkeiten“ gelten, faktisch jedoch typischen Arbeitnehmercharakter aufweisen.

Auch die Anzahl derjenigen nimmt zu, die direkt vom Angestelltenverhältnis ins Selbständigendasein wechseln, ohne dass sich wesentliches an ihrer Tätigkeit ändert. Anstelle des Arbeitsvertrages tritt nun ein Werk- oder Dienstvertrag. Was sich aber wesentlich ändert ist vor allem die soziale Absicherung. Diese fällt nun vollständig in die Verantwortung der "Selbstbeschäftigten". Formal betrachtet verdienen diese zwar oft mehr als ihre abhängig beschäftigten Kollegen. Jedoch müssen vom Einkommen neben den Steuern und Versicherungsbeiträgen für Rente, Krankheit, Unfall usw. auch noch Reserven für den Fall schlechter Auftragslage und längerer Krankheit abgezogen werden. Bei diesen Ausgaben wird von den "Alleinunternehmern" meist gespart. Hinzu kommen noch die Kosten für Werkzeuge und Arbeitsmaterial, Übernachtungs- und Fahrtkosten bei Reisetätigkeit usw. Für den Fall der Insolvenz gibt es dann gar keine Absicherung. Insgesamt betrachtet dürften somit die Einkommen der Scheinselbständigen – ein gleichartiges Absicherungsniveau vorausgesetzt – deutlich unter denen der Angestellten liegen.

Für den Betriebsrat stellt sich die Frage, wer ist scheinselbstständig, also Arbeitnehmer, wer ist Selbstständiger? Bei Arbeitnehmern hat der Betriebsrat Mitbestimmungsrechte bei echten Selbstständigen nicht.

2.2 Abgrenzungsprobleme

Der Betriebsrat muss in erster Linie seine Informationsrechte intensiv nutzen. Der Betriebsrat muss für sich entscheiden können, ob Selbstständigkeit oder Scheinselbstständigkeit vorliegt. Nur wenn er möglichst umfassend im Bild ist kann er abschätzen welche Mitbestimmungsrechte er hat und dementsprechend handeln.

2.2.1 Dienst-/Werkvertrag oder Arbeitsverhältnis?

Es ist eine Abgrenzung zwischen Arbeitsverhältnis und einer selbstständigen Tätigkeit im Rahmen eines Werk- oder Dienstvertrages vorzunehmen.

Die Unterscheidung ist in der Praxis oft schwierig. Die Übergänge können fließend sein. Erschwerend kommt hinzu, dass rechtlich betrachtet der Arbeitsvertrag ein Unterfall des Dienstvertrages ist.

2.2.1.1 Werkvertrag/Dienstvertrag

Bei einem Werkvertrag schuldet der Unternehmer die rechtzeitige und mangelfreie Herstellung und Verschaffung des versprochenen Werkes, der Vertragspartner schuldet die Vergütung.

Das BGB-Werkvertragsrecht kennt grundsätzlich keine Verpflichtung zur persönlichen Leistungserbringung, es sei denn, die Realisierung des Werkerfolgs ist an eine höchstpersönliche Erbringung der Werkleistungen geknüpft (z.B. Gesangsdarbietung). Die Einbeziehung von Gehilfen oder Subunternehmern ist also möglich (und insbesondere im Baugeschäft üblich), wenn nichts Abweichendes vereinbart ist. Der Werkunternehmer schuldet als Arbeitsergebnis somit einen bestimmten Erfolg.

Beispiele: Ein Betrieb gibt die Übersetzung eines fremdsprachigen Textes in Auftrag. Ein Betrieb beauftragt eine Malerfirma das Betriebsgebäude anzustreichen.

Im Gegensatz hierzu ist der durch einen Dienstvertrag verpflichtete zu der Dienstleistung selbst verpflichtet.

Klassische Beispiele: Lehrbeauftragter an Universitäten und Fachhochschulen; Dozent an einer Volkshochschule; Belegarzt in einem Krankenhaus.

2.2.1.2 Arbeitnehmer - Selbstständiger

Die Abgrenzung zwischen einem Selbstständigen – unabhängig davon, ob dieser im Rahmen eines Werk- oder Dienstvertrages tätig wird - und einem Arbeitnehmer erfolgt an Hand bestimmter Kriterien, die von den Arbeitsgerichten aufgestellt wurden.

Das BAG geht von folgender Definition aus:

Arbeitsverhältnisse unterscheiden sich von anderen Rechtsverhältnissen, die auch die Leistung von Diensten zum Inhalt haben, durch den Grad der persönlichen Abhängigkeit, in der sich der zu Dienstleistung Verpflichtete befindet. Arbeitnehmer ist, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet. Entscheidend ist der Grad der persönlichen Abhängigkeit, in der sich der zur Dienstleistung Verpflichtete befindet¹¹.

Unerheblich ist, wie die Tätigkeit vertraglich bezeichnet wird. Der Einordnung eines Vertrages als Arbeitsverhältnis steht nicht entgegen, dass die Parteien das Vertragsverhältnis als freies Mitarbeiter- oder Dienstverhältnis bezeichnen. Durch Parteivereinbarung kann die Bewertung einer Rechtsbeziehung als Arbeitsverhältnis nicht abbedungen und der Geltungsbereich des Arbeitnehmerschutzrechts nicht eingeschränkt werden.

Ist der Betreffende nach dem objektiven Geschäftsinhalt Arbeitnehmer, so können die davon abweichenden Bezeichnungen und Vorstellungen der Parteien daran nichts ändern. Das gilt erst recht, wenn derartige Verträge nicht ausgehandelt, sondern von der einen Partei vorformuliert werden. Der wirkliche Geschäftsinhalt ist den ausdrücklich getroffenen Vereinbarungen und der praktischen Durchführung des Vertrages zu entnehmen. Wird ein als freier Mitarbeitervertrag bezeichnetes Vertragsverhältnis wie ein Arbeitsverhältnis durchgeführt, ist es auch als Arbeitsverhältnis anzusehen¹².

Die Rechtsprechung hat verschiedene Indizien entwickelt die für oder gegen das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses sprechen. An Hand dieser Indizien erfolgt eine wertende Gesamtbetrachtung. Es genügt also nicht wenn ein Indiz gegeben ist. Es kommt immer auf die Gesamtbetrachtung des Einzelfalles an, wobei den Indizien unterschiedliches Gewicht zukommt.

Folgende Indizien sind von Bedeutung:

¹¹BAG 19.11.1997 – 5 AZR 653/96; BAG, 30.09.1998 – 5 AZR 563/97; BAG, 16.02.2000 – 5 AZB 71/99.

¹²BAG 12.09.1996 - 5 AZR 104/95.

Wer stellt die Arbeitsmittel?

In einem Arbeitsverhältnis werden die Arbeitsmittel regelmäßig von dem Arbeitgeber gestellt. Ein freier Mitarbeiter muss die Arbeitsmittel selbst beschaffen und auf seine Kosten einsetzen.

Was ist der Leistungsgegenstand?

Leistungsgegenstand bei einem Arbeitnehmer ist die Erbringung der Arbeitsleistung. In der Regel ist diese höchstpersönlich zu erbringen. Die Pflicht, die Leistung grundsätzlich persönlich zu erbringen, ist ein typisches Merkmal für ein Arbeitsverhältnis. Besteht dagegen die Berechtigung, die Leistung durch Dritte erbringen zu lassen, so besteht ein eigener Gestaltungsspielraum der gegen die Annahme eines Arbeitsverhältnisses spricht. Wie stark dieses Indiz zu werten ist, hängt jedoch vom Einzelfall ab. Es ist auch in einem Arbeitsverhältnis in – seltenen - Ausnahmefällen möglich die Leistung durch einen Dritten erbringen zu lassen.

Im Gegensatz dazu schuldet ein freier Mitarbeiter einen bestimmten Erfolg. Der Leistungsgegenstand (Erfolg) ist daher in der Regel abgrenzbar. Je weniger abgrenzbar der Leistungsgegenstand ist, also je weniger er sich auf eine bestimmte Maßnahme bezieht umso mehr spricht für ein Arbeitsverhältnis.

Wer trägt das unternehmerische Risiko?

Ein Arbeitnehmer trägt in der Regel kein unternehmerisches Risiko. Ein freier Mitarbeiter trägt das Unternehmerrisiko immer selbst.

Im Einzelfall kann die Einschätzung, wer das unternehmerische Risiko trägt, schwierig sein. Ist ein „freier Mitarbeiter“ z.B. verpflichtet Waren in einer bestimmten Menge zu einem vorgegebenen Preis zu beziehen und weiter zu verkaufen, kann dies als ein Indiz für das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses zu werten sein.

Erfolgt eine Eingliederung in die Betriebsorganisation?

Ein Arbeitnehmer ist in die Betriebsorganisation eingegliedert. Muss sich der Beschäftigte also in eine von einem Dritten vorgegebene Arbeitsorganisation einbinden und sich den betrieblichen Strukturen anpassen, spricht dies für ein Arbeitsverhältnis. Dies kann sich durch eine Einteilung in bestehende Dienstpläne und die Anweisung bestimmte Arbeitsmittel zu nutzen zeigen.

Manche Tätigkeiten können sowohl im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses als auch im Rahmen eines anderen Rechtsverhältnisses erbracht werden, andere regelmäßig nur im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses. Bei untergeordneten und einfacheren Arbeiten ist eher eine Eingliederung in die fremde Arbeitsorganisation anzunehmen als bei gehobenen Tätigkeiten. Ein Arbeitsverhältnis kann aber auch bei Diensten höherer Art gegeben sein, selbst wenn dem Dienstverpflichteten ein hohes Maß an Gestaltungsfreiheit, Eigeninitiative und fachlicher Selbstständigkeit verbleibt¹³.

Ist der Betroffene weisungsgebunden?

Maßgebliche Kriterien für ein Arbeitsverhältnis sind: Weisungsgebundenheit hinsichtlich Ort, Zeit und Art der Tätigkeit. In einem Arbeitsverhältnis unterliegt der Arbeitnehmer dem Weisungsrecht des Arbeitgebers. Arbeitnehmer ist der Mitarbeiter, der nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann.

Wenn der eine Vertragspartner innerhalb eines bestimmten zeitlichen Rahmens über die Arbeitsleistung des anderen Vertragspartners verfügen kann, wenn jener also über die Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Tage sowie über Beginn und Ende der Arbeitszeit bestimmt, ist dies ein maßgeblicher Hinweis auf ein Arbeitsverhältnis¹⁴.

Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Art der Tätigkeit betreffen.

Also: Was ist zu tun? Wie ist etwas zu tun? Wann ist etwas zu tun? Wie lange ist zu arbeiten? Wo, an welchem Ort, ist die Arbeit zu erbringen? Ist die Arbeit zusammen mit anderen weisungsgebundenen Beschäftigten zu erbringen und muss mit diesen „Hand in Hand“ gearbeitet werden? Welche sonstigen Bedingungen sind zu beachten? (z.B. Kleidervorschriften, Verhaltensvorschriften).

Wichtige Indizien für das Bestehen eines Weisungsrechts sind auch: Müssen Zeiten der Arbeitsunfähigkeit angezeigt werden? Muss Urlaub beantragt werden?

Fazit: Je stärker ein Beschäftigter in die Arbeitsorganisation eingebunden ist und dem Weisungsrecht unterliegt desto wahrscheinlicher ist das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses. Die Arbeitsgerichte prüfen letztlich, ob innerhalb des Vertragsverhältnisses die Merkmale der persönlichen Abhängigkeit vorliegen. Sind die Kriterien erfüllt, löst die dann festgestellte persönliche Abhängigkeit den Schutz der Arbeitnehmerrechte aus. Es erfolgt also letztlich eine Missbrauchskontrolle.

¹³[BAG, 16.03.1994 - 5 AZR 447/92.](#)

¹⁴BAG, 30.10.1991 - 7 AZR 19/91.

2.2.2 Checkliste

Für den Betriebsrat bietet sich an, die Kriterien an Hand einer Checkliste abzuarbeiten.

Diese könnte wie folgt aussehen:

- Trägt der Beschäftigte ein unternehmerisches Risiko?
- Darf der Beschäftigte auch für andere Auftraggeber tätig werden?
- Wird eigenes Personal beschäftigt?
- Hat der Beschäftigte einen Gewerbebetrieb angemeldet?
- Erfolgt eine Veranlagung zur Einkommens- und Gewerbesteuer?
- Erstellt der Beschäftigte eigene Rechnungen an den Auftraggeber?
- Darf sich der Beschäftigte durch jemand anderen vertreten lassen?
- Kann der Beschäftigte Aufträge des Arbeitgebers ablehnen?
- Besteht keine Verpflichtung zur Krankmeldung?
- Ist der Beschäftigte nicht in die betriebliche Organisation eingebunden?
- Wird der Beschäftigte nicht in Dienstplänen eingeteilt?
- Kann der Beschäftigte die Zeit der Tätigkeit selbst bestimmen?
- Kann der Beschäftigte den Ort der Tätigkeit selbst bestimmen?
- Kann der Beschäftigte den Inhalt der Tätigkeit selbst bestimmen?

Je mehr dieser Fragen verneint werden umso wahrscheinlicher ist von einem Arbeitsverhältnis auszugehen.

2.3 Exkurs: Sozialrecht

Im Sozialrecht steht weniger das Kriterium der persönlichen Abhängigkeit im Vordergrund. Hier werden die wirtschaftlichen Fragen des „Unternehmertums“ in den Vordergrund gestellt.

Die Betriebsprüfer der Deutschen Rentenversicherung wenden bei der Überprüfung freier Mitarbeiter auf Scheinselbstständigkeit folgende Kriterien an:

- Hat der freie Mitarbeiter nur einen Auftraggeber?
- Hat der freie Mitarbeiter keine eigenen Arbeitnehmer?
- Macht der freie Mitarbeiter mit einem Auftraggeber seinen Hauptumsatz?
Mindestens 16,6 % an Umsatz müssen mit anderen vom Hauptauftraggeber wirtschaftlich unabhängigen Auftraggebern erzielt werden.

- Ist der freie Mitarbeiter wie die festangestellten Arbeitnehmer in das Unternehmen eingebunden?
- Hat der freie Mitarbeiter eine fest vorgegebene Arbeitszeit?
- Ist der freie Mitarbeiter in vielen Entscheidungen gebunden (Bezugsquellen, Personaleinsatz, Kapitaleinsatz, Maschineneinsatz)?

Ob eine Scheinselbstständigkeit vorliegt, prüft die Deutsche Rentenversicherung Bund durch ein so genanntes Statusfeststellungsverfahren. Sowohl Auftragnehmer als auch Auftraggeber können bei der Clearingstelle der Rentenversicherung für klare Verhältnisse sorgen. Schwarzen Schafen kommt die Behörde durch den Betriebsprüfdienst der Rentenversicherungsträger auf die Schliche. Diese Prüfungen werden regelmäßig durchgeführt. Auch in diesen Fällen schaut sich die Clearingstelle die Konstellation an. 2010 geschah das insgesamt rund 15.200 Mal. Das Ergebnis: In gut einem Drittel der Fälle wurde abhängige Beschäftigung festgestellt.

2.4 Handlungsmöglichkeiten des Betriebsrats

2.4.1 Informationsrechte geltend machen!

Der Arbeitgeber hat den Betriebsrat nach § 80 Abs. 2 BetrVG rechtzeitig und umfassend zu unterrichten und auf Verlangen die zur Durchführung der Aufgaben des Betriebsrats erforderlichen Unterlagen zur Verfügung zu stellen. Die Unterrichtungspflicht bezieht sich auch auf die Beschäftigung von Personen, die nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber stehen.

Der Betriebsrat hat daher Anspruch auf Vorlage der Verträge von freien Mitarbeitern. Unerheblich ist, ob es sich um Dienst- oder Werkverträge handelt. Der Arbeitgeber kann nicht einwenden, der Betriebsrat sei nur für Arbeitnehmer zuständig. Der Betriebsrat muss in die Lage versetzt werden feststellen zu können, ob u.U. ein Arbeitsverhältnis vorliegt.

Mit der Vorlage ist jedoch keine Inhaltskontrolle der Verträge verbunden. Der Betriebsrat kann z.B. nicht seine Zustimmung zu den Verträgen verweigern. Er kann sich jedoch ein Bild über die Zustände machen und in Zweifelsfällen weitere Erkundigungen einholen.

Kommt der Betriebsrat zu dem Ergebnis, dass eine Scheinselbstständigkeit vorliegt, sollte dies gegenüber dem Arbeitgeber umgehend mitgeteilt werden.

Der Betriebsrat sollte darüber hinaus seine Informationsrechte aus § 92 BetrVG verfolgen. Über die Personaldeckungsplanung und die Personaleinsatzplanung können sich Erkenntnisse ergeben, ob und welche Stellen durch „freie Mitarbeiter“ besetzt werden.

Auch im Rahmen einer Gefährdungsanalyse des Arbeitsplatzes auf dem der „freie Mitarbeiter“ eingesetzt werden soll können sich für den Betriebsrat Erkenntnisse ergeben. Es ist im Interesse des gesamten Betriebes Scheinselbstständigkeit zu vermeiden.

Ansonsten können die Folgen gravierend sein: Das LSG Rheinland-Pfalz¹⁵ kam in einem Fall zu dem Ergebnis, dass zwischen den Beteiligten ein illegales Arbeitsverhältnis im Sinne des Sozialgesetzes vorlag, obwohl beide Parteien von der Selbstständigkeit ausgingen. Das Gericht wies darauf hin, dass ein Beschäftigungsverhältnis bereits illegal ist, wenn geltende gesetzliche Bestimmungen objektiv nicht eingehalten werden. Es kommt nicht auf die persönliche Sichtweise des Arbeitgebers bzw. des Auftragnehmers an. Gleich wenn die Beteiligten weder vorsätzlich noch fahrlässig agierten, bleibt das Beschäftigungsverhältnis im Sinne des Gesetzes rechtswidrig.

Der Rentenversicherungsträger war somit berechtigt, den Arbeitgeber zur Nachzahlung der Sozialversicherungsbeiträge heranzuziehen.

Betrifft dies mehrere Fälle kann es, gerade für kleinere Betriebe, sogar existenzbedrohend werden: Die Rentenversicherung kann die Beiträge bis zu einem Zeitraum von vier Jahren zurückverlangen.

2.4.2 Status feststellen lassen

Kommt der Betriebsrat zu dem Ergebnis, dass tatsächlich von einem Arbeitsverhältnis auszugehen ist, kann er dies im Rahmen von Beschlussverfahren geltend machen.

Dies kann z.B. auch in Verfahren um Mitbestimmungsrechte aus § 87 BetrVG geschehen. Da der Betriebsrat zunächst darlegen muss, dass er ein Mitbestimmungsrecht auch in Bezug auf den „freien Mitarbeiter“ hat muss er den Antrag auf Einhaltung seiner Rechte mit einem Antrag auf Statusfeststellung der betroffenen Person verbinden.

Beim Abschluss eines Vertrages mit einem freien Mitarbeiter wird der Arbeitgeber oftmals keine Anhörung nach § 99 BetrVG einleiten. Der Betriebsrat kann in diesem Fall nach § 101 BetrVG vorgehen. Selbst wenn der Arbeitgeber bei der Einstellung noch eine Anhörung vornimmt, wird die Frage der Eingruppierung offen bleiben. Der Betriebsrat kann dann nach § 101 BetrVG beantragen den Beschäftigten einzugruppieren.

¹⁵LSG Rheinland Pfalz, 29.07.2009 – L 6 R 105/09.

