

## Problem Scheinselbständigkeit

### 1. Allgemeines

Ganz wesentlicher Unterschied zwischen Selbständigen und Arbeitnehmern ist der, dass Arbeitnehmer in der Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung pflichtversichert sind, wohingegen dies für Selbständige nicht gilt. Nur ein kleiner Kreis selbständig tätiger Personen ist in der Rentenversicherung versicherungspflichtig.

Nachteile eines Angestelltenbeschäftigungsverhältnisses für den Unternehmer sind unter anderem:

- die Berechnung und Zahlung des Gesamtsozialversicherungsbeitrages
- die Erstattung von Meldungen nach der DEÜV
- die Führung von Lohnunterlagen
- der evtl. bestehende Kündigungsschutz
- der Anspruch auf Lohnfortzahlung im Krankheitsfall
- der Anspruch auf Lohnfortzahlung im Urlaub

In Anbetracht ständig steigender Sozialabgaben und dem geltenden Kündigungsschutzrecht versuchen immer mehr kleine und mittlere Unternehmen, die Nachteile durch „freie Mitarbeiter“ zu umgehen.

Beispiel:

So sind für einen Arbeitnehmer mit 2.500,- € Bruttoeinkommen monatlich ca. 1.050,- € (ca. 42%; je zur Hälfte vom Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu tragen) Sozialabgaben abzuführen. Der Arbeitnehmer kostet den Arbeitgeber also ca. 3.000,- € monatlich.

Wird der Arbeitnehmer 6 Wochen krank und hat er 6 Wochen Urlaub, wurden schon 9.000,- € bezahlt, ohne dass der Arbeitgeber hierfür eine Gegenleistung erhält.

Als Scheinselbständige werden Personen bezeichnet, die zwar formal Rechnungen an ihren Auftraggeber stellen, aber in der Praxis wie Arbeitnehmer behandelt werden.

Sollte dies erst nach geraumer Zeit auffallen, drohen dem Auftraggeber erhebliche Nachzahlungen für Sozialversicherungen. Diese können bis zu 5 Jahren rückwirkend verlangt werden. Für die Zahlung des Gesamtsozialversicherungsbeitrags ist der Arbeitgeber verantwortlich. Er schuldet also den gesamten Betrag (im o.g. Beispiel also 1.050,- € monatlich). Im Innenverhältnis kann der Arbeitgeber zwar grundsätzlich vom Arbeitnehmer die Erstattung der von ihm ausgelegten Arbeitnehmeranteile verlangen. Dies ist aber durch folgende Tatsachen des sog. „Lohnabzugsverfahrens“ erheblich begrenzt:

- Die Anteile dürfen nur vom Gehalt abgezogen werden.
- Dies darf nur bei den nächsten 3 Gehaltszahlungen nachgeholt werden.
- Es sind die Pfändungsfreigrenzen zu beachten.

Beispiel:

Seit 01.01.2001 beschäftigt ein Unternehmer zwei „freie Mitarbeiter“, jeweils verheiratet mit zwei Kindern. Sie erhalten monatlich ca. 3.000,- € zzgl. USt. Dann wird bei einer Betriebsprüfung im Dezember 2005 festgestellt, dass sie Arbeitnehmer sind. Folge: Da 5 Jahre rückwirkend festgesetzt werden kann, muss der Arbeitgeber  $2 \times (3.000,- \text{ €} \times 42 \%) \times 12 \text{ Monate} \times 5 \text{ Jahre}$  Sozialabgaben nachzahlen (= 151.200,- €). Bei richtiger Anmeldung und nach Abzug der Lohnsteuer verbleiben den beiden noch ca. 1.800,- € netto. Da beiden bei drei unterhaltsberechtigten Personen bei 1.800,- € netto nur 39,- € monatlich gepfändet werden dürfen, kann der Arbeitgeber von den 151.200,- € nur  $2 \times 3 \text{ Monate} \times 39,- \text{ €}$  abziehen. Er bleibt also auf knapp 151.000,- € sitzen.

Kleinere Unternehmen treibt dies in die Insolvenz.

Leider hat der Gesetzgeber durch wilden Aktionismus in den vergangenen Jahren nicht unbedingt zur Rechtssicherheit beigetragen. Die seit 1998 im Gesetz stehenden und mehrfach überarbeiteten Kriterienkataloge sind durch das „2. Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt“ (Hartz-Reformen) mit Wirkung ab 01.01.2003 ersatzlos entfallen.

Mangels im Gesetz befindlicher Kriterien gelten nun wieder die von der Rechtsprechung entwickelten Abgrenzungskriterien. Nur für Personen, die für ihre

selbständige Tätigkeit bei der Bundesanstalt für Arbeit nach § 421 I SGB III einen Existenzgründungszuschuss beantragen („Ich-AG“) wird noch widerlegbar vermutet, dass sie in dieser Tätigkeit als Selbständige tätig sind.

## 2. Versicherungsrecht

### 2.1. Beschäftigung nach § 7 I SGB IV

Die Beschäftigung wird in § 7 I 1 SGB IV als nicht selbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis, definiert. 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).

Als typische Merkmale einer Beschäftigung nennt das Gesetz die **Weisungsgebundenheit der Erwerbspersonen** und **ihre betriebliche Eingliederung**. Diese Merkmale sind lediglich Anhaltspunkte und nehmen eine abschließende Bewertung nicht vorweg.

Der Auftraggeber hat – wie auch sonst jeder Arbeitgeber bei seinen Mitarbeitern – zu prüfen, ob der Auftragnehmer bei ihm abhängig beschäftigt oder für ihn selbständig tätig ist. Dies ist nicht Aufgabe des Auftragnehmers. Vorsicht ist insbesondere bei einer sich über einen längeren Zeitraum hinziehenden schleichenden Erweiterung des Arbeitsumfangs geboten.

Beispiel:

Ein selbständiger Handwerker wird bei einem größeren Projekt als Subunternehmer eingebunden, leistet gute Arbeit und wird immer wieder beauftragt. Mangels anderer Aufträge ist er plötzlich wirtschaftlich von diesem einen Auftraggeber abhängig.

Da den Auftraggeber bei der Prüfung durch einen Versicherungsträger das Risiko trifft, teilweise immense Beträge nachzahlen zu müssen, wird in Zweifelsfällen empfohlen, das Anfrageverfahren zur Statusklärung bei der

Bundesversicherungsanstalt für Angestellte (BfA) nach § 7a SGB IV einzuleiten (s. Punkt 3).

## **2.2. Amtsermittlungsgrundsatz**

In einem einmal eingeleiteten Verwaltungsverfahren zur versicherungsrechtlichen Beurteilung der Erwerbstätigkeit hat die BfA von sich aus die Tatsachen zu ermitteln, die zur Beurteilung der Rechtsfrage erforderlich sind. Es geht also nicht, der BfA nur den sorgsam ausgearbeiteten Vertrag zu übersenden.

Entschieden wird nach der Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls. Treffen also Merkmale, die für eine Beschäftigteneigenschaft sprechen, mit Merkmalen zusammen, die auf Selbständigkeit hindeuten, so ist im Rahmen einer Gesamtwürdigung zu prüfen, in welchem Bereich der Schwerpunkt der Tätigkeit liegt.

## **2.3. Abgrenzung des Beschäftigungsverhältnisses vom Dienst-/Werkvertrag**

Das Beschäftigungsverhältnis eines Arbeitnehmers unterscheidet sich von einem freien Mitarbeiter durch den Grad der persönlichen Abhängigkeit bei der Erledigung der Leistung. Arbeitnehmer ist, wer weisungsgebunden vertraglich geschuldete Leistungen im Rahmen einer von seinem Vertragspartner bestimmten Arbeitsorganisation erbringt. Der hinreichende Grad der persönlichen Abhängigkeit zeigt sich nicht nur daran, dass der Beschäftigte einem Direktionsrecht seines Vertragspartners unterliegt, welches Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer, Ort oder sonstige Modalitäten der zu erbringenden Tätigkeit betreffen kann, sondern kann sich auch aus einer detaillierten und den Freiraum für die Erbringung der geschuldeten Leistung stark einschränkenden rechtlichen Vertragsgestaltung oder tatsächlichen Vertragsdurchführung ergeben.

Der Grad der persönlichen Abhängigkeit wird jedoch auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit bestimmt. Es lassen sich daher keine abstrakten, für alle Beschäftigungsverhältnisse geltenden Kriterien aufstellen. Aus Art und Organisation der Tätigkeit kann auf das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses zu schließen sein. Dabei sind für die Abgrenzung in erster Linie die tatsächlichen Umstände der

Leistungserbringung von Bedeutung, nicht aber die Bezeichnung, die die Parteien ihrem Rechtsverhältnis gegeben haben oder gar die von ihnen gewünschte Rechtsfolge. Der jeweilige Vertragstyp ergibt sich aus dem wirklichen Geschäftsinhalt.

In der Regel wird aus der praktischen Handhabung des Verhältnisses der Rückschluss darauf gezogen, von welchen Rechten und Pflichten die Parteien in Wirklichkeit ausgegangen sind.

Selbständig ist im allgemeinen jemand, der unternehmerische Entscheidungsfreiheit genießt, ein unternehmerisches Risiko trägt sowie unternehmerische Chancen wahrnehmen und hierfür Eigenwerbung betreiben kann.

Zu den typischen Merkmalen unternehmerischen Handelns gehört unter anderem, 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 Verkaufspreis, Warenbezug
- Einstellung von Personal
- Einsatz von Kapital und Maschinen
- Die Zahlungsweise der Kunden (zum Beispiel sofortige Barzahlung, Stundungsmöglichkeit, Einräumung von Rabatten)
- Art und Umfang der Kundenaquisition
- Art und Umfang von Werbemaßnahmen für das eigene Unternehmen (zum Beispiel Benutzung eigener Briefköpfe)

Die Spitzenorganisationen der Sozialversicherung haben Richtlinien für die Beurteilung im Bereich Theater, Orchester, Rundfunk- und Fernsehanbieter, Film- und Fernsehproduktionen, Handelsvertreter, Gesellschafter-Geschäftsführer, mitarbeitende Gesellschafter und Fremdgeschäftsführer einer GmbH sowie weiterer Berufsgruppen erstellt. Diese sind auf ihrer Homepage [www.bfa.de](http://www.bfa.de) einsehbar.

## **2.4. Amtliche Eintragungen oder Genehmigungen als Hinweis auf eine selbständige Tätigkeit, Gesellschaftsform**

Es kann durchaus auch jemand selbständig sein, der nur für einen Auftraggeber arbeitet und in seinem Unternehmen keine Mitarbeiter beschäftigt. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn er für seine Unternehmung bzw. selbständige Tätigkeit eine besondere amtliche Genehmigung oder Zulassung benötigt (zum Beispiel Rechtsanwalt). Auch die Eintragung in die Handwerksrolle stützt die Annahme einer selbständigen Tätigkeit. Die Gewerbeanmeldung bzw. die Eintragung in das Gewerbeverzeichnis oder in das Handelsregister alleine reichen dagegen nicht aus.

Ist der Auftragnehmer eine Gesellschaft (zum Beispiel GmbH, KG oder oHG), schließt dies ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis zum Auftraggeber aus. Die gleiche Beurteilung gilt grundsätzlich auch, sofern es sich bei dem Auftragnehmer um eine Ein-Personen-GmbH handelt.

## **3. Anfrageverfahren**

Idealerweise sollte in Zweifelsfällen vor Beginn des Vertragsverhältnisses der Status des Auftragnehmers geklärt werden. Es ist allerdings auch möglich, im laufenden Verhältnis den Status klären zu lassen. Antragsberechtigt sind die Vertragspartner (Auftragnehmer und Auftraggeber), nicht jedoch andere Versicherungsträger. Der Antrag ist an die BfA-Clearingstelle in Berlin zu richten. Entsprechende Formulare sind auf der Homepage ([www.bfa.de](http://www.bfa.de)) zu finden.

Gegen die Entscheidung der BfA Clearing-Stelle sind Widerspruch und Klage möglich. Beides hat aufschiebende Wirkung. Das bedeutet, dass der Auftraggeber zunächst keine Sozialversicherungsbeiträge zu zahlen und keine Meldungen zu erstellen hat. Umgekehrt bedeutet es auch, dass die Sozialversicherungsträger zunächst keine Leistungen zu erbringen haben.

## **4. Einzelne Berufsgruppen**

Auszüge aus dem Katalog bestimmter Berufsgruppen zur Abgrenzung zwischen abhängiger Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit:

**Autoverkäufer:**

Autoverkäufer, die Neu- oder Gebrauchtfahrzeuge gegen Provision eines Autohauses verkaufen, führen diese Tätigkeit in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis und nicht als freie Handelsvertreter aus.

**Bedienungspersonal in Gastronomiebetrieben:**

Das in Gastronomiebetrieben tätige Bedienungspersonal, das ein Gewerbe zur „Vermittlung von Speisen und Getränken“ angemeldet hat, ist nach dem Gesamtbild der ausgeübten Tätigkeit weder persönlich noch sachlich unabhängig und übt deshalb ein Gewerbe aus. Der Schwerpunkt der Tätigkeit dieser Personen, die in einer Gaststätte Gäste bedienen, liegt nicht in der „Vermittlung von Geschäften“, da das Bedienungspersonal nicht maßgeblich auf die Willensentscheidung der Gäste zur Erteilung eines Auftrags einwirken, diese liegt bei Betreten der Gaststätte schon vor.

**Freie Berufe:**

Hierzu zählen Anwälte, Architekten, Dolmetscher, EDV-Berater, Gutachter, Ingenieure, Programmierer, Steuerberater etc. Die alleinige Zugehörigkeit zu den freien Berufen reicht nicht aus, um bei diesem Personenkreis auf Selbständigkeit zu erkennen. Maßgeblich ist die im Einzelfall vorzunehmende Gesamtbetrachtung, bei der geprüft werden muss, ob der Einzelne in das Unternehmen des Auftraggebers eingegliedert und dadurch Arbeitnehmer ist. Auch die Bezeichnung „freier Mitarbeiter“ sagt noch nichts über dessen sozialversicherungsrechtliche Beurteilung aus und stellt für sich kein Kriterium für die Annahme einer selbständigen Tätigkeit dar. Gleiches gilt für die Bezeichnung „Honorarkraft“.

**5. Fazit**

Trotz Abschaffung der gefürchteten Kriterienkataloge hat auch das neue Gesetz viele Fragen und Probleme für die betriebliche Praxis offen gelassen. Es besteht für Arbeitgeber nach wie vor das Kernproblem, wie man seine Verträge gestaltet um zu

vermeiden, dass aus selbständigen Mitarbeitern plötzlich abhängig Beschäftigte werden, die mit hohen Ausgaben zu Buche schlagen. Seitens der Gerichte wird das konkrete Vertragsverhältnis innerhalb der drei Gruppen Weisungsgebundenheit, Eingliederung in den Betrieb, Unternehmerrisiko anhand einer Vielzahl von Einzelkriterien einer sorgfältigen Prüfung unterzogen.

Bei der Vertragserstellung mit einem freien Mitarbeiter beachten Sie bitte folgende Hinweise:

### **1. Verlassen Sie sich nie auf einen bestimmten Mustervertrag!**

Wie bereits oben ausgeführt, gibt es keinen abstrakten, für alle Arbeitsverhältnisse geltenden Kriterienkatalog, der immer für oder gegen eine selbständige Tätigkeit spricht. Geprüft wird immer der Einzelfall in seinen speziellen Details.

### **2. Die Vertragsbezeichnung und der Wille der Parteien spielen keine Rolle!**

Die Bezeichnung als „freier Mitarbeiter“ oder „Honorarkraft“ und der Wille der Parteien, das Vertragsverhältnis auch so laufen zu lassen, spielen keine Rolle, wenn die tatsächlichen Verhältnisse selbständiger Tätigkeit widersprechen.

Beispiel:

In dem „Vertrag über freie Mitarbeit“ haben Sie die Regelung aufgenommen, dass der Mitarbeiter keinerlei Weisungen von Ihnen als Auftraggeber unterliegt. Um den Betriebsablauf nicht zu stören, verlangen Sie aber von ihm, dass er sich in die von Ihnen geführte Urlaubsliste einträgt und seinen Urlaub mit Ihren Angestellten abstimmt. Dies hat zur Folge, dass die vertragliche Vereinbarung und die tatsächliche Durchführung einander widersprechen. Da die tatsächliche Durchführung maßgeblich ist, spricht der Eintrag in die Urlaubsliste für eine abhängiges Beschäftigungsverhältnis.

Die tatsächlichen Umstände sind aber nur dann für die Einstufung Ihres freien Mitarbeiters schädlich, wenn er und Sie sich über diese Umstände verständigt haben. Einseitige Verstöße Ihres freien Mitarbeiters sind grundsätzlich unschädlich. Dies liegt zum Beispiel vor, wenn sich der freie Mitarbeiter ohne Ihr Wissen und ohne Ihre Anweisung mit Ihren Angestellten abstimmt und in die Urlaubsliste einträgt.

### **3. Verlassen Sie sich nicht auf Entscheidungen anderer Einrichtungen!**

Weder kann Ihr Finanzamt in einem Steuerbescheid, noch das Arbeitsgericht in einem Urteil die Sozialversicherungspflicht feststellen. Es kann sein, dass im Steuerbescheid keine negativen Feststellungen über den Status Ihres freien Mitarbeiters enthalten sind und das Arbeitsgericht keinen solchen Status festgestellt hat und der Sozialversicherungsträger trotzdem Ihren Mitarbeiter als fest eingestellten Arbeitnehmer einstuft.

### **4. Vermeiden Sie personen- oder tätigkeitsbezogene Weisungen!**

Vertragliche Vereinbarungen oder auch Ihre Weisungen als Auftraggeber, die den Mitarbeiter in seiner Tätigkeit örtlich, zeitlich oder inhaltlich binden, sind nicht unbedingt für eine Einstufung als Selbständiger schädlich. Zu unterscheiden ist zwischen

- personen- oder tätigkeitsbezogenen Weisungen, wie sie beispielsweise in einem Arbeitsvertrag mit Ihren Mitarbeitern enthalten sind und
- sachbezogenen oder ergebnisorientierten Weisungen, wie beim Selbständigen typisch.

**Beispiel:**

Der freie Mitarbeiter wird erfolgsabhängig nach Umsatz vergütet. Nach der vertraglichen Regelung ist er verpflichtet, Ihnen als Auftraggeber in regelmäßigen Abständen über die Geschäftsabschlüsse zu berichten, die der Berechnung der Provision zugrunde liegen. Folge: Obwohl der Mitarbeiter über seine Geschäftsabschlüsse berichten muss, liegt keine schädliche Weisung vor. Denn die Berichtspflicht ist **sachbezogen**, da sie die Berechnung der Provision ermöglichen soll. Sie dient also nicht der Kontrolle des Mitarbeiter, wie das für ein Arbeitsverhältnis typisch wäre.

**Beispiel:**

Sie als Unternehmer bedienen sich eines freien Mitarbeiters, die eigene EDV-Anlage zu warten. im Wartungsvertrag befindet sich eine Klausel, wonach der freie Mitarbeiter im Störfall die Wartung innerhalb von 24 Stunden durchzuführen hat. Folge: Die Arbeitszeit des freien Mitarbeiters wird nicht nach Beginn, Ende und Verteilung bestimmt, wie das für ein Arbeitsverhältnis typisch wäre. Es wird nur ein zeitlicher, also **ergebnisorientierter** Rahmen vorgegeben, der zur Erhaltung eines störungsfreien Geschäftsablaufes erforderlich ist. Innerhalb dieses Rahmens kann der freie Mitarbeiter selbst bestimmen, wann und wie er die Arbeit ausführt.

## **5. Versuchen Sie nicht das Unmögliche!**

Es gibt Konstellationen, die sich schlicht für ein freies Mitarbeiterverhältnis nicht eignen. Wenn Ihnen der Mitarbeiter dauernd zur Verfügung stehen soll, ohne das ablehnen zu können oder der Einfachheit halber statt leistungsbezogener Vergütung ein monatliches Festgehalt bekommen soll oder er in die Arbeitsorganisation eingebunden sein muss, um gleichzeitig mit ihren angestellten Mitarbeitern zu arbeiten, kommt man um ein Anstellungsverhältnis nicht herum.

Als kleine Arbeitshilfe, hier noch zwei Ausweichstrategien:

## 1. Vertragliche Gestaltung

Prüfen Sie das Vertragsverhältnis mit Ihrem freien Mitarbeiter. Keinesfalls dürfen in der vertraglichen Vereinbarung oder in der gelebten Praxis Punkte enthalten sein wie zum Beispiel

- Lohnfortzahlung im Krankheitsfall,
- Urlaubsanspruch,
- Einhaltung fester Arbeitszeiten,
- Vorlage eines ärztlichen Attestes bei Krankheit,
- generelle Berichts- und Rechenschaftspflichten,
- Verbot einer Nebentätigkeit oder
- unentgeltliche Bereitstellung von Büroausstattung.

Der Vertrag sollte hingegen für Sie nützliche Klauseln enthalten wie zum Beispiel

- eine konkrete Projekt- bzw. Tätigkeitsdefinition,
- die Verpflichtung oder Berechtigung Ihres Mitarbeiters im Krankheits- oder Urlaubsfall eine Vertretung zu stellen,
- die Verpflichtung Ihres Mitarbeiters, eine Haftpflichtversicherung nachzuweisen, um verursachte Schäden zu ersetzen,
- das Recht des Mitarbeiters, Aufträge abzulehnen,
- das Recht des Mitarbeiters, für andere Auftraggeber tätig zu werden.

## 2. Verträge mit einer GmbH

Prüfen Sie die Möglichkeit, ob der freie Mitarbeiter durch Gründung einer GmbH den Verdacht einer abhängigen Beschäftigung ausschließen kann.

Sascha Dieterich  
Rechtsanwalt