

(Schein-)Selbständigkeit versus Arbeitnehmer

Die Statusfrage von Freelancern und Geschäftsführern im Fadenkreuz der Sozialversicherung

Agenda

Einleitung

Statusfragen bei Arbeitnehmern und Geschäftsführern

Vertragsgestaltung

Inhalt

Statusfragen bei Arbeitnehmern und Geschäftsführern

- Abgrenzung zu freier Mitarbeit und Selbstständigkeit
- Abgrenzung zum Werkvertrag
- Sonderproblem GmbH-Geschäftsführer
- Rechtsfolgen bei fehlerhaftem Status
- Statusfeststellung

Statusfragen bei ArbN und GF

Abgrenzung zu freier Mitarbeit und Selbstständigkeit

§ 84 Abs. 1 Handelsgesetzbuch (HGB)

Handelsvertreter ist, wer als selbständiger Gewerbetreibender ständig damit betraut ist, für einen anderen Unternehmer (Unternehmer) Geschäfte zu vermitteln oder in dessen Namen abzuschließen. Selbständig ist, wer im wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann.

Statusfragen bei ArbN und GF

Abgrenzung zu freier Mitarbeit und Selbstständigkeit

§ 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.

Der Begriff des Beschäftigungsverhältnisses ist weitergehend als der Begriff des Arbeitsverhältnisses; er erfasst somit auch Fälle, in denen ein Arbeitsverhältnis nicht vorliegt.

Statusfragen bei ArbN und GF

Abgrenzung zu freier Mitarbeit und Selbstständigkeit

Gesetzliche Definition des Arbeitsvertrags in § 611a BGB

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.

Statusfragen bei ArbN und GF

Abgrenzung zu freier Mitarbeit und Selbstständigkeit

Der Arbeitnehmer verpflichtet sich,

- unselbständige Arbeit (keine eigene unternehmerische Tätigkeit)
- nach Weisung des Arbeitgebers (insbesondere bezüglich Durchführung der Arbeit, Verhalten bei der Arbeit, Arbeitsort)
- in persönlicher Abhängigkeit (Eingliederung in Betrieb des AG, Betriebsordnung unterworfen) zu leisten.

Statusfragen bei ArbN und GF

Abgrenzung zu freier Mitarbeit und Selbstständigkeit

§ 106 GewO

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. Dies gilt auch hinsichtlich der Ordnung und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb. Bei der Ausübung des Ermessens hat der Arbeitgeber auch auf Behinderungen des Arbeitnehmers Rücksicht zu nehmen.

§ 315 Abs. 3 BGB

Statusfragen bei ArbN und GF

Abgrenzung zu freier Mitarbeit und Selbstständigkeit

- Rundschreiben mit Abgrenzungskatalog

→ http://www.deutsche-rentenversicherung.de/Allgemein/de/Inhalt/3_Infos_fuer_Experten/02_arbeitgeber_steuerberater/01a_summa_summarum/04_rundschreiben/2010/april_rs_selbstaendigkeit_pdf.html

BSG „Rackjobber“ vom 18.11.2015 – B 12 KR 16/13 R

- Leistungserbringung mit Geräten oder Betriebsmitteln des Auftraggebers ist Indiz für abhängige Beschäftigung
- Klauseln zur eigenen Sozialversicherungspflicht, zur Eigenverantwortlichkeit für Entgeltfortzahlung bei Krankheit oder zum Entgeltentfall bei Urlaub lassen lediglich Absicht erkennen, sind aber kein Indiz für fehlende Abhängigkeit
- Tätigkeit für mehrere Auftraggeber nur, wenn weitere Merkmale hinzukommen, insbesondere werbliches Auftreten am Markt, Umfang, Berechtigung, tatsächliche Ausübung
- Freiheit bei Gestaltung von Tätigkeit und Zeit muss Folge fehlenden Weisungsrechts sein, nicht eingeräumter Eigenverantwortung; keine einseitige Orientierung an den Bedürfnissen des Auftraggebers.

BSG „Rackjobber“ vom 18.11.2015 – B 12 KR 16/13 R

- Natur der Tätigkeit:
 - durch enge Abfassung des Einzelauftrages ergeben sich Zeit und Ort der Leistung aus der „Natur der Tätigkeit“
 - nur dann unschädlich, wenn kein Weisungsrecht, ggf. verfeinertes Weisungsrecht (Inhalt, Durchführung, Dauer)
 - keine funktionsgerecht dienende Teilhabe am Arbeitsprozess

- Qualität der Leistung
 - keine Indizwirkung allein für Eigenverantwortlichkeit und inhaltliche Freiheiten
 - Einsatz zur Steigerung der Verdienstchancen
 - Abhängigkeit der Honorierung von Arbeitsergebnis oder Erfolg (statt nur nach Zeit)

BSG „Rackjobber“ vom 18.11.2015 – B 12 KR 16/13 R

- **Unternehmerisches Risiko**
 - bspw. Investitionen, Arbeitskraft, welche mit der Gefahr des Verlustes eingesetzt werden
 - Anschaffung von Sachmitteln, die ggf. verloren sind, wenn der Auftrag verloren geht
 - nicht übliche Gegenstände wie Pkw, PC, Smartphone.

- **Delegationsbefugnis**
 - Befugnis, Dritte insbesondere Arbeitnehmer zur Leistungserbringung einzusetzen
 - entscheidend Art und Umfang der Einschaltung
 - nur, wenn realistischer Weise Gebrauch gemacht werden kann

BAG „Das Todesrad“ vom 11.08.2015 – 9 AZR 98/14

- § 1 „Hochseil- und Todesradnummer mit jeweils 4 Personen wie auf Video YouTube ...“
= *präzise Beschreibung = Einkauf Leistung, kein Arbeitnehmer*
- § 2 „Der Vertragspartner unterliegt bei der Durchführung der abgestimmten Tätigkeiten keinen Weisungen Zeit, Dauer, Art und Ort betreffend“
- Verpflichtung an Sonderveranstaltungen zu Werbezwecken teilzunehmen, Vorbehalt Auftritte zu kürzen, Teilnahme an Finale
= *kein Direktionsrecht, kein Leistungsinhalt, der dem Vertrag das Gepräge gibt*
- keine Verpflichtung zur Erbringung in Person („4 Personen“) und Recht, sich der Hilfe Dritter zu bedienen
- Recht während der Vertragslaufzeit auch für Dritte tätig zu werden
- eigene Arbeitsmaterialien („Hochseil, Todesrad“), fremde Requisiten in der Natur der Sache („Zirkuszelt, Uniform“)

BAG „Museums Host“ vom 20.09.2016 – 9 AZR 735/15

- Scheinwerk- oder Scheindienstvertrag - Wahl abweichenden Vertragstyps nicht ausreichend
- Uneingeschränktes Weisungsrecht des Auftraggebers an den Arbeitnehmer des Auftragnehmers ist Arbeitnehmerüberlassung
- Teilnahmeverpflichtungen an Schulungen ist Arbeitnehmerüberlassung - erst recht, wenn der Auftraggeber die Kosten trägt
- Bezeichnung „gestelltes Personal“
- Haftpflichtversicherung des Auftragnehmers indifferent

LAG Niedersachsen „Testfahrer“ vom 19.01.2015 – 8 Sa 643/14

- Verpflichtung, bestimmte Menge von Testfahrten durchzuführen und Ergebnisdaten abzuliefern = Erfolg = Werkvertrag
- Bezahlung nach „brauchbaren“ Kilometern = erfolgsbezogen
- projektbezogene Weisungen - fachgemäße Ausführung
damit Daten verwertbar = unproblematisch
- Schulungen unproblematisch, sofern sie dem gleichen Ziel dienen
- Weisungen, die Veränderungen von Pausenzeiten, Urlaubsregelungen, Krankheitsvertretung, Schichteinteilung, Verteilung der Fahrer auf Autos wären schädlich (Direktionsrecht), waren aber nicht festzustellen

Statusfragen bei ArbN und GF

Abgrenzung zu freier Mitarbeit und Selbstständigkeit

Indizien für eine selbständige Tätigkeit (Dos)

- Tätigwerden für mehrere Auftraggeber
- Einsatz von eigenen Mitarbeitern
- Einsatz von eigenem Arbeitsmaterial
- Möglichkeit der Eigenwerbung (z.B. Benutzung eines eigenen Briefkopfs)

Indizienprüfung/ tatsächliche Verhältnisse
ausschlaggebend

Statusfragen bei ArbN und GF

Abgrenzung zu freier Mitarbeit und Selbstständigkeit

Indizien für eine selbständige Tätigkeit (Dos)

- Eigene Betriebsstätte
- Freie Einteilung der Tätigkeit und Arbeitszeit
- Tragen eines Unternehmerrisikos (Erfolg des wirtschaftlichen Einsatzes ungewiss, z.B. bei erfolgsabhängiger Vergütung und Einsatz eigenen Kapitals)

Indizienprüfung/ tatsächliche Verhältnisse
ausschlaggebend

Statusfragen bei ArbN und GF

Abgrenzung zu freier Mitarbeit und Selbstständigkeit

Indizien für eine abhängige Tätigkeit (Dont`s)

- Tätigkeit in den Räumen des Auftraggebers
- Tragen von Dienstkleidung des Auftraggebers
- Aufnahme des freien Mitarbeiters in Personal-, Telefon-, Urlaubslisten oder dergleichen
- Vergabe von E-Mail-Adressen an die freien Mitarbeiter

Indizienprüfung/ tatsächliche Verhältnisse
ausschlaggebend

Statusfragen bei ArbN und GF

Abgrenzung zu freier Mitarbeit und Selbstständigkeit

Indizien für eine abhängige Tätigkeit (Dont`s)

- Verpflichtung, Weisungen des Auftraggebers Folge zu leisten (z.B. Anwesenheitspflicht)
- Verpflichtung, bestimmte EDV-Hard- und Software zu benutzen, sofern damit Kontrollmöglichkeiten des Auftraggebers verbunden sind
- Gewährung von Urlaub und Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall

Indizienprüfung/ tatsächliche Verhältnisse
ausschlaggebend

Statusfragen bei ArbN und GF

Abgrenzung zu freier Mitarbeit und Selbstständigkeit

Indizien für eine abhängige Tätigkeit (Dont`s)

- Verbot der Kundenwerbung
- Verbot von Tätigkeit bei Wettbewerbsunternehmen
- Verbot, Untervertreter einzustellen bzw. ein Genehmigungsvorbehalt des Auftraggebers
- Kostenlose Ausstattung der freien Mitarbeiter mit Arbeitsmitteln

Indizienprüfung/ tatsächliche Verhältnisse
ausschlaggebend

Statusfragen bei ArbN und GF

Abgrenzung zu Werkvertrag

Werkunternehmer schuldet Erfolg (§ 631 BGB) – Dienstleister schuldet Leistung
-Vertragstyp ergibt sich aus Geschäftsinhalt

- Beschreibung eines konkreten Werkes mit festgelegten Eigenschaften
- Freiheiten auf dem Weg zum Werk
- Geschuldet ist ein Erfolg, d.h. die Lieferung des beschriebenen Werkes
- Einsatz von Kapital und Maschinen
- Vergütung idR aufwandsunabhängig
- erst nach Abnahme des Werkes ist Vergütung fällig und verdient

Statusfragen bei ArbN und GF

Sonderproblem GmbH Geschäftsführer

Bei Geschäftsführern, die nicht am Stammkapital der GmbH beteiligt sind (**Fremdgeschäftsführer**), liegt nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts grundsätzlich ein abhängiges und damit sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis vor.

Statusfragen bei ArbN und GF

Sonderproblem GmbH Geschäftsführer

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts liegt bei mitarbeitenden Gesellschaftern - und das gilt auch für **Gesellschafter-Geschäftsführer** - ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis zur GmbH allerdings nur dann vor, wenn die Gesellschafter

- funktionsgerecht dienend am Arbeitsprozess der GmbH teilhaben,
- für ihre Beschäftigung ein entsprechendes Arbeitsentgelt erhalten und
- keinen maßgeblichen Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft kraft ihres Anteils am Stammkapital geltend machen können.

Statusfragen bei ArbN und GF

Sonderproblem GmbH Geschäftsführer

Sofern ein **Gesellschafter-Geschäftsführer** über **mindestens** 50 v. H. des Stammkapitals verfügt oder aufgrund besonderer Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag die Beschlüsse der anderen Gesellschafter verhindern kann (Sperrminorität), hat er grundsätzlich einen entscheidenden Einfluss auf die Geschicke der GmbH. Er hat insbesondere die Rechtsmacht Beschlüsse zu verhindern, die sein Dienstverhältnis benachteiligen würden, so dass in diesen Fällen ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis von vornherein ausscheidet.

Achtung bei Änderung der
Gesellschafterstruktur

Statusfragen bei ArbN und GF

Rechtsfolgen bei fehlerhaftem Status

- Versicherungspflicht beginnt mit dem Eintritt in das Beschäftigungsverhältnis, Gesamtsozialversicherungsbeiträge sind nachzuzahlen
- der unterbliebene Abzug des Arbeitnehmerbeitragsanteils kann nur für die letzten drei Lohn- oder Gehaltsabrechnungen nachgeholt werden (§ 28g Satz 3 SGB IV)
- Auf die nachzuzahlenden Gesamtsozialversicherungsbeiträge sind für die Vergangenheit Säumniszuschläge zu erheben (§ 24 SGB IV).
- Lohnsteuerhaftung, § 42 d Abs. 3 Satz 1 EStG

Statusfragen bei ArbN und GF

Rechtsfolgen bei fehlerhaftem Status

Aber:

Der Mitarbeiter muss u.U. Umsatzsteuer nachentrichten, der Vorsteuerabzug nach § 15 UStG entfällt.

§ 14c Abs. 2 UStG?

Druckmittel bei Verhandlung über Auseinandersetzung!

Statusfragen bei ArbN und GF

Statusfeststellung

Arbeitsgericht:

Im bestehenden Arbeitsverhältnis: Statusfeststellungsklage

Im beendeten Arbeitsverhältnis schwer möglich, da ein Feststellungsinteresse fehlt (BAG v. 21.06.2000, 5 AZR 782/98).

Statusfragen bei ArbN und GF

Statusfeststellung

DRV:

Clearingstelle für sozialversicherungsrechtliche Statusfragen

Zuständig für Anfrageverfahren nach § 7a SGB IV

Formulare V0027 und C0031

Statusfragen bei ArbN und GF

Statusfeststellung

Wird der Antrag auf Statusfeststellung **innerhalb eines Monats** nach Aufnahme der Tätigkeit gestellt und stellt die Deutsche Rentenversicherung ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis fest, tritt die Sozialversicherungspflicht erst mit Bekanntgabe der Entscheidung ein

- wenn der Beschäftigte zustimmt und
- für den Zeitraum zwischen Beginn der Tätigkeit und der Entscheidung eine Absicherung gegen das finanzielle Risiko von Krankheit und zur Altersvorsorge besteht, die der Art nach den Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung und der gesetzlichen Rentenversicherung entspricht.

→ Widerspruch und Klage haben aufschiebende Wirkung

Empfehlung!

Vertragsgestaltung

Checkliste pro Freelancer

- Auftrag selbst: konkrete, detaillierte und abgrenzbare Leistungsbeschreibung
- Erweiterung durch Ergänzungsvereinbarung
- projektbezogene Weisungen
- keine Weisungen zur Leistungszeit
- keine Weisungen zum Leistungsort
- eigene Betriebsmittel (Räume, Technik, Mitarbeiter)
- keine höchstpersönliche Leistungserbringung / Delegationsbefugnis
- Unternehmerrisiko = Investition eventuell verloren
- freie Verwertbarkeit der Arbeitskraft am Markt
- Einsatz (Know How / Zeit) zur Steigerung der Verdienstchancen

Vertragsgestaltung

Schädliche Klauseln und Verhaltensweisen

- Mitarbeiter des Auftraggebers (Entleihers) sind Mitarbeitern des Auftragnehmers (Verleihers) weisungsbefugt / BAG v. 20.09.2016
- Schulung fremder Arbeitnehmer auf eigene Kosten / BAG v. 20.09.2016
- Bezeichnung als „gestelltes Personal“ / BAG v. 20.09.2016
- „Kompetenzübertragung“ auf Auftraggeber → Direktionsrecht im Arbeitsvertrag / LAG Baden-Württemberg v. 03.12.2014
- Vorstellungsgespräch beim Auftraggeber (wenn auch mit Auftragnehmer) / LAG Baden-Württemberg v. 03.12.2014
- Arbeit im Großraumbüro beim Auftraggeber (über 3 Jahre) Hand-in-Hand mit Arbeitnehmern des Auftraggebers
- Aufnahme in Organigramm
- Zugangsberechtigung / Kennung / Erfassung in SAP
- Zuleitung / Erfassung Aufgabenstellungen direkt aus SAP an Arbeitnehmer
- vertakteter Arbeitsprozess
- Aufnahme in Urlaubskalender einer Abteilung

Kontakt?

Tabea Frühinsfeld

Rechtsanwältin - Fachanwältin für Arbeitsrecht -

SKW Schwarz Rechtsanwälte

Kranzler Eck Kurfürstendamm 21 D-10719 Berlin

T +49 (0)30 889 26 50 55

F +49 (0)30 889 26 50 10

t.fruehinsfeld@skwschwarz.de

www.skwschwarz.de