

## Scheinselbständigkeit

**1. Was ist Scheinselbständigkeit?** Von einer Scheinselbstständigkeit spricht man, wenn nach der zugrunde liegenden Vereinbarung selbstständige Dienst- oder Werkleistungen für ein fremdes Unternehmen durch eine/n Auftragnehmer/in\* erbracht werden sollen, tatsächlich jedoch nichtselbstständige Arbeit in einem Arbeitsverhältnis vorliegt.

Im Rahmen der Scheinselbstständigkeitsprüfung ist zwischen der arbeits- und der sozialrechtlichen (und der steuerrechtlichen) Bewertung zu differenzieren:



- Im Arbeitsrecht sind Arbeitnehmer von freien Mitarbeitern abzugrenzen (§ 611a BGB).
- Im Sozialrecht stellt sich hingegen die Frage, ob eine Tätigkeit eine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung im Sinne des § 7 Abs. 1 SGB IV darstellt. Beschäftigten- und Arbeitnehmerbegriff sind zwar nicht identisch. Häufig führen die arbeitsrechtliche und die sozialrechtliche Prüfung des Status eines Mitarbeiters jedoch zu denselben Ergebnissen.

**2. Wann liegt Scheinselbstständigkeit vor?** Maßgeblich für die Abgrenzung ist in beiden Konstellationen, ob der Beschäftigte in eine fremde Arbeitsorganisation eingebunden ist und dem Weisungsrecht des Vertragspartners unterliegt. Dies kann den Inhalt, die Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit betreffen. Es ist jeweils eine Gesamtabwägung der einzelnen Merkmale vorzunehmen. Ausschlaggebend sind die tatsächlichen Umstände, soweit sie von der Vereinbarung „auf dem Papier“ abweichen.

Die arbeitsrechtliche Betrachtung stellt ganz wesentlich auf die Frage der Weisungsrechte ab. Kurz gesagt: je weiter das Direktionsrecht reicht, desto wahrscheinlicher ist das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses (§ 611a Abs. 1 Satz 2 bis 4 BGB). In der sozialrechtlichen Prüfung werden hingegen sämtliche Vorgänge und Tatsachen, die die vertragliche Beziehung zwischen Auftraggeber und Mitarbeiter ausgestalten, umfassend bewertet. Dies macht die Prüfungen aufwendig. Die gängigsten Abgrenzungsmerkmale lauten:

- Vorgaben des Auftraggebers in Hinblick auf Ort, Zeit und Dauer der Tätigkeit
- Vorgaben des Auftraggebers in Hinblick auf die Art und Weise der Leistungserbringung (zusätzlich zur vertraglichen Leistungsfestlegung) und/oder engmaschige Kontrollen durch den Auftraggeber
- Mitarbeiter hat auf Seiten des Auftraggebers einen Vorgesetzten mit Weisungsbefugnissen
- keine Abgrenzbarkeit der Leistungen des Mitarbeiters in der Zusammenarbeit mit eigenen Angestellten des Auftraggebers
- Arbeitnehmer des Auftraggebers übernehmen gleiche Tätigkeiten wie der Mitarbeiter
- Wettbewerbs- und Nebentätigkeitsverbot
- Teilnahme des Mitarbeiters an internen Veranstaltungen des Auftraggebers
- Einbindung in die Infrastruktur des Auftraggebers (Arbeitsplatz/Schreibtisch, Visitenkarten, Telefondurchwahl, E-Mail-Adresse, Zugang zum Intranet, Kantinennutzung)
- Fehlende Berechtigung des Mitarbeiters Dritte zur Erfüllung der Aufgaben einzusetzen
- Zurverfügungstellung von Arbeitsmitteln durch den Auftraggeber (Dienstwagen, Laptop, Mobiltelefon, Büromaterial etc.)
- Zeitabhängige Vergütung (nicht erfolgsabhängig)
- Kein eigener Kapitaleinsatz des Mitarbeiters (z.B. keine eigenen Arbeitsmittel; keine selbstfinanzierten Versicherungen; keine eigene Betriebsstätte; Vergütungsanspruch für Zeiten der Verhinderung)
- Mitarbeiter war früher Arbeitnehmer des Auftraggebers
- Keine Möglichkeit des Mitarbeiters, für verschiedene Auftraggeber tätig zu werden. In der Gesamtabwägung kommt es nicht nur darauf an, ob zahlenmäßig mehr

Merkmale für oder gegen das Vorliegen einer Beschäftigung im Sinne des § 7 Abs. 1 SGB IV sprechen. Den einzelnen Kriterien kommt nach den Umständen des Einzelfalls unterschiedliches Gewicht zu, die gegeneinander abgewogen werden.

**3. Welche Folgen hat die fehlerhafte Beurteilung?** Die Folgen einer fehlerhaften Beurteilung des Vorliegens eines Arbeitsverhältnisses sowie des sozialrechtlichen Status eines Beschäftigten sind nicht zu unterschätzen. Bei Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses ist zunächst für die Beendigung des Vertragsverhältnisses regelmäßig ein Kündigungsgrund erforderlich. Auch alle weiteren Arbeitnehmerrechte (bezahlter Urlaub, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, Arbeitszeitgesetz etc.) finden Anwendung.

Bei einer fehlerhaften Beurteilung des sozialrechtlichen Status droht die Nachzahlung der nicht abgeführten Sozialversicherungsbeiträge (Gesamtsozialversicherungsbeitrag für Renten-, Arbeitslosen-, Kranken-, Pflege- und Unfallversicherung), regelmäßig sowohl des Arbeitgebers auch des Arbeitnehmerbeitrages, rückwirkend für 4 Jahre, bei Vorsatz sogar für 30 Jahre. Hinzu kommen Säumniszuschläge von 1% des rückständigen Betrags für jeden angefangenen Monat der Säumnis. Des Weiteren bestehen straf- und ordnungsrechtliche Risiken (insbesondere § 266a Abs. 1 StGB, § 111 SGB IV, § 209 SGB VII). Kommt es zu einem Arbeitsunfall, kann die Berufsgenossenschaft ggfs. vollständigen Ersatz der übernommenen Aufwendungen fordern; § 110 Abs. 1a SGB VII (z.B. Heilbehandlungs- und Reha-Kosten, Verletztengeld, Verletztenrente, Wiedereingliederungskosten, Witwen-/Witwer-/Waisenrente).

Die haftungs- und strafrechtlichen Risiken treffen die Geschäftsführung persönlich. Daher sollte jedes Unternehmen, das mit Selbstständigen zusammenarbeitet, regelmäßig prüfen, ob diese nicht nur „auf dem Papier“, sondern tatsächlich selbstständig tätig sind

#### **4. EXKURS: Welche Kriterien gelten für GmbH-Geschäftsführer?**

Sozialrechtlich betrachtet sind Fremd-Geschäftsführer (Geschäftsführer ohne Kapitalanteile) einer GmbH grundsätzlich abhängig beschäftigt.

Ein Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH hingegen steht nur dann in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis, wenn er (1.) funktionsgerecht dienend am Arbeitsprozess der GmbH teilnimmt, (2.) für die Tätigkeit ein Entgelt erhält und (3.) keinen maßgeblichen Einfluss auf die Geschicke der GmbH kraft Anteils am Stammkapital geltend machen kann. Dies soll nur bei mehr als 50% des Stammkapitals oder aufgrund besonderer Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag vorliegen (Sperrminorität).

Der Arbeitnehmerstatus von GmbH-Geschäftsführern wird hingegen unterschiedlich beurteilt. Während der Bundesgerichtshof in seiner Rechtsprechung davon ausgeht, dass ein Geschäftsführer kein Arbeitnehmer ist, kann nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts im Einzelfall ein Arbeitsverhältnis vorliegen. Entscheidend ist, ob arbeitsbegleitende und verfahrensorientierende Weisungen erteilt werden (bei Mehrpersonen-Geschäftsführungen). In diesen Fällen kann ein Geschäftsführer auch unter den europarechtlichen Arbeitnehmerbegriff fallen (Einbeziehung in den Schutzbereich der Mutterschutzrichtlinie und der Massenentlassungsrichtlinie). Hält der Geschäftsführer über 50% der Kapitalanteile oder hat er eine Sperrminorität ist schon deshalb eine Weisungsgebundenheit abzulehnen.

