

# Scheinselbstständigkeit – Arbeitnehmer oder freier Mitarbeiter?

10.11.2020

Scheinselbstständigkeit ist eines der größten und praxisrelevantesten arbeits- und sozialrechtlichen Probleme Deutschlands. In zahlreichen Rechtsverhältnissen ist nicht klar, ob es sich um freie Mitarbeit oder Scheinselbstständigkeit handelt. Damit ist oft unklar, ob Arbeitsrecht Anwendung findet. Den Sozialversicherungsträgern entgehen dadurch jährlich Milliarden. Nachfolgend wird skizziert, wie sich Arbeitnehmer von freien Mitarbeitern unterscheiden und welche Relevanz das für beide Vertragsparteien hat.



1. Das Problem .....	1
2. Abgrenzungsmaßstäbe .....	1
3. Abgrenzungskriterien.....	2
4. Rechtsfolgen der Scheinselbstständigkeit.....	3
a) Arbeitsrecht.....	3
b) Sozialversicherung .....	3
c) Steuerrecht .....	4
d) Strafrecht.....	4
5. Statusfeststellungsverfahren .....	4
6. Zusammenfassung .....	4

## 1. Das Problem

Wie viele vermeintlich freie Mitarbeiter scheinselbstständig sind, lässt sich naturgemäß nicht sagen. Stünde das fest, wären es keine Scheinselbstständigen. Allerdings ist festzuhalten, dass es 2017 300.000 Selbstständige mit nur einem Kunden gab (das waren 6,7 % aller Selbstständigen). Dabei handelt es sich um ein gewichtiges Indiz für Scheinselbstständigkeit. Insofern kann man wohl davon ausgehen, dass es ungefähr in dieser Größenordnung Scheinselbstständige gibt. Angenommen, jeder Scheinselbstständige verdient EUR 2.000,00 im Monat. Dann entgehen den Sozialversicherungsträgern allein EUR 720.000.00 Euro an Arbeitgeberbeiträgen zur Sozialversicherung jährlich.

Der Gesetzgeber sieht das Problem seit vielen Jahren, ist mit der Lösung aber intellektuell überfordert. So hat er jüngst im Jahr 2018 mit der Einführung einer gesetzlichen Arbeitnehmerdefinition versucht, dem Volk vorzutäuschen, er habe sich um das Problem gekümmert. Das ist nicht der Fall, weil die gesetzliche Definition (auch nach dem Verständnis des Arbeitgebers!) die Rechtslage nicht geändert hat.<sup>1</sup>

**Merke:** Scheinselbstständigkeit ist ein erhebliches Problem für Arbeitgeber und für die Gesellschaft. Für Scheinselbstständige hingegen ist es oftmals eher eine Chance, verbunden mit überschaubaren Risiken.

## 2. Abgrenzungsmaßstäbe

Im Arbeitsrecht sind Arbeitnehmer von freien Mitarbeitern abzugrenzen. Im Sozialversicherungsrecht sind abhängig Beschäftigte von unabhängig Beschäftigten abzugrenzen (§ 7 SGB IV). Die Kriterien sind praktisch identisch. Das wesentliche Abgrenzungskriterium ist der Grad der Weisungsgebundenheit und persönlichen Abhängigkeit.

Das praxisrelevanteste Missverständnis ist dabei, dass es nicht auf die formale Vertragsbezeichnung, sondern auf die praktische Vertragsdurchführung ankommt. Es hilft also nicht,

<sup>1</sup> vgl. dazu: *Weigert*, Keine Änderung der Rechtslage durch § 611a BGB – oder doch?, ArbRAktuell 2017, 557

den Vertrag vermeintlich „frei“ zu gestalten, wenn er erkennbar anders praktiziert werden sollte und praktiziert wird.

Besonders dramatisch ist der sehr weit verbreitete Fehler, im Vertrag ausdrücklich zu erklären, dass kein Arbeitsverhältnis entstehen soll. Diese Vereinbarung hat rechtlich keinerlei Relevanz, weil die Vertragsparteien nicht über die Sozialversicherungspflicht verfügen können. Die Parteien verdeutlichen damit aber, dass sie das Problem kennen.

**Merke:** Die tatsächliche Praxis ist entscheidend, nicht die formale Vereinbarung!

### 3. Abgrenzungskriterien

Das große Problem der Scheinselbstständigkeit ist, dass es keinen abgeschlossenen Kriterienkatalog gibt. Es gibt fast keine „schwarzen“ oder „weißen“ Fälle, sondern überwiegend Grauzonen. Oft hängt es von Geringfügigkeiten ab, ob nach dem jeweils entscheidenden Gericht das Rechtsverhältnis noch als hinreichend frei qualifiziert wird oder schon ein Arbeitsverhältnis ist.

Gleichwohl hat sich eine Liste von Kriterien herauskristallisiert, die in die Gesamtabwägung des Grades der persönlichen Abhängigkeit und Weisungsgebundenheit einfließen. Typische Kriterien sind folgende:

- Persönliche (vertragliche), nicht nur wirtschaftliche Abhängigkeit
- Einbindung in fremde Arbeitsorganisation
  - Dienstplan
  - Telefonverzeichnis
  - Betriebliche E-Mailadresse
  - Fester Arbeitsplatz
- Weisungsrecht in Bezug auf
  - Art und Inhalt der Tätigkeit
  - Arbeitszeit
  - Dauer
  - Ort
- Weisungen bzgl.
  - Arbeitsabläufen
  - Einzelanordnungen
  - Kontrolle durch Vorgesetzten
- Tätigkeit, die üblicherweise von Arbeitnehmern ausgeübt wird
- Persönliche Leistungspflicht oder Vertretung möglich?
- Beschäftigung von Hilfskräften
- Kein eigenes Unternehmerrisiko
  - Eigener Kapitaleinsatz
- Keine eigenen Betriebsmittel
- Keine Werbetätigkeit
- Keine unternehmerische Entscheidungsfreiheit
- Festvergütung
- Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und Urlaub (nur Pro-Indiz, nicht Contra-Indiz!)
- Personalakte
- Keine Vereinbarung von Kündigungsfristen
- Einheitliche Behandlung mit anderen Arbeitnehmern
  - Einladung Betriebsfeiern
  - Visitenkarte

**Merke:** Es ist eine Gesamtschau aller Umstände des Einzelfalls erforderlich, um eine Scheinselbstständigkeit zu prüfen!

#### 4. Rechtsfolgen der Scheinselbstständigkeit

Scheinselbstständigkeit hat im Wesentlichen in drei Bereichen Folgen. Bei der Anwendung des Arbeitsrechts (dazu unter **a**)), der Sozialversicherungspflicht (dazu unter **b**)), im Steuerrecht (dazu unter **c**)) und im Strafrecht (dazu unter **d**)).

##### a) Arbeitsrecht

Im Arbeitsrecht hat die Scheinselbstständigkeit zur Folge, dass ein Arbeitsverhältnis besteht. Damit sind ggf. sämtliche arbeitsrechtlichen Normen anwendbar, insbesondere das Kündigungsschutzgesetz. Aus diesem Grund wird die Frage, ob ein freies Dienstverhältnis vorliegt, häufig relevant, wenn es gekündigt wird. Dann erhebt der vermeintlich „freie Mitarbeiter“ Kündigungsschutzklage mit dem Argument, er sei Arbeitnehmer gewesen.

Das Rechtsverhältnis würde auch rückwirkend als Arbeitsverhältnis abgewickelt. Das heißt etwa, dass Urlaubsansprüche, die der Arbeitnehmer nie verbraucht hat, nachträglich zu gewähren sind (dazu Details in meinem Artikel zur Übertragung von Urlaubsansprüchen).

##### b) Sozialversicherung

Oftmals tritt das Thema auch im Rahmen einer Betriebsprüfung zu Tage oder wenn Sozialversicherungsträger auf eine andere Art zu dem Schluss kommen, dass eine Scheinselbstständigkeit praktiziert wird. Das hat fatale Folgen insbesondere für Arbeitgeber.

Der Arbeitgeber muss den Gesamtsozialversicherungsbeitrag zahlen (also Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbeiträge zur Sozialversicherung, insgesamt somit fast 40 % der Bruttovergütung), und zwar rückwirkend für bis zu fünf Jahre (Verjährungsfrist: 4 Jahre, § 25 Abs. 1 S. 1 SGB IV), bei Vorsatz gar für bis zu 31 Jahre (Verjährungsfrist: 30 Jahre). Ein bedingter Vorsatz liegt schon vor, wenn die Gehälter von fachkundigem Personal oder einer Abrechnungsstelle (z.B. Steuerberater) abgerechnet wurden<sup>2</sup> oder wenn es vergleichbare Mitarbeiter gibt, die als Arbeitnehmer abgerechnet wurden.<sup>3</sup> Insofern ist oftmals von einer 30-jährigen Verjährung auszugehen. Das kann dramatische Folgen haben. Angenommen, es wird für zehn Jahre eine Scheinselbstständigkeit praktiziert, für die EUR 50.000,00 Vergütung pro Jahr gezahlt worden sind. Dann könnten fast EUR 200.000,00 an nachzuzahlenden Arbeitgeberbeiträgen auf den Arbeitgeber zukommen.

Dabei kann der Arbeitgeber nur für einen geringfügigen Teil des Schadens den Arbeitnehmer in Regress nehmen. Der Abzug kann nämlich nur bei den nächsten drei Gehaltszahlungen nachgeholt werden (§ 28g S. 3 SGB IV). Dabei sind ferner die Pfändungsfreigrenzen zu beachten. Der Regressanspruch gegen den Arbeitnehmer ist also äußerst gering. Darüber hinausgehende Regressansprüche hat der Arbeitgeber gegen den Scheinselbstständigen nur, wenn dieser die Scheinselbstständigkeit etwa durch Falschangaben verschuldet hat, sodass der Arbeitgeber zurecht von einer echten Selbstständigkeit ausgehen durfte.

---

<sup>2</sup> BSG 30.03.2000 - B 12 KR 14/99 R

<sup>3</sup> BayLSG 13.1.2014 - L 5 R 911/13 B ER

### c) Steuerrecht

Auch Steuererklärungen bzw. -bescheide sind ggf. rückwirkend zu korrigieren. Der Scheinselbstständige hat in diesem Fall zu viel Umsatzsteuer und ggf. Gewerbesteuer abgeführt. Insofern können sich für den Scheinselbstständigen Erstattungsansprüche ergeben. Umgekehrt hat der Arbeitgeber einen Anspruch auf Rückzahlung der ggf. zu viel geleisteten Umsatzsteuer und muss dementsprechend ebenfalls seine Umsatzsteuererklärungen korrigieren. Aufgrund der administrativen Komplexität wird die steuerliche Ebene oftmals von beiden Seiten ausgeblendet, wenn eine Scheinselbstständigkeit zu Tage getreten ist.

### d) Strafrecht

Zwar wird nach Betriebsprüfungen der Deutschen Rentenversicherung Bund oder Statusfeststellungen nur in den seltensten Fällen ein Ermittlungsverfahren eingeleitet. Erfährt aber etwa der Zoll oder die Staatsanwaltschaft von der Praktizierung von Scheinselbstständigkeit, dann droht auch ein Strafverfahren.

Zum einen handelt es sich bei Scheinselbstständigkeit um einen Fall der Schwarzarbeit im Sinne des § 1 Abs. 2 Nr. 1 Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz. Zum anderen liegt in der Regel ein Verstoß gegen § 266a Abs. 1 StGB vor, weil die Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung vorenthalten werden. § 266a StGB greift nur bei vorsätzlichem Handeln und richtet sich nur gegen den Arbeitgeber, nicht gegen den Scheinselbstständigen selbst.

**Merke:** Scheinselbstständigkeit kann für Arbeitgeber dramatische Folgen haben – im Arbeits-, Sozialversicherungs- und Strafrecht!

## 5. Statusfeststellungsverfahren

Wer von vornherein rechtsverbindlich feststellen lassen will, ob ein Rechtsverhältnis, ein Arbeitsverhältnis oder freie Mitarbeit vorliegt, der kann ein Statusfeststellungsverfahren nach § 7a Abs. 1 S. 1 SGB IV durchführen lassen. Zuständig ist insoweit die „Clearingstelle“ der Deutschen Rentenversicherung Bund. Deren Entscheidung ist für alle Sozialversicherungsträger bindend.

## 6. Zusammenfassung

Scheinselbstständigkeit ist vor allem für Arbeitgeber ein schwerwiegendes Problem. Zu Beginn einer Beschäftigung erscheint die Selbstständigkeit für Arbeitgeber oftmals attraktiv, weil kein Arbeitsrecht greift und keine Sozialversicherungsbeiträge abzuführen sind. Bei der Beendigung der Vertragsbeziehung kommt es häufig zu Problemen, wenn der Arbeitnehmer Kündigungsschutzklage erhebt. In dieser Kündigungsschutzklage werden oftmals sehr hohe Abfindungen bezahlt – wohl auch, weil der Arbeitgeber befürchtet, dass die Sozialversicherungsträger von der Scheinselbstständigkeit erfahren und teilweise horrende Nachforderungen fällig würden. Insofern sollten vor allem Arbeitgeber die Gestaltung des Rechtsverhältnisses im Voraus abklären.

Für Scheinselbstständige ist das Thema bei der Beendigung des Rechtsverhältnisses durch den Arbeitgeber oftmals eine Chance, nicht unerhebliche Abfindungssummen zu verhandeln.

Wenn ich Ihnen bei dem Thema helfen kann, melden Sie sich jederzeit gern.



Dr. DANIEL WEIGERT, LL.M. (Lund)  
Rechtsanwalt · Fachanwalt für Arbeitsrecht  
Data Protection Risk Manager

Ballindamm 6 · 20095 Hamburg  
t +49 40 668 916 32 · f +49 40 668 916 33  
[dw@danielweigert.de](mailto:dw@danielweigert.de) · [www.danielweigert.de](http://www.danielweigert.de)