



Dr. Alexander Hoff
Fachanwalt für Arbeitsrecht
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Risiko der Scheinselbständigkeit für Kreative

03.03.2020

Die ersten Erfolge stellen sich ein – was tun?

**Einstellung von Mitarbeitern
oder
Beauftragung von Subunternehmern**



Vorteile der Unterbeauftragung

- Hohe Flexibilität
- Geringer Verwaltungsaufwand
- Gesetzliche Haftung des Subunternehmers
- Kein Ausfall durch Urlaub und Krankheit

Die Unterbeauftragung: Werkvertrag oder Dienstvertrag?

Werkvertrag

- Geschuldet wird der Erfolg
- Unterbeauftragung möglich
- Bezahlung unterschiedlich

Dienstvertrag

- Geschuldet wird das Bemühen
- Unterbeauftragung i. d. R. nicht möglich
- Bezahlung i. d. R. nach Zeitaufwand

Der Arbeitsvertrag – Ein Dienstvertrag der besonderen Art

§ 611 a BGB

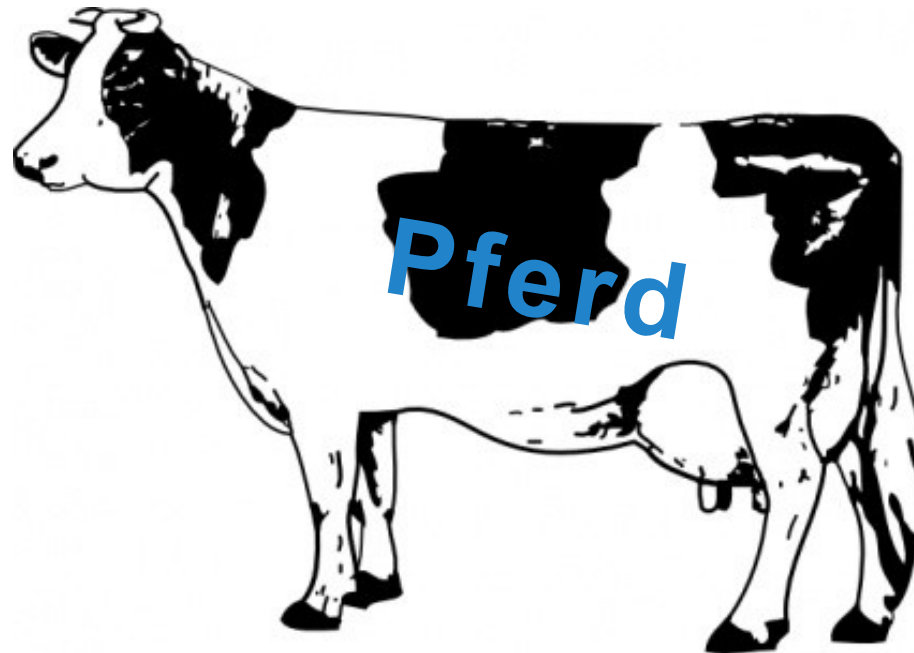
- (1) Durch den Arbeitsvertrag wird der Arbeitnehmer im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet. Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit und Ort der Tätigkeit betreffen. Weisungsgebunden ist, wer nicht im Wesentlichen 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.*
- (2) Der Arbeitgeber ist zur Zahlung der vereinbarten Vergütung verpflichtet.*

Folge:

→ Vertragsparteien wählen Werkverträge,
um Arbeitsverträge zu vermeiden

Der Arbeitsvertrag – Ein Dienstvertrag der besonderen Art

Aber:



Der Arbeitsvertrag – Ein Dienstvertrag der besonderen Art

Maßgebend ist allein, wie der Vertrag tatsächlich gelebt wird,
nicht seine Bezeichnung!



Tatbestandsmerkmale des Arbeitsvertrages:

- Dienstleistung für einen anderen
- Weisungsgebunden und fremdbestimmt
- In persönlicher Abhängigkeit
- Im Rahmen eines zivilrechtlichen Vertrages
- Gegen Entgelt



Arbeitsrecht und Sozialversicherungsrecht – Zwillingsschwestern?

Arbeitsrecht

- Arbeitnehmer

Sozialversicherungsrecht

- Beschäftigter

II

Arbeitsrecht und Sozialversicherungsrecht – Zwillingsschwestern?

Beschäftigte, also sozialversicherungspflichtig sind:

Personen, die

- nicht selbständig
- in persönlicher Abhängigkeit
- gegen Entgelt

tätig sind.



Arbeitsrecht und Sozialversicherungsrecht – Zwillingsschwestern?

Oft sind Arbeitnehmer auch Beschäftigte und umgekehrt, es gibt aber Ausnahmen, z. B.:

- Fremdgeschäftsführer
- Minijobber
- Und: Scheinselbständige

Warum ist die fehlerhafte Einordnung eines Vertrages problematisch?

Oder gilt der Grundsatz: Wo kein Kläger, da kein Richter?



Vorsicht: Strafrecht

1. Bei vorsätzlicher Missinterpretation: Straftatbestand

§ 266 a StGB: Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt

- (1) *Wer als Arbeitgeber der Einzugsstelle Beiträge des Arbeitnehmers zur Sozialversicherung einschließlich der Arbeitsförderung, unabhängig davon, ob Arbeitsentgelt gezahlt wird, vorenthält, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.*
- (2) *Ebenso wird bestraft, wer als Arbeitgeber*
- 1. der für den Einzug der Beiträge zuständigen Stelle über sozialversicherungsrechtlich erhebliche Tatsachen unrichtige oder unvollständige Angaben macht oder*
 - 2. die für den Einzug der Beiträge zuständige Stelle pflichtwidrig über sozialversicherungsrechtlich erhebliche Tatsachen in Unkenntnis lässt und dadurch dieser Stelle vom Arbeitgeber zu tragende Beiträge zur Sozialversicherung einschließlich der Arbeitsförderung, unabhängig davon, ob Arbeitsentgelt gezahlt wird, vorenthält.*

...

Folgen einer falschen Einordnung

2. Bei fahrlässiger Missinterpretation:

- Sozialversicherungsrechtliche Folgen
- Steuerrechtliche Folgen
- Arbeitsrechtliche Folgen

Sozialversicherungsrechtliche Folgen:

Arbeitgeber muss den vollen Gesamtsozialversicherungsbeitrag nachzahlen, bis zu 5 Jahre rückwirkend, bei Vorsatz (auch bedingtem Vorsatz) auch bis zu 30 Jahre.

Bedingter Vorsatz kann schon darin liegen, dass es unterlassen wurde, ein Statusfeststellungsverfahren zu beantragen.



Sozialversicherungsrechtliche Folgen:

Nachzuzahlen sind

- 2,8 Prozent Arbeitslosenversicherung
- 14,9 % Krankenversicherung
- 1,95 % Pflegeversicherung
- 19,9 % Rentenversicherung

zusammen also 39,35 % der gezahlten Vergütung.

(Exkurs: Arbeitnehmerähnliche Selbständige haften u.U. auch rückwirkend für die Zahlungen zur Rentenversicherung.)

Steuerrechtliche Folgen:

Umsatzsteuervorabzug erfolgte zu Unrecht: Nachentrichtung der Umsatzsteuer von i.d.R. 19%

Keine Regressmöglichkeit beim Scheinselbständigen, da er die Umsatzsteuer abgeführt hat.

Ausgleichsverfahren kann beantragt werden, wenn Steueraufkommen nicht gefährdet wird.



Arbeitsrechtliche Folgen:

- Urlaubsanspruch
- Kündigungsschutz
- Arbeitnehmerhaftungsprivileg
- Sonstige Arbeitnehmerschutzvorschriften
(MuSchG, Arbeitsplatzrichtlinie, usw.)
- Vorteil: Urheberrechtliche Nutzungsrechte beim Arbeitgeber

Alles nur Theorie von Bedenkenträgern?

Zwei Fälle aus der Praxis:

- Die ungeliebte Rechtsanwältin

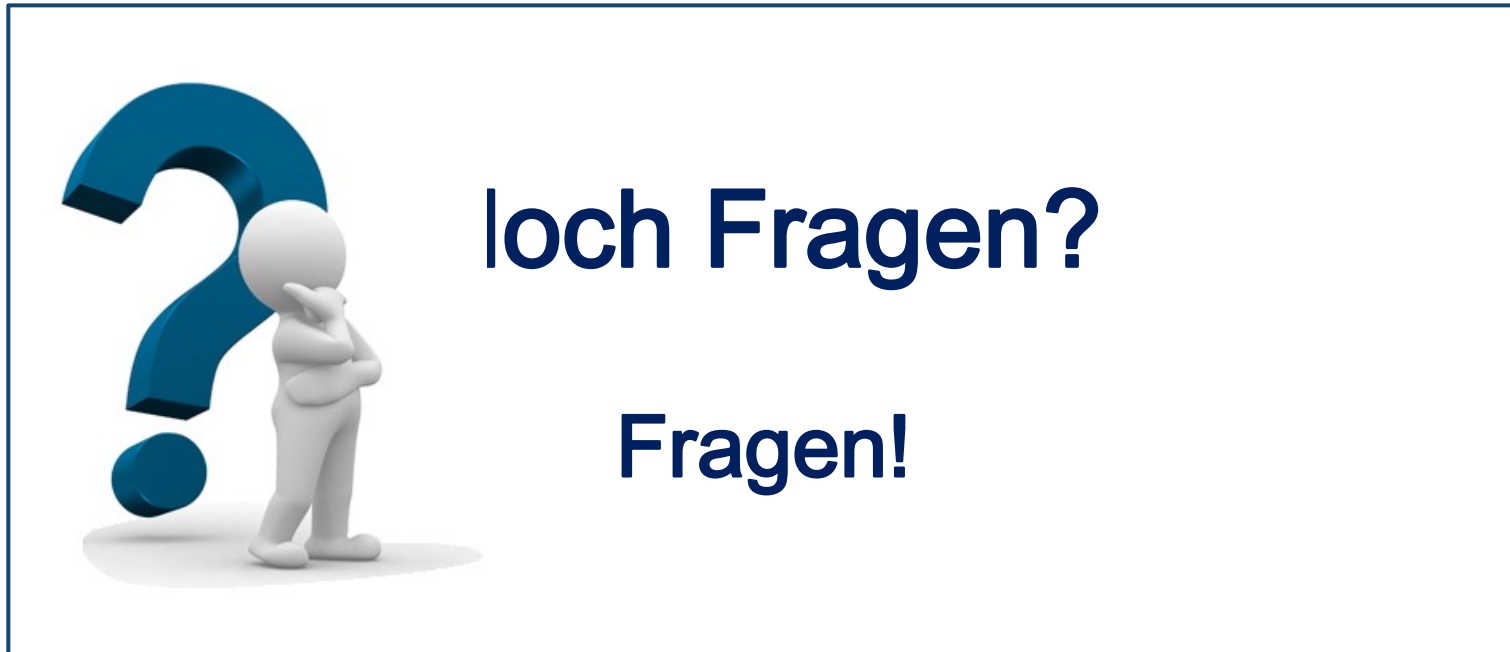
- Der erschöpfte Bodenleger



Alles nur Theorie von Bedenkenträgern?

Fazit:

- Verträge richtig gestalten
- Verträge richtig leben
- Im Zweifel prüfen lassen (z.B. Statusfeststellungsverfahren)
- Keine Angst vor Arbeitsrecht



Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit



Dr. Alexander Hoff