

Veröffentlichung der Rechtsanwaltssozietät Nürnberger Schlünder

Große Hamburger Str. 17
D-10115 Berlin

Tel.: +49 (0)30 20 30 17 90

Fax: +49 (0)30 20 30 17 99

info@nuernberger-schluender.de

www.nuernberger-schluender.de

Scheinselbständigkeit: freier Mitarbeiter oder Arbeitnehmer?

Das Thema der verdeckten Arbeitsverhältnisse in Form der Scheinselbständigkeit bleibt aktuell. Zum einen gibt es Tendenzen in der Rechtsprechung, den Begriff des Arbeitnehmers zu Lasten des Selbständigen auszuweiten. Zum anderen gibt es Gesetzesentwürfe des Bundesrates, der Bundestagsfraktionen von SPD und von Bündnis 90/Die Grünen, die einen erweiterten Begriff der abhängigen Beschäftigung vorsehen. Diese Entwürfe sind bislang an den Mehrheitsverhältnissen im Bundestag gescheitert. Mit dem neuen Bundestag könnte sich das ändern. Aber auch im Rahmen der geltenden Gesetze bemüht sich die öffentliche Hand, etwa durch die Finanzämter oder die Sozialversicherungsträger, mittels stärkerer Kontrollen verdeckte Arbeitsverhältnisse aufzudecken, um so die leeren Kassen zu füllen.

Das Bundesarbeitsgericht grenzt nach seiner bis heute geltenden und ständigen Rechtsprechung ein Arbeitsverhältnis von einem freien Tätigkeitsverhältnis nach dem Grad der persönlichen Abhängigkeit ab, in der sich der zur Leistung Verpflichtete befindet. Eine wirtschaftliche Abhängigkeit ist dagegen nicht erforderlich. Eine persönliche Abhängigkeit äußert sich vor allem darin, daß ein Arbeitnehmer einem umfassenden Weisungsrecht unterliegt, das Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit betrifft, der Arbeitnehmer also insoweit fremdbestimmt ist. Dem steht nicht entgegen, daß die Parteien das Vertragsverhältnis als freies Mitarbeiterverhältnis oder als Dienstvertrag bezeichnet haben.

Mit der Einordnung eines freien Mitarbeiterverhältnisses als Arbeitsverhältnis wird der vermeintliche Auftraggeber zum Arbeitgeber und sieht sich sämtlichen

arbeitsrechtlichen Regelungen gegenüber, die er beachten muß. So findet etwa das Entgeltfortzahlungsgesetz Anwendung, das Bundesurlaubsgesetz, das Arbeitszeitgesetz. Der Mitarbeiter kann sich auf den allgemeinen Kündigungsschutz berufen, wenn das Kündigungsschutzgesetz im übrigen anwendbar ist. Es gilt auch der besondere Kündigungsschutz nach dem Mutterschutzgesetz oder nach dem Schwerbehindertengesetz.

Der Arbeitnehmer kann vor dem Arbeitsgericht feststellen lassen, daß ein Arbeitsverhältnis vorliegt. Ergibt sich bereits aus dem Vertrag selbst, daß ein Arbeitsverhältnis vorliegt, so wird die Klage im allgemeinen schon deshalb Erfolg haben. Ist in dem Vertrag allerdings von einem freien Beschäftigungsverhältnis die Rede, so muß der Arbeitnehmer nachweisen, daß er tatsächlich in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis tätig ist.

Wird festgestellt, daß ein Arbeitsverhältnis vorliegt, kann das für den Arbeitgeber insbesondere finanziell weitreichende Folgen haben. Der Arbeitnehmer kann die Anpassung des Gehalts fordern, wenn auch keine Nachzahlung für die Vergangenheit. Außerdem unterliegt das Arbeitsverhältnis dann im Regelfall der Sozialversicherungspflicht. Da der Arbeitgeber im Verhältnis zur Krankenkasse aber der Schuldner für die gesamten Sozialversicherungsbeiträge ist, und zwar auch für den Arbeitnehmeranteil, muß er im Regelfall auch für die Vergangenheit Beiträge nachentrichten, es sei denn diese sind verjährt. Die Verjährungsfrist beträgt vier Jahre. Wurden die Beiträge vom Arbeitgeber allerdings absichtlich hinterzogen, so beträgt die Verjährungsfrist 30 Jahre. Der Arbeitgeber kann die nachentrichteten Arbeitnehmeranteile nur im Lohnabzugsverfahren vom Arbeitnehmer wiedererlangen, d. h. nur durch Beitragsabzug bei den nächsten drei Lohn- oder Gehaltszahlungen, anschließend nur, wenn der Abzug ohne Verschulden des Arbeitgebers unterblieben ist. Im Regelfall ist ein Erstattungsanspruch daher ausgeschlossen. Auch durch eine vertragliche Vereinbarung kann sich der Arbeitgeber hiervor nicht schützen. Eine Klausel, wonach der Mitarbeiter etwaige Beiträge bezahlen muß für den Fall der Einstufung als Arbeitsverhältnis, wäre nichtig. Ähnliches gilt im Falle der Lohnsteuer. Hier wird sich zwar das Finanzamt zuerst an die Scheinselbständigen halten. Sollten diese allerdings keine Einkommensteuer entrichtet haben, so wird das Finanzamt den Arbeitgeber in die Haftung nehmen.

Eine genaue Definition zu geben, wann ein Arbeitsverhältnis vorliegt und wann ein Mitarbeiter noch zulässigerweise als freier Mitarbeiter eingestellt werden kann, ist schwierig. Denn letztlich kommt es auf die tatsächliche Durchführung des Vertrages

an und somit auf die Umstände des Einzelfalles. Allerdings sollten sich die Vertragsparteien vor Aufnahme des Beschäftigungsverhältnisse genau überlegen, ob es im Rahmen eines freien Mitarbeiterverhältnisses geschehen kann, und dann die Vertragsgestaltung und die Gestaltung der tatsächlichen Arbeitsbedingungen entsprechend ausrichten.

(Stand: November 1998)