

# Abgrenzung: weisungsgebundener Arbeitnehmer / selbständiger Freier Mitarbeiter

## 1. Rechtsprechung: Einzelfallentscheidung / Gesamtwürdigung aller Umstände

Die Abgrenzung ist – selbst für Fachleute – nicht immer leicht zu ziehen.

In Ermangelung einer gesetzlichen Regelung wurden durch die Rechtsprechung (BAG, BSG, BFG) Fallgruppen gebildet und zahlreiche Kriterien mit unterschiedlicher Gewichtung zur Abgrenzung herangezogen.

Den Ausgangspunkt der Abgrenzung bilden dabei § 84 I 1 HGB sowie § 7 I SGB IV. Die erstgenannte Norm enthält die verallgemeinerungsfähige Aussage, dass derjenige, der seine Tätigkeit im Wesentlichen frei gestalten und seine Arbeitszeit frei bestimmen kann, selbständig ist. Nach der sozialrechtlichen Vorschrift ist derjenige abhängig beschäftigt, der seine Tätigkeit nach Weisungen erbringt und in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers eingegliedert ist.

Maßgeblich ist letztlich das Gesamtbild der tatsächlichen Verhältnisse, soweit sie rechtlich relevant sind. Die Entscheidungsgrundlage bildet damit das Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es im Rahmen des rechtlich Zulässigen tatsächlich vollzogen worden ist.

## 2. Mögliche Indizien

### a) Mögliche Indizien für abhängige Beschäftigung:

- Weisungsgebundenheit hinsichtlich Ort, Zeit und Inhalt der Tätigkeit
- Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Auftraggebers
- Vertragsbezeichnung als Arbeitsvertrag
- Feste Arbeitszeiten
- Arbeiten „Hand in Hand“ mit weiteren Arbeitnehmern des Auftraggebers
- Arbeitsplatz in den Räumen des Auftraggebers
- Betriebsmittel, Fahr- und Werkzeuge werden vom Auftraggeber gestellt, keine Entscheidungsfreiheit, was angeschafft und wie es finanziert wird
- Bezahlter Urlaub (Urlaubsanspruch, Gewährung von Urlaubsentgelt)
- Fortzahlung der Bezüge bei Krankheit
- detaillierte Berichtspflicht ggü. Auftraggeber
- Kein Unternehmerrisiko, keine Unternehmerinitiative, kein Kapitaleinsatz
- Bisheriger Status
- Feste, gleichbleibende Vergütung o. Rücksicht auf Arbeitserfolg, bezahlte Überstunden, Weihnachtsgeld
- geschäftliches Auftreten im Namen des Auftraggebers
- Leistungserbringung & Rechnungsstellung ausschließlich im Namen des Auftraggebers
- Höchstpersönlichkeit der Arbeitsleistung, keine Delegationsmöglichkeit
- Höhe der Vergütung vergleichbar mit Arbeitseinkommen
- Verpflichtung, angebotene Aufträge anzunehmen
- Kein Entscheidungsspielraum hinsichtlich Zahlweise von Kunden oder interne Preiskalkulation
- Bindung an nur einen Vertragspartner
- Keine eigene Akquise
- Keine eigenen Geschäftsräume

## b.) Mögliche Indizien gegen abhängige Beschäftigung

- eigenes Unternehmerrisiko
- Haftung für schuldhaftes Verhalten
- Vergütungsrisiko liegt allein beim Auftragnehmer (Kosten Ersatzkraft)
- Tätigkeit für mehrere Auftraggeber
- Vereinbarung einer Vertragsstrafe
- Höhe der Vergütung deutlich höher als Arbeitseinkommen
- Freiheit in Arbeitsumfang und Arbeitsgestaltung
- Auftreten unter eigener Firma
- Werbemaßnahmen für eigenständiges Auftreten am Markt
- Vorhaltung eigener Betriebsmittel und Fahrzeug(e)
- ordnungsgemäße Buchführung / Abführung von Umsatzsteuer
- Beschäftigung und Bezahlung eigenen Personals
- eigene Haftung für Mangel- bzw. Mangelfolgeschäden
- Gewerbeanmeldung, Beantragung einer Betriebsnummer

## 3. Wirtschaftliche Bedeutung der korrekten Abgrenzung

Die durchaus existentielle Bedeutung einer korrekten Abgrenzung verdeutlicht folgendes Rechenbeispiel. Dabei wird der nicht unrealistische Fall zugrunde gelegt, dass drei freie Mitarbeiter mit einem jeweiligen Monatsentgelt von **1.200,00 €** im Rahmen einer Betriebsprüfung nachträglich für 4 Jahre als sozialversicherungspflichtig eingestuft werden.

Der mit den Betroffenen vereinbarte Vertrag wird als „Nettovergütungsvereinbarung“ ausgelegt. Auf diesen Betrag werden die Steuern (ESt & Soli, ggf. Kirchensteuer) i.H.v. 535,15 €, der Arbeitnehmeranteil zur Sozialversicherung i.H.v. 414,02 €, sowie der Beitrag zur BA i.H.v. 32,73 € hinzugerechnet (§ 14 Abs. 2 SGB IV). Somit ergibt sich ein Gesamtbruttobetrag i.H.v. **2.181,90 €**.

Der aus diesem Betrag abzuführende Gesamtsozialversicherungsbeitrag beläuft sich auf **869,50 €**. Schuldner des Gesamtsozialversicherungsbeitrages ist der Arbeitgeber.

Bei drei „freien Mitarbeitern“ und einer Beschäftigungsdauer von 4 Jahren beläuft sich die Nachforderung auf 125.208,00 € zzgl. Säumniszuschlägen in Höhe von 12 % pro Jahr = 1.252,08 € (= 15.024,96 €), mithin insgesamt also auf **140.232,96 €**.

Der Arbeitgeber darf Beitragsanteile des Arbeitnehmers nur für die letzten drei Monate einbehalten; für die übrigen Zeiträume muss er die ArbG- und ArbN-Anteile selbst tragen.

## 4. Verjährung:

Die Nachforderungsansprüche verjähren nach vier Jahren nach Ablauf des Kalenderjahres, in dem die Beiträge fällig geworden sind.

Bei vorsätzlich vorenthaltenen Beiträgen verlängert sich diese Frist auf 30 Jahre nach Ablauf des Kalenderjahres, in dem die Beiträge fällig geworden sind. (Bedingter) Vorsatz liegt bereits vor, sofern die Beitragspflicht für möglich gehalten und die Nichtabführung der Beiträge billigend in Kauf genommen wurde.

Die Hemmung und Unterbrechung richten sich grds. nach den allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften. Die Verjährungshemmung tritt bereits mit dem Erlass eines Verwaltungsaktes oder mit dem Beginn der Prüfung beim Arbeitgeber ein.

## 5. **Ausweg: Statusfeststellungsverfahren**

Sofern nicht bereits ein anderweitiges Verfahren zur Feststellung der SozVersPflicht eingeleitet ist, bietet sich das sog. Statusfeststellungsverfahren an, das auf Antrag eines Beteiligten betrieben werden kann.

Zuständig ist die Clearingstelle Deutsche Rentenversicherung Bund, Berlin, § 7a SGB IV. Die Clearingstelle entscheidet verbindlich einerseits über die Pflicht zur Beitragszahlung, andererseits über den Anspruch auf Sozialleistungen.

Wird dieser Weg beschritten so wird der Gesamtsozialversicherungsbeitrag erst ab dem Zeitpunkt der Entscheidung fällig, dass eine Beschäftigung vorliegt. Für zurückliegende Zeiträume werden keine Beträge geschuldet. Die Entscheidung ist rechtlich mittels Widerspruchs sowie Klageverfahren überprüfbar; die Rechtsmittel haben ausnahmsweise aufschiebende Wirkung.

## 6. **berufsspezifische Ausnahmen**

Beachte: Selbstständige können ungeachtet dessen rentenversicherungspflichtig sein, soweit sie regelmäßig keinen sozialversicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigen, dessen Arbeitsentgelt 400,- € regelmäßig nicht übersteigt und auf Dauer im Wesentlichen nur für einen Arbeitgeber tätig werden (5/6 der Betriebseinnahmen stammen von einem Auftraggeber).

Beachte: Abweichende Regelungen von diesen allgemeinen Darstellungen können sich für einzelne Berufsgruppen aufgrund spezialgesetzlicher Vorschriften ergeben,

Selbständige Künstler können die Künstlersozialkasse (KSK) nutzen, die üblicherweise die Hälfte der Sozialversicherungsbeiträge übernimmt, was zur Entlastung der oftmals nicht üppigen Einkommen führt. Musiklehrer als Honorarkräfte drohen indes durch das Raster der sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften für Künstler durchzufallen; die Vorsorge liegt dann in ihrer eigenen Verantwortung.

## 7. **Aktuelle Entscheidungen**

Das BSG hat in einer Entscheidung für einen Erziehungsbeistand festgestellt, dass dieser aufgrund der abgeschlossenen Honorarverträge selbständig tätig war, vgl. Urteil vom 31.03.2017, Az.: B 12 R 7-15/R.

In einer aktuellen Entscheidung hat sich das BSG mit der Berufsgruppe des Musiklehrers befasst. Im Ergebnis hat es entschieden, dass ein Musiklehrer, der in einem abhängigen Teilzeitbeschäftigungsverhältnis steht daneben freiberuflich auf der Basis eines Honorarvertrages an einer öffentlichen Musikschule tätig sein kann, vgl. BSG, Urteil vom 14.03.2018, B 12 R 3/17 R.