

Karl Michael Scheriau

# Selbstständig oder Scheinselbstständig?

Vertragsrechtliche, arbeitsrechtliche und  
sozialrechtliche Aspekte der Selbstständigkeit

Autorenverlag K. M. Scheriau

Berlin

# Inhalt

<b>Einleitung</b>	<b>1</b>
<b>Kurzer Überblick über Selbstständige in Deutschland</b>	<b>2</b>
<b>Arbeitsvertrag, Dienstvertrag, Werkvertrag:</b>	<b>3</b>
Wesentliche vertragsrechtliche Grundlagen	
<b>Verträge als Grundlage der Erwerbstätigkeit</b>	<b>10</b>
Zustandekommen eines Vertrages	10
Vertragliche Haupt-Pflichten	11
Probleme der Abgrenzung	11
<b>Der Dienstvertrag nach § 611 BGB</b>	<b>12</b>
Gesetzliche Grundlage für Selbstständige und Arbeitnehmer	12
Geschuldet wird das Wirken, nicht der Erfolg	12
Dienste sind im Zweifel persönlich zu leisten	13
Vereinbarte Dienste = immaterielle Leistungen	14
Vergütung im Dienstvertrag	14
Wonach richtet sich die Vergütung?	15
Die Leistung muss kontrollierbar sein	17
<b>Der Werkvertrag nach § 631 BGB</b>	<b>18</b>
Geschuldet wird der Erfolg (das Werk)	18
Was ist ein „Werk“?	18
Vergütungsanspruch im Werkvertrag	19
<b>Verschiedene Rechtsgebiete, unterschiedliche Gerichtszweige</b>	<b>20</b>
Privates Recht	20
Öffentliches Recht	20
Zivilrechtliche Streitigkeiten der Unternehmer	21
Das Verhältnis von Arbeits- und Sozialrecht	21
Vertragsfreiheit	22
Arbeitsrechtliche Vorschriften	22
Zuständigkeit der Arbeitsgerichte	22
Sozialversicherung als gesetzliche Pflicht	23
Sozialversicherungen als gesetzliche Kontrollbehörde	23
Zuständigkeit der Sozialgerichte	24
Gleiche Begriffe für unterschiedliche Sachverhalte	25
<b>Arbeitnehmer und Selbstständige im Arbeitsrecht</b>	<b>26</b>
Die Entwicklung der Prüfkriterien durch die Arbeitsgerichte	26
Der freie Wille – Vertragsverhältnisse und Vertragspraxis	26
Soziale Schutzbedürftigkeit und Rechtsformenzwang	28
Persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers	30
Weisungsgebundenheit des Arbeitnehmers	31
Umfang der Tätigkeit?	32

Weisungsbindung nach Zeit und Ort?	33
Vereinbarung von Terminen oder Anweisung von Terminen?	34
Fachliche oder inhaltliche Weisungsbindung?	35
Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation?	35
Abhängigkeit von Apparat und Team des Auftraggebers?	36
Graphik: Persönliche Abhängigkeit oder unternehmerische Freiheit?	37
Programmgestaltende Mitarbeiter in Hörfunk und Fernsehen	38
Rundfunk- und Pressefreiheit gegen Arbeitsrecht ?	40
Wirtschaftliche Abhängigkeit als arbeitsrechtliches Prüfkriterium ?	45
Sind Beschäftigte mit mehreren Mini-Jobs Selbstständige?	48
Sind Lottogewinner Selbstständige?	49
Fazit: Entscheidend sind die Merkmale persönlicher Abhängigkeit	49
<b>Anwendung der arbeitsrechtlichen Prüfkriterien in Einzelfällen</b>	<b>50</b>
Rechtsanwaltsgehilfin	50
Frachtführer, Lieferfahrer, Kurierdienstfahrer	51
Kundenberater	51
Grundstücksmakler	52
Betriebsleiter als Ausbilder	52
Kinder- und Jugendhilfe, Leiterin einer Außenwohngruppe	53
Lehrer und Dozenten	53
Orchesteraushilfen	54
Mitarbeiter Pressestelle	54
<b>Sonderfall: Arbeitnehmerähnliche Selbstständige</b>	<b>55</b>
Tarifrecht für arbeitnehmerähnliche Selbstständige	56
Wirtschaftliche Abhängigkeit und soziale Schutzbedürftigkeit	57
Persönlich geleistete Arbeit	59
Definition der wirtschaftlichen Abhängigkeit	59
Besondere Regel im künstlerischen und journalistischen Bereich	60
Keine Geltung des TVG für selbstständige Handelsvertreter	60
<b>Arbeitnehmerähnliche Selbstständige in anderen Schutzgesetzen</b>	<b>61</b>
Allgemeines Gleichstellungsgesetz (AGG)	62
Bezahlter Erholungsurlaub für Arbeitnehmerähnliche	62
Bezahlter Bildungsurlaub in einzelnen Bundesländern	63
Arbeitsschutzgesetz	64
Zuständigkeit der Arbeitsgerichte	65
<b>Die Rechte der freien Mitarbeiter und des Betriebsrats</b>	<b>66</b>
Statusfeststellungsklage zur Sicherung von Ansprüchen	66
Statusfeststellungsklage bei Vertragskündigung	66
Freie Mitarbeiter und Betriebsratswahl	68
Graphik: Handlungsmöglichkeiten scheinselfständiger Arbeitnehmer	69

Freie Mitarbeiter und Rechte des Betriebsrates	71
Graphik: Freie Mitarbeiter: Rechte und Pflichten des Betriebsrates	73
Kündigung nach oder bei Ausübung von Rechten aus dem BetrVG	74
<b>Sozialversicherungspflicht: Gesetzliche Grundlagen</b>	<b>75</b>
<b>Verfahren der sozialrechtlichen Statusprüfung durch die Sozialversicherung</b>	<b>81</b>
Verantwortung von Auftraggeber und Arbeitgeber	82
Optionales Anfrageverfahren zur Statusfeststellung	83
Statusfeststellung und Feststellung der Versicherungspflicht	84
Beginn der Versicherungspflicht bei einem Anfrageverfahren	84
Fälligkeit des Gesamtsozialversicherungsbeitrages	85
Aufschiebende Wirkung von Widerspruch und Klage	86
Anfrage außerhalb eines Monats nach Beginn der Tätigkeit	86
„Amnestie“-Regelung: Gibt es nicht mehr!	87
Bestätigung der Selbstständigkeit ist keine „Befreiung“	87
<b>Nichtselbstständige Arbeit im Sozialrecht</b>	<b>89</b>
„Beschäftigung“ = nichtselbstständige Arbeit	89
Konkretisierung des Gesetzes	90
Nichtselbstständige Arbeit oder unternehmerische Tätigkeit?	90
Kriterien und Entscheidungen zu Lasten Dritter	91
Zuständigkeit für die Statusprüfung	91
Regelmäßige Betriebsprüfungen	92
<b>Nichtselbstständig Beschäftigte und Selbstständige im Sozialrecht</b>	<b>93</b>
Unterschiedliche Herangehensweise bei der Prüfung	93
Nachwirkungen einer nicht mehr gültigen gesetzlichen Regelung	94
<b>Typische Merkmale unternehmerischen Handelns?</b>	<b>95</b>
Sozialversicherung: Merkmale unternehmerischen Handelns	95
Bundessozialgericht: Definition selbstständiger Tätigkeit	96
Im eigenen Namen und auf eigene Rechnung?	97
Eigenständige Entscheidung über Einkaufs- und Verkaufspreise: Was ist bei kollektiver Preisfestlegung?	98
Preise als Diktat oder als Ergebnis von Angebot und Nachfrage?	99
Eigenständige Entscheidung über Warenbezug?	101
Einstellung von Personal?	102
Einsatz von Kapital und Maschinen?	103
Dienstleistungen erfordern vor allem intellektuelles Kapital	105
Eigenständige Entscheidung über die Zahlungsweise der Kunden?	106
Art und Umfang der Kundenaquisition?	108
Art und Umfang der Werbemaßnahmen?	109
Unternehmerische Risiken	110
Ist ein freier Dienstvertrag nach § 611 BGB überhaupt möglich?	111

## Inhaltsverzeichnis

Müssen Selbstständige unentgeltlich arbeiten?	113
Für Arbeitsgerichte ist das Risiko in der Bewertung unerheblich	114
Beweisen unternehmerische Risiken die Selbstständigkeit?	114
Unternehmerische Chancen?	115
Fazit: Willkürlich gesetzte Merkmale unternehmerischen Handelns führen zu einem behördlichen Verbot der Selbstständigkeit im Dienstleistungssektor	116
<b>Sozialversicherungsrechtliche Sonderfälle</b>	<b>117</b>
Gemeinsame Kriterien für persönliche Abhängigkeit	117
Unselbstständigkeit von Geschäftsführern und Gesellschaftern	117
Versicherungspflicht für mitarbeitende Familienangehörige?	118
Einzig sinnvolles wirtschaftliches Kriterium: Miteigentum am auftraggebenden Unternehmen kann zur Weisungsfreiheit im Vertragsverhältnis führen.	119
<b>Weisungsabhängigkeit und Eingliederung</b>	<b>120</b>
Weisungsbindung	120
Eingliederung	120
Persönliche Arbeit	121
Nebenpflichten	122
Nebenpflichten	122
Vernachlässigung des Nachweises der persönlichen Abhängigkeit	123
Fazit: Sozialrechtler auf unbekanntem Rechtsgebiet	124
<b>Verweigerung der Einzelfallprüfung:</b>	<b>125</b>
Das gibt es doch auch bei Arbeitnehmern!	
Was tun bei nachweislichem Einkommensrisiko?	125
Was tun bei fehlender Weisungsabhängigkeit in zeitlicher Hinsicht?	127
Was tun bei Weisungsfreiheit in örtlicher und fachlicher Hinsicht?	128
Auch Arbeitnehmer können Arbeit ablehnen?	129
Auch Arbeitnehmer dürfen mehrere Verträge haben	130
Fazit: Untaugliche Beispiele – unzulässige Verallgemeinerung	131
Wenn man nicht mehr weiter weiß	132
<b>Abhängigkeit durch Katalog-Definition?</b>	<b>133</b>
Abgrenzung in Einzelfällen	134
Lehrer, Dozenten, Lehrbeauftragte	134
Übungsleiter	134
Künstler und Publizisten	136
Einzelne Berufe automatisch selbstständig?	137
Probleme der Anwendung	138
<b>Rentenversicherungspflichtige Selbstständige</b>	<b>139</b>
Wer gehört dazu?	139
Meldepflicht für rentenversicherungspflichtige Selbstständige	139
Prüfung durch die Sozialversicherung	140

Nachzahlungen zur Rentenversicherung	141
Berechnungsgrundlage der Rentenversicherungsbeiträge	141
Existenzgründer dürfen weniger bezahlen	143
Durch Zeitablauf erledigte Übergangsregelung	143
Befreiung von der Rentenversicherungspflicht	144
Weitere Ausnahmen von der Versicherungspflicht	145
Keine Versicherungspflicht bei Beschäftigung von Arbeitnehmern?	145
<b>Selbstständige Lehrer und Erzieher</b>	<b>146</b>
Keine Rentenversicherungspflicht bei	146
Beschäftigung von sozialversicherungspflichtigen Arbeitnehmern	
Sonderregelung für künstlerische und publizistische Lehrkräfte	148
<b>Selbstständige Künstler und Publizisten</b>	<b>149</b>
<b>Selbstständige mit einem Auftraggeber</b>	<b>153</b>
Befreiung von der Rentenversicherungspflicht	154
für Selbstständige mit einem Auftraggeber (Existenzgründer)	
Befreiung von der Versicherungspflicht in Übergangsfällen	155
<b>Weitere rentenversicherungspflichtige Selbstständige</b>	<b>156</b>
Pflegepersonen, Hebammen und Entbindungspfleger	156
Seelotsen, Küstenschiffer und Küstenfischer	156
Hausgewerbetreibende	157
Selbstständige Handwerker	157
Selbstständige im zulassungspflichtigen Handwerk	157
Selbstständige im zulassungsfreien Handwerk	159
Versicherungspflicht auf Antrag	159
<b>Besonderheiten der Ein-Personen-Gesellschaften</b>	<b>160</b>
<b>Geringfügige selbstständige Tätigkeit</b>	<b>161</b>
<b>Zitierte Gerichtsentscheidungen:</b>	<b>162</b>
<b>Rundschreiben der Spitzenverbände der Sozialversicherungen</b>	<b>164</b>
<b>Formulare der Deutschen Rentenversicherung Bund</b>	<b>164</b>
<b>Abkürzungen</b>	<b>166</b>
<b>Literaturhinweise</b>	<b>168</b>