

JavaScript scheint in Ihrem Browser deaktiviert zu sein. Bitte aktivieren Sie JavaScript, um alle Vorteile unserer Webseite nutzen zu können.

Sollte Ihnen dies nicht möglich sein, würden wir uns freuen, wenn Sie uns Ihre Erfahrungen ohne JavaScript an [info@123recht.net](mailto:info@123recht.net) mitteilen.

## Die so genannte Scheinselbständigkeit – ein brisantes Thema!

VON RECHTSANWALT MARCUS ALEXANDER GLATZEL

9.5.2005 | Ratgeber - Arbeitsrecht

**Mehr zum Thema:** [Arbeitsrecht Rubrik](#), [Selbständigkeit](#), [Scheinselbständigkeit](#), [Scheinselbständiger](#)



### Scheinselbständigkeit aus sozialrechtlicher Sicht

Aus arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Gründen besteht in der Wirtschaft eine starke Neigung, Arbeitsverhältnisse durch selbständige Beschäftigungsformen zu ersetzen: Tätigkeiten, die früher durch Arbeitnehmer ausgeführt wurden, werden auf so genannte Subunternehmer oder freie Mitarbeiter übertragen. Dies führt dann oftmals zu Streitigkeiten und Gerichte müssen klären, ob mit dieser Beschäftigungsform die Annahme einer so genannten Scheinselbständigkeit begründet worden ist.

Welche Risiken allerdings im sozialrechtlichen, arbeitsrechtlichen und steuerrechtlichen Bereich mit der Scheinselbständigkeit entstehen können, werden oft von den Vertragsparteien verkannt. Eine genaue Kenntnis der Rechtsprechung auf diesem Gebiet ist daher sowohl für den Arbeitgeber wie auch Arbeitnehmer notwendig, um mögliche Nachteile zu vermeiden.



Rechtsanwalt

**Marcus Alexander Glatzel, Dipl.-Jur.**

★★★★☆ 141 Bewertungen

Nürnberger Strasse 24

63450 Hanau

Tel: 06181-6683 799

Web: <http://www.glatzel-partner.com>

E-Mail:

Arbeitsrecht, Familienrecht, Handelsvertreterrecht, Verkehrsrecht, Wirtschaftsrecht

[Zum Profil](#)

★ SEIT 2004 BEI  
123RECHT.NET

Nach dem Urteil des Bundessozialgerichts (BSG) vom 19.08.2003 setzt eine nichtselbständige Beschäftigung in einem Arbeitsverhältnis voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und dabei Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt.

Demgegenüber ist eine selbstständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte und eigener Betriebsmittel, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen. Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung. Weichen die Vereinbarungen von den tatsächlichen Verhältnissen ab, geben letztere den Ausschlag (vgl. BSG Ur. 12.02.2004, B 12 KR 26/02 R; BSG Ur. v. 19.08.2003, B 2 U 38/02 R )

Nach ständiger Rechtsprechung des BSG muss das Gesamtbild des Rechtsverhältnisses wertend beurteilt

werden. Hierbei ist zu untersuchen, ob die Elemente die für eine selbstständige Betätigung sprechen oder solche, die für eine nichtselbstständige Betätigung sprechen überwiegen. (BSG Urt. v. 12.02.2004, B 12 KR 26/02 R; BSG Urt. v. 19.08.2003, B 2 U 38/02 R; BSGE 87, 53, 55).

## Scheinselbständigkeit aus arbeitsrechtlicher und zivilrechtlicher Sicht

Während das BSG für die Beurteilung einer nichtselbständigen Beschäftigung stärker auf den Begriff der persönlichen Abhängigkeit des Auftragnehmers vom Auftraggeber abstellt (persönliche Abhängigkeit aufgrund der Weisungsgebundenheit), fokussiert die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) und ihm folgend der [Bundesgerichtshof](#) (BGH), auf das Vorliegen einer wirtschaftlichen Abhängigkeit des Auftragnehmers.

### 123recht.net Tipp:

Schreiben Sie mit unserem interaktiven Muster Ihre fristlose Arbeitnehmerkündigung für einen befristeten Arbeitsvertrag. Mit Berechnung des Resturlaubs!

Jetzt fristlos kündigen

Der Gesetzgeber hat des Weiteren durch § 5 Abs.1 Satz 2 Arbeitsgerichtsgesetz (ArbGG) die Figur der so genannten arbeitnehmerähnlichen Person geschaffen. Nach Ansicht des BAG sind Beschäftigte arbeitnehmerähnlich, wenn sie nicht oder in einem wesentlich geringeren Maße in die Betriebsorganisation des Auftraggebers integriert sind, dafür aber in einem wirtschaftlichen Abhängigkeitsverhältnis zum Auftraggeber stehen. Des Weiteren muss der wirtschaftlich Abhängige seiner gesamten sozialen Stellung nach einem Arbeitnehmer vergleichbar und sozial schutzbedürftig sein.

Die wirtschaftliche Abhängigkeit und soziale Schutzbedürftigkeit wird nach Ansicht des BAG und ihm folgend der BGH dann bejaht, wenn die Gestaltung des Vertragsverhältnisses den Auftragnehmer so beansprucht, dass er daneben keine weiteren nennenswerten Erwerbstätigkeiten ausüben kann. Dies ist u.a. dann der Fall, wenn der im Verkauf tätige Auftragnehmer exklusiv an das Warensortiment des Auftraggebers gebunden ist und seine Einkünfte im unteren Einkommensbereich angesiedelt sind sowie keine eigenen Betriebs- oder Unternehmensorganisation unterhält (vgl. BAG Beschluss v. 16.07.1997 in [NJW](#) 2973, 2974; BGH Beschluss vom 04.11.1998 in [NJW](#) 1999, 218, 220.).

## Scheinselbständigkeit aus steuerrechtlicher Sicht

Der BFH grenzt sich in scharfer Weise von der übrigen Rechtsprechung ab. Denn nur die Rechtsprechung des BSG, BAG und BGH verwenden mit Abweichungen und unterschiedlichen Gewichtungen dieselben Kriterien zur Abgrenzung selbstständiger von nichtselbstständigen Beschäftigten.

Anders der BFH, dieser stellt in erster Linie auf die Nähe der Steuerpflichtigen zum Marktgeschehen ab. Die Nähe des Steuerpflichtigen zum Marktgeschehen wird dabei anhand der Merkmale Tragung des Unternehmerrisikos und Unternehmerinitiative beurteilt. Unternehmerrisiko ist gegeben, wenn der Steuerpflichtige das Vermögensrisiko trifft. Dies ist unter anderem dann der Fall, wenn der Beschäftigte für Ausfallzeiten nicht bezahlt wird. Unternehmerinitiative kann der Beschäftigte entfalten, wenn er durch den Umfang seines Arbeitseinsatzes den gewerblichen Erfolg seiner Tätigkeit beeinflussen kann. Die Einordnung der zu beurteilenden Tätigkeit in die Kategorie der nichtselbstständigen Tätigkeit durch das BSG, das BAG oder den BGH spielt für das Finanzgericht dabei praktisch keine Rolle (vgl. BFH Urt. v. 02.12.1998 in [BStBl.](#) 1999 II S. 534).

## Konsequenzen aus der Qualifizierung als Scheinselbständiger

Aufgrund der unterschiedlichen Rechtsprechung kann es oft zu verschiedenen Ergebnissen führen, während meist das BSG, BAG wie auch der BGH Scheinselbständige als arbeitnehmerähnliche Personen ansehen, qualifiziert der BFH diese Personen mit großer Wahrscheinlichkeit als Unternehmer. Allerdings hat die Qualifikation durch den BFH aber auf die übrigen Gerichte keinen Einfluss, da jedes Fachgericht für sein Rechtsgebiet das Beschäftigungsverhältnis gesondert qualifiziert.

### 1. Sozialrechtliche Konsequenzen

Liegt eine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung vor, so sind die Beiträge zur

Arbeitslosenversicherung, Krankenversicherung, Rentenversicherung und Pflegeversicherung grundsätzlich von den Arbeitgebern und Arbeitnehmern je zur Hälfte zu tragen, §§ 346 Abs.1 SGB III, 249 Abs.1 SGB V, 168 Abs.1 Nr.1 SGB VI, 58 Abs.1 SGB XI. In der Unfallversicherung werden diese Beiträge vom Unternehmer alleine getragen, § 150 SGB VII. Soweit nicht etwas anderes bestimmt ist, hat derjenige die Beiträge zu zahlen, der sie auch zu tragen hat, §§ 348 Abs.1 SGB III, 252 SGB V, 173 SGB VI, 60 Abs.1 SGB XI. (vgl. Muckel [Sozialrecht](#) S.76 ).

## 2. Zivilrechtliche und arbeitsrechtliche Konsequenzen

Nach dem Urteil des BAG führt die Einstufung als arbeitnehmerähnliche Person dazu, dass für die Zeit der Tätigkeit rückwirkend der tarifvertraglich geltende Lohn geschuldet wird (BAG Urteil vom 29.05.2002, 5 AZR 680/00). Sollte es für die Branche keinen geltenden [Tarifvertrag](#) geben, so käme auch die übliche Vergütung nach § 611 Abs.1 [BGB](#) für eine solche Tätigkeit in Betracht. Die Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes finden allerdings keine Anwendung.

## 3. Steuerrechtliche Konsequenzen

Hier ergeben sich die geringsten Risiken, da nach Ansicht des BFH die Scheinselbständigen steuerrechtlich als Unternehmer einzuordnen sind. Hier werden etwaige Lohnsteueransprüche bereits durch die vierteljährlich zu leistenden Vorauszahlungen des Scheinselbständigen gemäß § 37 Abs.1 [EStG](#) abgegolten.

Marcus Alexander Glatzel  
Rechtsanwalt

Landstrasse 10  
63454 Hanau

Tel: 06181/ 50 70 988

Fax:06181/ 61 06 237

Mail: [Glatzel-Rechtsanwalt@email.de](mailto:Glatzel-Rechtsanwalt@email.de)

Ihre

Kanzlei Glatzel & Partner, Partnerschaftsgesellschaft  
Nürnberger Str. 24  
63450 Hanau

Telefon: 06181-6683 799

Internet: [www.glatzel-partner.com](http://www.glatzel-partner.com)

**Sie haben Fragen?** Nehmen Sie gleich Kontakt auf.



Rechtsanwalt

**Marcus Alexander Glatzel**

Hanau

Guten Tag Herr Glatzel,  
ich habe Ihren Artikel " Die so genannte Scheinselbständigkeit – ein brisantes Thema!" gelesen und würde darüber gerne mit Ihnen sprechen.

Kontakt aufnehmen

## Diskutieren Sie diesen Artikel

Kommentar schreiben

123recht.net ist Rechtspartner von:



### Top 5 in Arbeitsrecht

[Erziehungsurlaub und Elternzeit](#)

[Kündigung](#)

[Das Mutterschaftsgeld](#)

[Die neuen Kriterien für die Scheinselbständigkeit](#)

[Die Kündigung im Ausbildungsverhältnis](#)

Rechtsberatung auf 123recht.net - So einfach kann Recht sein. © 2018 QNC GmbH | [Impressum](#)

Notfall? Jetzt Anwalt fragen.