

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis — XVII

Literaturverzeichnis — XXI

Kapitel 1

Einführung

- A. Trend zur Reduzierung der Stammebelegschaft — 1
 - I. Flexibilisierung — 1
 - II. Kostenreduzierung — 2
 - III. Spezialisierung — 2
 - IV. Sonstige Überlegungen — 2
- B. Werkvertrag und selbstständige Tätigkeit im Überblick — 3
- C. Risiken der Parteien – ein erster Überblick — 6
 - I. Die Rechtsfolgen der Scheinselbstständigkeit im Überblick — 6
 - II. Die unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung bei Scheinwerkverträgen — 7

Kapitel 2

Scheinselbstständigkeit

- A. Eingeschränktes Wahlrecht — 9
 - I. Bezeichnung des Vertrags — 9
 - II. Tatsächliche Vertragsabwicklung — 10
 - III. Umstellung in freie Mitarbeiterverträge — 12
 - IV. Rechtliche Unterschiede zwischen Arbeitsverhältnis und freier Mitarbeit — 14
 - 1. Zwingende Bestimmungen des Arbeitsrechts — 14
 - 2. Freier Dienst- oder Werkvertrag — 16
- B. Der Arbeitnehmerbegriff — 16
 - I. Gleichlauf von Arbeits-, Sozialversicherungs- und Steuerrecht — 16
 - 1. Arbeitsrecht – Sozialversicherungsrecht — 16
 - 2. Steuerrecht — 17
 - 3. Keine Bindungswirkung — 18
 - II. Abgrenzungsmerkmale — 18
 - 1. Der Begriff „Arbeitnehmer“ — 18
 - a) Der klassische Arbeitnehmerbegriff — 18
 - b) Auffassung von Wank — 19
 - 2. Hauptkriterium: „persönliche Abhängigkeit“ — 19

3. Zusammenstellung der echten Abgrenzungsmerkmale — 20
 - a) Weisungsrecht des Arbeitgebers hinsichtlich des Arbeitsortes — 20
 - b) Zeitliche Weisungsgebundenheit — 20
 - c) Fachliche Weisungsgebundenheit — 20
 - d) Eingliederung in den Betrieb — 21
 - e) Leistungserbringung nur in eigener Person — 21
 - f) Verpflichtung, angebotene Aufträge anzunehmen — 22
 - g) Unternehmerisches Auftreten am Markt — 22
 - h) Einheitliche Behandlung von freien Mitarbeitern und Arbeitnehmern — 22
 - i) Aufnahme in einen Dienstplan — 23
 - j) Berichterstattungspflichten — 23
 - k) Gesamte Arbeitskraft — 23
 - l) Dauerrechtsverhältnis — 23
 - m) Konkurrenzverbot — 23
4. Ergänzende formelle Abgrenzungskriterien — 23
- III. Gesamtbetrachtung und Umstände des Einzelfalls — 24
 1. Gesamtbetrachtung — 24
 2. Umstände des Einzelfalls — 25
- IV. Beweismöglichkeiten in der Praxis — 25
- V. Checkliste — 27
- C. Fallgruppen und besondere Beispiele aus der Rechtsprechung — 28
 - I. Medizinischer Bereich — 28
 1. Ärzte — 29
 - a) Gemeinschaftspraxis — 29
 - b) Tätigkeit in Kliniken — 30
 - aa) Urteil des SG Berlin zu Anästhesisten — 30
 - bb) Urteil des SG Mannheim, LSG Baden-Württemberg zu Anästhesisten — 31
 - cc) Auffassung anderer Gerichte — 32
 - dd) Auffassung der Deutschen Rentenversicherung zu Honorarärzten — 33
 - c) Tätigkeit der Notärzte — 34
 2. Pflegekräfte — 34
 - a) Rechtsprechung zum Bereich der Pflegekräfte — 35
 - aa) Urteil des LSG Baden-Württemberg zu Pflegekräften als Nachtwachen — 35
 - bb) Urteil des LSG Hamburg zu Pflegekräften als Nachtwachen — 35
 - cc) Urteil des LSG Bayern zum ambulanten Pflegedienst — 36
 - b) Auffassung der Deutschen Rentenversicherung Bund — 36

- II. Handelsvertreter/Vertrieb — 37
 - 1. Rechtsprechung — 38
 - 2. Auffassung der Deutschen Rentenversicherung Bund — 40
 - 3. Vertragliche Regelung und gelebte Praxis — 40
- III. Lehrer/Bildungsbereich — 41
 - 1. Grundsätzliches — 41
 - 2. Rechtsprechung — 42
- IV. Rundfunk- und Medienbereich — 43
 - 1. Grundsätzliches — 44
 - 2. Rechtsprechung — 45
 - 3. Aktuelle Rechtsprechung — 46
 - a) Urteile des LSG Baden-Württemberg zum Status von Sprecher und Übersetzer — 46
 - b) Neuste Rechtsprechung des BAG zum Status nicht programmgestaltender Mitarbeiter — 47
- V. Frachtführer/Spediteure — 48
- VI. Beratende Berufe — 49
- VII. Call-Center — 50
- VIII. Mitarbeiter des Bundestags — 51
- IX. Regaleinräumer — 53
- D. Sozialversicherungsrecht — 54
 - I. Grundsatz des Gleichlaufs — 54
 - II. Gesetzliche Regelung, § 7 SGB IV — 55
 - 1. Das Gesetz zur Förderung der Selbstständigkeit — 55
 - 2. Grundsatz der Amtsermittlung — 56
 - III. Arbeitnehmerähnliche Selbstständige, § 2 Abs. 1 Nr. 9 SGB VI — 56
 - 1. Rentenversicherung für Selbstständige — 56
 - 2. Personenkreis — 57
 - 3. Befreiungsmöglichkeiten — 57
- E. Steuerrecht — 58
 - I. Eigener Arbeitnehmerbegriff — 58
 - 1. Negativdefinition — 58
 - 2. Indizwirkung von Arbeits- und Sozialversicherungsrecht — 60
 - II. Abweichende Merkmale — 60
 - 1. Unternehmerrisiko — 60
 - 2. Einfache Tätigkeiten — 60
- F. Rechtsfolgen fehlerhafter Einordnung — 61
 - I. Arbeitsrechtliche Schutzvorschriften — 61
 - II. Anpassung der Arbeitsbedingungen — 62
 - 1. Wegfall der Geschäftsgrundlage — 62
 - 2. Vergütungsanpassung — 62

- III. Rückforderungsansprüche — **64**
 - 1. Ansprüche des Arbeitgebers — **64**
 - 2. Ansprüche des ehemaligen freien Mitarbeiters — **64**
- IV. Sozialversicherungsrecht — **65**
 - 1. Nachentrichtung der Gesamtsozialversicherungsbeiträge — **65**
 - 2. Erstattung nach § 28g SGB IV — **66**
 - 3. Abweichende Vereinbarung — **66**
 - 4. Besonderheit bei Überschreiten der Jahresarbeitsentgeltgrenze und Versorgungswerken — **67**
 - a) Keine Pflichtversicherung in der Kranken- und Pflegeversicherung — **68**
 - b) Befreiung in der gesetzlichen Rentenversicherung — **68**
 - aa) Befreiung nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 SGB VI — **68**
 - bb) Neueste Rechtsprechung des BSG — **69**
 - cc) Stellungnahme der Deutschen Rentenversicherung Bund zur Umsetzung der Entscheidungen des BSG — **70**
- V. Steuerrecht — **71**
 - 1. Lohnsteuerabzugsverfahren — **71**
 - 2. Umsatzsteuer — **72**
 - a) Folgen für den Scheinselbstständigen — **72**
 - b) Folgen für den Arbeitgeber als „vermeintlicher Auftraggeber“ — **73**
 - c) Strafrechtlicher Gesichtspunkt — **73**
- VI. Strafrecht — **73**
 - 1. Sozialrechtsakzessorische Gestaltung — **73**
 - 2. Vorsatz — **74**
- G. Statusfeststellungsverfahren gem. § 7a SGB IV — **75**
 - I. Gesetzgeberische Ziele — **75**
 - II. Anfrageverfahren nach § 7a Abs. 1 SGB IV — **76**
 - 1. Optionales Verfahren — **76**
 - 2. Obligatorisches Anfrageverfahren — **77**
 - III. Zuständigkeit und Verfahren beim optionalen Anfrageverfahren — **77**
 - 1. Zuständigkeit — **77**
 - 2. Verfahren — **78**
 - a) Befugnis zur Einleitung des Anfrageverfahrens — **78**
 - b) Statusfeststellung des arbeitnehmerähnlichen Selbstständigen nach § 2 Abs. 1 Nr. 9 SGB VI — **78**
 - c) Antrag — **79**
 - d) Ausschluss des Anfrageverfahrens — **79**
 - e) Objektive Zweifelsfälle – Ungeschriebene Zulässigkeitsvoraussetzung? — **80**
 - f) Keine Einhaltung einer Frist nach § 7a Abs. 1 SGB IV — **81**

- IV. Anfrageverfahren nach § 7a Abs. 6 SGB IV bei Neuaufnahme der Tätigkeit — **81**
 - 1. Voraussetzungen für die Begünstigung — **81**
 - a) Monatsfrist — **82**
 - b) Zustimmung der tätigen Person — **82**
 - c) Ausreichender Schutz für Krankheitszeiten und zur Alterssicherung — **84**
 - aa) Absicherung für Krankheitszeiten — **84**
 - bb) Absicherung gegen das finanzielle Risiko des Alters — **85**
 - 2. Rechtsfolge — **85**
 - a) Aufschub der Versicherungspflicht — **85**
 - b) Fälligkeit der Gesamtsozialversicherungsbeiträge — **86**
 - c) Fälligkeit bei Nichteinhaltung der Monatsfrist — **86**
- V. Verwaltungsverfahren — **88**
 - 1. Ermittlung der entscheidungserheblichen Tatsachen, § 7a S. 3 SGB IV — **88**
 - 2. Spezielle Anhörung nach § 7a Abs. 4 SGB IV — **89**
 - 3. Vermutungsregel des § 7a Abs. 5 SGB IV — **89**
 - 4. Entscheidung der Deutschen Rentenversicherung Bund, § 7a Abs. 2 SGB IV — **90**
- VI. Rechtsfolge des Bescheides der Deutschen Rentenversicherung — **91**
 - 1. Entstehen der Beitragspflicht — **91**
 - 2. Fälligkeit der Gesamtsozialversicherungsbeiträge — **92**
- VII. Rechtsmittel und deren Wirkung — **93**
 - 1. Aufschiebende Wirkung — **93**
 - 2. Untätigkeitsklage — **94**
- VIII. Verhältnis zu anderen Vorschriften — **94**
- H. Betriebsprüfungen — **95**
 - I. Allgemeines — **95**
 - II. Prozessuales – Aufschiebende Wirkung von Widerspruch und Klage? — **96**
 - 1. Widerspruch gegen den Nachforderungsbescheid — **96**
 - a) Befürworter der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs — **97**
 - b) Ablehnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs — **97**
 - 2. Antrag auf Aussetzung der sofortigen Vollziehung — **98**
 - a) Unbillige Härte der Vollziehung — **98**
 - b) Konkreter Sachvortrag bezüglich der unbilligen Härte — **99**
 - 3. Antrag beim Sozialgericht auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung – einstweiliger Rechtsschutz — **100**
 - 4. Klage vor dem Sozialgericht — **100**

- III. Höhe der Nachzahlung — **101**
 - 1. Bemessungsgrundlage für die Nachforderungen — **101**
 - 2. Illegale Beschäftigung i.S.d. § 14 Abs. 2 S. 2 SGB IV — **102**
 - a) Objektive Kriterien — **102**
 - b) Subjektives Kriterium — **102**
 - c) Bedeutung für die Praxis — **103**
 - 3. Säumniszuschläge — **103**
- I. Mögliche Alternativen zur Vermeidung der Scheinselbstständigkeit — **104**
 - I. Einführung — **104**
 - II. Rahmenvereinbarung und befristetes Arbeitsverhältnis (sog. Pool-Lösungen) — **105**
 - 1. Grundlage — **105**
 - 2. Rahmenvereinbarung — **106**
 - a) Inhalt der Rahmenvereinbarung — **106**
 - b) Rechtswirkungen aufgrund der Rahmenvereinbarung — **107**
 - 3. Einzelne befristete Arbeitsverträge — **108**
 - a) Befristung — **108**
 - b) Schriftform der Befristungsabrede — **108**
 - 4. Abgrenzung zur Arbeit auf Abruf — **109**
 - a) Pool-Lösungen sind keine Gesetzesumgehungen — **109**
 - b) Arbeit auf Abruf, § 12 TzBfG — **110**
 - 5. Beispiele aus der Rechtsprechung — **111**
 - 6. Überprüfungsmöglichkeit des Arbeitnehmers — **111**
 - III. Durchführung eines Musterverfahrens — **112**
 - IV. Gesellschaft als Auftragnehmer — **113**
 - 1. Derzeitige Auffassung der Spitzenverbände — **113**
 - a) Gesellschaftsformen — **113**
 - b) Umgehung sozialversicherungspflichtiger Beschäftigungsverhältnisse — **114**
 - 2. Rechtsprechung — **115**
 - 3. Besondere Ausgestaltung der Tätigkeit durch Gründung einer Genossenschaft — **116**

Kapitel 3

Werkverträge

- A. Überblick und aktuelle Relevanz von Werkverträgen — **117**
 - I. Aktuelle Diskussion — **117**
 - II. Entwicklung der (Schein-)Werkverträge — **118**
- B. Gesetzesvorlagen und Politik — **118**
 - I. Gesetzesvorlage 2011 — **118**

- II. Gesetzesvorlagen 2013 — 119
 - 1. Entwurf der SPD — 119
 - 2. Gesetzesentwurf des Bundesrats — 121
- III. Koalitionsvertrag — 122
- C. Abgrenzung Arbeitnehmerüberlassung – Werkvertrag — 124
 - I. Kriterien der Abgrenzung — 126
 - 1. Eingliederung in den Betrieb — 126
 - 2. Ausübung der Weisungsrechte — 127
 - 3. Bestimmbarkeit der Werk- bzw. Dienstleistung — 127
 - 4. Gewährleistung — 128
 - 5. Weitere Abgrenzungskriterien — 128
 - 6. Gesamtbetrachtung — 129
 - II. Tatsächliche Vertragsabwicklung — 130
 - 1. Vorrang der praktischen Durchführung — 130
 - 2. Einschränkung bei Unkenntnis der zum Vertragsschluss berechtigten Personen — 130
 - 3. Darlegungs- und Beweislast — 130
 - 4. Beurteilungsspielraum der Gerichte — 131
 - III. Rechtsfolgen fehlerhafter Einordnung — 131
 - IV. Checkliste — 132
- D. Arbeitnehmerüberlassung im Rahmen wirtschaftlicher Tätigkeit — 133
 - I. Erweiterter Anwendungsbereich des AÜG – generalisierte Erlaubnispflicht — 133
 - 1. Wirtschaftliche Tätigkeit — 133
 - 2. Vorübergehende Überlassung — 134
 - a) Keine gesetzliche Vorgabe — 134
 - b) Neueste Rechtsprechung des BAG — 135
 - c) Koalitionsvertrag — 136
 - II. Erlaubnisvorbehalt — 137
 - 1. Verbot mit Erlaubnisvorbehalt — 137
 - 2. Ausnahmen von der Erlaubnispflicht — 138
 - a) Arbeitsgemeinschaft — 138
 - b) Vermeidung von Kurzarbeit und Entlassungen — 139
 - c) Konzernintern — 139
 - d) Gelegentliche Überlassung — 139
 - e) Kollegenhilfe — 140
 - 3. Sonderregelung: Baubetriebe — 140
 - 4. Sonderfälle — 141
 - a) Personenbeförderung — 141
 - b) Gesamthafenbetriebe — 142
 - c) Bewachungsgewerbe — 142
 - 5. Versagungsgründe nach § 3 AÜG — 142

- 6. Rücknahme der Erlaubnis — **143**
- 7. Widerruf der Erlaubnis — **144**
- 8. Erlöschen der Erlaubnis — **144**
- III. Erlaubniserteilungsverfahren — **145**
 - 1. Zuständigkeit: Bundesagentur für Arbeit — **145**
 - 2. Verfahrensregeln — **145**
- IV. Rechtsbeziehung Verleiher – Arbeitnehmer — **146**
 - 1. Abschluss des Leiharbeitsvertrags — **146**
 - 2. Gleichbehandlung, insbesondere Lohngleichheit — **147**
 - 3. Befristung des Leiharbeitsverhältnisses — **151**
 - a) Sachgrund des vorübergehenden Bedarfs — **151**
 - b) Weitere Sachgründe — **152**
 - c) Befristung ohne Sachgrund — **153**
 - 4. Kündigung des Leiharbeitsvertrags — **154**
 - 5. Nachvertragliches Tätigkeits- und Einstellungsverbot — **156**
- V. Rechtsbeziehung Entleiher – Arbeitnehmer — **156**
 - 1. Gesetzliches Schutzpflichtenverhältnis — **156**
 - 2. Weisungsrecht des Entleihers — **157**
 - 3. Informationspflicht des Entleihers über freie Arbeitsplätze — **158**
 - 4. Zugang der Leiharbeitnehmer zu Gemeinschaftseinrichtungen des Entleihers — **158**
 - 5. Betriebsbedingte Kündigung durch den Entleiher — **160**
 - 6. Weitere arbeitsrechtliche Besonderheiten — **161**
- VI. Rechtsbeziehung Verleiher – Entleiher — **162**
 - 1. Arbeitnehmerüberlassungsvertrag — **162**
 - 2. Vermittlungsprovision — **163**
- VII. Stellung des Betriebsrats — **164**
 - 1. Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats des Entleiherbetriebs gem. § 14 AÜG — **164**
 - 2. Weitere Beteiligungsrechte des Betriebsrats — **165**
- E. Illegale Arbeitnehmerüberlassung — **165**
 - I. Grundsatz und Bedeutung — **165**
 - II. Hauptfälle — **166**
 - 1. Arbeitnehmerüberlassung ohne Erlaubnis — **166**
 - 2. Vermutete Arbeitsvermittlung — **166**
 - III. Rechtsfolgen für Arbeitsverhältnis Verleiher – Arbeitnehmer — **167**
 - 1. Arbeitnehmerüberlassung ohne Erlaubnis — **167**
 - 2. Vermutete Arbeitsvermittlung — **168**
 - IV. Rechtsfolgen für Arbeitsverhältnis Entleiher – Arbeitnehmer — **169**
 - 1. Fiktives neues Arbeitsverhältnis — **169**
 - 2. Beginn und Dauer — **169**
 - 3. Vollwertiges Arbeitsverhältnis — **170**

- 4. Beendigung — 171
- 5. Widerspruchsmöglichkeiten — 172
- 6. Durchsetzung von Rechten — 172
- F. Fallgruppen der Abgrenzung zwischen Werkvertrag und unerlaubter Arbeitnehmerüberlassung — 173
 - I. Reinigung — 174
 - II. Security/Sicherheitsgewerbe — 175
 - III. Catering, Küchen- und Hauswirtschaftstätigkeiten — 176
 - IV. Hausmeistertätigkeiten, Facility-Management — 177
 - 1. Urteil des ArbG Bielefeld vom 5.12.2012 — 177
 - 2. Urteil des LAG Hamm vom 24.7.2013, zweite Instanz — 178
 - V. Ausbeiner — 179
 - VI. Automobilbranche — 180
 - 1. Grundsätze des Urteils des LAG Baden-Württemberg vom 1.8.2013 — 180
 - 2. Darlegungs- und Beweislast — 182
 - VII. Baubranche — 182
 - 1. Urteil des LSG Baden-Württemberg vom 16.10.2012 — 183
 - 2. Urteil des LAG Rheinland-Pfalz vom 3.2.2011 — 184
- G. Beteiligungsrechte des Betriebsrats beim Fremdpersonaleinsatz — 184
 - I. Gesetzesentwurf des Bundesrats — 185
 - II. Informations- und Beratungsrechte, § 80 Abs. 2 BetrVG — 185
 - III. Rechte in personellen Angelegenheiten bei Werkverträgen (§§ 99, 95 BetrVG) — 187
 - 1. Derzeitige Gesetzes- und Rechtslage — 187
 - 2. Gesetzesentwurf vom September 2013 — 189
 - IV. Mitbestimmungsrechte nach § 87 BetrVG — 190
 - V. Regelungsmöglichkeiten — 190
- H. Kombination von Scheinselbstständigkeit und unerlaubter Arbeitnehmerüberlassung — 191

Kapitel 4

Praxistipps und Ausblick

- A. Praxistipps und Fallgestaltungen — 193
- B. Ausblick — 199

Stichwortverzeichnis — 203