

Bonner Schriften zum deutschen
und europäischen Recht der Arbeit
und der Sozialen Sicherheit

Herausgegeben von Gregor Thüsing und Raimund Waltermann

Gregor Thüsing

**Scheinselbständigkeit
im internationalen Vergleich**

Band 12

PETER LANG
Internationaler Verlag der Wissenschaften

A. Das internationale Problem der Scheinselbstständigkeit

Ob „Scheinselbstständigkeit“, „faux travail indépendant“, „lavoro autonomo fittizio“ oder „bogus self-employment“ genannt – das Problem gibt es nahezu überall: Ein Mitarbeiter wird nach der vertraglichen Gestaltung als selbstständiger Unternehmer behandelt, nach der tatsächlichen Situation stellt sich die ausgeführte Tätigkeit aber als die eines abhängig beschäftigten Arbeitnehmers dar. Selbstständigkeit besteht also nur dem äußerem Schein nach. Wo sie bewusst gewollt ist, soll ein steuer- und sozialabgabenpflichtiges Arbeitsverhältnis zur Einsparung von Kosten in eine Vertragsbeziehung unter Selbständigen überführt werden. Als „Flucht aus dem Arbeitsverhältnis“ beschreiben deutsche Autoren zuweilen dieses Phänomen.¹ Auch die ILO sieht dieses Problem und spricht es offen an:

“A disguised employment relationship is one which is lent an appearance that is different from the underlying reality, with the intention of nullifying or attenuating the protection afforded by the law or evading tax and social security obligations. It is thus an attempt to conceal or distort the employment relationship, either by cloaking it in another legal guise or by giving it another form. Disguised employment relationships may also involve masking the identity of the employer, when the person designated as an employer is an intermediary, with the intention of releasing the real employer from any involvement in the employment relationship and above all from any responsibility to the workers”.²

Aber oftmals geschieht die falsche Etikettierung ohne Absicht. Kritische Fälle, in denen untersucht werden muss, ob die Selbstständigkeit nur zum Schein besteht, zeichnen sich vor allem durch äußere Merkmale wie die persönliche Erbringung der Arbeitsleistung durch den Selbständigen, die fehlende Beschäftigung von eigenen Arbeitnehmern, Ausführung der Tätigkeit ausschließlich für einen Auftraggeber und das Fehlen eines nennenswerten Eigenkapitals aus. Nicht nur in Deutschland, wo die Scheinselbstständigkeit seit Beginn der 90er Jahre zu den viel behandelten Themen der Arbeitsrechtswissenschaft gehört, ist die Problematik von großem wissenschaftlichem Interesse. Auch international hat sie in der Wissenschaft Beachtung gefunden. So befasste sich jüngst beispielsweise das *European Network of Legal Experts in the field of Labour Law (ELLN)* in seinem Thematischen Bericht 2009 „Characteristics of the Employment Relationship“ mit der Scheinselbstständigkeit und den Risiken einer falschen Bezeichnung des Arbeitsverhältnisses in unterschiedlichen europäischen Ländern.³ Dass auch in

1 S. etwa Reiserer/Freckmann, NJW 2003, 180.

2 International Labour Conference, 95th Session, 2006, Report V(1) - The Employment Relationship, S. 12

3 Abrufbar unter: http://www.labourlawnetwork.eu/publications/prm/73/ses_id__bdbe7618a4cd51b8ff0f77cd88534193/size__1/index.html

der Praxis ein Interesse an dem Thema und einer wissenschaftlichen Auseinandersetzung mit den rechtlichen Konsequenzen besteht, zeigen etwa die Studie „Self-Employment and Bogus Self-Employment in the European Construction Industry“⁴ mit Länderberichten zu 11 Ländern Europas, die von der *European Federation of Building and Woodworkers* (EFBWW) mit finanzieller Unterstützung der Europäischen Kommission durchgeführt wurde sowie die Studie der *European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions* über die industriellen Beziehungen und Arbeitsbedingungen von selbständigen Arbeitern, die das Problem der Scheinselbständigkeit eingehend behandelt.⁵

Das Phänomen der Scheinselbständigkeit ist nicht auf einzelne Branchen beschränkt.⁶ Zentraler Anknüpfungspunkt für die Feststellung von Scheinselbständigkeit ist der Begriff des Arbeitnehmers (bzw. des Arbeitsverhältnisses) in Abgrenzung zu dem des Selbständigen (bzw. des Dienstverhältnisses). In den meisten Ländern bestehen keine oder nur äußerst vage, ausfüllungsbedürftige Legaldefinitionen dieser Kernbegriffe. Maßgeblich ist die umfangreiche Rechtsprechung zu dieser Thematik mit zahlreichen Indizien zur Bestimmung der wahren Natur des Rechtsverhältnisses. Die Definitionen sind überdies nicht völlig deckungsgleich in den einzelnen Ländern; sie zeigen nur Überschneidungen. Die tatsächliche Zuordnung des Vertrags und die Folgenabschätzung sind daher für die Praxis von ebenso großer Bedeutung wie Schwierigkeit. Wie kann ein international tätiges Unternehmen erkennen, wann Scheinselbständigkeit in einem bestimmten Land vorliegt und welche rechtlichen und finanziellen Konsequenzen es im Missbrauchsfall zu erwarten hat?

Diesen Fragen will die vorliegende Stellungnahme nachgehen. Dazu soll die Problematik der Scheinselbständigkeit zunächst in Deutschland und dann in 24 ausgewählten Ländern dargestellt werden. Besonderes Augenmerk wird hierbei auf die genaue Abgrenzung der Begriffe des Arbeitnehmers/Arbeitsverhältnisses und des Selbständigen/Dienstvertrags gelegt. Bei der Bestimmung kommt es auf die tatsächlichen Gegebenheiten und nicht auf die Vertragsbezeichnung oder den Willen der Parteien an. Anders wäre das Phänomen der Scheinselbständigkeit, das gerade das Auseinanderfallen von Vertragsbezeichnung und inhaltlicher Regelung betrifft, nicht denkbar.

Weiterhin soll eine für die Praxis relevante Folgenabschätzung ermöglicht werden. Die Darstellung macht deutlich, welche Konsequenzen in Fällen von Scheinselbständigkeit auf ein Unternehmen zukommen und wie hoch der hier-

4 Abrufbar unter: <http://www.efbww.org/default.asp?Issue=Self-employment%20and%20Bogus%20Self-employment&Language=EN>.

5 Abrufbar unter: <http://www.eurofound.europa.eu/docs/comparative/tn0801018s/tn0801018s.pdf>.

6 Ausführliche Darstellung der betroffenen Branchen aus deutscher Sicht m.w.N. Schmidt/Schwerdtner, Scheinselbständigkeit, Arbeitsrecht – Sozialrecht, München/Berlin 1999, S. 84 f.

durch entstehende finanzielle Schaden sein kann. Es werden – soweit vorhanden – Möglichkeiten aufgezeigt, das Risiko von Sanktionen zu verhindern, indem z.B. eine Feststellung des Status des Erwerbstätigen durch eine autorisierte Stelle frühzeitig beantragt wird.

Schließlich wird ein Vergleich zwischen den verschiedenen Ländern aufgestellt, der Gemeinsamkeiten und Unterschiede hinsichtlich der Fragen, wann Scheinselbständigkeit vorliegt und wie diese rechtlich behandelt wird, darlegt.