

Die Statusfrage beim Einsatz von IT-Spezialisten im Unternehmen: freie oder abhängige Mitarbeit?

Tübinger Arbeitsrechtstag 26. März 2021

Dr. Roman Frik, LL.M (Köln/Paris)
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht

Situation von IT-Spezialisten in der Praxis

IT-Spezialisten im Unternehmen

- Unterscheidung
 - Nicht-IT- Unternehmen beschäftigen IT-ler/Mitarbeiter in einer IT-Abteilung
 - Oft sind das normale sozialversicherungspflichtig beschäftigte Arbeitnehmer.
 - Teilweise werden auch freie Mitarbeiter beschäftigt, insbesondere für Projekte
 - IT-Unternehmen (Zweck: Erbringung von IT-Dienstleistungen, Entwicklung von IT-Produkten)
 - Mittlere/größere Unternehmen
 - » Vielfach Beschäftigung als Arbeitnehmer/sozialversicherungspflichtig
 - » Teilweise freie Mitarbeiter
 - Kleinere Unternehmen/Start ups
 - » Vorwiegend freie Mitarbeiter

Situation von IT-Spezialisten in der Praxis

Informationen zum Einsatz von freien IT-Spezialisten (freie Mitarbeiter)

- Oft projektweise tätig.
 - Mitunter auch parallel für mehrere Unternehmen.
 - Stundensätze:
 - Durchschnittlich: 70,00-90,00 €
 - Günstige: 45,00/50,00 €
 - Einige hoch qualifizierte IT-ler/mit besonderen Qualifikationen: über 100,00 €, teilweise 150,00 €
 - Wie werden freie IT-ler rekrutiert?
 - Man kennt sich aus Projekten
 - Kontakte von Kontakten
 - Ausschreibungen für Freelancer
 - Z.B. freelancermap.de oder freelance.de
 - Angeboten werden remote-Arbeit oder Vor-Ort-Tätigkeit oder auch Festanstellung
- („Kein Freelancer wird einen Arbeitsvertrag unterschreiben“).

Situation von IT-Spezialisten in der Praxis

Informationen zum Einsatz von freien IT-Spezialisten (freie Mitarbeiter)

- Mitunter ist die Loyalität gering (es zählt das Geld, die Freelancer springen von einem Projekt zum nächsten, besser bezahlten Projekt).
- Wie endet die Zusammenarbeit mit den freien IT-lern?
 - Ende des Projekts: 95 % der Fälle
 - IT-ler passt nicht zum Projekt/zum Unternehmen: 5 %
- Wie wollen die freien IT-ler arbeiten?
 - 95 %: remote/zuhause
 - 5 % vor Ort
 - Manchen Kunden wollen aber die Präsenz vor Ort.

Situation von IT-Spezialisten in der Praxis

- Manche IT-Unternehmen haben beschlossen, nur noch festangestellte IT-ler (sozialversicherungspflichtig) einzustellen.
 - Es ist dann aber schwierig, die hochqualifizierten Kräfte zu bekommen.
 - Der freie IT-Mitarbeiter will Freiheit, von überall zu arbeiten; Pausen/Urlaub nach eigenem Wunsch zu machen; für mehrere Auftraggeber zu arbeiten; direkt für den Endkunden zu arbeiten.
 - Der Freelancer war schon immer selbstständig und weiß nicht, warum er sich nun anstellen lassen soll.
- Gründe für den Wunsch nach Festanstellungen
 - Datenschutz: wenn Dritter, dann ggf. weitere Rechtfertigung für Datenverarbeitung erforderlich; ggf. reichen Auftragsverarbeitungsvereinbarungen.
 - Weil Endkunden (Konzerne) den ungenehmigten Einsatz von freien Mitarbeiter untersagen; erst Durchführung Statusfeststellungsverfahren, dann interne Prüfung beim Endkunden, dann Freigabe: der IT-Unternehmer kann mit solchen freien Mitarbeitern dann aber nicht disponieren.
 - Wegen des Risikos der Scheinselbstständigkeit (weniger: Risiko des Bestehens eines Arbeitsverhältnisses)

Abgrenzung freie Mitarbeit – Arbeitsverhältnis

Ausgangspunkt: § 611a Abs. 1 BGB (seit 1.4.2017):

Durch den Arbeitsvertrag wird der Arbeitnehmer im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet. Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit und Ort der Tätigkeit betreffen. Weisungsgebunden ist, wer nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Der Grad der persönlichen Abhängigkeit hängt dabei auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab. Für die Feststellung, ob ein Arbeitsvertrag vorliegt, ist eine Gesamtbetrachtung aller Umstände vorzunehmen. Zeigt die tatsächliche Durchführung des Vertragsverhältnisses, dass es sich um ein Arbeitsverhältnis handelt, kommt es auf die Bezeichnung im Vertrag nicht an.

Abgrenzung freie Mitarbeit – Arbeitsverhältnis

BAG vom 14.6.2016 – 9 AZR 305/15

Sachverhalt:

- Kläger erst in Anstellungsverhältnis als Bauingenieur/Programmierer. Dann Eigenkündigung wegen Umzugs. Fortsetzung ab 1992 als freies Mitarbeiter-Verhältnis.
- Pflege und Weiterentwicklung des Betriebssystems S, Programmiertätigkeiten von mathematischen Kernen für baustatische Problemstellungen.
- Arbeit von zuhause aus (180 km entfernt). 1-2 x/Jahr im Betrieb anwesend. Keine Teilnahme an Meetings. Vor Meetings jeweils kurzer Bericht über aktuelle Tätigkeiten.
- Stundenvergütung.
- Freie Einteilung der Arbeitszeit. Parallel Studium der Bauinformatik. Dann teilt er mit, dass sich die Stunden wegen Hausbaus reduzieren und dann wieder mehr werden.
- Der Kläger stellt Rechnungen mit Umsatzsteuer.
- Nutzung eines Programms zur Aufzeichnung der Arbeitszeiten mit automatischem Abzug für Pausen
- Bloße Mitteilung von Urlaub.
- Beklagte stellt Betriebssystem S zur Verfügung. Ansonsten eigene Hardware des Klägers.
- Der Kontakt zum Betrieb erfolgt via E-Mail mit unterschiedlichen Mitarbeitern. Darin Aufträge mit Bitte bzw. Aufforderung zu bestimmten Problemen Stellung zu nehmen.
- 2013: Beschluss der Beklagten, das Unternehmen aufzulösen und zu liquidieren. Der Kläger erhalte keine Aufträge mehr.

Abgrenzung freie Mitarbeit – Arbeitsverhältnis

BAG vom 14.6.2016 – 9 AZR 305/15

- Allgemeines:
 - Arbeitnehmer = wer zu Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Tätigkeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist.
 - Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit betreffen.
 - Der Grad der persönlichen Abhängigkeit hängt dabei auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab. Ein Arbeitsverhältnis unterscheidet sich von dem Rechtsverhältnis eines freien Dienstnehmers durch den Grad der persönlichen Abhängigkeit, in der sich der zur Dienstleistung Verpflichtete befindet.

Abgrenzung freie Mitarbeit – Arbeitsverhältnis

BAG vom 14.6.2016 – 9 AZR 305/15

- Vorinstanz Hess. LAG: Arbeitsverhältnis, weil
 - es sich nicht um ein Werkvertragsverhältnis handele;
 - der Kläger regelmäßige Berichte fertigen müsse;
 - der Kläger Zeiterfassungsprogramm verwende und dadurch potentiell eine Überwachungsmöglichkeit bestünde;
 - der Kläger Erfahrung mit dem Betriebssystem S und eine fachliche Qualifikation habe und dadurch nicht beliebig ersetzt werden könne, er hätte die Leistungen daher persönlich zu erbringen;
 - er mitunter gegenüber Kunden aufgetreten sei;
 - die Beklagte permanent damit gerechnet habe, auf die Leistung des Klägers zugreifen zu können;
 - die Zeitsouveränität, die fehlende Weisungsgebundenheit bezüglich Ortes der Arbeitsleistung sowie die fehlende inhaltliche Weisungsgebundenheit weniger wichtig seien.

Abgrenzung freie Mitarbeit – Arbeitsverhältnis

BAG vom 14.6.2016 – 9 AZR 305/15

- Es besteht kein Arbeitsverhältnis.
- Es fehlt am erforderlichen Grad der persönlichen Abhängigkeit. Der Kläger war im Wesentlichen frei, seine Tätigkeit zu gestalten und seine Arbeitszeit zu bestimmen.
 - » Er teilte Urlaub nur mit. Keine Zustimmung durch die Beklagte erforderlich (schwankende Arbeitszeiten, Hausbau).
 - » Die Entscheidung, ob und in welchem zeitlichen Umfang der Kläger für die Beklagte tätig war, lag beim Kläger.
 - » Entscheidend ist nicht die Bereitschaft, Aufträge zu übernehmen, sondern ob die Möglichkeit bestanden haben soll, dem Kläger einseitig Aufgaben zuzuweisen.
 - » Die bloße wirtschaftliche Abhängigkeit begründet keine Arbeitnehmereigenschaft.

Abgrenzung freie Mitarbeit – Arbeitsverhältnis

BAG vom 14.6.2016 – 9 AZR 305/15

- » Die fachliche Konkretisierung von Arbeitsaufgaben ist unschädlich. Das kann auch im Rahmen eines freien Dienstvertrages erfolgen.
- » Auch der Abstimmungsbedarf mit Mitarbeitern der Beklagten und die Überlassung des Betriebssystems S lassen nicht auf einen Grad an persönlichen Abhängigkeit schließen, der für die Arbeitnehmereigenschaft erforderlich ist.
- » Auch die Berichte lassen nicht darauf schließen. Auch nicht das Zeiterfassungssystem.
- » Der Kontakt zu Kunden ist kein Indiz für ein Arbeitsverhältnis.
- » Dass er nicht ersetzt werden können, spricht nicht für den Status als Arbeitnehmer. Ob er eigenes Personal eingesetzt hat, ist unerheblich, wenn er rechtlich die Möglichkeit hatte, eigenes Personal einzusetzen.

Abgrenzung freie Mitarbeit – Heimarbeit

BAG vom 14.6.2016 – 9 AZR 305/15

- Der Kläger hatte beantragt festzustellen, dass ein Heimarbeitsverhältnis besteht.
- Heimarbeiter: Heimarbeiter ist (§ 2 Abs. 1 S. 1 HAG), wer in selbstgewählter Arbeitsstätte allein oder mit seinen Familienangehörigen im Auftrag von Gewerbetreibenden oder Zwischenmeistern erwerbsmäßig arbeitet, jedoch die Verwertung der Arbeitsergebnisse dem unmittelbar oder – bei Einschaltung von Zwischenmeistern – mittelbar auftraggebenden Gewerbetreibenden überlässt

Abgrenzung freie Mitarbeit – Heimarbeit

BAG vom 14.6.2016 – 9 AZR 305/15

- Das BAG bejaht ein Heimarbeitsverhältnis aus den folgenden Gründen:
 - Der Kläger arbeite im Auftrag der Beklagten, die ein Gewerbe betreibt
 - Der Kläger arbeite in selbstgewählter Arbeitsstätte (Wohnung)
 - Es handele sich um eine erwerbsmäßige Tätigkeit = wenn die Heimarbeit auf eine gewisse Dauer angelegt ist und zum Lebensunterhalt beitragen soll. Dies sei hier erfüllt.
 - Es stehe nicht entgegen, dass es sich um Tätigkeiten handelt, die eine höherwertige Qualifikation erfordern.
 - Auf eine „gewerbliche“ Tätigkeit komme es in der neuen Fassung des HAG vom 29.10.1974 nicht mehr an; jetzt zur nur noch „erwerbstätig“.

Abgrenzung freie Mitarbeit – Heimarbeit

BAG vom 14.6.2016 – 9 AZR 305/15

- Eine besondere Schutzbedürftigkeit werde nicht verlangt.
- Unerheblich sei der zeitliche Umfang der Tätigkeit, die Höhe des Verdiensts und ob der Lebensunterhalt überwiegend mit Heimarbeit verdient wird.
- Der Kläger habe der Beklagten die Verwertung der Arbeitsergebnisse überlassen.
- Der Kläger sei nicht für den allgemeinen Absatzmarkt tätig und das wirtschaftliche Risiko der Verwertung der Arbeitsergebnisse läge bei der Beklagten. Es sei nicht ersichtlich, dass der Kläger eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft mit der Gefahr des Verlusts eingesetzt habe, der Erfolg des Einsatzes der tatsächlichen und sachlichen Mittel also ungewiss gewesen sei.
- Die rechtliche Möglichkeit, eigene Mitarbeiter einzusetzen, stehe der Annahme eines Heimarbeitsverhältnisses nicht entgegen. Hier sei entscheidend, dass der Kläger tatsächlich die Leistungen persönlich erbrachte.

Abgrenzung freie Mitarbeit – Heimarbeit

BAG vom 14.6.2016 – 9 AZR 305/15

- Was war der Vorteil, dass der Kläger feststellen lassen hat, dass ein Heimarbeitsverhältnis besteht?
- Das Beendigungsschreiben wurde vom BAG nicht als Kündigungsschreiben gewertet, u.a. weil die Beklagte geäußert hatte, dass sie dem Kläger verbunden wäre, im Einzelfall auf ihn zurückgreifen zu dürfen, sollte sich wider Erwarten ergeben, dass im Rahmen der Abwicklung der bestehenden Aufträge gegenüber den Kunden eine unterstützende Tätigkeit erforderlich werden sollte.
- Vermutlich konnte der Kläger daraufhin noch Vergütung aus Gründen des Annahmeverzugs geltend machen.

Abgrenzung freie Mitarbeit – Heimarbeit

Welcher Vorteil liegt für den Dienstnehmer darin, ein Heimarbeitsverhältnis feststellen zu lassen?

- § 6 HAG: Erstellung einer Liste mit den Heimarbeitern
- § 7 HAG: Mitteilung der Beschäftigung von Heimarbeitern an Behörde
- § 7a HAG: Unterrichtungspflicht über Unfall- und Gesundheitsgefahren
- § 8 HAG: Auslegung von Entgeltverzeichnissen
- § 9 HAG: Aushändigung von Entgeltbüchern oder Entgelt- oder Arbeitszetteln
- § 10 HAG: Schutz vor Zeitversäumnis bei Arbeitsausgabe
- § 18 HAG: Entgeltregelungen (Tarifverträge und bindende Festsetzung von Entgelten)

Abgrenzung freie Mitarbeit – Heimarbeit

Welcher Vorteil liegt für den Dienstnehmer darin, ein Heimarbeitsverhältnis feststellen zu lassen?

- Gleichstellung mit Arbeitnehmern
 - § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AGG: Diskriminierungsschutz
 - § 11 EFZG: Feiertagsentlohnung
 - § 20 Abs. 2 BEEG: Anspruch auf Elternzeit
 - § 1 Abs. 2 Nr. 6 MuSchG: Anspruch auf Mutterschutz
 - § 12 BUrlG: Anspruch auf Urlaubsentgelt
 - § 5 Abs. 1 Satz 2 BetrVG: Einbeziehung in die Betriebsverfassung (§ 102 BetrVG: Anhörung vor Kündigung; Einbeziehung in Sozialpläne)
- Nicht anwendbar sind:
 - Kündigungsschutzgesetz
 - Aber besonderer Kündigungsschutz nach MuSchG (§ 1 Abs. 2 Nr. 6, § 17 HAG, § 20 Abs. 2, § 18 BEEG, § 210 Abs. 2, § 168 SGB IX)
- Kündigungsfristen
 - § 29 Abs. 4 HAG = ca. § 622 BGB

Abgrenzung freie Mitarbeit – Heimarbeit

Kann ein freier IT-Spezialist auch arbeitnehmerähnliche Person sein?

§ 12a Abs. 1 TVG:

Die Vorschriften dieses Gesetzes gelten entsprechend

1. für Personen, die wirtschaftlich abhängig und vergleichbar einem Arbeitnehmer sozial schutzbedürftig sind (arbeitnehmerähnliche Personen), wenn sie auf Grund von Dienst- oder Werkverträgen für andere Personen tätig sind, die geschuldeten Leistungen persönlich und im wesentlichen ohne Mitarbeit von Arbeitnehmern erbringen und
 - a) überwiegend für eine Person tätig sind oder
 - b) ihnen von einer Person im Durchschnitt mehr als die Hälfte des Entgelts zusteht, das ihnen für ihre Erwerbstätigkeit insgesamt zusteht; ist dies nicht voraussehbar, so sind für die Berechnung, soweit im Tarifvertrag nichts anderes vereinbart ist, jeweils die letzten sechs Monate, bei kürzerer Dauer der Tätigkeit dieser Zeitraum, maßgebend,
2. (...)

§ 12a TVG hat wohl nur Anwendung gefunden im Bereich des öffentlich-rechtlichen Rundfunks: Tarifverträge für arbeitnehmerähnliche Personen. Aber nicht für IT-Spezialisten.

Abgrenzung freie Mitarbeit- abhängige Beschäftigung

Rechtsfolgen für arbeitnehmerähnliche Personen

- Es gilt nicht allgemein das Arbeitsrecht.
- Nicht anwendbar auf arbeitnehmerähnliche Personen sind das KSchG sowie die Sonderkündigungsschutzbestimmungen.
- Primäre Rechtsfolge der Einordnung als arbeitnehmerähnliche Person ist die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte
- Der Diskriminierungsschutz des AGG (§ 6 Abs. 1 Nr. 3 AGG) findet Anwendung.
- Im Übrigen wird eine vorsichtige Analogie zu einzelnen arbeitsrechtlichen Vorschriften bejaht.
- Heimarbeiter sind besondere arbeitnehmerähnliche Personen:

Abgrenzung Selbstständigkeit – Beschäftigung in der Sozialversicherung

§ 7 Abs. 1 SGB IV:

Beschäftigung ist die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers.

Der Begriff ist nicht deckungsgleich mit dem arbeitsrechtlichen Begriff, wenn auch das Arbeitsverhältnis der Hauptanwendungsfall des sozialversicherungsrechtlichen Beschäftigungsverhältnisses ist.

Abgrenzung Selbstständigkeit – Beschäftigung in der Sozialversicherung

- Ständige Rechtsprechung des Bundessozialgerichts: die Beschäftigung setzt voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist (BSG vom 24.3.2016 – B 12 KR 20/14 R; BSG vom 4.6.2019 – B 12 R 12/18 R).
- Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des AG unterliegt (BSG vom 24.3.2016 – B 12 KR 20/14 R; BSG vom 4.6.2019 – B 12 R 12/18 R).
- Diese Weisungsgebundenheit kann – vornehmlich bei Diensten höherer Art – eingeschränkt und zur ‚funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess‘ verfeinert sein (BSG vom 24.3.2016 – B 12 KR 20/14 R; BSG vom 4.6.2019 – B 12 R 12/18 R).

Abgrenzung Selbstständigkeit – Beschäftigung in der Sozialversicherung

- Demgegenüber ist eine selbstständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand beschäftigt oder selbstständig tätig ist, richtet sich ausgehend von den genannten Umständen nach dem Gesamtbild der Arbeitsleistung und hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen (BSG vom 24.3.2016 – B 12 KR 20/14 R); BSG vom 4.6.2019 – B 12 R 12/18 R).
- Die Zuordnung einer Tätigkeit nach deren Gesamtbild zum rechtlichen Typus der Beschäftigung bzw. der selbstständigen Tätigkeit setzt dabei voraus, dass alle nach Lage des Einzelfalls als Indizien in Betracht kommenden Umstände festgestellt, in ihrer Tragweite zutreffend erkannt und gewichtet, in die Gesamtschau mit diesem Gewicht eingestellt und nachvollziehbar, d.h. den Gesetzen der Logik entsprechend und widerspruchsfrei gegeneinander abgewogen werden (BSG vom 24.3.2016 – B 12 KR 20/14 R; BSG vom 4.6.2019 – B 12 R 12/18 R).

Abgrenzung Selbstständigkeit – Beschäftigung in der Sozialversicherung

- Zur Frage der Sozialversicherungspflicht von IT-Spezialisten gibt es keine relevante/brauchbare aktuelle BSG-Entscheidung, aber eine Reihe von LSG-Entscheidungen.

Abgrenzung Selbstständigkeit – Beschäftigung in der Sozialversicherung

LSG Baden-Württemberg vom 22.11.2017 - L 5 R 3806/16

- IT-Spezialist, seit 2008 selbstständig. Agentur für Arbeit gewährte Gründerzuschuss.
- In 2009 war der IT-Spezialist für 10 Monate Projektleiter in einem IT-Outsourcing-Projekt für ein Beratungsunternehmen bei einem Endkunden tätig. Der IT-Spezialist stellte Rechnungen auf Basis von Tätigkeitsnachweisen.
- Die Rentenversicherung hatte im Rahmen eines Statusfeststellungsverfahrens ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis festgestellt.

Abgrenzung Selbstständigkeit – Beschäftigung in der Sozialversicherung

LSG Baden-Württemberg vom 22.11.2017 - L 5 R 3806/16

- Es liegt keine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung vor.
 - Der Kläger hat im Wesentlichen vom Home Office aus gearbeitet.
 - Das erforderliche Unternehmerrisiko ist nicht mit einem Kapitalrisiko gleichzusetzen, da dies vielen freiberuflichen Tätigkeiten nicht gerecht wird, die von Selbstständigen ausgeübt werden, deren Leistungen nicht oder nicht wesentlich im Einsatz von Geldkapital, sondern von Wissen, Fertigkeiten oder geistigem Können besteht.
 - Ein Unternehmerrisiko wird schon dann getragen, wenn der Erfolg des Einsatzes der Arbeitskraft ungewiss ist, namentlich, wenn kein Mindesteinkommen garantiert ist.
 - Liegt das vereinbarte Honorar jedoch deutlich über dem Arbeitsentgelt eines vergleichbar eingesetzten sozialversicherungspflichtig Beschäftigten und lässt es dadurch Eigenvorsorge zu, ist dies ein gewichtiges Indiz für eine selbstständige Tätigkeit. Hier Stundensatz von 90,00 € = Monatshonorar von 14.400,00 €. Aus dem vereinbarten Stundensatz von 90,00 € ist, ohne dass dies einer dezidierten Begründung bedürfte, ohne Weiteres eine soziale Absicherung zu leisten
 - Für die selbstständige Tätigkeit spricht schließlich, dass er für weitere Auftraggeber tätig werden durfte und dies auch der Fall war.

Abgrenzung Selbstständigkeit – Beschäftigung in der Sozialversicherung

LSG Baden-Württemberg vom 7.11.2017 - L 11 R 2507/16 ZVW

- IT-Consultant, 2 Monate bei Beratungsunternehmen tätig.
- Es wurde ein Statusfeststellungsverfahren durchgeführt.
- Die Rentenversicherung stellte ein sozialversicherungsrechtliches Beschäftigungsverhältnis fest.

Abgrenzung Selbstständigkeit – Beschäftigung in der Sozialversicherung

LSG Baden-Württemberg vom 7.11.2017 - L 11 R 2507/16 ZVW

- Es liegt keine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung vor.
 - Keine Zusammenarbeit mit den Mitarbeitern des Auftraggebers.
 - Der IT-Consultant agierte weisungsfrei. Er arbeitete zu 90-95 % von zuhause aus.
 - Es kam zu Besprechungen vor Ort nach entsprechender Terminvereinbarung.
 - Zu fachlichen Weisungen kam es wegen der Spezialkenntnisse des IT-Consultant nicht.
 - Der Stundensatz mit 73,00 € lag recht hoch.
 - Einsatz von eigenem Kapital: Der IT-Consultant hat mit der Unterhaltung eines Home-Office mit entsprechender Ausstattung teilweise eigene Betriebsmittel eingesetzt. Daneben investierte er nach seinen glaubhaften Angaben in die eigene Fortbildung und entsprechende Zertifizierungen und unterhält eine eigene Webseite sowie Profile auf verschiedenen Portalen. Ob sich diese Investitionen amortisieren, hängt davon ab, ob der IT-Consultant ausreichend Aufträge akquirieren kann.
 - Liegt das vereinbarte Honorar wie hier deutlich über dem Arbeitsentgelt eines vergleichbar eingesetzten sozialversicherungspflichtig Beschäftigten und lässt es dadurch Eigenvorsorge zu, ist dies ein gewichtiges Indiz für eine selbstständige Tätigkeit.

Abgrenzung Selbstständigkeit – Beschäftigung in der Sozialversicherung

LSG Baden-Württemberg vom 5.5.2018 - L 11 R 3811/16

- SAP-Berater, 12 Monate bei Beratungsunternehmen tätig.
- Es wurde ein Statusfeststellungsverfahren durchgeführt.
- Die Rentenversicherung stellte ein sozialversicherungsrechtliches Beschäftigungsverhältnis fest.

Abgrenzung Selbstständigkeit – Beschäftigung in der Sozialversicherung

LSG Baden-Württemberg vom 5.5.2018 - L 11 R 3811/16

- Es liegt ein sozialversicherungsrechtliches Beschäftigungsverhältnis vor
 - Für die Statusabgrenzung ist sowohl nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) als auch nach der Rechtsprechung des BSG nicht entscheidend, an wie vielen verschiedenen Vorhaben der Betreffende teilgenommen hat und ob er auch für andere Auftraggeber tätig ist bzw. war.
 - Die Einbindung in ein Projekt, dessen Durchführung Gegenstand eines Vertragsverhältnisses der Klägerin mit ihrem Kunden war, spricht für eine Eingliederung des SAP-Beraters in den Betrieb der Klägerin vor.
 - Ist – wie hier - nur die Klägerin dem Kunden für die Erfüllung der im Vertrag mit diesem vereinbarten Dienste oder für die Herstellung des geschuldeten Werks verantwortlich, setzt dies voraus, dass sie über einen ausreichenden Einfluss auf die von ihr zur Ausführung des Vertrags mit dem Kunden eingesetzten Arbeitskräfte verfügt. Daraus ergibt sich eine Eingliederung des SAP-Beraters in die Betriebsorganisation der Klägerin.

Abgrenzung Selbstständigkeit – Beschäftigung in der Sozialversicherung

LSG Baden-Württemberg vom 5.5.2018 - L 11 R 3811/16

- Es liegt ein sozialversicherungsrechtliches Beschäftigungsverhältnis vor.
 - Einer großen Gestaltungsfreiheit bezüglich der Arbeitszeit kommt nur dann erhebliches Gewicht zu, wenn sich deren Grenzen nicht einseitig an den durch die Bedürfnisse des Auftraggebers bzw. Arbeitgebers vorgegebenen Rahmen orientieren.
 - Ein wesentliches unternehmerisches Risiko hat der SAP-Berater vorliegend nicht getragen.

Abgrenzung Selbstständigkeit – Beschäftigung in der Sozialversicherung

LSG Baden-Württemberg vom 18.5.2015 - L 11 R 4586/12

- Diplom-Physikerin, seit 2005 selbstständig
- 5 Monate für IT-Unternehmen bei einem Endkunden tätig; erbrachte IT-Leistungen.
- Stundensatz: 77,00 €
- Es wurde ein Statusfeststellungsverfahren durchgeführt.
- Die Rentenversicherung stellte ein sozialversicherungsrechtliches Beschäftigungsverhältnis fest.

Abgrenzung Selbstständigkeit – Beschäftigung in der Sozialversicherung

LSG Baden-Württemberg vom 18.5.2015 - L 11 R 4586/12

- LSG: es liegt kein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis vor.
 - Der IT-Spezialistin wurden vom Projektleiter keine Arbeitspakete zugeteilt, sondern sie konnte selbst entscheiden, ob und welche der angebotenen Arbeitspakete sie übernahm.
 - Sie konnte Umfang ihrer Tätigkeit und die zeitlichen Rahmenbedingungen selbst steuern.
 - An den wöchentlichen Team-Meetings musste sie nicht teilnehmen.
 - Für eine durch umfangreiche Spezialkenntnisse bedingte Unabhängigkeit der IT-Spezialistin spricht auch der relativ hohe Stundensatz von 77,00 €.
 - Sie konnte die Arbeiten nach freiem Ermessen von ihrem Home-Office oder am Betriebssitz der Kundin vornehmen.
 - Ein gewichtiges Indiz für eine selbstständige Tätigkeit ist das mit dem Einsatz eigenen Kapitals verbundene Unternehmerrisiko. Ein gewisses Unternehmerrisiko ist insoweit zu erkennen, insbesondere vor dem Hintergrund, dass es sich um eine betriebsmittelarme Dienstleistungsbranche handelt.
 - In diesem Zusammenhang spricht auch für eine selbstständige Tätigkeit, dass die IT-Spezialistin eine Betriebshaftpflichtversicherung abgeschlossen hat.

Abgrenzung Selbstständigkeit – Beschäftigung in der Sozialversicherung

Hessisches LSG vom 8.6.2020 - L 8 BA 36/19

- Identischer Fall wie BAG vom 14.06.2016 (9 AZR 305/15); der IT-Spezialist begehrte die Feststellung, dass er sozialversicherungspflichtig beschäftigt wurde.
 - Das Hessische LSG nimmt Bezug auf die BAG-Entscheidung.
 - Die Versicherungspflicht in allen vorgenannten Zweigen der Sozialversicherung könne sich beim Vorliegen der Voraussetzungen der Heimarbeit allein aus der gesetzlichen Fiktion des § 12 Abs. 2 Halbs. 2 SGB IV ergeben. Heimarbeiter seien danach als Beschäftigte pflichtversichert in der gesetzlichen Renten-, Kranken-, Pflege-, Unfall- und Arbeitslosenversicherung. Tätigkeiten die eine höherwertige Qualifikation erfordern - wie die eines Programmierers -, seien hiervon nicht ausgenommen.

Abgrenzung Selbstständigkeit – Beschäftigung in der Sozialversicherung

Hessisches LSG vom 8.6.2020 - L 8 BA 36/19

- Der sozialversicherungsrechtliche Heimarbeiterbegriff sei im Wortlaut des § 12 Abs. 2 SGB IV zwar anders gefasst als der arbeitsrechtliche in § 2 Abs. 1 HAG. Die Abweichung beschränkt sich im Wesentlichen allerdings darauf, dass dieser nach seinem Wortlaut im Gegensatz zum arbeitsrechtlichen Begriff nicht die Mitarbeit von dritten Personen (Familienangehörigen) umfasst.
- Auf diese Differenzierung komme es vorliegend jedoch nicht an, so dass im Hinblick auf die Qualifizierung der Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) für die Klägerin als Heimarbeit vollumfänglich auf die Ausführungen des BAG in der vorgenannten Entscheidung Bezug genommen werden könne.
- Es bestehe daher eine Beschäftigung im sozialversicherungsrechtlichen Sinn.
- Die Entscheidung ist wohl rechtskräftig. Revision wurde nicht zugelassen.

Abgrenzung Selbstständigkeit – Beschäftigung in der Sozialversicherung

Folgerungen aus der Entscheidung des Hessischen LSG vom 8.6.2020

- Wenn arbeitsrechtlich Heimarbeit vorliegt, liegt eine Beschäftigung im sozialversicherungsrechtlichen Sinn vor.
- Es ist daher darauf zu achten, dass keine Heimarbeit festgestellt werden kann.
- Nach BAG vom 14.06.2016 – 9 AZR 305/15 ist dabei wohl der einzige Anknüpfungspunkt, ob der IT-Spezialist für den allgemeinen Absatzmarkt tätig ist und wo das wirtschaftliche Risiko der Verwertung der Arbeitsergebnisse liegt.
 - Setzt der IT-Spezialist eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft mit der Gefahr des Verlusts ein? Ist der Erfolg des Einsatzes der tatsächlichen und sachlichen Mittel ungewiss?

Abgrenzung Selbstständigkeit – Beschäftigung in der Sozialversicherung

Betätigung für den allgemeinen Absatzmarkt/wirtschaftliches Risiko

- Kapital ist für die IT-Spezialisten-Tätigkeit nur begrenzt erforderlich.
- Bei freien IT-Spezialisten, die nach einigen Wochen/wenigen Monaten zum nächsten Projekt/Auftraggeber wechseln, wird man wohl darlegen können, dass sie für den allgemeinen Absatzmarkt tätig sind und ein wirtschaftliches Risiko tragen.
 - Problem: wo ist die Grenze? 3 Monate? 6 Monate?
- Ebenso bei freien IT-Spezialisten, die gleichzeitig für mehrere Auftraggeber arbeiten.
- Bei langjährigen Auftragsbeziehungen (bei BAG v. 14.06.2016: 21 Jahre) für nur einen Auftraggeber besteht wohl keine Betätigung für den allgemeinen Absatzmarkt.

Abgrenzung Selbstständigkeit – Beschäftigung in der Sozialversicherung

Zusätzliches Problem

- Die Bewertung, ob eine Beschäftigung i.S.d. Sozialversicherung vorliegt, obliegt zunächst der Sozialversicherung bei Betriebsprüfung oder Statusfeststellungsverfahren.
- Persönlicher Eindruck: Die Sachbearbeiter der Sozialversicherung wissen zu wenig von der tatsächlichen Arbeitsweise der freien IT-Spezialisten; dass sie eine Marktmacht haben und mit eigenem wirtschaftlichen Risiko am allgemeinen Absatzmarkt auftreten, scheint ihnen nicht bewusst zu sein.
- Die Sozialgerichte scheinen dagegen mehr Verständnis für die moderne agile Welt der freien IT-Spezialisten zu haben.
- Unternehmen nutzt die IT-freundlichere Rechtsprechung der Sozialgerichte jedoch nichts, wenn sie schnell Klarheit benötigen; Verwaltungsverfahren mit Widerspruch dauert lange und kosten Zeit und Geld.

Lösungsansätze

De lege lata

- Auf klare Abgrenzung zwischen freier Mitarbeit und Arbeitsverhältnis/Beschäftigung achten.
 - Wegen drohender Heimarbeit:
 - » Nur Beschäftigung von IT-Spezialisten, die parallel andere Kunden/Projekte betreuen.
 - » Nur kurzfristige Projekte
 - » Doch wieder Einsatz im Betrieb und nicht im „Heim“?
- Anstellung als Arbeitnehmer mit freien-Mitarbeiter-Konditionen?
 - Hohe Vergütung, völlig flexible Arbeitszeiten, flexibler Arbeitsort, Urlaubsnahme nach Entscheidung des Arbeitnehmers

Lösungsansätze

Ideen für die Zukunft:

- Die Unsicherheit für Unternehmen, gerade in sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht, ist inakzeptabel.
- Die besten IT-Kräfte sind (oft) nur als freie Mitarbeiter zu gewinnen.
- Statusfeststellungsverfahren sind aufwändig und oft nicht erfolgreich.
- Die IT-Spezialisten müssen aber auch vor sich selbst geschützt werden.

Lösungsansätze

Lösungsansatz 1

- Werden die IT-Spezialisten als Arbeitnehmer eingestellt: normale Sozialversicherungspflicht.
- Es wird eine Entgeltschwelle für IT-Spezialisten eingeführt.
 - Erzielen sie über 3 Jahre hinweg eine Vergütung oberhalb von 64.350,00 €, werden sie auf Antrag von der Sozialversicherungspflicht befreit.
 - Die Beauftragung eines solchen IT-Spezialisten mit Befreiungsbescheid gilt nicht als Beschäftigung i.S.d. § 7 SGB IV.
 - Der freie IT-Spezialist ist dann selbst für seine Absicherung verantwortlich.

Lösungsansätze

Lösungsansatz 2

- Es wird eine Versicherung nach dem Modell der Künstlersozialversicherung eingeführt.
 - Unternehmen, die freie IT-Mitarbeiter beschäftigen, führen eine IT-Spezialisten-Pflichtabgabe (hälftiger Beitrag) ab.
 - Sie können dann nicht mehr für Beitragszahlungen an die Sozialversicherung herangezogen werden.
 - Freie IT-Spezialisten können sich bei der Versicherung anmelden, zahlen dann den hälftigen Beitrag und kommen in Genuss von Leistungen.

Noch Fragen?



Dr. Roman Frik, LL.M. (Köln/Paris)
Vogel & Partner Rechtsanwälte mbB
Königsbau-Passagen
Königstraße 26
70173 Stuttgart

Tel. +49 711 248395-200
Fax +49 711 248395-205
E-Mail: rf@vogel-partner.eu