Freelancer oder Arbeitnehmer?

Scheinselbstständigkeit, ihre Risiken und Wege zur Vermeidung

Dr. Sebastian Stütze
Get Started-Gründerfrühstück Berlin
27. März 2014

Vortragsgliederung

1. Ausgangssituation einer Firmengründung
2. Begriff der Scheinselbstständigkeit
3. Risiken
4. Indizienkatalog (DRB und Rechtsprechung)
5. Vermeidung von Scheinselbstständigkeit

1. Ausgangssituation einer Firmengründung

- Aufbau eines Startups: Es besteht das Bedürfnis nach Arbeitskräften, diese sollen aber möglichst wenige Kosten verursachen und schnell wieder entlassen werden können
  - → Vermeidung von Arbeitsverhältnissen (Sozialversicherungsbeiträge, Schutzgesetze für Arbeitnehmer)
- **Lösung (?)**: Beschäftigung der Arbeitskräfte als Freelancer

2. Begriff der Scheinselbstständigkeit

Unter Scheinselbstständigkeit versteht man eine rein formelle Selbstständigkeit, bei der eine erwerbstätige Person zwar als selbstständig auftritt, aber unter strikten Weisungen eines Auftraggebers arbeitet, in die Betriebsorganisation des Arbeitgebers eingegliedert und eigentlich ein abhängig Beschäftigter (Arbeitnehmer) ist.

→ **Entscheidend ist nicht der Vertragswortlaut, sondern die "gelebte" Leistungsbeziehung**

3. Risiken (I)

- Sozialversicherungsrechtliche Risiken
  - Arbeitgeber schuldet rückständigen Gesamtsozialversicherungsbeitrag (einschließlich Arbeitnehmeranteil!) zzgl. Säumniszuschläge und Bußgeld für bis zu vier Jahre bzw., bei vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Nichtabführung, bis zu 30 Jahre

- Steuerrechtliche Risiken
  - Arbeitgeber haftet für rückständige Lohnsteuer zzgl. Säumniszuschläge und Zinsen
  - Ein Rückgriff des Arbeitgebers beim "Freelancer" bzw. Arbeitnehmer scheitert regelmäßig

3. Risiken (II)

- Arbeitsrechtliche Risiken:
  - Kündigungsschutz des "Freelancers" bzw. Arbeitnehmers (nur bei Betrieben, in denen regelmäßig mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigt werden)
  - Mutterschutz, Lohnfortzahlung im Krankheitsfall, Urlaubsanspruch **und vieles mehr…**

3. Risiken (III)

- Strafrechtliche und gewerberechtliche Risiken:
  - Nichtabführung von Sozialversicherungsbeiträgen kann mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft werden
  - Eine Verurteilung kann zum Ausschluss von öffentlichen Aufträgen führen und zur gewerberechtlichen Unzuverlässigkeit mit Verbot der Ausübung des Gewerbes führen

4. Indizienkatalog (DRB und Rechtsprechung) (I)

Abgrenzungskriterien (1) Selbstständiger - Arbeitnehmer

- Weisungsgebundenheit (örtlich, zeitlich und fachlich)
- Eingliederung in den Betrieb
- Leistungserbringung nur in eigener Person
- Verpflichtung, angebotene Aufträge anzunehmen
- Unternehmerisches Auftreten am Markt
- Einheitliche Behandlung mit Arbeitnehmern
- Aufnahme in Dienstplan
- Berichterstattungspflichten

4. Indizienkatalog (DRB und Rechtsprechung) (II)

Abgrenzungskriterien (2) Selbstständiger - Arbeitnehmer

- Gesamte Arbeitskraft
- Dauerrechtsverhältnis
- Konkurrenzverbot
- Formell Ergänzend:
  - → Modalität Entgeltzahlung, Fortzahlung im Krankheitsfall, Urlaub
  - → Abführung von Lohnsteuer und Sozialversicherungsbeiträgen
  - → Führung von Personalakten
  - → Anmeldung eines Gewerbes

5. Vermeidung von Scheinselbstständigkeit

- Detailliertes und branchenbezogenes Vertragswerk (insbesondere umfassender Leistungskatalog für Freelancer)
- Gestaltung der Betriebsabläufe und Leistungsbeziehung unter Beachtung des Indizienkataloges von DRB und Rechtsprechung
- Je nach Fall: Statusfeststellungsverfahren innerhalb des ersten Monats nach Aufnahme der Tätigkeit
- Nachhaltende Betreuung während der Vertragslaufzeit, um Entwicklungen hin zur Scheinselbstständigkeit entgegenzuwirken

Kontakt

Dr. Sebastian Stütze
Rechtsanwalt

T +49 40 55436 4042
F +49 40 55436 4505

sebastian.stuetze@osborneclarke.de

Nachvertragliche Wettbewerbsverbote

Was tun, damit der Mitarbeiter nicht zum Konkurrenten wird?

Andreas Grillo
Get Started-Gründerfrühstück Berlin
27. März 2014

Übersicht

1. Grundsätzliches zu Wettbewerbsverboten
2. Wozu brauche ich nachvertragliche Wettbewerbsverbote?
3. Was kostet mich das?
4. Was muss ich ansonsten beachten?
5. Gestalterische Möglichkeiten
6. Zeitliche Checkliste

1. Wettbewerbsverbote

Gesetzliches Wettbewerbsverbot	Nachvertragliches Wettbewerbsverbot
• **Anwendungszeitraum:** Während der Laufzeit des Arbeitsverhältnisses	• Anwendungszeitraum: Nach Beendigung des Arbeitsverhältnis
• **Gesetzliche Regelung:** §§ 60, 61 HGB	• **Gesetzliche Regelungen**: § 110 GewO, §§ 74 ff. HGB
• **Gesetzlich vorgegeben**, keine gesonderte Vereinbarung notwendig	• **Vereinbarung notwendig**, ansonsten ist der Mitarbeiter ab Beendigung des Arbeitsverhältnisses frei

2. Wozu brauche ich ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot?

Besonderheit in der Startup-Situation: Viel Know-How auf wenig Köpfe verteilt!

Nachvertragliche Wettbewerbsverbote zur

- Sicherung von Know-How und Branchenwissen
- Sicherung von Kunden und Kundenkontakten
- Sicherung von Mitarbeitern ("Abwerbeverbot")

Grundsätzlich geeignetes Mittel zur Sicherung von "softem" Kapital

3. Was kostet mich das?

Karenzentschädigung, § 74 Abs. 2 HGB

Verbindliche Vereinbarung eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots ist nur gegen Zahlung einer Karenzentschädigung möglich.

- 1/2 der zuletzt vom Mitarbeiter bezogenen vertragsmäßigen Vergütung
- Berechnung inklusive allen Vergütungsbestandteilen (Boni, Provisionen , Weihnachtsgeld, Sachleistungen)
- Aber: Anrechnung anderweitigen Verdienstes (§ 74c HGB)

Hohe finanzielle Belastung, daher auf absolute Key-Mitarbeiter zu beschränken

4. Sonstige rechtliche Vorgaben

Spannungsverhältnis:
Interesse des Arbeitgebers gegen berufliches Fortkommen des Arbeitnehmers

Folgen:

- Höchstdauer: 2 Jahre ab Beendigung des Arbeitsverhältnisses
- Örtliche Einschränkung (nur dort, wo ArbG Geschäfte betreibt)
- Fachliche Einschränkung (unternehmensbezogen oder tätigkeitsbezogen)
- Formell: Schriftlichkeitserfordernis

BAG: Auslegung hin zu angemessener Einschränkung

5. Gestalterische Möglichkeiten

Ziel: Flexibilität auch nach Beginn des Arbeitsverhältnisses und Ahndung von Verstößen

- Vereinbarung des nachvertragl. Wettbewerbsverbots zu späterem Zeitpunkt
- Anwendung des nachvertragl. Wettberwerbsverbots erst nach "Probezeit"
- Einseitiger Verzicht auf Wettbewerbsverbot, § 75a HGB
  - schriftliche Erklärung
  - Wirksamkeit des Verzichts: 1 Jahr nach Erklärung
- **Vertragsstrafe**

Frühzeitig überlegen, ob nachvertragl. Wettbewerbsverbot (noch) gewünscht ist

6. Zeitliche Checkliste

Vor Beginn des Arbeitsverhältnisses

- Brauche ich NVW für einzustellenden Mitarbeiter?
- Ab wann soll NVW gelten?
- Wie lange soll NVW gelten?
- Vereinbarung schon im Arbeitsvertrag?

Auf rechtlich sichere, wirksame Vereinbarung achten!

Während dem Arbeitsverhältnis

- Soll NVW in Kraft treten?
- Ständige Überprüfung: Verzicht auf NVW sinnvoll?
- Gegebenenfalls: Rechtzeitige schriftliche Erklärung des Verzichts

Regelmäßige Überprüfung, ob Verbot und finanzielle Konsequenzen noch sinnvoll sind!

Nach dem Arbeitsverhältnis

- Berechnung der Karenzentschädigung
- Zahlung der Karenzentschädigung
- Ahndung von Verstößen des Mitarbeiters (Vertragsstrafe)

Kontakt

Andreas Grillo
Rechtsanwalt

T +49 221 5108 4118
F +49 221 5108 4119

andreas.grillo@osborneclarke.com