



BfK aktuell 2/2017

Berlin, April 2017

Liebe BfK-Mitglieder und Interessierte,

anlässlich der BfK-Veranstaltung in Hamburg zu rechtlichen Fragen rund um das Thema Scheinselbstständigkeit erscheint dieser Sondernewsletter mit einer Zusammenfassung.

Aufgrund der Aktualität des Themas und des großen Interesses auch über den BfK hinaus, wird dieser Sondernewsletter nicht nur an die BfK-Mitglieder, sondern an einen größeren Verteilerkreis verschickt.

Rückfragen und Rückmeldungen zum Thema richten Sie bitte gerne an die Geschäftsstelle unter service@b-f-k.de.

Viele Grüße

Die Redaktion

Die „Wahrheit“ über Scheinselbstständigkeit *

Am 1. April 2017 kamen auf Einladung des BfK in Hamburg Experten zusammen, um darüber zu informieren, unter welchen Bedingungen kulturwissenschaftliche Tätigkeiten als „selbstständig“ oder als „abhängig beschäftigt“ gelten. Seit einigen Monaten ist die Kultur- und insbesondere Museumszene aufgeschreckt und verunsichert, weil nach Betriebsprüfungen der Deutschen Rentenversicherung einige Auftraggeber Sozialbeiträge nachzahlen müssen. Deshalb hatte der BfK Michael Eßer, Deutsche Rentenversicherung (DRV), Dr. Anders Leopold, Richter am Sozialgericht Hamburg, und Tobias Gall, Rechtsanwalt in Berlin, gebeten über Kriterien und Praxisbeispiele zu berichten und mögliche Strategien der Vertragsgestaltung und Auftragsabwicklung zu erörtern, die für Auftraggeber und Auftragnehmer Rechtssicherheit bieten können.

Aktuelle Prüfungen durch die DRV

Die gute Nachricht zuerst: Jede Tätigkeit kann sowohl selbstständig als auch in einem Angestelltenverhältnis ausgeübt werden. Es gibt keine Aufgaben, die per se nicht von Selbstständigen bearbeitet werden können und der Versuch von Auftraggebern, mit Hilfe selbstständiger Dienstleister den Abschluss sozialversicherungspflichtiger Arbeitsverträge zu vermeiden, ist grundsätzlich nicht strafbar. Das gilt auch für KulturvermittlerInnen, MuseumspädagogInnen oder aber für Inventarisierungsmaßnahmen.

Der aktuelle Eindruck, es würden von der Deutschen Rentenversicherung (DRV) gerade diese Berufsgruppen bzw. deren Arbeit- und Auftraggeber gezielt überprüft, ist nur zum Teil richtig. Eine Verschwörung gibt es jedenfalls nicht, denn die Prüfungen finden im Rahmen der turnusmäßigen Betriebsprüfungen statt, die die DRV seit 1997 durchführt. Allerdings scheint den Prüfern aufgefallen zu sein, dass im Bereich der Kulturvermittler doch etliche Arbeitsverhältnisse zu finden sind, die nicht als selbstständige Leistungen, sondern eher als sozialversicherungspflichtige Tätigkeiten gewertet werden können. Es wird daher in diesem Bereich genauer kontrolliert und eingeschritten.

Die Folgen betreffen zunächst vor allem die Auftraggeber, die nämlich für einen Zeitraum von bis zu vier Jahren die kompletten Sozialversicherungsbeiträge für Arbeitgeber und Arbeitnehmer nachzahlen müssen. Die „Scheinselbstständigen“ können hingegen kaum in Regress genommen werden. Jedoch droht der gesamten Branche ein massiver Markteinbruch, wenn die auftraggebenden Museen und Kulturinstitutionen künftig versuchen, anfallende Arbeiten nicht mehr über freiberufliche Anbieter, sondern über (geringfügig) Beschäftigte erledigen zu lassen.

Ausschlaggebend ist die „gelebte Realität“

Um eine Strategie zu entwickeln, mit der sich Freiberufler dieser Entwicklung entgegenstellen können, muss zunächst klar sein, welcher Tatbestand mit dem nicht juristischen Begriff der Scheinselbstständigkeit gemeint ist und vor allem, auf welche Weise die entsprechende Überprüfung durch die DRV oder im Streitfall durch die Sozialgerichte vorgenommen wird.

Ausschlaggebend für die Bewertung als selbstständige Auftragsarbeit oder sozialversicherungspflichtige Tätigkeit ist einzig und allein die Durchführung der jeweils konkreten einzelnen Leistung. Es geht ausschließlich um die tatsächlichen Verhältnisse, gewissermaßen die wirklich gelebte Arbeitsweise in jedem einzelnen konkreten Fall. Die Frage ist daher nicht: Ist der/die BearbeiterIn selbstständig? Sondern immer: Entspricht die Durchführung eines bestimmten Arbeitsauftrags den Kriterien für selbstständige Arbeit oder handelt es sich um eine sozialversicherungspflichtige Tätigkeit?

Im Idealfall würde die DRV also diese gelebte Realität in jedem Einzelfall überprüfen. Da sie jedoch bis zu vier Jahre in die Vergangenheit prüft und Sozialgerichte in der Regel noch weiter zurückliegende Arbeitsverhältnisse beurteilen, lässt sich die tatsächliche Art und Weise einer einzelnen Leistungserbringung nicht im Detail betrachten. Die DRV und die Gerichte sind darauf angewiesen, die reale Arbeitsweise anhand von Indizien zu rekonstruieren und zu bewerten. Erst jetzt kommen daher die vielzitierten „Kriterien“ einer echten Selbstständigkeit ins Spiel: Anhand dieser Kriterien oder besser Indizien, versuchen die Prüfinstanzen (DRV/Sozialgerichte) nun Hinweise darauf zu gewinnen, wie der konkrete einzelne Arbeitsauftrag höchstwahrscheinlich ausgeführt wurde. Wichtige Hinweise können z. B. der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag liefern, das grundsätzliche geschäftliche Auftreten der/des Auftragnehmers/in oder aber die betriebliche Organisation der/des Auftraggebers/in.

Als Indizien für eine nicht selbstständige Beschäftigung könnten dann nach Verständnis von DRV und Sozialgerichten z. B. sprechen:

Die Eingliederung in die Organisation des Auftraggebers (z. B. durch festgelegte Arbeitszeiten, bestimmten Arbeitsort, Nutzung von Arbeitsmaterialien des AG, darunter

auch Software, visuelle Eingliederung in die Belegschaft des AG, bspw. durch Namensschilder mit Logo des AG oder „Uniform“ des AG, etc.)

Die Weisungsgebundenheit der Tätigkeit (z. B. durch konkrete Vorgaben über Verlauf und Wortlaut einer Führung oder über den Arbeitsprozess; verpflichtende Teilnahme an regelmäßigen Dienstbesprechungen etc.)

Das fehlende unternehmerische Risiko (wenn etwa keine Werbung betrieben wird, kein Büro unterhalten wird, keine eigene Buchführung gemacht wird oder nicht in Arbeitsgerät/-material investiert wird; aber auch, wenn der Auftragnehmer nicht für das Ergebnis, sondern nur für den zeitlichen Arbeitsaufwand bezahlt wird).

Vollkommen irrelevant ist hingegen jegliche Festlegung des Arbeits- bzw. Auftragsverhältnisses im Vertragstext (etwa als „Werkvertrag“, „Vertrag für freie Mitarbeit“ etc.), denn es gilt nur die gelebte Realität. Vielmehr können ein allzu eindeutiger Ausschluss von typischen Arbeitnehmerrechten (Abführung von Sozialabgaben durch den Auftraggeber, Fortzahlung im Krankheitsfall), bzw. eine allzu deutliche Betonung von selbstverständlichen Auftragnehmerpflichten (Steuerpflicht etc.) als Hinweis darauf gewertet werden, dass bei den Vertragspartnern Unsicherheit über das tatsächliche Arbeitsverhältnis besteht - entsprechend genau werden DRV und Sozialgerichte diese unter die Lupe nehmen.

Konsequenzen

Unter diesen Voraussetzungen können sich Selbstständige vor dem Vorwurf der Scheinselbstständigkeit auf zwei Arten schützen:

Sie müssen den Auftraggebern eine tatsächliche Leistung anbieten, d.h. sie müssen für jeden Auftrag einen Plan, ein Vorgehen und ein Ziel formulieren, das zur Grundlage des Auftrags werden kann. Je weiter sich die angebotene Arbeitsweise und die Kompetenzen vom üblichen Vorgehen und der Qualifikation des festangestellten Personals des Auftraggebers unterscheiden, umso besser ist dies in Hinblick auf eine Einstufung als selbstständige Tätigkeit. Entscheidend ist: Der Selbstständige bietet eine möglichst von ihm selbst entwickelte kreative Leistung an. Dazu gehört im Regelfall ein ausformuliertes Leistungsangebot, das eine entsprechende Kostenkalkulation ergänzt.

Sie sollten Indizien für ihre selbstständige Arbeitsweise erkennbar werden lassen, die im Falle einer Überprüfung von der DRV bzw. den Sozialgerichten leicht gefunden und möglichst eindeutig zu Gunsten einer selbstständigen Tätigkeit gewertet werden. Dabei helfen eigene Büroräume, Werbemittel, ein angemessener Versicherungsschutz, die Nutzung eigener Produktionsmittel, die Arbeit für mehrere Auftraggeber, die Marktpräsenz, etc.

Doch auch die Auftraggeberseite muss ihre Hausaufgaben machen: Sie muss den Anbietern freiberuflicher Leistungen den nötigen Spielraum lassen, ihre Leistungen entsprechend kreativ und flexibel anzubieten, sie muss weg von zunehmend standardisierten Ausschreibungen und Werkverträgen, die jeden einzelnen Arbeitsschritt detailliert vorgeben und oftmals genau die Formulierungen enthalten, die Zweifel an der tatsächlichen Selbstständigkeit eines Auftrags wecken.

Stattdessen sollten sie es zulassen und fordern, dass die Auftragnehmer je nach anstehender Aufgabe einen projektbezogenen eigenen Vorschlag zur Vorgehensweise entwickeln und ihre Herangehensweise und Lösungskompetenz dezidiert darlegen -

damit ist auch weiterhin eine gerechte Auftragsvergabe nach wirtschaftlichen Kriterien möglich, wie sie von öffentlichen Auftraggebern gesetzlich verlangt wird. Schließlich müssen die Auftraggeber im Interesse einer Professionalisierung zur Zahlung angemessener Honorare bereit sein, die das von DRV und Sozialgerichten geforderte unternehmerische Risiko und natürlich auch - je nach Auftrag - die besondere Kompetenz der Auftragnehmer berücksichtigen, und im Rahmen von Vergabeverfahren (Ausschreibungen) entsprechende Aufwandsentschädigungen einplanen.

Mitglieder des BfK stärken

Der BfK kann seine Mitglieder und andere Freiberufler bei einem selbstbewussten und kompetenten Auftreten als Selbstständige sehr gut unterstützen. Ein Qualitätspapier, das derzeit entwickelt wird, könnte künftig der DRV als ein starkes Indiz für eine tatsächlich selbstständige Ausführung einzelner Aufträge dienen. Zugleich hilft es daher auch den auftraggebenden Museen und Kultureinrichtungen bei der grundsätzlichen Entscheidung für eine Vergabe an Freiberufler. Nebenbei stärkt es die Marktposition von BfK-Mitgliedern, die die Qualitätskriterien erfüllen. Die unternehmerische Kompetenz, wie sie zur selbstbewussten und kreativen Formulierung von klar selbstständigen Angeboten und der Aufstellung vernünftiger Kalkulationen notwendig ist, kann der BfK über Fortbildungen (hier stehen wir im Gespräch mit der Bundesakademie für kulturelle Bildung in Wolfenbüttel) fördern.

Damit konnte die Tagung in Hamburg die Maßnahmen bestätigen, die der BfK in den letzten Monaten bereits eingeleitet hat. Statt die von den Prüfungen der DRV ausgelöste Verunsicherung als Bedrohung zu begreifen, sollten der Verband und seine Mitglieder - aber auch die Auftraggeber in Museen und Kulturinstitutionen - darin eine Chance erkennen: Zum einen die Chance, die seit Jahren immer wieder aufwallende Rechtsunsicherheit in den Vertragsverhältnissen zu beseitigen und zum anderen die Chance für eine weitreichende Professionalisierung einer ganzen Branche. Freiberufler und Auftraggeber müssen künftig durchweg auf Augenhöhe miteinander verhandeln, erst dann sind verlässlich rechtskonforme Auftragsverhältnisse möglich.

** Dieser von **Jochen Ramming** und **Stefan Nies**, beide Vorstandsmitglieder des BfK, verfasste Text wurde im Gesamt-Vorstand des Bundesverbands freiberuflicher Kulturwissenschaftler e.V. abgestimmt und stellt insofern die offizielle Position des BfK dar. Dem Vorstand gehören weiterhin an: Elisabeth Ida Faulstich-Schilling und Thomas Hammacher (Vorsitzende) sowie Carola Berszin.*

Impressum

Bundesverband freiberuflicher Kulturwissenschaftler e.V.

Melanchthonstr. 13, 10557 Berlin

T 030/34398440, F 030/34398442

Der Bundesverband freiberuflicher Kulturwissenschaftler e.V. wird gesetzlich vertreten durch den Vereinsvorstand, dieser wiederum durch die Vorsitzenden Thomas Hammacher und Elisabeth Ida Faulstich-Schilling.

Mitglieder des BfK, die diesen Newsletter nicht erhalten möchten, wenden sich bitte an die Geschäftsstelle (service@b-f-k.de).