

Selbstständigkeit und Scheinselbstständigkeit in der Europäischen Bauindustrie

Teil 1:

Zusammenfassung einer Vergleichsstudie der 11 Mitgliedstaaten



Dieser Bericht wurde im Auftrag der Europäischen Sozialpartner für die Bauindustrie erstellt (EFBWW und FIEC)

European Federation
of Building
and Woodworkers



Mit der finanziellen Unterstützung der Generaldirektion für Beschäftigung und Soziale Angelegenheiten der Europäischen Kommission



Alle Rechte vorbehalten.

Kein Teil dieses Werkes darf ohne vorherige schriftliche Genehmigung des Herausgebers in irgendeiner Form (Druck, Fotokopie, Mikrofilm oder einem anderen Verfahren) reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Die Informationen dieser Veröffentlichung wurden mit größtmöglicher Sorgfalt recherchiert. Weder der Herausgeber noch die Autoren können jedoch eine Gewähr für die Richtigkeit, Vollständigkeit und Aktualität der bereitgestellten Inhalte übernehmen.

Editor: Werner Buelen

Selbstständigkeit und Scheinselbstständigkeit in der Baubranche in der Europäischen Union

Eine Vergleichsstudie von 11 Mitgliedsstaaten

Prof. dr. Y. Jorens

Professor für Europäisches Sozialrecht, Universität Gent, Belgien

Inhaltsangabe



Vorwort	3
Introduction	5
Scheinselbständigkeit: die europäische Sichtweise	9
Definition und Beschreibung innerhalb des primären Gemeinschaftsrechts.....	9
Grundsatz des gleichen Entgelts für männliche und weibliche Arbeitnehmer für gleiche oder gleichwertige Arbeit	12
Charakterisierung innerhalb des sekundären Gemeinschaftsrechts	13
Tendenzen.....	13
Scheinselbständigkeit: ein vergleichender Überblick	15
Die Abgrenzung zwischen direkter Anstellung/echter Selbständigkeit und echter Selbständigkeit/Scheinselbständigkeit	15
Die Auswirkungen der Regulierung und Deregulierung auf diesem Gebiet	18
Arbeits- und Marktentwicklungen.....	22
Grenzübergreifende Auswirkungen	24
Entwicklung von Sozialversicherung und Steuer(abgaben)	26
Selbständigkeit im Dreiecksverhältnis	28
Missbrauch des Status der Selbständigkeit (Ursachen, Auswirkungen, Formen des Missbrauchs)	29
Beurteilung der Verhinderungs- und Bekämpfungsmaßnahmen sowie Sanktionen...	30
Schlussfolgerung	31
Anhang	32
Team und Lenkungsausschuss	32

Vorwort

Es hat schon immer selbstständige Arbeiter in der Bauindustrie gegeben. Handwerker sind in besonderem Maße häufig selbstständige Arbeiter. Gemäß der Studie "Beschäftigung in Europa 2008" sind ungefähr 16 % der Arbeiter heutzutage selbstständig. Der Anteil der selbstständigen Arbeiter liegt in einigen Ländern sogar noch höher. Zu diesen Ländern gehören beispielsweise Griechenland (37 %), Polen (27 %), Zypern (25 %), Italien (27 %) und Rumänien (32 %).

Die Unterscheidung zwischen selbstständigen Arbeitern und Angestellten hat wichtige steuerliche, soziale und wirtschaftliche Konsequenzen:

- *Selbstständige Arbeiter arbeiten in eigener professioneller Verantwortung und unterstehen daher nicht der Autorität eines Generalunternehmers;*
- *Selbstständige Arbeiter und Angestellte zahlen unterschiedliche Steuern und Sozialversicherungsbeiträge;*
- *Durch öffentliche Vereinbarungen oder spezifische gesetzliche Regelungen festgelegte Arbeitsbedingungen (Löhne, Arbeitszeiten, Pausen,...) sind für selbstständige Arbeiter nicht verbindlich;*
- *Der relativ umfangreiche soziale Schutz (z.B. im Falle von vorübergehender Arbeitslosigkeit, Berufsunfällen, vorzeitigem Ruhestand), ist folglich für selbstständige Arbeiter nur in eingeschränktem Maße gegeben.*

In den letzten Jahren haben Arbeitsprüfer, Steuerprüfer und Sozialpartner einen Anstieg der Anzahl selbstständiger Arbeiter in der Bauindustrie festgestellt. Einige Länder haben die Selbstständigkeit zur Steigerung ihres Wirtschaftswachstums bewußt gefördert, indem sie den Einstieg in die Selbstständigkeit erleichterten.

Diese Zunahme ist teilweise auch in den organisatorischen und wirtschaftlichen Entwicklungen im Bausektor begründet. Der Generalunternehmer wird immer mehr zum 'Nutzer'. Er ist von einer Konstellation von Betrieben und selbstständigen Arbeitern umgeben, mit denen flexible Beziehungen rein geschäftlicher Natur bestehen. Diese Entwicklung hat zu einer Zunahme "abhängiger Selbstständigkeiten" geführt. Diese wirtschaftliche Abhängigkeit von einem Arbeitgeber verwischt die Grenzen zwischen dem Status der Selbstständigkeit und dem Status eines Angestellten.

Abgesehen von Diskussionen auf nationaler Ebene hat das Phänomen der Selbstständigkeit auch auf europaweiter Ebene Aufsehen erregt. Im Jahr 2002 hat die Europäische Kommission eine Studie über wirtschaftlich abhängige Arbeit / Quasi-Mitarbeit in Auftrag gegeben. Dieser Bericht wurde am 19. Juni 2003 vor dem Europäischen Parlament öffentlich diskutiert.

Im Jahr 2003 hat auch der Rat eine Empfehlung in Bezug auf die Verbesserung des Gesundheitsschutzes und der Sicherheit bei der Arbeit für selbstständige Arbeiter angenommen (2003/134/EC).

In seinem Entschluss, die Richtlinie für die Entsendung von Arbeitnehmern vom 26.10.2006 umzusetzen, hat das Europäische Parlament eine Reihe deutlicher Aussagen zum Thema Selbstständigkeit und Scheinselbstständigkeit gemacht.

Schließlich dienen verschiedene vor dem Europäischen Gerichtshof verhandelte Fälle als eine wichtige Informationsquelle. Diese Forschungsarbeit untersucht, wie Selbstständigkeit und Scheinselbstständigkeit in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union in Bezug auf die Interpretation der ECJ charakterisiert werden.

Auf der Grundlage dieser Befunde haben die Europäischen Sozialpartner für die Bauindustrie (die FIEC und die EFBWW) beschlossen, die gesetzlichen, behördlichen, administrativen, organisatorischen und praktischen Aspekte der Selbstständigkeit und Scheinselbstständigkeit in der Bauindustrie zu analysieren. Die Umfrage - welche von der Europäischen Kommission finanziell bezuschusst wird - untersuchte die positiven Auswirkungen echter Selbstständigkeit auf den Arbeitsmarkt und betrachtete auch die erörterten Maßnahmen, um "Scheinselbstständigkeit" und deren Auswirkungen zu verhindern, aufzudecken und zu sanktionieren. Diese Forschungsarbeit wurde in 11 Ländern durchgeführt: In Belgien, Holland, Frankreich, Spanien, Deutschland, Schweden, Polen, Rumänien, Großbritannien, Irland und Italien.



Die vollständige Vergleichsstudie ist in deutscher, englischer und französischer Sprache verfügbar (Teil 1). Eine Zusammenfassung der verschiedenen nationalen Berichte wird separat nur in englischer Sprache veröffentlicht und ist der Vergleichsanalyse angehängt (Teil 2). Die vollständigen Originale der nationalen Berichte können auf den Webseiten der EFBWW (www.efbww.org) oder FIEC (www.fiec.eu) heruntergeladen werden.



Mit dieser Forschungsarbeit richten die Europäischen Sozialpartner für die Bauindustrie (die EFBWW und das FIEC) ihre Diskussionen an den ständigen EU Diskussionen aus. Bei den Bemühungen ein Gleichgewicht zwischen der Förderung echter Selbstständigkeit und eines freien Marktes für Dienstleistungen und der Bekämpfung der Scheinselbstständigkeit oder anderweitigen Ausnutzung von Gesetzeslücken der EU handelt es sich um einen wesentlichen Dialog, welchem sich die EFBWW und die FIEC verpflichtet haben. Dieser hat zum Ziel einen gemeinsamen Ansatz zugunsten einer langfristigen nachhaltigen Bauindustrie zu entwickeln. Die gemeinsamen Schlussfolgerungen und Empfehlungen der EFBWW und der FIEC in Bezug auf Selbstständigkeit und Scheinselbstständigkeit in der Bauindustrie sind der Vergleichsstudie angehängt.

Das Ergebnis dieser umfassenden Forschungsarbeit wäre nicht ohne die Hilfe zahlreicher nationaler Experten und Kontaktpersonen (Beamter, Arbeitgeber, Arbeitnehmer,...) möglich gewesen, die auf der Grundlage ihrer direkten Praxiserfahrung vor Ort in den mit ihnen geführten Interviews wertvolle Beiträge geleistet haben.

Zum Schluss muss den Mitgliedern des Lenkungsausschusses ein Wort des Dankes ausgesprochen werden: Ohne Ihr Durchhaltevermögen und Ihre wertvollen Beiträge hätte diese Studie nicht durchgeführt werden können.

Werner Buelen
Programm-Manager

Introduction

Dies ist ein typisches Beispiel für ein zunehmendes Phänomen auf dem heutigen europäischen Arbeitsmarkt.

Während der letzten Jahre hat der europäische Arbeitsmarkt einige grundlegende Veränderungen erfahren, insbesondere im Hinblick auf eine zunehmende Flexibilität und Fragmentierung der Beschäftigung und dem Anstieg der Gelegenheitsarbeit, bei der die Arbeitgeber immer mehr auf Outsourcing und Personalabbau setzen. Die Zeiten, in denen es die Arbeitskräfte gewohnt waren, ein Dauerbeschäftigungsverhältnis in Vollzeit mit ihrem Arbeitgeber zu haben, sind vorbei und wurden durch atypische Beschäftigungskonstellationen ersetzt, die durch das Entstehen eines breiten Angebots neuer Arten von Arbeitskräften (und Arbeitsverträgen) ermöglicht wurden, die alle zu dem wachsenden paneuropäischen Arbeitsmarkt beitragen. Aus unterschiedlichen sozialen oder wirtschaftlichen Gründen vertrauen die Arbeitgeber immer mehr auf Arbeitnehmer aus anderen Firmen, die über Dienstleistungsverträge bereitgestellt werden, durch das Outsourcing von oftmals wesentlichen Firmenaufgaben oder die Anheuerung von selbständigem Personal. Die herkömmlichen hierarchischen Strukturen, bei denen der Arbeitgeber effektiv kontrolliert, wie die Arbeit erledigt wird, sind immer unwahrscheinlicher und inzwischen wird es einfach hingegenommen, dass Fragen der Qualitätskontrolle tatsächlich von „Arbeitnehmern“ aus anderen Firmen behandelt werden. Zusätzlich werden der Besitz

“ Heute wurden drei Personen festgenommen, die unter Verdacht stehen, die Einkommenssteuer und Sozialversicherungsbeiträge nicht oder in nicht ausreichender Höhe bezahlt zu haben. Die betroffenen Personen sind zwei Inhaber und der Buchhalter einer Zeitarbeitsagentur. Über diese Zeitarbeitsagentur wurden polnische¹ Arbeiter als selbständige Arbeitskräfte angeheuert, obwohl sie tatsächlich als Arbeitnehmer arbeiteten. Die Zeitarbeitsagentur zahlte mindestens € 200.000 weniger Einkommenssteuer und Sozialversicherungsbeiträge als dies von ihr erwartet worden wäre. Die polnischen Arbeitskräfte glaubten, dass die Zeitarbeitsagentur alle fälligen Einkommensteuer- und Sozialversicherungsbeiträge bezahlt hatte. ”

Tageszeitung, Niederlande, 3. Oktober 2008

von Ausrüstungen und die Einstellung von Personal zunehmend an andere Organisationen übergeben, wobei das Personal üblicherweise bei weltweit tätigen Personaldienstleistern angestellt ist. Es gibt ein offensichtliches Nebeneinander der Kontrolle, wie dies zum Beispiel bei den Zeitarbeitsagenturen der Fall war. Sehr häufig übernehmen in diesen 3-Parteien-Beschäftigungsverhältnissen alle Parteien einige Aufgaben eines herkömmlichen Arbeitgebers, so dass es oft schwer ist, festzustellen, wer eigentlich der echte Arbeitgeber ist. Das Verhältnis zwischen der nutzenden Firma, dem

¹ Mit anderen Nationalitäten austauschbar



Dienstleister und dem Personal des Letzteren ist komplex. Es kann gewiss nicht ignoriert werden, dass der sich verändernde Arbeitsmarkt und die zunehmenden Praktiken wie zum Beispiel das Outsourcing und die Fremdvergabe zur Folge haben, dass die Arbeitgeber zunehmend daran interessiert sind, Arbeitskräfte im Wege eines nicht herkömmlichen Arbeitsverhältnisses zu beschäftigen. Das Auftreten von neuen Beschäftigungsformen hat letztlich definitiv zu der wachsenden Flexibilität des Arbeitsmarktes und dem Anstieg der Gelegenheitsarbeit beigetragen haben. Gleichzeitig hat es jedoch auch zu einer wachsenden Anzahl von Arbeitskräften mit einem unklaren Beschäftigungsstatus geführt, die daher nicht mehr in den Schutzbereich fallen, der normalerweise mit einem herkömmlichen Beschäftigungsverhältnis einhergeht². Die Möglichkeit des Outsourcing und der Untervergabe eines Teils des Produktionsprozesses - oft durch Strategien zur Kostenreduzierung veranlasst - hat die Voraussetzungen für eine ganze Reihe von Verträgen geschaffen, die nicht das klassische Modell einhalten³. Die Deregulierung hat es auch sehr einfach gemacht, sich als Selbständiger anzumelden. Die wenigen Formulare sind in wenigen Minuten ausgefüllt.

Der Beitritt der neuen mittel- und osteuropäischen Staaten zur Europäischen Union und, noch wichtiger, die Tatsache, dass der freie Dienstleistungsverkehr - im Gegensatz zu der Freizügigkeit der Arbeitnehmer - für diese Länder schon seit dem anfänglichen Beitrittsdatum des 1. Mai 2004 galt, hat den Rückgriff auf diese neuen Arbeitsformen weiter verstärkt, manchmal im Zusammenhang mit Fällen von Sozial-Dumping. Die Geltung des freien Dienst-

leistungsverkehrs hat zu einer Situation geführt, bei der immer mehr Personen „selbständig“ werden oder handeln, nicht nur zur Umgehung von Zugangsbeschränkungen zu fremden Arbeitsmärkten, sondern auch zur Vermeidung der Umsetzung der Mindestsozialstandards und Bedingungen im Gastland. In diesen Situationen sind die heutigen Selbständigen nicht mehr individuelle Unternehmer, hoch qualifizierte Arbeitskräfte, sondern vielmehr verletzlicher Teil der Belegschaften, ohne jegliche notwendige soziale Absicherung und ausgebeutet von Arbeitgebern, die hauptsächlich auf deren Dienste vertrauen, um die Sozialkosten zu verringern und die Anwendbarkeit vieler gesetzlicher Sozialbestimmungen zu vermeiden. Es ist somit ein Trend erkennbar, wonach immer mehr Personen auf Arbeitskräfte mit einem „selbständigen“ Status vertrauen und die abhängige Beschäftigung verringert wird. Dies ist ganz sicher in der Baubranche der Fall, einer Branche, in welcher der Anteil der Selbständigen deutlich höher als anderswo ist. Neben den Selbständigen wächst auch die Anzahl der im Ausland eingesetzten Arbeitskräfte und der Zeitarbeitskräfte aus dem Ausland. Alle diese neuen Formen der Beschäftigung haben die Rolle des Arbeitgebers verstärkt.

Der zunehmende Rückgriff auf alle diese neuen Formen von Arbeitskräften führt zu einer Situation, bei der der Unterschied zwischen dem herkömmlichen Arbeitnehmer-Arbeitgeber-Verhältnis, rechtlich als „Abhängigkeitsverhältnis“ bezeichnet, und der Selbständigkeit immer verschwommener wird.

Ein Arbeitgeber, der auf selbständige Arbeitskräfte statt auf fest angestellte Arbeitnehmer zurückgreift, kann manchmal die Zahlung von

2 ILO, „Employment Relationship“, 95th session 2006 report V (1), S. 3

3 Cremers, J., Self-employed and the free provision of services, Presentation, CLR-coordinator, AIAS-Amsterdam, Vilnius - 7. Juni 2007, S. 7

erheblichen Sozial- und Steuerabgaben vermeiden und weitere Arbeitsverpflichtungen umgehen. Sehr häufig sind jedoch diese sogenannten selbständigen Arbeitskräfte, auf die ein Arbeitgeber vertraut, tatsächlich „verdeckte“ Arbeitnehmer. Diese „Scheinselbständigen“ sind Personen, die sich selbst als Arbeitnehmer der Aussenwelt gegenüber darstellen, obwohl sie als Selbstständige registriert sind. Die Scheinselbständigkeit ist dann im Grunde identisch mit einer abhängigen Beschäftigung, wird jedoch als eigenständige Arbeit getarnt, normalerweise, um Personalkosten zu verringern, aus Steuergründen und zur Vermeidung der Zahlung von hohen Sozialversicherungsbeiträgen. „Verdeckte Arbeitnehmer“ haben nicht nur einen geringeren Grad an Absicherung im Vergleich zu abhängig Beschäftigten, sondern auch die Tatsache, dass geringere Abgaben gezahlt werden, kann die Stabilität der Systeme der sozialen Sicherheit sowie alle Solidaritätsmaßnahmen unterlaufen.

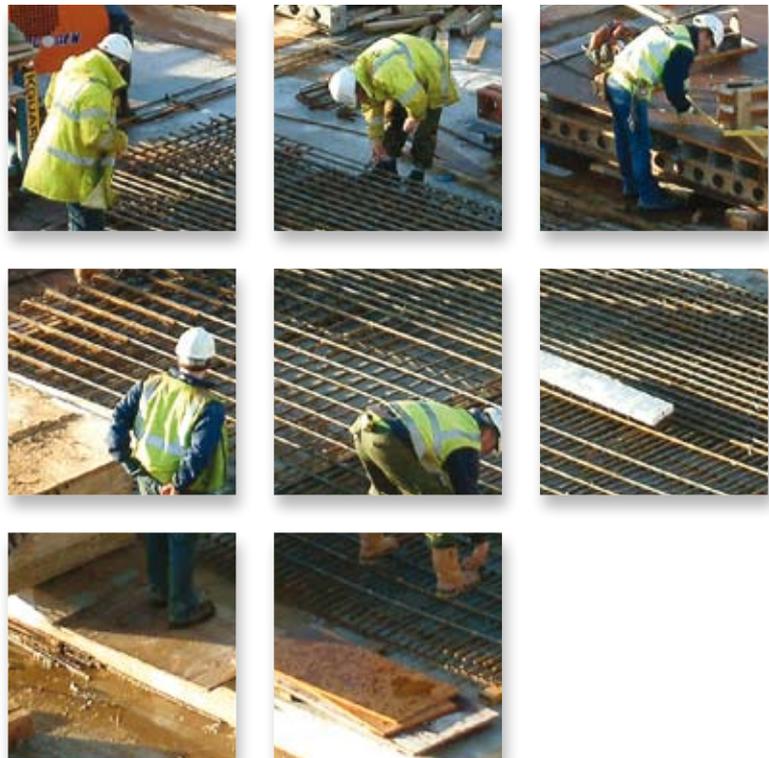
Eine deutliche Unterscheidung zwischen der abhängigen Beschäftigung und der Selbstständigkeit ist daher sehr wichtig. In allen Rechtssystemen der Europäischen Union gibt es eine Zweiteilung zwischen den Konzepten der fest angestellten Person auf der einen Seite und der selbständigen Person auf der anderen Seite. Es gibt eine herkömmliche binäre Trennung zur Regelung der Arbeitsleistung, wobei jedes Rechtssystem auf der Annahme aufbaut, dass man entweder Arbeitnehmer oder selbständig ist. Diese deutliche Unterscheidung ist auch wichtig, weil sie als Grundlage für die Bestimmung der Leistungen und Vorteile benutzt wird und noch allgemeiner, für den rechtlichen Status der betroffenen Personen. Im Wesentlichen bauen sowohl die nationalen Arbeitssysteme als auch die Systeme der sozialen Sicherheit auf diesen beiden Konzepten auf.

Das Ziel dieser Studie ist es zu vergleichen, wie einige Mitgliedsstaaten der europäischen Gemeinschaft den Status der Selbstständigkeit definieren und wie sie das Problem der Scheinselbständigkeit (zu) lösen (versuchen). Diese

vergleichende Übung basiert auf Fachgutachten, die eine Reihe von Fragen zur Selbstständigkeit und Scheinselbständigkeit beantworten.

Angesichts der Anzahl der analysierten Mitgliedsstaaten und des Umfangs des vorliegenden Themas kann unsere Analyse keineswegs auch nur annähernd vollständig sein. Diese vergleichende Analyse kann jedoch aufzeigen, wie diese wesentliche Frage für die Stabilität unserer Systeme der sozialen Sicherheit zurzeit auf Ebene der Mitgliedsstaaten behandelt wird. Unsere Analyse basiert auf den Mitgliedsstaaten, die für diesen Zweck ein Gutachten eingereicht haben, d.h.: Belgien, die Niederlande, Frankreich, Deutschland, Italien, Großbritannien, Spanien, Irland, Rumänien, Polen und Schweden. Sie berücksichtigen alle die Situation im Jahre 2008.

Bevor wir uns mit der vergleichenden Analyse der nationalen Berichte befassen, möchten wir zunächst feststellen, wie dieses Problem auf europäischer Ebene behandelt wird.





Scheinselbstständigkeit: die europäische Sichtweise

Die meisten Mitgliedsstaaten erkennen eine duale Klassifizierung oder eine binäre Trennung innerhalb des Konzepts der „Arbeitsverhältnisse“ an: Arbeitnehmer auf der einen Seite und Selbständige auf der anderen Seite⁴. Im Wesentlichen bauen sowohl die nationalen Arbeitssysteme als auch die Systeme der sozialen Sicherheit auf diesen beiden Konzepten auf.

Es stellt sich die Frage, ob das europäische (Sozial-)recht selbst mit dieser wichtigen Unterteilung vertraut ist, im Hinblick auf die Anwendbarkeit von Rechten und Freiheiten,

so wie sie in dem Vertrag festgelegt sind. Es sollte insbesondere festgestellt werden, ob (1) sowohl primäres als auch sekundäres Gemeinschaftsrecht jegliche textlichen oder rechtlichen Definitionen einbringen und (2) wie diese Begriffe - sofern vorhanden - ausgelegt werden sollen. Des Weiteren könnte es interessant sein, jegliche Tendenzen in Bezug auf die Abgrenzung von Arbeitnehmern und Selbständigen sowie den Grad der sozialen Absicherung, der beiden Kategorien gewährt wird, herauszugreifen.

Definition und Beschreibung innerhalb des primären Gemeinschaftsrechts

Freizügigkeit der Arbeitnehmer

Sowohl Artikel 39 als auch 42 EG-Vertrag nennen den Begriff „Arbeitnehmer“. Der Vertrag selbst schließt jede Beschäftigung im öffentlichen Dienst⁵ von diesem Konzept aus. Abgesehen davon kommt man zu dem Schluss, dass der Vertrag einer positiven Definition entbehrt. So oder so können nur natürliche Personen unter den Anwendungsbereich des Artikel 39 EG-Vertrag fallen (und keine juristischen Personen, im Gegensatz zu den Artikeln im Zusammenhang mit dem freien Dienstleistungsverkehr).

Der Europäische Gerichtshof (nachfolgend: „EuGH“) hat von Anfang an den genauen Anwendungsbereich dieser Formulierung festgelegt, wonach dieses Konzept eine Gemeinschaftsbedeutung hat, die sich auf alle diejenigen bezieht, die als solche und in jeglicher Weise den verschiedenen nationalen Systemen der sozialen Sicherheit unterliegen⁶.

Im Allgemeinen wird ein „Arbeitnehmer“ als eine Person definiert, die für einen bestimmten Zeitraum Dienste für und nach Weisung einer anderen Person erbringt, wofür sie als Gegenleistung eine Vergütung erhält⁷. Infolgedessen sind vier Elemente relevant: (1) die

4 Ohne Berücksichtigung von Regierungsbeamten (Staatsbeamte oder Beschäftigte im öffentlichen Dienst).

5 Art. 39, 4° EG-Vertrag.

6 EuGH 75/63, Unger v. Bedrijfsvereniging voor Detailhandel en Ambachten, 1964.

7 EuGH 53/81, Levin v. Staatsecretaris van Justitie, 1982; EuGH 133/85, Kempf v. Staatsecretaris van Justitie, 1986; EuGH 66/85, Lawrie-Blum v. Land Baden-Württemberg, 1986; EuGH 197/86, Brown v. the Secretary of State for Scotland, 1988; EuGH 344/87, Bettray v. Staatsecretaris van Justitie, 1989; EuGH 357/89, Raulin v. Minister van Onderwijs en Wetenschappen, 1992; EuGH 3/90, Bernini v. Minister van Onderwijs en Wetenschappen, 1992; EuGH 85/96, Martínez Sala v. Freistat Bayern, 1998; EuGH C-188/00, Kurz v. Land Baden-Württemberg, 2002; EuGH 337/97, Meeusen v. Hoofddirectie van de Informatie Beheer Groep, 1999; EuGH C-138/02, Collins v. Secretary of State for Work and Pensions, 2004; EuGH C-456/02, Trojani v. Centre public d'aide sociale de Bruxelles, 2004; EuGH C-109/04, Kranemann v. Land Nordrhein-Westfalen, 2005; EuGH C-228/07, Petersen v. Arbeitsmarktservice Niederösterreich, 2008.

Erbringung von Diensten, (2) ein bestimmter Zeitrahmen, (3) die Erbringung von Arbeit nach Weisung einer anderen Person und (4) die Notwendigkeit einer Vergütung.

Der EuGH scheint insbesondere den Bestandteil „nach Weisung einer anderen Person“ als ein wesentliches Merkmal des Beschäftigungsverhältnisses hervorzuheben. Die Verbindung mit einer Abhängigkeit scheint das wichtigste Element zu sein, anhand dessen man „Arbeitnehmer“ von „Selbständigen“ unterscheiden kann⁸. Das nationale Gericht muss seine Untersuchung auf objektiven Kriterien begründen und eine Gesamtbeurteilung aller Umstände des Falles sowohl im Hinblick auf die Art der betroffenen Tätigkeiten als auch die Art des betreffenden Beschäftigungsverhältnisses vornehmen⁹.

Des Weiteren betont der EuGH, dass die Tätigkeiten, denen nachgegangen wird, „echt und ernsthaft sein sollten, wobei solche Tätigkeiten ausgeschlossen sind, die nur in so geringem Umfang ausgeübt werden, dass sie als geringfügig und untergeordnet oder zusätzlich zu betrachten sind“¹⁰. Das bedeutet jedoch nicht, dass eine kurzfristige Beschäftigung als solche automatisch aus dem Anwendungsbereich des Artikels 39 EG-Vertrag ausgeschlossen ist¹¹.

Das Gemeinschaftskonzept des Arbeitnehmers entspricht nicht notwendigerweise den gesetzlichen Beschreibungen, die in der Gesetzgebung vieler Mitgliedsstaaten zu finden sind. Zudem kann weder die einzigartige Form des Beschäftigungsverhältnisses gemäß nationalem Recht noch der Grad der Produktivität der betroffenen Person, die Herkunft der Mittel, aus welchen die Vergütung be-

zahlt wird oder der beschränkte Betrag der Vergütung Auswirkungen auf die Feststellung haben, ob die Person im Sinne des Gemeinschaftsrechts Arbeitnehmer ist oder nicht¹².

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Auslegung des Gerichts in Bezug auf „Arbeitnehmer“ und „Tätigkeit als angestellte Person“ im Hinblick auf die Freizügigkeit von Arbeitnehmern eine große Bandbreite von Beschäftigungsverhältnissen abdeckt und unabhängig von nationalen Definitionen ist. Sicher ist, dass es nicht eng ausgelegt werden kann¹³. Das Gericht hat deutlich gemacht, dass diese eher weite EG-vertragsbasierte Auslegung notwendig ist, um sicherzustellen, dass die Vorteile des Vertrages bestimmten Personenkategorien gewährt werden¹⁴.

Niederlassungsrecht und freier Dienstleistungsverkehr

Der persönliche Anwendungsbereich der Artikel 43, 44, 2^o und 47 EG-Vertrag wird mit „selbständig“ gekennzeichnet, was in der niederländischen Version des Vertrages zum Beispiel in negativer Form beschrieben wird: „nicht in vergüteter/festangestellter Beschäftigung“. Unter Berücksichtigung der breiten Definition von „Arbeitnehmern“, wie von der Rechtsprechung verfeinert, werden die Selbständigen möglicherweise als Restkategorie betrachtet. Dies ergibt sich zu einem gewissen Grad aus der Terminologie des Vertrages, welcher den allgemeineren Begriff „Tätigkeiten (als Selbständiger)“ verwendet.

Die Selbständigen können, im Gegensatz zu Arbeitnehmern, sowohl natürliche als

8 EuGH C-107/94, Asscher v. Staatssecretaris van Financiën, 1996; EuGH C-268/99, Jany and Others v. Staatssecretaris van Justitie, 2001; EuGH C-151/04 and C-152/04, Nadin, Nadin-Lux SA v. Durré, 2005.

9 EuGH C-431/01, Ninni-Orasche v. Bundesminister für Wissenschaft, Verkehr und Kunst, 2003; EuGH C-456/02, Trojani v. Centre public d'aide sociale de Bruxelles, 2004.

10 EuGH 53/81, Levin v. Staatssecretaris van Justitie, 1982; EuGH 337/97, Meeusen v. Hoofddirectie van de Informatie Beheer Groep, 1999; EuGH C-431/01, Ninni-Orasche v. Bundesminister für Wissenschaft, Verkehr und Kunst, 2003; EuGH C-228/07, Petersen v. Arbeitsmarktservice Niederösterreich, 2008.

11 EuGH C-431/01, Ninni-Orasche v. Bundesminister für Wissenschaft, Verkehr und Kunst, 2003.

12 EuGH 53/81, Levin v. Staatssecretaris van Justitie, 1982; EuGH 344/87, Bettray v. Staatssecretaris van Justitie, 1989; EuGH C-188/00, Kurz v. Land Baden-Württemberg, 2002; EuGH C-456/02, Trojani v. Centre public d'aide sociale de Bruxelles, 2004.

13 Siehe Rechtsprechung, die in Fußnote Nr. 4 angegeben ist.

14 EuGH 53/81, Levin v. Staatssecretaris van Justitie, 1982.

auch juristische Personen sein - der Vertrag nennt diese „Staatsangehörige“. Was Arbeitnehmer betrifft, so sind Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Ausübung hoheitlicher Befugnisse nicht Bestandteil des Konzeptes der „Selbständigkeit“¹⁵.

Wie oben angegeben hat der EuGH bestätigt, dass „jede Tätigkeit, die eine Person außerhalb eines Abhängigkeitsverhältnisses erbringt, als eine Tätigkeit klassifiziert werden muss, die in selbständiger Eigenschaft für die Zwecke des Artikels 43 EG-Vertrag verfolgt wird“. Dies impliziert, dass für eine ordentliche Unterscheidung zwischen den Arbeitnehmern (Art. 39 EG-Vertrag) das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein eines Abhängigkeitsverhältnisses maßgeblich ist. Sofern jedoch eine Vorabentscheidung verlangt wird (Art. 234 EG-Vertrag) sind nur die nationalen Gerichte für die Entscheidung zuständig, ob eine Person entweder Arbeitnehmer oder Selbständiger ist¹⁶. Innerhalb dieses Rahmens bietet der EuGH einige „Leitsätze“ zur Anleitung der nationalen Gerichte. Eine (wirtschaftliche) Tätigkeit, die von einer selbständigen Person verfolgt wird, fällt unter den Anwendungsbereich des Niederlassungsrechts, wenn sie von der Person durchgeführt wird, welche die Dienstleistungen erbringt (1) außerhalb eines Abhängigkeitsverhältnisses in Bezug auf die Wahl dieser Tätigkeit, die Arbeitsbedingungen und die Bedingungen der Vergütung, (2) auf eigene Verantwortung dieser Person und (3) gegen Vergütung, die dieser Person direkt und voll bezahlt wird¹⁷.

Das Gericht hat zum Beispiel auch schon entschieden, dass der Geschäftsführer einer Firma, deren alleiniger Gesellschafter er ist,

seine Tätigkeiten nicht im Kontext eines Abhängigkeitsverhältnisses durchführt und er somit nicht als „Arbeitnehmer“ im Sinne des Artikel 39 EG-Vertrags behandelt wird, sondern als selbständige Person, einer Tätigkeit im Sinne des Artikel 43 verfolgend¹⁸.

Artikel 49 EG-Vertrag hingegen liefert eine genaue Beschreibung der Leistungserbringung (durchgeführt von - selbständigen - Staatsangehörigen eines Mitgliedsstaates). Es beinhaltet jede Dienstleistung (meist Tätigkeiten gewerblicher oder geschäftlicher Natur, Handwerker und (freie) Berufe), die normalerweise gegen Vergütung erbracht wird. Die Definition eines (unabhängigen) Dienstleisters könnte daher als „jede natürliche Person, die Staatsangehörige eines Mitgliedsstaates ist oder jede juristische Person gemäß der Definition in Artikel 48 EG-Vertrag und niedergelassen in einem Mitgliedsstaat, die eine Dienstleistung anbietet oder erbringt“ beschrieben werden¹⁹.



15 Art. 45 EG-Vertrag.

16 EuGH C-431/01, Ninni-Orasche v. Bundesminister für Wissenschaft, Verkehr und Kunst, 2003; EuGH C-456/02, Trojani v. Centre public d'aide sociale de Bruxelles, 2004; EuGH C-151/04 and C-152/04, Nadin, Nadin-Lux SA v. Durré, 2005.

17 EuGH C-268/99, Aldona Malgorzata Jany and others v. Staatssecretaris voor Justitie, 2001. Bitte berücksichtigen, dass dieser Fall eine Vorabentscheidung im Zusammenhang mit der Auslegung des Europa-Abkommens betrifft, welche einen Zusammenhang zwischen den Europäischen Gemeinschaften und deren Mitgliedsstaaten auf der einen Seite, und der Republik Polen und der Tschechischen Republik auf der anderen Seite herstellt. Dies beeinträchtigt jedoch nicht die Relevanz des Urteils für die Zwecke der Auslegung von Art. 43 EG-Vertrag.

18 EuGH C-107/94, Asscher v. Staatssecretaris van Financiën, 1996.

19 Siehe Art. 4, 2) Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rats vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, OJ L 376, 27. Dezember 2006, 36.

Grundsatz des gleichen Entgelts für männliche und weibliche Arbeitnehmer für gleiche oder gleichwertige Arbeit

Artikel 141, Absatz 1 EG-Vertrag erwähnt auch den Begriff der (männlichen und weiblichen) „Arbeitnehmer“. Des Weiteren bezieht sich dieser Artikel auf die gemeinsamen Konzepte wie zum Beispiel „Beschäftigung und Tätigkeit“ und „Arbeit“.

Der EuGH betonte, dass der Begriff „Arbeitnehmer“ im Rahmen des Artikel 141 EG-Vertrag anhand des individuellen Sachverhalts beurteilt werden sollte. Da es nicht nur eine einzige Definition im Gemeinschaftsrecht gibt, variiert der Begriff je nach dem Bereich, in dem die Definition angewendet werden soll²⁰. So oder so kann der Ausdruck „Arbeitnehmer“, der in Artikel 141 EG-Vertrag benutzt wird, nicht durch Bezugnahme auf die Rechtsprechung der Mitgliedsstaaten definiert werden, sondern hat eine gemeinschaftsspezifische Bedeutung. Des Weiteren kann er nicht restriktiv ausgelegt werden²¹.

Die Auslegung des Begriffs „Arbeitnehmer“



innerhalb des rechtlichen Rahmens, der von Artikel 141 EG-Vertrag geboten wird, basiert trotzdem fast vollständig auf der Rechtsprechung in Bezug auf die Freizügigkeit von Arbeitnehmern. Ein Arbeitnehmer wird als Person betrachtet, die für einen bestimmten Zeitraum Dienstleistungen für und nach Weisung einer anderen Person erbringt, wofür sie im Gegenzug eine Vergütung erhält²². Aus dieser Definition wird deutlich, dass die Autoren des Vertrages nicht beabsichtigt haben, dass der Begriff „Arbeitnehmer“ im Sinne des Artikel 141 EG-Vertrag unabhängige Anbieter von Dienstleistungen, die nicht in einem Abhängigkeitsverhältnis zu der Person steht, welche die Dienstleistungen empfängt, umfassen soll²³. Die Frage, ob ein solches Verhältnis besteht, muss im jeweiligen Einzelfall unter Berücksichtigung aller Faktoren und Umstände, die das Verhältnis zwischen den Parteien bestimmen, beantwortet werden. Die förmliche Klassifizierung einer selbständigen Person gemäß nationalem Recht schließt die Möglichkeit nicht aus, dass eine Person als Arbeitnehmer im Sinne des Artikel 141 EG-Vertrag klassifiziert werden kann, wenn ihre Unabhängigkeit nur fiktiv ist und somit eine Beschäftigung im Abhängigkeitsverhältnis im Sinne dieses Artikels verdeckt²⁴.

Es ist irgendwie bemerkenswert, dass das Gericht - innerhalb des Anwendungsbereichs des Artikel 141 EG-Vertrag - ausdrücklich den Tatsachen Vorrang einräumt, vor der förmlichen (schriftlichen) Qualifizierung zwischen den Parteien eines Beschäftigungsverhältnisses.

20 EuGH 85/96, Martínez Sala v. Freistaat Bayern, 1998.

21 EuGH C-256/01, Debra Allonby v. Accrington & Rossendale College und andere, 2004.

22 Ibid. Vgl. (im Kontext der Freizügigkeit der Arbeitnehmer) EuGH 66/85, Lawrie-Blum v. Land Baden-Württemberg, 1986; EuGH 85/96, Martínez Sala v. Freistaat Bayern, 1998.

23 EuGH C-256/01, Debra Allonby v. Accrington & Rossendale College und andere, 2004. Vgl. (im Kontext der Freizügigkeit der Arbeitnehmer) EuGH 337/97, Meeusen v. Hoofddirectie van de Informatie Beheer Groep, 1999.

24 EuGH C-256/01, Debra Allonby v. Accrington & Rossendale College und andere, 2004.

Charakterisierung innerhalb des sekundären Gemeinschaftsrechts

Artikel 1 der Verordnung 1408/71²⁵, welche die soziale Absicherung von Wanderarbeitnehmern koordinieren soll, definiert die Konzepte der angestellten und selbständigen Personen sehr weit und verweist nicht auf allgemeine nationale Definitionen. Es bezeichnet jede Person, die versichert ist, pflichtversichert oder auf freiwilliger dauerhafter Grundlage, für eine oder mehrere Eventualitäten, die von den Bereichen eines Sozialversicherungsmodells für Angestellte oder Selbständige oder von einem besonderen Modell für Beamte gedeckt sind. Des Weiteren soll die Definition des Arbeitnehmers gemäß Artikel 2 der Richtlinie 96/71²⁶ im Zusammen-

hang mit der Entsendung von angestellten Personen diejenige sein, die im Mitgliedsstaat verwendet wird, in welches der Arbeitnehmer entsandt wird, für die Zwecke der Richtlinie.

Eine letzte Bemerkung: einige Bestimmungen innerhalb des Kapitels Sozialvorschriften des Vertrages²⁷ beziehen sich auch auf den Begriff „Arbeitnehmer“²⁸. Natürlich ist die Auslegung dieses Begriffs mit den Konzepten, die von dem sekundären Gemeinschaftsrecht übernommen wurden, verflochten (Definitionen innerhalb von verschiedenen Verordnungen, Richtlinien, usw.)²⁹.

Tendenzen

Obwohl sowohl das primäre als auch das sekundäre Gemeinschaftsrecht die grundlegende Unterscheidung zwischen Arbeitnehmern und Selbständigen anerkennt, tendiert die wirtschaftliche und soziale Realität dazu, die beiden Rechtsebenen zusammenzuziehen³⁰ und den gleichen Grad an (sozialer) Absicherung zu gewähren, ungeachtet der rechtlichen Position der Person.

Dieser Trend kann auf verschiedene EU-Texte zurückverfolgt werden.

Es kann erwähnt werden, dass sogar nicht verbindliche Normen und politische Instrumente soziale Gleichheit anstreben, ungeachtet der berufsständischen Statuten. Ein Beispiel für

diese Art des nicht zwingenden Rechts ist die Europäische Charta der sozialen Grundrechte für Arbeitnehmer, deren Einleitung wie folgt lautet: „[...] während deren Zielsetzung andererseits die feierliche Feststellung ist, dass die Umsetzung der Einheitlichen Europäischen Akte die soziale Dimension der Gemeinschaft voll berücksichtigen muss und dass es in diesem Kontext erforderlich ist, auf den entsprechenden Ebenen die Entwicklung der sozialen Rechte der Arbeitnehmer der Europäischen Gemeinschaft sicherzustellen, insbesondere der angestellten Arbeitnehmer und selbständigen Personen [...]“. Des Weiteren richtet sich die Charta an „alle Arbeitnehmer“, in „jedem Beruf oder jeder Tätigkeit“³¹.

25 Verordnung des Rates 1408/71/EWG über die Anwendung von Sozialversicherungsmodellen auf angestellte Personen, selbständige Personen und deren Familienmitglieder, die sich innerhalb der Gemeinschaft bewegen, OJ L 149, 5. Juli 1971, 2 (nachfolgend abgekürzt als „Verordnung 1408/71/EWG“ bezeichnet).

26 Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, OJ L 18, 21. Januar 1997, 1-6.

27 Titel XI EG-Vertrag.

28 Siehe insbesondere Art. 137, 1., a), c), d), e) und f) EG-Vertrag.

29 Supra, Untertitel „3. Charakterisierung innerhalb des sekundären Gemeinschaftsrechts“.

30 Siehe auch: KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN, Mitteilung der Kommission des Rates, des Europäischen Parlaments, des Europäischen Wirtschafts- und Sozialkomitees und des Komitees der Regionen (COM (2007) 627 Endfassung), Brüssel, Kommission der Europäischen Gemeinschaften, 2007, 7, eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2007:0627:FIN:EN:PDF.

31 Art. 2 Europäische Charta der Sozialen Grundrechte von Arbeitnehmern.

Selbst in positiven Rechtstexten gibt es eine deutliche Tendenz zur Abschaffung der Unterscheidung zwischen angestellten und selbständigen Personen und einfach auf eine breite Kategorie zu verweisen („Personen, die Arbeit durchführen“)³².

Ein Beispiel kann in der europäischen Gesetzgebung zur Gleichbehandlung gefunden werden, welche „Mitglieder der arbeitenden Bevölkerung, einschließlich selbständiger Personen“ umfasst³³.

Ein weiteres Beispiel sind die Vorschriften zur Regelung der Arbeitszeit von Personen, die Fahrtätigkeiten im Bereich des Straßentransports erbringen³⁴. Richtlinie 2002/15/EG bezieht sich auf die (breite) Kategorie der „Personen, die Fahrtätigkeiten im Bereich des Straßentransports erbringen“, welche Fahrtätigkeiten erbringende Arbeitnehmer genauso wie selbständige Fahrer umfasst³⁵. Der Zweck der Richtlinie - die Festlegung der Mindestvorschriften für die Gestaltung der Arbeits-

zeit, um die Sicherheit und die Gesundheit der Personen, die Fahrtätigkeiten im Bereich des Straßentransports ausüben, verstärkt zu schützen, die Sicherheit im Straßenverkehr zu erhöhen und die Wettbewerbsbedingungen einander stärker anzugleichen - müssen nicht von der Frage abhängen, ob ein Fahrer entweder angestellt oder selbständig ist. Trotzdem hat der EuGH in Erinnerung gerufen, dass selbständige Fahrer und angestellte Fahrer nicht in der gleichen Situation sind, wenn es um die Regelung ihrer Arbeitszeit geht. Der Erstgenannte muss, zusätzlich zu den Tätigkeiten, die in direktem Zusammenhang mit dem Straßentransport stehen, allgemeine Verwaltungsarbeiten übernehmen, die den Letztgenannten nicht betreffen³⁶.

Soweit die Koordinierung der nationalen Sozialversicherungsmodelle betroffen ist, umfasst Verordnung 1408/71/EWG³⁷ heutzutage sowohl die angestellten als auch die selbständigen Personen infolge eines historischen Prozesses.



32 A. PERULLI, Economically dependent / quasi-subordinate (parasubordinate) employment: legal, social and economic aspects, Brüssel, Kommission der Europäischen Gemeinschaften, 2003, 28, ec.europa.eu/employment_social/labour_law/docs/parasubordination_report_en.pdf.

33 Art. 6 Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rats vom 5. Juli 2006 über die Umsetzung des Grundsatzes der Chancengleichheit und der Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Angelegenheiten der Beschäftigung und Berufstätigkeit, OJ L 204, 26. Juli 2006, 23.

34 Siehe Richtlinie 2002/15/EG des Europäischen Parlaments und des Rats vom 11. März 2002 über die Regelung der Arbeitszeit von Personen, die Fahrtätigkeiten im Bereich des Straßentransports erbringen, OJ L 80, 23. März 2002, 35 (nachfolgend abgekürzt als „Richtlinie 2002/15/EG“ bezeichnet).

35 Siehe Art. 3, d), e) und f) Richtlinie 2002/15/EG.

36 EuGH C-184/02 and C-223/02, Kingdom of Spain and Republic of Finland v. European parliament and Council of the Europäische Union, 2004, Überlegung Nr. 65.

37 Supra, Untertitel „3. Charakterisierung innerhalb des sekundären Gemeinschaftsrechts“.

Scheinselbständigkeit: ein vergleichender Überblick

Die Abgrenzung zwischen direkter Anstellung/ echter Selbständigkeit und echter Selbständigkeit/ Scheinselbständigkeit

Die duale Klassifizierung, die im Kontext der Arbeitsbeziehungen zwischen abhängigen Arbeitnehmern und Selbständigen in den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union existiert, bildet einen Eckpfeiler des Arbeits- und Sozialversicherungsrechts. Wir müssen sodann die grundlegende Frage behandeln, wie heutzutage die Beschäftigung im Abhängigkeitsverhältnis und die Selbständigkeit definiert werden und welche Techniken oder Methoden eingesetzt werden, um diese zu unterscheiden.

In dieser Hinsicht können unterschiedliche Tendenzen erkannt werden. Während in einigen Ländern keine gesetzliche Definition dieser Konzepte vorgesehen ist, wird in anderen Mitgliedsstaaten eine gesetzliche Definition nur für die direkte Anstellung geliefert, während es einige wenige Länder gibt, die für beide Konzepte eine gesetzliche Definition liefern.

Die Tatsache, dass eine eindeutige Definition geliefert wird, entweder durch Gesetzgebung oder durch Rechtsprechung, sollte jedoch nicht überbewertet werden, da daraus nicht folgt, dass diejenigen Länder, die eine Definition haben, eine klarere Unterscheidung zwischen angestellter Beschäftigung und Selbständigkeit haben.

Es scheint so zu sein, dass Länder, die auf Gewohnheitsrecht angewiesen sind, keine spezifische Definition haben. Aber selbst in diesem Fall, impliziert das Fehlen einer gesetzlichen Definition nicht automatisch das Fehlen entsprechender gesetzlicher Bestimmungen. In Irland zum Beispiel sind alle Arbeitnehmer durch den Terms of Employment (Information) Act [Gesetz zur Information über die Beschäftigungsbe-

dingungen] geschützt, welches die Verpflichtung enthält, eine schriftliche Darstellung der Beschäftigungsbedingungen sowie eine zwingend vorgeschriebene Mitteilung jeglicher Änderungen der Einzelheiten, die in dieser Darstellung festgelegt sind, zu liefern.

Frankreich befindet sich in einer dazwischen liegenden Position. Auf der einen Seite ist die Definition von direkter Anstellung relativ prägnant in der Rechtsprechung definiert, aber auf der anderen Seite, gibt es eine direkte Anstellung auch im Arbeitsgesetz, welches das Abhängigkeitsverhältnis im Arbeitgeber-Arbeitnehmer-Verhältnis definiert - eines der vorrangigen Elemente zur Feststellung des Status der direkten Anstellung und es bietet auch eine Beschreibung des Konzepts der Selbständigkeit.

Einige Länder definieren nur das Konzept der direkten Anstellung. In den Niederlanden definiert das Zivilgesetzbuch einen Arbeitsvertrag als: *„der Vertrag, aufgrund dessen eine Partei, der Arbeitnehmer, sich gegenüber der anderen Partei, dem Arbeitgeber, verpflichtet gegen Vergütung und für einen bestimmten Zeitraum zu arbeiten.“*

Es gibt keine gesetzliche Definition des Konzepts der Selbständigkeit, der Selbständige wird als Person beschrieben, die kein Angestellter ist.

In Großbritannien basiert die binäre Unterscheidung zwischen dem jeweiligen Status auf der Unterscheidung zwischen dem „Arbeitsvertrag“ und dem „Dienstvertrag“. Dies wurde in dem National Insurance Act von 1946 [Sozialversicherungsgesetz] zusammengeführt, welches sowohl die steuerlichen als auch die rechtlichen Definitionen der Beschäftigung in Einklang gebracht hat.

Andere Länder haben jedoch beide Konzepte definiert. So definiert zum Beispiel das italienische Zivilgesetzbuch³⁸ einen *Angestellten* als eine Person, die unter der Kontrolle und gemäß den Weisungen eines Arbeitgebers dient, die ein Gehalt bezieht, um ihre Aufgaben zu erfüllen. Der *Selbständige* ist eine Person, die ihre Tätigkeiten erbringt, ohne dabei der Kontrolle und den Weisungen eines Arbeitgebers zu unterliegen.

Das schwedische Gutachten beschreibt die wesentlichen Kriterien zur Feststellung eines Beschäftigungsverhältnisses in der Gesetzgebung, Vorschriften oder der Rechtsprechung wie folgt: Gehalt, Abhängigkeitsverhältnis zum Arbeitgeber, fester Zeitplan, Nutzung der Werkzeuge des Arbeitgebers, Sozialleistungen werden teilweise vom Arbeitgeber bezahlt, Anspruch auf eine Reihe von Rechten, die im Tarifvertrag dargelegt sind (Jahresurlaub, Freistellung von der Arbeit wegen Krankheit,...), Vertretung durch Gewerkschaften und Unterstützung in Zeiten der Arbeitslosigkeit. Die Anmeldung bei den Steuerbehörden ist das entscheidende Kriterium dafür, als *Selbständiger* zu gelten. Ohne Anmeldung gilt eine Person als illegal arbeitend. Weitere wichtige Kriterien sind: Planung der eigenen Arbeit, eigene Ausrüstung und Werkzeuge, weniger weitreichendes Abhängigkeitsverhältnis, Übernahme von Risiko, das Arbeiten für mehr als einen Auftraggeber³⁹.

Schließlich definiert das belgische Rahmengesetz vom 27. Dezember 2006 das Konzept eines Angestellten als „*eine Person, die sich in einem Arbeitsvertrag verpflichtet, gegen Lohn und gemäß der Weisungsbefugnis einer anderen Partei, dem Arbeitgeber, Arbeit zu erbringen*“. Die selbständige Person ist „*eine Person, die*

eine Arbeitstätigkeit außerhalb der Weisungsbefugnis eines Arbeitgebers erbringt und die keinem Gesetz verpflichtet ist.“ Gemäß diesem Gesetz sind vier Kriterien für die Feststellung des Unterschieds zwischen Selbständigen und angestellten Personen von Bedeutung:

- 1) Der Wille der Parteien, so wie er in dem Vertrag ausgedrückt ist, wenn dies mit der Realität übereinstimmt oder in anderen Worten, wenn dies mit der konkreten Durchführung des Arbeitsvertrages übereinstimmt;
- 2) Die Freiheit der Regelung der Arbeitszeit;
- 3) Die Freiheit der Regelung der Arbeit;
- 4) Die Möglichkeit der Einführung einer hierarchischen Kontrolle.

In einigen Ländern kann eine indirekte Definition festgestellt werden. In Spanien kann eine Definition aus dem Anwendungsbereich des spanischen Arbeitsvertragsgesetzes abgeleitet werden, wonach ein Arbeitsvertrag angenommen wird, „*wenn eine Person (der Arbeitnehmer) frei und persönlich eine Dienstleistung gegenüber einer anderen Partei (eine Firma, ein Arbeitgeber oder ein Unternehmer) erbringt, für welche diese Person bezahlt wird. Diese Person arbeitet als Angestellte gemäß den Weisungen und der Verwaltung des Arbeitgebers*“. Selbständigkeit wird als wirtschaftliche berufliche Tätigkeit definiert, die regelmäßig, persönlich und direkt von einer Person durchgeführt wird, ohne dass eine Beeinträchtigung durch eine fremde Verwaltung oder Weisung stattfindet.

In Rumänien ist der persönliche Arbeitsvertrag: „*ein Vertrag, gemäß welchem ein natürlicher Rechtsträger, Arbeitnehmer genannt, sich verpflichtet, Arbeit für und gemäß der Weisungsbefugnis*

38 Art. 2094 des italienischen Zivilgesetzbuches.

39 Es sollte zur Kenntnis genommen werden, dass der schwedische Bericht erwähnt, dass die verschiedenen Kriterien von der Gesetzgebung, den Vorschriften und der Rechtsprechung entwickelt wurden, ohne eine klare Abgrenzung bei den Quellen dieser Kriterien zu treffen.

eines Arbeitgebers, der eine natürliche oder juristische Person ist, zu erbringen, im Austausch für eine Bezahlung, als Gehalt bezeichnet.“

Soweit es eine echte Selbständigkeit betrifft, definieren das polnische Gesetz zur Freiheit von Geschäftstätigkeiten und das Einkommenssteuergesetz den Begriff der „Geschäftstätigkeit“, welcher beinhaltet, dass der Selbständige ausschließlich für die erbrachten Dienstleistungen verantwortlich ist, die Geschäftstätigkeit wird nicht unter der Verwaltung oder an einem Ort und zu einem Zeitpunkt erbracht, der vom Kunden angegeben wird und der Selbständige übernimmt das wirtschaftliche Risiko im Zusammenhang mit seinen Dienstleistungen.

Da eine gesetzliche Definition selten geliefert wird, wurden die Definition und die Abgrenzung der beiden Konzepte durch die Rechtsprechung entwickelt, indem Tests mit der Zielsetzung eingesetzt werden, zwischen dem Status einer direkten Anstellung und einer Selbständigkeit anhand von objektiven Kriterien zu unterscheiden. In dieser Hinsicht erweitert die Rechtsprechung oft das Konzept der abhängigen Beschäftigung, um Personen zu erfassen, die herkömmlicherweise nicht das Kriterium der juristischen Abhängigkeit erfüllen, die aber in der einen oder anderen Form von dem Geschäft eines anderen abhängig sind.

Dies ist natürlich der Fall bei Ländern mit Wohnheitsrecht wie zum Beispiel Irland⁴⁰ oder Großbritannien. Das Beispiel Großbritannien ist besonders signifikant, weil vier überlappende Tests berücksichtigt werden können, wobei keiner Vorrang vor dem anderen hat:

- 1) **Der Test der Kontrolle** (d.h. Pflicht zur Befolgung von Anweisungen, Entscheidungsfreiheit über Arbeitszeit, Überwachung der Arbeitsweise) ;
- 2) **Der Test der Integration** (d.h. die Tatsache, dass die Person Teil einer Arbeitgeberorganisation ist oder nicht, Disziplinar- oder Beschwerdeverfahren unterliegt, Aufnahme in betriebliche Leistungsmodelle) ;
- 3) **Der Test der wirtschaftlichen Realität** (d.h. die Zahlungsmethode, Freiheit zur Einstellung von anderen, Bereitstellung von eigener Ausrüstung, Investition in eigenes Geschäft, Methode der Steuerzahlung, Erfassung von Krankengeld und Urlaubsgeld, Übernahme finanzieller Risiken, um Gewinne oder Verluste zu machen) ;
- 4) **Die Gegenseitigkeit der Verpflichtung** (d.h. Dauer der Beschäftigung, Regelmäßigkeit der Beschäftigung/erneuten Beauftragung, Recht zur Ablehnung von Arbeit, handelsüblich).

Aufgrund des Vorhandenseins dieser verschiedenen Tests ist die rechtliche Klassifizierung zu einer schwierigen Aufgabe geworden.

Während die ersten drei Tests eher auf den Status der Anstellung hinweisen, weist der letzte Test auf den Status der Selbständigkeit hin. Beobachter stellen fest, dass diese vier Tests tatsächlich eine erhöhte Komplexität und Unsicherheit erzeugen. Des Weiteren muss die Abgrenzung zwischen dem jeweiligen Status immer auf einem einzelfallbezogenen Ansatz beruhen und es darf folglich keine allgemeine Regel formuliert werden.

⁴⁰ In Irland hat die Rechtsprechung, weil es keine gesetzliche Definition der beiden Status gibt, eine Reihe von Eigenschaften einer direkten Anstellung entwickelt (bei der eigenen Arbeit kontrolliert, fester Lohn, keine Ausrüstung, kein finanzielles Risiko, feste Zeiten, Verpflegung und Reisen bezahlt, nur Bereitstellung der Arbeitskraft, usw.), aber auch Faktoren für eine Selbständigkeit (eigenes Unternehmen, finanzielle Risiken, Verantwortung für Verwaltung, Kontrolle über die Arbeit, Bereitstellung der Materialien, Vereinbarung über den Preis für die Arbeit, usw.).

Aber diese Tests sind auch in denjenigen Mitgliedsstaaten gut etabliert, in denen kein System des Gewohnheitsrechts herrscht, so zum Beispiel in Italien⁴¹, Spanien⁴², Frankreich⁴³, Belgien oder den Niederlanden, alleamt Mitgliedsstaaten, deren Gesetzgebung eine Definition für diese Konzepte bieten. Der

breite Charakter und das Fehlen von Genauigkeit in der Gesetzgebung erfordert oftmals, dass die Gerichte die bestehenden gesetzlichen Definitionen vervollständigen. Es sollte zur Kenntnis genommen werden, dass diese Art von Tests auch in Rumänien und Schweden eingesetzt werden⁴⁴.

Die Auswirkungen der Regulierung und Deregulierung auf diesem Gebiet

Scheinselbständigkeit ist eine verdeckte Anstellung. Das Phänomen der Scheinselbständigkeit wird als solches in der nationalen Gesetzgebung nicht beschrieben.

Indirekte Bezugnahmen auf diesen Status sind jedoch zu finden. So legt das italienische Rechtssystem beispielweise eine Reihe von Vorschriften in Bezug auf Scheinselbständigkeit fest. Das italienische Recht definiert auch „teilabhängige Beschäftigung“ als „verdeckte Arbeit“⁴⁵. Dieses Fehlen von Klarheit führt manche Personen im Schrifttum zu der Schlussfolgerung, dass Scheinselbständigkeit auf einen Status verweist, der mehrdeutig erscheinen kann, d.h. obwohl die Arbeitskraft selbständig ist, scheint es, dass die erbrachte Arbeit diese in eine Zwischenkategorie zwischen der angestellten und der selbständigen Arbeitskraft klassifiziert. Ein weiteres Beispiel ist Irland, wo das nationale Recht „Scheinselbständigkeit“ nicht erwähnt, aber das Steuersystem und das Landesabkommen diese indirekt erwähnen, indem festgelegt ist, was ein Missbrauch eines typischen Selbständigkeits-/Dienstleistungsverhältnisses ist.

Seit 1997 verwendet das französische Recht die Kategorie der „verdeckten Arbeit“, welche zwei Arten von Situationen umfasst:

- ◆ **Die Verschleierung von Tätigkeiten** d.h. wenn gewinnorientierte Tätigkeiten in einer Weise betrieben werden, dass sie vorsätzlich Steuer- oder Sozialgesetzgebung verletzen;
- ◆ **Die Verschleierung eines Beschäftigungsverhältnisses**, welches Scheinselbständigkeit beinhaltet.

In Frankreich wird Scheinselbständigkeit solange als echte Selbständigkeit betrachtet, bis der Vertrag neu als Arbeitsvertrag festgelegt wird. Daher kann der Initiierende des Vertrages, wenn der Selbständige in einem Abhängigkeitsverhältnis steht, strafrechtlich wegen verschleierte Anstellung verfolgt werden und der Vertrag muss erneut als Arbeitsvertrag aufgesetzt werden.

Eines der Hauptprobleme, die zur Scheinselbständigkeit führen, ist, dass in fast allen Ländern kaum Formalitäten zu erfüllen sind, um eine selbständige Tätigkeit zu begründen und es daher einfach ist, mit der Erbringung von selbständigen Tätigkeiten zu beginnen. Des Weiteren sind die Arten der Scheinselbständigkeit nach und nach immer raffinierter geworden. In Spanien kann eine Scheinselbständigkeit in Form von Zivilgesellschaften oder Arbeitergenossenschaften erfolgen, die - unter

41 In Italien wenden die Gerichte verschiedene Arten von tests an, mit Faktoren im Zusammenhang mit (i) der Integration in das Unternehmen des Arbeitgebers und der entsprechenden Arbeitgeberkontrolle, (ii) der Dauer des Verhältnisses, (iii) der Arbeitsplanung und der entsprechenden Arbeitgeberkontrolle, (iv) dem Standort der Arbeit, (v) dem Qualifikationsniveau und der Selbstbestimmung, (vi) der Freiheit für andere Arbeitgeber arbeiten zu können, (vii) der Investition und dem Geschäft, (viii) wenn der Arbeitnehmer Angestellte hat.

42 In Spanien sind die Faktoren für eine direkte Anstellung die freiwillige Übernahme der Arbeit, die Einhaltung der vertraglich vereinbarten Arbeitszeiten, die Risiken werden vom Arbeitgeber getragen, die Werkzeuge werden vom Arbeitgeber gestellt, Urlaub wird zwischen beiden Parteien gemäß Tarifvertrag vereinbart.

43 In Frankreich impliziert das Beschäftigungsverhältnis drei Eigenschaften: die Erbringung von Arbeit für einen Dritten, die Zahlung von Lohn, das Abhängigkeitsverhältnis. In Bezug auf Selbständigkeit: das wichtigste Kriterium ist das Fehlen einer Abhängigkeit. Die Richter werden normalerweise prüfen, ob die Kriterien eines Beschäftigungsvertrages erfüllt sind, um einen Beschäftigungsvertrag von einem Selbständigkeitsvertrag zu unterscheiden.

44 Es sollte jedoch zur Kenntnis genommen werden, dass diese Kriterien in Schweden nicht auf der Rechtsprechung basieren, sondern auf der Grundlage der Beobachtungen der Gewerkschaftsoffiziellen, wenn sie von ihrem Recht auf Information über Subunternehmer Gebrauch machen.

45 In Frankreich wird dies als „Grauzone“ bezeichnet.

dem Anschein unabhängiger Arbeit - tatsächlich Arbeitsverträge beinhalten. In Italien ist ein typisches Beispiel eine „Einzelfirma“ Arbeitskraft mit einer Umsatzsteuernummer, die ausschließlich für ein einziges Geschäftsunternehmen arbeitet. Auch in anderen Ländern tritt die Scheinselbständigkeit in Form von Ein-Personen-Unternehmen auf. In den Niederlanden liegt der Schwerpunkt der Diskussion überwiegend auf Situationen von Selbständigen ohne abhängiges Personal, welche die folgenden Eigenschaften aufweisen: sie haben kein Personal, es gibt eine oder mehrere Personen gegenüber der bzw. denen sie sich verantworten müssen, die von ihnen erbrachte Arbeit wird normalerweise von Angestellten erbracht, die Arbeit wird nur nach Auftrag durchgeführt, sie haben selten, sofern überhaupt, eigene Arbeitsräumlichkeiten, sie sind für ihre eigenen Tätigkeiten verantwortlich, die Zahlung erfolgt auf Grundlage der Aufgabe und es gibt keine regelmäßige Vergütung. Wenn diese Personen sehr stark von einer oder mehreren Personen abhängen, können sie als scheinselbständig betrachtet werden.

In der Baubranche in Schweden tritt sie in Form von einzelnen Personen auf, die eine F-Steuerbescheinigung besitzen, welches die einfachste Form der Selbständigkeit ist.

In Deutschland wurde in den letzten Jahren ein bestimmter Fall von Missbrauch der Selbständigkeit deutlich (sogenannte Wir-AG, Ich-AG mit mehreren Personen). Es gibt zunehmend mehr Beispiele von Fällen in denen sich ein „Leiter“ und mehrere ungelernete und schlecht ausgebildete Arbeiter der neuen Mitgliedsstaaten als GbR (Gesellschaft bürgerlichen Rechts) ausgeben oder als ähnliche ausländische Firmenkonstellation ohne die nötigen Voraussetzungen zur Errichtung einer solchen Firma zu erfüllen. In diesen Fällen muss geprüft werden ob die Arbeitnehmer tatsächlich in einem Partnerstatus agieren oder ob eine de facto Arbeitgeber - Arbeitnehmer Beziehung zwischen den betroffenen Personen und dem deutschen oder ausländischen „Leiter“ der Firma besteht. Bei der Eintragung der GbR in das Handelsregister wird keine Kontrolle, ob diese Konstellation

eine echte GbR mit Partnern oder eine Firma mit Arbeitnehmern ist, durchgeführt.

In Belgien gibt es zwei Hauptformen der Scheinselbständigkeit in der Baubranche: ein Angestellter mit einer zusätzlichen scheinselbständigen Tätigkeit (der Angestellte erbringt die gleichen Tätigkeiten für die gleiche Person, sowohl als Angestellter als auch als Selbständiger als zusätzliche Tätigkeit) und im Rahmen der Organisation einer Genossenschaft mit beschränkter Haftung. In Irland finden wir vier verschiedene Arten der (Schein-)Selbständigkeit: die selbständige Personengesellschaft, die individuelle Selbständigkeit, im Rahmen von Gesellschaften mit beschränkter Haftung und Joint Ventures. Eine der neuesten und raffiniertesten Formen der Scheinselbständigkeit, die in vielen Ländern zu finden ist, ist Arbeit, die über Vermittlern beschafft wird (siehe unten).

Die Bekämpfung der Scheinselbständigkeit befasst sich mit der Frage, wie die Beschäftigung mittels der Werkzeuge, die von der Gesetzgebung geliefert oder von der Rechtsprechung vorgegeben werden, korrekt beurteilt und rechtlich klassifiziert werden. Wie deckt der Richter Scheinselbständigkeit auf und klassifiziert sie als angestellte Beschäftigung? Eine Vorfrage, die geklärt werden muss, ist, bis zu welchem Grad die Parteien ihr eigenes Verhältnis qualifizieren dürfen und ob der Richter diese Qualifizierung nachprüfen darf und wenn ja, welche Beschränkungen es für eine solche Maßnahme gibt?

Obwohl die Parteien im Allgemeinen ihre vertraglichen Beziehungen völlig frei - im Rahmen der gesetzlich auferlegten Beschränkungen - gestalten können, lautet die Frage letztlich doch, ob die Absicht der Parteien oder die tatsächliche Situation bei der Definition der Arbeitsbeziehung vorherrschend ist. In Polen ist der Wille der beiden Parteien maßgeblich und das Gericht muss dies respektieren. Dies impliziert, dass, wenn beide Parteien im Rahmen eines selbständigen Verhältnisses verbunden sein möchten, der dem Vertreter der nationalen Gewerbeaufsichtsbehörde vorgelegte Fall abgewiesen werden muss. In Frank-



reich hingegen hängt die Anerkennung einer Situation einer direkten Anstellung weder ‚vom Willen ab, der von beiden Parteien zum Ausdruck gebracht wird‘ noch ‚von dem Namen, der dem Vertrag gegeben wird‘ sondern ausschließlich von ‚den tatsächlichen Bedingungen, gemäß denen die Dienstleistung von dem Arbeitnehmer erbracht wird‘. Dieselbe Schlussfolgerung kann auch für Deutschland gezogen werden, wo die Art des Entstehens der Vertragsbeziehung keinen Einfluss auf die Art und Weise der Unterscheidung hat. Es ist vielmehr eine Frage der genauen Art der Arbeit und wie diese tatsächlich ausgeführt wird.

In den Niederlanden scheint auch die tatsächliche Situation vorherrschend zu sein, obwohl die nationalen Gerichte dies leicht abweichend interpretieren. Für den Obersten Gerichtshof ist die tatsächliche Situation vorherrschend, aber das Gericht wird die tatsächliche Erbringung nur dann überprüfen, wenn Unsicherheit im Hinblick darauf besteht, zwischen wem ein Vertrag abgeschlossen wurde und nicht wenn der Arbeitsvertrag von Anfang an eindeutig ist. Die Berufungsgerichte hingegen berücksichtigen die tatsächliche Situation des Arbeitsvertrages stärker als die Verträge zwischen den Parteien oder die Absichten der Parteien.

In Belgien liegt die Situation irgendwo in der Mitte, wonach der Wille der Parteien solange entscheidend ist, wie die erbrachten Dienstleistungen dem Zweck des Vertrages entsprechen.

Welche Elemente und Kriterien werden zurzeit als überzeugend für die Ermittlung der Natur eines Beschäftigungsverhältnisses betrachtet? In den meisten Ländern ist die Rechtsprechung in dieser Hinsicht sehr aufschlussreich.

In Spanien werden die folgenden Kriterien berücksichtigt: feste Arbeitszeiten, Feiertage, Urlaub, und sonstige Freitage, Nutzung der firmeneigenen technischen Mittel durch den Arbeitnehmer und Anleitung und Überwachung der Arbeit des Arbeitnehmers durch die Firma. Ähnliche Indikatoren sind in Italien zu finden (z.B. Abhängigkeit, Besitz oder Nichtbesitz der Werkzeuge, die für die Erbringung der Tätigkeiten eingesetzt werden), genauso wie in Schweden⁴⁶. In Italien wird jedoch auch die Art der erbrachten Arbeit berücksichtigt, da die Erbringung von „Hilfsarbeiten“ wahrscheinlich auf das Vorhandensein einer Scheinselbstständigkeit hinweist, während eine Selbstständigkeit im Allgemeinen mit einer bestimmten Art von Arbeit einhergeht, insbesondere die eher spezialisierten oder qualifizierteren Arbeiten (Bodenleger, Fliesenleger, usw.).

In Irland werden die folgenden Fragen beurteilt: gehört der Arbeitskraft das Geschäft, trägt sie finanzielle Risiken, ist sie finanziell verantwortlich für fehlerhafte oder mangelhafte Arbeit, die gemäß den Vertragsbedingungen erbracht wurde, ist sie verantwortlich für die Investitionen und die Verwaltung des Unternehmens, hat sie die Möglichkeit, von einer ordentlichen Organisation bei der Planung und Durchführung der Tätigkeiten und Aufgaben zu profitieren, hat sie Kontrolle über das, was gemacht wird, wie es gemacht wird und ob es persönlich erbracht wird, kann sie andere Personen anheuern, zu ihren eigenen Bedingungen, um die vereinbarten Aufgaben durchzuführen, kann sie die gleichen Dienste gleichzeitig mehr als einer Person oder einem Unternehmen anbieten, wer stellt die Materialien für die Arbeit, wer stellt die erforderli-

⁴⁶ Es sollte zur Kenntnis genommen werden, dass diese Kriterien in Schweden nicht auf der Rechtsprechung basieren.

che Ausrüstung und die Geräte für die Arbeit, außer den Kleinwerkzeugen des Gewerbes oder Ausrüstung, die im Gesamtkontext kein Indikator für eine Person wäre, die das Geschäft auf eigene Rechnung betreibt....

Gemäß deutscher Rechtsprechung ist das Unterscheidungsmerkmal zwischen unabhängiger Beschäftigung und abhängiger Arbeit der Grad der persönlichen Abhängigkeit des Selbstständigen. Bestimmte Kriterien können in Bezug darauf auf ein abhängiges Arbeitsverhältnis anstelle von Selbstständigkeit hinweisen, d.h. falls keine typischen Indikatoren für Unternehmerverhalten erkennbar ist, z.B.: kein unternehmerisches Risiko, keine unternehmerische Initiative und keine Diskretion um unternehmerische Entscheidungen zu treffen; keine Aktivitäten auf dem Markt unter unternehmerischer Kompetenz; keine eigene feste Niederlassung; Keine Verfügungsgewalt über eigene Arbeitskraft; keine Verpflichtung Arbeitsmaterialien zu beschaffen, kein eingesetztes Kapital und keine eigenständige Entscheidungsfreiheit im Sinne der Anschaffung von Gütern, der Personalbeschaffung sowie der Nutzung von Kapital und Ausrüstung.

In den Niederlanden betrachten die Gerichte die folgenden Elemente als Indikator für eine Selbstständigkeit: dass die Personen keine Bezahlung erhalten, wenn sie krank sind, sie die Produkte/Materialien selbst gekauft haben, sie auch mit ihrer eigenen Ausrüstung und Schutzausrüstung arbeiten und für verschiedene Kunden arbeiten.

Belgien stellt einen Sonderfall dar, da nach jahrelangen Diskussionen vor den Gerichten das Gesetz vom 26. Dezember 2006 vier spezifische Kriterien definiert, die für die Unterscheidung zwischen dem Status der Selbstständigkeit und dem Status der angestellten Beschäftigung zu verwenden sind: der Wille der Parteien, so wie er in dem Vertrag zum Ausdruck kommt, solange er mit der Realität übereinstimmt, die Freiheit der Regelung der Arbeitszeit und der Arbeit und eine hierarchische Kontrolle.

In den zahlreichen oben dargestellten Tests, können wir einige vorherrschende Kriterien erkennen: Abhängigkeit, Unabhängigkeit im Hinblick auf Arbeitszeit und Arbeitsplanung, Verantwortung und Risiko werden von der Arbeitskraft übernommen, die Nutzung der eigenen Werkzeuge und die Tatsache, dass man für mehrere Kunden arbeitet.

Eine interessante gesetzgebende Verkündung in den Niederlanden, welche die Beantwortung der Frage zur Unterscheidung zwischen einem selbständigen Arbeitskraft und einer Angestellten erheblich erleichtert hat, ist die Erklärung zum Beschäftigungsverhältnis (VAR). Diese Erklärung ist eine Bescheinigung in Bezug auf den selbständigen Status der Arbeitskraft aus steuerlicher Sicht und muss auf Verlangen der Steuerbehörde vorgelegt werden. Die Vorlage einer Erklärung zum Beschäftigungsverhältnis (VAR) wird vom Finanzamt genauso wie von den zuständigen Sozialversicherungsinstitutionen für Arbeitsversicherungsschutz (UWW) als Bestätigung dafür betrachtet, dass die Tätigkeiten als unabhängige Arbeitskraft durchgeführt werden, die ihr Geschäft oder Unternehmen betreibt. Die Beurteilung des Beschäftigungsverhältnisses im Einzelfall hat somit keinerlei Bedeutung mehr. Die Kriterien, die für die Vorlage dieser Erklärung zum Beschäftigungsverhältnis (VAR) angewendet werden, werden durch Gesetz festgelegt und durch die Rechtsprechung weiterentwickelt. Die folgenden Kriterien werden als wesentlich für eine unabhängige Unternehmerschaft betrachtet: Die Verantwortung für die Organisation der betreffenden Tätigkeiten, die Dauer der Tätigkeiten, das die Tätigkeiten betreffende Kapital, die Möglichkeit des Schuldnerisikos, dass die Arbeiten für einen oder mehrere Kunden erbracht werden, das Ausmaß in welchem die Arbeitskraft von einem Kunden abhängig ist, das Ausmaß, in welchem die Person eigeninitiativ in Bezug auf Einkauf, Steigerung des Gewinns, Werbung usw. handeln kann und die Tatsache, dass die betreffende Person die Arbeit nicht persönlich erbringen muss.

Arbeits- und Marktentwicklungen

Bei der Betrachtung der Anzahl der Angestellten und der Selbständigen in der Baubranche können wir zwei gegensätzliche Tendenzen erkennen.

In einigen Ländern gibt es sehr viel mehr selbständige Arbeitskräfte als angestellte Personen:

- ◆ Dies gilt für die Niederlande, wo die Baubranche eine große Anzahl von selbständigen Arbeitskräften hat. Von den 170.000 Arbeitskräften in der Branche sind 12.000 direkt angestellt, 50.000 sind formell selbständig tätig und 80.000 arbeiten selbständig ohne Personal.
- ◆ Dies gilt auch für Spanien, wo im Jahre 2007 46,5 % der Baufirmen keine Angestellten hatten, während 25,8 % ein bis zwei Angestellte hatten.

Im Gegensatz dazu ist die Anzahl der Angestellten in manchen Mitgliedsstaaten weit höher:

- ◆ Dies gilt für Belgien, wo es im Jahre 2007 208.754 Angestellte und 56.312 selbständige Arbeitskräfte gab. Die Anzahl der Angestellten ist somit 4 Mal größer.
- ◆ Großbritannien: im Jahre 2007 50 % der Arbeitskräfte in der Baubranche sind Angestellte und 50 % sind selbständig.
- ◆ Italien: 1.915.000 Arbeitskräfte, von denen 1.191.000 Angestellte und 723.000 selbständig sind (1. Quartal 2008).
- ◆ In Frankreich gab es im Dezember 2007 364.324 Selbständige und 1.766.800 direkte Angestellte in der Baubranche. Die Selbständigen stellen somit 20,6 % vom Ganzen dar.

Zwischen diesen beiden entgegengesetzten Tendenzen liegt die Zwischenposition von Groß-

britannien, wo die Anzahl der Selbständigen und der direkten Angestellten in der Baubranche beinahe perfekt ausgewogen ist. In der Tat gab es bis 2007 etwas mehr als 700.000 Selbständige und etwas weniger als 700.000 direkte Angestellte in der Baubranche.

In Polen gab es im Jahre 2006 994.000 Arbeitskräfte in der Baubranche, von denen 189.000 selbständige Arbeitskräfte und 101.000 „Arbeitskräfte auf eigene Rechnung“ waren. Laut den Gewerkschaften sind jedoch etwa 50 % der angestellten Arbeitskräfte selbständig und arbeiten auf der Grundlage eines Vertrages zur Durchführung von spezifischen Aufgaben/Auftragsvereinbarungen.

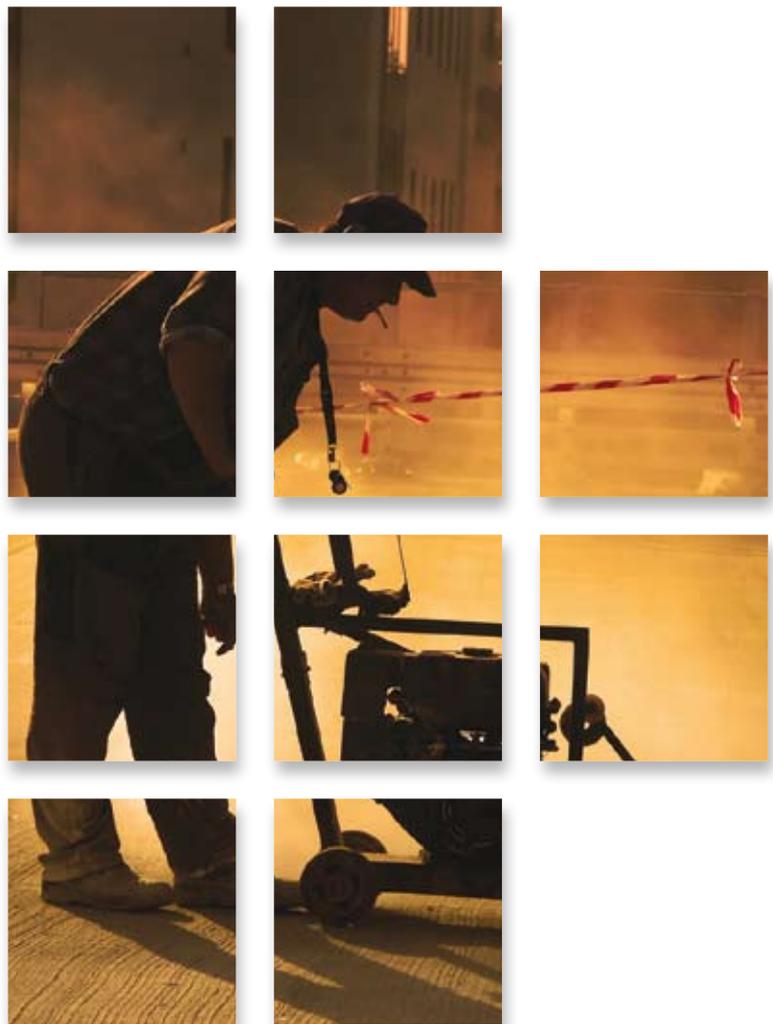
Präzise offizielle Zahlen und Statistiken zu der Quote der Scheinselbständigkeit in der Baubranche sind rar. Es können jedoch einige Durchschnittswerte errechnet werden:

In Frankreich wurde im Jahre 2007 9,7 % der Firmen, die in der Baubranche überprüft wurden, die Verletzung eines Gesetzes angelastet und 4 % dieser Delikte standen im Zusammenhang mit dem Missbrauch eines Status. In Großbritannien ergeben die Umfragen eine Zahl von etwa 400.000 Scheinselbständigen. Es ist somit ein Land welches am stärksten mit Scheinselbstständigen konfrontiert ist. In Schweden könnten laut Vertreter der Gewerkschaft 25 % der selbständigen Arbeitskräfte in der Baubranche insgesamt scheinselbständig sein. In Irland gab es vor 10 Jahren 70.000 Selbständige in der Baubranche, von denen 12.000 scheinselbständig waren. In Deutschland gibt es schätzungsweise für jeden normalen Arbeitsplatz im Baugewerbe einen anderen auf dem Schwarzmarkt. In den Niederlanden werden 10 % der Gesamtanzahl an Personen, die in der Baubranche arbeiten, als niederländische Scheinselbständige betrachtet. Soweit es die Anzahl der ausländischen Scheinselbständigen betrifft, unterscheiden sich die Statistiken, die von den Sozialpartnern geliefert

wurden, erheblich. Bouwend Nederland (der Arbeitgeberverband) behauptet, dass 98 % der ausländischen Selbständigen ohne Personal als Scheinselbständige tätig sind. Der FNV (Niederländischer Gewerkschaftsbund) behauptet, dass von den 80 % selbständigen Arbeitskräften aus mitteleuropäischen Ländern 37 % als scheinselbständig betrachtet werden können.

Aber wie viele dieser Personen sind jetzt Wanderarbeiter? In den meisten Ländern stehen keine Zahlen zur Verfügung, so zum Beispiel in Belgien, Spanien, Italien, Rumänien, Polen

und Frankreich. Einige andere Länder liefern Schätzungen. In Großbritannien gab es im Jahre 2006 nur 100.000 Ausländer in der Baubranche, eine Zahl, die in den letzten Jahren angestiegen ist (die Angaben für 2008 belaufen sich auf ungefähr 300.000). In den Niederlanden wird geschätzt, dass 80 % der selbständigen Arbeitskräfte Wanderarbeiter sind, hauptsächlich aufgrund ihrer niedrigen Tarife. In Schweden sind fast alle selbständigen Arbeitskräfte Wanderarbeiter und in Irland hat eine Studie gezeigt, dass einer aus sechs Arbeitskräften in der Belegschaft Ausländer ist.



Grenzübergreifende Auswirkungen

Es wurde bereits erwähnt, dass der freie Dienstleistungsverkehr als eine der Ursachen für die Erhöhung der Scheinselbständigkeit betrachtet wird. Aufgrund der binären Trennung zwischen angestellten und selbständigen Personen können im internationalen Kontext Probleme auftauchen, wenn es um die Frage geht, ob die zuständigen nationalen Behörden berechtigt sind, die von der Gesetzgebung und den zuständigen Behörden eines anderen Mitgliedsstaates gelieferten Klassifizierungen zu hinterfragen. Im Hinblick auf die Sozialversicherung hat der Gerichtshof entschieden, dass der Versicherungsstatus eines Einzelnen entsprechend der Gesetzgebung zur Sozialversicherung des Mitgliedsstaates definiert werden soll, in dessen Gebiet die versicherte Person tatsächlich arbeitet und dass Kriterien im Zusammenhang mit Arbeitsgesetzen ignoriert werden sollen⁴⁷.

Infolge des Vorhergehenden und selbst nach den Entscheidungen des EuGH in *Hervein* und *De Jaeck*, haben die zuständigen nationalen Behörden häufig die Sozialversicherungsformulare E 101 ignoriert, die von den Behörden anderer Mitgliedsstaaten ausgegeben wurden, insbesondere wenn diese Formulare die Person als selbständig klassifizieren, wonach die Art ihrer Tätigkeiten dazu geführt hätte oder haben könnte, dass sie den nationalen Sozialversicherungsmodellen für Angestellte unterliegen, wenn das nationale Recht in ihrem Land angewendet worden wäre. Nach den Entscheidungen des Gerichtshofs in den Fällen *Fitzwilliam*⁴⁸,

*Banks*⁴⁹ und *Herbosch Kiere*⁵⁰ wird deutlich, dass diese Ansicht nicht korrekt ist. Der Arbeitsrichter eines Mitgliedsstaates ist nicht befugt, die Gültigkeit und Rechtsbeständigkeit einer Bescheinigung festzustellen, die von einer zuständigen Institution des entsendenden Mitgliedsstaates gemäß Artikel 11(1)(a) der Verordnung 574/72 ausgestellt wurde.

In der Zeit nach den Entscheidungen des Gerichtshofs in Sachen *Fitzwilliam* und *Banks* wurden von den Behörden Bedenken im Hinblick auf die Schwierigkeiten der Überprüfung und Überwachung der Inhalte der E101 Formulare, die von einem anderen Mitgliedsstaat geliefert werden, zum Ausdruck gebracht.

Der Gerichtshof hat entschieden, dass solange eine E 101 Bescheinigung nicht von den ausstellenden Behörden des Mitgliedsstaates widerrufen oder für ungültig erklärt wurde, die Bescheinigung für die zuständigen Institutionen und Gerichte des Mitgliedsstaates, in welches die Arbeitskräfte entsendet werden, verbindlich ist. Infolgedessen ist ein Gericht eines Mitgliedsstaates, in welchem diese Arbeitskräfte eingesetzt sind, nicht berechtigt, die Gültigkeit einer E 101 Bescheinigung im Hinblick auf die Grundlagen zu überprüfen, auf welchen eine solche Bescheinigung erlassen wurde, insbesondere das Bestehen eines direkten Verhältnisses zwischen einem in einem Mitgliedsstaat gegründeten Unternehmen und den Arbeitskräften, die dieses in einen anderen Mitgliedsstaat entsendet hat, für die Dauer ihrer Entsendung.

47 Fall C-221/95 *Hervein and Hervillier v INASTI* [1997] ECR I-609;

48 Fall C-202/97 *Fitzwilliam Executive Search v Bestuur van het Landelijk Instituut Sociale Verzekeringen* [2000] ECR I-883

49 Fall C-178/97 *Banks v. Théâtre royal de la Monnaie* [2000] ECR I-205; siehe auch Fall C-3/98 *Schacht and others*.

50 Fall C-2/05 (*Herbosch Kiere*).



Diese Entscheidung hat starke Kritik hervorgerufen. Es heißt, der EuGH hat die E101 Bescheinigung nahezu unantastbar gemacht und somit die nationalen Behörden beinahe entmachtet hat, gegen betrügerische Entsendungen in ihr Land vorzugehen. In der Tat sind die Behörden des empfangenden Staates, seien es die Sozialversicherungsbehörden oder die Justizbehörden, nicht mehr in der Lage, zu überprüfen, ob die materiell-rechtlichen Bedingungen der Entsendung erfüllt sind.

Schlussendlich führt diese Situation zu starker Irritation und großer Frustration bei den nationalen Institutionen und Überprüfungsstellen. Misstrauen und Argwohn unter den Mitgliedsstaaten sind ein dauerhafter Zustand.

Dies wird durch die Tatsache verstärkt, dass die Qualität der E101 Formulare, die von den nationalen Behörden ausgegeben werden, weitere Probleme aufwirfen. Ein Großteil der Formulare sind unvollständig oder enthalten Löschungen, selbst im Hinblick auf wesentliche Informationen (d.h. Identifizierung der betreffenden Person, relevanter Artikel der Verordnung, Dauer, usw.).

Der beinahe absolute Indikator dafür, dass die Gesetzgebung, auf welcher das E-101 Formular in der jetzigen Anwendung auch die Richtige ist, zusammen mit der nicht anwendbaren Ausnahmeklausel - in Zweifelsfällen hinsichtlich der richtigen Anwendung der Entsendungsbestimmung, die Streitigkeit muss von der Verwaltungskommission für Wanderarbeiter behandelt und gegebenenfalls dem Gerichtshof vorgelegt werden - hat zu einer Situation geführt, wo die Mittel der Kontrolle auf Seiten des empfangenden Staa-

tes untergraben sind. Sie müssen sich vollständig auf die positive Kooperation mit den Überprüfungsstellen in den entsendenden Staaten verlassen. Das E-101 Formular büßt damit seine Funktion als Instrument ein, mit welchem die Anwendung der Entsendebestimmungen verifiziert werden können. Der empfangende Mitgliedsstaat ist daher von der Ansicht des entsendenden Staates abhängig. Diese Situation steht jedoch mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs zum freien Dienstleistungsverkehr im Einklang, gemäß welcher eine entsandte Arbeitskraft den Arbeitsbedingungen des entsendenden Staates unterliegt⁵¹. Da sie nicht beabsichtigen, dem nationalen Arbeitsmarkt des empfangenden Staates beizutreten, können sie nicht als örtliche Arbeitskräfte betrachtet werden und mit deren Status in Einklang gebracht werden. Folglich gelten weder die Arbeitsbedingungen noch die Arbeitsgesetze des Staates, in dem sie arbeiten, für sie. Dies ist die Anwendung des Herkunftslandprinzips. In dieser Hinsicht kann eine entsandte Arbeitskraft anders behandelt werden als eine Arbeitskraft in dem empfangenden Staat. Die Arbeitsgesetze des letztgenannten Staates können nur angewendet werden, wenn eine mögliche Behinderung des freien Dienstleistungsverkehrs besteht, wenn es aufgrund allgemeiner Interessen gerechtfertigt ist und insbesondere sofern der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eingehalten wird. Aus allen diesen Gründen wird empfohlen, dass eine weitere Kooperation zwischen den Staaten eingerichtet wird, möglicherweise durch die Entwicklung eines europäischen Instruments zur Bekämpfung von Sozialbetrug.

51 Siehe eindeutig Fall 49/98(Finalarte), 21. Oktober 2001, 2001, 7831 und Fall 164/99 (Portuguesa), 24. Januar 2001, Jur. 2002, 787

Entwicklung von Sozialversicherung und Steuer(abgaben)

Die binäre Trennung zwischen den Selbständigen und den Angestellten bildet das Fundament für die nationalen Arbeits- und Sozialversicherungssysteme und definiert die Leistungen und Vorteile für die betreffenden Personen. Es ist herkömmlich, dass angestellte Personen mehr Rechte genießen als Selbständige. Die Arbeitsrechte betreffen Vorschriften in Bezug auf Lohn- und Gehaltsschutz (Arbeitszeit, Mindestvergütung, Art und Ort des Entgelts), Bedingungen und Konditionen der Beschäftigung, die Arbeitsplanung (maximale Arbeitszeiten, Pausenzeiten, Sonntag als Ruhetag, Pausen), Vorschriften über Sozialregister, zusätzliche Renten, Übergangsarbeit, zusätzliche Sozialleistungen, Lohnfortzahlung durch den Arbeitgeber bei Abwesenheit wegen Krankheit, Kündigungsschutz, Jahres- und Sonderurlaub (krankheitsbedingte Fehlzeiten, Mutterschutzurlaub, usw.), die vom Arbeitgeber bezahlt werden sowie Vertretung in den Arbeitsgremien, usw.

In einigen Ländern sehen wir, dass die Selbständigen durch die Gesetze über Gesundheit und Sicherheit geschützt sind. In Belgien zum Beispiel sind die Selbständigen im gleichen Maße wie die Angestellten durch das Gesetz vom 4. August 1996 über das Wohl von Arbeitnehmern am Arbeitsplatz geschützt, wenn sie auf vorübergehenden Baustellen oder Wanderbaustellen arbeiten. In den Niederlanden wurde die Pflicht zur Beachtung der gesetzlichen Regelungen in Bezug auf Gesundheit und Sicherheit durch die Anwendung einer Allgemeinen Maßnahme der Regierung auf Selbständige erweitert, wenn es sich um Fälle handelt, in denen die erbrachte Arbeit sehr große Risiken für die Sicherheit und Gesundheit der betreffenden Personen mit sich bringen kann.

Ein weiteres Problem ist, dass diese Selbständigen nicht gehört werden könnten und dass sie keine wichtige Rolle spielen, im Gegensatz zu den Angestellten, die über die Betriebsräte der Firma in einer Position sind, die Arbeits-

bedingungen auszuhandeln. Die Arbeitgeber sind daher nicht verpflichtet, mit den Gewerkschaften im Hinblick auf Selbständige zu verhandeln.

Herkömmlicherweise müssen die Selbständigen weniger Abgaben zahlen und genießen weniger Schutz durch Sozialversicherungsmaßnahmen. Der Unterschied im Hinblick auf den Sozialversicherungsschutz variiert von Staat zu Staat, was zu einer sogenannten „sozialen Lücke“ führt, wie in Polen, Spanien, Rumänien, Italien und den Niederlanden. In den Niederlanden beispielsweise erhalten die selbständigen Arbeitskräfte keinerlei Leistung im Falle von Krankheit und Arbeitsunfähigkeit, und auch kein Arbeitslosengeld. Zusätzlich wurde im Jahr 2004 die Berufsunfähigkeitsversicherung für Selbständige abgeschafft. Das bedeutet, dass sie ihren Versicherungsschutz selbst organisieren müssen. Obwohl selbständige Personen genauso wie angestellte Personen Anspruch auf eine Altersrente haben (da das Altersrentengesetz für jeden gilt, der in den Niederlanden wohnt), kann ihr Schutz eingeschränkter sein, da die Selbständigen keine Einzahlungen in Gemeinschaftrentenkassen leisten dürfen und daher gänzlich von ihren Versicherungsmitteln abhängen. Sie haben die Möglichkeit, die Versicherung zu ergänzen, die von der Branche, in der sie tätig sind, gestellt wird. Diese freiwillige Verlängerung wurde kürzlich auf zehn Jahre erweitert, so dass sie anschließend eigene Lösungen finden müssen. Die Praxis zeigt jedoch, dass nur sehr wenige Selbständige ohne Personal diese Möglichkeit nutzen (2 %).

In Rumänien sind die erhaltenen Leistungen häufig sehr gering, da die selbständigen Arbeitskräfte dazu tendieren, nicht den Gesamtbetrag ihrer erhaltenen Gelder anzugeben.

Da die Sozialversicherungsbeiträge in Polen auf ein Mindestmaß begrenzt sind, haben die Selbst-

ständigen nur Anspruch auf eine Mindestaltersrente und ein Mindestkrankengeld. In Großbritannien ist der Sozialschutz der selbständigen Arbeitskräfte ebenfalls weniger umfangreich, da sie keinen Anspruch auf Krankengeld, Kindergeld, Elternurlaub oder zusätzliche Einkünfte bezüglich Staatsrenten haben.

Es sollte jedoch hervorgehoben werden, dass es viele Mitgliedsstaaten geschafft haben, die soziale Absicherung von selbständigen Arbeitskräften zu verbessern, so zum Beispiel in Belgien, Irland und Frankreich. Das Beispiel Frankreich ist bemerkenswert, weil sich die beiden Status im Laufe der Jahre erheblich angenähert haben.

In 2006 wurde das RSI (Sozialsystem für Selbständige) geschaffen. Dieses System garantiert eine Altersrente (wobei die Zugehörigkeit zu einer Zusatzrente Pflicht ist), Kranken- und Mutterschaftsleistungen und erfasst die Sozialbeiträge der Selbständigen. Außerdem ist dieses System für selbständige Personen in der Baubranche vorgeschrieben⁵². Selbständige Personen müssen Pflichtzahlungen für ihre eigenen Sozialbeiträge entsprechend ihrem beruflichen Einkommen leisten. Wenn das berufliche Einkommen einen bestimmten Betrag nicht übersteigt (4.534 EUR für 2008), dann ist die selbständige Person von Sozialbeiträgen befreit.

All das hat das Schrifttum zu der Schlussfolgerung veranlasst, dass die Selbständigen im Hinblick auf Sozialkosten und -leistungen keine besonderen Vorteile gegenüber den Angestellten haben.

Abschließend kann auch bemerkt werden, dass die Selbständigen in Schweden und Irland An-

spruch auf Arbeitslosenunterstützung haben, also Leistungen, die typischerweise den angestellten Personen vorbehalten sind.

Aber diese zusätzlichen Absicherungen werden auch in einigen Fällen für geltende Steuersysteme angestrebt. Obwohl die Selbständigen Umsatzsteuer zahlen müssen, die sie abziehen können, profitieren die Selbständigen von bestimmten Vorteilen, die dazu führen, dass sie weniger Einkommenssteuer zahlen, zum Beispiel aufgrund von Abzügen, Freibeträgen für Gründungskosten, usw.

52 Noch allgemeiner, die Absicherung für Selbständige ist in Frankreich Pflicht.

Selbständigkeit im Dreiecksverhältnis

Ein zunehmender Sorgenfaktor und ein Element, welches dafür verantwortlich gemacht wird, dass so viel Scheinselbständigkeit entsteht, ist die wachsende Anzahl an „bösgläubigen“ Vermittlern, Personaldienstleistern, die in großem Umfang mit der Beschaffung von Arbeitsaufträgen für die Selbständigen befasst sind.

Die verstärkte Nutzung von Outsourcing und Untervergabe wirft die schwierige Frage auf, welche Kontrolle der Arbeitgeber in Situationen der Beschäftigung im Dreiecksverhältnis hat. Hier befassen wir uns mit Arbeitskräften, die von einem Unternehmen als Dienstleister angestellt werden, um Arbeit für einen Dritten, den Verbraucher, zu erbringen. Die grundlegende Schwierigkeit, die sich diesen Personen stellt, ist es herauszufinden, wer ihr Arbeitgeber ist und somit welche Rechte sie haben und wer für sie verantwortlich ist⁵³. Sehr häufig ist es bei Beschäftigungen im Dreiecksverhältnis so, dass beide Gesprächspartner einige der Aufgaben eines herkömmlichen Arbeitgebers erbringen, was zu Schwierigkeiten bei der Definition des eigentlichen Arbeitgebers führt.

Die Unterscheidung zwischen Outsourcing, Untervergabe, Zeitarbeitern und dem oftmals von den nationalen Gesetzen verbotenen Zustand der Bereitstellung von Personal, über welches Dritte verfügen können, ist ein kompliziertes Problem. Im Rahmen von internationalen Beziehungen ist dieses Problem noch komplizierter, da häufig ausländische Zeitarbeitsagenturen an der Entsendung von Arbeitskräften beteiligt sind, die von diesen Agenturen angeheuert sind, um einem ausländischen

Verbraucher zur Verfügung gestellt zu werden.

Da diese ausländischen Agenturen nur die Vorschriften ihres Ursprungslandes einhalten müssen und Tätigkeiten in einem Gastland ohne größere Verwaltungsaufwände erbringen können, hat dies zu einem verstärkten Rückgriff auf (bösgläubige) Agenturen geführt. Da ausländische Vermittlern gemäß schwedischem Recht keine Rechtssubjekte sind, ist es schwierig, gegen diese vorzugehen. Ein niederländisches Gutachten zeigt, dass etwa die Hälfte der wichtigsten Firmen Arbeitskräfte über Personalagenturen anstellen (gutgläubig oder bösgläubig), weitere 10 % über Subunternehmer und 3 % als entsandte Arbeitskräfte. Die Zusammenarbeit mit bösgläubigen Vermittlern hat zu verschiedenen Betrugsformen geführt. Agenturen mit Sitz in anderen europäischen Ländern haben weitreichende betrügerische Systeme aufgebaut, die sowohl selbständige Arbeitskräfte als auch Arbeitskräfte, die vorübergehend ins Ausland entsandt werden, einsetzen.

Heute ist die Rolle des früheren Leiharbeitgebers noch immer vorhanden und wird auch durch diese bösgläubigen Vermittlern oder Agenturen ersetzt, die eine wichtige Funktion bei der Anheuerung von Arbeitskräften in den neuen EU-Ländern haben. Einige Länder versuchen zu verhindern, dass Baufirmen zu Vermittlern werden. Die polnischen Baufirmen, die ihre Arbeitskräfte zu ausländischen Aufträgen schicken, müssen auch in Polen Arbeitskräfte beschäftigen und dürfen nur bis zu 50 % der angestellten Belegschaft gleichzeitig ins Ausland entsenden.

53 ILO, „Employment Relationship“, 95th session 2006 report V (1), S. 11

Missbrauch des Status der Selbständigkeit (Ursachen, Auswirkungen, Formen des Missbrauchs)

Für die Scheinselbständigkeit werden unterschiedliche Ursachen genannt.

In Belgien wird die neue Gesetzgebung zu Beschäftigungsverhältnissen als Beispiel für eine zweifelhafte Gesetzgebung betrachtet, weil die Kriterien zur Entscheidung, ob es sich um ein Beschäftigungsverhältnis handelt, als zu unklar angesehen werden. In den Niederlanden genauso wie in Belgien wird der freie Dienstleistungsverkehr als eine der Ursachen für eine erhöhte Scheinselbständigkeit angegeben. Weitere Faktoren sind: für die Arbeitnehmer: die Notwendigkeit, eine Einzelperson zu sein, der Wunsch, nach den eigenen Vorstellungen und Erwartungen zu arbeiten, steuerliche Vorteile, usw.; für die Arbeitgeber: sich die Produktionsfaktoren effizienter zunutze zu machen, der Bedarf nach Flexibilität und niedrigeren Gehaltskosten. Die Niederlande erwähnen, dass die Regierung Bestimmungen eingeführt hat, die Personen, die Sozialleistungen beziehen, dazu bewegen, sich für eine unabhängige Unternehmerschaft zu entschließen, da die Anzahl der Leute verringert werden soll, die auf Sozialleistungen angewiesen sind. In Schweden und in den Niederlanden werden auch steuerliche Motivationsmaßnahmen als ein Grund angesehen.

Die Reduzierung von Kosten/geringere Kosten (Arbeitskraft, Sozialversicherung und Steuern) werden sehr häufig als einer der Hauptgründe angesehen (Rumänien, Spanien, Irland, Großbritannien, Polen...). Außer Schweden - wo keine zusätzlichen Kosten oder Vorteile für eine Firma im Hinblick auf Steuern und Sozialversicherungsbeiträge entstehen, wenn sie eine selbständige Arbeitskraft im Gegensatz zu einem direkten Angestellten beschäftigt - kostet in den anderen Mitgliedsstaaten das Anheuern einer selbständigen Person die Firma/den Arbeitgeber weniger Geld als die Einstellung eines Angestellten. In Irland sparen die Firmen 10,75 %, wenn sie eine selbständige Arbeitskraft anstelle eines An-

gestellten anheuern. In Großbritannien muss der Arbeitgeber von Selbständigen keine nationale Versicherung bezahlen, wohingegen der Arbeitgeber von direkten Arbeitnehmern 12 % zahlen müssen. Die wahre Kostendifferenz wurde jedoch auf 35 bis 50 % geschätzt.

Des Weiteren ist es in den Niederlanden so, dass der Arbeitgeber keine finanziellen Risiken hat, wenn die selbständige Person arbeitsunfähig ist. Tatsächlich ist ein Arbeitgeber aufgrund des Zivilgesetzbuches verpflichtet, Lohnfortzahlungen für kranke Angestellte für maximal 2 Jahre zu leisten. In den Niederlanden behaupten jedoch einige Organisationen, dass geringere Kosten nicht für die Erhöhung der Anzahl der Selbständigen mit Personal verantwortlich sind (welche sehr häufig scheinselbständige Personen sind) und glauben, dass die Selbständigen ohne Personal im Grunde den gleichen, wenn nicht höheren, Stundensatz bezahlt bekommen.



Beurteilung der Verhinderungs- und Bekämpfungsmaßnahmen sowie Sanktionen

Zunächst einmal wurden einige Mechanismen eingeführt, um die verschiedenen Formen der Scheinselbständigkeit zu verhindern. In Belgien ist das LIMOSA-System (allgemeine Pflicht zur Meldung jeder Form der Beschäftigung bei den Behörden) ein Mittel zur Verhinderung, insbesondere der Scheinselbständigkeit infolge der Anwendung des freien Dienstleistungsverkehrs.

In den Niederlanden hat im Jahre 2004 die Branche der Zeitarbeitsfirmen zusammen mit den Gewerkschaften die SNCU (Stiftung für Einhaltung der Tarifverhandlungsvereinbarung für Zeitarbeitskräfte) gegründet, welche mögliche Verletzungen der Tarifverträge für Zeitarbeit untersucht und die Fälle, sofern erforderlich, den Gerichten vorlegt.

Die Gewerkschaften haben einen Ansprechpartner geschaffen, dem man jeglichen Missbrauch und Verletzungen der Zeitarbeit (die Vereinigung der internationalen Personaldienstleistungsagenturen) melden kann.

In Italien wurde eine weitergehende Abstimmung zwischen der Sozialversicherungsverwaltung, der Steuerverwaltung und der Polizei angeregt. Über das sogenannte „libro unico“, wurden die Verfahren der Überprüfung erleichtert und das sogenannte DURC hat dazu beigetragen, dass das Phänomen der Scheinselbständigkeit reduziert wurde (indem ein Dokument verlangt wird, welches die Regelmäßigkeit der Beiträge eines Unternehmens bescheinigt).

In Spanien war das effizienteste Werkzeug der Erlass eines Gesetzes im Jahre 2007, welches den Status der Selbständigkeit regelt.

Zur Bekämpfung des Phänomens der Scheinselbständigkeit haben einige Länder (Belgien, die Niederlande, Frankreich, Italien, Spanien, Schweden,...) Maßnahmen eingeführt, die schwere Strafen für die Schein-

selbständigkeit verhängen, dazu gehören strafrechtliche Sanktionen.

In Belgien wird die Arbeitskraft neu als Angestellter qualifiziert, was bedeutet, dass die aktuellen Arbeitsgesetze vollständig eingehalten werden müssen: Lohnansprüche, Urlaubsgeld und Vergütung bei Ausscheiden, usw. Darüber hinaus werden (vom Arbeitgeber und Arbeitnehmer) die Sozialversicherungsbeiträge mit einem Aufschlag von 10 % und Zinsen von 7 % erhöht und rückwirkend verlangt. Der Arbeitgeber kann eine Gefängnisstrafe zwischen 8 Tagen und 3 Monaten erhalten.

In Frankreich riskiert eine Person 3 Jahre Haft. Weitere Strafen sind ebenfalls möglich: Ausschluss aus dem Geschäft, die Beschlagnahme von Werkzeugen, Geräten, Waren, Beständen, die Veröffentlichung einer Ankündigung des Urteils, usw.

In Spanien können Verletzungen der Vorschriften über das Risikomanagement strafrechtlich verfolgt und verurteilt werden, mit einer Geldstrafe zwischen 1.052,54 EUR und 30.050,61 EUR für ein ernstes Vergehen und zwischen 30.052,62 und 601.012,10 EUR für ein sehr ernstes Vergehen. Diese Sanktionen werden jedoch sehr selten angewendet.

Die Sanktionen mögen hoch sein, aber für deren Anwendung müssen die Fälle vor Gericht gebracht, bewiesen und gewonnen werden. Dies ist häufig das Problem. In Irland wird berichtet, dass kaum ein Fall erfolgreich ist. In Polen kann Scheinselbständigkeit nur von einer selbständigen Person vor Gericht gebracht werden, die behauptet, dass sie gezwungen wurde, diesem Status zuzustimmen. Nachprüfungen können von Prüfern des nationalen Arbeitsverbandes nicht durchgeführt werden und nur die Sozialversicherungsinstitutionen oder Steuerbehörden können den Selbständigen im

Hinblick auf Sozialversicherungsbeiträge oder Steuern beurteilen. Wenn beispielsweise eine ausländische juristische Person vom Gericht verurteilt wird, besteht oft das Pro-

blem, dass nationale Maßnahmen zur Betrugsbekämpfung zumeist national ausgestaltet sind und im internationalen Kontext nur schwer anzuwenden sind.

Schlussfolgerung

Das Phänomen der verschiedenen Formen der Scheinselbständigkeit ist auf europäischer Ebene weit verbreitet und könnte die bestehenden Sozialsysteme, einschließlich Weiterbildung und Berufsausbildung, gefährden. Es ist eindeutig, dass weitere Maßnahmen auf nationaler und europäischer

Ebene unternommen werden müssen, um die Auswirkungen der Scheinselbständigkeit wie beispielsweise Sozial-Dumping usw. zu bekämpfen. Es besteht insbesondere Bedarf nach einem gut entwickelten Rahmen und einem europäischen Werkzeug zur Bekämpfung von Sozialbetrug.



Anhang

Team und Lenkungsausschuss



Nationale Experten:

Holland

Yves JORENS
Saskia KLOSSE

Belgien

Yves JORENS
Tineke VAN BUYNDER

Rumänien

Cristina M. ANA

Spanien

Miguel Gutiérrez PEREZ

Deutschland

Edith GROSS

Frankreich

Sandrine GINESTE

Schweden

Cristina M. ANA

Polen

Anna KWIATKIEWICZ

Italien

Edoardo ALES
Michele FAIOLI

UK

Mark HARVEY
Felix BEHLING

Irland

Cristina M. ANA

Lenkungsausschuss:

FIEC

Domenico CAMPOGRANDE
Liz BRIDGE
Vincent DETEMMERMAN
Karine DUFOUR

EFBWW

Werner BUELEN/Programm-Manager
Dörthe WEIMANN
John KERSTENS

Koordinatoren:

Yves JORENS
Harald HAUBEN, www.bb-international.eu
Cristina M. ANA

