



## Scheinselbstständigkeit nach US-Recht - Employees vs. Independent Contractors

Obwohl sich das US-amerikanische Arbeitsrecht grundlegend vom deutschen Arbeitsrecht unterscheidet, haben doch beide Systeme ein Problem gemeinsam: die Scheinselbstständigkeit. Viele Freiberufler und Selbstständige (Independent Contractors) sind tatsächlich Arbeitnehmer, werden jedoch nicht als solche, sondern als selbstständige Unternehmer behandelt. Die Falschbehandlung kann auf Unwissenheit beruhen. Oftmals steht jedoch der Missbrauch des Status als Selbständiger zur Kosteneinsparung bei Steuer- und Sozialabgaben im Vordergrund. Dies kann sowohl für den Arbeitnehmer als auch für den Arbeitgeber weitreichende, größtenteils finanzielle Konsequenzen mit sich bringen. Deshalb sollte jeder US-Arbeitgeber sicherstellen, dass von ihm beschäftigte freie Mitarbeiter tatsächlich selbstständige Unternehmer und keine Scheinselbstständigen sind.

*Die Beschäftigung eines selbstständigen Unternehmers kann für beide Seiten sehr vorteilhaft sein. Der Arbeitgeber kann auf diese Weise die Zahlung von Steuern, Sozialleistungen und anderen Verpflichtungen vermeiden. Der Arbeitnehmer hingegen untersteht lediglich der eigenen Kontrolle und kann sich seine Arbeitszeit flexibel einteilen. Die missbräuchliche Behandlung eines Arbeitnehmers als Selbständigen hat weitreichende Konsequenzen und sollte dringend vermieden werden.*

### I. Kriterien der Einordnung

Die korrekte Einordnung des Beschäftigungsverhältnisses ist essentiell wichtig, da bei falscher Einordnung die Gefahr der Haftung für jahrelang nicht bezahlte Steuern, Sozialleistungen und andere Verpflichtungen besteht. Zusätzlich kommen hohe Strafzahlungen in Betracht. Die Einordnung des Verhältnisses kann zwischen den Parteien nicht wirksam vereinbart werden. Der Wille der Parteien und die vertragliche Bezeichnung als Arbeitnehmer oder freier Mitarbeiter sind bestenfalls Indizien, jedoch nicht ausschlaggebend. Zur Überprüfung des Arbeitnehmer-Status kann kein allein gültiges Kriterium herangezogen werden. Allein das Gesamtbild, das sich bei Prüfung des Sachverhalts anhand der nachfolgend erläuterten Kriterien ergibt, ist ausschlaggebend.

*Die einzelstaatliche Prüfung ist strenger als die Prüfung auf Bundesebene.*

Die Prüfung ist komplex, da die Kriterien und Prüfungsschwerpunkte zwischen Bundesbehörden, einzelstaatlichen Behörden, Gesetzen und Common Law (Fallrecht) teilweise variieren. Zudem ist für jede einzelne Arbeitgeberverpflichtung, wie z.B. die Zahlung von Mindestlohn oder Sozialversicherungsbeiträgen, die Arbeitnehmer-eigenschaft gesondert zu prüfen. Ein Mitarbeiter kann sogar nach einem Gesetz als Arbeitnehmer angesehen werden und gleichzeitig nach einem anderen Gesetz als selbstständiger Unternehmer und verschiedene Gerichte kommen bisweilen im selben Fall zu unterschiedlichen Ergebnissen. So wurden FedEx-Fahrer bereits gerichtlich als Arbeitnehmer eingestuft, da der Arbeitgeber sämtliche Details bis hin zur Sockenfarbe der Fahrer kontrollierte. Andere Gerichte entschieden, dass FedEx-Fahrer selbstständige Unternehmer sind, da sie ihre Route selbst planen können und sich auch Ersatzfahrern ohne Rücksprache bedienen können.

Steven H. Thal und Florian von Eyb

Sämtliche Ausgaben von Zur Information finden Sie auf  
[www.phillipsnizer.com](http://www.phillipsnizer.com) und [www.steventhal.com](http://www.steventhal.com)

PHILLIPS NIZER <sup>LLP</sup>  
Resourceful Representation®

## 1. Department Of Labor-Test und Anwendbarkeit des Fair Labor Standards Act

Die Anwendbarkeit des Fair Labor Standards Act (FLSA), der u.a. Vorschriften zu Mindestlohn und Überstundenbezahlung enthält, ist davon abhängig, ob es sich bei dem Beschäftigten um einen Arbeitnehmer handelt. Die gesetzliche Definition des Arbeitnehmerbegriffs ist sehr vage und wenig aussagekräftig, weshalb zur Einordnung des Beschäftigungsverhältnisses laut dem U.S. Department of Labor (DOL) eine Überprüfung der tatsächlichen Gegebenheiten nötig ist. Der Fokus dieser Prüfung liegt auf der wirtschaftlichen Abhängigkeit des Arbeitnehmers vom Unternehmen.

Nach der Rechtsprechung des U.S. Supreme Court kann diese wirtschaftliche Abhängigkeit anhand von sechs maßgeblichen Kriterien ermittelt werden, wobei kein Kriterium allein ausschlaggebend ist:

1. Ist die ausgeführte Arbeit als integraler Bestandteil des Unternehmens zu sehen, kann die wirtschaftliche Abhängigkeit zumeist bejaht werden. Die Arbeit ist z.B. dann ein integraler Bestandteil, wenn sie Teil eines Produktionsablaufs ist oder die Arbeit des Beschäftigten eine vom Arbeitgeber angebotene Dienstleistung darstellt. Bietet z.B. ein Restaurant einen eigenen Lieferservice an, so ist der Fahrer meist ein Arbeitnehmer dieses Restaurants - im Gegensatz zum Fahrer eines externen Dienstleisters.
2. Kann der Beschäftigte durch seine eigenen betriebswirtschaftlichen Fähigkeiten seine Möglichkeit, Gewinne oder Verluste zu erzielen, beeinflussen, trägt er also selbst das Unternehmerrisiko, so spricht dies eher für seine Selbstständigkeit. Von einem Unternehmerrisiko des Beschäftigten kann z.B. ausgegangen werden, wenn dieser ein eigenes Unternehmen mit eigenen Mitarbeitern betreibt.
3. Trägt der Beschäftigte selbst die Kosten für die Arbeitsstätte und die notwendige Ausrüstung, so kann es sich um einen unabhängig Beschäftigten handeln. Ist ein Hausmeister Arbeitnehmer eines Unternehmens, wird er von diesem auch alle nötigen Gerätschaften zur Verfügung gestellt bekommen, die ein selbständiger Hausmeister dagegen privat besitzt und für verschiedene Auftraggeber nutzt.
4. Besonderes Fachwissen des Beschäftigten kann keine Unterscheidung von Arbeitnehmer und Selbständigem begründen. Grundsätzlich selbständig ist jedoch derjenige, der sein Fachwissen am freien Markt anbietet und es nicht lediglich für ein Unternehmen einsetzt. Ist ein Übersetzer lediglich für ein Unternehmen tätig, ist er im Zweifel ein Arbeitnehmer. Nimmt der Übersetzer hingegen Aufträge von verschiedenen Unternehmen an und bietet seine Dienstleistung in der Öffentlichkeit an, handelt es sich eher um einen Selbständigen.
5. Ein wichtiges Kriterium ist zudem die Dauerhaftigkeit des Beschäftigungsverhältnisses. Ist das Verhältnis unbefristet oder von längerer Dauer, spricht dies für ein Arbeitsverhältnis. Wird z.B. ein Handwerker lediglich für die Durchführung eines Bauprojekts beschäftigt, spricht dies für eine Selbstständigkeit. Arbeitet der Handwerker für das Bauunternehmen über einen längeren Zeitraum und bei verschiedenen Projekten, so ist er eher Arbeitnehmer.
6. Der Grad der Kontrolle des Arbeitgebers über die Arbeitsweise und –mittel des Arbeitnehmers ist ein weiterer Indikator. Während ein selbstständig Tätiger seine Vorgehensweise selbst bestimmt und lediglich das Ergebnis vom Auftraggeber kontrolliert werden kann, wird bei einem Arbeitnehmer auch die Art und Weise seiner Arbeitsausführung überprüft, wobei das Recht zur Kontrolle und nicht deren tatsächliche Ausübung entscheidend ist. Ein Arbeitgeber legt z.B. den Arbeitsort, Gehalt und die Arbeitszeiten fest. Das Recht zur Kontrolle ist laut dem DOL im Gegensatz zu der Prüfung durch den IRS ein gleichwertiger Faktor und fällt im Vergleich zu den anderen Kriterien nicht stärker ins Gewicht.

*DOL legt Prüfungsschwerpunkt auf wirtschaftliche Abhängigkeit, IRS auf das Maß an Kontrolle.*

## 2. IRS-Kriterien

Zur Festlegung der Arbeitnehmereigenschaft für steuerliche Zwecke wird eine Standardprüfung des Internal Revenue Service (IRS) herangezogen. Der Schwerpunkt dieser Prüfung liegt anders als bei der Prüfung des DOL auf dem Ausmaß an Kontrollmöglichkeiten des Arbeitgebers. Die Einordnung wird anhand von drei Kategorien bestimmt: Verhaltenskontrolle, Finanzkontrolle und Struktur des Beschäftigungsverhältnisses.

- Im Rahmen der Verhaltenskontrolle ist das Recht des Arbeitgebers, die Art und Weise der Arbeitsausübung festzulegen und zu überwachen, entscheidend. Gibt der Arbeitgeber dem Beschäftigten Anweisungen bezüglich der Arbeitszeit, des Arbeitsorts oder der Arbeitsweise, so wird es sich um ein Arbeits-

verhältnis handeln. Ein angestellter Übersetzer hat beispielsweise während der vom Arbeitgeber festgesetzten Arbeitszeiten in dessen Büro anwesend zu sein, während ein Selbständiger Ort und Zeit seiner Tätigkeit frei wählen kann. Für ein Arbeitsverhältnis sprechen z.B. auch die verpflichtende Teilnahme an Schulungen oder Fortbildungen zur Arbeitsweise. Kontrolliert der Auftraggeber dagegen lediglich das Ergebnis der Arbeit, so liegt eher eine selbstständige Tätigkeit vor.

- Hinsichtlich der Finanzkontrolle ist die Art der Bezahlung entscheidend. Ein freier Mitarbeiter wird vorwiegend nach Projekt oder Auftrag bezahlt, dessen Preis er selbst festlegt, wohingegen ein Arbeitnehmer nach Zeiteinheiten entlohnt wird. Arbeitnehmer bekommen zudem generell Aufwendungen im Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit von dem Arbeitgeber erstattet. Im Gegensatz dazu investieren freie Mitarbeiter selbst in ihre Ausrüstung.
- Der Ausgangspunkt des Kriteriums Struktur des Beschäftigungsverhältnisses ist der schriftlich geschlossene Vertrag. Ausschlaggebend ist zudem, ob der Beschäftigte Sozialleistungen wie Krankenversicherung und bezahlte Urlaubstage erhält. Ein Beschäftigungsverhältnis für ein bestimmtes Projekt indiziert im Gegensatz zur Beschäftigung auf unbestimmte Zeit eine selbstständige Tätigkeit.

### **3. ABC-Test der Staaten**

Auf einzelstaatlicher Ebene wird der Status als Arbeitnehmer oder freier Mitarbeiter noch strenger als auf Bundesebene geprüft. Dadurch sollen Selbständige vor Ausnutzung geschützt und der Verlust von Steuergeldern verhindert werden. Zur Prüfung der Anwendbarkeit der einzelstaatlichen Arbeitslohngesetze wird von den meisten Staaten der ABC-Test durchgeführt. Dabei wird grundsätzlich von einem Arbeitsverhältnis ausgegangen, diese Annahme kann jedoch durch die Erfüllung dreier Kriterien widerlegt werden. Der Arbeitgeber muss darlegen, (A) dass er keinerlei Kontrolle über den Auftragnehmer ausübt, (B) dass der Beschäftigte entweder außerhalb des gewöhnlichen Arbeitsablaufs oder der Arbeitsstätte eingesetzt wird und (C) dass der selbstständig Tätige selbst im Handel als Unternehmer etabliert ist. Vor allem letzteres Kriterium wird dann nicht erfüllt sein, wenn der Auftragnehmer ausschließlich für den Arbeitgeber tätig wird und sich nicht anderweitig am Markt beteiligt.

*Im Fall der Scheinselbstständigkeit ist zusätzlich zur Nachzahlung von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen mit der Zahlung von Zinsen sowie hohen Strafen zu rechnen.*

## **II. Folgen der Falschbehandlung**

Eine falsche Einordnung bringt hohe Strafen und Nachzahlungen mit sich. Die amerikanischen Gerichte legen den Selbständigenstatus eng aus, um den Missbrauch der Unternehmen zur Einsparung von Steuer- und Sozialabgaben und zur Umgehung der Arbeitnehmerschutzvorschriften zu unterbinden. Arbeitnehmer werden im Gegensatz zu freien Mitarbeitern durch bundes- und einzelstaatliche Vorschriften geschützt. Ihnen wird z.B. nach dem FLSA ein Mindestlohn sowie ein Überstundenzuschlag bezahlt. Im Falle der Falschklassifizierung werden die arbeitsrechtlichen Vorschriften rückwirkend auf das gesamte Arbeitsverhältnis angewendet. Dies bedeutet, dass u.a. Ansprüche des Arbeitnehmers auf die rückwirkende Bezahlung von Gehalt und Überstunden sowie eines Mindestlohns entstehen können.

Der Arbeitgeber muss zudem einige Versicherungsleistungen für den Arbeitnehmer erbringen. Beschäftigt das Unternehmen mindestens fünfzig Vollzeitangestellte, so muss es nach dem Affordable Care Act („Obamacare“) seinen Arbeitnehmern eine Krankenversicherung zur Verfügung stellen. Nach dem Federal Insurance Contributions Act (FICA) muss der Arbeitgeber für seine Arbeitnehmer außerdem Beiträge zur Sozial- und Rentenversicherung, Unfallversicherung (Workers' Compensation Insurance) und Arbeitslosenversicherung abführen. Im Falle einer Scheinselbstständigkeit haftet der Arbeitgeber nicht nur für den Beitragsrückstand über den gesamten Beschäftigungszeitraum, sondern muss darauf zusätzlich auch Zinsen sowie eine Strafe zahlen.

Ebenso verhält es sich mit den vom Arbeitgeber angebotenen Sozialleistungen, wie z.B. der Betriebsrente, Aktienbezugsrechten und bezahlten Urlaubs- sowie Krankheitstagen. Kommt ein Scheinselbständiger nicht in den Genuss dieser betrieblichen Sozialleistungen, müssen die verschiedenen Sozialleistungen, die ein Arbeit-

nehmer im Laufe des Beschäftigungsverhältnisses erhalten hätte, ebenfalls nachgezahlt werden. In einer diesbezüglichen Grundsatzentscheidung musste Microsoft aufgrund der Falschklassifizierung von mehreren Arbeitnehmern eine Nachzahlung für deren Altersvorsorge von 97 Millionen USD leisten.

Beschäftigt der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer, so ist er außerdem verpflichtet, bundestaatliche, einzelstaatliche sowie lokale Einkommenssteuern einzubehalten und direkt abzuführen. Aufgrund der Scheinselbstständigkeit nicht gezahlte Steuern müssen für den gesamten Arbeitszeitraum nachgezahlt werden.

### III. Vorbeugung und Möglichkeiten im Falle einer Falschklassifizierung

Um das Risiko der Falschklassifizierung zu minimieren, sollten fragliche Beschäftigungsverhältnisse im Idealfall vorab durch einen Anwalt geprüft werden. Ratsam ist ferner, die verantwortlichen Personaler besonders darin zu schulen, die Abgrenzungskriterien im Voraus abzuklopfen. Vorteilhaft sind klare Indizien, z.B. wenn der Dienstleister nicht persönlich engagiert wird, sondern durch eine eigene Gesellschaft des Kandidaten, durch die er für verschiedene Kunden tätig ist. Verträge sollten zudem so abgefasst werden, dass sie einem reinen Dienstleistungsvertrag mit einem selbstständigen Unternehmer entsprechen und keine Elemente eines Arbeitsvertrags enthalten. Es besteht auch die Möglichkeit, eine Entscheidung über den Status von Angestellten beim IRS anzufordern.

Sollte ein Arbeitgeber seine Angestellten dennoch falsch behandelt haben, so können unter bestimmten Umständen die Folgen dieser Scheinselbstständigkeit abgemildert werden. Sprechen vernünftige und nachvollziehbare Gründe für die fehlerhafte Behandlung des Beschäftigungsverhältnisses, so kann der Arbeitgeber teilweise vor den steuerlichen Konsequenzen geschützt werden (Section 530 Internal Revenue Code, sog. „Safe Harbor“). Voraussetzung dafür ist, dass er alle vergleichbaren Arbeitsverhältnisse gleich behandelt sowie konsequente Steuererklärungen abgegeben hat (1099-Formulare). Für Arbeitgeber, die nicht den Kriterien des Safe Harbors unterfallen, kann das freiwillige Reklassifizierungsprogramm in Betracht kommen. Dabei wird lediglich eine Gebühr zur Deckung der nicht gezahlten Lohnsteuern erhoben, andere Strafzahlungen entfallen hingegen. Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Reklassifizierung ist eine einheitliche Behandlung vergleichbarer Arbeitsverhältnisse in der Vergangenheit und der Gegenwart sowie eine dementsprechende konsequente Steuererklärung in den vorangegangenen drei Jahren.

**Für weitere Fragen nehmen Sie bitte Kontakt mit uns auf:**

#### **Steven H. Thal**

J.Dr.; Attorney at Law, New York  
Rechtsberater für U.S. Recht,  
OLG Frankfurt/ M.  
+1 212 841 0742  
sthal@phillipsnizer.com

#### **Florian von Eyb**

Attorney at Law, New York  
Rechtsanwalt  
(zugel. in New York und Deutschland)  
+1 212 841 0720  
fvoneyb@phillipsnizer.com

#### **Alan Behr**

J.Dr.; Attorney at Law, New York  
+1 212 841 0552  
abehr@phillipsnizer.com

Mitarbeit: **Ramona Haupt** (Rechtsreferendarin)

#### **Disclaimer (English)**

This information is provided as a public service to highlight matters of current interest and does not imply an attorney-client relationship. It is not intended to constitute a full review of any subject matter, nor is it a substitute for obtaining specific legal advice from competent, independent counsel.

#### **Disclaimer (Deutsch)**

Sämtliche Informationen werden ausschließlich als öffentlicher Service zur Verfügung gestellt und begründen kein Mandanten- oder Beratungsverhältnis. Sie stellen ein aktuelles Thema vor, ohne den Anspruch auf Vollständigkeit zu erheben und ersetzen nicht die individuelle, fallspezifische anwaltliche Beratung.

PHILLIPS NIZER LLP

[www.phillipsnizer.com](http://www.phillipsnizer.com)

485 Lexington Avenue • New York, NY • 10017 | Tel: +1 212 977 9700 | Fax: +1 212 262 5152  
34 Pantigo Road • East Hampton, NY • 11937 | Tel: +1 631 324 3950 | Fax: +1 631 324 3622  
Court Plaza South, 21 Main Street • Hackensack, NJ • 07601 | Tel: +1 201 487 3700 | Fax: +1 201 646 1764

Copyright 2018 • Phillips Nizer LLP • Reproduction in part or whole is strictly prohibited without the expressed written consent of the publisher.