

Vorsicht: Gefahr der Nachforderung von Sozialversicherungsbeiträgen bei unklaren Vertragsgestaltungen (geringfügig Beschäftigte)

Verfasser: Dr. jur. Caterina Wehage

Bei Betriebsprüfungen wird auch geprüft, ob Sozialversicherungsbeiträge ordnungsgemäß abgeführt wurden. Die Nichtabführung von Sozialversicherungsbeiträgen kann zu Nachforderung samt Säumniszuschlägen führen und in Einzelfällen sogar als Ordnungswidrigkeit oder Straftatbestand verfolgt werden. Gefährdet sind insbesondere Vereinbarungen über sogenannte **Mini- oder Midijobs**.

Für die Erhebung der Sozialversicherungsbeiträge gilt grundsätzlich das sog. **Entstehungsprinzip**. Es ist danach nicht relevant, was der Arbeitnehmer bekommt. Entscheidend ist vielmehr, was der Arbeitnehmer aufgrund der Vereinbarung mit dem Arbeitgeber bekommen müsste (**Phantomlohn**). Liegt dem Betriebsprüfer kein Vertrag vor oder fehlen Regelungen, geht der Betriebsprüfer erst einmal davon aus, dass von den bestehenden gesetzlichen Regelungen nicht abgewichen werden soll.

§ 12 des Teilzeit- und Befristungsgesetzes hat **seit dem 01.01.2019** folgenden Wortlaut:

Wenn die Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit nicht festgelegt ist, gilt eine Arbeitszeit von 20 Stunden als vereinbart.

Diese Vorschrift bezieht sich auf Abrufarbeitsverhältnisse. Liegt nun **gar kein schriftlicher Arbeitsvertrag** vor - wie es entgegen der Pflicht aus dem Nachweisgesetz oft bei Reinigungs- oder Aushilfskräften praktiziert wird - **oder wird im Arbeitsvertrag keine (wöchentliche) Arbeitszeit genannt** kann der Betriebsprüfer zunächst annehmen, dass „Arbeit auf Abruf“ vorliegt und eine Arbeitszeit von mindestens 20 Wochenstunden vereinbart wurde. Dem Arbeitnehmer stünde demnach ein deutlich höherer Lohn zu. Dieser fiktive höhere Lohn ist relevant (Phantomlohn, s.o.). Die beitragsfreien Grenzen der geringfügigen Beschäftigung sind infolgedessen mit all den zuvor genannten unangenehmen Konsequenzen überschritten. Der Arbeitgeber müsste dann beweisen, dass es sich entweder gar nicht um ein Abrufarbeitsverhältnis gehandelt hat, weil der Arbeitgeber die Leistungszeit nicht einseitig bestimmen konnte oder tatsächlich eine geringere wöchentliche Arbeitszeit vereinbart war oder vereinbart sein sollte. Es ist allerdings umstritten, ob die Schließung der vertraglichen Regelungslücke durch einen Rückgriff auf das, was vereinbart werden sollte, möglich ist.

Schließen Sie deshalb auch mit Mini- und Midijobbern schriftliche Arbeitsverträge ab! Prüfen Sie, ob eine wöchentliche Arbeitszeit festgelegt wurde oder diese ausnahmsweise entbehrlich ist.

Es gibt verschiedene Möglichkeiten zur Verhinderung der Festlegung des Gesetzgebers, dass eine wöchentliche Arbeitszeit von 20 Wochenstunden als vereinbart gilt.

1. Variable, einvernehmliche Arbeitszeit gegen Bruttostundenlohn.

Hat der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung nicht auf Aufforderung des Arbeitgebers zu erbringen, sondern erfolgt diese freiwillig nach Absprache, liegt **kein Abrufarbeitsverhältnis** vor. Daher wird auch keine Mindesttätigkeitsdauer fingiert, wenn diese im Vertrag nicht festgelegt ist. Diese Vertragsgestaltung bietet sich dann an, wenn es dem Arbeitgeber nicht darauf ankommt, wann die Arbeit erledigt wird oder er sich darauf verlassen kann, dass der Arbeitnehmer oder eine andere Arbeitskraft bei Arbeitsanfall zur Verfügung steht.

Von der Vereinbarung eines Rahmenvertrages, der selbst kein Arbeitsvertrag ist, sondern nur die Grundlage für Arbeitsverträge über jeden einzelnen Einsatz, ist abzuraten, da hieraus ein unbefristetes Arbeitsverhältnis entstehen kann.

Möglich ist folgende Vereinbarung:

„Die Arbeitszeit ist variabel und erfolgt in Absprache mit dem geringfügig Beschäftigten und dem Arbeitgeber. Ob ein Einsatz des geringfügig Beschäftigten erfolgt, ist Gegenstand gegenseitiger Absprachen. Es besteht keinerlei Anspruch auf eine monatliche durchschnittliche Beschäftigungsdauer, um ein in ein bestimmter Höhe liegendes Entgelt zu erzielen.

Der Arbeitnehmer erhält für seine Tätigkeit X,XX EUR brutto je Stunde. Die monatliche Vergütung darf dabei aber XXX,XXX EUR nicht übersteigen.“

2. Gleitzeitvereinbarungen

Eine wöchentliche Arbeitszeit von 20 Wochenstunden gilt nicht als vereinbart, wenn eine **ungleichmäßige Arbeitszeit** vereinbart wird und der Arbeitgeber kein einseitiges Bestimmungsrecht hat, sondern der **Arbeitseinsatz nur nach Vereinbarung** stattfindet. Die Dauer der täglichen oder wöchentlichen Arbeitszeit ist zwar unbestimmt. Der Arbeitnehmer kann die Arbeitszeit jedoch innerhalb vorgegebener Grenzen selbst bestimmen, so dass die Abhängigkeit des Tätigkeitsumfangs vom Arbeitsanfall und der darauf gestützte Abruf vom Arbeitgeber fehlen. So kann beispielsweise eine **monatliche Arbeitszeit von 10 Stunden** festgelegt werden und vertraglich bestimmt werden, dass die wöchentliche Einsatzzeit jeweils nach Vereinbarung zwischen den Parteien festgelegt wird. Es wird ein Arbeitszeitkonto geführt.

3. Jahresarbeitszeitvertrag mit verstetigten Arbeitsentgelt

In Einzelfällen kann sich auch ein **Jahresarbeitszeitvertrag** anbieten. Es handelt sich dabei nicht um ein Abrufarbeitsverhältnis, sodass die Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit nicht festgelegt werden muss. Bei einem Jahresarbeitszeitvertrag wird ein **Jahresdeputat** festgelegt. Die **Lage der Arbeitszeit wird langfristig geplant**. Unvorhergesehene Schwankungen des Bedarfs werden durch die **kurzfristige einverständliche Veränderung dieser Arbeitszeitverteilung aufgefangen**. Der Umfang der geleisteten Arbeit wird über ein Arbeitszeitkonto erfasst.

Bei der Vertragsgestaltung sind die Vorgaben des § 2 Abs. 2 des Mindestlohngesetzes zu beachten.

Diese Ausführungen geben die Rechtslage vom 09.09.2020 wieder. Sie ersetzen nicht die Rechtsberatung im konkreten Einzelfall, die vor jeder Vertragsgestaltung empfehlenswert ist. Gerne prüfen wir bestehende Verträge auf das Risiko der Nachforderung von Sozialversicherungsbeiträgen.

Dr. Caterina Wehage
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Medizinrecht

HFBP Rechtsanwälte und Notar
Lavesstr. 82
30159 Hannover

Tel. 0511/21 56 35 0
www.hfbp.de