

Scheinselbständigkeit

Scheinselbständig ist ein Erwerbstätiger, der als selbständiger Unternehmer oder freier Mitarbeiter auftritt, obwohl er von der Art seiner Tätigkeit her als Arbeitnehmer und damit als rechtlich abhängiger bzw. sozialversicherungspflichtig Beschäftigter anzusehen ist.

1. Arbeitsrecht

Ob ein Unternehmer tatsächlich Selbständiger oder Arbeitnehmer/in ist, wird an Hand eines Kriterienkataloges beurteilt, den das Bundesarbeitsgericht aufgestellt hat. Danach ist selbstständig, wer im Wesentlichen seine Tätigkeit frei gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Das BAG geht davon aus, dass Arbeitnehmer ist, wer weisungsgebunden und fremdbestimmt vertraglich geschuldete Leistungen für einen anderen in persönlicher Abhängigkeit erbringt.

Nicht die Bezeichnung im Vertrag ist entscheidend, sondern die tatsächliche Durchführung.

Ob ein Arbeitsverhältnis oder ein Werkvertrag vorliegt, ist anhand einer **Gesamtwürdigung aller maßgebenden Umstände des Einzelfalls** zu ermitteln.

Eine gerichtliche Klärung, ob es sich um ein Arbeitsverhältnis handelt, ist durch Einreichung einer Feststellungsklage möglich.

Arbeitsrechtliche Folgen: Stellt sich heraus, dass der vermeintlich Selbständige bzw. vermeintlich freie Mitarbeiter/freie Mitarbeiterin Arbeitnehmer/Arbeitnehmerin ist, so stehen diesem/dieser **sämtliche Arbeitnehmerrechte** insbesondere das Recht auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, Kündigungsschutz und Recht auf bezahlten Erholungsurlaub zu.

2. Sozialversicherungsrecht

In der Sozialversicherung wird unterschieden zwischen Selbständigkeit und abhängiger Beschäftigung. Die Zuordnung zur einen oder anderen Gruppe orientiert sich an Grundsätzen, die von der Rechtsprechung aufgestellt worden sind. Der Auftraggeber hat wie jeder Arbeitgeber bei seinen Mitarbeitern zu prüfen, ob ein Auftragnehmer bei ihm abhängig beschäftigt oder selbständig tätig ist.

Folgende Kriterien sprechen für das Vorliegen von Scheinselbständigkeit:

- Weisungsgebundenheit gegenüber dem Arbeitgeber und zwar in zeitlicher, fachlicher wie in örtlicher Hinsicht,
- Eingliederung in den Betrieb des Auftrag-/Arbeitgebers,
- Einbeziehung in den betrieblichen Ablauf,
- keine Unternehmerinitiative, kein Unternehmerrisiko,
- festes Entgelt,
- Stundenlohn
- Anspruch auf Urlaub, Entgeltfortzahlung,
- Leistungserbringung in eigener Person, keine Delegationsmöglichkeit an andere Personen,
- Nutzung von Arbeitsmitteln des Auftraggebers
- Verpflichtung, dem Auftraggeber regelmäßig in kurzen Abständen detaillierte Berichte zukommen zu lassen
- Tätigkeit auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber

- Keine eigenen Firmenbriefbögen
- Keine eigenen Geschäftsräume
- Selbständiger hat die Tätigkeit beim Auftraggeber zuvor im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses und damit als Arbeitnehmer ausgeübt

Wichtig ist, dass auch hier letztlich eine Entscheidung nur nach Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls getroffen werden kann.

Statusfeststellungsverfahren:

- Hat der Auftraggeber **Zweifel** an der Selbständigkeit des Auftragnehmers oder wollen sich die Beteiligten rechtlich absichern, können sie zum Beispiel bei der Deutschen Rentenversicherung Bund (DRV Bund) in Berlin (Clearingstelle) einen Antrag auf Feststellung des Erwerbsstatus stellen (sog. **Statusfeststellungsverfahren/Anfrageverfahren** gem. § 7a SGB IV). Der Antrag und weitere Informationen hierzu sind auf der [Internetseite der Deutschen Rentenversicherung](#) abrufbar.

Ob Versicherungspflicht in den einzelnen Zweigen der Sozialversicherung besteht, wird im Rahmen des Statusfeststellungsverfahrens nicht mehr entschieden. Soweit noch eine Klärung der konkreten Versicherungspflicht erforderlich ist, können Arbeitgeber z. B. noch eine Entscheidung der zuständigen Einzugsstelle (in der Regel bei der Krankenkasse; bei geringfügig Beschäftigten bei der Minijobzentrale) einholen.

Die DRV Bund trifft ihre Entscheidung aufgrund einer „Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalles“. Sie teilt den Beteiligten zunächst mit, welche Angaben und Unterlagen sie für ihre Entscheidung benötigt und setzt den Beteiligten hierzu eine Frist. Danach informiert sie die Beteiligten, welche Entscheidung sie zu treffen beabsichtigt, bezeichnet die Tatsachen, auf die sie ihre Entscheidung stützen will, und gibt den Beteiligten Gelegenheit, sich zu der beabsichtigten Entscheidung zu äußern.

Wird der Antrag auf Feststellung des Status **innerhalb eines Monats** nach Aufnahme der Tätigkeit gestellt und sind die übrigen Voraussetzungen gem. § 7a Abs. 5 SGB IV erfüllt, beginnt bei Feststellung einer Beschäftigung die Versicherungspflicht erst mit der Bekanntgabe der Entscheidung, nicht bereits mit Aufnahme der Tätigkeit.

Gegen die endgültige Entscheidung der Deutschen Rentenversicherung Bund kann Widerspruch eingelegt bzw. Klage eingereicht werden. Diese haben aufschiebende Wirkung, d. h. der Gesamtsozialversicherungsbeitrag wird erst mit Eintritt der Unanfechtbarkeit der Entscheidung fällig.

- Das **Antragsrecht** auf Durchführung eines Statusfeststellungsverfahrens gem. § 7a SGB IV besteht nun **auch** schon **vor** Tätigkeitsaufnahme. Es handelt sich hierbei um eine Prognoseentscheidung, die eine vollwertige Statusentscheidung darstellt. Hierfür sind jedoch genaue Angaben zu den Vertragsbedingungen und der beabsichtigten Umstände der Vertragsdurchführung erforderlich. Kann die Rentenversicherung aufgrund zu ungenauer Mitteilung keine abschließende Beurteilung durchführen, kann sie den Antrag auf Feststellung des Erwerbsstatus vor Aufnahme der Tätigkeit ablehnen oder eine Entscheidung erst nach Aufnahme der Tätigkeit treffen.
- Neben dem Statusfeststellungsverfahren bei der Deutschen Rentenversicherung gibt es noch das Einzugsstellen- (§ 28 h Abs. 2 SGB IV) und das Betriebsprüfungsverfahren (§ 28 p I 5 SGB IV). Bitte beachten Sie, dass kein Verfahren beantragt werden darf/kann, wenn bereits ein anderes Verfahren, das die Feststellung des Erwerbsstatus zum Inhalt hat, eingeleitet oder

bereits abgeschlossen wurde. Damit sollen divergierende Entscheidungen vermieden werden. Diese Sperrwirkung geht jedoch nur soweit, wie im Erstverfahren eine Entscheidung getroffen. So kann nach Durchführung eines Statusfeststellungsverfahrens bei der Deutschen Rentenversicherung z. B. noch bei der Einzugsstelle ein Antrag auf Feststellung der Versicherungspflicht gestellt werden. Die Einzugsstelle ist dann nur an den bereits festgestellten Erwerbsstatus gebunden.

Sozialversicherungsrechtliche Folgen:

Sollte sich (z. B. bei einer Betriebsprüfung durch die Rentenversicherung) herausstellen, dass eine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung und damit Scheinselbständigkeit vorliegt, so tritt **Versicherungspflicht zu allen Zweigen der Sozialversicherung** ein. Dies führt in der Regel zu Beitragsnachforderungen, die der Arbeitgeber an die Krankenkasse entrichten muss. Der Arbeitgeber trägt dann das Beitragsrisiko rückwirkend bis zu vier Jahre. Auch Säumniszuschläge sind dann zu entrichten.

Grundsätzlich gelten bei **versicherungspflichtig Beschäftigten** und damit auch bei **Scheinselbständigen** für die Beitragsberechnung die **allgemeinen Grundsätze**. Die Beiträge sind nach dem beitragspflichtigen Arbeitsentgelt zu berechnen und vom Arbeitgeber und Arbeitnehmer jeweils zur Hälfte aufzubringen.

Weitere Hinweise zum Thema Selbstständigkeit, Versicherungspflicht und Scheinselbständigkeit finden Sie [hier](#) auf der Internetseite der Deutschen Rentenversicherung.

3. Weitere mögliche Konsequenzen einer Scheinselbständigkeit:

- Steuerrechtliche Folgen: z. B. Pflicht zur Abführung der Lohnsteuer, evtl. Nachzahlung ausstehender Lohnsteuern. (Hinweis: Um sicherzugehen, kann die Lohnsteuerpflichtigkeit über eine Anrufungsauskunft gem. § 42 e EStG beim Betriebsstättenfinanzamt geklärt werden.)
- Strafrechtliche Folgen: In Frage kommen bspw. eine Verfolgung wegen Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt, wegen Steuerhinterziehung oder leichtfertiger Steuerverkürzung (Ordnungswidrigkeit)

4. Subunternehmer: Scheinselbstständigkeit/unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung

Trägt der **Subunternehmer** (Ziffer 4.1.) kein Unternehmerrisiko und stellt er letztendlich nur persönliche Arbeitskraft bzw. seine Arbeitskräfte zur Verfügung, spricht dies für eine Scheinselbständigkeit bzw. **unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung** (Ziffer 4.2).

4.1. Kriterien, die für eine Subunternehmertätigkeit sprechen sind insbesondere:

- Der Subunternehmer schuldet eine konkrete Bau- bzw. Werkleistung, also einen Erfolg und nicht nur eine Mithilfe.
- Der Subunternehmer kann die beauftragte Leistung in seinem Betrieb entweder alleine oder mit seinen Arbeitnehmern bewerkstelligen.
- Der Subunternehmer haftet für Mängel und Schäden, die er verursacht hat.
- Der Subunternehmer verwendet sein eigenes Werkzeug und Material.
- Der Subunternehmer organisiert die auszuführenden Arbeiten eigenverantwortlich. Das gilt sowohl in zeitlicher Hinsicht als auch in Hinblick auf die Anzahl der einzusetzenden

Arbeitnehmer und deren Qualifikation. Natürlich kann aber der Hauptunternehmer vertragliche Fristen vorgeben, innerhalb derer die beauftragten Arbeiten fertiggestellt werden müssen.

- Der Subunternehmer arbeitet nicht Hand in Hand mit Arbeitnehmern des Hauptunternehmers. Er ist nicht in die Arbeitsorganisation des Hauptunternehmers eingegliedert. Keine „Mithilfe“ des Subunternehmers.
- Arbeitnehmern des Subunternehmers gegenüber besteht kein Aufsichts- und Weisungsrecht des Hauptunternehmers.

Auch hier ist eine Klärung über das Statusfeststellungsverfahren sinnvoll (siehe oben Ziffer 2).

Im Falle einer **Scheinselbstständigkeit** erwarten den Hauptauftraggeber u. a. hohe Nachzahlungen bei den Sozialversicherungsbeiträgen (weitere Folgen siehe oben Ziffer 3).

- 4.2.** Soweit eine **unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung** vorliegt, drohen auch hier erhebliche Haftungsrisiken. Es handelt sich zudem um eine Ordnungswidrigkeit (§ 16 AÜG) mit Geldbußen in teilweiser empfindlicher Höhe. Der Entleih von ausländischen Arbeitnehmern kann sogar eine Straftat darstellen (§ 15 a AÜG).

Geldbußen von mehr als € 200,- werden zudem ins Gewerbezentralregister eingetragen. Außerdem kann es auch zum Ausschluss von öffentlichen Aufträgen kommen.

- Für die Arbeitnehmerüberlassung sind Verträge zwischen dem Verleiher und dem Entleiher sowie zwischen dem Verleiher und seinen Leih-Arbeitnehmern in Schriftform erforderlich. Grundsätzlich muss der Entleiher eine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis von der Agentur für Arbeit besitzen.
- Eine Überlassung von Arbeitskräften ohne eine solche Verleiherlaubnis ist gemäß § 1 Abs. 3 AÜG zum Beispiel zwischen Arbeitgebern zulässig, wenn die Überlassung nur gelegentlich erfolgt und die Arbeitnehmer nicht zum Zwecke der Überlassung eingestellt und beschäftigt werden. Ob eine nur gelegentliche Überlassung vorliegt, wird von der Agentur für Arbeit jedoch sehr streng beurteilt. Auch die Kollegenhilfe gem. § 1 a AÜG bedarf keiner Erlaubnis.

Bitte beachten Sie: Für das Bauhauptgewerbe gelten spezielle Vorschriften für die Arbeitnehmerüberlassung. Die Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe ist unzulässig und nur unter den insbesondere in § 1 b AÜG normierten Voraussetzungen ausnahmsweise möglich.

Hinweis:

- Allein der Abschluss eines Subunternehmervertrags kann die Einordnung als scheinselbstständig nicht verhindern. Es kommt darauf an, was tatsächlich stattgefunden hat und gelebt wurde bzw. wird. Es ist daher darauf zu achten, dass die tatsächliche Durchführung des Subunternehmervertrags nicht in Widerspruch zu den vertraglichen Vereinbarungen steht.
- Es sollten auf jeden Fall zunächst die genauen Inhalte des Auftragsverhältnisses unter Berücksichtigung der oben unter Ziffer 2 aufgeführten Beurteilungskriterien schriftlich festgehalten werden.
- Ein Muster für einen Subunternehmervertrag können Sie für die Oberpfalz bei Frau Kreuzer-Marks (Tel.: 0941 79 65 130) und für Niederbayern bei Herrn Markus Scholler (Tel.: 0851 5301 112) nachfragen.

5. Versicherungspflicht Selbständiger / Exkurs: Arbeitnehmerähnliche Personen/Arbeitnehmerähnliche Selbständige

Liegt keine Scheinselbständigkeit vor, so kann sich jedoch auch **aufgrund anderer Vorschriften** eine **Versicherungspflicht** in der gesetzlichen **Rentenversicherung** ergeben, so z. B. bei selbständigen Handwerkern in einem zulassungspflichtigen Handwerk, die in die Handwerksrolle eingetragen sind und tatsächlich selbständig arbeiten, oder bei arbeitnehmerähnlichen Selbständigen (siehe hierzu Ziffer 4.2.).

5.1. Selbständige

Selbständige können **wählen** zwischen dem **Regelbeitrag** und dem **einkommensgerechten Beitrag**.

Der Regelbeitrag für die Rentenversicherung errechnet sich aus einem Arbeitseinkommen in Höhe der Bezugsgröße nach § 18 SGB IV. Bei Nachweis eines niedrigeren oder höheren Einkommens kann dieses Einkommen (einkommensgerechter Beitrag) berücksichtigt werden. Die Beitragshöhe bewegt sich dann zwischen dem Mindest- und Höchstbeitrag.

Eine **Besonderheit** gilt für die **ersten drei Kalenderjahre nach dem Jahr der Aufnahme der selbständigen Tätigkeit**. In dieser Zeit zahlen selbständig Tätige nur den halben Regelbeitrag. Der Versicherte kann allerdings beantragen, auch in den ersten drei Jahren nach Aufnahme der selbständigen Tätigkeit, den Regelbeitrag oder den einkommensgerechten Beitrag zu entrichten.

5.2. Exkurs: Arbeitnehmerähnliche Personen/arbeitnehmerähnliche Selbständige

Im Rahmen der Prüfung einer Scheinselbständigkeit ist aus **arbeitsrechtlicher** Sicht noch daran zu denken, ob es sich um eine **arbeitnehmerähnliche Person** handelt. Diese ist im Vergleich zu Arbeitnehmern zwar in deutlich geringerem Maße persönlich abhängig, jedoch vergleichbar **sozial schutzbedürftig**. Weiteres entscheidendes Kriterium ist die **wirtschaftliche Abhängigkeit** einer arbeitnehmerähnlichen Person.

Arbeitnehmerähnlich Selbstständige

- können ihre Arbeitszeit im Wesentlichen frei bestimmen,
- sind in ihren Entscheidungen frei und nicht an Weisungen gebunden,
- sind jedoch überwiegend und dauerhaft nur für einen einzigen Auftraggeber tätig, wobei der Auftraggeber in der Regel das Unternehmerrisiko trägt, und mit dieser Tätigkeit 5/6 oder mehr seines Umsatzes erzielt wird
und
- beschäftigen selber keine Mitarbeiter sozialversicherungspflichtig.

Kommt man nach einer Gesamtschau aller maßgebenden Umstände des Einzelfalls zu dem Ergebnis, dass ein Erwerbstätiger als arbeitnehmerähnliche Person anzusehen ist, so ist dieser als Selbständiger zu behandeln. Allerdings hat eine arbeitnehmerähnliche Person aufgrund der sozialen Schutzbedürftigkeit Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub. Keine Anwendung finden hingegen z. B. das Entgeltfortzahlungsgesetz.

Aus **sozialversicherungsrechtlicher** Sicht sind Personen, die im Zusammenhang mit ihrer selbständigen Tätigkeit regelmäßig keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigen und auf Dauer und im Wesentlichen für einen Auftraggeber tätig sind,



rentenversicherungspflichtig (§ 2 S. 1 Nr. 9 SGB VI; sogenannte **arbeitnehmerähnliche Selbständige**). Im Übrigen gehören sie versicherungsrechtlich zu den Selbstständigen, d. h. arbeitnehmerähnliche Selbstständige sind versicherungsfrei in der Kranken-, Pflege- und Arbeitslosenversicherung. Der Auftraggeber hat aber bei einer arbeitnehmerähnlichen Beschäftigung keine Beitragspflichten bezüglich der Rentenversicherung.

Sie können jedoch für einen Zeitraum von drei Jahren nach erstmaliger Aufnahme einer Tätigkeit als arbeitnehmerähnlicher Selbständiger von der Versicherungspflicht gem. § 6 Abs. 1 a SGB VI **befreit** werden. Ferner ist eine Befreiung nach Vollendung des 58. Lebensjahres möglich, wenn ein bisher selbständig Tätiger nun erstmals als arbeitnehmerähnlicher Selbständiger im Sinne des § 2 S. 1 Nr. 9 SGB VI versicherungspflichtig wird.

Auf die **steuerrechtliche** Beurteilung als Selbständiger hat die arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Einordnung als arbeitnehmerähnlicher Selbständiger keine Auswirkung.

Ansprechpartner bei Fragen sind:

Frau Gabriele Moser

Tel.: 0941 7965-227

Frau Sandra Jarzombek

Tel.: 0941 7965-190