

Merkblatt

Scheinselbstständigkeit und arbeitnehmerähnliche Selbstständige

Die gesetzlichen Regelungen über die Scheinselbstständigkeit und die Rentenversicherungspflicht bestimmter Selbstständiger haben unter anderem zum Ziel, nur zum Schein als Selbstständige tätige Arbeitnehmer für die Sozialversicherung besser zu erfassen und bestimmte Selbstständige als Pflichtversicherte in die Rentenversicherung aufzunehmen. Nach dem Willen des Gesetzgebers sollen der soziale Schutz der Betroffenen dauerhaft sichergestellt und die Finanzgrundlagen der Sozialversicherung vor Erosion bewahrt werden.

1. Erfassung sog. scheinselbstständiger Arbeitnehmer

Als scheinselbstständig gelten solche Erwerbstätige, die zwar den Status eines selbstständigen Unternehmers (freiwillig oder auf Drängen ihres „Auftraggebers“) beanspruchen, deren Tätigkeit in Wirklichkeit aber der eines Arbeitnehmers entspricht.

Bei der Beurteilung des Status wird auf die Gesamtsituation abgestellt. Erkennbares unternehmerisches Handeln und die freie Entscheidung des Unternehmers stehen dabei im Vordergrund. Vermutungsregelungen für die Unselbstständigkeit einer Beschäftigung bestehen seit 2003 nicht mehr.

Allerdings werden die früher im Gesetz genannten Kriterien damit nicht bedeutungslos. Vielmehr spielen die Aspekte

- keine Beschäftigung eigener sozialversicherungspflichtiger Arbeitnehmer
- Tätigkeit auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber
- Auftraggeber hat Beschäftigte, die dieselben Tätigkeiten verrichten wie der Selbstständige
- Weisungsgebundenheit und Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Auftraggebers – kein unternehmerisches Auftreten am Markt
- Der Unternehmer hat die Tätigkeit beim Auftraggeber zuvor als dessen Arbeitnehmer ausgeführt

auch weiterhin bei der Beurteilung der Gesamtsituation eine Rolle.

Der Umstand, dass ein Unternehmer auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig ist, führt nicht automatisch zur Annahme einer abhängigen Beschäftigung, sondern stellt lediglich ein Indiz für das Vorliegen einer Scheinselbstständigkeit dar. Maßgeblich ist die Gesamtsituation. Selbstständige mit nur einem Auftraggeber können aber rentenversicherungspflichtig sein (siehe Punkt 4: Arbeitnehmerähnliche rentenversicherungspflichtige Selbstständige).



2. Feststellung der Sozialversicherungspflicht

Wird von der Deutschen Rentenversicherung Bund ein sog. scheinselfständiges Arbeitsverhältnis festgestellt, setzt die Sozialversicherungspflicht mit Aufnahme der Tätigkeit ein. Um das Risiko einer Fehleinschätzung auszuschließen, können die Beteiligten innerhalb eines Monats nach Aufnahme der Tätigkeit einen Antrag bei der Deutsche Rentenversicherung Bund stellen, damit verbindlich festgestellt wird, dass keine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung vorliegt. Die Deutsche Rentenversicherung Bund entscheidet dann aufgrund einer Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalles. Wird der Antrag rechtzeitig gestellt und ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis festgestellt, tritt die Versicherungspflicht erst mit Bekanntgabe der Entscheidung ein, wenn

- der Beschäftigte zustimmt und
- er sich für den Zwischenzeitraum zwischen Beginn der Tätigkeit und Erteilung des Bescheides adäquat für den Krankheitsfall und das Alter abgesichert hat.

Widerspruch und Klage haben aufschiebende Wirkung.

3. Konsequenzen der "Scheinselfständigkeit"

a) Sozialversicherungsrechtliche Folgen

Der bisherige Auftraggeber hat nunmehr als Arbeitgeber die üblichen Arbeitgeber- und Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung an die gesetzlichen Krankenkassen abzuführen und den Arbeitnehmer dort als solchen anzumelden. Die Kranken- und Pflegeversicherungspflicht richtet sich nach der jeweiligen Versicherungssituation (unter anderem Höhe des Einkommens, aktuelle Beitragsbemessungsgrenze).

Zu beachten ist, dass der Arbeitgeber unter Umständen die Sozialversicherungsbeiträge für die letzten vier Jahre nachzahlen muss, er im Regelfall von dem Arbeitnehmer aber nur drei Monate lang einen Teil des Gehaltes einbehalten darf. Abweichende Regressregelungen zwischen den Parteien sind unwirksam.

b) Arbeitsrechtliche Folgen

Wird eine sog. Scheinselfständigkeit festgestellt, so kann der "Scheinselfständige" seinen Arbeitnehmerstatus gegebenenfalls einklagen. Das Arbeitsgericht prüft dann anhand der bisherigen Kriterien der Rechtsprechung, ob dem "Scheinselfständigen" Arbeitnehmerstatus zuerkannt werden kann.

Ist dies der Fall, so ist der vermeintlich Selbstständige nun Angestellter mit Kündigungsschutz, Urlaubsanspruch, Lohnfortzahlungsanspruch im Krankheitsfall und unterliegt der Sozialversicherungspflicht.



c) *Steuerrechtliche Folgen*

Die Veränderung der Verhältnisse kann auch steuerrechtliche Konsequenzen haben. Sowohl Arbeitgeber als auch Arbeitnehmer haben dann die neue Situation gegebenenfalls steuerrechtlich nachzuvollziehen und haften für die Nachzahlungen als Gesamtschuldner, sie können also beide zur Zahlung der Außenstände in voller Höhe aufgefordert werden.

Da dies Einzelfallbetrachtungen sind, empfiehlt es sich, einen Steuerberater hinzuzuziehen und sich mit dem zuständigen Finanzamt abzustimmen. Es ist zu beachten, dass die Finanzämter eine eigene Prüfung vornehmen. Die Finanzämter sind nicht an die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung gebunden. Demnach besteht die Gefahr, dass die Finanzämter im Rahmen der Einzelfallbetrachtung zu einem anderen Ergebnis kommen. Es besteht jedoch nach § 42 e EStG die Möglichkeit, ein Anrufungsauskunftsverfahren durchzuführen. Danach hat das Finanzamt auf Anfrage Auskunft über die steuerrechtliche Bewertung zu erteilen.

Sog. Scheinselbstständige müssen beachten, dass sie als Arbeitnehmer den Lohn-/einkommensteuerrechtlichen Regelungen unterliegen und durch diese Tätigkeit fortan keine Einkünfte aus Gewerbebetrieb mehr erzielen. Darüber hinaus schuldet der vermeintliche Auftragnehmer gegebenenfalls die auf seinen bisherigen Rechnungen ausgewiesene Umsatzsteuer nach § 14c Abs. 2 Umsatzsteuergesetz, während ein Vorsteuerabzug für den Auftraggeber (der in diesem Fall wie ein Arbeitgeber zu behandeln ist) nicht in Betracht kommen würde.

Die Berichtigung der Rechnung ist möglich, soweit der Aussteller der Rechnung den unberechtigten Steuerausweis gegenüber dem Empfänger für ungültig erklärt und die Gefährdung beseitigt wurde.

Eine derartige Beseitigung liegt vor, wenn der Vorsteuerabzug nicht durchgeführt wurde oder die geltend gemachte Vorsteuer an das Finanzamt zurückgezahlt wurde.

d) *Gewerberechtliche Folgen*

Spätestens mit Feststellung der "Scheinselbstständigkeit" endet auch die unternehmerische Tätigkeit für das betriebene Gewerbe. Dies heißt, das Gewerbe muss abgemeldet werden. Auch die gesetzliche Mitgliedschaft in der Industrie- und Handelskammer und die gesetzliche Verpflichtung zur Mitgliedschaft in der Berufsgenossenschaft enden zu diesem Zeitpunkt.

4. Arbeitnehmerähnliche rentenversicherungspflichtige Selbstständige

Arbeitnehmerähnliche Selbstständige sind zwar „echte“ Selbstständige, sie unterliegen aber der Rentenversicherungspflicht. Arbeitnehmerähnlich ist, wer keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigt, dessen Arbeitsentgelt aus diesem Beschäftigungsverhältnis regelmäßig 450,- Euro übersteigt und auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig ist (Faustregel: 5/6 des Umsatzes werden über einen Auftraggeber generiert).



Von einer Dauerhaftigkeit der Tätigkeit ist auszugehen, wenn die Tätigkeit im Rahmen eines Dauerauftragsverhältnisses oder eines regelmäßig wiederkehrenden Auftragsverhältnisses erfolgt. Bei einer im Voraus begrenzten und nur vorübergehenden Tätigkeit für einen Auftraggeber (projektbezogene Tätigkeit) wird grundsätzlich keine Dauerhaftigkeit dieser Tätigkeit für nur einen Auftraggeber vorliegen, wenn die Begrenzung innerhalb eines Jahres liegt. Arbeitnehmerähnliche Selbstständige haben sich innerhalb von drei Monaten nach Aufnahme der selbstständigen Tätigkeit beim zuständigen Rentenversicherungsträger zu melden. Die Beiträge zur Rentenversicherung müssen Selbstständige in voller Höhe selbst zahlen.

Eine Befreiung von der Rentenversicherungspflicht für arbeitnehmerähnliche Selbstständige ist in folgenden Fällen auf Antrag möglich:

- Selbstständige können für einen Zeitraum von drei Jahren nach erstmaliger Aufnahme einer selbstständigen Tätigkeit (Existenzgründung) von der Versicherungspflicht befreit werden. Die Befreiung kann auch bei Aufnahme einer zweiten selbstständigen Tätigkeit, die ebenfalls den Merkmalen des arbeitnehmerähnlichen Selbstständigen entspricht, erneut in Anspruch genommen werden. Der 3-Jahres-Zeitraum nach Aufnahme der selbstständigen Tätigkeit darf noch nicht überschritten sein. Die Befreiung wirkt vom Vorliegen der Befreiungsvoraussetzungen an, wenn sie innerhalb von drei Monaten beantragt wird, sonst vom Eingang des Antrags an.
- Der Antragsteller hat das 58. Lebensjahr vollendet: Er wird vollständig von der Rentenversicherungspflicht befreit, wenn er bereits selbstständig war und die Versicherungspflicht erstmalig aufgrund der Neuregelung zur rentenversicherungspflichtigen Selbstständigkeit eingetreten ist. Die Befreiung wirkt vom Vorliegen der Befreiungsvoraussetzungen an, wenn sie innerhalb von drei Monaten beantragt wird, sonst vom Eingang des Antrags an.

Drei weitere Gruppen von rentenversicherungspflichtigen Selbstständigen können auf Antrag von der Rentenversicherungspflicht befreit werden, falls sie bereits am 31. Dezember 1998 eine selbstständige, nicht rentenversicherungspflichtige Tätigkeit ausgeübt haben:

- Personen, die vor dem 2. Januar 1949 geboren sind.
- Personen, die vor dem 10. Dezember 1998 eine anderweitige Lebens- oder Rentenversicherung abgeschlossen haben bzw. die Zusage einer betrieblichen Altersversorgung erhalten haben, die so ausgestaltet ist oder binnen eines Jahres nach Eintritt der Versicherungspflicht so ausgestaltet wird, dass
 - Leistungen für den Fall der Invalidität und des Erlebens des 60. oder eines höheren Lebensjahres sowie im Todesfall Leistungen an Hinterbliebene erbracht werden und
 - für die Versicherung mindestens ebenso viel Beiträge aufzuwenden sind, wie Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung zu zahlen wären.
- Personen, die vor dem 10. Dezember 1998 eine vergleichbare Form der Vorsorge betrieben haben oder binnen eines Jahres nach Eintritt der Versicherungspflicht entsprechend ausgestalten. Eine vergleichbare Vorsorge liegt vor, wenn



- vorhandenes Vermögen oder
- Vermögen, das aufgrund von einer auf Dauer angelegten vertraglichen Verpflichtung angespart wird, insgesamt gewährleistet, dass eine Sicherung für den Fall der Invalidität und des Erlebens des 60. oder eines höheren Lebensjahres sowie im Todesfall für Hinterbliebene vorhanden ist, deren wirtschaftlicher Wert nicht hinter dem einer Lebens- oder Rentenversicherung nach der vorherigen Alternative zurückbleibt.

Die Befreiung ist binnen eines Jahres nach Eintritt der Versicherungspflicht zu beantragen und gilt rückwirkend ab dem Eintritt der Versicherungspflicht.

5. Sonderfälle

a) Geschäftsführende Gesellschafter

Auch selbstständig tätige geschäftsführende Gesellschafter einer juristischen Person können nach der oben beschriebenen Regelung rentenversicherungspflichtige Selbstständige sein. Für die Beurteilung der Versicherungspflicht kommt es darauf an, ob die Gesellschaft (und nicht der Gesellschafter) im Wesentlichen nur einen Auftraggeber hat, beziehungsweise ob die Gesellschaft sozialversicherungspflichtige Arbeitnehmer beschäftigt. Nachdem das Bundessozialgericht dies zur früheren Gesetzeslage anders entschieden hatte, ist eine entsprechende Klarstellung im Gesetz erfolgt.

b) Handelsvertreter

Mit dem Wegfall der Vermutungskriterien ist auch die Ausnahmeregelung für Handelsvertreter hinfällig geworden. Entscheidend für die Frage ihrer Selbstständigkeit ist damit, ob sie ihre Tätigkeit im Wesentlichen frei gestalten und über ihre Arbeitszeit bestimmen können (§ 84 Abs. 1 S. 2 Handelsgesetzbuch). Wenn diese Voraussetzungen nicht erfüllt sind, können auch Handelsvertreter "scheinselbstständig" sein.

Indizien dafür sind beispielsweise Umsatzvorgaben, eng angelegte Kontrollen des Auftraggebers, Pflichtenwesenheit, vorgegebene Pflichttermine bei Kunden, Tourenpläne, Urlaubsabstimmung mit dem Auftraggeber sowie das Verbot, Angestellte einzustellen.

Sofern der Handelsvertreter seine Arbeitszeit und Tätigkeit aber frei einteilen kann, kann er dennoch den rentenversicherungspflichtigen Arbeitnehmern gleichgestellt sein, wenn er regelmäßig keine sozialversicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigt, deren Entgelt 450,- € im Monat übersteigt und wenn er im Wesentlichen für einen Auftraggeber tätig ist (siehe Punkt 4: Arbeitnehmerähnliche rentenversicherungspflichtige Selbstständige).



6. Hinweis

Die Abgrenzung zwischen Selbstständigen, rentenversicherungspflichtigen Selbstständigen und sog. Scheinselbstständigen bleibt schwierig. Viele Einzelfälle und strittige Punkte werden weiterhin von der Rechtsprechung anhand der bisherigen Kriterien zu klären sein. Dabei kann das Ergebnis der arbeitsrechtlichen Prüfung die Auftragnehmerstellung sein, während die sozialversicherungsrechtliche Prüfung derselben Person den Arbeitnehmerstatus zuspricht, verbunden mit der entsprechenden Sozialversicherungspflicht.

Insbesondere Existenzgründer sollten sich innerhalb von drei Monaten nach der Aufnahme der Geschäftstätigkeit an die Deutsche Rentenversicherung Bund wenden und schriftlich einen Antrag auf Befreiung von der Rentenversicherungspflicht stellen. Bei Unklarheiten bezüglich der "Scheinselbstständigkeit" sollte bei der Deutsche Rentenversicherung Bund innerhalb von einem Monat nach Aufnahme der Beschäftigung ein Antrag auf Feststellung gestellt werden.

Deutsche Rentenversicherung Bund
10704 Berlin

Service-Telefon: 0800 1000 480 0

Antragsvordrucke und Infomaterial: <http://www.deutsche-rentenversicherung-bund.de>

Hinweis: Diese Kurzinformation soll - als Service Ihrer Kammer - nur erste Hinweise geben und erhebt daher keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Obwohl diese Kurzinformation mit größtmöglicher Sorgfalt erstellt wurde, kann keine Haftung für die inhaltliche Richtigkeit übernommen werden.