

ALLGEMEINE RECHTSFRAGEN - R25

Stand: Oktober 2015

Ihr Ansprechpartner
Heike Cloß

E-Mail
heike.closs@saarland.ihk.de

Tel.
(0681) 9520-600

Fax
(0681) 9520-690

Selbstständige, Scheinselbstständige, arbeitnehmerähnliche Selbstständige

Häufige Diskussionen gibt es um die Abgrenzung zwischen den Begriffen:

- Selbstständige,
- Scheinselbstständige,
- arbeitnehmerähnliche Selbstständige.

Selbstständige

Grundsätzlich wird bei einer gewerblich angemeldeten Tätigkeit **Selbstständigkeit** angenommen. Wenn ein **Sozialversicherungsträger** den Rechtsstatus eines gewerblich angemeldeten Tätigen überprüft, gilt der **Amtsermittlungsgrundsatz**. Das heißt, er hat von Amts wegen alle Umstände zu ermitteln, die für die Entscheidung von Bedeutung sind.

Erwerbsmäßig einzustufen ist eine Person, die ihre **entgeltliche** Tätigkeit auf eine **gewisse Dauer, mit Gewinnerzielungsabsicht und nach außen hin erkennbar ausübt**. Auch geringfügig und unregelmäßig hin und wieder ausgeübte Tätigkeiten können deshalb erwerbsmäßig sein.

Bei einer **Gesamtbetrachtung** sprechen **für eine selbstständige Tätigkeit** der Grad der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit, ob die Erwerbsperson ein unternehmerisches Risiko trägt, unternehmerische Chancen wahrnimmt und ob Eigenwerbung betrieben werden kann.

Zu typischen Merkmalen unternehmerischen Handelns gehört u. a., dass Leistungen im eigenen Namen und auf eigene Rechnung statt im Namen und auf Rechnung des Auftraggebers erbracht werden, sowie die eigenständige Entscheidung über:

- Einkaufs- und Verkaufspreise, Warenbezug,
- Einstellung von Personal,
- Einsatz von Kapital und eigener Maschinen,
- die Zahlungsweise der Kunden (z. B. sofortige Barzahlung, Stundungsmöglichkeit, Einräumung von Rabatten),
- Art und Umfang der Kundenakquisition,
- Art und Umfang von Werbemaßnahmen für das eigene Unternehmen (z. B. Benutzung eigener Briefköpfe).

Zu **verneinen** ist Erwerbsmäßigkeit vor allem bei Tätigkeiten ohne Gewinnerzielungsabsicht (z. B. einzelne Gefälligkeiten von geringer Dauer, familiäre Hilfeleistungen gegen geringe Bezahlung, unentgeltlich ehrenamtliche Tätigkeiten oder bei der Tätigkeit steht die Wahrung gesetzlicher oder staatsbürgerlicher Pflichten im Vordergrund).

Scheinselbstständige

Wer als scheinselbstständig eingeordnet wird, wird sozialversicherungsrechtlich wie ein **Arbeitnehmer** behandelt. Scheinselbstständige sind gerade **keine selbstständig Gewerbetreibenden**.

Auf ein **abhängiges Beschäftigungsverhältnis** deuten nach der Rechtsprechung **folgende Kriterien**:

- persönliche Abhängigkeit: uneingeschränkte Verpflichtung, Anweisungen des Auftraggebers Folge zu leisten,
- Eingliederung in den Betrieb des Auftraggebers,
- Weisungsrecht des Auftraggebers bezüglich
 - Arbeitszeit: Verpflichtung, bestimmte Arbeitszeiten einzuhalten
 - Arbeitsort: Verpflichtung, in den Räumen des Auftraggebers oder an von ihm bestimmten Orten zu arbeiten
 - Arbeitsdauer: Verpflichtung, bestimmte Arbeitszeiten einzuhalten
 - Art der Ausführung der Arbeit: Verpflichtung, dem Auftraggeber regelmäßig in kurzen Abständen detaillierte Berichte zukommen zu lassen oder die Verpflichtung, bestimmte Hard- und Software zu benutzen, sofern damit insbesondere Kontrollmöglichkeiten des Auftraggebers verbunden sind.

Wer selbstständig ist, trägt das unternehmerische Risiko in vollem Umfang selbst und kann seine Arbeitszeit frei gestalten. Der Erfolg des finanziellen und persönlichen Einsatzes ist dabei ungewiss und hängt nicht von dritter Seite ab. Zu beachten ist, dass der Begriff des Beschäftigungsverhältnisses im Sozialrecht weitergehend ist als der Begriff des Arbeitsverhältnisses im Arbeitsrecht.

• **Statusfeststellung auf Antrag**

Die Beteiligten, also der Auftraggeber und der Auftragnehmer, können ein **Antragsverfahren** bei der für die Überprüfung zuständigen **Clearingstelle Deutsche Rentenversicherung Bund** durchführen. Das Statusfeststellungsverfahren kann zu Beginn eines Vertragsverhältnisses durchgeführt werden. Lange Zeit wurde davon ausgegangen, dass das Statusfeststellungsverfahren nicht durchgeführt werden darf, wenn es um die Vergangenheit geht, also die betreffende Tätigkeit bereits beendet ist. Das Bundessozialgericht hat mit Urteil vom 03.06.2009 (Az.: B 12 KR 31/07 R) die gegenteilige Auffassung vertreten. Das Statusfeststellungsverfahren kann also sowohl **vor, während als auch nach Beendigung des Vertragsverhältnisses** durchgeführt werden. Bei Vertragsverhältnissen, die im Zeitraum der Antragstellung bereits beendet sind, kann nicht mehr die Deutsche Rentenversicherung Bund das Statusfeststellungsverfahren durchführen, sondern die nach § 28 h Abs. 2 SGB IV zuständige **Einzugsstelle**. Das ist die Krankenversicherung, die die Krankenversicherung durchführt oder die vom Beschäftigten gewählt wurde.

Im Rahmen dieses Antragsverfahrens existiert ein **Fragenkatalog**, der jeweils von dem Beteiligten ausgefüllt werden muss. Informationen hierzu:

<http://www.deutsche-rentenversicherung.de> → Rubrik Services → Formulare & Anträge → Versicherte, Rentner, Selbständige → vor der Rente → Statusfeststellung

Die ausgefüllten Formulare werden an die Clearingstelle Deutsche Rentenversicherung Bund zurück gesandt, die an Hand der Antworten **beweisen** muss, dass **Scheinselbstständigkeit** vorliegt. Diese Beweisführung wird auf Grund einer **Gesamtwürdigung aller Umstände der Arbeitsleistungen** durchgeführt.

Als Anhaltspunkt für eine abhängige Beschäftigung werden eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers angesehen.

Nur wenn

- ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis vorliegt,
- 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,

tritt die Sozialversicherungspflicht erst zu dem Zeitpunkt ein, zu dem eine unanfechtbare Entscheidung vorliegt.

- **Statusfeststellung von Amts wegen**

Neben diesen von den Beteiligten einzuleitenden Antragsverfahren existiert auch ein seitens der **Clearingstelle** Deutschen Rentenversicherung Bund durchzuführendes **Prüfungsverfahren** (siehe Anhang). Bei diesem Prüfungsverfahren muss in jedem einzelnen Fall **bewiesen** werden, dass nicht eine selbstständige, sondern eine scheinselbstständige Tätigkeit vorliegt.

Deutsche Rentenversicherung Bund
Clearingstelle für sozialversicherungsrechtliche Statusfragen
10704 Berlin
kostenloses Service-Telefon: 0800 / 1000 480 70

Existenzgründung

Seit 2011 gibt es den Gründungszuschuss (→ **E05** Gründungszuschuss, Kennzahl **430**). Dieser kann gezahlt werden, wenn mangels Vermittlung als Arbeitnehmer aus der Arbeitslosigkeit heraus eine hauptberufliche selbstständige Tätigkeit aufgenommen wird. Beim Gründungszuschuss ist der Gründer nicht automatisch rentenversichert. Versicherungspflicht kann aufgrund anderer Regelungen entstehen. Deshalb wird die Überprüfung, ob eine Rentenversicherungspflicht besteht oder nicht, nach denselben Regelungen wie bei anderen Selbstständigen und sonstigen Existenzgründern durchgeführt.

Handelsvertreter (→ Infoblatt **R26** Handelsvertreter, Kennzahl **68**)

Der Handelsvertreter, der ursprünglich eine gesetzliche Ausnahme von dem Scheinselbstständigen bildete, kann nun auch auf Scheinselbstständigkeit überprüft werden. Er ist nicht mehr von der Überprüfung ausgenommen (→ **R34** Versicherungsrechtliche Beurteilung von Handelsvertretern, Kennzahl **68**).

Bei Unklarheiten bezüglich der Scheinselbstständigkeit sollte nachgefragt werden bei:

Deutsche Rentenversicherung Bund
Dezernat 4879 Clearingstelle
10704 Berlin
Service-Telefon: 0800-10 00 480 0
<http://www.deutsche-rentenversicherung.de>

Konsequenzen der Einstufung als Scheinselbstständiger

- **Sozialversicherungsrechtliche Folgen**
Der Arbeitgeber = Auftraggeber hat ab Bekanntgabe der Entscheidung der Deutsche Rentenversicherung Bund künftig die üblichen Arbeitgeber- und Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung (als sogenannter Gesamtsozialversicherungsbeitrag) an die gesetzlichen Krankenkassen abzuführen. Er ist im Verhältnis zu den Sozialversicherungsträgern alleiniger Schuldner, hat also auch den Arbeitnehmeranteil zu bezahlen. Rückwirkende Beitragsnachforderungen können, müssen aber nicht ausgeschlossen sein. Außerhalb des Anfrageverfahrens, das durch den Sozialversicherungsträger eingeleitet wird, können Beiträge bis zu maximal vier Jahren nachgefordert werden. Bei vorsätzlich vorenthaltenen Beiträgen kann der Anspruch sogar 30 Jahre lang geltend gemacht werden. Der Arbeitgeber darf von seinem Arbeitnehmer nur drei Monate lang einen Teil des Gehaltes einbehalten. Abweichende Regressregelungen zwischen diesen beiden sind unwirksam.
- **Arbeitsrechtliche Folgen**
Der Scheinselbstständige genießt alle Rechte eines Arbeitnehmers, inklusive Kündigungsschutz, Urlaubsanspruch und Lohnfortzahlung im Krankheitsfall.
- **Steuerrechtliche Folgen**
Sowohl Arbeitgeber als auch Arbeitnehmer haben die neue Situation ggf. steuerlich nachzuvollziehen. Da dies Einzelfallbetrachtungen sind, empfiehlt es sich, einen Steuerberater hinzuzuziehen und sich mit dem zuständigen Finanzamt abzustimmen. Scheinselbstständige müssen beachten, dass sie als Arbeitnehmer den lohn-/einkommenssteuerlichen Regelungen unterliegen und durch ihre Tätigkeit fortan keine Einkünfte aus Gewerbebetrieb mehr erzielen dürften. Darüber hinaus schuldet der vermeintliche Auftragnehmer ggf. die auf seinen bisherigen Rechnungen ausgewiesene Umsatzsteuer, während ein Vorsteuerabzug für den Auftraggeber nicht in Betracht kommen würde.
Um das Haftungsrisiko des Auftraggebers für die Abführung der Lohnsteuer zu mindern, besteht die Möglichkeit, die Arbeitnehmereigenschaft bestimmter Personen und damit auch deren Lohnsteuerpflichtigkeit beim Betriebsstättenfinanzamt verbindlich zu klären (Anrufungsauskunft). Selbst, wenn die Auskunft objektiv unrichtig war, wird der Arbeitgeber von seiner Haftung freigestellt, wenn er sich an diese Auskunft gehalten hat. Eine ablehnende Anrufungsauskunft entfaltet auch Indizwirkung für eine sozialversicherungsrechtliche Selbstständigkeit im Rahmen der Gesamtabwägung.

□ **Gewerberechtliche Folgen**

Spätestens mit Feststellung der Scheinselbstständigkeit würde auch die unternehmerische Tätigkeit für das betriebene Gewerbe enden. D. h., dass das Gewerbe abgemeldet werden muss. Damit endet die Mitgliedschaft in der Industrie- und Handelskammer und die Verpflichtung zur Mitgliedschaft als Unternehmer in der Berufsgenossenschaft. Die Gewerbeabmeldung kann beim **EA-Saar**, der Gemeinsamen Geschäftsstelle, Standort IHK, Tel.: (0681) 9520-600, Mail: mail@ea-saar.saarland.de oder bei dem örtlich zuständigen Gewerbeamt erfolgen.

Grundsätzlich bedingt die sozialrechtliche Einordnung eines Beschäftigungsverhältnisses als sozialversicherungspflichtig nicht gleichzeitig, dass der Beschäftigte als Arbeitnehmer im Sinne des Arbeitsrechts gilt. **Das Arbeitsgericht entscheidet unabhängig vom Sozialgericht anhand der bisherigen Kriterien der Rechtsprechung über den Arbeitnehmerstatus.**

Arbeitnehmerähnliche Selbstständige

Gewerbetreibende können auch der Gruppe der arbeitnehmerähnlichen Selbstständigen zugerechnet werden. Arbeitnehmerähnliche Selbstständige sind **rechtlich wie Selbstständige** zu behandeln - Scheinselbstständige sind im Unterschied dazu gerade keine selbstständigen Gewerbetreibenden. **Aber:** für die arbeitnehmerähnlichen Selbstständigen besteht eine **Rentenversicherungspflicht**.

Das Gesetz gibt für die Einordnung eine **Vermutungsregelung** vor. Danach gilt als **arbeitnehmerähnlicher Selbstständiger**, wer:

- (1) im Zusammenhang mit seiner Tätigkeit regelmäßig **keinen sozialversicherungspflichtigen Arbeitnehmer** beschäftigt

Um einen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer handelt es sich, wenn sein **regelmäßiges Arbeitsentgelt monatlich mehr als 450,00 €** beträgt. Dies trifft auch zu, wenn **mehrere Arbeitnehmer** geringfügig beschäftigt werden und die **Summe aller Arbeitsentgelte monatlich über 450,00 € liegt**. Auch Auszubildende gelten als Arbeitnehmer. Beschäftigt der Selbstständige für kurze Zeit keinen Arbeitnehmer, z. B. weil dieser gekündigt hat und erst noch eine Ersatzkraft gefunden werden muss, entsteht keine Rentenversicherungspflicht für den arbeitnehmerähnlich Selbstständigen. Der Zeitraum, in dem kein Arbeitnehmer beschäftigt wird, darf allerdings insgesamt maximal zwei Monate im Jahr betragen **und**

- (2) **auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig** ist. Das bedeutet, dass mindestens fünf Sechstel der gesamten Einkünfte aus den zu beurteilenden Tätigkeiten allein aus einer dieser Tätigkeiten erzielt werden. Bei Gesellschaftern gelten als Auftraggeber die Auftraggeber der Gesellschaft.

Die Bindung an nur einen Auftraggeber muss **auf Dauer** angelegt sein. Damit wird klargestellt, dass Selbstständige in ihrer Gründungsphase noch nicht als abhängig Beschäftigte gelten, nur weil sich ihr junges Unternehmen noch nicht in der geplanten Weise entwickelt hat. Gerade Gründer haben nämlich zu Beginn häufig nur einen Auftraggeber. Sie, die **Existenzgründer**, müssen des-

halb nach ihrem **Unternehmenskonzept** die Zusammenarbeit mit mehreren Auftraggebern anstreben und die tatsächlichen Umstände dürfen dem nicht widersprechen. Bei einem Existenzgründer wird in der Regel in den ersten drei Jahren nach Aufnahme der zu beurteilenden Tätigkeit davon ausgegangen.

Die vom Gesetz geforderte **Dauerhaftigkeit des Vertragsverhältnisses** besteht bei einer Tätigkeit im Rahmen eines Dauerauftragsverhältnisses oder eines regelmäßig wiederkehrenden Auftragsverhältnisses. Dabei sind neben den zeitlichen auch wirtschaftliche Kriterien zu beachten. Dauerhaftigkeit liegt auf jeden Fall vor, falls der Betroffene mindestens fünf Sechstel seiner gesamten Einkünfte aus den zu beurteilenden selbstständigen Tätigkeiten bezieht. Bei **projektbezogenen Tätigkeiten**, wenn also von vorneherein feststeht, dass nur für einen Auftraggeber gehandelt wird, liegt grundsätzlich keine „Tätigkeit auf Dauer nur für einen Auftraggeber“ vor, wenn die Begrenzung ein Jahr nicht überschreitet. Im Einzelfall gilt dies auch bei längeren Projektzeiten. Damit wird der Besonderheit von Berufsgruppen Rechnung getragen, die durch längere Projektzeiten an einen einzigen Auftraggeber gebunden sind, wie z. B. beratende Ingenieure.

Beide Voraussetzungen müssen **gleichzeitig** erfüllt sein. Für die Annahme des arbeitnehmerähnlichen Rechtsstatus genügt es also nicht, wenn nur eines der beiden Kriterien erfüllt ist. Darüber hinaus kann der arbeitnehmerähnliche Selbstständige seine Tätigkeit frei gestalten und ist nicht abhängig beschäftigt. Beschäftigt der Unternehmer eigene, sozialversicherungspflichtige Angestellte oder hat er mehrere Auftraggeber, ist er als „echter“ Selbstständiger anzusehen.

Konsequenzen der Einstufung als arbeitnehmerähnlich Selbstständiger

- **Sozialversicherungsrechtliche Folgen**
Der arbeitnehmerähnlich Selbstständige ist Selbstständiger und muss deshalb selbst seine Sozialversicherungen bedienen.
- **Arbeitsrechtliche Folgen**
Der arbeitnehmerähnlich Selbstständige hat nach § 2 Satz 2 BUrlG einen Anspruch auf 4 Wochen bezahlten Erholungsurlaub aufgrund seiner wirtschaftlichen Abhängigkeit. Diesen Urlaub bezahlt der Auftraggeber. Auch das Arbeitsgerichtsgesetz gilt für arbeitnehmerähnliche Personen (§ 5 Abs. 1 ArbGG). Das Entgeltfortzahlungsgesetz gilt dagegen nicht für arbeitnehmerähnlich Selbstständige. Sie haben deshalb keinen Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und bei Feiertagen.
- **Steuerrechtliche Folgen**
Da der Arbeitnehmer = Selbstständige als Selbstständiger gilt, muss er selbst Sorge dafür tragen, dass er seine Einkünfte korrekt versteuert.

• **Spezialfälle**

Handelsvertreter

Auch ein **Handelsvertreter**, der keine eigenen sozialversicherungspflichtig Beschäftigte hat und nur ein Unternehmen vertritt, kann nach diesen Kriterien arbeitnehmerähnlich selbstständig sein (→ Infoblatt **R34** Versicherungsrechtliche Beurteilung von Handelsvertretern, Kennzahl **68**).

Gesellschaftergeschäftsführer einer GmbH

Die versicherungsrechtliche Beurteilung von Gesellschafter-Geschäftsführern, Fremdgeschäftsführern und mitarbeitenden Gesellschaftern einer GmbH sowie Geschäftsführern einer Familien-GmbH unterfällt dem obligatorischen Statusfeststellungsverfahren. Entsprechende Informationen können auf der Homepage der Deutschen Rentenversicherung Bund unter www.deutsche-rentenversicherung.de unter der Rubrik → Services → Formulare & Anträge → Versicherte, Rentner, Selbständige → vor der Rente → Statusfeststellung im Downloadbereich angesehen werden.

Für die Beurteilung der Versicherungspflicht kommt es darauf an, ob die Gesellschaft (und nicht der Gesellschafter) im Wesentlichen nur einen Auftraggeber hat bzw. ob die Gesellschaft sozialversicherungspflichtiger Arbeitnehmer beschäftigt.

Auf Antrag gibt es **Befreiungsmöglichkeiten** für arbeitnehmerähnliche Selbstständige **von der Rentenversicherungspflicht**:

- (1) Ist der Antragsteller erstmaliger **Existenzgründer**, steht ihm eine Befreiungsmöglichkeit für drei Jahre ab Aufnahme der selbstständigen Tätigkeit zu. Wenn der Existenzgründer einen **2. Versuch** unternimmt, steht ihm eine Befreiungsmöglichkeit für weitere drei Jahre zu. Dies gilt nicht, wenn die erste Tätigkeit lediglich umbenannt wird bzw. keine wesentliche Veränderung des Geschäftszwecks vorliegt.
- (2) Hat der Antragsteller das **58. Lebensjahr vollendet**, wird er vollständig von der Rentenversicherungspflicht befreit, wenn er bereits selbstständig ist und die Versicherungspflicht erstmalig aufgrund der Regelungen zum „arbeitnehmerähnlichen Selbstständigen“ eintritt.
- (3) Ist der Antragsteller **vor dem 02.01.1949 geboren**, wird er vollständig von der Rentenversicherungspflicht befreit, wenn er bereits selbstständig ist.

Der entsprechende Antrag auf Befreiung von der Versicherungspflicht ist eingestellt unter: <http://www.deutsche-rentenversicherung.de> → Rubrik Services → Formulare & Anträge → Versicherte, Rentner, Selbständige → vor der Rente → Befreiung von der Versicherungspflicht → Antrag auf Befreiung ... für Selbständige mit einem Auftraggeber.

Dieses Merkblatt soll – als Service Ihrer IHK - nur einen Hinweis geben und erhebt daher keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Obwohl es mit größtmöglicher Sorgfalt erstellt wurde, kann eine Haftung für die inhaltliche Richtigkeit nicht übernommen werden.