



DIETZE & PARTNER
RECHTSANWÄLTE



Scheinselbstständigkeit Risiken und Lösungsansätze

Inhaltsübersicht

1. Beispielsfall
2. Folgen der Scheinselbstständigkeit
3. Definition und Abgrenzung
4. Merkmale der Scheinselbstständigkeit
5. Risikovermeidungsstrategien

1. Beispielsfall

Unternehmer U unterhält einen Baggerbetrieb.

Er beschäftigt den Subunternehmer S und schließt mit diesem einen Werkvertrag ab.

Beide gehen davon aus, dass S selbständiger Unternehmer ist.

S schreibt monatliche Rechnungen mit Umsatzsteuer, die U bezahlt und aus denen U die Vorsteuer in Abzug bringt.



1. Beispielsfall (Forts.)

Betriebsprüfung bei U drei Jahre später!

Feststellung der Prüfung:

S = scheinselbstständig → Arbeitnehmer des U !

Welche Konsequenzen hat die Feststellung ?



Inhaltsübersicht

2. Folgen der Scheinselbstständigkeit

2.1 Folgen für den Auftragnehmer

2.2 Folgen für den Auftraggeber

2.2.1 Weisungsrecht

2.2.2 Nachzahlung der Sozialversicherungsbeiträge

2.2.3 Lohnsteuerhaftung

2.2.4 Umsatzsteuerliche Folgen

2.2.5 Keine Abhilfe bei Gutgläubigkeit

2.1 Folgen für den Auftragnehmer

- Anspruch auf monatliches Gehalt (Honorar als Nettolohn)
- Kündigungsschutz
- Urlaubsanspruch
- Mutterschutz, Elternzeit
- Lohnfortzahlung im Krankheitsfall
- Problem: private Krankenversicherung

Inhaltsübersicht

2.2 Folgen für den Auftraggeber

2.2.1 Weisungsrecht

2.2.2 Nachzahlung der Sozialversicherungsbeiträge

2.2.3 Lohnsteuerhaftung

2.2.4 Umsatzsteuerliche Folgen

2.2.5 Keine Abhilfe bei Gutgläubigkeit

2.2.1 Weisungsrecht

Mit dem ihm zustehenden **Weisungs- bzw. Direktionsrecht** kann der Arbeitgeber

- die Arbeitszeit,
- den Arbeitsort,
- die Arbeitsdauer sowie
- die Art der Arbeitsausführung

des Arbeitnehmers bestimmen.



2.2.2 Nachzahlung der Sozialversicherungsbeiträge

Nachzahlungspflicht des Auftraggebers:

- Nachzahlungszeitraum: i.d.R. höchstens vier Jahre
- Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbeiträge
- Berechnungsgrundlage: gezahltes Entgelt
= Nettoarbeitslohn
- Begrenztes Rückforderungsrecht



2.2.3 Lohnsteuerhaftung

Haftung für nicht abgeführte Lohnsteuer

- Haftungszeitraum: begrenzt auf vier Jahre
- Berechnungsgrundlage: gezahltes Entgelt
= Nettoarbeitslohn
- Keine vertragliche Regelung möglich



2.2.4 Umsatzsteuerliche Folgen

- Streichung des Vorsteuerabzugs aus den Rechnungen des Auftragnehmers
- Umsatzsteuernachzahlung
- Zinsbelastung
- Eigenes Prüfungsrechts des Finanzamts

2.2.5 Keine Abhilfe bei Gutgläubigkeit

Keine Entlastung für U und S:

- Guter Glaube an die Selbständigkeit des S nützt nichts!
- Aber zumindest keine Strafbarkeit und kein Bußgeld für U mangels Vorsatzes.

Inhaltsübersicht

- 3. Definition und Abgrenzung
 - 3.1 Definition der Scheinselbstständigkeit
 - 3.2 Arbeitnehmerähnliche Selbständige
 - 3.3 Freie Mitarbeiter

3.1 Definition der Scheinselbstständigkeit

Scheinselbstständigkeit liegt vor

- bei **persönlicher Abhängigkeit**, d.h.
wenn Personen aufgrund der **tatsächlichen** Ausgestaltung des Beschäftigungsverhältnisses zu den abhängig Beschäftigten zählen, aber als Selbständige auftreten;
- nach dem Ergebnis einer **Gesamtbetrachtung**.

Beschäftigung ist die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind die **Tätigkeit nach Weisungen** und die **Eingliederung in die Arbeitsorganisation** des Weisungsgebers (§ 7 Abs. 1 SGB IV). Entscheidend ist weiterhin, dass die Beschäftigung gegen Arbeitsentgelt ausgeübt wird.

3.2 Arbeitnehmerähnliche Selbständige

Arbeitnehmerähnliche Selbständige

- Personen, die keine versicherungspflichtigen Mitarbeiter beschäftigen
- Personen, die im Wesentlichen und auf Dauer für nur einen Auftraggeber tätig sind

Z.B.: Rechtsanwälte, Journalisten, Künstler, Franchisenehmer

3.2 Arbeitnehmerähnliche Selbständige (Fortsetzung)

- Es besteht Rentenversicherungspflicht, aber eigene Beitragsabführungspflicht des Auftragnehmers → Kein Risiko für den Auftraggeber
- In der Regel aber Erhalt der Unternehmereigenschaft und damit des Vorsteuerabzugs

3.3 Freie Mitarbeiter

Freie Mitarbeiter

- Personen, die eine selbständige unternehmerische Tätigkeit für ein fremdes Unternehmen auf dienst- oder werkvertraglicher Grundlage ausführen
- Ergebnis einer Gesamtbetrachtung.
- Wirtschaftliche Abhängigkeit ist kein Abgrenzungskriterium
- Es besteht keine Sozialversicherungspflicht

Inhaltsübersicht

- 4. Merkmale der Scheinselbständigkeit
 - 4.1 Gesetzliche Merkmale
 - 4.2 Frühere gesetzliche Vermutung
 - 4.3 Indizien
 - 4.4 Branchenkatalog

4.1 Gesetzliche Merkmale

- **Persönliche Abhängigkeit** nach dem Gesamtbild der tatsächlichen Umstände des Beschäftigungsverhältnisses
- **Gesetzlich normierte Anhaltspunkte/Indizien:**
 - Tätigkeit nach Weisung
 - Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers
- Gesetzliche Aufzählung **nicht abschließend**
- **Keine Vermutungsregelung** mehr!

4.2 Frühere gesetzliche Vermutungsregelung

Scheinselbstständigkeit (+) bei Erfüllung drei von fünf Kriterien:

1. Keine Beschäftigung von versicherungspflichtigen Arbeitnehmern
2. Tätigkeit auf Dauer und im Wesentlichen für nur einen Auftraggeber
3. Die Tätigkeit wird regelmäßig durch Arbeitnehmer erbracht
4. Es fehlen die typischen Merkmale unternehmerischen Handelns
5. Vorherige Beschäftigung als Arbeitnehmer beim Auftraggeber mit einer Tätigkeit mit übereinstimmendem äußeren Erscheinungsbild

Weiterhin gilt:

- Aufhebung der Beweislastregelung. Keine inhaltliche Änderung!
- Vermutung der Selbstständigkeit bei Existenzgründungszuschuss.

4.3 Indizien

Indizien für eine Scheinselbstständigkeit sind:

- kein Firmenschild, keine eigenen Geschäftsräume
- kein eigenes Briefpapier, Visitenkarten
- Auftreten in Arbeitskleidung des Auftraggebers
- ausschließlich persönliche Arbeitserbringung
- kein Eigenkapital, keine eigenen Betriebsmittel
- strenge Berichtspflichten und/oder Kontrollen durch Auftraggeber

4.4 Branchenkatalog

Branchenkatalog der Spitzenverbände der Sozialversicherungsträger

- Gesamtbetrachtung anhand von Indizien
- Auflistung von Berufsgruppen und deren Behandlung, z.B.:
 - **Freie Berufe:** kein Indiz für Selbständigkeit
 - **Kurierdienst:** eigenes Fahrzeug führt nicht zwingend zur Selbständigkeit
 - **Messehostess, Busfahrer, Pflegekräfte:** i.d.R. Arbeitnehmer
 - **Tagesmütter:** grds. selbständig
 - **Taxifahrer** ohne eigenes Kfz: i.d.R. Arbeitnehmer
 - **Handelsvertreter:** Aufhebung der Sonderstellung = Gesamtbetrachtung

Inhaltsübersicht

- 5. Risikovermeidungsstrategien
 - 5.1 Unproblematische Fallgestaltungen
 - 5.2 Checkliste
 - 5.3 Clearingverfahren

5.1 Unproblematische Fallgestaltungen

Vermeidung einer Scheinselbstständigkeit bei

- Einschaltung einer **GmbH** als Subunternehmer (keine Einmann-GmbH!)
- Einsatz eines bei der **Künstlersozialkasse** versicherten freien Mitarbeiters
- verbindlicher Klärung der Selbstständigkeit durch das **Clearing-Verfahren**



5.2 Checkliste – Teil 1

I.	Beschäftigung von Arbeitnehmern	Ja	Nein
1.	Arbeitet der Subunternehmer alleine ohne Arbeitnehmer?		
2.	Sind ausschließlich geringfügig Beschäftigte (bis 450 €) für ihn tätig?		
3.	Handelt es sich bei den Arbeitnehmern ausschließlich um Familienangehörige?		



5.2 Checkliste – Teil 2

II.	Tätigwerden nur für einen Auftraggeber	Ja	Nein
1.	Ist der Subunternehmer faktisch an einen Auftraggeber gebunden, weil ihm eine weitere Erwerbstätigkeit nicht möglich ist?		
2.	Macht der freie Mitarbeiter mehr als fünf Sechstel seines Umsatzes mit nur einem Auftraggeber?		



5.2 Checkliste – Teil 3

III.	Arbeitnehmertypische Leistungserbringung	Ja	Nein
1.	Ist der Subunternehmer ebenso wie die Arbeitnehmer in das Unternehmen eingebunden?		
2.	Muss die geschuldete Leistung vom Subunternehmer persönlich erbracht werden?		
3.	Erbringen auch andere Arbeitnehmer diejenigen Leistungen, mit denen der Subunternehmer beauftragt ist?		
4.	Ist der Arbeitsort vorgegeben?		
5.	Ist die Arbeitszeit bestimmt?		
6.	Ist die Art und Weise der Auftragsabwicklung vorgegeben?		
7.	Werden dem Subunternehmer Termine vorgegeben?		

5.2 Checkliste – Teil 4

IV.	Unternehmerische Tätigkeit	Ja	Nein
1.	Trägt der Subunternehmer das volle unternehmerische Risiko, ohne dass sich ihm unternehmerische Chancen eröffnen?		
2.	Ist der Subunternehmer an Preisvorgaben gebunden?		
3.	Ist der freie Mitarbeiter an Bezugsquellen gebunden?		
4.	Ist der freie Mitarbeiter in der Entscheidung über Kapitaleinsatz, Personal und Maschinen gebunden?		

5.3 Clearingverfahren – Ablauf

1. Antrag

Antrag auf verbindliche Feststellung, dass die Beschäftigung einer konkreten Person nicht sozialversicherungspflichtig ist.

2. Zuständigkeit

Clearingstelle für sozialversicherungsrechtliche Statusfragen der Deutschen Rentenversicherung Bund.

3. Form

Es besteht Formularzwang.

4. Frist

Die Antragsfrist ist ein Monat nach Aufnahme der Tätigkeit!

Obligatorisches Statusfeststellungsverfahren

Die zuständige Einzugsstelle ist nach § 7a Abs. 1 S. 2 SGB IV verpflichtet ein Statusfeststellungsverfahren bei der Clearingstelle der Deutschen Rentenversicherung Bund zu beantragen, wenn aus der Anmeldung zur Sozialversicherung hervorgeht, dass es sich bei dem Beschäftigten um den Ehegatten, Lebenspartner oder Abkömmling (z. B. Kind, Enkel) des Arbeitgebers (Statuskennzeichen "1") oder den geschäftsführenden Gesellschafter einer GmbH oder UG (Statuskennzeichen "2") handelt.



5.3 Clearingverfahren – Rechtsfolgen



5.3 Clearingverfahren und Finanzverwaltung

Klärung des Status gegenüber dem Finanzamt:

- Eigene Prüfungskompetenz des Finanzamts
 - Keine Bindung an Entscheidung des Sozialversicherungsträgers
- Zusätzlich Anrufungsauskunft notwendig!

Scheinselbstständigkeit

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit

