

Schein oder nicht Schein...?! Hinweise zur Vermeidung der Scheinselbstständigkeit

1 Begriff der Scheinselbstständigkeit

Unter Scheinselbstständigkeit versteht man, dass eine erwerbstätige Person als selbstständiger Unternehmer auftritt, obwohl sie tatsächlich von der gesamten Ausgestaltung ihrer Tätigkeit her, als abhängiger Beschäftigter einzustufen ist.

2 Folgen der Scheinselbstständigkeit

Die Scheinselbstständigkeit hat Auswirkungen im Arbeitsrecht, im Steuerrecht und im Sozialversicherungsrecht.

2.1 Arbeitsrecht

Der Begriff der Scheinselbstständigkeit kommt an sich aus dem Sozialversicherungsrecht.

Ist eine Scheinselbstständigkeit im sozialversicherungsrechtlichen Sinne gegeben, muss dies noch keine Auswirkungen auf die Einordnung des Erwerbstätigen als Arbeitnehmer haben.

Arbeitsrechtlich ist die Abgrenzung, ob der Erwerbstätige ein Arbeitnehmer oder ein Freier Mitarbeiter ist, maßgeblich für die Anwendbarkeit der arbeitsrechtlicher Normen, z.B. Mutterschutz, Schwerbehindertenschutz, Kündigungsschutz, Entgeltfortzahlung und Urlaub sowie für die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte.

Der freie Mitarbeiter kommt als Unternehmer grundsätzlich nicht in den Genuss der Privilegien eines Arbeitnehmers.

2.2 Sozialversicherung

Stellt sich heraus, dass der vermeintlich „freie Mitarbeiter“ tatsächlich als abhängig Beschäftigter anzusehen und somit sozialversicherungspflichtig ist, müssen die nicht abgeführten Sozialversicherungsbeiträge nachgezahlt werden.

Dabei ist der Arbeitgeber gesetzlich verpflichtet, die rückständigen Arbeitgeber- UND Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung nachzuzahlen. Ein Ausgleich des Arbeitnehmeranteils im Verhältnis zum Arbeitnehmer findet nur durch Abzug vom Arbeitsentgelt statt.

Allerdings kann ein unterbliebener Abzug der Arbeitnehmeranteile der Sozialversicherungsbeiträge nur für die letzten 3 Lohn- und Gehaltsperioden nachgeholt werden. Praktisch sind dies relativ geringe Beträge.

2.3 Steuer

2.3.1 Gewerbesteuer



Wird ein Erwerbstätiger im Rahmen eines "freien Mitarbeiterverhältnisses" auf Honorarbasis beschäftigt, dann rechnet er seine Lieferungen und Leistungen mit dem Auftraggeber ab. Seine Einnahmen gehören nach seiner Einschätzung in aller Regel zu den Einkünften aus Gewerbebetrieb. Sie unterliegen grundsätzlich auch der Gewerbesteuer.

Als Arbeitnehmer ist der Erwerbstätige dagegen nicht gewerbesteuerpflichtig. Er kann die bisher entrichtete Gewerbesteuer vom Finanzamt zurückverlangen.

Der Arbeitgeber ist jedoch von der Gewerbesteuerfrage nicht betroffen.

2.3.2 **Lohnsteuer**

Der vermeintliche „freie Mitarbeiter“ ist als Arbeitnehmer anzusehen, mit der Folge, dass der vermeintliche Auftraggeber als Arbeitgeber auf die gezahlten Vergütungen hätte Lohnsteuer einbehalten und an das Finanzamt abführen müssen.

Für die Nachforderung von Lohnsteuer haftet in erster Linie der Arbeitnehmer. Ist die Lohnsteuer von diesem nicht zu erlangen, wird insoweit der Auftraggeber in Haftung genommen.

Eine darüber hinausgehende Inanspruchnahme des Arbeitgebers kann sich ergeben, wenn Sozialversicherungsbeiträge nachgefordert werden und der Arbeitgeber hierbei die vollen Beiträge, also auch den Arbeitnehmeranteil zur Renten-, Kranken-, Pflege- und Arbeitslosenversicherung tragen muss. Der Grund ist, dass sich hierdurch in Höhe der vom Arbeitgeber übernommenen Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung ein steuerpflichtiger geldwerter Vorteil ergibt, der wiederum dem Lohnsteuerabzug im Zeitpunkt der Zahlung durch den Arbeitgeber unterliegt.

Die Nachzahlung der Sozialversicherungsbeiträge kann damit erhebliche Nachzahlungen von Lohnsteuer nach sich ziehen.

2.3.3 **Umsatzsteuer**

Umsatzsteuerlich ist der "Scheinselbstständige" nicht als Unternehmer anzusehen. Infolgedessen darf der Auftraggeber die gesondert in Rechnung gestellte Umsatzsteuer nicht als Vorsteuer abziehen. Gleichwohl schuldet der Scheinselbstständige diese gesondert ausgewiesene Umsatzsteuer nach § 14c Abs. 2 UStG (unberechtigter Steuerausweis: eine Rechnungsberichtigung kommt in diesen Fällen nur mit Zustimmung des Finanzamts in Betracht). Mangels Unternehmereigenschaft ist er auch seinerseits nicht zum Vorsteuerabzug berechtigt, sodass er seine Umsatzsteuerschuld auch nicht durch die in Eingangsrechnungen ausgewiesene Umsatzsteuer mindern kann.

Die Gefahr für den Arbeitgeber besteht darin, dass der Arbeitnehmer bei der Rückerstattung der an den Arbeitnehmer gezahlten Umsatzsteuer nicht kooperiert, so dass der Arbeitgeber die Vorsteuer an das Finanzamt zurückzahlen muss, aber nicht vom Arbeitnehmer erstattet erhält.

3 **Abgrenzungsmerkmale Angestellter zu Freier Mitarbeiter**

3.1 **Arbeitsrecht**



Ob eine abhängige Beschäftigung in einem Arbeitsverhältnis oder eine Beauftragung als selbständiger freier Mitarbeiter gewollt und vereinbart ist, hängt nicht von der Formulierung im Vertrag, sondern von der tatsächlichen Ausgestaltung der Tätigkeit in der Praxis ab.

Die Unterscheidung zwischen einem freien Mitarbeiter und einem Arbeitnehmer ist häufig sehr schwierig. Feste Kriterien, die eine Abgrenzung in jedem Falle möglich machen, gibt es nicht. Vielmehr ist im Rahmen einer wertenden Gesamtbetrachtung jeder Einzelfall unter Einbeziehung einer Vielzahl von Kriterien gesondert zu beurteilen.

Folgende Kriterien sprechen für eine freie Mitarbeit und somit für Selbstständigkeit des Erwerbstätigen:

- Freie Bestimmung von Art, Ort, Zeit und Weise der Arbeit
- Persönliche und wirtschaftliche Unabhängigkeit des freien Mitarbeiters
- Unternehmerische Eigenverantwortlichkeit mit absoluter Weisungsfreiheit
- Tätigkeit für mehrere Geschäftspartner zulässig
- Beschäftigung von Hilfskräften bei der Ausführung des Auftrages zulässig
- Gewährleistungspflicht einschließlich Haftung für Erfüllungsgehilfen
- Anmeldung eines Gewerbes
- Eigene Werbung
- Veranlagung zur Einkommen-, Umsatz- und Gewerbesteuer
- Beitragspflicht zur Berufsgenossenschaft

Dagegen sprechen für ein Arbeitsverhältnis und somit für Scheinselbstständigkeit die folgenden Merkmale:

- Weisungsgebundenheit gegenüber dem Arbeitgeber, und zwar in zeitlicher und fachlicher wie in örtlicher Hinsicht
- Eingliederung in den Betrieb des Auftrag-/Arbeitgebers, so dass er Weisungen annehmen muss und auch selber an andere Arbeitnehmer erteilen darf.
- Einbeziehung in den betrieblichen Ablauf
- keine Unternehmerinitiative, kein Unternehmerrisiko
- festes Entgelt
- Anspruch auf Urlaub, Entgeltfortzahlung



- Leistungserbringung in eigener Person, keine Delegationsmöglichkeit an andere Personen
- Arbeitsumfang wird von anderen bestimmt

3.2 **Steuer**

Steuerlich kommt es nicht auf die wirtschaftliche und persönliche Abhängigkeit an, sondern auf das **unternehmerische Auftreten am Markt**. Steuerlich selbstständig sind alle Steuerzahler, die unternehmerische Entscheidungsfreiheit haben und unternehmerische Chancen, aber eben auch Risiken haben (sog. Unternehmerinitiative und Unternehmerrisiko).

Zwei wichtige Gesichtspunkte sprechen immer für die steuerliche Selbstständigkeit:

- Die (Dienst-)Leistung wird vom Steuerzahler am Markt angeboten.

Entscheidend kommt es darauf an, dass die Leistung grundsätzlich am Markt angeboten wird und der Steuerzahler nach außen als Selbstständiger in Erscheinung tritt. Es muss also denkbar sein, dass ihn auch andere Kunden beauftragen könnten. Die Teilnahme am allgemeinen Marktgeschehen kann dann auch erfüllt sein, wenn die Leistung nur an einen Abnehmer erbracht wird. Probleme können sich dann ergeben, wenn der Steuerzahler einfach seine bisherige Aufgaben als Arbeitnehmer nunmehr selbstständig erbringt, nur für seinen (ehemaligen) Arbeitgeber tätig ist und er weder andere Auftraggeber hat noch seine Dienstleistung bei anderen Kunden angeboten hat.

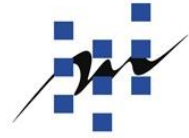
- Der Steuerzahler muss ein sog. "Entgeltrisiko" tragen.

Das Risiko, bei Ausfallzeiten oder Schlechterfüllung der Leistung kein Honorar zu bekommen, ist ein wichtiges Indiz für die Selbstständigkeit. Mit anderen Worten: Wenn der Steuerzahler nur die Leistung vergütet bekommt, die er tatsächlich erbracht hat und er unter Umständen damit rechnen muss, dass der Auftraggeber bei Fehlern oder Mängeln keine Vergütung leistet, dann spricht vieles für die Selbstständigkeit und damit für die Unternehmereigenschaft.

In Zweifelsfällen wird das Finanzamt weitere Kriterien heranziehen, um die Selbstständigkeit zu überprüfen. Dazu gehören:

- auch die organisatorische Einbindung in den Betrieb des Auftraggebers
- die Freiheit, Ort und Zeitpunkt der Leistung selbst zu bestimmen oder
- die Möglichkeit, daneben noch andere Auftraggeber zu bedienen.

Im Bereich der Lohnsteuer kann der Auftraggeber den lohnsteuerlichen Status durch eine sogenannten Lohnsteueranrufungsauskunft klären lassen. In anderen Steuerarten wird die letztliche Entscheidung über die Frage der Selbstständigkeit erst im bestandskräftigen Steuerbescheid oder ggf. in einer Betriebsprüfung getroffen.



3.3 Sozialversicherung

Für die Scheinselbstständigkeit wurden in § 7 Abs. 4 Satz 1 SGB IV Kriterien aufgestellt. Diese gesetzliche Regelung ist wieder aufgehoben worden. Dennoch können die damaligen Kriterien als Orientierungspunkt dienen.

Für eine Sozialversicherungspflicht spricht:

- Der Erwerbstätige beschäftigt im Zusammenhang mit seiner Tätigkeit regelmäßig **keinen sozialversicherungspflichtigen Arbeitnehmer**. Angestellte Mini-Jobber zählen nicht.
- Der Erwerbstätige ist auf Dauer und im Wesentlichen nur für **einen Auftraggeber** tätig. Hier wird immer wieder die 20%-Grenze genannt.
- Der Auftraggeber oder ein vergleichbarer Auftraggeber lässt entsprechende Tätigkeiten regelmäßig durch von ihm beschäftigte Arbeitnehmer verrichten (**Arbeitnehmertypische Arbeitsleistung**).
- Die Tätigkeit lässt **keine** typischen Merkmale **unternehmerischen Handelns** erkennen.
- Der Erwerbstätige hat eine **vergleichbare Tätigkeit** für denselben Auftraggeber zuvor aufgrund eines **Beschäftigungsverhältnisses** ausgeübt.

3.4 Statusentscheidung durch die Deutsche Rentenversicherung Bund

Bestehen bei Auftraggeber oder Auftragnehmer Zweifel an der Versicherungspflicht oder wollen sich die Beteiligten absichern, können sie sich an die Deutsche Rentenversicherung Bund (DRV Bund) in Berlin wenden. Die DRV stellt auf Antrag den Status des Erwerbstätigen fest.

4 Besonderheiten beim Gesellschafter-Geschäftsführer

4.1 Abgrenzungsmerkmale

Bei mitarbeitenden Gesellschafter-Geschäftsführern liegt ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis zur GmbH dann vor, wenn die Gesellschafter

- am Arbeitsprozess der GmbH teilhaben,
- für ihre Beschäftigung ein entsprechendes Arbeitsentgelt erhalten und
- KEINEN maßgeblichen Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft kraft eines etwaigen Anteils am Stammkapital geltend machen können.

Ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis liegt mangels maßgeblichen Einfluss beispielsweise nicht vor, wenn ein Gesellschafter-Geschäftsführer

- über mindestens 50 % des Stammkapitals verfügt oder



- aufgrund besonderer Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag die Beschlüsse der anderen Gesellschafter verhindern kann (Sperrminorität),

und somit entscheidenden Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft nehmen kann.

Es sind im Hinblick auf die Rentenversicherungspflicht zusätzlich die unter Ziffer 3.3 genannten Gesichtspunkte zu beachten. Dabei ist bei der Einordnung auf die Ebene der GmbH abzustellen. Maßgeblich ist folglich,

- ob die GmbH einen **sozialversicherungspflichtigen Arbeitnehmer** angestellt hat und
- ob die GmbH auf Dauer und im Wesentlichen nur für **einen Auftraggeber tätig** ist.

Ausnahmsweise ist ein Gesellschafter-Geschäftsführer mit einer Kapitalbeteiligung von weniger als 50 % ebenfalls nicht versicherungspflichtig ist, wenn er beispielsweise

- das Unternehmen gleichberechtigt mitleitet und
- deshalb in keinem persönlichen Abhängigkeitsverhältnis zur GmbH steht oder
- er die Gesellschaft, z.B. aufgrund familiärer Abhängigkeiten oder aufgrund besonderen technischen Know-Hows, faktisch beherrscht.

4.2 **Hinweise**

Zur Vermeidung der Scheinselbstständigkeit beim Gesellschafter-Geschäftsführer sollte dieser

- über mindestens 50 % des Stammkapitals oder wenigstens über eine Sperrminorität verfügen
- einen sozialversicherungspflichtigen Arbeitnehmer anstellen
- für mehrere Auftraggeber tätig sein.

(Dokument Nr. 7771 vom 31.05.12)