

Scheinselbstständigkeit

Ein Merkblatt der Industrie- und Handelskammer Hannover

„Scheinselbstständigkeit“ und rentenversicherungspflichtige 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.

Erfassung „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.

Merkmale, die für eine Selbstständigkeit sprechen:

- Unternehmerisches Auftreten am Markt
- Beschäftigung eigener sozialversicherungspflichtiger Arbeitnehmer
- Entscheidung über Einkaufs- und Verkaufspreise
- Einsatz von Kapital und Maschinen
- Einstellung von Personal
- Entscheidung über Zahlungsweise der Kunden

Merkmale, die für eine Scheinselbstständigkeit sprechen:

- Tätigkeit auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber
- Eingliederung in die Organisationsstruktur des Auftraggebers
- Unternehmer hat die Tätigkeit beim Auftraggeber zuvor als dessen Arbeitnehmer ausgeführt
- Anwesenheitspflicht beim Auftraggeber
- Durchführung entsprechender Tätigkeiten auch durch Arbeitnehmer
- Feste Arbeitszeiten (z. B. Schichtdienst)
- Kostenloses Stellen von Sachmitteln durch den Auftraggeber (z. B. Räumlichkeiten, PC, Diensthandy, Pkw, etc.) - in diesem Zusammenhang beurteilen die Landessozialgerichte Kraftfahrer ohne eigenes Fahrzeug überwiegend als abhängig Beschäftigte (vgl. Urteil des Hessischen LSG vom 24.02.2009 - L 1 KR 249/08; Urteil des Bayerischen LSG vom 14.10.2008 - L 5 KR 365/06)

- Urlaubsanspruch, Absprache von Urlaubszeiten mit anderen Arbeitnehmern
- Festgehalt
- Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall
- Kein unternehmerisches Auftreten am Markt (unternehmerisches Risiko)

Hinweis: Die Merkmale sind nicht abschließend! Für die Abgrenzung müssen sämtliche Umstände des Einzelfalls betrachtet werden.

Feststellung der Sozialversicherungspflicht

Wird von der [Deutschen Rentenversicherung Bund](#) ein "scheinselbstständiges" Arbeitsverhältnis festgestellt, ohne dass die Beteiligten die Überprüfung des Status veranlasst haben, setzt die Sozialversicherungspflicht in der Regel 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 Deutschen Rentenversicherung Bund stellen, damit verbindlich festgestellt wird, dass keine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung vorliegt ([Anfrageverfahren / Statusfeststellungsverfahren](#)). Die Deutsche Rentenversicherung Bund entscheidet dann aufgrund einer Gesamtwürdigung der Situation des Unternehmens. 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.

Konsequenzen der "Scheinselbstständigkeit"

1. 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 von dem Arbeitnehmer aber nur drei Monate lang einen Teil des Gehaltes einbehalten darf. Abweichende Regressregelungen zwischen den Parteien sind unwirksam.

2. Arbeitsrechtliche Folgen

Wird "Scheinselbstständigkeit" festgestellt, so kann der "Scheinselbstständige" seinen Arbeitnehmerstatus gegebenenfalls einklagen. Das Arbeitsgericht prüft dann anhand der bisherigen Kriterien der Rechtsprechung, ob dem "Scheinselbstständigen" 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.

Nach einem Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 26. Juni 2019 (AZ 5 AZR 178/18) kann der Arbeitgeber die Rückzahlung überbezahlter Honorare verlangen, wenn der Arbeitnehmerstatus eines vermeintlich freien Mitarbeiters rückwirkend festgestellt wird und die im Arbeitsverhältnis geschuldete Vergütung niedriger ist als das für das freie Dienstverhältnis vereinbarte Honorar. Bei der Rückzahlung muss sich der Arbeitgeber nicht nur die im Arbeitsverhältnis geschuldete Bruttovergütung, sondern auch die hierauf entfallenden Arbeitgeberanteile am Gesamtsozialversicherungsbeitrag anrechnen lassen.

3. 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 § 42e Einkommenssteuergesetz ([EStG](#)) die Möglichkeit ein Anrufungsauskunftsverfahren durchzuführen. Danach hat das Finanzamt auf Anfrage Auskunft über die steuerrechtliche Bewertung zu erteilen. "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 ([UStG](#)), 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.

4. 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.

Rentenversicherungspflichtige Selbstständige

Ist ein Unternehmer echter Selbstständiger ohne eigene sozialversicherungspflichtige Beschäftigte und hat er auf Dauer und im Wesentlichen nur einen Auftraggeber (Faustregel 5/6 des Umsatzes werden über einen Auftraggeber generiert), dann ist er auch als Selbstständiger rentenversicherungspflichtig, so die Regelung des § 2 Abs. 1 Nr. 9 des

sechsten Sozialgesetzbuchs ([SGB VI](#)). Er hat seine Beiträge in vollem Umfang selbst zu zahlen und sich sofort beim zuständigen Rentenversicherungsträger anzumelden. Nach einem Urteil des Bundessozialgerichts (B 12 RA 15/04 R vom 23.11.2005) reicht es aus, wenn statt eines sozialversicherungspflichtigen Arbeitnehmers mehrere geringfügig Beschäftigte angestellt sind, wenn die Arbeitsentgelte zusammengerechnet die Geringfügigkeitsgrenze (derzeit 450 Euro) überschreiten. „Im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber“ ist nach der Faustregel gegeben, wenn 5/6 der Betriebseinnahmen über einen Auftraggeber generiert werden.

Es gibt nur wenige Möglichkeiten, sich von der Rentenversicherungspflicht befreien zu lassen:

- Der Antragsteller ist Existenzgründer: Er wird für die Dauer von drei Jahren nach Aufnahme der selbstständigen Tätigkeit von der Rentenversicherungspflicht befreit. 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 (§ 6 Absatz 1a Nr. 2 SGB VI), wenn er bereits selbständig 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.

Sonderfall: 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.

Sonderfall: 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 Absatz 1 Satz 2 Handelsgesetzbuch ([HGB](#)). Wenn diese Voraussetzungen nicht erfüllt sind, können auch Handelsvertreter "scheinselbstständig" sein. Indizien dafür sind beispielsweise Umsatzvorgaben, Vorgaben eines genauen Arbeitsplanes und der Bestimmung der täglichen Arbeitszeit, Pflichtenwesenheit, vorgegebene Pflichttermine bei Kunden, Tourenpläne, Genehmigungspflicht für jede Nebentätigkeit, Urlaubsabstimmung mit dem Auftraggeber sowie das Verbot, Angestellte einzustellen.

Kann sich der Handelsvertreter Tätigkeit und Arbeitszeit frei einteilen und liegen die obengenannten Kriterien vor, ist auch er ein grundsätzlich rentenversicherungspflichtiger Selbstständiger.

Hinweis

Die Abgrenzung zwischen Selbstständigen, rentenversicherungspflichtigen Selbstständigen und "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 Deutschen Rentenversicherung Bund innerhalb von einem Monat nach Aufnahme der Tätigkeit ein Antrag auf Feststellung Statusfeststellungsantrag gestellt werden.

Deutsche Rentenversicherung Bund
Clearingstelle für sozialversicherungsrechtliche Statusfragen
10704 Berlin
Service-Telefon: 0800 1000 480 00

Hinweis

Dieses Merkblatt soll – als Service Ihrer Industrie- und Handelskammer Hannover – nur erste Hinweise geben und erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Obwohl es mit größtmöglicher Sorgfalt erstellt wurde, kann eine Haftung auf die inhaltliche Richtigkeit nicht übernommen werden.

Stand: Oktober 2020

Kontakt:

Daniel Tänzer
Abteilung Recht
Tel. (0511) 3107-338

E-Mail: taenzer@hannover.ihk.de
Industrie- und Handelskammer Hannover
Schiffgraben 49
30175 Hannover
www.hannover.ihk.de