

# Scheinselbständigkeit und arbeitnehmerähnliche Selbständige

## Arbeitsrecht

### Zusammenfassung

Die 1999 in Kraft getretenen Neuregelungen zur Scheinselbständigkeit[1] hatten damals für großen Aufruhr gesorgt. Nachdem sie aufgrund des vielfachen Protestes bereits ein Jahr später entschärft wurden, wurde zum 1.1.2003 durch die so genannte Hartz-Gesetzgebung[2] die Gesetzeslage wieder geändert: **Die Vermutungsregelung in § 7 Abs. 4 SGB IV a. F. wurde gestrichen.**

Im folgenden Beitrag wird die Rechtslage in Sachen Scheinselbständigkeit und arbeitnehmerähnlicher Selbständigkeit unter Berücksichtigung der Neuregelungen dargestellt.

[1]

Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte v. 17.12.1998, BGBl 1998 I Seite 3843 ff.

[2]

Art. 2 des zweiten Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt v. 23.12.2002, BGBl 2002 S. 4621 (4623).

## 1. Überblick

- Die **Vermutungsregelung**, wonach eine Vermutung für eine abhängige Beschäftigung eintrat, wenn 3 von 5 gesetzlich festgeschriebenen Kriterien erfüllt waren, wurde mit Wirkung zum 1.1.2003 **ersatzlos gestrichen** - die 5 Kriterien wurden aus dem Gesetz gelöscht. Die Vermutungsregelung hatte aber ohnehin seit der ersten Entschärfung der Scheinselbständigkeitsregelungen im Jahr 2000 an Relevanz verloren, da schon seit damals nur auf sie zurückgegriffen werden durfte, wenn die Sozialversicherungsträger aufgrund der fehlenden Mitwirkung der Beteiligten den genauen Sachverhalt nicht vollständig aufklären konnten.
- Die Möglichkeit, in einem Anfrageverfahren den Status - „Scheinselbständig oder nicht“ - klären zu lassen, besteht nach wie vor.
- Mit Wirkung zum 1.1.2003 neu eingeführt wurde die **widerlegbare Vermutung**, dass Personen, die für eine selbständige Tätigkeit einen **Existenzgründungszuschuss** (§ 421 I SGB III) beantragen, als Selbständige tätig sind. Für die Dauer des Bezugs dieses Zuschusses gelten diese Personen als selbständig Tätige.
- Für arbeitnehmerähnliche Selbständige gibt es auch nach 1.1.2003 - wie bisher auch - die Möglichkeiten zur Befreiung von der Rentenversicherungspflicht bei Existenzgründungen.

## 2 Scheinselbständigkeit

### 2.1 Begriff der abhängigen Beschäftigung

Das Beschäftigungsverhältnis unterscheidet sich vom Rechtsverhältnis eines freien Dienstnehmers oder Werkvertragnehmers durch den **Grad der persönlichen Abhängigkeit** bei der Erledigung der Dienst- oder Werkleistung.

Die Beurteilung, ob eine abhängige Beschäftigung vorliegt, richtet sich nach einer Gesamtwürdigung aller Umstände.

Arbeitnehmer ist, wer weisungsgebunden vertraglich geschuldete Leistungen im Rahmen einer von seinem Vertragspartner bestimmten Arbeitsorganisation erbringt. Ausschlaggebend für die

Beurteilung, ob der Betreffende abhängig beschäftigt ist, ist nicht nur, dass der Beschäftigte einem Direktionsrecht seines Vertragspartners unterliegt, welches Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer, Ort oder sonstige Modalitäten der zu erbringenden Tätigkeit betreffen kann. Für eine abhängige Beschäftigung spricht gleichermaßen eine detaillierte und den Freiraum für die Erbringung der geschuldeten Leistung stark einschränkende rechtliche Vertragsgestaltung oder tatsächliche Vertragsdurchführung.

Es lassen sich aber keine abstrakten, für alle Beschäftigungsverhältnisse geltenden Kriterien aufstellen. Zu beachten ist in jedem Fall die Eigenart der jeweiligen Tätigkeit. In erster Linie sind für die Abgrenzung einer abhängigen von einer selbständigen Beschäftigung die **tatsächlichen Umstände der Leistungserbringung** von Bedeutung, nicht aber die Bezeichnung, die die Parteien ihrem Rechtsverhältnis gegeben haben oder gar die von ihnen gewünschte Rechtsfolge.

## 2.2 Gesetzliche Vermutungsregelung abgeschafft

Die **Vermutungskriterien**, die auch vor dem 1.1.2003 nur noch in Ausnahmefällen eingesetzt wurden, **sind mit Wirkung zum 1.1.2003 ersatzlos entfallen.**

**Bis zum 1.1.2003 lauteten diese einzelnen Kriterien wie folgt:**

- Der Auftragnehmer beschäftigt im Zusammenhang mit seiner Tätigkeit keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer, dessen monatliches Arbeitsentgelt aus diesem Beschäftigungsverhältnis regelmäßig 325 EUR übersteigt.
- Der Auftragnehmer ist wesentlich und auf Dauer für einen Auftraggeber nur tätig.
- Der Auftraggeber oder ein vergleichbarer Auftraggeber lässt entsprechende Arbeiten regelmäßig durch von ihm beschäftigte Arbeitnehmer verrichten.
- Die Tätigkeit lässt typische Merkmale unternehmerischen Handelns nicht erkennen.
- Die Tätigkeit des Auftragnehmers entspricht dem äußeren Erscheinungsbild nach einer Tätigkeit, die er für denselben Auftragnehmer zuvor auf Grund eines Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt hatte.

### **Wichtig**

**Diese Kriterien sind zwar mit Wirkung zum 1.1.2003 aus dem Gesetz gestrichen worden, können aber über diesen Zeitpunkt hinaus als Indizien für die Beurteilung eines Beschäftigungsverhältnisses herangezogen werden.**

## 2.3 Verfahren zur Statusfeststellung

Unverändert geblieben ist auch nach dem 1.1.2003 das **Statusfeststellungsverfahren**. Damit können Beteiligte, d.h., Auftraggeber und/oder Auftragnehmer schriftlich eine Anfrage über den Status, also darüber, ob eine selbständige Tätigkeit oder eine abhängige Beschäftigung vorliegt, einlegen (Anfrageverfahren, § 7a Abs. 1 SGB IV). Über die Anfrage zur Statusklärung entscheidet ausschließlich die Bundesversicherungsanstalt für Angestellte - BfA - (§ 7a Abs. 1 S. 2 SGB IV).

Wird ein Statusfeststellungsverfahren beantragt, läuft es wie folgt ab:

Den Beteiligten wird durch die BfA schriftlich mitgeteilt, welche Angaben und Unterlagen für die Entscheidung benötigt werden und innerhalb welcher Frist diese Angaben zu machen und die Unterlagen vorzulegen sind. Des Weiteren weist die BfA darauf hin, dass die Vermutungsregelung angewendet werden kann, wenn die Beteiligten die Frist nicht einhalten (§ 7a Abs. 3 S. 3 SGB IV). Die Beteiligten haben sowohl im Feststellungsverfahren als auch vor Anwendung der Vermutungsregelung (Widerlegungsrecht) die Gelegenheit, sich zu beabsichtigten Entscheidungen der Behörde zu **äußern** (Anhörungsrecht).

## **Wichtig**

*Widerspruch und Klage gegen die Statusentscheidungen haben **aufschiebende** Wirkung; damit gehen von der angefochtenen Entscheidung zunächst keine Rechtswirkungen aus.*

*Bei Untätigkeit der Behörde (die Behörde erlässt keinen Bescheid) kann die so genannte Untätigkeitsklage nicht - wie üblich - erst nach 6 Monaten, sondern bereits nach 3 Monaten erhoben werden (§ 7a Abs. 7 SGB IV).*

## **Privilegierte Antragstellung innerhalb eines Monats**

Gemäß der Sonderregelung in § 7a Abs. 6 SGB IV, tritt (soweit ein Beschäftigungsverhältnis festgestellt wurde) die Versicherungs- und Beitragspflicht erst mit der Statusentscheidung ein, soweit der Antrag auf Statusfeststellung innerhalb eines Monats nach Aufnahme der Tätigkeit gestellt wird.

Diese vorteilhafte Regelung tritt aber nur ein,

- wenn der Beschäftigte zustimmt **und**
- der Beschäftigte die finanziellen Risiken von Krankheit und Alter mit einer den Leistungen der gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung entsprechenden (privatrechtlichen) Vorsorge für den Zeitraum der Tätigkeit abgesichert hat.

Die **Fälligkeit** des Gesamtsozialversicherungsbeitrags wird auf den Zeitpunkt hinausgeschoben, zu dem die Statusentscheidung **unanfechtbar** wird (§ 7a Abs. 6 S. 2 SGB IV).

## **Auffangregelung für Beteiligte, die keine Anfrage über den Status eingelegt haben:**

Wird für Rechtsverhältnisse z.B. im Rahmen von Betriebsprüfungen ein Beschäftigtenstatus festgestellt, treten Versicherungs- und Beitragspflicht auch hier erst mit der Statusentscheidung ein (§ 7b SGB IV). Auch hier ist aber Voraussetzung, dass der Beschäftigte zustimmt und er für sich eine (privatrechtliche) Absicherung für den Zeitraum der Tätigkeit abgeschlossen hat.

## **Wichtig**

*Diese Begünstigung wird aber dann verweigert (§ 7b Nr. 3 SGB IV), wenn der Auftragnehmer oder sein Arbeitgeber **vorsätzlich oder grob fahrlässig** von einer selbständigen Tätigkeit ausgegangen ist. In diesem Fall gilt für die rückwirkende Beitragszahlungspflicht die vierjährige Verjährung (§ 25 SGB IV).*

## **2.4 Rechtsfolgen bei Feststellung der Scheinselbständigkeit**

Wird anhand des oben aufgeführten Verfahrens eine Scheinselbständigkeit festgestellt, bedeutet dies für den Scheinselbständigen, dass er in allen Zweigen der Sozialversicherung **sozialversicherungspflichtig** wird; dies bedeutet für den Scheinselbständigen, dass sein Einkommen nunmehr eine deutliche Schmälerung erfährt. Ab dem Zeitpunkt der Feststellung der Scheinselbständigkeit und dem Vorliegen der Voraussetzungen des § 7 Abs. 4 SGB IV ist der Scheinselbständige der Renten-, der Arbeitslosen- und der gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung unterworfen.

Scheinselbständige Arbeitnehmer mit weiteren Nebenbeschäftigungen unterliegen ggf. in all diesen Beschäftigungen der Sozialversicherungspflicht, da eine **Mehrfachbeschäftigung** vorliegt. Allerdings gelten auch alle für die Beschäftigten maßgeblichen Regelungen über die **Versicherungsfreiheit**, etwa bei Ausübung einer **geringfügigen Beschäftigung** oder bei Bezug einer Altersrente aus der gesetzlichen Rentenversicherung. Auch sind Arbeiter und Angestellte, deren regelmäßiges Jahresarbeitsentgelt die Jahresarbeitsentgeltgrenze übersteigt, krankenversicherungsfrei. All diese Vorschriften finden auch auf scheinselbständige Arbeitnehmer uneingeschränkt Anwendung.

Der **Auftraggeber** eines freien Mitarbeiters **wird zum Arbeitgeber** eines scheinselbständigen Arbeitnehmers. Dies bedeutet für ihn, dass alle Pflichten, die sich für einen Arbeitgeber aus den

Vorschriften des Sozialgesetzbuches ergeben, von ihm zu erfüllen sind. Hierzu gehören insbesondere:

- die Prüfung von Versicherungspflicht und Versicherungsfreiheit,
- die Ermittlung des beitragspflichtigen Arbeitsentgelts,
- die Berechnung von Zahlung des gesamten Sozialversicherungsbeitrages,
- die Erstattung von Meldungen nach der DEÜV und die Führung von Lohnunterlagen,
- die Übernahme des Arbeitgeberbeitrages zur Sozialversicherung,
- die Berechnung und Abführung der Beiträge (§§ 28 d - n SGB I).

### Hinweis

Bei der Feststellung der Scheinselbständigkeit handelt es sich zunächst um eine **sozialversicherungsrechtliche Feststellung**, d.h., um die Beurteilung, ob der Arbeitnehmer sozialversicherungsrechtlich als Arbeitnehmer oder als Selbständiger zu beurteilen ist (mit den o.g. Konsequenzen). Dies ist zu trennen von der **arbeitsrechtlichen Feststellung**, d.h. davon, ob der Betreffende arbeitsrechtlich als Arbeitnehmer zu betrachten ist, mit den Konsequenzen, dass der Auftraggeber dann auch die sonstigen Arbeitgeberpflichten, wie z.B. Urlaubsgewährung, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, Kündigungsschutz usw. zu beachten hat. Diese arbeitsrechtliche Feststellung hat aber rein formal mit der hier besprochenen Scheinselbständigkeit nichts zu tun und ist getrennt zu beurteilen (wenn auch in der Praxis die Kriterien ähnlich sind und in der Regel zum gleichen Ergebnis führen werden). Vgl. dazu Freier Mitarbeiter. Das Gleiche gilt für die steuerrechtliche Beurteilung; vgl. dazu Freier Beruf.

## 3 Arbeitnehmerähnliche Selbständige

### 3.1 Voraussetzungen

„Arbeitnehmerähnliche Selbständige sind die Personen,

- die im Zusammenhang mit ihrer selbständigen Tätigkeit **keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigen**, dessen Arbeitsentgelt aus dieser Tätigkeit 400 EUR monatlich übersteigt sowie
- auf **Dauer und im Wesentlichen** nur für einen Auftraggeber tätig sind“.

Des Weiteren reicht die Beschäftigung eines geringfügig Beschäftigten nicht aus, auch wenn dieser auf die Versicherungsfreiheit verzichtet. Als Arbeitnehmer gelten auch Personen, die berufliche Fertigkeiten im Rahmen beruflicher Bildung erwerben. Auf die Dauerhaftigkeit - statt bisher die Regelmäßigkeit - der Tätigkeit wird abgestellt, um Existenzgründungen nicht zu erschweren. Bei der Beurteilung der Dauerhaftigkeit ist eine wirtschaftliche Betrachtungsweise angezeigt (s.o.).

Allein zuständig für arbeitnehmerähnliche Selbständige ist die BfA (§ 134 Nr. 6 SGB VI).

### 3.2 Rechtsfolgen

Die arbeitnehmerähnlichen Selbständigen werden im Gegensatz zu den Scheinselbständigen zwar als **grundsätzlich selbständig** anerkannt, sind aber unter den beiden beschriebenen Voraussetzungen **rentenversicherungspflichtig** (§ 2 Nr. 9 SGB VI).

#### Praxishinweis

Bei den arbeitnehmerähnlichen Selbständigen gibt es keine Vermutungsregelung. D.h., sind die zwei Kriterien erfüllt, ist der Betroffene als arbeitnehmerähnlicher Selbständiger zu qualifizieren. Raum für eine Widerlegung oder Gesamtwürdigung der Umstände gibt es nicht.

Ist das Ergebnis der Versicherungspflicht in der Rentenversicherung gemäß § 2 Nr. 9 SGB VI

erreicht, so werden die **vollen Beiträge vom arbeitnehmerähnlichen Selbständigen** getragen; sein Auftraggeber beteiligt sich daran nicht unmittelbar.

Zu beachten ist, dass es hier keine Ausnahme für Handelsvertreter gibt; d.h., im Gegensatz zur Regelung für Scheinselbständige sind Handelsvertreter von dieser Regelung nicht ausgenommen.

### 3.3 Befreiungsmöglichkeiten

#### Existenzgründer

Wichtig ist die Sonderregelung für Existenzgründer. Diesen steht gemäß § 6 Abs. 1a SGB VI eine Befreiungsmöglichkeit von der Rentenversicherungspflicht für einen Zeitraum von **drei Jahren** nach erstmaliger Erfüllung der Merkmale arbeitnehmerähnlicher Selbständigkeit zu. Ebenso können sich Existenzgründer **nach Vollendung des 58. Lebensjahres**, wenn die Tätigkeit nach einer zuvor ausgeübten selbständigen Tätigkeit erstmals als arbeitnehmerähnliche Selbständigkeit versicherungspflichtig wird, befreien lassen.

#### Wichtig

*Wird **erneut eine weitere selbständige Tätigkeit aufgenommen**, die sich in ihrem Geschäftszweck von der vorangegangenen **unterscheidet**, kann von der Befreiung **noch einmal Gebrauch** gemacht werden (§ 6 Abs. 1a S. 2 SGB VI).*

#### Anderweitige Altersvorsorge

Wie nach der bisherigen Regelung auch, können Personen, die nach § 2 Nr. 9 SGB VI zu arbeitnehmerähnlichen Selbständigen und damit rentenversicherungspflichtig wurden, sich **auf Antrag** von dieser **Rentenversicherungspflicht befreien** lassen. Die Voraussetzungen hierfür sind:

- dass sie vor dem 2.1.1949 geboren sind, oder
- vor dem 10.12.1998 eine Lebensversicherung, betriebliche Altersvorsorge oder eine andere Form der Altersvorsorge betrieben worden ist (§ 231 Abs. 5 S. 1 Nr. 3 SGB VI). Diese Alternativvorsorge muss so ausgestaltet sein oder binnen eines Jahres nach Eintritt der Versicherungspflicht so ausgestaltet werden, dass sie einer Lebensversicherung vergleichbar ist.

Eine vergleichbare Altersvorsorge liegt vor, wenn durch vorhandenes oder aufgrund einer auf Dauer angelegten vertraglichen Verpflichtung anzusparendes Vermögen insgesamt sichergestellt ist, 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 darf nicht hinter dem einer Lebens- oder Rentenversicherung zurückbleiben. Konkretisierungen hierzu werden noch durch die BfA erfolgen.

#### Berufsständische Versorgung

Auch Mitglieder einer berufsständischen Versorgung wie z. B. Ärzte oder Anwälte, werden auf Antrag von der Versicherungspflicht befreit.