

Scheinselbständigkeit und arbeitnehmerische Selbständigkeit

1. Überblick

Die **Vermutungsregelung** (§ 7 Abs. 4 SGB IV), wonach eine Vermutung für eine abhängige Beschäftigung, eintrat, wenn drei von fünf gesetzlich festgeschriebenen Kriterien erfüllt waren, wurde mit Wirkung zum 01.01.2003 **ersatzlos gestrichen** – die fünf Kriterien wurden aus dem Gesetz genommen. 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 – „Scheinselbständigkeit oder nicht“ – klären zu lassen, besteht nach wie vor. Mit Wirkung zum 01.01.2003 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 01.01.2003 - wie bisher auch - die Möglichkeit 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, welcher 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 Vermutungsregelungen

Die **Vermutungskriterien**, die auch vor dem 01.01.2003 nur noch in Ausnahmefällen eingesetzt wurden, **sind mit Wirkung zum 01.01.2003 ersatzlos entfallen**.

Bis zum 01.01.2003 lauteten diese einzelnen Kriterien wie folgt:

- Der Auftraggeber beschäftigt im Zusammenhang mit seiner Tätigkeit keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer, dessen monatliches Arbeitsentgelt aus diesem Beschäftigungsverhältnis regelmäßig € 325 übersteigt.
- Der Auftragnehmer ist wesentlich und auf Dauer für einen Auftraggeber nur tätig.
- Auftraggeber oder ein vergleichbarer Auftraggeber lässt entsprechende Arbeiten regelmäßig durch von ihm beschäftigte Arbeitnehmer verrichten.
- Die Tätigkeit lässt typische Merkmale unternehmerischen Handels 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.

**DER STEUERLAND-HINWEIS:**

Diese Kriterien sind zwar mit Wirkung zum 01.01.2003 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 01.01.2003 das **Statusfeststellungsverfahren**. Damit können Beteiligte, d.h., Auftraggeber und/oder Auftragnehmer schriftlich eine selbständige 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 Statuserklärung entscheidet ausschließlich die Clearingstelle der Deutschen Rentenversicherung Bund, Berlin – DRV – (§ 7a Abs. 1 S. 3 SGB IV).

Wird ein Statusfeststellungsverfahren beantragt, läuft es wie folgt ab:

Den Beteiligten wird durch die DRV 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 DRV darauf hin, dass die Vermutungsregelung angewendet werden kann, wenn die Beteiligten die Frist nicht einhalten (§ 7a Abs. 5 SGB IV).

Die Beteiligten haben sowohl im Freistellungsverfahren als auch vor Anwendung der Vermutungsregelung (Widerlegungsrecht) die Gelegenheit, sich zu beabsichtigten Entscheidungen der Behörde zu **äußern** (Anhörungsrecht).

DER STEUERLAND-HINWEIS:

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 sechs Monaten, sondern bereits nach drei Monaten erhoben werden (§ 7a Abs. 7 S. 2 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 Rentenversicherungen 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:

In den Fällen, in denen eine Krankenkasse im Rahmen des § 28h Abs. 2 SGB IV, ein Rentenversicherungsträger im Rahmen der Betriebsprüfung nach § 28p Abs. 1 S. 5 SGB IV oder die Deutsche Rentenversicherung Bund im Rahmen eines erst nach Ablauf eines Monats nach Aufnahme der Tätigkeit beantragten Anfrageverfahrens nach § 7a Abs. 1 SGB IV feststellt, dass eine versicherungspflichtige Beschäftigung vorliegt, tritt Versicherungspflicht mit dem Beginn der Beschäftigung ein.

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 Scheinselbständigkeit 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 Beschäftigung 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 der Zahlung des gesamten Sozialversicherungsbeitrages,
- die Erstattungen 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).

DER STEUERLAND-TIPP:

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).

3. Arbeitnehmerähnliche Selbständige

3.1. Voraussetzungen

„Arbeitnehmerähnliche Selbständige sind die Personen,

- die im Zusammenhang mit ihrer selbständigen Tätigkeit **keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigen**, und
- 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.).

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).

DER STEUERLAND-TIPP:

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.

DER STEUERLAND-TIPP:

Wird **erneut eine 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 02.01.1949 geboren sind, oder
- vor dem 10.12.1998 eine Lebensversicherung, betriebliche Altersvorsorge oder eine andere Form der Altersvorsorge betrieben haben (§ 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 DRV erfolgen.

Berufsständische Versorgung

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