

# Vorsicht Scheinselbstständigkeit!

Darauf kommt es bei der Beurteilung an



**Mandanten-Info**

**Vorsicht Scheinselbstständigkeit!**

## 1 Einführung

## 2 Kriterien zur Einordnung

### 2.1 Abgrenzungskriterien

#### 2.1.1 Materielle Abgrenzungskriterien

#### 2.1.2 Formelle Abgrenzungskriterien

#### 2.1.3 Kriterien einer selbstständigen Tätigkeit

#### 2.1.4 Gesamtabwägung und tatsächliche Vertragsdurchführung

### 2.2 Bestimmte Berufsgruppen

## 3 Konsequenzen bei Vorliegen einer Scheinselbstständigkeit

### 3.1 Arbeitsrechtliche Auswirkungen der Scheinselbstständigkeit

#### 3.1.1 Vergütung in der Zukunft

#### 3.1.2 Rückzahlung überzahlter Honorare

#### 3.1.3 Betriebliche Auswirkungen

### 3.2 Sozialversicherungsrechtliche Auswirkungen

#### 3.2.1 Ansprüche der Sozialversicherungsträger

#### 3.2.2 Verjährung

#### 3.2.3 Rückgriffsansprüche des Arbeitgebers

### 3.3 Steuerrechtliche Konsequenzen

#### 3.3.1 Umsatzsteuer

#### 3.3.2 Einkommensteuer

### 3.4 Strafrechtliche Konsequenzen

4 Statusfeststellungsverfahren

4.1 Ablauf des Verfahrens

4.2 Entscheidung der DRV

5 Anrufungsauskunft nach § 42e EStG

# 1 Einführung

Der Ausdruck der „**Scheinselbstständigkeit**“ ist kein juristischer Begriff, fand jedoch in den letzten Jahren mehr und mehr Einzug auch in die juristische Auseinandersetzung. Darunter wird der Lebenssachverhalt erfasst, bei dem eine Zusammenarbeit „nach außen formal“ als selbstständige Tätigkeit, etwa auf Basis eines Werk- oder meist Dienstvertrages ausgestaltet ist, sich tatsächlich jedoch aus der Art und Weise der Zusammenarbeit ergibt, dass der „Auftragnehmer“ als Arbeitnehmer zu qualifizieren ist. Die **Abgrenzung** zwischen einer selbstständigen Tätigkeit und einer abhängigen Beschäftigung wird notwendig, wenn die Parteien eine freie Mitarbeit vereinbaren, bei der tatsächlichen Durchführung allerdings eine enge Bindung besteht, die auf ein Arbeitsverhältnis hindeuten kann.

Circa 40 Millionen Menschen in Deutschland stehen in einem Arbeitsverhältnis. Als **Arbeitnehmer** genießen diese die **Schutzvorschriften des Arbeitsrechts**, wie Geltung des allgemeinen Kündigungsschutzes ab einer bestimmten Betriebsgröße, Anwendbarkeit der zwingenden Bestimmungen des Teilzeit- und Befristungsgesetzes, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und an Feiertagen, Gewährung von bezahltem Erholungsurlaub.

Neben den arbeitsrechtlichen Vorteilen besteht für Arbeitnehmer der Schutz in der deutschen **Sozialversicherung**. Liegt ein sozialversicherungsrechtliches Beschäftigungsverhältnis i. S. d. § 7 Abs. 1 SGB IV vor, ist der Beschäftigte versicherungspflichtig und leistungsberechtigt in der Kranken-, Renten-, Pflege-, Arbeitslosen- und Unfallversicherung. Das hohe Schutzniveau von sozialversicherungspflichtig beschäftigten Arbeitnehmern wird anteilig vom Arbeitgeber finanziert, sodass diese Art der Zusammenarbeit i. d. R. einen höheren finanziellen Aufwand verursacht, als die Beauftragung eines selbstständigen Mitarbeiters.

Der Auftragnehmer eines Dienst- oder Werkvertrages ist dagegen grundsätzlich **selbstständig** tätig. Mangels Sozialversicherungspflicht muss er sich eigenständig um ausreichenden Schutz im Krankheitsfall sowie um seine Altersvorsorge kümmern. Da vom Auftraggeber keine Lohnsteuer abgeführt wird, ist er für die Zahlung seiner Einkommensteuer selbst verantwortlich.

Der Wunsch, ein Vertragsverhältnis als **freies (selbstständiges) Mitarbeiterverhältnis** auszugestalten, kann aber nicht nur vom Auftraggeber ausgehen, sondern kann auch für den freien Mitarbeiter von Interesse sein. So unterliegt der (echte) freie Mitarbeiter nur beschränkt dem Weisungsrecht des Auftraggebers, ist in der Wahl seines Arbeitsortes und der Arbeitszeit frei und nicht in eine starre Arbeitsorganisation eingebunden.

## Hinweis

Wenn die Parteien übereinstimmend eine freie Mitarbeit wünschen, bedeutet dies nicht, dass die Arbeitsgerichte, Sozialversicherungsbehörden oder die Finanzverwaltung das Vertragsverhältnis als selbstständige Tätigkeit einstufen.

## 2 Kriterien zur Einordnung

Die Einordnung eines Vertragsverhältnisses als selbstständige Tätigkeit oder als Arbeitsverhältnis ist für das Arbeits-, das Sozialversicherungs- und das Steuerrecht **gesondert** vorzunehmen. Dabei sind die Arbeitsgerichte, Sozialgerichte sowie Finanzgerichte in ihrer Beurteilung, ob eine selbstständige oder nichtselbstständige Tätigkeit vorliegt, voneinander **unabhängig**. In der Praxis legen die jeweiligen Behörden oder Gerichte bei der Einordnung jedoch **vergleichbare Kriterien** zugrunde.

Arbeitnehmer im Sinne des **Arbeitsrechts** ist gem. **§ 611a BGB**, wer durch den Arbeitsvertrag im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist. Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit und Ort der Tätigkeit betreffen. Weisungsgebunden ist, wer nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Der Grad der persönlichen Abhängigkeit hängt dabei auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab.

Ähnlich bestimmt **§ 7 Abs. 1 SGB IV** für das **Sozialversicherungsrecht**, dass (abhängige) Beschäftigung die nichtselbstständige Arbeit ist, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers.

Im **Steuerrecht** wird **§ 1 LStDV** (Lohnsteuer-Durchführungsverordnung) herangezogen, welcher die Begriffe des Arbeitnehmers und Arbeitgebers definiert. Arbeitnehmer ist danach eine Person, die in der Betätigung ihres geschäftlichen Willens unter **Leitung des Arbeitgebers** steht oder im geschäftlichen Organismus des Arbeitgebers dessen **Weisungen** zu folgen verpflichtet ist (§ 1 Abs. 2 LStDV). Auch hier ist die **persönliche Abhängigkeit** das tragende Merkmal der Abgrenzung.

### 2.1 Abgrenzungskriterien

Die Arbeits-, Sozial- und Finanzgerichte stellen in ihren Entscheidungen immer wieder klar, dass es für die Abgrenzung von freien Mitarbeitern und Arbeitnehmern **kein Einzelmerkmal**, welches aus der Vielzahl möglicher Kriterien unverzichtbar ist, vorliegen muss. Nur im Rahmen einer **wertenden Gesamtschau** und einer Überprüfung vieler in Betracht kommender Abgrenzungskriterien kann entschieden werden, ob das zwischen zwei Parteien bestehende Vertragsverhältnis ein Arbeitsverhältnis oder ein freies Mitarbeiterverhältnis darstellt.

Bei der Abgrenzung eines Arbeitsverhältnisses von dem Rechtsverhältnis eines Selbstständigen ist das entscheidende Kriterium der **Grad der persönlichen Abhängigkeit**, in dem sich der zur Dienstleistung Verpflichtete befindet. Neben dem eigentlichen Weisungsrecht in Bezug auf Ort, Zeit und fachlicher Ausführung, wird der **Eingliederung in den Betrieb** sowie der **Eigenart der jeweiligen Tätigkeit** große Bedeutung beigemessen.

### 2.1.1 Materielle Abgrenzungskriterien

Für die Prüfung, ob der für die Annahme eines Arbeitsverhältnisses erforderliche Grad der persönlichen Abhängigkeit besteht, wurden von der Rechtsprechung eine ganze Reihe von materiellen Abgrenzungskriterien erarbeitet, anhand derer der Status des Vertrages überprüft wird:

#### ■ Weisungsrecht des Arbeitgebers hinsichtlich des Arbeitsortes

Ist der Auftragnehmer verpflichtet, die Arbeitsleistung an einem vom Auftraggeber vorgegebenen Ort (insbesondere in dessen Betriebsräumen) zu erbringen, liegt ein starkes Indiz für eine abhängige Beschäftigung vor.

Die freie Wahl des Arbeitsortes, insbesondere die Erbringung der Arbeitsleistung in einem Homeoffice, spricht aufgrund des Einsatzes moderner Kommunikationsmittel seit einigen Jahren nicht mehr allzu sehr für eine selbstständige Tätigkeit.

Auch in Arbeitsverhältnissen ist es inzwischen Alltag, die geschuldete Tätigkeit von zu Hause oder einem sonstigen selbstgewählten Ort zu erbringen, solange der Arbeitnehmer erreichbar ist (z. B. über Telefon oder E-Mail/Laptop).

#### ■ Fachliche Weisungsgebundenheit

Je mehr der Auftraggeber den **Inhalt der Arbeitsleistung** bestimmen und dem Auftragnehmer **weitere Aufgaben übertragen** kann, desto mehr spricht dies für ein Arbeitsverhältnis.

##### **Hinweis**

Die Parteien sollten unbedingt darauf achten, den Vertragsgegenstand so genau und detailliert wie möglich bereits im Dienst- bzw. Werkvertrag zu definieren. Andernfalls vermutet die Rechtsprechung, dass der Leistungsinhalt im Laufe des Vertragsverhältnisses durch den Auftraggeber konkretisiert werden muss, sodass der Auftragnehmer fachliche Weisungen wie ein Arbeitnehmer erhält.

## ■ Zeitliche Weisungsgebundenheit

Die bloße Festlegung des zeitlichen **Umfangs** der Tätigkeit berührt die persönliche Unabhängigkeit nicht, wenn der Mitarbeiter innerhalb des vereinbarten zeitlichen Rahmens die **zeitliche Lage** seiner Tätigkeit frei bestimmen kann.

Eine abhängige Beschäftigung liegt jedoch vor, wenn **strenge zeitliche Vorgaben** dazu führen, dass der Mitarbeiter keine **Zeitsouveränität** mehr besitzt.

Das ist denkbar, wenn **ständige Dienstbereitschaft** erwartet wird oder wenn der Mitarbeiter in nicht unerheblichen Umfang auch ohne entsprechende Vereinbarung zur Dienstleistung herangezogen wird.

## ■ Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation

Diese kann darin gesehen werden, dass der Mitarbeiter in die **Arbeitsabläufe** des Unternehmens fest eingeplant ist und deshalb für ihn die Notwendigkeit besteht, ständig eng mit **anderen Arbeitnehmern** des Unternehmens zusammenzuarbeiten.

Weitere Merkmale können sein, dass der Mitarbeiter für die Erfüllung seiner Aufgaben auf den **technischen Apparat** (z. B. Labor, Werkstatt, Telefon, Büroräume etc.) des fremden Unternehmens angewiesen, dauernd in einem fremden Unternehmen präsent ist oder **ausschließlich fremdes Arbeitsmaterial** verwendet.

## ■ Leistungserbringung nur in eigener Person

Ist der Auftragnehmer verpflichtet, die vertraglich geschuldete Leistung persönlich zu erbringen, liegt ein starkes Indiz für eine abhängige Beschäftigung bzw. Arbeitsverhältnis vor (§ 613 BGB).

### Hinweis

Aus diesem Grund sollten die Vertragsparteien insbesondere im Vertragstext darauf achten, dass keine persönliche Leistungspflicht besteht und der Auftragnehmer vielmehr jederzeit eigenes Personal oder Subunternehmer zur Vertragserfüllung tätig werden lassen darf.

## ■ Fehlendes unternehmerisches Auftreten am Markt

Wird ein Auftragnehmer am Markt nicht „sichtbar“, da er seine Arbeitsleistung nur für einen oder wenige Auftraggeber ausübt, ohne für potenzielle andere Auftraggeber werbend aufzutreten, spricht auch dieser Aspekt für eine abhängige Beschäftigung.

## ■ Aufnahme in einen Dienstplan

Ein Dienstplan ist nur dann gegeben, wenn der Auftraggeber den Auftragnehmer nach eigenem Ermessen ohne dessen Zustimmung zur Arbeit einteilen kann. In diesem Fall liegt ein Indiz für eine abhängige Beschäftigung vor.

Handelt es sich hingegen um einen Raumbelungs- oder Dispositionsplan, der zur sinnvollen Nutzung der vorhandenen Räumlichkeiten erforderlich ist und in den sich der Auftragnehmer nach eigenem Ermessen eintragen kann, ist kein Indiz für ein Arbeitsverhältnis gegeben.

## ■ Verpflichtung, angebotene Aufträge anzunehmen

## ■ Unbefristetes Dauerrechtsverhältnis

## ■ Vorherige Ausübung der gleichen Tätigkeit als Arbeitnehmer beim späteren Auftraggeber

## ■ Fehlende Beschäftigung eigener (im besten Fall sozialversicherungspflichtiger) Arbeitnehmer durch den Selbstständigen

Die genannten Merkmale sprechen für eine Arbeitnehmereigenschaft bzw. abhängige Beschäftigung.

Sollten sich im Einzelfall die getroffene Vereinbarung und die praktische Durchführung **widersprechen**, so ist **im Zweifel** nach Ansicht der Arbeits- und Sozialgerichte stets die **praktische Durchführung** maßgebend.

### 2.1.2 Formelle Abgrenzungskriterien

Auch **formelle Kriterien** können als **Indiz** herangezogen werden und damit für die Beurteilung der persönlichen Abhängigkeit des Dienstleistenden mitentscheidend sein.

Diese Indizien haben eine **Hilfsfunktion**, sodass die Entscheidung nicht ausschließlich auf diesen Bereich gestützt werden kann.

Als formelle Abgrenzungskriterien kommen in Betracht:

- Modalitäten der Entgeltzahlung (Festvergütung) oder Stunden-/Tageshonorar,
- Abführen von Lohnsteuer- und Sozialversicherungsbeiträgen,
- Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall,
- Antragsgemäße Gewährung von Urlaub und Zahlung von Urlaubsentgelt,
- Führen einer Personalakte durch den Auftraggeber,

- Anmeldung eines Gewerbes durch den Auftragnehmer.

### 2.1.3 Kriterien einer selbstständigen Tätigkeit

Für eine selbstständige Tätigkeit und gegen eine abhängige Beschäftigung spricht, wenn die tätige Person unternehmerische Entscheidungsfreiheit genießt, ein Unternehmerrisiko trägt sowie unternehmerische Chancen wahrnehmen und hierfür Eigenwerbung betreiben kann. Zu typischen **Merkmale unternehmerischen Handelns** gehört unter anderem, dass Leistungen im eigenen Namen und auf eigene Rechnung – statt im Namen und auf Rechnung des Auftraggebers erbracht werden – sowie die eigenständige Entscheidung über

- Warenbezug,
- Einkaufs- und Verkaufspreise,
- Einsatz von Kapital und Maschinen,
- Unterhalt eigener gewerblicher Räumlichkeiten (d. h. mehr als ein Homeoffice im Wohnzimmer der privaten Wohnung),
- Zahlungsweise der Kunden (bar, Überweisung, Rabatte, Skonti),
- Beschäftigung eigener sozialversicherungspflichtiger Arbeitnehmer,
- Art und Umfang der Kundenakquisition,
- Art und Umfang von Werbemaßnahmen für das eigene Unternehmen (z. B. Benutzung eigener Briefköpfe, eigene E-Mail-Adresse und Signatur, eigene Homepage bzw. Werbeauftritte bei sozialen Netzwerken, eigene Visitenkarten, eigenes Kfz ggf. mit Werbebanner),
- Höhe des Honorars gegenüber dem Auftragnehmer (je mehr der freie Mitarbeiter im Gegensatz zu einem festangestellten Arbeitnehmer des Auftraggebers in Rechnung stellt, desto mehr spricht für eine echte selbstständige Tätigkeit).

### 2.1.4 Gesamtabwägung und tatsächliche Vertragsdurchführung

Für die Abgrenzung zwischen Arbeitnehmern und selbstständigen Unternehmern ist in erster Linie die **tatsächliche** Vertragsabwicklung von Bedeutung. Maßgeblich sind die **Umstände**, unter denen die Dienstleistung erbracht wird, **nicht die Bezeichnung** des Vertrages oder eine von den Parteien gewünschte Rechtsfolge.

### Hinweis

Die Einordnung, ob eine selbstständige oder nichtselbstständige Tätigkeit vorliegt, kann nur nach einer **Gesamtabwägung** der einzelnen Abgrenzungskriterien getroffen werden. Eine schematische Beurteilung scheidet aus. Da es keine abstrakten, für alle Arbeitnehmer gleichermaßen geltenden Kriterien gibt, sind bei der Einzelfallabwägung auch die **Eigenarten der jeweiligen Tätigkeit** zu berücksichtigen.

## 2.2 Bestimmte Berufsgruppen

Da die Entscheidung, ob eine selbstständige Tätigkeit oder ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis vorliegt, im Einzelfall schwierig zu beurteilen sein kann, haben die Spitzenverbände der Sozialversicherungsträger in ihrem Rundschreiben vom 13.04.2010 Anhaltspunkte für die Abgrenzung bei bestimmten Berufsgruppen genannt. Im Folgenden werden einige Berufsgruppen dargestellt, bei welchen in der Praxis häufig die Abgrenzung zwischen selbstständiger und nichtselbstständiger Tätigkeit notwendig sein kann.

### ■ Bedienungspersonal in Gastronomiebetrieben

Das in Gastronomiebetrieben tätige Bedienungspersonal ist in der Regel nach dem Gesamtbild der ausgeübten Tätigkeit weder persönlich noch sachlich unabhängig und übt deshalb eine abhängige Beschäftigung als Arbeitnehmer aus. Dies gilt selbst dann, wenn das Bedienungspersonal ein Gewerbe zur „Vermittlung von Speisen und Getränken“ angemeldet hat.

### ■ Franchisenehmer

Die Frage der Arbeitnehmereigenschaft ist auch für den Franchisenehmer danach zu beurteilen, ob die Tätigkeit **weisungsgebunden** ausgeübt wird oder ob der Franchisenehmer seine **Chancen auf dem Markt** selbstständig und im Wesentlichen **weisungsfrei** suchen kann. Es gibt **kein allgemeines Leitbild** eines Franchisenehmers. Vielmehr ist auf die Besonderheiten eines jedes einzelnen Franchise-Systems abzustellen.

### ■ Freie Berufe (z. B. Steuerberater, Rechtsanwälte etc.)

Alleine die Zugehörigkeit zu den freien Berufen reicht für sich nicht aus, um bei diesem Personenkreis auf Selbstständigkeit zu erkennen. Maßgeblich ist die im Einzelfall vorzunehmende **Gesamtbetrachtung**, bei der geprüft werden muss, ob der Einzelne in das Unternehmen des Auftraggebers eingegliedert und dadurch Arbeitnehmer ist.

Im Bereich der nichtgesellschaftsrechtlich verbundenen Mitarbeiter ist für die Frage, ob z. B. ein Rechtsanwalt oder Steuerberater im Rahmen eines Angestellten- oder eines freien Mitarbeiterverhältnisses auftritt, nach folgenden Kriterien zu differenzieren:

- Sind **feste Dienstzeiten** vereinbart?
- Werden zu bearbeitende Mandate vom Auftraggeber **einseitig zugewiesen**?
- Besteht eine **Verpflichtung zur Übernahme** zugewiesener Mandate?
- Ist ein **festes Gehalt** vereinbart (alternativ: Honorar pro Mandat)?
- Werden von der Kanzlei **Versicherungsprämien** sowie **Kammerbeiträge** gezahlt?
- Wird der Mitarbeiter **nicht** am **Gewinn oder Verlust** der Kanzlei beteiligt?

Wenn die genannten Gesichtspunkte (überwiegend) vorliegen, ist regelmäßig von einem **Arbeitsverhältnis** bzw. einer **abhängigen Beschäftigung** auszugehen. Für die freien Berufe sind unter anderem folgende Entscheidungen ergangen:

Ein Rechtsanwalt, der während der üblichen Bürozeiten Anwesenheitspflicht hat, dem Einzelmandate zugewiesen werden ohne ein Ablehnungsrecht, der Termine nach Weisung wahrnehmen muss und weder am Gewinn noch am Verlust der Kanzlei beteiligt ist, ist als Arbeitnehmer einzustufen.

Hat ein „freier Mitarbeiter“ ein eigenes Gerichtsfach und eigene Kanzleiräume und darf er auch andere Mandanten auf eigene Rechnung vertreten, so liegt kein Arbeitsverhältnis vor.

## ■ Freie Mitarbeiter

Die Bezeichnung als „freier Mitarbeiter“ sagt noch nichts über die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung dieser Person aus und stellt für sich kein Kriterium für die Annahme einer selbstständigen Tätigkeit dar. Die Beurteilung ist auch hier im Wege der Gesamtbetrachtung vorzunehmen.

## ■ Frachtführer

Frachtführer im Sinne der §§ 407 ff. HGB üben in der Regel dann ein selbstständiges Gewerbe aus, wenn sie beim Transport ein **eigenes Fahrzeug** einsetzen und für die Durchführung ihres Gewerbes eine Erlaubnis nach § 3 Güterkraftverkehrsgesetz oder die Gemeinschaftslizenz nach Artikel 3 der Verordnung (EWG) 881/92 besitzen. Dies gilt auch dann, wenn sie als Einzelperson ohne weitere Mitarbeiter nur für einen Auftraggeber tätig sind und dabei die Farben oder ein Logo dieses Unternehmens nutzen. Voraussetzung ist jedoch, dass dem Frachtführer weder Dauer noch Beginn und Ende der Arbeitszeit vorgeschrieben wird und sie die tatsächliche Möglichkeit haben, Transporte auch für eigene Kunden auf eigene Rechnung durchzuführen.

Um ein eigenes Fahrzeug handelt es sich nur dann, wenn es auf den Erwerbstätigen **zuge-lassen** ist und von ihm mit **eigenem Kapitalaufwand** erworben oder geleast wurde. Kraftfahrer **ohne eigenes Fahrzeug** werden hingegen ganz überwiegend als abhängige Beschäftigte eingestuft. Die gleichen Grundsätze gelten auch für **Omnibusfahrer**.

## ■ Hostessen

In einem Agenturbetrieb, in dem Kundenveranstaltungen organisiert werden, sind Hostessen in der Regel als Arbeitnehmer zu betrachten. Die weitgehende Weisungsbefugnis der Agentur bzw. des Kunden im Hinblick auf die Ausführung der Tätigkeit, besonders in zeitlicher und fachlicher Hinsicht, spricht für eine persönliche Abhängigkeit und damit die Arbeitnehmereigenschaft bzw. eine abhängige Beschäftigung.

## ■ Physiotherapeuten

Physiotherapeuten, Krankengymnasten und ähnliche Berufsgruppen sind auch dann nicht abhängig beschäftigt, wenn sie wegen fehlender Zulassung **nicht zur direkten Abrechnung** der erbrachten Leistung gegenüber den Krankenkassen berechtigt sind, aber mit dem Praxisinhaber einen Vertrag über die Tätigkeit als freier Mitarbeiter geschlossen haben.

Physiotherapeuten, Krankengymnasten und ähnliche Berufsgruppen zählen zu den **abhängig Beschäftigten**, wenn sie über keine eigene Betriebsstätte verfügen, Arbeitsgeräte und Materialien durch den Praxisinhaber gestellt werden, ausschließlich für eine Praxis, d. h. einen Auftraggeber arbeiten, keine Eigenwerbung betreiben (außer an den Praxisinhaber) und keine eigenen Rechnungen stellen.

Werden darüber hinaus von den freien Mitarbeitern die gleichen Arbeiten verrichtet wie von festangestellten Krankengymnasten, Physiotherapeuten oder ähnlichen Berufsgruppen, ist dies ebenfalls ein Indiz für eine abhängige Beschäftigung.

## ■ Taxifahrer

Taxifahrer gehören ähnlich wie Omnibusfahrer und Kurierfahrer zu den abhängig Beschäftigten, wenn sie **kein eigenes Fahrzeug** verwenden. Taxifahrer mit eigenem Fahrzeug sind als Selbstständige anzusehen, wenn sie über eine Konzession verfügen. Eine Arbeitgebereigenschaft der „Taxizentrale“ gegenüber diesen Personen scheidet aus.

### 3 Konsequenzen bei Vorliegen einer Scheinselbstständigkeit

Der Scheinselbstständigkeit liegt ein Vertragsverhältnis zugrunde, dessen Parteien sich als selbstständige Unternehmer ansehen. Tatsächlich ist der **Auftragnehmer** insbesondere aufgrund seiner **persönlichen Abhängigkeit** in arbeits-, sozialversicherungs- und steuerrechtlicher Sicht als **Arbeitnehmer** mit den entsprechenden Konsequenzen anzusehen.

#### 3.1 Arbeitsrechtliche Auswirkungen der Scheinselbstständigkeit

Die arbeitsrechtlichen Folgen der Scheinselbstständigkeit sind zumeist weniger gravierend als die sozialversicherungs- und steuerrechtlichen Konsequenzen. Wird ein Vertragsverhältnis, z. B. im Zuge eines arbeitsgerichtlichen Verfahrens oder anlässlich einer Sozialversicherungsprüfung als Scheinselbstständigkeit qualifiziert, stellt sich insbesondere die Frage, welche Vergütung der Arbeitgeber dem (ehemaligen) freien Mitarbeiter zahlen muss und ob er für die Vergangenheit geleistete Zahlungen teilweise zurückverlangen kann.

##### 3.1.1 Vergütung in der Zukunft

Das Bundesarbeitsgericht hält die für das fälschlich angenommene Freie-Mitarbeits-Verhältnis vereinbarte Vergütung auch für das Arbeitsverhältnis für maßgeblich, und zwar unabhängig von der zuvor erfolgten unrichtigen rechtlichen Qualifizierung des Vertragsverhältnisses sowohl für die Vergangenheit als auch für die Zukunft (BAG vom 12.01.2005 – 5 AZR 144/004).

Finden im Betrieb **keine Tarifverträge** Anwendung und trifft der Arbeitgeber **individuelle Vereinbarungen**, spricht dies dafür, dass eine Pauschalvergütung gerade auf die konkrete Arbeitsleistung des Verpflichteten abstellt und im Hinblick auf den angenommenen Status nur teilweise die Ersparnis der Arbeitgeberanteile berücksichtigt. Das bislang vereinbarte Honorar ist dann in Zukunft die vertraglich geschuldete Brutto-Vergütung.

Gibt es hingegen **unterschiedliche Vergütungsordnungen** für freie Mitarbeiter und Arbeitnehmer, geht das Bundesarbeitsgericht davon aus, dass die Parteien die Vergütung der ihrer Auffassung nach zutreffenden Vergütungsordnung entnehmen wollen. In diesem Fall hat der zukünftige Arbeitnehmer Anspruch auf die **übliche Vergütung** gem. § 612 Abs. 2 BGB, die in der Regel die tarifliche Vergütung darstellt. Diese Rechtsfolge ist insbesondere im **öffentlichen Dienst** anzunehmen (BAG vom 21.01.1998 – 5 AZR 50/97).

##### 3.1.2 Rückzahlung überzahlter Honorare

Wenn unterschiedliche Vergütungsordnungen für freie Mitarbeiter und Arbeitnehmer im Unternehmen bestanden haben, kann der Arbeitgeber die **Rückzahlung überzahlter Honorare** verlangen. Der Rückzahlungsanspruch folgt dann aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB.

Die rückwirkende Feststellung eines Arbeitsverhältnisses führt dazu, dass anstelle des Honorars nur Arbeitsentgelt geschuldet ist. Die Zahlung des Honorars führt zu einem bereicherungsrechtlichen Anspruch des Arbeitgebers wegen Überzahlungen, soweit die dem Arbeitnehmer zustehenden **Entgeltansprüche geringer sind als die ihm gezahlten Honorare**.

Die **Höhe des Rückforderungsanspruches** umfasst nicht sämtliche geleisteten Honorarzahlen, sondern (nur) die **Summendifferenz** zwischen sämtlichen Honorarteilen und sämtlichen Vergütungsansprüchen. Im Übrigen ist der Arbeitnehmer nicht ohne Rechtsgrund bereichert.

Für den Arbeitnehmer kommt die Berufung auf den **Wegfall der Bereicherung** gemäß § 818 Abs. 3 BGB in Betracht. Den Wegfall der Bereicherung muss der **Arbeitnehmer beweisen**, da es sich um eine rechtsvernichtende Einwendung handelt. Hierzu hat er im Fall einer Überzahlung darzulegen und zu beweisen, dass sich sein Vermögensstand infolge der Gehaltsüberzahlung nicht verbessert hat.

### 3.1.3 Betriebliche Auswirkungen

Neben den zivilrechtlichen Ansprüchen des Einzelnen können sich aus der Umqualifizierung des Scheinselbstständigen auch Auswirkungen auf den **Gesamtbetrieb** ergeben. Steigt die Arbeitnehmerzahl im Betrieb durch den neu hinzugetretenen Arbeitnehmer (Scheinselbstständigen) auf regelmäßig **mehr als zehn**, gilt der allgemeine Kündigungsschutz nach dem KSchG für sämtliche Mitarbeiter, einschließlich des Scheinselbstständigen. Durch das Hinzutreten des Scheinselbstständigen im Betrieb können erstmals ggf. auch andere Grenzwerte bezüglich der Arbeitnehmerzahlen überschritten werden, z. B. die Bildung eines **Betriebsrates** oder die Verpflichtung, bei Betriebsänderungen im Sinne von § 111 BetrVG einen **Interessenausgleich** und **Sozialplan** zu verhandeln (§ 112 BetrVG).

## 3.2 Sozialversicherungsrechtliche Auswirkungen

Der Unternehmer ist verpflichtet, für seine Dienstleistenden zu überprüfen, ob sie bei ihm abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig sind. Wird der Dienstleistende als selbstständiger freier Mitarbeiter tätig, ist dagegen formal zunächst nichts Weiteres zu veranlassen. Problematisch ist die Situation allerdings, wenn die durch die Parteien als selbstständige Tätigkeit eingestufte Zusammenarbeit z. B. im Rahmen einer Sozialversicherungsprüfung (endgültig) als Arbeitsvertrag qualifiziert wird. Dem Arbeitgeber drohen in diesem Fall erhebliche **Nachforderungen** von Sozialversicherungsbeiträgen.

### 3.2.1 Ansprüche der Sozialversicherungsträger

Wird ein vermeintlich Selbstständiger sozialversicherungsrechtlich als Beschäftigter nach § 7 Abs. 1 SGB IV eingestuft, ist der Unternehmer nicht **Auftrag-**, sondern **Arbeitgeber**. Er hat daher die Zahlungspflicht nach § 28e Abs. 1 SGB IV zu erfüllen. Der Arbeitgeber ist im Außenverhältnis zu den Sozialversicherungsträgern **alleiniger Schuldner** des Gesamtsozialversicherungsbeitrages. Für die **Vergangenheit** kann der Arbeitgeber sowohl hinsichtlich der Arbeitgeber- als auch der Arbeitnehmeranteile in Anspruch genommen werden.

### 3.2.2 Verjährung

Eine effektive Begrenzung des Anspruchs der Einzugsstelle gegen den Arbeitgeber wird nur durch die Verjährungsfrist gesetzt. Diese beträgt **4 Jahre nach Ablauf des Kalenderjahres**, in dem die Beiträge fällig geworden sind (§ 25 Abs. 1 Satz 1 SGB IV). Davon abweichend verjähren Ansprüche auf **vorsätzlich vorenthaltene Beiträge** in **30 Jahren** nach Ablauf des Kalenderjah-

res, in dem sie fällig geworden sind (§ 25 Abs. 1 Satz 2 SGB IV). Ausreichend ist bereits **bedingter Vorsatz**.

Bedingter Vorsatz ist gegeben, wenn der Beitragsschuldner seine Beitragspflicht für möglich und die Nichtabführung der Beiträge billigend in Kauf nimmt.

### 3.2.3 Rückgriffsansprüche des Arbeitgebers

Im Hinblick auf die **Arbeitnehmeranteile** bietet sich dem Arbeitgeber theoretisch eine Regressmöglichkeit im Rahmen des sog. **Lohnabzugsverfahrens** (§ 28g SGB IV). Dieser Anspruch kann aber nur durch Abzug vom Arbeitsentgelt geltend gemacht werden (§ 28g Satz 2 SGB IV).

Ein unterbliebener Abzug des Arbeitnehmeranteils darf nur bei den **drei nächsten Lohn- oder Gehaltszahlungen**, nachdem der Abzug unterblieben ist, nachgeholt werden (§ 28g Satz 3 SGB IV). Zu einem späteren Zeitpunkt besteht eine Abzugsmöglichkeit nur dann, wenn der Abzug **ohne Verschulden** des Arbeitgebers nicht vorgenommen wurde. Jedoch schließt schon leichte Fahrlässigkeit des Arbeitgebers einen weiteren Rückgriff aus. Ein fahrlässiges Handeln des Arbeitgebers liegt regelmäßig bereits dann vor, wenn er in Zweifelsfällen zur Einordnung des Vertragsverhältnisses kein Statusfeststellungsverfahren durchgeführt hat.

## 3.3 Steuerrechtliche Konsequenzen

Steuerrechtlich haben der Scheinselbstständige und sein Auftraggeber das Beschäftigungsverhältnis in der Vergangenheit als Auftragsverhältnis zwischen **selbstständigen Unternehmern** abgewickelt.

### 3.3.1 Umsatzsteuer

Mangels selbstständiger Tätigkeit ist ein **Scheinselbstständiger kein Unternehmer** im Sinne des § 2 Abs. 1 Satz 1 UStG. Die von ihm ausgestellten Vergütungsabrechnungen erfüllen damit nicht die Anforderungen des in § 14 Abs. 4 UStG niedergelegten Rechnungsbegriffs.

Der **Scheinselbstständige** schuldet dem Finanzamt trotzdem gem. § 14c Abs. 2 Satz 2 UStG den in seinen Abrechnungsdokumenten zu Unrecht ausgewiesenen Steuerbetrag, auch wenn er sich irrtümlich für einen Unternehmer hielt. Der geschuldete Steuerbetrag kann nach § 14c Abs. 2 Satz 3 UStG nur **berichtigt** werden, soweit eine Gefährdung des Steueraufkommens beseitigt worden ist. Die Gefährdung des Steueraufkommens ist dann **beseitigt**, wenn ein Vorsteuerabzug beim Empfänger der Rechnung nicht durchgeführt oder die geltend gemachte Vorsteuer an die Finanzbehörde zurückgezahlt worden ist (§ 14c Abs. 2 Satz 4 UStG). Für den Scheinselbstständigen besteht im Ergebnis hinsichtlich der zu Unrecht ausgewiesenen Umsatzsteuer nur in den Fällen des § 14c Abs. 2 Satz 4 UStG eine Berichtigungsmöglichkeit.

Hat der Scheinselbstständige die ausgewiesene und vom Auftraggeber bezahlte Umsatzsteuer um **eigene Vorsteuerbeträge** vermindert an das Finanzamt abgeführt, war er hierzu mangels Unternehmereigenschaft ebenfalls nicht berechtigt. Seine Umsatzsteuererklärungen sind daher zu berichtigen, wobei sich wegen der fehlenden Vorsteuerabzugsberechtigung **erhebliche Umsatzsteuernachforderungen** ergeben können.

Der **Arbeitgeber** war im Gegenzug nicht berechtigt, die ihm vom Scheinselbstständigen in Rechnung gestellte Umsatzsteuer als **Vorsteuer** bei seinen Umsatzsteueranmeldungen zu berücksichtigen. Er trägt als **Rechnungsempfänger** die **Feststellungslast** für das Vorhandensein der den Vorsteuerabzug begründenden Tatsachen. Auch der Arbeitgeber muss daher mit Umsatzsteuernachforderungen rechnen. Ob eine Berichtigung nach § 14c Abs. 2 UStG oder eine Verrechnung aus Billigkeitserwägungen in Betracht kommt, liegt letztlich im Einzelfallermessen der Finanzbehörde. Zivilrechtlich wird der Arbeitgeber in der Regel einen Rückzahlungsanspruch in Höhe der zu Unrecht ausgewiesenen Umsatzsteuer gegen den Arbeitnehmer haben. Allerdings wird dieser in vielen Fällen nicht zu realisieren sein.

### 3.3.2 Einkommensteuer

Wird der **Auftragnehmer** als Arbeitnehmer „enttarnt“, so waren seine Einkünfte, die er als gewerbliche Einkünfte nach § 15 EStG oder als selbstständige Einkünfte nach § 18 EStG erklärt hatte, einer nichtselbstständigen Tätigkeit (§ 19 EStG) zuzuordnen. Durch die Umqualifizierung ändert sich jedoch nichts an der **Pflicht zur Versteuerung** des bezogenen Einkommens, da auch im Arbeitsverhältnis der **Arbeitnehmer** und nicht der Arbeitgeber **Schuldner** der Steuerlast ist (§ 38 Abs. 2 Satz 1 EStG).

Eine Berichtigung der Einkommensteuer kann u. U. trotzdem erforderlich sein, wenn der Scheinselbstständige Betriebsausgaben abgezogen hat, die nicht als Werbungskosten bei den Einkünften aus nichtselbstständiger Tätigkeit berücksichtigt werden können.

Der **Arbeitgeber** haftet gemäß § 42d Abs. 1 Nr. 1 EStG für die Lohnsteuer, die er nach § 38 EStG einzubehalten und abzuführen hat bzw. hatte. Die Haftung des Arbeitgebers besteht für die Lohnsteuernachforderungsansprüche des Finanzamtes gegen den vermeintlichen Auftragnehmer **in voller Höhe** (§ 42d Abs. 3 EStG), wenn der Scheinselbstständige während der vermeintlich freien Mitarbeit keine oder zu wenig Steuern gezahlt hat. Der Arbeitgeber tritt als **Gesamt-schuldner** neben den Scheinselbstständigen.

Die Haftung des Arbeitgebers setzt **kein Verschulden** voraus. Der Grad des Verschuldens kann lediglich im Rahmen einer Ermessensabwägung, ob der Arbeitgeber in Anspruch genommen wird, Bedeutung erlangen. Die Inanspruchnahme des Arbeitgebers kann **unbillig** sein, wenn er in einem entschuldbaren Rechtsirrtum den Steuerabzug unterlassen hat und er in seinem Rechtsirrtum durch Äußerung eines amtlichen Prüfers bestärkt worden ist.

## 3.4 Strafrechtliche Konsequenzen

Neben den finanziellen Folgen einer festgestellten Scheinselbstständigkeit können im schlimmsten Fall sogar strafrechtliche Konsequenzen drohen. Wird dem Arbeitgeber nachgewiesen, dass er die Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung in der Vergangenheit **vorsätzlich** nicht abgeführt hat, kommt eine Strafbarkeit nach § 266a StGB in Betracht. Der Vorsatz muss insbesondere auch die Stellung der Beteiligten als Arbeitgeber und Arbeitnehmer umfassen.

## 4 Statusfeststellungsverfahren

### 4.1 Ablauf des Verfahrens

Mit dem Statusfeststellungsverfahren gem. § 7a SGB IV besteht eine schnelle und unkomplizierte Möglichkeit zur Klärung der Frage, ob ein **sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis** vorliegt. Das Statusfeststellungsverfahren wird auf **schriftlichen Antrag** eines Beteiligten durchgeführt. Beteiligte sind die Vertragspartner (Auftragnehmer und Auftraggeber). Jeder Beteiligte ist berechtigt, das Anfrageverfahren **alleine** zu beantragen. Es ist nicht erforderlich, dass sich die Beteiligten über die Einleitung des Verfahrens einig sind. Im Falle der Einleitung nur durch einen Beteiligten wird der andere zum Verfahren hinzugezogen (§ 12 Abs. 2 Satz 1 SGB X).

Für die Antragstellung gibt es **keinen gesetzlich vorgeschriebenen Zeitpunkt**, sodass der Antrag auch nach Aufnahme der Tätigkeit oder auch noch gestellt werden kann, wenn sie **bereits beendet** ist. Den Beteiligten ist aber zu raten, den Antrag **innerhalb eines Monats** nach Aufnahme der Tätigkeit zu stellen. In diesem Fall kann nach § 7a Abs. 6 Satz 1 SGB IV die Versicherungspflicht unter gewissen Voraussetzungen erst mit der **Bekanntgabe der Entscheidung der DRV** eintreten. Das Verfahren dauert in der Regel **drei bis sechs Monate**, bis eine Entscheidung im Ausgangsverfahren getroffen wird. Beide Beteiligten trifft eine **Mitwirkungsobliegenheit**, die darin besteht, innerhalb des Verfahrens Angaben zu machen und Unterlagen vorzulegen. Eine Verletzung der Obliegenheit führt dazu, dass die Behörde auf Grundlage der ihr vorliegenden Tatsachen entscheiden und damit auch die für die Parteien ungünstigste Schlussfolgerung ziehen kann.

### 4.2 Entscheidung der DRV

Das Statusfeststellungsverfahren endet mit dem Erlass eines **Verwaltungsaktes**, der zu begründen (§ 35 SGB X) und den beiden Beteiligten zuzustellen ist (§ 37 SGB X). Die Rentenversicherung soll auf Grundlage einer Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalles entscheiden, ob eine Beschäftigung vorliegt (§ 7a Abs. 2 SGB IV).

Gegen den Ausgangsbescheid kann zunächst **innerhalb eines Monats** nach Bekanntgabe **Widerspruch** bei der DRV eingelegt werden. Dieser führt dazu, dass eine etwaige Nachzahlungspflicht der Sozialversicherungsbeiträge bis zum Abschluss des Widerspruchsverfahrens aufgeschoben ist (§ 7a Abs. 7 SGB IV). Wird dem Widerspruch nicht stattgegeben, kann kombinierte **Anfechtungs- und Feststellungsklage** beim Sozialgericht mit dem Antrag erhoben werden, den Bescheid aufzuheben und festzustellen, dass keine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung in der gesetzlichen Kranken-, Renten-, Arbeitslosen- und Pflegeversicherung vorliegt (§ 55 SGG).

## 5 Anrufungsauskunft nach § 42e EStG

Im Steuerrecht besteht die Möglichkeit, das Anrufungsverfahren gemäß § 42e EStG durchzuführen, um Unsicherheiten hinsichtlich der Beurteilung einer selbstständigen oder nichtselbstständigen Tätigkeit zu beseitigen. Die Anfrage kann sich auf alles beziehen, was mit der Einbehaltung und Abführung der Lohnsteuer zusammenhängt, so also auch die Arbeitnehmereigenschaft. Die Auskunft des Finanzamtes muss beinhalten, ob bzw. inwieweit im einzelnen Fall die Vorschriften über die **Lohnsteuer** Anwendung finden (§ 42e Satz 1 EStG). Sowohl der Arbeitgeber als auch der Arbeitnehmer können die **gebührenfreie Auskunft** verlangen.

Die Anrufungsauskunft kann **formlos** beantragt werden. Aus Beweisgründen bietet sich jedoch eine **schriftliche Anfrage** an. Für die Auskunftserteilung ist nur das **Betriebsstättenfinanzamt** zuständig (§ 42e Satz 1 EStG). Dies ist das Finanzamt, in dessen Bezirk sich der Betrieb des Auftraggebers befindet und das für die Durchführung des Lohnsteuerabzugs zuständig ist.

Die vom Finanzamt erteilte Auskunft entfaltet ausschließlich gegenüber demjenigen Bindungswirkung, der die Auskunft **beantragt** hat. Die dem **Arbeitgeber** erteilte Auskunft ist folglich für das Finanzamt, welches für den **Arbeitnehmer** zuständig ist, **nicht bindend**. Dieses Finanzamt kann ggf. im Veranlagungsverfahren von der Rechtsauffassung des Betriebsstättenfinanzamtes abweichen. Insofern schließt der Arbeitgeber aber das Risiko der Lohnsteuerhaftung aus, wenn ihm aufgrund der Auskunft des Finanzamtes **keine Pflicht** zur Einbehaltung der Lohnsteuer obliegt, selbst wenn diese Auskunft unrichtig war.

© 2018 Alle Rechte, insbesondere das Verlagsrecht, allein beim Herausgeber DATEV eG, 90329 Nürnberg (Verlag).

Die Inhalte wurden mit größter Sorgfalt erstellt, erheben keinen Anspruch auf eine vollständige Darstellung und ersetzen nicht die Prüfung und Beratung im Einzelfall.

Die enthaltenen Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt. Mit Ausnahme der gesetzlich oder vertraglich zugelassenen Fälle ist eine Verwertung ohne Einwilligung der DATEV eG unzulässig.

Eine Weitergabe an Dritte ist nicht erlaubt. Aus urheberrechtlichen Gründen ist eine Veröffentlichung z. B. in sozialen Netzwerken oder auf Internet-Homepages nicht gestattet.

Im Übrigen gelten die Geschäftsbedingungen der DATEV.

Angaben ohne Gewähr

Titelbild: © Pressebuero Peter Jobst/fotolia.com

Stand: April 2018

DATEV-Artikelnummer: 19973

E-Mail: [literatur@service.datev.de](mailto:literatur@service.datev.de)