

# OHLENDORF STECKEL SCHWIENING

PARTNERSCHAFT STEUERBERATUNGSGESELLSCHAFT MBB

Hohenzollernstraße 47 · 30161 Hannover  
T +49 (0) 511.33 42 2-0 · F +49 (0) 511.33 42 2-22/-23  
kanzlei@ohlendorf-partner.de



**FACHBERATER**  
für Sanierung und  
Insolvenzverwaltung (DStV e.V.)



**FACHBERATER**  
für Unternehmensnachfolge  
(DStV e.V.)



**FACHBERATER**  
für Testamentsvollstreckung und  
Nachlassverwaltung (DStV e.V.)

## Merkblatt

### Scheinselbständigkeit

#### Inhalt

- |   |  |
|---|--|
| <b>1 Allgemeines</b>  | 3.5 Scheinselbständigkeit im Steuerrecht     |
| <b>2 Selbständigkeit</b>  | 3.6 Scheinselbständigkeit im Gewerberecht    |
| <b>3 Scheinselbständigkeit</b>  | 3.7 Scheinselbständigkeit im Strafrecht      |
| 3.1 Merkmale einer Scheinselbständigkeit                                | <b>4 Arbeitnehmerähnliche Selbständige</b>   |
| 3.2 Anfrageverfahren zur Statusfeststellung                             | <b>5 Geschäftsführende Gesellschafter</b>    |
| 3.3 Neue Regeln zum Statusfeststellungsverfahren<br>ab 01.04.2022       | <b>6 Checkliste: Schein-/Selbständigkeit</b> |
| 3.4 Scheinselbständigkeit im Arbeits- und Sozial-<br>versicherungsrecht |  |

## 1 Allgemeines

Durch die schwierige Situation am Arbeits- und Wirtschaftsmarkt sehen sich viele Unternehmen gezwungen, ihre Kosten zu senken - insbesondere im Personalbereich. Um Sozialabgaben zu sparen, werden Mitarbeiter beispielsweise nicht eingestellt, sondern als Selbständige beauftragt. Diese Mitarbeiter müssen sich dann selbst versichern und sind auch arbeitsrechtlich weitgehend ungeschützt.

Dem wirkt der Gesetzgeber jedoch entgegen: Sogenannte Scheinselbständige müssen als Arbeitnehmer anerkannt und in der Sozialversicherung versichert werden. Zur Klärung der Frage, ob es sich bei dem Arbeitsverhältnis eines Auftragnehmers zu einem Auftraggeber um eine „echte“ Selbständigkeit oder aber um eine Scheinselbständigkeit handelt, gibt es zahlreiche Prüfungsansätze der Versicherungsträger.

Sowohl Unternehmer, die einen freien Mitarbeiter beauftragen, als auch Erwerbstätige, die sich selbständig machen wollen, müssen diese Frage also klären, um Fehler - gerade auch im Bereich der Sozialabgaben - zu vermeiden.

Dieses Merkblatt soll Ihnen dabei helfen, eine richtige Selbständigkeit von einer Scheinselbständigkeit bzw. von einer arbeitnehmerähnlichen Selbständigkeit abzugrenzen und bei Ihrem unternehmerischen Handeln stets auch die jeweiligen sozialversicherungs- und steuerrechtlichen Folgen im Auge zu behalten.

## 2 Selbständigkeit

Laut Handelsgesetzbuch ist derjenige selbständig, der im Wesentlichen **frei seine Tätigkeit gestalten** und seine **Arbeitszeit bestimmen** kann.

Der Selbständige ist in der Regel **von Sozialabgaben befreit** und muss **sich selbst versichern**. Es gibt zahlreiche Anhaltspunkte, die auf eine Selbständigkeit hindeuten - so etwa, wenn jemand

- Leistungen im eigenen Namen und auf eigene Rechnung erbringt oder
- am Markt als Selbständiger auftritt, also
- eigenständig über den Kauf und Verkauf von Waren entscheidet und
- deren Preise festlegt oder beispielsweise
- über die Einstellung von Personal bestimmt.

### Beispiel

Es deutet auf eine Selbständigkeit hin, wenn jemand Werbemaßnahmen für seine Tätigkeit in Anspruch nimmt. Dies kann zum Beispiel über Annoncen in einer Zeitung, Werbeflyer oder eigene Briefköpfe geschehen.

## 3 Scheinselbständigkeit

Der Begriff der Scheinselbständigkeit stammt aus dem Sozialversicherungsrecht. Von einer Scheinselbständigkeit spricht man, wenn eine erwerbstätige Person **als selbständiger Unternehmer** auftritt, obwohl sie von der **Art ihrer Tätigkeit her als Arbeitnehmer anzusehen** ist.

Das Bundesarbeitsgericht hat in seiner Rechtsprechung festgelegt, dass ein Erwerbstätiger dann als Arbeitnehmer anzusehen ist, wenn er

- weisungsgebunden
- vertraglich geschuldete Leistungen
- im Rahmen einer Arbeitsorganisation erbringt, die sein Vertragspartner bestimmt.

Entscheidend ist also nicht die theoretische Formulierung im Vertrag, sondern die tatsächliche Durchführung.

Ein Scheinselbständiger ist sozialversicherungsrechtlich als Arbeitnehmer anzusehen.

Arbeitnehmer, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt werden, sind jedoch **versicherungspflichtig** in der Kranken-, Pflege-, Renten-, Unfall- und Arbeitslosenversicherung. Ferner unterliegen Scheinselbständige als Arbeitnehmer den **lohn- bzw. einkommensteuerrechtlichen Regelungen**. Da dies für Selbständige - mit Ausnahme eines kleinen Personenkreises, der rentenversicherungspflichtig ist (siehe Punkt 4.1) - nicht gilt, sollten sowohl Auftraggeber als auch Auftragnehmer stets sorgfältig prüfen, ob eine Tätigkeit als selbständig oder scheinselbständig einzuordnen ist.

### 3.1 Merkmale einer Scheinselbständigkeit

Einige entscheidende und gängige Kriterien, auf die sich auch Prüfer bei der Feststellung einer Scheinselbständigkeit immer wieder stützen, sind: Der Auftragnehmer

- ist gegenüber dem beauftragenden Unternehmen **weisungsgebunden** - und zwar zeitlich, fachlich und örtlich;
- hat **keine Unternehmerinitiative**, wie zum Beispiel die Bestimmung der Unternehmensstrategie oder die Entscheidungsbefugnis für das unternehmerische Handeln;
- hat **kein Unternehmerrisiko, zum Beispiel kein Verlustrisiko**;
- ist auf Dauer und im Wesentlichen nur **für einen Auftraggeber tätig**;

#### Hinweis

Im Umkehrschluss kann man davon ausgehen, dass es sich bei einem Auftragnehmer, der für mehrere Auftraggeber tätig ist, eher um einen „echten“ Selbständigen handelt.

- **beschäftigt** im Zusammenhang mit seiner Tätigkeit **keinen Arbeitnehmer**, dessen Arbeitsentgelt aus diesem Beschäftigungsverhältnis regelmäßig **450 € im Monat übersteigt**.

#### Hinweis

Ab voraussichtlich dem 01.10.2022 soll die Grenze **520 €** (statt 450 €) betragen.

Weitere Kriterien können sein:

- Der Auftragnehmer wird in den Betrieb des Auftraggebers bzw. Arbeitgebers eingegliedert und/oder in den betrieblichen Ablauf einbezogen.
- Für die Leistung des Auftragnehmers wird ein festes Entgelt vereinbart und gezahlt.
- Der Auftragnehmer hat Anspruch auf Urlaub mit Entgeltfortzahlung.
- Den Arbeitsumfang bestimmt nicht der Auftragnehmer.
- Der Auftraggeber lässt entsprechende Tätigkeiten regelmäßig durch Arbeitnehmer verrichten, die er beschäftigt.
- Die Tätigkeit lässt typische Merkmale unternehmerischen Handelns nicht erkennen.

#### Beispiel

Wenn das Unternehmen des Selbständigen weder Geschäftsräume noch ein Firmenschild besitzt, liegt die Vermutung einer Scheinselbständigkeit nahe.

- Die Tätigkeit entspricht dem äußeren Erscheinungsbild nach derjenigen Tätigkeit, die der Auftragnehmer für denselben Auftraggeber zuvor aufgrund eines Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt hat.

#### Wichtig

Das **Gesamtbild** ist entscheidend. Es dürfen durchaus einzelne Merkmale vorliegen, ohne dass die Scheinselbständigkeit bejaht wird. Liegen jedoch mehrere Merkmale vor, sollten Sie in jedem Fall eine Beratung in Anspruch nehmen, um unangenehme Überraschungen zu vermeiden.

- Für die Abgrenzung spielt auch die Höhe des Honorars eine entscheidende Rolle. Liegt das vereinbarte Honorar deutlich über dem Arbeitsentgelt eines vergleichbar eingesetzten sozialversicherungspflichtigen Arbeitnehmers und lässt es dadurch eine Eigenvorsorge (z.B. Vorsorge für Alter oder Krankheit) zu, ist dies laut Bundessozialgericht ein gewichtiges Indiz für eine selbständige Tätigkeit.
- **Keine ausschlaggebenden Kriterien** sind formale Indizien wie die **Anmeldung eines Gewerbes** oder

die **Eintragung ins Handelsregister**. Diese Merkmale spielen bei der Prüfung der Scheinselbständigkeit keine Rolle.

#### Hinweis

Auch Handelsvertreter können grundsätzlich scheinselbständig sein. Entscheidend für die Frage der Selbständigkeit ist auch hier, ob diese ihre Tätigkeit im Wesentlichen frei einteilen und über ihre Arbeitszeit bestimmen können.

Für eine Scheinselbständigkeit sprechen beispielsweise

- eine Anwesenheitspflicht,
- Umsatzvorgaben,
- Terminvorgaben bei Kunden,
- Tourenpläne,
- Kontrollen des Auftraggebers oder
- ein Verbot, Personal einzustellen.

### 3.2 Anfrageverfahren zur Statusfeststellung

Wenn sich nicht eindeutig feststellen lässt, ob eine Selbständigkeit oder eine Scheinselbständigkeit vorliegt, können Sie einen **Antrag auf Statusfeststellung** stellen: Die sogenannte **Clearingstelle der Deutschen Rentenversicherung Bund** (DRV Bund) wird ihre Entscheidung aufgrund der Gesamtwürdigung aller Umstände Ihres Falls treffen. Zunächst wird Ihnen jedoch die beabsichtigte Entscheidung mitgeteilt. Auf diese Art und Weise erhalten Sie noch die Gelegenheit, sich zu den Einzelheiten zu äußern.

#### Hinweis

Gegen die Entscheidung selbst kann man Widerspruch (gegebenenfalls Klage) einlegen. Dies hat eine aufschiebende Wirkung. Für Auftraggeber bedeutet das, dass sie zunächst weder Gesamtsozialversicherungsbeiträge zahlen noch Meldungen erstatten müssen.

Den Antrag zur Statusfeststellung können **sowohl Auftraggeber als auch Auftragnehmer** schriftlich, mittels Vordruck oder formlos bei der DRV Bund stellen. Auf der Website der DRV findet sich das Antragsformular folgendermaßen:

[www.deutsche-rentenversicherung.de](http://www.deutsche-rentenversicherung.de) → im Suchfeld „Formularpaket Statusfeststellung“ eingeben.

#### Hinweis

Eine Statusfeststellung kommt nur in Betracht, wenn nicht bereits durch die Einzugsstelle oder einen Rentenversicherungsträger selbst ein entsprechendes Verfahren eingeleitet wurde.

### 3.3 Neue Regeln zum Statusfeststellungsverfahren ab 01.04.2022

Das neue Statusfeststellungsverfahren ist am **01.04.2022** in Kraft getreten. Ziel der Regelungen ist, die Statusfeststellung noch schneller und effizienter zu gestalten. Bisher wurde durch die Statusfeststellung die Frage geklärt, ob eine Sozialversicherungspflicht vorliegt oder nicht. Künftig soll hingegen von der Clearingstelle der DRV Bund entschieden werden, ob eine Beschäftigung oder eine Selbstständigkeit vorliegt. Es wird also zunächst nur der Erwerbsstatus festgestellt, unabhängig von der Sozialversicherungspflicht.

#### Beispiel

Eine Werbeagentur beschäftigt ab dem 01.04.2022 einen Grafikdesigner. Da dieser zu einer Berufsgruppe gehört, bei der das Thema Scheinselbstständigkeit häufig relevant ist, beantragt der Arbeitgeber das Statusfeststellungsverfahren. Die Clearingstelle kommt zu dem Ergebnis, dass eine abhängige Beschäftigung vorliegt.

#### Hinweis

Der Arbeitgeber muss nun selbst entscheiden, in welchen Versicherungszweigen Versicherungspflicht besteht. Für die vor dem 31.03.2022 laufenden Verfahren entscheidet weiterhin die Clearingstelle.

Weitere Berufsgruppen, die vom Thema Scheinselbstständigkeit betroffen sind, sind zum Beispiel:

- Honorärärzte
- Lehrkräfte
- Programmierer
- IT-Berater
- Handwerker

#### 3.3.1 Prognoseentscheidung

Eine Statusfeststellung war bisher erst nach Aufnahme der Tätigkeit möglich. Neu ist nun, dass die **Feststellung des Erwerbsstatus auch vor Beginn der Tätigkeit** erfolgen kann. Durch die sogenannte **Prognoseentscheidung** sollen die voraussichtlichen Umstände im Detail dargelegt und beschrieben werden. Das Vorhandensein einer Scheinselbstständigkeit soll so im Vorfeld vermieden werden. Da es sich nur um eine vorläufige Einschätzung handelt, sollen jegliche Änderungen nach Aufnahme der Tätigkeit der DRV umgehend mitgeteilt werden.

#### Hinweis

Die Versicherungspflicht beginnt grundsätzlich am Tag der Aufnahme der Beschäftigung. Abweichend davon beginnt die Versicherungspflicht mit Bekanntgabe der Entscheidung der Clearingstelle, sofern

- der Antrag innerhalb eines Monats nach Aufnahme der Beschäftigung eingereicht wird,
- der Arbeitnehmer dem späteren Eintritt der Versicherungspflicht zustimmt und
- der Arbeitnehmer nachweist, dass im Zeitraum zwischen Aufnahme der Beschäftigung und der Entscheidung der Clearingstelle ausreichend Schutz gegen Krankheit und Altersvorsorge besteht.

Wer zum Zeitpunkt der Aufnahme der Beschäftigung Rechtssicherheit haben möchte, sollte den Antrag schon vor Beginn der Beschäftigung stellen.

#### 3.3.2 Dreieckskonstellationen

Viele Unternehmen nehmen, insbesondere bei Projektarbeiten, die Hilfe von Fremdpersonal in Anspruch. In diesem Fall stellt sich die Frage, ob tatsächlich ein Werk- oder Dienstvertrag oder aber beispielsweise eine Arbeitnehmerüberlassung vorliegt. Künftig soll geklärt werden, ob ein echter Dienst- und Werkvertrag vorliegt sowie mit wem das Vertragsverhältnis besteht. Alle Vertragsverhältnisse werden dabei separat geprüft.

#### Hinweis

Dreieckskonstellationen spielen insbesondere bei der Überlassung von ausländischem Personal eine Rolle. Im neuen Statusfeststellungsverfahren werden alle Rechtsbeziehungen in einem Verfahren geprüft (auch wenn nur eine Partei den Antrag gestellt hat).

#### 3.3.3 Gruppenfeststellungen

Neu ab 01.04.2022 ist auch die sogenannte **Gruppenfeststellung**. Dabei werden **mehrere Vertragsverhältnisse von unterschiedlichen Personen zu einem Auftraggeber** in einem Verfahren geprüft. Ebenso können mehrere gleichartige Vertragsverhältnisse einer Person zum gleichen Auftraggeber geprüft werden. Zu beachten ist bei dieser Neuerung, dass die Prüfung keine Bindungswirkung hat, da es sich lediglich um eine gutachterliche Stellungnahme handelt. Sie bietet dennoch einen gewissen Vertrauensschutz.

#### Hinweis

Die Gruppenfeststellung muss vom Auftraggeber beantragt werden. Sie ist weder für die DRV noch für andere Versicherungsträger bindend. Wird innerhalb von zwei Jahren nach Zugang der Gruppenfeststellung eine Beschäftigung festgestellt, tritt die Versicherungspflicht mit dem Tag der Bekanntgabe der Feststellung der abhängigen Beschäftigung in Kraft. Die mangelnde Bindungswirkung soll also verhindern, dass über mehrere Jahre hinweg neue Auftragsverhältnisse geschlossen werden, die eben nicht mehr an aktuelle Gegebenheiten angepasst werden.

### 3.3.4 Formularpaket des DRV

Auf der Webseite der Deutschen Rentenversicherung findet sich ein Formularpaket zum Statusfeststellungsverfahren.

#### Hinweis

Das Formularpaket finden Sie folgendermaßen:

[www.deutsche-rentenversicherung.de](http://www.deutsche-rentenversicherung.de) → im Suchfeld „Formularpaket Statusfeststellung“ eingeben.

Dort findet sich der Antrag auf Feststellung des Erwerbsstatus (inkl. Erläuterungen). Separate Anlagen sind im Falle eines Gesellschafter Geschäftsführers einer GmbH sowie für mitarbeitende Angehörige auszufüllen. Ebenso gibt es eine separate Anlage zur Beschreibung des Auftragsverhältnisses. Das Antragsformular (inkl. Anlagen) ist vom Auftraggeber und vom Auftragnehmer gemeinsam auszufüllen und zu unterschreiben.

#### Hinweis

Die neuen Regelungen gelten zunächst nur bis zum 30.06.2027. Die weitere Entwicklung bleibt abzuwarten.

### 3.4 Scheinselbständigkeit im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht

Für die Zwecke der Sozialversicherung ist zu unterscheiden, ob eine Person als Selbständiger oder als Arbeitnehmer gilt. Handelt es sich um einen Scheinselbständigen, hat dies zur Folge, dass er - ab Aufnahme der Tätigkeit - als sozialversicherungspflichtiger Arbeitnehmer angesehen wird und daher auch **Sozialabgaben abführen** muss. Wurden keine Beiträge abgeführt und die Scheinselbständigkeit erst in einer Betriebsprüfung festgestellt, **haftet** in der Regel der **Auftraggeber** (tatsächlich: Arbeitgeber) **rückwirkend bis zu vier Jahre** für die ausstehenden Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbeiträge. Bei **vorsätzlich vorenthaltenen Beiträgen** gilt sogar eine Nachentrichtungspflicht von **30 Jahren**. Der Arbeitgeber darf von seinem Arbeitnehmer jedoch nur drei Monate lang einen Teil des Gehalts einbehalten. Abweichende Regressregelungen zwischen den Parteien sind unwirksam.

Generell gelten für die Beitragsrechnung in der Regel die allgemeinen Grundsätze. Das heißt, die Beiträge werden nach dem beitragspflichtigen Arbeitsentgelt berechnet und **je zur Hälfte vom Arbeitgeber und vom Arbeitnehmer** erbracht.

#### Hinweis

Arbeitsrechtlich besteht bei einer Scheinselbständigkeit sogar die Möglichkeit, sich in ein Arbeitsverhältnis einzuklagen. Endet das arbeitsgerichtliche Verfahren mit der Feststellung des Arbeitnehmerstatus, kommt der vermeintlich Selbständige nun als Angestellter in den Genuss von Kün-

digungsschutz, Urlaubsanspruch und Lohnfortzahlungsanspruch im Krankheitsfall.

### 3.5 Scheinselbständigkeit im Steuerrecht

Sozialversicherungsrechtliche Beurteilungen haben nicht zwingend die gleichen Folgen für die steuerrechtlichen Gegebenheiten, denn die Finanzämter sind nicht an diese gebunden.

Es ist durchaus möglich, dass ein Scheinselbständiger im Steuerrecht als Unternehmer angesehen wird, für Zwecke der Sozialversicherung jedoch als Arbeitnehmer gilt. Dies liegt daran, dass man im Steuerrecht vor allem auf die Unternehmerinitiative und das Unternehmerrisiko abstellt. Es gelten nicht die gleichen Kriterien wie im Sozialversicherungsrecht.

Daher ist es wichtig, dass im Einzelfall die **steuerlichen Auswirkungen** des jeweiligen Verhältnisses zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer **unabhängig von der sozialversicherungsrechtlichen Beurteilung** betrachtet werden.

#### 3.5.1 Auswirkungen auf die Lohnsteuer

Obwohl die **Lohnsteuer** vom Arbeitnehmer geschuldet wird, **haften Sie als Arbeitgeber dafür, dass diese einbehalten und abgeführt wird**. Das gilt auch für den Fall, wenn sich ein vermeintlich Selbständiger erst später als ein Arbeitnehmer entpuppt.

Grundsätzlich haften sowohl Arbeitgeber als auch Arbeitnehmer für die Nachzahlungen als Gesamtschuldner, weshalb auch beide zur Zahlung der Außenstände in voller Höhe aufgefordert werden können. Die alleinige Inanspruchnahme des Arbeitgebers durch das Finanzamt ist allerdings ermessensfehlerfrei, wenn der Steuerabzug bewusst oder leichtfertig versäumt wurde.

Neben der erwähnten sozialversicherungsrelevanten Statusabfrage bei der Clearingstelle des DRV Bund bietet sich die Möglichkeit, die lohnsteuerpflichtige Arbeitnehmereigenschaft einer bestimmten Person und damit auch deren Lohnsteuerpflichtigkeit beim Finanzamt (Betriebsstättenfinanzamt für Auftrag-/Arbeitgeber, Wohnsitzfinanzamt für den Beschäftigten) verbindlich klären zu lassen (sogenannte Anrufungsauskunft).

#### Hinweis

Selbst wenn sich eine Anrufungsauskunft, dass es sich nicht um ein lohnsteuerpflichtiges Anstellungsverhältnis handelt, später als objektiv unrichtig erweist, wird der Arbeitgeber von seiner Haftung freigestellt, auch wenn tatsächlich eine Lohnsteuerpflicht bestand.

(Schein-)Selbständige sollten daher bei der Anfrage immer beantragen, dass sich das Heimatfinanzamt mit dem Betriebsstättenfinanzamt für die Auskunftserteilung abstimmt.

### 3.5.2 Auswirkungen auf die Umsatzsteuer

Trotz eines sozialversicherungsrechtlichen Arbeitnehmerstatus kommt steuerrechtlich weiterhin eine Rechnungsstellung mit Umsatzsteuerausweis in Betracht. Die steuerlichen Rechte und Pflichten, insbesondere auch die Vorsteuerabzugsberechtigung, bleiben von den sozialversicherungsrechtlichen Feststellungen unberührt.

#### Beispiel

Ein Scheinselbständiger wird im Steuerrecht weiterhin als Unternehmer angesehen und erbringt umsatzsteuerpflichtige Leistungen. Er ist deshalb weiterhin verpflichtet, seinem (aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht) Arbeitgeber eine Rechnung zu stellen und Umsatzsteuer auszuweisen. Der Arbeitgeber muss jedoch Beiträge zur Sozialversicherung abführen. Von dem Rechnungsbetrag muss er deshalb den Arbeitnehmeranteil einbehalten und abführen. Auf diesen Anteil muss der Scheinselbständige wiederum Umsatzsteuer erheben, da es sich um sogenanntes umsatzsteuerliches Entgelt handelt.

Wird ein Scheinselbständiger auch im Steuerrecht als Arbeitnehmer angesehen, hat dies unter anderem zur Folge, dass er nicht mehr als Unternehmer betrachtet wird. Die in den Rechnungen ausgewiesene Umsatzsteuer ist damit zu Unrecht ausgewiesen. In diesem Fall sollten mögliche **Rechnungsberichtigungen** - auch aus Sicht des Auftraggebers - geprüft werden. Ein unberechtigter Steuerausweis führt dazu, dass die offen ausgewiesene Steuer trotz fehlender Unternehmereigenschaft an das Finanzamt abgeführt werden muss. Denn dann ist neben dem Auftragnehmer auch der Auftraggeber in der Pflicht, **Umsatzsteuererklärungen bzw. Umsatzsteuervoranmeldungen** zu kontrollieren und gegebenenfalls zu **berichtigen**.

### 3.6 Scheinselbständigkeit im Gewerberecht

Mit Feststellung der Scheinselbständigkeit endet für den Betroffenen auch seine unternehmerische Tätigkeit für das betriebene Gewerbe. Das Gewerbe muss abgemeldet werden. Damit enden auch die gesetzliche Mitgliedschaft in der Industrie- und Handelskammer sowie die gesetzliche Verpflichtung zur Mitgliedschaft in der Berufsgenossenschaft.

### 3.7 Scheinselbständigkeit im Strafrecht

Als Arbeitgeber machen Sie sich wegen Beitragsvorhaltung strafbar, wenn Sie Beiträge des Arbeitnehmers zur Kranken-, Renten- und Sozialversicherung nicht abgeführt haben. Als Arbeitgeber im strafrechtlichen Sinne sind Sie dann anzusehen, wenn Sie als Dienstberechtigter auf der Grundlage eines privatrechtlichen Vertrags von einer anderen Person die Erbringung von Arbeitsleistungen in persönlicher Abhängig-

keit zu fordern berechtigt und ihm dafür zur Lohnzahlung verpflichtet sind. Das entscheidende Kriterium ist hierbei die **persönliche Abhängigkeit**, die in der Eingliederung dieser Person in Ihren Betrieb und die Unterordnung unter Ihr Weisungsrecht in Bezug auf Zeit, Dauer, Ort und Art der Arbeitsausführung besteht. Als entscheidend gelten die tatsächlichen Verhältnisse.

Von (bedingtem) Vorsatz ist auszugehen, wenn Sie als Auftraggeber mit einem Scheinselbständigen vertraglich vereinbaren, dass dieser die Arbeitnehmerbeiträge übernimmt, falls eine Überprüfung ihn als solchen qualifiziert.

Wurden Steuern nicht oder nicht vollständig gezahlt, kommt strafrechtlich der Tatbestand einer leichtfertigen Steuerverkürzung (Ordnungswidrigkeit) in Betracht. Für den Fall, dass eine Scheinselbständigkeit vorsätzlich konstruiert worden ist, liegt sogar eine Steuerhinterziehung (Straftat) vor. In diesen beiden Fällen besteht die Möglichkeit einer strafbefreienden Selbstanzeige sowohl für den Arbeitgeber als auch den Scheinselbständigen.

Die strafbefreiende Selbstanzeige ist jedoch an strenge Voraussetzungen geknüpft und sollte im Vorfeld genau geprüft werden.

#### Fazit

Eine Scheinselbständigkeit kann in mehrfacher Hinsicht sehr komplexe rechtliche Folgen aufwerfen. Sowohl für Auftraggeber als auch für Auftragnehmer kann die Feststellung einer Scheinselbständigkeit hohe Nachzahlungen (nicht geleistete Sozialabgaben und Steuern, Zinsen und Säumniszuschläge), aber auch Strafen nach sich ziehen. Deshalb sollten beide Seiten im Zweifel besser Rat einholen und mit dem Steuerberater mögliche steuerliche Konsequenzen schon frühzeitig diskutieren, um spätere unangenehme Überraschungen zu vermeiden.

## 4 Arbeitnehmerähnliche Selbständige

Arbeitnehmerähnliche Selbständige werden als „echte“ **Selbständige** angesehen. Der Unterschied: Sie unterliegen der Rentenversicherungspflicht und müssen die **Beiträge zur Rentenversicherung in voller Höhe selbst zahlen**. Arbeitnehmerähnliche Selbständige müssen sich innerhalb von drei Monaten nach Aufnahme ihrer Tätigkeit beim zuständigen Rentenversicherungsträger melden.

Arbeitnehmerähnlich ist, wer

- **keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigt**, dessen Arbeitsentgelt aus diesem Beschäftigungsverhältnis regelmäßig 450 € übersteigt, und
- **auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig ist.**

Hier gilt eine **Wesentlichkeitsgrenze** von fünf Sechsteln. Dies bedeutet, dass man von einer arbeitnehmerähnlichen Selbständigkeit ausgehen muss, wenn der Betroffene mindestens fünf Sechstel seiner Gesamteinkünfte aus den selbständigen Tätigkeiten alleine aus der Tätigkeit für einen Auftraggeber erzielt. Von einer **Dauerhaftigkeit** der Tätigkeit wird ausgegangen, wenn die Tätigkeit im Rahmen eines Dauerauftragsverhältnisses oder eines regelmäßig wiederkehrenden Auftragsverhältnisses erfolgt.

Ein Projekt - also eine im Voraus begrenzte vorübergehende Tätigkeit für einen Auftraggeber - ist nicht dauerhaft, wenn es auf ein Jahr oder weniger begrenzt ist. Im Einzelfall gilt dies auch bei längeren Projektzeiten. Damit soll vor allem den Berufsgruppen (z.B. beratende Architekten oder Ingenieure) Rechnung getragen werden, die durch längere Projektzeiten an einen Auftraggeber gebunden sind.

Auf Antrag können Sie sich als arbeitnehmerähnlicher Selbständiger in bestimmten Fällen von der Rentenversicherungspflicht befreien lassen. Diese Fälle sind:

- **Erstmalige Existenzgründung:** Befreiungsmöglichkeit für drei Jahre ab Aufnahme der selbständigen Tätigkeit.
- **Zweite Existenzgründung:** Befreiungsmöglichkeit für weitere drei Jahre ab Aufnahme der zweiten selbständigen Tätigkeit.

#### Hinweis

Es muss ein völlig neuer Geschäftszweck verfolgt werden. Lediglich eine Umbenennung der vorherigen Existenzgründung ohne wesentliche Veränderung des Geschäftszwecks ist hierbei nicht ausreichend!

- **Vollendung des 58. Lebensjahrs:** Es besteht eine generelle Befreiungsmöglichkeit, wenn die betreffende Person bereits selbständig ist und die Versicherungspflicht aufgrund der Regelungen zum arbeitnehmerähnlichen Selbständigen erstmalig nach Vollendung des 58. Lebensjahrs eintritt.

Der Antrag kann jederzeit gestellt werden. Erfolgt die Antragstellung innerhalb von drei Monaten nach Beginn der Versicherungspflicht, wirkt die Befreiung von Beginn an. Wird der Antrag nach Ablauf von drei Monaten gestellt, so tritt die Befreiung erst mit Eingang des Antrags ein.

#### Hinweis

Weitere Informationen zur Rentenversicherung von Selbständigen stellt ebenfalls die DRV unter:

[www.deutsche-rentenversicherung.de](http://www.deutsche-rentenversicherung.de) → Rente → Arbeitnehmer & Selbstständige → Selbstständige

zur Verfügung.

## 5 Geschäftsführende Gesellschafter

Auch der geschäftsführende Gesellschafter einer juristischen Person, der **selbständig** tätig ist, kann **rentenversicherungspflichtig** sein. Entscheidend ist hier, ob die **Gesellschaft** (nicht der Gesellschafter)

- im Wesentlichen **nur einen Auftraggeber** hat und
- **sozialversicherungspflichtige Arbeitnehmer** beschäftigt.

Grundsätzlich ist bei GmbH-Geschäftsführern zu prüfen, ob Sozialversicherungsbeiträge abgeführt werden müssen oder nicht. Dies richtet sich insbesondere danach, ob der Geschäftsführer weisungsgebunden ist und wie das Beteiligungsverhältnis ausgeprägt ist.

In der Regel gilt: Gesellschafter-Geschäftsführer, die zu mehr als 50 % am Kapital beteiligt sind, sind sozialversicherungsfrei. **Minderheitsgesellschafter**, die weisungsfrei sind, sind auch von der Sozialversicherung befreit. Sind Minderheitsgesellschafter dagegen weisungsgebunden, sind sie sozialversicherungspflichtig.

#### Hinweis

Bei Gesellschafter-Geschäftsführern einer GmbH ist ebenfalls der DRV Bund für die Statusfeststellung zuständig. Wird eine neue Beschäftigung aufgenommen, ist beispielsweise bei der Anmeldung der Krankenkasse das Statuskennzeichen „2“ anzugeben. Dies bedeutet, dass es sich um einen geschäftsführenden Gesellschafter einer GmbH handelt.

In diesem Fall leitet die Krankenkasse die Anmeldung an die DRV Bund weiter. Dort wird das Prüfverfahren (sogenanntes obligatorisches Statusfeststellungsverfahren) eingeleitet und kontrolliert, ob tatsächlich eine Pflicht zur Sozialversicherung besteht. Innerhalb von vier Wochen nach Eingang aller Angaben bei der Clearingstelle soll der verbindliche Bescheid beim Arbeitgeber und beim Arbeitnehmer vorliegen. Im Meldeverfahren für die Sozialversicherung (DEÜV) ändert sich für den Arbeitgeber nichts.

Dieses Verfahren wird nur angestoßen, wenn eine neue Beschäftigung aufgenommen wird. Beschäftigungen, die bereits bestehen, werden nicht mehr überprüft.

## 6 Checkliste: Schein-/Selbständigkeit

Da die Unterscheidung zwischen einer selbständigen und einer scheinselfständigen Tätigkeit in der Praxis nicht ganz einfach ist, kann Ihnen die Checkliste auf der folgenden Seite bei der Einschätzung weiterhelfen. Sind in Ihrem Fall zwei oder mehr Kriterien erfüllt, kann eine Scheinselbständigkeit vorliegen. Diese Arbeitshilfe ersetzt im Einzelfall allerdings kein Anfrageverfahren bei der DRV Bund oder dem Finanzamt.

<b>Checkliste: Schein-/Selbständigkeit</b>	
	<b>Trifft zu</b>
Der Auftragnehmer ist gegenüber dem beauftragenden Unternehmen weisungsgebunden, und zwar <ul style="list-style-type: none"> <li>• zeitlich,</li> <li>• fachlich und</li> <li>• örtlich.</li> </ul>	<input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/>
Der Auftragnehmer hat keine Unternehmerinitiative bzw. kein Unternehmerrisiko.	<input type="checkbox"/>
Der Auftragnehmer wird in den Betrieb des Auftrag- bzw. Arbeitgebers eingegliedert und/oder in den betrieblichen Ablauf einbezogen.	<input type="checkbox"/>
Für die Leistung des Auftragnehmers wird ein festes Entgelt vereinbart und gezahlt.	<input type="checkbox"/>
Das gezahlte Entgelt ist vergleichbar mit dem Arbeitsentgelt eines sozialversicherungspflichtigen Arbeitnehmers.	<input type="checkbox"/>
Keine Eigenvorsorge möglich aufgrund eines erhöhten Entgelts.	<input type="checkbox"/>
Der Auftragnehmer hat Anspruch auf Urlaub mit Entgeltfortzahlung.	<input type="checkbox"/>
Den Arbeitsumfang bestimmt nicht der Auftragnehmer.	<input type="checkbox"/>
Der Auftragnehmer beschäftigt im Zusammenhang mit seiner Tätigkeit keinen Arbeitnehmer, dessen Arbeitsentgelt aus diesem Beschäftigungsverhältnis regelmäßig 450 € im Monat übersteigt. (Vorsicht: Besonderheiten bei angestellten Familienangehörigen.)	<input type="checkbox"/>
Der Auftragnehmer ist auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig.	<input type="checkbox"/>
Der Auftraggeber oder ein vergleichbarer Auftraggeber lässt entsprechende Tätigkeiten regelmäßig durch von ihm beschäftigte Arbeitnehmer verrichten.	<input type="checkbox"/>
Die Tätigkeit lässt typische Merkmale unternehmerischen Handelns nicht erkennen (z.B. Werbemaßnahmen, Visitenkarten, eigene Briefköpfe).	<input type="checkbox"/>
Die Tätigkeit entspricht dem äußeren Erscheinungsbild nach der Tätigkeit, die der Auftragnehmer für denselben Auftraggeber zuvor aufgrund eines Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt hat.	<input type="checkbox"/>

Wir stehen Ihnen gerne für weitere Fragen zur Verfügung.

Rechtsstand: Mai 2022

Alle Informationen und Angaben in diesem Mandanten-Merkblatt haben wir nach bestem Wissen zusammengestellt. Sie erfolgen jedoch ohne Gewähr. Diese Information kann eine individuelle Beratung im Einzelfall nicht ersetzen.