

Scheinselbstständigkeit

Rechtliche Probleme in Bezug auf Arbeits-/Steuer- und Sozialrecht im Überblick

Von RAin Dr. Katrin Hagemann, Minden*

Der Begriff der Scheinselbstständigkeit ist den meisten Studierenden zumindest aus der Presse bekannt. Ausgehend von den gesetzlichen Grundlagen will dieser Aufsatz den Studierenden Wissen über die Unterschiede zwischen Selbstständigkeit und abhängiger Beschäftigung vermitteln. In einem Überblick wird auf mögliche rechtliche Probleme in Bezug auf Arbeits-/Steuer- und Sozialrecht im Falle der Scheinselbstständigkeit hingewiesen. Abschließend werden Wege aufgezeigt, wie in Zweifelsfällen bereits bei Aufnahme einer Tätigkeit eine Klärung des Status des Erwerbstätigen vorgenommen werden kann.

I. Einleitung

In regelmäßigen Abständen wird in der Presse über Fälle von Scheinselbstständigkeit berichtet. So wurde 2016 unter anderem im Spiegel und im Handelsblatt berichtet, dass Daimler bis zu 20 Mio. Euro zahlen müsse, da Mercedes-Testfahrer als Scheinselbstständige beschäftigt worden seien.¹ Bereits 2013 hatte das Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg entschieden, dass Daimler zwei IT-Spezialisten als Scheinselbstständige beschäftigt habe und rechtlich Arbeitsverträge zustande gekommen seien.² Aber nicht nur in der Wirtschaft besteht das Problem der Scheinselbstständigkeit. Nach Einschätzung der Deutschen Rentenversicherung hat das Goethe-Institut womöglich in größerem Umfang Honorarkräfte als Scheinselbstständige beschäftigt. Falls sich dieser Verdacht bestätigt, muss das Institut Sozialversicherungsbeiträge nachzahlen.³

II. Definition und Interessenlage des Arbeitgebers

Es stellt sich die Frage, wie Scheinselbstständigkeit definiert wird. Laut *Schaub*⁴ wird von Scheinselbstständigkeit dann gesprochen, wenn Erwerbstätige nach der Ausgestaltung ihrer Rechtsbeziehungen wie Selbstständige behandelt werden, tatsächlich jedoch wie abhängig Beschäftigte arbeiten und sich wegen ihrer sozialen Schutzbedürftigkeit nicht von diesen unterscheiden.

Scheinselbstständigkeit liegt also immer dann vor, wenn der Erwerbstätige (rechtlich) zwar als Selbstständiger behan-

delt wird, rein tatsächlich aber eine abhängige Beschäftigung vorliegt.

Diese Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses hat für den Arbeitgeber Vorteile, da der Erwerbstätige zwar wie ein Arbeitnehmer arbeitet und z.B. weisungsgebunden tätig ist und in seinen Betrieb eingegliedert wird, der Arbeitgeber aber u.a. nicht für die soziale Absicherung des Erwerbstätigen sorgen muss. So besteht für einen Selbstständigen z.B. kein Kündigungsschutz und kein Anspruch auf Lohnfortzahlung im Krankheitsfall. Zudem spart der Arbeitgeber die Arbeitgeberbeiträge zur Sozialversicherung.

Mittels verschiedener Abgrenzungskriterien lässt sich feststellen, ob in einem konkreten Fall eine Scheinselbstständigkeit oder eine abhängige Beschäftigung vorliegt.

III. Abgrenzung zwischen Selbstständigkeit und abhängiger Beschäftigung

Anhaltspunkte für die Abgrenzung bietet u.a. der am 1.4.2017 in Kraft getretene § 611a BGB.

§ 611a Abs. 1 BGB lautet: „Durch den Arbeitsvertrag wird der Arbeitnehmer im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet. 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. Für die Feststellung, ob ein Arbeitsvertrag vorliegt, ist eine Gesamtbetrachtung aller Umstände vorzunehmen. Zeigt die Durchführung des Vertragsverhältnisses, dass es sich um ein Arbeitsverhältnis handelt, kommt es auf die Bezeichnung im Vertrag nicht an.“

Die Ausgestaltung des § 611a BGB ist zwar in der Literatur auf Kritik gestoßen,⁵ auf die hier nicht näher eingegangen wird. Jedoch bietet § 611a BGB zumindest Anhaltspunkte für die Abgrenzung zwischen Selbstständigkeit und abhängiger Beschäftigung.

Sozialversicherungsträger hingegen berufen sich bei der Abgrenzung regelmäßig auf § 7 Abs. 1 SGB IV. Demnach ist Beschäftigung die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers.

Charakteristisch für eine abhängige Beschäftigung ist sowohl nach § 611a Abs. 1 BGB als auch § 7 Abs. 1 SGB IV die Weisungsgebundenheit des Arbeitnehmers. Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit und Ort der Tätigkeit betreffen. Ein Arbeitnehmer arbeitet fremdbestimmt in persönlicher Abhängigkeit.

Aus dem Vorgenannten ergibt sich, dass der Arbeitnehmer seine Tätigkeit nicht im Wesentlichen nach eigenen Vor-

* Der Beitrag stellt die persönliche Meinung der Autorin dar und steht in keinem Zusammenhang mit ihrer beruflichen Tätigkeit.

¹ Meldungen abrufbar unter <http://www.spiegel.de/karriere/daimler-testfahrer-als-scheinselbststaendige-a-1073111.html> (12.11.2017);

<http://www.handelsblatt.com/unternehmen/industrie/ermittlungen-wegen-scheinselbststaendigkeit-daimler-muss-millionenbetrag-zahlen/12876400.html> (12.11.2017).

² LAG Baden-Württemberg, Urt. v. 1.8.2013 – 2 Sa 6/13.

³ Meldung abrufbar unter <http://www.faz.net/aktuell/feuilleton/debatten/goethe-institut-vor-massiven-problemen-14771278.html> (12.11.2017).

⁴ *Schaub*, Arbeitsrechts-Handbuch, 16. Aufl. 2015, § 8 Rn. 54.

⁵ Vgl. *Richardi*, NZA 2017, 36 ff.

stellungen gestalten und seine Arbeitszeit auch nicht frei bestimmen darf.

Demgegenüber arbeitet der Selbstständige gerade nicht weisungsgebunden. Er hat Entscheidungsfreiheit hinsichtlich seiner Tätigkeit und Arbeitszeit. Er übernimmt unternehmerisches Risiko, ihn treffen die Folgen unternehmerischen Erfolges oder Misserfolges unmittelbar. Der Selbstständige erbringt seine Leistung in eigenem Namen und auf eigene Rechnung.

Dabei ist für die Abgrenzung zwischen abhängiger und selbstständiger Tätigkeit eine Gesamtbetrachtung aller Umstände erforderlich. Entscheidend ist die tatsächliche Durchführung des Vertrages, nicht hingegen die Bezeichnung des der Tätigkeit zugrundeliegenden Vertrages. So ist es unerheblich, ob der der Tätigkeit zugrundeliegende Vertrag als Werkvertrag oder als Arbeitsvertrag bezeichnet wird.

IV. Unterschiede im Arbeits-/Steuer- und Sozialrecht

Die Abgrenzung ist insbesondere für das Arbeits-/Steuer- und Sozialrecht relevant. Die Regelungen für abhängige Beschäftigung unterscheiden sich von denen für selbstständig Tätige teils erheblich.

1. Arbeitsrecht

Der Arbeitnehmer arbeitet auf Grundlage eines Anstellungsvertrages. Zugunsten des Arbeitnehmers bestehen im Regelfall Kündigungsschutzvorschriften, die sich im Kündigungsschutzgesetz finden. Weitere Kündigungsschutzvorschriften finden sich für schwangere Arbeitnehmerinnen im Mutterschutzgesetz, für schwerbehinderte Arbeitnehmer im SGB IX. Der Arbeitnehmer hat einen Anspruch auf Mindestlohn entsprechend der Regelungen des Mindestlohngesetzes, einen Anspruch auf Lohnfortzahlung im Krankheitsfall (vgl. § 3 Entgeltfortzahlungsgesetz) und einen Urlaubsanspruch nach dem Bundesurlaubsgesetz. Arbeitnehmerschutzvorschriften bezüglich der Arbeitszeiten finden sich im Arbeitszeitgesetz.

Demgegenüber hat der selbstständig Tätige keinen Anstellungsvertrag. Ihm stehen keine Arbeitnehmerrechte zu.

2. Steuerrecht

Der Arbeitnehmer ist zur Entrichtung von Einkommensteuer verpflichtet. Diese wird vom Lohn abgezogen (vgl. § 38 EStG).

Den Selbstständigen trifft je nach Ausgestaltung seiner Selbstständigkeit eine Vielzahl von steuerlichen Pflichten. So ist er z.B. zum Abführen von Umsatzsteuer verpflichtet, zum Vorsteuerabzug berechtigt. Das heißt, von ihm selbst gezahlte Umsatzsteuer auf eingekaufte Waren und Dienstleistungen darf er von seiner Umsatzsteuer abziehen.

Ist der Selbstständige als Einzelunternehmer tätig, ist er zur Entrichtung von Einkommensteuer verpflichtet. Hat er ein Gewerbe angemeldet, muss er entsprechend den Regelungen des Gewerbesteuergesetzes Gewerbesteuer entrichten.

3. Sozialrecht

Der Arbeitnehmer ist, sofern er bestimmte Einkommensgrenzen nicht überschreitet, gem. § 5 Abs. 1 SGB V Pflichtmitglied in der gesetzlichen Krankenkasse.

Der Selbstständige muss zwar Mitglied in der gesetzlichen oder in einer privaten Krankenkasse sein, hat aber unabhängig von seinem Einkommen zwischen beiden Krankenkassensystemen ein Wahlrecht.

Der Arbeitnehmer ist außerdem pflichtversichert in der gesetzlichen Rentenversicherung (vgl. § 1 SGB VI).

Selbstständige sind nur pflichtversichert in der gesetzlichen Rentenversicherung, sofern Ihre Tätigkeit unter § 2 SGB VI fällt. So sind z.B. freiberufliche Lehrer in der gesetzlichen Rentenversicherung pflichtversichert.

Arbeitnehmer sind pflichtversichert in der gesetzlichen Unfallversicherung. Selbstständige sind dies im Regelfall mit Ausnahme einzelner Berufsgruppen nicht (vgl. § 2 SGB VII).

V. Risiken der Scheinselbstständigkeit

Wie oben dargelegt, unterscheiden sich abhängige Beschäftigung und Selbstständigkeit in Voraussetzungen (wie unter III. dargelegt) und Rechtsfolgen (wie unter IV. dargelegt).

Wenn nun ein rein tatsächlich abhängig Beschäftigter wie ein Selbstständiger behandelt wird, hat dies sowohl für den Beschäftigten wie auch für den Arbeitgeber Folgen.

1. Arbeitsrecht

Zunächst kann der Arbeitnehmer seinen Arbeitnehmerstatus vor dem Arbeitsgericht einklagen. Stellt das Arbeitsgericht fest, dass der vermeintlich Selbstständige tatsächlich als Arbeitnehmer tätig ist, so stehen dem klagenden Scheinselbstständigen die Arbeitnehmerrechte uneingeschränkt zu. Der Arbeitnehmer genießt z.B. Kündigungsschutz, hat einen Anspruch auf Mindestlohn, einen Urlaubsanspruch und einen Anspruch auf Lohnfortzahlung im Krankheitsfall (siehe oben).

2. Steuerrecht

Wird die Scheinselbstständigkeit bekannt, hat dies im Regelfall auch steuerrechtliche Konsequenzen.

Nach § 42d EStG haftet der Arbeitgeber für die von ihm abzuführende Lohnsteuer. Im Außenverhältnis haften Arbeitgeber und Arbeitnehmer als Gesamtschuldner. Nach § 42d Abs. 3 S. 2 EStG darf das Betriebsstättenfinanzamt seine Ansprüche nach pflichtgemäßem Ermessen gegenüber jedem Gesamtschuldner geltend machen. Dabei soll die alleinige Inanspruchnahme des Arbeitgebers ermessenfehlerfrei sein, wenn dieser den Steuerabzug bewusst oder leichtfertig versäumt.⁶ Dem Arbeitgeber steht ein Ausgleichsanspruch gegenüber dem Arbeitnehmer zu.⁷ Die Verjährungsfrist des Anspruchs des Betriebsstättenfinanzamts beträgt grundsätzlich vier Jahre und beginnt mit Ablauf des Kalenderjahres, in dem

⁶ BFH, Urt. v. 12.2.2009 – VI R 40/07.

⁷ Küttner-Seidel, Personalbuch, 24. Aufl. 2017, Lohnsteuerhaftung, Rn. 69 unter Berufung auf BAG, Urt. v. 9.12.1976 – AZR 371/75.

die Steuer entstanden ist. (§§ 170 Abs.1, 169 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 AO).

Wollen Arbeitgeber und/oder (potentieller) Arbeitnehmer ihre jeweiligen Haftungsrisiken in Bezug auf die Nachentrichtung von Lohnsteuer minimieren, besteht gem. § 42e EStG die Möglichkeit einer Anrufungsauskunft beim Betriebsstättenfinanzamt. Das Betriebsstättenfinanzamt stellt fest, ob im Einzelfall die Vorschriften über die Lohnsteuer anzuwenden sind.

Auch hinsichtlich der Umsatzsteuer ergeben sich im Falle einer Scheinselbstständigkeit Ansprüche. Der Scheinselbstständige war nicht berechtigt, Umsatzsteuer in Rechnung zu stellen, da er kein Unternehmer im umsatzsteuerlichen Sinne ist. Der Arbeitgeber war nicht zum Vorsteuerabzug berechtigt und muss Umsatzsteuer nachentrichten.

3. Sozialrecht

Für das Sozialrecht ist zu beachten, dass der Scheinselbstständige vom Arbeitgeber als Arbeitnehmer angemeldet werden muss. Damit entsteht ab Anmeldung des Arbeitnehmers die Pflicht des Arbeitgebers, zukünftig vom laufenden Arbeitsentgelt des Arbeitnehmers die Sozialversicherungsbeiträge für die Kranken-, Renten- und gesetzliche Unfallversicherung abzuführen.

Bei einer Scheinselbstständigkeit eines oder mehrerer Angestellter besteht ein großes finanzielles Risiko für den Arbeitgeber durch die Pflicht, Sozialversicherungsbeiträge für die Vergangenheit nachentrichten zu müssen. Der Arbeitgeber muss rückwirkend bis zum Beschäftigungsbeginn den Gesamtsozialversicherungsbeitrag, also Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbeitrag, nachentrichten (vgl. § 28e SGB IV). Der Nachentrichtungsanspruch verjährt vier Jahre nach Ablauf des Kalenderjahres, in dem er fällig wurde. Werden die Sozialversicherungsbeiträge vom Arbeitgeber vorsätzlich vorenthalten, beträgt die Verjährungsfrist sogar 30 Jahre (§ 25 Abs. 1 SGB IV). Dabei soll bedingter Vorsatz des Arbeitgebers oder der mit der Beitragsentrichtung betrauten Person genügen.⁸

Zwar hat der Arbeitgeber einen Anspruch gegen den Arbeitnehmer auf den Arbeitnehmeranteil des Gesamtsozialversicherungsbeitrags. Jedoch darf dieser Anspruch nur durch Abzug vom Arbeitsentgelt geltend gemacht werden und im Regelfall ausschließlich bei den nächsten drei Lohn- oder Gehaltszahlungen. Bei weiteren Zahlungen von Arbeitsentgelten darf ein Abzug nur geltend gemacht werden, wenn der Abzug ohne Verschulden des Arbeitgebers unterblieben ist (§ 28g SGB IV).

Neben der zeitlichen Begrenzung der Regressmöglichkeiten des Arbeitgebers auf drei Lohn- und Gehaltszahlungen ist zu berücksichtigen, dass bei diesen drei Lohn- und Gehaltszahlungen zudem die Pfändungsfreigrenzen für Arbeitseinkommen gem. § 850c ZPO zu beachten sind.

Damit ist die Regressmöglichkeit des Arbeitgebers stark begrenzt. Gerade in Fällen, in denen ein Arbeitgeber für mehrere Arbeitnehmer Sozialversicherungsbeiträge nachentrichten muss, kann die Nachentrichtungspflicht für Sozialversi-

cherungsbeiträge die wirtschaftliche Existenz des Arbeitgebers bedrohen und bis zur Insolvenz führen.

Dieses Risiko zur Nachentrichtung von Sozialversicherungsbeiträgen kann deutlich minimiert werden, wenn innerhalb von einem Monat nach Beschäftigungsbeginn ein Antrag auf Statusfeststellung nach § 7a Abs. 6 SGB IV gestellt wird. Bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 7a Abs. 6 SGB IV beginnt die Pflicht zur Nachentrichtung von Sozialversicherungsbeiträgen nicht mit Aufnahme der Betätigung, sondern mit dem Zeitpunkt der Entscheidung der Deutschen Rentenversicherungsanstalt Bund, dass ein sozialversicherungspflichtiges Arbeitsverhältnis besteht.

VI. Handlungsempfehlung

Wie oben dargestellt, bestehen sowohl für den (Schein-)Selbstständigen als auch für seinen Auftraggeber Risiken, falls nachträglich bei einem Selbstständigen ein Arbeitnehmerstatus festgestellt wird.

Besteht Unsicherheit, ob eine Tätigkeit eine Scheinselbstständigkeit darstellen könnte, besteht neben den bereits aufgezeigten Möglichkeiten zur Statusfeststellung beim Betriebsstättenfinanzamt (siehe oben) ferner die Möglichkeit, gem. § 7a Abs. 1 SGB IV bei der Clearingstelle der Deutschen Rentenversicherung Bund ein Statusfeststellungsverfahren anzustreben. Ebenfalls möglich ist eine Anfrage bei der Krankenkasse, an die gegebenenfalls Sozialversicherungsbeiträge zu zahlen wären (vgl. § 28h Abs. 2 S. 1 SGB IV).

⁸ BSG, Urt. v. 21.6.1990 – 12 RK 13/89.