

Information „Scheinselbständigkeit“

Sie möchten bzw. Sie haben ein Gewerbe bei uns angezeigt. Die Anzeige wurde nach Ihren Angaben und nach den vorgelegten Unterlagen aufgenommen. Mit der Abgabe der Anzeige bestätigen Sie die Richtigkeit der Angaben.

Welche Risiken im sozialrechtlichen, arbeitsrechtlichen und steuerrechtlichen Bereich entstehen, wenn sich die Tätigkeit als nicht selbstständig ausweist, wird oft von dem selbstständig Tätigen und ihrem Auftraggeber oder ihren Auftraggebern verkannt.

Mit dieser Information unterrichten wir Sie über die Vorgehensweise bei „scheinselbständigen“ Gewerbeanzeigen, informieren über die verschiedenen Anhaltspunkte einer „Scheinselbständigkeit“ und weisen Sie auf die Folgen einer möglichen Scheinselbständigkeit hin. Eine genaue Kenntnis der höchstrichterlichen Rechtsprechung auf diesem Gebiet ist daher sowohl für Sie als anzeigende Person als auch für den oder die Arbeitgeber notwendig, um mögliche Nachteile zu vermeiden.

Bitte lesen Sie sich das Merkblatt genau durch und überdenken Sie danach noch einmal Ihre Situation.

Nach **§ 14 der Gewerbeordnung** besteht eine Anzeigepflicht zur Gewerbeanmeldung für Personen, die dauerhaft, selbständig und mit Gewinnerzielungsabsicht einer gewerblichen Tätigkeit nachgehen.

Liegt eines der unterstrichenen Merkmale nicht vor, ist kein anzeigepflichtiges Gewerbe gegeben und die Gewerbeanzeige ist unter Umständen zurückzuweisen.

Ein solcher Zurückweisungsgrund liegt regelmäßig dann vor, wenn das Merkmal der Selbständigkeit nicht erfüllt ist.

Selbständig ist im Allgemeinen jemand, der unternehmerische Entscheidungsfreiheit genießt, ein unternehmerisches Risiko trägt sowie unternehmerische Chancen wahrnehmen und hierfür Eigenwerbung betreiben kann. Dies bedeutet, dass der Betroffene in der Lage ist, wie ein Konkurrent auf dem Markt aufzutreten und an Aufträge zu gelangen. Sofern der Betroffene der deutschen Sprache nicht mächtig ist, ist nach richterlicher Rechtsprechung (AG München, Urteil vom 30.07.2010, AZ: 1112 OWI 309 Js 34518/10) der Betroffene nicht in der Lage, auf dem deutschen Markt als Konkurrent aufzutreten. Aufgrund fehlender Sprachkenntnisse kann sich der Betroffene nicht in Deutschland selbständig zurechtfinden, kann auf sämtliche Arbeiten keinen Einfluss nehmen, so dass er tatsächlich abhängig beschäftigt ist. Auch liegt keine Selbständigkeit vor, wenn von dem vermeintlich „Gewerbetreibenden“ nur „Hilfstätigkeiten“ ausgeübt werden oder er bei der Ausführung von Arbeiten „mithilft“.

Bei „**Scheinselbständigen**“ handelt es sich um Personen, die formal wie selbständig Tätige (Auftragnehmer) auftreten, tatsächlich jedoch abhängig Beschäftigte gemäß § 7 Abs. 1 SGB IV und damit sozialversicherungspflichtig sind. Scheinselbständigkeit stellt hierzulande nach wie vor eine der häufigsten Formen der Umgehung von sozialversicherungsrechtlichen Pflichten und des Missbrauchs der

Niederlassungsfreiheit dar. Die grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung (Niederlassungsfreiheit) gemäß § 4 GewO bleibt hiervon unberührt.

Zur Verbesserung der Möglichkeiten, Scheinselbständigkeit aufzudecken, haben das Bundesministerium der Finanzen und die Wirtschaftsministerien der Länder mit Wirkung zum 01.07.2007 eine Vereinbarung über die Grundsätze der Zusammenarbeit der Finanzkontrolle Schwarzarbeit der Zollverwaltung (FKS) mit den Gewerbebehörden und den nach Landesrecht zuständigen Schwarzarbeitsbekämpfungsbehörden in den Ländern auf dem Gebiet des Handwerks- und Gewerberechts geschlossen. Im Vordergrund steht dabei die Bekämpfung des Missbrauchs der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit und in diesem Zusammenhang der Scheinselbständigkeit. Das Gewerbeanzeigenverfahren bildet einen wichtigen Anknüpfungspunkt, um der Scheinselbständigkeit entgegenzuwirken.

Demnach sind die örtlichen Gewerbebehörden angewiesen, Gewerbeanzeigen von Scheinselbständigen zurückzuweisen, sofern einer der folgenden Anhaltspunkte erfüllt ist oder mehrere Indizien auf eine Scheinselbständigkeit hindeuten. Weiter soll auf das **Statusfeststellungsverfahren** der Deutschen Rentenversicherung – Clearingstelle – hingewiesen werden. Die Deutsche Rentenversicherung entscheidet aufgrund einer Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls, ob eine unselbständige Beschäftigung vorliegt (vgl. § 7 Abs. 2 SGB IV). Dieses Verfahren kann vom Anzeigewilligen sowie vom Auftraggeber durch Antrag auf Feststellung des sozialversicherungsrechtlichen Status (Formular V0027) erfolgen. Weitere Informationen hierzu erhält man unter www.deutsche-rentenversicherung.de oder unter der kostenlosen Service-Telefonnummer: 0800 1000 480 16.

Sollte die Deutsche Rentenversicherung über den Status als Selbständiger entschieden haben, steht einer rückwirkenden Gewerbeanzeige – unter Vorlage der Entscheidung der Rentenversicherung – nichts entgegen.

Folgende Anhaltspunkte führen zur Vermutung von Scheinselbständigkeit, die eine Zurückweisung der Gewerbeanzeige rechtfertigt:

(Erfüllung eines Anhaltspunktes reicht aus)

Bei der Wohn- und Betriebsanschrift handelt es sich um eine Hoteladresse oder um eine Anschrift in einem Gemeinschaftsquartier.

Es existiert keine deutsche Meldeadresse des „Gewerbetreibenden“; Zuzug aus dem Ausland

Unter einer Anschrift haben mehrere Personen u.U. zum gleichen Zeitpunkt ein Gewerbe mit den gleichen zulassungsfreien oder handwerksähnlichen Gewerbegegenständen angemeldet bzw. sie wollen ein entsprechendes Gewerbe anmelden (z.B. Saisonarbeitskräfte).

Nach der Lage des Einzelfalls kann das angezeigte Gewerbe nach den räumlichen Gegebenheiten (z.B. Möglichkeit zur Lagerung von Arbeitsmaterialien) nicht ausgeübt werden.

Im Zusammenhang mit der Gewerbeanmeldung wird ein Vermittler (Dolmetscher) tätig, der ggf. auch für andere Personen in Erscheinung tritt.

Der Anzeigende ist unter der angegebenen Adresse postalisch/telefonisch nicht erreichbar.

Der Anzeigende verfügt über keinerlei oder nur völlig unzureichende deutsche Sprachkenntnisse, so dass erhebliche Verständigungsprobleme bestehen und Kommunikation über dritte Personen erfolgen muss

Ein Gewerbe wird bereits nach kurzer Zeit wieder abgemeldet (Wegzug ins Ausland), so dass die Anmeldung nur dem Erlangen eines Gewerbescheines gedient haben könnte

Weitere Indizien, die zur Vermutung von Scheinselbständigkeit führen:

Keine regelmäßig Beschäftigten, keine Befugnisse Personal einzustellen

Keine eigene Betriebsstätte, kein Einsatz von eigenem Kapital und Maschinen

keine Entscheidungsgewalt über Zahlungsweise der Kunden, Art und Umfang der Kundenakquisition, Art und Umfang von Werbemaßnahmen

Tätigkeit auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber
(Bei der Auslegung des Begriffs „im Wesentlichen“ gehen die Sozialversicherungsträger von einem Anteil von fünf Sechsteln des Umsatzes mit einem Auftraggeber aus. Es genügt nicht, vertraglich die Zulässigkeit weiterer Auftragsverhältnisse festzustellen, sondern die Auftraggeber müssen tatsächlich nachgewiesen werden.)

Auftraggeber hat Beschäftigte, die dieselben Tätigkeiten verrichten wie der Selbständige

Weisungsgebundenheit und Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Auftraggebers, keine Verfügungsmöglichkeit über die eigenen Arbeitskraft – kein unternehmerisches Handeln, keine Tragung des Unternehmerrisikos, die Fremdbestimmtheit der Tätigkeit kennzeichnet das Beschäftigungsverhältnis (BSG-Urteil v. 01.12.77 – 12/3/12 RK 39/74)

(das Unternehmen besitzt kein eigenes Firmenschild, keine eigenen Geschäftsräume, kein eigenes Briefpapier oder Visitenkarten. Der Unternehmer tritt in der Arbeitskleidung des Auftraggebers auf.)

Selbständiger hat Tätigkeit beim Auftraggeber zuvor als dessen Arbeitnehmer verrichtet

Vereinbarung Lohnabzüge vorzunehmen, Vereinbarung von Urlaub, der Auftragnehmer bezieht im Wesentlichen vom Gewinn und Verlust unabhängige Bezüge

Dokumentationspflicht des Auftragnehmers über seine Arbeit (detaillierte Berichtspflicht).

Bindung des Auftragnehmers an nur einen Vertragspartner (Ausschließlichkeitsbindung), der Auftragnehmer muss sich einem umfangreichen Vertragswerk des Auftraggebers ohne eigenen Gestaltungsspielraum unterwerfen

Die Leistungen werden ausschließlich im Namen und auf Rechnung des Auftraggebers erbracht.

Zudem ergeben sich u.U. in verschiedenen Rechtsgebieten folgende Konsequenzen:

Selbstständigkeit aus sozialrechtlicher Sicht

Das Bundessozialgericht (BSG) hat am 19.08.2003 und am 12.02.2004 entschieden, dass eine selbstständige Tätigkeit vornehmlich durch

- das eigene Unternehmerrisiko,
- das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte sowie eigener Betriebsmittel,
- die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft **und**
- die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit

gekennzeichnet ist.

Eine nicht selbstständige Beschäftigung in einem Arbeitsverhältnis liegt vor, wenn der Auftragnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn

- der Auftragnehmer in den Betrieb eingegliedert ist und
- dabei Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung dem umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt.

Ob eine selbstständige oder unselbstständige Tätigkeit vorliegt, richtet sich danach, welche Merkmale überwiegen. Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung. Weichen die Vereinbarungen von den tatsächlichen Verhältnissen ab, geben Letztere den Ausschlag (*Urteile des BSG vom 19.08.2003, Az: B 2 U 38/02 R und 12.02.2004, B 12 KR 26/02 R*).

Nach ständiger Rechtsprechung des BSG muss das Gesamtbild des Rechtsverhältnisses wertend beurteilt werden. Hierbei ist zu untersuchen, ob die Elemente, die für eine selbstständige Betätigung sprechen, oder solche, die für eine nicht selbstständige Betätigung sprechen, überwiegen.

Folgen der sozialrechtlichen Scheinselbstständigkeit

Ist der Auftragnehmer scheinselbstständig, liegt eine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung vor. Dies hat zur Folge, dass Beiträge zur

- Arbeitslosen-,
- Kranken-,
- Renten- und
- Pflegeversicherung

grundsätzlich von dem Arbeitgeber bzw. den Arbeitgebern und dem Arbeitnehmer jeweils zur Hälfte zu entrichten sind (§§ 346 Abs. 1 SGB III, 249 Abs. 1 SGB V, 168 Abs. 1 Nr. 1 SGB VI, 58 Abs. 1 SGB XI).

In der Unfallversicherung liegt diese Pflicht allein beim Arbeitgeber (§ 150 SGB VII).

Auftraggeber und Auftragnehmer können aber von sich aus – jeweils einzeln oder gemeinsam – ein **Statusfeststellungsverfahren** bei der „Deutschen Rentenversicherung“ einleiten lassen, um zu klären, ob Scheinselbstständigkeit vorliegt oder nicht (§ 7a Abs. 1 Satz 2 SGB IV). Die Statusfeststellung betrifft die

Frage, ob die Tätigkeit selbstständig oder die betreffende Person abhängig beschäftigt ist. Die Beitragspflicht entsteht erst mit Erlass des Feststellungsbescheids der „Deutschen Rentenversicherung“.

Wird die Scheinselbstständigkeit erst durch eine Betriebsprüfung festgestellt, besteht die Beitragspflicht ab Aufnahme der Beschäftigung. Der Arbeitgeber muss die vollen Beiträge (also Arbeitgeber- und Arbeitnehmeranteil) für die letzten vier Jahre nachzahlen. Er darf vom Arbeitnehmer dessen Anteil der Beiträge nur für die letzten drei Monate einbehalten.

Scheinselbstständigkeit aus arbeitsrechtlicher und zivilrechtlicher Sicht

Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) und ihm folgend die des Bundesgerichtshofs (BGH) stellt auf das Vorliegen einer wirtschaftlichen Abhängigkeit des Auftragnehmers ab.

Die arbeitnehmerähnliche Selbstständigkeit

Nach Ansicht des BAG sind Personen arbeitnehmerähnlich, wenn sie

- nicht oder in einem wesentlich geringeren Maße in die Betriebsorganisation des Auftraggebers integriert sind als ein Arbeitnehmer,
- dafür aber in einem wirtschaftlichen Abhängigkeitsverhältnis zum Auftraggeber stehen.
- Des Weiteren muss der wirtschaftlich Abhängige seiner gesamten sozialen Stellung nach einem Arbeitnehmer vergleichbar und sozial schutzbedürftig sein.

Die wirtschaftliche Abhängigkeit und soziale Schutzbedürftigkeit sind nach Ansicht von BAG und BGH dann gegeben, wenn die Gestaltung des Vertragsverhältnisses den Auftragnehmer so beansprucht, dass er daneben keine weiteren nennenswerten Erwerbstätigkeiten ausüben kann.

Beispiel: Ein im Verkauf tätiger Auftragnehmer ist exklusiv an das Warensortiment des Auftraggebers gebunden, seine Einkünfte bezieht er von diesem Auftraggeber, er unterhält keine eigene Betriebs- oder Unternehmensorganisation (vgl. BAG, *Beschl. v. 16.07.1997, in: NJW 2973, S. 2974; BGH, Beschl. v. 04.11.1998, in: NJW 1999, S. 218, 220.*).

Folgen der arbeitsrechtlichen Scheinselbstständigkeit

Wird der Scheinselbstständige als Arbeitnehmer eingestuft, besteht ein Arbeitsverhältnis mit allen rechtlichen Konsequenzen (Urlaubsanspruch, Kündigungsschutz usw.).

Die Einstufung als „arbeitnehmerähnlicher Selbstständiger“ führt dazu, dass für die Zeit der Tätigkeit rückwirkend der tarifvertraglich geltende Lohn geschuldet wird. Gibt es für die Branche keinen geltenden Tarifvertrag, ist die übliche Vergütung nach § 611 Abs. 1 BGB zu zahlen. Die Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes finden allerdings keine Anwendung.

Scheinselbstständigkeit aus steuerrechtlicher Sicht

Der Bundesfinanzhof (BFH) stellt bei dem Begriff Scheinselbstständigkeit auf die Nähe der Steuerpflichtigen zum Marktgeschehen ab. Diese wird anhand der Merkmale

- Tragung des Unternehmerrisikos und
- Unternehmerinitiative

beurteilt. Der Steuerpflichtige trägt das Unternehmerrisiko, wenn er dem Vermögensrisiko ausgesetzt ist. Dies ist unter anderem dann der Fall, wenn der Steuerpflichtige für Ausfallzeiten nicht bezahlt wird. Unternehmerinitiative kann der Steuerpflichtige entfalten, wenn er durch den Umfang seines Arbeitseinsatzes den gewerblichen Erfolg seiner Tätigkeit beeinflussen kann (vgl. *Urt. des BFH v. 02.12.1998, in: BStBl. 1999 II S. 534*).

Konsequenzen aus der Qualifizierung als Scheinselbstständiger

Wegen der unterschiedlichen Rechtsgrundlagen können die Gerichte zu verschiedenen Ergebnissen kommen. Während meist BSG, BAG und BGH Scheinselbstständige als arbeitnehmerähnliche Personen ansehen, qualifiziert der BFH diese Personen mit großer Wahrscheinlichkeit als Unternehmer. Allerdings hat die Einstufung des BFH auf die übrigen Gerichte keinen Einfluss, da jedes Fachgericht für sein Rechtsgebiet das Beschäftigungsverhältnis gesondert qualifiziert.

Folgen der steuerrechtlichen Scheinselbstständigkeit

Nach Ansicht des BFH sind die Scheinselbstständigen steuerrechtlich als Unternehmer einzuordnen. Etwaige Lohnsteueransprüche sind bereits durch die vierteljährlich zu leistenden Vorauszahlungen an Einkommensteuer des Scheinselbstständigen gemäß § 37 Abs. 1 EStG abgegolten bzw. werden mit diesen verrechnet. Der Scheinselbstständige schuldet die auf seinen Rechnungen ausgewiesene Umsatzsteuer, ein Vorsteuerabzug des Auftraggebers ist hingegen nicht zulässig.

Nach § 42e EStG kann das zuständige Finanzamt angerufen und ein „Anrufungsauskunftsverfahren“ beantragt werden. Das Finanzamt hat dann Auskunft über die steuerrechtliche Bewertung der Tätigkeit zu geben.

Strafrechtliche Konsequenzen der Scheinselbstständigkeit

- Der Arbeitgeber, der einen Scheinselbstständigen beschäftigt, kann nach § 266a StGB wegen Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt Sozialversicherungsbetrugs zur Last gelegt werden. Die Strafe ist eine Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder eine Geldstrafe.
- Arbeitgeber und Scheinselbstständigen kann unter Umständen auch Betrug nach § 263 StGB zur Last gelegt werden. Die Strafe ist eine Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder eine Geldstrafe. In besonders schweren Fällen ist die Strafe eine Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren.