

Scheinselbständigkeit - Beurteilung des Kriteriums der „Selbstständigkeit“ aus dem Gewerbebegriff

Eine Betrachtung von Joachim Simon
Kreisausschuss des Vogelsbergkreises
Gewerbeabteilung

Definition Scheinselbständigkeit

Eine „**Scheinselbständigkeit**“ liegt nach allgemeiner Auffassung vor, wenn eine erwerbstätige Person als selbständiger Unternehmer auftritt, obwohl sie von der Art ihrer Tätigkeit her Arbeitnehmer ist. Es wird ein Arbeitsverhältnis verschleiert und als Tätigkeit selbständiger Auftragnehmer deklariert, um die Abgaben, Restriktionen und Formalien zu vermeiden, die das Arbeitsrecht, Sozialversicherungsrecht und Steuerrecht mit sich bringen.

Merkmale für die Annahme einer Scheinselbstständigkeit:

5 konkrete Tatbestände bis 2003 im § 7 Abs. 4 SGB IV:

1. im Wesentlichen und auf Dauer – rund fünf Sechstel des Umsatzes – wird für einen Auftraggeber gehandelt,
2. der Selbständige beschäftigt keine sozialversicherungspflichtigen Mitarbeiter,
3. der Auftraggeber lässt die gleichen Tätigkeiten regelmäßig durch seine nichtselbständigen Arbeitnehmer verrichten,

Merkmale für die Annahme einer Scheinselbstständigkeit:

4. der Selbständige lässt keine unternehmertypischen Merkmale erkennen,
5. die Tätigkeit entspricht ihrem äußeren Erscheinungsbild nach der Tätigkeit, die vorher für denselben oder auch einen anderen Auftraggeber in einem Beschäftigungsverhältnis ausgeübt wurde.

Wenn von diesen 5 mindestens 3 Kriterien erfüllt waren, so ging man vom Vorliegen einer Scheinselbstständigkeit aus!

§ 7 SGB IV definiert in der derzeitigen Fassung die Beschäftigung:

- Tätigkeit nach Weisungen eines Auftraggebers
- Eingliederung in die Organisation des Auftraggebers

Indizien für die Annahme einer Scheinselbstständigkeit

- Weisungsgebundenheit
- Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Auftraggebers
- kein unternehmerisches Handeln
- das Unternehmen des „Selbstständigen“ besitzt kein eigenes Firmenschild
- keine eigenen Geschäftsräume

Indizien für die Annahme einer Scheinselbstständigkeit

- kein eigenes Briefpapier oder Visitenkarten
- der Unternehmer tritt in der Arbeitskleidung des Auftraggebers auf
- Selbstständiger hat Tätigkeit beim Auftraggeber zuvor als Arbeitnehmer verrichtet

Merkmale einer unternehmerischen Tätigkeit

- die Erbringung von Leistungen im eigenen Namen und auf eigene Rechnung
- die eigenständige Entscheidung über Einkaufs- und Verkaufspreise, Warenbezug
- Personelle Fragen (Einstellung, Entlassung)
- Einsatz von Kapital und eigener Arbeitsgeräte

Merkmale einer unternehmerischen Tätigkeit

- Entscheidung über Einkaufs- und Verkaufskonditionen
- eigene Kundenakquise
- Werbemaßnahmen
- Auftreten als Selbstständiger in der Geschäftswelt (eigene Briefköpfe, Zeitungsannoncen)

Definition des Gewerbebegriffs im Gewerberecht

- jede selbstständige,
- erlaubte (nicht sozial unwertige und nicht generell verbotene),
- auf Gewinnerzielungsabsicht gerichtete und
- auf Dauer angelegte Tätigkeit

Ausnahmen

- Urproduktion
- freien Berufe
- Nutzung und Verwaltung eigenen Vermögens
- gewisse Betätigungsarten die nach dem herkömmlichen Bild eines Gewerbes nicht entsprechen

Die Vorschrift des § 14 GewO ist eine sogenannte wertneutrale Ordnungsvorschrift.

Definition des Gewerbebegriffs im Steuerrecht

§ 15 Abs. 2 Einkommensteuergesetz: Gewerbebetrieb ist

- eine selbständige und
- nachhaltige Betätigung,
- mit der Absicht Gewinn zu erzielen und
- sich am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr zu beteiligen.

Ausnahmen

- Ausübung von Land- und Forstwirtschaft
- Ausübung eines freien Berufs
- Ausübung einer anderen selbständigen Arbeit

Definition des Gewerbebegriffs im Steuerrecht

- Ein Gewerbebetrieb liegt, wenn seine Voraussetzungen im Übrigen gegeben sind, auch dann vor, wenn die **Gewinnerzielungsabsicht nur ein Nebenzweck ist.**

Weitere Gewerbebetriebe im Sinne des EStG sind auch Betriebe

- des Bergbaus
- die Erzielung von Gewinnen als Gesellschafter einer OHG, KG sowie weitere Beteiligungen, Gewinnanteile als pHG einer KG sowie
- Veräußerungen von Betrieben oder Betriebsteilen und auch Gesellschaftsanteilen

Wesentliche Unterschiede des gewerberechtlichen Gewerbebegriffs zum steuerrechtlichen:

- Gewinnerzielungsabsicht,
- erlaubte und
- selbstständig ausgeübte Tätigkeit

Scheinselbständigkeit ist insbesondere in folgenden Branchen verbreitet:

- Bau
- Büro
- Werbung
- Gastronomie
- Einzelhandel
- Dienstleistungen
- Transport.

- Sozialversicherungsrechtlich gelten Scheinselbstständige als Arbeitnehmer für die
 - Sozialversicherungsbeiträge (Kranken-, Renten-, Pflege- und Arbeitslosenversicherung)
 - gesetzlichen Unfallversicherung zu entrichten sind.

- Vor der Clearingstelle der Deutschen Rentenversicherung Bund (ehemals BfA) können die Beteiligten eine Klärung der Statusfrage erreichen.

- Nach Feststellung, ob eine gewerbliche Tätigkeit vorliegt, erfolgt eine Prüfung, ob die Tätigkeit auch selbstständig ausgeübt wird.
- Beispiele von Formulierungen, die eine selbstständige gewerbliche Tätigkeit vorgaukeln sollen:

Beispiele für „alte Berufe“ im „neuen Gewand“

Geplante Gewerbebeanmeldung

- Stuhlmanagerin
- Officemanagerin oder Schreibbüro/Schreibservice
- Cocktailcaterer
- Gastronomieberater

Eigentliches Berufsbild

- Zahnmedizinische Fachangestellte
- Sekretärin
- Barkeeper
- Kellner

Pflicht der Gewerbebehörden ab 01.01.2015

§ 3 Abs. 3 GewAnzV:

- Übermittlung an zuständige Zollbehörden bei Anhaltspunkten für Verstöße bei Gewerbebeanmeldungen nach § 14 Absatz 1 oder § 55 c der Gewerbeordnung.
- Das Bundesministerium der Finanzen und die Länder legen im Rahmen einer Verwaltungsvereinbarung einvernehmlich fest, in welchen Fällen Anhaltspunkte vorliegen.

Anhaltspunkte	Schlüssel-Nr.
Bei der angegebenen Wohn- und/ oder Betriebsanschrift handelt es sich um eine Hoteladresse oder um eine Anschrift in einem Gemeinschaftsquartier	01
Unter einer Anschrift haben mehrere Personen u. U. zum gleichen Zeitpunkt ein Gewerbe mit den gleichen zulassungsfreien oder handwerksähnlichen Gewerbegegenständen angemeldet bzw. sie wollen eine entsprechendes Gewerbe anmelden.	02
Nach Lage des Einzelfalls kann das angezeigte Gewerbe nach den räumlichen Gegebenheiten (z.B. Möglichkeit der Lagerung von Arbeitsmaterialien) nicht ausgeübt werden.	03
Im Zusammenhang mit der Gewerbemeldung treten Vermittler oder ähnliche Personen oder Firmen, z.B. Auftraggeber des Gewerbeanmelders, Steuerberater oder sonstige Berater, Beratungsfirmen, Übersetzer oder ähnliche Betreuer, die auch ggf. für andere Gewerbeanmelder in Erscheinung treten, auf.	04
Die anzeigende Person ist unter der angegebenen Adresse postalisch/telefonisch nicht erreichbar bzw. die Empfangsbestätigung kann postalisch nicht zugestellt werden.	05
Die anzeigende Person verfügt über keinerlei oder nur völlig unzureichende deutsche Sprachkenntnisse, so dass erhebliche Verständigungsprobleme bestehen.	06
Es liegen weitere Erkenntnisse vor, die auf das Vorliegen von Scheinselbständigkeit beziehungsweise Schwarzarbeit hindeuten und auf Anfrage der FKS übermittelt werden können.	07

**Vielen Dank für Ihre
Aufmerksamkeit !**

Joachim Simon
Gewerbeabteilung Vogelsbergkreis

