

## Scheinselbständigkeit Checkliste zur Selbsteinschätzung entwickelt

Das Thema „Scheinselbständigkeit“ hat seit einigen Monaten an Aktualität gewonnen.

Bedingt vor allem durch hohe Lohnnebenkosten ist das Interesse gestiegen, Personen nicht mehr als Arbeitnehmer zu beschäftigen, sondern die zu erledigende Arbeit im Rahmen von Dienst- oder Werkverträgen auf freiberuflicher Basis zu vergeben. Betriebswirtschaftlich kann dies als „Outsourcing“ bezeichnet werden. Teilweise werden Arbeitnehmer vom Arbeitgeber sogar dazu angehalten, selbst in eine Selbständigkeit zu wechseln.

Das wirtschaftliche Interesse sowohl bei dem Auftraggeber als auch bei dem Auftragnehmer lässt sich leicht errechnen:

Beträgt die Vergütung für einen Arbeitnehmer EUR 1.000,00, belaufen sich die Gesamtkosten inklusive der Sozialversicherungsbeiträge (ohne Lohnsteuer und ohne Umlagen) bereits auf EUR 1.193,25. Davon werden dem Arbeitnehmer aber nur EUR 806,75 ausgezahlt.

Beträgt die Vergütung auf selbständiger Basis ebenfalls EUR 1.000,00, dann ist dies nicht mit dem betrieblichen Gewinn gleichzusetzen. Dieser liegt in der Regel darunter. Je nach Einkommen können daher die KV-Beiträge geringer sein. Beiträge zur Renten- und Arbeitslosenversicherung sind in der Regel nicht zu zahlen. (Achtung, gilt nicht für sog. arbeitnehmerähnliche Selbständige).

Das neue Mindestlohngesetz tut dazu ein Übriges. Das Gesetz gilt ausdrücklich nicht für freie Mitarbeiter (sog. Freelancer) oder selbständige Auftragnehmer.

### Was ist „Scheinselbständigkeit“

Als Scheinselbständig wird derjenige betrachtet, der zwar formell als Selbständiger tätig ist, der aber letztlich wie ein Arbeitnehmer tätig ist.

Bis 2007 ging man landläufig davon aus, dass es eine Vermutung für ein Arbeitsverhältnis gab, wenn drei der folgenden fünf Merkmale erfüllt waren:

- im Wesentlichen und auf Dauer - rund fünf Sechstel des Umsatzes - wird für einen Auftraggeber gehandelt
- der Selbständige beschäftigt keine sozialversicherungspflichtigen Mitarbeiter
- der Auftraggeber lässt entsprechende Tätigkeiten regelmäßig durch seine nichtselbständigen Arbeitnehmer verrichten
- der Selbständige lässt keine unternehmertypischen Merkmale erkennen

- die Tätigkeit entspricht ihrem äußeren Erscheinungsbild nach der Tätigkeit, die vorher für denselben Auftraggeber in einem Beschäftigungsverhältnis ausgeübt wurde

Diese Kriterien ergaben sich aus dem damals geltenden § 7 Abs. 4 SGB IV. Diese Vorschrift wurde aber 2007 ersatzlos aufgehoben und gilt daher nicht mehr.

### Wie grenzt man heute den Selbständigen vom Arbeitnehmer ab?

Seit 2007 gelten die allgemeinen Kriterien für die Beurteilung, ob jemand als Arbeitnehmer oder Selbständiger beschäftigt ist. Die Beurteilung richtet sich also vor allem danach, ob jemand Arbeitnehmer ist oder nicht.

Dafür sind im Wesentlichen zwei Bereiche zu prüfen:

1. Welche vertraglichen Vereinbarungen liegen der Beschäftigung zugrunde?

Um selbständig zu sein, muss man einen Dienstvertrag nach §§ 611ff BGB oder einen Werkvertrag nach §§ 631ff BGB schließen. Dafür sind bestimmte Regelungen absolut notwendig. Verträge, die schon die Mindestvoraussetzungen nicht erfüllen, werden oftmals ohne weiteres als verkappter Arbeitsvertrag beurteilt.

Wenn man dann - wie in einem aktuellen Fall geschehen - in einem solchen Vertrag liest, dass der Selbständige auch „vermögenswirksame Leistungen“ erhalten soll, wird es schwierig

2. Die tägliche Zusammenarbeit darf nicht von den vertraglichen Vereinbarungen abweichen

Es kommt nicht nur auf die Vereinbarungen an, sondern auch darauf, wie das Beschäftigungsverhältnis durchgeführt wird. Auch daraus muss ersichtlich sein, dass der Selbständige nicht wie ein Arbeitnehmer beschäftigt wird.

Der Selbständige sollte daher selbstverständlich nicht die Arbeitskleidung des Auftraggebers anziehen.

### Wer prüft?

Diese Problematik tritt vor allem im Zusammenhang mit Betriebsprüfungen durch die Deutsche Rentenversicherung zu Tage. Die Rentenversicherung prüft beim Auftraggeber, ob Sozialversicherungsbeiträge ordnungsgemäß abgerechnet und abgeführt wurden. Findet der Betriebsprüfer Rechnungen von

Selbständigen, lässt er sich in aller Regel Verträge vorlegen. Ergeben sich daraus entsprechende Anhaltspunkte, erhalten sowohl der Selbständige als auch der Auftraggeber das Formular V027 und werden zu entsprechenden Angaben aufgefordert.

Aber auch die Betriebsprüfung der Finanzverwaltung kann Anhaltspunkte erkennen und eine entsprechende Prüfung durch die Deutsche Rentenversicherung anregen.

### **ACHTUNG: Nicht einfach Formulare ausfüllen!**

Diese Formulare dienen der Feststellung der Sozialversicherungspflicht! Um nichts anderes geht es. Bereits das Bundessozialgericht hat Kritik geübt und darauf hingewiesen, dass mehr Tatsachen zu prüfen und zu berücksichtigen sind, als sich aus den Formularen V027 samt Anlagen ergibt (Urteile vom 05.03.2014 - B 12 R 4/12 R und B 12 R 7/12 R).

Spätestens an diesem Punkt ist daher ein versierter und im Umgang mit der Deutsche Rentenversicherung erfahrener Rechtsanwalt zu beauftragen!

Denn anderenfalls besteht die Gefahr, dass die Person - zumindest in diesem Beschäftigungsverhältnis - als Arbeitnehmer gilt.

### **Bestimmte Berufe sind immer Arbeitnehmer**

Einzelne Tätigkeiten lassen sich nach Ansicht der Deutsche Rentenversicherung nicht auf selbständiger Basis erledigen. Zu diesen Personen werden Platzierungshilfen/Regalauffüller ebenso gezahlt wie Toiletten-Service-Kräfte oder Bedienungspersonal in Gastronomiebetrieben. In diesen und ähnlichen Fällen ist immer davon auszugehen, dass die Betriebsprüfung eine Arbeitnehmereigenschaft annimmt.

Wenn die SV-Beiträge im Rahmen der Betriebsprüfung nachverlangt werden, muss sofort gezahlt werden. Ein Widerspruch hat keine aufschiebende Wirkung. Besser ist daher, wenn aktiv eine Statusprüfung vorgenommen wird, denn während des laufenden Verfahrens müssen Beiträge nicht nachentrichtet werden.

### **Welche Beschäftigungsverhältnisse sind zu prüfen?**

Die Schwierigkeit besteht nun darin, zu ermitteln, welche Beschäftigungsverhältnisse prüfungsbedürftig sind. Bereits dafür braucht man vertiefte Kenntnisse.

Um die Einschätzung jedoch zu erleichtern, haben wir eine Checkliste zum Eigengebrauch entwickelt, aus denen sich zumindest Handlungsbedarf ersehen lässt (Checkliste „Scheinselbständigkeit“).

Dieser Fragebogen dient dem Unternehmen dazu, festzustellen, ob im konkreten Einzelfall Handlungsbedarf besteht oder nicht. Die Checkliste veranlasst dazu, etwa 15 Fragen **zu beantworten**. **Bitte seien Sie ehrlich zu sich selbst. Beschönigen hilft hier nichts.**

Ob Handlungsbedarf besteht, können Sie nach Beantwortung der Fragen sofort auf der Rückseite auswerten! Dazu zählen Sie, wie oft Sie in dem Fragebogen „Ja“ angekreuzt haben. Lesen Sie dann die entsprechende Erläuterung.

Daraus kann man bereits Anhaltspunkte entnehmen, ob Handlungsbedarf besteht oder nicht.

### **Sie möchten es genauer wissen und eine ausführliche rechtliche Einschätzung erhalten?**

In diesem Fall reichen Sie bitte den Fragebogen mit folgenden Unterlagen bei uns ein:

- schriftliche Vereinbarung zwischen Ihnen (dem Auftraggeber) und der betroffenen Person - sofern diese existiert
- Beschreibung der Tätigkeit der betroffenen Person
- die drei letzte Abrechnungen der betroffenen Person

Sie erhalten dann im Rahmen eines schriftlichen Kurzgutachtens eine Beurteilung der aktuellen Situation und Prüfung, ob anhand der vorliegenden Informationen ein Arbeitsverhältnis angenommen werden kann.

Wir können nur dringend raten, die Klärung nicht zu verzögern. Sozialversicherungsbeiträge können bis zu fünf Jahre rückwirkend nachverlangt werden. Und zahlungsverpflichtet ist immer das Unternehmen. Der (vermeintlich) Selbständige kann nur sehr eingeschränkt zur Zahlung rückständiger SV-Beiträge herangezogen werden. In vielen Fällen ist das überhaupt nicht möglich.

### **In drei Schritten zur Rechtssicherheit**

**Schritt 1:** Prüfen Sie anhand der Checkliste, ob Handlungsbedarf besteht

**Schritt 2:** Lassen Sie prüfen, ob Ihre Einschätzung korrekt ist und die Gefahr besteht, dass SV-Beiträge nachgezahlt werden müssen.

**Schritt 3:** Lassen Sie sich korrekte Verträge erstellen. Lassen Sie sich konkrete Hinweise geben, wie die Zusammenarbeit organisiert werden muss, damit der Selbständige auch als solcher qualifiziert werden kann.

Wichtig ist also, dass man nicht einfach die Formulare ausfüllt, sondern mit fundiertem Wissen und Erfahrung vorgeht. Überlassen Sie das den Experten!

Ihr Ansprechpartner:

KLEFFNER Rechtsanwälte  
Rechtsanwalts-gesellschaft mbH  
Rechtsanwalt Markus Kleffner

Telefon: 0341 580 622 36  
Mail: info@kleffner-rechtsanwälte.de  
Internet: www.kleffner-rechtsanwälte.de