

Sind Sie wirklich selbstständig?

Die (Schein)Selbstständigkeit und die
arbeitnehmerähnliche Selbstständigkeit im
Lichte des Sozialrechts

von

RAin Dr. Dana Michele

Hümmerich & Bischoff

Rechtsanwälte · Steuerberater in Partnerschaft

Halle (Saale) · Leipzig · Potsdam · Dresden · München

Telefon: (03 45) 29 18-3
Telefax: (03 45) 29 18-4 00

kanzlei.halle@huemmerich-partner.de
www.huemmerich-partner.de

(Schein)Selbstständigkeit  abhängige Beschäftigung

„Beschäftigung ist die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers. ...“, § 7 SGB IV

„Anhaltspunkte“ ≠ nicht abschließend

- Hauptmerkmal für die Abgrenzung: die persönliche Abhängigkeit

P.: Das Gesetz definiert „persönliche Abhängigkeit“ nicht.

- weitere Abgrenzungskriterien:

- Direktionsrecht, Weisungsgebundenheit, Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft, keinen bestimmenden Einfluss auf die Willensbildung im Betrieb, keine eigene Betriebsstätte, Unternehmerrisiko, Kapitaleinsatz/Einsatz der Arbeitskraft mit Verlustgefahr, Haftung, Vertretungsbefugnis, Beschäftigung von eigenen Kräften, steuerrechtliche Behandlung der erzielten Einkünfte, Urlaubsanspruch, Lohnfortzahlung im Krankheitsfall, Rechnungslegung, Zahlung von Urlaubs-/Weihnachtsgeld, Zahlung von Über- oder Mehrarbeitszuschlägen,

Vorzunehmen ist eine sog. Gesamtbewertung.

Regelmäßig werden bei der zu bewertenden Tätigkeit Kriterien nebeneinander vorliegen, die Indizien für eine abhängige Beschäftigung darstellen und andere, die für eine selbstständige Tätigkeit sprechen. Entscheidend ist dann, welche Kriterien überwiegen. Maßgebend ist stets das Gesamtbild unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung.

Als Ausgangspunkt der Prüfung dient zunächst das Vertragsverhältnis, so wie es sich aus der jeweils getroffenen Vereinbarung ergibt.

aber: Weichen die tatsächlichen Verhältnisse zwischen den Beteiligten von der Vereinbarung ab, sind allein die tatsächlichen Verhältnisse entscheidend.

In der Rechtsprechung werden die vorgenannten Merkmale zum Teil verschieden interpretiert und unterschiedlich gewichtet.

Erhebliches Spannungsfeld bei Gesellschafter-Geschäftsführern

- Mandantenrundschriften der Connex aus Juli 2014 mit Verweis auf ein Urteil des SG Dortmund vom 21. März 2014, Az.: S 34 R 580/13
 - *Gesellschafter-Geschäftsführer mit einem Gesellschaftsanteil von 49,71 %, alleinige besondere branchenspezifische Kenntnisse im Unternehmen, könne „selbstständig schalten und walten“, Befreiung von Beschränkung des § 181 BGB, feste Jahresvergütung und zusätzlich Tantieme ...*
 - SG Dortmund: abhängige Beschäftigung; maßgeblich sei, dass der Gesellschafter-GF allein aufgrund seiner Gesellschafterrechte nicht die Möglichkeit hat, seine Weisungsgebundenheit aufzuheben oder abzuschwächen; keine Kapitalbeteiligung von 50 %[↑], keine Sperrminorität → keine beherrschende Stellung, „weil er nicht alle ihm unangenehmen Gesellschafterbeschlüsse verhindern kann“

Bedarf es für die Annahme einer selbstständigen Tätigkeit bei einem GF zwingend eines Gesellschaftsanteils, einer sog. Sperrminorität oder eines Gesellschaftsanteils von mindestens 50%?

NEIN! Zwar ist bei einem fehlendem Gesellschaftsanteil, einem Fehlen der Sperrminorität oder einem Gesellschaftsanteil von unter 50% regelmäßig von einer abhängigen Beschäftigung auszugehen, **aber:** in der Rspr. des BSG ist anerkannt, dass dennoch ausnahmsweise besondere Umstände vorliegen können, die eine Weisungsgebundenheit im Einzelfall ausnahmsweise aufheben.

- beherrschender Einfluss insb. bei Familien-GmbH (familiäre Verbundenheit mit den Gesellschaftern + Führung des Unternehmens faktisch wie Alleininhaber nach eigenem Gutdünken), aber auch bei „externen“ GF, wenn diese schalten und walten können, wie sie wollen, weil diese die Gesellschafter persönlich dominieren oder weil sie wirtschaftlich von ihm abhängig sind

Folgen einer falschen Beurteilung der SV-Pflicht/SV-Freiheit

1. Die DRV stellt eine SV-Freiheit fest.
 - regelmäßig Erstattung der SV-Beiträge (AN- und AG-Anteil) für die letzten vier Jahre
2. Die DRV stellt eine SV-Pflicht fest.
 - Nachforderung von SV-Beiträgen einschließlich Säumniszuschlag
 - Verlust des Vorsteuerabzugs bzgl. der geleisteten „Honorare“ o.Ä.

Das Statusfeststellungsverfahren

- Möglichkeit, bei der DRV eine Entscheidung zu beantragen, ob eine Beschäftigung vorliegt; z.T. wird der SV-träger auch selbst aktiv
 - Schaffung von Planungssicherheit, Absicherung
- auf vollständige und zutreffende Angaben hinsichtlich der zu beurteilenden Tätigkeit im gesamten Statusfeststellungsverfahren achten – Ergeht die Entscheidung der DRV unter Zugrundelegung falscher Angaben, droht Aufhebung/Rücknahme der Statusfeststellungsentscheidung.
- Treten nach der Entscheidung der DRV wesentliche Änderungen ein, ist die DRV hierüber unverzüglich zu unterrichten. Ggf. ist eine Neubewertung vorzunehmen.

Der Sonderfall der arbeitnehmerähnlichen Selbstständigkeit, § 2 Nr. 9 SGB VI

*„Versicherungspflichtig sind selbstständig tätige Personen, die im Zusammenhang mit ihrer selbstständigen Tätigkeit **regelmäßig keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer** beschäftigen und **auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber** tätig sind; bei Gesellschaftern gelten als Auftraggeber die Auftraggeber der Gesellschaft.*

Als Arbeitnehmer ... gelten

- 1. auch Personen, die berufliche Kenntnisse, Fertigkeiten oder Erfahrungen im Rahmen beruflicher Bildung erwerben,*
- 2. nicht Personen, die geringfügig beschäftigt sind,*
- 3. für Gesellschafter auch die Arbeitnehmer der Gesellschaft. (...)*

Arbeitnehmerähnliche Selbstständige sind Selbstständige, **aber** für diese gilt eine Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung (keine Versicherungspflicht in den anderen Zweigen der Sozialversicherung).

„Personen, die im Zusammenhang mit ihrer selbstständigen Tätigkeit regelmäßig keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigen ...“

- versicherungspflichtiger Arbeitnehmer (keine freien Mitarbeiter o.ä.) als Zeichen für ausreichende Absicherung des Selbstständigen außerhalb der Rentenversicherung und Ausdruck dessen, dass der Selbstständige nicht allein auf seine eigene Arbeitskraft angewiesen ist
- P.: Mithilfen, die familiengeprägt sind ≠ ArbN

- Die Art der ArbN-Tätigkeit ist **nicht** entscheidungserheblich, sie muss insbesondere nicht auf dem jew. Tätigkeitsgebiet des Selbstständigen liegen. Es genügen Tätigkeiten wie Botendienste, Telefon- und Schreibdienste, Buchhaltungsarbeiten und sogar die Erbringung von Reinigungsarbeiten, solange diese in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der selbstständigen Tätigkeit stehen. D.h. es genügen z. B. keine Reinigungsarbeiten für den Privatbereich des Selbstständigen.
 - Eine nur vorübergehende oder gelegentliche Beschäftigung eines Arbeitnehmers genügt nicht. Es bedarf einer gewissen Kontinuität. Denn die wirtschaftliche Lage des Selbstständigen wird durch eine nur vorübergehende oder gelegentliche Beschäftigung von Hilfskräften nicht wesentlich verbessert.

Es genügt, wenn der Selbstständige mehrere Personen geringfügig beschäftigt, sofern die Gesamtsumme der hierfür aufgewendeten Entgelte die Geringfügigkeitsgrenze überschreitet.

„Personen, die auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig sind ...“

- Betrachtung der rechtlichen (vertraglichen) Bindung an einen Auftraggeber, aber auch der wirtschaftlichen Abhängigkeit
- Tätigkeiten in unbedeutendem Umfang für andere Auftraggeber stehen einer Versicherungspflicht nicht entgegen.

*„Personen, die **auf Dauer** und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig sind ...“*

- Berücksichtigung branchenspezifischer Besonderheiten, z.B. Großprojekte bei selbstständigen Ingenieuren
- Strebt der Auftragnehmer nach seinem Unternehmenskonzept die Zusammenarbeit mit mehreren Auftraggebern an und verspricht dies nach den tatsächlichen und rechtlichen Gegebenheiten Erfolg?
- Erfolgt die selbstständige Tätigkeit im Rahmen eines Dauerauftragsverhältnisses oder im Rahmen eines regelmäßig wiederkehrenden Auftragsverhältnisses?

„Personen, die auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig sind ...“

- vertragliche Ausgestaltung: Es genügt nicht, wenn vertraglich festgehalten ist, dass der Auftragnehmer zwar für mehrere Auftraggeber tätig sein darf, dies aber nach den tatsächlichen Umständen gar nicht kann.
- Bezieht der Selbstständige mindestens 5/6 seiner gesamten Einkünfte allein aus der selbstständigen Tätigkeit für nur einen Auftraggeber?
 - Heranziehung der in der Vergangenheit liegenden Geschäftsergebnisse und Prognosen für die Zukunft nach den Umständen des Einzelfalls

- Möglichkeit der Befreiung nach § 6 Abs. 1a) SGB VI
 - für 3 Jahre nach der erstmaligen Aufnahme einer selbstständigen Tätigkeit
 - nach Vollendung des 58. Lebensjahres, wenn die Selbstständigen nach einer zuvor ausgeübten selbstständigen Tätigkeit erstmals nach § 2 S. 1 Nr. 9 versicherungspflichtig werden

„Eine Aufnahme einer selbstständigen Tätigkeit liegt nicht vor, wenn eine bestehende selbstständige Existenz lediglich umbenannt oder deren Geschäftszweck gegenüber der vorangegangenen nicht wesentlich verändert worden ist.“, § 6 Abs. 1a) S. 4 SGB VI

→ keine beliebige Verlängerung der Befreiung möglich

- Antrag auf Befreiung
 - grundsätzlich nicht fristgebunden

aber: Bei den Existenzgründerbefreiungen muss der Antrag innerhalb des 3-Jahres-Zeitraums gestellt werden, damit er Wirkung entfalten kann.

Befreiung beginnt zu dem Zeitpunkt, in dem die Voraussetzungen der Befreiung erfüllt sind, wenn der Antrag innerhalb von drei Monaten nach Eintritt der Befreiungsvoraussetzungen gestellt worden ist – Bei verspäteter Antragstellung ergibt sich ein verkürzter Befreiungszeitraum.

- Beitragstragung durch die arbeitnehmerähnlichen Selbstständigen selbst, **nicht** durch deren Auftraggeber
- Zahlung unmittelbar an den Rentenversicherungsträger
- Beitragsbemessungsgrundlage: beitragspflichtige Einnahmen
- Meldepflicht nach § 190a SGB VI
 - Pflicht zur Meldung innerhalb von drei Monaten nach Aufnahme der selbstständigen Tätigkeit bei dem zuständigen Rentenversicherungsträger, unter Nutzung der Vordrucke des Rentenversicherungsträgers