

# V O R T R A G

Im Rahmen der Jahresauftakttagung  
**der Westdeutschen Immobilienbörse WIB 24 e.V.**  
Langenfeld, 9. Februar 2007

## **Die Problematik der Scheinselbständigkeit**

Referent

**Dr. Ralf Stark**

Rechtsanwalt

u n d

Dozent für Arbeitsrecht,  
Öffentliches Recht und Zivilprozessrecht

**Dr. Stark, Niedeggen & Kollegen**

Rechtsanwälte Steuerberater

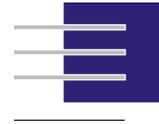
Breite Straße 147 - 151, D-50667 Köln

Tel. +49 (0)221 / 27 24 7-0

Fax +49 (0)221 / 27 24 7-77

Mail [kanzlei@drstark.de](mailto:kanzlei@drstark.de)

Web [www.drstark.de](http://www.drstark.de)



# Überblick\*

## I.

### Einführung

#### Die Problematik der sog. „Scheinselbständigkeit“

## II.

### Die Scheinselbständigkeit im Arbeitsrecht

- 1.) Abgrenzung Arbeitnehmer ./.. Selbständiger
- 2.) Rechtsfolgen fehlerhafter Einordnung
  - a) Anwendung der arbeitsrechtlichen Sonder- und Schutzvorschriften
  - b) Auswirkungen auf die Vergütungshöhe

## III.

### Die Scheinselbständigkeit im Sozialversicherungsrecht

- 1.) Abgrenzung Beschäftigter ./.. Selbständiger
- 2.) Rechtsfolgen fehlerhafter Einordnung
  - a) Abführen künftiger und Nachentrichten bisheriger Gesamtsozialversicherungsbeiträge
  - b) Erstattungsansprüche des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer
  - c) Steuerliche Behandlung der nach zu entrichtenden Arbeitnehmeranteile
  - d) Abweichende Vereinbarungen

## IV.

### Die Scheinselbständigkeit im Steuerrecht

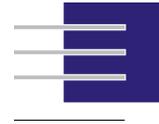
- 1.) Auswirkungen auf die Einkommens- und Lohnsteuerpflicht
- 2.) Auswirkungen auf die Umsatzsteuerpflicht

## V.

### Die Scheinselbständigkeit im Strafrecht

- 1.) Die Vorgabe des Gesetzgebers
- 2.) Die strafbaren (Tat-) Handlungen

\*) Dieser Beitrag ist in Kürze über die Website des Referenten ([www.drstark.de](http://www.drstark.de)) , hier unter der Rubrik „Information“ abrufbar.



# I. Einführung Die Problematik der sog. „Scheinselbständigkeit“

Wenn eines in den letzten Jahren und (fast) Jahrzehnten in Deutschland nahezu durchgängig Hochkonjunktur hatte, so ist es die sogenannte Scheinselbständigkeit. Kaum eine andere Thematik hat in den letzten Jahren soviel Aufmerksamkeit erzeugt, wie die Fragen und Probleme rund um die „Scheinselbständigen“. Dies kann nicht überraschen, da die Zahl derjenigen, die als Scheinselbständige tätig sind, in den letzten Jahren und Jahrzehnten signifikant angestiegen ist. Hierdurch bedingt entstanden nicht nur Probleme und Unsicherheiten der unmittelbar Betroffenen, also des „Scheinselbständigen“ und seines Auftraggebers, sondern auch für Dritte, wie Sozialversicherungsträger und Berufsverbände. Die Probleme und Unsicherheiten wurden noch dadurch erhöht, dass es bis zum heutigen Tage keine einheitliche Kodifikation des Selbständigen respektive Scheinselbständigen auf der einen und Arbeitgeber respektive Auftraggeber auf der anderen Seite gibt. Hinzu kommt, dass der Gesetzgeber durch eine Vielzahl von Gesetzen, welche seit 1999 wiederholt nachgebessert wurden, eher zur Unsicherheit als zur Rechtssicherheit beitrug. Dabei gibt es rein rechtlich gesehen keinen Scheinselbständigen und damit auch keine Scheinselbständigkeit !

Der Begriff der Scheinselbständigkeit oder des Scheinselbständigen ist kein Rechtsbegriff, sondern ein politisch-gesellschaftlicher Begriff. Denn arbeitsrechtlich ist der Scheinselbständige entweder Arbeitnehmer oder Nicht-Arbeitnehmer. Gleiches gilt für das Sozialversicherungs- und Steuerrecht. Bei der Frage, ob jemand Scheinselbständiger ist oder nicht, geht es im Kern stets um die Abgrenzung zwischen Arbeitnehmer einerseits und Selbstständigen andererseits. Die hieraus resultierenden Folgen sind für die Betroffenen vielschichtiger Natur, weshalb im Folgenden ein Überblick über die zu treffenden Abgrenzungen und Folgen in den einzelnen Rechtsbereichen (Arbeitsrecht, Sozialversicherungsrecht, Steuerrecht und Strafrecht) gegeben werden soll.



## II. Die Scheinselbständigkeit im Arbeitsrecht

### 1.) Abgrenzung Arbeitnehmer ./ Selbständiger

Eines vorab:

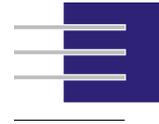
Für die Frage, ob ein zu Diensten Verpflichteter rechtlich als Arbeitnehmer oder als Selbstständiger einzuordnen ist, ist die Bezeichnung in einem (Arbeits-) Vertrag irrelevant. Denn für die Abgrenzung zwischen Arbeitnehmer und selbständigem Unternehmer kommt es ausschließlich auf die **tatsächliche** (und nicht gewollte !) **Vertragsabwicklung** an. Ob also ein zu Diensten Verpflichteter in einem Arbeitsvertrag als Arbeitnehmer oder freier Mitarbeiter bezeichnet wird, ist für die rechtliche Einordnung unerheblich. Insoweit besteht für die Vertragschließenden **kein Wahlrecht !**

Wie zuvor ausgeführt, gibt es keine gesetzliche Definition des Arbeitnehmerbegriffs. Aus diesem Grund hat sich der Arbeitnehmerbegriff richterrechtlich herausgebildet. Arbeitnehmer ist hiernach derjenige, der

- **aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages**
- **für einen anderen**
- **unselbständige**
- **Dienste erbringt.**

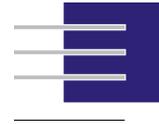
Bemerkenswert dabei ist, dass es auf die Frage der Entgeltlichkeit für die Feststellung des Arbeitnehmerbegriffs nicht ankommt !

Das kardinale Kriterium für die Abgrenzung des Arbeitnehmers vom Selbständigen ist hierbei die Frage der **persönlichen Abhängigkeit**. Ein wichtiges Indiz, in Anlehnung an § 84 Abs.1 S.2 HGB, ist, ob der zu Diensten Verpflichtete seine Tätigkeit und Arbeitszeit im Wesentlichen frei gestalten kann. Hierbei kommt es ganz entscheidend darauf an, ob und inwieweit der zu Diensten Verpflichtete **weisungsgebunden** ist. Daher kann eine Person, auch wenn sie wirtschaftlich nahezu vollständig von einem Auftraggeber abhängig ist, gleichwohl Selbständiger sein.



Zur Bestimmung der Arbeitnehmereigenschaft werden regelmäßig zahlreiche Einzelmerkmale verwendet, die zur Feststellung der persönlichen Abhängigkeit herangezogen werden. Dabei ist herauszustellen, dass es für die Abgrenzung von Selbständigen und Arbeitnehmern kein Einzelmerkmal gibt, welches aus der Vielzahl möglicher Kriterien unverzichtbar vorliegen muss. Die Beurteilung der persönlichen Abhängigkeit und damit die Einordnung als Arbeitnehmer hat vielmehr in einer **wertenden Gesamtschau** zu erfolgen. Folgende Kriterien wurden von der Rechtsprechung zur Ermittlung der persönlichen Abhängigkeit und damit der Bestimmung der Arbeitnehmereigenschaft festgelegt:

- **Weisungsgebundenheit hinsichtlich Ort, Zeit, Dauer und Art der Tätigkeit**
  - **Weisungsgebundenheit hinsichtlich des Arbeitsortes**  
Relevant ist hier die Frage, ob der Mitarbeiter zum regelmäßigen Erscheinen am Arbeitsort bzw. in den Betriebsräumen verpflichtet ist.
  - **Zeitliche Weisungsgebundenheit**  
Entscheidend ist, ob die Arbeitszeit (Dauer und Zeitpunkt) vorgegeben ist oder von dem Beschäftigten frei bestimmt werden kann. Des Weiteren, ob ein zeitlich festgelegter Mindestumfang der Tätigkeit geschuldet ist.
- **Eingliederung in eine fremde betriebliche Organisation**  
Entscheidend ist, ob und inwieweit der Mitarbeiter in einer fremdbestimmten Arbeitsorganisation eingebunden ist und dabei betriebliche Einrichtungen (Computer, Besprechungszimmer usw.) nutzen kann oder muss. Ferner, ob und inwieweit Arbeitsräume in den Betriebsräumen des Auftraggebers stringent zugewiesen sind.
- **Persönliche Leistungserbringung**  
Hierbei kommt es auf die Frage an, ob und inwieweit der Mitarbeiter verpflichtet ist, die von ihm geschuldete Leistung persönlich zu erbringen oder aber, ob er berechtigt ist Dritte (Hilfspersonen) zur Leistungserbringung einzuschalten.
- **Freiheit bei der Annahme von Aufträgen**  
Von herausragender Bedeutung ist auch die Frage, ob und inwieweit der Mitarbeiter verpflichtet ist, ihm angebotene Aufträge anzunehmen. Besteht eine derartige Verpflichtung, so ist dies ein deutliches Indiz für eine Arbeitnehmereigenschaft.
- **Unternehmerisches Auftreten am Markt**  
Hierbei kommt es darauf an, ob der Mitarbeiter eigene Gestaltungsmöglichkeiten für sein Auftreten am Markt hat (beispielsweise Gestaltung einer Homepage, Visitenkarten pp.) oder aber an die Vorgaben des Auftraggebers gebunden ist.



- **Ausübung weiterer Tätigkeiten**  
Ein weiteres – nicht zwingendes – Indiz für eine persönliche Abhängigkeit und damit Arbeitnehmereigenschaft ist der Umstand, wenn der Mitarbeiter regelmäßig seine gesamte Arbeitskraft dem Auftraggeber zur Verfügung stellt.
- **Verhaltens- und Ordnungsregeln/Überwachung**  
Je mehr der Mitarbeiter an Verhaltens- und Ordnungsregeln gebunden ist und dies damit einhergehend überwacht oder sogar sanktioniert wird, desto mehr spricht dies für eine persönliche Abhängigkeit des Mitarbeiters.
- **Hilfskriterien**  
Als Hilfskriterien für die Beurteilung der persönlichen Abhängigkeit und damit der Arbeitnehmereigenschaft gelten:
  - o die Modalitäten der Entgeltabrechnung (Festvergütung), insbesondere das (über einen längeren Zeitraum) erfolgte Ausweisen von Mehrwertsteuer durch den Mitarbeiter,
  - o das Abführen von Lohnsteuer und Sozialversicherungsbeiträgen,
  - o die Führung von Personalakten,
  - o Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall,
  - o Urlaubsentgelt,
  - o Anmeldung eines Gewerbes.

## 2.) Rechtsfolgen fehlerhafter Einordnung

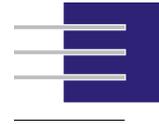
Wird ein Vertragsverhältnis fälschlicherweise nicht als Arbeitsverhältnis, sondern als freies Werk- oder Dienstverhältnis geführt und abgewickelt, hat dies für die Vertragsparteien, insbesondere den Auftraggeber, der nunmehr Arbeitgeber ist, weitreichende – finanzielle – Folgen:

### a) Anwendung der arbeitsrechtlichen Sonder- und Schutzvorschriften

Zunächst finden auf das Vertragsverhältnis die arbeitsrechtlichen Regelungen Anwendung. Arbeitsrecht wird definiert als

***„Sonder- und Schutzrecht zugunsten des Arbeitnehmers“.***

Damit gelten sämtliche für den Arbeitnehmer günstigen vertraglichen und gesetzlichen Regelungen: Der Arbeitnehmer kann sich also auf den allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz berufen. Er hat Anspruch auf Urlaub und Urlaubsgeld.



Kündigungen können wegen unterlassener Anhörung des Betriebsrates oder fehlender Beachtung der Schriftform unwirksam sein und es können Altersversorgungsansprüche, welche sich aus betrieblichen Rentensystemen ergeben, geltend gemacht werden.

### **b) Auswirkungen auf die Vergütungshöhe**

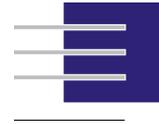
Darüber hinaus hat die Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft Auswirkungen auf die Vergütungshöhe. Dabei ging die Rechtsprechung früher davon aus, dass die Vergütungsabsprache, die für das freie Mitarbeiterverhältnis getroffen wurde, grundsätzlich auch für das (nunmehrige) Arbeitsverhältnis gilt. Hiervon ist die Rechtsprechung zwischenzeitlich abgerückt. So führte das Landesarbeitsgericht Köln in einer grundlegenden Entscheidung kurz und bündig aus:

*„Derjenige, der A sagt, also den Arbeitnehmerstatus fordert, muss auch B sagen, also die Bezahlung wie ein Arbeitnehmer erhalten.“*

Das bedeutet, dass in einer arbeitsrechtlichen Auseinandersetzung geprüft wird, welche Vergütungsabrede die Parteien für das freie Mitarbeiterverhältnis getroffen haben und wie diese Vergütungsregel mit Blick auf das nunmehr festgestellte Arbeitsverhältnis auszulegen ist. Bei dieser Auslegung wird zu berücksichtigen sein, ob es für die geschuldete (Arbeits-) Tätigkeit vertragliche oder gesetzliche Regelungen wie Tarifverträge, Betriebsvereinbarungen pp. gibt.

Ergänzend hierzu wird berücksichtigt, wie vergleichbare Arbeitnehmer in einem Betrieb entlohnt werden.

Gibt es weder einschlägige Rechtsquellen, noch vergleichbare Arbeitnehmer, so wird die Vergütungshöhe nach § 612 Abs. 2 BGB bestimmt. Dies bedeutet, dass eine **übliche Vergütung** als vereinbart gilt. Üblich ist die Vergütung, die am gleichen Ort, in gleichen oder ähnlichen Gewerben oder Berufen für entsprechende Arbeit unter Berücksichtigung der Verhältnisse des Dienstleistenden bezahlt wird. Hervorzuheben ist in diesem Kontext, dass die arbeitnehmer-übliche Vergütung nicht nur für die Zukunft, sondern auch für die Vergangenheit gilt.



Wird also beispielsweise im Rahmen eines Statusprozesses rechtskräftig festgestellt, dass der Auftragnehmer in den letzten fünf Jahren nicht freier Mitarbeiter, sondern Arbeitnehmer war, hatte der Arbeitnehmer auch in den letzten fünf Jahren nur Anspruch auf die arbeitnehmer-übliche Vergütung. Dies bedeutet, dass der Arbeitgeber für diesen Fall sogar (theoretisch) Rückforderungsansprüche für die Vergangenheit geltend machen kann, wenn er tatsächlich eine überhöhte Vergütung gezahlt hat.

### III. Die Scheinselbständigkeit im Sozialversicherungsrecht

#### 1.) Abgrenzung Beschäftigter ./ Selbständiger

Der zentrale Begriff zur Frage der Sozialversicherungspflicht ist der Begriff der

#### „**B e s c h ä f t i g u n g**“.

Gemäß § 7 Abs. 1 SGB IV ist die **Beschäftigung die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis**. Durch diese gesetzliche Neudefinition wird klargestellt, dass grundsätzlich ein wirksames Arbeitsverhältnis zur sozialversicherungsrechtlichen Beschäftigung führt. Insoweit entspricht der Begriff des Beschäftigten (heute wieder) grundsätzlich dem Begriff des Arbeitnehmers, so dass beide Begriffe weitestgehend deckungsgleich sind.

Andererseits kann auch eine Beschäftigung im Sinne des Sozialversicherungsrechts vorliegen, ohne dass ein wirksames Arbeitsrechtsverhältnis besteht. Der Begriff des Beschäftigungsverhältnisses ist damit weitergehend als der Begriff des Arbeitsverhältnisses. Erfasst werden hiernach auch die Fälle, in denen ein Arbeitsverhältnis nicht vorliegt, wie etwa bei arbeitnehmerähnlichen Tätigkeiten (wie Journalisten u. Heimarbeiter) oder einem GmbH-Geschäftsführer.

Ähnlich wie im Arbeitsrecht kommt auch im Sozialversicherungsrecht dem Kriterium der **persönlichen Abhängigkeit** entscheidendes Gewicht zu. Der Grad der per-



sönlichen Abhängigkeit wird hierbei entscheidend von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit bestimmt. Insoweit lassen sich abstrakte, für alle Beschäftigungsverhältnisse geltende Kriterien nicht aufstellen. Ebenso wie im Arbeitsrecht kommt es für die rechtliche Einordnung nicht auf die Bezeichnung der Parteien, sondern vielmehr auf die **tatsächlichen Umstände** an.

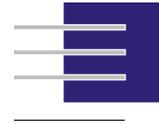
Danach gilt als Selbständiger regelmäßig derjenige, der unternehmerische Entscheidungsfreiheit genießt, ein unternehmerisches Risiko trägt sowie unternehmerische Chancen wahrnehmen und hierfür Eigenwerbung betreiben kann. Zu diesen **typischen Merkmalen unternehmerischen Handelns** gehört u.a., dass Leistungen im eigenen Namen und auf eigene Rechnung, statt im Namen und auf Rechnung des Auftraggebers erbracht werden sowie die eigenständige Entscheidung über

- Einkaufs- und Verkaufspreise,
- Warenbezug,
- Einstellung von Personal,
- Einsatz von Kapital und Maschinen,
- die Zahlungsweise der Kunden (beispielsweise sofortige Barzahlung, Stundungsmöglichkeiten, Einräumung von Rabatten),
- Art und Umfang der Kundenakquisition,
- Art und Umfang von Werbemaßnahmen für das eigene Unternehmen (beispielsweise Nutzung eigener Briefköpfe und Visitenkarten).

Demgegenüber sprechen folgende Kriterien für das Vorliegen einer **abhängigen**

#### **Beschäftigung:**

- persönliche Abhängigkeit, die sich
  - in der Weisungsbefugnis und / oder
  - in der Eingliederung in den Betrieb zeigt,
- fehlende Befugnis des Betroffenen, seine Arbeitsleistung auf andere Personen zu delegieren,
- weitreichende Kontroll- und Mitspracherechte des Arbeitgebers
  - bezüglich der Produktions- und Betriebsmittel
  - bezüglich der Ablehnung von Aufträgen
  - bezüglich der Preiskalkulation
  - bezüglich der Werbemaßnahmen und Kundenakquisitionen
- umfangreiche Berichtspflicht
- fehlende Beschäftigung weiterer Arbeitnehmer
- fehlende eigene Betriebs- und Produktionsmittel
- Tätigwerden ausschließlich für einen Auftraggeber
- Verbot gegenüber Kunden, unternehmerisch (z.B. mit eigenem Logo oder eigenen Visitenkarten) im eigenen Namen, auf eigene Rechnung aufzutreten,

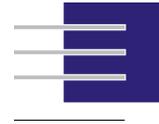


- vorherige Ausübung der gleichen Tätigkeit als Arbeitnehmer bei gleichem Arbeitgeber
- Bezeichnung der Entlohnung als festes Gehalt anstelle einer Umsatzbeteiligung oder sonst bezogenen Beteiligung,
- Bestehen von tariflichen Urlaubs- und Lohnfortzahlungsansprüchen
- Fehlen eines Unternehmerrisikos
- Existenz eines direkten Vorgesetzten, der den Arbeitsablauf regelt,
- Eingliederung in die Unternehmenshierarchie
- Fehlen einer eigenen Betriebstätte
- jederzeitige Zugriffs- und Einwirkungsmöglichkeit des Auftraggebers
- fehlende Mitgliedschaft zu Organisationen.

In dem vorstehenden Zusammenhang ist zu beachten, dass keines der vorgenannten Kriterien alleine so gewichtig ist, dass bei seinem Vorliegen zwingend von dem Vorhandensein von Selbständigkeit bzw. Beschäftigung ausgegangen werden muss. Vielmehr sind die einzelnen Kriterien – wie im Arbeitsrecht - stets in ihrer **Gesamtschau** zu bewerten und zu gewichten. Wenn eine Tätigkeit Merkmale aufweist, die sowohl auf Selbständigkeit als auch Beschäftigung hinweist, ist entscheidend, welche **Merkmale überwiegen**.

Die in der Vergangenheit stark umstrittene **Vermutungsregel** des § 7 Abs. 4 SGB IV, wonach bei Vorliegen von drei der seinerzeit genannten fünf Merkmale auf das Vorliegen einer sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung geschlossen wurde, ist zwischenzeitlich weggefallen, wodurch sich jedoch keine Auswirkungen auf die Abgrenzung einer Beschäftigung von einer selbständigen Tätigkeit ergeben.

Vielmehr gelten unverändert der vorstehend beschriebene Beschäftigungsbegriff des § 7 Abs. 4 SGB IV und die von der Rechtsprechung hierzu entwickelten Abgrenzungskriterien fort. Die vormals stark umstrittene Vermutungsregelung wurde zwischenzeitlich durch eine andere (entschärfte) Vermutungsregelung ersetzt, wonach bei Personen, die für ihre selbständige Tätigkeit bei der Bundesagentur für Arbeit (gem. § 42 Abs. 1 SGB III) einen Existenzgründungszuschuss beantragen, widerlegbar vermutet wird, dass sie in dieser Tätigkeit als Selbständige tätig sind. Für die Dauer des Bezugs des Zuschusses gelten diese Personen als selbständig Tätige und unterliegen in der gesetzlichen Rentenversicherung der Versicherungspflicht (gem. § 2 S. 1 Nr. 1 SGB VI).



## 2.) Rechtsfolgen fehlerhafter Einordnung

Ist der Auftragnehmer unrichtigerweise in der Vergangenheit als freier Mitarbeiter statt als Beschäftigter behandelt worden, so sind die sozialversicherungsrechtlichen Konsequenzen für den Auftraggeber besonders hart, nicht selten existenzbedrohend oder sogar existenzvernichtend.

Wird beispielsweise rechtskräftig festgestellt, dass zwischen den Parteien in den letzten fünf Jahren kein freies Mitarbeiterverhältnis, sondern ein sozialversicherungsrechtliches Beschäftigungsverhältnis bestand, bedeutet dies:

- Abführen künftiger und Nachentrichten bisheriger Gesamtsozialversicherungsbeiträge,
- Erstattungsansprüche des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer,
- Steuerliche Behandlung der nach zu entrichtenden Arbeitnehmeranteile.

Hierzu im Einzelnen:

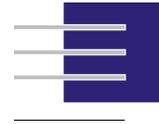
### a) Abführen künftiger und Nachentrichten bisheriger Gesamtsozialversicherungsbeiträge

#### aa) Abführen künftiger Sozialversicherungsbeiträge

Wird das bisherige Beschäftigungsverhältnis fortgeführt, so fallen von nun an die regulären Sozialversicherungsbeiträge auf das beitragspflichtige Bruttoarbeitsentgelt des Arbeitnehmers an. Diese sind vom Arbeitgeber als Schuldner des Gesamtsozialversicherungsbeitrages für sämtliche Sozialversicherungszweige an die zuständigen Einzugstellen abzuführen.

Im Zusammenhang mit dem Abführen von Sozialversicherungsbeiträgen ist zwischen dem **Außenverhältnis** gegenüber dem Sozialversicherungsträger auf der einen und dem **Innenverhältnis** zum Arbeitnehmer zu differenzieren:

**Alleiniger Schuldner** für das Abführen der Sozialversicherungsbeiträge im **Außenverhältnis** gegenüber dem Sozialversicherungsträger ist der **Arbeitgeber**. Lediglich im **Innenverhältnis**, also im Verhältnis Arbeitgeber/Arbeitnehmer, hat der **Arbeitnehmer** die Hälfte der Sozialversicherungsbeiträge (sogenannter Arbeitnehmeranteil) zu tragen. Im Außenverhältnis haftet der Arbeitgeber jedoch stets allein ! Eine irgendwie geartete Gesamtschuldnerhaftung von Arbeitgeber und Arbeitnehmer besteht danach nicht.



### **bb) Nachentrichten bisheriger Gesamtsozialversicherungsbeiträge**

Da der **Arbeitgeber** alleiniger Schuldner des Gesamtsozialversicherungsbeitrages ist, schuldet er allein für den **zurückliegenden Zeitraum**, für den ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis festgestellt wurde, die angefallenen **Gesamtsozialversicherungsbeträge**.

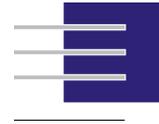
Der Nachentrichtungsanspruch bezieht sich hierbei sowohl auf den Arbeitgeber- als auch auf den Arbeitnehmeranteil. Dabei ist es sogar unerheblich, ob in der Vergangenheit auch tatsächlich das geschuldete Arbeitsentgelt gezahlt und damit dem Arbeitnehmer zugeflossen ist. Ausreichend für die Entstehung der Beitragschuld ist lediglich, dass das Arbeitsentgelt geschuldet war.

Die Verpflichtung zum Nachentrichten bisheriger Gesamtsozialversicherungsbeiträge verjährt in **vier Jahren** nach Ablauf des Kalenderjahres, in dem sie fällig geworden sind (§ 25 Abs. 1 S. 1 SGB IV). Hat der Arbeitgeber **vorsätzlich** gehandelt, wofür bedingter Vorsatz ausreicht, verjähren die Ansprüche erst in **30 Jahren**. Die Situation wird für den Arbeitgeber noch dadurch verschärft, dass für die Vergangenheit zudem Säumniszuschläge erhoben werden können.

### **b) Erstattungsansprüche des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer**

Im **Innenverhältnis** hat der **Arbeitgeber** gegenüber dem Arbeitnehmer nur einen Anspruch auf **Erstattung** des von ihm zu tragenden **Arbeitnehmeranteils** des Gesamtsozialversicherungsbeitrages. Dies bedeutet, dass der Arbeitgeber im Falle der Beitragsentrichtung für zurückliegende Zeiträume den Arbeitgeberanteil nicht vom Arbeitnehmer erstattet verlangen kann. Dies ist auch folgerichtig, da der Arbeitgeber diese Beträge auch bei korrekt laufender Beitragsentrichtung hätte tragen müssen. Ein etwaiger Erstattungsanspruch kommt daher nur bezüglich des Arbeitnehmeranteils in Betracht.

Dieser Erstattungsanspruch ist indes in der praktischen Durchsetzbarkeit erheblich beschränkt. Denn der Anspruch kann grundsätzlich nur durch **Abzug vom Arbeitsentgelt** geltend gemacht werden. Das bedeutet, dass der Arbeitgeber mit seinem Erstattungsanspruch gegen die Lohnforderung des Arbeitnehmers (konkulent) aufrechnet. Hinzu kommt, dass die Geltendmachung des Erstattungsanspruchs noch zusätzlich dadurch beschränkt wird, dass ein unterbliebener Abzug nur bei **den drei nächsten Lohn- und Gehaltszahlungen** nachgeholt werden kann.



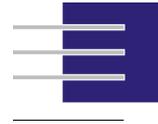
Nach Ablauf dieser Frist ist ein Abzug nur möglich, wenn der Abzug ohne Verschulden des Arbeitgebers unterblieben ist.

Die Schuldlosigkeit wird hierbei nur dann angenommen, wenn er aufgrund einer unzutreffenden Auskunft der zuständigen Einzugsstelle unterblieb. Bei unklarer Rechtslage ist der Arbeitgeber verpflichtet, sich bei der zuständigen Einzugsstelle zu erkundigen. Unterlässt er dies, so gilt das Verschulden als vermutet. Im Ergebnis bedeutet das, dass eine Erstattung des Arbeitnehmeranteils dann ausgeschlossen ist, wenn das Beschäftigungsverhältnis bereits beendet oder zumindest kein Lohn oder Gehalt mehr auszuführen ist, bei dem das Abzugsverfahren durchgeführt werden kann.

Die Erstattungspflicht des Arbeitnehmers ist nur dann ausgeschlossen, wenn der Beschäftigte seinen Mitwirkungspflichten auf Durchführung des Meldeverfahrens und der Beitragszahlung durch die Übergabe von Unterlagen und Mitteilung von Angaben pp. nicht nachgekommen ist. In diesem Fall kann der Arbeitgeber den Erstattungsanspruch beim Arbeitnehmer im Wege des Schadensersatzes geltend machen.

### **c) Steuerliche Behandlung der nach zu entrichtenden Arbeitnehmeranteile**

Wird der Arbeitgeber auf Zahlung der Gesamtsozialversicherungsbeiträge in Anspruch genommen und kann er den Arbeitnehmeranteil nicht mehr vom Arbeitslohn einbehalten, verbessert sich durch diese endgültige Befreiung des Arbeitnehmers von der sozialversicherungsrechtlichen Beitragslast seine Vermögenslage. Dieser Vorteil auf Arbeitnehmerseite stellt jedoch noch keine steuerpflichtige Gewährung eines Vorteils für eine Beschäftigung in steuerrechtlicher Hinsicht dar (vgl. § 19 Abs. 1 S. 1 EStG). Denn die Bereicherung tritt in diesem Fall aufgrund einer gesetzlichen Verschiebung der sozialversicherungsrechtlichen Beitragslast ein.



#### d) Abweichende Vereinbarungen

Vereinbarungen, die zum Nachteil des Arbeitnehmers von den Vorschriften des Sozialgesetzbuches abweichen, sind nichtig. Nachteilig ist eine Vereinbarung immer dann, wenn durch sie die Rechtsposition des Arbeitnehmers zu seinen Ungunsten verändert wird.

##### **Praxistipp:**

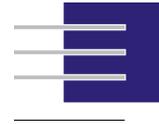
Um die weitreichenden finanziellen Folgen für den Arbeitgeber zu vermeiden, ist bei Unklarheiten des Sozialversicherungsverhältnisses des Beschäftigten dringend zu empfehlen, den rechtlichen Status im Rahmen des **Anfrageverfahrens** gem. § 7a SGB IV klären zu lassen. Hiernach können die Beteiligten bei der **Deutschen Rentenversicherung Bund** beantragen, den **Status** des Erwerbstätigen feststellen zu lassen. Durch dieses Anfrageverfahren soll den Beteiligten in objektiven Zweifelsfällen Rechtssicherheit darüber verschafft werden, ob sie selbständig tätig oder abhängig beschäftigt sind. Beteiligte, die eine Statusfeststellung beantragen können, sind die Vertragspartner, also Auftragnehmer und Auftraggeber, nicht jedoch andere Versicherungsträger. Dabei ist jeder Beteiligte berechtigt, das Anfrageverfahren bei der Deutschen Rentenversicherung Bund zu beantragen. Nicht erforderlich ist hierbei, dass sich die Beteiligten für ein Anfrageverfahren einig sind. Das Anfrageverfahren kommt jedoch dann nicht zum Tragen, wenn bereits durch eine Einzugsstelle außerhalb eines Statusfeststellungsverfahrens oder durch einen Rentenversicherungsträger ein Verfahren zur Feststellung des Status der Erwerbperson durchgeführt oder eingeleitet wurde, beispielsweise durch Übersendung eines Fragebogens oder durch Ankündigung einer Betriebsprüfung.

## IV.

### Die Scheinselbständigkeit im Steuerrecht

#### 1.) Auswirkungen auf die Einkommens- und Lohnsteuerpflicht

Hat der Selbständige auf die vom Unternehmen geleistete Vergütung während des Vertragsverhältnisses ordnungsgemäß **Einkommenssteuer** gezahlt, entstehen keinerlei Probleme. War demgegenüber das freie Mitarbeiterverhältnis tatsächlich ein Arbeitsverhältnis, hätte zwar nach § 38 Abs. 3 EStG das Unternehmen die Lohnsteuer einbehalten und an das Finanzamt abführen müssen. Da Arbeitnehmer und Arbeitgeber jedoch nach § 42 d Abs. 3 EStG **Gesamtschuldner** der



**Lohnsteuer** sind, wird die vom (vermeintlich) Selbständigen/freien Mitarbeiter gezahlte Einkommenssteuer auf die vom Unternehmen abzuführende Lohnsteuer angerechnet (vgl. § 44 Abs. 2 S. 1 AO).

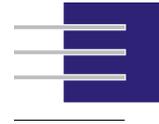
Danach gilt festzuhalten, dass der Arbeitgeber, der von einem freien Mitarbeiterverhältnis ausging und daher die Lohnsteuer nicht vorschriftsmäßig einbehalten und abgeführt hat, neben dem Arbeitnehmer als Steuerschuldner haftet. Dies wird für den Arbeitgeber insbesondere dann (schmerzlich) relevant, wenn der (vermeintlich) Selbständige seine Steuerschulden als Selbständiger nicht beglichen hat, oder eine tatsächlich höhere Lohnsteuerschuld als eigentlich angenommen besteht.

Ob das Finanzamt aufgrund der gesamtschuldnerischen Haftung den Arbeitgeber oder den Arbeitnehmer in Anspruch nimmt, obliegt dem **pflichtgemäßen Ermessen** des Finanzamtes. Nimmt das Finanzamt den Arbeitgeber in Anspruch, so hat dieser grundsätzlich einen Erstattungsanspruch gegen den Arbeitnehmer, da dieser letztendlich Steuerschuldner ist.

## 2.) Auswirkungen auf die Umsatzsteuerpflicht

Wesentlich weitreichender sind in der Praxis die umsatzsteuerlichen Konsequenzen: Die vom Arbeitnehmer in Rechnung gestellte **Umsatzsteuer** kann der Arbeitgeber **nicht als Vorsteuer abziehen**. Soweit dies geschehen ist, ist der Abzug folglich zu korrigieren.

Die zu Unrecht einbehaltenen Beträge sind daher vom **Arbeitgeber nach zu entrichten**. Gleiches gilt für den bisherigen **Arbeitnehmer**. Geht das Finanzamt nachträglich von einem Arbeitsverhältnis aus, fehlt dem Arbeitnehmer die Unternehmer-eigenschaft nach § 2 UstG. Der Vorsteuerabzug war daher unzulässig. Der **fehlerhafte Vorsteuerabzug** ist folgerichtig ebenso **zu korrigieren**. Der Arbeitnehmer kann in diesem Fall auch nicht einwenden, als Nichtunternehmer sei er auch nicht umsatzsteuerpflichtig. Diesem Einwand steht § 14 Abs. 3 UStG entgegen. Danach schuldet auch ein **Nichtunternehmer die Umsatzsteuer, die er in einer Rechnung gesondert ausgewiesen** hat.



Der Auftragnehmer muss in diesem Fall, die von ihm ausgewiesene Umsatzsteuer auch tatsächlich an das Finanzamt abführen.

## V. Die Scheinselbständigkeit im Strafrecht

### 1.) Die Vorgabe des Gesetzgebers

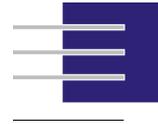
Die Problematik der Scheinselbständigkeit hat schließlich auch Auswirkungen auf das Strafrecht. Nach § 266 a StGB macht sich strafbar, wer Beiträge des Arbeitnehmers zur Sozialversicherung oder der Bundesagentur für Arbeit vorenthält. Die nachträglich in das Strafgesetzbuch eingeführte Vorschrift des § 266 a StGB verfolgt das Ziel, die Arbeitnehmer sozial abzusichern und das Interesse der Solidargemeinschaft dadurch zu schützen, dass ausreichend Mittel für die Sozialversicherungsträger aufgebracht werden können.

Strafbar machen können sich nach dieser Vorschrift nur **Arbeitgeber** und **Mitglieder der Ersatzkassen**.

### 2.) Die strafbaren (Tat-) Handlungen

Nur das Vorenthalten der **Arbeitnehmeranteile** zur Sozialversicherung ist wie gem. § 266 a Abs. 1 StGB strafbar. Das Vorenthalten der **Arbeitgeberanteile** wird von dieser Regelung **nicht erfasst**.

Die Tathandlung besteht hierbei im Vorenthalten von fälligen Sozialversicherungsbeiträgen gegenüber der zuständigen Einzugsstelle. Eine Untreuehandlung gegenüber dem Arbeitnehmer ist hierfür nicht notwendig. Zweck der Regelung ist, gerade Fälle des kollusiven Zusammenwirkens von Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu erfassen. Vorenthalten der Sozialversicherungsbeiträge setzt hierbei Unterlassen voraus. Die Strafbarkeit ist daher dann gegeben, wenn das Abführen der Sozialversicherungsbeiträge möglich und zumutbar war. Die Unmöglichkeit der Zahlung kann hierbei auf tatsächlichen oder rechtlichen Gründen beruhen. Befindet sich der



Arbeitgeber beispielsweise in der Insolvenz, so ist ein Abführen der Sozialversicherungsbeiträge nicht mehr möglich, so dass eine Strafbarkeit entfällt.

Weiterhin ist für die Strafbarkeit gem. § 266 a StGB erforderlich, dass der Arbeitgeber vorsätzlich gehandelt hat, wobei bedingter Vorsatz ausreichend ist. Eine darüber hinausgehende Absicht, wie beispielsweise die Schädigung der Einzugsstelle oder Schaffung eines eigenen Vermögensvorteils, ist nicht erforderlich. Rechtlich irrelevant ist der Irrtum über das Vorliegen und den Umfang der Abführungspflicht.