



## Scheinselbständig – Arbeitnehmer – selbständig???

Die Abteilung Finanzkontrolle Schwarzarbeit der Hauptzollämter hat im Jahr 2010 Strafverfahren wegen Schwarzarbeit in 117.453 Fällen eingeleitet – es wurden in 2010 Geldstrafen von Euro 29,8 Mio. und Freiheitsstrafen mit insgesamt 1.981 Jahren verhängt.

Es mag den einen oder anderen Unternehmer überraschen: Die Beschäftigung einer selbständigen Person stellt Schwarzarbeit im Sinne des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes dar. Gleichzeitig werden Sozialversicherungsbeiträge vorenthalten, was zu einer Strafbarkeit nach § 266 a StGB führt.

Was ist nun eine Scheinselbständigkeit?

Die Definition erfolgt am besten über den Arbeitnehmerbegriff. Das Sozialgesetzbuch (§ 7 Abs. 1 SGB IV) regelt, dass eine Beschäftigung eine nichtselbständige Arbeit ist, wenn sie insbesondere in einem Arbeitsverhältnis ausgeübt wird. Arbeitnehmer ist demzufolge, wer **weisungsgebunden** vertraglich geschuldete Leistungen im Rahmen einer von seinem Vertragspartner bestimmten **Arbeitsorganisation** erbringt.

Umgekehrt muss ein Selbständiger (freier Mitarbeiter, Werkvertragspartner, Franchise-Partner, usw.) rechtlich und tatsächlich ein bestimmtes Maß an Selbständigkeit haben. **Die Bezeichnung der Tätigkeit ist nicht maßgeblich, entscheidend ist die tatsächliche Durchführung.** Erteilt der Unternehmer Weisungen und verfügt er über die Arbeitskraft des Mitarbeiters in einem Maße, wie es nur in einem Arbeitsverhältnis zulässig ist, ist das Rechtsverhältnis als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren. Allein durch die Überbürdung von Unternehmerrisiken wird der Beschäftigte nicht zum Selbständigen.

In der Praxis wird oft der Weg gewählt, dass der „freie Mitarbeiter“ seine Tätigkeit über eine GmbH anbietet, in der er zumindest einen sozialversicherungspflichtigen Mitarbeiter beschäftigt und noch weitere Auftraggeber hat. Dies kann tatsächlich ein Indiz für eine Selbständigkeit sein, ist jedoch keinesfalls zwingend. Entscheidend sind insbesondere die oben dargestellten Merkmale: Eingliederung in die betriebliche Organisation und Weisungsgebundenheit.

Liegen nun die Voraussetzungen für eine Scheinselbständigkeit vor, so erfüllt der Unternehmer die Tatbestände des Vorenthaltes von Sozialabgaben und die Hinterziehung von Lohnsteuer, Kirchensteuer und Solidaritätszuschlag. Hinzu kommt in der Regel noch die Umsatzsteuerhinterziehung, wenn der „freie Mitarbeiter“ seine Leistungen mit Umsatzsteuerausweis abgerechnet hat, d. h. der Unternehmer hat die Vorsteuer gezogen, obwohl er hierzu nicht berechtigt ist, weil der „freie Mitarbeiter“ nicht zum Ausweis von Umsatzsteuer berechtigt ist.

Eine Straftat bzw. eine Steuerhinterziehung liegt nur vor, wenn zumindest ein Eventualvorsatz vorhanden ist. Dieser Vorsatz darf nicht in jedem Fall ungeprüft unterstellt werden, sondern ist im Einzelfall zu prüfen. Der Vorwurf des Vorsatzes ist jedoch zu bejahen bei der Kenntnis aller Umstände und dem gemeinsamen Willen der Beteiligten über ein Arbeitsverhältnis zu täuschen, obwohl die Beteiligten wissen, dass die Tätigkeit vom Inhalt und insbesondere von der Durchführung ein sozialversicherungspflichtiges und lohnsteuerpflichtiges Arbeitsverhältnis darstellt.

Die monetären Auswirkungen aus einer verunglückten selbständigen Tätigkeit eines „freien Mitarbeiters“ sind für den Unternehmer erheblichst, zumal die Praxis zeigt, dass ein Rückgriff auf den „freien Mitarbeiter“ sehr oft ins Leere geht.

Empfehlenswert ist eine Statusanfrage beim Sozialversicherungsträger, in der alle Umstände für die Beschäftigung des „freien Mitarbeiters“ offen gelegt werden. Sollte dann tatsächlich ein sozialversicherungsfreies Auftragsverhältnis bestätigt werden, so ist es auch langfristig noch kein „Frei-Schein“ – es ist daher laufend zu überprüfen, ob sich die dem Antrag zugrunde liegenden Umstände und Verhältnisse geändert haben.