

Rückwirkend zum 1. Januar 1999 in Kraft getreten

Die neuen Regeln zur „Scheinselbstständigkeit“

Autor: Dr. Jürgen Möllering, Berlin

Die Überschrift „Gesetz zur Förderung der Selbstständigkeit“ ist ein glatter Euphemismus. Die neuen Regeln zur „Scheinselbstständigkeit“ und zur Rentenversicherungspflicht des „arbeitnehmerähnlichen Selbstständigen“, die vom Deutschen Bundestag am 12. November 1999 verabschiedet wurden, reparieren allenfalls notdürftig das Unheil, welches das noch nicht einmal ein Jahr alte „Korrekturgesetz“ für die Kultur der Selbstständigkeit in Deutschland angerichtet hat.

Vernünftig wäre es gewesen, anstelle der Erschaffung eines weiteren legislativen Ungetüms sämtliche Vermutungen für die „Scheinselbstständigkeit“ ersatzlos zu streichen und auch die Freiheit des Selbstständigen bei der Auswahl seiner Altersversorgung wieder herzustellen. Dennoch: In der Sache hat das neue Gesetz, welches – mit Ausnahme der Neufassung des ersten Vermutungskriteriums – bereits rückwirkend zum 1. Januar 1999 in Kraft tritt, den Betroffenen durchaus einige Erleichterungen gebracht. Vor allem gibt es ihnen aber die Möglichkeit, auf der Klaviatur des Rechts zu spielen. Es lohnt sich daher, die umfangreichen Vorschriften etwas genauer zu analysieren.

Das neue Gesetz geht auf die Vorarbeit einer von der Koalition eingesetzten Kommission unter Leitung des ehemaligen Präsidenten des Bundesarbeitsgerichts Professor Thomas Dieterich zurück. Seine wesentlichen Inhalte beziehen sich auf eine Klarstellung der Amtsermittlungspflichten

der Sozialversicherungsträger, die Entschärfung der Vermutungsregelung, die Gewährung von mehr Rechtssicherheit gegenüber Beitragsnachforderungen und eine Erweiterung der Befreiungsmöglichkeiten von der Rentenversicherungspflicht für „arbeitnehmerähnliche Selbstständige“.

Vermutung für „Scheinselbstständigkeit“ erst bei Verletzung der Mitwirkungspflichten. Für die Abgrenzung zwischen abhängiger Beschäftigung und Selbstständigkeit gelten zu allererst die von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien, von denen zwei – nämlich eine Tätigkeit nach Weisung und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers – in dem neuen Zusatz zu § 7 Abs. 1 SGB IV ausdrücklich genannt sind. Ob diese Hervorhebung so sinnvoll ist, mag dahinstehen. Der Gesetzgeber hat wohl selbst Zweifel gehabt, wenn er in der Begründung zu der vorgenannten Vorschrift betont, dass es sich um typische Merkmale einer Beschäftigung, nicht aber um abschließende Bewertungskriterien han-

delt. Zu entscheiden ist anhand einer Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls. In der Gesetzesbegründung wird außerdem klargestellt, dass uneingeschränkt der Amtsermittlungsgrundsatz gilt. Das heißt, die Sozialversicherungsträger müssen von sich aus alle für und gegen die abhängige Beschäftigung sprechenden Umstände ermitteln. Das sollte eigentlich auch schon bisher selbstverständlich gewesen sein.

Die Vermutungskriterien für die „Scheinselbstständigkeit“ finden nur Anwendung, wenn der vorgenannten Amtsermittlungspflicht Genüge getan ist und – so verlangt es ausdrücklich der neue § 7 Abs. 4, Satz 1 SGB IV – die erwerbsmäßig tätige Person, deren Sozialversicherungsstatus geprüft wird, ihren Mitwirkungspflichten nicht nachgekommen ist. Unbefriedigend ist, dass damit allein an die Nichterfüllung von Mitwirkungspflichten durch den Auftragnehmer angeknüpft wird. Dieser – so Professor Dieterich in einer kritischen Stellungnahme zur Umsetzung seiner Vorschläge – könnte durch beharrliches Schweigen die Einbeziehung in die Sozialversicherungspflicht erzwingen, obwohl der auskunftswillige Auftraggeber dem nachdrücklich und substantiiert widerspreche. Da Letzterer im Wesentlichen die Lasten der Sozialversicherungspflicht tragen müsste,

würde er in höchstem Maße benachteiligt. Allerdings wird man wohl davon ausgehen müssen, dass dann, wenn der Auftraggeber stichhaltige Argumente gegen die Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses vorträgt, die Einzugsstelle diese bei ihrer Entscheidung im Rahmen der Amtsermittlungspflicht berücksichtigen muss und dies den Rückgriff auf die Vermutungskriterien sperrt.

Vermutungskriterien entschärft

Die wichtigste Entschärfung der Vermutungskriterien liegt darin, dass in Zukunft nicht mehr das Vorliegen von zwei aus vier Kriterien die Vermutung der „Scheinselbstständigkeit“ begründet, sondern dass dazu drei aus fünf Kriterien erfüllt sein müssen. Das ist schon ein beachtlicher Fortschritt, denn bisher wurden die beiden ersten Vermutungskriterien „keine Beschäftigung versicherungspflichtiger Arbeitnehmer“ und „Tätigkeit regelmäßig und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber“ gerade auch von Personen, an deren Selbstständigkeit an und für sich kein Zweifel bestehen konnte, in vielen Fällen erfüllt. Das zeigt sich schon an dem Umstand, dass die Kriterien für die Rentenversicherungspflicht des „arbeitnehmerähnlichen Selbstständigen“ – also eines echten Selbstständigen – in § 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI wortwörtlich den beiden ersten Kriterien für die „Scheinselbstständigkeit“ entsprachen – und im Übrigen auch nach der Neufassung noch entsprechen.

Die beiden ersten Kriterien werden zudem enger gefasst. Das in § 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IV aufgeführte Kriterium ist erfüllt, wenn die erwerbsmäßig tätige Person regelmäßig keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigt. Die Beschäftigung von Familienangehörigen reicht jetzt aus, um das Vorliegen des Kriteriums zu verneinen. Die Arbeitnehmer müssen allerdings sozialversicherungspflichtig sein und aus dem betreffenden Beschäftigungsverhältnis – wiederum regelmäßig – mehr als 630 Mark im Monat verdienen. Hierdurch sollen Umgehungen erschwert werden. Unklar bleibt, ob das erste Kriterium auch dann gilt, wenn das Entgelt aus mehreren Beschäftigungsverhältnissen 630 Mark monatlich übersteigt. Die Begründung des Gesetzentwurfs sagt „nein“, während aus dem Wortlaut nichts derartiges zu erkennen ist.

Bei dem zweiten Kriterium (§ 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2) wird nun darauf abgestellt, dass die erwerbsmäßig tätige Person auf Dauer – und nicht mehr nur „regelmäßig“ – und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig ist. Damit sollen die Fälle ausgeschaltet werden, in denen ein Dienstleister zwar stets nur für einen Auftraggeber tätig ist, Letzteren jedoch in nicht zu langen Abständen wechselt. Diese Fälle treten typischerweise bei den EDV-Dienstleistungen, den rechts- und wirtschaftsberatenden Berufen und in der Planung auf. Eine weit gezogene „Scheinselbstständigkeit“ würde gerade Existenzgründungen in diesen Bereichen erschweren. Problematisch bleibt allerdings die Auslegung des Begriffs „auf Dauer“. Nach der Begründung zum Gesetzentwurf soll es darauf ankommen, ob der Auftragnehmer nach seinem Unternehmenskonzept die Zusammenarbeit mit mehreren Auftraggebern anstrebt und dies nach den tatsächlichen und rechtlichen Gegebenheiten Erfolg verspricht. Ferner heißt es, dass dieses Merkmal nicht erfüllt sein soll, wenn der Auftragnehmer vertraglich zwar für mehrere Auftraggeber tätig sein darf, dies aber nach den tatsächlichen Umständen nicht kann. In der Praxis wird die erwerbsmäßig tätige Person es damit weitgehend in der Hand haben, ob sie denn nun lieber über § 7 Abs. 4 SGB IV Beschäftigter und voll sozialversicherungspflichtig, aber mit hälftiger Beteiligung des „Auftraggebers“, sein will oder ob sie sich auf die Rentenversicherungspflicht nach § 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI beschränkt, dann aber selbst den vollen Beitrag entrichten muss. Das begründet eine für den Auftraggeber untragbare Unsicherheit.

Das Kriterium Nr. 3 verlangt, dass der Auftraggeber oder ein vergleichbarer Auftraggeber entsprechende Tätigkeiten regelmäßig durch von ihm beschäftigte Arbeitnehmer verrichten lässt. Dieses Kriterium knüpft an die Üblichkeit der Auftragskonstruktion an. Es lässt sich nachvollziehen, soweit es auf den internen Vergleich abstellt. Der externe Vergleich ist jedoch völlig absurd. Um es knapp und hart zu sagen: Die Einfallslöslichkeit der Konkurrenz darf doch nicht dazu führen, dass man selbst dazu gezwungen wird, sich dem anzupassen! Auch Kriterium Nr. 5, das auf den Wechsel von abhängiger zu behaupteter selbstständiger Tätigkeit für denselben Auftraggeber abstellt, ist keineswegs so „koscher“ wie es auf den ersten Blick scheinen mag. Dazu ein

Beispiel: Einer der EDV-Spezialisten des Hauses möchte sich selbstständig machen. Er vereinbart mit seinem wohlwollenden Arbeitgeber, künftig für eigene Rechnung und zunehmend auch für andere Unternehmen tätig zu sein. Vorerst sind beide Partner sich allerdings darüber einig, dass der EDV-Mann einen wesentlichen Teil seiner Aufträge weiter aus dem Hause bezieht. Hier wird ein wunderbarer Weg zur Selbstständigkeit geebnet, wenn er nur nicht eindeutig die Kriterien eins, drei und fünf – und für eine gewisse Zeit wahrscheinlich auch noch zwei – erfüllen würde.

§ 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 4 umfasst – wie in der bisherigen Gesetzesfassung die Kriterien drei und vier – das „Universum“ der Abgrenzung. Wenn tatsächlich typische Merkmale unternehmerischen Handelns erkennbar sind, sollten alle anderen Kriterien zur Makulatur verkommen. Dies zeigt der oben zitierte Beispielfall nur zu deutlich. Die Frage nach den typischen Merkmalen unternehmerischen Handelns hat daher auch stets in der Rechtsprechung eine herausragende Rolle gespielt. In der Begründung des Gesetzentwurfs heißt es lapidar, es werde davon ausgegangen, dass die Sozialversicherungsträger zur Durchführung dieser Vorschrift kurzfristig branchenspezifische Kataloge erarbeiten würden. Die Sozialversicherungsträger wiederum schauen auf die Wirtschaftsverbände, die unter der Führung des Deutschen Industrie- und

Die neuen Befreiungstatbestände zur Rentenversicherungspflicht des „arbeitnehmerähnlichen Selbstständigen“

1. **Erstmalige Existenzgründer:**
Befreiungsmöglichkeit für drei Jahre ab Aufnahme der selbstständigen Tätigkeit
2. **Existenzgründer (2. Versuch):**
Befreiungsmöglichkeit für weitere drei Jahre ab Aufnahme der zweiten selbstständigen Tätigkeit; gilt nicht, wenn erste Tätigkeit lediglich umbenannt wird beziehungsweise keine wesentliche Veränderung des Geschäftszwecks vorliegt.
3. **Vollendung des 58. Lebensjahrs:**
generelle Befreiungsmöglichkeit, wenn bereits selbstständig und Versicherungspflicht erstmalig aufgrund der Regelungen zum „arbeitnehmerähnlichen Selbstständigen“ eintritt.
4. **Vor 2. Januar 1949 Geborene:**
Befreiungsmöglichkeit auf Antrag, wenn sie bereits am 31. Dezember 1998 eine selbstständige, aber nicht versicherungspflichtige Tätigkeit ausgeübt haben. Antragsfrist ein Jahr nach Eintritt der Versicherungspflicht, endet jedoch nicht vor dem 30. Juni 2000.
5. **Gleichwertig Versicherte:**
unter den gleichen Voraussetzungen und Antragsfristen wie Kategorie 4. Gleichwertig versichert ist, wer vor dem 10. Dezember 1998 eine Lebens- oder Rentenversicherung abgeschlossen und diese bis spätestens zum 30. Juni 2000 so ausgestaltet hat, dass Leistungen für Invalidität, das Alter (ab 60. Lebensjahr oder mehr) und Hinterbliebenenversorgung erbracht werden. Die Beiträge müssen der Höhe nach mindestens der Rentenversicherung nach dem SGB IV entsprechen.
6. **Vergleichbare Altersvorsorge:**
unter den gleichen leistungsbezogenen Voraussetzungen und Fristen wie Kategorie 5. Als vergleichbar gelten vorhandenes oder aufgrund einer auf Dauer angelegten vertraglichen Ansparverpflichtung noch zu erwerbendes Vermögen, dessen wirtschaftlicher Wert nicht hinter dem einer Lebens- oder Rentenversicherung der Kategorie 5 zurückbleibt.
7. **Betriebliche Altersvorsorge:**
unter den gleichen leistungs- und aufwandsbezogenen Voraussetzungen und Fristen wie Kategorie 5.

Handelstages (DIHT) schon einmal Vorschläge dazu erarbeitet haben. Es bleibt abzuwarten, wie sie sich unter den neuen Prämissen zu derartigen Vorschlägen stellen werden.

Selbst wenn drei der fünf Vermutungskriterien erfüllt sind, ist damit die Sozialversicherungspflicht nicht abschließend festgestellt. Nach § 7 Abs. 4 Satz 3 SGB IV kann nämlich die Vermutung widerlegt werden. Das kann einmal durch den Nachweis geschehen, dass der zuständige Sozialversicherungsträger sich bei der Annahme eines der Vermutungskriterien geirrt hat. Zum Anderen muss den Betroffenen auch jetzt noch die Möglichkeit bleiben nachzuweisen, dass trotz des Vorliegens von drei Vermutungskriterien bei einer Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalles doch kein Beschäftigungsverhältnis vorliegt. In dem oben zitierten Beispielsfall etwa sollte dies möglich sein.

Mehr Rechtssicherheit gegenüber Beitragsnachforderungen

Grundsätzlich zu begrüßen ist das in dem neuen § 7 a SGB IV geregelte Anfrageverfahren. Danach können die Beteiligten bei der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte nunmehr schriftlich eine Entscheidung beantragen. Der Vorteil ist, dass im Falle einer positiven Entscheidung die Sozi-

alversicherungspflicht erst mit der Bekanntgabe der Entscheidung eintritt, wenn die Anfrage innerhalb eines Monats nach Aufnahme der Tätigkeit gestellt wurde, der Beschäftigte zustimmt und er für den Zeitraum zwischen Aufnahme der Beschäftigung und der Entscheidung eine Absicherung gegen das finanzielle Risiko von Krankheit und zur Altersvorsorge vorgenommen hat, die der Art nach den Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung und der gesetzlichen Rentenversicherung entspricht (§ 7 a Abs. 6 SGB IV). Die BfA hat aufgrund einer Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalles zu entscheiden. Die Vermutungskriterien darf sie erst heranziehen, wenn die Beteiligten eine ihnen gesetzte angemessene Frist zur Mitwirkung haben fruchtlos verstreichen lassen. Bei Fristsetzung muss auf diese Rechtsfolge hingewiesen worden sein.

Großzügig verfährt der Gesetzgeber fortan beim Beitragseinzug. Nach § 7 a Abs. 6 Satz 2 SGB IV wird der Gesamtsozialversicherungsbeitrag erst zu dem Zeitpunkt fällig, zu dem die Entscheidung, dass eine Beschäftigung vorliegt, unanfechtbar geworden ist. Abweichend vom üblichen Verfahren bei öffentlichen Abgaben haben zudem gemäß § 7 a Abs. 7 SGB IV Widerspruch und Klage generell aufschiebende Wirkung. Das gilt ohne Rücksicht, ob eine Entscheidung im Anfrageverfahren oder im Rahmen der normalen Feststellung der Beschäfti-

Die neuen Kriterien für die „Scheinselbstständigkeit“ (§ 7 Abs. 4 SGB IV)

„(4) Bei einer erwerbsmäßig tätigen Person, die ihre Mitwirkungspflichten nach § 206 des Fünften Buchs Sozialgesetzbuch oder nach § 196 Abs. 1 des Sechsten Buchs Sozialgesetzbuch nicht erfüllt, wird vermutet, dass sie beschäftigt ist, wenn mindestens drei der folgenden fünf Merkmale vorliegen:

1. Die Person beschäftigt im Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit regelmäßig keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer, dessen Arbeitsentgelt aus diesem Beschäftigungsverhältnis regelmäßig im Monat 630 Deutsche Mark übersteigt;
2. sie ist auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig;

3. ihr Auftraggeber oder ein vergleichbarer Auftraggeber lässt entsprechende Tätigkeiten regelmäßig durch von ihm beschäftigte Arbeitnehmer verrichten;
4. ihre Tätigkeit lässt typische Merkmale unternehmerischen Handelns nicht erkennen;
5. ihre Tätigkeit entspricht dem äußeren Erscheinungsbild nach der Tätigkeit, die sie für denselben Auftraggeber zuvor aufgrund eines Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt hatte.

Satz 1 gilt nicht für Handelsvertreter, die im Wesentlichen frei ihre Tätigkeit gestalten und über ihre Arbeitszeit bestimmen können.

Die Vermutung kann widerlegt werden.“

gung angefochten wird. Auch bei Feststellung der Beschäftigung außerhalb des Anfrageverfahrens tritt die Versicherungspflicht erst ex nunc mit dem Tage der Bekanntgabe der Entscheidung ein, wenn der Beschäftigte zustimmt und – wie bei § 7 a Abs. 6 – er über eine ausreichende Krankheits- und Altersvorsorge verfügt. Allerdings darf weder der Beschäftigte noch sein Arbeitgeber vorsätzlich oder grob fahrlässig von einer selbstständigen Tätigkeit ausgegangen sein.

Eine Übergangsregelung gilt nach § 7 c SGB IV bis zum 30. Juni 2000. Wenn Auftraggeber oder Auftragnehmer den Antrag zur Statusklärung im Anfrageverfahren an die Bundesversicherungsanstalt für Angestellte (BfA) bis zu diesem Zeitpunkt stellen, tritt die Versicherungs- und Beitragspflicht ebenfalls erst ex nunc am Tage der Entscheidung ein – und zwar selbst dann, wenn bis zu diesem Zeitpunkt keine der gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung entsprechende soziale Absicherung bestanden hat. Dazu bedarf es in diesem Falle auch nicht der Zustimmung des Beschäftigten. Allerdings ist Voraussetzung für die ex-nunc-Regelung, dass zum Zeitpunkt der Antragstellung noch nicht seitens eines anderen Versicherungsträgers ein Verfahren zur Statusklärung eingeleitet worden ist und der Arbeitgeber nicht seine Meldepflichten vorsätzlich oder grob fahrlässig verletzt hat.

Zahlreiche Ausnahmen für „arbeitnehmerähnliche Selbstständige“

Wie ein „Schweizer Käse“ mutet die neue Regelung der Rentenversicherungspflicht für „arbeitnehmerähnliche Selbstständige“ nach § 2 Satz 1 Nr. 9, § 6 Abs. 1 a, § 134 und § 231 Abs. 5 SGB VI an. Grundsätzlich sind danach Selbstständige rentenversicherungspflichtig, wenn sie im Zusammenhang mit ihrer selbstständigen Tätigkeit regelmäßig keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigen, dessen Arbeitsentgelt aus diesem Arbeitsverhältnis regelmäßig 630 Mark im Monat übersteigt, und auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig sind. Der Wortlaut der Vorschrift wurde insoweit der Neufassung der beiden ersten Kriterien für die „Scheinselbstständigkeit“ (siehe oben) angepasst.

Dieser Grundsatz ist nunmehr von zahlreichen Ausnahmen durchlöchert. So

sind nach § 6 Abs. 1 a Nr. 1 Existenzgründer für einen Zeitraum von bis zu drei Jahren nach erstmaliger Aufnahme einer – arbeitnehmerähnlichen – selbstständigen Tätigkeit von der Rentenversicherungspflicht befreit. Das gilt auch für einen „zweiten Versuch“ von noch einmal drei Jahren, soweit es sich dabei um eine neue selbstständige Tätigkeit handelt. Auch „arbeitnehmerähnliche Selbstständige“, die das 58. Lebensjahr vollendet haben, werden nach § 6 Abs. 1 a Nr. 2 nicht mehr von der Rentenversicherungspflicht erfasst. Wer bereits am 31. Dezember 1998 eine selbstständige Tätigkeit ausgeübt hat, kann sich nach § 231 Abs. 5 auf Antrag befreien lassen, wenn er vor dem 2. Januar 1949 geboren ist (Nr. 1) oder bereits vor dem 10. Dezember 1998 über einen Lebens- oder Rentenversicherungsvertrag (Nr. 2) oder eine vergleichbare Altersvorsorge (Nr. 3) verfügte. Er muss diese allerdings spätestens bis zum 30. Juni 2000 oder binnen eines Jahres nach Eintritt der Versicherungspflicht so ausgestalten, dass sie ihm für den Fall der Invalidität oder das Alter ab sechzig beziehungsweise seinen Hinterbliebenen im Falle seines Todes eine adäquate Absicherung gewähren. Bei der Lebens- oder Rentenversicherung wird Letzteres unterstellt, wenn für diese ebensoviel Beiträge aufzuwenden sind, wie auch an die staatliche Rentenversicherung zu zahlen wären. Baut die Altersvorsorge auf sonstigem Vermögen auf, so reicht dies für die Freistellung aus, wenn der wirtschaftliche Wert nicht hinter dem einer Lebens- oder Rentenversicherung nach Nr. 2 zurückbleibt. Und schließlich wirkt auch noch eine betriebliche Versorgungszusage befreiend, wenn sie die leistungs- und aufwandsbezogenen Voraussetzungen der befreienden Lebens- beziehungsweise Rentenversicherung erfüllt.

Die Befreiung ist binnen eines Jahres nach Eintritt der Versicherungspflicht zu beantragen. Die Frist läuft aber keinesfalls vor dem 30. Juni 2000 ab. De facto kann sich damit jetzt ein Großteil der „arbeitnehmerähnlichen Selbstständigen“ von der staatlichen Rentenversicherungspflicht für „arbeitnehmerähnliche Selbstständige“ befreien lassen. Das ist ein deutlicher Fortschritt gegenüber der Rechtslage nach dem „Korrekturgesetz“. Zu begrüßen sind insbesondere auch die nunmehr großzügig bemessenen Fristen. Aber hat es dazu wirklich dieses „Lindwurms“ eines Gesetzes bedurft?