

Praxisratgeber Existenzgründung

Erfolgreich starten und auf Kurs bleiben

von
Sandra Bonnemeier

3., vollständig überarbeitete Auflage

Praxisratgeber Existenzgründung – Bonnemeier

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

[Beck-Wirtschaftsberater im dtv](http://Beck-Wirtschaftsberater.im.dtv)



Verlag C.H. Beck München 2010

Verlag C.H. Beck im Internet:
www.beck.de

ISBN 978 3 406 60699 1

8.3 Scheinselbständige/Arbeitnehmerähnliche Selbständige

„Scheinselbständige“ sind Personen, bei denen fälschlicherweise von einer selbständigen Tätigkeit ausgegangen wird, wie z. B. nicht selten bei Frachtführern, die im Grunde ähnlich wie ein Arbeitnehmer weisungsgebunden in die Gesamtorganisation des Auftraggebers eingebunden sind. Diese Scheinselbständigen üben offiziell also eine selbständige Tätigkeit aus, sind aber tatsächlich als abhängig Beschäftigte einzustufen. Von Selbständigkeit redet man im Allgemeinen dann, wenn jemand ein unternehmerisches Risiko trägt, aber auch die entsprechenden Chancen wahrnehmen kann, wenn er Werbung für sein Unternehmen betreibt und insgesamt in seinen unternehmerischen Entscheidungen (z. B. über Einstellung von Personal, Zahlungskonditionen, Preise usw.) frei ist. Während Selbständige grundsätzlich nicht sozialversicherungspflichtig sind, gilt für Scheinselbständige etwas anderes.

Die Eintragung in die Handwerksrolle wird als ein Indiz der Selbständigkeit angesehen, die Pflichtmitgliedschaft der übrigen Gewerbetreibenden in der IHK allein hingegen nicht. Auch bestimmte Rechtsformen (z. B. GmbH) schließen das Vorliegen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses aus.

Wird später, z. B. im Rahmen einer Betriebsprüfung, eine Scheinselbständigkeit festgestellt, kann dies zu erheblichen Nachzahlungen der Sozialversicherungsbeiträge und weiterer Konsequenzen führen. Des Weiteren können sich arbeitsrechtliche, gewerberechtliche und steuerrechtliche Konsequenzen ergeben.

Die Dienstleister unter den Existenzgründern fürchten daher immer wieder, mit dem Problem der Scheinselbständigkeit konfrontiert zu werden, insbesondere weil sie typischerweise zu Beginn nur einen Auftraggeber haben. Diese Sorge resultiert aus den früher geltenden 5 Vermutungskriterien. Waren 3 davon erfüllt, wurde eine Scheinselbständigkeit angenommen – allerdings nur dann, wenn Auftragnehmer und Auftraggeber ihren Mitwirkungspflichten bei der Auf-

klärung nicht nachkamen. Eines dieser Kriterien war das Tätigwerden für nur einen Auftraggeber – im Wesentlichen und auf Dauer. Für Existenzgründer bestand jedoch diesbezüglich kein Grund zur Sorge, denn üblicherweise startet ein Gründer in der Dienstleistungsbranche zunächst mit nur einem Auftraggeber. Das Problem war also bei entsprechender Mitwirkung für die meisten „echten“ Existenzgründer rasch zu klären. Soweit die alte Rechtslage.

Am 1.1. 2003 ist eine Gesetzesänderung in Kraft getreten, wonach die Vermutungsregelung nach § 7 Absatz 4 Sozialgesetzbuch (SGB) IV ersatzlos gestrichen wurde. Zur Entwarnung lag und liegt aber im Hinblick auf die Scheinselbständigkeit kein Grund vor. Nach wie vor gibt es Scheinselbständige, die der Sozialversicherungspflicht (Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung) unterliegen.

In § 7 Absatz 1 SGB IV heißt es nun: „Beschäftigung ist die nicht-selbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers.“

Darum ist besondere Sorgfalt bei der Ausgestaltung und auch der Durchführung vertraglicher Vereinbarungen weiterhin unbedingt empfehlenswert. Wie ein Beschäftigungsverhältnis zu beurteilen ist und ob eine Scheinselbständigkeit vorliegt, wird nach Würdigung aller Umstände des konkreten Einzelfalles geprüft – unter Mitwirkung von Auftraggeber und Auftragnehmer. Für die Betroffenen hat sich die Rechtslage somit nicht wesentlich geändert. Lediglich die Beweisführung ist ein wenig schwieriger geworden. Auch wenn es im Gesetzestext nun also keine schriftlich fixierten Kriterien mehr gibt, so gelten diese doch im Wesentlichen auch weiterhin als Indizien bei der Prüfung einer Scheinselbständigkeit:

- der Auftraggeber oder ein vergleichbarer Auftraggeber lässt entsprechende Tätigkeiten regelmäßig durch von ihm beschäftigte Arbeitnehmer verrichten,
- die Tätigkeit entspricht dem äußeren Erscheinungsbild nach der Tätigkeit, die der Auftragnehmer für denselben Auftraggeber zuvor aufgrund eines Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt hatte,

- es werden durch den „Selbständigen“ regelmäßig keine sozialversicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigt,
- auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig und
- Fehlen unternehmertypischen Handelns.

Gerade in Zeiten, in denen Unternehmen wirtschaftlich stark unter Kostendruck stehen, nehmen regelmäßig „kreative Lösungsversuche“ zu. Um Sozialversicherungsbeiträge zu sparen und feste vertragliche Bindungen zu umgehen, wird mitunter versucht, Arbeitsverhältnisse so zu gestalten, dass aus dem Arbeitnehmer ein freier Mitarbeiter wird. Dieser arbeitet sodann auf vermeintlich selbständiger Basis als Freiberufler oder Gewerbetreibender für seinen (einen) Auftraggeber. Diese Gestaltungsversuche gibt es in den unterschiedlichsten Branchen, wenn auch mit bestimmten Schwerpunkten. Die vermeintlichen Vorteile können sich jedoch rasch in das genaue Gegenteil umwandeln – mit schwerwiegenden Folgen. Es kommt nicht auf die Formulierung „Freie Mitarbeit“ im Vertrag an und auch nicht auf die Bezeichnung der Tätigkeit (z. B. in der Gewerbeanmeldung), sondern auf die tatsächlichen Umstände des Einzelfalls. Die Einschätzung ist nicht immer einfach und darum ist jeder Existenzgründer gut beraten, im Zweifelsfall fachliche Unterstützung hinzuzuziehen.

Die Deutsche Rentenversicherung (früher: BfA) stellt unter Berücksichtigung der einschlägigen Rechtsprechung einen alphabetischen Katalog bestimmter Berufsgruppen zur Abgrenzung abhängiger Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit zur Verfügung, der neben obigen Kriterien für eine erste Orientierung hilfreich sein kann. Der Katalog umfasst eine Vielzahl von – auch sehr ausgefallenen – Berufen vom Besamungstechniker (kein Scherz) bis zum Regalauffüller. Eine Sonderposition nehmen Franchisenehmer ein, bei denen eine Typisierung nicht möglich ist und darum im Einzelfall der Status geprüft werden muss. Das Gleiche gilt für Telearbeiter. Weitere Besonderheiten gelten beispielsweise für den Beruf des Handelsvertreters und den geschäftsführenden Gesellschafter einer GmbH.

Eine Sozialversicherungspflicht besteht auch, wenn Sie zu den so genannten „arbeitnehmerähnlichen Selbständigen“ gehören. Hierbei handelt es sich um „echte“ Selbständige, die keine versicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigen und in der Regel nur einen Auftraggeber haben. Die Versicherungspflicht besteht in diesen Fällen nicht in allen Zweigen der gesetzlichen Sozialversicherung, sondern nur für die Rentenversicherung. Die Beiträge muss der Selbständige allein aufbringen.

In diesem Fall müssen Sie sich also trotz Ihrer Selbständigkeit bei dem zuständigen Rentenversicherungsträger anmelden und Beiträge entrichten.

Das Thema ist recht komplex und die Beurteilung der Situation (nicht nur) für Existenzgründer alles andere als einfach. Umso wichtiger ist es jedoch, von vornherein Klarheit zu schaffen, um nicht später mit Beitragsforderungen konfrontiert zu werden, die Sie wirtschaftlich erheblich belasten.

Was also können Sie konkret tun?

Selbständige, die sich bezüglich einer evtl. Pflichtversicherung nicht sicher sind oder die beabsichtigen, „freie Mitarbeiter“ zu beschäftigen, sollten sich an die Deutsche Rentenversicherung wenden.

Bestehen bei Ihnen als Auftraggeber oder als Auftragnehmer Zweifel an dem sozialversicherungsrechtlichen Status, kann mithilfe des so genannten Statusfeststellungsverfahrens gemäß § 7 a SGB IV mit den beteiligten Parteien eine Klärung des Einzelfalles erfolgen. Das Verfahren soll Klarheit schaffen, ob jemand selbständig tätig ist oder nicht. Praktisch gelingt dies aber nicht immer. Mitunter sind die Begründungen kaum nachvollziehbar, wenn die Selbständigkeit verneint wird. So berichtet z. B. Jan Schneider, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Informationstechnologierecht auf der Internetseite der GULP Information Services GmbH:

„Die DRB hat das Vorliegen einer unternehmerischen Tätigkeit u. a. mit dem Argument verneint, dass eine Vergütung nach Aufwand vereinbart wurde. Die Vergütung des Freelancers hänge dann, so die DRB, nicht von einem Erfolg seiner Arbeit ab, sondern lediglich von seiner Leistungsbereitschaft. Dass eine Vergütung nach voraussicht-

lich zu erwartendem Aufwand für den Freelancer in der Regel gerade eine erhebliche Unsicherheit und damit ein kaufmännisches Risiko beinhaltet und damit einen wesentlichen Unterschied zu dem arbeitsvertraglich Beschäftigten (der sein Gehalt i. d. R. unabhängig von seiner Leistung erhält) darstellt, scheint ebenso wenig eine Rolle zu spielen, wie auch der Umstand, dass eine Vergütung nach Aufwand auch in anderen, unternehmerisch anerkannten Branchen weithin üblich ist.“⁷

Hinzu kommt, dass bei Veränderungen der Situation oder z. B. versehentlich unvollständigen oder fehlerhaften Angaben keine Rechtsicherheit besteht. Im Umgang mit der Verfahren ist also Vorsicht angebracht und eine sorgfältige Beratung im Vorfeld.

Ist die Situation geklärt, besteht trotzdem die Möglichkeit, dass Sie als „arbeitnehmerähnlicher Selbständiger“ der Rentenversicherungspflicht unterliegen. Auch hier ist die Deutsche Rentenversicherung der richtige Ansprechpartner.

Das SGB VI sieht in bestimmten Fällen die Möglichkeit der Befreiung von der Rentenversicherungspflicht auch für „arbeitnehmerähnliche Selbständige“ vor – allerdings nur auf Antrag.

Existenzgründer können sich danach für 3 Jahre ab Aufnahme der ersten selbständigen Tätigkeit von der Rentenversicherungspflicht befreien lassen.

Gleiches gilt auch für die 2. Existenzgründung, sofern nicht lediglich eine Umbenennung stattgefunden hat oder der Geschäftszweck nur unwesentlich geändert wurde.

Wichtig ist es, noch einmal zu betonen, dass diese Befreiung nur auf Antrag gewährt werden kann, der möglichst rechtzeitig gestellt werden sollte.

Links zum Thema

<http://www.statusfeststellungsverfahren.de/> – Juracity e.K.; <http://www.deutsche-rentenversicherung.de/> – Deutsche Rentenversicherung; <http://www.berlin.ihk24.de> – Merkblatt zum Thema; <http://www.deutsche-rentenversicherung.de> – Deutsche Rentenversicherung

8.4 Gewerbetreibende

Die Einordnung als Gewerbetreibender ist eher unkompliziert, obwohl es auch hier bestimmte Kriterien gibt, die aber in aller Regel vorliegen, wie z. B. die Gewinnerzielungsabsicht. Gehören Sie nicht zu den Freiberuflern, zählen Sie zu den Gewerbetreibenden.

8.5 Die Qual der Wahl – kommen alle Rechtsformen in Frage?

Im nächsten Schritt sollte geprüft werden, ob alle Rechtsformen grundsätzlich in Frage kommen oder ob bestimmte Rechtsformen von vornherein ausscheiden. Dies ist häufig schon unter dem finanziellen Aspekt der Fall, da die wenigsten Gründer über die erforderlichen Mittel zur Gründung einer Kapitalgesellschaft wie der „klassischen“ GmbH oder der AG verfügen. Auch die Anzahl der beteiligten Personen ist für eine erste Vorauswahl von großer Bedeutung. Die nachfolgenden Fragen werden Ihnen bei dieser Vorabprüfung helfen.

Wollen Sie das Unternehmen allein oder mit Partner(n) gründen und führen?

Sofern Sie Ihr Vorhaben mit gleichberechtigten Partnern umsetzen möchten, scheidet das Einzelunternehmen aus, da diese Rechtsform sich unter anderem dadurch auszeichnet, dass es nur einen Inhaber gibt.

Wollen Sie sich dagegen allein selbständig machen, kommen das Einzelunternehmen, die GmbH (auch in Form der neuen Unternehmungsgesellschaft) (UG), die Kleine AG und grundsätzlich auch die so genannte englische „Limited“ in Frage, wenn Sie die notwendigen Organe besetzen.

Wollen Sie mit einem oder mehreren gleichberechtigten Partnern gründen, die nicht den Status eines Freiberuflers haben?

In diesem Fall scheidet die Partnerschaftsgesellschaft aus, die nur für Freiberufler in Frage kommt.

Wollen Sie und Ihre Partner eine freiberufliche Tätigkeit ausüben?

Dann scheidet die OHG aus, weil diese nur für Handelsgeschäfte in Frage kommt und die freiberuflichen Tätigkeiten nicht dazu zählen.

Ist Ihnen eine weitgehende Haftungsbeschränkung wichtig?

Nahezu jeder Existenzgründer wird diese Frage bejahen. Wenn jedoch das in den beiden nächsten Fragen angesprochene Kapital nicht aufgebracht werden kann, führt kaum ein Weg an der persönlichen Haftung vorbei. Dies sollte jedoch keineswegs als so dramatisch angesehen werden, wie es mitunter dargestellt wird. Eine sorgfältige Unternehmensführung und angemessene Versicherungen fernen die gravierendsten Risiken ab.

Verfügen Sie über mindestens 50.000 € Kapital in Bar- und Sachwerten und können darüber hinaus weiteres Kapital – z. B. für die Gründungskosten – aufbringen?

Wenn nein, scheidet die (Kleine) AG aus. Dies gilt auch, wenn die notwendigen Organe der AG nicht besetzt werden könnten. Jede AG benötigt beispielsweise einen Aufsichtsrat. Der Gründer selbst kommt hierfür nicht in Frage.

Verfügen Sie über mindestens 25.000 € Kapital in Bar- und Sachwerten und können darüber hinaus weiteres Kapital – z. B. für die Gründungskosten – aufbringen?

Wenn nein, scheidet auch die klassische GmbH aus. In Frage kommt aber die Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt).

Ist Ihnen eine Rechtsform mit geringen Gründungsformalitäten und -kosten wichtig?

Dann bieten sich das Einzelunternehmen, die Unternehmergesellschaft oder – sofern mit Partnern gegründet werden soll – die GbR an.

Sehr häufig steht nach dieser kurzen Vorabprüfung bereits fest, dass „nur“ die zuletzt genannten Rechtsformen in Frage kommen, weil für die Alternativen nicht ausreichend Kapital zur Verfügung steht.

Sofern das Kapital kein Ausschlusskriterium ist oder aus sonstigen Gründen mehrere Rechtsformen in Frage kommen, sollten im nächsten Schritt sorgfältig die jeweiligen Vor- und Nachteile der Rechtsformen unter folgenden Kriterien abgewogen werden:

- Finanzierungsmöglichkeiten,
- Image,
- Möglichkeiten der Namenswahl,
- Branche,
- Gestaltungsmöglichkeiten – in rechtlicher und steuerlicher Hinsicht,
- Rechnungslegungs- und Informationspflichten,
- Rechtsformabhängige laufende Aufwendungen,
- Flexibilität,
- Kontinuität,
- Haftung.

Zu diesem Zweck ist es erforderlich, sich mit den in Frage kommenden Rechtsformen und ihren jeweiligen Vor- und Nachteilen eingehender zu beschäftigen.

8.6 Einzelunternehmen

Das Einzelunternehmen ist nicht ohne Grund die am weitesten verbreitete Rechtsform. Sie entsteht sehr unbürokratisch mit Aufnahme des Geschäftsbetriebes und erfordert keinerlei gesetzlich vorgeschriebenes Mindestkapital. Bei einem Einzelunternehmen gibt es nur einen Inhaber, der die alleinige Entscheidungsbefugnis hat und somit sehr flexibel agieren kann. Der Einzelunternehmer trägt das unternehmerische Risiko allein und natürlich stehen auch ihm allein die erwirtschafteten Gewinne zu. Ein Einzelunternehmer ist aber nicht zwingend allein tätig, wie häufig angenommen wird, sondern kann beliebig viele Mitarbeiter haben. Der großen Entscheidungsfreiheit steht der Nachteil der unbeschränkten, persönlichen