

Nur zum Schein selbstständig?

Ein 'Ratgeber-Selbstständige'-Kapitel im Volltext – Stand: 1.4.2022

[Startpunkt der Online-Version](#)

Inhaltsverzeichnis

Scheinselbstständigkeit	2
Indizien für Scheinselbstständigkeit	4
Typische gerichtliche Überlegungen	6
Arbeitsrecht ist noch einmal etwas Anderes	7
Wer profitiert von Scheinselbstständigkeit?	8
Der Gesetzgeber bleibt gefordert	9
Klare Kriterien könnten den Status klären	10
Statusfragen sind kein Wunschkonzert	11
Einkommen als Indiz für Selbstständigkeit?	12
Das BSG-"Honorarhöhe"-Urteil im Detail	13
Fehlinterpretationen zum System	14
Wer entscheidet über Scheinselbstständigkeit?	15
Die Statusprüfung der KSK	16
Beginn der Versicherung beim Clearingverfahren	17
Folgen der Scheinselbstständigkeit	17
Folgen tragen vor allem Arbeitgeber	18
Der umgekehrte Fall – Folgen für Arbeitnehmerinnen	18
Verkappte Angestellte können sich einklagen	19
Klare Verhältnisse schaffen	20

Scheinselbstständigkeit

Zu wenigen Themen sind unter Selbstständigen so viele falsche Gerüchte so hartnäckig in Umlauf wie zum Thema Scheinselbstständigkeit. Um nur die Wichtigsten vorab auszuräumen, sei zunächst festgestellt:

- **Die Zahl der Auftraggeber spielt keine allein entscheidende Rolle.** Jemand kann mit nur *einem* Auftraggeber trotzdem selbstständig sein – und mit fünf Auftraggebern trotzdem bei einem oder allen *scheinselbstständig*. Wer allerdings auf Dauer nur einen einzigen Auftraggeber hat, sollte beachten: Da kann eine Rentenversicherungspflicht als "arbeitnehmerähnlich Selbstständige" entstehen.
- **Scheinselbstständig ist immer nur das Auftragsverhältnis**, niemals die ganze Person: Wenn einer meiner Verträge als scheinselbstständig eingestuft wird, kann ich trotzdem für meine anderen Kunden als Selbstständiger weiterarbeiten – und umgekehrt.
- **Schwierigkeiten bekommt der Auftraggeber**, wenn ein Vertrag als scheinselbstständig eingestuft wird – nicht die Auftragnehmerin.
- **Statusfragen sind kein Wunschkonzert.** Die Prüfung, ob jemand zu Recht als Selbstständiger beschäftigt wird, soll – wie auch das Bundessozialgericht stets betont – das System der sozialen Sicherung als Ganzes schützen und damit den zentralen Bestandteil des Sozialstaatsversprechens.
 - Einerseits soll die Statusprüfung verhindern, dass Arbeitgeber die Sozialversicherung um Beiträge prellen und Beschäftigten arbeitsrechtlichen Schutz und Mindestvergütungen vorenthalten.
 - Andererseits sollen sich Arbeitnehmerinnen nicht einfach aus dem Sozialsystem verabschieden dürfen. Daher reicht es nicht, wenn sie einfach Honorar- statt Arbeitsverträge abschließen. Wäre das so, könnte das heutige Sozialversicherungssystem einpacken. – Insbesondere das aktuelle System der Altersvorsorge funktioniert nur, weil alle abhängig Beschäftigten Mitglied sein *müssen*.

Es geht also im Kern um den Schutz von Arbeitenden und darum, dass sich (vermeintliche) Auftraggeber und (gefühlte) Selbstständige, immer dann am allgemeinen gesetzlichen Rentensystem des Sozialstaates beteiligen müssen, wenn die Zusammenarbeit so läuft, wie sie im pflichtversicherten Arbeitsverhältnis üblich ist: Der Arbeitgeber erteilt konkrete **Weisungen**, bestimmt etwa, wann und wo eine Arbeit zu erledigen ist und er legt fest, wie die Arbeitskräfte zusammenarbeiten. Ist das der Fall, sind – unabhängig davon, was im Vertrag steht – "Freie", "Pauschalistinnen", "externe Experten" und "Honorarkräfte" sozialrechtlich (und oft auch arbeitsrechtlich) nicht als selbstständige Unternehmen unterwegs, sondern *scheinselbstständig*.

Dass eine abhängige Tätigkeit als Selbstständigkeit ausgegeben wird, gibt es in vielen Branchen und Berufen: "Freie" Journalistinnen bei Medien, "selbstständige" Lkw-Fahrer bei Expeditionen, "selbstständige" Parfümverkäuferinnen in Kaufhäusern, "selbstständige" IT-Kräfte, die (zeitlich befristet) für ein Projekt in den Betrieb des Kunden eingebunden sind. Besonders im Baugewerbe haben sich neben legalen und legitimen Formen der handwerklichen Selbstständigkeit auch kriminelle Strukturen breitgemacht, die gezielt Notlagen insbesondere von Geflüchteten und Wanderarbeiterinnen ausnutzen und allein dem Lohn- und Sozialdumping sowie der Steuerhinterziehung dienen. Über ganze Subunternehmensketten, an deren Ende regelmäßig auch Schwarzarbeit steht, wird verschleiert, dass vorgeblich Solo-Selbstständige weisungsgebundene, abhängige Arbeit mit Mini-Vergütungen leisten.

Theoretisch und oft auch tatsächlich ist es einfach zu entscheiden, ob es sich wirklich um eine Selbstständigkeit handelt oder der Status nur zum Schein vereinbart wurde: Zählt für das Honorar allein ein Arbeitsergebnis und nicht die reine Anwesenheit, wird der Auftrag mit eigenem Arbeitsgerät und echtem unternehmerischen Risiko ausgeführt, arbeitet die Selbstständige wo und wann sie will und darf sie die Arbeit bei Bedarf auch an andere delegieren, spricht erst einmal nichts dafür, dass hier der Status anzuzweifeln oder zu klären wäre. Lassen hingegen entscheidende Kriterien eine abhängige Tätigkeit vermuten, muss in jedem Einzelfall in einer Gesamtschau betrachtet werden, was sozial- und arbeitsrechtlich für und gegen den einen oder anderen Status spricht. In manchen Fällen schafft da erst ein Urteil eines (obersten) Gerichts Klarheit, weil sich der Gesetzgeber bislang nicht durchringen konnte, klare Kriterien zu den Statusfragen festzulegen.

Die aktuelle Prüfpraxis

Weil auch eine generelle Regel nicht funktioniert, wenn sie nicht kontrolliert und durchgesetzt wird, prüft die Deutsche Rentenversicherung (DRV) unter Berücksichtigung der bisherigen Rechtsprechung regelmäßig, ob Betriebe Scheinselbstständige beschäftigen und klärt weitere Zweifelsfälle im **Statusfeststellungsverfahren**. Wie jede Prüfung ist auch die der DRV nicht immer einfach und wenig beliebt. Nicht zuletzt, weil auch sie darunter zu leiden hat, dass aktuell **kein eindeutiger Kriterienkatalog** bestimmt, wann eine Ausbeutung Scheinselbstständiger und der Sozialkassen vorliegt. Die DRV selbst erläutert die fünf größten Irrtümer (respektive Vorurteile) die daher immer wieder kolportiert werden:

- Irrtum 1: Die Clearingstelle prüft nicht unabhängig.
- Irrtum 2: In den meisten Fällen wird eine abhängige Beschäftigung festgestellt.
- Irrtum 3: Gleichartige Fälle werden unterschiedlich entschieden.
- Irrtum 4: Die Prüfkriterien sind für die Statusbeurteilung moderner agiler Arbeitsformen ungeeignet und insgesamt zu streng.
- Irrtum 5: Das Statusverfahren ist intransparent und bringt keine schnelle Rechtssicherheit.

Eigentlich wollte die nach der Bundestagswahl 2017 gebildete große Koalition das Verfahren ändern und hatte im Koalitionsvertrag festgelegt: *"Das Statusfeststellungsverfahren wollen wir vereinfachen und zwischen den unterschiedlichen Zweigen der Sozialversicherung widerspruchsfrei ausgestalten"*. – Ein Plan, der am einfachsten mit einem Kriterienkatalog umzusetzen gewesen wäre, der (wie früher im *Gesetz zur Förderung der Selbstständigkeit*) im Sozialgesetzbuch verankert wird. Stattdessen wurden Mitte 2021 marginale Änderungen beschlossen, die am 1.4.2022 in Kraft traten. Im Wesentlichen muss die DRV im Statusverfahren nicht mehr klären, ob eine Sozialversicherungspflicht vorliegt, sie kann auch – was rechtstechnisch wesentlich unkomplizierter ist – lediglich feststellen, ob eine selbstständige Tätigkeit vorliegt und das auch schon bevor die Tätigkeit aufgenommen wurde.

Die eigentliche Herausforderung bleibt, die Handvoll tauglicher Kernkriterien zu definieren, deren Häufung tatsächlich auf eine typische Selbstständigkeit oder Anstellung schließen lässt. – Der Idee beispielsweise, die Höhe der Stundenvergütung als ein solch starkes Kriterium zu verankern (wie dies hier und da gutverdienende Fachkräfte fordern), hat das Bundessozialgericht bereits mehrfach eine klare Absage erteilt.

Zu den **Abgrenzungsfragen** und die *Statusfeststellung von Erwerbstätigen* haben die Träger der Sozialversicherung gemeinsam mit der Bundesagentur für Arbeit erstmalig in 2010 ein *Rundschreiben zur Statusfeststellung* mit sechs Anlagen herausgegeben. Die aktuellste Fassung gilt seit dem 1. April 2022. Die Anlagen (ab Seite 37), die sogenannten Abgrenzungskataloge, treffen zusätzlich zu den generellen Feststellungen spezifische Aussagen für einzelne Berufsgruppen und Sonderthemen. Diese Anlagen werden alle paar Jahre aktualisiert. Sie drehen sich – wie hier nummeriert – um die Themen: (1) Theater, Orchester, Rundfunk, Film und Fernsehen | (2) Handelsvertretung | (3) GmbH-Geschäftsführung | (4) mitarbeitende Angehörige | (5) bestimmte Berufsgruppen. Die zusätzliche Anlage 6 beschäftigt sich mit Details zum Statusfeststellungsantrag für GmbH-Geschäftsführungen.

Diese Abgrenzungskataloge sind bedeutend, haben aber keinen Gesetzesrang. Sie geben erst einmal nur die Haltung beziehungsweise den Erkenntnisstand der Sozialversicherungsträger wieder. Sie sind daher lediglich Beurteilungshilfen, an die Gerichte *"bei der Gesamtwürdigung im Einzelfall aber nicht gebunden sind"*, wie das Bundessozialgericht 2013 feststellte (Az. B 12 R 13/10 R, Randziffer 20) und 2018 bekräftigte (Az. B 12 KR 3/17 R, Randziffer 14).

Indizien für Scheinselbstständigkeit

Es gibt keine klaren *gesetzlichen* Kriterien zur Scheinselbstständigkeit. Lediglich der Satz "*Selbständig ist, wer im wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann*" im [§ 84 HGB](#) bietet eine arg allgemeine gesetzliche Definition der selbstständigen Tätigkeit. Auf die beziehen sich auch das Bundessozialgericht und das Bundesarbeitsgericht in ihrer laufenden Rechtsprechung und haben dabei einen Wust an Prüfkriterien und Einzelfallentscheidungen produziert. Mangels klarer gesetzlicher Kriterien sind die Gerichte und Institutionen gezwungen, jeden Einzelfall zu beurteilen. – Eine auch nur im Ansatz sichere Prognose zum wahrscheinlichsten Status bei einem Job in der Grauzone zwischen Selbstständigkeit und abhängiger Beschäftigung kann es da nicht geben. Hinzu kommt: Eine vom Sozialgericht festgestellte Scheinselbstständigkeit führt nicht automatisch zu einer Anstellung. Zwar ist jedes Arbeitsverhältnis sozialversicherungspflichtig, auch ein unständiges oder auf Produktionsdauer bestehendes, aber nicht jede Tätigkeit, die sozialversicherungsrechtlich abhängig ist, wird auch arbeitsrechtlich so gewertet.

Die in der (Prüf-)Praxis bedeutsamste Unterscheidung ist die des Sozialrechts. Das unterscheidet zwischen abhängiger Beschäftigung (= nichtselbstständige Arbeit) und selbstständiger Tätigkeit. Anhaltspunkte für eine nichtselbstständige Arbeit liefern nach dem hier maßgeblichen [Sozialgesetzbuch IV, § 7](#), vor allem zwei Fragen:

- Ist der Auftragnehmer in seiner Tätigkeit **an Weisungen gebunden**? Dabei geht es im Wesentlichen darum, ob der Auftraggeber die Art der Arbeit, den Arbeitsort und vor allem die Arbeitszeit vorschreiben kann. Das traf nach einem Urteil des Sozialgerichts Dortmund (Aktenzeichen S 34 R 898/10) zum Beispiel auf eine "selbstständige" Betreuerin in einer Seniorenwohnanlage zu, die einen Vertrag mit dem Betreiber dieser Anlage geschlossen hatte. Da ihre Leistungen in diesem Vertrag festgelegt waren und nicht individuell mit den Betreuten ausgehandelt werden konnten, lag nach Auffassung des Berichts eindeutig ein Arbeitsverhältnis vor.
- Ist die Auftragnehmerin **in die Arbeitsorganisation des Auftraggebers eingebunden**?

Ergibt sich aus diesen beiden Fragen noch kein klares Bild, werden weitere **Indizien zur Beurteilung** herangezogen. Einige sind in der folgenden Tabelle aufgeführt und keines davon spricht isoliert für oder gegen eine Selbstständigkeit:

Indiz für eine <i>Scheinselbstständigkeit</i> ist es, wenn der Auftragnehmer...	Indiz für eine <i>selbstständige Tätigkeit</i> ist es, wenn die Auftragnehmerin...
... in den Räumen des Auftraggebers arbeitet,	... in eigenen Räumen arbeitet,
... das Arbeitsgerät vom Auftraggeber gestellt bekommt,	... mit eigenem Equipment und Software arbeitet oder Geräte des Auftraggebers völlig autonom nutzt, ohne in den Betriebsablauf eingegliedert zu sein,,
... die Arbeit vom Auftraggeber zugeteilt bekommt,	... eigene Themen und Lösungen vorschlägt und Aufträge ohne Nachteile ablehnen kann,
... an feste Arbeitszeiten gebunden ist und/oder in Dienstpläne eingeteilt wird,	... frei in der Wahl ihrer Arbeitszeit ist,
... zur Teilnahme an internen Besprechungen verpflichtet ist,	... nicht an allgemeinen Besprechungen teilnehmen muss,
... weisungsbefugt gegenüber anderen Mitarbeitern des Auftraggebers ist,	... nicht eng mit anderen Mitarbeitern zusammenarbeitet,
... einer regelmäßigen Kontrolle auch kleiner Arbeitsschritte unterworfen ist und/oder über diese berichten muss,	... nur ein vereinbartes fertiges Ergebnis abliefern muss, bzw. bei längeren Projekten nur über wichtige Meilensteine berichtet,
... im Firmentelefonverzeichnis mit einer eigenen Nummer aufgeführt sowie mit Visitenkarten des Auftraggebers ausgestattet ist,	... nicht im Namen des Auftraggebers auftritt und bei diesem nicht erreichbar ist,
... nicht für andere Auftraggeber arbeiten darf,	... auch für andere Auftraggeber arbeiten kann,
... seine Leistung <i>persönlich</i> erbringen muss,	... ihre Arbeit auch von Dritten erledigen lassen kann,
... die Preise vom Auftraggeber diktiert bekommt,	... eigene Preislisten hat oder eigene Angebote macht,
... nach einem (Angestellten-)Tarifvertrag bezahlt wird,	... Honorare vereinbart, die weit über den Tarifen vergleichbarer Angestellten-Tätigkeiten liegen,
... ein festes Monats- oder Wochenentgelt bekommt,	... nach dem <i>Ergebnis</i> ihrer Arbeit bezahlt wird (pauschal oder erfolgsbezogen).
... eine Arbeit macht, wie sie im selben Betrieb auch Angestellte erledigen,	... Leistungen erbringt, die im normalen Betriebsablauf nicht regelmäßig gebraucht werden,
... keinen (Internet-)Unternehmensauftritt hat und "am Markt" nicht sichtbar ist.	... um Kunden wirbt und öffentlich Leistungen anbietet.

Diese und weitere Kriterien, die das Bundessozialgericht über die Jahre entwickelt hat (und die Sozialgerichte in die Entscheidung einbeziehen), sowie ein Grobeinschätzung für verschiedene Berufe listet die DRV-Broschüre "Auf den Punkt gebracht: Versicherung 2021" ab Seite 14 auf. – Der bei uns zu ladende **Ausschnitt der Broschüre**, die erläutert, was bei einer Betriebsprüfung der DRV so alles angeschaut wird, beschränkt sich auf das Thema (Schein-)Selbstständigkeit.

Das Problem bei diesem Thema ist (für Auftraggeber wie Auftragnehmer), dass immer der Einzelfall anhand des Gesamtbildes beurteilt wird. Es gibt also kein Einzelkriterium, das *eindeutig* und hinreichend für oder gegen Selbstständigkeit spricht: Wer als Selbstständiger mit einem großen Kunden eine feste Monatspauschale aushandelt, ist allein deshalb nicht scheinselbstständig (sondern vernünftig und vorsorgend unternehmerisch tätig). Entscheidend ist immer das Gesamtbild der Zusammenarbeit:

- Die vorgeblich selbstständige Journalistin, die zwei Tage pro Woche in die Online-Redaktion geht und dort *auf Anweisung* acht Stunden lang arbeitet, was gerade anliegt, dürfte in diesem Auftragsverhältnis scheinselbstständig sein. Und das bleibt sie in *dieser* Redaktion auch dann, wenn sie an den restlichen drei Tagen für ein Dutzend anderer Kunden selbstständig Artikel schreibt.
- Der IT-Programmierer, der die EDV großer Unternehmen auf Vordermann bringt und dazu ein ganzes Jahr beim Kunden *im Betrieb* arbeitet, ohne Zeit für weitere Kunden zu haben, ist prinzipiell trotzdem selbstständig. – Solange die Arbeit und die Arbeitszeit selbst gestaltet werden. Arbeitet er jedoch eng mit Angestellten des Auftraggebers zusammen und macht dieses Unternehmen *feste Vorgaben* für die Zeiten die der Selbstständige im Betrieb zu sein hat, liegen schon wieder Indizien für eine *Integration in den Betriebsablauf* vor. (Zugleich kann auch prinzipiell diskutiert werden, wie selbstbestimmt ein Berater arbeitet, der sich nicht aussuchen kann, wann und wo er seinen Job erledigt.)
- Die Dozentin, die ihren Unterricht inhaltlich *weitgehend frei gestaltet* ist und auch nicht regelmäßig an Konferenzen des Kollegiums oder Fortbildungen teilnehmen muss, wird zu Recht als Selbstständige eingestuft.

Typische gerichtliche Überlegungen

Die Erwägungen, die Gerichte anstellen müssen, um den Status zu klären, sind mangels gesetzlicher Vorgaben im Detail differenzierter und manchmal auch schwer nachvollziehbar. – Ein Beispiel: Zum Status einer Physiotherapeutin befand das Bundessozialgericht (BSG) Ende März 2016 (AZ: BSG, B 12 KR 20/14 R) diese sei sozialversicherungspflichtig beschäftigt. Um zu diesem Gesamtbild zu kommen wurden abgewogen

- **Indizien, die für eine Selbstständigkeit sprechen:**
 - Der Wille der Vertragsparteien zu "freier" Mitarbeit,
 - die fehlende feste Arbeitszeit,
 - die zeitabhängige Vergütung,
 - die Vertretungsregelungen,
 - das Recht zur Ablehnung von Aufträgen,
 - die überwiegende Tätigkeit in Form von Hausbesuchen mit eigenem PKW und der Abrechnungsweg.
- **Indizien, die für eine Beschäftigung sprechen:**
 - die Eingebundenheit in die betriebliche Organisation, wie etwa
 - Erstkontakt zu den Patienten bei zugleich alleinigem Auftreten nach außen,
 - Fehlen einer eigenen Patientenkartei und eigener Betriebsräume,
 - Erstattung von Fahrtkosten bei Hausbesuchen,
 - vom Vertragspartner gestellte Arbeitsmittel Behandlungsräume.
 - Fehlende unternehmerische Freiheiten bzw. nur ansatzweise vorhandenes Unternehmerisiko,
 - kein nach außen wahrnehmbarer unternehmerischer Auftritt am Markt.
 - Leistungen wurden ausschließlich persönlich und nicht durch Mitarbeiter erbracht.

Grundsätzlich ist es bei der Abgrenzung wichtig, dass bei Selbstständigen tatsächlich ein **unternehmerisches Risiko** vorliegen muss. Es reicht nicht, Verträge abzuschließen, die eine unsichere Beschäftigung regeln. *"Allein das Risiko, nicht durchgehend arbeiten zu können, ist ein Risiko, das auch jeden Arbeitnehmer trifft, der nur auf der Grundlage von Zeitverträgen arbeitet. Es muss deshalb bei*

Selbstständigen ein Wagnis bestehen, das über dasjenige hinausgeht, kein Entgelt zu erzielen", fasste das Landessozialgericht Schleswig-Holstein im Beschluss L 5 BA 37/19 B ER vom 2.5.2019 die Anforderung zusammen. Soweit das Unternehmen, das in diesem Fall scheinselfständige Fitness-trainer beschäftigte "ein Unternehmerrisiko aus dem Umstand herleitet, dass die Trainer keinerlei Absicherung durch Kündigungsschutzgesetze hatten, handelt es sich hierbei um einen Zirkelschluss."

Eine **typische gerichtliche Begründung** zur Scheinselbstständigkeit beinhaltet, da eine echte gesetzliche Definition zur Selbstständigkeit fehlt, immer einen Verweis auf die ständige Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) oder Bundesarbeitsgerichts (BAG) und seit 2017 öfter auch auf den § 611a BGB, der versucht, Grundzüge dieser Rechtsprechung zusammenzufassen. – Beispielsweise urteilte das Sozialgericht Stuttgart am 8.3.2016 (Az. S 8 KR 4005/14): *"Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG setzt eine Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Demgegenüber ist eine selbstständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen. Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung."* – Welche Grundsätze das BSG geleitet haben, seine Kriterien zu entwickeln und welche Rolle grundsätzliche Erwägungen zum Sozialstaat dabei spielen, erläutern wir im Folgetext "Statusfragen sind kein Wunschkonzert".

Arbeitsrecht ist noch einmal etwas Anderes...

Ähnliche Kriterien wie im Sozialrecht gelten im Arbeitsrecht. Hier existiert ebenfalls keine klare gesetzliche Abgrenzung. Daher hat das Bundesarbeitsgericht (BAG) die gültigen Definitionen entwickelt. Zusammengefasst sind sie beispielsweise im BAG-Urteil vom 21.11.2017 (Az. 9 AZR 117/17) in der Randziffer 23 wo das Gericht insbesondere feststellt: *"Arbeitnehmer ist, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist. Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit betreffen. Arbeitnehmer ist derjenige Mitarbeiter, der nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann (vgl. § 84 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 HGB). Der Grad der persönlichen Abhängigkeit hängt dabei auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab",* wobei es nicht auf den Vertragstext ankommt, denn *"Widersprechen sich Vereinbarung und tatsächliche Durchführung, ist letztere maßgeblich, weil sich aus der praktischen Handhabung der Vertragsbeziehungen am ehesten Rückschlüsse darauf ziehen lassen, von welchen Rechten und Pflichten die Vertragsparteien ausgegangen sind, was sie also wirklich gewollt haben"*. – Ergänzend wäre noch ein BAG-Urteil vom 25.9.2013 (Az. 10 AZR 282/12) zu nennen, das klarstellt, dass ein angeblicher Werkvertrag tatsächlich ein Dienstvertrag ist, wenn ein Auftraggeber *"durch weitere Weisungen den Gegenstand der ... zu erbringenden Leistung erst bestimmen und damit Arbeit und Einsatz erst bindend organisieren muss"*. Entsteht dadurch eine starke "persönliche Abhängigkeit" (siehe oben), liegt – unabhängig vom Vertragsinhalt – ein Arbeitsverhältnis vor.

Auch im Arbeitsrecht wird also in jedem Einzelfall anhand von verschiedenen Indizien geprüft, wie das Verhältnis insgesamt ausgestaltet ist. Diese Praxis hat sich durch die Einführung des § 611a BGB zum 1.7.2017 nicht geändert. Damit hat der Gesetzgeber keine zusätzlichen klaren Kriterien beschrieben, sondern lediglich die laufende BAG-Rechtsprechung kursorisch zusammenfasst. Das dadurch weiter bestehende Problem der Rechtsunsicherheit im Einzelfall erläutern wir unter: Der Gesetzgeber bleibt gefordert.

Der Gesetzgeber sollte insbesondere deshalb nachlegen, weil der arbeitsrechtliche Status nicht immer so eindeutig zu bestimmen ist wie in dem Fall, den das Landesarbeitsgericht Köln am 8. Mai 2019 zu klären hatte. Hier wurde ein Scheinselbstständiger *"im Umfang der üblichen Wochenarbeitszeit eines vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers in den Büroräumen des Unternehmens mit den vom Dienstgeber zur Verfügung gestellten Arbeitsmitteln (...) tätig, ohne dass von betrieblichen Daueraufgaben abgrenzbare Projekte erkennbar sind"*, fasst das Gericht das Urteil (Az. 9 Ta 31/19) zusammen. – Kein Wunder, dass der Kläger in diesem Fall mit seiner Kündigungsschutzklage locker durchgekommen ist. Dass er die Klage erst nach einem Streit mit dem vorgeblichen Auftraggeber einreichte und ursprünglich (willentlich) einen Vertrag als Selbstständiger unterschrieben hatte, spielt keine Rolle: *"Zwingende gesetzliche Regelungen für Arbeitsverhältnisse können nicht dadurch abbedungen werden, dass die Parteien ihrem Arbeitsverhältnis eine andere Bezeichnung geben"*.

Zu den arbeitsrechtlichen Fragen, die im Komplex falsche oder richtige Statusbestimmung betrachtet werden, gehört am Rande auch die Frage der **Abgrenzung zwischen Arbeitnehmerüberlassung und dem Dienst- oder Werkvertrag**. Was im Gesetz zur Arbeitnehmerüberlassung (AÜG) geregelt ist, spielt für Selbstständige zwar nur dann eine Rolle, wenn ihr Job im "Entleihbetrieb" als schein-selbstständig zu werten ist, trotzdem erwähnen wir hier abschließend noch das Thema Überlassung, weil das BAG in einem Urteil vom 27.6.2017 (Az. 9 AZR 133/16) eine eher befremdliche Trennung von "arbeitsrechtlicher Weisungsbefugnis" und "projektbezogenen werkvertraglichen Anweisungen" fingiert hat. Diese Sicht kann – solange in arbeitsrechtlichen Statusfragen allein Richterrecht gilt – mittelbar auch bei der arbeitsrechtlichen Prüfung auf Scheinselbstständigkeit eine Rolle spielen. Auf jeden Fall gibt es Hinweise darauf, wie detailliert und gezielt der Umfang der persönlichen Abhängigkeit vor Gericht dargelegt werden muss, wenn eine formal Selbstständige entweder diesen Status bestätigt sehen will, oder vorbringt, sie sei tatsächlich Arbeitnehmerin: *"Die werkvertragliche Anweisung ist sachbezogen und ergebnisorientiert. Sie ist gegenständlich auf die zu erbringende Werkleistung begrenzt. Das arbeitsrechtliche Weisungsrecht ist demgegenüber personenbezogen, ablauf- und verfahrensorientiert"*, heißt es in dem Urteil. (Dass es sich auf die AÜG-Regeln vor der Reform zum 1.4.2017 bezog, ist hier unerheblich.)

Wer profitiert von Scheinselbstständigkeit?

Der Grund für die Konstruktion einer nur scheinbaren Selbstständigkeit ist meist simpel: Abhängig Beschäftigte haben Anspruch auf Kündigungsschutz, Sozialversicherung, Lohnfortzahlung bei Krankheit, Urlaub, Tarifbezahlung und Mindestlöhne. Selbstständige haben diese Ansprüche nicht. Arbeitskräfte, die ohne diese Ansprüche formal selbstständig beschäftigt sind, sind wesentlich billiger. Allein schon durch den unterschiedlichen sozialrechtlichen Status um mehr als ein Fünftel: Zwischen der Beschäftigung einer Arbeitnehmerin und einem Selbstständigen liegen aus Arbeitgebersicht allein dadurch über 20 Prozent Kostenunterschied.

Nur sehr gesuchte Fachkräfte haben die Marktmacht, die höheren Kosten für die Sozialversicherung und die geringere Beschäftigungssicherheit einzupreisen und entsprechend hohe Honorare zu verlangen. Der übergroßen Mehrheit der echten wie der falschen Solo-Selbstständigen fehlt diese Marktmacht. Sie werden engagiert, weil es für die Abnehmer der Arbeit wesentlich günstiger ist, mit Dienst- und Werkverträgen zu operieren. Kein Wunder, dass eine IAB-Langzeituntersuchung zur Scheinselbstständigkeit im Jahr 2017 zu dem Schluss kommt: *"Vor allem Geringqualifizierte und Berufseinsteiger gehören zu den Risikogruppen."*

Allerdings: Kein Gesetz regelt konkret, was eine Scheinselbstständigkeit ausmacht. Auftraggeber können daher ziemlich leicht auch über Arbeitskosten statt über Produkte, Service und Dienstleistungen konkurrieren. Mit abenteuerlichen und skurrilen Konstruktionen schleifen sie dabei nicht nur Arbeitnehmerrechte, sondern machen es auch den ehrlichen Unternehmen der Branche schwer. Dass hier allein Gerichte entscheiden – und das auch noch in jedem Rechtszweig einzeln – ist ein gesellschaftspolitisches Problem. Eine Lösung über eine rechtliche Definition ist bislang immer an einer breiten Interessenskoalition (zu Lasten der Sozialkassen) gescheitert.

Zur Wahrheit gehört auch, dass nicht nur verkappte Arbeitgeber dem Sozialstaat Beiträge entziehen wollen. Das wollen auch allzu viele faktisch abhängig Tätigen, die unbedingt als Selbstständige gelten wollen. Am lautesten sind in den öffentlichen Debatten zu Formen der Scheinselbstständigkeit zurzeit jene Selbstständigen zu hören, deren Beruf größere Verhandlungsmacht und Einkommen schafft. Sie koalieren zum Thema gerne mit Arbeitgeberverbänden, weil das den politischen Einfluss erhöht. – Der Verlierer ist die Allgemeinheit, wenn es faktisch abhängig Beschäftigten gelingt, sich insbesondere dem solidarischen System der gesetzlichen Altersvorsorge zu entziehen.

Um zu verhindern, dass Arbeitgeber nach Belieben Arbeitnehmerrechte aushebeln und das System der solidarischen Sozialversicherung gefährdet wird, sieht unsere Rechtsordnung vor, dass angestellt werden muss, wer abhängig beschäftigt wird. Wer seinen Job weisungsgebunden und/oder in den Betrieb erledigt, kann nicht selbstständig tätig sein, selbst, wenn das von beiden Seiten gewollt ist und in einem Vertrag mehrfach betont wird. Und wer nur scheinbar selbstständig arbeitet wird, wenn das auffliegt, auch nachträglich mindestens sozialversicherungspflichtig und muss manchmal auch rückwirkend angestellt werden.

Der Gesetzgeber bleibt gefordert

Weil heute *immer* eine Gesamtschau im Einzelfall vorgenommen wird, werden auch alle Einschätzungen der Deutschen Rentenversicherung (DRV) und die Urteile der Sozial- und Arbeitsgerichte – je nach Interessenlage – fast immer auf Unverständnis der unterlegenen Seite stoßen müssen. Es gibt eben **keine gesetzliche Definition der Selbstständigkeit** im deutschen Recht und in Sachen Scheinselbstständigkeit nicht einmal nachvollziehbare gesetzliche Kriterien. Im Koalitionsvertrag vom März 2018 wurde das Problem bei der Prüfung der Scheinselbstständigkeit zumindest angesprochen, dem folgte aber bislang keine gesetzliche Initiative, sondern lediglich Mitte 2019 der (problematische) Vorschlag, den Status in Zukunft bereits vor Aufnahme einer Tätigkeit feststellen zu lassen, der zum 1.4.2022 (neben weiteren kleineren Änderungen) als Gesetz in Kraft trat.

Solange es keine nachvollziehbaren gesetzlichen Vorgaben gibt, wird das Bundessozialgericht (BSG) weiterhin durchaus umstrittene Urteile fällen. Etwa solche wie das vom 14. März 2018 (Az: [B 12 R 3/17 R](#)): Hier entschied das Bundessozialgericht, dass Dozentinnen und Lehrer selbst dann freiberuflich beschäftigt werden können, wenn ihnen ein Lehrplan den Unterrichtsstoff genau vorschreibt. Dies sei – wie die Pflicht, die Räume der Schule zu nutzen – nur eine *Rahmenvorgabe* und die wiederum nur eines von vielen Indizien. Entscheidend sei, dass die *Gesamtschau* ergebe, dass eine selbstständige Tätigkeit *vereinbart und gelebt* wurde.

Da die (gerichtliche) Beurteilung im Einzelfall sozialrechtlich und arbeitsrechtlich sehr mühsam sein kann, wurde und wird immer wieder gefordert, mit klaren gesetzlichen Kriterien Rechtssicherheit für alle Vertragsparteien schaffen. – Das Arbeits- und Sozialministerium hatte eine solche Klarstellung ursprünglich für den Herbst 2015 angekündigt und einen ersten Gesetzentwurf vorgelegt. Der wurde im Frühjahr 2016 jedoch durch einen sehr abgeschwächten [Gesetzentwurf](#) der Regierung ersetzt, der im Oktober 2016 vom Bundestag verabschiedet wurde und am 1. April 2017 in Kraft trat. Anders als geplant und in den Entwürfen vorgesehen, gibt es nun gesetzlich lediglich eine grobe Zusammenfassung der zentralen Aussagen der (ohnehin) laufenden Rechtsprechung. Der neue **§ 611a BGB - Arbeitsvertrag** ist nach Meinung aller Fachmenschen mindestens überflüssig, vielleicht sogar schädlich und lautet im Kern: *"Weisungsgebunden ist, wer nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Der Grad der persönlichen Abhängigkeit hängt dabei auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab. Für die Feststellung, ob ein Arbeitsvertrag vorliegt, ist eine Gesamtbetrachtung aller Umstände vorzunehmen."*

Auf die Frage *"Warum enthält der neue § 611a BGB im Vergleich zum ersten Entwurf nur noch eine allgemeine Definition anstelle der konkreten Kriterien zur Abgrenzung von abhängiger und selbstständiger Tätigkeit?"*, gestellt in einer [Kleinen Anfrage](#) vom September 2016 gab die Regierung keine sachliche Antwort. Der ursprüngliche Text, auf den sich die Anfrage der Bundestags-Grünen bezog, ist aber eine nähere Betrachtung wert, denn: Ohne gesetzliche Kriterien zur Scheinselbstständigkeit kann es keine befriedigende Lösung geben, zu einer schnellen, einfachen und rechtssicheren Statusbestimmung zu kommen. – Im sofort gekippten ersten **Referentenentwurf zum § 611a BGB vom 16.11.2015** gab es acht Kriterien, die durchaus tauglich sind, die Probleme der Statusbestimmung zumindest zu mildern. Geplant war, die Kriterien wie folgt aufzustellen:

Für die Feststellung, ob jemand in eine fremde Arbeitsorganisation eingegliedert ist und Weisungen unterliegt, ist **eine wertende Gesamtbetrachtung** vorzunehmen. Für diese Gesamtbetrachtung ist insbesondere maßgeblich, ob jemand

1. **nicht frei** darin ist, seine Arbeitszeit oder die geschuldete Leistung zu gestalten oder seinen Arbeitsort zu bestimmen,
2. die geschuldete Leistung **überwiegend in Räumen eines anderen** erbringt,
3. zur Erbringung der geschuldeten Leistung **regelmäßig Mittel eines anderen** nutzt,
4. die geschuldete Leistung **in Zusammenarbeit mit Personen** erbringt, die **von einem anderen eingesetzt** oder beauftragt sind,
5. **ausschließlich oder überwiegend für einen anderen tätig** ist,
6. **keine eigene betriebliche Organisation** unterhält, um die geschuldete Leistung zu erbringen,
7. Leistungen erbringt, die **nicht auf die Herstellung oder Erreichung eines bestimmten Arbeitsergebnisses** oder eines bestimmten Arbeitserfolges gerichtet sind,
8. für das Ergebnis seiner Tätigkeit **keine Gewähr leistet**.

Im Referentenentwurf sind diese Kriterien ab Seite 9 genannt (und ab Seite 29 ausführlicher erläutert). Zusätzlich enthielt der Entwurf die schlaue Vorgabe, dass eine sozialrechtliche Scheinselbstständigkeit widerleglich arbeitsrechtliche Folgen hat. Besonders nützlich wäre die Umsetzung des Entwurfs daher auch deshalb gewesen, weil er vorsah, Sozial- und Arbeitsrecht ein wenig zu synchronisieren und damit ein weiteres Stück Rechtssicherheit zu schaffen. Zwar sollte es weiterhin möglich sein, dass der Status im Sozialrecht und im Arbeitsrecht auseinanderklaffen, aber grundsätzlich sollte gelten: *"Das Bestehen eines Arbeitsvertrages wird widerleglich vermutet, wenn die Deutsche Rentenversicherung ... das Bestehen eines Beschäftigungsverhältnisses festgestellt hat."*

Klare Kriterien könnten den Status klären

Streit gibt es um die Scheinselbstständigkeit vor allem deshalb, weil nach heutiger Rechtslage immer im Einzelfall entschieden werden muss. Immer dann, wenn viele einzelne Umstände und Indizien gegeneinander abgewogen werden müssen, kann das tatsächlich zur Rechtsunsicherheit führen – vor allem, wenn die unterschiedlichen Einschätzungen in langwierige Gerichtsverfahren münden. Zudem ist es ohne eine gewisse Typisierung schwer möglich, im Voraus zu beurteilen, ob ein Dienstvertrag nicht tatsächlich als Arbeitsvertrag einzuschätzen ist. Konkrete gesetzliche Vorgaben zu typischen Indizien könnten die Verfahren verkürzen und die Zahl der Fälle, die im Clearingverfahren landen, verringern.

Zwischen 1999 und 2003 hatte der Gesetzgeber genau das schon einmal versucht. Die Rechtsunsicherheit bei der Frage, ob jemand scheinselbstständig sei, sollte gedämpft werden; typische Kriterien sollten die Entscheidung im Einzelfall erleichtern. Dazu wurde eine "widerlegliche Vermutung" geschaffen, also eine **Beweislastumkehr** in Verbindung mit einem **Kriterienkatalog**. Die entsprechende (zweite) Definition im § 7 SGB IV *Beschäftigung* lautete bis Ende 2002:

(4) Bei einer erwerbsmäßig tätigen Person (...) 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 325 € [damalige Minijob-Grenze, d.A.] 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 auf Grund eines Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt hatte.*

Abgesehen davon, dass dieser Kriterienkatalog auf Druck der Wirtschaft (insbesondere der Zeitungsverleger) nur kurz in Kraft war, hatte er in dieser Form nach [Einschätzung des profilierten Arbeitsrechtlers Hensche](#) keine Wirkung. *"Die Nutzlosigkeit des Scheinselbstständigkeits-Paragraphen ergab sich daraus, dass die Krankenkassen mit dieser Vorschrift nicht arbeiten konnten, da sie die Umstände, die für oder gegen eine Versicherungspflicht sprechen, umfassend ermitteln müssen und sich dabei aus rechtlichen Gründen gar nicht auf die in diesem Paragraphen angeordnete rechtliche 'Vermutung' verlassen dürfen."* – Mit anderen Worten: Das Gesetz war handwerklich schlecht gemacht. Insbesondere war die Vermutung zum Beschäftigungsstatus nur dann zulässig, wenn Erwerbstätige der Sozialversicherung keine oder falsche Angaben gemacht hatten. *"Solche Fälle von 'Totalverweigerung'"* so Hensche, *"sind aber extrem selten, so dass der Scheinselbstständigkeits-Paragraph praktisch keinen Anwendungsbereich hatte"*.

Die Schwierigkeiten, im Einzelfall zu einer verlässlichen Vorab-Prognose über den Beschäftigungsstatus zu kommen, zeigen allerdings: Nur über einen neuen und wirksamen Katalog von Kriterien – egal ob positiv oder negativ formuliert – wird es möglich sein, Selbstständigkeit bei einer Dauerbeschäftigung rechtssicher zu definieren und auszuüben. Alle Versuche der Oppositionsparteien, entsprechende Kriterien wieder gesetzlich zu verankern, sind allerdings bislang ebenso gescheitert wie der [Versuch des Arbeitsministeriums in 2015](#) wieder einen gesetzlichen Kriterienkatalog zu gestalten.

Die Ironie der Geschichte ist, dass ausgerechnet jene, die ständig eine Rechtsunsicherheit beim Statusfeststellungsverfahren beklagen, jegliche Initiative zu einer verlässlichen Definition zu kommen,

lautstark bekämpfen. Die sinnvolle und nachvollziehbare Abgrenzung von abhängiger und selbstständiger Arbeit kommt also auch deshalb nicht voran, weil es neben den Wirtschaftsverbänden – denen es vor allem darum geht Sozialabgaben zu sparen – Verbände von Beschäftigten gibt, die dieses Ziel teilen. Insbesondere in Branchen, in denen Spezialistinnen gesucht und teuer bezahlt werden, haben einige von ihnen keine Lust, den allgemeinen sozialstaatlichen Regeln zu folgen. Lobbyverbände, die vor allem fordern, dass sich Bürgerinnen und Bürger ab einem gewissen Einkommen nicht mehr am Sozialsystem beteiligen müssen, haben nicht verstanden, dass ein Rechtsstaat nur funktionieren kann, wenn seine Regeln – auch die der Arbeits- und Sozialordnung – zumindest strukturell gleiche Grundbedingungen für alle schaffen. Das aber verträgt sich überhaupt nicht mit Sonderregeln für einzelne Berufsgruppen und Branchen aus rein wirtschaftlichen Erwägungen. – Genau das meinte das Bundessozialgericht, als es im Juni 2019 im Urteil zu vermeintlich selbstständigen Honorarärzten wiederholt klarstellte: Auch ein Mangel an Fachkräften erlaubt es nicht, sozialstaatliche Regeln außer Kraft zu setzen, nur „um eine Steigerung der Attraktivität des Berufs durch eine von Sozialversicherungsbeiträgen ‚entlastete‘ und deshalb höhere Entlohnung zu ermöglichen“.

Statusfragen sind kein Wunschkonzert

Was viele Auftraggeber (aber auch Zwangs-Selbstständige) gerne übersehen: Solange es Missbrauchsmöglichkeiten und je nach Status gravierende Schutz- und Einkommensunterschiede gibt, wird es Gerichten und dem Gesetzgeber nicht möglich sein, Statusfragen lockerer zu sehen. Beide haben auch die Pflicht, Erwerbstätige vor Ausbeutung sowie die Sozialordnung in ihrem Kernbereich zu schützen. Das ist gemeint, wenn etwa das Landessozialgericht Niedersachsen-Bremen feststellt (Az. L 2 R 372/12): *„Der besondere Schutzzweck der Sozialversicherung und ihre Natur als eine Einrichtung des öffentlichen Rechts schließen es im Ansatz aus, über die rechtliche Einordnung allein nach dem Willen der Vertragsparteien, ihren Vereinbarungen oder ihren Vorstellungen hierüber zu entscheiden“.*

Als Selbstständige im sozial- und arbeitsrechtlichen Sinn sollen im Sozialstaat also nur jene gelten, die wirklich frei und freiwillig unternehmerisch tätig sind und daher auch Chancen und Risiken der Selbstständigkeit realisieren. Was das sozialrechtlich bedeutet, haben die Sozialgerichte über viele Jahre geklärt und das Bundessozialgericht (BSG) in einem Urteil vom März 2016 (Az. B 12 KR 20/14 R) prägnant zusammengefasst. Dem Risiko, für die soziale Sicherheit allein verantwortlich zu sein, müssen *„um sozialversicherungsrechtliche Folgen auslösen zu können, auch größere Freiheiten in der Gestaltung und der Bestimmung des Umfangs beim Einsatz der eigenen Arbeitskraft oder größere Verdienstchancen gegenüberstehen.“*

Umgekehrt gilt natürlich genauso: Je eigenständiger die Tätigkeit ausgeführt und kalkuliert wird, desto geringer ist die Wahrscheinlichkeit, dass es sich bei einem Job um eine verkappte abhängige Tätigkeit handelt. Grundsätzlich muss dabei für jeden Auftrag einzeln betrachtet werden, ob er tatsächlich selbstständig ausgeführt wird, wobei die entsprechende Statusfeststellung die entsprechenden Indizien unterschiedlich gewichtet. Wird im Rahmen der grundsätzlich fälligen **Abwägung aller Umstände** festgestellt, dass der Job nicht weisungsgebunden ist, sinkt die Bedeutung anderer Kriterien. So entschied das Landessozialgericht NRW Mitte 2018 (Az. L 8 R 934/16) zur Frage, welche Rolle Fixkosten und Investitionen spielen: Es ist nicht von entscheidender Bedeutung, dass jemand *„weder über eine eigene Betriebsstätte verfügte, noch ein nennenswertes unternehmerisches Risiko traf. Ein unternehmerisches Tätigwerden ist bei reinen Dienstleistungen typischerweise nicht mit größeren Investitionen in Werkzeuge, Arbeitsgeräte oder Arbeitsmaterialien verbunden“.* – Das Fehlen von Betriebsräumen und Investitionen allein ist also kein zwingender Grund, eine abhängige Beschäftigung anzunehmen.

Die neuesten Grundsatzentscheidungen

In zwei Grundsatzurteilen aus dem Gesundheitsbereich hat das BSG am 4. Juni 2019 (Honorarärzte – Leitfall Az. B 12 R 11/18 R) und am 7. Juni 2019 (Pflegekräfte – Leitfall Az. B 12 R 6/18 R) noch einmal grundsätzlich klargestellt, welchen Stellenwert die **Eingliederung in die Arbeitsorganisation** und generell die Gesamtbetrachtung der vorliegenden Tätigkeit hat. Zu beiden heißt es schon in einer Pressemitteilung bzw. dem Terminbericht 23/19 zum Pflegekräfte-Urteil sowie in der Pressemitteilung und dem Terminbericht 22/19 zum Honorarärzte-Urteil, dass ein Mangel an Fachkräften gesetzliche Regeln nicht außer Kraft setzen könne, *„um eine Steigerung der Attraktivität des Berufs durch eine*

von Sozialversicherungsbeiträgen ‚entlastete‘ und deshalb höhere Entlohnung zu ermöglichen“. Wenn eine Tätigkeit nur eingegliedert in die Organisationsstruktur des Kunden (oder hier der Einrichtung) möglich sei, spräche bereits viel für eine Scheinselbstständigkeit. „Bloße Freiräume bei der Aufgabenerledigung, zum Beispiel ein Auswahlrecht der zu pflegenden Personen“, reichten nicht, eine freie unternehmerische Tätigkeit anzunehmen, teilte das BSG mit. Hierzu hatte beispielsweise der Arbeitgeber im Pfleger-Leitfall argumentiert, der Mitarbeiter im Altenheim habe nur tage- oder wochenweise gearbeitet, eigene Berufskleidung mit eigenem Namensschild getragen und mehr als den doppelten Stundenlohn im Vergleich zu angestellten Pflegekräften bekommen habe.

Beruf und Honorarhöhe sagen wenig aus

Einige Anwälte, Wirtschaftsverbände und Interessengruppen versuchen seit Jahren, die Bedingungen zu verschieben. Im Kern lautet die Forderung: (Besserverdienende) Selbstständige sollten sich den sozial- und arbeitsrechtlichen Status aussuchen können. Die Bundestagsfraktion der FDP hat dies Thema dankbar übernommen und fordert spätestens seit 2019 ebenfalls: Der Erwerbsstatus und damit die Sozialversicherungspflicht soll *vor allem* oder gleich ausschließlich von der Einkommenshöhe oder auch der Tätigkeit abhängig sein. Dass ein Sozialstaat so nicht funktioniert und er sich entsprechend schützen muss, hat das BSG im "Honorarärzte-Urteil" vom 4. Juni 2019 noch einmal betont: Wenn in einem Beruf die Berufstätigen üblicherweise als sozialrechtlich abhängig Beschäftigte unterwegs sind, ist die Selbstständigkeit umfassend darzulegen und die Honorarhöhe *"nur eines von vielen in der Gesamtwürdigung zu berücksichtigenden Indizien"*.

Quasi als Ausweichstrategie der IT-Wirtschaft und einiger Selbstständiger dieser Branche wird mindestens ergänzend massiv gefordert für bestimmte Berufe Sonderregeln zu schaffen. Das Märchen geht hier so: Wegen neuer arbeitsorganisatorischer Umstände – Stichwort agile Projektarbeit – sei es nicht mehr "zeitgemäß" zwischen abhängiger und selbstständiger Arbeit zu unterscheiden. Dabei ist es (auch bei Projekten) ganz einfach: Wer für eine Firma abhängig arbeitet, wird von dieser (auf Projektdauer) angestellt, wer seine Arbeitsorganisation selbst bestimmt und freiwillig Lebenszeit oder Arbeitsergebnisse "verkauft", ist selbstständig. Aus der Tatsache, dass in einigen wenigen Einzelfällen nicht ganz einfach festzustellen ist, was nun überwiegt eine Honorar- oder Berufsausnahmeregel zu stricken, brächte einen erheblichen Kollateralschaden für das Sozialsystem. Was die FDP-Fraktion im Bundestag nicht davon abhielt, im Dezember 2019 per Antrag zu fordern, wegen rund 0,22% aller Erwerbstätigen einen "Paradigmenwechsel" bei der Statusfeststellung einzuleiten.

Rechtlich ist die auch im FDP-Antrag (erneut) geforderte Berücksichtigung der Honorarhöhe als ein Indiz überhaupt kein Neuland. Die Versuche, die Vergütung als Hebel zu nutzen, Höchstverdiener aus der Verantwortung für die sozialen Sicherungssysteme zu entlassen, reißen aber seit 2017 nicht mehr ab. Seitdem wird eine Bemerkung in einem Urteil des Bundessozialgerichts (31.3.2017, Az. B 12 R 7/15 R) gerne kolportiert, in der das Gericht die Honorarhöhe in speziellen Konstellationen "bedeutend" nannte. Genauer: Die erste Gerichts-Pressemitteilung zum Urteil wird so interpretiert, als habe erstens bis dahin kein Gericht auf die Vergütung geschaut und spiele zweitens die Honorarhöhe seitdem eine *herausragende* Rolle. – Tatsächlich hat das BSG (wie viele Urteile zuvor) beiläufig erwähnt, dass ein Honorar, das *"deutlich über dem Arbeitsentgelt eines vergleichbar eingesetzten Arbeitnehmers"* liegt, als *ein* Indiz für Selbstständigkeit gelten könne. Aber auch erst dann, wenn die Person weder weisungsgebunden arbeitet, noch in den Betriebsablauf eingegliedert ist. (Zu diesem Urteil haben wir wegen der penetranten Fehlinterpretationen auch noch den folgenden Detailtext "Einkommen als Indiz für Selbstständigkeit?" verfasst.)

Einkommen als Indiz für Selbstständigkeit?

Seit einem Urteil des Bundessozialgerichts aus 2017 taucht vereinzelt das seltsame Argument auf, die Höhe des Einkommens könne ein guter oder gar entscheidender Indikator dafür sein, ob ein Job selbstständig ausgeübt wird. Wäre das so, wäre es konsequent allen Erwerbstätigen mit hohem Einkommen zu erlauben, den Status frei wählen zu dürfen. Weil diese Forderung nicht durchsetzbar scheint, taucht die Position mittlerweile modifiziert auf: Honorare, die bei vergleichbarer Arbeit höher sind als Gehälter, sollen ein entscheidendes Kriterium für die Bestimmung des Erwerbsstatus werden.

Heute ist es so, dass diese Differenz (und zwar schon lange) in der Rechtsprechung als Indiz herangezogen wird: Ist bei Betrachtung aller Umstände einer Tätigkeit nicht klar zu sagen, ob es sich eher um eine selbstständige oder eine angestellte handelt, kann eine deutlich bessere Bezahlung den Ausschlag geben, wenn der Status bestimmt werden soll. – Die Forderung, die Honorar-Gehalts-Differenz

zukünftig wesentlich stärker zu gewichten, spielt für die allermeisten Berufe und Branchen keine Rolle: Nur dort, wo Facharbeit Mangelware ist, Erwerbstätige aus anderen Gründen eine starke Marktmacht besitzen oder Abnehmer der Arbeit bereit sind für eine extreme Flexibilität mehr zu zahlen, können Selbstständige langfristig höhere Einkommen erzielen als Angestellte. Das heißt: Es geht beim Thema "Honorarhöhe als zentrales Status-Kriterium" um eine kleine Minderheit aller Selbstständigen und eine minimale Anzahl aller Erwerbstätigen.

Weil so wenige betroffen sind, scheint es ein Randproblem zu sein, wenn ein Sonderrecht für Minderheiten geschaffen würde. Die Forderung wird aber bedenklich (und verfassungsrechtlich problematisch), weil sie darauf zielt, dass (relativ) besser Verdienende aus dem System der sozialen Sicherung und des Arbeitsschutzes aussteigen dürfen. Selbst dann, wenn sie bei einer konkreten Tätigkeit ansonsten alle Kriterien für einer abhängige Beschäftigungsform erfüllen. – Genau um diese Frage zu verwischen, wird Selbstständigkeit von den interessierten Kreisen gerne als Beruf bezeichnet. Tatsächlich betrachtet das Sozial- und Arbeitsrecht nicht Personen, sondern Formen der Zusammenarbeit und Abhängigkeiten. Und das in jedem Einzelfall. Daher kann jemand locker eine abhängige Beschäftigung mit fünf selbstständigen Jobs ergänzen – und umgekehrt. Niemand also hindert beispielsweise IT-Selbstständige (die sich gerne von "Berufsverbot" verfolgt wähnen, sobald sie für ein Projekt einzustellen sind, wenn sie dort im Betrieb und dessen Hierarchie eingegliedert sind) ihren Beruf auszuüben. Sie können parallel gerne so viel und so lange selbstständig arbeiten wie sie wollen oder können.

Nichts spricht dagegen, die Kriterien für eine Selbstständigkeit klarer gesetzlich zu umreißen und zu verankern (siehe auch [hier](#)), aber alles spricht dagegen, mit lediglich einer Stellschraube zu operieren und mit ihr die Fragen zu klären, wer Arbeits- und Mitbestimmungsrechten unterliegt und wer sich am System der gesetzlichen Rentenversicherung beteiligen soll.

Eine Prognose vorweg: Die Bedeutung der Scheinselbstständigkeit wird absehbar stark abnehmen, sobald auch alle Selbstständigen zur Altersvorsorge verpflichtet werden. – Die Beliebtheit des Arguments, über die Einkommenshöhe könne auf eine abhängige oder selbstständige Tätigkeit geschlossen werden, wird trotzdem bleiben. Im Kern geht es vielen eben nicht um Statusfragen, sondern darum, ob sie am allgemeinen gesellschaftlichen Rentensystem beteiligt werden. Die Diskussion um taugliche Kriterienkataloge und Unterscheidungsmerkmale wird daher so lange erhalten bleiben, wie es sich die Gesellschaft leistet, auf ein Vorsorgesystem zu verzichten, in das alle Erwerbstätigen gleichermaßen einzahlen.

Das BSG-"Honorarhöhe"-Urteil im Detail

Tatsächlich hatte das Bundessozialgericht (BSG) im Urteil vom 31.3.2017 (Az. B 12 R 7/15 R) in einem Einzelfall geklärt, ob hier die (nebenberufliche) Selbstständigkeit als scheinselbstständig zu bewerten sei und auch das Thema "Honorarhöhe" gestreift. Wirtschaftsnahe Verbände und Anwälte hatten aus einer Pressemitteilung des Gerichts (bereits Monate vor Veröffentlichung des Urteils) die dies erwähnt, abgelesen, das BSG habe seine Rechtsprechung geändert. Nach der Veröffentlichung wurde klar, dass das Urteil definitiv nicht aussagt, hohe Honorare böten einen Freifahrtschein aus den etablierten Regeln des Sozialstaates zur Altersvorsorge.

Konkret hatte das BSG wie üblich viele verschiedene Indizien geprüft und abgewogen. Dabei widmete es rund 0,8 Prozent der Urteilsbegründung auch dem Indiz des Einkommens, mithin der Honorarhöhe. Nicht, weil das BSG plötzlich eine herausragende Bedeutung des Einkommens für die Statusfrage erkannt hat, sondern weil das Gericht vom Kläger DRV quasi gezwungen wurde, auch hierzu etwas zu sagen: Die Rentenversicherung hatte das Einkommen als vermeintliches Hilfsargument in ihrer Revisionsbegründung erwähnt. Die DRV schrieb darin, die Vorinstanz habe nicht exakt genug geprüft, ob aus dem Honorar für vier bis sieben Stunden in der Woche *"hinreichende Eigenvorsorge (Alter, Krankheit etc.) finanziert werden kann"*. Woraufhin das BSG am Rande darauf hinwies, dass das Honorar des ohnehin nur nebenberuflich selbstständigen Heilpädagogen im vorliegenden Fall so *"deutlich über dem Arbeitsentgelt eines vergleichbar eingesetzten sozialversicherungspflichtig Beschäftigten"* lag, dass damit eine Eigenvorsorge möglich sei und deshalb in diesem konkreten Fall *"ein gewichtiges Indiz für eine selbstständige Tätigkeit"*.

So ein Satz heißt jedoch niemals, ab einem bestimmten Stundensatz solle sich jeder den Status und damit den Grad der Teilhabe an den gesellschaftlichen Vorsorgesystemen selbst aussuchen. Es handelt sich, so das BSG im folgenden Satz, *"nur um eines von vielen in der Gesamtwürdigung zu berücksichtigenden Indizien"*. An die Aussagekraft des Unterschieds von Honoraren und Löhnen für eine

vergleichbare Tätigkeit dürften *"keine überspannten Anforderungen gestellt werden"*, ermahnt das Gericht die DRV. Genau das Gegenteil lesen nun jene Verbände und Unternehmerverbände heraus, die seitdem fordern die Einkommenshöhe zum zentralen Punkt einer Statusprüfung zu machen. – Mit verkürzten Argumenten und Scheinplausibilitäten ist allerdings auch deren Mitgliedern nicht wirklich geholfen.

Liest man das Urteil korrekt und im Zusammenhang, sagt es ziemlich das Gegenteil dessen, was mit dem Herausgreifen eines Halbsatzes suggeriert werden soll. Tatsächlich hat das oberste Sozialgericht der DRV mitgeteilt, sie solle mit Honorarhöhe-Argumenten doch mal auf dem Teppich bleiben und ergänzt, hierzu sei eine exakte Tatsachenerhebung im konkreten Fall offensichtlich entbehrlich, weil das nur ein einziges Indiz aber nicht den Status insgesamt klären würde. – Nebenbei bemerkt: Die beliebte Behauptung, das BSG habe 2017 seine Rechtsprechung ergänzt oder verändert, ist schlicht Quatsch. Die Höhe der Vergütung wurde von ihm bereits früher immer dann betrachtet, wenn es zur Statusklärung sinnvoll schien. Und so halten es auch die anderen Sozialgerichte. Interessant (und tatsächlich neu) ist, dass Gerichte nun das BSG-Urteil für die gegenteilige Argumentation heranziehen. So befand das Landessozialgericht Schleswig-Holstein im Beschluss L 5 BA 37/19 B ER vom 2.5.2019 unter anderem zu sehr geringen Stundensätzen, die mit Scheinselbstständigen vereinbart wurden, diese *"mögen zwar den allgemeinwirtschaftlichen Umständen von Fitnessstudios geschuldet sein, sprechen jedoch nach der vom Sozialgericht zitierten Entscheidung des BSG vom 31. März 2017 – B 12 R 7/15 R – gleichwohl für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung"*.

Fehlinterpretationen zum System

Zum Teil mag schlicht fehlender juristischer Sachverstand eine Rolle spielen, der eigentliche Beweggrund für die sozialrechtliche Fehleinschätzung scheint andere Gründe zu haben: Offensichtlich geht es darum, bei einer Scheinselbstständigkeit im oberen Einkommensegment die Altersvorsorge – wenn überhaupt – außerhalb des allgemeinen gesetzlichen Systems betreiben zu können. Das Thema Scheinselbstständigkeit sei für diese Klientel generell nicht wichtig, wird behauptet, weil diese eine Altersvorsorge auch locker außerhalb betreiben könnten. Das heutige Rentensystem wurde aber mit Bedacht anders konstruiert. Eben nicht als individuelle, sondern als gesellschaftliche Vorsorge, in der auch Umverteilungsmechanismen existieren – etwa durch die Anerkennung von Erziehungszeiten oder die finanzielle Unterstützung bei Erwerbsunfähigkeit. Dieses solidarische System wäre mausetot oder müsste stärker mit Steuergeldern gestützt werden, würden nur noch Geringverdiener zur Finanzierung herangezogen. Solange dies umlagefinanziert existiert (zu dem Alternativen denkbar sind) gibt es gute Gründe, den Status auch bei hohen Einkommen genauer zu prüfen.

Es geht also um Grundfragen der Rentenpolitik. Letztlich um die Frage, ob eine gesamtgesellschaftliche Erwerbstätigenversicherung mit dem für alle Versicherungen typischen solidarischen Risikoausgleichs angestrebt wird oder ob ein "jeder-seines-Glückes-Schmied"-Leitgedanke bei der Altersvorsorge werden soll. Anders als oft und gerne kolportiert, geht es bei einem Rentensystem nicht allein um den Schutz jener, die zur Vorsorge kein Kapital anhäufen oder Immobilien kaufen können. Auch deshalb ist die Deutsche Rentenversicherung (DRV) verpflichtet und darauf bedacht, Scheinselbstständigkeit und damit ein Ausbluten der Sozialkassen zu verhindern. Seit es die gesetzliche Rente gibt, war die Wahl des Beschäftigungsstatus nie ein Wunschkonzert. Auch wer hohe Einkommen, Kapital oder Immobilien besitzt durfte sie nicht einfach verlassen. Dass vor Urzeiten eine gesellschaftliche Altersvorsorge gestrickt wurde, die an abhängige Arbeitseinkommen gekoppelt ist und dass alle Sondersysteme und Ausnahmen strukturell bis heute beibehalten wurden, ist der eigentliche Anachronismus des deutschen Wegs. In Europa ist das inzwischen einmalig.

Der Wunsch, im Status Selbstständigkeit zu arbeiten, obwohl die konkrete Tätigkeit viele Kriterien einer abhängigen Beschäftigung erfüllt, entspringt heute vor allem dem Wunsch, wählen zu dürfen ob und wie Altersvorsorge betrieben wird. Während die Altersvorsorgepflicht näher rückt, verschiebt sich die Argumentation der Gegner des Rentensystems: Dass Selbstständige überhaupt nicht mit einer Vorsorgepflicht behelligt werden sollten, tritt langsam in den Hintergrund, betont wird immer öfter, dass es ausreiche, Niedrigverdiener in die gesetzliche Rentenversicherung einzubeziehen. Die wären dann geschützt, der Rest käme auch mit privaten Versicherungen, Ersparnissen und Immobilien klar. – Mag sein, aber im Rentensystem geht es nicht nur um individuelle Fragen. Dort werden derzeit abhängig Erwerbstätige jeder Einkommensklasse einbezogen, um das System vor dem Ausbluten zu bewahren. Und auch deshalb ist Selbstständigkeit (anders als ein Beruf) ein Status und damit nichts, was frei wählbar ist, sondern schlicht abhängig davon, ob *insgesamt* eine unternehmerische Unabhängigkeit vorliegt.

Wer entscheidet über Scheinselbstständigkeit?

Ob es sich in einem konkreten Fall um eine selbstständige Tätigkeit oder eine nichtselbstständige Beschäftigung im Sinne der Sozialversicherung handelt, entscheidet normalerweise die **Deutsche Rentenversicherung Bund (DRV)**. Sie führt bei allen Unternehmen regelmäßig – mindestens alle vier Jahre (siehe § 28 SGB 4) – Betriebsprüfungen durch und nimmt dabei auch die Vergütungen unter die Lupe, die an selbstständige Mitarbeiterinnen oder Mitarbeiter gezahlt wurden.

Sind Auftraggeber und -nehmer unsicher, ob sie einen konkreten Auftrag als selbstständige Arbeit abwickeln können oder ob es nicht eher ein Arbeitnehmerjob ist, können sie ein "**Statusfeststellungsverfahren**" bei der DRV beantragen. Diese entscheidet dann *verbindlich*, wie das Vertragsverhältnis einzustufen ist. Das Verfahren ist in § 7a SGB 4 geregelt. Dort ist auch festgelegt, dass bei der Beschäftigung von Familienangehörigen sowie bei der Beschäftigung von geschäftsführenden GmbH-Gesellschaftern der Status verpflichtend festgestellt werden muss. Laut Auskunft der Regierung vom Januar 2020 (Bundestags-Drucksache 19/16819) wurde der freiwillige Antrag in 2019 knapp 22.000 mal gestellt. Dabei wurde in einem Drittel der Fälle eine Scheinselbstständigkeit festgestellt. Bei den über 40.000 Pflicht-Statusfeststellungen bei den Familienangehörigen wurde zu fast 100 Prozent eine abhängige Beschäftigung festgestellt, bei den 3.500 Geschäftsführenden zu gut zwei Dritteln.

Es gibt, um den Status frühzeitig und rechtssicher zu klären, definitiv nur das Instrument des Statusfeststellungsverfahrens – im Sinne des Sozialrechts. Und tatsächlich wurde im Koalitionsvertrag vom März 2018 festgelegt: *"Das Statusfeststellungsverfahren für Selbstständige wollen wir vereinfachen und zwischen den unterschiedlichen Zweigen der Sozialversicherung widerspruchsfrei ausgestalten."* Das ist mit einer kleinen Reform, die kurz vor der Bundestagswahl 2021 beschlossen wurde und im April 2022 in Kraft tritt, nur bedingt erreicht und auch weiterhin kann das Verhältnis arbeits- und steuerrechtlich durch Gerichte und Behörden immer noch anders beurteilt werden als der sozialrechtliche Status.

Die **Reform des Statusfeststellungsverfahrens zum 1.4.2022** ändert nichts an dessen Grundlagen: Es bleibt bei Einzelfallentscheidungen, denen keine feststehenden Kriterien oder gar einen gesetzlichen Kriterienkatalog zugrunde liegen. Die Änderungen betreffen vor allem Verfahrensfragen.

- Im Statusverfahren wird nicht mehr über die Versicherungspflicht in den Sozialversicherungen entschieden, sondern "lediglich" darüber, ob die Tätigkeit selbstständig oder abhängig erfolgt. Das kommt letztlich auf des Gleiche raus, geht aber schneller und mit weniger Angaben.
- Ab April 2022 sind zudem *Prognoseentscheidungen* möglich. Es kann also schon vor Beginn der Tätigkeit um eine Einschätzung zum Status durch die Deutsche Rentenversicherung (DRV) gebeten werden und bei Auftragsvermittlungen können Selbstständige, Vermittler oder Endkunden das Verfahren zur Statusfeststellung einleiten.
- Zudem wird eine *mündliche Anhörung im Widerspruchsverfahren* eingeführt und die Prüfung soll dadurch erleichtert und beschleunigt werden, dass die Feststellung über den Status nicht mehr automatisch mit einer kompletten Prüfung der Sozialversicherungspflichten gekoppelt ist.
- Last not least wird eine *Gruppenfeststellung* eingeführt. Das heißt: Zukünftig soll die DRV auf Grundlage einer Einzelfallprüfung gegenüber den Auftraggebern ein Gutachten darüber abgeben können, wie der Status von weiteren Personen einzuschätzen ist, die in weitgehend identischen Auftrags- oder Arbeitsverhältnissen tätig sind. Das entsprechende Gutachten der Clearingstelle ist kein Bescheid und daher für andere Versicherungsträger nicht bindend. Es schafft aber Rechtssicherheit durch die Bestimmung, dass Bescheide anderer Versicherungsträger über eine Versicherungspflicht, die die DRV im Gutachten verneint hat, nur für die Zukunft und nicht rückwirkend gelten. Auch Auftragnehmerinnen können um eine Prognose bitten. Und zwar dann, wenn sie mehrere gleichartige Aufträge mit einem Unternehmen vereinbart.

Rechtssicherheit in Sachen Sozialversicherungen schafft das Feststellungsverfahren nach derzeitiger Rechtslage nur, wenn die Clearingstelle **spätestens einen Monat nach Beginn der Beschäftigung** eingeschaltet wird. Dann gilt die Entscheidung zum Status erst mit Abschluss der Prüfung und nicht rückwirkend. Allerdings gibt es im Sozialrecht keine strafbefreiende Selbstanzeige, wie sie das Steuerrecht vorsieht. Wenn die DRV bei einer Betriebsprüfung von sich aus ein Verfahren einleitet, kann der Status *immer* rückwirkend beurteilt werden. Es lohnt sich also (vor allem für Auftraggeber), bei unklarem Status das Thema nicht auf die lange Bank zu schieben.

Der Fragebogen/Antrag für das freiwillige Verfahren ist samt Anlagen und Erläuterungen bei der DRV Bund zu erhalten. Es gibt zusätzlich noch den (ähnlichen) Fragebogen bei Betriebsprüfungen. Den

schickt die DRV an Auftragnehmerinnen, wenn sich ihr im Rahmen der Prüfung Fragen zum Status der Mitarbeitenden stellen.

Wenn die dann über den Status entscheidet, gilt das immer nur für das *eine* konkrete Auftragsverhältnis, das geprüft wurde. Ein genereller "Freibrief", etwa für bestimmte Berufe, ist von der DRV nicht zu kriegen, woran auch die Prognoseentscheidung ab 1.4.2022 nichts ändern wird. Viele Auftraggeber bitten ihre Auftragnehmer, im Rahmen des Antrags auf Statusfeststellung ihre Zustimmung zum *späteren* Eintritt der Versicherungspflicht zu geben. Das *kann* legitim sein und hilft jenen Auftraggebern, die so etwas erst nach Aufnahme der Tätigkeit (etwa bei einer drohenden Prüfung) verlangen, nicht, das Risiko einseitig und unfair auf Auftragnehmer zu verlagern. – Versucht wird das trotzdem immer wieder gerne.

Natürlich laufen die Clearingstelle und die DRV schnell Gefahr zum Buhmann zu werden. Deren Job mit Prüfungen und Beurteilungen auch das Ausbluten des Sozialsystems zu verhindern, sehen manche Auftraggeber und (vermeintliche) Selbstständige, die insbesondere von der Rentenversicherungsfreiheit und steuerlichen Gestaltungsoptionen profitieren wollen, gar nicht gerne. Ihnen macht es die fehlende klare *gesetzliche* Definition leicht, gegen die Prüfpraxis der DRV mit Einzelfallbeispielen zu polemisieren. Tatsächlich führt die Rechtsunsicherheit im Detail immer wieder zu unverständlichen, manchmal hanebüchen praxisfremden Beurteilungen der Rentenkasse. Solche Beispiele sind selten, werden von interessierter Seite aber regelmäßig und mit großem Aplomb ausgeschlachtet. Dass die Prüfungen insgesamt noch viel zu selten sind, im Großen und Ganzen zu korrekten Ergebnissen führen und das zurzeit einzige Mittel gegen die Ausbeutung Scheinselbstständiger und der Sozialkassen sind, geht da ein wenig unter. Und wenn die Entscheidung der DRV wirklich mal danebenliegt, ist die ja noch auf dem Rechtsweg zu klären: Gegen jede Entscheidung eines Sozialversicherungsträgers sind selbstverständlich Widerspruch und Klage möglich. – Letztendlich entscheidet damit das Bundessozialgericht, wie der Status im Einzelfall zu beurteilen und legt dabei auch regelmäßig die Grundsätze fest, die in einzelnen Berufen maßgeblich zu beachten sind.

Die Statusprüfung der KSK

Auch die **Künstlersozialkasse** (KSK) prüft den Status, wenn Publizistinnen oder Künstler in die KSK aufgenommen werden wollen. Hier spielen alle üblichen Kriterien eine Rolle und hier erfahrungsgemäß zudem, ob man nur einen (Haupt-)Auftraggeber hat oder mehrere vorweisen kann. Wer nur einen Auftraggeber hat, sollte nachweisen können, dass es sich tatsächlich um eine selbstständige Tätigkeit handelt, also keine Weisungsgebundenheit und keine Einbindung in die Arbeitsorganisation des Auftraggebers besteht. Die Entscheidung, die die KSK bei der Aufnahme trifft, wurde lange als bindend für alle Sozialversicherungsträger angesehen. Die DRV schrieb deshalb noch bis Ende 2019 im *Merkblatt V0028*: *"Ein Statusfeststellungsverfahren wird nicht durchgeführt"*, wenn eine Krankenkasse, Rentenversicherung oder die KSK bereits über den Status entschieden hat oder ein entsprechendes Verfahren läuft. In diesen Fällen müsse *"die Clearingstelle Ihren Antrag auf Durchführung eines Statusfeststellungsverfahrens ablehnen. Wir empfehlen deshalb ggf. auf eine Antragstellung zu verzichten."* – Ein Urteil des Bundessozialgerichts vom 12.12.2018 (Az. B 12 R 1/18 R) hat allerdings verbindlich klargestellt, dass diese Darstellung lediglich eine These der DRV war. Im Merkblatt der Rentenversicherung fehlt daher seit Anfang 2020 der Hinweis auf die Prüfung der KSK. Im dem vom BSG entschiedenen Fall wollte die DRV mit dem Argument, die KSK habe bereits *"über den sozialversicherungsrechtlichen Status des zu beurteilenden Vertragsverhältnisses entschieden"*, einem Journalisten eine Statusanfrage verweigern. Tatsächlich hatte bei ihm die KSK in 1992 die Verhältnisse geprüft und ihn als Versicherten aufgenommen. 19 Jahre später jedoch wollte der Kläger von der Clearingstelle wissen, wie diese das eigentlich beurteile. Weitere sieben Jahre später hat das BSG dann Klarheit geschaffen: *"Die Weigerung der Beklagten, ein Statusfeststellungsverfahren durchzuführen, ist rechtswidrig und verletzt den Kläger in seinen Rechten."*

Da die KSK weder eine Einzugsstelle noch ein "anderer Versicherungsträger" im Sinne des § 7a SGB 4 ist, bleiben diese Stellen berechtigt und verpflichtet, die Versicherungspflicht in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung zu prüfen. Da die KSK keine Entscheidung nach dem Recht der Arbeitsförderung trifft, kann ihre Feststellung nicht zu einer Sperrwirkung beim Statusfeststellungsverfahren führen. Trotzdem können KSK-Versicherte, die vom Auftraggeber oder der DRV mit Fragen zur Scheinselbstständigkeit konfrontiert werden, auf ihre KSK-Mitgliedschaft verweisen. – Wenn die Arbeitsbeziehung tatsächlich noch so aussieht, wie sie im Aufnahmeantrag für die KSK geschildert wurde, gibt es keinen Grund anzunehmen, dass diese plötzlich nicht mehr als selbstständig zu werten ist. Umgekehrt gilt: Wird jemand von der KSK abgelehnt, weil sie das Auftragsverhältnis als scheinselfständiges wertet, sollte sich der oder die Betroffene an die Clearingstelle wenden.

Beginn der Versicherung beim Clearingverfahren

Viele Auftraggeber bitten ihre Auftragnehmer, eine **Zustimmung zum späteren Eintritt der Versicherungspflicht** zu geben. Worum es dabei geht ist einfach: Ohne diese Zustimmung ist der Auftraggeber in jedem Fall verpflichtet, die Sozialversicherungsbeiträge der Versicherten komplett und alleine zu zahlen – und das rückwirkend seit Aufnahme der Tätigkeit. Die "*Vermeidung etwaiger Nachzahlungen*", mit der Auftraggeber so etwas gegenüber den Selbstständigen begründen, ist also ziemlich einseitig. Die Beiträge zur Kranken- und Rentenabsicherung muss die Beschäftigte dann selbst aufbringen und – dazu später mehr – auch tatsächlich bereits aufgebracht haben.

Bei echten Zweifelsfällen, wenn der oder die Beschäftigte also wirklich selbstständig tätig sein will und die Umstände des Auftrags nicht eindeutig dagegensprechen, kann eine Rückversicherung des Auftraggebers gegen böse Überraschungen durch das Clearingverfahren in Ordnung gehen. Er erhält damit – und nur wenn der Auftragnehmer bzw. die Auftragnehmerin zustimmt – eine Prämie dafür, dass eine frühe Klärung gesucht und eine Scheinselbstständigkeit nicht wissentlich angestrebt wird. Die Zustimmung ist deshalb auch ausschließlich dann wirksam, wenn die Klärung innerhalb eines Monats nach Aufnahme der Tätigkeit begonnen wird.

Zusätzlich stellt § 7a SGB 4 für einen späteren Beginn der Versicherungspflicht die Bedingung, dass "*der Beschäftigte 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*". Auch diese Klausel soll Scheinselbstständige davor bewahren, das Versicherungsrisiko einseitig auf sie selbst verschieben zu können.

Sind die Bedingungen der vorsorglichen Anfrage – kompatible Versicherung und übereinstimmender Wille – erfüllt, verschiebt sich der Beginn der Versicherungspflicht auf den Tag, an dem die Clearingstelle der Rentenversicherung ihre Entscheidung zum Status bekannt gibt. Andersherum gilt: Sind diese Bedingungen nicht erfüllt und wird das Statusfeststellungsverfahren später beantragt, beginnt die Versicherungspflicht rückwirkend zum Tag der Aufnahme der Beschäftigung.

Nicht selten wird die Zustimmung zum späteren Eintritt der Versicherungspflicht nachträglich verlangt, weil Auftraggeber erst später merken, dass diese nach Gesetz besteht. Um lange Diskussionen und Repressionen zu vermeiden, kann die auch unterschrieben werden: sie wäre schlicht rechtsunwirksam. Besser allerdings ist es, solche Situationen sowie nachträgliche gerichtliche Klärungen zu vermeiden. – Am einfachsten weisen Betroffene ihre Auftraggeber auf die Rechtslage hin und darauf, dass die Erklärung wirklich keinen Sinn macht, wenn die Frist verstrichen ist.

Folgen der Scheinselbstständigkeit

Stellt die Deutsche Rentenversicherung Bund (DRV) bei einer Anfrage, die fristgerecht innerhalb des ersten Monats nach Aufnahme der Beschäftigung gestellt wurde, eine abhängige Beschäftigung fest, gibt es drei Möglichkeiten:

- Auftraggeber und -nehmer können die **Vertrags- und die realen Arbeitsbedingungen ändern**, sodass eine saubere selbstständige Tätigkeit entsteht. Das darf aber nicht nur zum Schein geschehen – sonst kann eine Nachfrage der DRV äußerst unangenehm werden, weil es sich dann eben wieder um Scheinselbstständigkeit handelt.
- Beide akzeptieren die Entscheidung. Dann ist der Auftragnehmer oder die Auftragnehmerin **pfllichtversichert in der gesetzlichen Kranken-, Renten-, Pflege- und Arbeitslosenversicherung**. Der Auftraggeber muss sie dort anmelden, von der Vergütung die Hälfte der Versicherungsbeiträge einbehalten und die andere Hälfte als Arbeitgeberanteil drauflegen. Steuer- und arbeitsrechtlich kann das Vertragsverhältnis jedoch weiterhin als selbstständig gewertet werden.
- Oder beide einigen sich auf ein ganz **normales Arbeitsverhältnis**.

Hat der Auftraggeber spätestens einen Monat nach Vertragsbeginn eine **Statusanfrage** bei der DRV gestellt, gilt die Versicherungspflicht erst von dem Tag an, an dem die DRV die Versicherungspflicht festgestellt hat. Voraussetzung dafür ist allerdings, dass die Scheinselbstständige in dieser Zeit anderweitig versichert war und auf eine Rückwirkung verzichtet.

Folgen tragen vor allem Arbeitgeber

Wurde die Anfrage nicht oder verspätet gestellt oder besteht die Scheinselbstständige auf einer Rückwirkung, muss der vermeintliche Auftraggeber, der ja tatsächlich Arbeitgeber war, die Beiträge vom Tage des Vertragsbeginns an für **bis zu vier Jahre Sozialversicherungsbeiträge nachbezahlen**, bei Vorsatz sogar 30 Jahre. Zusätzlich fällt ein Säumniszuschlag von jährlich 12 Prozent an. – Die Nachzahlung für den Zeitraum der Scheinselbstständigkeit umfasst den Arbeitgeberanteil *und* fast den gesamte Arbeitnehmeranteil. Die Arbeitnehmerin kann nämlich nur für die letzten drei Monate rückwirkend an den Kosten beteiligt werden und das auch nur, wenn sie noch beschäftigt ist. (Und wer vorsätzlich Scheinselbstständige beschäftigt – in der Baubranche etwa keine Seltenheit – riskiert als "Auftraggeber" sogar eine Haftstrafe wegen Sozialversicherungsbetrugs. Der § 266 a StGB sieht hierfür bis zu fünf Jahre Haft vor.)

Während das Strafrecht nur in krassen Fällen bemüht wird, können die finanziellen Folgen einer unterlassenen Statusprüfung gravierend sein. Ergeht ein Bescheid in dem Sozialversicherungsbeiträge nachgefordert werden, haben Widerspruch oder Klage nach § 86a SGG keine aufschiebende Wirkung: Die **Nachzahlung wird sofort fällig**, auch wenn noch nicht endgültig entschieden wurde, ob sie überhaupt fällig wird. Die DRV *kann*, wenn dadurch eine unbillige Härte entsteht, *"die sofortige Vollziehung ganz oder teilweise aussetzen"*, entscheidet sich aber meistens dagegen. Da hilft nur (siehe § 86b SGG), zusätzlich zum Widerspruch fristgerecht einen Antrag an das Sozialgericht zu stellen, *"die sofortige Vollziehung ganz oder teilweise"* auszusetzen.

Selbst wenn bei einer sofortigen Zahlung eine Insolvenz droht, ist dies nicht unbedingt eine unbillige Härte. Das schauen sich die Landessozialgerichte im Einzelfall (und endgültig) an und entscheiden nach eigenem Ermessen. Da kommt es daher auch auf den Betriebsstandort an: Das LSG Bayern sieht laut Beschluss vom 11. 3.2019 (Az. L 16 BA 174/18 B ER) regelmäßig die **Insolvenz als unzumutbare Härte** an, wenn sie schlüssig belegt ist. Bei diesem Beschluss ging es allerdings auch um happige 1,6 Mio. € und wie das Gericht betont auch einige Arbeitsplätze. Hingegen fasste das LSG Schleswig-Holstein am 2.5.19 den Beschluss (Az. L 5 BA 37/19 B ER), einen Zahlungsaufschub von knapp 55.000 € abzulehnen, da zusätzlich zur unbilligen Härte ernste Zweifel am Verwaltungsakt bestehen müssen. Hier liege jedoch eine Scheinselbstständigkeit vor, was die Bedeutung der Härte erheblich verringere: *"Die Vollziehung eines rechtmäßigen Beitragsbescheides stellt grundsätzlich keine unbillige Härte im Sinne des § 86b SGG dar."*

Die sozialrechtlichen Folgen und Kosten sind die gravierendste Folge einer Scheinselbstständigkeit, daneben hat sie auch steuerliche Auswirkungen: Für mindestens weitere vier Jahre nach Ablauf des aktuellen Kalenderjahres ist die Lohn- bzw. Einkommenssteuer neu zu berechnen.

Der umgekehrte Fall – Folgen für Arbeitnehmerinnen

In der Regel wird Scheinselbstständigkeit also teuer für die Arbeitgeber. Der umgekehrte Fall ist zwar selten aber ebenfalls möglich: Vor dem Bundesarbeitsgericht hat ein Arbeitgeber erfolgreich darauf geklagt, von einem tatsächlich abhängig beschäftigtem IT-Experten einen Teil der Vergütung zurück verlangen zu dürfen. In der Entscheidung vom 26.6.19 (Az. 5 AZR 178/18) befand das Gericht: *"Stellt sich ein vermeintlich freies Dienstverhältnis im Nachhinein als Arbeitsverhältnis dar, kann in der Regel nicht davon ausgegangen werden, die für freie Mitarbeit vereinbarte Vergütung sei der Höhe nach auch für eine Beschäftigung als Arbeitnehmer verabredet."* – Bei im Vergleich zu einer Anstellung sehr hohen Honoraren kann eine Klage auf Anstellung also auch nach hinten los gehen, da bei einem Dienstvertrag nach § 612 BGB (nur) die übliche Vergütung zu zahlen ist, solange nichts anderes vereinbart wurde.

Allerdings scheidet die nachträgliche Einforderung der Differenz zwischen höherem Honorar gegenüber einer üblichen Vergütung für die abhängige Tätigkeit durch den Arbeitgeber nach Überzeugung des LAG Schleswig-Holstein aus, wenn der oder die Selbstständige darauf vertrauen kann, dass der tatsächlich einen Honorarvertrag eingehen wollte. In einem am 21.1.2020 verkündeten Urteil (Az. 1 Sa 115/19) entschied das Gericht: *"Der Arbeitgeber kann grundsätzlich nicht die Rückzahlung der gezahlten Honorare für einen freien Mitarbeiter verlangen, wenn sich das Rechtsverhältnis im Nachhinein als Arbeitsverhältnis erweist"* – es sei denn der Selbstständige seinerseits hat über eine Statusklage oder die Einleitung eines Clearingverfahrens angezweifelt, dass es sich um eine selbstständige Tätigkeit handelt. Dann hat es schließlich selbst zu erkennen gegeben, *"dass er das Rechtsverhältnis nicht nach den Regeln der freien Mitarbeit, sondern nach Arbeitsrecht behandelt wissen will"*. Hinzu kam in

dem konkreten Fall, dass der Arbeitgeber den vorgeblich selbstständigen Altenpfleger *"von dem sozialversicherungsrechtlichen Prüfungsverfahren durch die DRV in keiner Weise informiert hat"* und der daher keine Chance hatte, im Clearingverfahren Argumente zu liefern, warum er selbstständig sei.

Während eine Rückzahlung von vergleichsweise hohen Honoraren die absolute Ausnahme ist, führt die Scheinselbstständigkeit bei der Arbeitnehmerin auf jeden Fall zu einiger Bürokratie. Schließlich beginnt die Versicherungspflicht mit dem Beschäftigungsverhältnis, auch wenn das erst nachträglich festgestellt wird. Da werden also Umbuchungen bei den Sozialkassen und gegebenenfalls und Korrekturen bei den vergangenen Steuererklärungen fällig.

Da Steuerrecht und Sozialrecht aber zwei Dinge sind, kann es auch sein, dass die Scheinselbstständige nur sozialrechtlich zur Beschäftigten wird, steuerlich und arbeitsrechtlich jedoch nicht. In diesem Fall können weiterhin Rechnungen gestellt werden, der Auftraggeber jedoch muss zusätzlich Beiträge zur Sozialversicherung (SV) zahlen. Daher wird er den SV-Anteil vom Rechnungsbetrag abziehen und den an die Krankenkasse als Einzugsstelle abführen.

Fazit: Eine nachträgliche Statusklage kann Selbstständigen viel Geld bringen, wenn der Arbeitgeber nachträglich alleine die Sozialversicherungskosten tragen muss und wird nur in sehr wenigen Fällen zum echten Bumerang. Dann allerdings ziemlich sicher, weil die dreijährige Verjährung der Ansprüche auf Honorar-Rückzahlung erst dann beginnt, wenn das Urteil über das Arbeitsverhältnis rechtskräftig geworden ist. Zudem ist von den Scheinselbstständigen dann auch noch die Umsatzsteuer an die Arbeitgeber zurückzuzahlen. So hat es das Landesarbeitsgericht (LAG) Baden-Württemberg am 22.5.2019 entschieden (Az. 21 Sa 74/18).

Verkappte Angestellte können sich einklagen

Wird ein Arbeitgeber von der DRV verpflichtet eine "selbstständige" Mitarbeiterin als Arbeitnehmerin zu *versichern*, so ändert das zunächst nichts an ihrem *arbeitsrechtlichen* Status. Wer in einer solchen Situation (oder auch unabhängig davon) Wert darauf legt, einen richtigen Arbeitsvertrag zu bekommen mit Tarifgehalt, Kündigungsschutz, Sozialversicherung und allem, was sonst noch dazu gehört, kann das eventuell mit Hilfe des Arbeitsgerichts erzwingen – auch rückwirkend. Wer eine **Klage auf Festanstellung** gewinnt, wird abhängig beschäftigt und bekommen alle Rechte, die Angestellten zustehen. Ein Arbeitsgericht entscheidet allerdings auf Grundlage anderer Kriterien als die Sozialversicherungen und -gerichte: Bei ihnen steht neben der Einbindung in die Betriebsorganisation insbesondere das Weisungsrecht bei der Arbeitszeit im Vordergrund. Wer von der DRV als "beschäftigt" eingestuft wird, ist das nicht *automatisch* im Sinne des Arbeitsrechts. Und für sehr gut honorierte Scheinselbstständige kann die nachträgliche Anstellung bedeuten, dass sie Teile der Vergütung zurückzahlen müssen. (Siehe dazu den Text unter der Zwischenüberschrift "Der umgekehrte Fall".)

Während sich beispielsweise öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten mit Beschäftigungsgrenzen und anderen Regeln gegen das "Einklagen" (bislang meist erfolgreich) abzusichern versuchen, gibt es in **Architekturbüros, Physiotherapiepraxen, Anwaltskanzleien** und **Werbeagenturen**, wie in den Außenredaktionen der **Lokalzeitungen** Tausende "freie Mitarbeiter", die auch nach arbeitsrechtlichen Kriterien Arbeitnehmer sind. Für **Volkshochschulkräfte** hat das Landesarbeitsgericht Niedersachsen bereits 2003 rechtskräftig festgestellt, dass "Honorarkräfte" *dann* fest angestellt werden *müssen*, wenn sie mehr als zwei Jahre lang Kurse geben, die zu einem staatlichen Schulabschluss führen sollen (Az. 13 Sa 1381/02). Begründung: Bei Kursen, die auf den Haupt- oder Realschulabschluss vorbereiten, sind die Unterrichtsinhalte vorgeschrieben und die Lehrkräfte damit weisungsgebunden, da sie die Lehrinhalte nicht *"nach eigenem Interessenschwerpunkt und Neigung thematisch und inhaltlich bestimmt"*.

Stellt ein Arbeitsgericht fest, dass es sich bei der "freien Mitarbeit" in Wirklichkeit um ein Arbeitsverhältnis handelt, kann das einige Konsequenzen haben:

- die Festanstellung mit Sozialversicherung über den Arbeitgeber, Kündigungsschutz und gegebenenfalls tariflicher, in der Regel also höherer Bezahlung,
- die Verpflichtung des Arbeitgebers, Steuern und Sozialabgaben nachzuzahlen (bis zu vier Jahre – und zwar auch den Arbeitnehmeranteil) und zudem
- eine gewaltige Verärgerung des Arbeitgebers.

Ein Kündigungsgrund ist diese Verärgerung jedoch nicht. In den meisten derartigen Fällen entscheiden die Arbeitsgerichte jedoch, dass das Vertrauensverhältnis "zerrüttet" und eine Fortsetzung des

Arbeitsverhältnisses deshalb nicht zumutbar ist – und sprechen der Klägerin zum Ausgleich eine **Abfindung** zu.

Vor Einleitung eines solchen Schrittes lohnt sich für Gewerkschaftsmitglieder eine Beratung mit der Rechtsabteilung ihrer Organisation. Für die Klage gibt es dann – bei ausreichender Erfolgsaussicht – Rechtsschutz.

Klare Verhältnisse schaffen

Wo nicht sicher ist, ob die Arbeit wirklich selbstständig ist, sollten beide Vertragsparteien zusehen, ob sie nicht gemeinsam klare Verhältnisse schaffen können. Das hilft beiden Seiten. Also: Ob nicht ein (befristetes) Arbeitsverhältnis in Frage kommt oder zumindest gemeinsam eine Statusanfrage an die Rentenversicherung gestellt wird. Und wenn beides nicht geht, stellt sich die Frage, ob ein Job mit derart ungeklärten Grundlagen dauerhaft die richtige Lösung sein kann.

Das eigentliche Problem sind ja nicht die rechtlichen Bestimmungen zur Scheinselbstständigkeit, problematisch sind halb-gare Beschäftigungsverhältnisse, die das einschränken, was zur Selbstständigkeit gehört: Die persönliche und unternehmerische Freiheit. Es ist schlicht nicht das, was eine selbstständige Arbeit ausmacht, wenn ein Auftraggeber dauernd in die Arbeit und die Arbeitsorganisation reinreden kann und keine Verhandlung auf Augenhöhe geführt werden kann. Und selbst wenn Gerichte und DRV die Selbstständigkeit bestätigen: Der Status nützt wenig, wenn es ein Job ist, bei dem die Selbstständige von einem einzigen Auftraggeber stärker abhängig ist, als von einem Vorgesetzten oder einer Chefin.

Und deshalb geben wir hier – wie auch in der Beratung – keine Tipps, wie man die Bestimmungen zur Scheinselbstständig elegant unterlaufen kann. Wir helfen lieber, eine echte Selbstständigkeit ins Laufen zu bringen. Dann erledigt sich das Thema Scheinselbstständigkeit von selbst.

Im [„Ratgeber Selbstständige“](#) der ver.di-Beratung selbststaendigen.info findest du die tagesaktuelle Version dieses Textes zur Scheinselbstständigkeit. – Dort sind auch die „Weiteren interessante Links“ zu den einzelnen Themenblöcken enthalten, die hier aus Gründen der Lesbarkeit entfallen sind.