

## Ein fataler Irrtum - Scheinselbständigkeit

Selbstständigkeit ist von der Scheinselbständigkeit, also der nur zum Schein bestehenden Selbstständigkeit, abzugrenzen. Tatsächlich liegt bei der nur zum Schein bestehenden Selbstständigkeit ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis vor. Diese Unterscheidung hat für die Beteiligten weitreichende Folgen. Der Arbeitgeber muss vor jedem Beschäftigungsbeginn prüfen, ob ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis vorliegt. Dieses stellt sich zunehmend als schwierig heraus, zumal es gerne mit dem allgemein verbreiteten Irrtum einhergeht, dass zum Verneinen der Scheinselbständigkeit genügt, dass der Auftragnehmer weitere Auftraggeber hat.

Es ist ein **fataler Irrtum zu glauben, dass mehrere Auftraggeber ein Indiz für eine echte Selbstständigkeit** sein können.

Die Rechtsprechung zur Scheinselbstständigkeit zielt vielmehr auf eine Gesamtbetrachtung des Einzelfalls ab. Dabei ist jede(r) Tätigkeit/Auftrag des Auftragnehmers für sich zu betrachten und zu prüfen. Da es insoweit auf die Ausgestaltung des konkreten Auftrags ankommt, entsteht das Problem der Scheinselbstständigkeit nicht in der Person des scheinbar selbstständigen Auftragnehmers (hat er mehrere Auftraggeber), sondern in der Art und Weise der Beschäftigung (frei von Weisungen), deren Umstände der Scheinselbstständige in der Regel gar nicht beeinflussen kann, sondern nur der Auftraggeber.

Gerade für den Auftraggeber bestehen im Falle einer Scheinselbstständigkeit erhebliche finanzielle und rechtliche Risiken. Stellt sich bei einem Subunternehmer später heraus, dass es sich hierbei um einen Scheinselbstständigen handelte, haftet der Auftraggeber ab dem Zeitpunkt der Arbeitsaufnahme für die Sozialversicherungsbeiträge. Hierbei haftet der Auftraggeber für den Arbeitgeber- und Arbeitnehmeranteil und die gemäß § 24 SGB IV anfallenden Säumniszuschläge auf die Beiträge in Höhe von 1% für jeden Monat. Ist dem Auftraggeber dann auch noch Vorsatz nachweisbar, können die Beiträge nicht nur für 4 Jahre (normaler Verjährungszeitraum gem. § 25 I S.1 SGB IV) sondern für 30 Jahre (§ 25 I S. 2 SGB IV) nachgefordert werden.

Der Scheinselbstständige kann zudem unter Umständen seinen Arbeitnehmerstatus vor den Arbeitsgerichten einklagen. Wird ihm vom Arbeitsgericht Recht gegeben, hat er damit auch alle arbeitsrechtlichen Rechte und Pflichten eines abhängig Beschäftigten gegenüber dem Auftraggeber. Er kann dann etwa rückständiges Arbeitsentgelt, Urlaubs- und Lohnfortzahlung im Krankheitsfall oder Kündigungsschutz beanspruchen. Erst kürzlich hat der Europäische Gerichtshof in einer Entscheidung einem Scheinselbstständigen den Anspruch auf die Vergütung von nicht genommenen/nicht bezahlten Urlaub für 13 Jahre rückwirkend gewährt (EuGH vom 29.11.2017 - C – 214/16).

Die vorgenannten Beitragsrisiken erscheinen noch kalkulierbar, jedoch ergibt sich aus § 110 Ia SGB VII ein schier unberechenbares Risiko. Verunfallt ein nur zum Schein nach Selbstständiger, hat der in Wirklichkeit verantwortliche Arbeitgeber dem Träger der Unfallversicherung alle entstandenen oder noch entstehenden Aufwendungen zu ersetzen. Die zu erstattenden Aufwendungen umfassen namentlich die Heilbehandlung einschließlich Reha, Verletztengeld, Verletztenrente, berufliche Wiedereingliederung sowie Witwen- und Waisenrenten. Dieser Regressanspruch ist nach dem Willen des Gesetzgebers verschuldensunabhängig.

Wie bereits geschildert wurde, ist die rechtliche Beurteilung über das Vorliegen einer Scheinselbstständigkeit nach einer Gesamtwürdigung aller maßgeblichen Umstände des Einzelfalls zu tätigen. Ausgangspunkt ist die vertragliche Regelung zwischen dem Auftragnehmer und dem Auftraggeber. Stellt sich heraus, dass die tatsächlichen Verhältnisse anders sind als die vertraglichen Regelungen, wird auf diese tatsächlichen Verhältnisse abgestellt.

Für die Frage, ob eine abhängige Beschäftigung vorliegt, wird heutzutage im Kern auf drei Kriterien zurückgegriffen:

**Die Weisungsfreiheit des Auftragnehmers von Weisungen durch den Auftraggeber, die Eingliederung des Auftragnehmers in die Arbeitsorganisation des Auftraggebers und das Vorhandensein eines Unternehmerrisikos beim Auftragnehmer.**

Diese Punkte sind schon im Rahmen der vertraglichen Vereinbarung zu berücksichtigen. Regelmäßig wird auf folgende Punkte dabei abgestellt:

- Wahlmöglichkeit des Auftragnehmers bezüglich Ort, Zeit und Art der Leistungserbringung
- freie Verhandlungen des Auftragnehmers über den Preis, der von ihm zu erbringenden Leistungen
- die freie Möglichkeit des Auftragnehmers, Aufträge abzulehnen und die Leistungserbringung durch den Auftragnehmer mit eigenem Personal und eigenen Betriebsmitteln.

Am 20.07.2023 hat das Bundessozialgericht (BSG) in drei Revisionsverfahren (Az B 12 BA 1/23 R, B 12 R 15/21 R und B 12 BA 4/20 R) erneut wichtige Entscheidungen zur Scheinselbstständigkeit getroffen. Sie bestätigten die Sozialversicherungspflicht von Personen, die als alleinige geschäftsführende Gesellschafter einer GmbH oder UG (haftungsbeschränkt) für ein anderes Unternehmen tätig sind.

Der Leitsatz dieser Entscheidung lautet, dass eine natürliche Person ungeachtet ihrer Stellung als alleiniger geschäftsführender Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft als Angestellter eines anderen Unternehmens betrachtet werden kann, wenn die tatsächlichen Umstände der Tätigkeit in diesem Unternehmen auf eine abhängige Beschäftigung hindeuten. Dieses gilt auch dann, wenn ein schriftlicher Vertrag nur zwischen der Kapitalgesellschaft und dem Auftraggeber besteht.

Es ist zu ergänzen, dass in jeder der Gesellschaften noch weitere Arbeitnehmer beschäftigt wurden. Auch dieses hat das BSG bei der Entscheidung berücksichtigt.

Mit diesen Entscheidungen des BSG ist das Risiko gestiegen, dass allein die Gründung einer GmbH oder UG (haftungsbeschränkt) keine geeignete Strategie ist, um eine Rentenversicherungspflicht für selbstständige Unternehmer mit nur einem Auftraggeber gemäß § 2 SGB VI zu vermeiden.

Wie bekommt man jedoch Sicherheit bezüglich der rechtlichen Beurteilung, ob eine Tätigkeit selbstständig ausgeübt wird oder es sich um eine Scheinselbstständigkeit handelt?

Das **Statusfeststellungsverfahren** gemäß § 7a SGB IV vor der Clearingstelle der Deutschen Rentenversicherung bietet hier die kostengünstigste Möglichkeit, einen Sachverhalt klären zu lassen. Es ist dabei zu beachten, dass das Verfahren ergebnisoffen ist und hierbei auch herauskommen kann, dass es sich um ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis handelt.

Sinn macht das Statusfeststellungsverfahren insoweit nur, wenn es vor Aufnahme der fraglichen Tätigkeit durch den Auftragnehmer oder im ersten Monat der Beschäftigung beantragt wird. Das Sozialgesetzbuch sieht vor, dass die Versicherungspflicht erst nach der Bekanntgabe der Entscheidung durch die Clearingstelle eintritt, wenn der Antrag vor Ablauf des ersten Monats der Tätigkeit gestellt wird, der Auftragnehmer dem hieraus folgenden verspäteten Eintritt der Versicherungspflicht zustimmt und über eine eigene Krankenversicherung sowie eine ausreichende Altersvorsorge verfügt und dieses nachweist.