



Verband der Gründer und
Selbstständigen e.V.

VGSD-Positionspapier zum Thema Scheinselbstständigkeit vom 15.05.2015 „Rechtssichere Abgrenzung hochqualifizierter Selbstständiger von abhängig Beschäftigten“

Vorbemerkung: Missbrauch schnell und wirksam abstellen

Über den Missbrauch von Werkverträgen zum Lohndumping etwa in der Fleischindustrie und vor allem gegenüber osteuropäischen Arbeitern ist seit Jahren immer wieder berichtet worden. Der VGSD begrüßt gezieltes Handeln von Regierung und Verwaltung, das den Betroffenen schnell und wirksam hilft.

Tatsächliche Entwicklung: Solo-Selbstständige unter Generalverdacht

Tatsächlich beobachten wir allerdings eine andere Entwicklung: Statt sich auf die Schutzbedürftigen zu konzentrieren und die Missstände gezielt abzustellen, werden Solo-Selbstständige und insbesondere hochqualifizierte Wissensarbeiter von der Deutschen Rentenversicherung (DRV) zunehmend unter den Generalverdacht der Scheinselbstständigkeit gestellt, ihre Auftraggeber mit hohen Strafzahlungen belegt und als Sozialbetrüger kriminalisiert.

Dieses Vorgehen führt nicht zu einem verbesserten Schutz der Selbstständigen. Stattdessen verlieren diese bei einem entsprechenden DRV-Bescheid in aller Regel sofort ihren Auftrag. Die Rechtsunsicherheit hat in den letzten Jahren stark zugenommen. Deshalb haben viele große Unternehmen der Beauftragung von Solo-Selbstständigen aufwändige Sicherungsvorkehrungen und bürokratische Prozesse vorgeschaltet oder sie ganz eingestellt. Dies führt zu massiven Nachteilen gegenüber Wettbewerbern mit Angestellten.

Die Entscheidungen der DRV widersprechen dabei häufig dem allgemeinen Rechtsempfinden. Ob ein faires und auskömmliches Honorar bezahlt wurde, ob der Selbstständige ausreichend soziale Vorsorge getroffen hat, was der freie und erklärte Wille der Beteiligten ist, wird bei den Entscheidungen nicht berücksichtigt – ebenso wenig wie die Tatsache, dass bei Wissensarbeitern Weisungen nicht oder nur eingeschränkt möglich sind. Dagegen werden Kriterien, die gerade typisch für heutige Wissensarbeiter sind (z.B. geringer Investitionsbedarf) als Indiz für Scheinselbstständigkeit gewertet.

Ein zentrales Motiv für die Vorgehensweise ist, wie Vertreter von Regierung, Verwaltung und Gerichten immer wieder durchblicken lassen, möglichst viele Selbstständige auf diesem Weg in die Rentenversicherungspflicht zu zwingen. Es entsteht der Eindruck, dass aus fiskalischen Gründen insbesondere die gut und fair bezahlten Selbstständigen geprüft werden.

Die Praxis der DRV, die nun durch das „Gesetz gegen den Missbrauch von Werkverträgen“ festgeschrieben und ausgeweitet werden soll, ist unverhältnismäßig und steht in keiner Relation zu dem eingangs beschriebenen Problem. Es ist unakzeptabel, dass als „Kollateralschaden“ die Existenz eines großen Teiles der 2,5 Millionen Solo-Selbstständigen in Frage gestellt wird.

Das Recht auf freie Berufswahl und die Vertragsfreiheit werden deutlich eingeschränkt: Die große Mehrzahl der Selbstständigen möchte selbstständig und eigenverantwortlich handeln. Soll eine Altersvorsorgepflicht für Selbstständige eingeführt werden, darf dies nicht willkürlich für einzelne, sondern muss demokratisch legitimiert in einem transparenten Prozess erfolgen.

Seit fünf Jahren zunehmende Rechtsunsicherheit

Bis zur Novelle des Sozialgesetzbuches im Jahr 2003 wurde nach § 7 Abs. 4 SGB IV eine Scheinselbstständigkeit vermutet, wenn mindestens drei von fünf im Gesetz genannte Kriterien erfüllt waren (mehr als 5/6 des Umsatzes mit einem Auftraggeber, keine SV-pflichtigen Mitarbeiter, Tätigkeiten wie regelmäßig auch von Arbeitnehmern verrichtet, keine unternehmertypischen Merkmale, Tätigkeit zuvor für selben Auftraggeber als abhängig Beschäftigter).

2003 wurden diese Kriterien gestrichen und der Gesetzeswortlaut reduzierte sich auf folgende Definition: „Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers.“ (§ 7 Abs. 1 SGB IV).

Bis etwa 2009 bestand weiterhin ein gewisses Maß an Rechtssicherheit. Steuerberater und Rechtsanwälte konnten abschätzen, ob es sich um eine selbstständige Tätigkeit handelte oder nicht. Bei Zweifeln brachte das Statusfeststellungsverfahren der DRV Gewissheit.

In den folgenden Jahren änderte die DRV ihre Praxis grundlegend, ohne diese Änderung und ihre Gründe offen zu legen. Zuvor als selbstständig beurteilte Auftragsverhältnisse werden seitdem in großer Zahl als abhängige Beschäftigung eingeordnet. Die Zahl der „Ablehnungen“ stieg von 19% im Jahr 2006 auf 45% im Jahr 2013. An die Stelle einer ausgewogenen Beurteilung aller Umstände trat nach Überzeugung vieler Beobachter eine aktive Suche nach Ablehnungsgründen. Dabei kommen offensichtlich vorformulierte Textbausteine zum Einsatz.

Sowohl die Statusfeststellungsverfahren als auch die Überprüfungen durch Sozialgerichte führen häufig – trotz identischer Sachverhalte - zu unterschiedlichen Ergebnissen. Selbst spezialisierte Rechtsanwälte wagen keine Prognose mehr über den Ausgang der Verfahren. Sie raten davon ab, diese selbst anzustoßen, denn als Antragsteller ist man auch an zu Unrecht ergangene DRV-Bescheide gebunden. Damit hat man im Wettbewerb mit anderen Unternehmen, die keine Prüfung haben vornehmen lassen, gravierende Wettbewerbsnachteile. Das Überprüfen ergangener Bescheide durch Sozialgerichte dauert mehrere Jahre. Entstandener Schaden wird nicht erstattet.

Der Feststellungsbescheid bietet auch bei einem positiven Ausgang nur sehr eingeschränkte Rechtssicherheit, da er sich immer nur auf die aktuelle Situation zum Prüfungszeitpunkt bezieht. Auch Betriebsprüfungen, bei denen die Auftragsverhältnisse geprüft und nicht bemängelt wurden, führen zu keiner Rechtssicherheit. Umgekehrt kann die DRV Forderungen jedoch bis zu 30 Jahre offen halten.

Auch mit großem Aufwand ist es also unmöglich, Rechts- und Planungssicherheit zu erlangen. Dieser Unsicherheit stehen gravierende finanzielle und strafrechtliche Sanktionen gegenüber, die oft existenzbedrohend wirken. In Verbindung mit den langjährigen Wartezeiten auf sozialgerichtliche Urteile, lässt dies viele Betroffene zu Recht am Funktionieren des Rechtsstaates zweifeln.

Die bestehende Praxis schadet Solo-Selbstständigen, statt sie zu schützen

Die beschriebene Rechtsunsicherheit hat dazu geführt, dass Auftraggeber hochqualifizierte Solo-Selbstständige nur noch mit erheblichen Sicherheitsvorkehrungen oder gar nicht mehr beauftragen, was einen massiven und zunehmenden Wettbewerbsnachteil darstellt, zusätzliche Kosten und bürokratischen Aufwand verursacht sowie die Zusammenarbeit erschwert.

Um nur einige Beispiele zu nennen: Zeitweise galt der Betrieb einer Kapitalgesellschaft als Garantie für eine rechtssichere Beauftragung von Selbstständigen. Diese gründeten gezwungenermaßen UGs und GmbHs, um weiter Aufträge zu erhalten. Sie verloren so ihren Freiberuflerstatus und mussten auf Jahre hinaus hohe Kosten und bürokratischen Mehraufwand eingehen. Die Selbstständigen werden in getrennten Büros (teilweise in Containern) untergebracht, die sie anmieten müssen. Die direkte

Kommunikation mit Angestellten des Auftraggebers wurde stark erschwert oder gänzlich unterbunden. Selbstständige berichten, dass sie nicht mehr namentlich, sondern nur noch mit Nummern und Kürzeln bezeichnet werden. Ein sinnvolles Zusammenarbeiten ist oft nicht mehr möglich.

Zunehmend vergeben die Auftraggeber gar keine Aufträge mehr direkt an Solo-Selbstständige. Hochqualifizierte, gut bezahlte selbstständige Tätigkeit wird also durch befristete Verträge und Arbeitnehmerüberlassung ersetzt. Aufgrund starrer zeitlicher Grenzen müssen Selbstständige Projekte vor deren Abschluss verlassen – zum eigenen Schaden und zum Schaden des Projektes.

Die Anforderungen einer Wissensgesellschaft werden nicht respektiert

Die Entscheidung für eine Selbstständigkeit geschieht meist nach reiflicher Überlegung. Ausschlaggebende Motive dafür sind die Möglichkeit zur beruflichen Verwirklichung im Rahmen der Selbstständigkeit, das freie Aushandeln von Aufgaben und die Unabhängigkeit von Weisungen. Gerade bei hochqualifizierten Selbstständigen spielt der eigenverantwortliche Aufbau und die laufende Weiterentwicklung des Know-hows zu bestimmten Themengebieten eine wichtige Rolle.

Der damit erworbene Wissensvorsprung bringt den Wissensarbeitern eine höhere Auftragsicherheit als jeder Anstellungsvertrag und ist finanziell am lukrativsten durch eine selbstständige Tätigkeit zu verwerten.

Die Selbstständigen erfüllen damit den Bedarf heutiger Unternehmen, die genau dieses Wissen benötigen, es aber nicht schaffen, es betriebsintern zeitgerecht aufzubauen bzw. deren Bedarf nur kurzfristig oder projektspezifisch in nicht genau vorab planbarer Weise entsteht. Eine wichtige Rolle spielt auch die hohe Bereitschaft von Selbstständigen, Wissen eigenverantwortlich und bedarfsgerecht zu erwerben und ihre Leistungen in kritischen Projektphasen zeitlich flexibel zu erbringen. Dafür sind die Unternehmen im Gegenzug bereit, Selbstständige mit entsprechend gefragtem Know-how deutlich besser zu bezahlen als vergleichbare Angestellte.

Auf diese Weise hat sich in vielen Branchen und Bereichen über die Jahre eine Arbeitsteilung zwischen angestellten Mitarbeitern und Selbstständigen eingespielt, die zum beidseitigen Nutzen ist.

Eine Aufkündigung dieser Arbeitsteilung führt zu einer spürbaren Verschlechterung der Innovations- und Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Wirtschaft. Deren Position ist nach Überzeugung aller Beteiligten allein mit festangestellten Mitarbeitern nicht zu halten. Mit einem weiteren Verlust von Flexibilität sind auch die Arbeitsplätze der fest angestellten Mitarbeiter in Gefahr. Durch den enormen bürokratischen Aufwand beim Bemühen um rechtssichere Beauftragung freier Mitarbeiter entsteht Deutschland schon jetzt erheblicher volkswirtschaftlicher Schaden.

Rechtssicherheit herstellen durch zeitgemäße Kriterien und Stärkung der Vertragsfreiheit

Statt eine in vielerlei Hinsicht schädliche Verwaltungspraxis festzuschreiben, sollte das geplante „Gesetz gegen den Missbrauch von Werkverträgen“ genutzt werden, wieder Rechtssicherheit herzustellen und die Selbstständigen zu stärken.

Geplant ist allerdings etwas anderes: Zum einen soll eine Auswahl der von DRV und Rechtsprechung entwickelten Kriterien festgeschrieben werden, obwohl diese sich angesichts der Entwicklung der Arbeitswelt als zunehmend ungeeignet zur Abgrenzung von Scheinselbstständigkeit erwiesen haben.

Zum anderen sollen sie – wie es im Koalitionsvertrag heißt - „zur Erleichterung der Prüftätigkeit von Behörden gesetzlich niedergelegt“ werden. Dies suggeriert eine reine Festschreibung in Gesetzesform. Tatsächlich besteht darin jedoch ein Bruch mit der bisher laut Rechtsprechung notwendigen „wertenden Gesamtschau“. Verzichtet man auf dieses Korrektiv, so wird sich die Statusfeststellung noch mehr in

Richtung der bereits von der DRV praktizierten gezielten Suche nach Ablehnungsgründen entwickeln und eine Korrektur solcher Entscheidungen durch die Gerichte gar nicht mehr möglich sein.

Deshalb ist es notwendig, entweder neue, auch auf Wissensarbeiter anwendbare Kriterien zu entwickeln – wie die im Folgenden vorgeschlagenen. Oder man muss, was unseres Erachtens Vorrang haben sollte, angesichts mangelnder Aussagekraft vorhandener Kriterien auf den Willen der Beteiligten abstellen. Vgl. dazu das Urteil des Sozialgerichts Braunschweig vom 25.07.2014 (S 64 KR 412/13).

Vorschläge für klar nachvollziehbare Kriterien für das Vorliegen einer Selbstständigkeit

Wir fordern, dass klare, für jeden Auftraggeber und –nehmer nachvollziehbare und den Verhältnissen der heutigen Arbeitswelt angemessene Kriterien festgelegt werden, die (im Zweifel spätestens durch Hinzuziehen eines Rechtsanwalts oder Steuerberaters) eine rechtssichere Auftragsvergabe ermöglichen.

Die Kriterien sollten operativ sein, ihr Vorliegen leicht nachweisbar. Entsprechend dem Ziel der Beteiligten, eine rechtssichere Beauftragung zu erreichen, sollten sie positiv formuliert sein, so dass das Vorliegen eines einzelnen oder einer Kombination von mehreren Kriterien eine Selbstständigkeit sicherstellt. Die Kriterien sollen nicht situationsabhängig sein, weil sie dann in jedem Einzelfall immer wieder überprüft werden müssen und ihre Einhaltung angesichts einer Vielzahl von Beteiligten durch den Auftraggeber kaum sicherzustellen ist.

Jedes einzelne der folgenden Kriterien zum Beispiel sollte ausreichend sein, um eine rechtssichere Beauftragung sicherzustellen:

1. Es handelt sich um eine freiwillige, gut informierte Entscheidung beider Seiten
2. Der Stundensatz (nach Abzug von Reisekosten) beträgt > xx Euro
3. Der Auftragnehmer ist Existenzgründer bzw. Berufsanfänger (z.B. erste x Jahre)
4. Der Auftraggeber ist selbst Solo-Selbstständiger
5. Der Auftragnehmer verfügt über einen Nachweis ausreichender Altersvorsorge (Existenzminimum im Alter ist bzw. wird abgesichert)

Zu 1: Statt Nachweise zu fordern, deren Erteilung je nach Ausgestaltung den Aufbau zusätzlicher Bürokratie notwendig machen, sollte man auf die Entscheidungsfreiheit des Einzelnen vertrauen, diese aber durch bestimmte Informationspflichten des Auftraggebers stärken. Dies könnte z.B. erfolgen durch eine vorgeschriebene Modellrechnung, wie viel vom bezahlten Honorar bei ausreichender sozialer Absicherung und angesichts des Auslastungsrisikos netto verbleibt.

Zu 2: Wenn der Auftragnehmer ein Honorar erhält, das seine Lebenshaltungskosten, die Kosten der sozialen Absicherung und sein Auslastungsrisiko abdeckt, ist ein Lohndumping zuverlässig ausgeschlossen. Die Einführung eines solchen Mindesthonorars, das ein Vielfaches des Mindestlohns sein könnte, ist eine nahe liegende Lösung, die für viele Branchen Rechtsicherheit bringen würde und auch dazu führen könnte, dass darunter liegende Honorare auf dieses Niveau angehoben werden.

Zu 3: Eine solche Honoraruntergrenze wäre – je nach Höhe - auch eine Eintrittsbarriere für Gründer, junge und insbesondere weniger gut qualifizierte Selbstständige. Deshalb müssen Gründer und Berufsanfänger für eine gewisse Zeit (z.B. fünf Jahre) ausgenommen bleiben oder ein niedrigerer Satz für sie gelten.

Zu 4: Solo-Selbstständige sollten auch in ihrer Rolle als Auftraggeber geschützt werden. Häufig beauftragen sich Einzelunternehmer gegenseitig, um gemeinsam größere Aufträge abwickeln zu können.

Zu 5: Wenn die Gesetzgebung vor allem auf eine Mindestsicherung im Alter zielt, könnte ein Anreiz dazu gesetzt werden, indem der Nachweis ausreichender Vorsorge eine Scheinselbstständigkeit ausschließt.

Generell sollten Kriterien gewählt werden, die – indem sie in die Dienst- und Werkverträge aufgenommen werden - die Stellung der Selbstständigen stärken. Beispiel: Das Recht, einen Teil der vereinbarten Arbeitszeit an einem selbstgewählten Ort zu erbringen.

Nach dem Vorbild der Niederlande (vgl. vgsd.de/?p=6954) könnten Musterbestimmungen für Freiberufler entwickelt werden, die bei vertraglicher Umsetzung und Beachtung eine Scheinselbstständigkeit des Auftragnehmers zuverlässig ausschließen und zugleich seine Rechte stärken.

Unabhängig davon fordern wir in Bezug auf das Statusfeststellungsverfahren und bei Betriebsprüfungen:

- Sofortige Weisung an die DRV, sich bis zur Neuregelung stärker auf tatsächlich Schutzbedürftige zu konzentrieren und die Kriterien wieder ausgewogener anzuwenden.
- Organisatorische Trennung der für das Statusfeststellungsverfahren zuständigen Stellen von der DRV, da hier erhebliche Interessenkonflikte vorliegen. Durch eine Unterstellung der entsprechenden Behörde unter das Wirtschaftsministerium könnte erschwert werden, dass es aufgrund fiskalischer Interessen zu Weisungen und Quotenvorgabe an die Prüfer kommt.
- Nutzung neuer Technologien zur Beschleunigung des Statusfeststellungsverfahrens von mehreren Monaten auf wenige Tage.
- Mindestens aber effektive Rechtssicherheit in Bezug auf die Selbstständigkeit für die Dauer des Verfahrens, diese ist effektiv nicht gegeben (Voraussetzungen i.d.R. nicht erfüllt/ erfüllbar).
- Offenlegen von Entscheidungskriterien und engerer Austausch von Praxis und Verwaltung z.B. durch Jahresarbeitstagen – analog zur Finanzverwaltung.
- Transparenz über Anzahl der Statusfeststellungsverfahren und Bewilligungsquoten.
- Rechtssicherheit, wenn bei Betriebsprüfungen Auftragsverhältnisse nicht bemängelt werden.
- Aussetzung/ Reduktion der Sanktionen für Auftraggeber, bis Rechtssicherheit hergestellt wurde (z.B. durch generelle Verkürzung der Verjährungsfrist auf sechs Monate).

Über den VGSD

Der Verband der Gründer und Selbstständigen Deutschland (VGSD) e.V. entstand 2012 aus einer erfolgreichen Bundestagspetition gegen eine Altersvorsorgepflicht für Selbstständige. Der VGSD hat inzwischen rund 800 Vereins- und 2.700 Communitymitglieder. Er ist der einzige branchenübergreifende Verband, der gezielt die Solo-Selbstständigen und Kleinunternehmer (bis zu 9 MA) sowie Gründer und Teilzeit-Selbstständigen vertritt.

Besonders hoch ist der Anteil an Wissensarbeitern – z.B. aus den Bereichen IT, Beratung und unternehmensnahe Dienstleistungen. Der VGSD hat im Februar 2015 eine Arbeitsgruppe zum Thema „Scheinselbstständigkeit“ eingerichtet, die durch verschiedene Aktivitäten eine breite Öffentlichkeit über die bestehende Rechtsunsicherheit aufklären möchte.

Kontakt Daten

Arbeitsgruppe „Scheinselbstständigkeit“: scheinse@vgsd.de

Verband der Gründer und Selbstständigen Deutschland (VGSD) e.V.
Alzheimer Eck 13 | 80331 München
www.vgsd.de | info@vgsd.de | (089) 5990 8182