

## Einleitung

Menschen und Unternehmen drängt es zu flexibleren Arbeitsmodellen. Wäre es da nicht die Aufgabe der Politik, den Weg dafür zu ebnen und die Rahmenbedingungen zu schaffen, die erforderlich sind? Stattdessen stehen wir in Deutschland im Bann eines Monsters, das die Rentenversicherung für uns geschaffen hat: der Scheinselbstständigkeit. Vordergründig will man die Freiberufler beschützen. Tatsächlich aber schafft es eine Rechtsunsicherheit, die rasch die Existenz des Freiberuflers oder Unternehmen ruinieren kann. Wenn es ganz dumm läuft, droht sogar Gefängnis. Rechtssicherheit gibt es nicht, nur Hoffnung auf Freiberufler, die sich wie selbstständige Unternehmer verhalten und sich nicht in die Rolle des freiberuflichen Angestellten drängen lassen.

Stellen Sie sich vor, dass Sie einen freiberuflichen Trainer für 10 Tage mit dem Durchführen von Schulungen beauftragen. Die Inhalte und Ziele der Schulungen stehen fest. Termine werden mit dem Trainer abgestimmt. Sind die Termine abgestimmt, dann erwarten Sie, dass der Trainer am vereinbarten Ort ist, um die Schulung durchzuführen. Sonst kann sie nicht stattfinden. Der Trainer arbeitet in besagtem Zeitraum auch für andere Auftraggeber. Er hat eine eigene Webseite und tritt als Unternehmer auf. Kämen Sie auf die Idee, dass die Rentenversicherung dieses Vertragsverhältnis als scheinselfständig einstufen würde? Genau das kann jedoch passieren.

Ich bin IT-Beraterin und keine Rechtsanwältin. Hier handelt es sich weder um eine rechtliche Beratung noch um eine juristisch belastbare Dokumentation. Es ist ein Erfahrungsbericht. Ich stelle in den Gesprächen, die ich mit Kunden, Agenturen und Kollegen zu diesem Thema führe, immer wieder fest, dass es noch sehr viel Halbwissen gibt. Wir wiegen uns in einer Pseudo-Sicherheit und hoffen. Hoffen, dass nur die anderen davon betroffen sein werden. Die rechtliche Situation, denen Freiberufler ausgesetzt werden, ist mit gesundem Menschenverstand auch kaum nachvollziehbar.

Die Rentenversicherung ist als Behörde dafür zuständig, festzustellen, ob es sich bei einem Vertragsverhältnis um Selbstständigkeit oder Scheinselbstständigkeit handelt. Und so erhielt ich auf Statusfeststellungsverfahren für einen Trainer, der nur wenige Tage für mich tätig war, den Bescheid, dass dieser Scheinselbstständig sei. Die Argumentation der Rentenversicherung lautete in diesem Fall wie folgendermaßen:

**Zitat 22 Deutsche Rentenversicherung zur Feststellung des sozialversicherungsrechtlichen Status vom 14.07.2009 für einen als Unterauftragnehmer eingesetzten Trainer**

(...) Wir beabsichtigen, einen Bescheid über das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung zu erlassen. (...) Abgrenzungskriterium der Beschäftigung von anderen Vertragsverhältnissen ist der Grad der persönlichen Abhängigkeit, in der sich der zur Dienstleistung Verpflichtete befindet. Beschäftigter ist, wer seine vertraglich geschuldete Leistung im Rahmen einer von Dritten bestimmten Arbeitsorganisation erbringt. Diese Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation zeigt sich unter anderem darin, dass der Beschäftigte einem Weisungsrecht seines Vertragspartners unterliegt, das Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit betreffen kann. Insbesondere bei Diensten höherer Art kann diese Weisungsgebundenheit zur funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess verfeinert sein. Eine selbstständige Tätigkeit hingegen wird durch die freie Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft sowie die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit und das Vorliegen eines unternehmerischen Risikos – dem aber entsprechende unternehmerische Chancen und Möglichkeiten gegenüberstehen müssen – gekennzeichnet. (...)

Der Ort der Arbeitsverrichtung (Anmerkung: es handelt sich um die Durchführung von Trainings) wird dem Auftragnehmer von Ihnen (Anmerkung: dem Auftraggeber) durch ein einseitiges Direktionsrecht zugewiesen. (...) Zur Durchführung des Auftrags hat sich der Auftragnehmer an Ihre zeitlichen Vorgaben zu halten. (...)

Als Vergütung wird eine erfolgsunabhängige Pauschalvergütung in Höhe von XX €/h zuzüglich X % Mehrwertsteuer gezahlt, die kein Gewinn- oder Verlustrisiko erkennen lässt. Ein höherer Gewinn kann nur durch Mehrarbeit verwirklicht werden. Allerdings ist in den Projektaufträgen eine Auftragsobergrenze festgelegt, die selbst die Möglichkeit der Mehrarbeit unterbindet (Anmerkung: bei diesem Auftrag und diesem Kunden). (...) Die Arbeiten werden von dem Auftraggeber anhand zu führender Stundennachweise nachgewiesen. (...) Es ist somit kein für eine selbstständige Tätigkeit typisches Unternehmerrisiko zu erkennen. Unternehmerrisiko bedeutet auch, für den Einsatz der eigenen Arbeitskraft ein Entgelt nicht zu erhalten. (...)

In dem geschilderten Fall, hatte ich einen Auftrag bei meinem Kunden, zu dessen Umsetzung ich weitere Trainer, auch Herrn N. N. einsetzte. Das war für die Rentenversicherung ein weiterer Beweis dafür, dass es sich um ein nicht selbstständiges Vertragsverhältnis handelte:

**Zitat 23 Deutsche Rentenversicherung zur Feststellung des sozialversicherungsrechtlichen Status vom 14.07.2009 für einen als Unterauftragnehmer eingesetzten Trainer**

Herr N. N. ist ausschließlich in Ihrem Namen und auf Ihre Rechnung bei Ihren Kunden tätig. Herr N. N. arbeitet nicht auf eigenen Namen und eigene Rechnung, rechnet auch nicht selbst mit dem Kunden ab, sondern die Arbeiten (...) werden über den Auftraggeber, zur Abrechnung gebracht. (...)

Obwohl angeführt wird, dass Herr N. N. seine Arbeitszeit frei gestalten kann und ihm zum Arbeitsort keine Weisungen erteilt werden, ist Herr N. N. weder in der Disposition der Arbeitszeit noch des Arbeitsortes grundsätzlich frei, denn es besteht eine tatsächliche Verpflichtung, die übertragenen Aufgaben zu einem bestimmten Zeitpunkt an einem bestimmten Ort auszuführen. Herr N. N. hat zwar die Möglichkeit, die Einzelaufträge abzulehnen, bei Annahme eines Auftrages wird ihm bezüglich Ort und Zeit jedoch Vorgaben gemacht.

Obwohl betont wird, dass jedes Statusfeststellungsverfahren individuell beurteilt wird, erhielten die Schreiben der Rentenversicherung immer wieder die gleichen Formulierungen. Da werden wohl fleißig vorgefertigte Textbausteine benutzt. Der eingelegte Widerspruch wurde selbstverständlich abgelehnt. Einige doch sehr überraschende Argumente hat die Deutsche Rentenversicherung vorgebracht. Wir hatten daraufhin angeboten, in einem Termin die Sachlage genauestens aufzuklären. Denn nach der Argumentation war eines glasklar: Es kann keine Selbstständigen mehr geben. Auch den selbstständigen Gas- und Wasserinstallateur, wird man zu einem gemeinsam abgestimmten Termin in sein Haus bestellen und ihm den Auftrag erteilen, die Heizung zu reparieren. Den vorgelegten Stundenzettel unterschreibt man. Anschließend bekommt man dann eine Rechnung, die vielleicht noch die Ersatzteile enthält, die ausgetauscht wurden. Wenn man Pech hat, stuft die Rentenversicherung dieses Auftragsverhältnis als Arbeitsverhältnis ein und man ist ganz plötzlich und ungewollt Arbeitgeber. Denn die in den Zitaten aufgeführten Argumente gegen Selbstständigkeit treffen auch auf Ihren Gas- und Wasserinstallateur zu.

**Zitat 24 Deutsche Rentenversicherung aus dem Widerspruchsverfahren, Schreiben vom 06.01.2010**

(...) Sofern Herrn N. N. für mehrere Auftraggeber tätig ist, ist dies für die Beurteilung des hier zu beurteilenden Vertragsverhältnisses nicht maßgeblich. Aus der Tä-

tigkeit für mehrere Vertragspartner kann nicht zwangsläufig auf das Nichtvorhandensein einer abhängigen Beschäftigung geschlossen werden, da dieses auch bei abhängig Beschäftigten üblich ist. (...)

Herr N. N. ist aufgrund des Rahmenvertrages grundsätzlich verpflichtet, die Tätigkeiten persönlich zu erbringen. (...) Den Angaben und Unterlagen zufolge ist Herr N. N. höchstpersönlich tätig. Eine lediglich formale Berechtigung, die Leistungen durch Dritte erbringen zu lassen, schließt das Vorliegen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses nicht aus, wenn die persönliche Leistungserbringung die Regel ist. (...)

Mithin ist die Ablehnung eines Auftrages für die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung irrelevant. Eine Ablehnung von angebotenen Aufträgen ist im gleichen Maße möglich, wie ein Arbeitnehmer die Möglichkeit hat, einen ihm angebotenen Arbeitsplatz abzulehnen. Bei Annahme eines Angebotes/Arbeitsplatzes besteht hier eine abhängige Beschäftigung. (...)

Obwohl angeführt wird, dass Herr N. N. seine Arbeitszeit frei gestalten kann, ist er in der Disposition seiner Arbeitszeit keineswegs frei, denn es besteht zum einen die tatsächliche Verpflichtung, die ihm übertragenen Aufgaben zu einem bestimmten Zeitpunkt auszuführen und zum anderen ist er an die allgemeinen Büro- oder Geschäftszeiten beim Kunden gebunden. (...)

Ferner findet man eine eigenverantwortliche Planung bzw. Durchführung der Arbeiten auch bei Beschäftigten. Der wesentliche Unterschied wird „in eigener Verantwortung“ bei einer selbstständigen Tätigkeit ist darin zu sehen, welche Verantwortung bzw. Haftung derjenige dann tatsächlich im Einzelfall zu übernehmen hat. (...)

Das Risiko, für seine Arbeit (bspw. bei Insolvenz des Arbeitgebers) kein Entgelt zu erhalten bzw. bei nicht zufriedenstellender Arbeit nicht weiter beschäftigt bzw. beauftragt zu werden, stellt kein unternehmerisches Risiko im Sinne der Rechtsprechung dar. Dieses Einkommensrisiko und das Risiko der Nichtbeschäftigung tragen auch beschäftigte Arbeitnehmer. (Anmerkung: und werden jedoch durch Beiträge zur Arbeitslosenversicherung bzw. Zahlung von Insolvenzgeld davor geschützt.) (...)

Es spielt ebenfalls keine Rolle, dass keine Regelungen über Urlaubsanspruch getroffen wurden und Lohnfortzahlung im Krankheitsfalle nicht erfolgte. Die Aufnahme derartiger Regelungen gehört nicht zu den Voraussetzungen für die Begründung eines Arbeitsverhältnisses, sondern eine solche hat – regelmäßig – zur Folge, dass Urlaubs- und Lohnfortzahlungsansprüche entstehen können.

Im Übrigen sichert es nicht den Status der selbstständigen Tätigkeit, wenn die Vergütung der geleisteten Arbeiten durch Rechnungsstellung des Auftragnehmers – inkl. Mehrwertsteuer – erfolgt. Dies ist lediglich eine Folge der rechtsfehlerhaften Einstufung als selbstständige Arbeit. (...)

## 10.1 Daseinsberechtigung

Auslöser für diese Thematik der Scheinselbstständigkeit waren Geschäftspraktiken von Unternehmen, die für ihre Mitarbeiter weder Sozialversicherungsbeiträge zahlen wollten und sich auch nicht an die Regeln des deutschen Arbeitsrechts halten wollten. Diese Unternehmen kündigten die Arbeitsverhältnisse mit ihren Mitarbeitern, um sie anschließend als Selbstständige mit den gleichen Aufgaben wieder einzusetzen. Damit war das Unternehmen befreit von der Verpflichtung, Sozialversicherungsbeiträge für die Arbeitnehmer zu bezahlen. Und es galten auch keine Regeln des deutschen Arbeitsrechts, wie z. B. der Kündigungsschutz oder dem Betriebsverfassungsgesetz. Also entwickelte die Rentenversicherung einen Kriterienkatalog und ein Verfahren, mit dem sichergestellt werden sollte, das Mitarbeiter vor diesen Modellen, die eine Selbstständigkeit vortäuschten, geschützt werden. Das Statusfeststellungsverfahren wurde entwickelt, um damit die Kriterien der Selbstständigkeit zu überprüfen. Das Formular wird von dem Selbstständigen und dem Auftraggeber ausgefüllt und bei der Deutschen Rentenversicherung vorgelegt. Diese entscheidet dann nach einer Prüfung, ob es sich um selbstständiges oder ein scheinselfständiges Vertragsverhältnis handelt. Im Falle der Selbstständigkeit kann alles unverändert weiter laufen. Der Selbstständige stellt über die erbrachte Leistung eine Rechnung. Und ist für das Entrichten von Steuern, Schutz im Krankheitsfall und für die Altersvorsorge selbst verantwortlich. Sofern er nicht von der Umsatzsteuerpflicht befreit ist, kann er von seinen Ausgaben die Mehrwertsteuer als Vorsteuer geltend machen.

Entscheidet die Rentenversicherung jedoch, dass es sich um ein scheinselfständiges Vertragsverhältnis handelt, kann gegen diesen Entscheid vom Selbstständigen genauso wie vom Auftragnehmer Widerspruch eingelegt werden. Verträge werden dabei genauso bewertet, wie das tatsächlich gelebte Vertragsverhältnis. Es werden weitere Argumente ausgetauscht und wird man sich im Widerspruchsverfahren nicht einig, bleibt nur noch die Klage vor dem Sozialgericht. Bleibt auch diese Klage erfolglos und der Entscheid der Rentenversicherung wird bestätigt, so bedeutet dies, dass das Vertragsverhältnis rückwirkend in ein abhängiges Arbeitsverhältnis umgewandelt wird. Damit wird aus dem Auftraggeber ein Jetzt-Arbeitgeber, der Freiberufler ist ein Ehemals-Selbstständiger.

Für dieses Arbeitsverhältnis sind vom Jetzt-Arbeitgeber die Lohnsteuer sowie die Sozialversicherungsbeiträge abzuführen. Der Abzug der Umsatzsteuer von den Rechnungen des Ehemals-Selbstständigen ist jetzt unrechtmäßig und die Umsatzsteuer muss zurück erstattet werden. Das kann, je nachdem, wie dies rechtlich bewertet wird, als Umsatzsteuerbetrug gewertet werden und dafür kann der Jetzt-Arbeitgeber strafrechtlich belangt werden, auch mit einer Haftstrafe. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn Vorsatz nachgewiesen wird. Der Ehemals-Selbstständige wird rückwirkend wie ein Arbeitnehmer behandelt, auch steuerlich. Die Abzugsfähigkeit seiner Betriebsausgaben entfällt, als Vorsteuer geltend gemacht Umsatzsteuer dafür muss erstattet werden und so droht vermutlich eine hohe Steuernachzahlung. Vermutlich will der Jetzt-Arbeitgeber auch noch den Arbeitnehmeranteil für die Sozialversicherungsbeiträge zurück erstattet bekommen.

Da dies jedoch nur bis zu zwei Monate nach Beendigung dieses Arbeitsverhältnisses gefordert werden kann, kommt es vermutlich zu einem Rechtsstreit. Vielleicht werden die letzten Rechnungen des Ehemals-Selbstständigen nicht bezahlt.

Alles in allem: ein Riesen-Dilemma für alle Beteiligte.

Das kann die finanzielle Existenz des Freiberuflers bedrohen und auch der Jetzt-Arbeitgeber kann hierdurch in eine finanzielle Schieflage geraten. Ist er nicht in der Lage, die fälligen Abgaben zu bezahlen und war der Ehemals-Selbstständige für einen Kunden des Jetzt-Arbeitgebers tätig, dann wird die Rentenversicherung diese Abgaben vom Kunden einfordern. Und damit wird verständlich, warum sich die Unternehmen eigentlich schützen wollen, wenn sie die Freiberufler über eine Agentur einkaufen. Sie wollen nicht der Situation ausgesetzt werden, plötzlich Sozialversicherungsbeiträge bezahlen. Bei mehrjährigen Auftragsverhältnissen kommen da schnell hohe Summen zustande. Ich war über mehrere Jahre teilweise mit bis zu 70 Freiberuflern für ein DAX-Konzern tätig. Wären die Honorare für diesen Zeitraum plötzlich die Grundlage für die Berechnung von Sozialversicherungsbeiträgen gewesen, wären ordentliche Summen zusammen gekommen. Und es könnte sogar eine Haftstrafe drohen, wie Rechtsanwalt Dr. Oliver Bertram im Interview, das ich mit ihm geführt habe, bestätigt hat.

#### **Zitat 25 Interview Christa Weidner mit Rechtsanwalt Dr. Oliver Bertram**

(..) Wenn Sie Glück haben, kriegen Sie den Entscheid des Statusfeststellungsverfahrens zurück und es sagt: *selbstständig*. Das ist super, dann haben Sie für sich im guten Glauben etwas getan. Rechtssicherheit bringt Ihnen das nicht, weil sich im Projekt vielleicht im Laufe der Zeit statusrelevante Dinge geändert haben. Diese Sachverhalte dem Entscheid jedoch nicht so zugrunde gelegt haben und die Gegenstelle – der Sozialversicherungsträger – an der Stelle immer sagen kann: „Entschuldigung. Da haben wir einen völlig falschen Sachverhalt zugrunde gelegt. Das ist jetzt nicht mehr selbstständig.“ Das kann man sich gar nicht vorstellen. (...) Wir reden nicht nur über Geld. Wir reden über Straftatbestände. (...) Und dazu müssen Sie nicht viel tun, gerade im IT-Bereich, wo viele Freiberufler eingesetzt werden. Aufgrund der Verfahren oder Projektdauer sind Sie ganz schnell bei einer Million. Die Million – das haben wir gelernt – ist die so genannte neue Hoeneß-Grenze. Ab einer Million – hat der BGH gesagt – „musst du in den Bau!“ Keine Bewährungsstrafe mehr oder irgendwelche Spielereien: Du musst rein! Du musst sitzen, und du musst halt ein paar Monate sitzen. Das ist der Wahnsinn. (...)

Das Statusfeststellungsverfahren, mit dem der sozialversicherungsrechtliche Status festgestellt wird, gibt es seit 1999. Doch gerade in den letzten drei bis vier Jahren hat sich die Situation verändert, wie Dr. Oliver Bertram berichtet:

**Zitat 26 Interview Christa Weidner mit Rechtsanwalt Dr. Oliver Bertram**

(...) Im Grunde genommen hat sich an den rechtlichen Rahmenbedingungen gar nichts geändert seit Abschaffung des Kriterienkatalogs im SGB IV. Die gesetzliche Ausgangslage ist dieselbe. Was wir jetzt haben sind zwei Themenpunkte: Das eine ist die Wahrnehmung des Problems aus unterschiedlichen Warten und die sind eine ganz andere geworden ist. Wir haben viel mehr Freelancer, Interimsmanager, oder wie wir sie alle nennen wollen, die jetzt doch die Option der abhängigen Beschäftigung für sich überlegen, überdenken und geltend machen. Das ist das Risiko, das es immer schon gab. Aber die Eintrittswahrscheinlichkeit für dieses Risiko ist deutlich gestiegen. Und wir haben – natürlich geschönt durch diese ganze politische Diskussion – ein ganz anderes Prüfverhalten und eine ganz andere Prüftiefe in der deutschen Sozialversicherung oder eines Hauptzollamtes bei diesem Thema. Es gibt keine andere gesetzliche Grundlage als die, die wir schon seit Jahren haben. Aber sie wird deutlich häufiger angewendet, und die zuständigen Behörden intensiver und auch mit der aktuellen Rechtsprechung – die durch die aktuelle Koalition initiiert wurde (Anmerkung: gemeint ist die Große Koalition, die seit Dezember 2013 das Land regiert) – wenden sie die viel extensiver an, z. B. bei der LSG-Baden-Württemberg-Entscheidung zu den Honorärärzten. Das ist juristischer Blödsinn zu sagen: „In dem Krankenhaus kann kein selbstständiger Arzt arbeiten. Der muss Angestellter sein.“ – So eine reine Farbenlehre, schwarz-weiß. (...) Die bestehende, völlig unveränderte Rechtslage wird viel extensiver angewandt. Das heißt: doppelte Risikoerhöhung für die Unternehmen, Zum einen sind die verschiedenen Stakeholder wach geworden: seien es die Freelancer selbst, seien es die Sozialversicherungsträger, seien es die Hauptzollämter, seien es die Betriebsräte. Und zum anderen ist die Rechtsprechung gerade auf einem Weg – und auch die Prüfungsanordnung/Durchführungsanweisung der Sozialversicherungsträger – diese bestehende Rechtsmaterie weitergehender anzuwenden. (...) Man entfernt sich völlig von den alten Kriterien, der Rechtsprechung. Die sagen: „Wir wenden das Gesetz an.“ – das immer dasselbe ist, wenden es aber ganz anders an. (...) Da hat das Landessozialgericht ausdrücklich gesagt, es sei immer schwieriger zu differenzieren zwischen abhängiger Beschäftigung und Selbständigen-Eigenschaft. Weil eben die abhängigen Beschäftigten mittlerweile auch so frei arbeiten und hochspezialisiert arbeiten. Und deswegen sei es hinzunehmen, dass immer mehr Leute abhängig beschäftigt seien. Weil die Angestellten sozusagen, die sozialversicherungspflichtig beschäftigt werden, immer selbständiger arbeiten, heißt das, dass immer mehr Selbstständige abhängig beschäftigt sein müssen. Das ist von der Logik her völliger Blödsinn. (...) Sie schaffen damit – durch die kalte Küche – die Selbstständigkeit ab. (...)

Was ich bereits am eigenen Leib erfahren hatte, hat Dr. Oliver Bertram nochmals bestätigt. Die flexibleren Rahmenbedingungen für Nicht-Selbstständigen führen zu einer neuen Betrachtung der Selbstständigkeit durch die Rentenversicherung. Und damit wird der Unterschied zum selbstständigen Arbeiten immer kleiner und ist für die Rentenversicherung nicht mehr erkennbar oder ausreichend. Damit ist die Selbstständigkeit das Opfer der flexibleren Arbeitsbedingungen der abhängig Beschäftigten. Ist das die Sozialversicherungspflicht durch die Hintertür?

- ▶ **Die Selbstständigkeit fällt den flexibleren Arbeitsbedingungen der Nicht-Selbstständigen zum Opfer.**

---

## 10.2 Wem hilft das Statusfeststellungsverfahren?

Seit 2005 hatte ich auf Anraten meines Rechtsanwaltes und meines Steuerberaters gemeinsam mit den von mir eingesetzten Freiberuflern Statusfeststellungsverfahren bei der Rentenversicherung gemacht. Ich hatte das auch zu Beginn meiner Selbstständigkeit für mich selbst gemacht. Die Ergebnisse waren immer eindeutig: selbstständig. Ich habe mich, auch in meinem ersten Buch *Let's do IT*, dafür ausgesprochen, dieses Statusfeststellungsverfahren bei der Rentenversicherung zu beantragen. Nach neuesten Erkenntnissen ist davon jedoch dringend abzuraten. Denn mittlerweile hat die Rentenversicherung ihre Maßstäbe bei der Beurteilung der Selbstständigkeit im Rahmen des Statusfeststellungsverfahrens verändert. Jetzt gilt die folgende Devise: Wer ein Statusfeststellungsverfahren beantragt, wird seine Gründe dafür haben und wird deshalb als scheinselfständig eingestuft.

Und damit ist der Ausgang des Statusfeststellungsverfahrens zu einem Glücksspiel geworden, Ausgang ungewiss und immer für eine Überraschung gut.

### **Zitat 27 Interview Christa Weidner mit Rechtsanwalt mit Dr. Olver Bertram**

(...) dieses sozialversicherungsrechtliche Statusfeststellungsverfahren bringt nichts, weil es völlig unvorhersehbaren Ausgang nimmt. Sie können da fünf völlig identische Sachverhalte hinlegen und kriegen dreieinhalb unterschiedliche Ergebnisse mit allen möglichen Variationen drin, mit Begründungen, die haarsträubend sind – in die eine wie in die andere Richtung. Wir haben genug Verfahren, wo wir immer gesagt haben: „Die können wir nie im Leben durchstehen. Das wird uns um die Ohren fliegen.“ Und dann kriegen wir den Bescheid, dass dieser Freiberufler selbstständig sei. Und wir haben genug Dinge, die sind absolut bombensicher Selbstständigkeit und kriegen dann mit dem Argument, dass auf Stundenbasis abgerechnet wird, attestiert, dass er abhängig Beschäftigter ist. Ein Feststellungsverfahren mit der Qualität bringt Ihnen nichts, weil es keine vorhersehbaren Ergebnisse bringt. Erster Punkt. Zweiter Punkt: die Verfahrensdauer, ja. Was bringt Ihnen das, wenn Sie im Prinzip das Verfahren nach einem Jahre durchhaben? (...)

Interessant ist, dass ein Freiberufler gleichzeitig selbstständig und scheinselfständig sein kann. Wie das geht? Er muss nur für mehrere Auftraggeber gleichzeitig tätig sein. Ein Statusfeststellungsverfahren für den einen Auftrag kann als selbstständiges Vertragsverhältnis eingestuft werden. Das hält die Rentenversicherung jedoch nicht zwingend davon ab, ein weiteres Statusfeststellungsverfahren für ein zweites Vertragsverhältnis mit dem Ergebnis der Scheinselbstständigkeit zu entscheiden. Und spätestens jetzt werden die meisten von Ihnen, liebe Leser, den Glauben an dieses Verfahren verlieren. Doch damit sind Sie nicht alleine.

Am Ende hilft das Statusfeststellungsverfahren niemandem. Es ist ein bürokratisches Monster, unflexibel, unberechenbar und viel zu langwierig. In dem hier angeführten Beispiel wurde der Antrag im Februar 2009 von mir und meinem Freiberufler an die Rentenversicherung geschickt. Fünf Monate später erhielten wir den Bescheid über die Feststellung des sozialversicherungsrechtlichen Status, in diesem Falle dem Bescheid über die Scheinselbstständigkeit. Nach einem fruchtlosen Widerspruch musste diese Angelegenheit vor das Sozialgericht. Eine rechtsgültige Entscheidung hielten wir gefühlte 300 Seiten Schriftsätze später im Februar 2011 in Händen. Das Gericht entschied: Es handelte sich um selbstständiges Vertragsverhältnis. Dafür brauchte dieses Verfahren ganze zwei Jahre. Den betroffenen Freiberufler habe ich in diesem Zeitraum natürlich nicht mehr eingesetzt.

Und diese rechtliche Situation öffnet den Agenturen als Vermittlern Tür und Tor. Sie sind es, die der Nutznießer sind, weil die Kunden glauben, dass sie sich auf diesem Wege davor schützen, dass ein Freiberufler plötzlich zu einem angestellten Mitarbeiter wird und auf ihrer Gehaltsliste steht.

**Zitat 28 Interview Christa Weidner mit Rechtsanwalt Dr. Oliver Bertram**

(...) totaler Blödsinn, diese Typenbetrachtung. Weil dahinter immer die Betrachtung steht: Leute, die in solchen Konstruktionen arbeiten, stellen sich sozial schlechter, ja, verdienen weniger Geld; oder haben weniger soziale Absicherung; oder, oder, oder. Die Idee, dass jemand den Status der Selbstständigkeit frei gewählt hat und sich damit optimaler aufstellt, als gegenüber einem Angestellten, auf die Idee kommt die Rentenversicherung nicht. Das ist das eine Kalkül. Das andere ist, dass alle sagen: „Hier läuft es im Augenblick wirtschaftsmäßig gerade bombig –. Wir können uns das leisten, die Leute in die Sozialversicherung reinzupacken, denn das einzige Problem, das wir als Gesamtgesellschaft haben ist, dass uns in 20 Jahren die Sozialkassen kollabieren. Da wir dann zu wenig Einzahler haben und viel zu viel Rentempfänger; oder, oder, oder. Das sind sicherlich zwei so in gleiche Richtung weisende Faktoren, die gerade die sozialgerichtliche Rechtsprechung stark beeinflussen. (...)

So verschafft sich die Rentenversicherung, die Nutznießer und gleichzeitig Gestalter dieses Verfahrens ist, mehr Beitragszahler und bringt damit die Freiberufler in eine unerträg-

liche Situation, vor der aber wohl noch die meisten die Augen zu machen und dieses Problem für sich selbst nicht sehen oder sehen wollen.

**Zitat 29 Interview Christa Weidner mit Rechtsanwalt Dr. Oliver Bertram**

(...) Das wäre natürlich die Königslösung: Wir nehmen den Druck aus diesem ganzen Thema raus; wir machen die Rentenversicherungspflicht – krankenversicherungsbefreit sind ja die meisten eh, da Sie die Bemessungsgrenze überschreiten und machen eine allgemeine Rentenversicherungspflicht für Selbstständige, und Punktum aus. (...)

Im vergangenen Jahr wurde die geplante Rentenversicherungspflicht für Selbstständige nicht umgesetzt. Zu groß war der Widerstand, den diese leisteten. Ich dachte, dass uns dies eine größere Klarheit bringt. Schon zu lange und noch immer ungelöst, sind die Probleme mit der deutschen Rentenversicherung. Ich persönlich zahle unter diesen Umständen gerne z. B. 1200 € an die Rentenversicherung und erhöhe damit meinen Rentenanspruch, wenn ich dann von meinen Auftraggebern direkt engagiert werde.

- ▶ **Gerne zahle ich in die Rentenversicherung, wenn mich meine Auftraggeber dann direkt engagieren.**

---

### 10.3 Der Trick mit der Arbeitnehmerüberlassung

Schaut man sich die Vermittlungsagenturen genauer an, dann werben die meisten damit, dass sie eine Arbeitnehmerüberlassung (AÜ) haben. Diese AÜ berechtigt die Agentur dazu, Leiharbeiter zu beschäftigen und zu vermitteln. Doch in der Realität arbeiten sie gar nicht mit Leiharbeitern und vermitteln diese auch gar nicht.

Diese Arbeitnehmerüberlassung gaukelt den Kundenunternehmen eine Sicherheit vor, die vielleicht, da auf Sand gebaut, sehr schnell in sich zusammen stürzen kann. Und das soll so funktionieren, schildert Rechtsanwalt Dr. Oliver Bertram im Interview:

**Zitat 30 Interview Christa Weidner mit Rechtsanwalt Dr. Oliver Bertram**

(...) Wenn das Statusfeststellungsverfahren dem Kunden um die Ohren fliegt, also wenn der Einsatz des Freiberuflers als abhängige Beschäftigung qualifiziert wird, dann ist es die Angestellte/der Angestellte der jeweiligen Agentur und nicht des Kunden. Weil die Agentur eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung hat, bleibt der Mitarbeiter bei der jeweiligen Agentur beschäftigt und geht nicht als eine unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung nach 10-1 AÜG auf den Kunden über. Das ist

ja das Lehrgeld, das Daimler jetzt bezahlt hat. (...) Also erster Punkt: Man stellt fest, der Freiberufler wird abhängig beschäftigt. Er ist kein Selbstständiger. Dann fragt die Rechtsprechung: „Aber wessen Angestellter ist er denn?“ Und da sagt man nach allen zivilrechtlichen Grundsätzen: „Wir gehen immer über das Valuta-Verhältnis. Also, wem gegenüber wollte er seine vertraglichen Pflichten erfüllen? Der Freiberufler hat einen Vertrag mit der Agentur. Und diesen Vertrag mit der Agentur wollte er erfüllen. Damit ist er abhängig Beschäftigter der Agentur.“ (...) Dann kommt aber der zweite Schritt, denn der Freiberufler ist nicht bei der Agentur integriert. Der kriegt seine tätigkeitsbezogenen Weisungen nicht von der Agentur, sondern von dem Kunden. Mit der Folge, dass dieser abhängig Beschäftigte dort im Sinne des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes AÜG überlassen ist. Und wenn die Agentur keine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung hat, ist das eine unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung; und dazu sagt § 10 Absatz 1 AÜG: „Bei der unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung entsteht ein Arbeitsverhältnis zum Entleiher.“ Und so wird der Mitarbeiter – der Freiberufler – trotz Einkauf über die Agentur zum Arbeitnehmer des Kunden. Es sei denn, die Agentur hat eine AÜ-Erlaubnis; dann ist es keine unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung, die gerade festgestellt wurde, sondern das ist eine erlaubte Arbeitnehmerüberlassung. Und ab diesem Augenblick ist der Freiberufler Arbeitnehmer der Agentur und alle Risiken bleiben von dem Kunden weg. (...) Und das ist – offen gesagt – der einzige Grund, warum es überhaupt Sinn macht, das Ganze über eine Agentur laufen zu lassen; weil man die Risiken auf diese Weise herausfiltert. Die Agentur filtert das Risiko der Scheinselbstständigkeit für den Kunden raus. (...)

Herr Dr. Oliver Bertram rät jedoch davon ab, sich mit diesem Konstrukt als Kunde sicher zu fühlen, denn tatsächlich kann sich die Rechtsprechung auch ganz schnell ändern:

**Zitat 31 Interview Christa Weidner mit Rechtsanwalt Dr. Oliver Bertram**

(...) Gleichwohl, die Rechtsprechung bislang hat das immer so herangezogen und hat bei verschiedenen, vergleichbaren Fällen gesagt: „Weil es eine unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung war, bleibt das dabei, dass ...“. Das ist jedoch noch nie höchstrichterlich entschieden worden – insbesondere nicht in dem Fall, in dem eine Agentur tatsächlich gar keine Arbeitnehmerüberlassung gemacht hat, sondern diese einfach nur in der Schublade liegen hatte, um dann in so einem Fall sagen zu können: „Ach guck mal, da fällt mir ein, wir haben doch irgendwo noch so eine Arbeitnehmerüberlassung liegen.“ Das ist natürlich immer das Risiko, dass die Gerichte dann irgendwann sagen: „Das ist ein reiner Gestaltungsmissbrauch.“ (...)

- ▶ **Hat die Agentur eine Arbeitnehmerüberlassung, schützt das den Kunden nicht zwingend vor dem Risiko der Scheinselbstständigkeit.**

So ist aus einer Pressemitteilung des LAG Baden-Württemberg vom 01.08.2013 der folgende Sachverhalt zu entnehmen: (...) Arbeitsrechtlich entsteht ein Arbeitsverhältnis zum Endkunden nur dann, wenn keine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis vorliegt, wie im Falle von Daimler. Häufig haben die IT-Dienstleister bzw. Vermittler aber eine Erlaubnis. Aber auch in diesem Fall kann sich der Endkunde nicht entspannt zurücklehnen: nach Ansicht mehrerer Landesarbeitsgerichte entsteht auch bei einer Überlassung “auf Dauer” (= nicht nur vorübergehend) ein Arbeitsverhältnis zum Entleiher.

Entscheidend war, dass die beiden IT-Berater wie Arbeitnehmer der Daimler AG eingesetzt wurden, also in den Räumlichkeiten arbeiteten und Weisungen von Mitarbeitern der Daimler AG erhielten.

Was bei Daimler und der Telekom passiert ist, stellt durchaus eine übliche Praxis in deutschen Großunternehmen dar. In der gelebten Praxis schleicht sich mangels Schulung der Vorgesetzten und Mitarbeiter schnell eine Kollegialität wie unter Arbeitnehmern ein. Das führt dann im Ergebnis auch zu einem Arbeitsverhältnis. (...) [FELS01]

---

## 10.4 Was können wir tun?

Unbestritten ist, dass die Gesetzeslage, die uns Freiberuflern und Kundenunternehmen zugemutet wird, völlig inakzeptabel ist. Aus diesem Grunde muss jeder der Beteiligten, seinen politischen und persönlichen Einfluss geltend machen, um die Missstände anzuprangern und sich dafür einzusetzen, dass hier Klarheit geschaffen wird. Denn fällt die Selbstständigkeit rückwirkend weg, kann das auch die Existenz des Freiberuflers bedrohen.

Die Kriterien, die es mal gab, helfen heute leider nicht mehr: z. B. Mitarbeiter einzustellen oder mehrere Auftraggeber gleichzeitig zu haben. Auch wenn im vergangenen Jahr die Rentenversicherungspflicht für Selbstständige vom Gesetzgeber nicht realisiert wurde, so sind die Freiberufler durch diese Situation quasi gezwungen, ihr hart erarbeitetes Geld in die Rentenversicherung einzubezahlen. Das zumindest ist das Ziel der Rentenversicherung, die – und auch das finde ich bei diesem Konstrukt fragwürdig – selbst die Rahmenbedingungen festlegt und dann auch noch darüber entscheidet, wer Beiträge an sie abzuführen hat.

Zu hoffen, dass Agenturen, an dieser Situation etwas ändern, ist sicherlich auch aussichtslos, denn schließlich sind sie diejenigen, die davon profitieren. Auch wenn sie ein Interesse haben sollten, dass es eine klare Regelung gibt. Denn schließlich sind es ihre Vorstände oder Geschäftsführer, die im Zweifelsfalle in den Knast gehen, wenn sich das Geschwür der Scheinselbstständigkeit weiterfrisst und sich verstärkt auf die IT-Branche konzentriert. Aber, sie leben einfach zu gut, um sich dieser Lebensgrundlage selbst zu berauben.

Blieben also wir Freiberufler, die auf der Hut sein müssen, und ganz sensibel darauf achten, dass wir nicht nur nachweislich den Status der Selbstständigkeit haben, sondern auch so arbeiten. Wir sind diejenigen, die unsere Kunden aufklären sollten und darauf achten, dass wir selbstbestimmt und selbstständig in den Projekten und Kundenaufträgen tätig sind. Dazu gehört, selbst zu bestimmen, wann und wo die Leistung erbracht wird, die unser Kunden von uns erwartet. Dazu gehört auch, eigenes Equipment zu nutzen.

► **Wir Freiberufler sollten uns dafür verantwortlich fühlen, dass die Kriterien der Selbstständigkeit eingehalten werden.**

Dazu gehört eine Portion Energie und manchmal auch Mut. Aber, wenn der Kunde eine gute Leistung bekommt, wenn er uns vertrauen kann und sich sicher sein kann, dass wir liefern, wenn wir es versprochen haben, dann können wir im eigenen Interesse aufklären.

Das muss nicht sofort geschehen, nicht bevor wir in der Zusammenarbeit bewiesen haben, wie verlässlich und vertrauensvoll wir sind. Ich empfehle dazu die folgenden Schritte:

1. Den Auftrag bekommen.
2. Eine vertrauensvolle Beziehung mit dem Kunden aufbauen.
3. Regelmäßig und kontinuierlich von anderen Kunden und Aktivitäten berichten.
4. Erste Erfolge feiern.
5. Den Kunden langsam daran gewöhnen, dass Präsenz und 100% Verfügbarkeit keine zwingende Voraussetzung für eine gute Zusammenarbeit sind.
6. Den Nutzen aufzeigen, den er davon hat, wenn wir nicht nur für ihn alleine tätig sind.

Tatsächlich profitiert unser Kunde doch davon, wenn wir auch Erfahrungen aus anderen Unternehmen mitbringen. Wenn wir ihm unser Netzwerk zur Verfügung stellen, um ihm bei seinen Problemen und Herausforderungen zu unterstützen und Empfehlungen auszusprechen.

Wir wissen, wie unzuverlässig die Planung eines IT-Projektes ist. Nutzen wir diese Unplanbarkeit doch einfach: Wir sind verfügbar, wenn wir benötigt werden, gerne auch mit Überstunden und vielleicht Wochenendarbeit. Lassen uns in diesen arbeitsintensiven Zeiten von Kollegen unterstützen, die uns im Hintergrund die Arbeit abnehmen, damit wir unsere Liefergegenstände (Deliverables) pünktlich und zuverlässig abgeben. Das muss gegenüber dem Kunden nicht verschwiegen werden. Vielleicht ist der Vertrag mit der Agentur um eine entsprechende Klausel zu ergänzen. Wenn der Kunde damit einverstanden und zufrieden ist, dann macht die Agentur auch keine Probleme.

Und kommt es im Projekt zu Verzögerungen, die dafür sorgen, dass wir nicht oder weniger benötigt werden, dann tun wir das auch. Und nutzen die Gelegenheit, um uns um unsere anderen Kunden zu kümmern. Diesen Vorteil platziere ich bei meinen Kunden dann auch. Gleichzeitig schaffe ich damit die Bereitschaft, mich dabei zu unterstützen, dass ich mich um meine anderen Kunden kümmern kann.

- ▶ **Machen Sie Ihrem Kunden den Nutzen deutlich, wenn Sie nicht nur für sein Projekt tätig sind.**

Ja, es ist deutlich anstrengender und erfordert mehr Flexibilität, mehrere Kundenaufträge parallel zu betreuen. Doch dieses Vorgehen unterstützt unsere Selbstständigkeit, die uns Freiberuflern so wichtig und kostbar ist. Und mit der Gefahr der Scheinselbstständigkeit kann das existenzbewahrend sein.

- ▶ **Einzig und allein der Freiberufler ist Chef seines Terminkalenders und seiner Planung.**

---

#### Beispiel

Ich habe einen einjährigen Projektauftrag erhalten. Das Volumen umfasst 267 Personentage, also 22,25 Tage pro Monat. Da sind weder Urlaub noch sonstige Auszeiten einkalkuliert. Natürlich freue ich mich über diese Auslastung. Aber gleichzeitig weiß ich auch, dass ich diese Auslastung nicht gleichmäßig erbringen werde. Tatsächlich ergeben sich sehr schnell überraschende Situationen im Projekt, die meine Auslastung in die Höhe schnellen lassen. Um die Termine einzuhalten und damit das Projekt in ruhiges Fahrwasser zurückgleiten zu lassen, setze ich im Hintergrund Kollegen ein. So hat sich in diesem Projekt sehr schnell die Gelegenheit dazu ergeben, mit dem ich dies als Vorteil unter Beweis stellen kann. Und ganz nebenbei habe ich dem Kunden damit 80.000 € eingespart.

---

#### Beispiel

Bei meinem Kunden verzögert sich die Bereitstellung der Software, die eingeführt werden soll. Das hat Einfluss auf meine Arbeit, die ich nicht mehr wie ursprünglich geplant durchführen kann. Es entsteht Leerlauf bei mir. Geplante und bereits gebuchte Termine werden abgesagt. Genau zu diesem Zeitpunkt wird mir ein Projekt angeboten, für das ich unbedingt arbeiten möchte. Ich erkläre meinem Kunden, dass ich die Termine bei ihm vor Ort vermutlich nicht alle selbst wahrnehmen kann. Dass ich aufgrund meiner Erfahrung („Ich kenne kein IT-Projekt, das nach Plan verläuft!“) jedoch darauf vorbereitet bin und deshalb im Team arbeite. Wir haben eine Vorgehensweise entwickelt, die unabhängig von der auszuführenden Person ist. Das ist etwas, was eine gute Methode kann. Natürlich bleibe ich die primäre Ansprechpartnerin und bleibe auch im Hintergrund aktiv. Mein Kunde kann sich auf andere Themen konzentrieren, die ihm das Leben wirklich schwer machen. Von mir bekommt er Lösungen.

Unsere Kunden engagieren uns Freiberufler, weil wir Experten auf unserem Fachgebiet sind. Deshalb erhalten wir zwar Aufträge, jedoch keine Anweisungen. Unsere Kunden sagen uns, welche Leistung sie von uns erwarten. Damit ist ein weiteres wichtiges Kriterium, mit der die Gefahr der Scheinselbstständigkeit gebannt werden kann, erfüllt.

---

► **Unsere Kunden sagen uns *Was wir tun sollen, aber nicht Wie.***

Kritisch wird es, wenn wir Freiberufler in die Dienstpläne oder Urlaubsplanung des Kunden integriert werden. Das ist sicherlich regelmäßig der Fall, wenn Freiberufler z. B. als Anwenderbetreuer tätig sind, z. B. als Agent beim Help Desk oder dem nachgelagerten Second Level Support tätig werden. Für diese Tätigkeit wird die Anwesenheit an einem bestimmten Arbeitsplatz zu den vom Kunden festgelegten Arbeitszeiten gefordert. Freiberufler, die diese Aufgaben übernehmen, arbeiten integriert und nach den Prozessen und Richtlinien, die ihnen ihr Kunde vorgibt. Häufig werden diese Tätigkeiten mit Stundensätzen unterhalb von 30 € bezahlt, inklusive Reisekosten. Und damit haben wir ein Beispiel, bei dem die Frage nach der Selbstständigkeit gerechtfertigt ist.

---

## Literatur

[FELS01] <http://www.felser.de/blog/lag-baden-wuerttemberg-it-berater-sind-arbeitnehmer/>. Zugegriffen: 09 Sept 2013