

Modernes Selbstständigenrecht nicht nur bei Scheinselbstständigkeit überfällig

Statusfeststellung bei zahlreichen Berufen verfassungswidrig, wenn die Vertragsfreiheit (Art. 2 Grundgesetz - GG) und die freie Berufswahl (Art. 12 GG) normenunklar und unverhältnismäßig eingeschränkt werden

Inhalt

PROBLEMSTELLUNG.....	2
Existenzielle Risiken durch Undurchschaubarkeit des Selbstständigenrechts	3
Statusfeststellungspraxis bewirkt regelmäßig Selbstständigkeitsverbot.....	5
Einvernehmliche freie Vertragsgestaltung wird staatlich behindert	5
Nicht kammergebundene freie Berufe sind nicht angemessen im Blick.....	6
Hoch kooperative zukunftsrelevante Berufe werden benachteiligt	6
Einseitige Beurteilung aus Auftraggeberperspektive ist realitätsfern	7
Übertragung staatlicher Kontrollfunktion an Unternehmen ist problematisch	8
Mangelnde behördliche Unabhängigkeit und zugleich fehlende Zuständigkeit.....	8
ABWÄGUNG STAATLICHER ZIELKONFLIKTE	9
Dem Gemeinwohl durch flexible Berufs- und Bildungsinfrastruktur dienen	9
Prekärer Selbstständigkeit entgegenwirken, aber abgesicherte stärken	10
Bürokratiekaskaden und gerichtliche Auseinandersetzungen verhindern	10
Vertrauen in Rechtsstaatlichkeit erhalten	10
Attraktivität der Selbstständigkeit fördern	11
VERFASSUNGSRECHTLICHE BETRACHTUNG	11
Freie Berufswahl nach Art. 12 GG wird durch Statusfeststellung eingeschränkt.....	11
Selbstständige Berufstätigkeit als Urform der Berufsausübung ist zu schützen	13
Normklarheit ist bei Grundrechtseinschränkungen unerlässlich	14
Verfassungswidrigkeit durch unverhältnismäßige staatliche Eingriffe verhindern	15
Gesamtwürdigung auf Basis der Schutzbedürftigkeit und Berufsrealität erforderlich	15
LÖSUNGSANSÄTZE.....	16
Notwendig: Gesetzliche Klarstellung der Schranken-Schranken	16
Notwendig: Wiedereinführung von Rechtssicherheit durch § 7b SGB IV.....	16
Notwendig: Verfassungsrechtskonforme Auslegung	17
Möglich: Soziale Absicherung aller Selbstständigen	17
Möglich: Kontrollfunktion durch neue Sozialabgaben-ID in Rechnungen	17
Möglich: Unabhängige Behörde zur Statusfeststellung und Tätigkeitseinstufung	17
Wünschenswert: Von VGSD und BAGSV vorgelegte 30 Lösungsvorschläge	18
Wünschenswert: Enquete-Kommission „Modernes Selbstständigenrecht“	18
FAZIT	19
VISION	19

PROBLEMSTELLUNG

Die rechtlichen Rahmenbedingungen für Selbstständige, insbesondere für sogenannte Solo-Selbstständige und Kleinselbstständige, sind in Deutschland höchst problematisch. Das gilt vor allem für nicht kammergebundene freie Berufe. Das Spektrum ist hier sehr weit gefächert und reicht von IT-Freelancern über Kulturschaffende und von Spezialdienstleistern bis hin zu Lehrenden aller möglicher Bildungs- und Berufsbereiche.

Die Problematik wird weiter vorangetrieben durch immer größer werdende Rechtsunsicherheit in konkurrierenden Rechtsbereichen wie Arbeitsrecht und Sozialversicherungsrecht. So werden selbstständige Existenzen etwa durch nicht absehbare gerichtliche Entscheidungen gefährdet und damit die Innovationskraft in Gesellschaft und Wirtschaft ausgebremst. Die vielfältigen Potentiale der Menschen können durch daraus resultierende Bürokratisierung nicht mehr umfassend für berufliche Gestaltung genutzt werden.

An verschiedenen Punkten besteht dringender gesetzlicher Regelungsbedarf, wodurch die Rechtsbereiche für Selbstständige, die über Jahrzehnte gewachsen sind, systematisch aufeinander abstimmt werden müssten. Falls die vielfach sogar widersprüchliche rechtliche Komplexität nicht zeitnah handhabbar gemacht wird, droht Deutschland wirtschaftlich dauerhaft abgehängt zu werden. Die Wettbewerbsfähigkeit nimmt gegenüber anderen Ländern bereits deutlich ab und Fachkräfte, die nicht auf ein Land festgelegt sind, entscheiden sich im Zweifel, aufgrund überbordender Bürokratie, bewusst gegen statt für Deutschland. Ausgeführt wird die Problematik nachfolgend am Beispiel des Statusfeststellungsverfahrens der Deutschen Rentenversicherung Bund (DRV), nach dem regelmäßig Scheinselbstständigkeit trotz einvernehmlicher und sozial abgesicherter Selbstständigkeit festgestellt wird.

In diesem Positionspapier erfolgt die Konkretisierung dieser Problemstellung, eine Abwägung der verschiedenen, damit einhergehenden staatlichen Zielkonflikte, die verfassungsrechtliche Einordnung in Bezug auf die Freiheitsrechte Selbstständiger bei der Statusfeststellung.

Abschließend werden praktikable Lösungsansätze und ein Fazit dargelegt, sowie eine Vision für eine zukunftsfähige Gestaltung eines modernen Selbstständigenrechts entworfen.

Auch wenn die Problematik hier am Beispiel einer drohenden Scheinselbstständigkeit „selbstständig Lehrender“ dargestellt wird, bedeutet diese Fokussierung nicht, dass ausschließlich die freie Bildungsinfrastruktur in Deutschland gefährdet ist. An der Schlüsselstelle Bildung/Weiterbildung kann jedoch exemplarisch aufgezeigt werden, was in Deutschland auf dem Spiel steht, wenn der Bundesgesetzgeber nicht zeitnah handelt. Alltagstaugliche Lösungsmöglichkeiten verdeutlichen dabei am Ende des Positionspapieres, wie Selbstständige in ihren Grundrechten angemessen geschützt werden können und dass das zugleich dem Gemeinwohl dient. Eine humane Weiterentwicklung der Gesellschaft ist schließlich nur möglich, wenn die Rahmenbedingungen abgesichert werden, in denen sich Menschen in Gesellschaft und Wirtschaft frei entfalten können.

Handlungsbedarf wurde auch auf dem 74. Deutschen Juristentag am 25. bis 27. September 2024 in Stuttgart thematisiert unter der Überschrift:

*„Wen schützt das Arbeits- und Sozialversicherungsrecht? –
Empfiehl sich eine Neuausrichtung seines Anwendungsbereichs?“¹*

Das hier vorliegende Positionspapier bejaht eine Neuausrichtung des Sozialversicherungsrechts und fordert eine umfassende Neukonzeption eines modernen Selbstständigenrechts.

¹ Onlineresource: https://djt.de/wp-content/uploads/2024/04/djt_74_Arbeits-und-Sozialrecht_240412.pdf
Abgerufen am 14.11.2024

Existenzielle Risiken durch Undurchschaubarkeit des Selbstständigenrechts

Gründer, Solo-Selbstständige und Unternehmen ohne Rechtsabteilung sind mit der Komplexität und Unberechenbarkeit des Rechts im Zusammenhang mit Scheinselbstständigkeit überfordert. Das gilt vielfach selbst für Juristen, die diese Rechtslage auslegen sollen.

Bei der so genannten Scheinselbstständigkeit handelt es sich um eine berufliche Tätigkeit, die vertraglich als selbstständige Tätigkeit vereinbart wird, nach Einschätzung von Verwaltung oder Gerichten aber eine abhängige Erwerbsarbeit darstellt. Gesetzlich erfolgt die Definition von Scheinselbstständigkeit in jahrzehntelanger Rechtsprechung, allerdings in unterschiedlichen Rechtsbereichen. Mangels einer klaren gesetzlichen Definition, was Selbstständigkeit und in Abgrenzung dazu abhängige Beschäftigung ist, widersprechen sich vielfach die Abgrenzungskriterien in Arbeits- und Sozialversicherungsrecht. Dabei ändern sich sogar die angewandten höchstrichterlichen Kriterien innerhalb einer Gerichtsbarkeit, wie nicht nur das so genannte „Herrenberg-Urteil“ des Bundessozialgerichtes (BSG) darlegt. So zeigt Freudenberg², Vorsitzender Richter am Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen, in einem Vergleich zweier Urteile des BSG, dass das Gericht in zwei ähnlich gelagerten Fällen die Positiv- und Negativkriterien bei gleichgelagerten Sachverhalten sehr unterschiedlich anwendet (Entscheidung 2018 „Musikschullehrer I“³ und Entscheidung 2022 „Musikschullehrer II“⁴ – auch Herrenberg-Urteil genannt). Wenn schon Fachjuristen nicht in der Lage sind, die im Raum stehenden Kriterien dauerhaft einheitlich anzuwenden, so ist das Sachbearbeitenden in der Rentenversicherung und erst Recht Selbstständigen ohne juristische Ausbildung nicht zumutbar. Statt verlässlicher Rechtssicherheit gleicht die Feststellungspraxis somit eher einem Glücksspiel.

Kleinstunternehmen haben kaum eine Chance, sich bei dieser Fragestellung zurechtzufinden, dabei drohen bei rechtlichen Verstößen nicht nur Insolvenz, sondern sogar Haftstrafen. Denn die relevanten Vorschriften sind unbestimmt und werden von Gerichten zu unterschiedlichen Zeitpunkten unterschiedlich ausgelegt und das mit rückwirkender Geltung. In manchen Fällen werden sozialversicherungsrechtlich bis zu 30 Jahre Nachforderungen fällig.

Die Rechtsgrundlagen unterscheiden sich im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, sind aber in beiden Vorschriften nicht klar definiert:

- Arbeitsrecht⁵: § 611a Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)
- Sozialversicherungsrecht: § 7a Sozialgesetzbuch (SGB) IV

Die rechtlichen Folgen der Unbestimmtheit der beiden Vorschriften können dabei erhebliche steuerrechtliche und strafrechtliche Wirkungen entfalten:

- Steuerrecht: § 15a Umsatzsteuergesetz (UStG)
- Strafrecht: § 266a Strafgesetzbuch (StGB)

Die Einstufung, was selbstständige bzw. abhängige Erwerbsarbeit darstellt, differiert zwischen den unterschiedlichen Gerichtsbarkeiten: hinzu kommen neben Arbeits- und Sozialgerichten dann auch noch die Strafgerichte. Ein Gründer und Kleinselbstständiger müsste sich demnach mit den höchst komplexen und sich vielfach widersprechenden Entscheidungen aller drei Rechtsbereiche auskennen, um sein Risiko minimieren zu können.

² Ulrich Freudenberg (2023): Versicherungspflicht von Lehrkräften an Musik- und Volkshochschulen. In: Die Sozialgerichtsbarkeit: SGB 11/23, S. 659 - 666

³ BSG, Urteil vom 14.03.2018 – B 12 R 3/17 R, BSGE 125, 177

⁴ BSG, Urteil vom 28.06.2022 – B 12 R 3/20 R, SozR 4-2400

⁵ BAG, Urteil vom 24.06.1992 – 5 AZR 384/91, Rn. 26: „daß Volkshochschuldozenten, die außerhalb schulischer Lehrgänge unterrichten, auch als freie Mitarbeiter beschäftigt werden können, und zwar selbst dann, wenn es sich bei ihrem Unterricht um aufeinander abgestimmte Kurse mit vorher festgelegtem Programm handelt (BAG, Urteil vom 26. Januar 1977 - 5 AZR 796/75 - AP Nr. 13“

Der Rechtsrahmen ist so komplex, da die Formen der Selbstständigkeit historisch gewachsen sind und nicht als zusammenhängendes Gesamtsystem entwickelt wurden. Damit sind zwangsläufig große Inkonsistenzen, Unklarheiten und sogar Widersprüche verbunden. So werden selbstständige Tätigkeiten von unterschiedlichsten Gesetzen und behördlichen Zuständigkeiten bestimmt, die alles andere als aufeinander abgestimmt sind. Allein die rechtliche Einordnung selbstständiger Tätigkeiten in unterschiedlichen Tätigkeitsformen ist hoch komplex.

Unterscheidungen beruflicher Tätigkeitsformen:

- Gewerbe versus Freiberuflichkeit⁶
- staatlich geregelte Berufe vs. nicht-staatlich geregelte Berufe
- Freiberuflichkeit mit Kammerzugehörigkeit⁷ vs. Freiberuflichkeit ohne Kammerzugehörigkeit
- Kapitalgesellschaft vs. Personengesellschaft

Zahlreiche Gesetze wurden mit Blick auf große Unternehmen oder staatlich geregelte Berufe entwickelt. Dabei sind nicht geregelte, freie Berufe und Solo-Selbstständige sowie kleinere Unternehmen mit ihren speziellen Bedarfen zumeist nicht im Blick gewesen. Das führt bis heute zu einer Undurchschaubarkeit der Rechtslage gerade für Gründer und Kleinstunternehmen. So gibt es keine behördliche Instanz, die Gründer berät, welche Tätigkeit Freiberuflichkeit bzw. Gewerbe darstellt. Das Institut für Freie Berufe der Universität Erlangen⁸ berät Gründer zu dieser Fragestellung, kann aber keine Bescheide dazu erlassen. Eine zuständige „Behörde für Freie Berufe“ gibt es vor Ort in Ländern und Kommunen nicht. Im Zweifel muss die Feststellung gerichtlich erfolgen. Wer als Selbstständiger hoch qualifiziert ist für sein berufliches Tätigkeitsfeld, steht meist zugleich vor der schier unlösbaren Herausforderung, sich rechtlich abzusichern und ggf. eine passende Rechtsform zu wählen. Gerade in Gründerzeiten sind aber zumeist kaum zeitliche und monetäre Ressourcen vorhanden, um das zu bewerkstelligen. Das Risiko, in eine Insolvenz zu geraten, wird hier nicht selten bereits grundgelegt.

Formen der Selbstständigkeit:

- Unternehmen: Kapitalgesellschaft
- Unternehmen: Personengesellschaft, gewerblich
- Unternehmen: Personengesellschaft, freiberuflich und kammergebunden
- Unternehmen: Personengesellschaft, freiberuflich und nicht kammergebunden
- Einzelunternehmer, gewerblich
- Einzelunternehmer, freiberuflich und kammergebunden
- Einzelunternehmer, freiberuflich und nicht kammergebunden

Solo-Selbstständige und Kleinstunternehmer (weniger als 10 Mitarbeitende) sind bei der Rechtsentwicklung bislang mit ihren Bedarfen kaum im Blick, obwohl sie zu den zahlenmäßig weit häufigsten Unternehmen in Deutschland gehören.⁹ Der historisch gewachsene Blick auf Arbeitnehmer ist nachvollziehbar. Es war und ist sinnvoll den sozialstaatlichen Schutz abhängig Beschäftigter sicherzustellen. Jetzt gilt es aber, auch Klein-Selbstständige in den Blick zu nehmen und sie in ihren Freiheitsrechten zu stärken.

⁶ Freiberuflichkeit bzw. Gewerbe werden in unterschiedlichen Verordnungen bestimmt:

§ 1 Partnerschaftsgesellschaftsgesetz (PartGG), § 6 Gewerbeordnung, § 18 Einkommensteuergesetz (EStG)

⁷ Gemeint ist hier eine staatlich vorgegebene Pflichtmitgliedschaft in berufsständischen Kammern.

⁸ Onlineressource: <https://ifb.uni-erlangen.de/> Abgerufen am 14.11.2024

⁹ Onlineressource: <https://www.destatis.de/DE/Themen/Branchen-Unternehmen/Unternehmen/Kleine-Unternehmen-Mittlere-Unternehmen/Tabellen/wirtschaftsabschnitte-insgesamt.html?nn=208440>. Abgerufen am 14.11.2024

Theoretisch könnte das so genannte Statusfeststellungsverfahren der DRV Rechtssicherheit schaffen. Die Praxis zeigt jedoch, dass die Statusfeststellung nach diesem Verfahren, das zum 01.04.2022 reformiert wurde, in der Praxis gescheitert ist.¹⁰

Bei der Statusfeststellung werden Grundrechte tangiert:

- Vertragsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG
- Berufsfreiheit nach Art. 12 GG

So gilt es zu betrachten, ob es für die damit einhergehenden Grundrechtseinschränkungen bei einer Statusfeststellung eine normenklare Gesetzesgrundlage gibt und die Praxis der Grundrechtseingriffe verfassungsrechtskonform durchgeführt wird.

Statusfeststellungspraxis bewirkt regelmäßig Selbstständigkeitsverbot

Über Jahre hinweg hatten sich in der sozialrechtlichen Rechtsprechung branchenspezifische Auslegungen etabliert, die die allgemeine Rechtslage für Falltypen konkretisiert und handhabbar gemacht hat. Dies wird von der DRV spätestens nach einem Urteil des BSG aus dem Jahr 2022, dem so genannten „Herrenberg-Urteil“,¹¹ aber anders gehandhabt. Damit steigt die sozialversicherungsrechtliche Rechtsunsicherheit noch weiter als bisher und es besteht dringender Handlungsbedarf.

Es wird zumeist davon ausgegangen, dass eine Feststellung lediglich eine Gegebenheit erfasst, die objektiv vorliegt. Dazu muss die Feststellungsgrundlage jedoch geeignet sein, auch die tatsächliche Realität zu erfassen. Das ist bei der Einstufung von Scheinselbstständigkeit aber nicht gegeben: Die Frage, ob eine Tätigkeit frei oder abhängig erfolgt, hat schließlich viele Dimensionen, die sich in verschiedenen Berufstätigkeiten grundlegend unterscheiden. Ein Beruf, der von seiner Beschaffenheit her auf Kooperation und Zusammenarbeit mit anderen Akteuren angelegt ist, hat andere Gestaltungsmöglichkeiten als ein Beruf, der nicht in komplexen arbeitsteiligen Prozessen erfolgt. Eine pauschale Einteilung Selbstständigkeit versus abhängige Beschäftigung mit gleichem Maßstab bei allen Berufen wird der Realität moderner arbeitsteiliger Arbeitsprozesse aber nicht gerecht. Die Feststellung der Scheinselbstständigkeit ist damit nicht nur Feststellung, sondern zugleich auch rechtliche Gestaltung. Dabei zieht die Einstufung als abhängige Beschäftigung zahlreiche berufliche Einschränkungen nach sich, die einen Eingriff in verfassungsrechtlich geschützte Freiheitsrechte bedeuten. Da die selbstständige gegenüber der unselbstständigen Form der Berufstätigkeit nach Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts einen eigenen Beruf darstellt,¹² kann es in Einzelfällen de facto zu Berufsverboten kommen, wenn durch die Statusfeststellung die komplette selbstständige Tätigkeit wegbricht.

Der Gesetzgeber hat die Problematik, nach Intervention zahlreicher Verbände, erkannt und so hat der Bundestag am 30.01.2025 eine Übergangsregelung verabschiedet: § 127 SGB IV „Übergangsregelung für Lehrtätigkeiten“. Damit ist die verfassungsrechtlich problematische Situation jedoch nicht beseitigt. Die Übergangszeit bis zum 31.12.2026 ist nun vom Gesetzgeber zu nutzen, um unbürokratische und rechtssichere Lösungen dauerhaft zu verankern.

Einvernehmliche freie Vertragsgestaltung wird staatlich behindert

Freiheitsrechte haben in einem demokratischen Rechtsstaat einen hohen Stellenwert. Da verwundert es, dass es Behörden und Gerichten möglich ist, die Freiheit selbstständiger Berufstätigkeit ohne klare gesetzliche Grundlage einzuschränken. Ob das verfassungsrechtlich haltbar ist, wird weiter unten diskutiert. Für das natürliche Rechtsempfinden von Selbstständigen ist

¹⁰ Onlineresource: <https://www.vgsd.de/reform-des-statusfeststellungsverfahrens-vgsd-und-bagsv-legen-30-von-praktikern-priorisierte-loesungsvorschlaege-vor/?cs=rp>. Abgerufen am 14.11.2024

¹¹ BSG, Urteil vom 28.06.2022, Az.: B 12 R 3/20 R

¹² BVerfG, Urteil vom 11.06.1958, „Apotheken-Urteil“, Az.: 1 BvR 596/56, Leitsatz 3

es jedenfalls nicht nachvollziehbar, wenn sie staatlicherseits in eine abhängige Beschäftigung gedrängt werden, obwohl Auftraggeber und Auftragnehmer eine selbstständige Tätigkeit vereinbaren. Nachvollziehbar wäre das lediglich, wenn es zum Schutz eines Beteiligten dienen würde, aber solche vernünftigen Gründe müssen überhaupt nicht vorliegen. Zwar wird die vertragliche Einvernehmlichkeit in der sozialversicherungsrechtlichen Betrachtung vielfach als Indiz für Selbstständigkeit gewertet, aber die Freiheit selbstständig tätig sein zu dürfen, wird selbst dann verwehrt, wenn trotz Einvernehmlichkeit bereits eine soziale Absicherung oder gar eine Versicherungspflicht des Auftragnehmers besteht, wie das etwa bei selbstständigen Bildungstätigkeiten nach § 2 SGB VI der Fall ist.

Ein derart massives und unbegründetes staatliches Einwirken in die freie Berufsausübung ist nicht nur kontraproduktiv für einen zukunftsgerichteten Wirtschaftsstandort Deutschland, sondern missachtet den Vorrang von Freiheitsrechten gegenüber nicht nachvollziehbarer hoheitlicher Verwaltungspraxis.

Nicht kammergebundene freie Berufe sind nicht angemessen im Blick

Die Vorstellung von Selbstständigkeit, wie sie sich in den Entscheidungen der DRV und der Gerichte niederschlägt, wird der modernen beruflichen Realität des 21. Jahrhunderts nicht gerecht, sondern basiert nach wie vor auf alten Berufsbildern. Die Realität von Berufen in arbeitsteiligen Tätigkeitsfeldern, in nicht kammergebundenen Berufen, wird bei der Statusfeststellung nicht angemessen berücksichtigt. Die Denkweise, die dahinter liegt, basiert auf der Vorstellung, es gäbe eine abstrakte Form der Selbstständigkeit, die unabhängig von den konkreten Alltagsgegebenheiten der sich stark unterscheidenden Berufe existieren würde. Das bedeutet aber, dass unbewusst die alten Vorstellungen von Selbstständigkeit dominieren und eine Rechtsfortentwicklung, die das heutige Berufsleben in seinen Eigenheiten erfasst, nicht stattfindet. Das heißt, dass ohne weiterentwickelte Rechtsgrundlage überkommene Maßstäbe perpetuiert werden.

Eine undifferenzierte Rechtsanwendung und Einstufung bezüglich Scheinselbstständigkeit greifen dabei stärker bei arbeitsteiligen Berufen ein als in viele herkömmliche Kammerberufe. Das ist historisch nachvollziehbar. Für Juristen stellt etwa der Beruf eines Anwalts einen Beruf dar, der typischerweise¹³ freiberuflich erfolgen kann, weil es gut vorstellbar ist, dass beratende anwaltliche Tätigkeit selbstständig ohne Weisung erfolgen kann. Aber selbst in diesem Beruf bedarf es nicht selten bei komplexen Problemstellungen einer Zusammenarbeit mehrerer Juristen, ohne dass diese damit ihre freiberuflichen Gestaltungsfreiheiten verlören. Eine Selbstständigkeit wird hier auch dann nicht verneint, wenn es die Zusammenarbeit – etwa in großen Projekten – erfordert, dass sich freiberuflich tätige Anwälte in vorgegebene Terminierungen mit einbinden lassen und der Auftraggeber die Räume bezahlt, in denen die Treffen stattfinden. Und auch ein Absagen von Terminen bei Verhinderung ist hier selbstverständlich. Hingegen wird es in Urteilen von Sozialgerichten bei Lehrenden immer wieder als Kriterium für abhängige Beschäftigung gewertet, wenn der Auftraggeber die genutzten Räume finanziert und bei Verhinderung dem Auftraggeber die Terminabsage gemeldet wird. Bei nicht kammergebundenen freien Berufen müssen die sich unterscheidenden Realitäten der beruflichen Rahmenbedingungen künftig auch angemessen berücksichtigt werden.

Hoch kooperative zukunftsrelevante Berufe werden benachteiligt

Berufe, die in anderer arbeitsteiliger Weise als die freiberuflichen Katalogberufe¹⁴ tätig sind und von ihrer beruflichen Grundstruktur noch stärker auf kooperative Zusammenarbeit und agile Methoden angewiesen sind, werden in der Feststellungspraxis tendenziell benachteiligt. Deshalb wäre es

¹³ Bundesgerichtshof (BGH), Urteil vom 08.03.2023, Az. 1 StR 188/22

¹⁴ Definiert in § 18 Einkommensteuergesetz. Onlineresource: https://www.gesetze-im-internet.de/estg/_18.html. Abgerufen am 14.11.2024

notwendig, dass bei sich unterscheidenden Berufen gesetzlich definiert würde, wo die Grenze zur abhängigen Beschäftigung liegt. Das Ausschließen von abstrakten Maßstäben für bestimmte Berufs- und Tätigkeitsbilder bedeutet das Festhalten an einem vermeintlich allgemeingültigen Bild selbstständiger Berufstätigkeit. Diese Verallgemeinerung ist aber inhaltlich nicht begründbar. Berufliche Tätigkeit erfolgt in einer modernen, komplexer werdenden und hoch arbeitsteilig organisierten Gesellschaft immer häufiger kooperativ. Dabei werden Kompetenzbedarfe der Berufstätigen immer spezieller und für anspruchsvolle Produkte und Dienstleistungen bedarf es einer Vielzahl von Spezialisten, die ihre Ziele allein nicht erreichen könnten. So ist das etwa im Rahmen der beruflichen Bildung, bei der es unterschiedlichster Lehrender bedarf, um komplexe berufliche Kompetenzen entwickeln zu können. In der sozialgerichtlichen Rechtsprechung wird immer weniger auf die sich unterscheidenden Realitäten verschiedener Berufe geachtet. Es wird nun vielmehr fiktiv angenommen, in allen Berufen würde sich Selbstständigkeit versus abhängige Beschäftigung in sehr ähnlicher Weise vollziehen. Das missachtet die sich unterscheidenden berufsspezifischen Ausformungen:

Selbstständig Lehrende arbeiten etwa zur Vorbereitung auf komplexe Berufsabschlüsse arbeitsteilig auf Basis eines gemeinsamen Curriculums zusammen, um die unterschiedlichen Kompetenzanforderungen der Teilnehmenden entwickeln zu können. Die curricularen Vorgaben werden häufig nicht einmal von den Auftraggebern erstellt. Sie sind dabei in gleichem Maße wie die Auftragnehmenden den Vorgaben von außen „unterworfen“. Die Vorgaben können sowohl von öffentlich-rechtlichen Vorschriften oder privatrechtlichen Fach- oder Dachverbänden kommen. Die Annahme, dass die Arbeit an einem gemeinsamen Curriculum mit konkretisierenden Vereinbarungen gegen eine selbstständige Arbeit spricht, ist nicht begründet. In dieser Logik müsste der Staat oder ein Dachverband, der Qualitätsstandards vorgibt, der Arbeitgeber des Auftraggebers und zugleich des Auftragnehmers werden. Beide Parteien wären demnach nicht mehr selbstständig tätig. So sprechen auch Terminvorgaben und regulative Absprachen in Kursen, deren Seminare curricular aufeinander abgestimmt werden müssen, nicht gegen eine Selbstständigkeit, wenn der Auftragnehmer die einzelnen Seminare oder Kurse selbst frei wählen oder ablehnen kann.

Diese Ausführungen zeigen, dass die aktuelle Rechtslage einer differenzierter und zugleich vernetzter gewordenen Berufswelt in vielen Fällen nicht mehr gerecht werden kann. Sachbearbeiter etwa der Rentenversicherungsträger sind somit, bei bestimmten Berufsgruppen, nicht mehr in der Lage nach modernen Maßstäben zu entscheiden, ob Selbstständigkeit oder abhängige Beschäftigung vorliegt.

Bei der aktuellen Feststellungspraxis durch die Deutsche Rentenversicherung¹⁵ ist somit zu betrachten, ob sie für alle Berufs- und Tätigkeitsbilder verfassungsrechtskonform umgesetzt wird. Dabei bedarf es einer Gesamtwürdigung, die auch die spezifischen Realitäten der sich unterscheidenden Berufe berücksichtigt.

Einseitige Beurteilung aus Auftraggeberperspektive ist realitätsfern

Eine Statusfeststellung muss nach derzeitiger Rechtslage im Einzelfall erfolgen. Nach aktueller Rechtsprechung werden dabei die einzelnen Vertragsverhältnisse eines bestimmten Auftraggebers in Bezug auf einen bestimmten Auftragnehmer fokussiert. Damit wird die Klärung einer Scheinselbstständigkeit in einer möglichen grundrechtseinschränkenden Dimension aber nicht hinreichend erfasst, weil dabei die berufliche Gesamtsituation eines Auftragnehmers nicht betrachtet wird. Ob es einer sozialen Absicherung des Auftragnehmers bedarf, ist so nicht festzustellen. Außerdem macht es bei der Frage der Selbstständigkeit einen grundlegenden Unterschied, ob ein Auftragnehmer lediglich einen einzelnen Auftraggeber hat oder mehrere. Dabei ist die Gefahr einer Abhängigkeit, der es entgegenzuwirken gilt, weit größer, wenn der

¹⁵ Vgl. Onlineresource: https://www.deutsche-rentenversicherung.de/DRV/DE/Experten/Arbeitgeber-und-Steuerberater/summa-summarum/Lexikon/D/dozenten_lehrbeauftragte.html. Abgerufen am 14.11.2024

Auftragnehmer allein von den Einnahmen eines einzigen Auftraggebers lebt. Anders ist die Sachlage, wenn ein Auftragnehmer eine Vielzahl Auftraggeber hat. Dann kann er unternehmerisch unabhängiger agieren. Die enggeführte Betrachtung aus Auftraggeberperspektive bei der Frage, ob es sich um Scheinselbstständigkeit handelt, wird der beruflichen Realität somit nicht gerecht und ist realitätsfremd. Eine verfassungsrechtliche Prüfung, ob eine Grundrechtseinschränkung verhältnismäßig erfolgt, ist bei Ausblenden der Auftragnehmersituation sachlich nicht möglich. Bei Grundrechtseinschränkungen hat aber eine verfassungsrechtliche Prüfung zu erfolgen, die sich umfassend auf die Gegebenheiten der Person beziehen muss, deren Grundrechte eingeschränkt werden.

Übertragung staatlicher Kontrollfunktion an Unternehmen ist problematisch

Immer häufiger werden staatliche Aufgaben an Unternehmen übertragen. Das gilt auch für den Einzug von Sozialbeiträgen. Waren es bislang nur die Arbeitgeber, die für ihre abhängig Beschäftigten die Beiträge abführen mussten, so dehnt die DRV ihre Einzugspraxis mittlerweile auch auf die Sphäre selbstständiger Tätigkeiten aus. Unter dem Deckmantel der Statusfeststellung angeblich abhängiger Beschäftigung, werden die Auftraggeber zu Einzugsinstanzen ihrer Auftragnehmer.

In der bisherigen Logik, die lediglich Vertragsverhältnisse prüft ohne Verhältnismäßigkeitsabwägungen bei den Grundrechtseinschränkungen der Berufstätigen durchzuführen, ist das in der Praxis in Summe ein erfolgreiches Vorgehen: Auch wenn sich einige Unternehmen erfolgreich wehren, so bleiben noch genügend andere, die rechtskräftig zu Arbeitgebern gemacht werden und somit die Einzugsücke selbstständiger Honorartätigkeit schließen.

Die Übertragung von staatlichen Kontrollfunktionen ist an dieser Stelle problematisch, da unnötig in den freien Markt eingegriffen wird. Schließlich ist es hier nicht die Intention, den Markt selbstständiger Dienstleistungen zu regulieren, sondern sachfremde staatliche Kontrollfunktionen sicherzustellen, die anderweitig erfüllt werden könnten.

Mangelnde behördliche Unabhängigkeit und zugleich fehlende Zuständigkeit

Es liegt auf der Hand, dass bei der DRV ein Interessenkonflikt vorliegt, da sie ein Interesse daran hat, ihre Kontrollmöglichkeiten weit auszudehnen, bis in den eigentlich selbstständigen Markt hinein. Das ist bei möglichen Grundrechtseinschränkungen rechtsstaatlich höchst problematisch. Die unklaren Kriterien mit unklarer Gewichtung können dabei regelmäßig so zugeschnitten werden, dass das gewünschte Ergebnis herauskommen kann.

Hinzu kommt, dass sich die Beobachtung verdichtet, dass die DRV bei öffentlichen, aber auch bei eigenen Projekten andere Prüfmaßstäbe¹⁶ anlegt als bei privaten Unternehmen.

Auf der anderen Seite gibt es für Selbstständige keine unabhängige Behörde, welche die verschiedenen Bereiche des Selbstständigenrechts im Blick hat und bei Bedarf weiterhelfen und rechtsverbindlich entscheiden kann. Das gilt nicht nur für die Klärung von Selbstständigkeit versus abhängige Beschäftigung, sondern auch für die Feststellung, ob es sich um Freiberuflichkeit oder Gewerbstätigkeit handelt. Somit werden Selbstständige einerseits unkalkulierbaren rechtlichen Risiken ausgesetzt, erhalten andererseits aber keine Möglichkeit mittels staatlicher Unterstützung rechtssicher durch die undurchsichtige Rechtslage zu navigieren.

¹⁶ Misch, Marcel (2024): In: Freelance now: 414 Millionen Euro für IT-Unterstützung bei der Deutschen Rentenversicherung. Onlineresource: <https://www.freelance-now.de/magazine/insights/414-millionen-euro-fuer-it-unterstuetzung-bei-der-deutschen-rentenversicherung>. Abgerufen am 14.11.2024

Legitime staatlich Ziele sind vielseitig gelagert und können sich widersprechen. Will man dabei das Gemeinwohl nicht aus dem Blick verlieren, ist es wichtig, staatliche Zielkonflikte zu identifizieren, die für eine funktionierende Selbstständigkeitsinfrastruktur bedeutsam sind. Beim Thema Scheinselbstständigkeit gibt es dabei zahlreiche Zielkonflikte, die nicht im Zuständigkeitsbereich einer einzelnen Behörde bzw. eines Sozialversicherungsträgers oder eines einzelnen Ministeriums und auch nicht eines Bundestagsausschusses liegen. Die Feststellungspraxis bei Scheinselbstständigkeit hat dabei aber weitreichende Auswirkungen in unterschiedlichen Bereichen. Diese betreffen die Attraktivität selbstständiger Berufstätigkeit, die wirtschaftlich notwendige Infrastruktur, Bürokratie und gerichtliche Verfahren, aber auch die soziale Absicherung und nicht zuletzt den Grundrechtsschutz in einer freiheitlichen Gesellschaft. Betrachtet man das Ganze im Hinblick auf die Auswirkungen der Feststellungspraxis bei Scheinselbstständigkeit, so betrifft dieses virulente Thema nicht nur das Ressort Arbeit (Arbeitsrecht) und Soziales (Rentenversicherung), sondern auch die Ressorts Bildung (Bildungsinfrastruktur), Finanzen (Umsatzsteuer), Justiz (Gerichte, Zivilrecht, Strafrecht) und Wirtschaft (Selbstständigkeit). Um die Auswirkungen der Feststellungspraxis zu veranschaulichen, werden nachfolgend fünf zentrale Zielkonflikte herausgearbeitet.

Dem Gemeinwohl durch flexible Berufs- und Bildungsinfrastruktur dienen

Eine vielfältige und flexible Bildungsinfrastruktur dient dem Gemeinwohl. Das haben auch die EU und der Europäische Gerichtshof (EuGH) erkannt. Demnach gelten selbst gewinnerzielende private Einrichtungen in ihrer Wirkung dem Gemeinwohl, sofern sie Bildungsleistungen erbringen. Konsequenterweise wird nach der EU-Mehrwertsteuersystemrichtlinie Bildung umfassend von der Umsatzsteuer befreit. Als das Bundesfinanzministerium im Jahressteuergesetz 2024 die Befreiung für Endverbraucher einschränken wollte, ging eine gewaltige Protestwelle durch das Land. Dazu haben Positionspapiere¹⁷ maßgeblich beigetragen. Daraufhin wurden die geplanten Änderungen des Regierungsentwurfs zu § 4 Nr. 21 UStG zurückgenommen¹⁸. Das Beispiel zeigt, wie wichtig es ist, eine zukunftsgerichtete Bildungsinfrastruktur weitsichtig rechtlich abzusichern. Das gilt für die verschiedenen Rechtsbereiche, wobei die negativen Auswirkungen der Statusfeststellungspraxis durch die DRV noch weitergehend sind, als es eine drohende Umsatzsteuerpflicht gewesen wäre. Schließlich werden bereits jetzt Bildungsmaßnahmen nicht mehr realisiert, weil die Rechtslage mit Honorarkräften zu riskant ist, jedoch keine gleichförmige Nachfrage vorliegt, um Festanstellungen realisieren zu können. Eine öffentliche wie private, vielseitige und flexible Bildungs- und Weiterbildungsinfrastruktur stellt einen wichtigen Standortfaktor dar, wenn unsere Wirtschaft wettbewerbsfähig bleiben soll. Nur durch Bildung kann sich darüber hinaus eine demokratische Gesellschaft und ein lebenswertes Gemeinwesen weiterentwickeln. Bildung ist dabei kein schmückendes Beiwerk, sondern Kern innovativer Entwicklungen. So darf die gewachsene Berufs- und Bildungsinfrastruktur nicht zerstört werden. Das würde dem Gemeinwohl massiv schaden.

¹⁷ Wenzel, Joachim (2024): Positionspapier vom 11.07.2024: Schaden für Bildungsstandort Deutschland durch neue Bürokratisierung und Verteuerung von Bildung vermeiden. Onlineressource: <https://dgsf.org/service/wissensportal/positionspapier-2024-06-13-regierungsentwurf-umsatzsteuerbefreiung-fuer-bildungsleistungen.pdf/@download/file>. Abgerufen am 14.11.2024

¹⁸ Onlineressource: <https://www.vgsd.de/positionspapier-und-petition-fuer-umsatzsteuerfreiheit-im-bildungswesen-das-streiten-um-gute-politische-loesungen-hat-sich-gelohnt/>. Abgerufen am 14.11.2024

Prekärer Selbstständigkeit entgegenwirken, aber abgesicherte stärken

Es gilt zu unterscheiden zwischen einerseits prekären Tätigkeiten, die unter dem Deckmantel von Selbstständigkeit Menschen abhängig ausbeuten und andererseits sozial abgesicherten freiwillig selbstständigen Tätigkeiten, die Ausdruck beruflicher Freiheit sind.

Nur wenn diese Unterscheidung im Blick ist, kann es in der Feststellungspraxis auch zu sinnvollen und praktikablen Lösungen kommen. Schließlich macht es keinen Sinn, Auftragnehmer, die sozial ausreichend abgesichert sind, in eine abhängige Beschäftigung zu drängen beziehungsweise zu bewirken, dass es für sie künftig keine Aufträge mehr gibt. Dabei ist Letzteres die häufigere Variante, dass nämlich bislang gut funktionierende Auftragslagen zerstört werden. Das heißt natürlich nicht, dass es nicht gleichzeitig auch staatliches Ziel sein sollte, prekärer und damit wirklicher Scheinselbstständigkeit entgegenzuwirken. Dazu müssen die zugrundeliegenden Kriterien zur Unterscheidung von prekärer und nicht-prekärer Arbeit jedoch klargestellt und konkretisiert werden.

Bürokratiekaskaden und gerichtliche Auseinandersetzungen verhindern

Die aktuelle Statusfeststellungspraxis sollte auch volkswirtschaftlich betrachtet werden. Dazu bräuchte es eine umfassende Kosten-Nutzen-Rechnung, die den Aufwand für Unternehmen, Selbstständige, Verwaltungen und Gerichtsverfahren einbezieht. Es ist davon auszugehen, dass die aktuelle Statusfeststellungspraxis in keinem günstigen Verhältnis für die öffentliche Hand und die Volkswirtschaft steht.

Die sozialversicherungsrechtliche Feststellung von Scheinselbstständigkeit bei nicht-prekären und beidseitig einvernehmlichen selbstständigen Tätigkeiten bringt volkswirtschaftlich weit mehr Schaden als Nutzen mit sich. Dabei kann sogar eine überbordende Bürokratiekaskade in Gang gesetzt werden, deren finanziellen Folgen kaum abzuschätzen sind.

Mögliche Bürokratiekaskade:

- Beginn: Feststellung von Scheinselbstständigkeit durch die DRV
- Danach: Forderungen von DRV an Auftraggeber
- Danach: Sozialgerichtsverfahren
- Danach: Rückforderungen von Auftraggeber an Auftragnehmer
- Danach: Rückforderungen von Auftragnehmer an DRV
- Danach: Neuberechnung von Umsatzsteuer durch Finanzamt bei Auftraggeber
- Danach: Neuberechnung von Umsatzsteuer durch Finanzamt bei Auftragnehmer
- Danach: Strafverfahren
- Am Ende: Insolvenzverfahren

Diese Aufstellung macht deutlich, dass es im staatlichen Interesse ist, eine solche volkswirtschaftlich schädliche Bürokratiekaskade zu verhindern. Neben erheblichem unternehmerischem Aufwand und Verwaltungsaufwand, werden auch die Gerichte über die Maßen belastet. Der Rechtsstreit geht dabei nicht selten mit Gerichtsverfahren vor Sozial-, Arbeits-, Straf-, Finanz- und Insolvenzgerichten einher, da alle diese Rechtsbereiche betroffen sind.

Vertrauen in Rechtsstaatlichkeit erhalten

Die Rechtspraxis der Statusfeststellung bewirkt nicht nur individuelle menschliche Sorgen und Frustrationen. Darüber hinaus kann dadurch auch der Glaube an die Rechtsstaatlichkeit verloren gehen. Wenn die Rechtslage im Alltag von Menschen, deren Existenz bedroht und zugleich weder berechenbar noch nachvollziehbar ist, fühlen sie sich ausgeliefert. Konkret kann das etwa Familien betreffen, wobei die Eltern sich einen bescheidenen Wohlstand erwirtschaftet haben. Wenn bei ihnen durch drohende Statusfeststellungsverfahren eigentlich sichere Aufträge wegbrechen, kann

das die Finanzierung des Einfamilienhauses betreffen. Ebenso kann das bei einem Kleinstunternehmer der Fall sein, der ein kleines Weiterbildungsinstitut betreibt, das mit freiberuflich Lehrenden betrieben wird. Ein Statusfeststellungsverfahren kann nicht nur Nachzahlungen in unkalkulierbarer Höhe bewirken, sondern das Unternehmen in die Insolvenz treiben und die Familie in Armut führen. Dass bei solchen Unsicherheiten finanzielle Rückstellungen für Sozialversicherungsnachzahlungen auch noch als Indiz für vorsätzlichen Sozialversicherungsbetrug gewertet werden, kann als zynisch verstanden werden. Schließlich sind auch Behörden und Gerichte über Instanzen hinweg nicht verlässlich in der Lage, eine sichere Einstufung vorzunehmen. Klare und nachvollziehbare Kriterien wären hier notwendig, um bei den betroffenen Menschen einem Gefühl von willkürlichem Ausgeliefertsein entgegenzuwirken und den Glauben an die Rechtsstaatlichkeit nicht zu gefährden.

Attraktivität der Selbstständigkeit fördern

Selbstständigkeit ist neben Bildung ein weiterer übergreifend bedeutsamer Standortfaktor in Deutschland, den es staatlicherseits zu fördern gilt. Das Senken der Risiken von Selbstständigkeit würde diese wieder attraktiver machen, auch für ausländische Fachkräfte, die nicht abhängig arbeiten möchten. Schließlich ist es weltweit bekannt, dass die Bürokratie in Deutschland kaum durchschaubar ist und diffuse Risiken mit sich bringt. Das Senken der Risiken bei staatlichen Feststellungen mit Wirkung für die Vergangenheit, müsste dabei vorrangig angegangen werden. Das würde das Insolvenzrisiko ebenfalls erheblich senken und volkswirtschaftliche Gesamtkosten minimieren, wie es im Zusammenhang mit der kostenintensiven Bürokratiekaskade aufgezeigt wurde.

Die fünf dargelegten Zielkonflikte zeigen, dass es staatliche Ziele gibt, die dem Gemeinwohl dienen und einer ausufernden Statusfeststellungspraxis entgegenstehen.

VERFASSUNGSRECHTLICHE BETRACHTUNG

In einer freiheitlichen Demokratie haben Freiheitsrechte zentrale Bedeutung und Wertigkeit. Sie werden in den Grundrechten¹⁹ des Grundgesetzes verbürgt. Inwieweit sie aber auch im Alltag umgesetzt werden ist eine andere Frage. Nun gilt es zu erörtern, ob bei der sozialversicherungsrechtlichen Feststellung der Scheinselbstständigkeit Grundrechte eingeschränkt werden, auf welcher rechtlichen Grundlage das gegebenenfalls geschieht und ob die Einschränkungen verhältnismäßig sind.

Freie Berufswahl nach Art. 12 GG wird durch Statusfeststellung eingeschränkt

Bei der Feststellung einer Scheinselbstständigkeit gegen den Willen des Selbstständigen, werden im Statusfeststellungsverfahren die Vertragsfreiheit (Art. 2 GG) sowie die Berufsfreiheit (Art. 12 GG) der Berufstätigen eingeschränkt.

Nach Art. 1 Abs. 3 GG binden die Grundrechte *"Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht"*. Somit ist bei der Gesetzgebung und in der Auslegung einfachgesetzlicher Normen eine verfassungsrechtliche Prüfung geboten, um die Grundrechte nicht unverhältnismäßig einzuschränken.

Die Einschränkung selbstständiger Berufstätigkeit, die hier Gegenstand verfassungsrechtlicher Prüfung ist, berührt sowohl die Vertragsfreiheit, als auch die Berufsfreiheit. Bei der

¹⁹ Kommentar zu Artikel 12 GG, Berufsfreiheit: In: Stern, Klaus/Becker, Florian (2024): Grundrechte-Kommentar. Die Grundrechte des Grundgesetzes mit ihren europäischen Bezügen. Hürth: Carl Heymann, S. 1123 ff

verfassungsrechtlichen Prüfung ist der Prüfmaßstab zu beachten, der nach Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) geboten ist:

„Die Vertragsfreiheit wird zwar auch durch das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit gemäß Art. 2 Abs. 1 GG geschützt (vgl. BVerfGE 65, 196 <210>; 74, 129 <151 f.>). Betrifft eine gesetzliche Regelung jedoch die Vertragsfreiheit - wie hier - gerade im Bereich beruflicher Betätigung, die ihren speziellen Schutz in Art. 12 Abs. 1 GG gefunden hat, tritt die allgemeine Handlungsfreiheit als Prüfungsmaßstab zurück (vgl. BVerfGE 68, 193 <223 f.>; 77, 84 <118>; 95, 173 <188>; 116, 202 <221>).“²⁰

Somit ist im Zusammenhang mit der Statusfeststellung, in Bezug auf die Grundrechte der Auftragnehmer, ausschließlich die Berufsfreiheit zu prüfen.

Das BVerfG definiert „Beruf“ wie folgt:

„Art. 12 Abs. 1 schützt die Freiheit des Bürgers in einem für die moderne arbeitsteilige Gesellschaft besonders wichtigen Bereich: er gewährleistet dem Einzelnen das Recht, jede Tätigkeit, für die er sich geeignet glaubt, als ‚Beruf‘ zu ergreifen, d. h. zur Grundlage seiner Lebensführung zu machen.“²¹

Die ständige Rechtsprechung des BVerfG zur Berufsfreiheit betont immer wieder, dass der Begriff des Berufes sehr weit auszulegen ist. Damit wird eine freie Berufsausübung selbstständiger Berufstätigkeit erfasst. Es hat in dem zitierten sogenannten „Apotheken-Urteil“ die Auslegung von Art. 12 dargelegt und den Grundrechtsschutz der Berufsfreiheit spezifiziert. Danach werden sehr hohe Anforderungen an einen rechtmäßigen gesetzlichen Eingriff in die Berufsausübung nach Art. 12 gestellt:

„a) Die Freiheit der Berufsausübung kann beschränkt werden, soweit vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls es zweckmäßig erscheinen lassen; der Grundrechtsschutz beschränkt sich auf die Abwehr in sich verfassungswidriger, weil etwa übermäßig belastender und nicht zumutbarer Auflagen.“ (BVerfG, ebd. Leitsatz 6)

Beim Verfahren der Statusfeststellung wird mit staatlicher Ermächtigung entschieden, ob eine Tätigkeit in selbständiger Form ausgeübt werden darf oder nicht. Dabei wird bei beiden Vertragspartnern, bei Auftraggeber und Auftragnehmer, die Vertragsfreiheit beschränkt und bei den Auftragnehmern zusätzlich die Berufsfreiheit, da sie nicht gemeinsam autonom über den Status der Berufstätigkeit entscheiden dürfen. In Bezug auf die Berufsfreiheit ist dabei Leitsatz 3 des Apothekenurteils heranzuziehen:

„3. Wenn eine Tätigkeit in selbständiger und in unselbständiger Form ausgeübt werden kann und beide Formen der Ausübung eigenes soziales Gewicht haben, so ist auch die Wahl der einen oder anderen Form der Berufstätigkeit und der Übergang von der einen zur anderen eine Berufswahl im Sinne des Art. 12 Abs. 1 GG.“ (BVerfG, ebd. Leitsatz 3)

Demnach handelt es sich hier nicht ausschließlich um die Einschränkung der Vertragsfreiheit und der Berufsausübung, sondern vielmehr auch um die besonders geschützte Freiheit der Berufswahl. An deren staatliche Beschränkung werden besonders hohe Anforderungen gestellt:

„b) Die Freiheit der Berufswahl darf nur eingeschränkt werden, soweit der Schutz besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter es zwingend erfordert. Ist ein solcher Eingriff unumgänglich, so muß der Gesetzgeber stets diejenige Form des Eingriffs wählen, die das Grundrecht am wenigsten beschränkt.“ (BVerfG, ebd. Leitsatz 6)

²⁰ BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 23. Oktober 2013 - 1 BvR 1842/11 -, Rn. 67

²¹ BVerfG, Urteil vom 11.06.1958, „Apotheken-Urteil“, Az.: 1 BvR 596/56

Das Ergreifen einer Tätigkeit als Beruf und deren Ausübung ist danach grundrechtlich geschützt. Der persönliche Schutzbereich von Art. 12 zielt grundsätzlich auf Deutsche, wobei diskutiert wird, ob er sich nicht auch auf EU-Bürger beziehen dürfte. Sachlicher Schutzbereich ist der Beruf. Ein Eingriff in den Schutzbereich bedarf dabei einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung. Als Schranken gelten ein einheitlicher Gesetzesvorbehalt für Berufsausübung und Berufswahl nach Abs. 1 S. 2 GG, wobei die Prüfung der Schranken-Schranken²² nach der „Drei-Stufen-Theorie“ erfolgen sollte. Diese konkretisiert das Verhältnismäßigkeitsprinzip im Rahmen der Einschränkung dieses Grundrechts. Die Theorie ist mittlerweile jedoch nicht unumstritten. Da es sich bei der Statusfeststellung um die Einschränkung der Berufswahl handelt, ist aber auf jeden Fall vom höchsten Schutzniveau auszugehen, das sich aus Art. 12 GG ergibt.

Die Einschränkung ist also nur dann rechtmäßig, wenn es der Schutz besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter zwingend erfordert. Die soziale Sicherung durch die Sozialgesetzgebung stellt ein solches besonders wichtiges Gemeinschaftsgut dar. Eine Beschränkung der Berufswahl aus diesem Grund ist mit der Verfassung vereinbar. Allerdings muss der Gesetzgeber beim Eingriff durch das Statusfeststellungsverfahren „*diejenige Form des Eingriffs wählen, die das Grundrecht am wenigsten beschränkt*“ (ebd.). Das ist in der aktuellen Praxis des Statusfeststellungsverfahrens jedoch nicht gegeben. So ist mit der verfassungsrechtlichen Vorgabe nicht vereinbar, dass die Berufswahl durch die Statusfeststellung auch bei Selbstständigen beschränkt wird, die bereits pflichtversichert und damit sozialrechtlich abgesichert sind. Der Gesetzgeber muss die Statusfeststellung aber so ausgestalten, dass die Einschränkung der Berufswahl nur als letztes Mittel erfolgt, sofern es keine eingriffsmildereren Mittel gibt. Es wird nachfolgend aufgezeigt, dass es zahlreiche gesetzliche Gestaltungsmöglichkeiten gibt, das betroffene Gemeinschaftsgut zu schützen und zugleich den Eingriff in die Vertragsfreiheit und Berufsfreiheit durch angemessene Schranken-Schranken auf ein Minimum zu begrenzen.

Selbstständige Berufstätigkeit als Urform der Berufsausübung ist zu schützen

Bei einer Statusfeststellung gegen den Willen eines Berufstätigen wird in die Freiheit eingegriffen jenseits einer abhängigen Beschäftigung tätig sein zu dürfen, unabhängig davon, wie groß die Freiheitsräume auch sein mögen.

Die ursprünglichste Form beruflicher Tätigkeit ist die selbstständige Berufsausübung. Sie gab es in menschlichen Gesellschaften bereits zu einem frühen Zeitpunkt, bevor es später Formen staatlich geregelter abhängiger Beschäftigung gab. Letztere entwickelte sich in der Menschheitsgeschichte erst, als sich komplexere soziale Gebilde mit weitgehender arbeitsteiliger Spezialisierung herausgebildet hatten. Vergleichbar mit dem Elternrecht (Art. 6 Abs. 2 GG) ist auch die selbstständige Berufsausübung ein natürliches Recht, das sich aus einer sozialen und kooperativen Grundkonstitution des menschlichen Wesens ergibt. Das Recht einen freien Beruf wählen zu dürfen wird durch Art. 12 GG geschützt. Auch wenn die abhängigen Beschäftigungen in der derzeitigen Berufswelt in Deutschland zahlenmäßig dominieren, so handelt es sich dabei nicht um die grundlegende Form, sondern eine Form der Berufstätigkeit, die Einschränkung bedeutet und nicht den Freiheiten einer selbstständigen Tätigkeit entspricht. Eine zwangsmäßige Umwidmung einer selbstgewählten und selbstgewollten selbstständigen Tätigkeit stellt damit einen erheblichen Eingriff in das Grundrecht der Berufsfreiheit dar. Dabei ist Art. 12 GG nicht nur zu beachten, wenn es um staatlich geregelte Berufe geht. Das wäre eine Verengung, die dem umfassenden Schutzzweck dieses Grundrechts nicht gerecht würde.

²² Zur praktischen Relevanz der Schranken-Schranken: Wenzel, Joachim (2009): Schutz der Vertraulichkeit der Beratung durch verfassungsrechtliche, datenschutzrechtliche und strafrechtliche Schranken am Beispiel der §§ 16a, 61 SGB II. In: info also - Informationen zum Arbeitslosenrecht und Sozialhilferecht. 27. Jahrgang. Ausgabe 6/2009, S. 248-255. Onlineresource: <https://www.vertraulichkeit-datenschutz-beratung.de/doks/info-also-2009-6-Auskunftspflichten-Wenzel.pdf>. Abgerufen am 14.11.2024

Eine verfassungsmäßige Prüfung zu Art. 12 GG hat zu erfolgen, wenn bei der Berufsausübung eine berufsregelnde Tendenz zu erkennen ist, wie das BVerfG ausführt:

„3. Steuer- und Abgabevorschriften sind nur dann an Art 12 Abs 1 GG zu messen, wenn sie in einem engen Zusammenhang zur Ausübung eines Berufes stehen und objektiv eine berufsregelnde Tendenz erkennen lassen (vgl BVerfG, 20.04.2004, 1 BvR 905/00, BVerfGE 110, 274 <288>; BVerfG, 26.06.2007, 1 BvR 2204/00, BVerfGK 11, 352 <353 f>). (Rn.18)“²³

Bei der Statusfeststellung einer angeblichen Scheinselbstständigkeit von freiwillig selbstständigen Berufstätigen ist im sozialrechtlichen Verfahren eine objektive berufsregelnde Tendenz gegeben, da es selbstständig Berufstätigen verwehrt werden kann, einvernehmlich selbstständig tätig zu sein. In einer komplexen arbeitsteiligen Gesellschaft gibt es dabei verschiedenste Grade an Freiheiten in der beruflichen Tätigkeit und nicht eine einzige objektive Grenze. Dabei hat der Staat durch seine Institutionen nicht die alleinige Deutungshoheit wo genau eine freie Berufsausübung anfängt und eine abhängige Beschäftigung aufhört. Das würde einem überkommenen hoheitsstaatlichen Denken entsprechen, womit der Staat die Berufstätigen entmündigen würde. Ein Statusfeststellungsverfahren stellt dabei einen staatlichen Eingriff in die Berufsfreiheit dar, sowohl der Berufsausübung als auch der Berufswahl. Sofern sich die Vertragspartner einig sind und die soziale Absicherung von Selbstständigen anderweitig sichergestellt werden kann, darf der Staat in die freie Ausgestaltung der beruflichen Zusammenarbeit nicht eingreifen. Eine Statusfeststellung gegen den Willen der Beteiligten darf somit nur als letztes Mittel erfolgen, wenn eine sozialrechtliche Absicherung nicht auf anderem Wege erfolgen kann.

Normklarheit ist bei Grundrechtseinschränkungen unerlässlich

Der Gesetzgeber hat bei diesem berufsregelnden Eingriff nach Art. 12 GG nicht dargelegt, wo bei modernen kooperativen Berufen, wie etwa bei freiberuflich Lehrenden, die Schranken und deren Schranken-Schranken liegen. Bei althergebrachten Berufsbildern wie etwa bei Ärzten oder Anwälten, hat sich die Interpretation und Feststellung, was Selbstständigkeit versus abhängige Beschäftigung darstellt, durch die gerichtliche Entscheidungspraxis relativ nachvollziehbar ausgestaltet. Das gilt aber nicht in gleicher Weise für selbstständige Tätigkeiten, die in höherem Maße auf Zusammenarbeit angewiesen sind. So ist es nicht verwunderlich, dass das höchst umstrittene Herrenberg-Urteil in Bezug auf Musikunterricht erfolgt ist und nicht bei einem freiberuflichen Katalogberuf. Das heißt bei den stärker arbeitsteiligen und kooperativen Berufen, etwa bei Tätigkeiten innerhalb von Schulen, wird das Bestimmtheitsgebot bei einer Grundrechtseinschränkung nicht gewährleistet, das sich aber aus dem Rechtsstaatsgebot nach Art. 20 Abs. 3 GG ergibt. Nach Rechtsprechung des BVerfGs muss aber der Einzelne, der von einer Rechtsvorschrift begünstigt oder belastet wird, die sich aus seiner Normunterworfenheit ergebende Rechtslage so konkret erkennen können, dass er sein Verhalten daran auszurichten vermag.²⁴ In der Praxis der Statusfeststellung ist es derzeit aufgrund der unklaren und sich kontinuierlich verändernden Rechtslage für Berufsgruppen, die in modernen kooperativen Berufen tätig sind, nicht möglich, rechtssicher einzuschätzen, welcher Status ihnen von Behörden und Gerichten zugesprochen wird. Für kooperative Berufsgruppen bedarf es jedoch klarer Kriterien für die Statureinstufung, da es in der heute immer komplexer werdenden arbeitsteiligen Berufswelt keine eindeutige Grenze zwischen der selbstständigen und unselbstständigen Form der Berufstätigkeit gibt. Das Recht muss hier an die immer differenzierter werdende Arbeitsrealität moderner Berufe angeglichen werden.

²³ BVerfG, Beschluss vom 3. Juni 2013 – 1 BvR 131/13 –, BVerfGK 20, 327-332

²⁴ BVerfG vom 29.11. 2023 - 2 BvF 1/21 - Rn. 81).

Verfassungswidrigkeit durch unverhältnismäßige staatliche Eingriffe verhindern

Im Sozialrecht geht es um wichtige Gemeinschaftsgüter. Sozialrechtlich ist die Beschränkung der Berufsfreiheit verfassungsrechtskonform möglich, wenn bedeutsame Gemeinschaftsgüter geschützt werden. Das ist bei der Gewährleistung von Sozialversicherungen der Fall und kann etwa durch Krankenversicherungs- oder Rentenversicherungspflichten gewährleistet werden. Ein solches Erfordernis liegt aber nur dann vor, wenn tatsächliche Schutzbedürfnisse bestehen. Im Fall einer einvernehmlichen Selbstständigkeit, die durch ein Vielfaches des Mindestlohns vergütet wird und eine soziale Sicherung anderweitig gewährleistet ist, besteht kein Schutzbedarf. Die Verwaltungspraxis würde dem Berufstätigen, mit einer nicht gewollten Feststellung einer Scheinselbstständigkeit, übermäßig belastende und nicht zumutbare Auflagen aufbürden, die die Berufsfreiheit unverhältnismäßig einschränken würden. Bei einem staatlichen Eingriff in die Berufsfreiheit ist aber ein Weg zu wählen, der das Grundrecht lediglich verhältnismäßig beschränkt mittels angemessener Schranken-Schranken. Ein Eingriff in die Berufsausübung darf nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG nur aufgrund vernünftiger Erwägungen erfolgen, die zweckmäßig erscheinen. Das wäre nur der Fall, sofern es darum ginge sozialen Schutz tatsächlich sicherzustellen. Bei abgesicherten und selbstgewollt freiwillig selbstständig Berufstätigen sind demgegenüber verfassungswidrige und übermäßig belastende und nicht zumutbare Auflagen in Richtung abhängige Beschäftigung abzuwehren.

Zum Schutz der Berufsfreiheit und zugleich der Gemeinschaftsgüter Krankheitsversorgung und Altersvorsorge wäre es dem Gesetzgeber möglich gesetzliche Maßnahmen zu ergreifen, die den Schutz tatsächlich betroffener Gruppen gewährleisten, ohne die Berufsfreiheit Selbstständiger einzuschränken. Das wäre etwa durch eine maßvolle Versicherungspflicht für alle Selbstständigen möglich.

Damit zeigt sich, dass die aktuelle Feststellungspraxis zum Erwerbsstatus in Bezug auf einige Berufe strukturell verfassungswidrig ist und es eingriffsmildere und vernünftigere Mittel gibt, die Zielkonflikte aufzulösen und das Grundrecht auf Berufsfreiheit, wie auch soziale Sicherungsmaßnahmen, gleichermaßen sicherzustellen.

Gesamtwürdigung auf Basis der Schutzbedürftigkeit und Berufsrealität erforderlich

Bei einer Statusfeststellung hat eine Gesamtwürdigung zu erfolgen. Dabei ist zunächst zu prüfen, ob die Einschränkung der Berufsfreiheit im Einzelfall überhaupt erforderlich ist. Die Einstufung einer Tätigkeit als abhängige Beschäftigung würde schließlich als Rechtsfolge gegen den Willen des Berufstätigen in eine berufliche Abhängigkeit führen, die verfassungsrechtlich nicht zulässig wäre, da die Berufsfreiheit ohne vernünftigen Grund eingeschränkt würde. Da es sich hier um die Beschränkung der Berufswahl handelt, ist bei der Statusfeststellung diejenige Form des Eingriffs zu wählen, die das Grundrecht am wenigsten beschränkt. Das gilt es bei der Umsetzung des Prüfverfahrens zwingend zu beachten.

Bei der Statusfeststellung sind demnach zunächst die Kriterien zu prüfen, die feststellen, ob ein sozialversicherungsrechtlicher Schutz bereits sichergestellt ist. Falls das der Fall ist, so bedarf es keiner weitergehenden Prüfung, weil eine Einschränkung der Berufsfreiheit nicht zu rechtfertigen wäre.

Ist eine sozialrechtliche Absicherung nicht gegeben, so ist zu prüfen, ob es für die selbständige Tätigkeit eine gesetzliche Verpflichtung gibt, die eigene Vorsorge zu realisieren, wie etwa nach § 2 SGB VI. Sollte bereits eine Versicherungspflicht für Selbstständige bestehen, ist eine weitere Prüfung weder erforderlich noch verfassungsrechtlich erlaubt.

Erst wenn keine soziale Absicherung und auch keine gesetzliche Verpflichtung besteht, ist zu prüfen, ob es sich um eine selbstständige Tätigkeit oder abhängige Beschäftigung handelt. Dabei ist auf die Realität der jeweiligen Berufstätigkeit abzustellen und nicht auf überkommene abstrakte Berufsbilder, die heute nicht mehr der Realität entsprechen. Hier ist der Bundesgesetzgeber gefragt, bis zum Ende der Übergangsfrist nach § 127 SGB IV am 31.12.2026, zeitgemäße

Rechtsgrundlagen zu schaffen, die auch die Realitäten moderner Selbstständigkeit berücksichtigen. Nur dann können Selbstständige ihre Berufstätigkeit möglichst frei gestalten ohne einengende und zu grobe Zwangskategorisierungen. Frei gewählte Selbstständigkeit bei unterschiedlichen Freiheitsgraden und zugleich soziale Absicherung können gesetzlich in Einklang gebracht werden, ohne die Vertragsfreiheit und Berufsfreiheit unverhältnismäßig einzuschränken.

LÖSUNGSANSÄTZE

Die nachfolgenden Lösungsansätze sind nicht als abgeschlossene Konzepte zu verstehen. Sie sollen aber skizzieren, dass es praktikable Alternativen gibt, die Berufsfreiheit in der Praxis selbstständiger Berufstätigkeit angemessen zu schützen und zugleich legitime Maßnahmen für schutzbedürftigen Zielgruppen umzusetzen. Dabei wird unterschieden zwischen notwendigen, möglichen und wünschenswerten Maßnahmen. Die als „notwendig“ gekennzeichneten Punkte stellen Maßnahmen dar, die zeitnah Abhilfe bei der verfassungswidrigen Feststellungspraxis schaffen können. Die Kennzeichnung „möglich“ stellt Lösungsansätze dar, die politisch vermutlich umstritten sind aber diskutiert werden sollten. Die wünschenswerten Maßnahmen sind umfassende Lösungsansätze und Verfahren, die in diesem Positionspapier präferiert werden.

Notwendig sind eine gesetzliche Klarstellung sowie eine verfassungsrechtskonforme Auslegung in den Verwaltungsverfahren der Statusfeststellung, um den derzeit unhaltbaren Zuständen zeitnah und angemessen entgegenwirken zu können.

Notwendig: Gesetzliche Klarstellung der Schranken-Schranken

Es ist zeitnah erforderlich, gesetzlich klarzustellen, dass eine staatliche Einschränkung der Berufsfreiheit selbstgewollter Selbstständigkeit nur dann erfolgen darf, wenn dadurch ein legitimer Schutzzweck realisiert wird und es keine eingriffsmildere Alternative gibt. Hier gilt es klare Schranken-Schranken zu definieren, weshalb es einer Vorschrift bedarf, die eine mehrstufige Prüfung vorsieht, um die Freiheit der Berufswahl zu gewährleisten. Zunächst gilt es zu prüfen, ob der Auftragnehmer überhaupt schutzbedürftig ist. Falls das nicht der Fall ist, wäre die Prüfung zu beenden. Sollte eine Schutzbedürftigkeit bestehen, wäre im zweiten Schritt zu prüfen, ob es bereits eine Versicherungspflicht gibt. Auch bei einer vorliegenden Versicherungspflicht, wie etwa bei Lehrenden nach § 2 SGB VI, wäre eine Statusfeststellung nicht mehr erforderlich. Erst wenn keine soziale Absicherung vorliegt und keine Versicherungspflicht besteht, wäre zu prüfen, ob es sich um eine selbstständige Tätigkeit oder abhängige Beschäftigung handelt. Dazu müssten aus dem verfassungsrechtlichen Erfordernis der Normklarheit allerdings nachvollziehbare und klare Kriterien definiert werden, die auch den heutigen Realitäten moderner Berufsausübung gerecht werden. So wäre eine rechtssichere Statusfeststellung auch für Berufe möglich, die arbeitsteilig und hoch kooperativ erfolgen.

Notwendig: Wiedereinführung von Rechtssicherheit durch § 7b SGB IV

Die Prüfung muss künftig wieder in die Zukunft gerichtet werden. Nur so ist Planungssicherheit und zugleich Rechtssicherheit herzustellen. Mit der Wiedereinführung des 2007 abgeschafften § 7b SGB IV würde es möglich, auch bei überraschenden Gerichtsentscheidungen, wieder zu angemessenen Sanktionen zurückzukehren.

Der frühere § 7b SGB IV im Wortlaut:

"Stellt ein Versicherungsträger außerhalb des Verfahrens nach § 7a fest, dass eine versicherungspflichtige Beschäftigung vorliegt, tritt die Versicherungspflicht erst mit dem Tag der Bekanntgabe dieser Entscheidung ein, wenn der Beschäftigte:

1. zustimmt;

2. 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, und
3. er oder sein Arbeitgeber weder vorsätzlich noch grob fahrlässig von einer selbstständigen Tätigkeit ausgegangen ist."

Notwendig: Verfassungsrechtskonforme Auslegung

In den Verfahren zur Statusfeststellung müsste auch ohne Gesetzesänderungen bereits jetzt eine verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeitsprüfung erfolgen, da die Grundrechte selbstständiger Berufstätiger durch staatlichen Eingriff beschränkt werden. Das Grundrecht auf Berufsfreiheit ist als unmittelbar geltendes Recht auch bei der Auslegung und Anwendung einfachgesetzlicher Vorschriften des Sozialversicherungsrechts zu beachten. Die im vorangegangenen Punkt einer gesetzlichen Klarstellung dargelegte mehrstufige Prüfung ist im Statusfeststellungsverfahren auch jetzt bereits geboten, um einer unverhältnismäßigen Grundrechtseinschränkung entgegenzuwirken.

Möglich: Soziale Absicherung aller Selbstständigen

Der Bundesgesetzgeber ist in der Lage gesetzlich eine verfassungskonforme Sozialversicherungspflicht für alle Selbstständigen zu verankern. Damit bedürfte es keiner Statusfeststellung mehr, da die Absicherung der Berufstätigen auf anderem Wege sichergestellt würde. Das würde dem Allgemeinwohl dienen, weil damit auch diese Gruppe vor Altersarmut und durch obligatorischen Krankenversicherungsschutz abgesichert wäre und die Gemeinschaft entlastet würde, indem nach Beendigung der Berufsphase der Staat keine Sozialleistungen erbringen müsste wenn das Existenzminimum nicht gesichert wäre.

Wie eine maßvolle Absicherung für Selbstständige genau aussehen sollte, wäre zu klären und auch ob sie auf Basis der staatlichen Rentenversicherung oder mittels einer insolvenzrechtlich abgesicherten Altersvorsorge auf dem Kapitalmarkt umgesetzt werden sollte oder als Mischform. Diese Möglichkeit legt auf jeden Fall dar, dass es praktikable Alternativen zu einer sozialversicherungsrechtlichen Statusfeststellung für Selbstständigkeit gibt. Das aufwändige Statusfeststellungsverfahren würde damit hinfällig.

Möglich: Kontrollfunktion durch neue Sozialabgaben-ID in Rechnungen

Die Rentenversicherungsträger haben ein legitimes Interesse daran, dass Sozialversicherungsbeiträge rechtmäßig abgeführt werden. Eine komfortable Einzugsmöglichkeit stellt für sie die Einzugspflicht der Arbeitgeber gegenüber ihren Arbeitnehmern dar. So wird die Hinterziehung von Sozialversicherungsbeiträgen bei Arbeitsverhältnissen unwahrscheinlicher. Das dürfte auch der implizite Grund dafür sein, dass die Rentenversicherungsträger immer häufiger versuchen, selbstständige Berufstätigkeit in abhängige Beschäftigung umzuwandeln. Das ist aber kein legitimer Grund für Grundrechtseinschränkungen, da eine solche Kontrolle auch anderweitig gewährleistet werden kann.

So wäre es möglich in SGB IV eine sozialversicherungsrechtliche Sozialabgaben-ID einzuführen, die rechtlich verpflichtend auf allen Rechnungen anzugeben ist. Analog zur Umsatzsteuer-ID könnte damit bei Betriebsprüfungen auf einfache Weise festgestellt werden, ob der Rechnungsausstellende seinen Sozialversicherungspflichten nachkommt und tatsächlich abgesichert ist. Für die Organisation der Sozialabgaben-ID könnte eine neu zu schaffende unabhängige Unternehmensbehörde zuständig sein, wie sie nachfolgend beschrieben wird.

Möglich: Unabhängige Behörde zur Statusfeststellung und Tätigkeitseinstufung

Um die rechtliche Komplexität für Selbstständige zu reduzieren und handhabbar zu machen, benötigen Solo-Selbstständige, Kleinstunternehmen und insbesondere Gründer künftig mehr

staatliche Unterstützung. In Deutschland fehlt dabei eine Unternehmensbehörde, die auch für Selbstständige zuständig ist. Sie könnte zu den verschiedenen Rechtsthemen als verlässlicher Wegweiser fungieren. Eine solche Behörde könnte Selbstständigen und insbesondere Gründern bei der rechtlichen Einordnung ihrer Berufstätigkeit helfen, ihnen ihre Pflichten in den Blick bringen und sie hinsichtlich Selbstständigenstatus und Feststellung der Tätigkeitsform (gewerblich versus freiberuflich) rechtsverbindlich einstufen. Bei wahrheitsgemäßer umfassender Darstellung der Tätigkeit wäre damit sogar eine strafrechtrechtliche Absicherung verbunden. Wo eine solche Behörde strukturell angesiedelt werden sollte, wäre zu diskutieren. Sicherlich müsste sie entweder beim Ressort Arbeit und Soziales oder Wirtschaft angedockt werden. Auch die Frage, ob die Behörde auf Bundes-, Landes- oder Kommunalebene zu verorten sei, müsste geklärt werden. Klar ist aber, dass es neuer Ansätze bedarf, um sowohl die staatlichen Ziele in Gestalt von Steuereinnahmen und sozialer Absicherung zu realisieren, als auch für Selbstständige praxisnahe Lösungen zu schaffen, die ihnen helfen tatsächlich Rechtssicherheit und damit auch Planungssicherheit zu erlangen. Dann können Zeit, Energie und Arbeitskraft statt in Compliance-Tätigkeiten umfassend in die eigentliche Berufstätigkeit fließen.

Wünschenswert: Von VGSD und BAGSV vorgelegte 30 Lösungsvorschläge

Der Verband der Gründer und Selbstständigen Deutschland (VGSD) und die Bundesarbeitsgemeinschaft Selbstständigenverbände (BAGSV) haben 30 von Praktikern priorisierte Lösungsvorschläge vorgelegt²⁵. Es wäre sehr wünschenswert, wenn sich Politik, Verwaltung und Sozialversicherungsträger mit diesen praxisnahen Vorschlägen auseinandersetzen würden, um Lösungen zu entwickeln, die im Berufsalltag auch tragfähig sind und einer modernen Selbstständigkeit gerecht werden. Diese weiterführenden Lösungsansätze gehen auch über das hier fokussierte Beispiel selbstständig Lehrender hinaus, da bei den Mitgliedsverbänden der Bundesarbeitsgemeinschaft über 35 Verbände engagiert sind, die verschiedensten Berufsfeldern angehören. Das hier vorliegende Positionspapier schließt sich dem Positionspapier der BAGSV an:

*„Rechtssicherheit für Selbstständige –
für eine wirksame Reform des Statusfeststellungsverfahrens“*

Quelle: https://www.vgsd.de/wp-content/uploads/2024/10/Positionspapier_Rechtssicherheit_BAGSV_2024.pdf

Wünschenswert: Enquete-Kommission „Modernes Selbstständigenrecht“

In Bezug auf das Selbstständigenrecht gibt es zahlreiche Probleme, die über die hier fokussierte Statusfeststellung von Selbstständigen weit hinaus gehen. Die Ausführungen des Positionspapiers zeigen schließlich, dass virulente Fragen zum Selbstständigenrecht sehr komplex sind und hier zum Teil nur angerissen werden konnten. Sie übersteigen einzelne Rechtsgebiete und politische Resorts, wobei diese jeweils miteinander in ihren Abhängigkeiten und Wirkungen eng zusammenhängen. Deshalb ist es so schwierig im alltäglichen Politikbetrieb gute Lösungen zu finden, da es Zeit braucht, um die bereichsübergreifenden Vernetzungen zu überblicken. Eine grundsätzliche Befassung mit dieser für die Gesellschaft und Wirtschaft so zentralen Problematik ist dabei nicht mittels einer oder weniger gesetzlicher Regelungen möglich. Vielmehr wäre es notwendig, dass sich Regierung und Parlament umfassend mit der Thematik befassen würden. Ein mögliches Verfahren, um sich den anstehenden Herausforderungen angemessen zu stellen, könnte eine Enquete-Kommission des Bundestages „Modernes Selbstständigenrecht“ sein. Auf der Seite des Bundestages heißt es²⁶:

²⁵ <https://www.vgsd.de/reform-des-statusfeststellungsverfahrens-vgsd-und-bagsv-legen-30-von-praktikern-priorisierte-loesungsvorschlaege-vor/?cs=rp>

²⁶ <https://www.bundestag.de/services/glossar/glossar/E/enquete-444734>

„Enquete-Kommissionen bestehen aus Abgeordneten und Sachverständigen aus Wissenschaft und Praxis. Sie legen dem Bundestag am Ende ihrer Arbeit Abschlussberichte vor, in denen die Arbeitsergebnisse in der Regel in Empfehlungen für die Gesetzgebung festgehalten sind.“

Es wäre wünschenswert, dass sich Parlament, Regierung und Verwaltung den hier dargelegten Fragen und Lösungsansätzen mit hoher Priorität widmen und nicht nur auf Einzelprobleme reagieren, sondern ein modernes Selbstständigenrecht als eigenes Politikfeld entwickeln. Ein „großer Wurf“ ist dabei nicht nur wünschenswert, sondern vermutlich sogar zukunftsentscheidend.

FAZIT

Die Ausführungen zeigen, dass das überkommene Selbstständigenrecht nicht mehr zeitgemäß ist und Wirtschaft wie Gesellschaft in ihren Entwicklungsmöglichkeiten blockiert. Es müssen dringend Rahmenbedingungen für eine vielgestaltige und flexible freie Berufs- und Bildungsinfrastruktur geschaffen werden. Nur solche flexiblen Möglichkeitsräume können den heutigen Anforderungen immer agiler werdender Erwerbsarbeit entsprechen. Auf diese Weise kann zeitnah und passend auf neue Marktanforderungen eingegangen werden.

Demgegenüber sind rechtliche Unsicherheiten und Bürokratisierung kontraproduktiv. So wurde dargelegt, dass die bisherigen Lösungsversuche für eine rechtssichere Statusfeststellung „selbstständige Tätigkeit“ versus „abhängige Beschäftigung“ bei vielen Berufsgruppen gescheitert sind²⁷ und stattdessen die flexible Berufs- und Bildungsinfrastruktur bereits beschädigt wird. Das ist nur ein Beispiel dafür, dass das nicht aufeinander abgestimmte und zum Teil sogar widersprüchliche Selbstständigenrecht dringend reformiert werden muss.

Bis es ein modernes Selbstständigenrecht gibt, gilt es bereits jetzt, Selbstständige, die selbstgewählt und sozial abgesichert ihren Beruf ausüben wollen, vor unverhältnismäßigen Grundrechtseinschränkungen zu bewahren und Freiheitsrechten auch in der tatsächlichen Berufspraxis Geltung zu verschaffen.

Das kann in einem ersten Schritt nur eine gesetzliche Regelung gewährleisten mit klar definierten Schranken und entsprechenden Schranken-Schranken. Die Beschränkung der Berufswahl freiberuflicher Tätigkeit darf dabei nur das letzte Mittel sein, um sozialrechtlichen Schutz zu gewährleisten. Eingriffsmilderen und unbürokratischen Maßnahmen muss der Gesetzgeber unbedingt den Vorrang geben. Dabei gilt es, für unterschiedliche Typen von Berufen normenklar darzulegen, wann die Berufsausübung bei einer selbstständigen Berufstätigkeit zum Schutz welcher Gemeinschaftsgüter eingeschränkt wird. Dabei ist die Übergangsfrist nach § 127 SGB IV bis zum 31.12.2026 zu nutzen, um das Statusfeststellungsverfahren grundlegend zu reformieren. Bei einer solchen ersten Schadensabwehr sollte es aber nicht bleiben, wenn die Entwicklung des Standorts Deutschland nachhaltig vorangebracht werden soll. Dafür braucht es einer weitergehenden Vision seitens der Politik.

VISION

Deutschland verfügt über eine Infrastruktur, die sich Menschen vieler Länder wünschen würden. In besonderer Weise gilt das für die vielgestaltige Berufs- und Bildungsinfrastruktur. Hier gibt es in unzähligen Berufsfeldern hoch qualifizierte Soloselbstständige und Kleinunternehmen. Das Spektrum reicht von IT-Freelancern zu Kulturschaffenden, von Spezialdienstleistern über

²⁷ <https://www.vgsd.de/themen/scheinselbststaendigkeit>

Forschende bis hin zu Lehrenden aller möglicher Bildungs- und Berufsbereiche. Bei der Bildungsinfrastruktur ist neben dem allgemeinbildenden Bildungssystem vor allem Deutschlands duale Berufsausbildung weltberühmt. Weniger bekannt ist der sehr stark ausgebaute Aus- und Weiterbildungsmarkt, der durch seine differenzierten Kleinststrukturen meist im Hintergrund wirkt. Deshalb ist er in der Gesetzgebung bislang oft weniger im Blick als die Bedarfe großer Unternehmen oder Konzerne. In diesem Aus- und Weiterbildungsmarkt werden Akademiker und Berufsangehörige aller möglicher Berufsparten qualifiziert. Staatliche Abschlüsse, etwa von Fachschulen und Hochschulen sowie privatrechtlich geregelte Qualifikationen, beispielsweise mit Verbandszertifikaten, gehen dabei Hand in Hand. Jegliche Berufstätigkeit staatlich zu regulieren und damit auch zu reglementieren wäre kontraproduktiv. Für Qualitätsstandards sorgen dabei viele Fach- und Berufsverbände, die mit der jeweiligen spezifischen Thematik vertraut sind und das Konzept „Lebenslanges Lernen“ in der Praxis umsetzen.

Der Bundesgesetzgeber kann die Selbstständigeninfrastruktur, die Bildungsressourcen und das Bildungspotential, vergleichbar mit Bodenschätzen, künftig deutlich besser nutzbar machen, indem er für Selbstständige Rahmenbedingungen schafft, in denen sie staatlich abgesichert sind und sich wieder auf ihre fachlichen Kernaufgaben konzentrieren können. Damit wird es möglich, die Eigendynamiken des Marktes voranzubringen und die unzähligen und vielseitigen kreativen Potentiale zu nutzen. In einer Dienstleistungsgesellschaft braucht es genau solche flexiblen Strukturen. Die Transformation von einer Industriegesellschaft hin zur Dienstleistungsgesellschaft benötigt aber dringend einen passenden gesetzlichen Rahmen. Dabei können die in der Industrie wegfallenden Arbeitsplätze nicht nur kompensiert, sondern darüber hinaus viele Neue geschaffen werden. Aber auch in der Industrie werden flexible Selbstständige, die sich beständig weiterqualifizieren und spezialisieren, dringend benötigt.

Mit einem modernen Selbstständigenrecht würde Deutschland wieder attraktiver werden für hochqualifizierte Fachkräfte, die selbstständig arbeiten, aber keiner unberechenbaren Bürokratie ausgeliefert sein wollen. Das dürfte zugleich eine humane Entwicklung der Gesellschaft vorantreiben, wenn Menschen möglichst selbstständig ihre kreativen Potentiale zum Wohle der Gemeinschaft einbringen können.

Dies alles ist nur möglich, wenn zeitnah ein modernes Selbstständigenrecht auf den Weg gebracht wird, das den heutigen Berufen und Realitäten entspricht. Statt jahrelange gerichtliche Rechtsentwicklungen abzuwarten, die unbestimmte Rechtsbegriffe auslegen, könnte das Parlament die Vereinfachung des Selbstständigenrechts mutig vorantreiben. So könnte sichergestellt werden, dass freiwillig Selbstständige, die sozial abgesichert sind, auch selbstständig bleiben dürfen und nicht Opfer unabsehbarer Rechtsauslegungen werden.

Ein zukunftsfähiges Selbstständigenrecht für die Berufswelt des 21. Jahrhunderts diene dabei dem Gemeinwohl, da auf diese Weise den Anforderungen einer immer flexibler und agiler werdenden Arbeitswelt entsprochen würde. Das wäre nachhaltige Wirtschaftsförderung und könnte die Wettbewerbsfähigkeit und Innovationskraft Deutschlands nachhaltig voranbringen.

Der Bundesgesetzgeber hat die Möglichkeit, die Vision eines zeitgemäßen modernen Selbstständigenrechts Realität werden zu lassen.

Essen, 03.02.2025 Dr. Joachim Wenzel

Diplom-Pädagoge, promoviert in Erziehungswissenschaft zum Thema „Wandel der Beratung durch Neue Medien“, Anerkannter Lehrender und Beauftragter für bildungspolitische Fragen der Deutschen Gesellschaft für Systemische Therapie, Beratung und Familientherapie (DGSF), Mitglied der Institutsleitung des ifs – Institut für Systemische Familientherapie, Supervision und Organisationsentwicklung in Essen, Mitglied des Verbandes der Gründer und Selbstständigen Deutschland (VGSD)
Kontakt: j.wenzel@ifs-essen.de