



Foto: fotolia - Marco2811

# Risiko Scheinselbständigkeit

**RECHTSTIPP** \ Sozialversicherung und Schwarzarbeit sind Risikobereiche im Baugewerbe. Das Bundessozialgericht hält es für ein Indiz für Selbständigkeit, wenn eine höhere Vergütung als bei abhängiger Beschäftigung gezahlt wird. Das Landessozialgericht Niedersachsen-Bremen hatte hierzu einen ersten Fall aus dem Baugewerbe zu entscheiden. Dabei werden auch die Grenzen der neuen Rechtsprechung deutlich. \ *Dr. Stephan Porten*

## DER FALL

Ein Bauunternehmer wendet sich gegen Nachforderungen der Sozialversicherung in Höhe von rund 77.000 Euro. Der Unternehmer beschäftigte rund 15 Arbeitnehmer. Gelegentlich hatte er Bedarf an einer Arbeitskraft für Schweiß- und Eisenlege-

arbeiten. Da die übrigen Mitarbeiter keine solchen Kenntnisse aufwiesen, zog er einen qualifizierten Schweißer als Vertragspartner hinzu, dem er einen Stundenlohn von 25 Euro zahlte. Beiträge zur Sozialversicherung wurden nicht abgeführt. Der Vertragspartner führte aber

selbst Beiträge zur Krankenversicherung und Beiträge zur IHK und zur Berufsgenossenschaft ab. Andere Arbeitnehmer erhielten einen Stundenlohn von 13 bis 14 Euro.

Das Bauunternehmen befasste sich teils mit der Errichtung von Rohbauten, teils

mit dem Bau von Kellern und teils auch mit schlüsselfertigen Bauvorhaben. Soweit bei einzelnen Arbeitsschritten Schweiß- oder Eisenlegearbeiten erforderlich waren, wurde jeweils ein entsprechender Einsatz eingeplant. Das Unternehmen unterrichtete den Schweißer dann über die Terminplanung. War er nicht verfügbar, passte das Unternehmen die Bauplanung an die zeitlichen Kapazitäten des Vertragspartners an. Im Prüfzeitraum Oktober 2008 bis März 2013 stellte der Vertragspartner insgesamt rund 140.000 Euro in Rechnung.

Der Geschäftsführer des Unternehmens war wegen Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen rechtskräftig zu einer Geldstrafe verurteilt worden. Gegen den im Nachgang ergangenen Nachforderungsbescheid der Deutschen Rentenversicherung wandte er ein, der Vertragspartner sei selbständiger Subunternehmer gewesen. Er habe die ihm erteilten Aufträge in Eigenregie durchgeführt. Weiterhin habe er frei darüber entscheiden können, wie die Arbeit am besten erledigt werden konnte. Ein festes Gehalt sei nicht vereinbart worden. Dem Vertragspartner sei bewusst ein höheres als das übliche Stundenentgelt gewährt worden, damit dieser über die finanziellen Mittel für eine eigenständige Absicherung in der Sozialversicherung verfügt habe. Einem abhängig beschäftigten Mitarbeiter hätte er niemals einen Stundenlohn von 25 Euro brutto gewährt.

#### **DIE ENTSCHEIDUNG DES LANDESSOZIALGERICHTS**

Das Landessozialgericht hat den Unternehmer zur Zahlung von 77.000 Euro verpflichtet (Az. L 2 R 227/17). Der entsprechende Nachforderungsbescheid der Sozialversicherung sei rechtmäßig.

Sozialversicherungspflichtig sei, wer von einem Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Erforderlich sei insbesondere eine Eingliederung in den Betrieb und die Unterordnung unter ein Zeit, Dauer, Ort und Art der Arbeitsausführung umfassendes Weisungsrecht des Arbeitgebers (§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB IV). Dies bejahte das LSG im vorliegenden Fall.

Zwar verfüge der Vertragspartner über spezielle Fachkenntnisse des Eisenlegens und Schweißens. Ungeachtet dessen sei er aber „augenscheinlich“ in ein arbeitsteili-

ges Arbeitsvorhaben eingegliedert. Auch bei vielen klassischen Arbeitsverhältnissen verfügten Arbeitnehmer oft über spezifische Fachkenntnisse. Besondere Verdienstmöglichkeiten habe der Vertragspartner nicht. Für seine Arbeitszeit sei ihm der vereinbarte Stundenlohn von 25 Euro gewiss. Ein unternehmerisches Risiko sei auch nicht vorhanden. Maßgebendes Kriterium hierfür sei, ob eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft auch mit der Gefahr des Verlustes eingesetzt werde, der Erfolg des Einsatzes der sachlichen oder persönlichen Mittel also ungewiss sei. Am Einsatz eigenen Geräts oder sonstiger Investitionen fehle es aber ebenso wie an einer eigenen Betriebsstätte oder einem eigenen Marktauftritt.

#### **EINE FRAGE DER ENTLOHNUNG**

Ausführlich beschäftigt sich das LSG mit der Frage, welche Bedeutung es hat, dass der Vertragspartner 25 Euro Stundenlohn erhielt und die anderen Arbeitnehmer nur 13 Euro. Dies hängt damit zusammen, dass das Bundessozialgericht (- B 12 R 7/15 R -) 2017 entschieden hat, dass der Umstand, dass ein Entgelt deutlich über dem Einkommen vergleichbarer Arbeit-

nehmer liegt und es dadurch Eigenvorsorge zulässt, ein gewichtiges Indiz für eine selbstständige Tätigkeit sein kann. Dies relativiert das LSG nun: Man dürfe das nicht so verstehen, dass der Auftraggeber schlicht durch die Vereinbarung eines Zuschlages (beispielsweise von etwa 30 bis 40 %) zu einem üblichen Stundenlohn quasi die Sozialversicherungspflicht „abkaufen“ könne. Relevanz dürfe dieses Kriterium damit nur in Grenzfällen erlangen, so z. B. wenn die Tätigkeit im Wesentlichen selbstbestimmt verrichtet werde, keinen konkreten Vorgaben im Hinblick auf Zeit, Dauer, Ort und Art der Arbeitsleistung und auch sonst keinen näheren Weisungen des Auftraggebers zu beachten sind und auch keine Eingliederung vorliege. Komme dann eine besondere Höhe des Entgelts hinzu, könne das den Ausschlag geben. Das sei nicht der Fall.

Außerdem rechnete das Gericht beim Vergleich der Stundenlöhne sehr genau und kam unter Berücksichtigung von z. B. bezahlten Urlaubs- und Ausfallzeiten zum Ergebnis, dass der Stundenlohn der vergleichbaren Kräfte effektiv bei über 18 Euro anzusetzen sei und der des Schwei-



Foto: fotolia - metromadr

Für einen qualifizierten Schweißer musste ein Bauunternehmer 77.000 Euro an Sozialversicherungsbeiträgen nachzahlen.





Entscheidung des Landessozialgerichts: Durch die Vereinbarung eines Zuschlags zu einem üblichen Stundenlohn könne man die Sozialversicherungspflicht nicht „abkaufen“.

ßer nach Abzug der von ihm zu tragenden Nebenkosten bei nur knapp über 20 Euro.

Im Ergebnis muss der Unternehmer allein für den Eisenbieger 77.000 Euro Sozialversicherungsbeiträge und Zuschläge nachzahlen. Hinzu kommt eine Verurteilung zu einer saftigen Geldstrafe. Erfolgsmodelle sehen anders aus.

#### AUSWIRKUNGEN AUF DIE PRAXIS: WARNSIGNALE BEACHTEN

Unternehmen der Bauwirtschaft können bei der Zusammenarbeit mit Subunternehmern leichter in die Risikozone „Scheinselbständigkeit“ gelangen, als sie vermuten. Oft entwickeln sich zunächst „unverdächtige“ Werkvertragskonstellationen schleichend in Abhängigkeits- und Eingliederungsgestaltungen. Das LSG führt einige gute Warnsignale auf, anhand derer Unternehmen bereits „mit Bordmitteln“ ein Gefühl für die Risikolage erhalten können. Je mehr der nachfolgenden „Fingerzeige“ ein Subunternehmer erfüllt, desto höher ist das Risiko:

- Der Subunternehmer setzt keine wesentlichen eigenen Betriebsmittel (Lkw, Geräte) ein. Nur geringwertige Mittel (Handy, Pkw, einfaches Werkzeug) reicht nicht.
- Der Subunternehmer verfügt über keine eigene Betriebsstätte oder eigener Marktauftritt.
- Eigenes Personal beschäftigt der Subunternehmer nicht.
- Der Subunternehmer erhält einen festen Stundenlohn. Er kann seinen Gewinn (z. B. durch besonders effektiven Einsatz seiner Arbeit) nicht optimieren.
- Der Subunternehmer erhält im Vergleich zu Arbeitnehmern (unter Berücksichtigung von Lohnersatzleistungen) kein deutlich höheres Entgelt.

Hierbei gilt die Faustregel, dass das Risiko höher ist, je mehr der oben genannten „Indizien“ auf einen Subunternehmer zutreffen. Wegen der hohen Nachfor-

derungen und des Strafbarkeitsrisikos sollte jeder, der Subunternehmer einbindet, seine Geschäftskontakte in ein Ampelsystem (rot – gelb – grün) einordnen. Wo die Ampel auf rot steht, muss die Zusammenarbeit überprüft oder im Einzelfall sogar beendet werden. \

#### \ ÜBER DEN AUTOR

**Dr. Stephan Porten** ist Rechtsanwalt/Fachanwalt für Medizinrecht und Partner bei der BDO Legal Rechtsanwalts-GmbH in Köln. Er hat sich u. a. auf das Sozialversicherungsrecht mit dem Schwerpunkt auf der Vertretung von Statusfeststellungsverfahren und der Begleitung von Sozialversicherungsprüfungen spezialisiert.

