

Überarbeitung des gemeinsamen Rundschreibens zum Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit vom 20.12.1999;
hier: Hinweis auf gemeinsames Rundschreiben der Spitzenorganisationen der Sozialversicherung vom 26.3.2003

AOK-BUNDESVERBAND, BONN

BUNDESVERBAND DER BETRIEBSKRANKENKASSEN, ESSEN

IKK-BUNDESVERBAND, BERGISCH GLADBACH

SEE-KRANKENKASSE, HAMBURG

**BUNDESVERBAND DER LANDWIRTSCHAFTLICHEN KRANKENKASSEN,
KASSEL**

BUNDESKNAPPSCHAFT, BOCHUM

AEV-ARBEITER-ERSATZKASSEN-VERBAND E.V., SIEGBURG

VERBAND DER ANGESTELLTEN-KRANKENKASSEN E.V., SIEGBURG

VERBAND DEUTSCHER RENTENVERSICHERUNGSTRÄGER, FRANKFURT

BUNDESVERSICHERUNGSANSTALT FÜR ANGESTELLTE, BERLIN

BUNDESANSTALT FÜR ARBEIT, NÜRNBERG

26. März 2003

**Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit;
Versicherungs-, Beitrags- und Melderecht unter Berücksichtigung der Änderungen
aufgrund des Zweiten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt**

Durch das Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit vom 20.12.1999 (BGBl. 2000 I S. 2) wurden rückwirkend zum 01.01.1999 Vorschläge der von der Regierungskoalition eingesetzten Kommission „Scheinselbständigkeit“ umgesetzt. Die Kommission hatte den Auftrag, auf der Grundlage einer Bestandsaufnahme Vorschläge zur Lösung der aufgrund der Neuregelungen zur genaueren Abgrenzung zwischen abhängiger Beschäftigung und Selbständigkeit sowie zur Einbeziehung weiterer Selbständiger in den Schutz der Rentenversicherung (Art. 3 und 4 des Gesetzes zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte vom 19.12.1998, BGBl I S. 3843)^{**} aufgetretenen Probleme zu erarbeiten. Diese lagen nicht zuletzt darin begründet, dass die Vermutungsregelung des § 7 Abs. 4 SGB IV missverstanden wurde.

Diese Missverständnisse hatten die Spitzenorganisationen der Sozialversicherung bereits veranlasst, mit ihrem gemeinsamen Rundschreiben vom 16.06.1999 in der Fassung vom 18.08.1999 darauf hinzuweisen, dass die Neuregelung nicht aus Selbständigen Arbeitneh-

*HVBG-INFO 2000,
340-388

**HVBG-INFO 1999,
639-649

***HVBG-INFO 1999,
2265-2284

****HVBG-INFO 1999,
3535-3554

mer machen, sondern erreichen sollte, dass in Abgrenzung zu einer selbständigen Tätigkeit die abhängig Beschäftigten besser erkannt werden, die nur zum Schein als Selbständige auftreten. Diejenigen, die tatsächlich Selbständige sind, blieben weiterhin selbständig.

Außerdem hatten die Spitzenorganisationen der Sozialversicherung darauf hingewiesen, dass die Vermutungsregelung des § 7 Abs. 4 SGB IV den Amtsermittlungsgrundsatz nicht aufhebt und für ihre Anwendung nur Raum ist, wenn der Sozialversicherungsträger den konkreten Sachverhalt wegen fehlender Mitwirkung der Erwerbsperson nicht vollständig aufklären kann.

Mit dem Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit erfolgte die rechtliche Klarstellung, dass die Neuregelungen zur genaueren Abgrenzung zwischen abhängiger Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit an der vor ihrem Inkrafttreten bestehenden Abgrenzung zwischen beiden Tätigkeitsformen festhalten, diese Abgrenzung also nicht zu Lasten der Selbständigkeit verschieben und die Vermutungsregelung den Amtsermittlungsgrundsatz nicht ersetzt, sondern nur in den Ausnahmefällen ergänzt, in denen die Beteiligten ihre Mitwirkung im Rahmen der Amtsermittlung verweigern.

Insbesondere wurde ein Anfrageverfahren zur Statusklärung eingeführt und klargestellt, dass aufgrund einer Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalles zu entscheiden ist, ob eine abhängige Beschäftigung oder eine selbständige Tätigkeit vorliegt. Unzumutbare Beitragsnachforderungen wurden ausgeschlossen und ein vorläufiger Rechtsschutz gewährt.

Zudem wurden erweiterte Möglichkeiten zur Befreiung von der Rentenversicherungspflicht für Selbständige, insbesondere zur Förderung von Existenzgründungen geschaffen und die Frist für den Befreiungsantrag von der Rentenversicherungspflicht Selbständiger mit einem Auftraggeber verlängert.

Die Spitzenorganisationen der Sozialversicherung hatten die sich aus dem Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit ergebenden Auswirkungen auf die versicherungs-, beitrags- und melderechtlichen Regelungen in ihrem gemeinsamen Rundschreiben vom 20.12.1999 zusammengefasst, welches die Rundschreiben vom 19.01.1999 und vom 18.08.1999 ablöste.

Durch das Zweite Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23.12.2002 (BGBl. I S. 4621)^{*} sind jedoch rechtliche Änderungen erfolgt, die eine Überarbeitung des Rundschreibens erforderlich machen. Im Wesentlichen ist die bisherige Vermutungsregelung des § 7 Abs. 4 SGB IV weggefallen und durch eine Vermutungsregelung für selbstän-

* Rundschreiben des HVBG HV 025/2003 vom 9.4.2003

dig Tätige ersetzt worden, die bei der Bundesanstalt für Arbeit einen Existenzgründungszuschuss beantragen. In diesem Zusammenhang wurde auch § 14 Abs. 4 SGB IV gestrichen.

Die Spitzenorganisationen der Sozialversicherung haben die Auswirkungen des Zweiten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt auf die bisherigen Regelungen des Gesetzes zur Förderung der Selbständigkeit beraten und das Rundschreiben vom 20.12.1999 überarbeitet, welches durch dieses Rundschreiben abgelöst wird.

Die weiteren Auswirkungen des Ersten und Zweiten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt auf das Versicherungs-, Beitrags- und Melderecht haben die Spitzenorganisationen der Sozialversicherung ebenfalls beraten und die Ergebnisse in den folgenden Rundschreiben zusammengefasst:

- Gemeinsame Verlautbarung zum Haushaltsscheckverfahren vom 17.02.2003
- Geringfügigkeits-Richtlinien vom 25.02.2003
- Gemeinsames Rundschreiben vom 25.02.2003 zum zweiten Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt über die versicherungs-, beitrags- und melderechtlichen Auswirkungen auf Beschäftigungsverhältnisse in der Gleitzone
- Gemeinsames Rundschreiben vom 26.03.2003 zum Versicherungs-, Beitrags- und Melderecht nach dem Ersten und Zweiten Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt

Inhaltsverzeichnis

1	Gesetzliche Vorschriften.....	6
2	Allgemeines.....	12
3	Versicherungsrecht.....	14
3.1	Beschäftigung nach § 7 Abs. 1 SGB IV.....	14
3.2	Amtsermittlungsgrundsatz.....	14
3.3	Abgrenzung des Beschäftigungsverhältnisses vom Dienst- /Werkvertrag.....	15
3.4	Amtliche Eintragungen oder Genehmigungen als Hinweis auf eine selbständige Tätigkeit, Gesellschaftsform.....	16
4.	Anfrageverfahren.....	17
4.1	Allgemeines.....	17
4.2	Verwaltungsverfahren bei der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte.....	18
4.3	Beginn der Versicherungspflicht bei einem rechtzeitigen Anfrageverfahren.....	19
4.4	Fälligkeit des Gesamtsozialversicherungsbeitrags bei einem Anfrageverfahren.....	22
4.5	Übergangsregelung zum Beginn der Versicherungspflicht bei einem Anfrageverfahren.....	22
5	Rechtsmittel gegen Statusentscheidungen.....	23
6	Beginn der Versicherungspflicht bei Statusfeststellungen außerhalb eines rechtzeitigen Anfrageverfahrens.....	24
7	Pflichten des Auftraggebers.....	25
8	Melderecht.....	26
9	Führung von Lohnunterlagen.....	26
10	Rentenversicherungspflicht Selbständiger mit einem Auftraggeber.....	27

Anlagen

Anlage 1

Abgrenzungskatalog für im Bereich Theater, Orchester, Rundfunk- und Fernsehanbieter, Film- und Fernsehproduktionen tätige Personen vom 30. Mai 2000

Anlage 2

Versicherungsrechtliche Beurteilung von Handelsvertretern

Anlage 3

Versicherungsrechtliche Beurteilung von Gesellschafter-Geschäftsführern, Fremdgeschäftsführern und mitarbeitenden Gesellschaftern einer GmbH

Anlage 4

Katalog bestimmter Berufsgruppen zur Abgrenzung zwischen abhängiger Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit

Anlage 5

Antrag auf Feststellung des sozialversicherungsrechtlichen Status

1 Gesetzliche Vorschriften

§ 7 SGB IV Beschäftigung

(1) Beschäftigung ist die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers.

(1a) bis (3) ...

(4) Für Personen, die für eine selbständige Tätigkeit einen Zuschuss nach § 421I SGB III beantragen, wird widerlegbar vermutet, dass sie in dieser Tätigkeit als Selbständige tätig sind. Für die Dauer des Bezugs dieses Zuschusses gelten diese Personen als selbständig Tätige.

§ 7a SGB IV Anfrageverfahren

(1) Die Beteiligten können schriftlich eine Entscheidung beantragen, ob eine Beschäftigung vorliegt, es sei denn, die Einzugsstelle oder ein anderer Versicherungsträger hatte im Zeitpunkt der Antragstellung bereits ein Verfahren zur Feststellung einer Beschäftigung eingeleitet. Über den Antrag entscheidet abweichend von § 28h Abs. 2 die Bundesversicherungsanstalt für Angestellte.

(2) Die Bundesversicherungsanstalt für Angestellte entscheidet aufgrund einer Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalles, ob eine Beschäftigung vorliegt.

(3) Die Bundesversicherungsanstalt für Angestellte teilt den Beteiligten schriftlich mit, welche Angaben und Unterlagen sie für ihre Entscheidung benötigt. Sie setzt den Beteiligten eine angemessene Frist, innerhalb der diese die Angaben zu machen und die Unterlagen vorzulegen haben.

(4) Die Bundesversicherungsanstalt für Angestellte teilt den Beteiligten mit, welche Entscheidung sie zu treffen beabsichtigt, bezeichnet die Tatsachen, auf die sie ihre Entscheidung stützen will, und gibt den Beteiligten Gelegenheit, sich zu der beabsichtigten Entscheidung zu äußern.

(5) Die Bundesversicherungsanstalt für Angestellte fordert die Beteiligten auf, innerhalb einer angemessenen Frist die Tatsachen anzugeben, die eine Widerlegung begründen, wenn diese die Vermutung widerlegen wollen.

(6) Wird der Antrag nach Absatz 1 innerhalb eines Monats nach Aufnahme der Tätigkeit gestellt und stellt die Bundesversicherungsanstalt für Angestellte ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis fest, tritt die Versicherungspflicht mit der Bekanntgabe der Entscheidung ein, wenn der Beschäftigte

- 1. zustimmt und**
- 2. er 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.**

Der Gesamtsozialversicherungsbeitrag wird erst zu dem Zeitpunkt fällig, zu dem die Entscheidung, dass eine Beschäftigung vorliegt, unanfechtbar geworden ist.

(7) Widerspruch und Klage gegen Entscheidungen, dass eine Beschäftigung vorliegt, haben aufschiebende Wirkung. Eine Klage auf Erlass der Entscheidung ist abweichend von § 88 Abs. 1 des Sozialgerichtsgesetzes nach Ablauf von drei Monaten zulässig.

§ 7b SGB IV Beitragsrückstände

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 selbständigen Tätigkeit ausgegangen ist.

§ 7c SGB IV

Übergangsregelung für Beitragsrückstände

Bestehen Zweifel, ob eine Beschäftigung oder eine selbständige Tätigkeit vorliegt, und ist ein Antrag auf Entscheidung, ob eine Beschäftigung vorliegt, bis zum 30. Juni 2000 gestellt worden, tritt die Versicherungspflicht mit der Bekanntgabe der Entscheidung der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte ein, dass ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis vorliegt; § 7a Abs. 6 Satz 2 gilt entsprechend. Satz 1 findet keine Anwendung, wenn

1. im Zeitpunkt der Antragstellung die Einzugsstelle oder ein anderer Versicherungsträger bereits eine Entscheidung, dass eine versicherungspflichtige Beschäftigung vorliegt, getroffen oder ein entsprechendes Verfahren eingeleitet hatte, oder
2. der Arbeitgeber seine Pflichten nach dem Dritten Abschnitt bis zu der Entscheidung vorsätzlich oder grob fahrlässig nicht erfüllt hat.

§ 2 SGB VI

Selbständig Tätige

Versicherungspflichtig sind selbständig tätige

1. bis 8. ...

9. Personen, die

- a) im Zusammenhang mit ihrer selbständigen Tätigkeit regelmäßig keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigen, dessen Arbeitsentgelt aus diesem Beschäftigungsverhältnis regelmäßig 400 Euro im Monat übersteigt, und
- b) auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig sind,

10. Personen für die Dauer des Bezugs eines Zuschusses nach § 421I SGB III.

Nach Satz 1 Nr. 1 bis 9 ist nicht versicherungspflichtig, wer in dieser Tätigkeit nach Satz 1 Nr. 10 versicherungspflichtig ist. Als Arbeitnehmer im Sinne des Satzes 1 Nr. 1, 2, 7 und 9 gelten

- 1. auch Personen, die berufliche Kenntnisse, Fertigkeiten oder Erfahrungen im Rahmen beruflicher Bildung erwerben,**
- 2. nicht Personen, die als geringfügig Beschäftigte nach § 5 Abs. 2 Satz 2 auf die Versicherungsfreiheit verzichtet haben.**

§ 6 SGB VI

Befreiung von der Versicherungspflicht

(1) ...

(1a) Personen, die nach § 2 Satz 1 Nr. 9 versicherungspflichtig sind, werden von der Versicherungspflicht befreit

- 1. für einen Zeitraum von drei Jahren nach erstmaliger Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit, die die Merkmale des § 2 Satz 1 Nr. 9 erfüllt,**
- 2. nach Vollendung des 58. Lebensjahres, wenn sie nach einer zuvor ausgeübten selbständigen Tätigkeit erstmals nach § 2 Satz 1 Nr. 9 versicherungspflichtig werden.**

Satz 1 Nr. 1 gilt entsprechend für die Aufnahme einer zweiten selbständigen Tätigkeit, die die Merkmale des § 2 Satz 1 Nr. 9 erfüllt. Tritt nach Ende einer Versicherungspflicht nach § 2 Satz 1 Nr. 10 Versicherungspflicht nach § 2 Satz 1 Nr. 9 ein, wird die Zeit, in der die dort genannten Merkmale bereits vor dem Eintritt der Versicherungspflicht nach dieser Vorschrift vorgelegen haben, auf den in Satz 1 Nr. 1 genannten Zeitraum nicht angerechnet. Eine Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit liegt nicht vor, wenn eine bestehende selbständige Existenz lediglich umbenannt oder deren Geschäftszweck gegenüber der vorangegangenen nicht wesentlich verändert worden ist.

(2) bis (5) ...

§ 126 SGB VI

Zuständigkeit für Versicherte und Hinterbliebene

(1) Für Personen, die aufgrund einer Beschäftigung oder selbständigen Tätigkeit versichert sind, ist der Träger der Rentenversicherung zuständig, der jeweils für die Versicherung dieser Beschäftigung oder selbständigen Tätigkeit zuständig ist. Die Zuständigkeit eines Trägers bleibt erhalten, solange nicht ein anderer Träger aufgrund einer Beschäftigung oder selbständigen Tätigkeit ausschließlich zuständig wird. Für Personen im Sinne des § 2 Satz 1 Nr. 10 ist der Träger zuständig, an den zuletzt vor Beginn der Versicherungspflicht nach § 2 Satz 1 Nr. 10 Beiträge abgeführt wurden. Ist ein Träger zu Beginn eines Leistungsverfahrens zuständig, bleibt seine Zuständigkeit für dieses Verfahren auch erhalten, wenn ein anderer Träger ausschließlich zuständig wird.

(2) bis (4) ...

§ 134 SGB VI

Selbständig Tätige

Für selbständig Tätige, die als

1. bis 5. ...

6. Personen im Sinne des § 2 Satz 1 Nr. 9

versicherungspflichtig sind, ist die Bundesversicherungsanstalt für Angestellte zuständig.

§ 231 SGB VI

Befreiung von der Versicherungspflicht

(1) bis (4) ...

(5) Personen, die am 31. Dezember 1998 eine selbständige Tätigkeit ausgeübt haben, in der sie nicht versicherungspflichtig waren, und danach gemäß § 2 Satz 1 Nr. 9 versicherungspflichtig werden, werden auf Antrag von dieser Versicherungspflicht befreit, wenn sie

1. vor dem 2. Januar 1949 geboren sind oder
2. vor dem 10. Dezember 1998 mit einem öffentlichen oder privaten Versicherungsunternehmen einen Lebens- oder Rentenversicherungsvertrag abgeschlossen haben, der so ausgestaltet ist oder bis zum 30. Juni 2000 oder binnen eines Jahres nach Eintritt der Versicherungspflicht so ausgestaltet wird, dass
 - a) Leistungen für den Fall der Invalidität und des Erlebens des 60. oder eines höheren Lebensjahres sowie im Todesfall Leistungen an Hinterbliebene erbracht werden und
 - b) für die Versicherung mindestens ebenso viel Beiträge aufzuwenden sind, wie Beiträge zur Rentenversicherung zu zahlen wären, oder
3. vor dem 10. Dezember 1998 eine vergleichbare Form der Vorsorge betrieben haben oder nach diesem Zeitpunkt bis zum 30. Juni 2000 oder binnen eines Jahres nach Eintritt der Versicherungspflicht entsprechend ausgestalten; eine vergleichbare Vorsorge liegt vor, wenn
 - a) vorhandenes Vermögen oder
 - b) Vermögen, das aufgrund einer auf Dauer angelegten vertraglichen Verpflichtung angespart wird,

insgesamt gewährleisten, dass eine Sicherung für ein Fall der Invalidität und des Erlebens des 60. oder eines höheren Lebensjahres sowie im Todesfall für Hinterbliebene vorhanden ist, deren wirtschaftlicher Wert nicht hinter dem einer Lebens- oder Rentenversicherung nach Nummer 2 zurückbleibt. Satz 1 Nr. 2 gilt entsprechend für eine Zusage auf eine betriebliche Altersversorgung, durch die die leistungsbezogenen und aufwandsbezogenen Voraussetzungen des Satzes 1 Nr. 2 erfüllt werden. Die Befreiung ist binnen eines Jahres nach Eintritt der Versicherungspflicht zu beantragen; die Frist läuft nicht vor dem 30. Juni 2000 ab. Die Befreiung wirkt vom Eintritt der Versicherungspflicht an.

(6) und (7) ...

2 Allgemeines

Die verschärfte Wettbewerbs- und Arbeitsmarktsituation hat im Zuge einer Deregulierung der Beschäftigung in den letzten Jahren zu einem Anstieg der sog. Scheinselbständigkeit geführt. Diese Erscheinung erstreckt sich - mit gewissen Schwerpunkten - auf zahlreiche Bereiche des Wirtschaftslebens.

Durch das Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte vom 19.12.1998 (BGBl I S. 3843) sollte den Sozialversicherungsträgern die Bekämpfung der Scheinselbständigkeit erleichtert werden. Scheinselbständige Arbeitnehmer sollten schneller und einfacher als bisher erkannt und in die Versicherungspflicht einbezogen werden. Dazu war in § 7 Abs. 4 SGB IV ein Kriterienkatalog eingestellt worden. Bei Vorliegen von mindestens zwei dieser Kriterien wurde hiernach das Bestehen einer Beschäftigung gegen Arbeitsentgelt vermutet. Die Spitzenorganisationen der Sozialversicherung hatten bereits mit Rundschreiben vom 16.06.1999 i.d.F. vom 18.08.1999 den Amtsermittlungsgrundsatz hervorgehoben und klargestellt, dass für die Anwendung der Vermutungsregelung nur in den Fällen Raum bleibe, in denen der konkrete Sachverhalt nicht vollständig aufgeklärt werden könne, insbesondere weil die Erwerbsperson ihrer Mitwirkungspflicht nicht nachgekommen ist.

Durch das Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit vom 20.12.1999 (BGBl 2000 I S. 2) war der Kriterienkatalog des § 7 Abs. 4 SGB IV präzisiert und um ein neues Kriterium ergänzt worden. Hiernach wurde vermutet, dass bei Vorliegen von mindestens drei der genannten fünf Merkmale eine Beschäftigung vorliegt. Sollte gleichwohl eine selbständige Tätigkeit vorgelegen haben, konnte die gesetzliche Vermutung, die nur bei fehlender Mitwirkung der erwerbsmäßig tätigen Person eintrat, widerlegt werden.

Die Vermutungsregelung hat in der Praxis aufgrund des zu beachtenden Amtsermittlungsgrundsatzes keine weitere Bedeutung erlangt und ist durch das Zweite Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23.12.2002 (BGBl I S. 4621) mit Wirkung ab 01.01.2003 weggefallen, wodurch sich jedoch keine Auswirkungen auf die Abgrenzung einer Beschäftigung von einer selbständigen Tätigkeit ergeben. Vielmehr gilt unverändert der Beschäftigungsbegriff des § 7 Abs. 1 SGB IV und die von der Rechtsprechung hierzu entwickelten Abgrenzungskriterien. Die bisherige Vermutungsregelung wurde durch eine andere Vermutungsregelung ersetzt, wonach bei Personen, die für ihre selbständige Tätigkeit bei der Bundesanstalt für Arbeit nach § 421I SGB III einen Existenzgründungszuschuss beantragen, widerlegbar vermutet wird, dass sie in dieser Tätigkeit als Selbständige tätig sind. Für die Dauer des Bezugs des Zuschusses gelten diese Personen als selbständig Tätige

und unterliegen in der gesetzlichen Rentenversicherung der Versicherungspflicht nach § 2 Satz 1 Nr. 10 SGB VI. Im Zuge des Wegfalls der bisherigen Vermutungsregelung ist auch die Regelung des § 14 Abs. 4 SGB IV gestrichen worden, die die beitragsrechtliche Grundlage für versicherungspflichtige Beschäftigungen aufgrund der bisherigen Vermutungsregelung bildete. Nähere Erläuterungen zu den Beziehern eines Existenzgründungszuschusses nach § 421I SGB III haben die Spitzenorganisationen der Sozialversicherung in ihrem gemeinsamen Rundschreiben vom 26.03.2003 zum Versicherungs-, Beitrags- und Melderecht nach dem Ersten und Zweiten Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt zusammengefasst.

Seit dem 01.01.2000 besteht ein Anfrageverfahren, wonach, abweichend von der Regelung des § 28h Abs. 2 SGB IV, nach der die Einzugsstelle über die Versicherungspflicht zur Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung entscheidet, die Beteiligten bei der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte eine Entscheidung über den Status der Erwerbstätigen beantragen können. Mit diesem Verfahren ist eine schnelle und unkomplizierte Möglichkeit zur Klärung der Statusfrage eröffnet. Divergierende Entscheidungen unterschiedlicher Versicherungsträger werden dadurch vermieden.

Bei Feststellung eines die Sozialversicherungspflicht begründenden Beschäftigungsverhältnisses im Rahmen eines Statusfeststellungsverfahrens wird unter bestimmten Voraussetzungen der Beginn der Versicherungspflicht mit Zustimmung des zu Versichernden verschoben; Beitragsansprüche für zurückliegende Zeiten entstehen insoweit nicht. Zur Wahrung einer einheitlichen Rechtsanwendung gilt dies - unter Zurückstellung möglicher rechtlicher Bedenken - für alle Zweige der Sozialversicherung. Hierdurch wird die Position des gutgläubigen Arbeitgebers gestärkt. Verbunden damit ist ein vorläufiger Rechtsschutz gegen Beitragsbescheide, nach dem die Gesamtsozialversicherungsbeiträge erst zu dem Zeitpunkt fällig werden, zu dem die Entscheidung über das Vorliegen einer Beschäftigung unanfechtbar geworden ist. Widerspruch und Klage gegen eine derartige Entscheidung haben aufschiebende Wirkung.

Selbständig Tätige, die im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig sind und im Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigen, werden unter den Voraussetzungen des § 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI als Selbständige rentenversicherungspflichtig. Für Selbständige, die bereits am 31.12.1998 selbständig tätig waren und nicht der Rentenversicherungspflicht unterlagen, ist in § 231 Abs. 5 SGB VI auf Antrag eine Befreiung von der Rentenversicherungspflicht vorgesehen, wenn sie nach dem 31.12.1998 gemäß § 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI versicherungspflichtig werden. Außerdem haben Existenzgründer, die nicht zum Personenkreis des § 421I SGB III gehören, und selbständig

tätige Personen, die nach Vollendung des 58. Lebensjahres erstmals die Voraussetzungen des § 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI erfüllen, nach § 6 Abs. 1a SGB VI die Möglichkeit sich von der Rentenversicherungspflicht befreien zu lassen.

3 Versicherungsrecht

3.1 Beschäftigung nach § 7 Abs. 1 SGB IV

In der Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung sind Arbeiter und Angestellte (Arbeitnehmer), die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt werden, versicherungspflichtig. Da selbständig Tätige in der Kranken-, Pflege- und Arbeitslosenversicherung nicht zum versicherungspflichtigen Personenkreis zählen und in der Rentenversicherung nur ein kleiner Kreis selbständig tätiger Personen versicherungspflichtig ist, bedarf es zur Unterscheidung einer selbständigen Tätigkeit von einer Beschäftigung als Arbeitnehmer bestimmter Abgrenzungskriterien.

Die Beschäftigung wird in § 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV als nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis, definiert. Der Begriff des Beschäftigungsverhältnisses ist allerdings weitergehend als der Begriff des Arbeitsverhältnisses; er erfasst somit auch Fälle, in denen ein Arbeitsverhältnis nicht vorliegt (z.B. bei GmbH-Geschäftsführern). Als typische Merkmale einer Beschäftigung nennt § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB IV die Weisungsgebundenheit der Erwerbsperson und ihre betriebliche Eingliederung. Diese Merkmale sind nicht zwingend kumulativ für das Bestehen eines Beschäftigungsverhältnisses erforderlich, sie sind lediglich als Anhaltspunkte erwähnt, ohne eine abschließende Bewertung vorzunehmen. So kann das Weisungsrecht - vornehmlich bei Diensten höherer Art - eingeschränkt und zur „funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess verfeinert“ sein.

Der Auftraggeber hat - wie auch sonst jeder Arbeitgeber bei seinen Mitarbeitern - zu prüfen, ob ein Auftragnehmer bei ihm abhängig beschäftigt oder für ihn selbständig tätig ist. Ist ein Auftraggeber der Auffassung, dass im konkreten Einzelfall keine abhängige Beschäftigung vorliegt, ist zwar formal von ihm nichts zu veranlassen. Er geht jedoch - wie bisher schon - das Risiko ein, dass bei einer Prüfung durch einen Versicherungsträger und ggf. im weiteren Rechtsweg durch die Sozialgerichte der Sachverhalt anders bewertet und dadurch die Nachzahlung von Beiträgen erforderlich wird. In Zweifelsfällen wird deshalb empfohlen, das Anfrageverfahren zur Statusklärung bei der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte nach § 7a SGB IV einzuleiten (vgl. Ausführung zu Abschnitt 4).

3.2 Amtsermittlungsgrundsatz

Ist zu der versicherungsrechtlichen Beurteilung der Erwerbstätigkeit ein Verwaltungsverfahren eingeleitet, gilt der Amtsermittlungsgrundsatz (§ 20 SGB X). Der Sozialversicherungsträger hat von sich aus die Tatsachen zu ermitteln, die zur Beurteilung der Rechtsfrage, ob eine selbständige Tätigkeit oder eine abhängige Beschäftigung vorliegt, erforderlich sind. Für die Abgrenzung sind weiterhin die von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien maßgeblich. Entscheidend bleibt die Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls. Treffen Merkmale, die für die Beschäftigteneigenschaft sprechen, mit Merkmalen zusammen, die auf Selbständigkeit hindeuten, hat der Sozialversicherungsträger nach Aufklärung des Sachverhalts im Rahmen der Gesamtwürdigung zu prüfen, in welchem Bereich der Schwerpunkt der Tätigkeit liegt, und auf der Grundlage des § 7 Abs. 1 SGB IV zu entscheiden.

3.3 Abgrenzung des Beschäftigungsverhältnisses vom Dienst- /Werkvertrag

Das Beschäftigungsverhältnis unterscheidet sich vom Rechtsverhältnis eines freien Dienstnehmers oder Werkvertragnehmers durch den Grad der persönlichen Abhängigkeit bei der Erledigung der Dienst- oder Werkleistung. Arbeitnehmer ist, wer weisungsgebunden vertraglich geschuldete Leistungen im Rahmen einer von seinem Vertragspartner bestimmten Arbeitsorganisation erbringt. Der hinreichende Grad persönlicher Abhängigkeit zeigt sich nicht nur daran, dass der Beschäftigte einem Direktionsrecht seines Vertragspartners unterliegt, welches Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer, Ort oder sonstige Modalitäten der zu erbringenden Tätigkeit betreffen kann, sondern kann sich auch aus einer detaillierten und den Freiraum für die Erbringung der geschuldeten Leistung stark einschränkenden rechtlichen Vertragsgestaltung oder tatsächlichen Vertragsdurchführung ergeben.

Der Grad der persönlichen Abhängigkeit wird auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit bestimmt. Insoweit lassen sich abstrakte, für alle Beschäftigungsverhältnisse geltende Kriterien nicht aufstellen. Manche Tätigkeiten können sowohl im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses als auch im Rahmen freier Dienst- oder Werkverträge erbracht werden, andere regelmäßig nur im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses. Aus Art und Organisation der Tätigkeit kann auf das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses zu schließen sein. Dabei sind für die Abgrenzung in erster Linie die tatsächlichen Umstände der Leistungserbringung von Bedeutung, nicht aber die Bezeichnung, die die Parteien ihrem Rechtsverhältnis gegeben haben oder gar die von ihnen gewünschte Rechtsfolge. Der jeweilige Vertragstyp ergibt sich aus dem wirklichen Geschäftsinhalt. Dieser wiederum folgt aus den getroffenen Vereinbarungen und der tatsächlichen Durchführung des Vertrages. Aus

der praktischen Handhabung lassen sich Rückschlüsse darauf ziehen, von welchen Rechten und Pflichten die Parteien in Wirklichkeit ausgegangen sind.

Selbständig ist im Allgemeinen jemand, der unternehmerische Entscheidungsfreiheit genießt, ein unternehmerisches Risiko trägt sowie unternehmerische Chancen wahrnehmen und hierfür Eigenwerbung betreiben kann.

Zu typischen Merkmalen unternehmerischen Handelns gehört u.a., dass Leistungen im eigenen Namen und auf eigene Rechnung, statt im Namen und auf Rechnung des Auftraggebers erbracht werden, sowie die eigenständige Entscheidung über

- Einkaufs- und Verkaufspreise, Warenbezug,
- Einstellung von Personal,
- Einsatz von Kapital und Maschinen,
- die Zahlungsweise der Kunden (z.B. sofortige Barzahlung, Stundungsmöglichkeit, Einräumung von Rabatten),
- Art und Umfang der Kundenakquisition,
- Art und Umfang von Werbemaßnahmen für das eigene Unternehmen (z.B. Benutzung eigener Briefköpfe).

Die Spitzenorganisationen der Sozialversicherung haben sich wiederholt mit der Abgrenzung einer abhängigen Beschäftigung von einer selbständigen Tätigkeit befasst. Als Anlagen sind die hierbei erzielten Ergebnisse zur versicherungsrechtlichen Beurteilung für im Bereich Theater, Orchester, Rundfunk- und Fernsehanbieter, Film- und Fernsehproduktionen tätige Personen (**Anlage 1**), von Handelsvertretern (**Anlage 2**), Gesellschafter-Geschäftsführern, mitarbeitenden Gesellschaftern und Fremdgeschäftsführern einer GmbH (**Anlage 3**) sowie weiterer Berufsgruppen (**Anlage 4**) beigefügt.

3.4 Amtliche Eintragungen oder Genehmigungen als Hinweis auf eine selbständige Tätigkeit, Gesellschaftsform

Aufgrund der Gesamtbetrachtung kann durchaus jemand auch selbständig tätig sein, der nur für einen Auftraggeber arbeitet und in seinem Unternehmen keine Mitarbeiter beschäftigt. Dies ist insbesondere der Fall, wenn er für seine Unternehmung bzw. selbständige Tätigkeit eine besondere amtliche Genehmigung oder Zulassung benötigt. Auch die Eintragung in die Handwerksrolle stützt die Annahme einer selbständigen Tätigkeit. Die Gewerbeanmeldung bzw. die Eintragung in das Gewerbeverzeichnis oder in das Handelsregister reicht dagegen für sich alleine nicht aus.

Ist der Auftragnehmer eine Gesellschaft (z.B. GmbH, KG oder OHG), schließt dies ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis zum Auftraggeber aus. Der Ausschluss eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses wirkt jedoch nur auf die Beurteilung der Rechtsbeziehungen zwischen dem Auftraggeber und dem Auftragnehmer, nicht jedoch auf die Frage, ob die in der Gesellschaft Tätigen (z.B. Kommanditisten) Arbeitnehmer dieser Gesellschaft sein können.

Die gleiche Beurteilung gilt grundsätzlich auch, sofern es sich bei dem Auftragnehmer um eine Ein-Personen-GmbH oder eine Partnerschaftsgesellschaft i.S. des Partnerschaftsgesellschaftsgesetzes handelt. Eine abhängige Beschäftigung des Auftragnehmers zum Auftraggeber ist jedoch nicht schon deshalb ausgeschlossen, weil der Auftragnehmer Gesellschafter einer Partnerschaftsgesellschaft ist. Vielmehr muss in diesen Fällen das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung zum Auftraggeber im Einzelfall geprüft werden.

Handelt es sich bei der auftragnehmenden Gesellschaft um eine GbR, ist das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung oder einer selbständigen Tätigkeit ebenfalls im Einzelfall zu prüfen.

4 Anfrageverfahren

4.1 Allgemeines

Die Vorschrift des § 7a SGB IV bildet die Grundlage für das Anfrageverfahren zur Statusklärung. Hiernach können die Beteiligten bei der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte beantragen, den Status des Erwerbstätigen feststellen zu lassen. Die Zuständigkeit der Einzugsstelle (§ 28h Abs. 2 SGB IV) ist insoweit eingeschränkt. Soweit ausschließlich die Frage zu klären ist, ob eine Beschäftigung im Sinne der Sozialversicherung vorliegt, für eine selbständige Tätigkeit also kein Raum besteht, verbleibt es bei der grundsätzlichen Zuständigkeit der Krankenversicherung nach § 28h Abs. 2 SGB IV (z.B. bei mitarbeitenden Familienangehörigen, Fremdgeschäftsführern einer GmbH, Praktikanten).

In Anbetracht der nach § 28a SGB IV grundsätzlich bestehenden Pflicht des Arbeitgebers, einen eingestellten Arbeitnehmer innerhalb von zwei Wochen (§ 6 DEÜV) nach Beschäftigungsaufnahme bei der Einzugsstelle anzumelden, bleibt für das Anfrageverfahren nach § 7a SGB IV nur in objektiven Zweifelsfällen Raum.

Mit dem Anfrageverfahren soll den Beteiligten in den objektiven Zweifelsfällen Rechtssicherheit darüber verschafft werden, ob sie selbständig tätig oder abhängig beschäftigt sind. Be-

teiligte, die eine Statusfeststellung beantragen können, sind die Vertragspartner (z.B. Auftragnehmer und Auftraggeber), nicht jedoch andere Versicherungsträger. Jeder Beteiligte ist berechtigt, das Anfrageverfahren bei der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte zu beantragen. Es ist nicht erforderlich, dass sich die Beteiligten für ein Anfrageverfahren einig sind. Aus Beweisgründen ist für das Anfrageverfahren bei der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte die Schriftform vorgeschrieben.

Das Anfrageverfahren bei der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte entfällt, wenn bereits durch eine Einzugsstelle außerhalb eines Statusfeststellungsverfahrens nach § 7a SGB IV (z.B. im Rahmen einer Entscheidung über eine freiwillige Versicherung, eine Familienversicherung - Prüfung nach § 28h Abs. 2 SGB IV) oder einen Rentenversicherungsträger (im Rahmen des § 28p Abs. 1 SGB IV) ein Verfahren zur Feststellung des Status der Erwerbperson durchgeführt oder eingeleitet wurde, z.B. durch Übersendung eines Fragebogens oder durch Ankündigung einer Betriebsprüfung. Hiervon sind auch die Verfahren betroffen, die vor Verkündung des Gesetzes zur Förderung der Selbständigkeit wegen der grundsätzlichen Zuständigkeit der Einzugsstellen nach § 28h Abs. 2 SGB IV von den Krankenkassen bereits entschieden wurden bzw. in denen das Verwaltungsverfahren eingeleitet worden ist (Bestandsfälle). Diese Stellen führen dann das Statusfeststellungsverfahren einschließlich evtl. anschließender Rechtsstreitverfahren in eigener Zuständigkeit durch.

Für die im Rahmen eines Statusfeststellungsverfahrens nach § 7a SGB IV erforderliche Prüfung, ob eine abhängige Beschäftigung nach § 7 Abs. 1 SGB IV vorliegt und deshalb Versicherungspflicht als Arbeitnehmer besteht, haben die Beteiligten einen Antrag auszufüllen (vgl. **Anlage 5**). Die Verwendung des Antrags ist notwendig und geboten, damit das Gesamtbild der Tätigkeit ermittelt werden kann und weitgehend sichergestellt ist, dass die für die Entscheidung maßgeblichen Kriterien einheitlich erhoben werden.

Nach § 7a Abs. 2 SGB IV hat die Bundesversicherungsanstalt für Angestellte - wie die Einzugsstelle im Rahmen des § 28h Abs. 2 SGB IV und der Rentenversicherungsträger im Rahmen einer Betriebsprüfung nach § 28p Abs. 1 SGB IV - auf der Grundlage ihrer Amtsermittlung (§ 20 SGB X) nach den von der Rechtsprechung entwickelten Abgrenzungskriterien im Rahmen einer Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalles zu entscheiden, ob eine abhängige Beschäftigung oder eine selbständige Tätigkeit vorliegt.

4.2 Verwaltungsverfahren bei der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte

Die Angaben und Unterlagen, die die Bundesversicherungsanstalt für Angestellte für ihre Entscheidung benötigt, hat sie nach § 7a Abs. 3 SGB IV schriftlich bei den Beteiligten (Auf-

tragnehmer, Auftraggeber) unter Fristsetzung anzufordern. Die Frist, innerhalb der die erforderlichen Angaben zu machen und die Unterlagen vorzulegen sind, muss jeweils angemessen festgesetzt werden.

Nach Abschluss der Ermittlungen hat die Bundesversicherungsanstalt für Angestellte vor Erlass ihrer Entscheidung den Beteiligten Gelegenheit zu geben, sich zu der beabsichtigten Entscheidung zu äußern (Anhörung nach § 24 SGB X). Nach § 7a Abs. 4 SGB IV teilt sie deshalb den Beteiligten mit, welche Entscheidung sie zu treffen beabsichtigt und bezeichnet die Tatsachen, auf die sie ihre Entscheidung stützen will. Dies ermöglicht den Beteiligten, vor Erlass des Statusbescheides weitere Tatsachen und ergänzende rechtliche Gesichtspunkte vorzubringen. Einer Anhörung bedarf es nicht, soweit dem Antrag der Beteiligten entsprochen wird.

Nach Abschluss des Anhörungsverfahrens erteilt die Bundesversicherungsanstalt für Angestellte den Beteiligten (Auftragnehmer und Auftraggeber) einen rechtsbehelfsfähigen begründeten Bescheid über den Status der Erwerbsperson und deren versicherungsrechtliche Beurteilung. Die zuständige Einzugsstelle erhält eine Durchschrift des Bescheides, wenn ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis festgestellt wird. Außerdem wird sie unverzüglich informiert, wenn gegen den Bescheid der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte Widerspruch eingelegt worden ist; über das weitere Verfahren wird die zuständige Einzugsstelle regelmäßig unterrichtet.

Zuständige Einzugsstelle ist die Krankenkasse, die die Krankenversicherung durchführt. Für Personen, die zum Zeitpunkt des Verfahrens bei keiner Krankenkasse versichert sind, ist die Krankenkasse zuständig, der sie zuletzt angehörten, sofern sie nicht eine andere Krankenkasse wählen.

Entscheidet die Bundesversicherungsanstalt für Angestellte im Einzelfall auf eine selbständige Tätigkeit, ist, sofern entsprechende Anhaltspunkte vorliegen, zu prüfen, ob Rentenversicherungspflicht z.B. nach § 2 SGB VI in Betracht kommt (vgl. auch Abschnitt 10; bei Handwerkern Abgabe an die zuständige Landesversicherungsanstalt, bei Künstlern und Publizisten Abgabe an die Künstlersozialkasse).

4.3 Beginn der Versicherungspflicht bei einem rechtzeitigen Anfrageverfahren

Die Versicherungspflicht in der Sozialversicherung aufgrund einer Beschäftigung beginnt grundsätzlich mit dem Tag des Eintritts in das Beschäftigungsverhältnis. Abweichend hiervon sieht § 7a Abs. 6 Satz 1 SGB IV vor, dass die Versicherungspflicht mit der Bekanntgabe

der Entscheidung der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte über das Vorliegen eines versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses eintritt, wenn

- der Antrag nach § 7a Abs. 1 SGB IV innerhalb eines Monats nach Aufnahme der Tätigkeit bei der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte gestellt wird,
- der Beschäftigte dem späteren Beginn der Sozialversicherungspflicht zustimmt und
- er für den Zeitraum zwischen Aufnahme der Beschäftigung und der Bekanntgabe der Entscheidung der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte 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.

Nach § 26 Abs. 1 SGB X gelten für die Berechnung der Monatsfrist § 187 Abs. 2 Satz 1 und § 188 Abs. 2 und 3 BGB. Danach beginnt die Monatsfrist mit dem Tag, der auf den Tag der Aufnahme der Tätigkeit folgt. Sie endet mit Ablauf desjenigen Tags des nächsten Monats, welcher dem Tag vorhergeht, der durch seine Zahl dem Anfangstag der Frist entspricht. Fehlt dem nächsten Monat der für den Ablauf der Frist maßgebende Tag, endet die Frist mit Ablauf des letzten Tags dieses Monats.

Die für die Zwischenzeit erforderliche anderweitige Absicherung, die bereits im Zeitpunkt des Beginns des Anfrageverfahrens bestehen muss, muss sowohl das finanzielle Risiko von Krankheit als auch die Altersvorsorge umfassen. Die Absicherung gegen das finanzielle Risiko von Krankheit kann durch eine freiwillige Versicherung in der gesetzlichen Krankenversicherung oder eine private Krankenversicherung erfolgen. Dabei muss eine private Krankenversicherung Leistungen vorsehen, die der Art nach den Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung entsprechen. Es ist von den Leistungen auszugehen, die im Falle von Krankenversicherungspflicht im Krankheitsfall beansprucht werden könnten. Der private Versicherungsvertrag muss also nicht nur die Gewährung von Krankenbehandlung (zumindest ärztliche Behandlung, zahnärztliche Behandlung einschließlich Versorgung mit Zahnersatz, Versorgung mit Arznei- und Heilmitteln, Krankenhausbehandlung), sondern auch einen Anspruch auf Krankengeld bzw. eine andere, dem Ersatz von Arbeitsentgelt dienende Leistung vorsehen. Außerdem muss sich die private Absicherung auf Angehörige erstrecken, die nach § 10 SGB V familienversichert wären. Im Übrigen ist ein Leistungsvergleich nicht anzustellen; es ist daher unerheblich, ob die vertraglichen Leistungen auf die Erstattung bestimmter Teil- und Höchstbeträge beschränkt und bei bestimmten Krankheiten (z.B. Folgen einer Kriegsbeschädigung) ganz ausgeschlossen sind. Zusatz- oder Tagegeldversicherungen sind für sich allein jedoch nicht ausreichend. Nicht erforderlich ist, dass eine bestimmte Mindestprämie gezahlt wird.

Aus einer freiwilligen oder privaten Krankenversicherung folgt im Übrigen die Versicherungspflicht in der Pflegeversicherung, auch wenn in der Vorschrift des § 7a Abs. 6 Satz 1 SGB IV eine Absicherung für das Risiko der Pflege nicht ausdrücklich genannt ist.

Eine Absicherung gegen das finanzielle Risiko von Krankheit ist nicht erforderlich, wenn das Arbeitsentgelt des Versicherten die Jahresarbeitsentgeltgrenze überschreitet, und deshalb keine gesetzliche Krankenversicherungspflicht eintritt.

Auch die geforderte Altersversorgung braucht nicht mit den Leistungen der gesetzlichen Rentenversicherung deckungsgleich zu sein; es genügt, dass das Risiko des Alters abgesichert ist. Eine Absicherung zur Altersvorsorge kann durch eine freiwillige Versicherung in der gesetzlichen Rentenversicherung oder durch eine private Lebens-/Rentenversicherung für den Fall des Erlebens des 60. oder eines höheren Lebensjahres erfolgen. Das Sicherungsniveau ist hierbei unbeachtlich. Von einem ausreichenden sozialen Schutz ist auszugehen, wenn für die private Versicherung Prämien aufgewendet werden, die der Höhe des jeweiligen freiwilligen Mindestbeitrags zur gesetzlichen Rentenversicherung entsprechen (z.B. 2003 mtl. 78,00 EUR).

Eine Absicherung für das Risiko Invalidität wird nicht gefordert, zumal auch durch freiwillige Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung dieses Risiko grundsätzlich nicht abgedeckt werden kann. Eine Absicherung für die Hinterbliebenen ist gesetzlich nicht vorgesehen.

Die Bekanntgabe der Entscheidung der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte über das Vorliegen eines versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses ist zwar in analoger Anwendung des § 33 Abs. 2 SGB X grundsätzlich in jeder Form (schriftlich, mündlich oder in anderer Weise) möglich, erfolgt im Rahmen des § 7a SGB IV jedoch ausschließlich in schriftlicher Form. Die Entscheidung der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte gilt nach § 37 Abs. 2 SGB X mit dem dritten Tag nach der Aufgabe zur Post als bekannt gegeben, außer wenn sie nicht oder zu einem späteren Zeitpunkt zugegangen ist. Im Zweifel hat die Bundesversicherungsanstalt für Angestellte den Zugang der Entscheidung und den Zeitpunkt des Zugangs nachzuweisen. Ist der dritte Tag nach der Aufgabe zur Post ein Sonnabend, Sonntag oder gesetzlicher Feiertag, gilt die Entscheidung mit dem nächst folgenden Werktag als zugegangen (§ 26 Abs. 3 SGB X).

Der Beschäftigte kann den Eintritt der Sozialversicherungspflicht auch von der Aufnahme der Beschäftigung an herbeiführen, wenn er seine Zustimmung zum späteren Eintritt der Sozialversicherungspflicht nicht erteilt. Nur hierdurch erhält er unter finanzieller Beteiligung

seines Arbeitgebers Schutz in allen Zweigen der Sozialversicherung ab dem frühest möglichen Zeitpunkt und vermeidet Lücken im Versicherungsschutz.

4.4 Fälligkeit des Gesamtsozialversicherungsbeitrags bei einem Anfrageverfahren

Nach § 23 Abs. 1 SGB IV werden Gesamtsozialversicherungsbeiträge spätestens am Fünfzehnten des Monats fällig, der dem Monat folgt, in dem die Beschäftigung, mit der das Arbeitsentgelt erzielt wird, ausgeübt worden ist oder als ausgeübt gilt. Sie sind bereits spätestens am Fünfundzwanzigsten des Monats fällig, in dem die Beschäftigung ausgeübt wird oder als ausgeübt gilt, wenn das Arbeitsentgelt bis zum Fünfzehnten dieses Monats fällig ist.

In § 7a Abs. 6 Satz 2 SGB IV wird von dieser Fälligkeitsregelung in erheblichem Maße abgewichen. Hiernach wird die Fälligkeit des Gesamtsozialversicherungsbeitrags in den Fällen eines Anfrageverfahrens nach § 7a Abs. 1 SGB IV auf den Zeitpunkt hinausgeschoben, zu dem die Statusentscheidung unanfechtbar wird. Die Gesamtsozialversicherungsbeiträge für die Zeit ab Beginn der Sozialversicherungspflicht werden dann spätestens mit den Beiträgen der Entgeltabrechnung des Kalendermonats fällig, der auf den Monat folgt, in dem die Entscheidung unanfechtbar wurde. Da in diesen Fällen für die zurückliegende Zeit - wegen fehlender Fälligkeit - ein Lohnabzug nach § 28g SGB IV nicht vorgenommen werden konnte und damit nicht „unterblieben ist“, ist der Abzug des Arbeitnehmerbeitragsanteils nicht auf die letzten drei Monate begrenzt. Dies gilt entsprechend, wenn bei Anwendung der Regelungen der §§ 7b und 7c SGB IV die Sozialversicherungspflicht zu einem späteren Zeitpunkt beginnt. Für die erst zu einem späteren Zeitpunkt fälligen Gesamtsozialversicherungsbeiträge sind für die Vergangenheit keine Säumniszuschläge zu erheben (§ 24 Abs. 2 Satz 1 SGB IV).

4.5 Übergangsregelung zum Beginn der Versicherungspflicht bei einem Anfrageverfahren

Erstmalige Entscheidungen zum Status nach § 7a Abs. 1 SGB IV, die bis zum 30.6.2000 bei der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte beantragt wurden, waren nicht an die Voraussetzungen des § 7a Abs. 6 Satz 1 SGB IV (vgl. Abschnitt 4.3) gebunden. In diesen Fällen trat nach § 7c Satz 1 SGB IV die Versicherungspflicht immer erst mit der Bekanntgabe der Entscheidung der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte ein, dass ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis vorliegt. Dies galt auch, wenn die Beschäftigung bereits vor dem 01.01.1999 aufgenommen wurde. Einer bis zu diesem Zeitpunkt der gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung vergleichbaren sozialen Absicherung bedurfte es

nicht. Eine Zustimmung des Beschäftigten zum späteren Beginn der Sozialversicherungspflicht war in diesen Fällen gesetzlich nicht vorgesehen.

5 Rechtsmittel gegen Statusentscheidungen

Widerspruch und Klage eines Beteiligten gegen Entscheidungen der Sozialversicherungsträger, dass eine Beschäftigung vorliegt, haben nach § 7a Abs. 7 Satz 1 SGB IV aufschiebende Wirkung. Diese Regelung gilt nicht nur für die Statusentscheidungen der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte im Rahmen eines Anfrageverfahrens nach § 7a Abs. 1 SGB IV, sondern auch für die Statusentscheidungen der Krankenkassen im Rahmen des § 28h Abs. 2 SGB IV und der Rentenversicherungsträger im Rahmen von Betriebsprüfungen nach § 28p Abs. 1 Satz 5 SGB IV.

Von den angefochtenen Entscheidungen der Sozialversicherungsträger gehen somit zunächst keine Rechtswirkungen aus. Das hat zur Folge, dass vom Auftraggeber zunächst

- keine Gesamtsozialversicherungsbeiträge zu zahlen und
- keine Meldungen zu erstatten

und von den Sozialversicherungsträgern zunächst

- keine Leistungen zu erbringen

sind. Diese Rechtsfolgen treten auch dann ein, wenn nur der Auftraggeber gegen den Bescheid der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte, der Einzugsstelle oder eines Rentenversicherungsträgers Rechtsmittel einlegt, selbst dann, wenn der Auftragnehmer mit dem Eintritt der Versicherungspflicht einverstanden war. Zur Fälligkeit der Gesamtsozialversicherungsbeiträge wird auf die Ausführungen zu Abschnitt 4.4 verwiesen.

Die Regelung in § 7a Abs. 7 Satz 1 SGB IV trat ebenfalls rückwirkend zum 01.01.1999 in Kraft (Art. 3 Abs. 1 des Gesetzes vom 20.12.1999). Das hat zur Folge, dass sie auch auf Bescheide der Sozialversicherungsträger anzuwenden ist, die vor Verkündung des Gesetzes zur Förderung der Selbständigkeit bereits im Jahre 1999 erlassen und noch nicht bindend sind. Auf Bescheide der Sozialversicherungsträger, die vor dem 01.01.1999 erteilt wurden, findet die Regelung des § 7a Abs. 7 Satz 1 SGB IV hingegen auch dann keine Anwendung, wenn sie noch nicht unanfechtbar geworden sind.

6 Beginn der Versicherungspflicht bei Statusfeststellungen außerhalb eines rechtzeitigen Anfrageverfahrens

In den Fällen, in denen eine Krankenkasse im Rahmen des § 28h Abs. 2 SGB IV, ein Rentenversicherungsträger im Rahmen der Betriebsprüfung nach § 28p Abs. 1 Satz 5 SGB IV oder die Bundesversicherungsanstalt für Angestellte im Rahmen eines erst nach Ablauf eines Monats nach Aufnahme der Tätigkeit beantragten Anfrageverfahrens nach § 7a Abs. 1 SGB IV feststellt, dass eine versicherungspflichtige Beschäftigung vorliegt, tritt nach § 7b SGB IV Versicherungspflicht erst mit dem Tag der Bekanntgabe dieser Entscheidung ein, wenn der Beschäftigte

- dem späteren Beginn der Sozialversicherungspflicht zustimmt und
- für den Zeitraum zwischen Aufnahme der Beschäftigung und der Bekanntgabe 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
- er oder sein Arbeitgeber weder vorsätzlich noch grob fahrlässig von einer selbständigen Tätigkeit ausgegangen ist.

Zur Zustimmung des Beschäftigten und der anderweitigen Absicherung, die den Voraussetzungen für den späteren Beginn der Versicherungspflicht in einem rechtzeitigen Anfrageverfahren bei der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte entsprechen, wird auf die Ausführungen unter Abschnitt 4.3 verwiesen.

Zusätzlich wird hier für den späteren Beginn der Versicherungspflicht gefordert, dass weder der Beschäftigte noch sein Arbeitgeber vorsätzlich oder grob fahrlässig von einer selbständigen Tätigkeit ausgegangen ist. Vorsatz ist das Wissen und Wollen des rechtswidrigen Erfolges. Grobe Fahrlässigkeit liegt vor, wenn die Beteiligten die verkehrsübliche Sorgfalt in besonders grobem Maße verletzen, dass also einfachste, jedem einleuchtende Überlegungen nicht angestellt wurden. Von einem Vorsatz ist z.B. auszugehen, wenn der Auftraggeber Entscheidungen der Sozialversicherungsträger aus früheren Betriebsprüfungen, auch zu entsprechenden Tätigkeiten, nicht berücksichtigt hat. Vorsätzlich werden Sozialversicherungsbeiträge schon dann vorenthalten, wenn der Beitragsschuldner die Beitragspflicht für möglich hielt, die Nichtabführung des Beitrags aber billigend in Kauf nahm. Vorsatz liegt deshalb auch dann vor, wenn der Auftraggeber aus Feststellungen zur Besteuerung im Rahmen einer Lohnsteueraußenprüfung keine Auswirkungen auf die Sozialversicherung abgeleitet hat. Grobe Fahrlässigkeit liegt z.B. dann vor, wenn die ausgeführten Arbeiten normalerweise von Arbeitnehmern erbracht werden oder ein anderer Auftragnehmer mit

ähnlichem Vertrag bei dem selben Auftraggeber als Beschäftigter behandelt wird und weder der Auftraggeber noch der Auftragnehmer ein Anfrageverfahren nach § 7a SGB IV bei der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte zur Statusfeststellung eingeleitet haben. Dies gilt ebenfalls, wenn die tatsächlichen Verhältnisse gravierend von den vertraglichen Verhältnissen abweichen.

Die Vorschrift des § 7b SGB IV findet auch auf Statusentscheidungen Anwendung, die bereits vor Verkündung des Gesetzes zur Förderung der Selbständigkeit im Jahre 1999 erlassen und noch nicht unanfechtbar geworden sind. Auf Bescheide der Sozialversicherungsträger, die vor dem 01.01.1999 erteilt worden sind, findet die Regelung des § 7b SGB IV allerdings auch dann keine Anwendung, wenn sie noch nicht unanfechtbar geworden sind.

In den Fällen, in denen die Bundesversicherungsanstalt für Angestellte bis zum 30.06.2000 für die Anwendung der Übergangsregelung nach § 7c Satz 2 SGB IV nicht zuständig war, weil eine Krankenkasse oder ein Rentenversicherungsträger im Rahmen einer Betriebsprüfung bereits eine Entscheidung zur Statusfrage eingeleitet hat (vgl. Ausführungen unter Abschnitt 4.5), findet § 7b SGB IV aus Gründen der Gleichbehandlung der Versicherten mit der Maßgabe des § 7c Satz 1 SGB IV Anwendung. Das hat zur Folge, dass es bei einer Zustimmung des Versicherten (§ 7b Nr. 1 SGB IV) für den späteren Beginn der Sozialversicherungspflicht bis zum Tag der Bekanntgabe der Statusentscheidung keiner der gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung vergleichbaren sozialen Absicherung bedarf.

Wenn die Voraussetzungen des § 7b SGB IV nicht erfüllt sind, tritt die Sozialversicherungspflicht grundsätzlich rückwirkend mit dem Tag des Eintritts in das Beschäftigungsverhältnis ein. Sozialversicherungsbeiträge sind dann im Rahmen der Verjährungsregelung des § 25 SGB IV nachzuzahlen.

Die Anwendung des § 7b SGB IV ist ausgeschlossen, wenn durch den Arbeitgeber bereits Sozialversicherungsbeiträge gezahlt werden und ein Beteiligter erst später ein Statusfeststellungsverfahren einleitet.

7 Pflichten des Auftraggebers

Der Auftraggeber hat zu prüfen, ob Versicherungspflicht als Arbeitnehmer vorliegt. Ist dies der Fall, hat er alle Pflichten, die sich für einen Arbeitgeber aus den Vorschriften des Sozialgesetzbuches ergeben, zu erfüllen. Hierzu gehören insbesondere

- die Ermittlung des beitragspflichtigen Arbeitsentgelts,

- die Berechnung und Zahlung des Gesamtsozialversicherungsbeitrags,
- die Erstattung von Meldungen nach der DEÜV und
- die Führung von Lohnunterlagen.

Dies gilt auch, wenn ein Versicherungsträger (z.B. die Bundesversicherungsanstalt für Angestellte in einem Anfrageverfahren nach § 7a SGB IV) das Vorliegen einer Beschäftigung nach § 7 Abs. 1 SGB IV festgestellt hat.

Der Auftraggeber hat alle Unterlagen, die zur Klärung der Frage entscheidend sind, ob ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis vorliegt oder nicht, aufzubewahren.

8 Melderecht

Es gelten die Regelungen der DEÜV in Verb. mit den gemeinsamen Grundsätzen der Spitzenorganisationen der Sozialversicherung nach § 28b Abs. 2 SGB IV.

Anmeldungen nach § 6 DEÜV sind grundsätzlich innerhalb von zwei Wochen nach dem Zeitpunkt zu erstatten, zu dem die Statusentscheidung, dass eine Beschäftigung vorliegt, unanfechtbar geworden ist. Als Beginn der Beschäftigung ist der Zeitpunkt einzutragen, zu dem die Beschäftigung tatsächlich begonnen hat. Wird über die Versicherungspflicht im Rahmen eines Statusfeststellungsverfahrens entschieden und beginnt die Versicherungspflicht erst mit dem Zeitpunkt der Bekanntgabe der Statusentscheidung, ist dieser Zeitpunkt einzutragen (vgl. Abschnitt 4.3 und 6).

Der Tätigkeitsschlüssel richtet sich nach den für versicherungspflichtige Arbeitnehmer für die jeweilige Beschäftigung festgesetzten Tätigkeitsschlüsseln. Zudem ist der Personengruppenschlüssel 101/140 zu verwenden, sofern das Beschäftigungsverhältnis keine besonderen Merkmale hat, ansonsten einer der Schlüssel 102 ff./141 ff.

9 Führung von Lohnunterlagen

Die Lohnunterlagen sind nach den Bestimmungen der Beitragsüberwachungsverordnung zu führen. Zu den Lohnunterlagen sind auch zu nehmen:

- die Vereinbarung mit dem Arbeitnehmer
- der Antrag über die Einleitung eines Statusfeststellungsverfahrens
- der Bescheid eines Versicherungsträgers über ein Statusfeststellungsverfahren
- Mitteilungen über Rechtsmittel gegen Statusfeststellungen

Entscheidungen von Versicherungsträgern über das Bestehen einer selbständigen Tätigkeit sollten aus Beweissicherungsgründen zu den Vertragsunterlagen genommen werden.

10 Rentenversicherungspflicht Selbständiger mit einem Auftraggeber

Nach § 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI sind selbständig tätige Personen, die im Zusammenhang mit ihrer selbständigen Tätigkeit regelmäßig keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigen, dessen Arbeitsentgelt aus diesem Beschäftigungsverhältnis regelmäßig 400 EUR (325 EUR bis 31.03.2003) im Monat übersteigt, und auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig sind, rentenversicherungspflichtig.

Rentenversicherungspflicht nach § 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI kann jedoch nur eintreten, wenn wegen derselben Tätigkeit nicht bereits die §§ 2 Satz 1 Nr. 1 bis 8, 10 und 229a Abs. 1 SGB VI Anwendung finden. Allerdings können unterschiedliche selbständige Tätigkeiten zu einer Mehrfachversicherung in der gesetzlichen Rentenversicherung führen (z.B. Handwerker und Versicherungsvertreter).

Zu den die Rentenversicherungspflicht des Selbständigen ausschließenden versicherungspflichtigen Arbeitnehmern im Sinne des § 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI gehören - unter den im Gesetz genannten Entgeltvoraussetzungen - auch Personen, die berufliche Kenntnisse, Fertigkeiten oder Erfahrungen im Rahmen beruflicher Bildung erwerben (Auszubildende). Arbeitnehmer, die kraft Gesetzes versicherungsfrei oder von der Versicherungspflicht befreit sind stehen einem versicherungspflichtigen Arbeitnehmer gleich. Hierzu zählen jedoch nicht geringfügig Beschäftigte, selbst wenn sie in ihrer geringfügigen Beschäftigung versicherungspflichtig sind (bei Verzicht auf die Rentenversicherungsfreiheit oder bei Versicherungspflicht infolge Zusammenrechnung).

Die Voraussetzung auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig zu sein, bewirkt, dass durch eine Tätigkeit in nur unbedeutendem Umfang für andere Auftraggeber die Rentenversicherungspflicht des selbständig Tätigen nicht entfällt. Die Bindung an einen Auftraggeber gilt stets in den Fällen einer vertraglichen Ausschließlichkeitsbindung. Es genügt jedoch auch eine faktische Bindung.

Von einer Dauerhaftigkeit der Tätigkeit für einen Auftraggeber ist auszugehen, wenn die Tätigkeit im Rahmen eines Dauerauftragsverhältnisses oder eines regelmäßig wiederkehrenden Auftragsverhältnisses erfolgt. Hierbei sind neben den zeitlichen auch wirtschaftliche Kriterien zu beachten und branchenspezifische Besonderheiten zu berücksichtigen. Bei einer im Voraus begrenzten, lediglich vorübergehenden Tätigkeit für einen Auftraggeber (ins-

besondere bei projektbezogenen Tätigkeiten) wird grundsätzlich keine Dauerhaftigkeit dieser Tätigkeit für nur einen Auftraggeber vorliegen, wenn die Begrenzung innerhalb eines Jahres liegt; im Einzelfall kann auch bei längeren Projektzeiten keine dauerhafte Tätigkeit nur für einen Auftraggeber vorliegen. Hierfür ist im Zeitpunkt der Aufnahme des Auftrages eine vorausschauende Betrachtung vorzunehmen.

Die Bindung an einen Auftraggeber besteht allerdings dann, wenn sich zeitlich begrenzte Auftragsverhältnisse mit demselben Auftraggeber regelmäßig wiederholen. Existenzgründer, die nicht zum Personenkreis des § 421 I SGB III gehören, müssen nach ihrem Unternehmenskonzept die Zusammenarbeit mit mehreren Auftraggebern anstreben. Außerdem dürfen die tatsächlichen Umstände dem nicht entgegenstehen. Von einem Existenzgründer, der nicht zum Personenkreis des § 421 I SGB III gehört, wird in der Regel in den ersten drei Jahren nach Aufnahme der zu beurteilenden Tätigkeit auszugehen sein. Eine dauerhafte Tätigkeit für mehrere Auftraggeber liegt auch dann vor, wenn der Auftragnehmer innerhalb eines bestimmten Zeitraums nacheinander für verschiedene Auftraggeber tätig ist.

Konzernunternehmen im Sinne des § 18 Aktiengesetz (AktG), verbundene Unternehmen im Sinne der §§ 229, 319 AktG sowie Kooperationspartner gelten als ein Auftraggeber. Franchisegeber können auch als Auftraggeber in Betracht kommen.

Selbständige, die dem rentenversicherungspflichtigen Personenkreis des § 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI angehören, können unter bestimmten Voraussetzungen auf Antrag von der Rentenversicherungspflicht befreit werden.

So werden nach § 6 Abs. 1a SGB VI Personen - in der Existenzgründungsphase - für einen Zeitraum von drei Jahren nach erstmaliger Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit, die die Merkmale des § 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI erfüllen, von der Rentenversicherungspflicht befreit. Für eine zweite Existenzgründung kann der dreijährige Befreiungszeitraum erneut in Anspruch genommen werden. Eine zweite Existenzgründung liegt nicht vor, wenn eine bestehende selbständige Existenz lediglich umbenannt oder deren Geschäftszweck gegenüber der vorangegangenen nicht wesentlich verändert worden ist.

Erfüllt eine selbständige Tätigkeit, für die bisher Versicherungspflicht nach § 2 Satz 1 Nr. 10 SGB VI aufgrund des Bezugs eines Existenzgründungszuschusses nach § 421 I SGB III bestanden hat, gleichzeitig die Merkmale des § 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI, ist die Zeit des versicherungspflichtigen Existenzgründungszuschussbezugs auf den Befreiungszeitraum nicht

anzurechnen (§ 6 Abs. 1a Satz 3 SGB VI)*.

Endgültig von der Rentenversicherungspflicht werden auf Antrag hingegen Personen befreit, die das 58. Lebensjahres vollendet haben und nach einer zuvor ausgeübten selbständigen Tätigkeit erstmals nach § 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI versicherungspflichtig werden.

Nach der Übergangsregelung des § 231 Abs. 5 SGB VI können ferner Personen, die am 31.12.1998 eine selbständige Tätigkeit ausgeübt haben, in der sie nicht rentenversicherungspflichtig waren, und nach diesem Zeitpunkt gemäß § 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI rentenversicherungspflichtig werden, bei hinreichender privater Absicherung von der Rentenversicherungspflicht befreit werden.

Zuständiger Rentenversicherungsträger für die Durchführung der Rentenversicherungspflicht nach § 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI und für die Befreiung nach den §§ 6 Abs. 1a und 231 Abs. 5 SGB VI ist die Bundesversicherungsanstalt für Angestellte.

*Im Weiteren vgl. Abschn. D IV 2 des Gemeinsamen Rundschreibens der Spitzenorganisationen der Sozialversicherung vom 26.03.2003 zum Versicherungs-, Beitrags- und Melderecht nach dem Ersten und Zweiten Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt

Abgrenzungskatalog
für im Bereich Theater, Orchester, Rundfunk- und
Fernsehanbieter, Film- und Fernsehproduktionen tätige Personen
vom 30. Mai 2000

1 Allgemeines

Für die Abgrenzung einer selbständigen Tätigkeit gegenüber einer abhängigen Beschäftigung bei der Erbringung von Leistungen der im Bereich Theater, Orchester, Rundfunk- und Fernsehanbieter, Film- und Fernsehproduktionen tätigen Personen haben sich häufig vorkommende Rechtsbeziehungen entwickelt. Für diese Rechtsverhältnisse kann die sozialversicherungsrechtliche Statusbestimmung insbesondere anhand der von der sozialgerichtlichen Rechtsprechung entwickelten Grundsätze für eine große Anzahl von Tätigkeiten einheitlich vorgenommen werden. Dazu dient der nachstehende Abgrenzungskatalog. Rechtsverhältnisse, deren sozialversicherungsrechtlicher Status mit Hilfe dieses Abgrenzungskatalogs nicht zweifelsfrei geklärt werden können, sind im Einzelfall anhand der von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien zu beurteilen.

Der Abgrenzungskatalog ist Bestandteil des

- Gemeinsamen Rundschreibens der Spitzenorganisationen der Sozialversicherung vom 16.1.1996 zur Durchführung der Künstlersozialversicherung ab 1.1.1996,
- Gemeinsamen Rundschreibens der Spitzenorganisationen der Sozialversicherung vom 20.12.1999 zum Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit; Versicherungs-, Beitrags- und Melderecht.

Bei seiner Anwendung sind die allgemeinen Ausführungen dieser Verlautbarungen zu beachten.

Die nach diesem Abgrenzungskatalog selbständig Tätigen können im Allgemeinen der Versicherungspflicht nach dem KSVG unterliegen. Ausnahmen sind durch eine Fußnote in Abschnitt 3.3 gekennzeichnet.

2 Tätigkeit bei Theaterunternehmen oder Orchesterträgern

2.1 Spielzeitverpflichtete Künstler

Künstler und Angehörige von verwandten Berufen, die auf Spielzeit- oder Teilspielzeitvertrag angestellt sind, sind in den Theaterbetrieb eingegliedert und damit abhängig beschäftigt. Dabei spielt es keine Rolle, ob der Künstler gleichzeitig eine Gastspielverpflichtung bei einem anderen Unternehmen eingegangen ist.

2.2 Gastspielverpflichtete Künstler

Gastspielverpflichtete Schauspieler, Sänger, Tänzer und andere Künstler (einschließlich Kleindarsteller und Statisten) sind in den Theaterbetrieb eingegliedert und daher grundsätzlich abhängig beschäftigt.

Eine selbständige Tätigkeit ist bei Vorliegen eines Gastspielvertrages ausnahmsweise bei einem

- Schauspieler,
- Sänger (Solo),
- Tänzer (Solo) und
- Instrumentalsolisten

dann anzunehmen, wenn er aufgrund seiner hervorragenden künstlerischen Stellung maßgeblich zum künstlerischen Erfolg einer Aufführung beizutragen verspricht und wenn nach dem jeweiligen Gastspielvertrag nur wenige Vorstellungen vereinbart sind. Hierunter sind in erster Linie Gastspiele zu verstehen, denen eine herausragende künstlerische Stellung zukommt, d. h., Künstler mit überregionaler künstlerischer Wertschätzung und wirtschaftlicher Unabhängigkeit, die in der Lage sind, ihre Bedingungen dem Vertragspartner gegenüber durchzusetzen. Allerdings kann eine regelmäßige Probenverpflichtung als Indiz gegen eine selbständige Tätigkeit gewertet werden.

Von einer selbständigen Tätigkeit ist weiter auszugehen, bei einem

- Dirigenten,

der die Einstudierung nur eines bestimmten Stückes oder Konzertes übernimmt und/oder nach dem jeweiligen Gastspielvertrag voraussehbar nicht mehr als fünf Vorstellungen oder Konzerte dirigiert;

- Regisseur (Spielleiter),

der die Inszenierung nur eines bestimmten Stückes übernimmt;

- Choreographen,

der die Gestaltung nur eines bestimmten Stückes oder eines abendfüllenden Programms übernimmt;

- Bühnen- oder Kostümbildner,

der das Bühnenbild oder die Kostüme nur für ein bestimmtes Stück entwirft.

Gastspielverpflichtete Künstler einschließlich der Instrumentalsolisten sind selbständig, wenn sie an einer nur gelegentlich aufgeführten konzertanten Operaufführung, einem Oratorium, Liederabend oder dergleichen mitwirken.

Orchesteraushilfen sind ausnahmsweise selbständig tätig, wenn sie ohne Verpflichtung für den allgemeinen Dienst (z.B. keine regelmäßige Probenverpflichtung) bestimmte musikalische Aufgaben übernehmen und sich dadurch von den fest angestellten Orchestermitgliedern erheblich unterscheiden. Schauspieler, (Chor-) Sänger und Tänzer, die als Aushilfen tätig werden, sind grundsätzlich als abhängig Beschäftigte anzusehen.

2.3 Urheber

Als Urheber sind in dieser Eigenschaft grundsätzlich selbständig tätig zum Beispiel

- Komponisten,
- Arrangeure (Musikbearbeiter),
- Librettisten ,
- Textdichter.

2.4 Werbung

Alle in der Werbung für einen Theater- oder einen Orchesterträger unter eigener Firma Tätigen sind grundsätzlich selbständig. Das gilt insbesondere für

- Fotografen,
- PR-Fachleute ,
- Grafik-Designer.

2.5 Tätigkeit bei Kulturorchestern

Für gastspielverpflichtete Künstler gelten dieselben Grundsätze wie in Abschnitt 2.2.

3 Tätigkeit bei Hörfunk und Fernsehen (öffentlich-rechtliche und private Anbieter), bei Film- und Fernsehproduzenten (Eigen- und Auftragsproduktion) einschließlich Synchronisation sowie Herstellung von Werbe-, Industrie-, Kultur- und sonstigen Lehrfilmen

3.1 Neben dem ständigen Personal beschäftigte Künstler und Angehörige von verwandten Berufen, die in der Regel aufgrund von Honorarverträgen tätig und im allgemeinen als freie Mitarbeiter bezeichnet werden, sind grundsätzlich als abhängig Beschäftigte anzusehen. Das gilt insbesondere, wenn sie nicht zu den programmgestaltenden Mitarbeitern (vgl. Abschnitt 3.2) gehören sowie für Schauspieler, Kameraleute, Regieassistenten, (Synchron-, Werbe-) Sprecher und sonstige Mitarbeiter in der Film- und Fernsehproduktion.

3.2 Ein programmgestaltender Mitarbeiter bringt typischerweise seine eigene Auffassung zu politischen, wirtschaftlichen, künstlerischen oder anderen Sachfragen, seine Fachkenntnisse und Informationen, sowie seine individuelle künstlerische Befähigung und Aussagekraft in die Sendung ein, d.h. durch sein Engagement und seine Persönlichkeit wird der Inhalt der Sendung weitgehend bestimmt. Bei dieser Art der Tätigkeit ist zu unterscheiden zwischen einem vorbereitenden Teil, einem journalistisch-schöpferischen oder künstlerischen Teil und dem technischen Teil der Ausführung. Überwiegt die gestalterische Freiheit und wird die Gesamttätigkeit vorwiegend durch den journalistisch-schöpferischen Eigenanteil bestimmt, ist eine selbständige Tätigkeit anzunehmen.

Die Selbständigkeit des programmgestaltenden Mitarbeiters wird im Übrigen nicht schon durch die Abhängigkeit vom technischen Apparat der Sendeanstalt und der Einbindung in das Produktionsteam ausgeschlossen.

Die programmgestaltenden Mitarbeiter stehen jedoch dann in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis, wenn die Sendeanstalt innerhalb eines bestimmten zeitlichen Rahmens über die Arbeitsleistung verfügen kann. Dies ist anzunehmen, wenn ständige Dienstbereitschaft erwartet wird oder der Mitarbeiter in nicht unerheblichem Umfang ohne Abschluss entsprechender Vereinbarungen zur Arbeit herangezogen werden kann.

3.3 Darüber hinaus sind die folgenden Gruppen von freien Mitarbeitern selbständig tätig, wenn sie für Produktionen einzelvertraglich verpflichtet werden. Dabei ist es ohne Bedeutung, ob die freien Mitarbeiter wiederholt, d.h. für verschiedene oder ähnliche Produktionen im Jahr – jedoch nicht für Sendereihen, für die ständige Dienstbereitschaft erwartet wird - verpflichtet werden. Zu diesen Berufsgruppen gehören:

Architekten ¹	Journalisten
Arrangeure	Kabarettisten ³
Artisten ²	Komiker ³
Autoren	Kommentatoren
Berichterstatter	Komponisten
Bildgestalter ³	Korrespondenten
Bildhauer	Kostümbildner/Kostümberater
Bildregisseure ³	Kunstmaler
Bühnenbildner	Lektoren
Choreographen	Lichtgestalter/Lichtdesigner
Chorleiter ⁴	Moderatoren/Präsentatoren ³
Darsteller ^{1,5}	musikalische Leiter
Dirigenten ⁴	Onlinegrafiker
Diskussionsleiter ¹	Präsentatoren ³
Dolmetscher ¹	Producer ³
Editoren ³	Quizmaster/Showmaster
Entertainer ³	Realisatoren ³
Fachberater (auch Fachberater Musik) ¹	Regisseure ³
Film- und Fernseharchitekten	Schriftsteller
Filmautoren	Solisten (Gesang, Musik, Tanz) ²
Filmkomponisten	Tonmeister mit eigenem Equipment
Fotografen	Trailereditoren ³
Gesprächsteilnehmer ^{1,5}	Übersetzer ³
Grafiker/Videografiker	Videografiker/Videodesigner
Interviewpartner ¹	

1 Im Regelfall keine Künstler/Publizisten im Sinne des KSVG.

2 Die als Gast außerhalb eines Ensembles oder einer Gruppe eine Sololeistung erbringen.

3 Wenn der eigenschöpferische Teil der Leistung überwiegt, vgl. Abschnitt 3.2.

4 Soweit sie als Gast mitwirken oder Träger des Chores/Klangkörpers oder Arbeitgeber der Mitglieder des Chores/Klangkörpers sind.

5 Die als Gast in einer Sendung mit Live-Charakter mitwirken.

3.4 Wird der freie Mitarbeiter für denselben Auftraggeber in mehreren zusammenhängenden Leistungsbereichen tätig, von denen der eine als selbständig und der andere als abhängig zu beurteilen ist, ist die gesamte Tätigkeit einheitlich als selbständige Tätigkeit oder als abhängige Beschäftigung zu behandeln. Die Einordnung dieser Mischttätigkeit richtet sich nach der überwiegen-

den Tätigkeit, die sich aus dem Gesamterscheinungsbild ergibt. Für die Frage des Überwiegens kann auch auf die Höhe des aufgeteilten Honorars abgestellt werden (vgl. auch Abschnitt 3.2).

3.5 Übernimmt ein nicht selbständiger Mitarbeiter für seinen Arbeitgeber zusätzliche Aufgaben, die nicht zu den Nebenpflichten aus seiner Haupttätigkeit gehören, so ist nach den allgemeinen Abgrenzungskriterien zu prüfen, ob die Nebentätigkeit selbständig oder abhängig ausgeübt wird.

3.6 Gehört ein freier Mitarbeiter nicht zu einer der in Abschnitt 3.3 genannten Berufsgruppen, so kann aufgrund besonderer Verhältnisse des Einzelfalls die Tätigkeit gleichwohl selbständig sein.

3.7 Gehört ein freier Mitarbeiter zu einer der in Abschnitt 3.3 genannten Berufsgruppen, so kann er aufgrund besonderer Verhältnisse des Einzelfalls gleichwohl abhängig beschäftigt sein.

3.8 Choraushilfen sind grundsätzlich abhängig beschäftigt. Für Orchesteraushilfen gelten die Ausführungen in Abschnitt 2.2.

Versicherungsrechtliche Beurteilung von Handelsvertretern

1 Einleitung

Im Sozialversicherungsrecht orientiert sich die Abgrenzung der selbständig tätigen Handelsvertreter von den gem. § 7 Abs. 1 SGB IV abhängig Beschäftigten an der Definition von Handelsvertretern nach dem Handelsgesetzbuch (HGB).

Der Begriff des Handelsvertreeters ist in § 84 HGB definiert. Hiernach ist Handelsvertreter, wer als selbständiger Gewerbetreibender ständig damit betraut ist, für einen anderen Unternehmer Geschäfte zu vermitteln (Vermittlungsvertreter) oder in dessen Namen abzuschließen (Abschlussvertreter). Selbständig ist, wer im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann (§ 84 Abs. 1 HGB).

Wer, ohne selbständig im Sinne des Absatzes 1 des § 84 HGB zu sein, ständig damit betraut ist, für einen Unternehmer Geschäfte zu vermitteln oder in dessen Namen abzuschließen, gilt nach § 84 Abs. 2 HGB hingegen als Angestellter (abhängig Beschäftigter).

Handelsvertreter im Sinne des § 84 Abs. 1 HGB sind danach ausschließlich selbständige Gewerbetreibende (Unternehmer), die zu einem anderen Unternehmer (oder mehreren Unternehmern) in einem Betrauungsverhältnis eigener Art stehen. Dieses muss darauf gerichtet sein, für den anderen Unternehmer Geschäfte zu vermitteln oder in dessen Namen Geschäfte abzuschließen. Der Handelsvertreter ist Kaufmann im Sinne des Handelsgesetzbuches und kann als solcher eine eigene Firma führen. Versicherungs- und Bausparkassenvertreter, die die Voraussetzungen des § 84 Abs. 1 HGB erfüllen, sind nach § 92 HGB Handelsvertreter.

Der Handelsvertreter, der nach der Definition selbständiger Unternehmer ist, tritt demnach seinem Auftraggeber, der ebenfalls Unternehmer ist, rechtlich gleichgeordnet gegenüber. Die Tatsache, dass es sich bei dem Rechtsverhältnis zwischen Auftraggeber und Handelsvertreter um ein Rechtsverhältnis zwischen zwei selbständigen Unternehmern handelt, von denen jeder sein eigenes Unternehmerrisiko trägt, ist auch bei der Bestimmung der gegenseitigen Pflichten und Rechte zu berücksichtigen.

2 Grundzüge der Rechtsprechung

Nach Auffassung der höchstinstanzlichen Gerichte, sowohl der Arbeitsgerichtsbarkeit (Bundesarbeitsgericht - BAG) als auch der Sozialgerichtsbarkeit (Bundessozialgericht - BSG), enthält § 84 Abs. 1 Satz 2 HGB eine allgemeine gesetzgeberische Wertung, die für die Abgrenzung einer selbständigen Tätigkeit von einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis zu beachten ist. Ausgehend davon haben sowohl das BAG als auch das BSG in ständiger Rechtsprechung Kriterien entwickelt, die eine Abgrenzung des abhängigen Beschäftigungsverhältnisses von anderen Vertragsverhältnissen ermöglichen.

Eine Beschäftigung im sozialrechtlichen Sinne ist gem. § 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV definiert als nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis.

2.1 Beschäftigungsverhältnis

Eine Beschäftigung setzt voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Diese Weisungsgebundenheit kann - vornehmlich bei Diensten höherer Art - eingeschränkt zur "funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" verfeinert sein.

2.2 Selbständige Tätigkeit

Die selbständige Tätigkeit kennzeichnet demgegenüber vornehmlich das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit.

Schwierigkeiten bereitet in der Praxis immer wieder die Frage, wann ein Unternehmerrisiko als Indiz für die Selbständigkeit vorliegt und welche Bedeutung diesem Kriterium bei der Würdigung des Gesamtbildes zukommt. Nach der Rechtsprechung des BSG besteht ein Unternehmerrisiko, wenn der Erfolg eines eigenen wirtschaftlichen Einsatzes ungewiss ist. Es bedeutet regelmäßig den Einsatz eigenen Kapitals, der auch mit der Gefahr eines Verlustes verbunden sein kann.

Das Bestehen eines Unternehmerrisikos ist jedoch nicht schlechthin entscheidend. Die Belastung mit Risiken kann vielmehr nur dann für Selbständigkeit sprechen, wenn dem Unternehmerrisiko eine größere Freiheit bei der Gestaltung und der Bestimmung des Umfangs des Einsatzes der eigenen Arbeitskraft gegenübersteht. Die Belastung eines Erwerbstätigen, der im Übrigen nach der Gestaltung des gegenseitigen Verhältnisses als Arbeitnehmer einzustufen wäre, mit zusätzlichen Risiken, vermag keine Selbständigkeit zu begründen. Die Aufbürdung weiterer Risiken kann also nur dann Bedeutung gewinnen, wenn sie mit einem deutlichen Zuwachs an Dispositionsfreiheit und Gewinnchancen einhergeht.

3 Entscheidungsfindung

Für die Beurteilung, ob ein Handelsvertreter dem beauftragenden Unternehmer gegenüber die Rechtsstellung eines selbständigen Gewerbetreibenden einnimmt, kommt es auf die Gesamtumstände des Einzelfalles an, d.h. es ist festzustellen, ob die Merkmale, die für eine abhängige Beschäftigung oder eine selbständige Tätigkeit sprechen, überwiegen. Maßgebend ist, ob nach den Abreden in dem zwischen dem Beauftragten und dem beauftragenden Unternehmer geschlossenen Vertrag und der gesamten tatsächlichen Ausgestaltung der Beziehungen der Beauftragte eine im Rechtssinn persönlich selbständige Stellung als Unternehmer eines eigenen Gewerbes innehat. Weichen die tatsächlichen Gegebenheiten von den vertraglichen Vereinbarungen ab, haben die tatsächlichen Verhältnisse ausschlaggebende Bedeutung.

Auch mit einem als Handelsvertretervertrag o.ä. bezeichneten Vertragsverhältnis kann dementsprechend durchaus ein sozialversicherungsrechtlich relevantes Beschäftigungsverhältnis begründet werden.

Selbst wenn die einzelnen Regelungen in dem Vertrag für sich genommen in einem Handelsvertretervertrag zulässig und mit der Rechtsstellung eines Handelsvertreters vereinbar sind, liegt keine selbständige Tätigkeit vor, wenn zu viele Einschränkungen der handelsvertretertypischen Selbständigkeit zusammenkommen und dem Vertragspartner gleichsam sämtliche Vorteile genommen sind, welche mit der Stellung eines selbständigen Handelsvertreters verbunden sind; ihm letztlich nur die Nachteile bleiben, nämlich die Übernahme des wirtschaftlichen Risikos.

Der Beauftragte ist Angestellter und damit abhängig Beschäftigter, wenn er sich nach den Gesamtumständen in einer persönlichen Abhängigkeit zum auftraggebenden Unternehmer befindet.

3.1 Starke Merkmale für die Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses

Den folgenden Merkmalen misst die Rechtsprechung ein sehr großes Gewicht für die Annahme eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses bei. Sie führen zu Beschränkungen, die in den Kerngehalt der Selbständigkeit eingreifen.

Dazu gehören:

- die uneingeschränkte Verpflichtung, allen Weisungen des Auftraggebers Folge zu leisten
- die Verpflichtung, dem Auftraggeber regelmäßig in kurzen Abständen detaillierte Berichte zukommen zu lassen (vgl. aber 3.3)
- die Verpflichtung, in Räumen des Auftraggebers zu arbeiten
- die Verpflichtung, bestimmte EDV-Hard- und Software zu benutzen, sofern damit insbesondere Kontrollmöglichkeiten des Auftraggebers verbunden sind.

Derartige Verpflichtungen eröffnen dem Auftraggeber Steuerungs- und Kontrollmöglichkeiten, denen sich ein Selbständiger nicht unterwerfen muss.

Weiter gehören dazu:

- die Verpflichtung, ein bestimmtes Mindestsoll auf **hohem** Niveau zu erreichen (vgl. aber 3.3); ein "unverbindlicher Erfolgsplan" (vgl. 3.4) beinhaltet zwar keine solche Vorgabe, wohl aber dann, wenn er mit Sanktionsregelungen verbunden ist. Eine Sanktionsregelung ist auch darin zu sehen, dass die Höhe eines Provisionssatzes mit der Anzahl der vermittelten Verträge steigt; der Sanktionscharakter wird umso stärker, je ausgeprägter sich die Provisionssatzsteigerung gestaltet;

- das Verbot, Untervertreter einzustellen bzw. ein Genehmigungsvorbehalt des Auftraggebers.

Derartige Beschränkungen setzen dem Geschäftsumfang des Beauftragten gewisse Grenzen. Selbständige können jedoch grundsätzlich nicht zu einem bestimmten maximalen oder minimalen Geschäftsumfang verpflichtet werden. Ihnen muss die Befugnis verbleiben, sich mit einem geringen geschäftlichen Erfolg zufriedenzugeben; genauso muss ihnen aber auch die rechtliche Möglichkeit zur geschäftlichen Expansion offen stehen.

Nahezu zwingend für die Bejahung eines Beschäftigungsverhältnisses sind diese Merkmale:

- die Verpflichtung, nach bestimmten Tourenplänen zu arbeiten
- die Verpflichtung, Adresslisten abzuarbeiten

jeweils insbesondere in Verbindung mit dem

- Verbot der Kundenwerbung aus eigener Initiative.

3.2 Starke Merkmale für die Annahme einer selbständigen Tätigkeit

Den Merkmalen kommt bei der Abwägung ein sehr starkes Gewicht zu:

- Tätigwerden für mehrere Auftraggeber (bei Konzernen bzw. Konzernunternehmen i.S. des § 18 Aktiengesetz - AktG - handelt es sich nicht um mehrere Auftraggeber)
- Beschäftigung von "eigenen" versicherungspflichtigen Arbeitnehmern, gegenüber denen Weisungsbefugnis hinsichtlich Zeit, Ort und Art der Arbeitsleistung besteht.

3.3 Variable Merkmale

Bei diesen Merkmalen kommt es auf den Umfang der Weisungsbefugnis bzw. den Umfang der Beschränkung durch die einzelne Weisung an. Das Gewicht, mit dem diese Merkmale in die Gesamtabwägung eingehen, hängt von der Ausprägung im Einzelfall ab.

Alle diese Beschränkungen führen zwar nicht zwingend zur Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses. Eine Häufung verschiedener dieser Merkmale kann jedoch die Ablehnung der Selbständigeneigenschaft zur Folge haben.

Zu diesen Merkmalen gehören:

- die zeitliche Beschränkung der Reisetätigkeit
- die Verpflichtung ein bestimmtes Mindestsoll auf **niedrigem** Niveau zu erreichen (vgl. aber 3.1)
- die Verpflichtung, Bericht über die Tätigkeit zu erstatten (vgl. aber 3.1)
- die Verpflichtung, Untätigkeit (Urlaub, Krankheit) zu melden
- die Verpflichtung, Revisionen des Auftraggebers zu dulden
- die Verpflichtung, Weisungen hinsichtlich des äußeren Erscheinungsbildes (Büro etc.) zu befolgen
- die Verpflichtung, an bestimmten Veranstaltungen (Schulungen etc.) regelmäßig teilzunehmen
- die Verpflichtung, regelmäßig bestimmte Tätigkeiten zu verrichten (Bestandspflege, Verwaltung etc.).

Bei den weiteren Merkmalen kommt es ebenfalls auf den Umfang an, also auf die Höhe der vom Auftraggeber geleisteten Zahlungen, d.h.:

- die Zahlung einer echten Mindestprovisionsgarantie (vgl. aber 3.4)
- die Zahlung von Aufwendungsersatz über das handelsübliche Maß hinaus, insbesondere als monatliches Fixum (vgl. aber 3.4).

3.4 Merkmale ohne oder mit sehr geringem Gewicht

Den folgenden Merkmalen kommt bei der Abwägung überhaupt kein oder nur ein sehr geringes Gewicht zu. Zur Abgrenzung kann nicht allein auf diese Kriterien zurückgegriffen werden. Sie können allenfalls Tendenzen aufzeigen bzw. bestätigen.

Dazu gehören:

- die vertragliche Verpflichtung, allgemein die Interessen des Auftragnehmers (mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns) zu wahren
- die Überlassung von für den Auftragnehmer **unverbindlichen** "Geschäftsanweisungen" usw.
- die Tatsache, dass der Auftragnehmer seine Arbeitszeit nach den Anwesenheitszeiten der Kunden auszurichten hat
- die Aufstellung eines für den Auftragnehmer **unverbindlichen** "Erfolgsplans" o.ä. ohne Sanktionsmöglichkeiten (vgl. aber 3.1)
- die vertragliche Vereinbarung oder die erstmalige Zuweisung eines festen Bezirks
- die fehlende Befugnis, das vermittelte Produkt bzw. die Produktpalette zu gestalten
- das Fehlen eines zur Betreuung o.ä. zugewiesenen Kundenkreises
- die Vereinbarung eines Konkurrenzverbotes
- das Verbot, allgemein für andere Unternehmen bzw. für andere Unternehmen derselben Branche tätig zu sein
- die vertraglich vereinbarte Beschränkung auf bestimmte Sparten
- Verbote, die geeignet sind, ein wettbewerbswidriges Verhalten des Auftragnehmers zu verhindern

- das Verbot systematischer Telefonwerbung
 - das Verbot unzulässiger Kopplung von Versicherungsverträgen mit anderen Produkten
 - das Verbot, Veröffentlichungen zu Werbezwecken vorzunehmen, die nicht mit dem Versicherungsunternehmen abgestimmt wurden
- die Zahlung eines Provisionsvorschusses (vgl. aber 3.3)
- die Zahlung von handelsüblichem Aufwendungsersatz (vgl. aber 3.3)
- die formalen Merkmale, wie
- die Anmeldung eines Gewerbes
 - die Eintragung ins Handelsregister
 - die Zahlung von Gewerbe-, Umsatz-, und Einkommensteuer an Stelle von Lohnsteuer
 - die Nichtzahlung von Sozialversicherungsbeiträgen
 - die Selbstfinanzierung einer privaten Kranken- und Alterssicherung durch den Betroffenen
 - die Führung einer entsprechenden Berufsbezeichnung, die Verwendung eines eigenen Briefkopfes, der Eintrag ins Fernsprechverzeichnis
 - keine Führung einer Personalakte durch den Auftraggeber
 - keine Teilnahme des Betroffenen an Betriebsratswahlen.

Die als formale Merkmale beschriebenen Umstände betreffen zumeist das Auftreten beider Parteien gegenüber Dritten (Behörden, andere für den Auftraggeber Tätige, Kunden). Sie dokumentieren lediglich, dass sich die Vertragspartner im Regelfall auch der Außenwelt gegenüber in einer dem Vertragswortlaut entsprechenden Weise verhalten.

**Versicherungsrechtliche Beurteilung von
Gesellschafter-Geschäftsführern einer GmbH, mitarbeitenden Gesellschaftern und
Fremdgeschäftsführern einer GmbH**

(Besprechungsergebnis der Spitzenorganisationen der Sozialversicherung vom 22./23.11.2000)

Die Versicherungspflicht in der Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass eine in einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) beschäftigte Person zugleich Gesellschafter der GmbH ist. Mitarbeitende Gesellschafter einer GmbH können durchaus in einem abhängigen und damit sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis zur GmbH stehen. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts liegt bei mitarbeitenden Gesellschaftern - und das gilt auch für Gesellschafter-Geschäftsführer - ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis zur GmbH allerdings nur dann vor, wenn die Gesellschafter

- funktionsgerecht dienend am Arbeitsprozess der GmbH teilhaben,
- für ihre Beschäftigung ein entsprechendes Arbeitsentgelt erhalten und
- keinen maßgeblichen Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft kraft ihres Anteils am Stammkapital geltend machen können.

Sofern ein Gesellschafter-Geschäftsführer über mindestens 50 v. H. des Stammkapitals verfügt oder aufgrund besonderer Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag die Beschlüsse der anderen Gesellschafter verhindern kann (Sperrminorität), hat er grundsätzlich einen entscheidenden Einfluss auf die Geschicke der GmbH. Er kann insbesondere Beschlüsse verhindern, die sein Dienstverhältnis benachteiligen würden, so dass in diesen Fällen ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis von vornherein ausscheidet. In allen anderen Fällen ist jeweils individuell zu prüfen, ob ein abhängiges und damit sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis vorliegt. Für diese Prüfung hatten die Spitzenorganisationen der Sozialversicherung in der Besprechung über Fragen des gemeinsamen Beitragseinzugs am 6./7. November 1986 eine Entscheidungshilfe und eine Rechtsprechungsübersicht herausgegeben (vgl. Punkt 1 der Niederschrift¹). Die Entscheidungshilfe sowie die Rechtsprechungsübersicht sind aufgrund der zwischenzeitlich ergangenen weiteren Rechtsprechung des Bundessozialgerichts überarbeitet worden und liegen in aktueller Fassung als Anlage bei.

¹ DOK 1987 S. 213

Nach Auffassung der Besprechungsteilnehmer sollten die Einzugsstellen in ihren Beitragsbescheiden darauf hinweisen, dass sich ihre versicherungsrechtliche Entscheidung nur auf die im Zeitpunkt der Beurteilung maßgebenden tatsächlichen Verhältnisse in der GmbH bezieht und eine Änderung in diesen Verhältnissen (z.B. Änderung der Kapitalbeteiligung) zu einer anderen versicherungsrechtlichen Beurteilung führen kann. Die GmbH sollte daher in den Bescheiden aufgefordert werden, der Einzugsstelle jede Änderung in den Gesellschaftsverhältnissen umgehend mitzuteilen, damit die Einzugsstelle erforderlichenfalls die versicherungsrechtliche Beurteilung überprüfen kann.

Im Übrigen weisen die Besprechungsteilnehmer darauf hin, dass bei Geschäftsführern, die nicht am Stammkapital der GmbH beteiligt sind (so genannte Fremdgeschäftsführer), nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts grundsätzlich ein abhängiges und damit sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis vorliegt (vgl. Urteile vom 22.8.1973 - 12 RK 24/72 -, USK 73122, und vom 24.6.1982 - 12 RK 45/80 -, USK 82160). In seinem Urteil vom 22. August 1973 (a.a.O.) hat sich das Bundessozialgericht ausführlich mit der versicherungsrechtlichen Beurteilung von Fremdgeschäftsführern auseinandergesetzt und ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis festgestellt. Insbesondere hat es dargelegt, dass allein aus der weisungsfreien Ausführung einer fremdbestimmten Arbeit nicht auf eine selbständige Tätigkeit geschlossen werden kann, da der Fremdgeschäftsführer ansonsten in einer nicht von ihm selbst gegebenen Ordnung des Betriebs eingegliedert ist und auch nur im Rahmen des Gesellschaftsvertrags und der Gesellschafterbeschlüsse handeln darf, so dass er - selbst bei Belassung großer Freiheiten - der Überwachung durch die Gesellschafter unterliegt (vgl. § 46 Nr. 6 GmbHG). Dies gilt auch dann, wenn die Gesellschafter von ihrer Überwachungsbefugnis regelmäßig keinen Gebrauch machen. Die Weisungsgebundenheit des Fremdgeschäftsführers verfeinert sich dabei - wie bei Diensten höherer Art üblich - zur funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess (vgl. auch Urteile des Bundessozialgerichts vom 29.3.1962 - 3 RK 74/57 -, BSG Bd. 16 S. 289, und vom 29.8.1963 - 3 RK 86/59 -, BSG Bd. 20 S. 6). Dem steht nicht entgegen, dass Fremdgeschäftsführer - gegenüber den sonstigen Arbeitnehmern - Funktionen eines Arbeitgebers wahrnehmen, denn auch wer selbst Arbeitgeberfunktionen ausübt, kann seinerseits - als leitender Angestellter - bei einem Dritten persönlich abhängig beschäftigt sein (vgl. Urteil des Bundessozialgerichts vom 13.12.1960 - 3 RK 2/56 -, BSG Bd. 13 S. 196); im Übrigen fehlt ihm das die selbständige Tätigkeit kennzeichnende Unternehmerrisiko. In seinem Urteil vom 24. Juni 1982 (a.a.O.) zu einem Gesellschafter-Geschäftsführer hat das Bundessozialgericht in seiner Entscheidungsbegründung hinsichtlich der versicherungsrechtlichen Beurteilung von Fremdgeschäftsführern noch einmal bestätigt, dass diese grundsätzlich abhängig beschäftigt sind.

Nur ausnahmsweise können bei Geschäftsführern, die am Stammkapital der GmbH nicht beteiligt sind, die Verhältnisse so liegen, dass ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis zu verneinen ist. So können in Fällen einer Familien-GmbH oder in Gesellschaften, in denen familienhafte Bindungen zu Mehrheitsgesellschaftern bestehen, die Verhältnisse durchaus dafür sprechen, dass für einen Geschäftsführer ohne Kapitalbeteiligung kein abhängiges Beschäftigungsverhältnis vorliegt, wie dies auch von der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts bestätigt wurde. Bei der Mitarbeit in einer Familien-GmbH kann hiernach die Geschäftsführertätigkeit mehr durch familienhafte Rücksichtnahmen und ein gleichberechtigtes Nebeneinander als durch einen für ein Arbeitnehmer-Arbeitgeberverhältnis typischen Interessengegensatz gekennzeichnet sein. Die familiäre Verbundenheit kann hierbei ein Gefühl erhöhter Verantwortung füreinander schaffen und einen Einklang der Interessen bewirken (vgl. Urteil des Bundessozialgerichts vom 8.12.1987 - 7 RAr 25/86 -, USK 87170). Insoweit kann es an der für eine Beschäftigung unabdingbaren Voraussetzung der persönlichen Abhängigkeit fehlen, so dass der Geschäftsführer nicht für ein fremdes, sondern im „eigenen“ Unternehmen weisungsfrei und somit selbständig tätig wird (vgl. Urteil des Bundessozialgerichts vom 11.2.1993 - 7 RAr 48/92 -, USK 9347).

Entscheidungshilfe zur versicherungsrechtlichen Beurteilung von

- ◆ **Gesellschafter-Geschäftsführern einer GmbH**
- ◆ **mitarbeitenden Gesellschaftern einer GmbH**

I. Kapitalanteil mindestens 50 %
oder

Sperrminoritäten aufgrund besonderer Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag?

nein ja

↓ →

Von vornherein grundsätzlich kein abhängiges Beschäftigungsverhältnis, da maßgeblicher Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft (5, 7, 9, 16, 17, 19, 21). Dies gilt auch, wenn ein besonderer Beirat bestellt wird (7) oder der Geschäftsführer bzw. mitarbeitende Gesellschafter die ihm zustehende beherrschende Rechtsmacht tatsächlich nicht wahrnimmt (17, 19, 20). Die Sperrminorität des mitarbeitenden Gesellschafters (ohne Geschäftsführerfunktion) schließt ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis hingegen nicht von vornherein aus (27). Gleiches gilt für eine nur eingeschränkte Sperrminorität des Gesellschafter-Geschäftsführers (22). Auch der Treuhänder-Gesellschafter-Geschäftsführer kann zur Gesellschaft in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis stehen (25).

Wenn aufgrund der Kriterien von Abschnitt I ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis nicht von vornherein ausgeschlossen ist, sind die allgemeinen Voraussetzungen für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis zu prüfen. Maßgebend ist das Gesamtbild der tatsächlichen Verhältnisse (u.a. 1, 2, 4, 6, 15, 18, 19, 26, 28, 29).

II. Selbstkontrahierung?

Abdingung des Selbstkontrahierungsverbots nach § 181 BGB

nein ja

↓ →

Indiz gegen ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis

III. Bindung an Art, Zeit, Dauer und Ort der Arbeitsleistung?

ja nein

↓ →

Kein abhängiges Beschäftigungsverhältnis. Es kommt nicht allein darauf an, inwieweit die Sachentscheidungsbefugnis begrenzt ist. Wesentlicher ist, ob der äußere Rahmen der Tätigkeit durch einseitige Weisungen geregelt werden kann (1, 6, 11, 13, 18, 23, 24, 26, 27, 28)
Soweit der Geschäftsführer kein Gesellschafter der GmbH ist, besteht jedoch aufgrund seiner funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess regelmäßig ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis (3).

IV. Familien-GmbH (Familienangehörige halten Gesellschaftsanteile von mehr als 50 %)?

Geschäftsführer verfügt als einziger Gesellschafter über die für die Führung des Betriebes notwendigen Branchenkenntnisse

nein ja

↓ →

Indiz gegen ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis, da die übrigen Gesellschafter nicht oder kaum in der Lage sind, dem Geschäftsführer Weisungen zu erteilen (2, 8, 14). Die fachliche Überlegenheit für sich allein lässt aber nicht den Schluss auf eine selbständige Tätigkeit zu (12).

Geschäftsführer war vor der Umwandlung Alleininhaber einer Einzelfirma

nein ja

↓ →

Kein abhängiges Beschäftigungsverhältnis, wenn der Geschäftsführer „Kopf und Seele“ des Betriebes geblieben ist und die gesellschaftsrechtlichen Maßnahmen nur deshalb getroffen worden sind, weil er sich dadurch haftungs- oder steuerrechtlich besser zu stehen glaubt (8).

Geschäftsführer übt seine Tätigkeit
– nicht nur bei bestimmten wichti-
gen Geschäften - gemäß den Wei-
sungen der Gesellschafter aus

ja nein
↓

→ Kein abhängiges Beschäftigungsverhältnis liegt vor, wenn die Geschäftsführertätigkeit mehr durch familienhafte Rücksichtnahmen und durch ein gleichberechtigtes Nebeneinander als durch einen für ein Arbeitnehmer-Arbeitgeberverhältnis typischen Interessengegensatz gekennzeichnet ist (2, 8, 10 bis 15, 20, 23, 24, 27, 29).

V. Treuhandvertrag?

Dem Treuhänder-Gesellschafter-
Geschäftsführer ist das Stimmrecht
in der GmbH entzogen und er ist
wie ein Arbeitnehmer in die Gesell-
schaft eingegliedert

ja nein
↓

→ Kein abhängiges Beschäftigungsverhältnis (25).

VI. Erhebliches Unternehmerrisiko?

nein ja
↓

→ Indiz gegen ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis (6). Teilhabe am Arbeitsprozess in diesen Fällen häufig zwar funktionsgerecht, aber nicht „dienender“ Natur (1, 2, 13, 14).

abhängiges Beschäftigungsverhältnis