

Münchener Anwaltshandbuch Sozialrecht

Bearbeitet von

Herausgegeben von Prof. Dr. Hermann Plagemann, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Sozialrecht und Fachanwalt für Medizinrecht, Bearbeitet von Daphne Bader, Richterin am Verwaltungsgericht, Dr. Claus-Peter Bienert, Richter am Landessozialgericht, Dr. Dirk Bieresborn, Richter am Bundessozialgericht, Stefan Bultmann, Richter am Sozialgericht, Dr. Matthias Dann, LL.M., Rechtsanwalt, Christel Decken, Rechtsanwältin und Fachanwältin für Sozialrecht, Romana Doppler, M.A., Rechtsanwältin, Prof. Dr. Frank Ehmann, Rechtsanwalt, Dr. Christine Fuchsloch, Präsidentin des Landessozialgerichts, Christian Haidn, Prof. Dr. Ernst Hauck, Richter am Bundessozialgericht, Hildegard Hövel, Rechtsanwältin und Fachanwältin für Arbeits- und Sozialrecht, Dr. Dennis-Kenji Kipker, Anna Maria Kramer, Richterin, Karl Lang, Rechtsanwalt, Ursula Mittelmann, Rechtsanwältin und Fachanwältin für Sozialrecht, Prof. Dr. Katja Nebe, Claudia Petri-Kramer, Rechtsanwältin und Fachanwältin für Arbeits-, Medizin- und Sozialrecht, Ursula Renker, Ronald Richter, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Steuerrecht, Dr. Ulrich Sartorius, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeits- und Sozialrecht, Martin Schafhausen, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Sozial- und Arbeitsrecht, Sigrun Schön, Rechtsanwältin, Anne Schröder, Rechtsanwältin und Fachanwältin für Sozialrecht, Dr. Carsten Schütz, Direktor des Sozialgerichts, Dr. Petra Seifert, LL.M. (Chicago), Rechtsanwältin, Dr. Jürgen Stahlberg, Rechtsanwalt, Eva Steffen, Rechtsanwältin, Manfred Stolz, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeits- und Sozialrecht, Dr. Oliver Tolmein, Rechtsanwalt, Ulrike Wollersheim, Rechtsanwältin, und Dr. Ole Ziegler, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Medizinrecht sowie für Handels- und Gesellschaftsrecht

5. Auflage 2018. Buch. LIV, 1802 S. In Leinen

ISBN 978 3 406 70863 3

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Sozialrecht > Sozialrecht allgemein, Gesamtdarstellungen](#)

Zu [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

**beck-shop.de**
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](#) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

Monat nach Aufnahme der Tätigkeit). Nach der Anforderung weiterer Unterlagen teilt die Deutsche Rentenversicherung Bund den Beteiligten mit, welche Entscheidung sie zu treffen beabsichtigt, bezeichnet die Tatsachen, auf die sie ihre Entscheidung stützen will und gibt den Beteiligten, dh nicht nur dem Antragsteller, sondern auch dem Vertragspartner, Gelegenheit, sich zu der beabsichtigten Entscheidung zu äußern. Meines Erachtens handelt es sich bei dieser **Anhörungspflicht** gem. § 7a Abs. 4 SGB IV um eine materiell-rechtliche Voraussetzung, weil die Statusfeststellung nicht nur in Vertragsverhältnisse, zB über die freie Mitarbeit, eingreift, sondern davon auch der Beginn der Beitragspflicht gem. § 7a Abs. 6 SGB IV abhängen kann. Die Anhörung kann deshalb im Klageverfahren nicht gem. § 41 Abs. 2 SGB X nachgeholt werden.

b) Wirkung der Feststellung. Die Feststellung der Deutsche Rentenversicherung Bund erstreckt sich auf die konkrete Tätigkeit; ob die Feststellung auch für die gleiche Tätigkeit mit einem **neuen** Arbeit-/Auftraggeber gilt, ist zweifelhaft. Auch dann, wenn das ursprüngliche Vertragsverhältnis (zB wegen Befristung) bereits ausgelaufen ist, trifft die Deutsche Rentenversicherung Bund eine entsprechende Feststellung. Der Bescheid ist nicht auf die Feststellung einer Beschäftigung beschränkt sondern regelt auch die Sozialversicherungspflicht einschließlich der Beitragspflicht. Der Bescheid verhält sich auch darüber, ob die Tätigkeit zB wegen Geringfügigkeit nach § 8 SGB IV beitragsfrei ist bzw. zur Knappschaft zu melden ist.⁸ Zwar beschränkt sich die Feststellung der Deutsche Rentenversicherung Bund nur auf das Beschäftigungsverhältnis iSd § 7 SGB IV. Im Allgemeinen liegen dann aber auch die Voraussetzungen eines Arbeitsverhältnisses gem. den §§ 611 ff. BGB vor mit der Folge des Kündigungsschutzes sowie der Einbeziehung in das übrige Arbeitnehmerschutzrecht. An die Feststellungen durch die DRV Bund gem. § 7a SGB IV sind auch die Finanzbehörden, zB in Verfahren der Lohnsteuerverprüfung gebunden, sofern der Bescheid nicht offensichtlich rechtswidrig ist (Tatbestandswirkung).⁹ Streitig ist die Tatbestandswirkung in Bezug auf die Gesetzliche Unfallversicherung.¹⁰

Nach § 7a Abs. 6 S. 2 SGB IV werden die Gesamtsozialversicherungsbeiträge – abweichend von § 23 Abs. 1 SGB IV – erst **fällig**, wenn der Bescheid über die Statusfeststellung unanfechtbar geworden ist. Vom Beginn der Sozialversicherungspflicht an werden die nun rückständigen Beiträge mit den Beiträgen für die Entgeltabrechnung des Kalendermonats fällig, der auf den Monat folgt, in dem die Entscheidung unanfechtbar wird. Die aufgeschobene Fälligkeit soll nach Auffassung der Spitzenverbände zur Folge haben, dass der Arbeitgeber zum Lohnabzug auch jenseits des in § 28g SGB IV genannten Zeitraums befugt ist.¹¹

Gem. § 7a Abs. 7 SGB IV haben Widerspruch und Klage aufschiebende Wirkung. Der im Bescheid als Beschäftigter bezeichnete Auftragnehmer kann beim SG beantragen, die sofortige Vollziehung anzuordnen, sofern sein Interesse daran überwiegt (zB baldiger Rentenbeginn) und durchgreifende Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Bescheides nicht offenbar sind.¹²

c) Versicherungspflicht ex nunc. Nach § 7a Abs. 6 SGB IV tritt die Versicherungspflicht erst mit der erstmaligen¹³ Bekanntgabe der Entscheidung der Deutsche Rentenversicherung Bund ein (und nicht rückwirkend!),

1. wenn der Antrag an die Deutsche Rentenversicherung Bund innerhalb eines Monats nach Aufnahme der Tätigkeit gestellt wurde und
2. der Beschäftigte zustimmt und
3. 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.

⁸ BSG Urt. v. 4.6.2009 – B 12 KR 31/07 R, SozR 4-2400 § 7a Nr. 3; *Merten* SGB 2010, 271.

⁹ Vgl. BFH Urt. v. 6.6.2002 – VI R 178/07 – zu § 28h SGB IV; BFH Urt. v. 21.1.2010 – VI R 52/08.

¹⁰ Keine Bindung: LSG Baden-Württemberg Urt. v. 21.2.2013 – L 10 U 5019/11.

¹¹ Krit. dazu Kreikebohm/*Marschner* SGB IV § 7a Rn. 8.

¹² LSG Berlin-Brandenburg Beschl. v. 7.12.2016 – L 1 KR 268/16 B ER.

¹³ BSG Urt. v. 24.3.2016 – B 12 R 3/14 R, SGB 2016, 710 mAnm *Knospe*.

- 15 Die **Zustimmung** des Auftragnehmers kann auch schon vor Einleitung des Anfrageverfahrens, also bei Vertragsabschluss, erteilt werden. Dem steht auch § 32 SGB I nicht entgegen.¹⁴ Der Auftragnehmer kann allerdings jederzeit die Zustimmung widerrufen.¹⁵ Die Auffassung der Deutsche Rentenversicherung Bund, sie sei an eine zuvor vom Betroffenen gegenüber dem Auftraggeber abgegebene Zustimmung zum Aufschub der Versicherungspflicht nicht gebunden, da diese ohne die erforderliche Beratung des Sozialversicherungsträgers erteilt wurde, überzeugt nicht, da zusätzlich zur Zustimmung ja auch noch eine krankens- und rentenversicherungsmäßige Absicherung vorliegen muss. Hinsichtlich dieser Voraussetzung bedarf es einer gesonderten Beratung durch die Sozialversicherung nicht.¹⁶ Die Zustimmung muss mE nicht dem Feststellungsantrag beigefügt werden, um die Frist gem. § 7a Abs. 6 SGB IV zu wahren.¹⁷
- 16 Was die Absicherung gegen das finanzielle Risiko von **Krankheit** anlangt, muss eine freiwillige Versicherung in der gesetzlichen Krankenversicherung oder eine private Krankenversicherung nachgewiesen werden, und zwar auch dann, wenn der Betroffene die Jahresbeitragsentgeltgrenze gem. § 6 Abs. 1 SGB V überschreitet. Die Absicherung muss sich nicht auf Angehörige erstrecken, aber auch das Pflegerisiko mit umfassen.
- 17 Eine Absicherung zur **Altersvorsorge** kann durch eine freiwillige Versicherung in der gesetzlichen Rentenversicherung oder durch eine private Lebens- oder Rentenversicherung für den Fall des Erlebens des 60. oder eines höheren Lebensjahres erfolgen. Als ausreichend wird ein sozialer Schutz angesehen, der durch den jeweiligen freiwilligen Mindestbeitrag zur gesetzlichen Rentenversicherung finanziert wird¹⁸ oder durch die Beiträge zu einer weiteren „Nebenbeschäftigung“.¹⁹ Es ist nicht erforderlich, dass wegen der neu aufgenommenen Beschäftigung zusätzliche Vorsorgeleistungen erbracht werden, so dass auch die Erfüllung von Versorgungsanwartschaften aus einem Beamtenverhältnis oder die Mitgliedschaft in einem berufsständischen Versorgungswerk ausreicht.
- 18 Der Eintritt der Versicherungspflicht ex nunc trägt einem neuen Verständnis von Eigenvorsorge Rechnung: Wer eine Erwerbstätigkeit ausübt – gleich welcher Art auch in Bezug auf die Weisungsgebundenheit –, soll bis zur Klärung der Statusfrage auch das Recht haben, sich privat gegen das Risiko der Krankheit sowie des Alters abzusichern. Das macht nur dann Sinn, wenn der Auftragnehmer an die einmal erteilte **Zustimmung** bis zum Abschluss des Anfrageverfahrens **gebunden** ist. Die Zustimmung kann mE auch konkludent und stillschweigend erteilt werden, wenn der Auftragnehmer zB gemäß Vertrag seine Vorsorge selbst übernimmt und tatsächlich auch eine private Alters- und Krankenversicherung finanziert. Ein etwaiger Widerspruch oder Widerruf (zB nach Ablauf des Auftrags) kann allenfalls für die Zukunft erfolgen.
- 19 Liegen Zustimmung und alternative Kranken- und Altersvorsorge vor, tritt die Versicherungspflicht in allen Zweigen der Sozialversicherung, dh der Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung nur für die Zukunft ein, beginnend mit dem Bescheid, der das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses feststellt. Hat die Deutsche Rentenversicherung Bund dies zunächst verneint und gelangt sie erst auf den Widerspruch des Auftragnehmers hin zu dieser Feststellung, tritt die Versicherungspflicht erst ab diesem (Widerspruchs-)Bescheid ein. Der Aufschub der Versicherungspflicht hat bei dem Beschäftigten auch Auswirkungen auf seine Anwartschaftszeiten, zB als Voraussetzung für den Anspruch auf Arbeitslosengeld oder auf Rente wegen Erwerbsminderung gem. § 43 SGB VI.
- 20 d) Als **Streitwert** bei einem Anfrageverfahren gem. § 7a SGB IV geht die Rechtsprechung regelmäßig von dem Auffangwert von 5.000 EUR aus. Dies deshalb, weil die Klage regelmäßig auf Aufhebung des Bescheides lautet und nicht einen bestimmten Geldbetrag enthält.²⁰ Das BSG setzt den Streitwert ggf. auf der Grundlage des § 52 Abs. 1 GKG fest.²¹

¹⁴ Streitig: wie hier *Bauer/Baeck/Schuster*, Scheinselbstständigkeit, Rn. 260; *Reiserer/Freckmann/Träumer* Scheinselbstständigkeit Teil 1 Rn. 265; anders *Schmidt* NZS 2000, 57 (62).

¹⁵ BSG Urt. v. 24.3.2016 – B 12 R 12/14 R.

¹⁶ Anders *Roßbach* DAngV 2000, 393 (397).

¹⁷ LPK-SGB IV/Lüdtke § 7a Rn. 22.

¹⁸ LPK-SGB IV/Lüdtke § 7a Rn. 25.

¹⁹ So Spitzenverbände v. 22./23.11.2000, BB 2001, 316.

²⁰ Vgl. dazu ausführlich LSG Bayern Beschl. v. 29.5.2017 – L 16 R 5045/17 B.

²¹ BSG Urt. v. 28.9.2011 – B 12 R 17/09 R.

II. Folgen einer falschen Rechtsformwahl („Scheinselbstständigkeit“)

1. Volle Beitragslast

Wesentliche finanzielle Folge der verfehlten Rechtsformwahl zu Lasten des Arbeitgebers ist, dass dieser den **gesamten** Beitrag nachzahlen muss, dh Arbeitnehmer- und Arbeitgeberanteil, **ohne** dass er vom Arbeitnehmer den auf ihn entfallenden Anteil sich erstatten lassen kann (bis auf die letzten drei Lohnabrechnungszeiträume, § 28g SGB IV). Der Arbeitgeber ist dann also zusätzlich belastet.²² Er kann auch nicht einwenden, dem Arbeitnehmer im Vertrauen darauf, dass tatsächlich eine „freie Mitarbeit“ vorlag, ein höheres Entgelt gezahlt zu haben, welches zB den ansonsten an die Sozialversicherung abzuführenden Arbeitgeberanteil mit umfasst hätte.

Sind Auftraggeber und Auftragnehmer beide davon ausgegangen, dass eine „freie Mitarbeit“ vorliegt, und war der Auftragnehmer auf Grund landesrechtlicher Vorschriften **Pflichtmitglied in einem Versorgungswerk**, zB als Arzt, Wirtschaftsprüfer, Anwalt oder Steuerberater, ändert dies nichts an der tatsächlich vorliegenden Rentenversicherungspflicht zur Deutsche Rentenversicherung Bund, wenn die freie Mitarbeit „in Wirklichkeit“ ein Beschäftigungsverhältnis gem. § 7 SGB IV darstellte.²³ Folge der verfehlten Rechtsformwahl ist nun, dass im Nachhinein Rentenversicherungspflicht eintritt, obwohl der Auftragnehmer Beiträge an das Versorgungswerk gezahlt hat. Eine rückwirkende Befreiung von der Rentenversicherungspflicht zur Deutsche Rentenversicherung Bund ist gem. § 6 Abs. 4 SGB VI nicht möglich, da die Voraussetzungen für eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gem. § 27 SGB X (insbes. mangelndes Verschulden) in der Regel nicht gegeben sein dürften, es sei denn man sieht in dem Antrag auf Statusfeststellung zugleich einen Antrag auf Befreiung gem. § 6 SGB VI für den Fall, dass – anders als vorgesehen – die als Einkünfte aus selbständiger Tätigkeit dem Versorgungswerk gemeldeten Vergütungen Arbeitsentgelt iS § 14 SGB IV sind. Ausnahmsweise regelt § 231 Abs. 4b–4d SGB VI eine rückwirkende Befreiung zugunsten solcher Syndikus-Anwälte, die Pflichtbeiträge an das Versorgungswerk abführen.²⁴ Entsprechendes gilt für die Befreiungsmöglichkeit in der gesetzlichen Krankenversicherung etwa zugunsten des Arztes im Praktikum gem. § 8 Abs. 1 Nr. 6 SGB V. Auch der Einwand, die „freie Mitarbeit“ zielle darauf ab, den Vertragspartner später zum Gesellschafter zu machen, so dass der Schutz der Arbeitslosenversicherung nicht benötigt werde, bleibt in der Regel ebenso unbeachtlich wie der Einwand, der „Scheinselbständige“ habe tatsächlich eine Eigenvorsorge aufgebaut.

Erstattungspflicht nach § 110 Abs. 1a SGB VII

Hat der Arbeitgeber einen „freien Mitarbeiter“ nicht gem. § 28a SGB IV angemeldet, kann Schwarzarbeit iSd SchwarzarbeiterG²⁵ vorliegen, sofern es dem Auftraggeber (auch) um die Hinterziehung von Beiträgen ging.²⁶ Da in diesen Fällen auch keine Beiträge zur Unfallversicherung abgeführt werden, der Schwarzarbeiter aber unter Unfallversicherungsschutz steht, muss der Arbeitgeber dem Unfallversicherungsträger nicht nur die Beiträge nachzahlen sondern auch alle Aufwendungen erstatten, die ihm aus einem Arbeitsunfall entstanden sind. Dieser Erstattungsanspruch gem. § 110 Abs. 1a SGB VII wird durch Bescheid geltend gemacht, gegen den Widerspruch und Klage zum Sozialgericht²⁷ erhoben werden kann. Gem. § 110 Abs. 2 SGB VII ist die Erstattung nach billigem Ermessen – entsprechend den wirtschaftlichen Verhältnissen – zu reduzieren.

²² Verfassungsgemäß: BVerfG Beschl. v. 11.9.2008 – 1 BvR 2007/05.

²³ LSG Nordrhein-Westfalen Urt. v. 20.9.2010 – L 8 R 128/09.

²⁴ Dazu auch SG Berlin v. 11.1.2017 – S 11 R 645/16 WA; BVerfG Beschl. v. 19.7.2016 – 1 BvR 2584/14, NJW 2016, 2731; *Schafhausen* AnwBl 2016, 719.

²⁵ Vom. 23.7.2004 BGBl. I 1842.

²⁶ BSG Urt. v. 9.11.2011 – B 12 KR 18/09 R.

²⁷ Nicht Zivilgericht: BGH v. 14.4.2015 – VI ZB 50/14.

- 24 Aber auch der Auftragnehmer muss sich darüber klar sein, dass sich nunmehr seine Gehaltsansprüche nicht mehr nach dem Vertrag über eine freie Mitarbeit, sondern zB nach dem einschlägigen Tarifvertrag richten.²⁸ Daran ändert auch nichts § 14 SGB IV, der für die Vergangenheit im Falle einer illegalen Beschäftigung („Schwarzarbeit“) das der Beitragsberechnung zugrunde zulegende Arbeitsentgelt dahingehend definiert, dass die tatsächlich gezahlten Bezüge als ein Nettoentgelt „gelten“ mit der Folge, dass für die Beitragsberechnung das so genannte „Abtastverfahren“ anzuwenden ist.²⁹

2. Ein-Mann-GmbH oder UG (haftungsbeschränkt)

- 25 Als „Ausweg“ aus der Scheinselbstständigkeit wird allgemein die Gründung einer GmbH empfohlen. Auch die Spitzenverbände bestätigen in ihrem Rundschreiben v. 13.4.2010, dass in der Regel eine Sozialversicherungspflicht dann nicht entsteht, wenn es sich bei dem Auftragnehmer um eine Gesellschaft handelt:

„Ist der Auftragnehmer eine Gesellschaft (zB 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 (zB Kommanditisten) Arbeitnehmer dieser Gesellschaft sein können ...“

Die gleiche Beurteilung gilt grundsätzlich auch, sofern es sich bei dem Auftragnehmer um eine Ein-Personen-GmbH handelt.

Handelt es sich bei der Auftrag nehmenden Gesellschaft um eine GbR, ist das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung oder einer selbstständigen Tätigkeit im Einzelfall zu prüfen.“

- 26 Zu prüfen ist, ob im Sozialversicherungsrecht ein „Durchgriff“ auf den Gesellschafter in Betracht kommt: Denkbar ist, dass zB ein Ingenieur als Gesellschafter-Geschäftsführer einer „Ein-Mann-GmbH“ ausschließlich für einen einzigen Auftraggeber tätig ist und tatsächlich in dessen Betrieb so eingebunden ist, wie es für ein Beschäftigungsverhältnis gem. § 7 Abs. 1 SGB IV typisch ist. Hier ist der Durchgriff nach der Rechtsprechung des BSG³⁰ abzulehnen: das Sozialrecht hat die vom GmbHG gewährleistete und ausgestaltete eigenständige Existenz- und Handlungsfähigkeit der GmbH seiner Beurteilung zugrunde zulegen. Wer der Versicherungspflicht als Beschäftigter durch Gründung einer „Ein-Mann-GmbH“ entfliehen will, verletzt dadurch weder seine Rechtspflichten als Gesellschafter noch als Auftragnehmer. Bezogen auf die GmbH hat er schon auf Grund der Gesellschaftsanteile eine so weitgehende „Rechtsmacht“, dass nach der Rechtsprechung des BSG die für die Gesellschaft erbrachten Tätigkeiten als selbstständig einzustufen sind.³¹

- 27 Da die mit Wirkung zum 1.11.2008 eingeführte **Unternehmer-Gesellschaft (UG)** mit einem Stammkapital von 1 EUR im Übrigen dem GmbH-Recht unterliegt (§ 5a GmbHG), gilt für dessen Gesellschafter-Geschäftsführer das Gleiche.³² Der mit der UG geschlossene Geschäftsbesorgungsvertrag begründet – jedenfalls dann, wenn er nicht als Scheingeschäft wichtig ist, kein abhängiges Beschäftigungsverhältnis mit dem Alleingesellschafter.³³ Das BSG hat im Falle einer **stillen Gesellschaft** eine abhängige Beschäftigung bejaht, da nach den tatsächlichen Verhältnissen – unbeschadet der Position als stille Gesellschafterin – eine Eingliederung der Steuerberaterin in den fremden Betrieb vorlag.³⁴

²⁸ Vgl. dazu BAG Urt. v. 14.3.2001 – 4 AZR 152/00, NZA 2002, 155; Urt. v. 12.12.2001 – 5 AZR 257/00, NJW 2002, 2733; Urt. v. 29.5.2002 – 5 AZR 680/00, NZA 2002, 1328; *Niepolka/Dütemeyer* NZA 2002, 712.

²⁹ Zu dieser Vorschrift im Übrigen BSG Urt. v. 9.11.2011 – B 12 KR 18/09 R.

³⁰ BSG Urt. v. 24.11.2005 – B 12 RA 1/04, NJW 2006, 1162, dazu *Plagemann/Radtke-Schwenzer* NZG 2006, 281.

³¹ Nach LSG Bayern Urt. v. 25.6.2003 – L 17 U 203/02, NZA 2004, 86, kann auch bei Zwischenschaltung einer Ein-Mann-GmbH eine Beschäftigung vorliegen; im Falle eines Bauleiters, dessen Arbeiten über eine Ein-Mann-Limited abgerechnet wurden, hat das LSG Hessen Selbstständigkeit bejaht: LSG Hessen Urt. v. 21.4.2008 – L 1 KR 153/04.

³² Streitig: wie im Text LSG Baden-Württemberg Urt. v. 13.9.2016 – L 4 R 2218/15.

³³ So: LSG Baden-Württemberg Urt. v. 27.6.2017 – L 11 R 3853/16.

³⁴ BSG Urt. v. 24.1.2007 – B 12 KR 31/06 R, SozR 4–2400 § 7 Nr. 7.

§ 7 Der (sozial-)versicherte Selbstständige

Übersicht

	Rn.
I. Die Versicherungspflicht von Selbstständigen	1–6
II. Landwirte und mitarbeitende Familienangehörige	7–16
1. Krankenversicherung	7–12
a) Nebenerwerbslandwirt	8/9
b) Mitarbeitende Familienangehörige	10
c) Versicherungsfreiheit	11/12
2. Alterssicherung der Landwirte	13–15
3. Arbeitslosenversicherung	16
III. Rentenversicherungspflicht von selbstständig Tätigen, § 2 SGB VI	17–44
1. Lehrer und Erzieher	17–19
2. Selbstständige Pflegepersonen, § 2 S. 1 Nr. 2 SGB VI	20–23
3. Hebammen und Entbindungspfleger, § 2 S. 1 Nr. 3 SGB VI	24/25
4. Seelotsen, § 2 S. 1 Nr. 4 SGB VI	26/27
5. Hausgewerbetreibende, § 2 S. 1 Nr. 6 SGB VI	28–31
6. Küstenschiffer und -fischer, § 2 S. 1 Nr. 7 SGB VI	32/33
7. Handwerker, § 2 S. 1 Nr. 8 SGB VI	34–37
8. „Arbeitnehmerähnliche Selbstständige“, § 2 S. 1 Nr. 9 SGB VI	38–44
IV. Antragspflichtversicherung, § 4 Abs. 2 SGB VI	45–51

Schrifttum: *Bieback*, Die Neuregelung zu „Scheinselbstständigen“ und kleinen Selbstständigen in § 7 SGB IV und § 2 Nr. 9 SGB VI, SGB 2000, 189; *Neumann*, Alterssicherung und „Solo-Selbständigkeit“, SGB 2010, 463; *Plagemann/Radtke-Schwenzler*, Franchise – Teure Versicherungspflicht?, NJW 2010, 2481; *Heeg*, UG – geeignetes Vehikel für erlaubnisfreie Beschäftigung ausländischer Spezialisten, GmBR 2011, R 305.

I. Die Versicherungspflicht von Selbstständigen

Die Einbeziehung der Selbstständigen in verschiedene Systeme der Sozialversicherung hat eine mehr als hundert Jahre alte Tradition und ist in den letzten Jahren erheblich fortentwickelt worden.¹ Die Versicherungspflicht der Selbstständigen gründet in der gesetzgeberischen Überzeugung, dass die Selbstständigen bestimmter Berufsgruppen oder auch in bestimmten Tätigkeitsformen als sozial ebenso schutzbedürftig anzusehen sind wie abhängig beschäftigte Arbeitnehmer. Dementsprechend tritt die Versicherungspflicht bei Erfüllung der gesetzlichen Tatbestandsmerkmale unabhängig von der konkreten sozialen Schutzbedürftigkeit ein. Der Gesetzgeber hat die Schutzbedürftigkeit der zB in § 2 SGB VI genannten Selbstständigen nämlich in einer „generalisierenden, typisierenden und verwaltungsmäßig leicht feststellbaren Weise“ definiert.² Dadurch soll auch der „zunehmenden Erosion des versicherten Personenkreises durch die wachsende Überführung von Beschäftigten in arbeitnehmerähnliche selbstständige Tätigkeiten“ entgegengewirkt werden.³

In der gesetzlichen Pflegeversicherung rechtfertigte das BVerfG die Versicherungspflicht aller, also auch der Selbstständigen damit, dass die Bevölkerung insgesamt keine ausreichende Vorsorge für den Fall der Pflege getroffen habe.⁴ Das GKV-WSG führte zum 1.1.2009 die Versicherungspflicht aller Selbstständigen in der Privaten Krankenversicherung (PKV) ein (§ 193 Abs. 3 VVG). Motiv war die Überlegung, dass der Einzelne das finanzielle Risiko einer angemessenen Krankenversorgung regelmäßig nicht selbst tragen kann und die Feststellung, dass gerade „Kleingewerbetreibende“, die in besonderer Weise auf den Versicherungsschutz angewiesen sind, in der Vergangenheit – aus finanziellen Gründen – vor-

¹ *Rische* RVaktuell 2008, 2, zur Weiterentwicklung der GRV zu einer Erwerbstätigenversicherung; *Waltermann* JM 2017, 21 ff.

² LSG Baden-Württemberg Urt. v. 26.9.2012 – L 2 R 115/12, betr. Sprachtrainer.

³ BR-Drs. 14/54, 46, Begründung zu § 2 S. 1 Nr. 9 SGB VI.

⁴ BVerfG Urt. v. 3.4.2001 – 1 BvR 2014/95, BVerfGE 103, 197.

handene Verträge gekündigt haben. Die Kritik der PKV entzündete sich vor allem an dem Basistarif, der zugunsten der neuen Mitglieder zT von dem „Bestandskunden“ mitfinanziert werden müsse.⁵

Praxistipp:

Bei der Auslegung der verschiedenen Tatbestände, zB der § 2 SGB VI, § 1 ALG, stellt die Rechtsprechung weitgehend auf den aus der Entstehungsgeschichte zu entnehmenden Sinn und Zweck der Normen ab. Weder das Argument, es handle sich um eine „Ausnahmevorschrift“, die als solche eng auszulegen sei, noch der Hinweis auf Disparitäten (zB Doppelversicherung oder Überschneidungen) findet Gehör. Dass in der Vergangenheit ein Teil dieser Vorschriften praktisch nicht angewandt wurde, zB Rentenversicherungspflicht selbstständiger Lehrer gem. § 2 S. 1 Nr. 1 SGB VI, rechtfertigt ebenfalls keine Einschränkung der Versicherungspflicht, sofern nicht einer der Tatbestände des § 231 SGB VI vorliegt.⁶

- 3 Zwar wird die Einbeziehung Selbstständiger in die Versicherungspflicht **verfassungsrechtlich** weitgehend als zulässig erachtet, auch unter dem Gesichtspunkt der allgemeinen Handlungsfreiheit gem. Art. 2 GG⁷ sowie dem Berufsgrundrecht gem. Art. 12 GG,⁸ jedoch ist die Abgrenzung des von Gesetzes wegen als versicherungspflichtig bezeichneten Personenkreises schwer nachvollziehbar.⁹ Unter Aspekten der Schutzbedürftigkeit einerseits und dem Schutz der Allgemeinheit vor mangelnder Risikovorsorge andererseits wird diskutiert, ob weitere Selbstständige in die gesetzliche Rentenversicherung aufzunehmen sind.¹⁰ Denkbar wäre auch eine Versicherungspflicht „dem Grunde nach“, die dem Betroffenen Wahlmöglichkeiten eröffnet, zwischen privater Vorsorge einerseits und gesetzlicher Versicherung andererseits.¹¹
- 4 **Selbstständig** tätig sind alle Personen, die mit Gewinnerzielungsabsicht eine Tätigkeit in der Land- und Forstwirtschaft oder in einem Gewerbebetrieb oder in der Dienstleistungsbranche in persönlicher Unabhängigkeit und auf eigene Rechnung und Gefahr ausüben. Zum Begriff der selbstständigen Erwerbstätigkeit gehört es nicht, dass tatsächlich Einkünfte erzielt werden. Ausreichend ist, dass die Tätigkeit auf die Erzielung positiver Einkünfte gerichtet ist und nicht nur der Liebhaberei dient.¹² Die Selbstständigkeit zeichnet sich dadurch aus, dass die Tätigkeiten **weisungsfrei** ausgeübt werden. Auch Selbstständige sind in ihren Handlungsmöglichkeiten begrenzt, allerdings nicht durch Einzelanordnungen, sondern durch Regeln und Normen, die die Grenzen ihrer Handlungsfreiheit mehr in generell abstrakter Weise umschreiben.¹³ Für die Beurteilung, ob Selbstständigkeit vorliegt, ist die vertragliche Ausgestaltung von erheblicher Bedeutung,¹⁴ jedoch zeigt § 32 SGB I, dass im Konfliktfall die tatsächlichen Verhältnisse Vorrang haben.
- 5 Die Versicherungspflicht **beginnt** mit der tatsächlichen Ausübung. Nicht zur selbstständigen Tätigkeit gehören die bloße Existenzgründung oder die Vorbereitung zur Aufnahme der

⁵ Nach BVerfG v. 10.6.2009 – 1 BvR 706/08, NJW 2009, 2033: verfassungsgemäß; *Butzer* MedR 2010, 283.

⁶ BVerfG Beschl. v. 26.6.2007 – 1 BvR 2204/00 – und – 1 BvR 1355/03, SGB 2008, 476 mAnm *Temming*.

⁷ BVerfG Beschl. v. 31.8.2004 – 1 BvR 285/01; Beschl. v. 9.12.2003 – 1 BvR 558/99, SozR 4–5868 § 1 Nr. 2.

⁸ ZB BVerfG Beschl. v. 8.4.1987 – 2 BvR 909/82, BVerfGE 75, 108 (153) betr. Künstlersozialversicherung.

⁹ Vgl. nur *Ulmer* ZRP 2001, 258 zur Problematik der „kasuistischen Aufzählung“; *Hauck/Klattenhoff* SGB VI § 2 Rn. 2 f.; *Preis*, Gutachten 67. DJT 2008, S. 66 f., 114 ff.

¹⁰ Vgl. *Kruse/Kruse* WzS 2016, 46; *Waltermann* RdA 2010, 162; *Mecke*, Arbeit 4.0, SGB 2016, 481; ebenfalls aus der Perspektive Crowdwork: *Brose* NZS 2017, 7.

¹¹ IdS zB Rürup-Kommission, Nachhaltigkeit, in: BMGS (Hrsg.), Nachhaltigkeit in der Finanzierung der Sozialen Sicherungssysteme, 2003, S. 122 ff.

¹² BSG Urt. v. 25.2.1997 – 12 RK 33/96, SozR 3–2200 § 1227 Nr. 8.

¹³ ZB Franchise-Nehmer: BSG Urt. v. 4.12.2009 – B 12 R 3/08 R; Urt. v. 24.3.2016 – B 12 KR 20/14 R – Physiotherapeutin.

¹⁴ BSG Urt. v. 24.1.2007 – B 12 KR 31/06 R, SozR 4–2400 § 7 Nr. 7 – Steuerberaterin; Urt. v. 11.3.2009 – B 12 KR 21/07 R –; Transportfahrer; Urt. v. 18.11.2015 – B 12 KR 16/13 R – Merchandising I.

selbstständigen Tätigkeit. Die Gewerbeanmeldung kann also vor dem Beginn der Versicherungspflicht liegen; andererseits reicht eine werbende Tätigkeit aus, unabhängig davon, wie hoch die erzielten Einkünfte sind.¹⁵ In der Regel gehört zur selbstständigen Tätigkeit auch die Einarbeitungsphase, selbst wenn sie im Wesentlichen dem Erwerb der fachlichen Qualifikation dient,¹⁶ es sei denn, es handelt sich um eine „betriebliche Berufsbildung“ im Sinne des § 7 Abs. 2 SGB IV.

Nach einer vorangegangenen Versicherungspflicht gem. §§ 24 ff. SGB III kommt ab 1.2. 2006 auch im Bereich der **Arbeitslosenversicherung** eine freiwillige Weiterversicherung in Betracht, § 28a SGB III. Voraussetzung dafür ist der Bezug von Leistungen nach dem SGB III unmittelbar vor Aufnahme der selbstständigen Tätigkeit.¹⁷

II. Landwirte und mitarbeitende Familienangehörige

1. Krankenversicherung

Gem. § 5 Abs. 1 Nr. 3 SGB V sind in der landwirtschaftlichen Krankenversicherung gem. § 2 KVLG 1989 versicherungspflichtig:

- Unternehmer der Land- und Forstwirtschaft einschließlich des Wein- und Gartenbaus sowie der Teichwirtschaft und der Fischzucht (landwirtschaftliche Unternehmer), deren Unternehmen auf Bodenbewirtschaftung beruht und die Mindestgröße erreicht, § 1 Abs. 5 ALG (dazu gehören auch selbständige Mitglieder einer juristischen Person, zB GmbH),¹⁸
- Personen, die als landwirtschaftliche Unternehmer tätig sind, ohne dass ihr Unternehmen die Mindestgröße der vorstehenden Nr. 1 erreicht, wenn
 - ihr landwirtschaftliches Unternehmen die nach § 1 Abs. 5 ALG festgesetzte Mindestgröße um nicht mehr als die Hälfte unterschreitet und
 - das Arbeitsentgelt und Arbeitseinkommen, das sie neben dem Einkommen aus dem landwirtschaftlichen Unternehmen haben, sowie das in § 5 Abs. 3 SGB V genannte Vorruhestandsgeld im Kalenderjahr die Hälfte der jährlichen Bezugsgröße nach § 18 SGB IV¹⁹ nicht übersteigt,
- mitarbeitende Familienangehörige eines landwirtschaftlichen Unternehmers, wenn sie das 15. Lebensjahr vollendet haben oder wenn sie als Auszubildende in dem landwirtschaftlichen Unternehmen beschäftigt sind,
- Personen, die die Voraussetzungen für den Bezug einer Rente nach dem ALG erfüllen und diese Rente beantragt haben,
- Personen, die das 65. Lebensjahr vollendet haben und während der letzten 15 Jahre vor Vollendung des 65. Lebensjahres mindestens 60 Kalendermonate als landwirtschaftliche Unternehmer nach den Nr. 1 oder 2 oder als mitarbeitende Familienangehörige nach Nr. 3 versichert waren sowie die überlebenden Ehegatten dieser Personen,
- Bezieher von Alg II, die zugleich einen landwirtschaftlichen Betrieb führen, sind auch nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 SGB V krankenversicherungspflichtig. Der Landwirt, der zugleich Leistungen nach dem SGB II bezieht, ist sowohl nach den Beitragsbestimmungen des SGB V zu behandeln als auch nach KVLG.²⁰

a) **Nebenerwerbslandwirt.** Nach § 2 Abs. 3 S. 1 KVLG 1989 ist landwirtschaftlicher Unternehmer derjenige, der seine berufliche Tätigkeit selbstständig ausübt, dh das Risiko des Unternehmens (Gewinn und Verlust) zu tragen hat. Unternehmer ist also der Eigentümer, wenn er das Unternehmen selbst betreibt, der Pächter und Erbpächter, der Nießbraucher und jeder andere, dem die Nutzungen des Unternehmens auf Grund eines anderen rechtli-

¹⁵ BSG Urt. v. 25.2.1997 – 12 RK 33/96, SozR 3–2200 § 1227 Nr. 8.

¹⁶ Zur Einarbeitung von Versicherungsvermittlern: *Bolle* NJW 2001, 422 (423).

¹⁷ BG Urt. v. 7.4.2016 – B 5 AL 1/15 R, NZS 2016, 714.

¹⁸ BSG Urt. v. 9.11.2011 – B 12 KR 21/09 R.

¹⁹ Bezugsgröße 2017: 2.975 EUR/West; 2.660 EUR/Ost monatlich.

²⁰ BSG Urt. v. 27.6.2012 – B 12 KR 17/10 R: kein Verstoß gegen Verfassungsrecht.

chen oder tatsächlichen Verhältnisses zugute kommen – unabhängig davon, ob der Unternehmer seinen Wohnsitz in Deutschland hat oder nicht.²¹

- 9 Nach § 2 Abs. 4a KVLG 1989 entfällt die Krankenversicherungspflicht bei Personen, die außerhalb der Land- und Forstwirtschaft **hauptberuflich selbstständig** erwerbstätig sind.²² Nicht „hauptberuflich“ außerhalb der Landwirtschaft ist tätig, wer als Unternehmer in einem „gemischten“, dh landwirtschaftlichen und gewerblichen Unternehmen, tätig ist.²³ Im Übrigen entfällt die Versicherungspflicht nach dem KVLG 1989, wenn der Betroffene nach anderweitigen gesetzlichen Vorschriften, zB gem. § 5 Abs. 1 SGB V als Beschäftigter krankenversicherungspflichtig ist oder die Krankenversicherung nach § 192 SGB V fortbesteht, es sei denn, die versicherungspflichtige Beschäftigung außerhalb der Landwirtschaft ist auf die Dauer von höchstens 26 Wochen befristet, § 3 Abs. 2 Nr. 1 KVLG 1989. Übersteigt die Ausübung der selbstständigen landwirtschaftlichen Tätigkeit die abhängige Beschäftigung „von der wirtschaftlichen Bedeutung und dem zeitlichen Umfang her“ deutlich,²⁴ bleibt es ebenfalls bei der Versicherungspflicht nach dem KVLG 1989. Dabei ist im Rahmen der Feststellung der Höhe des Arbeitseinkommens nicht nur auf die im Einkommensteuerbescheid ausgewiesenen Einkünfte aus Land- und Forstwirtschaft abzustellen, sondern es sind auch steuerliche Vergünstigungen, insbes. Abschreibungen, zu berücksichtigen sowie Veräußerungsgewinne abzuziehen. Gem. § 5 Abs. 5 SGB V bleibt es also nur bei Neben- und Zuerwerbsslandwirten, die hauptberuflich in einer abhängigen Beschäftigung stehen, bei der allgemeinen Versicherungspflicht nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V.
- 10 **b) Mitarbeitende Familienangehörige.** Die Pflichtversicherung gem. § 2 Abs. 1 Nr. 3 KVLG 1989 hat Vorrang vor einer Krankenversicherungspflicht nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V bei anderweitiger Beschäftigung. Die Krankenversicherungspflicht nach dem KVLG 1989 wird für diese Personen auch nicht dadurch ausgeschlossen, dass das regelmäßige Jahresarbeitsentgelt aus der Beschäftigung die Jahresarbeitsentgeltgrenze übersteigt. Mitarbeitende Familienangehörige sind somit bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 Nr. 3 KVLG 1989 immer krankenversicherungspflichtig. Den Personenkreis definiert § 2 Abs. 4 KVLG 1989.
- 11 **c) Versicherungsfreiheit.** Versicherungsfrei nach § 3a KVLG 1989 ist,
- wer die Voraussetzungen des § 6 Abs. 1 Nr. 1, 2 oder 4–8 oder § 6 Abs. 3a SGB V erfüllt, dh Beschäftigte mit einem regelmäßigen Jahresarbeitsentgelt oberhalb der Jahresentgeltgrenze (2017: 57.600,- EUR West; 52.200,- EUR Ost), Beamte, Richter, Soldaten auf Zeit usw, oder
 - wer Mitglied des Deutschen Bundestages oder eines Landtages oder Versorgungsempfänger nach den Abgeordnetengesetzen des Bundes oder der Länder ist.
- 12 Auf **Antrag** werden von der Krankenversicherungspflicht gem. § 4 KVLG 1989 solche Unternehmer befreit, deren landwirtschaftliches Unternehmen einen bestimmten Wirtschaftswert übersteigt, sowie Rentner, die durch den Bezug einer Rente nach dem ALG krankenversicherungspflichtig werden. Die Befreiung kann befristet erfolgen, § 5 KVLG 1989.

2. Alterssicherung der Landwirte

- 13 Versicherungspflichtig nach § 1 ALG²⁵ sind
- Landwirte und
 - mitarbeitende Familienangehörige.²⁶

²¹ BSG Urte. v. 17.8.2000 – B 10 KR 2/99 R, SozR 3–5420 § 2 Nr. 2; vgl. aber auch EuGH Urte. v. 20.10.2000 – C 242/99, SozR 3–5868 § 1 Nr. 3: ausschließliche Zuständigkeit des österreichischen Rechts der sozialen Sicherheit für die Österreich wohnende Personen mit landwirtschaftlichem Unternehmen in Deutschland.

²² Dazu auch LSG Hamburg Urte. v. 1.10.2014 – L 1 KR 56/11; BSG Urte. v. 27.6.2012 – B 12 KR 18/10 R.

²³ LSG Schleswig-Holstein Urte. v. 1.7.2010 – L 5 KR 69/09.

²⁴ Dazu BSG Urte. v. 29.9.1997 – 10 RK 2/97, SozR 3–5420 § 3 Nr. 3; Urte. v. 29.4.1997 – 10/4 RK 3/96, SozR 3–5420 § 3 Nr. 2.

²⁵ Gesetz über die Alterssicherung der Landwirte v. 29.7.1994 BGBl. I 1890.

²⁶ Verfassungsmäßig ist die Alterssicherung des Ehegatten auch dann, wenn er in der Landwirtschaft nicht mitarbeitet: BVerfG Beschl. v. 9.12.2003 – 1 BvR 558/99, SozR 4–5868 § 1 Nr. 2; zur so genannten Fiktivversicherung gem. § 1 Abs. 3 ALG vgl. LSG Bayern Urte. v. 26.6.2013 – L 1 LW 19/12 – und BVerfG Beschl. v. 2.12.2016 – 1 BvR 281/14.