

Gemeinsame Veranstaltung

am

Donnerstag, 23. März 2017

„Die sozialversicherungsrechtliche Betriebsprüfung“

Referent:

Dr. jur. Jürgen Brand

Rechtsanwalt, Richter des Verfassungsgerichtshofs für
das Land NRW a. D. sowie
Präsident des Landessozialgerichts NRW und
Vorsitzender des 1. Senats a. D.

Die sozialversicherungsrechtliche Betriebsprüfung (BP) durch die Träger der Rentenversicherung

Rechtsanwalt Dr. Brand, Hagen

Richter des Verfassungsgerichtshofs NRW, Präsident des Landessozialgerichts und Vorsitzender des 1. Senats a.D.

Gliederung

I. Die formale Seite der Betriebsprüfung (BP) 2

1. Allgemeines 2
2. Der Verlauf der Prüfung 4
 - a. Die Prüfanündigung/Hemmung der Verjährung durch die BP 4
 - b. Die Prüfschwerpunkte 5
 - c. Vorbereitende Maßnahmen und Mitwirkungspflichten des Arbeitgebers 6
 - d. Die Einzelheiten der Prüfung 8
 - e. Abschluss der Prüfung 11
 - f. Nachforderungsbescheid/Schätzbescheid/Summen Beitragsbescheid 12
 - g. Der Säumniszuschlag 14

II. Die verfahrensrechtliche Seite der BP 15

1. Widerspruch 15
2. Antrag auf Aussetzung der Vollziehung 15
3. Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung 17
4. Klage, Berufung, Revision 18

III. Das Verhältnis der Betriebsprüfung durch die Rentenversicherungsträger zur Betriebsprüfung durch die Einzugsstellen/Krankenkassen 18

1. Allgemeines 18
2. Die unterschiedlichen Grundlagen der Prüfungen 19
3. Entscheidungen der Einzugsstellen 20
4. Bindungswirkung der Entscheidungen 22

IV. Statusfeststellungsverfahren nach § 7a SGB IV 22

1. Allgemeines 22
2. Die Rechtsfolgen einer rechtzeitigen Antragstellung 24
3. Keine Kausalität 25
4. Die Zustimmung des Beschäftigten 25
5. Neue Rechtsprechung 26, 27

V. Status-Prüfschwerpunkte im Rahmen der sozialversicherungsrechtlichen BP 30

1. Allgemeines 30
2. Die einzelnen BP-Prüfgebiete 31
 - a. Statusprobleme 31
 - b. Statusfragen beim geschäftsführenden GmbH-Gesellschafter 33
 - c. bei Ehegatten- und Verwandten-Arbeitsverhältnissen 36
 - d. im Zusammenhang mit der Scheinselbstständigkeit 37
 - e. Status und Versicherung von Werkstudenten 41
3. Rentenversicherungspflicht der Selbstständigen 43

I. Die formale Seite der Betriebsprüfung

1. Allgemeines

Seit dem Übergang der Prüfkompetenz von den Krankenkassen auf die **Träger der Rentenversicherung prüfen diese seit 1999 gemäß § 28 p Abs. 1 SGB IV** in alleiniger Zuständigkeit im Hinblick auf die vierjährige Verjährungsfrist für die Ansprüche auf Beiträge nach § 25 SGB IV im Regelfall **in 4-jährigem Turnus** bei allen Arbeitgebern, d.h. bei durchschnittlich 480.000 Betrieben in Deutschland mit etwa 15 Millionen Beschäftigungsverhältnissen, ob der Arbeitgeber seine Meldepflichten und die sonstigen Pflichten rund um die Sozialversicherungsbeiträge ordnungsgemäß erfüllt. Eine **Ausnahme von der alleinigen Prüfkompetenz enthält § 28 p Abs. 1 S. 6 SGB IV**, der ein **eigenständiges Prüfrecht der landwirtschaftlichen Krankenkassen** für die bei ihnen versicherten mitarbeitenden Familienangehörigen vorsieht.

Geprüft werden die Beiträge zur Kranken-, Pflege-, Renten-, und (neuerdings auch) Unfallversicherung sowie zur Arbeitsförderung, die Umlagen, der Wertguthaben-Insolvenzschutz und die Künstlersozialabgabe.

Demgegenüber überwachen die **Einzugsstellen (Krankenkassen) gemäß § 28 h SGB IV** die Einreichung der Beitragsnachweise und die Zahlung der Gesamtsozialversicherungsbeiträge. Sie entscheiden auch über die Versicherungspflicht sowie die Beitragshöhe in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung und macht die Beitragsansprüche geltend. Nach § 28 p Abs. 3 SGB IV unterrichten die Rentenversicherungsträger die Einzugsstellen über alle Sachverhalte, die die Zahlungs- und Meldepflichten der Arbeitgeber betreffen. Daher stellen die Rentenversicherungsträger den Einzugsstellen Durchschriften der Prüfungsmittelungen bzw. der Beitragsbescheide mit einer Aufstellung der Nachberechnungen bzw. Überzahlungen zur Verfügung. Wenn eine Prüfung beanstandungsfrei bleibt, erfolgt keine Unterrichtung.

Hinzuweisen ist darauf, dass die Rentenversicherungsträger die Einzugsstellen nach Bescheiderteilung unverzüglich über etwaige Widersprüche, Klagen, Anträge auf Aussetzung der Vollziehung sowie die hierzu ergangenen Entscheidungen unterrichten.

Hierauf ist besonders hinzuweisen, weil die Träger der Rentenversicherung die **Fälligkeit der nach zu erhebenden Beiträge auf den drittletzten Bankarbeitstag des Monats**, der dem Monat folgt, der auf dem Bescheid vermerkt ist, und nicht etwa auf das Datum der Zustellung feststellen und die Einzugsstellen darüber informieren. Eine Anspruchsnorm für diese Handlungsweise ist nicht ersichtlich. Dies führt in manchen Fällen zu Schwierigkeiten, wenn ein Bescheid beispielsweise zwar auf den 28. März datiert ist, er aber erst am 10. April zugestellt wird, die Fälligkeit danach bereits am 26. April eintritt und die Einzugsstellen die Beträge einziehen bzw. anfordern. Hier wäre es im Interesse einer größeren Rechtsklarheit sinnvoll, den Tag der Zustellung ausschlaggebend

sein zu lassen.

Dass Betriebsprüfungen für alle Beteiligten von erheblicher Bedeutung sind, bedarf keiner größeren Ausführungen.

Die zu prüfenden Arbeitgeber fürchten, in großem, manchmal sogar **existenzgefährdendem Umfang** zu Beitragsnachforderungen herangezogen zu werden; für die Prüfer, die ein ganzes Unternehmen, wenn auch im allgemeinen nur stichprobenhaft, untersuchen, stellt die Betriebsprüfung ein komplexes und außerordentlich arbeitsintensives Projekt dar. Das gilt in abgestuftem Maße auch für die Bevollmächtigten der Arbeitgeber. Diese sind erstaunlicherweise zumeist **Angehörige steuerberatender Berufe**, die nicht nur vor den Sozialbehörden, sondern gemäß **§ 73 Abs. 2 Nr. 4 SGG** in Sachen des **§ 28 h SGB IV** (Entscheidungen der Einzugsstellen/Krankenkassen über die Versicherungspflicht und Beitragshöhe in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie dem Recht der Arbeitsförderung) und des **§ 28 p SGB IV** (Betriebsprüfungen durch die Träger der Rentenversicherung) auch vor den Sozial- und Landessozialgerichten auftreten können, allerdings **nicht in Statusfeststellungsverfahren nach § 7a SGB IV**,¹ und seltener Rechtsanwältinnen bzw. Rechtsanwälte. Dieser Umstand hängt möglicherweise mit der erheblich längeren Tradition der steuerrechtlichen gegenüber der sozialversicherungsrechtlichen Betriebsprüfung, die während der Prüfständigkeit der Krankenkassen i.a. nicht als so belastend empfunden wurde, zusammen, vielleicht auch mit der im allgemeinen erheblich größeren Nähe der SteuerberaterInnen zu den Arbeitgebern, die in aller Regel die Bedeutung des Sozialversicherungsrechts im Kanon der unterschiedlichen Rechtsgebiete nicht kennen, aber auch damit, dass auf beiden Gebieten häufig identische Problemkomplexe (aber nicht immer mit gleichen Lösungen und häufig sehr unterschiedlichen Verfahrensfragen) abzuarbeiten sind.

Dieser Umstand ist in jüngster Zeit noch dadurch befördert worden, dass die zu prüfenden Unternehmen infolge des neuen **§ 42 f Abs. 4 EStG** eine zeitgleiche Außenprüfung durch das Finanzamt und den Rentenversicherungsträger beantragen können.²

Die Bedeutung der sozialversicherungsrechtlichen Betriebsprüfung, die im Gegensatz zur hierzu veröffentlichten Literatur steht, zeigt sich unter anderem auch darin, dass im Jahr 2016 etwa 532 Millionen € an von den Unternehmen nachzuzahlenden Beiträgen festgestellt worden sind³. Diese

¹ BSG v. 5.3.2014 – B 12 R 7/12 R, RdNr. 42, Die Sozialgerichtsbarkeit (SGb) 2015, 291.

² A. Schmidt, Der „neue“ § 42 f Abs. 4 EStG..., NWB 2012, 3692.

³ www.haufe.de/...betriebspruefung...

Summe liegt allerdings weit unter der von den Finanzämtern festgestellten nach zu entrichtenden Steuern (2015: 18,3 Mrd. €)⁴.

2. Der Verlauf der Prüfung

a. Die Prüfkündigung/Hemmung der Verjährung durch die Betriebsprüfung

Nach § 7 Abs. 1 S. 1 Beitragsverfahrensverordnung (BVV) v. 3.5.2006 (BGBl I S. 1138) in der jeweils geltenden Fassung (v. 8.12.2016 – BGBl I 2838) erfolgt die Prüfung grundsätzlich nach **vorheriger Ankündigung** durch die Versicherungsträger. Dabei soll die Ankündigung möglichst einen Monat, spätestens aber 14 Tage vor der Prüfung erfolgen (S. 2). Diese Frist kann mit Zustimmung des Arbeitgebers bzw. der Abrechnungsstelle verkürzt werden. Besteht ein Verdacht auf Unregelmäßigkeiten, z.B. auf Beitragshinterziehung oder illegale Beschäftigung bzw. Schwarzarbeit, kann die Prüfung **ohne vorherige Ankündigung** durchgeführt werden, § 7 Abs. 1 S. 4 BVV i.V.m. § 98 Abs. 1 S. 4 SGB X. § 7 BVV schreibt nicht vor, dass die Ankündigung schriftlich zu erfolgen hat. In der Praxis kommen durchaus Fälle vor, in denen die Ankündigung lediglich telefonisch erfolgt. Sofern der Vorschlag der Behörde für das Unternehmen nicht akzeptabel sein sollte, weil z.B. das Unternehmen gerade umzieht, erhebliche Arbeitsspitzen aufgetreten sind, die Mitglieder der Geschäftsführung bzw. für die Begleitung der Betriebsprüfung unentbehrliche Mitarbeiter sich im Urlaub befinden oder erkrankt sind, kann die Prüfung im Einvernehmen mit der Prüfbehörde verschoben werden.

In manchen Fällen ist es bedeutsam, den **Beginn der Prüfung** genau festzustellen. Dazu gehört vor allem die Frage, ab wann die Verjährung der Beitragsansprüche durch die Betriebsprüfung gehemmt ist (§ 25 Abs. 2 S. 2 SGB IV).

Schon aus der Bestimmung, dass die Prüfung „nach“ vorheriger Ankündigung erfolgt, ergibt sich, dass die Ankündigung der Prüfung nicht Teil der Betriebsprüfung ist.

Zwar wird die vierjährige Verjährung (Einrede!), die naturgemäß in vielen Fällen zu prüfen sein wird, nach § 25 Abs. 2 Satz 2 SGB IV durch eine durchgeführte Betriebsprüfung gehemmt. Noch unter dem 13.11.2012 musste das LSG Berlin-Brandenburg⁵ im Orientierungssatz seines Beschlusses darauf hinweisen, dass die Prüfung jedenfalls nicht durch die bloße Ankündigung der Prüfstelle, in die Prüfung einsteigen zu wollen, einem reinen Anhörungsschreiben oder einem informellen Treffen beginnt. Diese Umstände hemmen also nicht den Ablauf der Verjährung.

Der Arbeitgeber ist verpflichtet, Betriebsprüfungen zuzulassen, d.h. zu dulden, § 28 p Abs. 1, 5

⁴ www.elektronische-steuerpruefung.de/bmf.ergebnisse-betriebspruefung...

⁵ LSG Berlin-Brandenburg v. 13.11.2012, L 1 KR 350/12 B ER m.w.N.

i.V.m. § 98 Abs. 1 S. 3 SGB X⁶. Der Arbeitgeber kann sich gegen eine Betriebsprüfung insbesondere nicht mit dem Argument wehren, andere Arbeitgeber seien bisher nicht geprüft worden. Ein Anspruch auf eine „Gleichheit im Unrecht“ besteht nicht⁷.

b. Die Prüfungsschwerpunkte

Die Prüfungsschwerpunkte variieren von Jahr zu Jahr geringfügig. Im Mittelpunkt der Betriebsprüfung stehen häufig **Statusfragen**, regelmäßig bei der Frage, ob geschäftsführende Gesellschafter einer GmbH als Arbeitnehmer oder Selbstständige anzusehen sind, in Ehegattenarbeitsverhältnissen, vorrangig aber im Zusammenhang mit dem Verdacht auf Scheinselbstständigkeit. Dieses Gebiet ist in den letzten Jahren in vielen Facetten geprüft worden, sei es beim Fahrer ohne eigenes Fahrzeug⁸, sei es bei Familienhelfern⁹, Masseuren¹⁰ oder Pflegepartnern/Familienbetreuern¹¹ usw.

Auch der Status als Werkstudent ist manchmal streitig, wenn die Immatrikulationsbescheinigung sich nicht über ein aktuelles Studium, sondern den Erwerb dem Studium vorgelagerter Kenntnisse verhält, oder die Einhaltung der 20-Stunden-Grenze nicht eindeutig festzustellen ist¹².

Die Versicherungspflicht von ausländischen Saisonarbeitnehmern, insbesondere, wenn sie auf Grund eines **Werkvertrages** beschäftigt werden, führt häufig zu Beitragsnachforderungen.¹³

Fragen im Zusammenhang mit **geringfügigen Beschäftigungsverhältnissen** sind Gegenstand der Prüfung, insbesondere, ob die Entgeltgrenzen überschritten werden bzw. -bei § 8 Abs. 1 Nr. 2 SGB IV- die Beschäftigung berufsmäßig ausgeübt wird.¹⁴

Auch kommt es häufig zu unterschiedlichen Auffassungen über die Beitragspflicht des Differenzbetrages zwischen dem tatsächlich gezahlten Lohn und den (höheren) Entgeltansprüchen des Arbeitnehmers nach einem Tarifvertrag (sog. **Phantomlohn-Rechtsprechung**)¹⁵, aber auch über die

6 s. LSG Baden-Württemberg v. 27.5.2015 – L 4 R 1167/15 B, das die Anordnung einer fünftägigen Ersatzzwangshaft gegen den Arbeitgeber als rechtmäßig angesehen hat; dasgl. v. 20.9.2012, L 11 R 2785/12 ER-B.

7 LSG Niedersachsen-Bremen v. 21.2.2013, L 1 KR 441/12 B ER unter Bezugnahme auf *Kopp/Ramsauer*, VwVerfG, 11. Aufl. § 40, Rn. 25.

8 s. hierzu BSG v. 11.3.2009, B 12 KR 21/07 R; BayLSG v. 9.5.2012, L 5 R 23/12 m.w.N.

9 BSG v. 25.4.2012, B 12 KR 24/10 R.

10 BayLSG v. 2.10.2012, L 5 R 281/12 B ER.

11 BSG v. 28.9.2011, B 12 R 17/09 R.

12 BSG v. 3.12.1994, 12 RK 78/92; LSG Hamburg v. 29.3.2011, L 3 R 182/06.

13 LSG NRW v. 6.11.2012, L 8 R 193/12 B ER; LSG Niedersachsen-Bremen v. 17.10.2012, L 1 KR 273/11.

14 LSG Baden-Württemberg v. 23.5.2012, L 4 R 3335/11; Hessischer VGH v. 20.12.2011, 10 A 201/11; SG Gießen v. 10.10.2011, S 15 KR 136/10.

15 BayLSG v. 16.3.2010, L 5 R 505/08 m.w.N.

Umlagepflicht (U1, U2) des Arbeitsentgelts eines Minijobbers¹⁶ oder (neuerdings häufiger) die **Beitragspflicht von Zulagen z.B. auch im Urlaub.**

Immer wird die **Insolvenzfestigkeit von Wertguthaben nach § 7 e SGB IV** geprüft, aber z.B. auch die **Beitragspflicht nach Sachzuwendungen trotz Pauschalversteuerung**¹⁷, wie auch die Problematik, was zum Arbeitsentgelt gehört und trotz Steuerfreiheit sozialversicherungspflichtig ist¹⁸.

Einmalzahlungen und die Märzklause¹⁹ können ebenso wie die unzulässige Anwendung der Gleitzone²⁰regelung nach § 20 Abs. 2 SGB IV auf bestimmte Personengruppen (Auszubildende, Praktikanten in vorgeschriebenen Praktika, Umschüler, Teilnehmer des Bundesfreiwilligendienstes usw.) zu Beitragsnachzahlungen führen²⁰.

c. Vorbereitende Maßnahmen und Mitwirkungspflichten des Arbeitgebers

Welche vorbereitenden Maßnahmen der Arbeitgeber durchzuführen hat, ergibt sich vor allem aus § 7 Abs. 2 BVV, aber auch aus § 28 p Abs 5 SGB IV („Arbeitgeber sind verpflichtet, angemessene Prüfhilfen zu leisten“) sowie Abs. 6 a, wonach § 147 Abs. 6 Satz 1 und 2 AO entsprechend mit der Maßgabe gilt, dass der Rentenversicherungsträger eine Übermittlung der Daten im Einvernehmen mit dem Arbeitgeber verlangen kann, vor allem aber aus § 10 BVV, der einen ganzen Katalog von Mitwirkungspflichten des Arbeitgebers enthält. Dabei steht im Vordergrund, dass der Arbeitgeber die Entgeltunterlagen sowie die Beitragsabrechnung nach den §§ 8 ff. BVV so zu führen hat, dass bei einer Prüfung innerhalb angemessener Zeit ein Überblick über die formelle und sachliche Richtigkeit der Entgeltabrechnung des Arbeitgebers gewährleistet ist. Zu diesem Zweck muss der Arbeitgeber die dafür erforderlichen Darstellungsprogramme usw., aber auch Personal, Bildschirme und Lesegeräte, bereitstellen.

Der Arbeitgeber hat auch Bescheide und Prüfberichte der Finanzbehörden vorzulegen. Die Vorlage dieser Unterlagen darf aber nicht dazu führen, dass der Prüfer der Rentenversicherung die Bewertung des Prüfers der Steuerbehörde übernimmt. Vielmehr hat er die vorhergehende Bewertung zur Kenntnis zu nehmen, aber grundsätzlich **immer eine eigene Bewertung** vorzunehmen. Eine Bindung der Versicherungsträger an die Beurteilung der Finanzbehörden besteht nicht. Vielmehr haben die Träger der Sozialversicherung bei ihren Entscheidungen über die

16 LSG Sachsen-Anhalt v. 20.8.2012, L 3 R 145/12 B ER.

17 LSG Hamburg v. 20.4.2011, L 2 R 6/09-

18 LSG Berlin-Brandenburg v. 31.1.2013, L 22 R 449/11.

19 LSG Hamburg v. 22.1.2009, L 3 R 17/08.

20 LSG Baden-Württemberg v. 10.6.2008, L 4 KR 6527/06 m.w.N.

Beitragspflicht z.B. die materiell-rechtliche Vorfrage der Lohnsteuerpflicht von Bezügen verantwortlich selbst zu prüfen, wobei allerdings der Beurteilung der Lohnsteuerpflicht durch die Finanzbehörden eine starke Indizwirkung zukommt²¹. Wenn damit den Entscheidungen und Bewertungen der Steuerbehörden auch eine starke Indizwirkung für das Sozialversicherungsrecht zukommt, scheidet doch eine förmliche Bindung der Sozialversicherungsträger an Entscheidungen der Steuerbehörden aus²².

Die Betriebsprüfung wird **in den Geschäftsräumen des Arbeitgebers**, kann aber auch bei seinem Steuerberater, einem Abrechnungsbüro oder bei der Prüfbehörde selbst durchgeführt werden, wobei bei sogenannten "intensiven" Betriebsprüfungen die Prüfung in den Geschäftsräumen des Arbeitgebers vorzuziehen sein wird. Entscheidend ist in diesen Fällen vor allem, dass die Prüfer ohne Schwierigkeiten auf die benötigten Prüfunterlagen zurückgreifen und die Geschäftsführung bzw. die Repräsentanten des Unternehmens für Fragen zur Verfügung stehen.

Nach § 28 p Abs. 2 Satz 2 SGB IV bestimmen die Träger der Rentenversicherung darüber, welche Arbeitgeber sie prüfen. Ein Arbeitgeber ist jeweils nur von einem (1) Träger der Rentenversicherung zu prüfen. Die Verpflichtung zur Prüfung trifft alle Rentenversicherungsträger, das sind die DRV Bund, die DRV Knappschaft-Bahn-See sowie die Regionalträger der DRV (§ 125 SGB VI). **Wer welchen Arbeitgeber prüft, richtet sich nach der Prüfziffer, d.h. der Endziffer der Betriebsnummer.**

Die DRV **Bund prüft Betriebe mit den Prüfziffern 0 bis 4**, die Regionalträger prüfen in ihrem örtlichen Zuständigkeitsbereich Betriebe mit den Prüfziffern 5 bis 9. Die DRV Knappschaft-Bahn-See prüft alle Betriebe, die knappschaftlich rentenversicherungspflichtige Arbeitnehmer beschäftigt haben, solange noch 1 knappschaftlich rentenversicherungspflichtiger Arbeitnehmer im Betrieb ist. Darüber hinaus prüft sie alle Betriebe der Seefahrt sowie alle Betriebe, die in den Zuständigkeitsbereich der Satzung der ehemaligen Bahnversicherungsanstalt fallen.

Lassen Arbeitgeber ihre Lohn- bzw. Gehaltsabrechnungen durch einen Steuerberater oder ein Rechenzentrum durchführen, wird **nach der Betriebsnummer des Steuerberaters/Rechenzentrums geprüft**, wenn die Prüfung bei dieser Stelle durchgeführt wird.

Bestehen bei einem Unternehmen verschiedene Betriebe, können in begrenztem Maße Vereinbarungen mit den Versicherungsträgern über die Prüfzuständigkeit geschlossen werden!!

21 BSG v. 11.7.1967, 3 RK 1/64.

22 Hessisches LSG v. 24.5.2012, L 8 KR 199/09.

d. Die Einzelheiten der Prüfung

aa. Entgeltunterlagen und Vorlagepflichten

Der Verlauf der Prüfung ist geregelt **in § 28 p SGB IV** sowie in den **§§ 7 bis 13a BVV**.

Im Mittelpunkt der Betriebsprüfung steht die Auswertung der Entgeltunterlagen der Beschäftigten des Arbeitgebers, auch der Beschäftigten, für die Beiträge nicht gezahlt wurden. Die maßgebliche Vorschrift über den Inhalt der Entgeltunterlagen findet sich in § 8 BVV. Die Verpflichtung, die maßgeblichen Unterlagen vorzulegen, ergibt sich aus § 28 p Abs. 1 und 5 SGB IV i.V.m. § 98 Abs. 1 S. 3 SGB X²³.

bb. Prüfung nach dem KSVG

Neben der Erfüllung der Pflichten im Zusammenhang mit dem Gesamtsozialversicherungsbeitrag durch den Arbeitgeber prüfen die Träger der Rentenversicherung auch die ordnungsgemäße Erfüllung der Meldepflichten nach dem Künstlersozialversicherungsgesetz (KSVG) sowie die rechtzeitige und vollständige Entrichtung der Künstlersozialabgabe, 28 p Abs. 1a SGB IV.

Dieser Hinweis ist insofern von nicht unerheblicher Bedeutung, als viele Arbeitgeber glauben, vom KSVG nicht berührt zu werden. Dass dies in vielen Fällen ein Irrtum ist, zeigen schon die Regelungen in § 24 KSVG.

Nach **§ 24 Abs. 1 S. 2 KSVG** hängt die Abgabepflicht zur Künstlersozialversicherung davon ab, ob ein Unternehmen Werbung und Öffentlichkeitsarbeit für die Zwecke des eigenen Unternehmens betreibt und Aufträge an selbstständige Publizisten bzw. Künstler nicht nur gelegentlich erteilt, wobei diese Beauftragung gerade bei der Öffentlichkeitsarbeit erfolgt²⁴. Die Künstlersozialabgabe wird nach Abs. 2 aber auch fällig, wenn ein Unternehmen nicht nur gelegentlich Aufträge an selbstständige Künstler und Publizisten erteilt, um deren Werke oder Leistungen für Zwecke ihres Unternehmens zu nutzen, sofern im Zusammenhang mit dieser Nutzung Einnahmen erzielt werden sollen. Dabei ist allerdings eine Gewinnerzielungsabsicht nicht erforderlich²⁵.

Die Bedeutung dieser Norm war beispielsweise der Senatskanzlei eines Bundeslandes nicht vollständig bekannt, die Werke von mit Stipendien geförderten Künstlern öffentlich ausstellte, was eine Abgabepflicht nicht nach sich zieht, diese Ausstellung aber durch Pressemitteilungen, Flyern und Hinweisen im Internet förderte, wodurch sie Werbung und Öffentlichkeitsarbeit für Dritte betrieb

23 LSG Baden-Württemberg v. 20.9.2012, L 11 R 2785/12 B-ER.

24 s. hierzu LSG Berlin-Brandenburg v. 30.11.2012, L 1 KR 337/10.

25 Thüringer LSG v. 27.11.2012, L 6 R 1045/12 B ER.

und damit künstlersozialabgabepflichtig wurde²⁶.

cc. Prüfung für die Unfallversicherung

Nach § 28 p Abs. 1b SGB IV teilen die Träger der Rentenversicherung den Trägern der Unfallversicherung die Feststellungen aus der Prüfung bei den Arbeitgebern mit.

Diese Prüfung wird von den Trägern der Rentenversicherung im Auftrag der Unfallversicherung durchgeführt, § 166 SGB VII. Über diese Mitteilung erhalten die Arbeitgeber Informationen. Gleichzeitig werden sie darauf hingewiesen, dass gegen die Prüfmitteilungen kein Widerspruch erhoben werden kann, da diese nur der internen Informationen des Trägers der Unfallversicherung dienen. Die Unfallversicherungsträger erlassen in Nachforderungsfällen ggf. eigene Verwaltungsakte (§ 28 p Abs. 1 b S. 2 SGB IV), die, wenn sie nicht bestandskräftig werden sollen, mit dem entsprechenden Rechtsbehelf (Widerspruch) angegriffen werden müssen.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Träger der Rentenversicherung zwar die Krankenkassen (Einzugsstellen) von dem Ergebnis der Betriebsprüfung und auch darüber, ob der Betroffene Widerspruch erhoben bzw. einen Antrag auf Aussetzung der Vollziehung des angefochtenen Bescheides gestellt hat, informiert, dies aber nicht im Verhältnis zu den Trägern der Unfallversicherung gilt.

Der gegenüber dem Bescheid der Rentenversicherungsträger erhobene Widerspruch umfasst nicht den **Anforderungsbescheid der Träger der Unfallversicherung**. Dieser ist vielmehr **gesondert anzufechten**. Bei der Entscheidung über den Antrag auf Aussetzung der Vollziehung des angefochtenen Bescheides orientieren sich die Träger der Unfallversicherung regelmäßig an den Entscheidungen der Träger der Rentenversicherung.

dd. Stichprobenprüfung/mangelnder Vertrauensschutz/vorhergehende Betriebsprüfung

Von Bedeutung ist, dass die Prüfung der Aufzeichnungen in den Entgeltunterlagen und der Beitragsabrechnung (§§ 8 f. BVV) **auf Stichproben beschränkt werden kann** und dies in der Praxis auch im Allgemeinen so geschieht. Die Beschränkung der Betriebsprüfung auf Stichproben hat auch zur Folge, dass nach h.M.²⁷ **Betriebsprüfungen nicht die Bedeutung besitzen, dem geprüften Arbeitgeber einen Vertrauensschutz hinsichtlich des geprüften Zeitraums zu geben**²⁸. Die

26 BSG v. 21.6.2012, B 3 KS 2/11 R.

27 BSG v. 29.7.2003, B 12 AL 1/02 R, NZA 2003, 1384; LSG NRW v. 10.5.2012, L 8 R 164/12 B ER jeweils m.w.N.

28 s. hierzu Hessisches LSG v. 19.9.2012, L 8 KR 205/12 B ER m.w.N.

Prüfbehörde kann nach dieser Meinung²⁹, ohne durch die Sperre des § 45 SGB X gehindert zu sein, bereits geprüfte Zeiträume ohne weiteres erneut prüfen. Der Prüfbehörde kann auch kein Verstoß gegen früheres eigenes bzw. zuzurechnendes Verhalten der Einzugsstellen vorgehalten werden.

Das BSG³⁰ hat sich mehrfach mit den Rechtsfolgen von Betriebsprüfungen beschäftigt, bei denen es zunächst keine Beanstandungen gab, sich jedoch später herausstellte, dass die Versicherungs- und Beitragspflicht bereits im Prüfzeitraum unzutreffend beurteilt wurden, dies im Rahmen der Betriebsprüfung aber nicht aufgefallen war. Das BSG hat in diesen Fällen stets dargelegt, dass Arbeitnehmer ebenso wie Arbeitgeber aus solchen Betriebsprüfungen keine weitergehenden Rechte herleiten könnten. Betriebsprüfungen hätten unmittelbar im Interesse der Versicherungsträger und nur mittelbar im Interesse der Versicherten den Zweck, die Beitragsentrichtung zu den einzelnen Zweigen der Sozialversicherung zu sichern. **Eine über diese Kontrollfunktion hinausgehende Bedeutung komme den Betriebsprüfungen nicht zu.** Sie bezweckten insbesondere nicht, den Arbeitgeber als Beitragsschuldner zu schützen oder ihm etwa Entlastung zu erteilen. Diese Schlussfolgerung verbiete sich schon deshalb, weil die Betriebsprüfung nicht umfassend oder erschöpfend sein könne und sich auf bestimmte Einzelfälle oder Stichproben beschränken dürfe.

Demgegenüber verwies das **Bayerische LSG**³¹ bis vor Kurzem auf die Bestandskraft abgeschlossener Betriebsprüfungen und meinte, es widerspreche dem Regelungsgehalt der vorangegangenen Entscheidung, wenn die Prüfbehörde für diese bestandskräftig geprüften und verbeschiedenen Prüfzeiträume einen neuen Bescheid mit anderem Inhalt erlassen dürfe. Die Prüfbehörde müsse nach der Gesamtkonzeption des Verfahrensrechts im SGB X die frühere Entscheidung zunächst nachträglich beseitigen und dabei § 45 SGB X anwenden. Geschehe dies nicht, führten frühere Bescheide zur Rechtswidrigkeit des späteren Bescheides. Stichprobenprüfungen seien dabei nicht irrelevant, sie könnten die Bescheidrücknahme nach § 45 SGB X erleichtern, aber nicht ersetzen.

Diese Überlegungen stehen eher im Kontext der §§ 45 ff. SGB X und stellen eine größere Transparenz für die Rechtsverfolgung dar. Die entgegengesetzte Ansicht bürdet dem rechtsuchenden Arbeitgeber die kaum zu erfüllende Pflicht auf, nachzuweisen, welche Gebiete zwar geprüft, aber ohne Beanstandungen geblieben sind. Der Arbeitgeber kann dieser Problematik nur entgehen, wenn er um sie weiß und entsprechend „munitioniert“ (z.B. mit **Zeugen**) während der Prüfung und vor

28 a.A. z.B. BayLSG v. 31.7.2012, L 5 R 345/12 B ER.

30 BSG v. 29.7.2003, B 12 AL 1/02 R.

31 s. Fßnte 27.

allem im Abschlussgespräch³² den Gang der Prüfung, die konkreten Prüfgegenstände und vor allem die Prüfergebnisse, insbesondere soweit sie beanstandungsfrei geblieben sind und demgemäß nicht im Prüfbericht oder den Prüfmitteilungen dokumentiert sind, zu erfahren sucht.

Durch die Entscheidung des BSG v. 16.12.2015³³ ist dieser Streit weitgehend im Sinne der letzteren Ansicht entschieden, d.h. entgegen der Ansicht des Bayerischen LSG.

e. Der Abschluss der Prüfung

Vor dem Abschluss der Prüfung teilt der Prüfer dem Arbeitgeber im Allgemeinen das Ergebnis der Prüfung und die sich für ihn hieraus ergebenden Konsequenzen im Rahmen einer so genannten **Schlussbesprechung** mit. Dieses Instrument hat sich bewährt, weil in ihr alle Beteiligten formlos ihre Ansichten äußern und zur Diskussion stellen können. Schlussbesprechungen haben einen hohen Befriedigungseffekt, wobei nicht übersehen werden darf, dass Arbeitgeber und die möglicherweise an der Schlussbesprechung teilnehmenden Führungskräfte in manchen Fällen durch die präsentierten Ergebnisse überrascht und damit auch überfordert sein können. In diesen Fällen kann auch auf die Schlussbesprechung verzichtet und -vor allem in Fällen der Beitragsnachforderungen- eine **formelle Anhörung gemäß § 24 SGB X** durchgeführt werden. Schlussbesprechung und Anhörungen können in einem Akt zusammenfallen.

Die **formelle Anhörung nach § 24 SGB X** ist zwar -von den Ausnahmen in Abs. 2 abgesehen- eine **Rechtmäßigkeitsvoraussetzung** für den später zu erlassenden Verwaltungsakt, mit dem Beiträge nachgefordert werden. Durch die in **§ 41 Abs. 1 Nr. 3 in Verbindung mit Abs. 2 SGB X eingeräumte Möglichkeit der Nachholung der Anhörung bis zur letzten Tatsacheninstanz**, d.h. bis zur Beendigung der Verfahren vor dem LSG bzw. OVG gegebenenfalls Jahre später, stellt sie für den Betroffenen aber ein stumpfes Schwert gegen den anzufechtenden Verwaltungsakt dar.

Nach **§ 7 BVV ist dem Arbeitgeber das Ergebnis der Prüfung schriftlich mitzuteilen**, und zwar innerhalb von zwei Monaten nach Abschluss der Prüfung. Diese Mitteilung ist vom Arbeitgeber bis zur nächsten Prüfung aufzubewahren.

Eine Prüfung, die zu **keinen Beanstandungen** geführt hat, zieht **lediglich eine Prüfmitteilung** nach sich. Eine Prüfmitteilung stellt keinen Verwaltungsakt dar und kann somit nicht angefochten werden.

Für die Unterlagen der Rentenversicherung erstellt der Prüfer einen Prüfbericht, der von dem betroffenen Arbeitgeber dort im Rahmen seines Akteneinsichtsrechts nach **§ 25 SGB X** eingesehen

³² s. unten unter e.

³³ BSG v. 16.12.2015 – B 12 R 11/14 R, SGB 2017, 110.

werden kann.

f. Der Nachforderungsbescheid/Schätzbescheid/Summenbeitragsbescheid

Die in der Prüfung gefundenen Beanstandungen können zu einer **Nachforderung von Beiträgen** führen. Diese wird gegenüber dem betroffenen Arbeitgeber mit einem Verwaltungsakt/Bescheid i.S.d. § 31 SGB X geltend gemacht. In dem Bescheid sind die nachgeforderte Beitragssumme, die Begründung der Nachforderung, die Höhe eventuell festgestellter Säumniszuschläge sowie die Zahlungsfrist aufgeführt. Des Weiteren finden sich in der Anlage Auflistungen, an welche Einzugsstellen (nicht an die Träger der Rentenversicherung!) die Beiträge in welcher Höhe zu entrichten sind.

Eine Besonderheit stellen **Schätz- bzw. Summenbeitragsbescheide** dar.

Grundsätzlich hat der Rentenversicherungsträger die Versicherungspflicht **für jeden einzelnen Beschäftigten gesondert festzustellen** und die Beitragspflicht auf diese personenbezogen auszurechnen³⁴. Dies wird im Allgemeinen auch keine Schwierigkeiten bereiten, da nach § 28 f Abs. 1 SGB IV der Arbeitgeber für jeden Beschäftigten getrennt nach Kalenderjahren Entgeltunterlagen im Geltungsbereich des SGB zu führen und bis zum Ablauf des auf die letzte Prüfung folgenden Kalenderjahres gesondert aufzubewahren hat.

Wenn der Arbeitgeber allerdings die **Aufzeichnungen nicht ordnungsgemäß erfüllt** und dadurch die Versicherungs- oder Beitragspflicht oder die Beitragshöhe nicht festgestellt werden kann, **kann, nicht muss**, der prüfende Träger der Rentenversicherung den Beitrag von der Summe der vom Arbeitgeber gezahlten Arbeitsentgelte geltend machen, § 28 f Abs. 2 SGB IV. Dies setzt jedoch voraus, dass der Rentenversicherungsträger nicht ohne unverhältnismäßig großen Verwaltungsaufwand feststellen kann, dass Beiträge nicht zu zahlen waren oder Arbeitsentgelt einem bestimmten Beschäftigten zuzuordnen war.

Soweit der Rentenversicherungsträger die Höhe der Arbeitsentgelte nicht oder nicht ohne unverhältnismäßig großen Verwaltungsaufwand ermitteln kann, **hat er diese zu schätzen, S. 3**.

Dabei hat die Betriebsprüfung die Feststellung der Versicherungspflicht und Beitragshöhe auch dann **grundsätzlich personenbezogen** vorzunehmen, wenn der Arbeitgeber seine Aufzeichnungspflicht verletzt hat und die Aufklärung des Sachverhalts dadurch zwar erschwert, aber nicht unmöglich gemacht worden ist³⁵.

34 Bay LSG v. 19.2.2013, L 5 R 933/12 B ER, BeckRS 2013, 66944.

35 BayLSG v. 19.2.2013, L 5 R 933/12 B ER, BeckRS 2013, 66944.

§ 28 f Abs. 2 SGB IV regelt zwei Fälle: Satz 1 geht davon aus, dass die Lohnsummen zwar zu ermitteln sind, nicht aber die Höhe des Arbeitsentgelts für die einzelnen Beschäftigten³⁶. Voraussetzung für den Erlass des Summenbeitragsbescheides ist immer eine **objektive Verletzung der Aufzeichnungspflicht, wobei ein Verschulden nicht vorliegen muss**³⁷.

Demgegenüber regelt Satz 3 der Vorschrift den Fall, dass auch die Höhe der Entgeltsumme nicht festgestellt werden kann³⁸. In diesen Fällen, die meistens Fälle einer Beitragshinterziehung, Schwarzarbeit oder illegalen Beschäftigung betreffen, liegen im Allgemeinen lückenhafte Aufzeichnungen vor, die oftmals keine Feststellungen zum Arbeitsumfang erlauben³⁹. Die mit diesem Umstand einhergehende zwangsläufige Folge der Schätzung durch die DRV hat nach S. 3 zunächst keine weitere Voraussetzung als den außerordentlichen Verwaltungsaufwand bei der Feststellung des Arbeitsentgelt.

Allerdings hat das LSG Baden-Württemberg in einem Beschluss v. 19.11.2012⁴⁰ eine Schätzbefugnis der Prüfbehörde ausgeschlossen, wenn der Arbeitgeber die Obliegenheit zur Führung entsprechender Aufzeichnungen nicht kannte bzw. kennen konnte. Die Frage der Kenntnis von einer Obliegenheit - hier: Pflicht nach dem AÜG zur Aufnahme von Angaben über das Arbeitsentgelt für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers in den Verträgen - sei zu trennen von der Frage, ob eine Verletzung der Pflicht Verschulden voraussetze⁴¹. Gehe eine Obliegenheit ins Leere, könne sie schon tatbestandlich nicht verletzt werden. Die Frage des Verschuldens stelle sich in diesem Fall nicht.

Nach der systematischen Stellung des Satzes 3 und seinem Sinn und Zweck muss in jedem Fall aber zunächst in diesen Fällen ein objektiver Verstoß gegen die Aufzeichnungspflicht des Arbeitgebers vorliegen⁴². Dabei muss der Verstoß gegen die Aufzeichnungspflicht kausal sein für die Schwierigkeit, die Entgeltsummen im Ganzen bzw. beschäftigtenbezogen festzustellen.

§ 28 f SGB IV stellt eine Konkretisierung der Prüfpflicht der DRV hinsichtlich der Einhaltung der Aufzeichnungspflichten beim Arbeitgeber gem. § 28 p Abs 1 SGB IV dar. Dies betrifft den

36 Bundestags-Drucksache 11/2221 S. 23.

37 BSG v. 7.2.2002, B 12 KR 12/01.

38 Bundestags-Drucksache a.a.O.

39 Werner in: jurisPK-SGB IV, 2. Aufl. 2011, § 28f SGB IV Rn. 64.

40 LSG Baden-Württemberg v. 19.11.2012, L 11 R 3954/12 ER-B; so auch LSG Baden-Württemberg v. 5.3.2013, L 4 R 4381/12 ER-B.

41 BSG v 7.2.2002, B 12 KR 12/01 R, verneinend.

42 s. hierzu LSG Schleswig Holstein v. 20.4.2012 , L 5 KR 20/12 B ER, das ebenfalls eine Aufzeichnungspflicht in Fällen der vorliegenden Art nicht für denkbar hält.

gesamten Absatz 2 des § 28 f SGB IV und nicht nur die Sätze 1 und 2. Es ist nicht vorstellbar, dass die Ermessensnorm des Satzes 1 von der Verletzung der Aufzeichnungspflicht abhängt, der erheblich einschneidendere und weitergehendere Satz 3 eine solche Pflichtverletzung aber nicht beinhaltet⁴³.

Im Übrigen hat die DRV „**trotz Verletzung der Aufzeichnungspflicht des Arbeitgebers**“⁴⁴ **Ermittlungen gemäß §§ 20, 21 SGB X (Amtsermittlungen) im Rahmen der Verhältnismäßigkeit durchzuführen.** Dabei beschränken sich die Ermittlungen von Amts wegen auf ein vertretbares Maß⁴⁵.

Die Schätzung hat sich an sachlichen und nachvollziehbaren Feststellungen (z.B. an einer ortsüblichen Entlohnung) zu orientieren und ist vollständig gerichtlich überprüfbar.

Zur Widerlegung der Schätzung genügt ein pauschales Bestreiten durch den Arbeitgeber nicht. Erforderlich ist vielmehr, dass der Arbeitgeber die Berechnung des Rentenversicherungsträgers substantiiert bestreitet⁴⁶.

g. Der Säumniszuschlag

Der Säumniszuschlag nach § 24 SGB IV entsteht, wenn der Zahlungspflichtige nicht bis zum Ablauf des Fälligkeitstages die Beiträge usw. gezahlt hat, in Höhe von monatlich 1 % des rückständigen Beitrags.

Der Säumniszuschlag nach Abs. 1 entsteht kraft Gesetzes allein durch Zeitablauf. Voraussetzung ist lediglich die Nichtzahlung des geschuldeten Beitrags bis zum Ablauf des Fälligkeitstages. Es kommt **nicht auf ein Verschulden** an. Deshalb bedarf es auch keiner Mahnung oder einer Zahlungsaufforderung.

Allerdings ist der Säumniszuschlag nicht zu erheben, wenn die Voraussetzungen des Abs. 1 Satz 2 oder des Abs. 2 vorliegen.

Zur **Vermeidung besonderer Härten** wird in Abs. 2 eine weitere Ausnahme für die Fälle geregelt, in denen eine Forderung mit Wirkung für die Vergangenheit durch Bescheid festgestellt wird. Grundsätzlich können Säumniszuschläge auch rückwirkend im Rahmen der

43 s. hierzu LSG Berlin v. 25.8.2004, L 9 KR 63/02, ASR 2005, 78.

44 s. LSG Berlin, Fßnte. 40..

45 Bundestags-Drucksache 11/2221 S. 23.

46 LSG NRW v. 6.12.2011, L 8 R 711/11 B ER.

Verjährungsgrenzen des § 25 SGB IV festgesetzt werden. Dabei ist auf den Zeitpunkt der ursprünglichen Beitragsfälligkeit abzustellen. Dies gilt aber nicht, wenn und soweit der Beitragsschuldner glaubhaft machen kann, dass unverschuldet keine Kenntnis von der Zahlungspflicht bestand. Das Verschulden beurteilt sich entsprechend § 276 BGB. Unverschuldete Unkenntnis wird nach der Rechtsprechung des BSG⁴⁷ z.B. auch anzunehmen sein, wenn die beitragsrechtliche Falschbeurteilung auf falschen Angaben des Beschäftigten oder des Versicherungsträgers beruht. Aus Vereinfachungsgründen genügt für den Beweis der unverschuldeten Unkenntnis das Mittel der Glaubhaftmachung.

II. Die verfahrensrechtliche Seite der Betriebsprüfung

1. Widerspruch

Gegen den Nachforderungsbescheid des Rentenversicherungsträgers kann der Betroffene Widerspruch einlegen, §§ 83 ff. Sozialgerichtsgesetz (SGG). Der Widerspruch hat in Fällen der vorliegenden Art, in denen es um die Anforderung von Beiträgen, Umlagen und sonstigen öffentlichen Abgaben einschließlich der darauf entfallenden Nebenkosten geht, gemäß § 86 a Abs. 2 Nr. 1 SGG keine aufschiebende Wirkung, d.h., dass die nachgeforderte Summe bis zum drittletzten Bankarbeitstag des auf dem Bescheid vermerkten Monats an die Einzugsstellen zu zahlen ist bzw. von diesen eingezogen wird. Dem Betroffenen kann nur durch einen Antrag auf Aussetzung der Vollziehung des angefochtenen Bescheides beim Versicherungsträger oder auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung beim Sozialgericht nach §§ 86 a Abs. 3, 86 b Abs, 1 Nr. 2 SGG geholfen werden.

2. Der Antrag auf Aussetzung der Vollziehung beim Rentenversicherungsträger

§ 86 a Abs. 3 SGG eröffnet der Stelle, die den Verwaltungsakt erlassen hat, die Möglichkeit, seine sofortige Vollziehung auszusetzen. Dabei „kann“ nach Satz 1 Abs. 3 die sofortige Vollziehung ganz oder teilweise ausgesetzt werden, nach Satz 2 „soll“ in den Fällen des § 86 a Abs. 2 Nr. 1 SGG („Anforderung von Beiträgen...“) die Aussetzung erfolgen, wenn ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angegriffenen Verwaltungsaktes bestehen oder wenn die Vollziehung für den Abgaben- oder Kostenpflichtigen eine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotenen Härte zur Folge hätte.

Wann ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angefochtenen Verwaltungsakts bestehen,

ist umstritten. Nach h.M.⁴⁸ ist das anzunehmen, wenn der Erfolg des Rechtsbehelfs wahrscheinlicher ist als der Misserfolg, nach einer in der Literatur vertretenen Mindermeinung liegen ernstliche Zweifel bereits dann vor, wenn ein Erfolg des Rechtsbehelfs mindestens ebenso wahrscheinlich ist wie ein Misserfolg⁴⁹. Das kann nach dieser Auffassung auch bei einer höchstrichterlich noch nicht geklärten Rechtsfrage der Fall sein. Die h.M. beruft sich auf Absatz 2 Nr. 1, wodurch das Vollzugsrisiko bei Abgabebescheiden bewusst auf den Adressaten verlagert worden ist, um die notwendigen Einnahmen der öffentlichen Hand sicherzustellen.

Eine unbillige Härte liegt vor, wenn dem Betroffenen durch die Vollziehung Nachteile entstehen, die über die eigentliche Zahlung hinausgehen und nicht oder nur schwer wieder gut gemacht werden können⁵⁰.

In Abs. 3 S. 4 ist geregelt, dass die Entscheidung mit Auflagen versehen oder befristet werden kann. Für diese Fälle ist über § 202 SGG die Anwendbarkeit der §§ 108 f. ZPO vorgeschrieben. Dies bringt in der Praxis manchmal Probleme mit sich, wenn beispielsweise eine Sicherheit durch Bankbürgschaft verlangt wird, die von dem Betroffenen in keiner Weise beigebracht werden kann, weil er nicht über entsprechende Sicherheiten verfügt, die Schuld aber z.B. ratenweise abzahlen könnte. In diesem Zusammenhang ist auf eine Entscheidung des BVerfG von 1998 hinzuweisen, wonach eine Anordnung über eine Sicherheitsleistung unverhältnismäßig sein kann, wenn der Antragsteller trotz zumutbarer Anstrengungen eine Sicherheit nicht aufbringen kann⁵¹.

Wird die **Aussetzung der sofortigen Vollziehung** durch die Behörde nach Abs. 3 S 1 gewährt, soll dadurch die **Fälligkeit unberührt** bleiben. Daraus folgern die Behörden, dass deswegen auch Säumniszuschläge (§ 24 SGB IV) weiterhin anfallen. Es fragt sich, ob durch die Annahme des weiteren Anfalls von Säumniszuschlägen nicht eine derart hohe Hürde für die Verfolgung des Zieles auf Aussetzung aufgerichtet wird, dass es für manche Betroffene unmöglich ist, diesen Weg zu beschreiten. Immerhin bestimmt § 24 SGB IV eine Verzinsung von 1% pro Monat. In diesen Fällen erscheint es sachgerechter, die in aller Regel geforderte 4%ige Verzinsung, die die Rentenversicherungsträger auf § 27 SGB IV bzw. auch § 44 SGB I (analog? – gültige Ermächtigungsgrundlage ?) stützen, ausreichen zu lassen.

48 Sächsisches LSG v. 22.3.2013, L 1 KR 14/13 B ER m.w.N.; *Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer*, SGG, 10. Aufl., § 86 a Rn. 27A m.w.N.

49 *Düring in Jansen*, SGG, 3. Aufl., § 86 a Rn. 7 unter Bezugnahme auf *Kopp/Schenke*, VwGO, 14. Aufl., § 80 Rn.116.

50 s. vorhergehende Fußnote.

51 BVerfG v 3.12.1998, 1 BvR 592/97, NVwZ 99, 638.

Dass unabhängig hiervon **auch Anträge gem. § 76 Abs. 2 SGB IV** auf Stundung, Niederschlagung und Erlass bei den Einzugsstellen (Krankenkassen) gestellt werden können, sei lediglich angemerkt.

3. Der Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung beim Sozialgericht

Unabhängig von dem Antrag beim Rentenversicherungsträger (s. unter a.), aber auch nach einem abgelehnten Antrag dort kann der Betroffene z.B. bei Beitragsnachforderungen **einstweiligen Rechtsschutz beim Sozialgericht gem. § 86 b Abs. 1 Nr. 2 SGG** beantragen.

Die Norm konkretisiert die verfassungsrechtliche Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 Grundgesetz, wonach Bürger vor irreparablen Entscheidungen der Verwaltung geschützt werden sollen⁵². Dabei ist der Rechtsschutzanspruch umso stärker je schwerwiegender die auferlegte Belastung ist und je mehr die Maßnahmen der Verwaltung Unabänderliches bewirken.

Es gibt Anlass, darauf hinzuweisen, dass zwar in aller Regel, aber nicht in jedem Fall lediglich eine **summarische Prüfung** durchzuführen ist, sondern durchaus auch eine abschließende, wenn sich das Gericht an den Erfolgsaussichten der Hauptsache orientiert. Ist allerdings eine abschließende Entscheidung bzw. eine vollständige Aufklärung der Sach- oder Rechtslage im Eilverfahren nicht möglich, muss eine **Folgenabwägung** stattfinden, um erhebliche Nachteile (z.B. bei lebensbedrohlichen Erkrankungen, bei existenzsichernden Leistungen) für den Betroffenen auszuschließen.

Der Antragsteller muss sich nach hM vor dem Antrag nach Abs. 1 **nicht zunächst** mit dem Begehren einer Entscheidung nach § 86 a Abs. 3 SGG **an den Rentenversicherungsträger** wenden⁵³. Gleichwohl wird häufig die Frage aufgeworfen, ob der Antragsteller, wenn er vom Rentenversicherungsträger eine Aussetzung für das Vorverfahren erhalten hat, nicht zunächst bei der Behörde vorstellig werden muss, um dieser die Möglichkeit zu geben, die Aussetzungsentscheidung auf das gerichtliche Verfahren auszudehnen. Diese Frage ist zu verneinen, weil das Gesetz vorsieht, dass beide Wege -sogar zeitgleich- begangen werden können⁵⁴.

Dass gegen den Beschluss des Sozialgerichts Beschwerde beim Landessozialgericht und gegen einen ablehnenden Widerspruchsbescheid Klage, gegen ein im sozialgerichtlichen Verfahren

52 BVerfG v. 10.10.2003, 1 BvR 2025/03; BVerfG v. 3.10.2010, 1 BvR 772/10.

53 s. hierzu BSG v. 17.10. 2007, B 6 KA 4/07 R.

54 s. hierzu insbes. *Krodel*, Das sozialgerichtliche Eilverfahren, 3. Aufl. S. 34.

ergangenes Urteil Berufung eingelegt werden kann, bedarf keiner näheren Ausführungen.

4. Klage, Berufung und Revision

Gegen einen negativen Widerspruchsbescheid kann (wie fast immer in sozialrechtlichen Verfahren) binnen eines Monats gemäß § 87 Absatz 1 Sozialgerichtsgesetz (SGG) Klage bei einem Sozialgericht erhoben werden, gegen ein negatives Urteil des Sozialgerichts ist die Berufung an das Landessozialgericht (nur nicht in ausgesprochenen Bagatellsachen) zulässig, § 143 SGG. Gegen das Urteil eines Landessozialgerichts ist die Revision an das Bundessozialgericht nur zulässig, wenn diese vom Landessozialgericht ausdrücklich zugelassen worden ist oder bei Nichtzulassung der Revision eine Nichtzulassungsbeschwerde bei dem Bundessozialgericht erfolgreich war, §§ 160 f. SGG.

III. Das Verhältnis der verschiedenen Statusfeststellungsverfahren durch die Einzugsstellen und die Träger der Rentenversicherung (§§ 7a, 28h, 28p SGB IV)

1. Allgemeines

Die vorgenannten Regelungen sind am 1.1.1999, 1.1.1989 und 1.1.1977 in Kraft getreten.

Nach § 7a SGB IV können die Beteiligten seit dem 1.1.2000 **abweichend von der Regelung des § 28h Absatz 2 S 1 SGB IV**, nach der die Einzugsstelle über die Versicherungspflicht zur Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung entscheidet, bei der Deutschen Rentenversicherung ein Anfrageverfahren einleiten und schriftlich eine Entscheidung darüber beantragen, ob ein Beschäftigungsverhältnis besteht oder nicht.

Seit dem 1. Januar 2005 haben Arbeitgeber der Einzugsstelle bei der Anmeldung **zusätzlich anzugeben, ob zum Arbeitnehmer eine Beziehung als Angehöriger besteht bzw. ob es sich um eine Tätigkeit als geschäftsführender Gesellschafter einer GmbH handelt**, § 28a Abs. 3 Satz 2 Nummer 1 d und e SGB IV.

Die Einzugsstelle hat sodann für diesen Personenkreis bei der Deutschen Rentenversicherung Bund eine Entscheidung zu beantragen, ob eine Beschäftigung vorliegt.

§ 28p Abs. 1 SGB IV regelt die Prüfungskompetenz der Träger der Rentenversicherung bei den Arbeitgebern dahingehend, ob diese ihre Meldepflichten und ihre sonstigen Pflichten nach dem SGB, die im Zusammenhang mit dem Gesamtsozialversicherungsbeitrag stehen, ordnungsgemäß erfüllen. Sie prüfen insbesondere die Richtigkeit der Beitragszahlungen und der Meldungen mindestens alle vier Jahre.

Nach Satz 3 dieser Regelung unterrichtet die Einzugsstelle den für den Arbeitgeber zuständigen Träger der Rentenversicherung, wenn sie eine alsbaldige Prüfung bei dem Arbeitgeber für erforderlich hält.

2. Grundlage der unterschiedlichen Tätigkeiten der Einzugsstellen und Rentenversicherungsträger

Durch die Gemeinsame Verlautbarung vom 22. November 2001 in der Fassung vom 15.11.2005 über die „Zusammenarbeit der Einzugsstellen und Rentenversicherungsträger mit den Arbeitsämtern und den Hauptzollämtern bei Prüfungen gemäß §§ 2, 6 des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes“ soll die Zusammenarbeit gefördert werden.

Bei Entscheidungen über die Versicherungspflicht nach § 28h Abs. 2 SGB IV bilden die Festlegungen im „Gemeinsamen Rundschreiben der Spitzenorganisationen der Sozialversicherung zur Statusfeststellung von Erwerbstätigen“ vom 13. April 2010 die Grundlage des Verwaltungshandelns aller für die Anwendung des § 7a SGB IV zuständigen Träger der Kranken- sowie Rentenversicherung.

--- Handelt es sich um ein obligatorisches Statusfeststellungsverfahren (GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführer oder Angehöriger) ist die Bundesagentur für Arbeit gemäß § 336 SGB III an das Ergebnis des Statusfeststellungsverfahrens nach § 7a SGB IV gebunden.

Für versicherungspflichtig Beschäftigte sind die Beiträge zur Kranken-, Renten-, Pflege- und Arbeitslosenversicherung als Gesamtsozialversicherungsbeitrag gemäß § 28d SGB IV zu zahlen. Der Gesamtsozialversicherungsbeitrag ist vom Arbeitgeber als Schuldner an die Einzugsstelle zu entrichten, § 28e SGB IV.

Das obligatorische Statusfeststellungsverfahren nach § 7a Abs. 1 Satz 2 SGB IV beruht regelmäßig auf der Anmeldung eines Beschäftigten durch den Arbeitgeber. Diese Anmeldung setzt voraus, dass der Arbeitgeber von vornherein von einer Beschäftigung ausgeht. Damit sind die für das Statusfeststellungsverfahren vorgesehenen Erleichterungen nach § 7a SGB IV hinsichtlich des Beginns der Versicherungspflicht und der Fälligkeit der Beiträge nicht erforderlich, somit auch nicht anzuwenden.

Die Fälligkeit des Gesamtsozialversicherungsbeitrages ist für das obligatorische Statusverfahren in § 7a Abs. 6 S. 2 SGB IV geregelt. Die Verjährung richtet sich nach § 25 SGB IV.

Nach § 40a Abs. 6 Einkommensteuergesetz ist die Deutsche Rentenversicherung Knappschaft-Bahn-See die zuständige Einzugsstelle für die Erhebung der einheitlichen Pauschsteuer (2 % des Arbeitsentgelts).

§ 28h SGB IV gilt für die Kranken-, Renten-, Pflegeversicherung und für das Recht der Arbeitsförderung, nicht dagegen für die Unfallversicherung und Alterssicherung für Landwirte.

Die Träger der **gesetzlichen Krankenversicherung haben die Funktion von Einzugsstellen für den Gesamtsozialversicherungsbeitrag**. Ihre bis zum 31.12.1995 bestehende Prüfungskompetenz verloren sie an die Rentenversicherung, weil Krankenkassen sich zunehmend im Wettbewerb um die Mitglieder und damit in einem Interessenkonflikt befinden.

Nach den den Einzugsstellen verbleibenden Aufgaben (Beitragseinzug und Meldeverfahren sowie Feststellung der Versicherungspflicht und Beitragshöhe in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung in der Arbeitslosenversicherung sowie die entsprechende Beitragserhebung) kommt den Einzugsstellen immer noch eine zentrale Bedeutung im Sozialversicherungsrecht zu.

3. Entscheidungen durch die Einzugsstelle (§ 28h Abs. 2 SGB IV)

Die **Einzugsstellen entscheiden über die Versicherungspflicht und Beitragshöhe** in den vorgeannten Versicherungszweigen insoweit ausschließlich die Frage, ob eine Beschäftigung im Sinne des § 7 SGB IV vorliegt, für eine Selbstständigkeit also kein Raum besteht.

1. Ausnahme: Anfragen im allgemeinen Statusfeststellungsverfahren nach **§ 7a Abs. 1 Satz 1 SGB IV**. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass dieses Anfrageverfahren unter bestimmten Voraussetzungen nicht stattfinden darf. Und zwar in den Fällen, in denen bereits durch eine Einzugsstelle im Rahmen des § 28h Abs. 2 SGB IV ein Verfahren zur Feststellung einer versicherungspflichtigen Beschäftigung vor Eingang des Antrages zur Statusfeststellung nach § 7a SGB IV bei der Deutschen Rentenversicherung Bund **eingeleitet** wurde.

Ein Verfahren wird eingeleitet, wenn die Einzugsstelle oder der Rentenversicherungsträger nach außen erkennbar Ermittlungen zur Feststellung des sozialversicherungsrechtlichen Status in Gang gesetzt hat, zum Beispiel durch Übersendung eines Fragebogen an einen der Beteiligten oder Ankündigung einer Betriebsprüfung.

Es ist ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass den **Beteiligten bei einem fakultativen Statusfeststellungsverfahren (entweder durch den Rentenversicherungsträger oder die Einzugsstelle) ein Wahlrecht** zusteht, ob sie den versicherungsrechtlichen Status durch den einen oder den anderen Versicherungsträger klären lassen wollen. § 7a SGB IV eröffnet einen

gleichwertigen Weg zu einer umfassenden Prüfung des Vorliegens von Versicherungspflicht durch die Deutsche Rentenversicherung neben der Prüfung durch die Einzugsstelle.

Macht der Versicherte von seinem Wahlrecht Gebrauch, ist der **Sozialversicherungsträger bei dem der Erstantrag eingeht, daran gebunden** (LSG Berlin-Brandenburg vom 7. August 2013, L 9 KR 53/11).

Der Sozialversicherungsträger ist so lange allein zuständig, bis er durch einen rechtskräftigen Verwaltungsakt eine Entscheidung getroffen hat.

Die Fehler der Deutschen Rentenversicherung Bund aus der Vergangenheit, im Rahmen ihres Anfrageverfahren nach § 7a SGB IV lediglich über das Bestehen oder Nichtbestehen einer Beschäftigung dem Grunde nach zu entscheiden, findet man heute kaum noch.

Das BSG hat 2009 in zwei Entscheidungen geurteilt, dass in Statusverfahren konkrete Feststellungen zum Bestehen oder Nichtbestehen einer Versicherungspflicht in allen Zweigen der Sozialversicherung notwendig sind.

In allen Entscheidungen wird darauf hingewiesen, dass **Anfrageverfahren nach § 7a SGB IV gleichwertig neben den Einzugsstellen-Verfahren nach § 28h Abs. 2 Satz 1 SGB IV und dem Prüfstellenverfahren der Rentenversicherungsträger nach § 28p Abs. 1 Satz 5 SGB IV** steht.

2. Ausnahme: Eine weitere Ausnahme besteht bei der **Anfrage wegen Angehöriger des Arbeitgebers oder geschäftsführender Gesellschafter einer GmbH nach § 7a SGB IV**.

Der Arbeitgeber hat bei der Meldung die entsprechenden Angaben zu machen. Im Falle einer solchen Meldung hat die Einzugsstelle grundsätzlich nach § 7a Abs. 1 Satz 2 SGB ein Statusfeststellungsverfahren bei der Deutschen Rentenversicherung Bund einzuleiten (obligatorisches Statusfeststellungsverfahren).

3. Ausnahme: Entscheidungen nach **§ 28p Abs. 1 Satz 5 SGB IV**

Im Zusammenhang mit Prüfungen nach § 28p SGB IV sind die Rentenversicherungsträger allein zur Entscheidung über den sozialversicherungsrechtlichen Status einer Erwerbsperson befugt und für den Erlass entsprechender Verwaltungsakte zuständig. § 28h Abs. 2 SGB IV gilt nicht.

Die Entscheidungen der Einzugsstelle ergehen durch Verwaltungsakt, § 31 SGB X. Daher haben die Einzugsstellen den betroffenen Arbeitnehmern schon bei Einleitung eines Verwaltungsverfahrens über das Bestehen von Versicherungspflicht oder die Beitragshöhe eine entsprechende Nachricht zukommen zu lassen.

Die Entscheidung der Einzugsstelle ergeht aufgrund vorhergehender Amtsermittlung nach § 20

SGB X.

4. Bindungswirkung der Entscheidungen der Einzugsstelle

Das BSG hat am 1. Juli 1999 (B 12 KR 2/99 R) entschieden, dass die Einzugsstelle ihre **Entscheidung unverzüglich allen Beteiligten gleichzeitig bekannt** zu geben hat. „Alle Beteiligten“ bedeutet: Arbeitgeber, Arbeitnehmer und die betroffenen Versicherungsträger.

Die **Verwaltungsakte der Einzugsstellen** über Versicherungspflicht oder Versicherungsfreiheit sind **vor ihrem Erlass mit dem Rentenversicherungsträger und der Bundesagentur für Arbeit** gemäß § 12 Abs. 2 Satz 2 in Verbindung mit 86 SGB X **abzustimmen** und gemäß § 37 Abs. 1 in Verbindung mit § 36 SGB X allen Beteiligten gleichzeitig mit einer entsprechenden Rechtsbehelfsbelehrung bekannt zu geben (BSG vom 3. Juli 2013, B 12 KR 8/11 R).

Der beschwerte Träger der Sozialversicherung ist befugt, einen Bescheid der Einzugsstelle durch Klage anzufechten, um dessen Rücknahme zu erwirken.

Eine Bindung der beteiligten Träger an die Entscheidung der Einzugsstelle besteht nicht.

Die Entscheidung der Einzugsstelle gemäß § 28h Absatz 2 SGB IV bindet die Bundesagentur für Arbeit nach einer Entscheidung des BSG vom 6. Februar 1992 (7 RAR 134/90) grundsätzlich nicht hinsichtlich der Erbringung von Leistungen.

“Das Vertrauen des Betroffenen in den Bestand einer Arbeitslosenversicherung ist mangels der Möglichkeit, eine entsprechende private Versicherung abzuschließen, und unter Berücksichtigung seines Beitragserstattungsanspruch nicht schutzwürdig.“

Hat der Rentenversicherungsträger allerdings die Entscheidung der Einzugsstelle hingenommen, nachdem sie ihm bekannt gegeben worden ist, tritt eine Bindung über § 26 SGB IV hinaus ein.

IV. Statusfeststellungsverfahren der Rentenversicherung nach § 7a SGB IV

1. Allgemeines

Häufig ist es nicht ganz einfach, den Status einer Person zu bestimmen. Um die Betroffenen (Arbeitnehmer und Arbeitgeber bzw. Auftragnehmer und Auftraggeber) in dieser Situation nicht völlig allein zu lassen, hat der Gesetz mit § 7a SGB IV eine Regelung getroffen, die den v.g. Personen auf Anfrage bzw. in bestimmten Fällen auch ohne ihr Zutun Klarheit über den Status einer bestimmten Person verschaffen soll.

Die Krankenkasse als Einzugsstelle muss nämlich in bestimmten, im Gesetz genau bezeichneten Fällen einen solchen Antrag stellen, wenn der Arbeitgeber in seiner Meldung nach § 28a Abs. 3 Satz

2 Nr. 1 d) und e) SGB IV einen mitarbeitenden Abkömmling bzw. Ehegatten/Lebenspartner oder das Rechtsverhältnis als geschäftsführender Gesellschafter einer GmbH besonders ausweist.

§ 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. Die Einzugsstelle hat einen Antrag nach Satz 1 zu stellen, wenn sich aus der Meldung des Arbeitgebers (§ 28a) ergibt, dass der Beschäftigte Ehegatte, Lebenspartner oder Abkömmling des Arbeitgebers oder geschäftsführender Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist. Über den Antrag entscheidet abweichend von § 28h Absatz 2 die Deutsche Rentenversicherung Bund.

(2) Die Deutsche Rentenversicherung Bund entscheidet auf Grund einer Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalles, ob eine Beschäftigung vorliegt.

(3) Die Deutsche Rentenversicherung Bund 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 Deutsche Rentenversicherung Bund 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 Deutsche Rentenversicherung Bund 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 Deutsche Rentenversicherung Bund ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis fest, tritt die Versicherungspflicht mit der Bekanntgabe der Entscheidung ein, wenn der Beschäftigte zustimmt und 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 Absatz 1 des Sozialgerichtsgesetzes nach Ablauf von drei Monaten zulässig.

Die Vorschrift zeigt sehr deutlich die Schritte auf, die zu einer Entscheidung der Clearingstelle notwendig sind.

2. Die Rechtsfolgen einer rechtzeitigen Antragstellung

Interessant können bei einer rechtzeitigen Antragstellung (innerhalb von 1 Monat) die Rechtsfolgen sein:

Bei einem rechtzeitigen Anfrageverfahren (Antrag innerhalb eines Monats nach Aufnahme der Tätigkeit) tritt Versicherungspflicht in der Sozialversicherung nach § 7 a Abs. 6 S. 1 SGB IV erst mit dem Tag der Bekanntgabe der Entscheidung über das Vorliegen eines versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses ein. Voraussetzung hierfür ist allerdings u.a. eine für den Zeitraum zwischen Aufnahme der Beschäftigung und Bekanntgabe der Entscheidung bestehende Absicherung zur Altersvorsorge, die der Art nach den Leistungen der gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung entspricht.

Die **Fälligkeit des Gesamtsozialversicherungsbeitrags** tritt zudem erst nach Bestandskraft des Verwaltungsakts, mit dem die Entscheidung, dass eine Beschäftigung vorliegt, ein..

Beispiel: A und B vereinbaren am 2.1.2015, dass B für A die Buchhaltung in selbständiger Tätigkeit verrichtet, so dass keine Sozialbeiträge fällig werden. A befürchtet, möglicherweise später rückwirkend (vier Jahre) von der Versicherung zur Beitragszahlung (Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbeiträge) herangezogen zu werden und stellt nach drei Wochen den Antrag nach § 7a SGB IV.

Nach einigen Ermittlungen trifft die Clearingstelle am 1.11.2015 die Entscheidung, dass B als Arbeitnehmer anzusehen ist.

1. Folge: Die Versicherungs- und Beitragspflicht entsteht erst zum 1.11.2010. Für die Zeit davor sind keine Beiträge zu entrichten.

Legt A (oder B) gegen die Entscheidung vom 1.11.2010 Widerspruch ein und nach einem negativen Widerspruchsbescheid Klage zum Sozialgericht und dann vielleicht noch bei einem negativen Urteil des Sozialgerichts Berufung zum Landessozialgericht können leicht drei Jahre ins Land gegangen sein.

2. Folge: Nach § 7a Abs. 6 Satz 2 SGB IV wird der Gesamtsozialversicherungsbeitrag erst fällig, wenn das Urteil des Landessozialgerichts rechtskräftig geworden ist, d.h. in unserem Fall erst im November 2013. Dann hat A zwar die Beiträge ab 1.11. 2010 nachzuzahlen, hatte aber bis

November 2013 einen Zahlungsaufschub.⁵⁵

3. Keine Kausalität mit der Beschäftigung notwendig

In der Praxis bestehen unterschiedliche Auffassungen zu der Frage, ob bezüglich der geforderten Altersvorsorge Kausalität mit der zu beurteilenden Beschäftigung bestehen muss. Diese Frage wird von der Prüfpraxis der Rentenversicherungsträger **verneint**. Hiernach ist es ausreichend, wenn in dem maßgebenden Zeitraum Aufwendungen für die Altersvorsorge getätigt worden sind, die der Höhe nach mindestens dem freiwilligen Mindestbeitrag der gesetzlichen Rentenversicherung entsprechen. Wenn - unabhängig von der zu beurteilenden Beschäftigung - bereits Aufwendungen für die Altersvorsorge geleistet wurden, sind diese Aufwendungen zu berücksichtigen. Es ist nicht erforderlich, dass wegen der neu aufgenommenen Beschäftigung zusätzliche Vorsorgeleistungen erbracht werden.

Für die geforderte Alterssicherung ist nach Meinung der Rentenversicherung Bund **ausreichend**, wenn für die Zeit zwischen Aufnahme der Beschäftigung und Bekanntgabe der Entscheidung Pflichtbeiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung aufgrund eines weiteren Beschäftigungsverhältnisses oder einer versicherungspflichtigen selbständigen Tätigkeit, **freiwillige Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung, Beiträge zur landwirtschaftlichen Alterskasse, Beiträge aufgrund einer Mitgliedschaft in einer berufsständischen Versorgungseinrichtung, Prämien für eine private Altersversorgung (Kapitallebens- oder Rentenversicherung) gezahlt** werden oder Zeiten erworben werden, die der Erfüllung von Versorgungsanwartschaften aus einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis (z.B. Beamtenverhältnis) dienen.

4. Die Zustimmung des Beschäftigten

In diesem Zusammenhang ist in der Literatur umstritten, ob die Zustimmung des Beschäftigten, die Voraussetzung nach § 7 a Abs. 6 SGB IV ist, bereits im Voraus (z.B. bei Vertragsabschluss) eingeholt werden kann. M.E. ist dies zu bejahen. Rechtsprechung zu dieser Frage liegt nicht vor.

5. Neuere Rechtsprechung zu § 7a SGB IV

a. BSG v. 24. März 2016 - B 12 R 3/14 R - Statusfeststellungsverfahren

Die Klägerin betreibt ein **IT-Service-Beratungs- und Dienstleistungsunternehmen**. Sie vereinbarte mit dem (privat gegen Krankheit und Berufsunfähigkeit sowie durch Kapital- und

⁵⁵ LSG Sachsen-Anhalt v. 10.11.2016 – L 1 R 153/16 B ER: „Die aufschiebende Wirkung des Rechtsbehelfs gegen einen Freistellungsbescheid nach § 7a SGB IV entfällt nicht, wenn im selben Bescheid daneben auch Beiträge nachgefordert werden. § 7a SGB IV ist gegenüber § 86 a Abs. 2 Nr. 1 SGG lex specialis.“ Diese Auffassung stellt eine Mindermeinung dar und wird von der Deutschen Rentenversicherung und der Mehrzahl der Gerichte nicht geteilt.

Rentenversicherungen abgesicherten) Beigeladenen zu 1. - einem **Informatiker** - **schriftlich in verschiedenen Einzelregelungen die Erbringung von Beratungs- und Dienstleistungen bei einem Kunden in der Zeit vom 26.2. bis 31.12.2009**. Der Beigeladene zu 1. unterhielt ein eigenes Büro und verfügte über einen flexiblen Arbeitsplatz beim Kunden und stellte der Klägerin (vom Kunden bestätigte) Arbeitsstunden in Rechnung.

Auf einen **Statusfeststellungsantrag des Beigeladenen zu 1.** stellte die beklagte DRV Bund mit Bescheiden vom 12.10.2009 ihm und der Klägerin gegenüber fest, dass die og Tätigkeit in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis ausgeübt werde. Im Widerspruchsverfahren änderte die Beklagte die Bescheide am 11.5.2010 dahin, dass in-soweit die Versicherungspflicht in der GKV, sPV, GRV und nach dem Recht der Arbeitsförderung festgestellt wurde.

Das BSG hat ausgeführt, die auf die Zeit vom 15.10. bis 18.12.2009 beschränkte Revision der Beklagten führe zur **Aufhebung des LSG-Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das LSG**.

Es hätte nicht offengelassen werden dürfen, ob der Beigeladene zu 1. in seiner Tätigkeit für die Klägerin versicherungspflichtig beschäftigt war, weil ein Beginn der (möglichen) Versicherungspflicht des Beigeladenen zu 1. noch auf einen Zeitpunkt vor Beendigung seiner Tätigkeit aufgeschoben werden konnte; denn dafür war die Bekanntgabe des Bescheides vom 12.10.2009 (am 15.10.2009) maßgebend. Nach § 7a Abs 6 SGB IV tritt die Versicherungspflicht nach der Feststellung über ein "versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis" nicht mit Beginn der Beschäftigung ein, sondern - unter bestimmten weiteren Voraussetzungen - (erst) "mit der Bekanntgabe der Entscheidung" der DRV Bund.

Der Beigeladene erfüllte nach den für den Senat bindenden Feststellungen des LSG (§ 163 SGG) die allgemeinen Voraussetzungen für den späteren Eintritt der (möglichen) Versicherungspflicht. Dem Beginn der Versicherungspflicht bereits am 15.10.2009 steht nicht entgegen, dass in dem ersten Bescheid vom 12.10.2009 lediglich festgestellt wurde, dass die Tätigkeit für die Klägerin "im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses" ausgeübt wurde, und dass die Beklagte damit eine **unzulässige Elementenfeststellung** traf (vgl zur Erforderlichkeit einer Entscheidung über die "Versicherungspflicht" wegen Beschäftigung BSGE 103, 17, SozR 4-2400 § 7a Nr 2 RdNr 14 ff).

Erst mit dem Bescheid vom 11.5.2010 erfolgte eine ordnungsgemäße Feststellung nach § 7a Abs 1 SGB IV.

Der vorangegangene Bescheid war nicht etwa im Sinne einer Nichtigkeit (§ 40 SGB X) gänzlich unbeachtlich, sondern lediglich (einfach) rechtswidrig. Diese Rechtswidrigkeit steht der

Beachtlichkeit für die Rechtsfolge des § 7a Abs 6 SGB IV nicht entgegen. Nach den Gesetzesmaterialien sollte das finanzielle Risiko, dass sich eine von den Beteiligten als selbstständig geführte Tätigkeit nach Durchführung eines Statusfeststellungsverfahrens als Beschäftigung herausstellt und erhebliche Beitragsnachzahlungspflichten von Beginn der Beschäftigung an auslöst, durch die Regelung gemindert werden (vgl Entwurf des Gesetzes zur Förderung der Selbständigkeit, BT-Drucks 14/1855 S 6 unter Hinweis auf die Vorschläge der "Kommission Scheinselbständigkeit"). Die - von einem entsprechenden Antrag des Beschäftigten abhängige - Regelung ist der Kompromiss eines Ausgleichs der Interessen von Beschäftigten und Arbeitgebern. Unter dem Blickwinkel des damit auch verfolgten Schutzes des Arbeitgebers (= Beitragsschuldner nach § 28e SGB IV) kann es für das Vorliegen einer "Entscheidung" iS von § 7a Abs 6 S 1 SGB IV allein auf den Zeitpunkt an-kommen, der infolge einer Verwaltungsentscheidung der DRV Bund zu einer (ersten) Beseitigung von Unklarheiten darüber führt, ob eine selbstständige Tätigkeit oder eine Beitragszahlungen auslösende Beschäftigung vorlag. Dies war hier bereits mit der Bekanntgabe des ursprünglichen Bescheides der Fall, weil jeden-falls ab diesem Zeitpunkt kein geschütztes Vertrauen der Klägerin in den Status der Selbstständigkeit des Beigeladenen zu 1. und in ausgeschlossene Beitragsforderungen mehr bestand. Aus der Rspr des Senats zur Unzulässigkeit von Elementenfeststellungen im Kontext des § 7a SGB IV (aaO) folgt nichts Gegenteiliges. Schon darin hat der Senat angesprochen, dass Abs 6 anders auszulegen sein könnte als Abs 1. Hervorzuheben ist zudem die unterschiedliche Ziel-richtung beider Absätze: Abs 1 betrifft die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung der streitigen Tätigkeit als solche für die gesamte Dauer ihrer Ausübung; bei Abs 6 geht es demgegenüber von vornherein nur um einen "Zwischenzeitraum" (= Eintritt der Wirkungen der Versicherungspflicht ab Beschäftigungsbeginn oder erst ab Bekanntgabe der Entscheidung).

b. BSG v. 24. März 2016 – B 12 R 12/14 R – Statusfeststellungsverfahren

Die Klägerin betreibt in der Rechtsform einer gemeinnützigen GmbH ein **Therapiezentrum**. Der Beigeladene zu 1. (Diplom-Krankenhausbetriebswirt) - der insoweit bis Juli 2007 einen Gründungszuschuss für eine selbstständige Tätigkeit erhielt - arbeitete dort von Dezember 2006 bis Ende 2008 als **Geschäftsführer auf der Grundlage eines schriftlichen Anstellungsvertrags, der zahlreiche Einzelregelungen enthielt** (ua Alleinvertretungsrecht; Befreiung von § 181 BGB; Tätigkeit mindestens 24 Wochenstunden; Befugnis zum Tätigwerden für weitere Auftraggeber als "Berater im Gesundheitswesen"; feste Monatsvergütung zzgl Erfolgsprämie; ab März 2007 mindestens 40 Wochenstunden, bei höherem Monatsentgelt). Sozialversicherungsbeiträge und Lohnsteuer führte die Klägerin für den Beigeladenen zu 1. nicht ab.

Im Dezember 2006 beantragte die Klägerin bei der beklagten DRV Bund die Feststellung des sozialversicherungsrechtlichen Status des Beigeladenen zu 1., der im März 2007 einem Beginn der Versicherungspflicht erst mit Bekanntgabe des erwarteten Bescheides zunächst zustimmte. Ein zwischenzeitlicher Statusfeststellungsstreit mit der Einzugsstelle (Beigeladene zu 2.) endete rechtskräftig damit, dass diese nicht zuständig gewesen sei. Mit Bescheiden vom 30.3.2010 stellte sodann die Beklagte gegenüber der Klägerin und dem Beigeladenen zu 1. fest, dass dessen Tätigkeit des Beigeladenen seit 1.12.2006 in abhängiger Beschäftigung ausgeübt werde. **Während des von der Klägerin dagegen eingeleiteten Widerspruchsverfahrens erklärte der Beigeladene zu 1. im Juli 2010, er stimme dem späteren Beginn der Versicherungspflicht nicht zu.** Mit Bescheiden vom 13.10.2010 änderte die Beklagte ihre vorangegangenen Bescheide dahin, dass Versicherungsfreiheit in der GKV sowie Versicherungspflicht in der RV und sPV sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung bestehe.

In dem nach erfolglosem Widerspruch von der Klägerin angestrebten Klageverfahren erklärte der Beigeladene zu 1., er stimme einem späteren Beginn der Versicherungspflicht nicht zu und halte an seiner Erklärung von Juli 2010 fest. Das SG hat die Klage abgewiesen. Das LSG hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen

Die Revision der Klägerin wurde zurückgewiesen. Das BSG hat ausgeführt, es sei nicht zu beanstanden, dass ihre Berufung gegen das klageabweisende erstinstanzliche Urteil beim LSG ohne Erfolg geblieben sei. Dass der Beigeladene zu 1. wegen von der Beklagten angenommener Beschäftigung versicherungspflichtig war, habe die Klägerin im Revisionsverfahren nicht mehr in Zweifel gezogen. Zu Recht habe das LSG auch zugrunde gelegt, dass schon die erste Voraussetzung des § 7a Abs 6 SGB IV dafür fehle, dass der Beginn der Versicherungspflicht erst mit Zugang des Bescheides vom 30.3.2010 bzw 13.10.2010 eintrat. **Es mangle an einer wirksamen Zustimmung des Beigeladenen zu 1. für das Hinausschieben des Beginns seiner Versicherungspflicht. Er habe seine zunächst im März 2007 erteilte Zustimmung nämlich wirksam im Juli 2010 durch eine gegenteilige Erklärung widerrufen.** Dadurch sei wieder die allgemeine Regelung zum Tragen gekommen, dass die Versicherungspflicht von Beginn der Beschäftigung an bestehe. Gegen die Wirksamkeit dieses Widerrufs bestünden hier keine Bedenken (vgl allgemein zum idR fehlenden schutzwürdigen Interesse des Sozialleistungsträgers am Fortbestand von Erklärungen des Sozialleistungsberechtigten nach den strengen Regelungen des § 130 BGB BSGE 60, 79 = SozR 4100 § 100 Nr 11).

Die Möglichkeit des Widerrufs einer einmal erklärten Zustimmung besteht zeitlich nicht

unbegrenzt. Die Rspr des BSG, deren gemeinsames Merkmal eine Abwägung der Interessen aller Beteiligten ist, **nimmt je nach dem Regelungszusammenhang unterschiedliche Zeitpunkte** an, bis zu denen eine einmal im Verwaltungsverfahren abgegebene Willenserklärung (insbesondere eine Antragstellung) wieder beseitigt werden kann (Zeitpunkt des Zugangs eines Bescheides oder der Bestandskraft bzw Ablauf der Widerspruchsfrist, vgl zB BSGE 68, 144 = SozR 3-1200 § 53 Nr 1; BSGE 76, 218 = SozR 3-2500 § 50 Nr 3; BSG SozR 3-7833 § 6 Nr 5). Obwohl auch der (mögliche) Arbeitgeber von der Zustimmungserklärung des Beschäftigten nach § 7a Abs 6 SGB IV hinsichtlich des Beginns seiner Pflichten im Zusammenhang mit der Beitragszahlung zum späteren Beginn der Versicherungspflicht betroffen ist, folgt daraus zu seinen Gunsten nicht eine derart ausgeprägte Rechtsstellung, dass sich der Beschäftigte an der einmal erteilten Zustimmung uneingeschränkt festhalten lassen müsste: Allein der Beschäftigte kann den Aufschub des Zeitpunkts der Versicherungspflicht bewirken, allein er hat damit entsprechend seiner Interessenlage erweiterte Handlungsspielräume in Bezug darauf, ob von dem sozialversicherungsrechtlichen Schutz schon von Beschäftigungsbeginn an Gebrauch gemacht wird, oder ob dieser Schutz vorübergehend (vom Beginn der Beschäftigung bis zum Ergehen einer Verwaltungsentscheidung) nicht in Anspruch genommen werden soll (vgl Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Selbständigkeit, BT-Drucks 14/1855 S 6, 8). Obwohl § 7a Abs 6 SGB IV auch den Schutz des Arbeitgebers vor erheblichen Beitragsnachforderungen bezweckt, ist damit ein umfassender Vertrauensschutz nicht verbunden. Ein Arbeitgeber kann sich allein aufgrund einer abgegebenen Zustimmungserklärung nicht auf den erst späteren Beginn der Versicherungspflicht verlassen; diese Rechtsfolge erfordert nämlich zusätzlich, dass nach § 7a Abs 6 S 1 Nr 2 SGB IV qualifizierte Voraussetzungen hinsichtlich der zwischenzeitlichen privaten Absicherung des Beschäftigten erfüllt sind, auf die der Arbeitgeber selbst gar keinen Einfluss hat. Die Beklagte traf mit ihrem Bescheid vom 30.3.2010 zudem lediglich eine Entscheidung nach § 7a Abs 1 SGB IV (Beschäftigung/selbstständige Tätigkeit), nicht aber über die Voraussetzungen des Abs 6. Ein Widerruf der Zustimmungserklärung im Juli 2010 war deshalb noch möglich.

Dafür, dass - wie die Klägerin geltend macht - zwischen ihr und dem Beigeladenen zu 1. konkludent die Beibehaltung einer Zustimmungserklärung vereinbart worden sei, fehlen nach Ansicht des BSG schon entsprechende Feststellungen des LSG. Im Übrigen könnte ein solcher Sachverhalt allenfalls Rechtswirkungen im Verhältnis der Arbeitsvertragsparteien zueinander auslösen, nicht aber auch sozialversicherungsrechtliche Folgen haben.

V. Prüfungsschwerpunkte des Status einer Person im Rahmen der sozialversicherungsrechtlichen BP

1. Allgemeines

Das Sozialversicherungsrecht enthält Gefahren, aber auch erhebliche finanzielle Chancen für den Rechtsanwender/Rechtsberater und seine Mandanten.

Erkennt man die Gefahren nicht, hat dies in aller Regel erhebliche finanzielle, wenn nicht sogar strafrechtliche Konsequenzen (im Beitragsrecht s. vor allem §§ 266a, 263 StGB) zur Folge.

Solide Kenntnisse des Sozialversicherungsrechts eröffnen aber auch Chancen, um beispielsweise durch den Einsatz von Selbständigen, geringfügig Beschäftigten oder Werkstudenten das Betriebsergebnis erfreulicher zu gestalten, und Gefahren, z.B. Beiträge nachentrichten zu müssen, zu vermeiden.

Eine „offizielle“ Liste der Gefahren bzw. Chancen im Sozialversicherungsrecht gibt es naturgemäß nicht.

Aber natürlich wird über die Frage, ob **Selbstständige** in bestimmten konkreten Situationen im Arbeitsprozess eingesetzt werden können und dadurch möglicherweise ein **Einspareffekt von etwa 42 % des Bruttolohnes** eines vergleichbaren Arbeitnehmers eintritt, von den Betroffenen verstärkt nachgedacht. Das gleiche gilt für den **Einsatz von geringfügig beschäftigten Arbeitnehmerinnen** und Arbeitnehmern, bei denen unter bestimmten Voraussetzungen ebenfalls keine Sozialbeiträge anfallen (s. vor allem § 8 Abs. 1 S. 2 SGB IV).

Wo solche Gefahren lauern bzw. sich Chancen eröffnen, ist am zuverlässigsten dem Ergebnis der bei den Unternehmen alle vier Jahre stattfindenden sozialversicherungsrechtlichen Betriebsprüfungen zu entnehmen; wo Chancen bestehen, wird im Allgemeinen vom Geschick bzw. Wissen der Beraterinnen und Berater abhängen.

2. Die einzelnen Problemfelder

a. Statusprobleme

Sehr häufig wird von den Versicherungsbehörden (Rentenversicherungen, Krankenkassen und Berufsgenossenschaften) der Status eines Beschäftigten daraufhin geprüft, ob es sich um einen Arbeitnehmer oder einen Selbstständigen handelt. Diese Unterscheidung, die erhebliche finanzielle Auswirkungen hat (Versicherungs- und Beitragspflicht des Arbeitnehmers, i.A., aber nicht immer Versicherungs- und Beitragsfreiheit des Selbstständigen), gehört mit zu dem Schwierigsten im Sozialversicherungsrecht.

aa. Allgemeines

Die Rechtsprechung hat bei der Abgrenzung der selbstständigen Tätigkeit von der abhängigen Beschäftigung als Arbeitnehmer zunächst einige **Grundsätze** aufgestellt und später **Indizien** formuliert. Dabei hat das BSG in ständiger Rechtsprechung darauf hingewiesen, dass Arbeiten ab einem gewissen Qualitätsniveau grundsätzlich sowohl als Arbeitnehmer-Beschäftigungen als auch im Rahmen eines freien Dienstverhältnisses/eines Werkvertrages selbstständig ausgeübt werden können.

bb. Die Grundsätze:

aa. Tatsächliche Verhältnisse gehen vertraglichen Vereinbarungen vor

Ob eine abhängige Beschäftigung oder eine selbstständige Tätigkeit vorliegt, wird zwar zunächst anhand der zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer bestehenden vertraglichen Vereinbarungen geprüft, sodann wird aber immer festzustellen sein, ob das vertraglich Vereinbarte auch tatsächlich im Arbeitsalltag umgesetzt wird, bzw., ob es den Umständen der tatsächlichen Arbeitsbeziehungen entspricht. Ist das nicht der Fall, ist bei der Beurteilung der abhängigen Beschäftigung vor allem von den tatsächlichen Verhältnissen und nicht von dem rechtlich Vereinbarten auszugehen.

bb. Keine nachträglichen Vereinbarungen möglich

Die Parteien des Arbeitsvertrages können über das öffentlich-rechtliche Beschäftigungsverhältnis nicht disponieren, da an ihm außer ihnen auch die Sozialleistungsträger beteiligt sind! Arbeitnehmer und Arbeitgeber können sich nicht einfach ein Auftragsverhältnis „wünschen“, wenn sich dies nicht aus den Umständen, die für eine Selbstständigkeit sprechen tatsächlich ergibt.

cc. Wahrnehmung von Unternehmerfunktionen ist kein Unterscheidungsmerkmal

Die Notwendigkeit, zu prüfen, ob ein Geschäftsführer selbständig tätig oder abhängig beschäftigt ist, entfällt nicht etwa, weil der Betreffende Unternehmerfunktionen ausübt. Mitarbeitende Gesellschafter, Geschäftsführer, Leitende Angestellte usw. können in der Sozialversicherung sowohl abhängig beschäftigt als Arbeitnehmer als auch selbstständig tätig sein.

Auch ein organschaftlicher Vertreter kann – von der Ausnahmeregelung für Mitglieder des Vorstandes einer Aktiengesellschaft abgesehen - im Gegensatz z.B. zu den Regelungen des Kündigungsschutzrechts Arbeitnehmer und damit abhängig beschäftigt sein.

Die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung zu diesem Problembereich ist im Sozialrecht nicht anwendbar.

dd. Der Wille ist nur begrenzt entscheidend

Dem im Vertrag zum Ausdruck gekommenen Willen ist nur dann entscheidende Bedeutung beizumessen, wenn bei Beurteilung des gesamten Bildes der Tätigkeit die überwiegende Anzahl der Kriterien für Selbstständigkeit und nicht für Abhängigkeit sprechen.

ee. Keine Bindung an Entscheidungen anderer Behörden oder Gerichte

Weder Arbeitsagenturen noch Rentenversicherungen oder Berufsgenossenschaften und auch nicht die Sozialgerichte sind an Entscheidungen anderer Behörden oder Gerichte, z.B. der Steuerbehörden über die Abhängigkeit oder Selbstständigkeit einer Tätigkeit und der z.B. hieraus folgenden Steuerpflicht gebunden.

ff. Gesamtwürdigung aller Umstände

Sprechen bestimmte Merkmale für eine abhängige, andere für eine selbstständige Tätigkeit, ist die Entscheidung nach einer Gesamtwürdigung aller Umstände danach zu treffen, welche Merkmale der Beziehung das Gepräge geben. Dabei hat das BSG ausgeführt, dass die jeweilige Zuordnung einer Tätigkeit nach deren Gesamtbild zum rechtlichen Typus der Beschäftigung bzw. selbstständigen Tätigkeit voraussetzt, dass alle nach Lage des Einzelfalls als Indizien in Betracht kommenden Umstände festgestellt, in ihrer Tragweite zutreffend erkannt und gewichtet, in die Gesamtschau mit diesem Gewicht eingestellt und nachvollziehbar, d. h. den Gesetzen der Logik entsprechend und widerspruchsfrei, gegeneinander abgewogen werden.

Die Zuordnung einer Tätigkeit nach lediglich einzelnen Indizien, wie es in der Praxis häufig vorkommt, ist demnach unzulässig.

b. Statusfragen beim geschäftsführenden GmbH-Gesellschafter

Sozialversicherungsrechtlich kann der mitarbeitende Gesellschafter einer GmbH selbstständig oder (unabhängig davon, dass er ein Organ der Gesellschaft ist) Arbeitnehmer sein, in Ausnahmefällen (z.B. wenn er kein Entgelt für seine Tätigkeit erhält) allerdings auch ausschließlich in Wahrnehmung seiner Gesellschafterrechte arbeiten.

Ist er selbstständig, wird er im Allgemeinen keine Beiträge zur Sozialversicherung abführen, jedoch auch keine Leistungsansprüche besitzen.

Dieser Satz wird von einer Vielzahl von Bürgerinnen und Bürgern, aber auch von Angehörigen der rechtsberatenden Berufe geglaubt. Dass er in dieser Allgemeinheit nicht richtig ist, zeigt ein Blick in **§ 2 SGB VI**.

Nach § 2 SGB VI kann nämlich auch ein Selbstständiger beitragspflichtig sein. Allerdings nur zur gesetzlichen Rentenversicherung und nicht zu den anderen Zweigen der gesetzlichen

Sozialversicherung. Die gesetzliche Rentenversicherung hat allerdings mit 18,7 % den höchsten Anteil am Gesamtsozialversicherungsbeitrag.

Diese Beitragslast kommt nach § 2 SGB VI auf einzelne, enumerativ in der Vorschrift aufgeführte Selbstständige (z. B. selbstständige Lehrer und Erzieher, Pflegepersonen, Hebammen, Seelotsen, Künstler und Publizisten, Hausgewerbetreibende, Küstenschiffer, Gewerbetreibende, die in die Handwerksrolle eingetragen sind, sowie sogenannte „arbeitnehmerähnliche“ Personen) zu.

Zu den arbeitnehmerähnlichen Personen zählen alle Personen, die im Zusammenhang mit ihrer selbstständigen Tätigkeit regelmäßig keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigen und außerdem auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen (1) Auftraggeber tätig sind (§ 2 S. 1 Nr. 9 SGB VI).

Die in § 2 SGB VI aufgeführten Personen haben natürlich auch Ansprüche nach dem Rentenversicherungsrecht.

Zu den Einzelheiten und weiteren Fällen der Rentenversicherungspflicht von Selbstständigen s. unten.

Ist der geschäftsführende Gesellschafter als **Arbeitnehmer einzustufen**, wird er, obwohl er ja Organ der Gesellschaft ist und Arbeitgeberfunktionen ausübt, wie ein „ganz normaler“ Arbeitnehmer behandelt. Er zahlt den Gesamtsozialversicherungsbeitrag und kann auf allen Gebieten des Sozialversicherungsrechts Ansprüche geltend machen.

Die Frage, die seit Jahrzehnten schwierig zu beantworten ist, lautet also, wann der geschäftsführende Gesellschafter einer GmbH als Arbeitnehmer und wann er als Selbstständiger einzustufen ist.

Da das Gesetz (hier ist ausschließlich § 7 SGB IV relevant) keine befriedigende Antwort auf die Frage enthält, sondern in § 7 Abs. 1 SGB IV **lediglich zwei Abgrenzungskriterien** (Weisungsrecht und Eingliederung in eine fremde Organisation) nennt, haben die Sozialgerichte die Rolle des Gesetzgebers eingenommen und in tausenden von Urteilen versucht, die Frage zu klären.

Dabei hat sich bei der Überprüfung des geschäftsführenden Gesellschafters einer GmbH folgendes **Beurteilungsschema zur Abgrenzung der „Selbstständigkeit“ von der „Abhängigkeit als Arbeitnehmer“**

im Laufe der Jahre entwickelt, wobei seit August 2012 im Vordergrund die „Abgrenzung nach der Rechtsmacht steht, wie sie sich aus den Kapitalanteilen ergibt“ :

1. Der objektive, sich aus den Umständen ergebende **Wille** der Vertragsparteien

2. Beteiligung am **Stammkapital**

- a. 100% bis 50% = selbstständig
- b. unter 50% bis 0% = abhängig Beschäftigter (Arbeitnehmer)

Ausnahmen (nicht abschließend):

- Wenn die Kapitalbeteiligung nur treuhänderisch für Dritte wahrgenommen wird, kann ein Geschäftsführender Gesellschafter trotz 100 % Kapitalanteil Arbeitnehmer sein.
- Besitzt ein Gesellschafter mit weniger als 50 % der Kapitalanteile eine **Sperrminorität** und kann er damit ihm nicht genehme Entscheidungen der Gesellschafterversammlung verhindern, ist er auch als Selbständiger anzusehen.

Liegt der Kapitalanteil unter 50 % oder ist er überhaupt nicht vorhanden, kann der Geschäftsführer als selbstständig angesehen werden, wenn er in der Gesellschaft „frei schalten und walten“ kann, weil der Inhaber der Kapitalmehrheit sich in seiner Rechtsmacht wirksam beschränkt hat, d.h. die Beschränkung im notariellen Gesellschaftsvertrag steht und nicht ohne weiteres wieder aufgehoben werden kann („**Keine Schönwetter-Selbstständigkeit**“). Eine lediglich schuldrechtliche Beschränkung reicht nicht aus.

Die Rechtsprechung hierzu ist äußerst restriktiv.

Für Selbstständigkeit sprechen des Weiteren u.a. folgende Merkmale:

3. Wesentliches Unternehmerrisiko, das sich in der wesentlichen Teilhabe am Gewinn bzw. Verlust der GmbH zeigt.
4. Erfolgsabhängige Vergütung – Vergütung wird als „Gewinn-Vorwegentnahme“ bezeichnet.
5. Abberufung nur aus wichtigem Grund möglich.
6. Befreiung vom Selbstkontrahierungsverbot des § 181 BGB.
7. Eigene Betriebsstätte.
8. Keine oder nur sehr geringe Weisungsunterworfenheit.
9. Alleinige oder umfassende Branchenkenntnisse.
10. Alleinige Entscheidungsverantwortlichkeit für die wesentlichen Funktionen des Unternehmens.
11. Vergütung wird im Krankheitsfall nicht weitergezahlt.
12. Urlaubsantritt ohne vorherige Genehmigung.
13. Hingabe eines erheblichen Darlehns, Übernahme einer Bürgschaft usw., usw..... (??)

Die Liste ließe sich fortsetzen. Zu beachten ist, dass **im Vordergrund der Prüfung stets die Merkmale Nr. 1 bis Nr. 3** stehen und die folgenden Kriterien nur als Hilfskriterien anzusehen sind.

Im Übrigen gilt:

Entscheidend ist stets das Gesamtbild der Tätigkeit, nicht, welche Merkmale rein zahlenmäßig überwiegen.

Die einzelnen Merkmale haben in der Rechtsprechung eine unterschiedliche Gewichtung.

Seit August 2012 ist vor allem die neue Rechtsprechung zu beachten, die in den Mittelpunkt der Untersuchung „die Rechtsmacht, die sich aus den Kapitalanteilen ergibt“ (neue „Keine-Schönwetter-Rechtsprechung“), gerückt hat. Dabei ergibt sich die Rechtsmacht vor allem aus der Mehrheit der Kapitalanteile (aber mindestens 50 %) bzw. einer Sperrminorität, bei der auch ein Minderheitengesellschafter, der beispielsweise nur über 35 % der Kapitalanteile verfügt, eine beherrschende Stellung in der Gesellschaft besitzt, wenn in der Gesellschaftssatzung verankert ist, dass für die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung eine Mehrheit von 66 % der Stimmen notwendig ist. In diesem Fall hat der Kapitaleigner mit 35 % jederzeit die Möglichkeit, eine ihm nicht genehme Entscheidung zu blockieren. Die Rechtsprechung sieht ihn dann als Selbstständigen an.

Eine **lediglich schuldrechtliche Stimmbindungsvereinbarung der Gesellschafter** kann einen Hinweis auf Selbstständigkeit darstellen, hat darüber hinaus aber keine wesentliche Bedeutung.

Das gesamte Gebiet ist wegen der Vielzahl gerichtlicher Entscheidungen, die nicht immer zueinander kompatibel sind, unübersichtlich und leicht missverständlich.

c. Statusfragen bei Ehegatten- und Verwandtenarbeitsverhältnissen

Familienangehörige können in den verschiedensten Formen zur Erzielung von Einkünften zusammenarbeiten, z.B. auf gesellschafts-rechtlicher Grundlage, in einem Arbeitsverhältnis oder in (sozialversicherungsrechtlich nicht erheblicher, d.h. unversicherter) **familienhafter Mitarbeit**.

Vor allem die Abgrenzung der Beschäftigung als Arbeitnehmer zur familienhaften Mitarbeit, bei der es zwar keine Beitragspflicht gibt, aber auch keine Leistungsansprüche, ist in der Praxis von erheblicher Bedeutung.

Die Grenze zwischen einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis mit Entgeltzahlung und einer nicht versicherungspflichtigen Mitarbeit auf Grund einer familienhaften Zusammengehörigkeit ist nur unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des Einzelfalls zu ziehen

Dabei kommt der Höhe des Entgelts lediglich Indizwirkung zu. Es gibt keinen Rechtssatz, dass eine untertarifliche oder eine erheblich untertarifliche Bezahlung des Ehegatten die Annahme eines beitragspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses ausschließt. Ein solcher Rechtssatz findet sich

weder im Gesetz noch in Entscheidungen des BSG.

Die Rechtsprechung hat hierzu die folgende Checkliste entwickelt, die erheblich besser gehandhabt werden kann als die entsprechende Checkliste beim GmbH-Geschäftsführer.

Für ein Beschäftigungsverhältnis als Arbeitnehmer und gegen eine familienhafte Mitarbeit sprechen folgende Merkmale:

1. **Eingliederung** des Angehörigen in den Betrieb wie eine fremde Arbeitskraft.
2. **Tatsächliche Ausübung der Arbeit.**
3. **Unterwerfung unter das Weisungsrecht des Arbeitgebers**
4. (Optional) Beschäftigung anstelle einer anderen Arbeitskraft
5. Vereinbarung und Zahlung einer **angemessenen Entlohnung**. Dabei muss die **Zahlung nicht tatsächlich erfolgen**, es reicht, dass der Auszahlungsanspruch bestehen bleibt.
6. Regelmäßige **Entrichtung der Lohnsteuer**.

Auch hier ist das Gesamtbild entscheidend und nicht das zahlenmäßige Überwiegen einzelner Merkmale.

d. Statusfragen im Zusammenhang mit der Scheinselbstständigkeit

Auch in diesem Bereich geht es um die Frage, ob jemand selbstständig oder als Arbeitnehmer abhängig beschäftigt ist. Der „Scheinselbstständige“ ist nur zum Schein selbstständig, tatsächlich ist er Arbeitnehmer.

Die Problematik, den Status einer Person festzustellen, ist oben bereits dargelegt worden. Es ist in vielen Fällen äußerst schwierig, festzustellen, ob man sich in einem Auftragsverhältnis als Auftragnehmer und Auftraggeber steht oder in einem Arbeitsverhältnis als Arbeitnehmer bzw. Arbeitgeber. Wird der Arbeitnehmerstatus -und das ist die Regel- erst viele Jahre später entdeckt (häufig bei einer Betriebsprüfung), muss der Arbeitgeber die Beiträge (auch des Arbeitnehmers) für die zurückliegenden vier Jahre bzw., wenn ihm Vorsatz unterstellt werden kann, sogar für die letzten 30 Jahre nachentrichten, § 28g Satz 3 SGB IV.

Häufig kommen gem. § 24 SGB IV zum Nachzahlungsbetrag noch Säumniszuschläge hinzu, die immerhin 1% pro Monat seit Fälligkeit betragen sowie der Arbeitnehmeranteil am Gesamtsozialversicherungsbeitrag und die Steuern. Die nunmehr vom Arbeitgeber zu zahlende Summe erhöht sich dadurch enorm.

Allerdings wird häufig übersehen, dass dieses „Aufpolstern“ des ursprünglichen Entgelts nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig ist. Es müssen nämlich zunächst objektiv zentrale arbeitgeberbezogene Pflichten des Sozialversicherungsrechts (Zahlungs-, Melde-, Aufzeichnungs-, Nachweispflichten) verletzt werden, damit ein Beschäftigungsverhältnis als "illegal" iS des § 14 Abs 2 Satz 2 SGB IV angesehen werden kann. Zudem muss die objektive Verletzung zentraler arbeitgeberbezogener Pflichten dem Arbeitgeber im Sinne eines mindestens bedingten Vorsatzes vorwerfbar sein, damit ein Nettoarbeitsentgelt als vereinbart gilt (§ 14 Abs 2 Satz 2 SGB IV) .

In diesem Zusammenhang ist also zunächst immer zu prüfen, ob dem Betroffenen Arbeitgeber ein vorsätzliches Handeln vorgeworfen werden kann. Ist dies nicht der Fall, handelt es sich nicht um ein illegales Beschäftigungsverhältnis nach § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV und das ursprüngliche Entgelt darf nicht als das vereinbarte Nettoarbeitsentgelt angesehen werden.

Für die Beantwortung der zentralen Frage, ob eine Person selbstständig tätig oder abhängig beschäftigt ist, hat die Rechtsprechung seit längerem feste Regeln aufgestellt. So finden sich in vielen Entscheidungen die Ausführungen, dass bei der Abgrenzung der abhängigen Beschäftigung von der selbständigen Tätigkeit von Ersterer auszugehen sei, wenn die Tätigkeit in einem Arbeitsverhältnis unter einer Weisungsgebundenheit verrichtet werde und eine Eingliederung in einen fremden Betrieb vorliege. Demgegenüber sei eine selbständige Tätigkeit durch das eigene Unternehmerrisiko, eine eigene Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet.

Groß sei der Betreffende in den Betrieb des Unternehmens eingegliedert, erhalte er eine feste erfolgsunabhängige Vergütung, habe er Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und auf bezahlten Urlaub, so sei von dem Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung auszugehen.

Das unternehmerische Risiko sei nur dann ein Hinweis auf eine selbständige Tätigkeit, wenn diesem Risiko auch größere Freiheiten in der Gestaltung und der Bestimmung des Umfangs beim Einsatz der eigenen Arbeitskraft gegenüberstünden.

Auch für diesen wichtigen Bereich haben die Gerichte somit Abgrenzungsmerkmale festgeschrieben, die in folgender Checkliste ohne Anspruch auf Vollständigkeit dargestellt werden.

Merkmale für das Vorliegen abhängiger Beschäftigung als Arbeitnehmer im Bereich der Scheinselbständigkeit

Zunächst sollte sich der **Wille** der Beteiligten (z.B. aus einem Vertrag) eindeutig ergeben, welcher Status gewollt ist.

1. Persönliche Abhängigkeit, die sich

- a) in der Weisungsbefugnis des Arbeitgebers und/bzw.
- b) Eingliederung des Beschäftigten in den Betrieb zeigt
- 2. Fehlende Befugnis des Betroffenen, seine Arbeitsleistung auf andere Personen zu delegieren
- 3. Weitreichende Kontroll- und Mitspracherechte des Auftraggebers
 - a) bezüglich der Produktions- und Betriebsmittel
 - b) bezüglich der Ablehnung von Aufträgen
 - c) bezüglich der Preiskalkulation
 - d) bezüglich der Werbemaßnahmen, Kundenakquisition
- 4. Umfangreiche Berichtspflicht
- 5. Fehlende Beschäftigung weiterer Arbeitnehmer
- 6. Fehlende eigene Betriebs- und Produktionsmittel bzw. Beschaffung der Betriebs- und Produktionsmittel vor allem mit Darlehen/Kapital des Auftraggebers
- 7. Bestehen einer Ausschließlichkeitsklausel (Bindung an nur einen Auftraggeber/fehlende Möglichkeit, auch für andere Auftraggeber tätig zu sein)
- 8. Verbot, gegenüber Kunden mit eigenem Logo, im eigenen Namen, auf eigene Rechnung aufzutreten
- 9. Vorherige Ausübung der gleichen Tätigkeit als Arbeitnehmer beim gleichen Arbeitgeber
- 10. Bezeichnung der Entlohnung als festes Gehalt anstelle einer Umsatzbeteiligung
- 11. Bestehen von tariflichen Urlaubs- und Lohnfortzahlungsansprüchen
- 12. Fehlen eines Unternehmerrisikos
- 13. Existenz eines direkten Vorgesetzten, der den Arbeitsablauf regelt
- 14. Fehlen einer eigenen Betriebsstätte
- 15. Jederzeitige Zugriffs- und Einwirkungsmöglichkeiten des Auftraggebers (z.B. durch Betriebsfunk, Online-Dienste)
- 16. Fehlende Mitgliedschaft zu Organisationen (z.B. IHK, Handwerkskammer)
- 17. Bewertung der Einkünfte durch die Finanzverwaltung als Einkünfte aus nichtselbständiger Tätigkeit.

Diese Indizien sind einzeln zu prüfen, aber nicht mathematisch gegenüberzustellen. Es gibt kein Indiz, dass allein für den sozialversicherungsrechtlichen Status einer Person ausschlaggebend ist.

Die Indizien haben einen sehr unterschiedlichen Stellenwert, eine sehr unterschiedliche Bedeutung. Von vorrangiger Bedeutung sind die Abgrenzungsmerkmale Nr. 1 bis 3, 5 bis 8 und 12 bis 14.

Es ist entscheidend, welches Gesamtbild sich nach der Gegenüberstellung der verschiedenen

Abgrenzungsmerkmale ergibt!

Diese Checkliste ist im Grunde bei jeder Abgrenzungsproblematik heranzuziehen, sie ist jedoch durch die Rechtsprechung **bei einzelnen Berufen durchaus in einzelnen Bestandteilen modifiziert** worden.

So ist ein Fahrer ohne eigenes Fahrzeug nur in seltenen Fällen als selbstständig anerkannt worden, wenn ihm neben dem Fahrzeug auch noch die für den Betrieb wesentlichen Arbeitsmittel (Kraftstoff, Schmiermittel) gestellt wurden und er auch keinen Einfluss auf die gefahrenen Routen genommen hat sowie er sich von den angestellten Fahrern nicht wesentlich unterschied.

Dieser (wesentlichen) Unterscheidung gegenüber angestellten Kräften hat die Rechtsprechung auch bei Masseuren und Familienhelfern, die sich als selbstständig bezeichnen, eine große Bedeutung zugemessen.

Selbstständige, so die Gerichte, treten nach außen nicht für ihre Auftraggeber, sondern für sich selbst auf. Das muss für ihre Kunden erkennbar sein.

Entscheidend für den Status als Selbstständiger ist in allen Fällen, dass ein Unternehmerrisiko getragen wird. Dies ist allerdings nicht schon ausgeschlossen, wenn der Betreffende wenig eigenes Kapital und mehr eigene Arbeitskraft einsetzt und er dabei ein gewisses Verlustrisiko bei Kundeninsolvenz trägt, so das BSG ausdrücklich für den „Pflegepartner“.

Bei den in den letzten Jahren vermehrt in Krankenhäusern eingesetzten **Honorarärzten** fehlt eine solche höchstrichterliche Rechtsprechung noch. Hier ist jeder auf eigene Prognosen angewiesen, in welche Richtung sich die Rechtsprechung entwickeln wird. Dabei werden aber sicherlich die o.g. Merkmale der Unterscheidung zu den angestellten Ärzten und das Unternehmerrisiko von wesentlicher Bedeutung sein.

Die Rechtsprechung der Instanzgerichte ist sehr unterschiedlich, wenn man z.B. auf das Urteil des Sozialgerichts Berlin vom 10. Februar 2012 verweist, in dem die Tätigkeit eines Honorararztes als eine selbstständige Tätigkeit gewertet wird, und dem das Urteil des Sozialgerichts Mannheim vom 16. Juni 2011 entgegenstellt, das von einer abhängigen Beschäftigung ausgeht.

Das Sozialgericht Kassel hält in seiner Entscheidung vom 20. Februar 2013 den Honorararzt im entschiedenen Fall für einen Arbeitnehmer, das Landesarbeitsgericht Frankfurt wertet demgegenüber im Urteil vom 14. Januar 2013 den Arzt als selbstständig. Zum gleichen Ergebnis gelangen das Sozialgericht Duisburg in einem Verfahren des Einstweiligen Rechtsschutzes sowie

das Sozialgericht Detmold in einer rechtskräftigen Entscheidung vom 17.11.2009 .

Hält das Sozialgericht Berlin in seinem Urteil vom 26.2.2014 eine selbstständige Tätigkeit eines Honorararztes in Krankenhäusern für grundsätzlich möglich und bejaht dies auch für den dort zu entscheidenden Fall, spricht das LArbG Hamm am 2.7.2012 dem Arzt einen Arbeitnehmerstatus zu, wohingegen das Hessische LArbG am 14.1.2013 den Status eines Selbstständigen bejaht. Das LSG Baden-Württemberg entwickelt in seinem Urteil vom 17.4.2013 den Leitsatz, dass Krankenhausärzte in der Regel angestellte Ärzte seien und die selbstständige Tätigkeit eines Arztes im Krankenhaus die Niederlassung dieses Arztes voraussetze.

Diese Linie führt das Gericht in seiner Entscheidung vom 27. April 2016 fort. Auch die Landessozialgerichte Berlin-Brandenburg, Niedersachsen, Mecklenburg-Vorpommern, Baden-Württemberg, Nordrhein-Westfalen und Niedersachsen-Bremen haben Honorarärzte als abhängig Beschäftigte angesehen. Verallgemeinernd hat das LSG NRW am 30. 9.2015 ausgeführt, dass ein in einem Krankenhaus tätiger Arzt, der dem Weisungsrecht der Krankenhausleitung unterliegt, eine arbeitsbezogene Vergütung in Form eines erfolgsunabhängigen Stundenlohns erhält, in den Betrieb des Krankenhauses eingegliedert ist und auf das Pflegepersonal des Krankenhauses zurückgreifen kann, ein unternehmerisches Risiko nicht zu tragen hat und ihm die Betriebsmittel des Krankenhauses zur Verfügung stehen, nicht selbständig tätig ist.

Bei **Notärzten** hat das Landessozialgericht NRW (8. Senat) am 8.2.2017 (ohne die Revision zuzulassen) entschieden, dass diese selbstständig sind.

Eine einheitliche Linie ist diesen Urteilen nicht zu entnehmen.

Dies gilt auch für die veröffentlichte Literatur, in der Stimmen für, aber auch gegen die Annahme der Selbstständigkeit eines Honorararztes zu finden sind.

e. Status und Versicherung von Werkstudenten

Studenten, die eine Beschäftigung neben dem Studium ausüben, sind in dieser Beschäftigung in der Krankenversicherung (§ 6 Abs. 1 Nr. 3 SGB V), Pflegeversicherung (§ 20 Abs. 1 Nr. 9 SGB XI) und Arbeitslosenversicherung (§ 27 Abs. 4 SGB III) nur versicherungsfrei, wenn die wöchentliche Arbeitszeit nicht mehr als 20 Stunden beträgt und das Studium nicht aus der Beschäftigung heraus aufgenommen wurde oder ihre Beschäftigung im Voraus auf höchstens zwei Monate bzw. 50 Arbeitstage (bis zum 31.12.2018 gemäß § 115 SGB IV: drei Monate bzw. 70 Arbeitstage) begrenzt ist. In allen anderen Fällen sind sie wie normale Arbeitnehmer versicherungspflichtig.

Die Eigenschaft als Student erhält jemand nicht allein durch die Immatrikulation oder Rückmeldung, sondern dadurch, dass er nach Immatrikulation ordentlich studiert, d. h. an einer

Hochschule mit dem Ziel eines akademischen Abschlusses wissenschaftlich arbeitet. Nach der Rechtsprechung sollen Studenten, die während ihrer Ausbildung eine Beschäftigung ausüben, nur versicherungsfrei sein, wenn sie ihrem Erscheinungsbild nach weiterhin Student sind bzw. der Beschäftigung neben dem Studium keine prägende Bedeutung zukommt.

Seit 1996 sind Studenten grundsätzlich zur gesetzlichen Rentenversicherung versicherungspflichtig, dh, sie müssen zur Rentenversicherung Beiträge zahlen und erhalten ggf. Leistungen., Versicherungsfreiheit kann ausnahmsweise aber auch bestehen, wenn der Student mehr als 20 Stunden in der Woche arbeitet, weil die Rechtsprechung eine starre Grenze ablehnt. Dementsprechend unterliegt die betriebliche Tätigkeit einer Studentin, die allein der Erstellung der für den Studienabschluss erforderlichen Diplomarbeit dient, regelmäßig nicht der Versicherungspflicht. Vor allem während der Semesterferien ist generell eine zeitlich und finanziell unbegrenzte Beschäftigung bei Fortdauer der Versicherungsfreiheit möglich! Geht die Beschäftigung nur in geringem Umfang über das Ende der Semesterferien hinaus, ist dies für die Fortdauer der Versicherungsfreiheit nicht erheblich.

Ob jemand seinem gesamten Erscheinungsbild nach Student oder Arbeitnehmer ist, ist –wie immer im Sozialversicherungsrecht- nach einer auf den Beginn der Beschäftigung abzustellenden vorausschau-enden Betrachtungsweise zu beurteilen.

Doktoranden befinden sich nicht mehr in einer wissenschaftlichen Ausbildung. Ihre Beschäftigungen unterfallen somit nicht der Versicherungsfreiheit. Das gleiche gilt für Hochschulassistenten. Demgegenüber sind Studenten, die ein in ihrer Studien- oder Prüfungsordnung vorgeschriebenes Praktikum ableisten, ohne Rücksicht auf die Höhe des erzielten Entgelts versicherungsfrei. Das gleiche gilt, wenn Studenten ein nach der Studienordnung nicht vorgeschriebenes Praktikum ableisten, allerdings nur, wenn sie kein Arbeitsentgelt oder ein nur geringfügiges Arbeitsentgelt erhalten, das regelmäßig im Monat $\frac{1}{7}$ der monatlichen Bezugsgröße nicht übersteigt.

Hieraus folgt, dass Studenten, die ihre Nebenbeschäftigung nach der Immatrikulation aufnehmen, versicherungsfrei in der Kranken-, Pflege- und Arbeitslosenversicherung sind, nicht jedoch i.A. in der Rentenversicherung.

Langzeitstudenten sind nur dann noch als Studenten und nicht als Arbeitnehmer anzusehen, wenn sie noch nicht die doppelte Regelstudienzeit zurückgelegt haben.

Die Zugehörigkeit zum Kreis der ordentlichen Studierenden endet mit dem im jeweiligen Studiengang erstmöglichen Abschluss.

Von einer Zugehörigkeit zum Kreis der Beschäftigten gehen die Rentenversicherungsträger aus, wenn der Student im Laufe eines Jahres mehr als 26 Wochen (182 Kalendertage) beschäftigt ist.

Nach § 14 Abs. 4 TzBfG, wonach für befristete Arbeitsverträge zwingend die Schriftform vorgesehen ist und Arbeitsverträge, die nicht schriftlich befristet sind, als unbefristet abgeschlossen gelten, müssen die Befristungen arbeitsvertraglich auch mit Studenten in schriftlicher Form vereinbart werden. Eine solche schriftliche Befristung muss in einer Betriebsprüfung nach § 28 p SGB IV nachzuweisen sein.

Studenten können selbstverständlich nach den Regelungen über die geringfügigen Beschäftigungen (s. § 8 SGB IV) versicherungsfrei sein.

3. Rentenversicherungspflicht der Selbstständigen

Selbstständig Tätige sind grundsätzlich in der gesetzlichen Rentenversicherung nicht versicherungspflichtig. Hierauf ist oben bereits hingewiesen worden.

Ausnahmen von der grundsätzlichen Versicherungsfreiheit von Selbstständigen sind in § 2 SGB VI geregelt. Dies betrifft in der Praxis vor allem selbstständige Lehrer und Erzieher, die im Zusammenhang mit ihrer selbstständigen Tätigkeit keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigen (§ 2 Satz 1 Nr. 1 SGB VI), selbstständige Handwerker (§ 2 Satz 1 Nr. 8 SGB VI) und die sog. arbeitnehmerähnlichen Selbstständigen (§ 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI).

Lehrer im Sinne des § 2 Satz 1 Nr. 1 SGB VI sind alle Personen, die durch Erteilung von theoretischem oder praktischem Unterricht Anderen Allgemeinbildung oder spezielle Kenntnisse und Fähigkeiten vermitteln. Der Begriff des Lehrers ist dabei äußerst weit zu verstehen. Eine pädagogische Ausbildung ist nicht Voraussetzung. Hierunter fallen z.B. Golf-, Tennis- und Fahrlehrer, Fitnesstrainer, Dozenten usw. nicht zu Lehrern in diesem Sinne gehören Personen, die konkrete Ratschläge für Einzelpersonen erteilen, wie zum Beispiel Ernährungsberater.

Versicherungspflichtig nach § 2 Satz 1 Nr. 8 SGB VI sind auch alle Gewerbetreibenden, die in die Handwerksrolle eingetragen sind und tatsächlich selbstständig arbeiten. Voraussetzung ist, dass der Handwerksbetrieb zulassungspflichtig ist. Versicherungspflichtig sind auch alle natürlichen Gesellschafter einer in der Handwerksrolle eingetragenen Personengesellschaft.

Voraussetzung für die Versicherungspflicht als sog. arbeitnehmerähnlicher Selbstständiger gem. § 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI ist, dass der Selbstständige auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen (1) Auftraggeber tätig ist und im Zusammenhang mit seiner selbstständigen Tätigkeit keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigt.