

Joachim Berndt

Sozialversicherungsrecht in der Praxis

Joachim Berndt

Sozialversicherungs- recht in der Praxis



Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der
Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über
<<http://dnb.d-nb.de>> abrufbar.

1. Auflage 2009

Alle Rechte vorbehalten

© Gabler | GWV Fachverlage GmbH, Wiesbaden 2009

Lektorat: RA Andreas Funk

Gabler ist Teil der Fachverlagsgruppe Springer Science+Business Media.

www.gabler.de



Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Die Wiedergabe von Gebrauchsnamen, Handelsnamen, Warenbezeichnungen usw. in diesem Werk berechtigt auch ohne besondere Kennzeichnung nicht zu der Annahme, dass solche Namen im Sinne der Warenzeichen- und Markenschutz-Gesetzgebung als frei zu betrachten wären und daher von jedermann benutzt werden dürften.

Umschlaggestaltung: KünkelLopka Medienentwicklung, Heidelberg

Druck und buchbinderische Verarbeitung: Krips b.v., Meppel

Gedruckt auf säurefreiem und chlorfrei gebleichtem Papier

Printed in the Netherlands

ISBN 978-3-8349-0722-6

Vorwort

Das Sozialversicherungsrecht gewinnt durch Gesetzesänderungen, die Rechtsprechung des BSG und die aktuelle Prüfpraxis der Rentenversicherungsträger immer mehr an Dynamik. Die Rentenversicherungsträger prüfen bei den Arbeitgebern alle vier Jahre, ob diese ihre Meldepflichten und ihre sonstigen Pflichten im Zusammenhang mit dem Gesamtsozialversicherungsbeitrag ordnungsgemäß erfüllen. Dabei kristallisieren sich immer neue Prüfungsschwerpunkte heraus. Der vorliegende Band richtet sich an Arbeitgeber und Steuerberater und gibt Hilfestellung bei der Lösung der im Rahmen der Entgeltabrechnung auftretenden Probleme.

Die Arbeitgeber suchen verstärkt nach alternativen Gestaltungsmöglichkeiten zum Beschäftigungsverhältnis (freie Mitarbeit, Subunternehmerverträge, Fremdfirmeneinsatz, Handelsvertreterverträge und Franchisesysteme). Hier geht es nicht ausschließlich um sozialversicherungsrechtliche, sondern zugleich um arbeits- und steuerrechtliche Fragen. Weitere Problemkreise der Sozialversicherung:

- Vorstände, GmbH-Geschäftsführer und Gesellschafter von Personengesellschaften,
- Ehegatten und Familienangehörige,
- Statusfeststellungsverfahren,
- Selbstständige in der gesetzlichen Rentenversicherung,
- Geringfügig entlohnte und kurzfristig Beschäftigte,
- Schüler, Studenten und Praktikanten,
- Versicherungsfreiheit bei Überschreiten der Jahresarbeitsentgeltgrenze,
- Unständige Beschäftigung,
- Aufwendungsausgleichsgesetz (Umlagen U1 und U2),
- Einzug und Erhebung der Insolvenzgeldumlage.

Das Künstlersozialversicherungsrecht hat sich – nicht zuletzt durch die aktuelle Prüfpraxis der Deutschen Rentenversicherung – zu einem eigenständigen Rechtsgebiet entwickelt. Insoweit sei verwiesen auf

Berndt, Joachim, Künstlersozialversicherungsrecht – Versicherungspflicht –
Künstlersozialabgabe – Betriebsprüfung – Gabler-Verlag 2008

Über Anregungen, Lob und Kritik freue ich mich gleichermaßen.

Hamm/Wilhelmshaven, März 2009

Joachim Berndt

Anschrift des Verfassers:
RA Prof. Dr. Joachim Berndt
Ostenallee 71
59063 Hamm
Telefon: 02381/30 49 29-0
Fax: 02381/30 49 29-8

Inhaltsübersicht

Vorwort	5	
Abkürzungsverzeichnis	18	
Literaturverzeichnis	23	
§ 1	Abhängige Beschäftigung und Selbstständige Tätigkeit	25
	A. Abhängige Beschäftigung – Selbstständige Tätigkeit	25
	B. Vor- und Nachteile des Arbeits- bzw. Beschäftigungsverhältnisses	26
	C. Alternativen zum Arbeits- bzw. Beschäftigungsverhältnis	28
	I. Freier Mitarbeiter	28
	II. Subunternehmer	28
	III. Fremdfirmeneinsatz	29
	IV. Handelsvertreter	30
	V. Franchisesysteme	31
	VI. Selbstständiger Frachtführer	32
	D. Einschränkung der Gestaltungsfreiheit – Rechtsformzwang	32
	E. Rechtsprechung	32
	I. Abhängige Beschäftigung	32
	1. Eingliederung in fremdbestimmte Arbeitsorganisation	33
	2. Weisungsgebundenheit	33
	3. Funktionsgerecht dienende Teilhabe am Arbeitsprozess	33
	II. Selbstständige Tätigkeit	35
	1. Unternehmerisches Risiko	35
	2. Kernbereiche unternehmerischen Handelns	36
	III. Gesamtbild der Arbeitsleistung	36
	IV. Geschäftswille	37
	F. Scheinselbstständigkeit	38
	I. Sozialversicherungsrecht	41
	II. Rechtssicherheit	42
	III. Arbeitsrecht	42
	IV. Steuerrecht	44
	1. Lohnsteuerrecht	44
	2. Umsatzsteuerrecht	44
	V. Neuere Rechtsprechung	45
	VI. Spitzenorganisationen der Sozialversicherung	45
	G. Versicherungsrechtliche Beurteilung von Handelsvertretern	46
	I. Rechtsprechung	46
	1. Beschäftigungsverhältnis	47
	2. Selbstständige Tätigkeit	47
	3. Gesamtumstände des Einzelfalls	47
	a) Indizien für eine abhängige Beschäftigung	48
	b) Starke Merkmale – Selbstständige Tätigkeit	49
	c) Variable Merkmale	49

	d) Merkmale ohne oder mit sehr geringem Gewicht	49
	H. Berufsgruppenkatalog	50
	I. Abgrenzungskatalog für im Bereich Theater, Orchester, Rundfunk- und Fernsehanbieter, Film- und Fernsehproduktionen tätige Personen	63
	I. Tätigkeit bei Theaterunternehmer oder Orchesterträgern	63
	1. Spielzeitverpflichtete Künstler	64
	2. Gastspielverpflichtete Künstler	64
	3. Urheber	64
	4. Werbung	64
	II. Tätigkeit bei Hörfunk und Fernsehen, bei Film- und Fernsehproduzenten	65
	J. Versicherungsrechtliche Beurteilung von Synchronsprechern	66
	K. Sozialversicherungsrechtliche Beurteilung von Organisten, die zugleich auch Chorleiterdienste ausüben	68
§ 2	Vorstände, GmbH – Geschäftsführer und Gesellschafter von Personengesellschaften	70
	A. Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft	70
	B. Organmitglieder öffentlich-rechtlicher Körperschaften	73
	C. Vereinsmitglieder	74
	D. GmbH-Geschäftsführer	74
	I. Abhängige Beschäftigung oder selbstständige Tätigkeit	75
	1. Abhängige Beschäftigung	75
	2. Maßgeblicher rechtlicher oder tatsächlicher Einfluss	76
	a) Mehrheitsgesellschafter	76
	aa) Weisungsbefugter Beirat	77
	bb) Treuhandverhältnisse	78
	b) Geschäftsführer mit Sperrminorität	78
	c) Minderheitsgesellschafter	80
	d) Fremdgeschäftsführer	85
	aa) Sozialversicherungsträger – Betriebsprüfung	85
	bb) Rechtsprechung – 12. Senat des BSG	86
	cc) Rechtsprechung – 7. Senat des BSG	89
	dd) Rechtsprechung – 11. Senat	90
	ee) Rechtsprechung – 2. Senat des BSG	90
	ff) Landessozialgericht Stuttgart	92
	e) Betriebsleiter einer Familien-GmbH	94
	f) Mitarbeitender Gesellschafter ohne Geschäftsführungsbefugnis	95
	II. Versicherungspflicht selbstständiger GmbH-Geschäftsführer	96
	1. GmbH-Geschäftsführer als selbstständiger Künstler und Publizist	97
	a) Versicherungspflicht des Geschäftsführers	97
	b) Abgabepflicht der GmbH	98
	2. GmbH-Geschäftsführer als arbeitnehmerähnlicher Selbstständiger	98
	a) Versicherungspflicht	99
	b) Befreiungsmöglichkeiten	100

	aa) Versicherungsfreiheit für eine bereits am 31. Dezember 1998 ausgeübte selbstständige Tätigkeit	101
	bb) Existenzgründer	101
	cc) Ältere Selbstständige	102
	dd) Mitglieder berufsständischer Versorgungseinrichtungen	102
	E. Gesellschafter von Personengesellschaften	102
§ 3	Ehegatten und Familienangehörige	103
	A. Überblick	103
	B. Beschäftigungsverhältnis zwischen Familienangehörige	105
	I. Versicherungspflicht	106
	II. Persönliche Abhängigkeit	106
	III. Beschäftigung anstelle einer fremden Arbeitskraft	107
	IV. Angemessenes Arbeitsentgelt	107
	V. Sachbezüge	108
	VI. Steuerrechtliche Behandlung	108
	C. Beschäftigungsverhältnis zwischen Ehegatten und Lebenspartner	108
	I. Ehelicher Güterstand	109
	II. Ehegatte als Mitunternehmer bei Gütergemeinschaft	109
	1. Persönliche Arbeitsleistung im Vordergrund	110
	2. Übernahme von Verpflichtungen	110
	III. Ehegatte als Mitunternehmer einer Ehegatten-GbR	111
	IV. Gesellschaftsrechtliche Beteiligung der Ehegatten am Betrieb	112
§ 4	Statusfeststellungsverfahren	113
	A. Statusanfrageverfahren	113
	I. Statusfeststellungsverfahren auf Antrag der Beteiligten	113
	1. Beteiligte	114
	2. Kein Bescheidungsinteresse	114
	3. Anderweitiges Verfahren	115
	4. Beginn der Versicherungspflicht	115
	a) Absicherung gegen das finanzielle Risiko von Krankheit	115
	b) Absicherung zur Altersvorsorge	116
	5. Fälligkeit des Gesamtsozialversicherungsbeitrages	116
	II. Statusfeststellungsverfahren von Amts wegen	117
	III. Verfahren	118
	IV. Rechtsmittel gegen Statusentscheidungen	118
	B. Leistungsrechtliche Bindung der Bundesagentur für Arbeit	119
	C. Bestandsfälle	119
§ 5	Selbstständige in der gesetzlichen Rentenversicherung	121
	A. Versicherungspflicht – § 2 S. 1 SGB VI	121
	I. Selbstständige Tätigkeit	122
	II. Beginn und Ende der Versicherungspflicht	123
	III. Versicherungspflichtige Personengruppen	123
	1. Lehrer und Erzieher	123
	a) Lehrer	124

b) Erzieher	125
c) Kein versicherungspflichtiger Arbeitnehmer	126
d) Beitragsrecht	127
2. Pflegepersonen	127
a) Krankenpflege	127
b) Tätigkeit auf ärztliche Anordnung	127
c) Erwerbsmäßigkeit	128
d) Kein versicherungspflichtiger Arbeitnehmer	128
e) Beitragsrecht	129
3. Hebammen und Entbindungspfleger	129
4. Seelotsen	129
5. Künstler und Publizisten	129
6. Hausgewerbetreibende	130
7. Küstenschiffer und Küstenfischer	130
8. Gewerbetreibende, die in der Handwerksrolle eingetragen sind	131
a) Eintragung in die Handwerksrolle	131
b) Handwerksrechtliche Qualifikationsanforderungen	133
c) Tatsächliche Ausübung des Handwerks	133
d) Befreiung von der Rentenversicherungspflicht	134
e) Beitragsrecht	135
9. Arbeitnehmerähnliche Selbstständige	135
a) Kein versicherungspflichtiger Arbeitnehmer	135
b) Tätigkeit für einen Auftraggeber	135
c) Versicherungsfreiheit auf Antrag	137
aa) Tätigkeit bereits am 31.12.1998 ausgeübt	137
bb) Existenzgründer	138
cc) Ältere Selbstständige	138
10. Existenzgründungszuschuss und Leistungen zur Eingliederung	139
a) Existenzgründungszuschuss – § 4211 SGB III	139
b) Gründungszuschuss – § 57 SGB III	139
IV. Meldepflichten	140
V. Beginn und Ende der Versicherungspflicht	140
B. Versicherungsfreiheit	141
I. Geringfügige selbstständige Tätigkeit	141
II. Rentner und Versorgungsempfänger	142
C. Befreiung von der Versicherungspflicht auf Antrag	143
I. Mitglieder einer berufsständischen Versorgungseinrichtung	143
II. Gewerbetreibende in Handwerksbetrieben	144
III. Arbeitnehmerähnliche Selbstständige	144
D. Versicherungspflicht auf Antrag – § 4 Absatz 2 SGB VI	144
E. Freiwillige Versicherung – § 7 SGB VI	144
F. Beitragsrecht	145
I. Beitragstragung	145
II. Beiträge	145
1. Regelbeitrag	146

2.	Einkommensgerechter Beitrag	147
a)	Arbeitseinkommen	147
b)	Einkommensgerechter Beitrag	148
3.	Halber Regelbeitrag	149
III.	Meldepflicht von versicherungspflichtigen selbstständig Tätigen	150
IV.	Verjährung	150
V.	Vorsätzliche Beitragsvorenthaltung	150
VI.	Vertrauensschutz	151
§ 6	Geringfügige Beschäftigungen	152
A.	Überblick	152
I.	Einheitliches Beschäftigungsverhältnis	153
II.	Beitrags- und Steuerpflicht	154
III.	Gesetzliche Unfallversicherung	154
IV.	Ausgleich von Arbeitgeberaufwendungen	154
V.	Insolvenzgeldumlage	155
VI.	Beschäftigungen mit Auslandsbezug	155
B.	Versicherungsrecht	156
I.	Versicherungspflicht trotz Geringfügigkeit	156
II.	Geringfügig entlohnte Beschäftigung – § 8 Absatz 1 Nr. 1 SGB VI	157
1.	Regelmäßiges Arbeitsentgelt	158
a)	Einmalige Einnahmen	158
b)	Schwankendes Arbeitsentgelt	158
c)	Steuerfreie Aufwandsentschädigungen und Einnahmen	159
aa)	Übungsleiterpauschale – § 3 Nr. 26 EStG	159
bb)	Entgeltumwandlung – Betriebliche Altersvorsorge	160
cc)	Weitere steuer- und beitragsfreie Einnahmen	160
2.	Überschreiten der Arbeitsentgeltgrenze	160
3.	Flexible Arbeitszeitregelungen – Arbeitszeitkonten	162
4.	Zusammenrechnung mehrerer Beschäftigungen	162
a)	Mehrere geringfügig entlohnte Beschäftigungen	162
b)	Geringfügig entlohnte und kurzfristige Beschäftigung	163
c)	Geringfügig entlohnte Beschäftigung und Hauptbeschäftigung	163
d)	Gesetzliche Dienstpflicht – Elternzeit – Leistungsbezug	163
e)	Vorruhestandsgeld	163
III.	Kurzfristige Beschäftigung – § 8 Absatz 1 Nr. 2 SGB VI	164
1.	Gelegentliche Beschäftigung	164
a)	Sozialversicherungsträger	165
b)	Kritik	165
2.	Zwei Monate oder 50 Arbeitstage	167
3.	Überschreiten der Zeitgrenzen	167
4.	Zusammenrechnung mehrerer Beschäftigungen	168
5.	Kalenderjahrüberschreitende Beschäftigungen	168
6.	Berufsmäßigkeit	169
a)	Studienplatzbewerber	170
b)	Beschäftigungen bis zur Aufnahme einer dauerhaften Beschäftigung	171

	c) Gesetzliche Dienstpflicht – Elternzeit – unbezahlter Urlaub	171
	d) Unständige Beschäftigung	172
IV.	Besonderheiten bei der Arbeitslosenversicherung	174
	1. Geringfügig Beschäftigte	174
	2. Leistungsbezieher	174
	3. Hinzuverdienstgrenzen – Arbeitslosengeld I und II	175
	a) Arbeitslosengeld I	175
	b) Arbeitslosengeld II	176
V.	Leistungen	176
	1. Geringfügig entlohnte Beschäftigte	176
	a) Krankenversicherung	177
	b) Rentenversicherung	177
	2. Kurzfristige Beschäftigung	177
VI.	Feststellung von Mehrfachbeschäftigungen	177
	1. Arbeitsgeberpflichten	177
	2. Arbeitnehmerpflichten	178
	3. Beginn der Versicherungspflicht	178
VII.	Beitragsrecht	179
	1. Pauschalbeiträge zur Krankenversicherung	179
	2. Pauschalbeiträge zur Rentenversicherung	180
	3. Verzicht auf die Rentenversicherungsfreiheit	180
	4. Versicherung in der landwirtschaftlichen Krankenversicherung	181
VIII.	Gesetzliche Unfallversicherung	181
IX.	Ausgleichsverfahren für Arbeitgeberaufwendungen (Umlagen U1 und U2)	182
	1. Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall	182
	2. Entgeltfortzahlung bei Schwangerschaft/Mutterschutz	182
	3. Erstattungsansprüche des Arbeitgebers	183
X.	Lohnsteuer	185
	1. Lohnsteuerpauschalierung (2%)	185
	2. Lohnsteuerpauschalierung (20%)	185
	3. Anmeldung und Abführung der Lohnsteuer	186
	a) Minijob-Zentrale	186
	b) Betriebsstättenfinanzamt	186
XI.	Durchführung des Beitrags- und Meldeverfahrens	187
XII.	Aufzeichnungspflichten	187
XIII.	Arbeitsrecht	188
	1. Nachweisgesetz	188
	2. Entgeltfortzahlung	189
	3. Bezahlter Erholungsurlaub	189
	4. Kündigungsschutz	190
	5. Arbeit auf Abruf	191
	6. Haftung bei Arbeitsunfällen	191
§ 7	Schüler, Studenten und Praktikanten	192
	A. Schüler	192
	I. Geringfügige Beschäftigung	192

II.	Schüler allgemein bildender Schulen	193
III.	Beschäftigung von Schülertlassen	193
	1. Aufnahme eines Ausbildungsverhältnisses oder einer Dauerbeschäftigung	193
	2. Aufnahme eines Studiums	193
B.	Beschäftigte Studenten	194
I.	Kranken-, Pflege- und Arbeitslosenversicherung	194
	1. Hochschule	195
	2. Fachschule	195
	a) Fachliche Ausbildung	195
	b) Staatlich anerkannter Bildungsabschluss	196
	c) Ausbildungsdauer	196
	3. Ordentlich Studierende	196
	a) Promotionsstudium	198
	b) Aufbau- bzw. Zweitstudium	198
	c) Notenverbesserung	198
	d) Krankenversicherung der Studenten – § 5 Absatz 1 Nr. 9 SGB V	199
	e) Hochschulwechsel	199
	f) Langzeitstudenten – Überschreiten des 25. Fachsemesters	199
	4. Erscheinungsbild: Student	199
	5. Beschäftigungen während der Vorlesungszeit (Semester)	200
	a) 20-Stundengrenze	200
	b) Mehrere Beschäftigungen nebeneinander	201
	c) Einzelfälle	201
	d) Kurzfristige Beschäftigung	201
	e) Vorausschauende Betrachtungsweise	202
	6. Beschäftigungen während der vorlesungsfreien Zeit (Semesterferien)	203
	a) 26 Wochengrenze	203
	b) Vorbehalt – Vereinbarkeit mit dem Studium	204
	7. Weitere Problembereiche	205
	a) Urlaubssemester	205
	b) Studienaufnahme während einer Beschäftigung	205
	c) Empfänger von Studienbeihilfen	205
	d) Duale Studiengänge	206
	aa) Ausbildungsintegrierte Studiengänge	207
	bb) Berufsintegrierte Studiengänge	207
	cc) Versicherungsrechtliche Beurteilung	207
	dd) Praxisintegrierte Studiengänge	207
	e) Studienkolleg	209
	f) Studierende an Fernuniversitäten – Teilzeitstudenten	209
	g) Sachverhalte mit Auslandsbezug – Internationales Recht	209
II.	Rentenversicherung	210
C.	Praktikanten	210
I.	Allgemeines	210
II.	Vorgeschriebene Praktika	211

	1. Vorgeschriebene Zwischenpraktika	211
	a) Kranken- und Pflegeversicherung	211
	aa) Praktikum gegen Arbeitsentgelt	211
	bb) Praktikum ohne Arbeitsentgelt	214
	b) Arbeitslosenversicherung	214
	c) Rentenversicherung	214
	d) Ausländische Hochschulen	215
	2. Vorgeschriebene Vor- und Nachpraktika	215
	a) Versicherungspflicht	216
	b) Kranken- und Pflegeversicherung	216
	c) Arbeitslosen- und Rentenversicherung	216
	d) Rechtsreferendare	217
	III. Nicht vorgeschriebene Praktika	218
	1. Versicherungsfreiheit – Geringfügige Beschäftigung	219
	2. Versicherungsfreiheit – Werkstudentenregelung	220
	D. Diplomanden	222
	E. Doktoranden	224
	F. Stipendiaten	224
	G. Hospitanten	224
§ 8	Überschreiten der Jahresarbeitsentgeltgrenze	225
	A. Überblick	225
	B. Regelmäßiges Jahresarbeitsentgelt	225
	C. Maßgebende Jahresarbeitsentgeltgrenze	226
	D. Überschreiten der Jahresarbeitsentgeltgrenze	226
	I. Feststellung des regelmäßigen Jahresarbeitsentgelts	226
	II. Erstmalige Aufnahme einer Beschäftigung	227
	III. Entgelterhöhung im Laufe einer Beschäftigung	228
	IV. Aufnahme einer Beschäftigung und Vorbeschäftigungszeiten	229
	1. Unterjährige Beschäftigungsaufnahme	229
	2. Vorbeschäftigung als Beamter oder sonstige versicherungsfreie Person	230
	3. Beschäftigungsunterbrechungen im Drei-Kalenderjahres-Zeitraum	231
	4. Erziehungs- bzw. Elterngeld – Elternteilzeit – Wehr- oder Zivildienst – Entwicklungsdienst	232
	5. Befreiungstatbestände	233
	V. Nachweis des regelmäßigen Jahresarbeitsentgelts für vergangene Kalenderjahre	234
	VI. Unterschreiten der Jahresarbeitsentgeltgrenze	234
	VII. Besitzstandsregelung	234
	VIII. Umstellung der Versicherungsverhältnisse freiwilliger Mitglieder	235
	IX. Wegfall der Sonderregelung für die Knappschaft	236
	X. Landwirtschaftliche Krankenversicherung	236
§ 9	Unständige Beschäftigungen	238
	A. Unständig Beschäftigte	238

I.	Weniger als eine Woche	238
II.	Berufsmäßige Ausübung der unständigen Beschäftigung	239
III.	Regelmäßig wiederkehrende Beschäftigung – Dauerbeschäftigung	240
B.	Versicherungspflicht	241
I.	Versicherungsfreiheit – Überschreiten der Jahresarbeitsentgeltgrenze	241
II.	Beginn, Ende und Fortbestehen der Mitgliedschaft	242
1.	Beginn der Mitgliedschaft	242
2.	Ende der Mitgliedschaft	242
3.	Fortbestehen der Mitgliedschaft	242
C.	Beitragsbemessung	243
I.	Beitragsbemessungsgrenze bei unständiger Beschäftigung	243
II.	Beitragsbemessungsgrenze bei mehreren unständigen Beschäftigungen	243
III.	Beitragsbemessungsgrenze bei regelmäßig wiederkehrender bzw. Dauerbeschäftigung	244
IV.	Beitragsatz – Kranken- und Pflegeversicherung	244
V.	Beitragsstragung und -zahlung	245
D.	Meldepflichten der unständig Beschäftigten	245
E.	Meldungen	245
F.	Beitragszuschüsse	246
§ 10	Aufwendungsausgleichsgesetz – Umlage U1 und U2	247
A.	Arbeitsunfähigkeit – U1	247
I.	Feststellung der Teilnahme an den Ausgleichsverfahren	247
1.	Umlagepflicht kraft Gesetzes	247
2.	Acht Kalendermonate nicht mehr als 30 Arbeitnehmer	247
3.	Errichtung eines Betriebes im laufenden Kalenderjahr	248
4.	Schätzung und deren Dokumentation	248
5.	Arbeitnehmer	248
6.	Teilzeitbeschäftigte	249
II.	Erstattungsfähige Aufwendungen	249
1.	Einmalzahlungen	249
2.	Bruttoentgelt	249
3.	Arbeitgeberbeiträge	249
4.	Umlagebeiträge	250
5.	Sonderzuwendungen	250
III.	Maßgebender Erstattungssatz	250
B.	Mutterschaftsleistungen – U2	250
I.	Beteiligte Arbeitgeber	251
II.	Erstattungsfähige Aufwendungen	251
1.	Mutterschutzgesetz	251
2.	Beschäftigungsverbote	251
3.	Bruttoarbeitsentgelt	251
4.	Arbeitgeberbeiträge	252
5.	Umlagebeiträge	252
6.	Sonderzuwendungen	252

	III. Maßgebender Erstattungssatz	252
	C. Erhebung der Umlage U1	252
	I. Beschäftigungsverhältnisse „nicht mehr als vier Wochen“	252
	II. Kurzfristig Beschäftigte	253
	III. Schwerbehinderte Menschen	253
	IV. Landwirtschaft: Mitarbeitende Familienangehörige – Vorruhestand – Hausgewerbetreibende - Heimarbeiter	253
	V. Beitragspflichtiges Arbeitsentgelt	253
	VI. Kurzarbeitergeld / Winterausfallgeld	254
	D. Erhebung der Umlage U2	254
§ 11	Insolvenzgeldumlage	255
	A. Überblick	255
	B. Umlageverfahren	256
	I. Umlagepflichtige Arbeitgeber	256
	1. Arbeitgeber der öffentlichen Hand	256
	2. Privathaushalte	257
	3. Diplomatische und konsularische Vertretungen	257
	II. Bemessungsgrundlagen	257
	1. Umlagesatz	257
	2. Umlagepflichtiges Arbeitsentgelt	258
	a) Beamte und beamtenähnliche Personen	258
	b) Mehrfachbeschäftigte	258
	c) Arbeitgeberzuschüsse zum Kranken-, Verletzten-, Mutterschaftsgeld etc.	259
	d) Geringfügige Beschäftigungen	259
	e) Beschäftigungen in der Gleitzone	259
	f) Kurzarbeitergeld – Saisonkurzarbeitergeld – Transferkurzarbeitergeld	260
	g) Weitere fiktive Arbeitsentgelte	260
	h) Altersteilzeit und sonstige flexible Arbeitszeitverhältnisse	261
	i) Sonntags-, Feiertags- und Nachtarbeitszuschläge	261
	j) Beitragsbemessungsgrenze der Rentenversicherung	262
	III. Berechnung der Umlage	262
	1. Beitragsfreie Zeiten einer Beschäftigung	262
	2. Einmalzahlungen	262
	3. März-Klausel	262
	4. Versicherungsfreie/versicherungspflichtige Beschäftigung	263
	a) Geringfügige Beschäftigung	263
	b) Arbeitgeberanteil bei Rentenversicherungsfreiheit	263
	5. Einmalzahlungen im ersten Quartal 2009	264
	IV. Nachweis der Umlage	264
	V. Einzug und Weiterleitung	265
	1. Geltung der Vorschriften des SGB IV und der BVV	265
	2. Zuständigkeiten	265
	3. Feststellung der Teilnahme am Umlageverfahren	266

4. Weiterleitung der Umlage an die BA	266
C. Änderung im DEÜV-Meldeverfahren	266
D. Wegfall des Lohnnachweises	267
§ 12 Weiteres Wissenswertes	268
Stichwortverzeichnis	270

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
AAG	Ausgleichsaufwendungsgesetz
a. a. O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
a. F.	alter Fassung
AFG	Arbeitsförderungsgesetz
AfP	Archiv für Presserecht (Zeitschrift)
AG	Amtsgericht, Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
ALG	Arbeitslosengeld
ALG II-V	Verordnung zur Berechnung von Einkommen sowie zur Nichtberücksichtigung von Einkommen und Vermögen beim Arbeitslosengeld II/Sozialgeld (ArbeitslosengeldII/Sozialgeld-Verordnung)
ÄndG	Änderungsgesetz
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
AnVNG	Angestelltenversicherungs-Neuregelungsgesetz
AO	Abgabenordnung
AOK	Allgemeine Ortskrankenkasse
AP	Arbeitsrechtliche Praxis – Entscheidungssammlung
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
ArbPlSchG	Arbeitsplatzschutzgesetz
Art.	Artikel
ArV	Rentenversicherung der Arbeiter
AtG	Altersteilzeitgesetz
Aufl.	Auflage
AV	Rentenversicherung der Angestellten
AVG	Angestelltenversicherungsgesetz
Az.	Aktenzeichen
BA	Bundesanstalt für Arbeit
BAG	Bundesarbeitsgericht
Bayer.	Bayerisch
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
BBG	Beitragsbemessungsgrenze
Bd.	Band
Beschl.	Beschluss
BERzGG	Gesetz zum Erziehungsgeld und zur Elternzeit (Bundeserziehungsgeldgesetz)
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BfA	Bundesversicherungsanstalt für Angestellte
BFH	Bundesfinanzhof
BFHE	Entscheidungen des Bundesfinanzhofs
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch

BGBL.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ(E)	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BMA	Bundesminister(ium) für Arbeit und Sozialordnung
BMF	Bundesminister der Finanzen
BMGS	Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung
BR-Drucks.	Bundesratsdrucksache
Breith(aupt)	Breithaupt, Sammlung von Entscheidungen der Sozialversicherung, Versorgung und Arbeitslosenversicherung
BSG	Bundessozialgericht
BSGE	Entscheidungen des Bundessozialgerichts
BStBl.	Bundessteuerblatt
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
Buchst.	Buchstabe
BUrlG	Bundesurlaubsgesetz
BÜVO	Beitragsüberwachungsverordnung
BVA	Bundesversicherungsamt
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVV	Beitragsverfahrensverordnung
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
DAngVers	Die Angestelltenversicherung (Zeitschrift)
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
DDR	Deutsche Demokratische Republik
d. h.	das heißt
DO	Dienstordnung
DRV	Deutsche Rentenversicherung (Zeitschrift)
DVO (-KSVG)	Durchführungsverordnung zum Künstlersozialversicherungsgesetz
e. G.	eingetragene Genossenschaft
EntgeltfortzG	Entgeltfortzahlungsgesetz
EStG	Einkommensteuergesetz
EUGH	Europäischer Gerichtshof
e. V.	eingetragener Verein
f.	folgende (Seite oder Randnummer)
FamRZ	Zeitschrift für Familienrecht (Zeitschrift)
GBL.	Gesetzblatt
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
gef.	gefasst
gem.	gemäß
GEMA	Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte
GemR	Gemeinsames Rundschreiben der Spitzenorganisationen der Sozialversicherung

GenG	Genossenschaftsgesetz
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GKP	Gesetzliche Pflegeversicherung
GKV	Gesetzliche Krankenversicherung
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	GmbH-Gesetz
grds.	grundsätzlich
GRV	Gesetzliche Rentenversicherung
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
GVL	Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten
HAG	Heimarbeitsgesetz
HGB	Handelsgesetzbuch
HwVG	Handwerkerversicherungsgesetz
i. d. F.	in der Fassung
i. d. R.	in der Regel
i. S., iS	im Sinne
i. S. v., iSv	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
JbSozR	Jahrbuch des Sozialrechts der Gegenwart
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JZ	Juristenzeitung
KG	Kommanditgesellschaft
KG aA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
KnRV	knappschaftliche Rentenversicherung
Komm.	Kommentar
KöStG	Körperschaftsteuergesetz
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
KSV-EGVO	Künstlersozialversicherungs-Entgeltverordnung
KSVG	Künstlersozialversicherungsgesetz
KV	Krankenversicherung; Die Krankenversicherung (Zeitschrift)
LPartG	Lebenspartnerschaftsgesetz
LSG	Landessozialgericht
LStR	Lohnsteuerrichtlinien
LVA	Landesversicherungsanstalt
MuschG	Mutterschutzgesetz
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
m. W. v.	mit Wirkung vom
NachwG	(Nachweisgesetz)
n. F.	neue Fassung

NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungs-Report (Zeitschrift)
Nr.	Nummer
o. g.	oben genannte(r)
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
Palandt	Palandt, Kommentar zum BGB
PartGG	Partnerschaftsgesellschaft
Rdnr.	Randnummer
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RKG	Reichsknappschaftsgesetz
RRG 1992	Rentenreformgesetz 1992
Rs.	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung
RÜG	Renten-Überleitungsgesetz
RV	Rentenversicherung
RVA	Reichsversicherungsamt
RVO	Rentenversicherungsordnung
S.	Seite
s.	siehe
SGB	Sozialgesetzbuch
SGB I	Sozialgesetzbuch – Allgemeiner Teil (Erstes Buch)
SGB IV	Sozialgesetzbuch – Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung (Viertes Buch)
SGB V	Sozialgesetzbuch – Gesetzliche Krankenversicherung (Fünftes Buch)
SGB VI	Sozialgesetzbuch – Gesetzliche Rentenversicherung (Sechstes Buch)
SGB X	Sozialgesetzbuch - Verwaltungsverfahren, Schutz der Sozialdaten, Zusammenarbeit der Leistungsträger und ihre Beziehungen zu Dritten (Zehntes Buch)
SGb	Die Sozialgerichtsbarkeit (Zeitschrift)
SGG	Sozialgerichtsgesetz
s. o.	siehe oben
sog.	sogenannte(r)
SpG	Sparkassengesetz
SozR	Sozialrecht, Rechtsprechung, bearbeitet von den Richtern des Bundessozialgerichts
SozSich	Soziale Sicherheit (Zeitschrift)
SPV	soziale Pflegeversicherung
StBp	Die steuerliche Betriebsprüfung
s. u.	siehe unten/unter
SVG	Gesetz über die Sozialversicherung
SZ	Süddeutsche Zeitung

TVG	Tarifvertragsgesetz
TzBfG	Teilzeit- und Befristungsgesetz
u. a.	unter anderem
überarb.	überarbeitet
UFITA	Archiv für Urheber-, Film-, Funk- und Theaterrecht (Zeitschrift)
UrhG	Urheberrechtsgesetz
UrhR	Urheberrecht
Urt.	Urteil
UStG	Umsatzsteuergesetz
usw.	und so weiter
u. U.	unter Umständen
UV	Unfallversicherung
v.	vom
VBK	Verband Bildender Künstler
Vddb	Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen
VddK	Versorgungsanstalt der deutschen Kulturorchester
VDR	Verband Deutscher Rentenversicherungsträger
Verf.	Verfasser
VersR	Versicherungsrecht (Zeitschrift)
VG	Verwertungsgesellschaft
vgl.	vergleiche
VVaG	Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit
VwVG	Verwaltungsvollstreckungsgesetz
WDR	Westdeutscher Rundfunk
WFG	Wirtschaftsförderungsgesellschaft
WzS	Wege zur Sozialversicherung (Zeitschrift)
z. B., zB	zum Beispiel
ZfS	Zeitschrift für Sozialreform
z. T.	zum Teil
ZiP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZSR	Zeitschrift für Sozialreform
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht
z. Z.	zur Zeit

Literaturverzeichnis

Baumbach/Hopt, Handelsgesetzbuch, begründet von Adolf Baumbach, bearbeitet von Klaus J. Hopt und Hanno Merkt, 33. Auflage, München 2008;

Berndt, Joachim, Künstlersozialversicherungsrecht, Wiesbaden 2008;

Berndt, Joachim, Versicherungspflicht selbstständiger Künstler und Publizisten nach dem Künstlersozialversicherungsgesetz, DStR 2008, S. 203 ff.;

Berndt, Joachim, Die Künstlersozialabgabe in der Betriebsprüfung der Rentenversicherungsträger, DStR 2007, S. 1631 ff.;

Berndt, Joachim, Der sozialversicherungsrechtliche Status (schein-) selbstständiger Therapeuten, BB 2000, S. 1674;

Berndt, Joachim, Arbeitnehmer oder freier Mitarbeiter, BB 1998, 894;

Berndt, Joachim, Die Rechtsfähigkeit US-amerikanischer Kapitalgesellschaften im Inland, JZ 1996, 187;

Berndt, Joachim, Internationaler Kulturgüterschutz: Abwanderungsschutz, Regelungen im innerstaatlichen Recht, im Europa- und Völkerrecht, Köln, Berlin, u. a. 1998 (Völkerrecht – Europa-recht – Staatsrecht; Bd. 22) zugl. Münster (Westfalen), Univ., Diss. 1996;

Berndt, Joachim/Boin, Kai, Zur Rechtsnatur der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, NJW 1998, S. 2854;

Bunjes/Geist, Umsatzsteuergesetz, Kommentar, begründet von Johannes Bunjes, erläutert von Helga Zeuner, Hans-Herrmann Heidner, Axel Leonard, 9. Auflage 2008;

Figge, Gustav, Sozialversicherungshandbuch für die Praxis, Köln, Loseblatt, Stand: 88. Ergänzungslieferung Mai 2007 (zit.: *Figge/Bearbeiter ...*);

Finke, Hugo/Brachmann, Wolfgang/Nordhausen, Willy, Künstlersozialversicherungsgesetz, Kommentar von Hugo Finke, Wolfgang Brachmann und Willy Nordhausen, 3. Auflage, München 2003;

Großfeld, Bernhard/Berndt, Joachim, Die Übertragung von deutschen GmbH-Geschäftsanteilen im Ausland, RIW 1996, 625;

Hille, Hans-Eduard, Freie Mitarbeit und andere Formen freier Zusammenarbeit, 3. Auflage, Bonn 1996;

Hoyningen-Huene, Gerrick, Subunternehmerverträge oder illegale Arbeitnehmerüberlassung? BB 1985, 1669 ff.;

Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, Loseblatt, München (zit.: *KK/Bearbeiter*);

Kazmierczak, Die Neuregelung der geringfügigen Beschäftigungsverhältnisse zum 1. April 2003, NZS 2003, 186, 187;

Küttner, Personalhandbuch 2009, 15. Auflage, München 2009 (zit.: *Küttner/Bearbeiter*, Personalhandbuch *Stichwort*, Rdnr.);

Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz, Kommentar von Marcus Lutter und Peter Hommelhoff, 16. Auflage, Köln 2004;

Nicklisch, Franz, Rechtsfragen des Subunternehmervertrages bei Bau- und Anlageprojekten im In- und Ausland, NJW 1985, 2361 ff.;

Niesel, Arbeitsförderung – SGB III – Kommentar, herausgegeben von Klaus Niesel, bearbeitet von Jürgen Brand, Wolfgang Düe, Klaus Niesel, Ricarda Brandts, Hans-Jürgen Kretschmer und Bodo Roeder, 4. Auflage, München 2007 (zit.: *Niesel/Bearbeiter* §, Rdnr.);

Pfau/Spiekermann/Wahsner, Selbst ist der Mann? Zur „Selbstständigkeit“ von Verkaufsfahrern, von Birgit, Pfau, Peter Spiekermann, Roderich Wahsner u. a., Düsseldorf 1986;

Pump, Hermann, Die Abwicklung einer Scheinselbstständigkeit bei der Umsatzsteuer, StBp 2006, S. 80 – 89 (Teil I), 110-116 (Teil II) und 159-164 (Teil III);

Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, Sozialrecht – SGB IV – SGB X – SGG, herausgegeben von Christian Rolfs, Christian, Richard Giesen, Ralf Kreikebohm und Peter Udsching, bearbeitet von Sabine Hesse, Manfred Hintz, Stefan Jungeblut, Thomas Krodol, Sabine Lowe, Rüdiger Mette, Heike Pohl, Stefan Rittweger und Udsching, Peter, München 2007 (zit.: *Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching/Bearbeiter* §, Rdnr.)

Schaub, Günter, Arbeitsrechts-Handbuch, bearbeitet von Günter Schaub, Ulrich Koch und Rüdiger Link, 11. Auflage, München 2005;

Schmidt, Ludwig, Einkommenssteuergesetz, 27. Auflage, München 2008;

Schüren/Hamann, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, herausgegeben von Peter Schüren, bearbeitet von Christiane Brors, Wolfgang Hamann, Britta Riederer Freifrau von Paar, Peter Schüren und Martin Stracke, 3. Auflage, München 2007;

Seewald, Otfried, Berufsständische Versorgung und gesetzliche Rentenversicherung – „bleiben“ oder „wechseln“, NWB Nr. 8 v. 20.02.2006, Fach 27, S. 6173.

Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, bearbeitet von Peter Bassenge, Gerd Brudermüller, Uwe Diederichsen, Wolfgang Edenhofer, Christian Grünberg, Andreas Heldrich, Helmut, Hinrichs, Hartwig Sprau und Walter Weidenkaff, 69. Auflage, München 2009 (zit.: *Palandt/Bearbeiter*);

Wank, Franchisenehmer und Scheinselbstständigkeit, ZfS 1996, 387 ff.;

§ 1 Abhängige Beschäftigung und Selbstständige Tätigkeit

Die Beschäftigung gegen Arbeitsentgelt begründet die Versicherungspflicht in der gesetzlichen Kranken-, Pflege-, Arbeitslosen- und Rentenversicherung¹ sowie in der gesetzlichen Unfallversicherung.² Der Beschäftigung gleichgestellt ist der Erwerb beruflicher Kenntnisse, Fertigkeiten oder Erfahrungen im Rahmen betrieblicher Berufsbildung.³ Damit wird deutlich die traditionelle Zielrichtung der Sozialversicherung, den unselbstständigen Erwerbstätigen (Arbeitnehmern) den Schutz der Sozialversicherung zwangsweise zugute kommen zu lassen.

Die selbstständige Tätigkeit begründet nur ausnahmsweise die Versicherungspflicht und dann auch nur in der gesetzlichen Rentenversicherung.⁴ Lediglich selbstständige Künstler und Publizisten sind versicherungspflichtig in der gesetzlichen Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung.⁵ Die Abgrenzung der abhängigen Beschäftigung von der selbstständigen Tätigkeit wird damit zum Dreh- und Angelpunkt der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Sozialversicherung.

Die Spitzenorganisation der Sozialversicherung haben sich wiederholt mit der Problematik befasst und ihre Sicht der Dinge letztmalig verlautbart mit Rundschreiben vom 05. Juli 2005.⁶

A. Abhängige Beschäftigung – Selbstständige Tätigkeit

Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist § 7 Absatz 1 Satz 1 SGB IV. Danach ist Beschäftigung die „nichtseltständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis“.⁷ Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine „Tätigkeit nach Weisungen“ und eine „Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers“.⁸

§ 7 SGB IV Beschäftigung

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

Die Vorschrift stellt zunächst einmal klar, dass eine Beschäftigung immer dann vorliegt, wenn eine Arbeit nicht selbstständig, d. h. in persönlicher Abhängigkeit von einem Dritten (Arbeitgeber) ausgeübt wird. Von einem Beschäftigungsverhältnis ist „insbesondere“ auch dann auszugehen, wenn nach arbeitsrechtlichen Grundsätzen ein Arbeitsverhältnis besteht. Dabei kommt es nicht darauf an, ob ein wirksamer Arbeitsvertrag geschlossen worden ist, oder ob es sich um ein

1 § 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V (Krankenversicherung); § 20 SGB XI (Pflegeversicherung), § 25 Abs. 1 SGB III (Arbeitslosenversicherung), § 1 S. 1 SGB VI (Rentenversicherung).

2 § 2 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII.

3 § 7 Abs. 2 SGB IV.

4 Vgl. den Katalog des § 2 S. 1 Nr. 1 bis 10 SGB VI.

5 § 2 SGB S. 1 Nr. 5 VI i. V. m. § 1 KSVG, zur Versicherungspflicht selbstständiger Künstler und Publizisten, Künstler-sozialabgabe und Betriebsprüfung vgl. ausführlich Berndt, Künstlersozialversicherungsrecht.

6 GemR. v. 05.07.2005 – Gesetz zur Förderung der Selbstständigkeit; Versicherung-, Beitrags- und Melderecht unter Berücksichtigung der Änderungen aufgrund des Vierten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt nebst Anlagen.

7 § 7 Abs. 1 S. 1 SGB IV.

8 § 7 Abs. 1 S. 2 SGB IV.

sogenanntes faktisches Arbeitsverhältnis handelt.⁹ Im Übrigen sind die Begriffe „Beschäftigungsverhältnis“ und „Arbeitsverhältnis“ nicht deckungsgleich. Das Beschäftigungsverhältnis greift weiter als der des Arbeitsverhältnisses und erfasst auch Sachverhalte, bei denen wir das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses verneinen.

➤ **Beispiel:**

Der Geschäftsführer einer GmbH steht nicht in einem Arbeitsverhältnis (vgl. § 5 Absatz 2 Nr. 1 BetrVG), unter Umständen aber in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis zur Gesellschaft.

- 5 Demgegenüber ist selbstständig tätig, wer im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. § 84 Absatz 1 Satz 2 HGB enthält insoweit ein typisches Abgrenzungsmerkmal mit allgemeiner Wertung über den unmittelbaren Anwendungsbereich (Handelsvertreter) hinaus.¹⁰

§ 84 HGB Begriff des Handelsvertreters

(1) Handelsvertreter ist, wer als selbstständiger Gewerbetreibender ständig damit betraut ist, für einen anderen Unternehmer Geschäfte zu vermitteln oder in dessen Namen abzuschließen. Selbstständig ist, wer im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann.

Liegen die zuletzt genannten Voraussetzungen nicht vor, so ist ein mit der Vermittlung von Geschäften für einen Unternehmer Betrauter dessen Handlungsgehilfe¹¹ und gilt auch dann als solcher, wenn ein ausdrücklicher Anstellungsvertrag fehlt.¹²

6 Übersicht: Abhängige Beschäftigung – Selbstständige Tätigkeit

Abhängige Beschäftigung – § 7 Abs. 1 SGB IV –	Selbstständige Tätigkeit – § 84 Abs. 1 S. 2 HGB –
Beschäftigung ist die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers.	Selbstständig tätig ist, wer im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann.

B. Vor- und Nachteile des Arbeits- bzw. Beschäftigungsverhältnisses

- 7 Die Beschäftigung von Arbeitnehmern bietet dem Arbeitgeber eine Reihe von Vor- bzw. Nachteilen. Den betriebswirtschaftlichen Vorteilen stehen eine Reihe rechtlich nachteiliger Folgen im Arbeits-, Sozialversicherungs- und Steuerrecht gegenüber. Wir verschaffen uns einen Überblick:

9 BT-Drs. 7/4122, S. 31.

10 BSG, Urt. v. 22.06.2005 – B 12 KR 28/03 R – (Transportfahrer-Labordiagnostik) SozR 4-2400 § 7 SGB IV Nr. 5 S. 13 unter Verweis auf die ständige Rechtsprechung des Senats seit BSG, Urt. v. 29.01.1981 – 12 RK 63/79 – (Vermittlung von Bausparverträgen) BSGE 51, 164, 166 ff = SozR 2400 § 2 Nr. 16 S. 19 f.; so auch BGH, ZIP 1998, 2178.

11 § 59 HGB.

12 BSG, Urt. v. 229.01.1981 – 12 RK 63/79 – (Vermittler von Bausparverträgen) SozR 2400 § 2 AVG Nr. 16 S. 17.

Übersicht: Vor- und Nachteile des Arbeits- bzw. Beschäftigungsverhältnisses

8

1

Vorteile	Nachteile
<p>Betriebswirtschaftliche Vorteile</p> <p>Der Arbeitgeber kann im Rahmen des Arbeitsvertrages und der gesetzlichen Vorschriften weitgehend frei über die Arbeitskraft des Arbeitnehmers verfügen. Er besitzt das arbeitsrechtliche Direktionsrecht.</p> <p>Durch die Kontinuität des Arbeitsverhältnisses lassen sich individuelle Fähigkeit der Arbeitnehmer entwickeln. In der Stammebelegschaft sammelt sich dadurch ein beträchtliches know how an.</p> <p>Die Qualität der Leistung und die Akzeptanz bei den Auftraggebern ist vielfach davon abhängig, dass kein ständiger Mitarbeiterwechsel stattfindet.</p>	<p>Individualarbeitsrecht</p> <p>Allgemeiner (KSchG) und besonderer Kündigungsschutz (Mütter – § 9 MuSchG, Schwerbehinderte – §§ 85 ff. SGB IX und Betriebsräte – § 15 BetrVG) sowie nach Dauer der Betriebszugehörigkeit gestaffelte Kündigungsfristen (§ 622 BGB)</p> <p>Ggf. Tarifbindung der Arbeitsverhältnisse (TVG)</p> <p>Inhaltskontrolle (§ 138 BGB, §§ 305 ff. BGB)</p> <p>Entgelt ggf. auch ohne Arbeitsleistung (vgl. etwa §§ 2 f. EntgeltfortzG, § 1 BUrlG)</p> <p>Kollektives Arbeitsrecht</p> <p>Betriebliche Mitbestimmung in sozialen (§ 87 ff. BetrVG), personellen (§§ 99 ff. BetrVG) und wirtschaftlichen Angelegenheiten (§ 106 ff. BetrVG)</p> <p>Unternehmerische Mitbestimmung über die Aufsichtsräte (§§ 76, 77 BetrVG 1952 bzw. § 1 MitbestG)</p>
	<p>Sozialversicherungsrecht</p> <p>Der Arbeitgeber schuldet die Beiträge zur Kranken-, Pflege-, Arbeitslosen- und Rentenversicherung (§ 28d SGB IV), die er zur Hälfte trägt (§ 28g SGB IV). Er schuldet und trägt die Beiträge zur gesetzlichen Unfallversicherung (§ 150 SGB VII)</p>
	<p>Lohnsteuerrecht</p> <p>Der Arbeitgeber führt das Lohnkonto, er berechnet die Lohnsteuer, behält sie ein und führt sie ab (§§ 41, 41a EStG). Er haftet für die nicht ordnungsgemäß abgeführte Lohnsteuer (§ 42d EStG).</p>

Das Ziel der Suche nach Alternativen zum Arbeits- bzw. Beschäftigungsverhältnis besteht darin, eine Form der Zusammenarbeit zu finden, die dem Unternehmer

9

- bei weitestgehender Flexibilität die Arbeitskraft sichert,
- möglichst wenig Verwaltungs- und Nebenkosten verursacht und
- den Mitarbeitern ein Höchstmaß an Leistungsanreizen bietet.

C. Alternativen zum Arbeits- bzw. Beschäftigungsverhältnis

- 10 In jedem Einzelfall stellt sich die Frage der Abgrenzung des Beschäftigungsverhältnisses von der selbstständigen Tätigkeit. Ist der Vertragspartner wirklich selbstständig tätig oder handelt es sich um ein „verdecktes“ Arbeits- bzw. Beschäftigungsverhältnis? Die Problematik tritt in voller Schärfe zutage, wenn der Auftraggeber sich neben den Vorteilen des selbstständigen Vertragsverhältnisses (Sozialversicherungsfreiheit, Abwälzung des Entgeltrisikos) auch die des Arbeitsverhältnisses (freie Verfügungsmacht über die Arbeitskraft) sichern will. Das kann nicht gut gehen. Als Gestaltungsalternativen kommen in Betracht, die freie Mitarbeit, Subunternehmerverträge, der Einsatz von Fremdfirmen auch für innerbetriebliche Daueraufgaben, Handelsvertreterverträge und Franchisesysteme. Wir verschaffen uns einen kurzen Überblick.

I. Freier Mitarbeiter

- 11 Der freie Mitarbeitervertrag ist Dienstvertrag i. S. des § 611 BGB. Durch den Dienstvertrag verpflichtet sich der eine Teil zur Leistung der versprochenen Dienste (Dienstverpflichteter), der andere Teil zur Leistung der vereinbarten Vergütung (Dienstberechtigter). Im Gegensatz zum Werkunternehmer schuldet der Dienstverpflichtete nicht einen gegenständlich fassbaren Leistungserfolg, sondern das bloße Wirken, die Arbeitsleistung als solche.¹³ Der freie Mitarbeiter erbringt seine Dienste in persönlicher Unabhängigkeit vom Auftraggeber.

Für diese Gestaltungsform kommen insbesondere Tätigkeiten in Betracht, die außerhalb des Betriebes erbracht werden und für diesen lediglich eine Ergänzungs- oder Hilfsfunktion erfüllen. Die Angehörigen freier Berufe¹⁴ (Ärzte, Rechtsanwälte, Steuerberater etc.) werden traditionell im Rahmen von freien Mitarbeiterverträgen tätig. Gleiches gilt für die im Bereich Theater, Orchester, Rundfunk- und Fernsehen, Film- und Fernsehproduktion kreativ tätigen Personen.

II. Subunternehmer

- 12 Der Subunternehmer- oder Nachunternehmervertrag ist Werkvertrag i. S. der §§ 611 ff. BGB. Im Gegensatz zum freien Dienstnehmer schuldet der Subunternehmer einen gegenständlichen Erfolg. Problematisch sind Sachverhalte, bei denen die Werkunternehmerqualität des Subunternehmers in Frage steht. Verfügt der Werkunternehmer über die zur Erbringung der Werkleistung erforderliche Betriebsorganisation?

➤ Beispiel:

Ein Putzunternehmer schließt Subunternehmerverträge über das Aufbringen des Außenputzes mit „Subunternehmern“ ab, die außer ihrer persönlichen Arbeitsausrüstung und Kleinwerkzeug über keinerlei maschinelle Ausstattung für die Aufbringung des Außenputzes verfügen. Die erforderlichen Maschinen und das Material werden ausschließlich vom Putzunternehmer geliefert.

¹³ Vgl. Palandt/Sprau, Einf v § 631, Rdnr. 6.

¹⁴ Vgl. die Katalogberufe des § 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG.

Eng mit dieser Problematik verwandt ist die Abgrenzung zwischen Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung. Im Werkvertrag schuldet der Subunternehmer dem Auftraggeber einen gegenständlichen Erfolg. Im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung stellt der Verleiher dem Entleiher die Arbeitskraft seiner Mitarbeiter zur freien Verfügung.¹⁵ Die Frage stellt sich insbesondere bei der Vergabe innerbetrieblicher Daueraufgaben an Fremdfirmen (Fremdfirmeneinsatz).

13

1

III. Fremdfirmeneinsatz

Die Praxis entwickelt immer häufiger atypische (Werk-) Vertragsgestaltungen zur Umgehung einer abhängigen Beschäftigung. Dies betrifft insbesondere die Vergabe innerbetrieblicher Daueraufgaben an Fremdfirmen: Im Rahmen von „Werkverträgen“ werden Arbeiten an Drittunternehmen vergeben, die eng mit dem Produktionsprozess verzahnt und sogar dessen unmittelbarer Bestandteil sind.

14

- **Lackieren von Bremszylindern in den Fertigungshallen eines Automobilzulieferers** (BAG, Urt. v. 05.03.1991, AP Nr. 90 zu § 99 BetrVG 1972),
- **Herstellung von Fleischzuschnitten in den Produktionshallen eines Schlacht- und Zerlegebetriebes** (BSG, Urt. v. 04.06.1998 – B 12 KR 5/97 R – SozR 3-2400 § 7 SGB IV Nr. 13 S. 37.)

Problematisch sind insbesondere die Fallgestaltungen, in denen das zu erstellende „Werk“ nicht mehr die Herstellung eines (zahlenmäßig) bestimmten, abgrenzbaren Erfolges zum Gegenstand hat, sondern „Rahmenverträge“ geschlossen werden und der Auftraggeber die einzelnen „Gewerke“ in Form von „Einzelbestellungen“ abruft, wobei die „Einzelwerke“ zum Teil so stark aufgegliedert („atomisiert“) werden, dass diese praktisch mit einzelnen Arbeitsschritten identisch sind.

15

- **Bewachung des Betriebsgeländes einschließlich der Personenkontrolle** (BAG, Urt. v. 08.11.1978, AP Nr. 2 zu § 1 AÜG),
- **Instandsetzung und Instandhaltung von Beleuchtungsanlagen** (BAG, Urt. 06.08.1997, EzAÜG § 631 BGB Werkvertrag Nr. 39),
- **Entwurf, Erstellung, Umsetzung und Dokumentation von EDV-Programmen** (LAG Baden-Württemberg, Urt. v. 25.01.1991, EzAÜG § 631 BGB Werkvertrag Nr. 32)

In all diesen Fällen können wir nach dem äußeren Erscheinungsbild kaum noch beurteilen, ob die Arbeitnehmer des Fremdunternehmens nach dessen Weisungen arbeiten oder ob sie bereits so intensiv in die betriebliche Organisation des Auftraggebers eingebunden sind, dass sie von diesem gesteuert werden.¹⁶ Hier stellt sich das Problem der Abgrenzung des Dienst- bzw. Werkvertrages von der (unerlaubten) Arbeitnehmerüberlassung.

16

Für das Sozialversicherungsrecht gilt unabhängig von der vertraglichen Gestaltung: Arbeitgeber und damit auch Schuldner der Sozialversicherungsbeiträge ist, wer das Weisungsrecht gegenüber den Arbeitnehmern ausübt und diese in seine betriebliche Organisation eingliedert.

Die Gerichte würdigen zunächst die getroffene Vereinbarung (Entspricht der Vertragsinhalt den Anforderungen der §§ 633 ff. BGB?) und unterziehen diese sodann einer Kontrolle anhand der geübten Vertragspraxis (wird der Vertrag entsprechend der getroffenen Vereinbarung gelebt?).¹⁷

17

¹⁵ § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG, zur Abgrenzung von Subunternehmerverträgen zur Arbeitnehmerüberlassung vgl. ausführlich Hoyingen-Huene, Subunternehmerverträge oder illegale Arbeitnehmerüberlassung? BB1985, 1669 ff. sowie Nicklisch, Rechtsfragen des Subunternehmereinsatzes bei Bau- und Anlageobjekten im In- und Ausland, NJW 1985, 2361 ff.

¹⁶ Schüren/Hamann, § 1, Rdnr. 125.

¹⁷ Entsprechendes gilt für die neuere Rechtsprechung des BAG, vgl. dazu ausführlich Schüren/Hamann, § 1, Rdnr. 147 ff.