

Grundsätzliche Hinweise

zum Begriff der hauptberuflich
selbstständigen Erwerbstätigkeit

vom 3. Dezember 2010

Einleitung

Die Ausübung einer hauptberuflich selbstständigen Erwerbstätigkeit ist im Versicherungs- und Beitragsrecht in der gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung mit bestimmten Rechtsfolgen belegt. Nach welchen Maßstäben das Vorliegen einer hauptberuflich selbstständigen Erwerbstätigkeit festzustellen bzw. abzugrenzen ist, ist allerdings nicht näher von Gesetzes wegen geregelt oder von der Rechtsprechung für alle Fallgruppen abschließend beantwortet und bereitet in Einzelfällen immer wieder Schwierigkeiten.

Der GKV-Spitzenverband legt mit den Grundsätzlichen Hinweisen eine Entscheidungshilfe mit empfehlendem Charakter vor, die den Begriff der hauptberuflich selbstständigen Tätigkeit näher definiert und insbesondere von der selbstständigen Tätigkeit, die nicht hauptberuflich ausgeübt wird, abgrenzt. Dabei wird in den hier beschriebenen Anwendungsbereichen von einem systematischen Zusammenhang der Vorschriften, die den Begriff der hauptberuflich selbstständigen Erwerbstätigkeit verwenden, ausgegangen, die mithin eine Auslegung des Begriffs nach einheitlichen Regeln erfordern.

Die in den Grundsätzlichen Hinweisen enthaltenen Aussagen dienen der Sicherung einer einheitlichen Rechtsanwendung durch die Krankenkassen. Sie sollen sicherstellen, dass bei gleichgelagerten Sachverhalten unabhängig von der Krankenkassenzugehörigkeit gleiche Beurteilungen getroffen werden, ohne dass den Krankenkassen für besonders gelagerte Einzelfälle jeglicher Handlungs- und Bewertungsspielraum, der sachlich vertreten werden kann, genommen wird.

Inhaltsverzeichnis

	Seite
1. Anwendungsbereich	4
2. Begriff der hauptberuflich selbstständigen Erwerbstätigkeit	
2.1 Allgemeines	5
2.2 Selbstständige Erwerbstätigkeit	6
2.3 Hauptberuflichkeit	8
3. Abgrenzung der hauptberuflich selbstständigen Tätigkeit	
3.1 Selbstständige Tätigkeit neben anderer Erwerbstätigkeit	10
3.2 Selbstständige Tätigkeit ohne andere Erwerbstätigkeit	12
4. Besondere Gruppen von Selbstständigen	
4.1 Tagespflegepersonen	14
4.2 Gründungszuschussbezieher	15
5. Feststellung der hauptberuflich selbstständigen Erwerbstätigkeit	15
6. Anwendungszeitpunkt	17

1. Anwendungsbereich

Nach § 5 Abs. 5 SGB V ist derjenige, der hauptberuflich selbstständig erwerbstätig ist, von der Versicherungspflicht nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 oder 5 bis 12 SGB V ausgeschlossen. Entsprechendes gilt für den Ausschluss der Mitgliedschaft von Rentenantragstellern nach § 189 SGB V. Die Ausschlussregelung des § 5 Abs. 5 SGB V soll ihrem Zweck nach verhindern, dass nicht versicherungspflichtige Selbstständige durch Aufnahme einer niedrig vergüteten versicherungspflichtigen Nebenbeschäftigung oder durch Erfüllung eines anderen Versicherungspflichttatbestandes den umfassenden Schutz der gesetzlichen Krankenversicherung erhalten, obwohl sie weder zu dem des Solidarschutzes bedürftigen Personenkreis gehören noch mit ihrem Arbeitseinkommen bzw. ihrer wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit zur Finanzierung der Solidargemeinschaft beitragen. Darüber hinaus verhindert die Regelung im Sinne einer Systemgrenze zwischen dem besonderen Zweig der landwirtschaftlichen Krankenversicherung und der allgemeinen Krankenversicherung, dass Haupterwerbslandwirte, die in der landwirtschaftlichen Krankenversicherung versicherungspflichtig sind, wegen einer abhängigen Nebenbeschäftigung in die allgemeine Krankenversicherung abwandern.

Eine mit § 5 Abs. 5 SGB V vergleichbare Vorschrift existiert in der Krankenversicherung der Landwirte. Nach § 2 Abs. 4a KVLG 1989 schließt eine außerhalb der Land- und Forstwirtschaft hauptberuflich ausgeübte selbstständige Erwerbstätigkeit die Versicherungspflicht in der Krankenversicherung der Landwirte nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 bis 6 KVLG 1989 aus. Die Regelung führt mit der gleichen Zielrichtung wie in der allgemeinen Krankenversicherung dazu, dass ein selbstständig Erwerbstätiger durch eine geringfügige Betätigung als Nebenerwerbslandwirt nicht in den Genuss eines preiswerten gesetzlichen Krankenversicherungsschutzes gelangen soll. Denn die Beiträge zur Krankenversicherung der Landwirte sollen systemgerecht nur dann allein aus dem landwirtschaftlichen Betrieb ermittelt werden, wenn der Schwerpunkt der Erwerbstätigkeit in der Land- und Forstwirtschaft liegt.

Im Recht der Familienversicherung existiert in § 10 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 SGB V eine vergleichbare Regelung über den Versicherungsausschluss von Ehegatten, Lebenspartnern und Kindern, die hauptberuflich selbstständig erwerbstätig sind. Nach Sinn und Zweck der Vorschrift werden diese Familienangehörigen typisierend und generalisierend ohne Rücksicht auf die Höhe ihres Einkommens von der beitragsfreien Familienversicherung ausgeschlossen, weil sie generell nicht zu dem von der gesetzlichen Krankenversicherung geschützten Personenkreis gehören und auch nicht als Familienversicherte einbezogen, sondern auf die eigene Vorsorge verwiesen werden sollen.

Für hauptberuflich selbstständig Erwerbstätige, die freiwilliges Mitglied oder nach § 5 Abs. 1 Nr. 13 SGB V versicherungspflichtig sind, gelten bei der Beitragsbemessung nach § 240 SGB V besondere Regelungen. Danach sind grundsätzlich monatliche beitragspflichtige Einnahmen in Höhe der monatlichen Beitragsbemessungsgrenze anzusetzen. Eine von der Beitragsbemessungsgrenze abweichende Beitragsfestsetzung ist nach § 240 Abs. 4 Satz 2 SGB V lediglich bei Nachweis niedrigerer Einnahmen möglich; dabei darf die Bemessungsgrundlage jedoch für den Kalendertag mindestens den 40. Teil der monatlichen Bezugsgröße, bei Vorliegen einer sozialen Härte im Sinne des § 240 Abs. 4 Satz 3 und 4 SGB V oder bei Existenzgründern im Sinne des § 57 SGB III mindestens den 60. Teil der monatlichen Bezugsgröße nicht unterschreiten. Diese Regelung bewirkt, dass hauptberuflich Selbstständige bei Einnahmen unterhalb der in dieser Vorschrift vorgesehenen Mindestbemessungsgrundlage mit einem höheren Mindestbeitrag herangezogen werden als die sonstigen freiwilligen Mitglieder der gesetzlichen Krankenversicherung, bei denen der Gesetzgeber den Mindestbetrag für die Beitragsbemessung niedriger angesetzt hat (vgl. § 240 Abs. 4 Satz 1 SGB V). Diese unterschiedliche Behandlung ist sachlich gerechtfertigt. Die aus der selbstständigen Tätigkeit für die Beitragsbemessung heranzuziehenden Einnahmen werden nach den Gewinnermittlungsvorschriften des Einkommensteuergesetzes festgestellt. Selbstständige können dadurch Betriebsausgaben abziehen, und im Ergebnis werden lediglich die Nettoeinnahmen zugrunde gelegt. Die übrigen freiwillig Versicherten zahlen dagegen Beiträge auf der Grundlage ihrer Bruttoeinnahmen. Ihnen kommen im Regelfall insbesondere Werbungskosten nicht zugute. Es dient daher der Beitragsgerechtigkeit, wenn für hauptberuflich Selbstständige der Vorteil aus der Beitragsbemessung typisierend durch die Festsetzung einer besonderen Mindestbemessungsgrenze ausgeglichen wird.

Die nachstehenden Ausführungen gelten für alle Anwendungsbereiche dieser Grundsätzlichen Hinweise.

2. Begriff der hauptberuflich selbstständigen Erwerbstätigkeit

2.1 Allgemeines

Der Begriff der hauptberuflich selbstständigen Erwerbstätigkeit ist weder gesetzlich noch untergesetzlich im Krankenversicherungs- oder Sozialversicherungsrecht definiert. Seine inhaltliche Bedeutung ergibt sich aus der jeweiligen Regelungsabsicht des Gesetzgebers. Dabei wird in den beschriebenen Anwendungsbereichen dieser Grundsätzlichen Hinweise von einem systematischen Zusammenhang der jeweiligen Vorschriften, die den Begriff der hauptberuflich selbstständigen Erwerbstätigkeit verwenden, und der mit den Vorschriften

verfolgten Regelungsabsichten ausgegangen. Darüber hinaus hat die Rechtsprechung den Begriff mittlerweile für bestimmte Anwendungsfälle konkretisiert. Eine weitere Ausprägung haben die Spitzenorganisationen der Sozialversicherung im Rahmen von Besprechungsergebnissen vorgenommen.

Diese Grundsätzlichen Hinweise greifen die Entscheidungen und Besprechungsergebnisse von wesentlicher Bedeutung auf und führen sie im Sinne einer für die Praxis der Krankenkassen relevanten Entscheidungshilfe zusammen. Dabei hängt die konkrete Beurteilung von den jeweiligen Umständen des Einzelfalles ab.

Der Begriff der hauptberuflich selbstständigen Erwerbstätigkeit wird durch zwei Elemente geprägt:

- Ø die selbstständige Erwerbstätigkeit (vgl. Ausführungen unter Nummer 2.2) und
- Ø die Hauptberuflichkeit (vgl. Ausführungen unter Nummer 2.3).

Damit wird bereits deutlich, dass in diesem Kontext nicht jede selbstständige Erwerbstätigkeit erfasst bzw. mit den entsprechenden Rechtsfolgen belegt ist, sondern nur solche, die in einer besonderen Ausprägung ausgeübt werden.

2.2 Selbstständige Erwerbstätigkeit

Selbstständig erwerbstätig ist, wer als natürliche Person selbst mit Gewinnerzielungsabsicht eine Tätigkeit in der Land- und Forstwirtschaft, in einem Gewerbebetrieb oder einer sonstigen insbesondere freiberuflichen Arbeit in persönlicher Unabhängigkeit und auf eigene Rechnung und Gefahr ausübt. Die Gewinnerzielungsabsicht, auf die die selbstständige Tätigkeit gerichtet sein muss, stellt dabei auf das sozialrechtlich relevante Arbeitseinkommen ab. Dieses ist nach § 15 Abs. 1 Satz 1 SGB IV der nach den allgemeinen Gewinnermittlungsvorschriften des Einkommensteuerrechts ermittelte Gewinn aus der selbstständigen Tätigkeit; es umfasst neben den steuerrechtlich maßgeblichen Einkünften aus selbstständiger Arbeit (§ 2 Abs. 1 Nr. 3, § 18 EStG) auch Einkünfte aus Land- und Forstwirtschaft (§ 2 Abs. 1 Nr. 1, §§ 13 ff. EStG) und aus Gewerbebetrieb (§ 2 Abs. 1 Nr. 2, §§ 15 ff. EStG). Die selbstständige Erwerbstätigkeit umfasst daher alle durch den Arbeitseinkommenbegriff in Bezug genommen und auf die Erzielung von Einnahmen gerichteten Handlungen.

Tätigkeiten, die nur aus Liebhaberei oder zum Zeitvertreib verrichtet werden, werden hingegen nicht zu Erwerbszwecken ausgeübt. Gleiches gilt für reine Vorbereitungshandlungen, die dazu dienen, eine selbstständige Tätigkeit aufzunehmen.

Tätigkeiten in Ausübung von Gesellschafterrechten (z. B. als Gesellschafter einer GmbH) sind keine selbstständigen Erwerbstätigkeiten, wenn diese sich allein dem gesellschaftsrechtlichen Bereich zuordnen lassen (vgl. Urteil des BSG vom 4. Juni 2009 – B 12 KR 3/08 R –, USK 2009-62). Insofern stellt sich auch der mit dem Halten von Anteilen an Gesellschaften erzielte Gewinn nicht als typischerweise mit persönlichem Einsatz verbundene Einkunftsart dar. Werden daneben jedoch auf der Grundlage zusätzlich bestehender Rechtsbeziehungen Tätigkeiten erbracht – schon die Vereinbarung einer Vergütung macht grundsätzlich einen zusätzlichen Vertragsschluss erforderlich –, kommt dagegen eine selbstständige Tätigkeit, insbesondere im Rahmen eines freien Dienstverhältnisses, oder bei persönlicher Abhängigkeit die Annahme einer abhängigen Beschäftigung in Betracht.

Die Stellung als Gesellschafter einer Personengesellschaft (z. B. Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, Partnerschaftsgesellschaft) lässt den Schluss zu, dass die Tätigkeit für den „eigenen Betrieb“ grundsätzlich als selbstständige Tätigkeit erbracht wird. In Einzelfällen ist ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis möglich, wenn der Gesellschafter außerhalb seines Gesellschaftsverhältnisses tätig ist und in persönlicher Abhängigkeit zu dem Unternehmen steht (vgl. Urteil des BSG vom 20. Juli 1988 – 12 RK 23/87 –, USK 88176).

Organwahrer juristischer Personen (z. B. der Vorstand eines Vereins oder der Geschäftsführer einer GmbH), die neben der gesellschaftsrechtlichen Verbindung in einer weiteren Beziehung zur juristischen Person stehen und dabei Tätigkeiten ausüben, die nicht allein dem körperschaftlichen oder gesellschaftsrechtlichen Bereich zuzuordnen sind oder Aufgaben wahrnehmen, die hinsichtlich ihres Umfangs oder ihrer Art nach über das hinausgehen, was Satzung, Vertrag, Beschlüsse der Organe und allgemeine Übung an Arbeitsverpflichtungen festlegen, oder eine Vergütungsvereinbarung getroffen haben, üben grundsätzlich eine selbstständige Erwerbstätigkeit aus; bei persönlicher Abhängigkeit dürfte eine abhängige Beschäftigung in Betracht kommen (vgl. Urteil des BSG vom 4. Juni 2009 – B 12 KR 3/08 R –, USK 2009-62). Die Beurteilung ist nach sozialversicherungsrechtlichen Grundsätzen vorzunehmen.

Die Vermietung von eigenen Wohnungen und das Erzielen von Einkünften hieraus stellt sich grundsätzlich nicht als selbstständige Erwerbstätigkeit dar (vgl. Urteil des BSG vom 30. März 2006 – B 10 KR 2/04 R –, USK 2006-49). Etwas anderes gilt allerdings dann, wenn die erziel-

ten Einkünfte aus der Vermietung steuerrechtlich solchen aus einem Gewerbebetrieb zugeordnet werden.

Eine selbstständige Tätigkeit endet, wenn die Erwerbstätigkeit nachweislich eingestellt oder der Betrieb aufgegeben oder veräußert wird. Merkmale für die Beendigung einer selbstständigen Tätigkeit können sein: Abmeldung des Gewerbebetriebs, Auflösung, Liquidation oder Löschung des Betriebs im Handelsregister oder in der Handwerksrolle. Wird im Falle der Gewerbeabmeldung der Betrieb aufgrund einer nicht abgegebenen Betriebsaufgabeerklärung im steuerrechtlichen Sinne fortgeführt und werden dementsprechend weiterhin Einkünfte aus Gewerbebetrieb erzielt, ist für diese Zeit weiterhin eine selbstständige Tätigkeit anzunehmen. Die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Schuldners stellt ein Indiz für die Beendigung der selbstständigen Tätigkeit, und zwar unabhängig von der Rechtsform des Schuldners; die Abweisung eines Antrags auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens mangels Masse bei einer natürlichen Person stellt hingegen für sich alleine betrachtet kein Merkmal für die Beendigung einer selbstständigen Tätigkeit dar.

Sofern eine selbstständig tätige Person über einen längeren Zeitraum Arbeitslosengeld II oder laufende Hilfe zum Lebensunterhalt bezieht und die Hilfeleistungen das Arbeitseinkommen und die übrigen beitragspflichtigen Einnahmen übersteigen, kann die Annahme einer Erwerbstätigkeit mangels Gewinnerzielungsabsicht ausscheiden (vgl. Urteil des BSG vom 26. September 1996 – 12 RK 46/95 –, USK 9692).

Für die Beurteilung einer selbstständigen Erwerbstätigkeit in der landwirtschaftlichen Krankenversicherung gelten die Vorschriften des KVLG 1989.

2.3 Hauptberuflichkeit

Hauptberuflich ist eine selbstständige Erwerbstätigkeit dann, wenn sie von der wirtschaftlichen Bedeutung und dem zeitlichen Aufwand her die übrigen Erwerbstätigkeiten zusammen deutlich übersteigt und den Mittelpunkt der Erwerbstätigkeit darstellt (vgl. Gesetzesbegründung zu § 5 Abs. 5 SGB V, Bundestags-Drucksache 11/2237 S. 159); in diese Beurteilung sind selbstständige Tätigkeiten als land- oder forstwirtschaftlicher Unternehmer oder als Künstler oder Publizist mit einzubeziehen. Die Rechtsprechung hat diese Erwägungen im Gesetzgebungsverfahren zur Auslegung des Begriffs der hauptberuflich selbstständigen Erwerbstätigkeit übernommen und sich dem angeschlossen. Dem Kriterium „Mittelpunkt der Erwerbstätigkeit“ kommt allerdings keine eigenständige Bedeutung zu (vgl. Urteil des BSG vom 29. September 1997 – 10 RK 2/97 –, USK 9766); es stellt insbesondere kein eigenstän-

diges Tatbestandsmerkmal dar, sondern dient lediglich der Verdeutlichung des Begriffs „hauptberuflich“.

Die Beschäftigung von Arbeitnehmern im Zusammenhang mit der selbstständigen Tätigkeit stellt sich bereits als entscheidungserhebliches Merkmal für eine hauptberuflich ausgeübte selbstständige Tätigkeit dar, ohne dass die wirtschaftliche Bedeutung und der zeitliche Umfang der selbstständigen Tätigkeit regelmäßig näher zu prüfen wären. Bei Personen, die mindestens einen Arbeitnehmer mehr als geringfügig beschäftigen, ist daher generalisierend anzunehmen, dass sie aufgrund ihrer Arbeitgeberfunktion – unabhängig von einem persönlichen Arbeitseinsatz – hauptberuflich selbstständig erwerbstätig sind. Werden mehrere Arbeitnehmer geringfügig beschäftigt, deren Arbeitsentgelte bei Zusammenrechnung die Geringfügigkeitsgrenze des § 8 Abs. 1 Nr. 1 SGB IV überschreiten, ist die Ausübung einer hauptberuflich selbstständigen Erwerbstätigkeit ebenfalls anzunehmen. In diese Betrachtung sind der Ehegatte des landwirtschaftlichen Unternehmers und seine mitarbeitenden Familienangehörigen nicht einzubeziehen, soweit keine Rentenversicherungspflicht besteht.

Das Merkmal der Beschäftigung von Arbeitnehmern ist der Regelung zur Versicherungspflicht von selbstständigen Lehrern, Erziehern, Pflegepersonen und arbeitnehmerähnlichen Selbstständigen in der gesetzlichen Rentenversicherung entnommen (vgl. § 2 Satz 1 Nr. 1, 2 und 9 SGB VI). Dort wird der Beschäftigung von Arbeitnehmern bei typisierender Betrachtung eine erhebliche Bedeutung für die wirtschaftliche Lage des Selbstständigen und mithin für seine soziale Schutzbedürftigkeit beigemessen. Diese generalisierende, typisierende und verwaltungsmäßig leicht feststellbare Regelung wird auch zur Feststellung der Hauptberuflichkeit im Anwendungsbereich dieser Grundsätzlichen Hinweise für sachgerecht erachtet. Die Beschäftigung von Arbeitnehmern ist im Rahmen der Feststellung der hauptberuflich selbstständigen Erwerbstätigkeit stets vorrangig zu prüfen.

Während im Rahmen des § 5 Abs. 5 SGB V und des § 2 Abs. 4a KVLG 1989 in aller Regel eine Abwägung zwischen der die Versicherungspflicht ausschließenden selbstständigen Erwerbstätigkeit und den übrigen Erwerbstätigkeiten vorzunehmen ist (vgl. Ausführungen unter Nummer 3.1), lässt sich bei selbstständig Tätigen, die keine weitere Erwerbstätigkeit ausüben, das Merkmal der Hauptberuflichkeit daran ableiten, ob die selbstständige Erwerbstätigkeit der Lebensführung des Betroffenen von ihrer wirtschaftlichen Bedeutung und ihrem zeitlichen Aufwand her das Gepräge gibt (vgl. Ausführungen unter Nummer 3.2). Dies ist nicht immer schon dann der Fall, wenn neben der selbstständigen Tätigkeit keine andere Erwerbstätigkeit ausgeübt wird.

Die wirtschaftliche Bedeutung der selbstständigen Tätigkeit ist durch Heranziehung des Arbeitseinkommens im Sinne des § 15 SGB IV zu bestimmen (vgl. u. a. Urteil des BSG vom 29. April 1997 – 10/4 RK 3/96 –, USK 9760). Maßgeblich ist danach der nach den Gewinnermittlungsvorschriften des Einkommensteuerrechts ermittelte Gewinn aus der selbstständigen Tätigkeit.

Vom zeitlichen Umfang her ist eine selbstständige Tätigkeit dann als hauptberuflich anzusehen, wenn sie mehr als halbtags ausgeübt wird (vgl. Urteile des BSG vom 10. März 1994 – 12 RK 1/94 und 12 RK 3/94 –, USK 9428). Dabei ist neben dem reinen Zeitaufwand für die eigentliche Ausübung der selbstständigen Tätigkeit auch der zeitliche Umfang für eventuell erforderliche Vor- und Nacharbeiten zu berücksichtigen. Zu berücksichtigen ist ferner die für die kaufmännische und organisatorische Führung des Betriebes erforderliche Zeit, insbesondere zur Erledigung der laufenden Verwaltung und Buchhaltung, Behördengänge, Geschäftsbesorgungen und ähnlicher Aufgaben, nicht dagegen der Zeitaufwand von mitarbeitenden Familienangehörigen oder von fremden Personen (vgl. Urteile des BSG vom 29. April 1997 – 10/4 RK 3/96 –, USK 9760 und vom 29. September 1997 – 10 RK 2/97 –, USK 9766). Zur Bestimmung des Zeitaufwands können auch Öffnungszeiten des Betriebs des Selbstständigen eine Orientierungshilfe sein. Eine mehr als halbtags ausgeübte selbstständige Tätigkeit ist – ausgehend von einer durchschnittlichen (tariflichen bzw. betrieblich vereinbarten) Wochenarbeitszeit aller vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmer in Deutschland von mehr als 38 Stunden im Jahr 2009 – anzunehmen, wenn der Zeitaufwand mehr als 20 Stunden wöchentlich beträgt. Bei einem Zeitaufwand von nicht mehr als 20 Stunden wöchentlich ist die Annahme einer hauptberuflichen selbstständigen Tätigkeit dann nicht ausgeschlossen, wenn die daraus erzielten Einnahmen die Hauptquelle zur Bestreitung des Lebensunterhalts bilden.

3. Abgrenzung der hauptberuflich selbstständigen Tätigkeit

3.1 Selbstständige Tätigkeit neben anderer Erwerbstätigkeit

Wenn es gilt, die selbstständige Erwerbstätigkeit gegen eine oder mehrere abhängige Beschäftigungen abzuwägen, ist darauf abzustellen, ob die selbstständige Erwerbstätigkeit von der wirtschaftlichen Bedeutung und dem zeitlichen Umfang her die übrigen Erwerbstätigkeiten deutlich übersteigt. Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, wird die selbstständige Tätigkeit nicht hauptberuflich ausgeübt. Die dazu erforderliche Prüfung ist im Zweifelsfall nicht schematisch, sondern im Rahmen einer Gesamtschau vorzunehmen. Eine solche Gesamtschau verhindert einerseits Zufallsergebnisse in den Fällen, in denen ein geringes Zurückbleiben bei einem Kriterium mit einem deutlichen Übersteigen beim anderen Kriterium zu-

sammentrifft, und erlaubt andererseits, dass Besonderheiten wie z. B. im Falle eines Ausbildungsverhältnisses mit entsprechend geringer Vergütung berücksichtigt werden können, indem eine höhere Bewertung der wirtschaftlichen Bedeutung dieses Entgelts im Hinblick auf die angestrebte abhängige Beschäftigung im späteren Beruf vorgenommen wird. Werden mehrere selbstständige Tätigkeiten ausgeübt, sind sie hinsichtlich ihrer wirtschaftlichen Bedeutung und des zeitlichen Umfangs zusammenzurechnen.

Im Sinne einer den Belangen aller Beteiligten Rechnung tragenden Abgrenzung, die vor allem verfahrenspraktisch relativ einfach durchzuführen ist, ist zunächst von folgenden Grundannahmen auszugehen:

- Ø Bei Arbeitnehmern, die aufgrund tariflicher, betriebsbedingter oder arbeitsvertraglicher Regelungen vollschichtig arbeiten oder deren Arbeitszeit der regelmäßigen Wochenarbeitszeit vergleichbarer Vollbeschäftigter des Betriebs entspricht, besteht die widerlegbare Vermutung, dass – unabhängig von der Höhe des Arbeitsentgelts – daneben für eine hauptberuflich selbstständige Erwerbstätigkeit kein Raum mehr bleibt.
- Ø Bei Arbeitnehmern, die mehr als 20 Stunden wöchentlich arbeiten und deren monatliches Arbeitsentgelt mehr als die Hälfte der monatlichen Bezugsgröße beträgt, besteht die widerlegbare Vermutung, dass daneben für eine hauptberuflich selbstständige Erwerbstätigkeit kein Raum mehr bleibt.
- Ø Im umgekehrten Fall, also wenn die Beschäftigung an nicht mehr als 20 Stunden wöchentlich ausgeübt wird und das Arbeitsentgelt nicht mehr als die Hälfte der monatlichen Bezugsgröße beträgt, besteht die widerlegbare Vermutung, dass die selbstständige Erwerbstätigkeit hauptberuflich ausgeübt wird.

Lässt sich nach diesen Grundsätzen das Vorliegen einer hauptberuflich selbstständigen Erwerbstätigkeit nicht eindeutig bestimmen oder gilt es, Vermutungen zu widerlegen, ist nach den Gegebenheiten des Einzelfalles bei Vergleich der Kriterien wirtschaftliche Bedeutung und zeitlicher Aufwand der jeweiligen Erwerbstätigkeiten festzustellen, ob die selbstständige Erwerbstätigkeit deutlich überwiegt. Für die Prüfung der wirtschaftlichen Bedeutung der selbstständigen Tätigkeit einerseits und der Beschäftigung andererseits sind das Arbeitseinkommen (§ 15 SGB IV) und das Arbeitsentgelt (§ 14 SGB IV) miteinander zu vergleichen.

Wann von einem „deutlichen Überwiegen“ auszugehen ist, hat die Rechtsprechung bislang nicht konkret beantwortet. Übersteigt die selbstständige Tätigkeit sowohl von der wirtschaftlichen Bedeutung als auch vom zeitlichen Aufwand her die übrigen Erwerbstätigkeiten

um jeweils mindestens 20 v. H. kann von einem deutlichen Überwiegen ausgegangen werden; der vorgenannte Prozentsatz ist allerdings kein starrer Wert, sondern dient der Orientierung.

Eine neben einer Beschäftigung nicht hauptberuflich ausgeübte selbstständige Tätigkeit wird nicht dadurch „hauptberuflich“, dass in Fällen der kurzfristigen Unterbrechung des fortdauernden Arbeitsverhältnisses oder im Fall der Elternzeit kein Arbeitsentgelt gezahlt wird, wenn die selbstständige Tätigkeit in dieser Zeit nicht ausgeweitet wird.

Wird bei Inanspruchnahme der Elternzeit eine im Sinne des § 15 Abs. 4 BEEG zulässige selbstständige Tätigkeit aufgenommen, ist die Hauptberuflichkeit nach den unter Nummer 3.2 beschriebenen Grundsätzen zu beurteilen.

3.2 Selbstständige Tätigkeit ohne andere Erwerbstätigkeit

Wird neben der selbstständigen Tätigkeit keine andere Erwerbstätigkeit ausgeübt, lässt sich ein Vergleich der Kriterien wirtschaftliche Bedeutung und zeitlicher Aufwand nicht anstellen; eine fiktive Ermittlung von Vergleichsgrößen scheidet aus. In diesen Fällen ist das Merkmal der Hauptberuflichkeit daran abzuleiten, ob die selbstständige Erwerbstätigkeit der Lebensführung des Betroffenen von ihrer wirtschaftlichen Bedeutung und ihrem zeitlichen Aufwand her das Gepräge gibt. Insofern kann von Hauptberuflichkeit nicht generell dann ausgegangen werden, wenn neben der selbstständigen Tätigkeit keine andere Erwerbstätigkeit ausgeübt wird.

Im Wege einer den praktischen Erfordernissen gerecht werdenden Prüfung der Hauptberuflichkeit ist von folgenden Grundannahmen auszugehen:

- Ø Eine selbstständige Tätigkeit wird hauptberuflich ausgeübt, wenn der mit ihr verbundene Zeitaufwand den Selbstständigen mehr als 30 Stunden wöchentlich in Anspruch nimmt. Dabei wird davon ausgegangen, dass ein Selbstständiger, der in diesem zeitlichem Umfang tätig ist, daraus auch Einkünfte erzielt (ohne dass diese festzustellen wären), die einen wesentlichen Teil seines Lebensunterhalts decken und damit der Lebensführung des Betroffenen das Gepräge geben. Diese Vermutung kann nicht widerlegt werden.
- Ø Nimmt die selbstständige Tätigkeit den Betroffenen mehr als 20 Stunden, aber nicht mehr als 30 Stunden wöchentlich in Anspruch, wird widerlegbar vermutet, dass die selbstständige Tätigkeit hauptberuflich ausgeübt wird. Die Vermutung kann widerlegt

werden, wenn der Selbstständige nachweist, dass das Arbeitseinkommen aus der selbstständigen Tätigkeit nicht die Hauptquelle zur Bestreitung des Lebensunterhalts darstellt. Die Vermutung kann nicht widerlegt werden, wenn das Arbeitseinkommen 50 v. H. der monatlichen Bezugsgröße übersteigt. In dieser Situation wird davon ausgegangen, dass die selbstständige Erwerbstätigkeit der Lebensführung des Betroffenen von ihrer wirtschaftlichen Bedeutung und ihrem zeitlichen Aufwand her das Gepräge gibt.

- Ø Nimmt der zeitliche Aufwand für die selbstständige Tätigkeit den Selbstständigen nicht mehr als 20 Stunden wöchentlich in Anspruch, ist davon auszugehen, dass die selbstständige Tätigkeit nicht hauptberuflich ausgeübt wird. Die selbstständige Tätigkeit wird jedoch gleichwohl hauptberuflich ausgeübt, wenn das Arbeitseinkommen die Hauptquelle zur Bestreitung des Lebensunterhalts darstellt. Hiervon ist ohne weitere Prüfung auszugehen, wenn das Arbeitseinkommen 75 v. H. der monatlichen Bezugsgröße übersteigt.

Für die Feststellung, ob das Arbeitseinkommen aus der selbstständigen Tätigkeit die Hauptquelle zur Bestreitung des Lebensunterhalts darstellt, sind alle weiteren Einnahmen, die zum Lebensunterhalts verbraucht werden können, heranzuziehen. Diese hat der Selbstständige auf Verlangen nachzuweisen. Darüber hinaus sind auch Unterhaltsansprüche zwischen nicht getrennt lebenden Ehegatten zu berücksichtigen, wenn sie innerhalb der eherechtlichen Beziehung einen entscheidenden Faktor für die Bestreitung des Lebensunterhalts des Selbstständigen darstellen. Auf der Grundlage aller Angaben ist anschließend zu ermitteln, ob der Lebensunterhalt deutlich überwiegend aus dem Arbeitseinkommen bestritten wird, dieses mithin die Hauptquelle zur Bestreitung des Lebensunterhalts darstellt. Von einem deutlichen Überwiegen kann ausgegangen werden, wenn das Arbeitseinkommen um mindestens 20 v. H. über den weiteren Einnahmen zum Lebensunterhalt im vorstehenden Sinne liegt. Der vorgenannte Prozentsatz ist allerdings kein starrer Wert, sondern dient der Orientierung.

Werden mehrere selbstständige Tätigkeiten ausgeübt, sind sie hinsichtlich ihrer wirtschaftlichen Bedeutung und des zeitlichen Umfangs zusammenzurechnen.

4. Besondere Gruppen von Selbstständigen

4.1 Tagespflegepersonen

Für die Beurteilung der Hauptberuflichkeit von Tagespflegepersonen sind im Recht der Kranken- und Pflegeversicherung besondere Regelungen vorgesehen, die eine vereinfachte Prüfung ermöglichen. Danach ist bei einer Tagespflegeperson, die bis zu fünf gleichzeitig anwesende, fremde Kinder in Tagespflege betreut, keine hauptberuflich selbstständige Erwerbstätigkeit anzunehmen. Dabei ist keine Differenzierung danach vorzunehmen, ob es sich um privat oder öffentlich finanzierte Kindertagespflege handelt.

Die vorgenannten Regelungen sind seit dem 1. Januar 2009 in § 10 Abs. 1 Satz 3 SGB V und § 25 Abs. 1 Satz 2 SGB XI verankert und entfalten unmittelbare Geltung im Bereich der Familienversicherung. Die vereinfachte Prüfung der Hauptberuflichkeit gilt gleichermaßen im Beitragsrecht der freiwilligen Krankenversicherung sowie für die Bemessung der Beiträge zur Pflegeversicherung. Die für hauptberuflich selbstständig Erwerbstätige geltenden besonderen Beitragsbemessungsregelungen (§ 240 Abs. 4 Sätze 2 bis 4 SGB V) finden nach § 240 Abs. 4 Satz 5 SGB V bzw. § 57 Abs. 4 Satz 1 SGB XI für Tagespflegepersonen, die bis zu fünf gleichzeitig anwesende, fremde Kinder in Tagespflege betreuen, im Ergebnis keine Anwendung.

Soweit in Einzelfällen bei Tagespflegepersonen die Frage nach dem Ausschluss der Versicherungspflicht nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 oder 5 bis 12 SGB V oder nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 bis 6 KVLG 1989 zu beurteilen ist, wird auch im Anwendungsbereich des § 5 Abs. 5 SGB V oder des § 2 Abs. 4a KVLG 1989 eine analoge Übernahme der vereinfachten Prüfung der Hauptberuflichkeit nach vorstehenden Maßstäben empfohlen.

Tagespflegepersonen, die bis zu fünf gleichzeitig anwesende, fremde Kinder in Tagespflege betreuen, sind auch dann nicht als hauptberuflich selbstständig Erwerbstätige anzusehen, wenn die Tätigkeit bei Beginn mit einem Gründungszuschuss nach § 57 SGB III gefördert wird. Insofern geht die spezielle krankensicherungsrechtliche Fiktion den Regelungen in anderen Rechtsgebieten vor.

Die besonderen, die Hauptberuflichkeit definierenden Regelungen, die mit dem Kinderförderungsgesetz vom 10. Dezember 2008 (BGBl I S. 2403) geschaffen worden sind, sind als Übergangsregelungen für die Zeit der Ausbauphase der Kindertagesbetreuung konzipiert und bis zum 31. Dezember 2013 befristet. Der Gesetzgeber geht danach von einer verbes-

serten Einkommenssituation der Tagespflegepersonen aus. Für Sonderregelungen im Bereich der Kranken- und Pflegeversicherung besteht dann kein Bedarf mehr.

4.2 Gründungszuschussbezieher

Bei Personen, die zur Förderung der Aufnahme einer selbstständigen Tätigkeit einen Gründungszuschuss nach § 57 SGB III erhalten, ist ohne weitere Prüfung davon auszugehen, dass aufgrund ihrer Zugehörigkeit zum anspruchsberechtigten Personenkreis nach dem Recht der Arbeitsförderung eine hauptberuflich selbstständige Tätigkeit vorliegt. Denn der Gründungszuschuss wird zur Sicherung des Lebensunterhalts und zur sozialen Sicherung in der Zeit nach der Existenzgründung unter weiteren Voraussetzungen den Personen gewährt, die durch Aufnahme einer selbständigen, hauptberuflichen Tätigkeit die Arbeitslosigkeit beenden.

Die Differenzierung bei der Dauer und Höhe der Förderung (§ 58 SGB III) ist für die Annahme der Hauptberuflichkeit unerheblich.

Personen, deren Aufnahme einer selbstständigen Tätigkeit zur Überwindung von Hilfedürftigkeit nach dem SGB II durch das Einstiegsgeld nach § 16b SGB II gefördert wird, sind ohne weitere Prüfung ebenfalls als hauptberuflich selbstständig erwerbstätig anzusehen, da davon auszugehen ist, dass eine Förderung nur stattfindet, wenn die selbstständige Tätigkeit hauptberuflichen Charakter hat.

5. Feststellung der hauptberuflich selbstständigen Erwerbstätigkeit

Als bloßes Tatbestandselement ist das (Nicht-)Vorliegen einer hauptberuflich selbstständigen Erwerbstätigkeit im Verwaltungsverfahren nicht isoliert feststellungsfähig. Die Entscheidung der Krankenkasse muss vielmehr auf das Bestehen oder Nichtbestehen eines Versicherungsverhältnisses gerichtet sein oder im Anwendungsbereich des § 240 SGB V die Beitragshöhe konkret bestimmen.

Für die Feststellung, ob eine hauptberuflich selbstständige Erwerbstätigkeit gegeben ist, sind die tatsächlichen Verhältnisse, wie sie zum Zeitpunkt der Ausübung der selbstständigen Tätigkeit oder beim Zusammentreffen der selbstständigen Tätigkeit mit einer weiteren Erwerbstätigkeit vorliegen, in einer vorausschauenden Betrachtungsweise zu beurteilen (vgl. u. a. Urteil des BSG vom 19. Februar 1987 – 12 RK 9/85 – USK 8708). Entscheidungen über

die Versicherungspflicht und die Beitragshöhe sind ihrer Natur nach gegenwartsorientiert und zugleich – durch ihre Dauerwirkung – zukunftsbezogen. In der Folgezeit eintretende tatsächliche Änderungen, die nicht nur von vorübergehender Dauer sind, sind vom Zeitpunkt der Änderung der Verhältnisse an zu berücksichtigen.

Bei dieser statusrechtlichen Bewertung ist das Arbeitseinkommen aus der ausgeübten selbstständigen Tätigkeit nach den tatsächlichen aktuellen bzw. den zu erwartenden Verhältnissen zu bestimmen. Das heißt, dass hierbei – anders als beim Nachweis des Arbeitseinkommens für Zwecke der Beitragsbemessung – nicht grundsätzlich auf den letzten vorliegenden Einkommensteuerbescheid zurückzugreifen ist, sondern andere qualifizierte Nachweise (z. B. Erklärungen von Steuerberatern, finanz- und betriebswirtschaftliche Auswertungen, im Einzelfall auch die sorgfältige und gewissenhafte Schätzung der zu erwartenden Einnahmen durch den Selbstständigen) zu akzeptieren sind.

Ist über die Frage, ob eine hauptberuflich selbstständige Erwerbstätigkeit vorliegt, nicht zeitnah bei Aufnahme der selbstständigen Tätigkeit oder beim Zusammentreffen der selbstständigen Tätigkeit mit einer weiteren Erwerbstätigkeit oder bei einer Änderung der Verhältnisse, sondern erst zu einem späteren Zeitpunkt zu entscheiden, gilt das vorstehende Gebot der vorausschauenden Betrachtungsweise für die Beurteilung entsprechend. Die seither eingetretenen tatsächlichen Entwicklungen eignen sich zwar nicht als Beurteilungsgrundlage einer Prognose; allerdings ist es auch nicht unzulässig, später eingetretene Entwicklungen als Bestätigung dafür zu finden, dass dies von vorneherein so beabsichtigt war, falls sich keine Anhaltspunkte für das Gegenteil finden.

Sofern es bei der Frage der Feststellung der hauptberuflich selbstständigen Erwerbstätigkeit um die Systemabgrenzung zwischen der landwirtschaftlichen Krankenversicherung und der allgemeinen Krankenversicherung geht, sollen die Versicherungsverhältnisse grundsätzlich mit Wirkung für die Zukunft, das heißt zum Beginn des auf die Feststellung folgenden Kalendermonats, abgewickelt werden. Erfolgt die Feststellung zeitnah, das heißt innerhalb von drei Monaten, gerechnet vom Tag des Zusammentreffens der Beschäftigung und der selbstständigen Tätigkeit an, sollen die Änderungen der Versicherungsverhältnisse nach der wahren Sach- und Rechtslage – auch rückwirkend – vorgenommen werden.

6. Anwendungszeitpunkt

Nach den vorliegenden Grundsätzlichen Hinweisen in der Fassung vom 3. Dezember 2010 ist zur Feststellung der Hauptberuflichkeit einer selbständigen Erwerbstätigkeit erstmals ab 1. Januar 2011 zu verfahren. Dies gilt uneingeschränkt in den Fällen, in denen die selbstständige Tätigkeit nach dem 31. Dezember 2010 aufgenommen wird.

Wurde die selbstständige Tätigkeit vor dem 1. Januar 2011 aufgenommen, ist bei der nächsten Prüfung des Versicherungsverhältnisses (auch auf Verlangen des Mitglieds) oder bei einer Änderung der Verhältnisse, die für die Feststellung der Versicherungspflicht erheblich sind, oder im Anwendungsbereich des § 240 SGB V bei der nächsten Einkommensüberprüfung nach den vorliegenden Grundsätzlichen Hinweisen zu verfahren. Etwaige Änderungen im Versicherungsstatus oder bei der Beitragsbemessung, die allein auf die Anwendung der Grundsätzlichen Hinweise zurückzuführen sind, sind zukunftsbezogen zu berücksichtigen; soweit ein Verwaltungsakt vorliegt, sind die verwahrungsverfahrensrechtlichen Regelungen, insbesondere §§ 45, 48 SGB X, zu beachten.