

steueranwaltsmagazin

Arbeitsgemeinschaft Steuerrecht im Deutschen Anwaltverein

4/2023

131 . Ausgabe | 25. Jahrgang

Redaktion: Jürgen Wagner, LL. M.
Konstanz (verantwortlich)

Dr. Jörg Stalleiken,
Flick Gocke Schaumburg,
Bonn

www.steuerrecht.org

109 **Editorial**
Wagner

Beiträge

- 111 Jahn **Sozialversicherungspflicht von Führungskräften in GmbH, UG (haftungsbeschränkt), GmbH & Co. KG, Freiberufler, Familiengesellschaften, Vereinen und Verbänden**
- 122 von Brocke **Die neue öffentliche Länderberichterstattung aus der Sicht eines Drittstaatenunternehmens: Fluch und Segen einer EU-weiten Angleichung auf Grundlage einer Richtlinie**
- 126 Zacher **Besteuerung des Schadensersatzes bei (Immobilien-) Kapitalanlagen – der BFH schlägt ein neues Kapitel auf?!**
- 130 Wagner **Vereins- und Verbandsrecht 2023 (Gesetzgebung und Literatur)**

133 **Veranstaltungen**
Unkelbach-Tomczak/Kaligin

142 **LiteraTour**

143 **Gestaltungstip**
Söffing **Gestaltungstip 1 und 2**

Beiträge

Sozialversicherungspflicht von Führungskräften in GmbH, UG (haftungsbeschränkt), GmbH & Co. KG, Freiberufler, Familiengesellschaften, Vereinen und Verbänden

Eine Auswertung der aktuellen Sozialrechtsprechung

RA/StB/FAHuGR Andreas Jahn, Meyer-Köring Rechtsanwälte Steuerberater PartG mbB, Bonn

1. Sozialversicherungspflicht, Beitragspflicht

Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, unterliegen grundsätzlich der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung (§ 1 Satz 1 Nr. 1 SGB VI), der gesetzlichen Krankenversicherung (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V), der sozialen Pflegeversicherung (§ 20 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 Nr. 1 SGB XI SGB XI) und der Arbeitslosenversicherung (Recht der Arbeitsförderung, § 25 Abs. 1 Satz 1 SGB III). Voraussetzung ist eine abhängige Beschäftigung im Sinn des § 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV.

Beschäftigung ist gemäß § 7 Abs. 1 SGB IV die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis (Satz 1). Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers (Satz 2). Beschäftigungsverhältnisse in juristischen Personen können arbeits- und sozialversicherungsrechtlich unterschiedlich eingestuft werden. Daher muß auch dann, wenn kein Arbeitsverhältnis vorliegt, geprüft werden, ob nicht ein Beschäftigungsverhältnis im sozialversicherungsrechtlichen Sinn besteht.¹

Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG² setzt eine abhängige Beschäftigung voraus, daß der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber **persönlich abhängig** ist.

Bei einer **Beschäftigung in einem fremden Betrieb** ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und dabei einem die Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden **Weisungsrecht** des Arbeitgebers unterliegt. Diese Weisungsgebundenheit kann – vornehmlich bei Diensten höherer Art – eingeschränkt und zur „funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozeß“ verfeinert sein.

Demgegenüber ist eine **selbständige Tätigkeit** vornehmlich durch das

- eigene Unternehmerrisiko,
 - das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte,
 - die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und
 - die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit
- gekennzeichnet.

Ob jemand beschäftigt oder selbständig tätig ist, richtet sich danach, welche Umstände das Gesamtbild der Arbeitsleistung prägen und hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen.

2. Sozialversicherungspflicht von GmbH-Geschäftsführern

Die hierzu für die Statusbeurteilung vom BSG entwickelten Abgrenzungsmaßstäbe gelten grundsätzlich auch für Tätigkeiten, die mit der Organstellung innerhalb einer juristischen Person verbunden sind, somit auch für die Geschäftsführer einer GmbH.³

2.1. Grundsatz: Mehrheitsgesellschafter- oder satzungsmäßige „echte“ Sperrminorität

Ist ein GmbH-Geschäftsführer zugleich als Gesellschafter am Kapital der Gesellschaft beteiligt, sind der Umfang der Kapitalbeteiligung und das Ausmaß des sich daraus für ihn ergebenden Einflusses auf die Gesellschaft das wesentliche Merkmal bei der Abgrenzung von abhängiger Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit.⁴ Ein Gesellschafter-Geschäftsführer ist nicht per se kraft seiner Kapitalbeteiligung selbständig tätig, sondern muß, um nicht als abhängiger Beschäftigter

1 LSG Bayern Ur. v. 26.10.2022 – L 3 U 56/21, BeckRS 2022, 34900 Rn. 24.

2 BSG, Ur. v. 27.04.2021 – B 12 R 8/20 R, NZS 2022, 463; zuletzt LSG Niedersachsen-Bremen Ur. v. 08.05.2023 – L 2 BA 17/22, BeckRS 2023, 12961 Rn. 49.

3 Ständige Rechtsprechung: BSG, Ur. v. 01.02.2022 – B 12 R 19/19 R – Rn. 12, juris, m.w.N.: BSG, Ur. v. 29.06.2021 – B 12 R 8/19 R – juris Rn. 12; BSG, Ur. v. 23.02.2021 – B 12 R 18/18 R – DStR 2021, 2477, Rn. 14; BSG, Ur. v. 07.07.2020 – B 12 R 17/18 R – SozR 4-2400 § 7 Nr. 49 Rn. 16; BSG, Ur. v. 12.05.2020 – B 12 KR 30/19 R – BSGE 130, 123 = SozR 4-2400 § 7 Nr. 47, Rn. 15.

4 Nach LSG Bayern Ur. v. 26.10.2022 – L 3 U 56/21, BeckRS 2022, 34900 Rn. 25 ebenso für den unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff EuGH Ur. v. 11.11.2020 – C-232/09 – Slg 2010, I-11405 Danosa, juris; BGH, Ur. v. 26.03.2019 – II ZR 244/17 – NJW 2019, 2086 Rn. 20 ff. Vgl. auch *Gallus/Hannig*, GmbH-Geschäftsführer im Arbeitsrecht, Kösdli 8/2020, 21865, 21867.

angesehen zu werden, über seine Gesellschafterstellung hinaus die **Rechtsmacht** besitzen, durch Einflußnahme auf die Gesellschafterversammlung die Geschicke der Gesellschaft bestimmen zu können.

Eine solche Rechtsmacht ist bei Gesellschaftern gegeben, die mehr als oder zumindest 50% der Anteile am Stammkapital halten. Ein Minderheitsgeschäftsführer ist grundsätzlich abhängig beschäftigt, insbesondere wenn er nicht zum Geschäftsführer bestellt ist. Er besitzt nicht die Rechtsmacht, seine Weisungsgebundenheit als Angestellter der Gesellschaft aufzuheben oder abzuschwächen.⁵ Er ist ausnahmsweise nur dann als Selbständiger anzusehen, wenn ihm nach dem Gesellschaftsvertrag eine umfassende („echte“ oder „qualifizierte“), die gesamte Unternehmenstätigkeit erfassende Sperrminorität bei allen Beschlüssen der Gesellschafterversammlung eingeräumt ist. Selbständigkeit erfordert eine sich schon formal auf die gesamte Unternehmenstätigkeit erstreckende Sperrminorität.⁶ Daher reicht es für die erforderliche Rechtsmacht nicht aus, wenn eine Sperrminorität nur für bestimmte, im Einzelnen im Gesellschaftsvertrag aufgeführte Angelegenheiten besteht, auch wenn diese (fast) die gesamte Unternehmenstätigkeit ausmachen sollten („unechte“ Sperrminorität).⁷

Selbständig tätige Gesellschafter-Geschäftsführer müssen in der Lage sein, einen maßgeblichen Einfluß auf alle Gesellschafterbeschlüsse auszuüben und dadurch die Ausrichtung der Geschäftstätigkeit des Unternehmens umfassend mitbestimmen zu können. Die Tätigkeit eines Geschäftsführers ist nur dann unternehmerisch, wenn er auf alle wesentlichen Grundlagenentscheidungen Einfluß nehmen kann. Der Gesellschafter-Geschäftsführer muß daher Gewinnchancen und Unternehmensrisiken mitbestimmen und damit auf die gesamte Unternehmenstätigkeit einwirken können. Dazu gehört insbesondere die dem Unternehmenszweck Rechnung tragende Bilanz-, Finanz-, Wirtschafts- sowie Personalpolitik.⁸

Der Geschäftsführer muß nach der ihm zukommenden, sich aus dem Gesellschaftsvertrag ergebenden Rechtsmacht ihm nicht genehme Weisungen verhindern oder Beschlüsse beeinflussen können, die sein Anstellungsverhältnis betreffen.⁹

Ohne diese Mitbestimmungsmöglichkeit sind Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführer nicht im „eigenen“ Unternehmen tätig, sondern in weisungsgebundener, funktionsgerecht dienender Weise in die GmbH als ihre Arbeitgeberin eingegliedert.¹⁰

2.2. Rechtsmacht aufgrund Gesellschaftsvertrags

Die für die Annahme einer selbständigen Tätigkeit notwendige Rechtsmacht, die den Gesellschafter-Geschäftsführer in die Lage versetzt, die Geschicke der Gesellschaft bestimmen oder zumindest ihm nicht genehme Weisungen der Gesellschafterversammlung verhindern zu können, muß gesellschaftsrechtlich eingeräumt sein. Außerhalb des Ge-

sellschaftsvertrags (Satzung) bestehende wirtschaftliche Verflechtungen, Stimmbindungsabreden¹¹ oder Veto-Rechte¹² zwischen einem Gesellschafter-Geschäftsführer sowie anderen Gesellschaftern und/oder der GmbH sind nicht zu berücksichtigen. Sie vermögen die sich aus dem Gesellschaftsvertrag ergebenden Rechtsmachtverhältnisse nicht mit sozialversicherungsrechtlicher Wirkung zu verschieben. Unabhängig von ihrer Kündbarkeit genügen die das Stimmverhalten regelnden Vereinbarungen nicht dem Grundsatz der Vorhersehbarkeit sozialversicherungs- und beitragsrechtlicher Tatbestände.¹³

Eine Abhängigkeit der Statuszuordnung vom rein faktischen, nicht rechtlich gebundenen und daher jederzeit änderbaren Verhalten der Beteiligten ist mit dem Erfordernis der Vorhersehbarkeit sozialversicherungs- und beitragsrechtlicher Tatbestände nicht in Einklang zu bringen. Eine „Schönwetter-Selbständigkeit“, die sich ausschließlich daraus ableitet, daß dem Betroffenen in harmonischen Zeiten freie Hand gelassen wird, während im Fall eines Zerwürfnisses dessen Weisungsunterworfenheit zum Tragen käme, ist nicht anzuerkennen. Das Anknüpfen an die von Gesetzes oder Gesellschaftsvertrags wegen zukommende Rechtsmacht soll erreichen, daß Manipulationsmöglichkeiten bezüglich der Generierung oder Negierung von Sozialversicherungspflicht „jedenfalls nachhaltig erschwert werden“.¹⁴

Schließlich vermeidet das Abstellen auf die dem Beteiligten zukommende Rechtsmacht anderenfalls zwingend auftretende Abgrenzungsschwierigkeiten zu leitenden Angestellten.¹⁵

2.3. Sonderfall Paritätische Beteiligung (50:50)

Verfügen beide Gesellschafter-Geschäftsführer über exakt 50% der Geschäftsanteile und Stimmen, können sie jeweils

5 BSG, Urt. v. 11.11.2015 – B 12 KR 13/14 R, NJOZ 2017, 692 Rn. 21.

6 BSG, Urt. v. 01.02.2022 – B 12 R 20/19 R – Rn. 21, juris.

7 LSG Baden-Württemberg Urt. v. 11.10.2022 – L 11 BA 4134/20, BeckRS 2022, 32894 Rn. 24, m.w.N.

8 BSG, Urt. v. 01.02.2022 – B 12 KR 37/19 R, NZS 2022, 742, 743; und B 12 R 19/19 R, Rn. 16.

9 LSG Baden-Württemberg Urt. v. 11.10.2022 – L 11 BA 4134/20, BeckRS 2022, 32894 Rn. 24, m.w.N.

10 Ständige Rechtsprechung: vgl. BSG, Urt. v. 01.02.2022 – B 12 R 19/19 R – Rn. 13, juris, m.w.N.; LSG Bayern Urt. v. 26.10.2022 – L 3 U 56/21, BeckRS 2022, 34900 Rn. 25.

11 BSG, Urt. v. 11.11.2015 – B 12 KR 13/14 R, NJOZ 2017, 692.

12 Vgl. BSG, Urt. v. 11.11.2015 – B 12 KR 10/14 R, DStR 2016, 1275, zu einem Vetorecht im Anstellungsvertrag.

13 Ständige Rechtsprechung, vgl. BSG, Urt. v. 01.02.2022 – B 12 KR 37/19 R, NZS 2022, 742, 743; Urt. v. 14.03.2018 – B 12 KR 13/17 R, NJW 2018, 2662 Rn. 22.

14 LSG Niedersachsen-Bremen Urt. v. 17.03.2023 – L 2 BA 38/22, BeckRS 2023, 8055 Rn. 45 unter Verweis auf BSG, Urt. v. 29.07.2015 – B 12 KR 23/13 R; LSG Baden-Württemberg Urt. v. 23.11.2022 – L 5 BA 3206/21, BeckRS 2022, 40993 Rn. 29.

15 BSG, Urt. v. 29.07.2015 – B 12 KR 23/13 R, BeckRS 2015, 73497 Rn. 30.

unliebsame Weisungen und Beschlüsse verhindern. Sie sind dann nicht abhängig beschäftigt.

Ist ein hälftig beteiligter Gesellschafter nicht zugleich zum Geschäftsführer bestellt, sondern mitarbeitender Gesellschafter oder sonstige Führungskraft, wendet sich das Blatt. Er hat dann nicht die Rechtsmacht, seine Weisungsgebundenheit als Angestellter der Gesellschaft gegenüber dem Geschäftsführer aufzuheben oder abzuschwächen.¹⁶ Auch ein erhöhtes unternehmerisches Risiko durch Bürgschaften und Darlehen reichen in der Regel nicht aus. Das mit Bürgschaften verbundene unternehmerische Risiko ist 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 gegenüberstehen.¹⁷ Eine mit einem beherrschenden Gesellschafter(-Geschäftsführer) vergleichbare Position läßt sich daraus jedenfalls nicht ableiten.

2.4. Alternativgestaltungen für Minderheitsgesellschafter

2.4.1. Einstimmigkeitsprinzip

Minderheitsgesellschafter verfügen grundsätzlich nicht über die erforderliche Rechtsmacht, unliebsame Weisungen zu verhindern. Neben der statutarischen Gewährung einer echten Sperrminorität kann die Verankerung des Einstimmigkeitsprinzips im Gesellschaftsvertrag die abhängige Beschäftigung aller Gesellschafter verhindern. Aber auch dabei können Fehler unterlaufen, wie ein Fall des LSG Berlin-Brandenburg¹⁸ belegt. Dort war bei Aufnahme eines Minderheitsgesellschafters (1%) Einstimmigkeit in der Satzung verankert worden. Für Satzungsänderungen war jedoch § 53 Absatz 2 Satz 1 GmbHG anzuwenden. Deshalb hat der Minderheitsgesellschafter nicht die konfliktfeste Rechtsmacht, Weisungen an sich zu verhindern, weil die übrigen Gesellschafter das satzungsrechtliche Einstimmigkeitsprinzip ohne die Zustimmung des Minderheitsgesellschafters ändern können.

2.4.2. Sonderrecht auf Geschäftsführung

Wird einem Minderheitsgesellschafter das Sonderrecht auf Geschäftsführung eingeräumt, räumt dies dem Gesellschafter-Geschäftsführer nicht bei allen Beschlüssen der Gesellschafterversammlung eine Sperrminorität ein. Das Sonderrecht ändert die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung nicht.¹⁹

Das Sonderrecht räumt zwar eine gegenüber anderen Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführern herausgehobene Rechtsposition ein, weil die Bestellung als Geschäftsführer nicht jederzeit widerruflich ist. Allein diese aus dem Sonderrecht resultierende Vorzugsstellung gewährt jedoch noch keine ausreichende Sperrminorität. Die Möglichkeit, die eigene jederzeitige Abberufung zu verhindern, ist in der Regel eine notwendige, jedoch keine hinreichende Voraussetzung für das Vorliegen einer beachtlichen Sperrminorität. Die durch eine Sperrminorität eingeräumte Möglichkeit der Ein-

flußnahme auf das Abstimmungsverhalten in der Gesellschafterversammlung verschafft das Sonderrecht nicht. Die ggf. bestehende ordentliche Unkündbarkeit steht der Annahme einer abhängigen Beschäftigung ohnehin nicht entgegen.²⁰

2.4.2.1. Unterfall: Sonderrecht Freistellungen von Weisungen

Der mit einem Sonderrecht zur Geschäftsführung ausgestattete Gesellschafter-Geschäftsführer ist im Zweifel nicht weisungsunterworfen.²¹ Eine solche Einschränkung aufgrund eines von Weisungen im Bereich der gewöhnlichen Geschäftsführung befreienden Sonderrechts entspricht lediglich einer „unechten“, nur auf bestimmte Gegenstände begrenzten Sperrminorität, die zur Annahme einer die abhängige Beschäftigung ausschließenden Rechtsmacht nicht ausreicht. Die Rechtsmacht, in der Gesellschafterversammlung allein Einfluß auf die gewöhnliche Geschäftsführung nehmen (oder diese verhindern) zu können, reicht nicht, um die Geschicke des Unternehmens mitzubestimmen, und ändert nichts daran, daß Selbständigkeit eine umfassende Gestaltungsmöglichkeit erfordert.²²

2.4.2.2. Unterfall: Sonderrecht, Weisungen zu mißachten

Das unentziehbare Sonderrecht auf Geschäftsführung könnte dadurch mißbraucht werden, nicht genehme Weisungen zu mißachten oder schlicht zu ignorieren. Das aber verschafft dem Geschäftsführer keine sozialversicherungsrechtlich anzuerkennende Unabhängigkeit. Die aus dem Sonderrecht abgeleitete Möglichkeit eines Geschäftsführers, sich gegenüber der Gesellschafterversammlung sanktionslos²³ weisungswidrig zu verhalten und damit einhergehend seine Position mißbrauchen zu können, vermag die in der Satzung geregelten Mehrheitsverhältnisse nicht zugunsten eines Geschäftsführers zu verschieben und ist daher für die sozialversicherungsrechtliche Einordnung irrelevant. Anzuerkennen ist weder eine „Schönwettertselbständigkeit“ lediglich in harmonischen Zeiten infolge einer rein faktischen Alleinherrschaft noch eine „Schlechtwettertselbständigkeit“ auf Grundlage einer sich über die Unternehmensverfassung und den in diesem Rahmen gefaßten Willen der Gesellschafter hinwegsetzenden „Unrechts“. In beiden Fällen ist nicht dem Grundsatz der Klarheit und Vorhersehbarkeit beitragsrechtlicher Tatbestände genügt. Es kann für die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung der Rechtsverhältnisse erst recht nicht auf ein rechtlich im Außenverhältnis zwar eventuell wirksames, den im Gesellschaftsvertrag geregelten

16 BSG, Urt. v. 13.12.2022 – B 12 KR 16/20 R – Rn. 20, 21 juris.

17 Vgl. BSG, Urt. v. 24.11.2020 – B 12 KR 23/19 R – juris Rn. 25 m.w.N.

18 Urt. v. 16.11.2022 – L 9 KR 464/20 WA, BeckRS 2022, 46076.

19 BSG, Urt. v. 01.02.2022 – B 12 KR 37/19 R, NZS 2022, 742.

20 BSG, Urt. v. 29.06.2016 – B 12 R 5/14 R, BeckRS 2016, 74221.

21 MüKoGmbHG/Stephan/Tieves, 4. Aufl. 2023, GmbHG § 37 Rn. 124, m.w.N.

22 BSG, Urt. v. 01.02.2022 – B 12 KR 37/19 R, NZS 2022, 742, 744.

23 Was im Übrigen praktisch ausgeschlossen erscheint.

Verhältnissen aber widersprechendes Handeln ankommen. Die Möglichkeit zu weisungswidrigem Verhalten begründet auch deshalb keine nachhaltige und vorhersehbare Rechtsposition, weil dem jedenfalls die Kündigungsmöglichkeit aus wichtigem Grund entgegensteht. Das Sonderrecht kann eine Abberufung aus wichtigem Grund im Fall einer groben Pflichtverletzung – wie bei vorsätzlicher Mißachtung von Gesellschafterbeschlüssen letztlich nicht verhindern. Der Geschäftsführer darf bei Vorliegen eines solchen wichtigen Grundes nicht in eigener Sache mitabstimmen.²⁴

2.4.3. Vetorechte

Vetorechte können sozialversicherungsrechtlich nur Wirkung entfalten, wenn sie im Gesellschaftsvertrag festgeschrieben sind und die Wirkung einer echten Sperrminorität entfalten. Das wird in der Praxis nie der Fall sein. Außerhalb des Gesellschaftsvertrags geregelte schuldrechtliche Vetorechte sind ohnehin unbeachtlich und nicht kündigungsfest.²⁵

2.4.4. Statutarische Mehrstimmrechte, Poolvereinbarung

Fall nach LSG Baden-Württemberg:²⁶ Eheleute und waren zunächst die alleinigen Gesellschafter und Geschäftsführer der klagenden GmbH. Später wurden deren beide Töchter zusätzlich zu Geschäftsführerinnen bestellt. Das Stammkapital verteilte sich zu je 15,75% auf die Eltern und zu je 34,25% auf deren Töchter. Im Gesellschaftsvertrag wurde bestimmt, daß Beschlüsse der Gesellschafterversammlung grundsätzlich mit einfacher Mehrheit der Stimmrechte gefaßt werden; außerdem gewährten danach die von den Eltern gehaltenen Geschäftsanteile unabhängig von ihrem Nennbetrag gemeinsam so viele Stimmen, daß die beiden Gesellschaftern zustehenden Stimmen mindestens 51%, die den anderen Gesellschaftern zustehenden Stimmen höchstens 49% der Gesamtstimmenzahl ausmachten. Zudem gab es eine Poolvereinbarung, wonach sich die Eltern verpflichteten, über ihre Anteile nur einheitlich zu verfügen und die Stimmrechte einheitlich auszuüben. Die Klage hatte keinen Erfolg.

Keiner der Eltern hatte die Rechtsmacht, das Geschick der Gesellschaft auch gegen den Willen der übrigen Gesellschafter zu bestimmen oder ihm nicht genehme Weisungen zu verhindern. Die Bestimmung, wonach „die gehaltenen Geschäftsanteile unabhängig von ihrem Nennbetrag gemeinsam so viele Stimmen gewähren, daß die den beiden Gesellschaftern zustehenden Stimmen mindestens 51%, die den anderen Gesellschaftern zustehenden Stimmen höchstens 49% der Gesamtstimmenzahl ausmachen“, ändert hieran nichts. Zwar waren die Eltern durch diese Bestimmung tatsächlich in der Lage, gemeinsam alle Entscheidungen in der Gesellschaft in ihrem Sinne zu treffen und ggf. ihre Töchter zu überstimmen. Betrachtet man indes die Elternteile einzeln, hat diese Klausel im Gesellschaftsvertrag keine Auswirkung auf ihre jeweilige Rechtsmacht im Unternehmen – und nur auf diese Einzelbetrachtung komme es an. Eine alleinige Abstimmung wird dadurch nicht ausgeschlossen. Der Wille

der Eltern, ihr Stimmrecht nur gemeinschaftlich auszuüben, ergibt sich lediglich aus der Poolvereinbarung und findet sich in der Satzung selbst nicht wieder. Da die Poolvereinbarung und sonstige Umstände der Satzungsänderung für Dritte nicht erkennbar und damit nicht objektivierbar sind, bleiben diese im Rahmen der Auslegung des Gesellschaftsvertrages außer Betracht. Da aber bei der Beurteilung der Sozialversicherungspflicht allein die Satzung zugrundezulegen und zu prüfen ist, wie sich die Rechtsmacht der Eltern einzeln gestaltet – und zwar im Fall einer Nichteinigkeit, also dann, wenn die Eltern untereinander und ihre Töchter unterschiedlicher Auffassung sind, wie die Geschicke der Gesellschaft zu leiten bzw. ob etwa einem Geschäftsführer Einzelanweisungen gegen seinen Willen zu erteilen sind. Würden sich die Eltern untereinander nicht einig, verlören sie die aus dem Gesellschaftsvertrag folgenden Stimmanteile von 51%. Sie könnten dann zwar einzeln abstimmen, verfügten aber nur über Stimmrechte entsprechend ihrer Anteile und könnten daher durch die Töchter – und ggf. den jeweiligen Ehepartner – überstimmt werden. Insofern verfügen die Eltern einzeln nicht über die notwendige Rechtsmacht, die für die Annahme einer selbständigen Tätigkeit erforderlich ist.²⁷

2.4.5. Stimmbindungsvertrag, externer Poolvertrag

Außerhalb des Gesellschaftsvertrags getroffene Stimmbindungsvereinbarung oder Poolvereinbarungen sind nicht geeignet, die sich aus dem Gesellschaftsvertrag ergebenden Rechtsmachtverhältnisse mit sozialversicherungsrechtlicher Wirkung zu verschieben, weil diese Vereinbarungen von jedem Gesellschafter aus wichtigem Grund gekündigt werden können.²⁸

Nach der Rechtsprechung des BGH führen solche außerhalb des Gesellschaftsvertrags auf Dauer eingegangenen schuldrechtlichen Abstimmungsverpflichtungen unter wechselseitiger Beteiligung aller Gesellschafter an der Stimmbindungsvereinbarung regelmäßig zu einer Innengesellschaft bürgerlichen Rechts, weil mit der koordinierten Ausübung der Stimmrechte ein gemeinsamer Zweck verfolgt wird.²⁹ Infolgedessen müssen Stimmbindungsverträge stets die Vorgaben des § 723 BGB beachten. Sind Stimmbindungsverträge auf unbestimmte Zeit abgeschlossen, sind sie indessen gesellschaftsrechtlich jederzeit ordentlich kündbar, § 723 Abs. 1 BGB. Ist hingegen eine fixe Zeitdauer vereinbart worden, kann der Stimmbindungsvertrag vor Zeitablauf jedenfalls aus wichtigem Grund gekündigt werden, § 723 Abs. 2 BGB.

24 BSG, Urt. v. 01.02.2022 – B 12 KR 37/19 R, NZS 2022, 742, 744, Rn. 21 – 24; BSG, Urt. v. 01.02.2022 – B 12 R 20/19 R – Rn. 24, 25, juris.

25 Vgl. BSG, Urt. v. 11.11.2015 – B 12 KR 10/14 R, DStR 2016, 1275.

26 Urt. v. 11.10.2022 – L 11 BA 4134/20, BeckRS 2022, 32894, rkr.

27 LSG Baden-Württemberg Urt. v. 11.10.2022 – L 11 BA 4134/20, BeckRS 2022, 32894 Rn. 25, 26.

28 BSG, Urt. v. 11.11.2015 – B 12 KR 13/14 R, NJOZ 2017, 692.

29 Vgl. BGH, Urt. v. 24.11.2008 – II ZR 116/08, NZG 2009, 183 „Schutzgemeinschaftsvertrag II“.

2.4.6. Treuhandvertrag

Auch für (notarielle) Treuhandverträge gilt der Grundsatz, daß außerhalb des Gesellschaftsvertrags bestehende wirtschaftliche Verflechtungen, Stimmbindungsabreden oder Veto-Rechte zwischen einem Gesellschafter-Geschäftsführer sowie anderen Gesellschaftern und/oder der GmbH nicht zu berücksichtigen sind. Ein Treuhandvertrag entfaltet keine gesellschaftsrechtliche, sondern lediglich eine rein schuldrechtliche Wirkung zwischen den Vertragsparteien und ist damit bei der sozialversicherungsrechtlichen Beurteilung nicht zu berücksichtigen.³⁰ Die (im Streitfall) Alleingeschafterin ist als Treuhänderin Inhaberin aller mit dem Geschäftsanteil verbundenen Rechte und Pflichten. Insbesondere das Stimmrecht als das wichtigste Verwaltungsrecht steht grundsätzlich allein der Treuhänderin als der Inhaberin des GmbH-Geschäftsanteils und nicht dem Treugeber zu.

Die Vollrechtsstellung der Treuhänderin hat zur Folge, daß der Treugeber der Gesellschaft oder den Gesellschaftern gegenüber Gesellschafterrechte nicht aus eigenem Recht geltend machen kann. Er ist vielmehr stets auf die Wahrnehmung dieser Rechte durch die Treuhänderin angewiesen. Die Einwirkungsmacht des Treugebers auf das Gesellschaftergeschehen ist demnach lediglich mittelbar und gründet sich auf das ihm gegenüber der Treuhänderin zustehende Weisungsrecht. Auch das Weisungsrecht des Treugebers gegenüber der Treuhänderin hat indes lediglich schuldrechtliche Wirkung. Es liegt in der Hand der Treuhänderin, ob sie dessen Weisungen befolgt. Ein weisungswidriges Abstimmungsverhalten in der Gesellschafterversammlung oder durch die Alleingeschafterin führt grundsätzlich nicht zur Unwirksamkeit gefaßter Beschlüsse.³¹ Die weisungswidrige Stimmabgabe führt lediglich zu einer Schadensersatzpflicht der Treuhänderin im Innenverhältnis zum Treugeber. Die schuldrechtliche Treuhandvereinbarung hindert die Treuhänderin selbst nicht daran, wirksam über das Treugut zu verfügen und damit Rechte des Treugebers zu vereiteln. Handelt es sich bei dem Treugut um eine Sache oder ein Recht, ist es mit der Übereignung oder Übertragung auf den Erwerber endgültig aus dem Vermögen des Treugebers ausgeschieden.³² Im Übrigen könnte der Treugeber einen Gesellschafterbeschuß auch nicht anfechten. Bei treuhänderischer Anteilsberechtigung steht das Recht zur Anfechtung von Gesellschafterbeschlüssen dem Treuhänder und nicht dem Treugeber zu, weil sich die Anfechtungsberechtigung als eine förmliche Voraussetzung der Vernichtung von Gesellschafterbeschlüssen nicht nach den wirtschaftlichen, sondern allein den rechtlichen Verhältnissen beurteilt.³³

2.4.7. Gesellschaftervereinbarung, Geschäftsordnungen

Nicht statutarische Gesellschaftervereinbarungen und bspw. Geschäftsordnungen hält das BSG für grundsätzlich nicht geeignet, die sich aus dem Gesellschaftsvertrag ergebenden Rechtsmachtverhältnisse mit sozialversicherungsrechtlicher Wirkung zu verschieben.

2.4.8. Sonderrecht Aufsichtsrat

Die Einrichtung eines Aufsichtsrats und die damit einhergehende Überwachung der Geschäftsführung führte nicht zu einem Mehr, sondern zu einem Weniger an Rechtsmacht aufgrund der Gesellschafterstellung. Dadurch hat nicht (mehr) die Gesellschafterversammlung, sondern nur der Aufsichtsrat, der selbst nicht Gesellschafter ist, die Möglichkeit, auf die Tätigkeit der Geschäftsführung unmittelbar Einfluß zu nehmen.³⁴

2.4.9. Einzelgeschäftsführung, Alleinvertretung und Befreiung von § 181 BGB

Daß ein Geschäftsführer zur Alleinvertretung berechtigt und von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit ist, ändert seine sozialversicherungsrechtliche Einordnung nicht. Allein weitreichende Entscheidungsbefugnisse bedingen nicht schon eine Selbständigkeit.³⁵ Diese Regelung betrifft allein die Geschäftsführung und Vertretung, wirkt sich aber nicht auf die Rechtsmacht als Gesellschafter aus.³⁶

2.4.10. Darlehen, Bürgschaften

Aus der Übernahme von Bürgschaften eines Minderheitsgesellschafters ergibt sich keine unter dem Gesichtspunkt tatsächlicher wirtschaftlicher Einflussmöglichkeiten bestehende Vergleichbarkeit mit einem beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführer.³⁷

2.4.11. Anstellungsvertrag

Wichtige Indizien für die Statusbeurteilung in nicht eindeutigen Fällen liefert ein Arbeits-, Anstellungs- oder Dienstvertrag. Ausgangspunkt der Prüfung, ob die Tätigkeit im Rahmen einer Beschäftigung oder selbständig ausgeübt wird, ist die Ausgestaltung des Vertrags, der das Vertragsverhältnis zur GmbH bestimmt. Für eine Beschäftigung sprechen sowohl die Bezeichnung („Arbeitsvertrag“) als auch geregelte typische Arbeitnehmerrechte und -pflichten, u.a. regelmäßiges monatliches Entgelt, wöchentliche Mindestarbeitszeit, Urlaubsansprüche, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall.

30 BSG, Ur t. v. 10.12.2019 – B 12 KR 9/18 R, NZS 2021, 139.

31 Vgl KG Berlin Ur t. v. 22.12.2011 – 23 U 39/10 – ZIP 2014, 1023, 1024; *Freudenberg*, B+P 2019, 710, 715; *Reichert/Weller* in MüKo GmbHG, 4. Aufl 2022, § 15 Rn. 227 ff.; *Schmidt* in MüKo HGB, 4. Aufl. 2019, vor § 230 Rn. 61, 63.

32 Vgl. BGH, Ur t. v. 10.02.2011 – IX ZR 49/10, NJW-RR 2011, 779, Rn. 16.

33 BSG, Ur t. v. 10.12.2019 – B 12 KR 9/18 R, NZS 2021, 139, Rn. 22 m.w.N.

34 BSG, Ur t. v. 01.02.2022 – B 12 R 20/19 R – Rn. 22, juris.

35 BSG, Ur t. v. 19.09.2019 – B 12 KR 25/18 R, GmbHR 2020, 147, 149.

36 BSG, Ur t. v. 01.02.2022 – B 12 R 20/19 R – juris, Rn. 19 und GmbHR 2022, 1254.

37 BSG, Ur t. v. 13.12.2022 – B 12 KR 16/20 R – Rn. 25 juris, m.w.N.; BSG, Ur t. v. 19.09.2019 – B 12 KR 25/18 R, GmbHR 2020, 147, 149.

2.5. Fremdgeschäftsführer

Bei einem Fremdgeschäftsführer scheidet eine selbständige Tätigkeit grundsätzlich aus.³⁸

2.6. Geschäftsführer einer Tochter-GmbH

Ist der Geschäftsführer einer GmbH nicht selbst deren Gesellschafter, aber an einer anderen Gesellschaft beteiligt, die ihrerseits Gesellschafterin der GmbH ist (Muttergesellschaft), ist diese mittelbare Rechtsmacht sozialversicherungsrechtlich nur beachtlich, wenn sie ihrerseits im Gesellschaftsrecht wurzelt, also durch Gesellschaftsvertrag eindeutig geregelt ist und unmittelbar auf das zu beurteilende Rechtsverhältnis durchschlägt. Entscheidend bleibt, daß der Geschäftsführer selbst und unmittelbar eine ausschlaggebende Einflußnahmemöglichkeit auf Gesellschafterbeschlüsse der von ihm geführten GmbH hat oder zumindest ihm nicht genehme Weisungen der Gesellschafterversammlung verhindern kann.

Die reine Beteiligung als Minderheitsgesellschafter mit umfassender Sperrminorität ohne Geschäftsführungsbefugnis bleibt auf die Einflußnahme in der Gesellschafterversammlung der Muttergesellschaft beschränkt. Die Gesellschafterversammlung einer Muttergesellschaft kann auf die Ausübung von Gesellschafterrechten in einer Tochtergesellschaft regelmäßig nur durch Weisungen an ihre Geschäftsführung Einfluß nehmen, da Maßnahmen der Verwaltung bestehender Beteiligungen an anderen Gesellschaften einschließlich der Stimmabgabe in der Gesellschafterversammlung einer Tochtergesellschaft eine gewöhnliche Geschäftstätigkeit darstellen, welche in den Aufgabenbereich der Geschäftsführung fällt. Ein Minderheitsgesellschafter kann jedoch der Geschäftsführung keine Weisung erteilen.³⁹

2.7. Liquidator

Die sozialversicherungsrechtliche Statusbeurteilung eines für eine GmbH tätigen Liquidators ist nach denselben Grundsätzen vorzunehmen, die bei der Statusprüfung eines GmbH-Geschäftsführers Anwendung finden. Ein Liquidator, der nicht am Gesellschaftskapital beteiligt ist, steht daher grundsätzlich in einem Beschäftigungsverhältnis zu der GmbH. Daran ändert sich nach dem Grundsatz der Nachrangigkeit des Anstellungsvertrages im Verhältnis zum gesellschaftsrechtlichen Organverhältnis auch dann nichts, wenn der Liquidator dienstvertraglich weisungsfrei und faktisch wie ein selbständiger Unternehmer die Geschäfte der abzuwickelnden GmbH führt.⁴⁰

2.8. Kein Vertrauensschutz

Betroffene, die nicht auf die Aufgabe der überholten Kopf- und Seele-Rechtsprechung reagiert haben, können nach der Rechtsprechung des BSG⁴¹ keinen Vertrauensschutz nach Art. 20 Abs. 3 GG aufgrund einer Änderung der Rechtspre-

chung beanspruchen. Eine *verfassungsrechtlich relevante Abkehr* von früheren Rechtsprechungsmaßstäben zur Versicherungspflicht von GmbH-Geschäftsführern gibt es nicht.⁴²

Zwar haben insbesondere die für das Recht der Arbeitslosen- und Unfallversicherung zuständigen Senate des BSG sich für das jeweilige Leistungsrecht früher auf die sog. „Kopf und Seele“-Rechtsprechung gestützt. Danach konnte im Einzelfall eine rechtlich bestehende Abhängigkeit durch die tatsächlichen Verhältnisse überlagert sein und eine selbständige Tätigkeit etwa vorliegen, wenn ein Geschäftsführer aufgrund seiner Stellung in der Familie die Geschäfte der Gesellschaft wie ein Alleingesellschafter nach eigenem Gutdünken führte und die Ordnung des Betriebes prägte, er „Kopf und Seele“ des Unternehmens war oder er – wirtschaftlich gesehen – seine Tätigkeit nicht wie für ein fremdes, sondern wie für ein eigenes Unternehmen ausübte. Die „Kopf und Seele“-Entscheidungen des BSG behandelten im Wesentlichen Fälle von Ehegatten sowie Verwandten in gerader Linie. Daraus ließ sich allerdings kein allgemeingültiger Grundsatz für die GmbH ableiten.⁴³

Auch besteht kein Vertrauensschutz aufgrund einer vermeintlich geänderten Verwaltungspraxis der Beklagten. Die Beitragspflichtigen dürfen zwar nicht für eine zurückliegende Zeit mit einer Beitragsnachforderung überrascht werden, die in Widerspruch steht zu dem vorangegangenen Verhalten der Verwaltung, auf deren Rechtmäßigkeit sie vertraut haben und vertrauen durften. Eine vertrauensstiftende gesicherte Rechtspraxis lag aber gerade nicht vor, wenn – wie hier – eine Rechtsfrage nicht abschließend geklärt ist. Eine Selbstbindung aufgrund einer früheren Verwaltungspraxis kann im Übrigen nur im Rahmen eines der Verwaltung eingeräumten Beurteilungsspielraums oder Ermessens eintreten. § 7 Abs. 1 SGB IV räumt den Behörden keinen derartigen Spielraum bei der Beurteilung der Frage ein, ob eine Beschäftigung vorliegt oder nicht.⁴⁴

3. UG (haftungsbeschränkt)

Die Unternehmergesellschaft ist eine Gesellschaft mit Haftungsbeschränkung, die dadurch gekennzeichnet ist, daß sie

38 BSG, Urte. v. 23.02.2021 – B 12 R 18/18 R, Rn. 15, DStR 2021, 2477; BSG, Urte. v. 14.03.2018 – B 12 KR 13/17 R, NJW 2018, 2662; Urte. v. 18.12.2001 – B 12 KR 10/01 R, LSG Baden-Württemberg, Urte. v. 23.11.2022 – L 5 BA 3206/21, BeckRS 2022, 40993 Rn. 29.

39 BSG, Urte. v. 23.02.2021 – B 12 R 18/18 R, DStR 2021, 2477.

40 Schleswig-Holsteinisches Landessozialgericht, Beschl. v. 27.12.2021 – L 10 BA 10034/21 B ER, GmbHR 2022, 363 – 371.

41 BSG, Urte. v. 19.09.2019 – B 12 KR 21/19 R, NZS 2020, 397, so auch LSG Bayern Urte. v. 26.10.2022 – L 3 U 56/21, BeckRS 2022, 34900 Rn. 27.

42 Im entschiedenen Fall „in Familiengesellschaften“. Das gilt allerdings grundsätzlich für jede GmbH.

43 Zur Fortentwicklung der Rechtsprechung des 12. Senats vgl. ausführlich Urte. v. 19.09.2019 – B 12 KR 25/18 R, NZS 2020, 183 = GmbHR 2020, 147.

44 BSG, Urte. v. 19.09.2019 – B 12 KR 21/19 R, NZS 2020, 397.

bereits mit einer Mindesteinlage von 1 Euro gegründet werden kann und sich bei Erreichen einer Stammeinlage von 25 000 Euro automatisch in eine Voll GmbH umwandelt (§ 5 a GmbHG). Sie kann in einem vereinfachten Verfahren nach Musterprotokoll gegründet werden, wenn sie höchstens drei Gesellschafter und (nur) einen Geschäftsführer hat (§ 2 Abs. 1 a GmbHG). Damit stellt die UG lediglich eine Rechtsformvariante der GmbH dar; alle Vorschriften des GmbHG und des gesamten deutschen Rechts, die die GmbH betreffen, gelten ohne Weiteres auch für diese Gesellschaft mit Ausnahme der ausdrücklichen Sonderregelungen des § 5 a GmbHG.

Für Geschäftsführer einer UG gelten die Maßstäbe für die Statusbeurteilung, die nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung für Geschäftsführer einer GmbH anzuwenden sind.⁴⁵

4. Mitglieder des Vorstandes einer AG/SE

Mitglieder des Vorstandes einer Aktiengesellschaft sind durch die Ausnahmenvorschriften des § 27 Abs. 1 Nr. 5 SGB III in der Arbeitslosen- und Rentenversicherung versicherungsfrei bzw. nach § 1 3 SGB VI Satz nicht versicherungspflichtig beschäftigt. Diese Ausnahme erfasst auch Verwaltungsratsmitglieder und geschäftsführende Direktoren einer monistisch organisierten SE.⁴⁶

5. GmbH & Co. KG

(Mitarbeitende) Kommanditisten sind gemäß § 164 HGB von der Geschäftsführung ausgeschlossen und grundsätzlich weisungsabhängig. Sie können einer Handlung der persönlich haftenden Gesellschafter nicht widersprechen, es sei denn, daß die Handlung über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft hinausgeht. Lediglich solche außergewöhnlichen Handlungen bedürfen ihrer Zustimmung. Die Verwaltung bestehender Beteiligungen an anderen Gesellschaften einschließlich der Stimmabgabe in der Gesellschafterversammlung einer Tochtergesellschaft gehört regelmäßig zu den Maßnahmen der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit der geschäftsführenden Komplementär-GmbH.

Sind Kommanditisten auch Geschäftsführer der GmbH, gelten die zur GmbH beschriebenen Grundsätze über die erforderliche Rechtsmacht entsprechend. Sie kann auch daraus resultieren, daß der (Fremd-)Geschäftsführer (auch einer GmbH & Co KG) kraft seiner Stellung als Gesellschafter einer anderen Gesellschaft in der Lage ist, Einfluß auf den Inhalt von Gesellschafterbeschlüssen der von ihm geführten Gesellschaft zu nehmen. Dabei kann es keine Rolle spielen, ob er diese Rechtsmacht allein aus seiner Gesellschafterstellung in der von ihm geführten Gesellschaft oder aus seiner Beteiligung an einer anderen Gesellschaft ableitet.

Entscheidend bleibt, daß der Geschäftsführer selbst und unmittelbar eine ausschlaggebende Einflußnahmemöglichkeit auf Gesellschafterbeschlüsse der von ihm geführten Gesellschaft hat oder zumindest ihm nicht genehme Weisungen der Gesellschafterversammlung verhindern kann.⁴⁷ Selbst wenn der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH an deren Kapital nicht oder nur gering beteiligt ist, er aber KG beherrscht, ist er selbständig tätig. Dasselbe gilt, wenn in der KG zugleich das Einstimmigkeitsprinzip (oder eine umfassende Sperrminorität) für Beschlüßfassungen in Tochter- und Beteiligungsgesellschaft – hier der Komplementär-GmbH – gilt.

6. Freiberufler-Gesellschaften

6.1. Rechtsanwalts-GmbH

Rechtsanwälte, die als Gesellschafter-Geschäftsführer einer Rechtsanwalts-Gesellschaft tätig sind, unterliegen grundsätzlich der gesetzlichen Sozialversicherungspflicht. Auch bei einer Rechtsanwalts-Gesellschaft mbH richtet sich die Frage, ob eine abhängige Beschäftigung vorliegt, nach den für GmbH-Geschäftsführer geltenden Maßstäben. Das in § 59 j Abs. 6 S. 1 BRAO verankerte Unabhängigkeitsgebot ist rein fachlicher Natur.⁴⁸

6.2. Steuerberater-GmbH

Dasselbe gilt für Steuerberater- und WP-Gesellschaften. Der Geschäftsführer einer Steuerberatungs-GmbH ist aufgrund seiner Weisungsgebundenheit grundsätzlich abhängig beschäftigt. Seine freiberufliche Tätigkeit als Steuerberater für die GmbH ändert hieran nichts. Ein Beschäftigungsverhältnis ist nur dann ausgeschlossen, wenn er aufgrund seiner Gesellschafterstellung nicht genehme Weisungen an sich jederzeit verhindern kann.⁴⁹

7. Familiengesellschaften

Der Grundsatz der Vorhersehbarkeit findet insbesondere bei Familiengesellschaften Anwendung. Andernfalls stände es gerade bei kleinen (Familien-)Unternehmen im freien Belieben der Beteiligten, durch zweckgerichtete Angaben zur tatsächlichen Stellung des Betroffenen im Unternehmen Sozialversicherungspflicht zu begründen oder auszuschließen.

45 LSG Baden-Württemberg Ur. v. 23.11.2022 – L 5 BA 3206/21, BeckRS 2022, 40993 Rn. 29, 30.

46 Siehe auch *Schlegel*, NZA 2021, 310, m.w.N.

47 BSG, Ur. v. 08.07.2020 – B 12 R 4/19 R; B 12 R 6/19 R – juris und B 12 R 26/18 R m.w.N., mit Anm. *Zieglmeier*, NZS 2021, 520.

48 BSG, Ur. v. 28.06.2022 – B 12 R 4/20 R, mit Anm. *Ring* DStR 2022, 2700. Siehe auch *Dahns*, NJW-Spezial 2022, 702.

49 BSG, Ur. v. 07.07.2020 – B 12 R 17/18 R, DStRE 2021, 699.

ßen. Daß gerade bei Familienunternehmen die Feststellung der ggf. zur Sozialversicherungspflicht führenden Umstände schwierig ist, hat der Gesetzgeber anerkannt (zusätzliche Meldepflicht bei einer verwandtschaftlichen Beziehung zum Arbeitgeber nach § 28 a Abs. 3 S 2 Nr. 1 Buchst d) SGB IV; obligatorische Antragstellung durch die Einzugsstelle nach § 7 a Abs. 1 S 2 SGB IV).⁵⁰ Nach BSG erstreckt sich eine Betriebsprüfung zwingend auf die im Betrieb tätigen Ehegatten, Lebenspartner, Abkömmlinge des Arbeitgebers sowie geschäftsführende GmbH-Gesellschafter, sofern ihr sozialversicherungsrechtlicher Status nicht bereits durch Verwaltungsakt festgestellt ist. Dies gilt insbesondere, wenn kein obligatorisches Statusfeststellungsverfahren nach § 7 a Abs. 1 Satz 2 SGB IV durchgeführt worden ist. Eine verfassungsrechtlich relevante „Abkehr“ von früheren Rechtsprechungsmaßstäben zur Versicherungspflicht von GmbH-Geschäftsführern in Familiengesellschaften gibt es nicht.⁵¹

8. Vereine und Verbände, insbesondere „Ehrenamt“

Für Beschäftigte in Vereinen und Verbänden gelten grundsätzlich dieselben Maßstäbe wie für Geschäftsführer einer GmbH. Besonderheiten bestehen wegen der häufig „ehrenamtlichen“ Tätigkeit. Ehrenamtliche Tätigkeit führt nicht ohne Weiteres zur Annahme einer unentgeltlichen und damit sozialversicherungsfreien Tätigkeit. Objektiv betrachtet ist die Unentgeltlichkeit jedoch kein Wesenselement des Ehrenamts, wie bereits die §§ 40, 41 SGB IV zur Entschädigung ehrenamtlich Tätiger belegen. Vergleichbare Regelungen für weitere Personengruppen finden sich auch in den anderen Sozialgesetzbüchern oder in den Kommunalverfassungsgesetzen (z.B. § 33 GO NRW).⁵² Daß eine normativ als Ehrenamt eingeordnete Tätigkeit dennoch der Sozialversicherungspflicht unterliegen kann, ergibt sich bspw. aus § 27 Abs. 3 Nr. 4 SGB III, der eine ehrenamtliche Beschäftigung und Sozialversicherungspflicht nicht als Gegensätze behandelt, sondern nebeneinanderstellt (vgl. auch § 163 Abs. 3 und 4 SGB VI).⁵³

Die Vorsteher von Wasser- und Bodenverbänden nehmen ihre Tätigkeit im Rahmen abhängiger und der Sozialversicherungspflicht unterliegender Beschäftigungsverhältnisse wahr, wenn diese durch ihre Eingliederung in den arbeitsteiligen Arbeitsprozeß geprägt wird und das Entgelt sich als Entlohnung für die zu erbringenden Arbeitsleistungen darstellt.⁵⁴

Der Übungsleiterfreibetrag stellt Einnahmen für bestimmte nebenberufliche Übungsleitende, ausbildende, erzieherische, betreuende, künstlerische und pflegerische Tätigkeiten in begrenzter Höhe nach § 3 Nr. 26 EStG steuerfrei. Im Rahmen der sog. Ehrenamtspauschale sind darüber hinaus auch Einnahmen aus bestimmten weiteren nebenberuflichen gemeinnützigen, mildtätigen und kirchlichen Tätigkeiten in begrenzter Höhe nach § 3 Nr. 26 a EStG steuerfrei.

Der Übungsleiterfreibetrag und die Ehrenamtspauschale gelten auch im Beitragsrecht.⁵⁵

9. Gesetzliche Neuregelung zum 01.04.2022

Zum 01.04.2022 haben sich einige gesetzliche Neuregelungen ergeben, die hier nur kurz zusammengefaßt wiedergegeben sind.⁵⁶

9.1. Statusfeststellungsverfahren

Das Statusfeststellungsverfahren dient der Rechtssicherheit und schützt Erwerbstätige und ihre Auftraggeber vor den Risiken einer falschen Statureinschätzung. Seit dem 01.04.2022 entscheidet die Deutsche Rentenversicherung gem. § 7 a Abs. 1 Satz 1 SGB IV verbindlich darüber, ob eine Tätigkeit als Selbständiger vorliegt oder ob sie in abhängiger Beschäftigung erfolgt. Sie entscheidet nicht mehr über die Sozialversicherungspflicht. Die Änderungen sollen eine einfachere und schnellere Statusbeurteilung ermöglichen.⁵⁷ Seither muß der jeweilige Leistungsträger die Entscheidung über die Versicherungspflicht auf Grundlage der bindenden Feststellung (§ 7 a Absatz 2 Satz 4 SGB IV) der DRV selbst treffen.

9.2. Statusfeststellung im Dreiecksverhältnis

Bei Einsatz von Fremdpersonal in Unternehmen kommt es häufig zur Beteiligung von mehr als zwei Parteien, zum Beispiel, wenn ein Dienstleister dem Unternehmen projektbezogen einen Spezialisten zur Verfügung stellt. In diesen Fällen sind für die Abgrenzung einer abhängigen Beschäftigung von einer selbständigen Tätigkeit nach der Rechtsprechung nicht nur die vertraglichen Vereinbarungen zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer zu betrachten, sondern sämtliche Rechtsbeziehungen, die den Einsatz des Auftragnehmers prägen, also auch die zwischen dem Dritten und dem

50 BSG Urt. v. 29.07.2015 – B 12 KR 23/13 R, BeckRS 2015, 73497 Rn. 30. Hinweis: § 7 a Abs. 1 Satz 2 SGB IV bestimmt ein verpflichtendes Anfrageverfahren, das die Einzugsstelle durchzuführen hat, wenn eine Meldung gem. § 28 a SGB IV ergibt, daß der Beschäftigte Ehegatte, Lebenspartner oder Abkömmling des Arbeitgebers oder geschäftsführender Gesellschafter einer GmbH ist.

51 BSG, Urt. v. 19.09.2019 – B 12 KR 25/18 R, GmbHR 2020, 147, 149; siehe auch BSG, Beschl. v. 19.07.2022 – B 12 BA 3/22 B – juris.

52 *Imping*, Die Versicherungspflicht ehrenamtlich tätiger Vorstände, ZIP 2023, 892.

53 BSG, Urt. v. 27.04.2021 – B 12 R 8/20 R, NZS 2022, 463.

54 LSG Niedersachsen-Bremen Urt. v. 08.05.2023 – L 2 BA 17/22, BeckRS 2023, 12961.

55 Weiterführend: DRV Summa Summarum, Ausgabe 1/2021.

56 Eine ausführliche Darstellung findet sich bspw. bei *Gallus/Hannig*, kösdi 12/2022, 23024 und in der Gesetzesbegründung BT-Drucks. 19/29893, 27 f. Zu den Reformvorschlägen siehe u.a. *Schlegel/Geiger*, NJW 2020, 17.

57 BT-Drucks. 19/29893, 27 f.

Auftraggeber.⁵⁸ Bisher konnten solche Dreiecksverhältnisse nicht abschließend geklärt werden, sondern immer nur jeweils ein Zweipersonenverhältnis; ggf. mußten zwei Statusfeststellungsverfahren durchgeführt werden. Nunmehr findet ein einheitliches Verfahren statt, für das auch der Dritte antragsberechtigt ist.

9.3. Vorab-Statusprüfung

Mit § 7 a Abs. 4 a SGB IV wird die Option einer Vorab-Statusprüfung (Prognoseentscheidung) eingeführt. Die Prognoseentscheidung ist eine „reguläre“ und endgültige Feststellung des Erwerbsstatus. Sie bedarf nach Aufnahme der Tätigkeit weder einer Bestätigung noch einer weiteren Entscheidung. Sie unterscheidet sich von einer Feststellung des Erwerbsstatus nach Aufnahme der Tätigkeit allein darin, daß die Umstände der Ausübung noch nicht gelebt, sondern allein von den Beteiligten antizipiert wurden. Bei Abweichungen des tatsächlich gelebten Vertragsverhältnisses von den zugrunde gelegten antizipierten Umständen kann die DRV die Prognoseentscheidung aufheben.

9.4. Neue Feststellungsklage nach § 55 Abs. 3 SGG

Nachdem die DRV nur noch den Erwerbsstatus als Element einer daraus resultierenden Versicherungspflicht feststellt. Die prozessualen Auswirkungen fängt § 55 Abs. 3 SGG auf. Mit dem neuen Klagerecht kann die Feststellung begehrt werden, ob eine Erwerbstätigkeit als Beschäftigung oder selbständige Tätigkeit ausgeübt wird.

10. Folgen sozialversicherungsrechtlicher Fehlbeurteilung

Dem Arbeitgeber obliegt die Pflicht zur eigenständigen Statusprüfung und Prüfung des Umfangs der Versicherungspflicht. In Zweifelsfällen hat er ein Statusfeststellungsverfahren zu beantragen und kann die Versicherungspflicht über ein Einzugsstellenverfahren gem. § 28 h Abs. 2 SGB IV prüfen lassen.

10.1. Sanktionen für Geschäftsführer und Unternehmen

Fehlbeurteilung führen in erster Linie zu teils empfindlichen Nachzahlungen in allen relevanten Versicherungsbereichen. Für Beiträge und Beitragsvorschüsse, die der Zahlungspflichtige nicht bis zum Ablauf des Fälligkeitstages gezahlt hat, ist für jeden angefangenen Monat der Säumnis ein Säumniszuschlag von 1 Prozent des rückständigen, auf 50 Euro nach unten abgerundeten Betrages zu zahlen, § 24 SGB IV. Ansprüche auf Beiträge verjähren in vier Jahren nach Ablauf des Kalenderjahrs, in dem sie fällig geworden sind. Ansprüche auf vorsätzlich vorenthaltene Beiträge verjähren in dreißig Jahren (!) nach Ablauf des

Kalenderjahrs, in dem sie fällig geworden sind, § 25 Abs. 1 Satz 2 SGB IV. Bei vorsätzlicher Vorenthaltung droht also eine Vervielfachung des Beitrages, worauf Imping zutreffend hinweist.⁵⁹

Daneben drohen strafrechtliche Sanktionen wegen des Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt bzw. Sozialversicherungsbeiträgen, § 266 a StGB, wenn nicht mit Erfolg ein strausschließender Tatbestandsirrtum angeführt werden kann. Taugliche Täter sind grundsätzlich sämtliche Geschäftsführer und Vorstände. In Betracht kommt ferner eine Ordnungswidrigkeit nach § 111 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 a) SGB IV i.V.m. § 9 Abs. 1 Nr. 1 OWiG. Verletzt das für die Meldung zuständige Vorstandsmitglied die Meldepflicht nach § 28 a SGB IV leichtfertig oder vorsätzlich, können Versicherungsträger und Zollbehörden die Ordnungswidrigkeit mit einem Bußgeld von bis zu 25 000 € belegen.⁶⁰

Und schließlich droht eine zivilrechtliche persönliche Haftung der Verantwortlichen aus

- § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 266 a StGB als Schutzgesetz (Beiträge)
- § 38 Abs. 3 Satz 1, § 41 a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG und § 42 d Abs. 1 Nr. 1 EStG (Lohnsteuer)

Persönlich haftende Gesellschafter einer GbR können für die Beitragsschulden der Gesellschaft einschließlich etwaiger Säumniszuschläge im Wege eines Haftungsbescheids in Anspruch genommen werden.⁶¹

10.2. Haftung für Berater

Zwischenzeitlich sind einige Urteile ergangen, die sich mit der Haftung insbesondere steuerlicher Berater bei Fehlern in der Statusbeurteilung befassen.

Das OLG Hamm hat in einem nicht ohne Kritik gebliebenen Urteil vom 08.04.2022⁶² die Haftung eines Steuerberaters für die Nachzahlung von Sozialversicherungsbeiträgen einer GmbH aus drei Gesellschafter-Geschäftsführern bejaht. Die GmbH warf dem StB vor, er habe eine vertragliche Nebenpflicht aus dem Lohnbuchhaltungsmandat verletzt und nicht geprüft, ob eine Befreiung von der Versicherungspflicht der Geschäftsführer in Betracht komme.

Zwar sei ein Steuerberater – auch wenn er mit der Lohnbuchführung beauftragt ist – zur Beratung in sozialversicherungsrechtlichen Fragen auch in Bezug auf die Beitragspflicht weder berechtigt noch verpflichtet, habe aber im Rahmen der sich als Nebenpflicht aus dem Steuerberatervertrag ergebenden vertraglichen Schadensverhütungspflicht bei Schwierigkeiten tatsächlicher oder rechtlicher Art zu raten, einen Rechtsanwalt aufzusuchen oder eine Prüfung durch den Sozialversicherungsträger gemäß §§ 7 a,

58 BSG, Ur. v. 14.03.2018 – B 12 KR 12/17 R, juris.

59 Imping, ZIP 2023, 892.

60 Zum Ganzen Imping, ZIP 2023, 892; Lachmann, DB 2022, 2154.

61 BSG, Ur. v. 28.06.2022 – B 12 KR 5/20 R, juris.

62 I-25 U 42/20, juris; siehe zu Kritik Freitag/Meixner, DStR 2023, 659.

28 h SGB IV anzuregen. Denn einem StB müsse bewußt sein, daß die Einordnung der Tätigkeit von Gesellschaftern als selbständig oder nicht selbständig zweifelhaft war. Er mußte wissen, daß sich die Beurteilung der Beschäftigung nach § 7 SGB IV richte und nach der ständigen Rechtsprechung des BSG das Maß der persönlichen Abhängigkeit für die Abgrenzung zwischen selbständiger oder nicht selbständiger Tätigkeit entscheidend ist. Als Schaden könne die GmbH die Nachzahlungsbeträge für ihre Gesellschafter vom StB erstattet verlangen. Steuervorteile der GmbH, wie sie sich aufgrund einer Gewinnminderung durch die Nachzahlung ergeben können, seien nicht anzurechnen, wenn auch die Schadensersatzleistung ihrerseits zu versteuern ist. Etwaige Vorteile der Gesellschafter aus der Sozialversicherungspflicht seien für den im Rahmen der Schadensermittlung anzustellenden Gesamtvermögensvergleich nicht im Wege einer konsolidierten Schadensbetrachtung einzubeziehen. Ein Mitverschulden sei auch nicht darin zu sehen, daß die GmbH bzw. ihre Geschäftsführer nicht von sich aus ein Statusfeststellungsverfahren eingeleitet haben. Im – unbefriedigenden – Ergebnis haftete der StB für den gesamten Nachzahlungsbetrag.

Anders hatte das OLG Düsseldorf in einem Hinweisbeschuß vom 09.07.2020⁶³ entschieden. Ein Steuerberatungsvertrag (Lohnbuchhaltung) berechnete und verpflichtete den StB nicht zur Beratung in sozialversicherungsrechtlichen Fragen. Es fehlte dort schon eine Pflichtverletzung. Zudem sei eine konsolidierte Schadensbetrachtung unter Berücksichtigung der positiven Auswirkungen für die Geschäftsführer (erworbene Anwartschaften zur gesetzlichen Rentenversicherung) anzustellen.

In diese Richtung gehen auch zwei Urteile des LG Kiel aus August 2022.⁶⁴ Zwar nimmt das LG eine Hinweispflicht des StB an, einen fachlich geeigneten Berater hinzuzuziehen, wenn sich im Rahmen der Lohnbuchhaltung sozialversicherungsrechtliche Schwierigkeiten ergeben. Ergreift die GmbH nach erkanntem Fehler keine abhelfende Gestaltung, ist die Vermutung des aufklärungsrichtigen Verhaltens widerlegt und ein kausaler Schaden zu verneinen. Ferner verweist das LG Kiel zutreffend auf § 249 Abs. 1 BGB. Danach ist der Geschädigten durch die Schadensersatzleistung so zu stellen, wie dieser bei pflichtgemäßem Verhalten stände. Ausgangspunkt für die Schadensberechnung ist die Differenzhypothese, also ein Vergleich der infolge des haftungsbegründenden Ereignisses entstandenen Vermögenslage mit derjenigen, die ohne jenes Ereignis eingetreten wäre. Dabei erfaßt der erforderliche Gesamtvermögensvergleich eine Gegenüberstellung der hypothetischen und der tatsächlichen Vermögenslage –

und erfaßt somit auch Vorteile, bspw. Steuervorteile. Denn Beitragsnachforderungen sind gewinnmindernd und somit als ein steuermindernder Betriebsaufwand zu berücksichtigen. Darüber hinaus hätte die GmbH die in früheren Jahren nicht gezahlten Arbeitgeberbeiträge zur Sozialversicherung für den Gesellschafter beziffern und in den Gesamtvermögensvergleich mit aufnehmen müssen. Darlegungs- und beweibelastet ist insoweit der geschädigte Mandant; der Steuerberater kann sich darauf beschränken, den Schaden zu bestreiten.⁶⁵

11. Fazit

Die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung der Beschäftigungsverhältnisse von Geschäftsführern und Gesellschaftern ist regelmäßig anhand der aktuellen Rechtsprechung des BSG zu überprüfen. Soll eine abhängige Beschäftigung des Geschäftsführers und eine damit einhergehende Sozialversicherungspflicht vermieden werden, gilt die Faustregel: Notwendig ist eine im Gesellschaftsvertrag verankerte beherrschende Stimmenmehrheit oder qualifizierte Sperrminorität – bis hin zur Einstimmigkeit. Liegen diese Voraussetzungen nicht vor und können auch nicht hergestellt werden, ist eine Meldung nach § 28 a Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 e SGB IV abzugeben, um den Status durch die DRV feststellen zu lassen.

Offen bleibt, ob zukünftig die ausreichende „Verhinderungsmacht“ ausreicht oder ob der Geschäftsführer zusätzlich über eine umfassende unternehmerische Gestaltungsmacht verfügen und wie diese konkret ausgestaltet sein muß.

Für Steuerberater gilt: Eine Pflichtverletzung ergibt sich, wenn der Steuerberater bei Prüfung oder Berechnung der Höhe einer Beitragspflicht auf Schwierigkeiten tatsächlicher oder rechtlicher Art stößt oder sich die Rechtslage für ihn als unklar darstellt und er dem Mandanten nicht rät, einen auf diesem Gebiet erfahrenen Anwalt einzuschalten oder eine Prüfung gemäß §§ 7 a, 28 h SGB IV anzuregen.

Aber auch bei hiernach anzunehmender Pflichtverletzung zeigt das LG Kiel gute Argumente für eine Abwehrberatung des Steuerberaters – und vice versa – beträchtliche Anforderungen an die Schlüssigkeit einer Haftungsklage.

63 I-23 U 70/20, BeckRS 2020, 23810. Siehe auch *Hömig/Matz*, DStR 2020, 2695.

64 LG Kiel, Urt. v. 16.08.2022 – 6 O 275/20 – juris, und v. 25.08.2022 – 6 O 315/21 – juris.

65 Zu LG Kiel siehe auch *Freitag/Bertrand*, DStR 2023, 1221.