

Freiburg – Konstanz – Karlsruhe

Betriebsprüfung - was nun?

Wie vermeidet man Beitragsnachforderungen der Sozialversicherungsträger ?

**Grundlagen der Sozialversicherungspflicht
und der sozialversicherungsrechtlichen Betriebsprüfung**

Betriebsprüfung – was nun?

- 1. Was sind die Grundlagen der sozialversicherungsrechtlichen Betriebsprüfung und wie sieht der Ablauf einer Betriebsprüfung aus?**
- 2. Welche Risiken bestehen bei der Subunternehmerbeauftragung?**
- 3. Unterfallen Gesellschaftergeschäftsführer und mitarbeitende Angehörige der Sozialversicherungspflicht?**

GKD besteht aus 9 Berufsträgern und 4 Of-Counsel:

In Konstanz:



**Dr. Rolf
Stagat**



**Dr. Stefan
Jäkel**



**Dr. Nicolas
Doubleday**



**Joachim
Ehinger**

In Freiburg:



**Dr. Andreas
Kramer**



**Dr. Matthias
Döring**



**Thomas
Zürcher**



**Cornelia
Kuhn**



**Jonas
Burbach**

Freiburg – Konstanz – Karlsruhe

Kernkompetenzen

Arbeitsrecht und Dienstvertragsrecht (Geschäftsführer/Vorstände)

Erbrecht und Unternehmensnachfolge

Gesellschaftsrecht

Handelsrecht und Vertriebsrecht

Sozialversicherungsrecht (Statusfragen, Betriebsprüfungen)

Unternehmenskauf (M&A)

Vertragsgestaltung (u.a. AGB, Gewerberaummietverträge, Handelsverträge etc.)

Wettbewerbsrecht

Dr. Rolf Stagat

Reichenaustraße 19a
78467 Konstanz

Telefon: +49 7531 282 36-0

Telefax: +49 7531 282 36-29

E-Mail: stagat@gkd-partner.de



KOMPETENZEN:

Arbeitsrecht

Handels- und Gesellschaftsrecht

Geschäftsführerhaftung

Sozialversicherungsrecht



Dr. Stefan Jäkel

Reichenaustraße 19a
78467 Konstanz

Telefon: +49 7531 282 36-0

Telefax: +49 7531 282 36-29

E-Mail: stagat@gkd-partner.de

KOMPETENZEN:

Arbeitsrecht

Handels- und Gesellschaftsrecht

Bank- und Kapitalmarktrecht

Sozialversicherungsrecht

Teil 1:

Was sind die Grundlagen der sozialversicherungsrechtlichen Betriebsprüfung und wie sieht der Ablauf einer Betriebsprüfung aus?

Teil 1 - Grundlagen und Ablauf einer Betriebsprüfung

I. Gesetzliche Grundlagen der Prüfung:

§ 28p SGB IV - Prüfung bei den Arbeitgebern:

- (1) Die Träger der Rentenversicherung prüfen bei den Arbeitgebern, ob diese ihre **Meldepflichten** und ihre sonstigen Pflichten [...] **ordnungsgemäß erfüllen**; sie prüfen insbesondere die Richtigkeit der Beitragszahlungen und der Meldungen **mindestens alle vier Jahre**. [...]

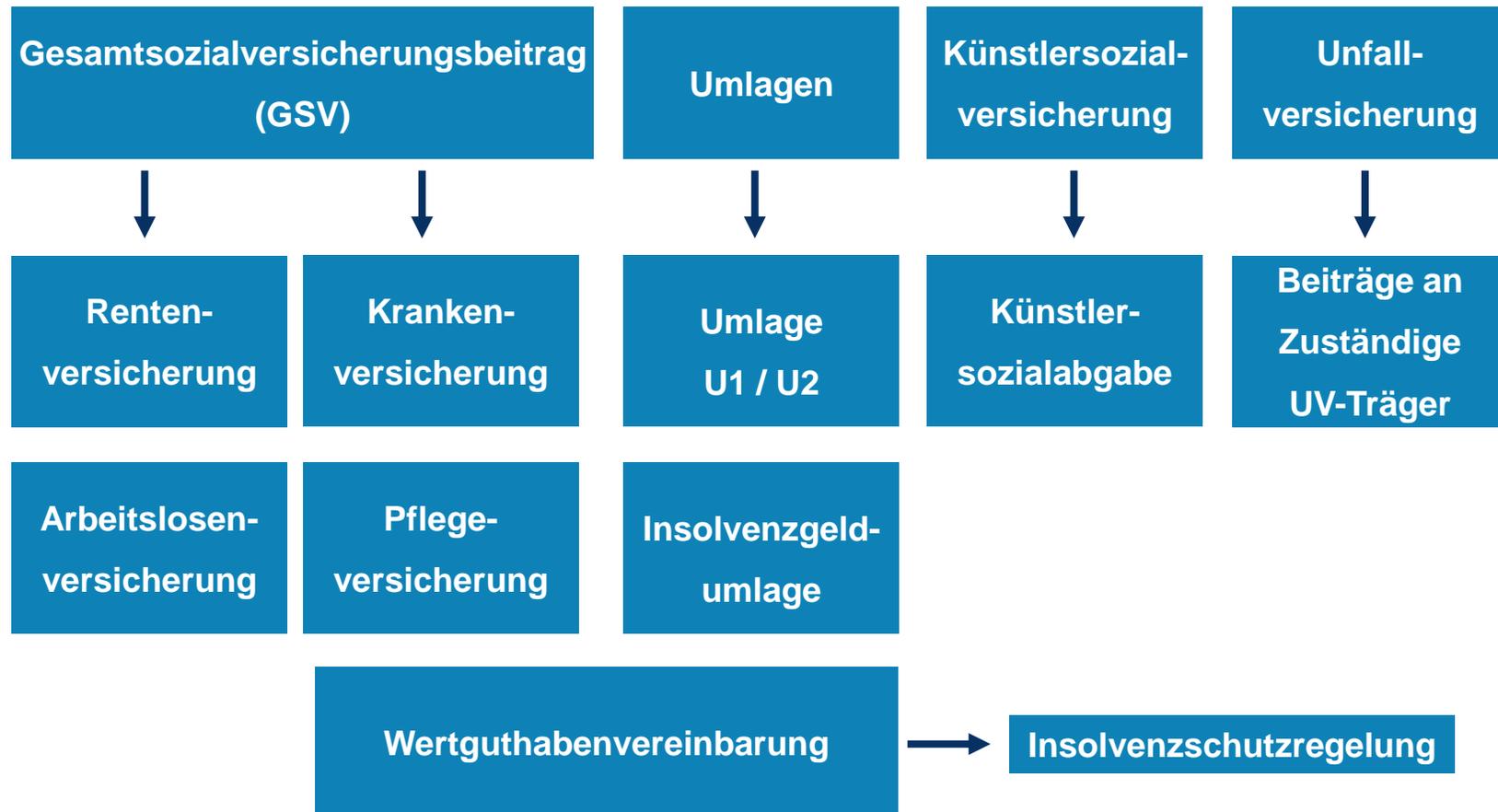
§ 25 SGB IV – Verjährung:

- (1) **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. [...]
- (2) [...] Die Verjährung ist **für die Dauer einer Prüfung beim Arbeitgeber gehemmt** [...]

Beitragsverfahrensverordnung (BVV): Detailregelungen zur Durchführung der Prüfung

Teil 1 - Grundlagen und Ablauf einer Betriebsprüfung

II. Übersicht über den Umfang der Prüfung:



Teil 1 - Grundlagen und Ablauf einer Betriebsprüfung

III. Wirkung der Prüfung

- Grundsatz:** Nichtbeanstandung (z.B. von unrichtiger versicherungs- und beitragsrechtlicher Beurteilung oder unterbliebene Beitragsentrichtung) begründet keine Rechte  insbes. keinen Vertrauensschutz für Folgeprüfungen und keine Verwirkung des Beitragsanspruchs
- Begründung:** Prüfung erfolgt nur *stichprobenweise* und bezweckt nicht Schutz und „Entlastung“ des Beitragsschuldners
- Ausnahme:** nur soweit personenbezogen für bestimmte Zeiträume konkrete Feststellungen zur Versicherungspflicht, Beitragspflicht und Beitragshöhe getroffen worden sind, tritt **Bindungswirkung** ein

Teil 1 - Grundlagen und Ablauf einer Betriebsprüfung

IV. Überblick über Ablauf der Prüfung



1. Phase: Ankündigung und Vorbereitung



2. Phase: Prüfung



3. Phase: Schlussbesprechung und Bescheid *und* ggfs. Anhörung

ggfs. außerdem:



4. Phase: Widerspruchsverfahren



5. Phase: Gerichtsverfahren vor den Sozialgerichten

Teil 1 - Grundlagen und Ablauf einer Betriebsprüfung

V. Einleitung der Prüfung durch Prüfkündigung



- beabsichtigte Betriebsprüfung **soll** dem Arbeitgeber ***möglichst einen Monat, spätestens aber 14 Tage*** vor der Prüfung angekündigt werden
- In der Praxis: vorab **telefonischen Kontaktaufnahme** und anschließend **schriftliche Prüfkündigung** mit **Auflistung der erforderlichen Unterlagen**
- **Verlegung** kann bei besonders wichtigem Grund beantragt werden
- Prüfung aus besonderen Gründen ist ***auch ohne Ankündigung*** möglich!
- **Zweck:** Erfüllung der ***Mitwirkungspflichten*** und ***Prüfungsvorbereitung***
 - ➔ **nicht:** Beschränkung des Prüfungsrahmens

Teil 1 - Grundlagen und Ablauf einer Betriebsprüfung

VI. Ort und Zeit der Prüfung



- **Geschäftsräumen des Arbeitgebers** (bzw. Abrechnungsstelle)
- Arbeitgeber muss **geeigneten Raum oder Arbeitsplatz** stellen
- **Kein Erstattungsanspruch** für Kosten oder etwaigen Verdienstausfälle durch Prüfung
- Prüfung vor Ort ist an **die Betriebszeit** des Arbeitgebers gebunden
- **Wahlrecht:** Unterlagen können auch dem prüfenden RV-Träger vorlegt werden
- **Entfällt:** wenn besonderen Gründe die Prüfung in den Räumen des Arbeitgebers erforderlich machen (z.B.: begründete Verdacht auf vorsätzliche Beitragshinterziehung oder Schwarzarbeit)

Teil 1 - Grundlagen und Ablauf einer Betriebsprüfung

VII. Mitwirkungspflichten bei der Prüfung



Abs. 5: „Die Arbeitgeber sind verpflichtet, *angemessene Prüfhilfen* zu leisten. [...]“

- ***Vorlage der prüfrelevanten Unterlagen*** (insbes.: Entgeltunterlagen, Beitragsnachweise, Beitragsabrechnungen, Bescheide/Prüfberichte Finanzbehörden, Geschäftsbücher, Unterlagen aus der Finanzbuchhaltung, Listen und andere Unterlagen, aus denen Angaben über die Beschäftigungsverhältnisse hervorgehen oder Klärung des sozialversicherungsrechtlichen Status dienen)
- **Auskunftserteilung** über Tatsachen, die für Beitrags-/Umlageerhebung notwendig
- Aufzeichnungen müssen Prüfer ***Überblick innerhalb angemessener Zeit*** ermöglichen
- Angaben müssen ***vollständig, richtig, in zeitlicher Reihenfolge sortiert*** und ***geordnet*** sein

Teil 1 - Grundlagen und Ablauf einer Betriebsprüfung

VIII. Folgen fehlender Mitwirkung



- **Ordnungswidrigkeit** bei Vorsatz oder Leichtfertigkeit (**Bußgeld**)
➔ **Aber:** Mitwirkungspflicht entfällt, wenn Verpflichtete sich Verfolgungsgefahr wegen Straftat oder Ordnungswidrigkeit aussetzen würde
- **Durchsetzung der Mitwirkungsverpflichtung**, d.h. Duldung der Betriebsprüfung, die Erteilung von Auskünften und/oder Vorlage von Unterlagen durch Verwaltungsakt und Verwaltungszwangs (**Zwangsgeld**)
- **Summenbeitragsbescheid** (ggf. unter **Schätzung** der Arbeitsentgelte), wenn infolge mangelnder Mitwirkung (z.B. bei Zurückhaltung oder Nichtvorlage von Unterlagen) die Feststellung der Versicherungspflicht, der Beitragspflicht und/oder der Beitragshöhe nicht oder nicht ohne unverhältnismäßig großen Aufwand möglich ist

Teil 1 - Grundlagen und Ablauf einer Betriebsprüfung

IX. Abschluss der Prüfung



- Wenn RV-Träger aufgrund aller notwendigen Unterlagen und Dokumente in der Lage, Prüfmitteilung oder Bescheid zu erlassen (≠ Beendigung der Prüfung vor Ort)
- Wenn Prüfung *ohne Beanstandungen* geblieben: **bloße Prüfmitteilung** mit Information, dass sich keine Beanstandungen ergeben haben
- **Bei Feststellungen bzw. Beanstandungen** (insbes. Beitragsnachforderungen): Prüfergebnis wird durch einen **Bescheid (Verwaltungsakt)** bekannt gegeben.
- **Vor Erlass: Anhörung zwingend** erforderlich; kann schriftlich, mündlich (z.B. im Rahmen der sog. Schlussbesprechung zur Betriebsprüfung) und fernmündlich unter Einräumung einer angemessenen Äußerungsfrist erfolgen.

Teil 1 - Grundlagen und Ablauf einer Betriebsprüfung

X. Vorbereitung und Verhalten bei und nach der Prüfung

Unabhängig von Prüfungsankündigung

- ✓ Schwachstellenanalyse durchführen → Schwachstelle identifiziert? → Anwalt kontaktieren?
- ✓ Ggfs. Statusfeststellungsverfahren durchführen?



1. Phase: Ankündigung und Vorbereitung

- ✓ Steuerberater konsultieren
- ✓ Vorbereitung und Aufbereitung der prüfungsrelevanten Unterlagen
- ✓ Spätestens jetzt: Schwachstellenanalyse → Schwachstelle identifiziert? → Anwalt kontaktieren?
- ✓ Vorbereitung der involvierten Mitarbeiter + „Redeverbot“ für übrige Mitarbeiter



2. Phase: Prüfung

- ✓ Rückfragen zu Schwachstellen? → Anwalt kontaktieren? Insb. Fragebögen NICHT selbst ausfüllen!



3. Phase: Schlussbesprechung und Bescheid *und* ggfs. Anhörung

- ✓ „Negativen“ Bescheid durch Anwalt prüfen lassen? → Widerspruch und Klage prüfen?



Betriebsprüfung, was nun? Risiko Subunternehmerinsatz

Ansprechpartner Handwerkskammer Konstanz

- Ass. Jur. Joachim Vojta
Handwerkskammer Konstanz
Tel. 07531- 205 336
Fax: 07531- 205 6336
Email: joachim.vojta@hwk-konstanz.de



Ein Fall aus der Praxis: LSG Hessen-26.01.2023 (Az. L 8 BA 51/20).

- Drei ungarische Männer hatten eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) gegründet und führten für eine deutsche Firma Trockenbauarbeiten durch. Die Abrechnung erfolgte pro verkleideter Säule (Festbetrag von 10 € bzw. 11 €). Die GbR verfügte über einen Firmenbus sowie eigene Arbeitsmaterialien und Arbeiten erfolgten auch für andere Auftraggeber.
- Nach einer Betriebsprüfung forderte die Deutsche Rentenversicherung von der deutschen Baufirma Sozialversicherungsbeiträge (incl. Säumniszuschläge) in Höhe von rund 100.000 € wegen Scheinselbständigkeit.

Ein Fall aus der Praxis: LSG Hessen-26.01.2023 (Az. L 8 BA 51/20).

- Das LSG Hessen stellte am 23.01.23 abschließend fest, dass eine abhängige sozialversicherungspflichtige Beschäftigung vorgelegen habe:

Gründe: Die drei Bauarbeiter seien zumeist im Bus der deutsche Firma zu den Baustellen gefahren. Dort hätten sie die ihnen zugewiesenen Säulen mit Brennschutzplatten versehen müssen. Material und Werkzeug sei ihnen gestellt worden.. Die kaum Deutsch sprechenden Bauarbeiter hätten lediglich ihre persönliche Arbeitskraft zur Verfügung gestellt und seien in den Betrieb der Baufirma eingegliedert gewesen. Ein Unternehmerrisiko hätten sie nicht getragen.

Beauftragung von Nach- bzw. Subunternehmern – Risiko GU- Haftung und Scheinselbständigkeit

- Haftung für SV - Beiträge und Mindestlöhne, falls der Subunternehmer seine gesetzlichen Verpflichtungen zur Zahlung dieser Beträge nicht nachkommt. (Generalunternehmerhaftung)
- Haftung für SV - Beiträge und Mindestlöhne, falls es sich bei der Beauftragung tatsächlich um eine verdeckte Leiharbeit oder eine Scheinselbständigkeit handelt.

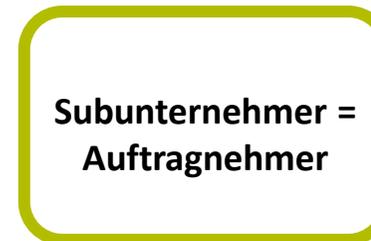
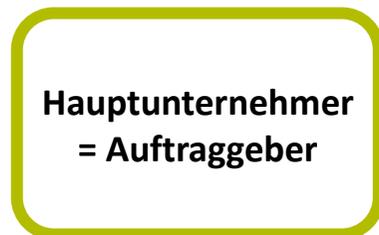
Risiko Generalunternehmerhaftung

- Wer einen Auftrag an einen Nachunternehmer vergibt, haftet für die Sozialversicherungs- und Unfallversicherungsbeiträge des Nachunternehmers wie ein Bürge. Führt der Nachunternehmer keine Beiträge ab, haftet der Generalunternehmer.
- Gesetzgeberischer Hintergrund: Die Hauptunternehmer sollen veranlasst werden, ihre Subunternehmer gründlich zu prüfen.
- Haftung für Sozialversicherungsbeiträge (§ 28 e Abs.3a -3f SGB IV) bei Bauleistungen ab der Bagatellgrenze: geschätzter Gesamtwert aller Bauleistungen bis zu 275.000 €
- Zusätzlich: Haftung für Zahlung des Mindestlohns (§ 14 AEntG)
- Hohes Haftungsrisiko insb. bei Insolvenz des Subunternehmers

Risiko Scheinselbstständigkeit

- Werkverträge mit Subunternehmer – Gefahr der Scheinselbstständigkeit
- Für Scheinselbstständigkeit spricht:
 - Weisungsgebundenheit
 - Eingliederung in Betriebsorganisation des Auftraggebers
 - Leistungserbringung nur in eigener Person (Soloselbstständige)
 - Kein unternehmerisches Auftreten (Material, Maschinen, Werbung, Kundenakquise)
 - Wirtschaftliche Abhängigkeit: überwiegende Tätigkeit für Auftraggeber
- Maßgeblich ist Gesamtbetrachtung der tatsächlichen Umstände
 - Bei Zweifel: Statusfeststellungsverfahren DRV

Elemente eines echten Werkvertrags



- Er bestimmt Art und Güte einer Werkleistung
- Keine Weisungsbefugnis ggü. Arbeitnehmern des Subunternehmers; nur Fachaufsicht
- Arbeitnehmer des Subunternehmers sind nicht in Organisation des Hauptunternehmers eingegliedert
- Pauschalpreisvereinbarung

- Eigene Disposition und Organisation
- Einsatz von eigenem Personal
- Eigene Betriebsmittel, Maschinen, Geräte
- Eigene Materialien
- Werbung, Internetauftritt
- Unternehmerrisiko: Gewährleistung
 - Vertragsstrafe

Fragebogen zur sozialversicherungsrechtlichen Statusfeststellung

- Welche Tätigkeit: insbes. Vorbeschäftigung als Beschäftigter und Arbeiten im selben Gewerk
- Vertragsgrundlagen: Schriftlich oder mündlich
- Konkrete Ausgestaltung der Tätigkeit
 - Arbeitszeit und Arbeitsort: Frei oder gebunden
 - Art und Weise: Arbeitsmittel; Arbeitsmaterial, Weisungsgebundenheit bzw. Weisungsbefugnis, Eingliederung, Zusammenarbeit mit anderen Beschäftigten, Dienstkleidung , Auftreten ggüber Kunden, konkrete Vertragspflichten, eigene Werbung; unternehmerisches Risiko.
- Vergütung: Festpreis, Einheitspreis oder Stundenlohn
- Auf Rückfrage: Übersendung sämtl. Angebote und Abrechnungen einzelner Baustellen, aus denen sich die konkrete Abrechnung des eingesetzten Materials und Maschinen ergibt.

Folge der Scheinselbstständigkeit

- Haftungsrisiken:
 - Der Selbstständige wird zum Arbeitnehmer
 - Nachentrichtung entgangener Sozialversicherungsbeiträge, Soka-Bau - Beiträge, BG-Beiträge, Lohnsteuer, Bauabzugssteuer
 - ein unterbliebener Beitragsabzug der Arbeitnehmeranteile kann nur bei den drei nächsten monatlichen Entgeltabrechnungen nachgeholt werden
- Zusätzlich Bußgeld bis zu 500.000 € oder Strafverfahren

Besondere Vorsicht bei Beauftragung von Ein-Mann-Unternehmen (Soloselbstständigen) im eigenen Gewerk:

Hohes Risiko der Scheinselbstständigkeit

Risikominimierung

- Immer: Schriftlicher Subunternehmervertrag
- Vor der Beauftragung: Vorlage von Nachweisen anhand von Checklisten einfordern.
- Während der Bauausführung: Arbeiten beaufsichtigen und kontrollieren. Nachweise Zahlung SV und Löhne vorlegen lassen. Einsicht in die nach § 18 AentG zu führenden Arbeitszeitrachweise
- Nach der Bauausführung: Nachweise Zahlung des SV und Löhne vorlegen lassen. Einsicht in Arbeitszeitrachweise
- Absicherung durch Vereinbarung von Sicherheitseinbehalten.

Inhalte des Subunternehmervertrag

- Möglichst genaue Beschreibung der geschuldeten Bauleistung (LV)
- Abrechnung über Pauschalpreis; eine Abrechnung über Stundenlohn sollte vermieden werden.
- Eigenständige Ausführung des Gewerks
- Subunternehmer hat eigenes Direktionsrecht gegenüber seinen Arbeitnehmern
- Einsatz weiterer Subunternehmer nur mit Einwilligung des Hauptunternehmers
- Verpflichtung des Subunternehmers zur Vorlage von Nachweisen und zur Einhaltung des gesetzlichen Mindestlohns bzw. Branchenmindestlohns
- Einsichtsrecht in die nach § 18 AentG zu führenden Arbeitszeitnachweise mit Beginn, Pausen und Ende
- Vereinbarung eines Sicherheitseinbehalts (z.B. 2,5 % der Nettoabrechnungssumme) bis zum Nachweis der Erfüllung des Mindestlohnzahlung.

Checkliste: Inländischer Subunternehmer -1-

Zeitpunkt der jeweiligen Vorlagepflichten:

- Bei Vertragsschluss
- Vor Leistungsbeginn
- Nach Einreichung der Schlussrechnung

Allgemein erforderliche Nachweise für Subunternehmer:

- Handelsregisterauszug (bei juristischen Personen)
- Auszug Gewerbezentralregister (nicht älter als 3 Monate)
- Handwerksrolleneintragung/Handwerkskarte bzw. Mitgliedsbescheinigung IHK / HWK

Checkliste: Inländischer Subunternehmer -2-

- Unbedenklichkeitsbescheinigung Finanzamt (bzgl. Einkommens- Körperschafts –Umsatzsteuer.
- gültige Freistellungsbescheinigung Finanzamt (bzgl. Bauabzugssteuer)
- Unbedenklichkeitserklärungen der zuständigen Krankenkassen (nicht älter als: 3 Monate)
- qualifiz. Unbedenklichkeitserklärungen der zuständigen Sozialkassen (Orig., nicht älter als 3 Monate : siehe Geltungsdauer gem. Bescheid; max. 3 Monate; z.B.: ULAK, SoKa Bau, SoKa Gerüstbau; LAK Dachdeckerhandwerk, ZVK/ UK Maler- und Lackiererhandwerk u.ä.)
- qualifiz. Unbedenklichkeitserklärung Bauberufsgenossenschaft (Orig. mit Angabe gezahlter Bruttolohnsummen, nicht älter als: siehe Geltungsdauer Bescheid; max. 6 Monate)

Checkliste: Inländischer Subunternehmer -3-

- Vollmachten zur Einholung von Auskünften (z.B. SOKA-BAU, ULAK) mit Namensliste der auf der Baustelle tätigen AN (oder schriftliche Erklärung SOKA-BAU, dass keine Beitragspflicht [z.B. kein Baubetrieb] besteht)
- objektbezogene Gefährdungs- /Belastungsanalyse gem. § 5 ArbSchG, §§ 3,10 BetriebsSicherheitsVO
- Versicherer - Bestätigung über Bestand einer Betriebshaftpflichtversicherung

Kontrolle während der Bauausführung und nach Einreichung der Schlussrechnung:

- Regelmäßige Nachweise über Mindestlohnzahlungen an Personal
- Einsichtsrecht in die nach § 18 AentG zu führenden Arbeitszeitnachweise mit Beginn, Pausen und Ende

Checkliste: Ausländischer Subunternehmer -1-

Zusätzlich sind bei der Beauftragung ausländischer Subunternehmer folgende Nachweise einzufordern:

- Nachweis Gewerbeanmeldung im Heimatland
- Nachweis über Erfüllung steuerlicher Meldepflichten in Deutschland. Es gilt eine nach Ländern geordnete Spezialzuständigkeit einzelner Finanzämter für die Umsatzsteuer ausländischer Unternehmer. Weiteres unter <http://www.bzst.de>.
- Dienstleistungsanzeige (§ 8 EU/EWR HwV) bei einer deutschen Handwerkskammer bei Ausübung eines meisterpflichtigen Handwerks. Nicht erforderlich bei Ausübung von zulassungsfreien Gewerken
- A1-Bescheinigungen aus dem Heimatland, d.h. Nachweis darüber, dass vom Subunternehmer eingesetzte Mitarbeiter in Ihrem Heimatland sozialversichert.
- Nachweis über Anmeldung der nach Deutschland entsandten Arbeitnehmer beim deutschen Zoll über das Online Meldeportal <https://www.meldeportal-mindestlohn.de>
- Ausweise des eingesetzten Personals

Checkliste: Ausländischer Subunternehmer -2-

Meldepflicht des EU-Subunternehmers bei der Handwerkskammer

- a. EU-Subunternehmer mit Niederlassung

Hat der EU-Subunternehmer eine Niederlassung in Deutschland, ist eine Eintragung bei der Handwerkskammer erforderlich.

- b. Vorübergehende Tätigkeit des EU-Subunternehmers

Bei einer vorübergehenden Tätigkeit des EU-Subunternehmers in einem zulassungspflichtigen Handwerk (Anlage A der HwO) besteht eine vorherige Anzeigepflicht bei der Handwerkskammer gemäß § 8 EU-/EWR-Handwerkverordnung. Voraussetzung: Nachweis darüber, dass die beabsichtigte Tätigkeit im EU-Herkunftsland seit mindestens einem Jahr selbständig ausübt wurde. Dieser Meldung sind beizufügen:

- Kopie des Passes/Personalausweises
- Kopie des Abschlusszeugnisses über den ausgeübten Beruf EU-Bescheinigung aus dem Land der Betriebsstätte

Teil 3 - Gesellschaftergeschäftsführer und mitarbeitende Angehörige

I. Beschäftigung von Geschäftsführern und Arbeitnehmergesellschaftlern

§ 7 Abs. 1 SGB IV:

„Beschäftigung ist die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis.

Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers.“

➤ „persönlich abhängig“

Teil 3 - Gesellschaftergeschäftsführer und mitarbeitende Angehörige

I. Beschäftigung von Geschäftsführern und Arbeitnehmergesellschaftlern

Was bedeutet in der GmbH

„Tätigkeit nach Weisungen“?

```
graph TD; A[„Tätigkeit nach Weisungen“?] --- B[Weisungsrecht über die Arbeitnehmer übt bei der GmbH die Geschäftsführung aus (nicht die Gesellschafter)]; A --- C[Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung (kann Geschäftsführer oder Gesellschafter Weisungen der Gesellschaft verhindern?)];
```

Weisungsrecht über die Arbeitnehmer übt bei der GmbH die Geschäftsführung aus (nicht die Gesellschafter)

Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung
(kann Geschäftsführer oder Gesellschafter Weisungen der Gesellschaft verhindern?)

Teil 3 - Gesellschaftergeschäftsführer und mitarbeitende Angehörige

I. Beschäftigung von Geschäftsführern und Arbeitnehmergesellschaftern

Ausnahmen (früher): Familiengesellschaften

- Geschäftsführer verfügt als einziger über die notwendigen Branchenkenntnisse („**Know-how-Träger**“)
- Geschäftsführer ist „**Kopf und Seele**“ des Betriebs
- Beschäftigung ist durch „**familienhafte Rücksichtnahme**“ gekennzeichnet

Teil 3 - Gesellschaftergeschäftsführer und mitarbeitende Angehörige

II. November-Urteile des Bundessozialgerichts

„Novemberurteile“ des BSG vom 11.11.2015:

- Entscheidend ist, ob die rechtliche Möglichkeit besteht, als beherrschender oder zumindest mit einer Sperrminorität ausgestatteter Gesellschafter-Geschäftsführer nicht genehme Weisungen jederzeit abzuwenden.

- hier:
- nur 30%-Beteiligung
 - keine Einstimmigkeit für Gesellschafterbeschlüsse im Gesellschaftsvertrag geregelt
 - Veto-Recht im Geschäftsführer-Anstellungsvertrag rechtfertigt keine Gleichstellung

Teil 3 - Gesellschaftergeschäftsführer und mitarbeitende Angehörige

II. November-Urteile des Bundessozialgerichts

Mögliche Gestaltungen zur Vermeidung Sozialversicherungspflicht:

1. Schaffung einer Beteiligungsquote von (mindestens) 50%

- Die übrigen Gesellschafter haben keine Mehrheit, um Beschlüsse gegen den mit 50% beteiligten Gesellschafter zu fassen und ihm Weisungen zu erteilen.

2. Statutarische Stimmbindung

- Nur wenn Stimmbindung im Gesellschaftsvertrag geregelt ist, ist sie geeignet, den Gesellschaftern die Rechtsmacht zu verleihen, unliebsame Weisungen abzuwehren.

Teil 3 - Gesellschaftergeschäftsführer und mitarbeitende Angehörige

II. November-Urteile des Bundessozialgerichts

Mögliche Gestaltungen zur Vermeidung Sozialversicherungspflicht:

3. Vetorecht

- Muss im Gesellschaftsvertrag geregelt sein
(Regelung im Geschäftsführervertrag genügt nicht)

4. Sperrminorität

- Qualifizierte Mehrheit für Beschlussfassung erforderlich
(Minderheitsgesellschafter kann dadurch verhindern, dass Beschlüsse gegen ihn gefasst werden)

Teil 3 - Gesellschaftergeschäftsführer und mitarbeitende Angehörige

II. November-Urteile des Bundessozialgerichts

Mögliche Gestaltungen zur Vermeidung Sozialversicherungspflicht:

5. Treuhandverhältnisse

- Schuldrechtlicher Treuhandvertrag:

Treuhand-Mehrheitsgesellschafter-Geschäftsführer ist zwar wirtschaftlich an der Gesellschaft nicht beteiligt, weil Geschäftsanteile für den Treugeber gehalten werden; er ist jedoch Gesellschafter mit allen Rechten und Pflichten

- **Keine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung!**

Teil 3 - Gesellschaftergeschäftsführer und mitarbeitende Angehörige

III. Neueste Rechtsprechung des Bundessozialgerichts

BSG-Urteil vom 1.2.2022 – B 12 KR 37/19 R

Die selbstständige Tätigkeit eines Gesellschafter-Geschäftsführers setzt voraus, dass er auf alle wesentlichen Grundlagenentscheidungen Einfluss nehmen kann.

Also:

- Die bloße Verhinderungsmacht reicht nicht mehr aus!
- Erforderlich zur Vermeidung der Beitragspflicht ist die Gestaltungsmacht!

Teil 3 - Gesellschaftergeschäftsführer und mitarbeitende Angehörige

- *„Der selbständig tätige Gesellschafter-Geschäftsführer muss in der Lage sein, einen **maßgeblichen Einfluss auf alle Gesellschafterbeschlüsse** auszuüben und **dadurch die Ausrichtung der Geschäftstätigkeit des Unternehmens umfassend mitbestimmen** zu können. Ohne diese Mitbestimmungsmöglichkeit ist der Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführer **nicht im „eigenen“ Unternehmen tätig**, sondern in weisungsgebundener, funktionsgerecht dienender Weise in die GmbH als seine Arbeitgeberin eingegliedert.“*
- *„Die **Tätigkeit 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 Unternehmertätigkeit einwirken** können. Dazu gehört insbesondere die dem Unternehmenszweck Rechnung tragende Bilanz-, Finanz-, Wirtschafts- sowie Personalpolitik.“*

Teil 3 - Gesellschaftergeschäftsführer und mitarbeitende Angehörige

BSG, Urteil vom 15.12.2022 – B 12 KR 16/20 R

Klage eines mit 50 % beteiligten GmbH-Gesellschafters:

- *„Auch bei der Statusbeurteilung eines Gesellschafter-Geschäftsführers kommt es nicht allein auf dessen **Weisungsfreiheit im eigenen Tätigkeitsbereich** an. Vielmehr muss dieser auch **in der Lage sein, auf die Ausrichtung der Geschäftstätigkeit des Unternehmens insgesamt Einfluss** zu nehmen und damit die GmbH **wie ein Unternehmensinhaber** zu lenken. Andernfalls ist er nicht im "eigenen" Unternehmen tätig, sondern in funktionsgerecht dienender Weise in die GmbH als seine Arbeitgeberin eingegliedert.“*

Teil 3 - Gesellschaftergeschäftsführer und mitarbeitende Angehörige

IV. Folgen der neuesten Rechtsprechung

- Die Rechtsmacht, mit seinen Stimmen unliebsame Weisungen der Gesellschafterversammlung zu verhindern, reicht für den Status als Selbstständiger nicht mehr aus.
- Die Rechtsmacht muss die Gesellschafter/Geschäftsführer in die Lage versetzen, auf alle Gesellschafterentscheidungen Einfluss zu nehmen und die gesamte Unternehmenspolitik zu bestimmen!



- **Neue Unsicherheit bei der Statusbeurteilung von Gesellschaftern und Geschäftsführern!**
- **Neue Risiken von Beitragsnachforderungen!**

V. Die Rolle des Steuerberaters bei der Statusfeststellung

- Steuerberater führen Lohnbuchhaltung durch
- Steuerberater sind natürlicher erster Ansprechpartner für alle Fragen der Lohn- und Gehaltsabrechnung
- sie übernehmen deshalb i.d.R. auch die Anmeldung der Beschäftigten zur Sozialversicherung
- Steuerberater sind daher häufig Berater in Statusfragen

V. Rolle des Steuerberaters bei der Statusfeststellung

- Steuerberater muss somit zwar nicht von sich aus zur richtigen sozialversicherungsrechtlichen Einordnung beraten
- Lässt er sich aber auf Fragen zum Status ein und gibt Auskünfte oder Hinweise, so muss er dafür einstehen

VI. Rechtsprechung zur Steuerberaterhaftung

OLG Hamm, Urteil vom 8.4.2022 – 25 U 42/20

- 1. Der Steuerberater, der mit der Lohnbuchführung beauftragt ist, ist zur Beratung in sozialversicherungsrechtlichen Fragen auch in Bezug auf die Beitragspflicht weder berechtigt noch verpflichtet, hat 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 anzuregen.**

Rechtsprechung zur Steuerberaterhaftung

VI. Rechtsprechung zur Steuerberaterhaftung

OLG Hamm, Urteil vom 8.4.2022 – 25 U 42/20

- 2. Derartige Schwierigkeiten können sich bezüglich der Frage einer Beschäftigung iSv § 7 SGB IV für Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH ergeben, sofern diese nach dem Gesellschaftsvertrag ihre Tätigkeit nicht – etwa aufgrund einer Sperrminorität – unabhängig von den anderen Gesellschaftern gestalten können.**

- 3. Sozialversicherungsrechtliche Nachzahlungsbeträge der GmbH für die Gesellschafter-Geschäftsführer kommen als Schaden der Gesellschaft in Betracht. Etwaige Vorteile der Gesellschafter-Geschäftsführer sind für den im Rahmen der Schadensermittlung anzustellenden Gesamtvermögensvergleich nicht im Wege einer konsolidierten Schadensbetrachtung einzubeziehen.**

Haben Sie noch weitere
Fragen an uns?



Dr. Rolf Stagat



Dr. Stefan Jäkel

GKD RECHTSANWÄLTE
Gäng Kramer Döring Stagat
PartG mbB

DR. ANDREAS KRAMER
DR. MATTHIAS DÖRING, LL.M.
THOMAS ZÜRCHER, LL.M.
CORNELIA KUHN
JONAS M. BURBACH

FREIBURG

Bismarckallee 15
79098 Freiburg
Telefon: +49 761 590 004-0
Telefax: +49 761 590 004-99
E-Mail: freiburg@gkd-partner.de

DR. ROLF STAGAT
DR. STEFAN JÄKEL
DR. NICOLAS DOUBLEDAY
JOACHIM EHINGER

KONSTANZ

Reichenaustraße 19a
78048 Konstanz
Telefon: +49 7531 28 236-0
Telefax: +49 7531 28 236-29
E-Mail: konstanz@gkd-partner.de