



Steuerberaterverband
Westfalen-Lippe e.V.



Steuerberaterkammer
Westfalen-Lippe

Körperschaft
des öffentlichen Rechts

Herzlich Willkommen zur Jahresveranstaltung StBK/StBV zum Thema „Sozialversicherungsrechtliche Betriebsprüfung“

Aktuelles Sozialversicherungsrecht 2017

Die sozialversicherungsrechtliche Betriebsprüfung

Rechtsanwalt Dr. Jürgen Brand, Hagen

www.anwaltskanzlei-dr-brand.de

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

23. März 2017

Gliederung

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

Gliederung

- **II. Die verfahrensrechtliche Seite der BP 15**
 - 1. Widerspruch 15
 - 2. Antrag auf Aussetzung der Vollziehung 15
 - 3. Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung 17
 - 4. Klage, Berufung, Revision 18

Gliederung

- **III. Das Verhältnis der Betriebsprüfung durch die Rentenversicherungsträger zur Betriebsprüfung durch die Einzugsstellen/Krankenkassen 18**
 - 1. Allgemeines 18
 - 2. Die unterschiedlichen Grundlagen der Prüfungen 19
 - 3. Entscheidungen der Einzugsstellen 20
 - 4. Bindungswirkung der Entscheidungen 22
- **IV. Statusfeststellungsverfahren nach § 7a SGB IV 22**
 - 1. Allgemeines 22
 - 2. Die Rechtsfolgen einer rechtzeitigen Antragstellung 24
 - 3. Keine Kausalität 25
 - 4. Die Zustimmung des Beschäftigten 25
 - 5. Neue Rechtsprechung 26, 27

Gliederung

- **V. Status-Prüfschwerpunkte im Rahmen der sozialversicherungsrechtlichen BP**
- 1. Allgemeines 30
- 2. Die einzelnen BP-Prüfgebiete 31
 - a. Statusprobleme 31
 - b. Statusfragen beim geschäftsführenden GmbH-Gesellschafter 33
 - c.bei Ehegatten- und Verwandten-Arbeitsverhältnissen 36
 - d.im Zusammenhang mit der Scheinselbstständigkeit 37
 - e. Status und Versicherung von Werkstudenten 41
- 3. Rentenversicherungspflicht der Selbstständigen 43
- **VI. Beiträge auf Zulagen für „inaktive“ Zeiten (AU, Urlaub, Feier- u. Sonntage usw.)**

I. Die formale Seite der BP (2 – 15)

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

§ 28h SGB IV

- (1) Der Gesamtsozialversicherungsbeitrag ist an die Krankenkassen (Einzugsstellen) zu zahlen. Die **Einzugsstelle überwacht** die Einreichung des Beitragsnachweises und die Zahlung des Gesamtsozialversicherungsbeitrags. Beitragsansprüche, die nicht rechtzeitig erfüllt worden sind, hat die Einzugsstelle **geltend zu machen**.
- (2) Die **Einzugsstelle entscheidet über die Versicherungspflicht und Beitragshöhe in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung**; sie **erlässt auch den Widerspruchsbescheid**. Soweit die Einzugsstelle die Höhe des Arbeitsentgelts nicht oder nicht ohne unverhältnismäßig großen Verwaltungsaufwand ermitteln kann, hat sie dieses zu **schätzen**.

§ 28p SGB IV

- (1) Die Träger der Rentenversicherung prüfen bei den Arbeitgebern, ob diese ihre Meldepflichten und ihre sonstigen Pflichten nach diesem Gesetzbuch, die im Zusammenhang mit dem Gesamtsozialversicherungsbeitrag stehen, ordnungsgemäß erfüllen; sie prüfen insbesondere die Richtigkeit der Beitragszahlungen und der Meldungen (§ 28a) mindestens alle vier Jahre. Die Prüfung soll in kürzeren Zeitabständen erfolgen, wenn der Arbeitgeber dies verlangt. **Die Einzugsstelle unterrichtet den für den Arbeitgeber zuständigen Träger der Rentenversicherung, wenn sie eine alsbaldige Prüfung bei dem Arbeitgeber für erforderlich hält.** Die Prüfung umfasst auch die Entgeltunterlagen der Beschäftigten, für die Beiträge nicht gezahlt wurden. **Die Träger der Rentenversicherung erlassen im Rahmen der Prüfung Verwaltungsakte zur Versicherungspflicht und Beitragshöhe in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung einschließlich der Widerspruchsbescheide gegenüber den Arbeitgebern;** insoweit gelten § 28h Absatz 2 sowie § 93 in Verbindung mit § 89 Absatz 5 des Zehnten Buches nicht. Die landwirtschaftliche Krankenkasse nimmt abweichend von Satz 1 die Prüfung für die bei ihr versicherten mitarbeitenden Familienangehörigen vor.
- (1a) **Die Prüfung nach Absatz 1 umfasst die ordnungsgemäße Erfüllung der Meldepflichten nach dem Künstlersozialversicherungsgesetz und die rechtzeitige und vollständige Entrichtung der Künstlersozialabgabe durch die Arbeitgeber.** Die Prüfung erfolgt
 - 1. mindestens alle vier Jahre bei den Arbeitgebern, die als abgabepflichtige Unternehmer nach § 24 des Künstlersozialversicherungsgesetzes bei der Künstlersozialkasse erfasst wurden,
 - 2. mindestens alle vier Jahre bei den Arbeitgebern mit mehr als 19 Beschäftigten und
 - 3. bei mindestens 40 Prozent der im jeweiligen Kalenderjahr zur Prüfung nach Absatz 1 anstehenden Arbeitgeber mit weniger als 20 Beschäftigten.

Noch § 28p SGB IV

- (1c) Die Träger der Rentenversicherung **teilen den Trägern der Unfallversicherung die Feststellungen aus der Prüfung bei den Arbeitgebern nach § 166 Absatz 2 des Siebten Buches mit.** Die Träger der Unfallversicherung erlassen die erforderlichen Bescheide.
-
- (3) Die Träger der Rentenversicherung **unterrichten die Einzugsstellen** über Sachverhalte, soweit sie die Zahlungspflicht oder die Meldepflicht des Arbeitgebers betreffen.

§ 7a SGB IV

- **(1)** Die Beteiligten können schriftlich eine Entscheidung beantragen, ob eine Beschäftigung vorliegt, es sei denn, die Einzugsstelle oder ein anderer Versicherungsträger hatte im Zeitpunkt der Antragstellung bereits ein Verfahren zur Feststellung einer Beschäftigung eingeleitet. Die Einzugsstelle hat einen Antrag nach Satz 1 zu stellen, wenn sich aus der Meldung des Arbeitgebers (§ 28a) ergibt, dass der Beschäftigte Ehegatte, Lebenspartner oder Abkömmling des Arbeitgebers oder geschäftsführender Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist. Über den Antrag entscheidet abweichend von § 28h Absatz 2 die Deutsche Rentenversicherung Bund.
- **(2)** Die Deutsche Rentenversicherung Bund entscheidet auf Grund einer Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalles, ob eine Beschäftigung vorliegt.
-
- **(6)** Wird der Antrag nach Absatz 1 innerhalb eines Monats nach Aufnahme der Tätigkeit gestellt und stellt die Deutsche Rentenversicherung Bund ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis fest, tritt die Versicherungspflicht mit der Bekanntgabe der Entscheidung ein, wenn der Beschäftigte
 - 1. zustimmt und
 - 2. er für den Zeitraum zwischen Aufnahme der Beschäftigung und der Entscheidung eine Absicherung gegen das finanzielle Risiko von Krankheit und zur Altersvorsorge vorgenommen hat, die der Art nach den Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung und der gesetzlichen Rentenversicherung entspricht.
- Der Gesamtsozialversicherungsbeitrag wird erst zu dem Zeitpunkt fällig, zu dem die Entscheidung, dass eine Beschäftigung vorliegt, unanfechtbar geworden ist.
- **(7)** Widerspruch und Klage gegen Entscheidungen, dass eine Beschäftigung vorliegt, haben aufschiebende Wirkung. Eine Klage auf Erlass der Entscheidung ist abweichend von § 88 Absatz 1 des Sozialgerichtsgesetzes nach Ablauf von drei Monaten zulässig.

- **2. Der Verlauf der Prüfung 4**
- **a. Die Prüfkündigung/Hemmung der Verjährung durch die BP 4**
§ 7 BVV, vorherige Ankündigung, Verjährung § 25 SGB IV, Hemmung Abs 2,
- **b. Die Prüfschwerpunkte 5** *(Statusfragen, geringfügige BeschVerh, Beiträge für SFN-Zulagen usw)*
- **c. Vorbereitende Maßnahmen und Mitwirkungspflichten des Arbeitgebers 6**
§ 7 Abs 2 BVV, § 28p Abs 5 SGB IV und § 10 BVV (Katalog); keine Bindung an Entscheidungen der Finanzverwaltung;
-

- **d. Die Einzelheiten der Prüfung 8**

Entgeltunterlagen und Vorlagepflichten, Prüfung nach dem KSVG, Prüfung für die UV, Stichprobenprüfung/mangelnder Vertrauensschutz/vorhergehende Betriebsprüfung (9-11)

- **e. Abschluss der Prüfung 11**

Schlussbesprechung/Anhörung nach § 24 SGB X – Prüf-Mitteilung für Arbeitgeber/Prüfbericht für DRV (Akteneinsichtsrecht nach § 25 SGB X)

- **f. Nachforderungsbescheid/Schätzbescheid/Summenbeitragsbescheid 12**

VA nach § 31 SGB X / § 28 f Abs. 2 SGB IV: Schätzung / Summenbeitragsbescheid letztes Mittel - objektive Verletzung der Aufzeichnungspflicht - Verschulden nicht Voraussetzung!

-

- **g. Der Säumniszuschlag 14 (§ 24 SGB IV)**
- (1) 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 eins vom Hundert des rückständigen, auf 50 Euro nach unten abgerundeten Betrages zu zahlen. Bei einem rückständigen Betrag unter 100 Euro ist der Säumniszuschlag nicht zu erheben, wenn dieser gesondert schriftlich anzufordern wäre.
- (1a) (weggefallen)
- (2) Wird eine Beitragsforderung durch Bescheid mit Wirkung für die Vergangenheit festgestellt, ist ein darauf entfallender Säumniszuschlag nicht zu erheben, soweit der Beitragsschuldner glaubhaft macht, dass er unverschuldet keine Kenntnis von der Zahlungspflicht hatte.
- (3) Hat der Zahlungspflichtige ein Lastschriftmandat zum Einzug der Beiträge erteilt, so sind Säumniszuschläge zu erheben, wenn der Beitragseinzug aus Gründen, die vom Zahlungspflichtigen zu vertreten sind, nicht ausgeführt werden kann oder zurückgerufen wird. Zusätzlich zum Säumniszuschlag soll der Gläubiger vom Zahlungspflichtigen den Ersatz der von einem Geldinstitut erhobenen Entgelte für Rücklastschriften verlangen; dieser Kostenersatz ist wie die Gebühren, die im Zusammenhang mit der Durchsetzung von Beitragsansprüchen erhoben werden, zu behandeln.

Die verfahrensrechtliche Seite der BP S. 15 ff

- **Widerspruch** - §§ 83 ff. Sozialgerichtsgesetz - § 86 a Abs. 2 Nr 1 SGG
- **Antrag auf Aussetzung** der Vollziehung des angefochtenen Bescheides beim Rentenversicherungsträger oder Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung beim Sozialgericht
- **Abs. 3 Satz 4:** die Aussetzung kann mit Auflagen versehen oder befristet werden.
- Ungelöst: Aussetzungszinsen
- Eine Norm wie **§ 237 AO** gibt es im SGG nicht!
- Auffassung, dass durch die Aussetzung der sofortigen Vollziehung die **Fälligkeit** der Beiträge unberührt bleibt. Das würde bedeuten, dass auch weiterhin Säumniszuschläge anfangen können.

Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung beim Sozialgericht

- § 86 b Absatz 1 Nr 2 SGG - einstweiliger Rechtsschutz - summarische Prüfung
- Viele Gerichte verlangen, dass zunächst der Antrag beim Rentenversicherungsträger nach § 86 a gestellt wird, bevor der Antrag nach 86 b beim Sozialgericht gestellt wird.
- Diese Auffassung ist falsch. Das Gesetz sieht das anders!
- Gegen die Beschluss-Entscheidung des Sozialgerichts kann Beschwerde beim Landessozialgericht eingelegt werden
- Bei Urteilen sowie gegen einen negativen Widerspruchsbescheid kann Klage beim Sozialgericht, gegen ein negatives Urteil des Sozialgerichts Berufung an das Landessozialgericht und bei ausdrücklicher Zulassung Revision zum Bundessozialgericht erhoben werden.

Prüfeschwerpunkte der BP 2017 (S. 30 ff.)

- **Statusfragen**

- a. beim geschäftsführenden GmbH-Gesellschafter, GmbH-Geschäftsführer,

- b. bei Ehegatten- und Verwandtenarbeitsverhältnissen

- c. und vor allem bei der Scheinselbstständigkeit

- **Geringfügige Beschäftigungsverhältnisse** (Geld- und Zeit-Geringfügigkeit - § 8 Abs. 1 Nr 1 und 2 SGB IV)

- Sicherheit von Wertguthaben -

- KSVG

- **Beiträge auf SFN-Zuschläge**

Statusfragen

a. beim **geschäftsführenden GmbH-Gesellschafter**, GmbH-Geschäftsführer,

Folgen: Versicherungs- und Beitragsfreiheit beim Selbstständigen, Versicherungs- und Beitrags-pflicht beim abhängig Beschäftigten/Arbeitnehmer

Aber: Das stimmt nicht durchgehend – s. § 2 SGB VI – S 43 und Chart 63

- Im Sozialversicherungsrecht kann ein GmbH-Geschäftsführer selbstständig sein, aber auch in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis stehen.
- Dies hängt zum einen von den **Grundsätzen** auf Seite 31-33 zum anderen von den **Kriterien/Abgrenzungsmerkmalen** der Selbstständigkeit von der Abhängigkeit als Arbeitnehmer ab. Siehe hierzu Seiten 33-36
- Grundsätze und Abgrenzungsmerkmale sind in aller Regel von den Gerichten entwickelt worden, weil das Sozialgesetzbuch solch Abgrenzungsmerkmale nur sehr unvollkommen enthält (§ 7 SGB IV)

- **§ 7 SGB IV Beschäftigung**

- *(1) 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.*

-

Bei der Überprüfung des sv Status eines geschäftsführenden Gesellschafters einer GmbH ist folgendes Beurteilungsschema zur Abgrenzung der „Selbständigkeit“ von der „Abhängigkeit als Arbeitnehmer“ im Laufe der Jahre entwickelt worden, wobei **seit August 2012 im Vordergrund die „Abgrenzung nach der Rechtsmacht steht, wie sie sich aus den Kapitalanteilen ergibt“ : (s auch Chart 43 ff)**

1. Der objektive, sich aus den Umständen ergebende Wille der Vertragsparteien (Achtung! Richtiger Vertrag ?)

2. Beteiligung am Stammkapital

a. 100% bis 50% = selbstständig

b. unter 50% bis 0% = abhängig Beschäftigter (Arbeitnehmer)

Ausnahmen (nicht abschließend):

- Wenn die Kapitalbeteiligung nur **treuhänderisch** für Dritte wahrgenommen wird, kann ein geschäftsführender Gesellschafter trotz 100% Kapitalanteil Arbeitnehmer sein.

Besitzt ein Gesellschafter mit weniger als 50% der Kapitalanteile eine **Sperminorität** und kann er damit ihm nicht genehme Entscheidungen der Gesellschafterversammlung verhindern, ist er auch als Selbständiger anzusehen.

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

Die Rechtsprechung hierzu ist äußerst restriktiv.

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

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

Statusfragen im Zusammenhang mit der Scheinselbstständigkeit

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

z.B. Lehrbeauftragte, Piloten, Ärzte, Kraftfahrer, Bezirksleiter von Lottogesellschaften, Freie Mitarbeiter zum Beispiel in Anwaltskanzleien, Steuerberaterbüros, Unternehmensberatungen, Prostituierte, Köche usw. usw.

Etwa 42 % vom Bruttolohn, wenn abhängig beschäftigt

Auch hier eine Checkliste !

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

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

1. Persönliche Abhängigkeit, die sich
 - a) in der **Weisungsbefugnis** des Arbeitgebers und/bzw.
 - b) **Eingliederung** des Beschäftigten in den Betrieb zeigt
2. Fehlende Befugnis des Betroffenen, seine Arbeitsleistung auf andere Personen zu **delegieren**
3. Weitreichende Kontroll- und Mitspracherechte des Auftraggebers
 - a) bezüglich der Produktions- und Betriebsmittel
 - b) bezüglich der Ablehnung von Aufträgen
 - c) bezüglich der Preiskalkulation
 - d) bezüglich der Werbemaßnahmen, Kundenakquisition
4. Umfangreiche Berichtspflicht
5. Fehlende **Beschäftigung weiterer Arbeitnehmer**
6. **Fehlende eigene Betriebs- und Produktionsmittel** bzw. Beschaffung der Betriebs- und
 - Produktionsmittel vor allem mit Darlehen/Kapital des Auftraggebers

7. Bestehen einer **Ausschließlichkeitsklausel** (Bindung an nur einen Auftraggeber/fehlende
 - Möglichkeit, auch für andere Auftraggeber tätig zu sein
8. Verbot, gegenüber Kunden mit eigenem Logo, im eigenen Namen, auf eigene Rechnung
 - aufzutreten
9. **Vorherige Ausübung der gleichen Tätigkeit als Arbeitnehmer beim gleichen Arbeitgeber**
10. Bezeichnung der Entlohnung als festes Gehalt anstelle einer Umsatzbeteiligung
11. Bestehen von tariflichen Urlaubs- und Lohnfortzahlungsansprüchen
12. Fehlen eines **Unternehmerrisikos**
13. Existenz eines direkten Vorgesetzten, der den Arbeitsablauf regelt
14. Fehlen einer eigenen Betriebsstätte
15. Jederzeitige Zugriffs- und Einwirkungsmöglichkeiten des Auftraggebers (zB durch
 - Betriebsfunk, Online-Dienste)
16. Fehlende Mitgliedschaft zu Organisationen (zB IHK, Handwerkskammer)
17. Bewertung der Einkünfte durch die Finanzverwaltung als Einkünfte aus nichtselbständiger
 - Tätigkeit.

- Diese Indizien sind einzeln zu prüfen, aber nicht mathematisch gegenüberzustellen. Es gibt kein Indiz, das allein für den sozialversicherungsrechtlichen Status einer Person ausschlaggebend ist.
- Die Indizien haben einen sehr unterschiedlichen Stellenwert, eine sehr unterschiedliche Bedeutung.
- Von vorrangiger Bedeutung sind die Abgrenzungsmerkmale Nr. 1 bis 3, 5 bis 8 und 12 bis 14.
- Es ist entscheidend, welches Gesamtbild sich nach der Gegenüberstellung der verschiedenen Abgrenzungsmerkmale ergibt!

Statusfragen bei Ehegatten- und Verwandtenarbeitsverhältnissen

- Familienangehörige können in den verschiedensten Formen zur Erzielung von Einkünften zusammenarbeiten, z.B. auf gesellschaftsrechtlicher Grundlage, in einem Arbeitsverhältnis oder in (sozialversicherungsrechtlich nicht erheblicher, d.h. unversicherter) familienhafter Mitarbeit.
- Vor allem die Abgrenzung der Beschäftigung als Arbeitnehmer zur familienhaften Mitarbeit, bei der es zwar keine Beitragspflicht gibt, aber auch keine Leistungsansprüche, ist in der Praxis von erheblicher Bedeutung.
- Auch hier eine **Checkliste** zur Abgrenzung der „echten“ Beschäftigung (zB Arbeitsverhältnis zur „versicherungsfreien“ familienhaften Mitarbeit:

Checkliste

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

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

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

Beiträge auf SFN-Zuschläge

§ 1 SvE-VO: § 1 Dem sozialversicherungspflichtigen Arbeitsentgelt nicht zuzurechnende Zuwendungen

(1) Dem Arbeitsentgelt sind nicht zuzurechnen:

- 1. einmalige Einnahmen, **laufende Zulagen**, Zuschläge, Zuschüsse sowie ähnliche Einnahmen, **die zusätzlich zu Löhnen oder Gehältern gewährt werden, soweit sie lohnsteuerfrei sind**; dies gilt nicht für Sonntags-, Feiertags- und Nachtarbeitszuschläge, soweit das Entgelt, auf dem sie berechnet werden, mehr als 25 Euro für jede Stunde beträgt,*

§ 3b EStG: Steuerfreiheit von Zuschlägen für Sonntags-, Feiertags- oder Nachtarbeit

*(1) Steuerfrei sind **Zuschläge, die für tatsächlich geleistete Sonntags-, Feiertags- oder Nachtarbeit neben dem Grundlohn gezahlt werden, soweit sie***

- 1. für Nachtarbeit 25 Prozent, des Grundlohns nicht übersteigen.*

.....

Aber was ist mit Zulagen, die für Zeiten des Urlaubs, der AU usw. gezahlt werden, d.h. für Zeiten, in denen tatsächlich nichts geleistet wird ???

- Nach **§ 7a SGB IV können die Beteiligten seit dem 1.1.2000** abweichend von der Regelung des § 28h Absatz 2 S 1 SGB IV, nach der die Einzugsstelle über die Versicherungspflicht zur Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung entscheidet, bei der Deutschen Rentenversicherung ein Anfrageverfahren einleiten und schriftlich eine Entscheidung darüber beantragen, ob ein Beschäftigungsverhältnis besteht oder nicht.
- Seit dem **1. Januar 2005** haben Arbeitgeber der Einzugsstelle bei der Anmeldung zusätzlich anzugeben, ob zum Arbeitnehmer **eine Beziehung als Angehöriger besteht bzw. ob es sich um eine Tätigkeit als geschäftsführender Gesellschafter einer GmbH handelt**, § 28a Abs. 3 Satz 2 Nummer 1 d und e SGB IV.
- Die Einzugsstelle hat sodann für diesen Personenkreis bei der Deutschen Rentenversicherung Bund eine Entscheidung zu beantragen, ob eine Beschäftigung vorliegt.

- **§ 28p Abs. 1 SGB IV regelt die Prüfungskompetenz der Träger der Rentenversicherung bei den Arbeitgebern dahingehend, ob diese ihre Meldepflichten und ihre sonstigen Pflichten nach dem SGB, die im Zusammenhang mit dem Gesamtsozialversicherungsbeitrag stehen, ordnungsgemäß erfüllen. Sie prüfen insbesondere die Richtigkeit der Beitragszahlungen und der Meldungen mindestens alle vier Jahre.**
- **Nach Satz 3 dieser Regelung unterrichtet die Einzugsstelle den für den Arbeitgeber zuständigen Träger der Rentenversicherung, wenn sie eine alsbaldige Prüfung bei dem Arbeitgeber für erforderlich hält.**

- Besondere Verhaltensregelungen für die Zusammenarbeit der DRV und der Einzugsstellen sind nur rudimentär vorhanden.
- Bei Entscheidungen über die Versicherungspflicht nach § 28h Abs. 2 SGB IV bilden die Festlegungen im „Gemeinsamen Rundschreiben der Spitzenorganisationen der Sozialversicherung zur Statusfeststellung von Erwerbstätigen“ vom 13. April 2010 die Grundlage des Verwaltungshandelns aller für die Anwendung des § 7a SGB IV zuständigen Träger der Kranken- sowie Rentenversicherung.
- Darin sind aber vor allem materiell-rechtliche Vorgaben durch die Rspr. enthalten.

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

- Die Träger der gesetzlichen Krankenversicherung haben die Funktion von Einzugsstellen für den Gesamtsozialversicherungsbeitrag. Ihre bis zum 31.12.1995 bestehende Prüfungscompetenz verloren sie an die Rentenversicherung, weil Krankenkassen sich zunehmend im Wettbewerb um die Mitglieder und damit in einem Interessenkonflikt befinden.
- Nach den den Einzugsstellen verbleibenden Aufgaben (Beitragseinzug und Meldeverfahren sowie Feststellung der Versicherungspflicht und Beitragshöhe in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung in der Arbeitslosenversicherung sowie die entsprechende Beitragserhebung) kommt den Einzugsstellen immer noch eine zentrale Bedeutung Sozialversicherungsrecht zu .

- Die Einzugsstellen entscheiden gem. § 28h SGB IV über die Versicherungspflicht und Beitragshöhe in den vorgenannten Versicherungszweigen insoweit ausschließlich die Frage, ob eine Beschäftigung im Sinne des § 7 SGB IV vorliegt, für eine Selbstständigkeit also kein Raum besteht.
- **1. Ausnahme:** Anfragen im allgemeinen **Statusfeststellungsverfahren nach § 7a Abs. 1 Satz 1 SGB IV.** Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass dieses Anfrageverfahren unter bestimmten Voraussetzungen nicht stattfinden darf. Und zwar in den Fällen, in denen bereits durch eine Einzugsstelle im Rahmen des § 28h Abs. 2 SGB IV ein Verfahren zur Feststellung einer versicherungspflichtigen Beschäftigung vor Eingang des Antrages zur Statusfeststellung nach § 7a SGB IV bei der Deutschen Rentenversicherung Bund eingeleitet wurde.
- Ein Verfahren wird eingeleitet, wenn die Einzugsstelle oder der Rentenversicherungsträger nach außen erkennbar Ermittlungen zur Feststellung des sozialversicherungsrechtlichen Status in Gang gesetzt hat, zum Beispiel durch Übersendung eines Fragebogen an einen der Beteiligten oder Ankündigung einer Betriebsprüfung.
- **Es ist ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass den Beteiligten bei einem fakultativen Statusfeststellungsverfahren (entweder durch den Rentenversicherungsträger oder die Einzugsstelle) ein Wahlrecht zusteht, ob sie den versicherungsrechtlichen Status durch den einen oder den anderen Versicherungsträger klären lassen wollen. § 7a SGB IV eröffnet einen gleichwertigen Weg zu einer umfassenden Prüfung des Vorliegens von Versicherungspflicht durch die Deutsche Rentenversicherung neben der Prüfung durch die Einzugsstelle.**
- Macht der Versicherte von seinem Wahlrecht Gebrauch, ist der Sozialversicherungsträger bei dem der Erstantrag eingeht, daran gebunden (LSG Berlin-Brandenburg vom 7. August 2013, L 9 KR 53/11).
- Der Sozialversicherungsträger ist so lange allein zuständig, bis er durch einen rechtskräftigen Verwaltungsakt eine Entscheidung getroffen hat.

- Die Fehler der Deutschen Rentenversicherung Bund aus der Vergangenheit, im Rahmen ihres Anfrageverfahren nach § 7a SGB IV lediglich über das Bestehen oder Nichtbestehen einer Beschäftigung dem Grunde nach zu entscheiden, findet man heute kaum noch. Das BSG hat 2009 in zwei Entscheidungen geurteilt, dass in Statusverfahren konkrete Feststellungen zum Bestehen oder Nichtbestehen einer Versicherungspflicht in allen Zweigen der Sozialversicherung notwendig sind.
- In allen Entscheidungen wird darauf hingewiesen, dass Anfrageverfahren nach § 7a SGB IV gleichwertig neben den Einzugsstellen-Verfahren nach § 28h Abs. 2 Satz 1 SGB IV und dem Prüfstellenverfahren der Rentenversicherungsträger nach § 28p Abs. 1 Satz 5 SGB IV steht.
- **2. Ausnahme:** Eine weitere Ausnahme besteht bei der Anfrage wegen Angehöriger des Arbeitgebers oder geschäftsführender Gesellschafter einer GmbH nach § 7a SGB.
- Der Arbeitgeber hat bei der Meldung die entsprechenden Angaben zu machen. Im Falle einer solchen Meldung hat die Einzugsstelle grundsätzlich nach § 7a Abs. 1 Satz 2 SGB ein Statusfeststellungsverfahren bei der Deutschen Rentenversicherung Bund einzuleiten (obligatorisches Statusfeststellungsverfahren).
- **3. Ausnahme:** Entscheidungen nach § 28p Abs. 1 Satz 5 SGB IV
- Im Zusammenhang mit Prüfungen nach § 28p SGB IV sind die Rentenversicherungsträger allein zur Entscheidung über den sozialversicherungsrechtlichen Status einer Erwerbsperson befugt und für den Erlass entsprechender Verwaltungsakte zuständig. § 28h Abs. 2 SGB IV gilt nicht.
- Die Entscheidungen der Einzugsstelle ergehen durch Verwaltungsakt, § 31 SGB X. Daher haben die Einzugsstellen den betroffenen Arbeitnehmern schon bei Einleitung eines Verfahrens über das Bestehen von Versicherungspflicht oder die Beitragshöhe eine entsprechende Nachricht zukommen zu lassen.
- Die Entscheidung der Einzugsstelle ergeht aufgrund vorhergehender Amtsermittlung nach § 20 SGB X.

Bindungswirkung der Entscheidungen der Einzugsstelle

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

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

Der beschwerte Träger der Sozialversicherung ist befugt, einen Bescheid der Einzugsstelle durch Klage anzufechten, um dessen Rücknahme zu erwirken (s BSG v 1.7.1999 – B 12 KR 2/99 R, NZS 2000, 253; aA SG Dresden v 26.7.2010)

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

Die Entscheidung der Einzugsstelle gemäß § 28h Absatz 2 SGB IV bindet die Bundesagentur für Arbeit nach einer Entscheidung des BSG vom 6. Februar 1992 (7 RAR 134/90) grundsätzlich nicht hinsichtlich der Erbringung von Leistungen. S. auch § 336 SGB III.

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

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

Aus dem Gemeinsamen Rundschreiben der Spitzenverbände der Sozialversicherung vom 13.4.2010 (6.2)

- *"Wird von einer Einzugsstelle eine Statusfeststellung ausdrücklich im Hinblick auf die leistungsrechtliche Bindung der Bundesagentur für Arbeit begehrt, wird diese,*
- *- sofern über den Status in der ausgeübten Tätigkeit noch keine Entscheidung getroffen wurde und*
- *- sie selbst die ausgeübte Tätigkeit unverbindlich als Beschäftigungsverhältnis qualifiziert,*
- *den Vertragspartnern empfehlen, auf eine Entscheidung nach § 28h Abs. 2 SGB IV zu verzichten und stattdessen bei der DRV eine Statusfeststellung nach § 7a Abs. 1 Satz 1 SGB IV zu beantragen, um die Bindung der BA sicherzustellen.*
- *Die DRV und wird sich in derartigen Fällen nicht auf den Ausschlussstatbestand des § 7a Abs. 1 Satz 1 zweiter Halbsatz SGB IV berufen."*

Das Betriebsprüfungsverfahren durch die DRV Bund

- **Verlauf der Betriebsprüfung**

- - Prüfkündigung/Hemmung der Verjährung durch BP (§ 7 BVV)
- - Prüfschwerpunkte
- - vorbereitende Maßnahmen und Mitwirkungspflichten des Arbeitgebers, § 7 Absatz 2 BVV

- **Einzelheiten**

- - Entgeltunterlagen und Vorlagepflichten
- - Prüfung nach dem KSVG
- - Prüfung für die UV
- - Stichprobenprüfung/mangelnder Vertrauensschutz/vorhergehende BP
- - Abschluss der Prüfung
- - Nachforderungsbescheid, Schätzbescheid, Summen Beitragsbescheid
- - Säumniszuschlag (§ 24 SGB IV)

Verfahrensrechtliches

- Widerspruch
- Antrag auf Aussetzung der Vollziehung beim Rentenversicherungsträger
- Antrag auf Stundung bei der Einzugsstelle
- Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs oder der Klage beim Sozialgericht (Beschwerde)

Die einzelnen Rechtsgebiete

Die neue „Keine Schönwetter Selbständigkeit“ Rechtsprechung (in Familiengesellschaften)

Die neue „Keine-Schönwetter-Selbstständigkeit“- Rechtsprechung

- Allgemeines Problem: Rechtsmacht ist geringer als die tatsächlich ausgeübte Macht (Familiengesellschaft)
- **Bisherige Rspr:** Selbstständigkeit möglich (BSG vom 14.12.1999, B 2 U 48/98 R - *„Verfügt der Gesellschafter-Geschäftsführer über keine Mehrheit am Stammkapital der GmbH und auch nicht über eine Sperrminorität, kann eine abhängige und damit versicherungspflichtige Beschäftigung dennoch ausgeschlossen sein, wenn es ihm sein tatsächlicher Einfluss auf die Willensbildung der GmbH gestattet, Weisungen an ihn zu verhindern.“* Siehe auch BSG vom 6.3.2003, B 11 AL 25/02 R)
- **Jetzt:** Hessisches LSG v 10/2011
- BSG v 30.4.2013
- und BSG vom 29.08.2012

Die neue „Keine-Schönwetter-Selbstständigkeit“- Rechtsprechung

- 1. HessLSG v 27.10.2011:
- Auch der, der bei der Führung der Geschäfte völlig freie Hand hat, der aber nicht die Rechtsmacht besitzt, gegen ihn gerichtete Entscheidungen des Inhabers der Rechtsmacht abzuwehren, ist in aller Regel Arbeitnehmer!
- Firmeninhaber kann nämlich im Konfliktfall von seinem WeisungsR jederzeit wieder Gebrauch machen.

BSG v. 30. April 2013 und vom 29. August 2012

- Es ist die Rechtsmacht zu würdigen, unabhängig davon, ob von ihr Gebrauch gemacht wurde.....(BSG v 2013)
- Die bloße Nichtausübung eines Rechts ist ... unbeachtlich, solange es nicht auch wirksam abbedungen ist (BSG v 2012)

Wie kann Rechtsmacht abbedungen werden?

- Durch Änderung der Satzung/
 - des Gesellschaftsvertrages
- zB durch Einräumung einer Sperrminorität/Übertragung von Kapitalanteilen

- Aber auch durch gesellschaftsrechtliche Nebenvereinbarungen (zB Stimmbindungsvereinbarungen/Stimmpooling) unterhalb des Gesellschaftsvertrages formfrei ?

Stimmbindungsvereinbarungen

- Stimmbindungsvereinbarungen spielten im Sozialversicherungsrecht bisher keine wesentl. Rolle
- In manchen Entscheidungen werden sie diskutiert, kommen aber nicht zum Tragen
- Die Gründe hierfür sind nicht einsichtig: Es geht um die Frage, wer die Geschicke eines Unternehmens nachhaltig beeinflussen kann. Wann das anzunehmen ist, geht aus dem Gesetz nicht hervor. Die Rspr hat sich bisher nur des Kriteriums „Kapitalanteile“ bedient, weil ia Kapitalanteile und Stimmrechtsanteile kongruent sind. Entscheidend sind aber immer die Stimmrechts-anteile.

- Am weitestgehend **LSG Berlin-Brandenburg** v. 29.11.2012-L 1 KR 355/12 B ER: Ein Fremd-GF einer GmbH kann selbstständig tätig sein, wenn die Gesellschafter wirksam auf ihr WeisungsR verzichtet haben (hier stand der Verzicht im GF-Vertrag „GF ist an Weisungen der Gesellschafter nicht gebunden“. Und: GF-Vertrag stand nicht im Widerspruch zum Gesellschaftsvertrag
- **Sächs. LSG** v. 4.3.2014 (L 1 KR 9/11),
- **Hessisches LSG** vom 15.5.2014,
- **LSG Baden-Württemberg** vom 11.6.2014,
- **LSG Rheinland-Pfalz** vom 12.11.2014

- Dagegen: weil Stimmrechtsbindungsvereinbarung nur einen schuldrechtlichen Charakter haben:
- LSG Berlin-Brandenburg vom 12. Juni 2015 (zum Teil unentschieden – 60 f., aber Hinweis auf §§ 53, 54 GmbHG, wonach Änderungen des Gesellschaftsvertrages einer notariellen Beurkundung bedürfen und zu ihrer Wirksamkeit die Eintragung in das Handelsregister voraussetzen)
- LSG Hamburg vom 4. September 2013,
- LSG Nordrhein-Westfalen vom 3. September 2014,
- LSG Thüringen vom 28.1.2014

- 1) B 12 R 2/14 R - K. ./.. Deutsche Rentenversicherung Bund 4 Beigeladene LSG Rh-Pfalz L R 65/12
- Die Beigeladene zu 1. - eine GmbH, deren Stammkapital ursprünglich **der Kläger (ein Bauingenieur) mit 3000 DM** sowie seine **Ehefrau bzw (seit 2008 für diese) ihr gemeinsamer Sohn mit 47 000 DM** hielten - befasst sich mit der wirtschaftlichen Vorbereitung und Durchführung von Bauvorhaben.
- Die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung der GmbH werden mit **einfacher Mehrheit** gefasst. Seit September 1999 ist **die Ehefrau des Klägers alleinvertretungsberechtigte alleinige Geschäftsführerin** der GmbH, die dem Kläger eine mehrere Bereiche umfassende Vollmacht erteilte.
- Der **Kläger gewährte der GmbH seit 1998 Darlehen über insgesamt 900 000 DM** und **erwarb** eine gegen die GmbH gerichtete **Forderung über 600 000 DM**.
- Im Dezember 2006 vereinbarten der Kläger und seine Ehefrau schriftlich **die Übertragung der Stimmrechte der Ehefrau** auf den gemeinsamen Sohn zum 1.8.2008; der Kläger sei "somit" in allen Angelegenheiten "allein entscheidungsbefugt". Eine Übertragung der Gesellschaftsanteile war damit nicht verbunden.
- Im Dezember 2006 hatte die GmbH mit dem Kläger einen "**Anstellungsvertrag**" als "leitender Angestellter" geschlossen, wonach er ab 1.1.2007 als "technischer Leiter im Baubereich" für diese tätig sein sollte (ua **festes "Jahresbruttogehalt"**, zahlbar in monatlichen Teilbeträgen; 30 Arbeitstage Urlaub; mehrmonatige **Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall**). Die GmbH führte für ihn Lohnsteuer, nicht aber Sozialversicherungsbeiträge ab.
- Auf einen im März 2009 bei der beklagten DRV Bund (= Beklagte) gestellten Antrag auf Statusfeststellung stellte diese durch Bescheid (schließlich) fest, dass der Kläger wegen abhängiger Beschäftigung der Versicherungspflicht in der Renten- und Arbeitslosenversicherung unterliege. Das SG hat nach vorangegangenem Widerspruchsverfahren unter Aufhebung der Bescheide festgestellt, dass der Kläger auch im Übrigen nicht der Versicherungspflicht unterliege. Auf die Berufung der Beklagten hat das LSG das SG-Urteil aufgehoben und die Klage abgewiesen.
- Mit seiner Revision rügt der Kläger ua eine Verletzung von § 7 SGB IV und § 103 SGG durch das LSG. Es habe ihn zu Unrecht nicht als selbstständig qualifiziert und rechtsfehlerhaft allein die Vertragsgestaltung formal-rechtlich gewürdigt, ohne alle maßgebenden und zu seinen Gunsten sprechenden Abgrenzungskriterien und Umstände mit zu berücksichtigen.

- Der Kläger hatte nach dem mit der GmbH geschlossenen und auch so praktizierten **Anstellungsvertrag** als "leitender Angestellter" arbeitnehmertypische Rechte und Pflichten.
- Allein **weitreichende Entscheidungsbefugnis** begründen noch keine Selbstständigkeit.
- Es fehlt auch daran, dass **eigenes Kapital oder eigene Arbeitskraft** mit der Gefahr des Verlustes eingesetzt wurden und er dafür größere Freiheiten in der Gestaltung und bei der Bestimmung des Umfangs beim Einsatz seiner Arbeitskraft hatte. Die Annahme eines solchen eigenen **Unternehmerrisikos** ist nicht allein deshalb gerechtfertigt, weil der Kläger für die GmbH hohe Darlehensverbindlichkeiten einging und eine weitere Darlehensförderung gegen die GmbH erwarb; denn er erhielt als Gegenleistung für seine Tätigkeit für die GmbH eine feste monatliche Vergütung.
- Zugunsten einer Selbstständigkeit wirkt sich auch die **gesellschaftsrechtliche Stellung** des nur mit 6 % am Stammkapital der GmbH beteiligten und auch nicht über eine Sperrminorität verfügenden Klägers nicht aus.
- Dass ihm von seiner Ehefrau (= Mehrheitsgesellschafterin und Alleingeschäftsführerin) und später vom gemeinsamen Sohn der Eheleute **GmbH-Stimmrechte übertragen** wurden, ist unbeachtlich, weil nach dem gesellschaftsrechtlichen **Abspaltungsverbot** das Stimmrecht eines Gesellschafters nicht ohne den dazugehörigen Geschäftsanteil übertragen werden kann (vgl zB BGH, Urteil vom 11.10.1976 – II ZR 119/75 – LM Nr 25 zu § 47 GmbHG). Es kann offen bleiben, ob die getroffenen Vereinbarungen jeweils als Legitimationszession oder Stimmrechtsvollmacht auszulegen sind. In beiden Fällen konnte die Ausübung des Stimmrechts nämlich **nur widerrufenlich übertragen** werden (vgl zur Stimmrechtsvollmacht zB BGH, aaO). Für die Vollmachterteilung ist dies im Gesellschaftsvertrag zur Gründung der Beigeladenen zu 1. sogar ausdrücklich geregelt. Insgesamt verhält es sich daher so, dass der jeweilige Mehrheitsgesellschafter - insbesondere im Konfliktfall - jeweils wieder über sein Stimmrecht verfügen und den Kläger in der Gesellschafterversammlung überstimmen konnte. Der Senat misst einer nur auf Zeiten eines harmonischen Zusammenwirkens unter Familienmitgliedern beschränkten "Schönwetter-Selbstständigkeit" aber sozialversicherungsrechtlich keine entscheidende Bedeutung zu (BSGE 111, 257 = SozR 4-2400 § 7 Nr 17; zuletzt BSG Urteil vom 29.7.2015 - B 12 KR 23/13 R).
- Ebenso ist es danach irrelevant, wenn (wie hier) geltend gemacht wird, trotz fehlender gesellschaftsrechtlicher Befugnisse sei der Kläger aufgrund seiner **Fachkenntnisse und seiner faktischen Stellung "Kopf und Seele"** der GmbH gewesen; das **Erfordernis der Vorhersehbarkeit** sozialversicherungs- und beitragsrechtlicher Tatbestände steht einer Anerkennung entsprechender für das Leistungsrecht entwickelter Grundsätze im Versicherungsrecht entgegen.

- 2) B 12 KR 13/14 R - R. ./ . BARMER GEK 3 Beigeladene Beigeladene zu 2 (= Revisionsklägerin): Deutsche Rentenversicherung Bund LSG Ba-Wü L 5 KR 2911/13

Die **Klägerin** ist seit 1984 bei der Beigeladenen zu 1. - ein Reisebürounternehmen mit ca 60 Mitarbeitern und vier Filialen in der Rechtsform einer GmbH - als **Reiseverkehrskauffrau** tätig. Sie ist Gesellschafterin der GmbH, welche aus einem von ihren Schwiegereltern gegründeten Unternehmen hervorging. Nachdem zunächst der Ehemann der Klägerin Alleingesellschafter der GmbH war, hielt **sie aufgrund eines notariell beurkundeten Schenkungs- und Übertragungsvertrages vom 18.12.2008 40% der GmbH-Anteile**, ihr Ehemann, der zugleich **alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer ist, seither 60%**; die Klägerin hat Einzelprokura. Nach dem Gesellschaftsvertrag vom selben Tag besitzt der Ehemann für die Dauer seiner Eigenschaft als GmbH-Gesellschafter das **unentziehbare Recht, Geschäftsführer** zu sein. Beschlüsse werden mit einfacher Mehrheit gefasst, bezüglich der Auflösung der GmbH sowie Änderungen des Unternehmensgegenstandes einstimmig. Am 30.12.2008 schlossen die Klägerin und ihr Ehemann darüber hinaus einen schriftlichen **"Stimmbindungsvertrag"**. Darin heißt es ua, die Klägerin solle erbrechtlich mindestens 50% der GmbH-Geschäftsanteile halten; da eine entsprechende Übertragung derzeit erbschaftsteuerrechtlich nicht sinnvoll sei, solle **sie gesellschaftsrechtlich jedoch schon aktuell so gestellt werden, als sei sie bereits mit mindestens 50% an der GmbH beteiligt. Die Klägerin hat bei Gesellschafterbeschlüssen bei der Stimmabgabe die Stimmführerschaft; ihr Ehemann ist an das Abstimmungsverhalten der Klägerin gebunden; auch darf die Klägerin seine Stimmrechte verbindlich für ihn auszuüben.**

Am 5.1.2009 schlossen die **Klägerin und die GmbH** - das bestehende Arbeitsverhältnis fixierend - einen **"Anstellungsvertrag"** über die Tätigkeit als alleinvertretungsberechtigte "leitende Angestellte" mit Prokura (Aufgaben: Leitung der Finanz- und Personalbuchhaltung sowie der Finanzen, Vertretung der Geschäftsführung). Die **Arbeitszeit** beträgt - unter freier Arbeitsort- und Arbeitszeitwahl - mindestens 50 Wochenstunden, die **Vergütung 5 000 Euro monatlich**; es besteht Anspruch auf eine Direktversicherung, einen Dienstwagen, 30 Tage Jahresurlaub sowie **Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall**.

Im Januar 2009 beantragte die GmbH die **Feststellung des sozialversicherungsrechtlichen Status der Klägerin** beim regionalen Rentenversicherungsträger, der den Antrag an die beklagte Krankenkasse als Einzugsstelle weiterleitete. Die Beklagte stellte daraufhin durch Bescheide fest, dass die Klägerin als Beschäftigte versicherungspflichtig in der Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung sei; sie habe aufgrund ihrer Minderkapitalbeteiligung auch keinen wesentlichen Einfluss auf die Entscheidungen der GmbH.

- BSG: Das LSG habe zwar im Ausgangspunkt zutreffend angenommen, dass es sich bei der Tätigkeit der Klägerin wegen der vereinbarten ganz typischen Arbeitnehmerrechte und -pflichten um ein **Arbeitsverhältnis** handelt, ihm kann im Übrigen aber nicht gefolgt werden.
- Die Klägerin hatte mit ihren nur 40 % Geschäftsanteilen als Gesellschafterin der GmbH **keinen maßgebenden Einfluss** auf die interne Willensbildung der GmbH und ebenso keine gesellschaftsvertraglich festgeschriebene **Sperrminorität**, die es erlauben würde, sie als Selbstständige zu qualifizieren. Ihr Ehemann verfügt über 60 % der Anteile und bekleidet außerdem die nicht entziehbare organschaftlich begründete Stellung eines Alleingeschäftsführers.
- An der Eigenschaft als Beschäftigte ändert sich nichts dadurch, dass die Klägerin mit ihrem Ehemann einen **"Stimmbindungsvertrag"** zwischen dem Ehepaar R." abschloss. Sie erhielt auch dadurch im Innenverhältnis keine Rechtsmacht eingeräumt, die es ihr gestattet hätte, Einzelweisungen des Geschäftsführers an sich im Bedarfsfall jederzeit zu verhindern.
- **Gesellschaftsrechtliche Gestaltungen**, wie sie hier erfolgen sollten, haben - anders als das LSG meint - **nur Indizcharakter** für die Statusbeurteilung. Eine uneingeschränkte Parallelität von gesellschaftsrechtlich relevanten Beziehungen und sozialversicherungsrechtlich vorzunehmenden Wertungen gibt es nicht (vgl BSG SozR 4-2400 § 7 Nr 7 RdNr 21, 26, 30). Nicht alles, was gesellschaftsrechtlich zulässig ist, entfaltet im Sinne einer Automatik entsprechende Wirkungen im Rahmen der nach § 7 Abs 1 SGB IV vorzunehmenden Abwägung. Auch wenn daher eine außerhalb des formgebundenen Gesellschaftsvertrags einfach-schriftlich getroffene Stimmrechtsvereinbarung gesellschaftsrechtlich zulässig sein kann, ist sie jedenfalls nicht geeignet, die sich aus dem Gesellschaftsvertrag ergebenden Rechtsmachtverhältnisse ohne Weiteres mit sozialversicherungsrechtlicher Wirkung zu verschieben; denn der Stimmbindungsvertrag kann von jedem Gesellschafter - und damit auch vom Ehemann der Klägerin - zumindest aus wichtigem Grund gekündigt werden.
- Bei Eintreten eines Konfliktfalls zwischen den Gesellschaftern/Ehepartnern käme es daher allein auf die den Beteiligten **aufgrund des Kündigungsrechts zustehende Rechtsmacht** an. Das vom Senat in seiner Rechtsprechung wiederholt hervorgehobene **Erfordernis der Vorhersehbarkeit** sozialversicherungsrechtlicher und beitragsrechtlicher Tatbestände, die schon zu Beginn der Tätigkeit gegeben sein muss, führt dazu, dass der gegenteiligen Rechtsauffassung nicht gefolgt werden kann.
- Hinzu kommt, dass Stimmbindungsverträge unter Gesellschaftern jedenfalls die **Vorgaben des § 723 BGB** erfüllen müssen. **Sind solche Verträge auf unbestimmte Zeit geschlossen, sind sie aber nach § 723 Abs 1 S 1 BGB sogar - unbeschadet einer Kündigungsmöglichkeit aus wichtigem Grund - jederzeit ordentlich kündbar**, was nach Abs 3 der Regelung auch nicht vertraglich abdingbar ist. Auch unter diesem Blickwinkel kann ohne entsprechende im formgebundenen Gesellschaftsvertrag geregelte Befugnisse nicht von einer der Klägerin dauerhaft als gleichberechtigte Mitgesellschafterin neben ihrem Ehemann eingeräumten Stellung einer Selbstständigen ausgegangen werden.

- 3.) B 12 KR 10/14 R - H. ./.. Deutsche Rentenversicherung Bund
HessLSG L 1 KR 253/13

-

Die Beigeladene zu 1. betreibt in der Rechtsform einer GmbH eine **Unternehmensberatung**, an deren **Stammkapital der Kläger mit 30 000 Euro und Mitgesellschafter D. mit 70 000 Euro beteiligt** waren; beide sind alleinvertretungsberechtigte Geschäftsführer. Der Gesellschaftsvertrag vom 11.9.2006, geändert im Jahr 2014, enthält keine Regelungen zur Abstimmung in der Gesellschafterversammlung.

Nach einem im Januar 2007 zwischen dem Kläger und der GmbH geschlossenen schriftlichen "**Geschäftsführer-Anstellungsvertrag**" hat der Kläger ua ein **Veto-Recht bei der Bestimmung weiterer Geschäftsführer**, ferner wegen seiner fachlichen Kompetenz ein **Veto-Recht bei grundsätzlichen, die Geschäfte der GmbH betreffenden Entscheidungen**; die GmbH kann den Vertrag aus wichtigem Grund außerordentlich kündigen; der Kläger stundet der GmbH zur **Erhaltung ihrer Liquidität verzinlich weitere Vergütung**. Für seine Tätigkeit erhält der Kläger eine **jährliche, feste Vergütung**, die in gleichen monatlichen Teilbeträgen am Ende eines Monats ausbezahlt wird; er hat Anspruch auf 30 Tage Urlaub und auf **Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall** für ein Jahr. Auf Antrag des Klägers stellte die beklagte DRV Bund im April 2011 fest, dass in seine Tätigkeit seit 1.3.2007 der Versicherungspflicht in der Renten- und Arbeitslosenversicherung Beschäftigung unterliege.

Das nach erfolglosem Widerspruchsverfahren angerufene SG hat die Bescheide aufgehoben und festgestellt, dass der Kläger nicht sozialversicherungspflichtig sei. Das LSG hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen.

- Der Kläger hatte nach den Vereinbarungen im Geschäftsführer-**Anstellungsvertrag** klassische arbeitnehmertypische Rechte und Pflichten.
- Wie schon zum Fall 1) ausgeführt, machen **weitreichende Entscheidungsbefugnisse** einen leitenden Angestellten nicht schon zu einem Selbstständigen.
- Dass der Kläger der GmbH im ersten Jahr seiner Tätigkeit **Monatsgehälter stundete** und sie der GmbH als verzinsliches Darlehen gewährte, begründet nicht schon sein eigenes **Unternehmerisiko**.
- Der Kläger verfügt als **Minderheitsgesellschafter** mit einem Stammkapitalanteil von 30 % in der Gesellschafterversammlung nur über eine bloße Minderheitsbeteiligung ohne gesellschaftsvertraglich begründete **Sperrminorität**.
- Sein ihm nur vermittelt über den Geschäftsführer-Anstellungsvertrag eingeräumtes **Vetorecht**, verschaffte ihm nicht ohne Weiteres eine einem Gesellschafter mit einer im Gesellschaftsvertrag selbst begründeter Sperrminorität vergleichbare Stellung. Vereinbarungen der Gesellschafter über ein Vetorecht für Abstimmungen in der Gesellschafterversammlung können zwar grundsätzlich auch außerhalb des notarieller Beurkundung unterliegenden Gesellschaftsvertrags schriftlich vereinbart werden (zur Zulässigkeit vgl zB BGH Urteil vom 27.10.1986 - II ZR 240/85, NJW 1987, 1890 sowie vom 7.2.1983 - II ZR 25/82, ZIP 1983, 432). Ebenso kann dahinstehen, ob dieses **Vetorecht inhaltlich umfassend eingeräumt** wurde oder nur beschränkt auf einzelne Beschlussinhalte der Gesellschafterversammlung. Nach der Rechtsprechung des BSG (vgl bereits BSG SozR 3-4100 § 168 Nr 8 RdNr 19) genügt die nur auf einzelne Entscheidungsgegenstände bezogene Rechtsmacht, Weisungen der Gesellschafterversammlung zu verhindern, nicht schon, um einen Selbstständigen-Status des Betroffenen bejahen zu können.
- Jedenfalls kann **eine nur schuldrechtlich** in einem Anstellungsvertrag eingeräumte Sperrminorität durch einseitige Kündigung leicht beendet werden: Mit einer solchen Kündigung - die **jedenfalls aus wichtigem Grund nach § 626 BGB** in Betracht kommt - würde auch ohne Weiteres das Vetorecht des Klägers wieder entfallen; an der Entscheidung über eine Abberufung des Geschäftsführers dürfte der Betroffene selbst allerdings überdies nicht einmal mitwirken (vgl zB BGH Urteil vom 27.10.1986 - II ZR 74/85; NJW 1987, 1889).
- Damit aber verfügte der Kläger nicht über die rechtliche Möglichkeit, ihm nicht genehme Weisungen jederzeit abzuwenden. Die **im Sozialversicherungsrecht gebotene Vorhersehbarkeit versicherungs- und beitragsrechtlicher Tatbestände schon von Beginn der zu beurteilenden Tätigkeit an** steht in solchen Fällen der Annahme einer zu fehlender Versicherungspflicht führenden Selbstständigkeit entgegen.

BSG vom 19.8.2015 - B 12 KR 9/14 R

(Mitarbeitender Angehöriger ist nicht Geschäftsführer)

Klägerin mit 10 %, ihr Mann mit 90 % beteiligt

- Gesellschaftsvertrag: sämtliche Gesellschafterbeschlüsse sind **einstimmig** zu fassen.
- Klägerin ist nicht Geschäftsführerin. Sie ist für den Lohn- Buchhaltungsbereich tätig, erhält eine feste Arbeitsvergütung, hat Anspruch auf Urlaub, Lohnfortzahlung usw.
- Klägerin gewährte der GmbH ein Darlehen in Höhe von mehr als 60.000 € und nahm gemeinsam mit dem Ehemann ein Darlehen über 20.000 € zugunsten der GmbH auf

- Wille der Vertragsparteien: Arbeitsverhältnis
- Eingliederung in den Betrieb durch ihre Tätigkeit als Lohnbuchhalterin für die GmbH
- keine Geschäftsführertätigkeit
- Gegenüber dem GmbH-Geschäftsführer weisungsgebunden und weisungsabhängig
- **Dienstaufsicht und Weisungsrecht über Angestellte einer GmbH sind grundsätzlich Sache der laufenden Geschäftsführung und nicht der Gesellschafterversammlung**
- kein Unternehmerrisiko

Weitere Urteile zum Gesellschafter-Geschäftsführer

- **LSG Bayern (13):** Gesellschafter-Geschäftsführer ist nur selbstständig, wenn er die GmbH beherrscht.
- **LSG Baden Württemberg (15):** der Kommanditist einer KG, der zwar nicht die Rechtsmacht besitzt, seine Weisungsgebundenheit als Angestellter der KG aufzuheben oder abzuschwächen, ist dennoch selbstständig tätig, wenn die Gesellschaft wirtschaftlich derart von ihm abhängig ist, dass sein Ausscheiden die KG zur Geschäftsaufgabe zwingen würde

Neue Entscheidung im Recht der Scheinselbstständigkeit

- **BSG v. 31. März 2015 - Merchandiser – Rack-Jobber**

- **BSG v 31.3.2015 – B 12 KR 17/13 R**
- 1. Wille und tatsächliche Durchführung (Vertrag)
- 2. Freiheit in zeitlicher Hinsicht
- 3. Delegationsbefugnis und Sorge für Verhinderungsververtretung
- 4. Besuchspauschale und erfolgsabhängige Stückprämie
- 5. Keine Ausschließlichkeitsklausel
- 6. Weitreichende Freiheiten beim „Ob und Wie“ der Tätigkeit mit eigenen gestalterischen Elementen
- 7. Erlaubnis, 3. in Tätigkeit einzubeziehen
- 8. Unternehmerrisiko Verdienstauffallrisiko mit größeren Freiheiten und Erwerbschancen bei Gestaltung und Bestimmung des Einsatzes des Umfangs des Einsatzes der Arbeitskraft

Weitere Urteile zur Scheinselbstständigkeit

- LSG Mecklenburg-Vorpommern: Notarzt ist Beschäftigter und nicht selbstständig tätig (19)
- LSG Berlin-Brandenburg: Notarzt ist selbstständig und übt keine Beschäftigung aus (20)
- LSG Baden-Württemberg: Selbstständige IT-Spezialistin (23)
- LSG Bayern: Scheinselbstständigkeit trotz Beschäftigungsverbots (23)
- BSG 24. März 2016 - Krankengymnastin/Physiotherapeutin (24)
- BSG – 24. März 2016 - Statusverfahren - § 7a SGB IV (26, 28)

Rentenversicherungspflicht von Selbstständigen

- § 2 SGB VI
- Allgemeines: Seiten 24 – 29
- Merchandiser-Fall: S. 29 ff

- **§ 2 SGB VI Selbstständig Tätige**
- **Versicherungspflichtig sind selbständig tätige**
- **1. Lehrer und Erzieher**, die im Zusammenhang mit ihrer selbständigen Tätigkeit regelmäßig keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigen,
- **2. Pflegepersonen**, die in der Kranken-, Wochen-, Säuglings- oder Kinderpflege tätig sind und im Zusammenhang mit ihrer selbständigen Tätigkeit regelmäßig keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigen,
- **3. Hebammen und Entbindungspfleger**,
- **4. Seelotsen der Reviere** im Sinne des Gesetzes über das Seelotswesen,
- **5. Künstler und Publizisten** nach näherer Bestimmung des Künstlersozialversicherungsgesetzes,
- **6. Hausgewerbetreibende**,
- **7. Küstenschiffer und Küstenfischer**,
- **8. Gewerbetreibende**,
- **9. Personen, die a)** im Zusammenhang mit ihrer selbständigen Tätigkeit regelmäßig keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigen und **b)** auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig sind; bei Gesellschaftern gelten als Auftraggeber die Auftraggeber der Gesellschaft.

Nr. 1 - selbstständige Lehrer und Erzieher

- Versicherungspflicht seit 1913
- Umfang der Versicherungspflicht ist weit: Lehrbeauftragte, Dozenten, aber auch Fahr-, Golf-, Tennis-, Reitlehrer und Fitnessstrainer
- Auch Tagesmütter können dieser Vorschrift unterfallen

- **BSG: eine Tätigkeit ist bereits eine Lehrtätigkeit, wenn durch sie spezielle Fähigkeiten durch praktischen Unterricht vermittelt werden.**
- Nicht erforderlich: weitergehende Lernziele spezieller Unterricht mit verpflichtenden Teilnahme usw.

- Voraussetzung für die Versicherungspflicht ist, dass der selbstständige Lehrer keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigt.
- Das muss allerdings “im Zusammenhang mit der selbstständigen Tätigkeit“ geschehen

BSG vom 23. April 2015 (B 5 RE 23/14 R) - selbstständiger Ernährungsberater

- **BSG: Durch eine einfache Beratung von Patienten ist niemand auch gleichzeitig Lehrer**
- **iSd § 2 Nr 1**
- Das Entscheidende ist, dass ein Lehrer grundsätzlich eine Anleitung zu einem gemeinsamen Tun gibt. Die Gemeinsamkeit entsteht dabei aus der Vermittlung von Wissen und Kompetenzen des Lehrenden an einen Lernenden unabhängig von einem konkreten Anwendungsbezug.
- Demgegenüber liegt der Schwerpunkt bei der Beratung auf der Eröffnung konkreter Handlungsmöglichkeiten zu einem bestimmten Anwendungszweck.
- Eine Einzelberatung von Patienten ist keine Lehrtätigkeit!
- **Auslegungsgrundsatz:** Als Ausnahme von dem Grundsatz der Versicherungsfreiheit von Selbstständigen in der Sozialversicherung ist § 2 SGB VI restriktiv auszulegen

Weitere Urteile zum Beitragsrecht

- **BSG**: 30.9.2015: Keine Beitragsentlastung für Eltern in der Sozialversicherung wegen ihres Aufwandes für Kinderbetreuung und Kindererziehung (35)
- **LSG Hamburg**: Beitragsrechtliche Bewertung einer freiwilligen zusätzlichen Vergütung bei Rechtsreferendaren (35) – BSG v 31.3.2015 – B 12 R 1/13 R (nächste Folie)
- **BSG**-31.3.2015: Beginn der Verjährung von Beitragsrückerstattungsansprüchen (36)
- **LSG Saarland-14.7.2015**: Leistungen aus der Direktversicherung sind beitragspflichtig (38)
- **LSG Schleswig-Holstein-25.6.2015**: Beitragspflicht für einen ehrenamtlichen Vorstand (38)
- **LSG Baden-Württemberg**- 27.5.2015: Durchsetzung von Betriebsprüfungen durch Anordnung von Zwangshaft (39)

Rechtsreferendare – BSG v 31.3.2015 SGB 2016, 210

- Anders als mit der Revision geltend gemacht, hatte die Beigeladene zu 1. gegenüber den beigeladenen Referendaren keine (weitere) Arbeitgeberstellung neben der Klägerin inne. Aufgrund der Zuweisung der Referendare an die Beigeladene zu 1. im Rahmen ihrer Ausbildung entstand kein für die Arbeitgeberstellung im sozialversicherungsrechtlichen Sinne (vgl oben unter bb) konstitutives persönliches Abhängigkeitsverhältnis. Dies ergibt sich schon aus den vorstehend genannten bindenden Feststellungen des LSG zur landesrechtlichen Ausgestaltung des Vorbereitungsdienstes nach der HmbJAO bzw dem HmbJAG.
- Ein die Arbeitgeberstellung der Beigeladenen zu 1. begründendes Abhängigkeitsverhältnis bestand auch nicht aus anderem Grunde. Insbesondere existierten im Zusammenhang mit den zusätzlichen Vergütungen keine mündlichen Absprachen zwischen der Beigeladenen zu 1. und den ihr zugewiesenen Referendaren, "wonach diese sich verpflichteten, über den notwendigen Teil der Ausbildung hinaus Leistungen zu erbringen".

Ich danke Ihnen für Ihre

Mitarbeit

Aufmerksamkeit

Anwesenheit