



Rechtsformwahl aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht

Informationen des Ausschusses Sozialrecht der BRAK – Stand: April 2021

Inhaltsverzeichnis

1.	Einleitung	2
2.	Status Quo	2
2.1	Sozialversicherungsrechtlicher Status eines Gesellschafter-Geschäftsführers	2
2.2	Sozialversicherungsbeiträge	2
2.3	Versorgungswerks- und Rentenversicherungsbeiträge	3
2.4	Rechtsprechung des BSG	3
2.5	Fazit	5
3.	BRAO-Ergänzungsvorschlag der BRAK	6
4.	Liste der zitierten Entscheidungen	7
4.1	BSG	7
4.2	BGH	7
4.3	BAG	7



1. Einleitung

Die Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) erreichen Anfragen von Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten, die ihre Kanzlei in Form einer Kapitalgesellschaft organisiert haben, zu ihrer Sozialversicherungspflicht bzw. -freiheit; konkret fragten sie, ob sie als geschäftsführende Gesellschafter einer Rechtsanwalts-Kapitalgesellschaft bei dieser Gesellschaft sozialversicherungspflichtig angestellt sind oder nicht. Dieser Beitrag möchte die derzeitige gesetzliche Lage und die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) darstellen und dabei den Vorschlag der BRAK zur Änderung der Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO) vorstellen. Es geht darum, Problembewusstsein zu schaffen, damit die betroffenen Kolleginnen und Kollegen bei der nächsten Betriebsprüfung keine unangenehme Überraschung erleben.

Zur Abgrenzung von Selbstständigkeit zu abhängiger Beschäftigung wird auf die Hinweise des Ausschusses Sozialrecht „Selbstständigkeit versus Scheinselbstständigkeit“ – Abgrenzung anhand der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts¹ verwiesen.

2. Status Quo

2.1 Sozialversicherungsrechtlicher Status eines Gesellschafter-Geschäftsführers

Nach Einschätzung der Sozialversicherungsträger handelt es sich bei dem Geschäftsführer einer Rechtsanwalts-Kapitalgesellschaft oftmals um einen abhängig Beschäftigten, unabhängig davon, ob dieser Geschäftsführer auch Gesellschafter der Kapitalgesellschaft ist und deren wirtschaftliches Risiko trägt. Viele Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte sehen dies anders, so dass für sie u. a. das Risiko besteht, Sozialversicherungsbeiträge nicht korrekt abzuführen.

2.2 Sozialversicherungsbeiträge

Arbeitgeber müssen abhängig Beschäftigte anmelden und für sie Sozialversicherungsbeiträge abführen.² Wenn der Geschäftsführer einer Rechtsanwalts-Kapitalgesellschaft als abhängig beschäftigt einzustufen ist, gilt dies auch für ihn.

Die Träger der Rentenversicherung können bei Arbeitgebern mindestens alle vier Jahre prüfen, ob diese ihre Meldepflichten ordnungsgemäß erfüllen; sie prüfen insbesondere die Richtigkeit der Beitragszahlungen und der Meldungen (§ 28p SGB IV³). Wenn bei einer Betriebsprüfung der Deutschen Rentenversicherung, die in jeder Anwaltskanzlei durchgeführt werden kann, nachträglich festgestellt wird, dass ein Geschäftsführer einer Rechtsanwalts-Kapitalgesellschaft abhängig beschäftigt ist, muss die Gesellschaft als Beitragsschuldnerin Nachzahlungen und gegebenenfalls Säumniszuschläge (§ 24⁴ Abs. 1 SGB IV) leisten, die nicht nur den Arbeitgeberanteil, sondern auch den Arbeitnehmeranteil an den Beiträgen beinhalten. Die nicht abgeführten Sozialversicherungsbeiträge können von den Behör-

¹ <https://brak.de/die-brak/organisation/ausschuesse-und-gremien-der-brak/ausschuss-sozialrecht/>

² vgl. „Der Anwalt als Arbeitgeber – ein kleiner Leitfaden aus sozialrechtlicher Sicht“ – Hinweise des Ausschusses Sozialrecht, <https://brak.de/die-brak/organisation/ausschuesse-und-gremien-der-brak/ausschuss-sozialrecht/>

³ https://www.gesetze-im-internet.de/sgb_4/_28p.html

⁴ https://www.gesetze-im-internet.de/sgb_4/_24.html

den rückwirkend für einen Zeitraum von vier Jahren vom Arbeitgeber eingefordert werden (§ 25⁵ Abs. 1 Satz 1 SGB IV).⁶

2.3 Versorgungswerks- und Rentenversicherungsbeiträge

Angestellte Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte können sich auf Antrag von der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung zugunsten des Versorgungswerks befreien lassen (§ 6⁷ Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB VI).

Wenn sich (nachträglich) herausstellt, dass ein Gesellschafter-Geschäftsführer tatsächlich als abhängig Beschäftigter der Anwalts-Gesellschaft einzustufen ist, können Probleme hinsichtlich der Befreiung zugunsten des Versorgungswerks für die Vergangenheit entstehen: Die Antragsfrist gem. § 6 Abs. 4 SGB VI beträgt drei Monate, um eine rückwirkende Befreiung zu erreichen. Wird diese Frist nicht eingehalten, kann eine Befreiung erst ab dem Zeitpunkt der Antragstellung erfolgen. In der Konsequenz bedeutet dies, dass ein Antrag auf Befreiung von der gesetzlichen Rentenversicherung für die Vergangenheit nicht möglich ist und der Arbeitgeber, d. h. die Rechtsanwalts-Gesellschaft, muss dann sowohl die Arbeitgeber- als auch die Arbeitnehmeranteile an die Rentenversicherung zahlen, wenn eine abhängige Beschäftigung festgestellt worden ist. Der Geschäftsführer-Gesellschafter ist dann für diese Zeit doppelt rentenversichert.

2.4 Rechtsprechung des BSG

Nach der Rechtsprechung des BSG kann auch ein Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft sozialversicherungspflichtig beschäftigt sein (BSG-Urteil vom 14.03.2018 - B 12 KR 13/17 R).

Im Urteil vom 07.07.2020 (B 12 R 17/18 R) zu einer Steuerberatungsgesellschaft führt das BSG zu den für die **Statusbeurteilung von Geschäftsführern einer GmbH geltenden Maßstäben** aus, dass Beschäftigung gem. § 7⁸ Abs 1 SGB IV die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis, ist. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung seien eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers. Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG setzt eine abhängige Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Die hierfür vom BSG entwickelten Abgrenzungsmaßstäbe (BSG-Urteil vom 04.06.2019 – B 12 R 11/18 R) gelten grundsätzlich auch für Geschäftsführer einer GmbH. Ob ein Beschäftigungsverhältnis vorliegt, richtet sich bei dem Geschäftsführer einer GmbH aber in erster Linie danach, ob er nach der ihm zukommenden, sich aus dem Gesellschaftsvertrag ergebenden Rechtsmacht ihm nicht genehme Weisungen verhindern oder Beschlüsse beeinflussen kann, die sein Anstellungsverhältnis betreffen (BSG Urteil vom 19.09.2019 – B 12 R 25/18, Rz. 14 f m. w. N und BSG-Urteil vom 14.03.2018 – B 12 KR 13/17 R, Rz. 18).

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 ein wesentliches Merkmal bei der Abgrenzung von abhängiger Beschäftigung und

⁵ https://www.gesetze-im-internet.de/sgb_4/_25.html

⁶ vgl. Ziffer 4 der Hinweise des Ausschusses Sozialrecht „Selbständigkeit versus Scheinselbständigkeit“ – Abgrenzung anhand der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts, <https://brak.de/die-brak/organisation/ausschuesse-und-gremien-der-brak/ausschuss-sozialrecht/>

⁷ https://www.gesetze-im-internet.de/sgb_6/_6.html

⁸ https://www.gesetze-im-internet.de/sgb_4/_7.html

selbstständiger Tätigkeit, so das BSG. Ein Gesellschafter-Geschäftsführer sei nicht per se kraft seiner Kapitalbeteiligung selbstständig tätig, sondern müsse, um nicht als abhängig beschäftigt 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 sei bei einem Gesellschafter gegeben, der mehr als 50 Prozent der Anteile am Stammkapital hält.

Ein Geschäftsführer, der nicht über diese Kapitalbeteiligung verfügt und damit als Mehrheitsgesellschafter ausscheidet, sei dagegen grundsätzlich abhängig beschäftigt. Er ist ausnahmsweise nur dann als Selbstständiger anzusehen, wenn er exakt 50 Prozent der Anteile am Stammkapital hält oder ihm bei einer geringeren Kapitalbeteiligung nach dem Gesellschaftsvertrag eine umfassende („echte“ oder „qualifizierte“), die gesamte Unternehmenstätigkeit erfassende Sperrminorität eingeräumt ist. Denn der selbstständig tätige Gesellschafter-Geschäftsführer müsse eine Einflussmöglichkeit auf den Inhalt von Gesellschafterbeschlüssen haben und zumindest ihm nicht genehme Weisungen der Gesellschafterversammlung verhindern können. Demgegenüber sei eine „unechte“, auf bestimmte Gegenstände begrenzte Sperrminorität nicht geeignet, die erforderliche Rechtsmacht zu vermitteln (BSG-Urteil vom 19.09.2019 – B 12 R 25/18 R, Rz. 15 m. w. N und BSG-Urteil vom 14.03.2018 – B 12 KR 13/17 R, Rz. 21 m. w. N).

Typische Regelungen eines Arbeitsvertrages sind laut BSG u. a. die Verpflichtung des Geschäftsführers, seine Arbeitskraft gegen ein festes Gehalt zur Verfügung zu stellen, der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub und die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall.⁹ Der Gewährung erfolgsabhängiger Tantiemen kommt nach Einschätzung des BSG zwar als Anknüpfungspunkt für ein wirtschaftliches Eigeninteresse Bedeutung zu, dieses sei aber nicht allein entscheidend (BSG-Urteil vom 19.09.2019 – B 12 R 25/18 R, Rz. 17). Auch bei Arbeitnehmern seien leistungsorientierte Vergütungsbestandteile verbreitet (BSG-Urteil vom 29.08.2012 – B 12 KR 25/10 R, Rz. 28). Und auch fachliche Freiräume seien für viele Beschäftigte gegeben, die höhere Dienste leisten und von denen erwartet wird, dass sie ihre Aufgaben im Rahmen funktionsgerechter, dienender Teilhabe am Arbeitsprozess erfüllen (BSG-Urteil vom 04.06.2019 – B 12 R 11/18 R, Rz. 29).

Nach Ansicht des BSG ändert auch die Tatsache nichts, dass ein Gesellschafter-Geschäftsführer als **Angehöriger eines freien Berufs** tätig ist. Die für GmbH-Geschäftsführer geltenden Maßstäbe werden also nicht berufsrechtlich überlagert. Die Abgrenzung zwischen Beschäftigung und Selbstständigkeit erfolgt nach ständiger Rechtsprechung des BSG grundsätzlich nicht abstrakt für bestimmte Berufs- und Tätigkeitsbilder. Es sei daher möglich, dass ein und derselbe Beruf – je nach konkreter Ausgestaltung der vertraglichen Grundlagen in ihrer gelebten Praxis – entweder in Form der Beschäftigung oder als selbstständige Tätigkeit ausgeübt wird. Maßgebend seien stets die konkreten Umstände des individuellen Sachverhalts (BSG-Urteil vom 04.06.2019 – B 12 R 11/18 R, Rz. 18 m. w. N).

Insbesondere die Entscheidung des BSG zu einer Steuerberatungsgesellschaft vom 07.07.2020 (B 12 R 17/18) verdeutlicht, dass das BSG die Besonderheiten der freien Berufe im Rahmen der Sozialversicherungspflicht nicht anerkennt, sondern sie wie alle anderen Gesellschafter von Kapitalgesellschaften behandelt. Dort heißt es u. a. wie folgt: „Allein aus der Zuordnung zum „Freien Beruf“ lässt sich jedoch keine normative Wirkung in dem Sinn ableiten, dass die Angehörigen eines solchen Berufs grundsätz-

⁹ vgl. Ziffer 5.2 der Hinweise des Ausschusses Sozialrecht „Selbstständigkeit versus Scheinselbstständigkeit“ – Abgrenzung anhand der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts, <https://brak.de/die-brak/organisation/ausschuesse-und-gremien-der-brak/ausschuss-sozialrecht/>

lich einer selbstständigen Tätigkeit nachgingen und in erhöhtem Maße vor gesetzgeberischen Eingriffen – hier durch Begründung der Versicherungspflicht – geschützt wären.“ Und weiter: „Das Berufsrecht der Steuerberater geht zwar grundsätzlich von einer selbstständigen Tätigkeit aus, lässt aber auch den Status als Arbeitnehmer zu.“

Aus den Regelungen zur Befreiung der Mitglieder einer berufsständischen Versorgungseinrichtung von der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung ergibt sich keine andere Bewertung, so das BSG. Vielmehr setze § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 i. V. m. Abs. 5 Satz 1 SGB VI grundsätzlich das Bestehen von Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung voraus. Es handele sich insoweit um ein Konzept abgestufte– Schutzbedürftigkeit innerhalb der Beschäftigtenversicherung (BSG-Urteil vom 03.04.2014 - B 5 RE 13/14 R, Rz. 49 f). Auch das Urteil des BSG vom 15.12.2016 (B 5 RE 7/16 R) führe zu keinem anderen Ergebnis. Danach ist die Tätigkeit eines bei einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft angestellten Rechtsanwalts, der die Beratung und Vertretung von Rechtsuchenden nach dem Inhalt seines Arbeitsvertrags unabhängig und weisungsfrei wahrnimmt, mit dem Beruf eines Rechtsanwalts vereinbar und grundsätzlich befreiungsfähig. Diese Entscheidung stelle nicht das Bestehen von Versicherungspflicht nach § 7 SGB IV in Frage; sie bringe vielmehr den Beschäftigtenstatus gerade mit den Vorgaben des Berufsrechts in Einklang.

Die Statuszuordnung wird nach Einschätzung des BSG auch nicht durch die **arbeits- und zivilgerichtliche Rechtsprechung** vorgeprägt: Danach könne ein GmbH-Geschäftsführer (regelmäßig) nicht Arbeitnehmer der Gesellschaft sein, dessen Organ er ist (BGH-Urteil vom 29.01.1981 – II ZR 92/80). Ausnahmen seien im Rahmen einer Einzelfallabwägung nur dann anzuerkennen, wenn die Gesellschaft eine – über ihr gesellschaftsrechtliches Weisungsrecht hinausgehende – Weisungsbefugnis gerade bezüglich der konkreten Modalitäten der Leistungserbringung des Geschäftsführers hat (BAG-Beschluss vom 21.01.2019 – 9 AZB 23/18 und BAG-Urteil vom 26.05.1999 – 5 AZR 664/98). Allerdings bestehe kein vollständiger Gleichklang des arbeitsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs mit dem Beschäftigtenbegriff nach § 7 SGB IV (BSG Urteil vom 04.06.2019 – B 12 R 11/18 R, Rz. 19). Eine abhängige Beschäftigung von Geschäftsführern sei insbesondere auch nicht bereits deshalb ausgeschlossen, weil nach § 5 Abs 1 Satz 3 ArbGG Personen, die kraft Gesetzes, Satzung oder Gesellschaftsvertrags allein oder als Mitglieder des Vertretungsorgans zur Vertretung einer juristischen Person berufen sind, nicht als Arbeitnehmer gelten. Diese Regelung beschränke sich auf das Arbeitsgerichtsgesetz und habe keine Bedeutung für das Sozialversicherungsrecht. Der Zugehörigkeit zu den Beschäftigten der juristischen Person stehe auch nicht entgegen, dass Geschäftsführer im Verhältnis zu sonstigen Arbeitnehmern Arbeitgeberfunktionen wahrnehmen (stRspr.; vgl. BSG Urteil vom 14.03.2018 – B 12 KR 13/17 R, Rz. 19).

Beim BSG ist eine Revision anhängig (B 12 R 4/20 R, Vorinstanz: LSG Stuttgart, L 13 R 1216/17 vom 17.09.2019) mit der Fragestellung: „Schließt die in § 59f Abs. 4 BRAO normierte Weisungsfreiheit eine Versicherungspflicht aufgrund Beschäftigung von gleichberechtigten Gesellschafter-Geschäftsführern einer Rechtsanwaltsgesellschaft (§ 59c BRAO) aus?“ Es bleibt abzuwarten, wie das BSG in dieser Sache entscheiden wird.

2.5 Fazit

Die Rechtsprechung des BSG beinhaltet wichtige Abgrenzungskriterien. Dabei muss jedoch berücksichtigt werden, dass das BSG Einzelfallentscheidungen trifft, deren Aussagen und Abwägungen sich nicht ohne Weiteres auf andere Sachverhalte übertragen lassen. Daher sollten Gesellschafter-

Geschäftsführer sorgfältig prüfen, ob sie die vom BSG genannten Kriterien – oder besser Indizien – erfüllen und in ihrem konkreten Fall eine Sozialversicherungsfreiheit in Betracht kommt.

Sollten Zweifel bestehen, empfiehlt es sich, ein Statusfeststellungsverfahren bei der Deutschen Rentenversicherung Bund (DRV) durchzuführen (§ 7a¹⁰ SGB IV).¹¹

3. BRAO-Ergänzungsvorschlag der BRAK

Die Gleichbehandlung von Angehörigen der rechtsberatenen und steuerberatenden Berufe mit allen anderen Gesellschaftern von Kapitalgesellschaften ist nach Ansicht der BRAK nicht sachgerecht, insbesondere weil für diese Personengruppe keine Schutzbedürftigkeit innerhalb der Sozialversicherung besteht.

Daher schlägt die BRAK vor, im Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Berufsrechts der anwaltlichen und steuerberatenden Berufsausübungsgesellschaften sowie zur Änderung weiterer Vorschriften im Bereich der rechtsberatenden Berufe¹² eine Ergänzung der BRAO vorzunehmen, um die Sozialversicherungsfreiheit für Gesellschafter von Rechtsanwaltsgesellschaften festzustellen.¹³ Die im Regierungsentwurf vorgesehene Regelung des § 59b BRAO-E könnte entsprechend um einen neuen Absatz 4 ergänzt werden. Eine Regelung könnte wie folgt lauten:

Artikel 1 Nr. 23 – § 59b Abs. 4-neu BRAO:

Mitglieder einer Berufsausübungsgesellschaft sind als Gesellschafter für die Tätigkeit in der Berufsausübungsgesellschaft nicht sozialversicherungspflichtig. Dies gilt ab dem Zeitpunkt der Gesellschafterbestellung, auch wenn dieser in der Vergangenheit liegt.

Zur Begründung führt die BRAK an, dass nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts auch ein Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft sozialversicherungspflichtig sein kann (BSG-Urteil vom 14.03.2018 – B 12 KR 13/17 R). Ferner weist sie auf die fehlende Schutzbedürftigkeit von Angehörigen der rechtsberatenen und steuerberatenden Berufe innerhalb der Sozialversicherung hin. Die Gleichbehandlung mit allen anderen Gesellschaftern von Kapitalgesellschaften ist daher nicht sachgerecht. Ferner verweist die BRAK hinsichtlich der Befreiungsmöglichkeit von der gesetzlichen Rentenversicherung auf § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB VI, der diese Wertung unterstreicht.

Diese Ausführungen ersetzen keine individuelle rechtliche Beratung.

¹⁰ https://www.gesetze-im-internet.de/sgeb_4/_7a.html

¹¹ vgl. Ziffer 6 der Hinweise des Ausschusses Sozialrecht „Selbständigkeit versus Scheinselbständigkeit“ – Abgrenzung anhand der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts, <https://brak.de/die-brak/organisation/ausschuesse-und-gremien-der-brak/ausschuss-sozialrecht/>

¹² BT-Drucks. 19/27670

¹³ BRAK-Stellungnahme-Nr. 11/2020; <https://brak.de/zur-rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2021/februar/stellungnahme-der-brak-2021-11.pdf>

4. Liste der zitierten Entscheidungen

4.1 BSG

- BSG, Urteil vom 29.08.2012, Az.: B 12 KR 25/10 R, BSGE 111, 257
- BSG, Urteil vom 03.04.2014, Az.: B 5 RE 13/14 R, BSGE 115, 267
- BSG, Urteil vom 15.12.2016, Az.: B 5 RE 7/16 R, BSGE 122, 204
- BSG, Urteil vom 14.03.2018, Az.: [B 12 KR 13/17 R](#)¹⁴
(Sozialversicherungspflicht bzw. -freiheit – GmbH-Geschäftsführer – Sperrminorität – Kapitalbeteiligung – Erwerbsoption auf Gesellschaftsanteile – Rechtsmacht – keine Berücksichtigung von außerhalb des Gesellschaftsvertrags zustande gekommenen Abreden – abhängige Beschäftigung – selbstständige Tätigkeit)
- BSG, Urteil vom 04.06.2019, Az.: B 12 R 11/18 R, BSGE 128, 191 (Honorararzt)
- BSG, Urteil vom 19.09.2019, Az.: B 12 R 25/18 R, BSGE 129, 95
- BSG, Urteil vom 07.07.2020, Az.: [B 12 R 17/18 R](#)¹⁵
(Sozialversicherungspflicht – Gesellschafter-Geschäftsführer einer Berufsausübungsgesellschaft <hier: Steuerberatungsgesellschaft> – Rechtsmacht – Ausübung einer freiberuflichen, fachlich weisungsunabhängigen Tätigkeit für die GmbH – abhängige Beschäftigung)

4.2 BGH

- BGH, Urteil vom 29.01.1981, Az.: II ZR 92/80, BGHZ 79, 291

4.3 BAG

- BAG, Urteil vom 26.05.1999, Az.: 5 AZR 664/98
- BAG, Beschluss vom 21.01.2019, Az.: 9 AZB 23/18, BAGE 165, 61

¹⁴ <http://www.rechtsprechung-im-inter-net.de/jportal/portal/t/vm1/page/bsjrsprod.psmf?doc.hl=1&doc.id=KSRE139830214&documentnumber=1&numberofresults=1&doctyp=juris-r&showdoccase=1&doc.part=K¶mfromHL=true#focuspoint>

¹⁵ <http://www.rechtsprechung-im-inter-net.de/jportal/portal/t/vd9/page/bsjrsprod.psmf?doc.hl=1&doc.id=KSRE144620214&documentnumber=1&numberofresults=1&doctyp=juris-r&showdoccase=1&doc.part=L¶mfromHL=true#focuspoint>