

ggf. sogar zur Strafbarkeit nach § 23 ArbZG führen können. Beachtlich sind die Haftungsrisiken nach §§ 130, 30 OWiG sowie die signifikanten außerstrafrechtlichen Konsequenzen von Zuwiderhandlungen durch Eintragung rechtskräftiger Entscheidungen in die einschlägigen Register. Wettbewerbsnachteile können erheblich sein.

Die Vermeidung straf- und bußgeldrechtlicher Haftung setzt eine konsequente Arbeitszeit Compliance voraus.

ENTSCHEIDUNGSKOMMENTARE

Rechtsanwältin und Diplom-Finanzwirtin (FH)
Antje Klötzer-Assion, Frankfurt a.M.

Scheinselbständigkeit bzw. illegale Arbeitnehmerüberlassung – intendierte Umgehung der Sozialversicherungspflicht durch „Ein-Personen-Gesellschaften“?

Anmerkung zu BSG Urteil vom 20.7.2023 – B 12 BA 1/23 R, B 12 R 15/21 R und B 12 BA 4/22 R

I. Vorspann

In der Ausgabe 3/2017 dieses Journals hat sich die Verfasserin anlässlich der AÜG-Novelle 2017 mit Fragen des Fremdpersonaleinsatzes auseinandergesetzt und zugleich das Urteil des BAG vom 17.1.2017 – 9 AZR 76/16¹, besprochen.

Das Urteil des 9. Senats des BAG vom 17.1.2017 betraf die sog. „Selbstüberlassung“ eines Alleingeschäfters und alleinigen Geschäftsführers eines Verleihunternehmens – hier einer GmbH. Der 9. Senat des BAG hatte über folgenden Sachverhalt entschieden:

„Ein Kameramann war bei einer Rundfunkanstalt des öffentlichen Rechts als freier Mitarbeiter im Einsatz. Bei der Rundfunkanstalt gab es nach internen Vorgaben eine Beschränkung der Beauftragung freier Mitarbeiter auf höchstens 60 Tage im Kalenderjahr.

Der frühere Produktionschef der Auftraggeberin erklärte dem freien Mitarbeiter, umfangreichere Einsätze seien möglich, wenn er über ein Verleihunternehmen mit Erlaubnis nach § 1 AÜG entliehen werden könne. Vor diesem Hintergrund gründete der (vormals) freie Mitarbeiter die T. GmbH, welche auch eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung erhielt. Zwischen ihm als Alleingeschäfters und alleinigem Geschäftsführer und der T. GmbH bestand kein Arbeitsverhältnis.

Die T. GmbH beschäftigte aber Arbeitnehmer, welche sie auch verlieh; in geringem Umfang u.a. an besagte Rundfunkanstalt des öffentlichen Rechts. Zwischen dieser – der späteren Beklagten – und der T. GmbH wurde eine Rahmenvereinbarung zur Arbeitnehmerüberlassung von Produktionspersonal und ggf. Sachmitteln getroffen. Die T. GmbH versicherte darin, über eine Erlaubnis zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung gemäß § 1 AÜG zu verfügen. Die T. GmbH verpflichtete sich zudem, nur solche Arbeitnehmer zu überlassen, die zu ihr mindestens für die Dauer der Überlassung in einem Arbeitsverhältnis stehen. Auf der Grundlage dieser Rahmenvereinbarung erfolgten entsprechende Personalabrufe und -einsätze. Mit wenigen Ausnahmen wurde überwiegend der Alleingeschäfters und alleinige Geschäftsführer der T. GmbH – der spätere Kläger – bei der Beklagten eingesetzt. 2014 erhob dieser Klage zum ArbG Kiel und begehrte die Feststellung eines Arbeitsverhältnisses zwischen ihm und der Beklagten.

Er sei, so der Kläger, im Umfang einer Vollzeitkraft als Kameramann zu beschäftigen. ‚Der Begründung eines Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten könne nicht entgegengehalten werden, dass er im Rahmen einer erlaubten Arbeitnehmerüberlassung tätig geworden sei. Als Alleingeschäfters und Geschäftsführer der T. GmbH sei er nicht deren Arbeitnehmer gewesen und könne dementsprechend auch nicht als solcher an die Beklagte verliehen worden sein.‘ Der Kläger trug vor, weisungsabhängig und in den Betrieb der Beklagten voll integriert gewesen zu sein.“²

Das ArbG Kiel wies die Klage seinerzeit als unbegründet ab. Das erstinstanzliche Urteil wurde auf die Berufung des Klägers vom LAG Schleswig-Holstein jedoch kassiert. Die Beklagte war verurteilt worden, den Kläger als Kameramann in Vollzeit zu beschäftigen. Kurz gefasst mit folgender Begründung:

„Zwischen den Parteien sei ein Arbeitsverhältnis in Vollzeit begründet worden. Das AÜG finde aus Rechtsgründen keine Anwendung, da Voraussetzung sei, dass die zur Arbeitsleistung überlassene Person Arbeitnehmer des Verleihers ist. Dies sei jedoch nicht der Fall gewesen.

¹ ZIP 2017, 836 = NJW 2017, 2058; weitere Besprechungen u.a. von Winzer, Arbeitnehmerstatus eines GmbH-Geschäftsführers und Arbeitnehmerüberlassung, ArbRAktuell 2017, 223; EWiR 2017, 381 m. Anm. Dr. Reinhold Mauer; GmbHR 2017, 748 m. Anm. Claudia Kothe-Heggemann.

² Klötzer-Assion, Sich selbst überlassen?!, WiJ 3.2017, 98 f.

Entsprechend habe die Prüfung des Status des Klägers nach allgemeinen arbeitsrechtlichen Abgrenzungskriterien zu erfolgen.⁸ Die zwischen der Beklagten und der T. GmbH geschlossene Rahmenvereinbarung zur Arbeitnehmerüberlassung sei darauf ausgerichtet gewesen, die Schutzvorschriften des Arbeitsrechts zum Nachteil des Klägers zu umgehen. Die Einschaltung der Firma T. als Verleihunternehmen erfolgte aufgrund der Anregung des verantwortlichen Mitarbeiters M. des Beklagten gegenüber dem Kläger, er könne im Wege der Leiharbeit bei ihm eingesetzt werden. Den verantwortlichen Mitarbeitern der Beklagten war auch bekannt, dass der Kläger tatsächlich Geschäftsführer der Firma T. war. Das konnten diese ohne Weiteres aus den regelmäßig vom Kläger unterzeichneten Rahmendienstverträgen der Firma T. mit dem Beklagten ersehen, in denen der Kläger als Geschäftsführer der T. zeichnete. Nach den Erörterungen im Berufungstermin war unstreitig, dass nicht nur im Jahr 2012 sondern auch in den Jahren zuvor jeweils Rahmenverträge vom Kläger und dem verantwortlichen Produktionschef und dem verantwortlichen Produktionsleiter des Beklagten unterzeichnet worden waren. Ferner wiesen sämtliche vom Kläger für die Firma T. bei dem Beklagten eingereichten Rechnungen den Kläger als Geschäftsführer dieser Firma aus. Damit lag zum Zeitpunkt der jeweiligen Einsätze des Klägers für den Beklagten offen zutage, dass der Kläger gerade nicht in seiner Eigenschaft als Arbeitnehmer für die T. einer dieser gegenüber bestehenden Verpflichtung nachkam, wenn er seine Dienste bei dem Beklagten antrat.¹³

Der 9. Senat des BAG sah dies anders und entschied, der Alleingesellschafter und Geschäftsführer der T. GmbH sei unter keinem Gesichtspunkt Arbeitnehmer der T. GmbH gewesen. Entsprechend habe auch keine Überlassung eines Arbeitnehmers zur Arbeitsleistung i.S.d. § 1 Abs. 1 AÜG vorgelegen.

„Das sich ‚Sichselbstüberlassen‘ eines Alleingeschafters und Alleingeschaftsführers eines Verleihunternehmens unterfalle nicht dem Anwendungsbereich des AÜG.“¹⁴

Die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher nach § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG – so der 9. Senat des BAG – diene dem Schutz des **Arbeitnehmers** für den Fall, dass der Verleiher nicht im Besitz einer Erlaubnis sei.

„Das Vorliegen einer Verleiherlaubnis berechtige den Verleiher, Arbeitnehmer im Rahmen seiner wirtschaftlichen Tätigkeit an Dritte zur Arbeitsleistung zu überlassen. Die gesetzgeberische Wertung, wonach bei Vorliegen einer Verleiherlaubnis kein Arbeitsverhältnis zum Entleiher begründet werde, sei auf die (Selbst-)Überlassung des Alleingeschafters und alleinigen Geschäftsführers einer GmbH grundsätzlich übertragbar, soweit der Gesellschafter-Geschäftsführer die weisungsgebundenen Arbeitsleistungen nach dem tatsächlichen Geschäftsinhalt der unter seiner Beteiligung getroffenen Überlassungsvereinbarung nicht bereits von vornherein persönlich zu erbringen hatte. Die Auswahlentscheidung, welche konkrete Arbeitskraft dem Entleiher zur Verfügung gestellt wird, trifft allein der Verleiher.“¹⁵

„Soweit der Alleingeschafters und -geschäftsführer die autonome Entscheidung treffe, selbst tätig zu werden, werde ‚seine Vertragsbeziehung zur Gesellschaft‘ betroffen, ohne auf das durch den Arbeitnehmerüberlassungsvertrag vermittelte Rechtsverhältnis zum Entleiher auszustrahlen. Der Geschäftsführeranstellungsvertrag behält seine Rechtswirksamkeit. Die Neubegründung eines weiteren Arbeitsverhältnisses bei dem Entleiher ist durch den Schutzzweck des AÜG nicht veranlasst.“

Entgegen der Auffassung des LAG liege auch kein institutioneller Rechtsmissbrauch vor. Eine ‚Umgehung zwingender arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften zur Verhinderung einer gesetzlich an sich vorgesehenen Begründung eines Rechtsverhältnisses zur Beklagten‘ sei nicht intendiert gewesen. Ausschlaggebend sei hier die umfassende unternehmerische Betätigung der T. GmbH, welche über eine ‚Ein-Mann-GmbH‘ mit dem einzigen Zweck des Verleihs des Klägers hinausgehe. Die ‚Zwischenschaltung der T.GmbH‘ stelle auch kein Scheingeschäft i.S.d. § 117 Abs. 1 BGB dar, durch das ein Arbeitsverhältnis hätte verdeckt werden sollen. Vielmehr hätten beide Vertragspartner übereinstimmend Rahmenvereinbarungen zur Überlassung von Arbeitskräften geschlossen.¹⁸ 12 LAG Schleswig-Holstein, Urteil vom 1.12.2015, 1 Sa 439 b/14, Rn. 90, zitiert nach juris. 13 BAG ZIP 2017, 836, 838. 14 BAG ZIP 2017, 836, 838. 15 BAG ZIP 2017, 836, 838 f. 16 BAG ZIP 2017, 836, 839. 17 BAG ZIP 2017, 836, 840. 18 BAG ZIP 2017, 836, 840. Erschienen im Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin unter www.compliancedigital.de. Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt. Kontakt: ESV@ESVmedien.de 587013053879 WiJ Ausgabe 3.2017 Entscheidungskommentare 101 3. Zusammenfassung Als Kernaussagen lassen sich festhalten: Das AÜG gelangt (nur) zur Anwendung, wenn Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung an einen Dritten überlassen werden und dessen Direktionsrecht unterliegen. Die gesetzgeberische Wertung, wonach bei Vorliegen einer Verleiherlaubnis kein Arbeitsverhältnis zum Entleiher begründet werde, ist auf die (Selbst-)Überlassung des Alleingeschafters und alleinigen Geschäftsführers einer GmbH grundsätzlich übertragbar. Dies jedenfalls, solange dieser ‚die weisungsgebundenen Arbeitsleistungen nach dem tatsächlichen Geschäftsinhalt der unter seiner Beteiligung getroffenen Überlassungsvereinbarung nicht bereits von vornherein persönlich zu erbringen hatte.“¹⁶

³ Klötzer-Assion, Sich selbst überlassen?!, WiJ 3.2017, 98, 99.

⁴ Klötzer-Assion, Sich selbst überlassen?!, WiJ 3.2017, 98, 100; dazu auch Werner, Ist das AÜG auf Geschäftsführer anwendbar?, NZA 2023, 21.

⁵ Klötzer-Assion, Sich selbst überlassen?!, WiJ 3.2017, 98, 100.

⁶ Klötzer-Assion, Sich selbst überlassen?!, WiJ 3.2017, 98, 100; zum Thema auch: Zieglmeier, Pflegepersonalgestellung mittels zwischen-geschalteter Ein-Personen-Gesellschaften, GuP 2022, 177; Hördt, Änderungen im Statusfeststellungsverfahren und die jüngste Rechtsprechung zur Scheinselbstständigkeit und zu „Workation“, ArbR-Aktuell 2022, 273; Michael, Die Überlassung als Geschäftsführer – Anwendbarkeit des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes? DStR 2018, 529; Uffmann, Aktuelle Fragen der Solo-Selbstständigkeit, RdA 2019, 360.

Aus Sicht der Criminal Compliance – einer Facette der Contractor Compliance – erschien bemerkenswert, dass nach Auffassung des 9. Senats des BAG auf Seiten des Entleihers keine (!) Verpflichtung zur Überprüfung der konkreten Rechtsbeziehung zwischen der überlassenen Arbeitskraft und dem Verleiher bestand. Weder, so der Senat, liege in der Konstruktion ein institutioneller Rechtsmissbrauch in Form der Umgehung zwingender arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften zur Verhinderung einer gesetzlich an sich vorgesehenen Begründung eines Rechtsverhältnisses zur Beklagten, noch stelle die Zwischenschaltung der T. GmbH ein Scheingeschäft i.S.d. § 117 Abs. 1 BGB dar, durch das ein Arbeitsverhältnis hätte verdeckt werden sollen. Letztlich sollte die Gründung der GmbH nicht auf Umgehung ausgerichtet gewesen sein.

II. BSG Urteil vom 20.7.2023 – B 12 BA 1/23 R, B 12 R 15/21 R und B 12 BA 4/22 R

In eine andere Richtung geht erwartungsgemäß die noch nicht veröffentlichte Entscheidung des 12. Senats des BSG vom 20.7.2023.

1. Sachverhalt laut Terminvorschau

Jüngst hatte der 12. Senat des BSG darüber zu entscheiden, ob sich die Tätigkeit einer natürlichen Person nach ihrem Gesamtbild nur deshalb nicht als sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis darstellt, weil Verträge zwischen Auftraggeber und einer Kapitalgesellschaft bestehen, deren alleiniger Geschäftsführer und Gesellschafter die natürliche Person ist. Die Tätigkeiten waren jeweils nur von der natürlichen Person erbracht worden.

In allen dem 12. Senat des BSG zur Entscheidung vorliegenden Fällen hatte die DRV ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis festgestellt.

Abweichend von der unter I. beschriebenen und dem 9. Senat des BAG vorgelegenen Sachverhaltskonstellation war Vertragspartner eine UG, diese war nicht im Besitz einer Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis, und der Geschäftsführer hatte mit der UG einen Anstellungsvertrag geschlossen.

Hinweise auf den Sachverhalt enthielt die Terminvorschau zum Verhandlungstermin am 20.7.2023⁷:

„Der Kläger ist ausgebildeter Krankenpfleger sowie alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer der zu 5. beigeladenen haftungsbeschränkten Unternehmergesellschaft (UG). Unternehmensgegenstand ist unter anderem die selbstständige Erbringung von Pflegedienstleistungen im ambulanten und stationären Bereich. Eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung besitzt die UG nicht. Für die Tätigkeit als Geschäftsführer sieht der vom Kläger und der UG abgeschlossene Anstellungsvertrag ein monatliches Bruttogehalt von 500 Euro und eine Tantieme von 15 % des Jahresgewinns vor. Für konkrete Einsatzzeiträume im Jahr 2017 schloss die

UG als ‚Auftragnehmer‘ mit der zu 1. beigeladenen Trägerin eines Krankenhauses als ‚Auftraggeber‘ Dienstleistungsverträge über die eigenverantwortliche Planung, Durchführung, Dokumentation und Überprüfung von häuslicher/stationärer Kranken-/Altenpflege. Vereinbart war der Einsatz fachlich geeigneter und qualifizierter Personen zu einem Stundenhonorar von 36 Euro, ein außerordentliches Kündigungsrecht der UG bei Verhinderung des eigenen Personals und eine Weisungsfreiheit bei Durchführung der übertragenen Tätigkeiten. Während der vertraglich vereinbarten Einsatzzeiten war der Kläger die einzige ausgebildete Pflegefachkraft der UG; er wurde für die Beigeladene zu 1. auf einer ihrer Krankenhausstationen tätig.

Insoweit stellte die Beklagte die Versicherungspflicht des Klägers in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung aufgrund Beschäftigung fest.

Das Sozialgericht hat die Verwaltungsentscheidung aufgehoben und festgestellt, dass der Kläger nicht versicherungspflichtig beschäftigt gewesen sei. Auf die Berufung der Beklagten hat das Landessozialgericht den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts aufgehoben und die Klage abgewiesen. Bei den Dienstleistungsverträgen handele es sich nicht um Scheingeschäfte. Der Kläger sei dem Weisungsrecht der Beigeladenen zu 1. unterworfen und in deren Betriebsablauf eingegliedert gewesen. Der sozialversicherungsrechtlichen Statuszuordnung stehe ein zwischen zwei juristischen Personen des Privatrechts geschlossener Dienstleistungsvertrag nicht entgegen. Mit der Überlassung des Klägers als Pflegefachkraft habe seine Organstellung als Geschäftsführer der UG geendet.⁸

2. Entscheidung laut Terminbericht

Der 12. Senat des BSG entschied:

„Der Kläger unterlag in seiner Tätigkeit für die beigeladene Krankenhausträgerin in den streitigen Zeiträumen aufgrund Beschäftigung der Versicherungspflicht in der GRV sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung. Geschäftsinhalt der Vereinbarungen zwischen der UG und der Krankenhausträgerin war der weisungsgebundene Einsatz geeigneter Personen zur Krankenpflege allein im Interesse der Krankenhausträgerin und unter Eingliederung in die Organisation des Krankenhauses. Ein für eine selbstständige Werk- oder Dienstleistung erforderlicher unternehmerischer Gestaltungsspielraum kam der UG nicht zu. **Verpflichtet sich eine Ein-Personen-UG gegenüber einem anderen Unternehmen vertraglich zur Erbringung von Tätigkeiten, die ihrer Art nach eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des anderen Unternehmens und eine Weisungsgebundenheit an dortige Weisungsgeber bedingen, sind ausdrückliche ver-**

⁷ https://www.bsg.bund.de/SharedDocs/Verhandlungen/DE/2023/2023_07_20_B_12_BA_01_23_R.html.

⁸ https://www.bsg.bund.de/SharedDocs/Verhandlungen/DE/2023/2023_07_20_B_12_BA_01_23_R.html.

tragliche Vereinbarungen zwischen dem die Tätigkeit selbst ausführenden Gesellschafter-Geschäftsführer der UG und dem anderen Unternehmen zur Begründung eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses nicht erforderlich. Vergleichbar dem Rechtsinstitut des fingierten Arbeitsverhältnisses nach § 10 Absatz 1 Satz 1 AÜG im Fall einer unwirksamen Arbeitnehmerüberlassung bestimmt sich die rechtliche Beurteilung als Beschäftigung vielmehr anhand der Vereinbarungen zwischen der UG und dem anderen Unternehmen sowie der praktischen Durchführung dieses Vertrags.

Eine erlaubte Arbeitnehmerüberlassung scheidet aus, weil die UG weder über die erforderliche Erlaubnis noch über weitere qualifizierte Arbeitskräfte zur Erfüllung der übernommenen Tätigkeit verfügte. **Auf den Eintritt der Fiktion eines Arbeitsverhältnisses nach § 10 Absatz 1 Satz 1 AÜG infolge einer unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung kommt es nicht an, weil eine Beschäftigung nach § 7 SGB IV nicht das Zustandekommen eines Arbeitsvertrags voraussetzt.** Nach der im Sozialversicherungsrecht herrschenden Eingliederungstheorie genügt grundsätzlich die tatsächliche Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation.“ [Hervorhebung nicht im Original]⁹

3. Anmerkung der Verfasserin

Die Einordnung durch den 12. Senat des BSG kommt bei dieser Sachverhaltskonstellation nicht gerade überraschend. Fakt ist: mit vertraglicher oder gesellschaftsrechtlicher Gestaltung lassen sich sozialversicherungsrechtliche Vorgaben nicht aushebeln.¹⁰

ABER: Auch die Entscheidung des 12. Senats vom 20.7.2023 zur sozialversicherungsrechtlichen Seite macht in Bezug auf das Straf- und Bußgeldrecht die Frage nach der Intention der Vertragsparteien nicht entbehrlich!

Mit Blick auf erhebliche straf- und bußgeldrechtliche Konsequenzen bei Statusverfehlungen¹¹ ist einmal mehr für Verteidiger und Berater in Angelegenheiten der besprochenen Art von Bedeutung, dass es im **Vorfeld sehr wohl divergierende (und schwer verständliche!) Entscheidungen der Landessozialgerichte** gegeben hatte – mit entsprechender Auswirkung auf die – laienhafte – Vorstellungsbildung beim Rechtsunterworfenen und damit auf die Bildung eines Tatvorsatzes in Abgrenzung von leichtfertiger oder gar einfach fahrlässiger bis unverschuldeter Statusverfehlung.

Dass der GKV-Spitzenverband Berlin, Deutsche Rentenversicherung Bund, Berlin und Bundesagentur für Arbeit, Nürnberg schon 2010 festhielt

„Ist der Auftraggeber eine rechtsfähige Personengesellschaft (z. B. OHG, KG, GmbH & Co. KG, Partnerschaftsgesellschaft, GbR), schließt dies ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis zum Auftraggeber im Regelfall aus. Dies gilt jedoch nicht, wenn im Einzelfall die Merkmale einer abhängigen Beschäftigung mit entsprechender Weisungsgebundenheit gegenüber den Merkmalen einer selbstständigen Tätigkeit überwiegen. Die gleiche Beurteilung gilt grundsätzlich auch, sofern es sich bei

dem Auftragnehmer um eine Ein-Personen-Gesellschaft (z. B. Ein-Personen-GmbH bzw. Ein-Personen-Limited) handelt. Insbesondere bei typischen Beschäftigungsverhältnissen – wie beispielsweise bei den nicht programmgestaltenden Mitarbeitern in der Film- und Fernsehproduktion – kann die Gründung einer Ein-Personen-GmbH oder Ein-Personen-Limited nicht zur Umgehung eines sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses führen. Beurteilt nach den maßgebenden tatsächlichen Verhältnissen sind diese Personen vielmehr weisungsgebunden in die Arbeitsorganisation der Unternehmen eingegliedert. Arbeitnehmer kann – anders als ein Arbeitgeber – ausschließlich eine natürliche Person sein, so dass die Gründung einer Ein-Personen-GmbH oder Ein-Personen-Limited in diesen Fällen sozialversicherungsrechtlich ins Leere geht.“¹²

ändert daran nichts.

Auf folgende Urteile aus jüngerer Zeit soll hingewiesen sein:

a. Sächsisches LSG, Urteil vom 15.11.2022 – L 9 BA 38/19 (Sozialversicherungspflicht bejaht)

Das Sächsische LSG hatte z. B. im Urteil vom 15.11.2022 – L 9 BA 38/19 zum Einsatz eines alleinigen Gesellschafter-Geschäftsführer einer UG entschieden,

„Der Kläger unterlag im Rahmen der vereinbarungsgemäßen Erfüllung der Pflegediensttätigkeit einem – im Sinne einer funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess verfeinerten – Weisungsrecht der Beigeladenen zu 1 nach Ort, Zeit, Dauer und Inhalt der Arbeitsleistung und war in einer seine Tätigkeit prägenden Weise in den Betriebsablauf der Beigeladenen zu 1 eingegliedert. Die in § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB IV genannten Anhaltspunkte der Weisungsgebundenheit und der Eingliederung stehen weder in einem Rangverhältnis zueinander noch müssen sie stets kumulativ vorliegen (BSG, Urteil vom 19. Oktober 2021 – B 12 R 10/20 R – juris, Rn. 24).“¹³

Im Leitsatz bringt das Sächsische LSG klar zum Ausdruck:

„Mit Antritt der Beschäftigung als stationäre Pflegefachkraft im Krankenhaus der GmbH beendete der Kläger faktisch seine Organstellung als Geschäftsführer der UG, da er sich vollständig dem Weisungsrecht der gesamtverantwortlichen

⁹ https://www.bsg.bund.de/SharedDocs/Verhandlungen/DE/2023/2023_07_20_B_12_BA_01_23_R.html.

¹⁰ Stück, Sozialversicherungspflicht – Scheinselbstständigkeit bei Ein-Personen-Kapitalgesellschaft, CCZ 2023, 257.

¹¹ Klösel/Klötzer-Assion/Mahnhold – Klötzer-Assion, Contractor Compliance, 2. Auf. 2023, 4. Teil, Kapitel 4.

¹² Niederschrift zum Besprechungsergebnis der Spitzenverbände (GKV-Spitzenverband Berlin, Deutsche Rentenversicherung Bund, Berlin und Bundesagentur für Arbeit, Nürnberg) vom 13.04.2010, Rn. 43, 44, abrufbar unter: https://www.informationsportal.de/wp-content/uploads/document__1085__2010-04-13-14.pdf.

¹³ Sächsische LSG Urteil vom 15.11.2022 – L 9 BA 38/19, abgerufen unter: <https://www.sozialgerichtsbarkeit.de/node/172694>.

GmbH unterordnete und sich in deren fremdbestimmten organisatorischen Rahmen und deren Betriebsabläufe eingliederte.¹⁴

b. Hessisches LSG, Urteil vom 18.11.2021 – L 1 BA 25/21 (Sozialversicherungspflicht verneint)

Abweichend hatte das Hessische LSG im Urteil vom 18.11.2021 – L 1 BA 25/21 geurteilt:

„Ob die Tätigkeit des Klägers in dem von der Rechtsvorgängerin der Beigeladenen zu 1 betriebenen Krankenhaus in Dieburg als abhängige Beschäftigung bei eben dieser zu bewerten ist, hängt jedoch vorliegend davon ab, welche rechtliche Bedeutung der Tatsache zukommt, dass die maßgeblichen Dienstleistungsvereinbarungen mit der Beigeladenen zu 5 und nicht mit dem Kläger direkt geschlossen worden sind. Grundsätzlich gilt, dass der Kläger – soweit er **nicht Vertragspartei** der Rechtsvorgängerin der Beigeladenen zu 1 gewesen ist – zu dieser auch nicht in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis gestanden haben kann.

Die Dienstleistungsvereinbarungen weisen die Beigeladene zu 5 als Auftragnehmer aus. Allerdings enthalten diese Vereinbarungen Formulierungen, die für eine GmbH als Auftragnehmerin unpassend sind. Dies gilt insbesondere für die §§ 2 Abs. 2, 8 und 10. Diese unpassenden Formulierungen führen jedoch nicht dazu, dass – anstelle der Beigeladene zu 5 – von dem Kläger als Vertragspartei (Auftragnehmer) auszugehen ist.

Die auch im Sozialversicherungsrecht zu beachtende jeweils eigenständige Rechtssubjektivität von natürlicher und juristischer Person gebietet ihre Unterscheidung auch in ihrer Beziehung zueinander. Bei der Prüfung der Frage, wer ‚Auftraggeber‘ im Sinne von § 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI der jeweiligen selbstständig erwerbstätigen natürlichen Person ist, kommt nicht in Betracht, die Rechtspersönlichkeit beteiligter juristischer Personen ‚hinwegzufingieren‘ und anschließend das Resultat dieser Vorgehensweise allein der natürlichen Person zuzuordnen (s. BSG, Urteil vom 24.11.2005, B 12 RA 1/04 R, juris Rn. 15 f.).

Es besteht verfassungsrechtlich wie einfachgesetzlich auch im hieran anknüpfenden Sozialrecht vielmehr eine grundsätzliche Verpflichtung, die vom bürgerlichen Recht gewährleistete und ausgestaltete eigenständige Existenz und Handlungsfähigkeit juristischer Personen rechtlich zu Grunde zu legen. Die Existenz und Vielfalt der Erscheinungsform juristischer Personen sind Ausdruck der grundsätzlichen Verpflichtung des Gesetzgebers aus Art. 9 Abs. 1 GG, das Vereins- und Gesellschaftsrecht so auszugestalten, dass ein Ausgleich von freier Assoziation und Selbstbestimmung der Vereinigungen unter Berücksichtigung der Notwendigkeit eines geordneten Vereinslebens und schutzwürdiger sonstiger Belange gewährleistet ist. Die auf dieser Grundlage ermöglichte inländische juristische Person ist rechtsfähig und nimmt gleichwertig mit den natürlichen Personen am Rechtsleben teil. Sie hat aus Art. 19 Abs. 3 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG einen grundsätzlichen – wenn auch nicht schematischen – Anspruch auf Gleichbehandlung mit natürlichen Personen und kann sich

daneben unter anderem auf die Grundrechte aus Art. 5 GG und Art. 14 GG sowie insbesondere auf das Grundrecht der wirtschaftlichen Entfaltungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG berufen (BSG, a.a.O., Rn. 19 mwN). Dem entspricht einfachgesetzlich die selbstständige Inhaberschaft von Rechten und Pflichten der GmbH (§ 13 Abs. 1 GmbHG) sowie die – grundsätzliche – Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen (§ 13 Abs. 2 GmbHG). **Über die Rechtsfigur der juristischen Person darf nicht leichtfertig und schrankenlos hinweggegangen werden. Dies gilt ebenso für die rechtliche Verschiedenheit zwischen der – seit der GmbH-Novelle des Jahres 1980 (Gesetz vom 04.07.1980, BGBl I 836) ausdrücklich (z. B. § 1 GmbHG) geregelten – Ein-Personen-GmbH und ihrem Alleingesellschafter, die nur in besonderen Ausnahmefällen durchbrochen werden darf** (BSG, a.a.O., Rn. 20 mwN).¹⁵ [Hervorhebung nicht im Original]

Das Hessische LSG stützte sich auf eine Entscheidung des 12. Senats des BSG vom 24.11.2005¹⁶, die jedoch einen etwas anderen Hintergrund hatte. Es ging im damaligen Entscheidungsfall um die Frage, ob der nicht in einem Anstellungsverhältnis mit der Ein-Mann-GmbH stehende Alleingesellschafter und Geschäftsführer (Konstellation wie oben unter I.) nach § 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI sozialversicherungspflichtig ist, nämlich als Solo-Selbständiger mit nur einem Auftraggeber ohne eigene Arbeitnehmer.

Nach § 2 SGB VI sind Selbständige versicherungspflichtig, die regelmäßig keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigen und auf Dauer oder im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig sind; bei Gesellschaften gelten als Auftraggeber die Auftraggeber der Gesellschaft, § 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI.

Der Kläger hatte geltend gemacht, § 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI sei auf juristische Personen – hier die UG, die Vertragspartner ist – nicht anwendbar. Der Kläger war als Geschäftsführer im maßgeblichen Verhältnis zu „seiner“ GmbH nicht abhängig beschäftigt.

Der 12. Senat des BSG hielt hierzu fest:

„Der als Rechtsgrundlage für die Versicherungspflicht des Klägers in seiner Tätigkeit für die GmbH danach allein in Betracht kommende § 2 Nr 9 SGB VI begründete zunächst idF durch Art 3 Nr 4 des Gesetzes zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte vom 19. Dezember 1998 (BGBl I 3843) Versicherungspflicht ab dem 1. Januar 1999 für selbstständig tätige Personen, die im Zusammenhang ihrer selbstständigen Tätigkeit mit Aus-

¹⁴ Sächsische LSG Urteil vom 15.11.2022 – L 9 BA 38/19, abgerufen unter: <https://www.sozialgerichtsbarkeit.de/node/172694>; ebenfalls mit Feststellung einer sozialversicherungspflichtigen, abhängigen Beschäftigung einer Pflegekraft: LSG Berlin und Brandenburg Urteil vom 11.3.2020 – L 9 KR 132/16.

¹⁵ Hessisches LSG Urteil vom 18.11.2021 – L 1 BA 25/21, Rn. 40 zitiert nach openjur.

¹⁶ BSG Urteil vom 24.11.2005 – B 12 RA 1/04 R, abgerufen unter: <https://www.sozialgerichtsbarkeit.de/legacy/25915?modul=esgb&id=25915>.

nahme von Familienangehörigen (§ 7 Abs 4 Satz 3 SGB IV) keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigen sowie regelmäßig und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig sind (sog arbeitnehmerähnliche Selbstständige). Durch Art 2 Nr 1 Buchst a des Gesetzes zur Förderung der Selbstständigkeit vom 20. Dezember 1999 (BGBl 2000 I 2) wurde § 2 (nunmehr Satz 1) Nr. 9 SGB VI in der Weise rückwirkend zum 1. Januar 1999 geändert, dass selbstständig tätige Personen versicherungspflichtig sind, die a) im Zusammenhang mit ihrer selbstständigen Tätigkeit regelmäßig keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigen, dessen Arbeitsentgelt aus diesem Beschäftigungsverhältnis regelmäßig 630 Deutsche Mark im Monat übersteigt, und b) auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig sind (vgl zur Begründung BT-Drucks 14/1855 S 8 f). Seit-her sind Änderungen nur noch hinsichtlich der Entgeltgrenze in Buchst a erfolgt (vgl Art 7 Nr 2 4. Euro-Einführungsgesetz vom 21. Dezember 2000, BGBl I 1983, und Art 4 Nr 1 Buchst a Buchst bb des Zweiten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23. Dezember 2002, BGBl I 4621).¹⁷

§ 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI, so der 12. Senat, regele allein die Versicherungspflicht natürlicher Personen. **Dieser Umstand schließe es „gleichzeitig von vornherein aus, die Tatbestandsvoraussetzungen des § 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI zunächst auch in Bezug auf eine juristische Person zu prüfen**, um dann die Rechtsfolge der Versicherungspflicht bei einer beteiligten natürlichen Person eintreten zu lassen (vgl in diesem Sinne aber etwa Brand, DB 1999, 1162, 1168). Vielmehr gebietet die auch im Sozialversicherungsrecht zu beachtende jeweils eigenständige Rechtssubjektivität von natürlicher und juristischer Person ihre Unterscheidung auch in ihrer Beziehung zueinander.¹⁸

Die Versicherungspflicht des Klägers in seiner selbstständigen Tätigkeit sei nicht deshalb ausgeschlossen, weil er als Geschäftsführer für die GmbH tätig ist.

Für die Frage, wer Auftraggeber der jeweiligen selbstständig erwerbstätigen natürlichen Person i.S.d. § 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI sei, könne die Rechtspersönlichkeit beteiligter juristischer Personen nicht „hinwegfingiert“ werden.

Die Ergebnisse der selbstständigen Tätigkeit des Klägers, die dieser als deren Erfüllungsgehilfe und ohne eigene Arbeitnehmer gegenüber Dritten erbringe, so der 12. Senat, kämen dauerhaft und allein der GmbH zugute.

Fazit: Diese sei „damit der allein in Betracht kommende ‚Auftraggeber‘ im Sinne des § 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI. Darauf, mit welchen und wie vielen Partnern der Auftraggeber seinerseits gleichzeitig in wirtschaftlichem und/oder rechtlichem Kontakt steht, kommt es demgegenüber nicht an. Insofern fehlt es an der erforderlichen Rechtsgrundlage für eine Zuordnung, die im Einzelfall die unterschiedliche Rechtssubjektivität überbrücken könnte.

Im Gegenteil besteht verfassungsrechtlich wie einfachgesetzlich auch im hieran anknüpfenden Sozialrecht eine grundsätzliche Verpflichtung, die vom bürgerlichen Recht gewährleistete und ausgestaltete eigenständige Existenz und Handlungsfähigkeit juristischer Personen rechtlich zu Grunde zu legen. Eine spezialgesetzliche Ermächtigung, von den vom Parlaments-Gesetzgeber mit Schaffung des GmbHG getroffenen grundsätzlichen Wertungen abzuweichen, fehlt. Die abweichende Auffassung kann sich auch nicht etwa auf eine entsprechende richterliche Rechtsfortbildung durch das BSG berufen. Insbesondere beruht die Rechtsprechung des BSG zur selbstständigen Tätigkeit des sog Gesellschafter-Geschäftsführers nicht auf der fehlenden Anerkennung der Eigenständigkeit der GmbH als juristischer Person.¹⁹

Das heißt: Der nicht bei der GmbH angestellte alleinige Gesellschafter-Geschäftsführer ist im Verhältnis zur eigenen GmbH nicht sozialversicherungspflichtig (abhängig) beschäftigt. Er ist nach der Rechtsprechung des BSG Selbständiger i.S.d. § 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI als natürliche Person. Einziger Auftraggeber im Sinne der die Versicherungspflicht des Selbstständigen begründenden Norm sei die GmbH.

III. Ausblick

„Bleibt alles anders“²⁰! Nichts ist gewiss!

Es genügt nicht, im Rahmen der Contractor Compliance nur einen rechtlichen Standpunkt einzunehmen. Es sind die arbeitsrechtlichen, sozialversicherungsrechtlichen, straf- und bußgeldrechtlichen Hintergründe ebenso zu beleuchten, wie steuerliche Implikationen von Vertragsgestaltungen – ganz zu schweigen vom Haftungsrisiko für Organe von Unternehmen.

¹⁷ BSG Urteil vom 24.11.2005 – B 12 RA 1/04 R, II. 1. a, b), abgerufen unter: <https://www.sozialgerichtsbarkeit.de/legacy/25915?modul=esgb&id=25915>.

¹⁸ BSG Urteil vom 24.11.2005 – B 12 RA 1/04 R, II. 1. c), abgerufen unter: <https://www.sozialgerichtsbarkeit.de/legacy/25915?modul=esgb&id=25915>.

¹⁹ BSG Urteil vom 24.11.2005 – B 12 RA 1/04 R, II. 1. c), abgerufen unter: <https://www.sozialgerichtsbarkeit.de/legacy/25915?modul=esgb&id=25915>.

²⁰ „Bleibt alles anders“ ist das zehnte Studioalbum des deutschen Rockmusikers Herbert Grönemeyer. Es wurde am 17. April 1998 bei Grönland Records veröffentlicht. Es war das erste deutschsprachige Studioalbum des Künstlers nach fünf Jahren, https://de.wikipedia.org/wiki/Bleibt_alles_anders.