

**consilia**

Wirtschaftsprüfung  
Steuerberatung  
Rechtsberatung  
Unternehmensberatung

# GmbH-Geschäftsführer: Haftungsfalle Sozialrecht

Wirtschaftliche Risiken, persönliche Haftung und Strafbarkeit



Mandanten-Informationen

## GmbH-Geschäftsführer: Haftungsfalle Sozialrecht

# Inhalt

## **Einleitung 1**

<b>1</b>	<b>Problem: Scheinselbständigkeit</b>	<b>2</b>
1.1	Scheinselbständigkeit	3
1.2	Folgen bei Scheinselbständigkeit: Entstehungsprinzip, Säumniszuschläge, Lohnsteuernachzahlung, Verspätungszinsen	5
1.3	Weitere Folgen: Bußgelder und Strafverfahren	6
1.4	Die Anlässe: Außenprüfung – Statusverfahren – Streit mit dem Mitarbeiter	7
	Mitarbeiter	7
1.4.1	Außenprüfung	7
1.4.2	Statusverfahren, Streit mit dem Mitarbeiter	8
<b>2</b>	<b>Weitere Fallgruppen: Arbeitnehmerüberlassung, Künstlersozialkasse, Geschäftsführer als Mitarbeiter</b>	<b>9</b>
2.1	Arbeitnehmerüberlassung	9
2.2	Künstlersozialkasse	9
2.3	Der Geschäftsführer als Beschäftigter	10
<b>3</b>	<b>Folgen für Geschäftsführer aus § 266a StGB: Schadensersatz, Geldstrafe, Haft</b>	<b>12</b>
3.1	Haftung aus und Verurteilung wegen § 266a StGB	12
3.2	Subjektiver Tatbestand	13
3.3	Verteidigungsstrategien	13
3.4	Verurteilung nach 266a StGB – Geld- oder Freiheitsstrafe	13

## Einleitung

Betrachtet man § 43 GmbHG, die gesetzliche Regelung zur Haftung des Geschäftsführers,<sup>1</sup> so ergibt sich aus dessen Absatz 1, dass der Geschäftsführer „in den Angelegenheiten der Gesellschaft die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden hat“. Absatz 2 der Vorschrift legt fest, dass es sich hierbei um einen reinen Innenhaftungsanspruch gegenüber der Gesellschaft handelt. Tatsächlich ist es allgemein anerkannt, dass der Geschäftsführer einer GmbH nur bei Erfüllung einiger eng definierter Haftungstatbestände im Außenverhältnis gegenüber Gläubigern haftet, so z. B., wenn er ein persönliches Vertrauen setzt oder insbesondere im Zusammenhang mit einer Insolvenz Straftatbestände erfüllt.

Da die Insolvenz nicht das Tagesgeschäft eines Geschäftsführers ist, wird das Thema häufig verdrängt.

Gerade im Zusammenhang mit Sozialabgaben gibt es eine von Insolvenzstatbeständen unabhängige, in der Praxis weithin unterschätzte **Haftungsfälle**. In dieser Mandanten-Info werden die wichtigsten Aspekte dieser Haftung, die aus sozialrechtlichen Pflichten entstehen, im Überblick dargestellt.

---

<sup>1</sup> In dieser Publikation wird aus Gründen der besseren Lesbarkeit in der Regel das generische Maskulinum verwendet. Die verwendete Sprachform bezieht sich auf alle Menschen, hat ausschließlich redaktionelle Gründe und ist wertneutral.

## 1 Problem: Scheinselbständigkeit

Stellt sich heraus, dass für das Unternehmen tätige Selbstständige tatsächlich als Arbeitnehmer (als abhängig beschäftigt) hätten behandelt werden müssen, droht Ungemach, denn es werden eventuell Sozialversicherungsbeiträge nachträglich zu entrichten sein.

Diese entstehen – anders als Steueransprüche – im Moment der tatsächlichen oder mutmaßlichen Fälligkeit der Gehaltsansprüche. Sie entstehen – sozusagen fiktiv und automatisch – auch dann, wenn beispielhaft eine Gesellschaft eine sozialversicherungspflichtige Person beschäftigt, ohne es zu wissen. Wenn sich also die Ausgestaltung der Tätigkeit für die Gesellschaft tatsächlich als ein Beschäftigungsverhältnis herausstellt, droht Nachzahlung und Haftung. Häufigster Fall ist die sog. Scheinselbständigkeit. Aber auch das Arbeitnehmerüberlassungsrecht und die Bestimmungen zur Künstlersozialversicherung bieten eine Grundlage für „versteckte“ Sozialbeitragspflichten.

Sollte im Rahmen einer Prüfung durch die Rentenversicherung ein solcher Fall auftreten und der Prüfer den Eindruck gewinnen, dass es sich nicht um eine unglückliche Ausnahme handelt, sondern um ein systematisches Vorgehen, dann ist die Schwelle zu weitergehenden Ermittlungen schnell überschritten. Vier ganze Jahre rückwirkend und bei vorsätzlichen Handeln 30 Jahre rückwirkend (!), können die Sozialabgaben nacherhoben werden und infolge nicht selten auch nicht geleistete Steuerzahlungen durch die Finanzämter. Auf die Nachzahlungsbeträge werden Säumniszuschläge und Verspätungszinsen aufgeschlagen. So können sich die eigentlichen Beitragssummen leicht verdoppeln.

Für den Geschäftsführer persönlich wird es gefährlich, wenn ein Strafverfahren nach § 266a StGB wegen „Vorenthalten von Arbeitsentgelt“ in die Wege geleitet wird. Sollte dieses Strafverfahren aus Sicht der Strafverfolgungsbehörden „erfolgreich“ sein, so steht der Geschäftsführer persönlich „im Feuer“. Die Nachzahlungspflichten können daher nicht nur das Unternehmen, sondern auch ihn selbst wirtschaftlich ruinieren. Daneben drohen der Geschäftsführung Freiheitsstrafen von bis zu fünf Jahren oder Geldstrafen. Zu den Details sei auf →Kapitel 3 verwiesen.

## 1.1 Scheinselbständigkeit

Was ist Scheinselbständigkeit?

Ausgangspunkt sowie „Dreh- und Angelpunkt“ ist der Begriff des sozialversicherungsrechtlichen Beschäftigungsverhältnisses gemäß § 7 Abs. 1 des 4. Sozialgesetzbuches (SGB IV). Nach Satz 1 der Vorschrift ist eine Beschäftigung

*„die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis“.*

Schon die etwas ungewöhnliche Formulierung „insbesondere“ zeigt, dass nach der Vorstellung des Gesetzgebers ein Arbeitsverhältnis immer auch ein Beschäftigungsverhältnis darstellt, dass es aber umgekehrt durchaus Beschäftigungsverhältnisse im Sinne des Sozialrechts gibt, bei denen es sich nicht um Arbeitsverhältnisse handelt.

Satz 2 derselben Vorschrift, eine gesetzliche Definition der Beschäftigung, sagt dann:

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

Mehr Hilfen gibt der Gesetzgeber nicht. Der Begriff der Beschäftigung hängt also an der Feststellung von „Weisungsabhängigkeit“ und „Eingliederung“. Dies sind aber nur Anhaltspunkte. Es gibt also auch weitere Kriterien.

Die Merkmale „nach Weisungen“ und „Eingliederung“ werden auf Basis einer Vielzahl von Kriterien und Ansatzpunkten durch die Behörden und Gerichte ausgefüllt. Diese sind leider nicht besonders einheitlich und können bei verschiedenen Sachverhalten auch in verwirrender Weise zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. Am Ende geht es darum, möglichst viele Einzelkriterien festzustellen, die insbesondere Aussagen dazu treffen, ob ein Mitarbeiter in die Arbeitsorganisation eines Unternehmens eingegliedert ist und ob und inwieweit er in seinem Tun frei ist.

Wichtigster Grundsatz ist zunächst, dass vertragliche Vereinbarungen per se nur ein Indiz, aber nicht wirklich ein Nachweis dafür sind, ob ein Beschäftigungsverhältnis besteht oder ob ein „Mitarbeiter“ tatsächlich ein freier, unabhängiger Dienstleister ist.

Folgende Übersicht mag eine erste Orientierung für die Frage liefern, ob ein Beschäftigter als Arbeitnehmer oder aber als freier Mitarbeiter anzusehen ist:

### **Übersicht über grundlegende Kriterien für die Einordnung einer Beschäftigung als abhängig (Arbeitnehmer) bzw. unabhängig (freier Mitarbeiter):**

Arbeitnehmer	Freier Mitarbeiter/Dienstnehmer
Persönliche Abhängigkeit in der Gestaltung/ Weisungsgebundenheit (§ 7 SGB IV).	Selbstständig ist, wer im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten oder seine Arbeitszeit bestimmen kann (§ 84 Abs. 1 Satz 2 HGB).
Eingliederung in die Betriebsabläufe/ Arbeitsorganisation des Arbeitgebers (§ 7 SGB IV).	Weitestgehend Selbstständigkeit bezüglich Arbeitszeit, -Ort und -Organisation.
Unbestimmter Rahmen mit fester Vergütung.	Definition klarer Aufgaben/Arbeitsziele (z. B. Qualitätsmanagement, Beratung, Öko-Auditing).
In der Organisation sind mehrere Mitarbeiter in einer Einheit zusammengeschlossen (Externer macht gleiches wie Interner).	Unabhängige externe Einheit.
Auftrags-/Beschäftigungsrisiko beim Arbeitgeber.	„Unternehmertum“, Auftrag von einem alleine nicht zu bewältigen, Investition in Einrichtungen, Maschinen, Hilfskräfte bzw. Subunternehmer und Angestellte.
Konkurrenzverbot.	Konkurrenzfähigkeit (andere Auftraggeber).
Management des Auftraggebers trifft u. a. ablaufbezogene Entscheidungen bezüglich Ort und Zeit (Personalhoheit).	Kommunikation lediglich zu Zielen, nicht zu Inhalten; sachorientierte Anweisungen.
„Typischer“ Arbeitnehmer: Es wird eine Tätigkeit ausgeübt, die typischerweise betriebsintern abgewickelt wird (Produktionsmitarbeiter, Personalsachbearbeitung, interne Buchhaltung/ Rechnungswesen, ...). <b>Problem:</b> Tendenz zum Outsourcing und zunehmender Zahl freier Mitarbeiter, machen dieses Kriterium zunehmend schwierig.	Typische Berufsbilder: <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Freiberufler (Anwalt, Architekt, Arzt, Hebamme, Sprachtrainer),</li> <li>▪ Unternehmen (Gesellschaften),</li> <li>▪ freier Makler,</li> <li>▪ externer Fachspezialist (Coach, Betriebsorganisation, Qualitätsmanagement, Öko-Audit ...).</li> </ul>

Kommt ein kritischer Fall bei einer Prüfung zum Vorschein und hat er auch noch eine lange Vorgeschichte, ist in der Praxis oft nur wenig zu retten. Wenn man nicht eindeutige Belege für eine Gegenposition hat, sollte statt eines zeitraubenden und die Kosten dadurch weiter in die Höhe treibenden Prozesses lieber in die Verhandlung mit der Rentenversicherung über die Säumniszuschläge getreten werden. Auf Antrag kann auch die Anrechnung der von den Beschäftigten selbst abgeführteten Beträge

zu einer Minderung führen. Die Energie sollte ggf. auch darauf gelenkt werden, Argumente dafür zu sammeln, dass Geschäftsführer und Beschäftigte „blauäugig“ in die Situation hineingeschlittert sind und nicht Aspekte wie die Vermeidung der Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen im Vordergrund stand; denn sonst droht auch noch ein Strafverfahren mit allen diesbezüglichen Konsequenzen.

Bei kritischen Situationen kann eigentlich nur empfohlen werden, entweder über Statusverfahren Klarheit zu schaffen oder von vorneherein für die „freien“ Kräfte die Sozialabgaben abzuführen. Dann ist der Arbeitgeber jedenfalls auf der sicheren Seite.

Ein Problem kann hier werden, dass er dann natürlich nicht das volle Gehalt eines Selbstständigen zahlen will und dieser wiederum nicht verzichten will. Man kann aber auf keinen Fall empfehlen „es darauf ankommen zu lassen“. Die Risiken sind viel zu hoch; gerade, weil Gerichtsentscheidungen zur systematischen Umgehung der Vorschriften in der Branche vorliegen.

**Achtung:** Eine „zwischengeschaltete UG/GmbH“ ist keine Lösung.

Auch, wenn die Hürde zur Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses formell höher ist, wenn der freie Mitarbeiter eine eigene UG oder GmbH gründet, ist von einer echten Selbstständigkeit in aller Regel erst dann auszugehen, wenn der Unternehmer selbst Arbeitskräfte über die Geringfügigkeitsgrenzen hinaus beschäftigt und die GmbH werblich und organisatorisch unternehmerisch auftritt. Handelt es sich aber um eine „zwischengeschaltete“ Einmann-GmbH und ist der Inhaber als Geschäftsführer der einzige Mitarbeiter, der dauerhaft von einem einzigen Auftraggeber lebt, kann auch ein solcher Fall als verdeckte Beschäftigung eingestuft werden.

## 1.2 Folgen bei Scheinselbstständigkeit: Entstehungsprinzip, Säumniszuschläge, Lohnsteuernachzahlung, Verspätungszinsen

§ 22 SGB IV, die Vorschrift, die das Entstehen von Sozialabgaben regelt, ist der Grund dafür, warum Versäumnisse bei der Abwicklung von Sozialversicherungsansprüchen wirtschaftlich so gefährdend sind. Normalerweise werden Beiträge bei der Gehaltsabrechnung abgeführt. Es gibt aber kein Feststellungsverfahren wie im Steuerrecht. Sozialabgaben „entstehen“ in dem Moment, in dem die tatbestandlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Sie werden – in der Regel als laufende Beiträge – sofort geschuldet, also dann, wenn ein Beschäftigter üblicherweise Zahlungen erhält bzw. erhalten sollte. Dieses sog. Entstehungsprinzip gilt auch dann, wenn weder Arbeitgeber noch der eigentlich Versicherte die Verpflichtung kennen oder sich dieser bewusst sind. Die Abgaben sind unverrückbar spätestens am drittletzten Bankarbeitstag eines Monats fällig und zwar in voraussichtlicher Höhe (§ 23 Abs. 1 Satz 2 SGB IV).

Sind die Beträge nicht mehr genau feststellbar, wird notfalls geschätzt und die Sozialabgabe auf die Schäzbeträge festgesetzt sowie für jede einzelne Monatsfälligkeit der Säumniszuschlag ermittelt.

So etwas wie „Heilung rückwirkender Art“ gibt es nicht. Einzig § 24 Abs. 2 SGB IV sieht die Möglichkeit vor, dass der Säumniszuschlag nicht zu erheben ist, wenn der Beitragsschuldner glaubhaft macht, dass er unverschuldet keine Kenntnis von der Zahlungspflicht hat. In der Praxis bei schwierigen Fällen ein fast aussichtsloses Unterfangen.

So eine nachträgliche Festsetzung kann immense wirtschaftliche Auswirkungen haben; die Nachzahlungen können mitunter in der Summe höher sein, als der an den Scheinselbständigen gezahlten Betrag. Denn es kommen unter Umständen Steuernachzahlungen, Säumniszuschläge und Zinsen hinzu.

Daneben drohen Bußgelder für das Unternehmen und Strafverfahren gegen die Verantwortlichen.

### 1.3 Weitere Folgen: Bußgelder und Strafverfahren

Alle einschlägigen Gesetze sehen bei schulhaften Verstößen sowohl gegen Formvorschriften (Meldepflichten, Abführungspflichten, Nichteinhaltung von Fristen, mangelhafter Zusammenarbeit mit den Behörden,...) als auch gegen die Abführungspflichten als solche **Geldbußen** vor, sofern diese schulhaft nicht oder in Teilen nicht erbracht wurden:

- § 36 Künstlersozialversicherungsgesetz (KSVG) sanktioniert Verstöße gegen Vorschriften dieses Gesetzes.
- Entsprechende Vorschriften gibt es im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (§ 16 AÜG).
- § 111 SGB IV schützt die Verfahrensvorschriften des Prüfverfahrens.
- Eine Vielzahl von Pflichtverstößen aus dem zweiten Sozialgesetzbuch zur Arbeitslosenversicherung sind nach § 63 SGB II bei Verletzung mit Bußgeldern belegt.
- § 397 und § 398 SGB V gelten für Verletzungen von Pflichten aus dem Recht der Krankenkasse. § 398 SGB V ist ein eigener Erweiterungstatbestand für den Fall der Insolvenzverschleppung.
- Die Verletzungen von Pflichten aus der Unfallversicherung werden von Bußgeldvorschriften aus § 209 SGB VII erfasst.

§ 28r SGB IV normiert darüber hinaus eine **Schadenersatzpflicht** der Organe und verantwortlichen Personen bei einer schuldhaften Verletzung von Pflichten aus dem gesetzlichen Abschnitt zu Leistungen und Beiträgen. Dies bezieht sich auf Schäden, die auf Verzögerungen oder Behinderungen im Verfahren zurückzuführen sind. Daher sollte bei Prüfprozessen auf alle Fälle kooperativ vorgegangen werden.

Was noch schwerer wiegt ist, dass schon bei bedingt vorsätzlichem Handeln, also „billigender Inkaufnahme von Verstößen“, ein Strafverfahren nach § 266a StGB droht.

Da ein „Unternehmen“ selbst nicht greifbar ist, sind über die Nach- und Bußgeldzahlungen hinaus die handelnden Personen, also der Geschäftsführer oder auch eine verantwortliche Führungskraft die Beschuldigten eines Strafverfahrens nach § 266a StGB. Sie sind persönlich strafbar.

## 1.4 Die Anlässe: Außenprüfung – Statusverfahren – Streit mit dem Mitarbeiter

Wie kommt eine Scheinselbstständigkeit zu Tage?

### 1.4.1 Außenprüfung

§ 28d SGB IV legt fest, dass die Beiträge zur Kranken- und Rentenversicherung sowie zur Arbeitsförderung (Arbeitslosengeld) zu dem sog. „Gesamtsozialversicherungsbeitrag“ zusammengefasst werden, die an die Krankenkassen als sog. Einzugsstellen gezahlt werden, § 28h SGB IV.

Die §§ 28p SGB IV ff. bestimmen, dass die Deutsche Rentenversicherung Bund (Träger der Rentenversicherung) damit beauftragt ist, unter bestimmten Voraussetzungen, regelmäßig oder auch unregelmäßig oder anlassbezogen, Außenprüfungen vorzunehmen. Bei diesen Außenprüfungen werden Inhalt und Voraussetzungen für alle drei Sozialabgaben geprüft. § 28p SGB IV ordnet an, dass die Prüfer den Gesamtsozialversicherungsbeitrag prüfen (§ 28d SGB IV) und somit alle abzuführenden Beiträge, also auch die an die Krankenkasse und ggf. die Künstlersozialkasse. Sollte also der Prüfer auf einen Agenturvertrag zur Pflege der Homepage von dem Unternehmen stoßen, wird er automatisch anfangen, die Voraussetzungen für die Künstlersozialabgabe zu prüfen und ggf. entsprechende Schritte einleiten. Der Prüfer darf – wie bei allen anderen Verfahren dieser Art – auch die anderen Beschäftigten, Mitarbeiter, Führungskräfte des Unternehmens befragen. Diese sind zu Auskünften verpflichtet. Da das Amtsermittlungsprinzip gilt, kann die Behörde sehr weitgehend tätig werden.

Die Deutsche Rentenversicherung Bund hat sehr schlagkräftige Unterstützung durch Beamte der Zollbehörden erhalten. Diese sind in Schwerpunkteinheiten zusammengefasst und werden bei Großrazzien oder besonders schwierigen Fällen (auf Baustellen, in Grobreinigungsfirmen, bei systematischen Einsätzen bzw. bei allen Frisören in einer Stadt, in Pflegeheimen usw.) eingesetzt.

#### 1.4.2 Statusverfahren, Streit mit dem Mitarbeiter

Ein anderer Weg, bei dem insbesondere Fälle der Scheinselbstständigkeit aufkommen, ist der, dass der Beschäftigte selbst ein Statusverfahren bei der Deutschen Rentenversicherung Bund in die Wege leitet, um seinen Status behördlich feststellen zu lassen. Ein Fall wäre, wenn etwa im Rahmen eines arbeitsrechtlichen Streits ein „freier Mitarbeiter“ die Feststellung durch das Arbeitsgericht anstrebt, dass er sich in einem Arbeitsverhältnis befindet oder befunden hat, um arbeitsrechtliche Ansprüche durchzusetzen, die ihm als freier Mitarbeiter nicht zustehen.

Auf das „Ob“ des Verfahrens hat der Arbeitgeber keinen Einfluss. Er wird als Beteiligter geladen. Immerhin hat er so die Chance, Gegendarstellungen vorzunehmen und auch entsprechende Beweismittel beizubringen.

## 2 Weitere Fallgruppen: Arbeitnehmerüberlassung, Künstlersozialkasse, Geschäftsführer als Mitarbeiter

Es gibt weitere Fallgruppen, in denen sozialrechtliche Haftung droht, die hier aber nur angerissen werden können, auch wenn sie in der Praxis regelmäßig vorkommen.

### 2.1 Arbeitnehmerüberlassung

Ein für die sozialrechtliche Haftung prädestiniertes Themenfeld ist die Arbeitnehmerüberlassung und hier insbesondere in Abgrenzung zum sog. „Werkunternehmer“. Denn bei falscher Einordnung von überlassenen Arbeitskräften als Mitarbeiter des Werkauftragnehmers und dem damit zwingend gesetzlich angeordneten Übergang der Arbeitskräfte auf den „Entleiher“ bzw. Werkauftraggeber ist letzterer plötzlich rückwirkend für zu niedrig abgeführte Sozialversicherungsbeiträge verantwortlich.

Die seit 01.04.2017 verschärften Rahmenbedingungen für das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz führen dazu, dass der Themenkreis in der Praxis mit stark erhöhter Sensibilität gehandhabt wird. Die Grenzziehung zwischen erlaubtem Einsatz von Mitarbeitern im Rahmen von Dauer-Auftragsverhältnissen mit Auftraggebern und verdeckten „Leiharbeitsverhältnissen“ ist aber weiterhin schwierig. Es lohnt sich, genau hinzuschauen.

### 2.2 Künstlersozialkasse

Von der praktischen Bedeutung her nicht ganz so gewichtig sind die Fragestellungen rund um die Künstlersozialkasse. Nichtsdestotrotz ist seit gewissen gesetzlichen Verschärfungen, die ab 2015 in Kraft sind, auch hier die Gefahr gewachsen, dass in Zukunft mehr Fälle praxisrelevant werden.

Für Künstler gibt es eigene sozialversicherungsrechtliche Vorschriften, die unter dem Oberbegriff „Künstlersozialkasse“ zusammengefasst sind. Künstler sind, wenn sie regelmäßig mehr als 3.900 Euro im Jahr einnehmen, in der Renten-, Kranken- und Pflegekasse sozialversicherungspflichtig, §§ 1 - 3 Künstlersozialversicherungsgesetz (KSVG). Der Begriff des Künstlers ist aber nicht wirklich definiert.

Ein Künstler ist nach allgemeiner Definition, wer selbstständig und erwerbsmäßig auf Dauer und mit maximal einem Arbeitnehmer entweder Musik, darstellende oder bildende Kunst schafft, ausübt oder lehrt. Unter das KSVG fällt auch ein Publizist, wer also als Schriftsteller, Journalist oder in ähnlicher Weise publizistisch tätig ist oder lehrt. Eine Liste von typischen Künstlern auf der Homepage der Künstlersozialkasse zeigt, dass z. B. Ballettlehrer, Eiskunstläufer, Journalisten, Kabarettisten und Kameramänner als Künstler gelten, aber auch der Fachmann für Öffentlichkeitsarbeit oder Werbung

unter bestimmten Voraussetzungen, der Industrie-Designer, der Layouter, der Multimedia-Designer, der PR-Fachmann oder der Webdesigner.

Der sozialversicherungspflichtige Künstler oder Publizist muss die Hälfte der gesetzlichen Sätze für Kranken-, Renten- und Pflegeversicherung selbst tragen. Hierzu muss er seine Einnahmen schätzen und auf dieser Basis wird zunächst festgesetzt, im Nachhinein dann korrigiert. Mit Beauftragung durch einen Dritten wird er dann gewerbesteuerpflichtig – was eigentlich dem „Künstlerstatus“ widerspricht.

Den „Arbeitgeberanteil“ muss ein Vermarkter dieses Künstlers abführen, wenn er den Künstler nicht nur gelegentlich einschaltet.

Jedenfalls Webdesigner oder Layouter werden in der Praxis als „verborgene“ Künstler unterschätzt, wenn diese nicht nur gelegentlich beauftragt werden. Das Gesetz legt fest, dass von einer nicht gelegentlichen Erteilung auszugehen ist, wenn mehr als drei Aufträge im Kalenderjahr erteilt werden (§ 24 Abs. 2 Satz 2 KSVG).

In dem Moment, wo der Unternehmer sozialabgabepflichtig wird, ist er auch verpflichtet, eine entsprechende Meldung abzugeben. Dies hat bis zum 31. März des Folgejahres zu erfolgen und diese Beträge sind dann auch abzuführen.

Wie auch in den anderen Sozialgesetzen sind im Künstlersozialgesetz Verstöße gegen die Melde- und Zahlungspflichten mit Bußgeldern belegt.

Auch hier gilt im Prinzip, dass ein vorsätzliches Vorgehen, also wenn der Geschäftsführer z. B. einen freischaffenden Homepage-Gestalter dauerhaft beschäftigt, persönlich in die Haftung geraten kann. Auch hier droht die Strafbarkeit über § 266a StGB als Vortatbestand für die zivilrechtliche Haftung.

## 2.3 Der Geschäftsführer als Beschäftigter

Schon seit einer Reihe von Jahren haben die Sozialgerichte den sog. „Fremdgeschäftsführer“, also den Geschäftsführer, der keinerlei Einfluss auf der gesellschaftsrechtlichen Ebene hat, der Sozialversicherungspflicht unterworfen. Umgekehrt ist der Alleingesellschafter oder ein Gesellschafter, der mindestens 50 % der Anteile in einer Gesellschaft hält, bei der Beschlüsse mit einfacher Mehrheit beschlossen werden, grundsätzlich sozialversicherungsfrei. Zwischen diesen Polen gab es in der Vergangenheit allerdings auch Fallgruppen, bei denen ein Geschäftsführer nicht 50 % oder mehr der Anteile hatte, trotzdem aber von der Sozialversicherungspflicht befreit wurde, wenn besondere Umstände vorlagen.

Diese Sonderfälle sind abgeschafft. Nur, wenn der Geschäftsführer auch Gesellschafter ist und dort ausschließlich aufgrund seiner satzungsmäßigen Stellung Gestaltungsrechte hat – also mindestens 50 % der Anteile oder eine absolute Sperrminorität – bleibt er sozialversicherungsfrei.

Diese Rechtsprechung<sup>2</sup> sorgt zwar für mehr Klarheit, geht aber an typischen gesellschaftsrechtlichen Interessenlagen des Gesellschafter-Geschäftsführers in vielen Fällen vorbei. Die Diskussion wird also weitergehen.

Bei Bestandsfällen sollte konsequent darauf geachtet werden, entweder die gesellschaftsrechtlichen Verhältnisse so anzupassen, dass ein Geschäftsführer tatsächlich wieder die entsprechende Einflussnahme-Möglichkeit auf die Gesellschaft hat, oder ihn unverzüglich bei den Sozialversicherungen anzumelden und nachzuversichern.

Bei Abschluss neuer Geschäftsführerverträge, die nicht ganz eindeutig sind, empfiehlt sich dringend die Durchführung eines Statusverfahrens, um die Rückschlagwirkung bei einer später aufkommenden Diskussion zu vermeiden.

---

<sup>2</sup> vgl. BSozG, Urteil vom 29.08.2012, B 12 KR 25/10 R, DStR 2013, 770.

### 3 Folgen für Geschäftsführer aus § 266a StGB: Schadensersatz, Geldstrafe, Haft

#### 3.1 Haftung aus und Verurteilung wegen § 266a StGB

Eine Vorschrift, die jeder Geschäftsführer, Vorstand oder auch jede Führungskraft gelesen haben sollte, ist die des § 266a Abs. 1 StGB.

Dort heißt es:

##### **„§ 266a Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt.“**

(1) *Wer als Arbeitgeber der Einzugsstelle Beiträge des Arbeitnehmers zur Sozialversicherung einschließlich der Arbeitsförderung, unabhängig davon, ob Arbeitsentgelt gezahlt wird, vorenthält, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.*

(2) ...."

Die Deutsche Rentenversicherung Bund leitet in Verdachtsfällen – etwa im Falle der Scheinselbständigkeit – regelmäßig ein Bußgeld- oder Strafverfahren ein. Da es hier um das Aufkommen von öffentlichen Geldern geht, die geschützt werden, gehen auch die Gerichte mit strengen Maßstäben an solche Verfahren heran.

Es drohen zumindest Nachforderungen und Bußgelder für das Unternehmen. Für den Geschäftsführer aber droht ein Strafverfahren nach § 266a StGB mit im Wesentlichen zwei Risiken:

- Es droht eine Haftung mit seinem Privatvermögen.
- Es droht eine strafrechtliche Verurteilung zu Haft- oder Geldstrafe.

Nach dem Wortlaut des Gesetzestextes muss dazu zunächst im objektiven Tatbestand der Arbeitgeber Beiträge zur Sozialversicherung vorenthalten haben.

Der Geschäftsführer ist gemäß § 14 StGB als vertretungsberechtigtes Organ und als Mitarbeiter des Unternehmens „Arbeitgeber“ im Sinne der Vorschrift.

Daneben müssen Sozialbeiträge vorenthalten worden sein, also entgegen gesetzlicher Regelung nicht gezahlt worden sein.

Dieser Teil des objektiven Tatbestands wird häufig mit Gutachten der Fachleute der Rentenversicherung geklärt.

Ist durch diese Gutachten etwa festgestellt, dass die „Selbstständigen“ tatsächlich Arbeitnehmer waren, wird nahezu automatisch davon ausgegangen, dass den Sozialkassen die entsprechenden Sozialbeiträge vorenthalten wurden. Denn offensichtlich wurden diese ja nicht abgeführt. Dies hätte aber seit Arbeitsbeginn erfolgen müssen.

Tat Handlung ist dann das „Vorenthalten“, also die Nichtzahlung der Beiträge trotz Fälligkeit, was eigentlich ein Unterlassen ist.

Vom Arbeitsbeginn an wird errechnet, in welcher Höhe Beiträge vorenthalten wurden. Hier können erkleckliche Summen zusammenkommen. Die Gutachter schließen ihre Prüfung regelmäßig mit einer Berechnung des den Sozialkassen und der Allgemeinheit entstandenen Schadens ab.

### 3.2 Subjektiver Tatbestand

Der Geschäftsführer muss vorsätzlich gehandelt haben, wobei bedingter Vorsatz genügt. Der Vorsatz bezieht sich allein auf das Vorenthalten der Beiträge. Nicht erforderlich ist, dass der Geschäftsführer einen Schaden zufügen wollte oder eine Bereicherungsabsicht hat.

Bedingter Vorsatz erfordert, dass er zumindest billigend in Kauf genommen hat, dass eventuell Beiträge verkürzt werden.

### 3.3 Verteidigungsstrategien

Bei einem im Raum stehenden Vorwurf wegen einer Strafbarkeit nach § 266a StGB sollte frühstmöglich juristische Beratung herangezogen werden.

Denn bereits in einer frühen Phase des Verfahrens kann man durch eine vom Anwalt vorgenommene Akteneinsicht und qualifizierte Stellungnahme gegebenenfalls eine frühe Einstellung des Verfahrens bewirken oder gar ein solches abwenden.

Im Rahmen des objektiven Tatbestandes gilt es dabei, Gutachten der Rentenversicherung im Hinblick auf die Scheinselbstständigkeit oder Schwarzarbeit sehr sorgfältig durchzuarbeiten und detailliert Gegenargumente vorzutragen.

Im Rahmen des subjektiven Tatbestands sollte sehr früh angemerkt werden, dass es nicht reicht, fiktive Feststellungen zu treffen und dass eine Anklage ohne eine positive Feststellung des subjektiven Tatbestandes nicht möglich ist.

### 3.4 Verurteilung nach 266a StGB – Geld- oder Freiheitsstrafe

Kommt es zu einer Verurteilung nach § 266a StGB, muss das Gericht abwägen, ob es eine Geldstrafe oder aber eine Freiheitsstrafe verhängt.

Für die Geschäftsführer, die vor Gericht stehen, ist eine Anklage gefährlich. Denn auch schon bei mittelständischen Unternehmen kann der Gesamtbetrag der vorenthaltenen Beiträge einige 100.000 oder gar Millionen Euro ausmachen. Bei hohen Beträgen, auf die sich eine Straftat bezieht, neigen die Gerichte aber oft dazu, eine Geld- oder aber auch eine Bewährungsstrafe nicht mehr zuzulassen.

Bei einer Verurteilung zu einer Haftstrafe ist für den Geschäftsführer sehr entscheidend, ob die verhängte Freiheitsstrafe eine Dauer von bis zu zwei Jahren umfasst oder darüber hinausgeht. Denn nach dem Wortlaut des Gesetzes (§ 56 StGB) kann eine Freiheitsstrafe von über zwei Jahren nicht mehr zur Bewährung ausgesetzt werden. Dann droht Haft.

## Impressum

DATEV eG, 90329 Nürnberg (Verlag)

© 2025 Alle Rechte, insbesondere das Verlagsrecht, allein beim Herausgeber.

Die Inhalte wurden mit größter Sorgfalt erstellt, erheben keinen Anspruch auf eine vollständige Darstellung und ersetzen nicht die Prüfung und Beratung im Einzelfall.

Diese Broschüre und alle in ihr enthaltenen Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt. Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist eine Verwertung ohne Einwilligung der DATEV eG unzulässig.

Eine Weitergabe an Dritte ist nicht erlaubt.

Aus urheberrechtlichen Gründen ist eine Veröffentlichung z. B. in sozialen Netzwerken oder auf Internet-Homepages nicht gestattet.

Eine Nutzung für Zwecke des Text- und Datamining (§ 44b UrhG) sowie für Zwecke der Entwicklung, des Trainings und der Anwendung (ggf. generativer) Künstlicher Intelligenz, wie auch die Zusammenfassung und Bearbeitung des Werkes durch Künstliche Intelligenz, ist nicht gestattet.

Im Übrigen gelten die Geschäftsbedingungen der DATEV eG.

Angaben ohne Gewähr

Titelbild: © Joachim Lechner / [www.stock.adobe.com](http://www.stock.adobe.com)

Stand: Dezember 2024

DATEV-Artikelnummer: 12697

E-Mail: [literatur@service.datev.de](mailto:literatur@service.datev.de)

Belbook, Satzweiss.com GmbH, 66121 Saarbrücken (E-Book-Konvertierung)