

## Die neue Rechtsprechung des BSG zur Statusfeststellung – Haftungsgefahr für Steuerberater?

Rechtsanwalt Michael Brügge, HDI, Köln

### Gliederung

#### Teil 2

##### I. Einführung

##### II. Sozialversicherungsrechtliche Grundlagen

1. Entwicklung der Rechtsmacht-Rechtsprechung
2. Anwendung der BSG-Rechtsprechung durch die Sozialversicherungsträger
  - a) Besprechungsergebnis der Spitzenverbände der Sozialversicherungsträger vom 9.4.2014
  - b) Veröffentlichung des Besprechungsergebnisses vom 9.4.2014
3. Vertrauensschutz
4. Statusfeststellungsverfahren nach § 7a SGB IV und 28h Abs. 2 SGB IV
5. BSG vom 5.3.2014 – Vertretungsverbot für Steuerberater im Anfrageverfahren nach § 7a SGB IV

##### III. Rechtsprechung zur Haftung des Steuerberaters bei mangelhafter Lohnbuchführung

1. Überblick
2. BGH vom 12.2.2004 – Pflicht zur Einschaltung eines Rechtsanwalts bei sozialversicherungsrechtlichen Schwierigkeiten
3. BGH vom 23.9.2004 – kein Verschulden bei unverständlicher Betriebsprüfung
4. OLG Celle vom 13.10.1999 – Pflicht zur Prüfung der Beitragspflicht
5. OLG Brandenburg vom 7.11.2006 – Pflicht zur Beobachtung der BSG-Rechtsprechung
6. OLG Düsseldorf vom 9.7.2002 – keine Pflicht zur sozialversicherungsrechtlichen Beratung
7. OLG Düsseldorf vom 27.8.2007 – Pflicht zur Beachtung einer Änderung der Praxis der Sozialversicherungsträger
8. OLG Koblenz vom 13.5.2016 – keine Pflicht zur Beratung in sozialversicherungsrechtlichen Fragen

##### IV. Einordnung der Rechtsprechung zur mangelhaften Lohnbuchführung

1. Lohnbuchführung umfasst keine inhaltliche sozialversicherungsrechtliche Beratung
2. Verstoß gegen vertragliche Schadenverhütungspflicht

##### V. Fallbeispiel zur Haftung des Steuerberaters wegen Nichtbeachtung der neuen BSG-Rechtsprechung

1. Lohnbuchführungsmandat
2. Pflichtverletzung
  - a) Anlass, die Richtigkeit der Lohnbuchführung zu hinterfragen – Jahresmeldung nach § 28a Abs. 2 SGB IV
  - b) Kennenmüssen der neuen BSG-Rechtsprechung
    - (1) Keine Pflicht zur Kenntnisnahme in 2013 – Veröffentlichung der BSG-Entscheidung vom 29.8.2012 in der DStR
    - (2) Kennenmüssen in 2014 – Änderung der Verwaltungspraxis bei der Statusprüfung
  - c) Ergebnis – Pflichtverletzung Anfang 2015
3. Kausalität – kein Anscheinsbeweis
4. Konsolidierende Schadenermittlung

##### VI. Fazit

# I. Einführung

Das BSG hat mit zwei Urteilen vom 29.8.2012 entschieden, dass bei der Statusprüfung anders als bisher den rechtlichen Rahmenbedingungen stets der Vorrang gegenüber den tatsächlichen Verhältnissen zukommt.

Aufgrund dieser sogenannten **Rechtsmacht-Rechtsprechung** des BSG müssen vor allem bei Familiengesellschaften bislang als sozialversicherungsfrei behandelte Beschäftigte als sozialversicherungspflichtig eingestuft werden. In nicht wenigen Fällen wird die Versicherungspflicht erst im Rahmen einer sozialversicherungsrechtlichen Betriebsprüfung festgestellt und es kommt für die letzten vier Jahre zu einer erheblichen Nachforderung von Beiträgen zur gesetzlichen Rentenversicherung.

Der Beitrag untersucht, welche Haftungsgefahren sich für Steuerberater aus der neuen Rechtsmacht-Rechtsprechung des BSG ergeben. Insbesondere wird der Frage nachgegangen, wann ein mit der Lohnbuchführung befasster Steuerberater die Änderung der BSG-Rechtsprechung zur Statusermittlung kennen musste.

## II. Sozialversicherungsrechtliche Grundlagen

### 1. Entwicklung der Rechtsmacht-Rechtsprechung

Das BSG hat mit zwei Entscheidungen vom 29.8.2012 neue Grundsätze zur Statusermittlung aufgestellt. Danach kommt es bei der **Prüfung der Sozialversicherungspflicht** allein darauf an, ob der **Mitarbeiter rechtlich abgesichert in der Lage ist, sämtliche ihm nicht genehme Weisungen im Zusammenhang mit der Unternehmensführung abzuwehren**. Unbeachtlich für die Statusprüfung ist, ob ein Mitarbeiter aufgrund tatsächlicher Umstände die Geschäfte der GmbH wie ein Alleininhaber nach eigenem Gutdünken führen kann, weil etwa ein Mehrheitsgesellschafter ein ihm zustehendes Weisungsrecht als Geschäftsführer ihm gegenüber tatsächlich nicht ausübt.<sup>1</sup>

Den tatsächlichen Verhältnissen, so das BSG, komme für die Statusermittlung nur dann noch Bedeutung zu, wenn die rechtlichen Rahmenbedingungen zuvor wirksam abbedungen sind.<sup>2</sup> Das BSG gibt allerdings keine Hinweise dazu, wie etwa der beherrschende Gesellschafter wirksam auf sein Weisungsrecht als Geschäftsführer gegenüber einem leitenden Angestellten verzichten kann.

Mit Urteil vom 30.4.2013 hat das BSG entschieden, dass der Vorrang der rechtlichen Rahmenbedingungen gegenüber den tatsächlichen Verhältnissen bei der Statusprüfung auch für Beschäftigte gilt, die in einem Einzelunternehmen tätig sind.<sup>3</sup>

In seinen Grundsatzentscheidungen vom 29.8.2012 hat das BSG noch offengelassen, ob ein Geschäftsführer einer Familiengesellschaft ohne Unternehmensanteile möglicherweise

doch als Selbstständiger angesehen werden könnte, wenn er aufgrund tatsächlicher Umstände im Unternehmen freischalten und walten kann. Dies hatte das BSG im Rahmen der sogenannten Kopf-und-Seele-Rechtsprechung angenommen, wenn das Tätigwerden eines Minderheitsgesellschaftler-Geschäftsführers innerhalb einer Gesellschaft durch eine besondere Rücksichtnahme aufgrund familiärer Bindungen geprägt war.<sup>4</sup>

Am 29.7.2015 hat das BSG die Kopf-und-Seele-Rechtsprechung für die Beurteilung des sozialversicherungsrechtlichen Status nach § 7 Abs. 1 SGB IV ausdrücklich aufgegeben. Auch bei Familiengesellschaften, so das BSG, müsse der Vorrang der gesetzlichen und gesellschaftsvertraglichen Rahmenbedingungen gegenüber den tatsächlichen Verhältnissen gelten.<sup>5</sup>

Weitere wichtige Aussagen zur sozialversicherungsrechtlichen Beurteilung von Gesellschafter-Geschäftsführern bzw. Gesellschaftern in der Position als leitender Angestellter enthalten die Urteile des BSG vom 11.11.2015.<sup>6</sup>

Danach sind weder eine zwischen den Gesellschaftern geschlossene Stimmbindungsvereinbarung noch eine Stimmsrechtsübertragung oder ein außerhalb des Gesellschaftsvertrages im Geschäftsführervertrag eingeräumtes Vetorecht geeignet, den sozialversicherungsrechtlichen Status eines Minderheitsgesellschaftlers ohne Sperrminorität zu beeinflussen:

- Eine Stimmbindungsvereinbarung könne von jedem Gesellschafter jederzeit aus wichtigem Grund gekündigt werden.<sup>7</sup>
- Eine uneingeschränkte Übertragung von Stimmrechten getrennt von Geschäftsanteilen verstoße gegen das gesellschaftsrechtliche Abspaltungsverbot.<sup>8</sup>
- Ein im Anstellungsvertrag vereinbartes Vetorecht teile das rechtliche Schicksal des Anstellungsvertrags selbst und sei damit nicht kündigungsfest.<sup>9</sup>

Das LSG Berlin-Brandenburg hat mit Urteil vom 7.1.2016 unter Bezugnahme auf die BSG-Rechtsprechung entschieden, dass ein GmbH-Gesellschafter, der zwar 50 % des Stammkapitals hält und aufgrund eines Arbeitsvertrags in der Gesellschaft mitarbeitet, eine Beschäftigung i. S. v. § 7 Abs. 1 SGB IV ausübt, wenn er nicht auch zum Geschäftsführer bestellt ist.<sup>10</sup>

Als Zwischenergebnis ist daher festzuhalten: Eine **selbstständige, sozialversicherungsfreie Tätigkeit** in einer GmbH kann nach der Rechtsmacht-Rechtsprechung des BSG nur dann noch rechtssicher bejaht werden, wenn der **Mitarbeiter zum**

<sup>1</sup> BSG, Urt. v. 29.8.2012 – B 12 KR 25/10 R, BSGE 111, 257 = DStR 2013, 770 und B 12 R 14/10 R, juris (Parallelenentscheidung).

<sup>2</sup> BSG, Urt. v. 29.8.2012 – B 12 KR 25/10 R, BSGE 111, 257 = DStR 2013, 770 Rn. 16.

<sup>3</sup> BSG, Urt. v. 30.4.2013 – B 12 KR 19/11 R, juris betr. Sohn, der im Einzelunternehmen seiner Mutter tätig war.

<sup>4</sup> Nachweise in BSG, Urt. v. 29.8.2012 – B 12 KR 25/10 R, BSGE 111, 257 = DStR 2013, 770 Rn. 31.

<sup>5</sup> BSG, Urt. v. 29.7.2015 – B 12 KR 23/13 R, BSGE 119, 216; BSG, Urt. v. 29.7.2015 – B 12 R 1/15 R, juris (Parallelenentscheidung).

<sup>6</sup> BSG, Urt. v. 11.11.2015 – B 12 KR 13/14 R, BSGE 120, 59 betr. Stimmbindungsvereinbarung; BSG, Urt. v. 11.11.2015 – B 12 R 2/14 R, GmbHR 2016, 537 betr. Stimmsrechtsübertragung; BSG, Urt. v. 11.11.2015 – B 12 KR 10/14 R, DStR 2016, 1275 betr. Vetorecht.

<sup>7</sup> BSG, Urt. v. 11.11.2015 – B 12 KR 13/14 R, BSGE 120, 59 Rn. 25.

<sup>8</sup> BSG, Urt. v. 11.11.2015 – B 12 KR 13/14 R, BSGE 120, 59.

<sup>9</sup> BSG, Urt. v. 11.11.2015 – B 12 KR 10/14 R, DStR 2016, 1275 Rn. 29.

<sup>10</sup> LSG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 7.1.2016 – L 9 KR 84/13, juris betr. Gesellschafter.

Geschäftsführer bestellt ist und zusätzlich entweder Mehrheitsgesellschafter ist oder als Minderheitsgesellschafter über eine im Gesellschaftsvertrag der GmbH begründete Sperrminorität verfügt.<sup>11</sup>

## 2. Anwendung der BSG-Rechtsprechung durch die Sozialversicherungsträger

### a) Besprechungsergebnis der Spitzenverbände der Sozialversicherungsträger vom 9.4.2014

Die Spitzenorganisationen der Sozialversicherung haben sich in ihrer Besprechung zu Fragen des gemeinsamen Beitragsinzugs am 20./21.11.2013 der vom BSG vertretenen Rechtsauffassung angeschlossen und entschieden, dass bei der Statusprüfung den rechtlichen Rahmenbedingungen stets der Vorrang gegenüber den tatsächlichen Verhältnissen zukommen muss und daher die Anlage 3 ihres gemeinsamen Rundschreibens zur Statusfeststellung von Erwerbstätigen vom 13.4.2010 zur versicherungsrechtlichen Beurteilung von Gesellschafter-Geschäftsführern, Fremdgeschäftsführern und mitarbeitenden Gesellschaftern einer GmbH sowie Geschäftsführern einer Familien-GmbH im Sinne der neuen Rechtsmacht-Rechtsprechung überarbeitet werden soll.

In einer weiteren Besprechung am 9.4.2014 haben die Spitzenorganisationen der Sozialversicherungsträger die Veröffentlichung der zwischenzeitlich überarbeiteten Anlage 3 des gemeinsamen Rundschreibens zur Statusfeststellung von Erwerbstätigen vom 13.4.2010 beschlossen.<sup>12</sup>

Entsprechend dieser Weisungslage haben im Zeitraum danach die sozialversicherungsrechtlichen Betriebsprüfungen die Rechtsmacht-Rechtsprechung des BSG zur Statusfeststellung angewendet. In nicht wenigen Fällen hat dies zur Konsequenz, dass Geschäftsführer, die in vorangegangenen Betriebsprüfungen als sozialversicherungsfrei behandelt wurden, nunmehr rückwirkend für die letzten vier Jahre (§ 25 Abs. 1 S. 1 SGB IV) als sozialversicherungspflichtig eingestuft werden und es auf der Ebene der GmbH zu erheblichen Nachforderungen bei den Beiträgen zur gesetzlichen Rentenversicherung kommt, ohne dass dieser hinsichtlich der gezahlten Arbeitnehmerbeiträge ein Rückgriffsrecht gegen den Geschäftsführer zusteht (§ 28g S. 3 SGB IV).

### b) Veröffentlichung des Besprechungsergebnisses vom 9.4.2014

Das Besprechungsergebnis vom 9.4.2014 nebst der überarbeiteten Anlage 3 zum Rundschreiben vom 13.4.2010 ist von den Spitzenorganisationen der Sozialversicherungsträger auf ihrer jeweiligen Homepage veröffentlicht worden. Bei der Deutschen Rentenversicherung Bund (DRV) findet es sich unter Infos für Experten/Arbeitgeber und Steuerberater/summa summarum/Besprechungsergebnisse/Beitragseinzug/2014 – Übersicht.

Ein Bericht über die von den Spitzenorganisationen der Sozialversicherung überarbeitete Anlage zum Rundschreiben vom 13.4.2010 findet sich in der Ausgabe 4/2014 in der von der DRV alle zwei Monate als Fachinformation für Arbeitgeber und Steuerberater elektronisch herausgegebenen

Zeitschrift *summa summarum*. Die Ausgabe 4/2014 ist auf der Homepage der DRV Bund am 1.8.2014 veröffentlicht worden.<sup>13</sup> Den sonstigen Online-Veröffentlichungen des Rundschreibens vom 9.4.2014 ist das Veröffentlichungsdatum nicht zu entnehmen.<sup>14</sup>

## 3. Vertrauensschutz

Das BSG hat mit Beschluss vom 17.3.2017 klargestellt, dass aus beanstandungsfreien Betriebsprüfungen der DRV Bund aus der Vergangenheit kein dahingehender Vertrauensschutz abgeleitet werden könne, dass die neue Rechtsmacht-Rechtsprechung des BSG auch bei zukünftigen Betriebsprüfungen keine Anwendung finde.<sup>15</sup>

Etwas anderes gelte nur dann, wenn aufgrund der neuen BSG-Rechtsprechung Beiträge abgeführt werden müssen, die nach der alten BSG-Rechtsprechung nicht hätten abgeführt werden müssen. Auch in diesem Fall entfalle der Vertrauensschutz aber, so das BSG, wenn der Arbeitgeber von der Einzugsstelle über die geänderte Rechtsprechung unterrichtet wird.<sup>16</sup>

Eine Berufung auf Vertrauensschutz dürfte danach nur in den wenigsten Fällen Erfolg haben.

Das LSG Baden-Württemberg ist beispielsweise der Auffassung, dass es zur Statusfeststellung keine gefestigte Rechtsprechung des BSG gegeben habe, die einen Vertrauensschutz rechtfertigen könne. Hinzu komme, so das LSG, dass die Kopf-und-Seele-Rechtsprechung für das Leistungsrecht der Arbeitsförderung und der Unfallversicherung, nicht aber für das Beitragsrecht entwickelt worden sei. Der für das Beitragsrecht zuständige 12. Senat des BSG habe auf diese nur einmal zurückgegriffen.<sup>17</sup>

Unabhängig hiervon war der Anwendungsbereich der Kopf-und-Seele-Rechtsprechung ohnehin sehr gering. Sie setzte voraus, dass das Familienmitglied sämtliche Geschäfte nach eigenem Gutdünken führen konnte und die Leitungsmacht nicht mit einem anderen Familienmitglied teilen musste.

In der Grundsatzentscheidung des BSG vom 29.8.2012 fehlte es dem Kläger an einer umfassenden Leitungsmacht, weil seiner Schwester vom Vater die Leitung des kaufmännischen Bereichs bereits übertragen worden war. Eine Anwendung der Kopf-und-Seele-Rechtsprechung schied daher aus.<sup>18</sup>

## 4. Statusfeststellungsverfahren nach § 7a SGB IV und 28h Abs. 2 SGB IV

Ist die Beurteilung der sozialversicherungsrechtlichen Verhältnisse eines Mitarbeiters für den Arbeitgeber zweifelhaft, stehen ihm mehrere Möglichkeiten offen, um Rechtsklarheit zu erlangen.

Er kann gemäß § 28h Abs. 2 S. 1 SGB IV eine Entscheidung herbeiführen. An die Entscheidung sind die Sozialversicherungsträger nach Maßgabe der §§ 44 ff. SGB X gebunden.<sup>19</sup>

<sup>11</sup> Brand, Die geänderte Rechtsprechung des BSG zum Status von geschäftsführenden Gesellschaftern einer Familien-GmbH, DStR 2017, 728, 733.

<sup>12</sup> www.deutsche-Rentenversicherung.de unter: Infos für Experten/Arbeitgeber & Steuerberater/Betriebsprüfdienst/summa summarum/Rundschreiben/Rundschreiben des Jahres 2014.

<sup>13</sup> www.deutsche-rentenversicherung.de unter: Infos für Experten/Arbeitgeber & Steuerberater/Betriebsprüfdienst/ E-Paper Summa Summarum/Alle Ausgaben/Ausgaben 2014/Ausgabe 04/2014, Stand 1.8.2014.

<sup>14</sup> Rittinger, Beitragsforderungen für geschäftsführende Gesellschafter einer GmbH, DStR 2017, 1537, 1538.

<sup>15</sup> BSG, Beschl. v. 17.3.2017 – B 12 R 44/16 B, juris Rn. 21.

<sup>16</sup> BSG, Beschl. v. 17.3.2017 – B 12 R 44/16 B, juris Rn. 22.

<sup>17</sup> LSG Baden-Württemberg, Beschl. v. 22.12.2017 – L 10 R 1637/17, juris Rn. 30.

<sup>18</sup> BSG, Urt. v. 29.8.2012 – B 12 KR 25/10 R, DStR 2013, 770 Rn. 32.

<sup>19</sup> BSG, Beschl. v. 17.3.2017 – B 12 R 44/16 B, juris Rn. 21.

Mit dem gleichen Ziel kann der Arbeitgeber auch über ein Anfrageverfahren nach § 7a SGB IV den sozialversicherungsrechtlichen Status klären. Die Verfahren nach § 7a SGB IV und nach § 28h Abs. 2 SGB IV bezüglich der Feststellung der Versicherungspflicht sind inhaltlich gleichwertig.<sup>20</sup>

Ein bereits eingeleitetes Einzugsstellenverfahren nach § 28h Abs. 2 SGB IV schließt nach § 7a Abs. 1 S. 1 Halbs. 2 SGB IV zur Vermeidung sich widersprechender Entscheidungen von Versicherungsträgern ein Antragsverfahren nach § 7a SGB IV aus.

Ein Bescheid über die Beitragsfreiheit eines Geschäftsführers einer GmbH nach § 28h Abs. 2 SGB IV oder § 7a SGB IV ist so lange wirksam, als er nicht zurückgenommen, widerrufen, anderweitig aufgehoben oder durch Zeitablauf erledigt ist. Dies gilt selbst dann, wenn sich die GmbH im Gesellschafterbestand oder in den Beteiligungsverhältnissen ändert.<sup>21</sup> Macht der Arbeitgeber nicht von den ihm offenstehenden Möglichkeiten zur Statusklärung Gebrauch, hat er das Risiko einer eigenen Fehleinschätzung zu tragen.<sup>22</sup>

### 5. BSG von 5.3.2014 – Vertretungsverbot für Steuerberater im Anfrageverfahren nach § 7a SGB IV

Mit Urteil vom 5.3.2014 hat das BSG entschieden, dass Steuerberater im Anfrageverfahren nach § 7a SGB IV zur Klärung des sozialversicherungsrechtlichen Status eines Erwerbstätigen nicht gegenüber der DRV als Verfahrensbevollmächtigte auftreten dürfen. Das Tätigwerden im Anfrageverfahren nach § 7a SGB IV sei eine Rechtsdienstleistung nach § 2 Abs. 1 RDG und könne vom Steuerberater auch nicht als Nebenleistung nach § 5 Abs. 1 RDG im Rahmen der Lohnbuchführung miterledigt werden.<sup>23</sup>

Eine Rechtsdienstleistung müsse bejaht werden, weil es für die Statusprüfung einer besonderen Sachkunde auf dem Gebiet des Sozialversicherungsrechts bedürfe und es nicht nur um die bloße Angabe von Tatsachen und Beibringung von Beweismitteln gehe.<sup>24</sup>

Eine Nebenleistung zur beruflichen Tätigkeit nach § 5 Abs. 1 RDG sei zu verneinen, denn die Rechtskenntnisse, über die ein Steuerberater aufgrund seiner beruflichen Tätigkeit verfüge, würden hinter den Rechtskenntnissen, die für die Erbringung einer sozialversicherungsrechtlichen Beratung erforderlich seien, zurückbleiben. Das Sozialversicherungsrecht gehöre anders als etwa das Handels- sowie die Grundzüge des Gesellschafts- oder Insolvenzrechts nicht zu den Prüfungsgebieten beim Steuerberaterexamen.<sup>25</sup>

Richtig sei zwar, dass sich die Frage des sozialversicherungsrechtlichen Status eines Erwerbstätigen als Vorfrage im Rahmen der zulässigerweise wahrgenommenen Lohnbuchführung als eine der typischen Aufgaben eines Steuerberaters gegenüber einem Arbeitgeber stellen können. Jedoch werde ein Steuerberater nicht über Gebühr an der sachgerechten Erfüllung der Lohnbuchführung gehindert, wenn er die Durchführung eines Statusfeststellungsverfahrens an den Antragsteller selbst oder einen Rechtsanwalt überantworte.<sup>26</sup>

Zudem verbleibe dem Steuerberater die Möglichkeit der eigenen Verfahrenssteuerung, denn er könne, so das BSG, ohne dass das RDG dem entgegenstehe, eine Entscheidung der Einzugsstelle über die Versicherungspflicht nach § 28h Abs. 2 SGB IV herbeiführen. Bei dieser Vorgehensweise sei er nicht auf das bei der DRV durchzuführende mit verfahrensrechtlichen Besonderheiten und Konsequenzen verbundene förmliche Anfrageverfahren des § 7a SGB IV angewiesen.<sup>27</sup>

## III. Rechtsprechung zur Haftung des Steuerberaters bei mangelhafter Lohnbuchführung

### 1. Überblick

Für die Beantwortung der Frage, welche Haftungsgefahren sich für Steuerberater aus der neuen Rechtsmacht-Rechtsprechung des BSG ergeben, kommt es entscheidend darauf an, welche Beratungspflichten den mit der Lohnbuchführung befassten Steuerberater hinsichtlich sozialversicherungsrechtlicher Fragen treffen. Insoweit lohnt sich ein Blick auf die bisherige Rechtsprechung zur Haftung des Steuerberaters wegen einer mangelhaften Lohnbuchführung.

Der für die Anwalts- und Steuerberaterhaftung zuständige IX. Zivilsenat des BGH hatte bislang keine Gelegenheit, sich abschließend zu der Frage zu äußern, welche Pflichten den mit der Lohnbuchführung befassten Steuerberater hinsichtlich der Prüfung der Beitragspflicht treffen.

In zwei Entscheidungen aus dem Jahre 2004, in denen es vorrangig um Verjährungsfragen ging, hat er aber angedeutet, dass der Steuerberater, der bei der Prüfung der Beitragspflicht auf Schwierigkeiten stößt, den Mandanten zur Vermeidung einer unerlaubten Rechtsberatung an einen Rechtsanwalt verweisen muss.<sup>28</sup>

Das OLG Celle und das OLG Brandenburg sind – sehr weitgehend – der Auffassung, dass die Lohnbuchführung die Prüfung der Beitragspflicht beinhalte und dass der Steuerberater die insoweit ergangene BSG-Rechtsprechung kennen müsse.<sup>29</sup>

Das OLG Düsseldorf und das OLG Koblenz sind deutlich restriktiver. Weder ein Steuerberatungsmandat noch die im Zusammenhang damit beauftragte Lohnbuchführung würden den Steuerberater zu einer sozialversicherungsrechtlichen Beratung verpflichten. Der mit der Lohnbuchführung befasste Steuerberater schulde zwar die Ermittlung der Grundlagen der Beitragspflicht. Eine Pflichtverletzung könne aber nur dann bejaht werden, so das OLG Düsseldorf, wenn für ihn ein Anlass bestehe, die Richtigkeit seiner Lohnbuchführung zu hinterfragen und er in diesem Moment die veränderte Praxis der Sozialversicherungsträger bei der Berechnung der Beiträge kennen müsse. Keinesfalls könne von einem Steuerberater die Beobachtung der BSG-Rechtsprechung verlangt werden.<sup>30</sup>

<sup>20</sup> BSG, Urt. v. 11.3.2009 – B 12 R 11/07 R, BSGE 103, 17.

<sup>21</sup> LSG NRW, Urt. v. 20.4.2016 – L 8 R 801/15, juris betr. § 28h Abs. 2 SGB IV.

<sup>22</sup> BSG, Beschl. 17.3.2017 – B 12 R 44/16 B, juris Rn. 22.

<sup>23</sup> BSG, Urt. v. 5.3.2014 – B 12 R 7/12 R, BSGE 115, 171 und B 12 R 4/12 R, DStR 2014, 2030 (Parallelentscheidung).

<sup>24</sup> BSG, Urt. v. 5.3.2014 – B 12 R 7/12 R, BSGE 115, 171 Rn. 19 und 22.

<sup>25</sup> BSG, Urt. v. 5.3.2014 – B 12 R 7/12 R, BSGE 115, 171 Rn. 32.

<sup>26</sup> BSG, Urt. v. 5.3.2014 – B 12 R 7/12 R, BSGE 115, 171 Rn. 38.

<sup>27</sup> BSG, Urt. v. 5.3.2014 – B 12 R 7/12 R, BSGE 115, 171 Rn. 39.

<sup>28</sup> BGH, Urt. v. 12.2.2004 – IX ZR 246/02, GI 2004, 139; BGH, Urt. v. 23.9.2004 – IX ZR 148/03, GI 2005, 38.

<sup>29</sup> OLG Celle, Urt. v. 13.10.1999 – IX ZR 148/03, GI 2005, 38; OLG Brandenburg, Urt. v. 7.11.2006 – 6 U 23/06, GI 2007, 194.

<sup>30</sup> OLG Düsseldorf, Urt. v. 9.7.2002 – 23 U 222/01, GI 2003, 66; OLG Koblenz, Beschl. v. 13.5.2016 – 3 U 167/16, GI 2017, 958.

## 2. BGH vom 12.2.2004 – Pflicht zur Einschaltung eines Rechtsanwalts bei sozialversicherungsrechtlichen Schwierigkeiten

**Sachverhalt:** Für eine Beschäftigte waren trotz des Fehlens einer Bescheinigung über die Befreiung von der gesetzlichen Krankenversicherungspflicht keine Beiträge zur Krankenversicherung abgeführt worden. Das Berufungsgericht hatte der Klage stattgegeben. Der BGH hat das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung zurückverwiesen.

**Entscheidungsgründe:** Der BGH stellte zunächst klar, dass ein Steuerberater, der mit der Lohnbuchführung beauftragt ist, die ihm insoweit obliegende vertragliche Schadenverhütungspflicht verletzen könne, wenn auf der von ihm erarbeiteten Grundlage Beiträge zur Sozialversicherung irrtümlich nicht abgeführt werden.<sup>31</sup>

Welche Pflichten den Steuerberater hinsichtlich der Prüfung der Beitragspflicht treffen, hat der BGH offengelassen. Es spreche aber vieles dafür, so der BGH, dass ein Steuerberater, jedenfalls dann, wenn er bei der Prüfung der Beitragspflicht oder bei der Berechnung der Höhe der abzuführenden Beiträge auf Schwierigkeiten tatsächlicher oder rechtlicher Art stoße oder wenn sich ihm die Rechtslage als unklar darstellt, den sich aufdrängenden sozialversicherungsrechtlichen Fragen nicht selbst nachgehen dürfe, sondern seinem Mandanten anheimgeben müsse, einen mit den notwendigen Erfahrungen ausgestatteten Rechtsanwalt aufzusuchen. Denn, so der BGH, zur Beratung in sozialversicherungsrechtlichen Fragen dürfte ein Steuerberater weder berechtigt noch verpflichtet sein.<sup>32</sup> Das Berufungsgericht war noch der Auffassung gewesen, dass die Prüfung der Beitragspflicht im Rahmen der Lohnbuchführung zu den erlaubnisfreien Pflichten eines Steuerberaters gehöre.

Mit Blick auf die fehlende Bestätigung über die Befreiung von der Krankenversicherung stellte der BGH im Rahmen einer Segelanweisung an das Berufungsgericht klar, dass eine Pflichtverletzung des Steuerberaters ausscheide, wenn dessen Sachvortrag zutreffe, wonach er den Kläger nicht nur an die Vorlage der Bestätigung über die Befreiung von der gesetzlichen Krankenversicherung erinnert, sondern auch über die Folgen ihres Fehlens nachdrücklich aufgeklärt habe.<sup>33</sup> Zum Hintergrund: Den Nachweis, dass er die Klägerin zumindest an die Vorlage der Bescheinigung erinnert hatte, konnte der Steuerberater mithilfe einer Gesprächsnotiz führen.<sup>34</sup>

Eine Verjährung nach § 68 StBerG a. F. verneinte der BGH wegen des Vorliegens eines Sekundäranspruchs. Der Steuerberater habe es versäumt, die Frage der Krankenversicherungspflicht im Rahmen der Jahresmeldung nach § 28a Abs. 2 SGB IV erneut zu prüfen und in diesem Zusammenhang den Mandanten auf einen möglichen Regress und seine Verjährung hinzuweisen. Die Jahresmeldungen hätten für den Arbeitgeber und den Steuerberater, der die Lohnbuchführung übernommen hat, eine Kontrollfunktion.<sup>35</sup>

## 3. BGH vom 23.9.2004 – kein Verschulden bei unverdächtiger Betriebsprüfung

**Sachverhalt:** Für einen in Teilzeit beschäftigten Mitarbeiter hatte der Steuerberater im Rahmen der Lohnbuchführung keine Beiträge zur Rentenversicherung abgeführt. Nachdem der Fehler durch eine Betriebsprüfung aufgedeckt worden war, musste die Mandantin die Beiträge zur Rentenversicherung nachzahlen.

Das LG Berlin als Berufungsgericht hatte der Klage der Mandantin gegen den Steuerberater stattgegeben. Der BGH hat das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache zur erneuten Prüfung der Pflichtverletzung, der Kausalität und des Schadens zurückverwiesen.<sup>36</sup>

**Entscheidungsgründe:** Unter Bezugnahme auf seine Entscheidung vom 12.2.2004 stellte der BGH erneut klar, dass ein Steuerberater auf die Einschaltung eines Rechtsanwalts hinwirken müsse, wenn er bei der Prüfung der Beitragspflicht auf sozialversicherungsrechtliche Schwierigkeiten stoße.<sup>37</sup>

Zudem hat er darauf hingewiesen, dass bei der Beantwortung der Frage, ob der Steuerberater im Zusammenhang mit der Prüfung der Beitragspflicht gegen die ihm obliegende vertragliche Schadenverhütungspflicht verstoßen habe, auch in den Blick genommen werden müsse, warum eine etwaig vorangegangene Betriebsprüfung die unterbliebene Abführung der Sozialversicherungsbeiträge nicht beanstandet habe. Bei einem unverdächtigen Prüfergebnis, so der BGH, könne den Steuerberater kein Verschuldensvorwurf mehr treffen.<sup>38</sup>

Hinsichtlich der Verjährung führte der BGH aus, dass der Steuerberater sich hierauf nicht berufen könne, da es für den kenntnisunabhängigen Verjährungsbeginn nach § 68 StBerG a. F. auf den Nachforderungsbescheid durch den Sozialversicherungsträger und nicht auf den ersten unterbliebenen Abzug der Sozialversicherungsbeiträge vom Lohn ankomme.

## 4. OLG Celle vom 13.10.1999 – Pflicht des Steuerberaters zur Prüfung der Beitragspflicht

**Sachverhalt:** An Mitarbeiter der Klägerin war Urlaubsgeld ausbezahlt worden, obwohl dieses an die seinerzeit neu eingeführte Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes (ZVK) hätte abgeführt werden müssen. Die Klägerin musste die Beiträge an die ZVK nachentrichten. Eine Rückforderung des Urlaubsgeldes bei den Arbeitnehmern scheiterte an tariflichen Ausschlussklauseln.

**Entscheidungsgründe:** Das OLG Celle bejahte eine Haftung des mit der Lohnbuchführung befassten Steuerberaters, da er pflichtwidrig die Gesetzesänderung hinsichtlich der Einführung der ZVK nicht berücksichtigt habe. Dass die Gemeinschuldnerin anderweitig – durch berufsständische Organisationen – über die Einführung der ZVK informiert worden sei, habe der Steuerberater nicht substantiiert dargelegt.<sup>39</sup>

<sup>31</sup> BGH, Urt. v. 12.2.2004 – IX ZR 246/02, Gl 2004, 139 Rn. 11.

<sup>32</sup> BGH, Urt. v. 12.2.2004 – IX ZR 246/02, Gl 2004, 139 Rn. 13.

<sup>33</sup> BGH, Urt. v. 12.2.2004 – IX ZR 246/02, Gl 2004, 139 Rn. 15 ff.

<sup>34</sup> BGH, Urt. v. 12.2.2004 – IX ZR 246/02, Gl 2004, 139 Rn. 15.

<sup>35</sup> BGH, Urt. v. 12.2.2004 – IX ZR 246/02, Gl 2004, 139 Rn. 31.

<sup>36</sup> BGH, Urt. v. 23.9.2004 – IX ZR 148/03, Gl 2005, 38 Rn. 1-3.

<sup>37</sup> BGH, Urt. v. 23.9.2004 – IX ZR 148/03, Gl 2005, 38 Rn. 13.

<sup>38</sup> BGH, Urt. v. 23.9.2004 – IX ZR 148/03, Gl 2005, 38 Rn. 15.

<sup>39</sup> OLG Celle, Urt. v. 13.10.1999 – 3 U 326/98, Gl 2001, 19 Rn. 23.

Hinsichtlich der Prüfung der Beitragspflicht stellte das OLG Celle fest, dass der Steuerberater hierzu im Rahmen der Lohnbuchführung verpflichtet sei. Die insoweit erforderliche Rechtsberatung werde von Art. 1 § 5 Nr. 2 RBERG a. F. gedeckt.<sup>40</sup> Nach dieser Vorschrift waren Steuerberater zur Rechtsberatung befugt, wenn zwischen der beruflichen Tätigkeit des Steuerberaters und der Rechtsberatung ein unmittelbarer Zusammenhang bestand.

### **5. OLG Brandenburg vom 7.11.2006 – Pflicht des Steuerberaters zur Beobachtung der BSG-Rechtsprechung**

**Sachverhalt:** Der Steuerberater hatte im Rahmen der Lohnbuchführung für eine Geschäftsführerin Beiträge zur Sozialversicherung abgerechnet, obwohl diese als nicht abhängig Beschäftigte einzuordnen war.

Für die letzten vier Jahre wurden der Klägerin die rechtsgrundlos gezahlten Beiträge zur Sozialversicherung erstattet. Für die Jahre davor berief sich der zuständige Sozialversicherungsträger auf Verjährung.

Wegen der rechtsgrundlos gezahlten und nicht erstatteten Sozialversicherungsbeiträge nahm die Klägerin den Steuerberater in Anspruch.

Das OLG Brandenburg hat die Klage als unbegründet zurückgewiesen. Es bejahte zwar eine Pflichtverletzung des Steuerberaters, stellte aber Verjährung fest.<sup>41</sup> Die ausschließlich wegen der Verjährung zugelassene Revision hat der BGH zurückgewiesen.<sup>42</sup>

**Entscheidungsgründe:** Zur Prüfung der Beitragspflicht führte das OLG Brandenburg in Anlehnung an die Entscheidung des OLG Celle aus, dass ein Steuerberater hierzu im Rahmen der Lohnbuchführung erlaubnisfrei verpflichtet sei. Aus diesem Grund müsse er auch die zur Statusfeststellung ergangene Rechtsprechung des BSG kennen.<sup>43</sup>

Wenn ein Steuerberater sich zur Prüfung der sozialversicherungsrechtlichen Grundlagen anhand der BSG-Rechtsprechung fachlich nicht imstande sehe, könne er den Mandanten an einen Anwalt verweisen oder eine Entscheidung der Einzugsstelle über die Versicherungspflicht nach § 28h Abs. 2 SGB IV herbeiführen.<sup>44</sup>

### **6. OLG Düsseldorf vom 9.7.2002 – keine Pflicht zur sozialversicherungsrechtlichen Beratung**

**Sachverhalt:** Die Klägerin – ambulanter Pflegedienst – musste im Anschluss an eine Betriebsprüfung für zwei Mitarbeiter wegen festgestellter Scheinselbstständigkeit Sozialversicherungsbeiträge nachentrichten. In Höhe der an die Sozialversicherungsträger gezahlten Sozialversicherungsbeiträge behauptete sie einen Schadenersatzanspruch gegen den mit der Lohnbuchführung befasst gewesenen Steuerberater.

Die Beschäftigung der „freien Mitarbeiter“, so die Klägerin, sei auf Empfehlung des Steuerberaters erfolgt. Bei Kenntnis von dem Risiko der Scheinselbstständigkeit hätte sie die Mit-

arbeiter nach Tarifvertrag eingestellt. Der Steuerberater wendete ein, im Rahmen der Lohnbuchführung habe er nicht auf das Risiko der Scheinselbstständigkeit hinweisen müssen. Außerhalb der Lohnbuchführung sei es zu keiner Zeit zu einer sozialversicherungsrechtlichen Beratung durch ihn gekommen.

**Entscheidungsgründe:** Das OLG Düsseldorf hat die Klage als unbegründet abgewiesen. Für die „freien“ Mitarbeiter seien ja schon keine Lohnkonten zu führen gewesen. Zudem verpflichtete weder ein Steuerberatungsauftrag noch die im Zusammenhang damit beauftragte Lohnbuchführung den Steuerberater zu einer Beratung in sozialversicherungsrechtlichen Fragen. Vielmehr sei die Lohnbuchführung in erster Linie die Anfertigung eines Rechenwerks. Zu einer Rechtsberatung in sozialversicherungsrechtlichen Angelegenheiten sei ein Steuerberater nicht befugt.<sup>45</sup>

Einen Auskunftsvertrag hinsichtlich der „Beschäftigung“ der freien Mitarbeiter verneinte das OLG Düsseldorf. Eine Rechtsberatung in Angelegenheiten der Sozialversicherung könne ein Mandant von einem Steuerberater nicht erwarten. Dies gelte selbst dann, wenn in der Presse Berichte über Scheinselbstständigkeit auftauchen und er mit dem Steuerberater darüber gesprochen hat, ob diese auf die bei ihm tätigen freien Mitarbeiter zutreffen könnten. Verlange ein Mandant eine sozialversicherungsrechtliche Beratung, müsse der Steuerberater ihn zur Vermeidung einer unerlaubten Rechtsberatung an einen Rechtsanwalt verweisen.<sup>46</sup>

### **7. OLG Düsseldorf vom 27.8.2007 – Pflicht zur Beachtung einer Änderung der Praxis der Sozialversicherungsträger**

**Sachverhalt:** Der Mandant hatte mehreren Beschäftigten nicht den tariflich geschuldeten Mindestlohn gezahlt. Der Steuerberater hatte im Rahmen der Lohnbuchführung die abzuführenden Sozialversicherungsbeiträge fehlerhaft nach der tatsächlich gezahlten Vergütung anstatt nach dem tariflich geschuldeten Lohn berechnet. Es kam zu einer Nachforderung der Sozialversicherungsbeiträge durch eine Betriebsprüfung.

Der Mandant behauptete, der Steuerberater hätte im Jahr 1998, spätestens aber im Jahre 2000 das Problem des „Phantomlohns“ kennen und ihn vor einer möglichen Änderung der Verwaltungspraxis der Sozialversicherungsträger – Abwendung vom Zuflussprinzip – warnen müssen. Bei zutreffender Beratung hätte er die Beschäftigten nur im Rahmen der jeweiligen Geringverdienergrenze sozialversicherungsfrei eingesetzt. Für die frei werdenden Stunden wären weitere Mitarbeiter eingesetzt worden und er selbst hätte mehr mitgearbeitet.

**Entscheidungsgründe:** Das OLG Düsseldorf entschied, dass dem Mandanten kein Schadenersatzanspruch zustehe. Die Lohnbuchführung beinhalte zwar die Ermittlung der Grundlagen der Beitragspflicht, sie verpflichte den Steuerberater aber nicht zur Beratung in sozialversicherungsrechtlichen Fragen.

**Ein Verstoß gegen die vertragliche Schadenverhütungspflicht könne nur bejaht werden, wenn der Steuerberater die Änderung der Verwaltungspraxis bei der Berechnung der abzuführenden Beiträge kennen müsse und trotz bestehender**

<sup>40</sup> OLG Celle, Urt. v. 13.10.1999 – 3 U 326/98, GI 2001, 19 Rn. 21.

<sup>41</sup> OLG Brandenburg, Urt. v. 7.11.2006 – 6 U 23/06, GI 2007, 194.

<sup>42</sup> BGH, Urt. v. 29.5.2008 – IX ZR 222/06, GI 2009, 47.

<sup>43</sup> OLG Brandenburg, Urt. v. 7.11.2006 – 6 U 23/06, GI 2007, 194 Rn. 29.

<sup>44</sup> OLG Brandenburg, Urt. v. 7.11.2006 – 6 U 23/06, GI 2007, 194 Rn. 33.

<sup>45</sup> OLG Düsseldorf, Urt. v. 9.7.2002 – 23 U 222/01, GI 2003, 66 Rn. 25.

<sup>46</sup> OLG Düsseldorf, Urt. v. 9.7.2002 – 23 U 222/01, GI 2003, 66 Rn. 30.

**Anhaltspunkte dafür, dass die vorgenommene Berechnung der Beiträge wegen der geänderten Verwaltungspraxis falsch ist, versäumt, den Mandanten auf die Gefahr der Nachforderung von Beiträgen hinzuweisen.**<sup>47</sup>

Keinesfalls könne von einem Steuerberater in einem Rechtsgebiet, was nicht zu den Kernbereichen seines Fachs gehöre, verlangt werden, dass er die BSG-Rechtsprechung beobachte und den Mandanten im Vorhinein vor einer eventuellen Änderung der Verwaltungspraxis bei den Sozialversicherungsträgern warne. Der Mandant dürfe dies auch gar nicht erwarten, denn zur sozialversicherungsrechtlichen Beratung sei der Steuerberater nicht befugt.<sup>48</sup>

Die Änderung der Praxis der Sozialversicherungsträger hinsichtlich der Berechnung der Beiträge – Übergang vom Zufluss- zum Entstehungsprinzip – habe der Steuerberater im Jahre 2010 kennen müssen, weil diese in einem Schreiben der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte (BfA) als allgemein zugängliche Informationsquelle bekannt gemacht worden sei.<sup>49</sup>

Eine Pflichtverletzung verneinte das OLG Düsseldorf dennoch, weil die Beweisaufnahme ergeben hatte, dass eine Mitarbeiterin des Steuerberaters den Mandanten auf die sozialversicherungsrechtlichen Risiken, die sich aus einer Nichtzahlung des tarifvertraglich geschuldeten Lohns ergeben, hingewiesen hatte.

#### **8. OLG Koblenz vom 13.5.2016 – keine Pflicht zur Beratung in sozialversicherungsrechtlichen Fragen**

**Sachverhalt:** Die Klägerin betrieb in denselben Geschäftsräumen eine Postagentur und ein Modeschmuckgeschäft. Die Mitarbeiter, die in beiden Betrieben tätig waren, wurden auf der Grundlage von unterschiedlichen Arbeitsverträgen beschäftigt. Der mit der Lohnbuchführung befasste Steuerberater behandelte jeweils nur ein Arbeitsverhältnis als sozialversicherungspflichtig.

Eine sozialversicherungsrechtliche Betriebsprüfung ging von einem einheitlichen Arbeitsverhältnis aus und forderte Sozialversicherungsbeiträge nach. Wegen der nachgeforderten Sozialversicherungsbeiträge und der Kosten für die doppelte Lohnbuchführung nahm die Mandantin den Steuerberater auf Schadenersatz in Anspruch.

**Entscheidungsgründe:** Das OLG Koblenz entschied, dass die von der Klägerin gegen das klageabweisende Urteil des LG Koblenz eingelegte Berufung offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hat.

Weder ein Steuerberatungsmandat noch die im Zusammenhang damit beauftragte Lohnbuchführung würden einen Steuerberater zu einer sozialversicherungsrechtlichen Beratung verpflichten.

Eine Pflichtverletzung müsse verneint werden, da die Klägerin schon nicht dargetan habe, dass für den Steuerberater bei der Berechnung der Beiträge ein Anlass bestanden habe,

zur Klärung einer sich stellenden sozialversicherungsrechtlichen Frage die Einschaltung eines Rechtsanwalts zu empfehlen.<sup>50</sup>

## **IV. Einordnung der Rechtsprechung zur mangelhaften Lohnbuchführung**

### **1. Lohnbuchführung umfasst keine inhaltliche sozialversicherungsrechtliche Beratung**

Die Auffassung des OLG Celle und des OLG Brandenburg, wonach die Lohnbuchführung noch die erlaubnisfreie Prüfung der Beitragspflicht umfasse und der Steuerberater daher anhand der BSG-Rechtsprechung zur Statusprüfung verpflichtet sei, ist als überholt abzulehnen.

Mit Urteil vom 29.8.2012 hat das BSG entschieden, dass bei der Feststellung, ob eine selbstständige Tätigkeit vorliegt, auch bei Familiengesellschaften den gesetzlichen und gesellschaftsvertraglichen Rahmenbedingungen der Vorrang gegenüber den tatsächlichen Verhältnissen zukommt.<sup>51</sup>

Spätestens seit dieser Entscheidung erfordert eine zuverlässige Statusfeststellung bei Gesellschafter-Geschäftsführern, Fremdgeschäftsführern und bei mitarbeitenden Gesellschaftern nicht nur die Würdigung der tatsächlichen Verhältnisse anhand der hierzu ergangenen BSG- und LSG-Rechtsprechung, sondern darüber hinaus auch vertiefte Kenntnisse im Gesellschaftsrecht unter Berücksichtigung der hierzu ergangenen Rechtsprechung des für das Gesellschaftsrecht zuständigen 2. Zivilsenats des BGH.

Aus diesem Grund kann entgegen der Auffassung des OLG Celle und des Brandenburgischen OLG nicht mehr davon ausgegangen werden, dass ein Steuerberater im Rahmen der Lohnbuchführung die Prüfung der Beitragspflicht als Nebenleistung i. S. v. § 5 Abs. 1 RDG noch miterledigen darf.

Richtig ist vielmehr die Auffassung des BGH sowie des OLG Düsseldorf und des OLG Koblenz, wonach ein Steuerberater auch im Rahmen der Lohnbuchführung zu einer inhaltlichen sozialversicherungsrechtlichen Beratung weder berechtigt noch verpflichtet ist.

Dieses Ergebnis wird nicht dadurch infrage gestellt, dass die Statusprüfung eine notwendige Vorfrage für eine Lohnbuchführung ist. Denn der Steuerberater wird an der sachgerechten Erfüllung der Lohnbuchführung nicht über Gebühr beeinträchtigt, wenn er den Mandanten hinsichtlich der sozialversicherungsrechtlich schwierigen Statusprüfung an einen Rechtsanwalt verweist.

Insoweit gilt nichts anderes wie für das Anfrageverfahren des § 7a SGB IV. Auch hier dürfen Steuerberater zur Vermeidung einer unerlaubten Rechtsberatung nicht gegenüber der DRV-Bund als Verfahrensbevollmächtigte auftreten und müssen den Antragsteller zur Vermeidung einer unerlaubten Rechtsberatung an einen Rechtsanwalt verweisen.<sup>52</sup>

<sup>47</sup> OLG Düsseldorf, Urt. v. 27.8.2007 – 23 U 18/07, Gl 2008, 17 Rn. 10.

<sup>48</sup> OLG Düsseldorf, Urt. v. 27.8.2007 – 23 U 18/07, Gl 2008, 17 Rn. 6.

<sup>49</sup> OLG Düsseldorf, Urt. v. 27.8.2007 – 23 U 18/07, Gl 2008, 17 Rn. 10.

<sup>50</sup> OLG Koblenz, Beschl. v. 13.5.2016 – 3 U 167/16, Gl 2017, 19 Rn. 19.

<sup>51</sup> BSG, Urt. v. 29.8.2012 – B 12 KR 25/R, BSGE 111, 257.

<sup>52</sup> BSG, Urt. v. 5.3.2014 – B 12 R 7/12 R, BSGE 115, 171; Parallellentscheidung B 12 R 4/12 R, DStR 2014, 2030.

## 2. Verstoß gegen vertragliche Schadenverhütungspflicht

Der mit der Lohnbuchführung beauftragte Steuerberater schuldet dem Mandanten keine inhaltliche Beratung in sozialversicherungsrechtlichen Fragen. Ihn trifft allerdings immer die allgemeine Vertragspflicht, seinen Mandanten möglichst vor Schaden zu bewahren. Aus diesem Grund muss er den Mandanten auf Gefahren hinweisen, die er kennt oder die sich ihm bei ordnungsgemäßer Mandatsbearbeitung aufdrängen müssen, dem Mandanten selbst jedoch nicht bekannt sind.<sup>53</sup> Dies gilt auch dann, wenn Aspekte außerhalb des eigentlichen Mandatsgegenstands betroffen sind, soweit ein enger Zusammenhang mit dem Mandatsgegenstand besteht.<sup>54</sup>

Hiervon ausgehend ist der Auffassung des BGH und des OLG Düsseldorf zuzustimmen, die verlangen, dass ein Steuerberater den Mandanten an einen Rechtsanwalt verweisen muss, wenn er im Rahmen der Lohnbuchführung bei der Prüfung der Beitragspflicht auf sozialversicherungsrechtliche Schwierigkeiten stößt oder wenn für ihn im Rahmen der Lohnbuchführung ein Anlass bestand, die Richtigkeit der von ihm vorgenommenen Lohnbuchführung zu hinterfragen und er die Änderung der Praxis der Sozialversicherungsträger bei der Prüfung der Berechnung der Beiträge kennen musste, weil sie in einer ihm zugänglichen allgemeinen Quellen bekannt gemacht worden ist.<sup>55</sup>

**Ein Verstoß gegen die vertragliche Schadenverhütungspflicht wegen der Nichtbeachtung der geänderten BSG-Rechtsprechung zur Statusfeststellung ist danach zu bejahen, wenn der Steuerberater die von ihm betreute Gesellschaft nicht auf die geänderte Rechtslage bei der Statusprüfung und die sich hieraus ergebende Gefahr der Nachforderung von Beiträgen hinweist, obwohl er einen Anlass hatte, die Richtigkeit seiner Lohnbuchführung – Nichtabführung von Beiträgen für einen Gesellschafter-Geschäftsführer, Fremdgeschäftsführer oder mitarbeitenden Gesellschafter – zu hinterfragen, und er im Zeitpunkt der Richtigkeitsprüfung die Rechtsmacht-Rechtsprechung des BSG kennen musste.**

Keinesfalls ist der mit der Lohnbuchführung befasste Steuerberater verpflichtet, selbst zu prüfen, ob ein möglicherweise von der Rechtsmacht-Rechtsprechung betroffener Mitarbeiter, wie vom BSG gefordert, über die Rechtsmacht verfügt, sämtliche ihm unangenehme Weisungen abzuwehren. Ebenso wenig muss er Vorschläge unterbreiten, durch welche Änderungen bei den Beteiligungsverhältnissen oder im Gesellschaftsvertrag die Vorgaben des BSG für eine selbstständige Tätigkeit erfüllt werden können. Denn zur inhaltlichen sozialversicherungsrechtlichen Beratung ist ein Steuerberater weder berechtigt noch verpflichtet.

Verlangt die Gesellschaft, ein Gesellschafter oder von der Versicherungspflicht möglicherweise betroffener Mitarbeiter eine solche Beratung von ihm, muss er diese ablehnen und auf die Einschaltung eines Rechtsanwalts hinwirken, der über die notwendigen Fachkenntnisse verfügt.

## V. Fallbeispiel zur Haftung des Steuerberaters wegen Nichtbeachtung der neuen BSG-Rechtsprechung

Eine Familien-GmbH hatte für einen Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführer ohne Sperrminorität seit 2008 keine Beiträge zur Sozialversicherung abgeführt. Im Jahre 2016 fand bei der GmbH eine Betriebsprüfung für die Jahre 2013 bis 2016 statt. Diese stellte unter Hinweis auf die neue BSG-Rechtsprechung zur Statusfeststellung fest, dass der Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführer nicht über die Rechtsmacht verfügte, sämtliche ihm unangenehme Weisungen abzuwehren. Die vorherige Betriebsprüfung für den Zeitraum 2009 bis 2012 war noch ohne Beanstandung geblieben. Nachdem ein Widerspruchsverfahren und eine Klage vor dem Sozialgericht ohne Erfolg geblieben sind, nimmt die Familien-GmbH den mit der Lohnbuchführung befassten Steuerberater wegen der nachentrichteten Beiträge zur Rentenversicherung in Regress. Zur Begründung trägt sie vor, der Steuerberater hätte bereits Anfang 2013 auf die geänderte Rechtsprechung des BSG zur Statusfeststellung hinweisen müssen.

### 1. Lohnbuchführungsmandat

Eine Haftung des Steuerberaters wegen Nichtbeachtung der neuen BSG-Rechtsprechung zur Statusfeststellung kommt nur in Betracht, wenn er von der Familien-GmbH mit der Durchführung der Lohnbuchführung beauftragt war.

Bei einem reinen Steuerberatungsmandat sind die Beratungspflichten auf das Steuerrecht beschränkt.<sup>56</sup> Eine Haftung wegen der Nichtbeachtung der BSG-Rechtsprechung scheidet von vornherein aus.

### 2. Pflichtverletzung

Eine Pflichtverletzung des Steuerberaters ist zu bejahen, wenn der Steuerberater die Familien-GmbH nicht auf die geänderte Rechtsprechung des BSG zur Statusfeststellung und die sich hieraus ergebende Gefahr der Nachforderung von Beiträgen hingewiesen hat, obwohl er einen Anlass hatte, die Richtigkeit der Lohnbuchführung zu überprüfen und im Zeitpunkt der Richtigkeitsprüfung die geänderte Rechtsmacht-Rechtsprechung des BSG kennen musste.

Die Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich des Anlasses und des Kennenmüssens trifft die Familien-GmbH als Anspruchstellerin.

Eine Pflichtverletzung des Steuerberaters wegen der Nichtbeachtung der geänderten Rechtsprechung des BSG zur Statusfeststellung scheidet aus, wenn die Familien-GmbH nicht aufklärungsbedürftig war, weil sie die unsichere Rechtslage hinsichtlich des sozialversicherungsrechtlichen Status ihres Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführers und die damit einhergehende Gefahr der Nachforderung von Beiträgen bereits kannte. Will sich der Steuerberater mit diesem Einwand verteidigen, ist er hierfür darlegungs- und beweispflichtig.

<sup>53</sup> BGH, Urt. v. 29.11.2001 – IX ZR 278/00, GI 2002, 82

<sup>54</sup> BGH, Urt. v. 26.1.2017 – IX ZR 285/14, GI 2017, 69 betr. Hinweis auf Insolvenzfahrt im Zusammenhang mit der Jahresabschlussstellung.

<sup>55</sup> BGH, Urt. v. 12.2.2004 – IX ZR 246/02, GI 2004, 139; OLG Düsseldorf, Urt. v. 27.8.2007 – 23 U 18/07, GI 2008, 17.

<sup>56</sup> BGH Urt. v. 7.5.2015 – IX ZR 186/14, GI 2015, 98 betr. Steuerberater, der mit der Führung eines FG-Verfahrens beauftragt war. Dieser muss den Mandanten für den Fall des Unterliegens nicht auf einen möglichen Regress gegen den steuerlichen Vorberater hinweisen.



### **a) Anlass, die Richtigkeit der Lohnbuchführung zu hinterfragen – Jahresmeldung nach § 28a Abs. 2 SGB IV**

Der BGH geht davon aus, dass die Jahresmeldung nach § 28a Abs. 2 SGB IV für den Arbeitgeber oder für den Steuerberater, der die Lohnbuchführung übernommen hat, eine Kontrollfunktion hat. Dies gelte zum Beispiel dann, wenn für eine Beschäftigte keine Beiträge zur Krankenversicherung abgeführt werden, obwohl sich deren Gehalt innerhalb der Pflichtversicherungsgrenze bewege.<sup>57</sup> Ein Anlass, die Richtigkeit seiner Lohnbuchführung zu hinterfragen, bestand danach für den Steuerberater erst im Zusammenhang mit der Jahresmeldung, bei der ihm die geänderte Rechtsprechung des BSG zur Statusermittlung bekannt sein musste. Im Zeitraum davor musste er an der Richtigkeit seiner Lohnbuchführung keine Zweifel haben, denn immerhin war ja eine Betriebsprüfung ohne Beanstandung geblieben.<sup>58</sup>

### **b) Kennenmüssen der neuen BSG-Rechtsprechung**

Die geänderte BSG-Rechtsprechung zur Statusfeststellung musste der Steuerberater kennen, wenn sie in einer ihm zugänglichen allgemeinen Quelle bekannt gemacht worden war.<sup>59</sup>

## **(1) Keine Pflicht zur Kenntnisnahme in 2013 – Veröffentlichung der BSG-Entscheidung vom 29.8.2012 in der DStR**

Die Grundsatzentscheidung des BSG vom 29.8.2012 zum Vorrang der rechtlichen Rahmenbedingungen gegenüber den tatsächlichen Verhältnissen bei der Statusprüfung ist in der DStR 2013, Heft 15 vom 12.4.2013 auf Seite 770 veröffentlicht worden.

Aus der Veröffentlichung der BSG-Entscheidung in der DStR kann aber nicht der Schluss gezogen werden, dass ein mit der Lohnbuchführung befasster Steuerberater die Änderung der Rechtsprechung des BSG zur Statusermittlung bereits Ende April oder Anfang Mai 2013 kennen musste.

Die von der Bundessteuerberaterkammer herausgegebene DStR wird zwar gerne als Pflichtlektüre für Steuerberater bezeichnet. Dies gilt nach der Rechtsprechung des BGH allerdings nur hinsichtlich der dort veröffentlichten BFH-Rechtsprechung.

Der BGH begründet dies damit, dass der Steuerberater im Rahmen eines Steuerberatungsmandats die Kenntnis der mandatsbezogenen BFH-Rechtsprechung schuldet und die DStR insoweit eine Filterfunktion übernehme, indem sie die für die Praxis allgemein bedeutsamen Entscheidungen des BFH abdruckt, einzelne besonders gewichtige – etwa für die amtliche Sammlung bestimmte – Entscheidungen zeitlich bevorzugt veröffentlicht oder auch zusätzlich mit einer Anmerkung oder einem Besprechungsaufsatz versieht und auf den Abdruck weniger bedeutsamer Entscheidungen verzichtet.<sup>60</sup>

Im Rahmen der Lohnbuchführung schuldet der Steuerberater anders als bei einem Steuerberatungsmandat keine umfassende und erschöpfende Beratung auf sozialversicherungsrechtlichem Gebiet. Aus diesem Grund muss er auch nicht mandatsbezogen die insoweit relevante BSG-Rechtsprechung beobachten.<sup>61</sup> Hieran ändert auch die Veröffentli-

chung einer BSG-Entscheidung in der DStR nichts.

Darüber hinaus kommt der DStR hinsichtlich der BSG-Rechtsprechung keine Filterfunktion zu. Dies wird schon daran deutlich, dass die für die Statusfeststellung ebenfalls wichtige Leitsatzentscheidung vom 29.7.2015, mit der das BSG seine Kopf-und-Seele-Rechtsprechung ausdrücklich aufgegeben hat, nicht in der DStR veröffentlicht worden ist.<sup>62</sup> Ein Aufsatz zum Thema neue Rechtsmacht-Rechtsprechung des BSG ist sogar erst in der DStR 2017, 728 veröffentlicht worden.<sup>63</sup>

Ein Verstoß gegen die vertragliche Schadenverhütungspflicht kann schließlich auch nicht unter dem Gesichtspunkt bejaht werden, dass sich dem Steuerberater die Frage nach der Änderung der BSG-Rechtsprechung zur Statusfeststellung aufgrund der Veröffentlichung der Grundsatzentscheidung vom 29.8.2012 in der DStR 2013, Heft 15 vom 12.4.2013 auf Seite 770 hätte aufdrängen müssen.

Schon den beiden amtlichen Leitsätzen der Entscheidung lässt sich nicht ohne Weiteres entnehmen, dass das BSG bei der Statusprüfung eine Kehrtwende vollzogen hat. Im ersten Leitsatz heißt es zwar, dass „für die wertende Zuordnung einer Tätigkeit zum Typus einer Beschäftigung das Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es im Rahmen des rechtlich Zulässigen tatsächlich vollzogen wird, maßgeblich ist“. Im zweiten Leitsatz folgt dann aber nicht als Konsequenz, dass die tatsächliche Nichtausübung eines Weisungsrechts für die Statusprüfung ohne Relevanz ist. Vielmehr heißt es lediglich: „Zur Bedeutung eines tatsächlich nicht ausgeübten, rechtlich fortbestehenden Weisungsrechts für die Abgrenzung von Beschäftigung und Selbstständigkeit“.

Hinzu kommt, dass das BSG in seiner Grundsatzentscheidung vom 29.8.2012 noch offengelassen hat, ob ein Geschäftsführer einer Familiengesellschaft ohne Unternehmensanteile mindestens im Umfang einer Sperrminorität aufgrund anderer Umstände möglicherweise doch als Selbstständiger angesehen werden könnte.<sup>64</sup>

Erst in seiner Entscheidung vom 29.7.2015 hat das BSG im Leitsatz ausdrücklich festgestellt, dass die Kopf-und-Seele-Rechtsprechung, wonach bestimmte Angestellte einer Familiengesellschaft ausnahmsweise als Selbstständige zu betrachten sind, wenn sie faktisch wie ein Allein inhaber die Geschäfte der Gesellschaft nach eigenem Gutdünken führen, für die Statusbeurteilung im sozialversicherungsrechtlichen Deckungsverhältnis nicht mehr heranzuziehen ist.<sup>65</sup> Diese Entscheidung ist aber wie oben ausgeführt, nicht in der DStR veröffentlicht.

## **(2) Kennenmüssen in 2014 – Änderung der Verwaltungspraxis bei der Statusprüfung**

Aus dem Besprechungsergebnis vom 29.4.2014 der Spitzenorganisationen der Sozialversicherung ergibt sich, dass sich die Verwaltung der geänderten BSG-Rechtsprechung zur Statusermittlung angeschlossen und die Anlage 3 des Rundschreibens vom 13.4.2010 zur Statusfeststellung entsprechend überarbeitet hat. Die Rundschreiben und Besprechungsergebnisse der Spitzenorganisationen der Sozialversicherungsträger bezwecken die bundeseinheitliche Anwendung der gesetzlichen Regelungen zur Prüfung der Beitrags-

<sup>57</sup> BGH, Urt. v. 12.2.2004 – IX ZR 246/02, GI 2004, 139 Rn. 31 betr. Sekundäran-spruch im Zusammenhang mit § 68 StBerG a. F.

<sup>58</sup> BGH, Urt. v. 23.9.2004 – IX ZR 148/03, GI 2005, 38 Rn. 15 betr. fehlender Pflichtverletzung bei einer unverdächtigen Vorbetriebsprüfung.

<sup>59</sup> OLG Düsseldorf, Urt. v. 27.8.20017 – 23 U 18/07, GI 2007, 17 Rn. 10.

<sup>60</sup> BGH, Urt. v. 23.9.2010 – IX ZR 26/09, GI 2011, 3 Rn. 22.

<sup>61</sup> OLG Düsseldorf, Urt. v. 27.8.2007 – 23 U 18/07, GI 2008, 17.

<sup>62</sup> BSG, Urt. v. 29.7.2015 – B 12 KR 23/13 R, BSGE 119, 216.

<sup>63</sup> Brand, Die geänderte Rechtsprechung des BSG zum Status von geschäftsführenden Gesellschaftern einer Familien-GmbH, DStR 2017, 728.

<sup>64</sup> BSG, Urt. v. 29.8.2012 – B 12 KR 25/10 R, DStR 2013, 770 Rn. 32.

<sup>65</sup> BSG, Urt. v. 29.7.2015 – B 12 KR 23/13 R, BSGE 119, 216.

pflicht und der Ermittlung der abzuführenden Beiträge und berücksichtigen insoweit die hierzu ergangene Rechtsprechung des BSG. Eine Lohnbuchführung ohne Kenntnis der sich aus den Rundschreiben und Besprechungsergebnissen ergebenden Verwaltungspraxis ist praktisch nicht möglich. Im Schrifttum wird sogar gefordert, dass unter Vertrauensschutzgesichtspunkten Beiträge nur ab der Veröffentlichung der geänderten Weisung nachgefordert werden dürften.<sup>66</sup>

Alle Rundschreiben und Besprechungsergebnisse werden von der DRV und den gesetzlichen Krankenkassen als Einzugsstellen auf ihrer jeweiligen Homepage als „Service für Unternehmen“ (so die AOK) oder als „Fachinformation für Arbeitgeber und Steuerberater“ (so die DRV) getrennt für jedes Jahr und ohne jede Zugangsbeschränkung veröffentlicht.

Vor diesem Hintergrund spricht vieles dafür, dass der Steuerberater, der mit der Lohnbuchführung für die Familien-GmbH beauftragt war, die geänderte BSG-Rechtsprechung zur Statusfeststellung erst im Anschluss an die Online-Veröffentlichungen des Besprechungsergebnisses vom 29.4.2014 durch die DRV und die Einzugsstellen kennen musste.

Wann genau die Besprechungsergebnisse der Spitzenorganisationen der Sozialversicherungsträger vom 29.4.2014 von der DRV und den gesetzlichen Krankenkassen jeweils online gestellt worden sind, lässt sich nicht feststellen.

Ein Bericht über das Besprechungsergebnis findet sich in der Ausgabe 4/2014 in der von der DRV alle zwei Monate als Fachinformation für Arbeitgeber und Steuerberater elektronisch herausgegebenen Zeitschrift *summa summarum*. Die Ausgabe 4/2014 ist auf der Homepage der DRV Bund am 1.8.2014 veröffentlicht worden.<sup>67</sup> Dies spricht dafür, dass zu diesem Zeitpunkt auch das Besprechungsergebnis vom 29.4.2014 online gestellt war.

Behauptet die Familien-GmbH, der Steuerberater hätte die Änderung der BSG-Rechtsprechung schon zu einem früheren Zeitpunkt kennen müssen, ist sie darlegungs- und beweispflichtig.

### c) Ergebnis – Pflichtverletzung Anfang 2015

Als Ergebnis kann danach festgehalten werden, dass eine Pflichtverletzung des Steuerberaters frühestens Anfang 2015 bejaht werden kann, denn erst im Rahmen der Jahresmeldung zum 31.12.2004 musste er die geänderte BSG-Rechtsprechung kennen und hatte damit einen Anlass, die Richtigkeit seiner Lohnbuchführung zu hinterfragen. Dies wiederum hat zur Folge, dass er haftungsrechtlich allenfalls für die für den Zeitraum 2015 und 2016d nachgezählten Beiträge zur Rentenversicherung verantwortlich gemacht werden kann, wenn insoweit die Kausalität und der Schaden im Rechtssinne zu bejahen sind.

### 3. Kausalität – kein Anscheinsbeweis

Die Kausalität ist zu bejahen, wenn feststeht, dass die Familien-GmbH Anfang 2015 im Anschluss an einen Hinweis des Steuerberaters auf die geänderte Rechtsprechung des BSG zur Statusfeststellung die Beteiligungsverhältnisse an der GmbH oder den Gesellschaftsvertrag nach Maßgabe der Rechtsmacht-Rechtsprechung des BSG so geändert hätte, dass der

mitarbeitende Gesellschafter-Geschäftsführer rechtlich abgesichert sämtliche ihm unangenehme Weisungen abwehren konnte und für ihn daher keine Beiträge zur Rentenversicherung abgeführt werden mussten.

Die haftungsausfüllende Kausalität hat die Familien-GmbH, die den Steuerberater wegen der Nachforderung der Sozialversicherungsbeiträge auf Schadenersatz in Anspruch nimmt, nach § 287 ZPO zu beweisen.

Nach der Rechtsprechung des BGH gilt bei der Anwalts- und Steuerberaterhaftung die Regel, dass bei einer Pflichtverletzung zugunsten des Mandanten die Vermutung spricht, dieser hätte sich bei vertragsgrechtem Handeln des Beauftragten beratungsgemäß verhalten. Dieser Grundsatz kommt aber nur zur Anwendung, wenn im Hinblick auf die Interessenlage oder andere objektive Umstände bei zutreffender rechtlicher Beratung vom Standpunkt eines vernünftigen Betrachters aus allein eine Entscheidung nahegelegen hätte.<sup>68</sup>

Eine Beweiserleichterung für den Ursachenzusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Schaden nach den Grundsätzen des Anscheinsbeweises kommt der Familien-GmbH nicht zugute. Vielmehr muss sie den Weg bezeichnen, für den sie sich bei einem Hinweis des Steuerberaters auf die geänderte BSG-Rechtsprechung entschieden hätte, und sie trifft im Falle des Bestreitens durch den Steuerberater die volle Beweislast nach § 287 ZPO.

Ein **Anscheinsbeweis scheidet im Fallbeispiel aus**, weil bei einem Hinweis des Steuerberaters auf die geänderte Rechtsprechung des BSG aus Sicht der Familien-GmbH unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten nicht nur eine, sondern verschiedene nicht wirtschaftlich gleichwertige Gestaltungsmaßnahmen in Betracht kamen, mit denen das Ziel einer sozialversicherungsfreien Beschäftigung des von der Nachforderung von Beiträgen betroffenen Mitarbeiters hätte erreicht werden können. Dem betroffenen Gesellschafter-Geschäftsführer hätte entweder eine Mehrheitsbeteiligung oder eine Minderheitsbeteiligung mit Sperrminorität in der Familien-GmbH eingeräumt werden können.

Unabhängig hiervon wäre die Kausalität jedenfalls dann zu verneinen, wenn die Familien-GmbH behauptet, bei einem Hinweis des Steuerberaters hätte sie die Voraussetzungen für eine sozialversicherungsfreie Beschäftigung nach den Vorgaben des BSG geschaffen, tatsächlich aber keine gesellschaftsrechtlichen Gestaltungen vorgenommen hat und den Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführer im Anschluss an die Betriebsprüfung weiterhin sozialversicherungspflichtig beschäftigt hat.

### 4. Konsolidierende Schadenermittlung

Für die Feststellung des Schadens nach den §§ 249 ff. BGB ist ein Vermögensvergleich mit und ohne Pflichtverletzung des Steuerberaters notwendig. Der zu ersetzende Schaden ist also durch einen Vergleich der infolge des haftungsbegründenden Ereignisses eingetretenen Vermögenslage mit derjenigen Vermögenslage zu ermitteln, die ohne jenes Ereignis eingetreten wäre. Dies erfordert einen Gesamtvermögensvergleich, der alle vom haftungsbegründenden Ereignis betroffenen Positionen umfasst.<sup>69</sup>

<sup>66</sup> Rittweger, Beitragsnachforderungen für geschäftsführende Gesellschafter einer GmbH, DStR 2017, 1537.

<sup>67</sup> www.deutsche-rentenversicherung.de unter: Infos für Experten/Arbeitgeber & Steuerberater/Betriebsprüfdienst/E-Paper Summa Summarum/Alle Ausgaben/Ausgaben 2014/Ausgabe 04/2014, Stand 1.08.2014.

<sup>68</sup> BGH, Ur. v. 16.7.2015 – IX ZR 197/14, GI 2017, 76 Rn. 25; BGH, Ur. v. 15.5.2014 – IX ZR 267/12, GI 2014, 138.

<sup>69</sup> BGH, Ur. v. 19.1.2006 – IX ZR 232/01, GI 2006, 141.

Bezugspunkt für den Vermögensvergleich ist grundsätzlich das Vermögen des Geschädigten. Etwas anderes gilt aber dann, wenn die Einbeziehung der Vermögensinteressen eines Verwandten oder sonstigen Dritten nach dem Inhalt des Beratungsvertrags geschuldet ist. In diesem Fall verlangt der BGH eine **konsolidierte Schadenbetrachtung**, also ein Gesamtvermögensvergleich, der neben dem Vermögen des Geschädigten zusätzlich auch die positiven und negativen Auswirkungen auf das Vermögen des Verwandten oder sonstigen Dritten mit einbezieht.<sup>70</sup>

Die Lohnbuchführung für eine Familien-GmbH, in der ein oder mehrere Familienmitglieder als mitarbeitende Gesellschafter tätig sind, berührt nicht nur die Vermögensinteressen der Gesellschaft, sondern immer auch die Vermögensinteressen ihrer Gesellschafter. Dies zeigt sich schon daran, dass der Wunsch nach einer sozialversicherungsfreien Beschäftigung eines Familienmitglieds regelmäßig nicht von der Gesellschaft, sondern von den Gesellschaftern kommt.

Aus diesem Grund kann bei der Berechnung des Schadens infolge einer mangelhaften Lohnbuchführung betreffend eines mitarbeitenden Gesellschafters nicht allein darauf abgestellt werden, inwieweit sich die Vermögensverhältnisse der Familien-GmbH durch die zum Schadenersatz verpflichtende Handlung des Steuerberaters nachteilig verändert haben. Vielmehr müssen bei der Schadenermittlung konsolidierend auch die positiven oder nachteiligen Auswirkungen auf der Gesellschafterebene mit einbezogen werden.

Zur Schadenermittlung ist daher zunächst zu prüfen, wie sich die Vermögenslage der Familien-GmbH und ihrer Gesellschafter entwickelt hätte, wenn sie Anfang 2015 im Anschluss an einen Hinweis des Steuerberaters auf die geänderte BSG-Rechtsprechung zur Statusfeststellung die Beteiligungsverhältnisse oder den Gesellschaftsvertrag so geändert hätte, dass sie für den von der Nachforderung betroffenen mitarbeitenden Gesellschafter-Geschäftsführer keine Beiträge mehr hätte abführen müssen. Dieser hypothetischen Vermögenslage ist die tatsächliche Vermögenssituation der GmbH und ihrer Gesellschafter infolge der Pflichtverletzung des Steuerberaters gegenüberzustellen.

Bei der Prüfung der **hypothetischen Vermögenslage** ist positiv zu berücksichtigen, dass keine Beiträge zur Sozialversicherung hätten abgeführt werden müssen. Nachteilig kann aber zu Buche schlagen, dass durch die Änderung der Beteiligungsverhältnisse oder des Gesellschaftsvertrags ein anderes Familienmitglied eventuell sozialversicherungspflichtig geworden oder es zur Beendigung einer Betriebsaufspaltung gekommen wäre.

In einem vom OLG Köln entschiedenen Fall hatte der Kläger auf Empfehlung eines Rechtsanwalts zum Zwecke der Ersparnis von Sozialabgaben GmbH-Anteile an seine Schwieger söhne übertragen, damit diese als Minderheitsgesellschaftler-Geschäftsführer mit Sperrminorität die Befreiung der Sozialversicherungsfreiheit erlangen.

<sup>70</sup> BGH, Urt. v. 18.2.2016 – IX ZR 191/13, BB 2016, 916; BGH, Urt. v. 8.9.2016 – IX ZR 255/13, GI 2017, 287.

Der mit der steuerlichen Prüfung der Anteilsübertragung beauftragte Steuerberater übersah, dass durch diese Anteilsübertragung auf die Schwieger söhne eine Betriebsaufspaltung beendet wurde. Das OLG Köln verneinte einen Schaden des von dem Ende der Betriebsaufspaltung betroffenen Gesellschafters, weil dessen Einkommensteuerschaden konsolidierend die ersparten Sozialabgaben auf der GmbH-Ebene gegenübergestellt werden müssten.<sup>71</sup>

Bei der Prüfung der **tatsächlichen Vermögenssituation** infolge der Pflichtverletzung sind als Nachteil die nachgezahlten Beiträge zur Sozialversicherung in den Blick zu nehmen. Als positive Auswirkung auf der Gesellschafterebene muss aber eine erworbene Anwartschaft zur gesetzlichen Rentenversicherung berücksichtigt werden. Diese muss kapitalisiert und abgezinst als Vorteil in den Gesamtvermögensvergleich eingestellt werden.

Ein weiterer positiver Effekt können etwaige durch die erhöhte Beitragslast erzielte Steuerersparnisse sein.<sup>72</sup>

## VI. Fazit

Ein Steuerberater ist im Rahmen der Lohnbuchführung nicht zu einer inhaltlichen sozialversicherungsrechtlichen Beratung verpflichtet. Ihn trifft allerdings immer die allgemeine Vertragspflicht, den Mandanten vor Schaden zu bewahren.

Ein Verstoß gegen die Schadenverhütungspflicht ist zu bejahen, wenn der Steuerberater die von ihm betreute Gesellschaft nicht auf die geänderte Rechtsprechung des BSG zur Statusfeststellung hinweist, obwohl er einen Anlass hatte, die Richtigkeit seiner Lohnbuchführung zu hinterfragen und die neue Rechtsmacht-Rechtsprechung des BSG kennen musste, weil sie in einer ihm zugänglichen allgemeinen Quelle bekannt gemacht worden war.

Einen Anlass, die Richtigkeit seiner Lohnbuchführung zu hinterfragen, hatte ein Steuerberater im Zusammenhang mit der Jahresmeldung nach § 28a Abs. 2 SGB IV Anfang 2015, denn zu diesem Zeitpunkt musste er das Besprechungsergebnis der Spitzenorganisationen der Sozialversicherungsträger vom 29.4.2014 kennen, mit dem die Verwaltungspraxis die Rechtsmacht-Rechtsprechung des BSG übernommen hatte.

<sup>71</sup> OLG Köln, Urt. v. 16.1.2014 – 8 U 7/13, GI 2014, 108.

<sup>72</sup> OLG Koblenz, Beschl. v. 13.5.2016 – 3 U 167/16, GI 2017, 279 Rn. 26.



Autor



Michael Brügge  
Rechtsanwalt  
HDI, Köln