

Sozialversicherungsrechtliche Beurteilung von Gesellschafter-Geschäftsführern einer GmbH

Von Andreas Menthe*

Die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung, d. h. die Frage, ob ein Gesellschafter-Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) als abhängig Beschäftigter oder selbständig Tätiger anzusehen ist, kann nicht immer leicht geprüft werden und bereitet daher in der Praxis der GmbHs bzw. der von ihnen für die Lohnabrechnung beauftragten Steuerberater, aber auch der Sozialversicherungsträger zum Teil erhebliche Schwierigkeiten¹.

Probleme können insbesondere auftreten, wenn die GmbH als Arbeitgeber für ihren Geschäftsführer, der gleichzeitig auch Gesellschafter mit nicht unerheblicher Beteiligung an der Stammeinlage der GmbH ist – ohne Statusprüfung durch einen Sozialversicherungsträger – Gesamtsozialversicherungsbeiträge zahlt. Nach den praktischen Erfahrungen der Bundesagentur für Arbeit (BA) kommt dabei immer wieder der Fall vor, dass bei Verlust der Erwerbstätigkeit ein Anspruch z. B. auf Arbeitslosengeld nicht besteht, weil der Gesellschafter-Geschäftsführer tat-

sächlich nicht abhängig Beschäftigter, sondern selbständig Tätiger gewesen ist².

Um diese unbefriedigende Rechtslage zu verbessern, hat der Gesetzgeber durch das Vierte Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt (Hartz IV) vom 24.12.2003 (BGBl. I, 2954) zum 1.1.2005 ein obligatorisches, d. h. von Amts wegen bei der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte (BfA)³ durchzuführendes Statusfeststellungsverfahren für geschäftsführende Gesellschafter einer GmbH eingeführt (§ 7 a Abs. 1 Satz 2 Viertes Buch Sozialgesetzbuch – SGB IV – i. d. F. von Hartz IV).

Damit das Statusfeststellungsverfahren eingeleitet werden kann, haben GmbHs der Einzugsstelle für nach dem 31.12.2004 aufgenommene Beschäftigungsverhältnisse bereits bei der Anmeldung ggf. zusätzlich anzugeben, dass es sich um eine Tätigkeit als geschäftsführender Gesellschafter einer GmbH handelt (§ 28 a Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 Buchstabe e) SGB IV i. d. F. des Gesetzesentwurfs zur Vereinfachung der Verwaltungsverfahren im Sozialrecht – Verwaltungsvereinfachungsgesetz⁴). Die bei den Einzugsstellen eingegangenen Meldungen werden maschinell an die BfA zur Durchführung des Statusfeststellungsverfahrens weitergeleitet.

Ergibt die Statusprüfung der Clearingstelle der BfA, dass die Anmeldung des Gesellschafter-Geschäftsführers als Beschäftigter der GmbH zu Recht erfolgte, stellt die BfA durch Verwaltungsakt das Vorliegen eines dem Grunde nach versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses fest und die BA ist leistungspflichtig an die Feststellung der BfA gebunden (§ 336 Drittes Buch Sozialgesetzbuch – SGB III – i. d. F. von Hartz IV).

Mit seiner Darstellung „Leistungsrechtliche Bindung der Arbeitsverwaltung neu geregelt“ gibt Geisler in DAngVers 2004, 553 ff.⁵ einen Überblick über das neu eingeführte Statusfeststellungsverfahren und die Bindungswirkung für die BA. Nach der Einführung dieses neuen Statusfeststellungsverfahrens bietet es sich an, die von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien für die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung von Gesellschafter-Geschäftsführern einer GmbH erneut⁶ zusammenfassend darzustellen.

1. Allgemeines

Die GmbH erfreut sich im Wirtschaftsleben der Bundesrepublik Deutschland einer besonderen Beliebtheit⁷, so dass sie neben anderen Kapitalgesellschaften (insbesondere Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien) und Personengesellschaften (insbesondere Gesellschaften bürgerlichen Rechts, Offene Handelsgesellschaften, Kommanditgesellschaften, stille Gesellschaften) eine wesentliche rechtliche Organisationsform der Unternehmungen darstellt. Entsprechend dieser großen wirtschaftlichen Bedeu-

* Andreas Menthe ist Mitarbeiter im Referat Versicherungs- und Beitragsrecht (Inland)/Abt. Grundsatz der BfA.

¹ Vgl. dazu u. a. die Ausführungen „Die Kranken-, Renten- und Arbeitslosenversicherung der in ihren Betrieben mitarbeitenden Gesellschafter, Mitunternehmer und Vorstandsmitglieder“ von Figge in Die Ersatzkasse 1970, 353 ff.; „Die Sozialversicherungspflicht von Vorstandsmitgliedern, Gesellschaftern und Geschäftsführern“ von Marburger in BISt Soz ArbR 1983, 153 ff.; „Aus der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zum sozialrechtlichen Status des GmbH-Geschäftsführers“ von Dr. Louven in DB 1999, 1061 ff.

² Vgl. BT-Drucks. 15/1749, 9.

³ Ab 1.10.2005 Deutsche Rentenversicherung Bund.

⁴ Der Bundestag hat am 27.1.2005 mit den Stimmen der Fraktionen von SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN den Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Vereinfachung der Verwaltungsverfahren im Sozialrecht (Verwaltungsvereinfachungsgesetz) beschlossen; der Bundesrat hat dem Gesetz am 18.2.2005 zugestimmt. Vgl. dazu BT-Drucks. 15/4751 Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit und Soziale Sicherung zu dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung (BT-Drucks. 15/4228) zum Verwaltungsvereinfachungsgesetz, vgl. Art. 1 Nr. 6 Buchstabe b) Doppelbuchstaben aa) und bb) sowie Art. 32 Abs. 1. Die Spitzenorganisationen der Sozialversicherung haben im Vorgriff auf die zu erwartende Gesetzesänderung beschlossen, bereits vom 1.1.2005 an danach zu verfahren, vgl. Einleitung S. 2 und Ziffer 3.4 der Gemeinsamen Grundsätze zur leistungsrechtlichen Bindung der Bundesagentur für Arbeit an Bescheide in Statusfeststellungsverfahren für Ehegatten/Lebenspartner und GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführer (Bindungsregelung Arbeitslosenversicherung) vom 11.11.2004, abrufbar im Internet unter www.bfa.de > Versicherung > Statusfeststellung.

⁵ Abrufbar auch im Internet unter www.bfa.de > Publikationen > DAngVers.

⁶ Der Verfasser hat sich bereits in DAngVers 1994, 314 ff. in seinem Beitrag „Sozialversicherungsrechtliche Beurteilung mitarbeitender Gesellschafter“ auch ausführlich mit der sozialversicherungsrechtlichen Beurteilung von Gesellschafter-Geschäftsführern einer GmbH auseinandergesetzt, vgl. S. 315 ff. a. a. O.

⁷ Nach den von Dr. Kornblum ermittelten Gesamtzahlen per 1.1.2003 existieren in der Bundesrepublik Deutschland etwa 950 000 GmbHs, BB vom 21. 6. 2004 – „Die erste Seite“).

tung sind auch in der Verwaltungspraxis der Sozialversicherungsträger ganz überwiegend GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführer sozialversicherungsrechtlich zu beurteilen. Im Allgemeinen nehmen sie eine Doppelfunktion wahr. Als wirtschaftlich an der GmbH beteiligte Gesellschafter sind sie Arbeitgeber – insoweit also Selbständige –, und als – häufig mit einem Anstellungsvertrag versehene – Mitarbeiter stehen sie möglicherweise in einem Beschäftigungsverhältnis zur GmbH, können also Arbeitnehmer sein.

Die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung kann nicht nach dem Wunsch und Willen der Betroffenen geschehen, sondern hat nach objektiven Kriterien zu erfolgen. Bei der Einzelfallprüfung ist in der Sozialversicherung der Grundsatz zu beachten, wonach ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis nicht schon dadurch ausgeschlossen ist, dass der Beschäftigte an der Gesellschaft, für die er arbeitet, kapitalmäßig beteiligt ist. Ein solcher wird in seiner Person regelmäßig sowohl Arbeitgeber- als auch Arbeitnehmermerkmale vereinigen. Daher muss geprüft werden, welche Merkmale das Gesamtbild der Tätigkeit prägen, d. h., die Einzelumstände müssen gegeneinander abgewogen werden. Neben den allgemeinen Abgrenzungskriterien zwischen abhängiger Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit sind weitere Beurteilungskriterien zu untersuchen.

2. Beurteilungskriterien

Bei Gesellschafter-Geschäftsführern einer GmbH liegt nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG)⁸ ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis zur GmbH vor, wenn die Gesellschafter-Geschäftsführer

- funktionsgerecht dienend am Arbeitsprozess der GmbH teilhaben,
- für ihre Beschäftigung ein entsprechendes Arbeitsentgelt erhalten und
- keinen maßgeblichen Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft kraft ihres Anteils am Stammkapital geltend machen können.

Um insbesondere die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung von Gesellschafter-Geschäftsführern einer GmbH zu erleichtern, wurde von den Spitzenverbänden der Krankenkassen, dem Verband Deutscher Rentenversicherungsträger (VDR) und der BA anlässlich ihrer Besprechung am 22./23. 11. 2000 über Fragen des gemeinsamen Beitragseinzugs – (vgl. Punkt 3 der Niederschrift⁹) – eine Entscheidungshilfe¹⁰ mit Rechtsprechungsübersicht¹¹ erstellt. Das Besprechungsergebnis¹² einschließlich seiner Anlagen ist auch Grundlage der folgenden Ausführungen.

An den Grundsätzen dieses Besprechungsergebnisses der Spitzenorganisationen der Sozialversicherung orientiert sich auch die Clearingstelle der BfA in einem Statusfeststellungsverfahren nach § 7 a Abs. 1 Satz 2 SGB IV. Nachdem sie die bei der Einzugsstelle eingegangene Anmeldung der GmbH über die Aufnahme der Beschäftigung des Gesellschafter-Geschäftsführers maschinell erhalten hat, versendet sie

den ebenfalls von den Spitzenorganisationen der Sozialversicherung entwickelten „Feststellungsbogen zur versicherungsrechtlichen Beurteilung eines Gesellschafter-Geschäftsführers einer GmbH im Rahmen eines Anfrageverfahrens gemäß § 7 a Abs. 1 Satz 2 SGB IV“¹³ an die GmbH. Mit dem ausgefüllten Feststellungsbogen zurückzusenden sind auch der Gesellschaftsvertrag, ggf. Nachträge zum Gesellschaftsvertrag, ein ggf. vorhandener Treuhandvertrag sowie der Arbeits- bzw. Dienstvertrag des Gesellschafter-Geschäftsführers. Anhand der Angaben der GmbH und des geschäftsführenden Gesellschafters im Feststellungsbogen sowie der weiteren eingesandten Unterlagen nimmt die Clearingstelle der BfA die Statusprüfung vor.

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass Arbeitgeber bei einer Anmeldung ab 1. 1. 2005 ggf. auch anzugeben haben, dass zum Arbeitgeber eine Beziehung als Ehegatte oder Lebenspartner besteht (§ 28 a Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 SGB IV Buchstabe d) i. d. F. des Verwaltungsvereinfachungsgesetzes¹⁴). Insoweit ist zu beachten, dass ein Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH, der Ehegatte oder Lebenspartner eines weiteren Gesellschafters dieser (Familien-) GmbH ist, nicht als Ehegatte oder Lebenspartner (Statuskennzeichen „1“), sondern als geschäftsführender Gesellschafter einer GmbH (Statuskennzeichen „2“) auf dem Vordruck „Meldung zur Sozialversicherung (Belegart 13)“ anzumelden ist, da Arbeitgeber die GmbH und nicht der Ehegatte bzw. Lebenspartner ist¹⁵.

2.1 Kapitalbeteiligung

Zunächst ist anhand der Kapitalbeteiligung oder besonderer Vereinbarungen im Gesellschaftsvertrag bzw. der Satzung der GmbH zu prüfen, ob ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis von vornherein ausgeschlossen ist. Auf das Kriterium „beherrschend“ kommt es für die Entscheidungsfindung nicht an¹⁶. Bei Gesellschafter-Geschäftsführern einer GmbH,

⁸ BSG-Urteil vom 24. 6. 1982 – 12 RK 45/80 – USK 82160; SozSich 1983, RNR. 3750. BSG-Urteil vom 6. 2. 1992 – 7 RAR 134/90 – und 7 RAR 36/91 – BSGE 70, 81; SozR 3-4100 § 104 Nr. 8; USK 9208. BSG-Urteil vom 6. 3. 2003 – B 11 AL 25/02 R – SozR 4-2400 § 7 Nr. 1; USK 2003-14; GmbHR 2004, 494.

⁹ WzS 2001, 76 f.; BB 2001, 728.

¹⁰ WzS 2001, 109 f.

¹¹ WzS 2001, 111 ff. und BB 2001, 729 ff.

¹² Auch Anlage 3 des Gemeinsamen Rundschreibens der Spitzenorganisationen der Sozialversicherung zum Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit – Versicherungs-, Beitrags- und Melderecht unter Berücksichtigung des Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt – vom 26. 3. 2003 – ist abrufbar im Internet unter www.bfa.de > Versicherung > Statusfeststellung.

¹³ Anlage 2 der Gemeinsamen Grundsätze zur leistungsrechtlichen Bindung der Bundesagentur für Arbeit an Bescheide im Statusfeststellungsverfahren für Ehegatten/Lebenspartner und GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführer (Bindungsregelung Arbeitslosenversicherung) vom 11. 11. 2004, einsehbar im Internet unter www.bfa.de > Versicherung > Statusfeststellung.

¹⁴ Vgl. dazu Fn. 4.

¹⁵ Vgl. dazu auch SUMMA SUMMARUM 6/2004 S. 20, abrufbar im Internet unter www.bfa.de > Arbeitgeber/Steuerberater.

¹⁶ BSG-Urteil vom 22. 11. 1974 – 1 RA 251/73 – USK 74139; Die Beiträge 1975, 60; BB 1975, 282.

die aufgrund ihrer Kapitalbeteiligung an der Gesellschaft maßgebenden Einfluss auf die Geschichte der Gesellschaft haben, ist ein Beschäftigungsverhältnis im sozialversicherungsrechtlichen Sinne grundsätzlich zu verneinen¹⁷. Sie sind in der Lage, insbesondere Beschlüsse zu verhindern, die ihr Dienstverhältnis benachteiligen würden. Maßgeblicher Einfluss schließt ein Beschäftigungsverhältnis auch dann aus, wenn ein besonderer Beirat bestellt wird¹⁸ oder der Gesellschafter-Geschäftsführer die ihm zustehende beherrschende Rechtsmacht tatsächlich nicht wahrnimmt¹⁹.

2.1.1 Kapitalbeteiligung mindestens 50%

Erfolgen Beschlüsse der Gesellschafter nach der Mehrheit der abgegebenen Stimmen (§ 47 Abs. 1 Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung – GmbHG –) und richtet sich dabei das Stimmrecht des einzelnen Gesellschafters nach der Höhe seiner Geschäftsanteile (§ 47 Abs. 2 GmbHG), so hat derjenige Gesellschafter maßgebenden Einfluss, der mindestens die Hälfte der Geschäftsanteile (50 %) der GmbH besitzt. Als geschäftsführender Gesellschafter steht er nicht in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis zur GmbH.

Beispiel 1:

In der X-GmbH sind die Gesellschafter-Geschäftsführer A, B und C beschäftigt. Der Gesellschaftsvertrag der X-GmbH beinhaltet keine Bestimmung über die zur Beschlussfassung erforderliche Mehrheit. A hält 50 %, B 30 % und C 20 % der Geschäftsanteile der X-GmbH.

Welche Gesellschafter-Geschäftsführer stehen im Hinblick auf ihre Kapitalbeteiligung nicht in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis zur X-GmbH?

Lösung:

Es findet die gesetzliche Regelung (§ 47 Abs. 1 und 2 GmbHG) Anwendung, wonach das Stimmrecht den Geschäftsanteilen entspricht und für Beschlüsse die einfache Mehrheit (51 %) genügt. Da A nicht überstimmt werden kann, hat er maßgebenden Einfluss auf die Geschicke der X-GmbH. Er kann jede

ihm nicht genehme Weisung verhindern, insbesondere Beschlüsse, die sein Dienstverhältnis nachteilig verändern würden (z. B. Kündigung), so dass ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis von vornherein ausscheidet. B und C, die für sich allein Beschlüsse nicht verhindern können, haben keinen maßgeblichen Einfluss. Ihre sozialversicherungsrechtliche Beurteilung hat anhand der allgemeinen Voraussetzungen (vgl. 2.2 bis 2.6) zu erfolgen.

2.1.2 Kapitalbeteiligung unter 50% mit Sperrminorität

Ist nach dem Gesellschaftsvertrag bzw. der Satzung indessen abweichend von § 47 Abs. 1 GmbHG (abdingbare Vorschrift) nicht die einfache Mehrheit der abgegebenen Stimmen, sondern eine qualifizierte Mehrheit (z. B. in Höhe von 75 %) erforderlich, so hat auch derjenige Gesellschafter schon einen maßgebenden Einfluss, ohne dessen Mitwirkung diese qualifizierte Mehrheit nicht erreicht werden kann; er ist im Besitz der sog. Sperrminorität. Bei einem Gesellschafter-Geschäftsführer mit Sperrminorität kann kein abhängiges Beschäftigungsverhältnis vorliegen²⁰.

Beispiel 2:

A, B und C sind Gesellschafter-Geschäftsführer der Y-GmbH. Laut Gesellschaftsvertrag richtet sich das Stimmrecht nach der Höhe der Geschäftsanteile und die Beschlüsse werden mit qualifizierter Mehrheit (75 % aller Stimmen) gefasst. A hält 50 %, B 30 %, C 20 % der Geschäftsanteile der Y-GmbH und damit des Stimmrechts.

Welche Gesellschafter-Geschäftsführer stehen im Hinblick auf ihre Kapitalbeteiligung nicht in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis zur Y-GmbH?

Lösung:

Da A das Zustandekommen der qualifizierten Mehrheit (75 %) verhindern kann, hat er maßgebenden Einfluss und steht daher nicht in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis zur Y-GmbH. Auch B kann einen Beschluss mit qualifizierter Mehrheit verhindern, weil A und C zusammen nur 70 % der Stimmen erreichen. Daher ist B aufgrund seiner Sperrminorität ebenfalls kein anhängig Beschäftigter der Y-GmbH. Dagegen kann C mit seinen 20 % der Stimmen überstimmt werden, weil A und B zusammen 80 % der Stimmen haben. C hat also keinen maßgebenden Einfluss; seine Kapitalbeteiligung schließt ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis nicht von vornherein aus. Es sind daher die allgemeinen Voraussetzungen (vgl. Ziffern 2.2 bis 2.6) zu prüfen.

¹⁷ BSG-Urteil vom 13. 12. 1960 – 3 RK 2/56 – BSGE 13, 196; SozR AVG § 1 a. F. Bl. Aa 2 Nr. 5; Die Beiträge 1961, 212; NJW 1961, 1134. BSG-Urteil vom 9. 2. 1995 – 7 RAR 76/94 – USK 9519 m. w. N.; Die Beiträge 1995, 358.

¹⁸ BSG-Urteil vom 24. 6. 1982 – 12 RK 43/81 – USK 82166; Die Beiträge 1986, 217; BB 1984, 1049.

¹⁹ BSG-Urteil vom 18. 4. 1991 – 7 RAR 32/90 – SozR 3-4100 § 168 Nr. 5; USK 9115; NZA 1991, 869. BSG-Urteil vom 28. 1. 1992 – 11 RAR 133/90 – USK 9201; Die Beiträge 1992, 310.

²⁰ BSG-Urteil vom 6. 2. 1992 – 7 RAR 134/90 – und 7 RAR 36/91 – BSGE 70, 81; SozR 3-4100 § 104 Nr. 8; USK 9208; Die Beiträge 1992, 258; DB 1992, 1835; BB 1992, 2437.

Keinen maßgeblichen Einfluss besitzt hingegen ein Gesellschafter-Geschäftsführer mit einer Sperrminorität, die nicht auf alle Angelegenheiten der Gesellschaft Anwendung findet, sondern lediglich auf die Festlegung der Unternehmenspolitik, die Änderung des Gesellschaftsvertrages sowie die Auflösung der Gesellschaft beschränkt ist. Der geschäftsführende Gesellschafter ist nicht in der Lage, sich gegenüber Weisungen der Mehrheit in Bezug auf Zeit, Dauer und Ort seiner Geschäftsführertätigkeit, die ihm nicht genehm sind, zur Wehr zu setzen²¹.

Ebenso verfügt nach der Rechtsprechung des BSG²² ein mit 48,82% am Stammkapital einer GmbH beteiligter Gesellschafter-Geschäftsführer nicht über eine Sperrminorität, sofern die Gesellschafterversammlung – bei einer Beschlussfassung mit einfacher Mehrheit – nur beschlussfähig ist, wenn 75% des Stammkapitals vertreten ist. Wird diese Mehrheit nämlich nicht erreicht und ist nach dem Gesellschaftsvertrag binnen Monatsfrist eine zweite Gesellschafterversammlung mit den gleichen Tagesordnungspunkten einzuberufen, wobei die Gesellschafterversammlung dann ohne Rücksicht auf das vertretene Stammkapital beschlussfähig ist, so kann der Gesellschafter-Geschäftsführer Beschlüsse durch Fernbleiben von der Gesellschafterversammlung lediglich verzögern, nicht jedoch verhindern.

Bei einer im Gesellschaftsvertrag bzw. der Satzung vereinbarten einstimmigen Beschlussfassung hat jeder Gesellschafter-Geschäftsführer unabhängig von seiner Kapitalbeteiligung eine Sperrminorität und kann entscheidenden Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft ausüben, so dass er nicht in einem Beschäftigungsverhältnis zur GmbH steht²³.

Ferner liegt maßgeblicher Einfluss unabhängig von der Anzahl der gehaltenen Stammanteile vor, sofern bei zwei Gesellschafter-Geschäftsführern im Gesellschaftsvertrag eine Abstimmung nach „Köpfen“ festgelegt wurde. Auch sie stehen nicht in einem Beschäftigungsverhältnis zur GmbH.

2.1.3 Treuhänderisch gehaltene Kapitalanteile

Die treuhänderische Verwaltung von Geschäftsanteilen einer GmbH (z.B. in Höhe von 50% oder 100%) beeinträchtigt den maßgeblichen Einfluss eines Gesellschafter-Geschäftsführers nicht, sofern er als Treuhänder auch das seinen Geschäftsanteilen entsprechende Stimmrecht besitzt. Dem Umstand, dass der Treuhänder regelmäßig im Innenverhältnis durch den Treuhandvertrag gebunden ist und die ihm formal zustehenden Gesellschaftsrechte nur im Interesse und nach den Weisungen des Treugebers ausüben darf, kommt insoweit keine Bedeutung zu, da diese Abhängigkeit rein schuldrechtlicher Natur ist und nur zum Treugeber, nicht aber zur Gesellschaft, in der der Treuhänder regelmäßig als im eigenen Namen handelnder Gesellschafter tätig wird, besteht²⁴.

Etwas anderes kann allenfalls dann gelten, wenn sich eine nach außen wirkende Abhängigkeit des

Treuhanders vom Treugeber unmittelbar aus dem Gesellschaftsvertrag selbst oder seinem Anstellungsvertrag als Geschäftsführer ergibt. Das BSG²⁵ hat bei einem Treugeber, der sich nicht allein mit einem schuldrechtlichen Weisungsrecht und der Möglichkeit, durch Kündigung des Treuhandverhältnisses das Treugut wieder an sich zu ziehen, zufrieden gibt, sondern sich zusätzliche Befugnisse, insbesondere die persönliche Ausübung des Stimmrechts vorbehält, entschieden, dass ein Beschäftigungsverhältnis des Treuhänders und Alleingesellschafters zur GmbH nicht von vornherein ausgeschlossen ist. Ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis ist nach Ansicht des BSG zu bejahen, wenn der Treuhänder-Gesellschafter-Geschäftsführer wie ein Arbeitnehmer in die Gesellschaft eingegliedert ist (vgl. BSG a. a. O.).

Trotz des in der Regel nicht zur GmbH, sondern zum Treugeber bestehenden und im Treuhandvertrag festgelegten Abhängigkeitsverhältnisses ist ein Beschäftigungsverhältnis zum Treugeber regelmäßig zu verneinen, sofern der Treuhänder sein Entgelt nicht vom Treugeber, sondern von der Gesellschaft erhält und im Verhältnis zum Treugeber nicht bloß eine Arbeitsleistung, sondern einen bestimmten Erfolg seiner Arbeitskraft schuldet. Die Bedingungen, denen er unterliegt, sind insoweit solche eines Beauftragten (Dienstpflichtigen), der die Geschäfte für einen anderen zu besorgen hat (vgl. Besprechungsergebnis der Spitzenverbände der Krankenkassen, des VDR und der BA am 29./30. 4. 1996 über Fragen des gemeinsamen Beitrageinzugs – Punkt 1 der Niederschrift²⁶).

2.1.4 Kapitalbeteiligung unter 50% ohne Sperrminorität

Kann ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis bei Gesellschafter-Geschäftsführern anhand der Kapitalbeteiligung oder besonderer Vereinbarungen im Gesellschaftsvertrag bzw. der Satzung der GmbH nicht von vornherein ausgeschlossen werden, bedarf es anhand der in Ziffern 2.2 bis 2.6 angeführten Kriterien einer sorgfältigen weiteren Prüfung, ob ggf. eine selbständige Tätigkeit vorliegt. Maßgebend ist das Gesamtbild der vertraglichen Vereinbarungen sowie der tatsächlichen Verhältnisse. Weichen beide voneinander ab, so haben die tatsächlichen Gegebenheiten ausschlaggebende Bedeutung²⁷.

²¹ BSG-Urteil vom 24. 9. 1992 – 7 RAr 12/92 – SozR 3-4100 § 168 Nr. 8; USK 9285; NZA 1993, 430.

²² BSG-Urteil vom 9. 2. 1995 – 7 RAr 76/94 – USK 9519; Die Beiträge 1995, 358.

²³ BSG-Urteil vom 18. 4. 1991 – 7 RAr 32/90 – SozR 3-4100 § 168 Nr. 5; USK 9115; NZA 1991, 869.

²⁴ Urteil des Bayerischen LSG vom 9. 6. 1982 – L 4 Kr 47/81 – nicht veröffentlicht.

²⁵ BSG-Urteil vom 8. 12. 1994 – 11 RAr 49/94 – SozR 3-4100 § 168 Nr. 18; USK 9461; NZS 1996, 373; Die Beiträge 1995, 568.

²⁶ Veröffentlicht u. a. in Die Beiträge 1996, 482; DOK 1996, 475 und BKK 1996, 398.

²⁷ BSG-Urteil vom 31. 7. 1974 – 12 RK 26/72 – BSGE 38, 53; SozR 4600 § 56 Nr. 1; USK 7467.

Dementsprechend bleiben auch rückwirkend mögliche vertragliche Änderungen, wie beispielsweise die Übertragung von Gesellschaftsanteilen im August eines Jahres rückwirkend auf den Beginn des Kalenderjahres, die dem Gesellschafter-Geschäftsführer maßgebenden Einfluss verschaffen, ohne Auswirkung auf die zurückliegende sozialversicherungsrechtliche Beurteilung, da die in der Vergangenheit liegenden tatsächlichen Verhältnisse naturgemäß keine Änderungen mehr erfahren können.

2.2 Selbstkontrahierungsverbot, Alleinvertretungsrecht, Namensgeber

Die Befreiung des Gesellschafter-Geschäftsführers vom Selbstkontrahierungsverbot nach § 181 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) und dessen Alleinvertretungsrecht sprechen indiziell gegen die Annahme eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses, deuten aber nicht zwingend auf eine selbständige Tätigkeit hin²⁸.

Ist ein zu beurteilender Gesellschafter-Geschäftsführer (Mit-)Namensgeber der GmbH (z.B. Fritz Müller als Namensgeber der Müller Elektro GmbH), deutet das auf eine selbständige Tätigkeit hin.

2.3 Bindung an Zeit, Dauer und Ort der Arbeitsleistung

Im Wesentlichen hängt das Vorliegen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses von der Frage der Weisungsgebundenheit bzw. -freiheit ab. Hierbei kommt es nicht allein darauf an, inwieweit der Gesellschafter-Geschäftsführer an Entscheidungen der weiteren Gesellschafter gebunden ist, die den Inhalt (Art und Weise) seiner Tätigkeit betreffen; solchen Bedingungen unterliegt u.U. auch ein selbständiger Beauftragter (Dienstpflichtiger), der Geschäfte für einen anderen zu besorgen hat²⁹. Wesentlicher ist vielmehr, ob der äußere Rahmen dieser Tätigkeit, insbesondere was Zeit, Dauer und Ort der Arbeitsleistung betrifft, durch einseitige Weisungen geregelt wird oder geregelt werden kann³⁰. In soweit weisungsfreie Gesellschafter-Geschäftsführer stehen in aller Regel nicht in einem Beschäftigungsverhältnis.

²⁸ BSG-Urteil vom 6. 3. 2003 – B 11 AL 25/02 R – SozR 4-2400 § 7 Nr. 1; USK 2003-14; GmbHR 2004, 494.

²⁹ BSG-Urteil vom 13. 12. 1960, s. Fn. 17.

³⁰ BSG-Urteil vom 24. 6. 1982 – 12 RK 45/80 – USK 82160; SozSich 1983, RNr. 3750.

³¹ BSG-Urteil vom 24. 6. 1982, s. Fn. 30.

³² BSG-Urteil vom 15. 12. 1971 – 3 RK 67/68 – SozR Nr. 68 § 165 RVO; USK 71199; Breith. 1972, 537; Die Beiträge 1972, 246; BB 1972, 404. BSG-Urteil vom 24. 6. 1982 – 12 RK 45/80 – USK 82160; SozSich 1983, RNr. 3750.

³³ BSG-Urteil vom 23. 1. 1986 – 11a RK 4/84 – SozR 5420 § 2 Nr. 35; USK 8606; Die Beiträge 1986, 132.

³⁴ BSG-Urteil vom 15. 12. 1971 – 3 RK 67/68 – SozR Nr. 68 § 165 RVO; USK 71199; Breith. 1972, 537; Die Beiträge 1972, 246; BB 1972, 404.

³⁵ BSG-Urteil vom 8. 12. 1987 – 7 RAr 14/86 – USK 87150; ZIP 1988, 913.

³⁶ BSG-Urteil vom 23. 9. 1982 – 10 RAr 10/81 – SozR 2100 § 7 Nr. 7; USK 82140; Breith. 1983, 739.

2.4 Gleichmäßig beteiligte Gesellschafter-Geschäftsführer

Gesellschafter-Geschäftsführer, die – in etwa – zu gleichen Teilen (z.B. mit jeweils 33 1/3% oder 25% bzw. mit 31%, 34% und 35%) an einer GmbH beteiligt sind und aufgrund der Vereinbarungen im Gesellschaftsvertrag – Herbeiführung der Gesellschafterbeschlüsse durch einfache Mehrheit – jeweils keinen maßgeblichen Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft nehmen können, stehen in aller Regel nicht in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis zur GmbH. Sie sind nicht nur die alleinigen Geschäftsführer, sondern zugleich die alleinigen Gesellschafter der GmbH, so dass ihnen in ihrer Eigenschaft als Geschäftsführer dieselben Personen als Gesellschafter gegenüberstehen und daher ein – für ein Arbeitnehmer-Arbeitgeberverhältnis typischer – Interessengegensatz kaum denkbar erscheint. Eine solche Identität legt vielmehr den Schluss nahe, dass die Geschäftsführer im „eigenen“ Unternehmen tätig und damit i.S. der Sozialversicherung Selbständige sind³¹.

2.5 Gesellschafter-Geschäftsführer einer Familien-GmbH

In einer Familien-GmbH ist ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis eines Gesellschafter-Geschäftsführers zu verneinen, wenn z.B. die Geschäftsführertätigkeit mehr durch familienhafte Rücksichtnahmen und ein gleichberechtigtes Nebeneinander als durch einen für ein Arbeitnehmer-Arbeitgeberverhältnis typischen Interessengegensatz gekennzeichnet ist³².

Ein Gesellschafter-Geschäftsführer einer Familien-GmbH ohne maßgeblichen Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft, der ihm übertragene Aufgaben nach Weisung der Gesellschaft durchführt, steht nach der Auffassung des BSG³³ jedoch in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis.

2.5.1 Branchenkenntnisse

Sofern ein Gesellschafter-Geschäftsführer ohne maßgeblichen Einfluss auf die Geschicke einer Familien-GmbH als einziger Gesellschafter über die zur Führung des Betriebes notwendigen Branchenkenntnisse verfügt, spricht dies nach der Ansicht des BSG³⁴ indiziell gegen ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis. Die fachliche Überlegenheit allein lässt aber nach der Auffassung des BSG³⁵ nicht den Schluss auf eine selbständige Tätigkeit zu.

2.5.2 Firmenumwandlung

Geht eine GmbH aus der Umwandlung eines Einzelunternehmens hervor, bei der der vorherige Alleininhaber und nunmehr nur geringfügig am Kapital der GmbH beteiligte Gesellschafter-Geschäftsführer „Kopf und Seele“³⁶ des Familienbetriebes geblieben ist, und werden die gesellschaftsrechtlichen Maßnahmen nur deshalb getroffen, weil sich der ehemalige Einzelunternehmer dadurch haftungs- und/oder steuerrechtlich besser zu stehen glaubt, so

spricht dies gegen die Annahme einer abhängigen Beschäftigung. Trägt die errichtete GmbH zudem den Namen des vorherigen Alleininhabers der Einzelfirma, wird die Annahme einer selbständigen Tätigkeit noch verstärkt (vgl. Ziffer 2.2).

2.6 Unternehmerrisiko

Weiteres gewichtiges Indiz für die Annahme einer selbständigen Tätigkeit ist das mit dem Einsatz eigenen Kapitals verbundene erhebliche Unternehmerrisiko³⁷. Die Kapitalbeteiligung wird häufig so hoch sein, dass der Gesellschafter-Geschäftsführer nicht funktionsgerecht „dienend“ für ein fremdes, sondern für das eigene Unternehmen tätig wird, so dass die ggf. für eine Arbeitnehmergemeinschaft sprechenden Umstände (z. B. Festgehalt, Weihnachtsg Gratifikation, Urlaubsregelung mit Urlaubsgeld, Fortzahlung des Gehalts im Krankheitsfall, Kündigungsvereinbarung) an Bedeutung verlieren³⁸.

Im Übrigen enthalten die Anstellungs- bzw. Dienstverträge jedoch häufig eher arbeitnehmeruntypische Vereinbarungen, wonach z. B. erfolgsabhängige Bezüge (z. B. Tantiemen) gezahlt werden, ein Anspruch auf Vergütung von Überstunden, Sonn-, Feiertags- oder sonstiger Mehrarbeit nicht besteht und der Gesellschafter-Geschäftsführer jederzeit, wenn und soweit es das Wohl der Gesellschaft erfordert, zu ihrer Verfügung zu stehen hat.

2.7 Vor-GmbH

Die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung der Gesellschafter-Geschäftsführer hat aufgrund des Besprechungsergebnisses der Spitzenverbände der Krankenkassen, des VDR und der BA vom 16./17.3.1994 über Fragen des gemeinsamen Beitragseinzugs – Punkt 2 der Niederschrift³⁹ – auch schon vor der Eintragung in das Handelsregister (GmbH in Gründung – i. G. –) nach dem Recht der GmbH zu erfolgen. Der Vor-GmbH fehlt zwar die Rechtsfähigkeit, doch entspricht es dem Willen der Gesellschafter, schon die Vorgesellschaft unter das Recht der GmbH zu stellen.

Bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen kann daher auch ein geschäftsführender Vor-GmbH-Gesellschafter in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis stehen. Sowohl die Vorschrift des § 11 Abs. 2 GmbHG als auch die Rechtsprechung des BSG⁴⁰ stehen dem nicht entgegen; sie ermöglichen lediglich, dass den mit einer werdenden GmbH in Verkehr tretenden Dritten ein gewisser Partner geschaffen wird. Das Verhältnis des Vorgesellschafters zur GmbH wird durch diese Regelung indessen nicht berührt⁴¹.

3. Sonstige mitarbeitende Gesellschafter und Geschäftsführer einer GmbH

Lediglich Personen, die sowohl Gesellschafter als auch Geschäftsführer einer GmbH sind (Gesellschafter-Geschäftsführer = geschäftsführende Gesellschafter), werden von dem Statusfeststellungsverfahren nach § 7 a Abs. 1 Satz 2 SGB IV erfasst.

Nicht einbezogen in das Statusfeststellungsverfahren werden hingegen

- Gesellschafter, die in der GmbH mitarbeiten, aber nicht zu Geschäftsführern bestellt sind (mitarbeitende Gesellschafter⁴²), und
- Geschäftsführer, die nicht gleichzeitig Gesellschafter der GmbH sind, d. h. nicht am Kapital der GmbH beteiligt sind. Sie werden als Fremdgeschäftsführer bezeichnet, es sei denn, es handelt sich um Geschäftsführer ohne Kapitalbeteiligung an der GmbH ihrer Familie⁴³. Diese werden als Geschäftsführer einer Familien-GmbH bezeichnet. Bei ihnen erscheint nicht nur die Bezeichnung „Fremd“geschäftsführer unpassend⁴⁴. Sie unterscheiden sich auch bei der sozialversicherungsrechtlichen Beurteilung von den „echten“ Fremdgeschäftsführern erheblich.

„Echte“ Fremdgeschäftsführer, d. h. solche, die nicht am Kapital der GmbH beteiligt sind und auch keine familiären Bindungen zur GmbH haben, sind zweifelsfrei abhängig Beschäftigte⁴⁵, so dass sie vom Statusfeststellungsverfahren nicht erfasst werden mussten.

Mitarbeitende Gesellschafter einer GmbH (ohne Geschäftsführerfunktion) und Geschäftsführer einer Familien-GmbH werden vom Gesetzgeber hinsichtlich ihrer sozialversicherungsrechtlichen Beurteilung offensichtlich nicht als problematisch angesehen, da sie nicht in das Statusfeststellungsverfahren einbezogen werden⁴⁶. Sie können abhängig Beschäftigte der GmbH sein oder eine selbständige Tätigkeit ausüben.

Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass Gesellschafter, die nicht in der GmbH mitarbeiten, d. h. lediglich am Kapital der GmbH beteiligt sind, keiner versicherungsrechtlichen Einordnung bedürfen. Sie

³⁷ BSG-Urteil vom 24. 9. 1992, s. Fn. 21.

³⁸ BSG-Urteil vom 24. 6. 1982, s. Fn. 30.

³⁹ Veröffentlicht u. a. in Die Beiträge 1994, 297; Die Ersatzkasse 1994, 232; DOK 1994, 367 und BKK 1994, 370.

⁴⁰ BSG-Urteil vom 28. 2. 1986 – 2 RU 21/85 und 2 RU 22/85 – BSGE 60, 29; SozR 2200 § 723 Nr. 7; USK 8613.

⁴¹ BSG-Urteil vom 30. 3. 1962 – 2 RU 109/60 – BSGE 17, 15; SozR RVO § 537 Bl. Aa 28 Nr. 27.

⁴² Die Bezeichnung „mitarbeitende Gesellschafter“ wird in der Praxis und im Schrifttum teilweise auch als Oberbegriff für sämtliche in der GmbH beschäftigten Gesellschafter verwandt, d. h. auch für Gesellschafter-Geschäftsführer.

⁴³ Es kann sich hierbei um eine „reine“ Familien-GmbH oder eine GmbH handeln, in der familienhafte Bindungen zu Mehrheitsgemeinschaften bestehen.

⁴⁴ In der Praxis und im Schrifttum wird zwischen Fremdgeschäftsführern und Geschäftsführern einer Familien-GmbH teilweise nicht differenziert. Beide Personenkreise werden dann als Fremdgeschäftsführer bezeichnet.

⁴⁵ BSG-Urteil vom 18. 12. 2001 – B 12 KR 10/01 R – SozR 3-2400 § 7 Nr. 20; USK 2001-60; Breith. 2002, 474; NJW-RR 2002, 758 und DAngVers 2002, 438 ff. mit Anmerkungen von Menthe; Besprechungsergebnis der Spitzenverbände der Krankenkassen, des VDR und der BA anlässlich ihrer Besprechung am 22./23. 11. 2000 über Fragen des gemeinsamen Beitragseinzugs – (vgl. Punkt 3 der Niederschrift), s. Fn. 9 und 12.

⁴⁶ Vgl. BT-Drucks. 15/1749, 9 – als Problemfälle werden lediglich Geschäftsführer von GmbHs angesehen, wenn diese gleichzeitig auch Gesellschafter mit nicht unerheblicher Beteiligung an der Stammeinlage der GmbH sind.

sind keine tätigen, d. h. mitarbeitenden Teilhaber, die daher aus versicherungsrechtlicher Sicht weder abhängig Beschäftigte noch selbständig Tätige der GmbH sein können.

4. Fazit

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass für die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung von Gesellschafter-Geschäftsführern einer GmbH – neben den allgemeinen Grundsätzen zur Abgrenzung von abhängiger Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit – die Besonderheiten des Gesellschaftsrechts und die tatsächliche Stellung der Gesellschafter-Geschäftsführer innerhalb der GmbH und zu den (Mit-)Gesellschaftern zu berücksichtigen sind.

Sofern ein Gesellschafter-Geschäftsführer aufgrund seiner Kapitalbeteiligung und seines darauf beruhenden Stimmrechts bzw. aufgrund besonderer Vereinbarungen im Gesellschaftsvertrag bzw. der Satzung maßgebenden Einfluss auf die Geschicke der GmbH geltend machen kann, ist ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis von vornherein ausgeschlossen; eine Anmeldung bei der Einzugsstelle hat nicht zu erfolgen.

Kann eine abhängige Beschäftigung insoweit nicht von vornherein ausgeschlossen werden, muss durch Abwägung weiterer Einzelumstände geprüft werden, ob der Gesellschafter-Geschäftsführer abhängig Beschäftigter der GmbH ist oder eine selbständige Tätigkeit ausübt.

Ob die GmbH ihren Gesellschafter-Geschäftsführer, bei dem ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis unter Berücksichtigung der von der höchstgerichtlichen Rechtsprechung entwickelten Kriterien

nicht von vornherein ausgeschlossen ist, bei der Einzugsstelle anmeldet, entscheidet sie nach wie vor eigenverantwortlich. Eine Anmeldung der GmbH bei der Einzugsstelle mit der notwendigen Kennzeichnung als Gesellschafter-Geschäftsführer führt zum obligatorischen Statusfeststellungsverfahren bei der BfA nach § 7 a Abs. 1 Satz 2 SGB IV. Bis zur Entscheidung der Clearingstelle der BfA sind aufgrund der Anmeldung Gesamtsozialversicherungsbeiträge zu zahlen.

Stellt die Clearingstelle der BfA als Ergebnis des Statusfeststellungsverfahrens ein dem Grunde nach versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis durch Verwaltungsakt fest, führt diese Feststellung zur leistungsrechtlichen Bindung der BA (vgl. § 336 SGB III). Es werden weiter laufend zu Recht auch Beiträge zur Arbeitslosenversicherung gezahlt. Die leistungsrechtliche Bindung der BA hat zur Folge, dass die BA im Falle des Verlusts der Erwerbstätigkeit des Gesellschafter-Geschäftsführers einen Antrag z. B. auf Arbeitslosengeld nicht deshalb ablehnen darf, weil nach ihrer Auffassung kein Beschäftigungsverhältnis vorlag. Rechtssicherheit besteht damit bereits kurz nach der Anmeldung der Beschäftigung nicht nur für den Gesellschafter-Geschäftsführer, sondern auch für die GmbH (Betriebsprüfung, vgl. § 28 p SGB IV).

Sollte die Statusprüfung der Clearingstelle der BfA ergeben, dass kein Beschäftigungsverhältnis vorliegt, wird auch dieses Ergebnis von der BfA durch Verwaltungsakt festgestellt. Die Einzugsstelle leitet anschließend das Erstattungsverfahren für die bereits zu Unrecht gezahlten Gesamtsozialversicherungsbeiträge ein und fordert die GmbH zur Stornierung der Meldung auf.