

# Statusfeststellungsverfahren

Der GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführer  
im Sozialversicherungsrecht



**Mandanten-Info**

# **Statusfeststellungsverfahren**

1 Die Grundregeln für den eiligen Leser

2 Die Grundsätze der Sozialversicherungspflicht eines GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführers

3 Statusfeststellungsverfahren

4 Keine Bedeutung des Geschäftsführer-Einflusses auf die GmbH

5 Die Bedeutung der Kapitalbeteiligung an der GmbH

6 Folgen der Sozialversicherungspflicht

7 Korrekturen der Einstufung

8 Besonderheiten bei einer GmbH & Co. KG

## 1 Die Grundregeln für den eiligen Leser

Von einem Gesellschafter-Geschäftsführer spricht man dann, wenn der Geschäftsführer gleichzeitig auch Anteile an der GmbH hält. Hält er alle Anteile, ist er Alleingesellschafter-Geschäftsführer. Hält er die Mehrheit der Anteile, nennt man ihn Mehrheits-Gesellschafter-Geschäftsführer und als „Gegenstück“ Minderheits-Gesellschafter-Geschäftsführer, wenn er seinen Willen in der Gesellschafterversammlung nicht gegen die Stimmen des oder der anderen Gesellschafter durchsetzen kann.

### **Wichtig:**

Es ist hier durchgängig die Rede von GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführern. Dreierlei gilt es aber hier zu beachten:

1. Alle Ausführungen gelten aber genauso auch für Gesellschafter-Geschäftsführer einer haftungsbeschränkten Unternehmergesellschaft. Der Grund: Die haftungsbeschränkte UG ist bis auf die zwei Sonderregelungen, das Stammkapital und ein teilweises Gewinnausschüttungsverbot betreffend, eine „ganz normale“ GmbH.
2. Alle Ausführungen gelten auch für Gesellschafter-Mitarbeiter, auch wenn sie nicht in der Geschäftsführung tätig sind.
3. Alle Ausführungen bezüglich Geschäftsführern sollen ganz ausdrücklich auch das weibliche sowie das diverse Geschlecht umfassen.

Ein GmbH-Fremdgeschäftsführer kann den Gesellschaftern durchaus bekannt sein oder zur Familie gehören. So wird ein Geschäftsführer genannt, der keine Anteile an der GmbH hält, deren Geschäfte er führt.

Der Status eines GmbH-**Gesellschafter**-Geschäftsführers stellt sich knappst möglich ausgeführt, wie folgt dar:

- Steuerrechtlich ist der GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführer immer Arbeitnehmer.
- Nach deutschem Arbeitsrecht ist der GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführer praktisch nie Arbeitnehmer.
- Sozialversicherungsrechtlich „kommt es darauf an“, er kann also Arbeitnehmer sein oder auch nicht.

Gerade mit Blick auf den letzten Punkt, die Sozialversicherungspflicht, ist es wichtig, sich vor Augen zu führen, dass der Arbeitnehmer-Begriff in allen drei Rechtsgebieten zwar ähnlich,

aber eben nicht gleich ist. Es gilt also immer, sehr genau abzugrenzen, in welchem Rechtsgebiet man sich gerade bewegt. Weiter gilt es zu beachten, welche möglicherweise sogar kontraproduktiven Folgen Entscheidungen, die für das eine Rechtsgebiet getroffen wurden, für eines oder sogar für beide anderen Rechtsgebiete haben.

**Wichtig:**

In der Regel muss es die Lohn- und Gehaltsabrechnung in der GmbH entscheiden, ob Betriebsangehörige der Sozialversicherungspflicht unterliegen oder nicht. Die Entscheidung ist bei mitarbeitenden GmbH-Gesellschaftern oder Mitunternehmern in einer GmbH & Co. KG im Einzelfall schwierig. Denn für die sozialversicherungsrechtliche Auslegung der Gesellschafter-Geschäftsführer-Position ist auch der Gesellschaftsvertrag von Bedeutung – und damit spielt neben den bereits genannten drei ein viertes Rechtsgebiet, das Gesellschaftsrecht, eine nicht zu unterschätzende Rolle. Die Entscheidung über den sozialversicherungsrechtlichen Status sollten Sie als Gesellschafter-Geschäftsführer nur zusammen mit Ihrem Steuerberater unter Zuhilfenahme des Feststellungsverfahrens treffen.

## 2 Die Grundsätze der Sozialversicherungspflicht eines GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführers

Allgemein – und damit auch für GmbH-(Gesellschafter-)Geschäftsführer – gilt: Sozialversicherungspflichtig ist der, der in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis steht und gegen Arbeitsentgelt beschäftigt ist. Wer solchermaßen beschäftigt ist, gilt als Arbeitnehmer im sozialversicherungsrechtlichen Sinn.

**Wichtig:**

Die Sozialversicherung ist eine gesetzliche Pflichtversicherung. Sie wird unabhängig vom Willen der Beteiligten begründet. Kein Arbeitnehmer kann also selbst über die Notwendigkeit des Versicherungsschutzes entscheiden. Es entscheiden ausschließlich die tatsächlichen Verhältnisse des Einzelfalles – die aber sind im Fall des Gesellschafter-Geschäftsführers durchaus gestaltbar.

In der Regel wenige Probleme bereitet die Prüfung, ob Arbeitsentgelt bezahlt wird. Weit schwieriger ist es fest zu stellen, ob eine abhängige Arbeit verrichtet, ob ein Beschäftigungsverhältnis gegeben ist.

Die „Beschäftigung“ ist einer der zentralen Begriffe des Sozialversicherungsrechts, wenn nicht sogar der wichtigste überhaupt. Die Vorschriften der einzelnen Versicherungszweige,

nämlich die gesetzliche Krankenversicherung (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V), die Pflegeversicherung (§ 20 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB XI) und die gesetzliche Rentenversicherung (§ 1 S. 1 Nr. 1 SGB VI) sowie die Arbeitslosenversicherung (§ 24 Abs. 1 SGB III) stellen bei der Prüfung der Pflichtigkeit allesamt ab auf das Vorliegen einer Beschäftigung.

### **Wichtig:**

Auch wer als Sozialversicherungspflichtiger jahrelang in die Arbeitslosenversicherung eingezahlt hat, kann nicht sicher sein, im Falle der Arbeitslosigkeit auch tatsächlich Hilfe zu erhalten. Denn die Arbeitsagentur prüft erst bei Arbeitslosigkeit, ob tatsächlich Sozialversicherungspflicht bestand. Wird das verneint – was bei Gesellschafter-Geschäftsführern recht häufig der Fall ist – besteht trotz teilweise jahrelanger Beitragszahlungen kein Anspruch auf Arbeitslosengeld. Lediglich die nicht verjährten Beiträge – in der Regel die der letzten vier Jahre – können zurückgefordert werden.

Beschäftigung ist die nicht selbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis (§ 7 Abs. 1 SGB IV). Eine Arbeit ist nicht selbstständig, wenn der Arbeitgeber gegenüber dem „Beschäftigten“ ein Weisungsrecht hat.

Wer dagegen über seine eigene Arbeitskraft frei verfügen und seine Arbeitsinhalte selbst bestimmen kann, wer an keinen Arbeitsort gebunden ist, wer Unternehmerrisiko – beispielsweise über eine Kapitalbeteiligung oder erfolgsabhängige Bezüge – trägt, ist nicht abhängig beschäftigt, sondern selbstständig.

Bei der rechtlichen Beurteilung, ob abhängig beschäftigt oder nicht, ist es unzulässig, auf nur einen oder einige wenige Gesichtspunkte abzustellen. Es kommt vielmehr auf das „Gesamtbild der Tätigkeit“ an. Damit werden zwar insbesondere Verträge, in denen die Pflichten des Arbeitnehmers und die Weisungsbefugnisse des Arbeitgebers festgeschrieben sind, also im Fall eines Gesellschafter-Geschäftsführers neben dessen Anstellungsvertrag auch der Gesellschaftsvertrag oder eine Beiratsordnung, mit in die Prüfung einbezogen. Vorrang vor der Vertragsauslegung haben jedoch die besonderen Umstände des Verhältnisses.

Die gesetzlichen Bestimmungen haben die GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführer nicht eindeutig dem Kreis der Arbeitnehmer oder Arbeitgeber zugeordnet. Daraus ergeben sich in der Praxis häufig Schwierigkeiten, zumal ein GmbH-Geschäftsführer sowohl eine gesellschaftsrechtliche als auch eine durch seinen Dienstvertrag bestimmende Rechtsstellung innehat.

Bei Gesellschafter-Geschäftsführern einer GmbH liegt regelmäßig – so das Bundessozialgericht in ständiger Rechtsprechung – ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis zur GmbH vor, wenn sie

- 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 oder einer Sperrminorität geltend machen können.

Nicht sozialversicherungspflichtig in Kranken-, Pflege- und Arbeitslosenversicherung sind Gesellschafter-Geschäftsführer, die arbeitnehmerähnliche Selbstständige sind. In bestimmten Fällen jedoch, nämlich dann, wenn die GmbH im Wesentlichen nur einen Auftraggeber und keine Mitarbeiter außer „Minijobbern“ beschäftigt, können arbeitnehmerähnliche Gesellschafter-Geschäftsführer rentenversicherungspflichtig sein. In diesem Fall müssen sie selbst, nicht etwa die GmbH, Beiträge an die Deutsche Rentenversicherung Bund (DRV Bund) oder – in Abhängigkeit von der Berufszweig – an ein Versorgungswert bezahlen. Sind sich Auftraggeber und Auftragnehmer nicht darüber im Klaren, ob die vereinbarte Tätigkeit als selbstständig oder als abhängig anzusehen ist, sollte bei der Clearingstelle der Deutschen Rentenversicherung Bund (DRV Bund) angefragt werden.

Dass arbeitnehmerähnliche Gesellschafter-Geschäftsführer selbst rentenversicherungspflichtig sind, ist ein Ausfluss der Entscheidung vom 24.11.2005 – B 12 RA 1/04 R. In diesem Urteil hatte das Bundessozialgericht aufgrund der damaligen Rechtslage festgestellt, dass Geschäftsführer, die nur einen Auftraggeber (= die GmbH) haben und selbst(!) keine sozialversicherungspflichtigen Mitarbeiter beschäftigen, arbeitnehmerähnliche Selbstständige und damit rentenversicherungspflichtig sind. Dieses Urteil hätte fatale Konsequenzen in der Praxis gehabt, weshalb die deutsche Rentenversicherung beschlossen hatte, das Urteil des Bundessozialgerichts nicht über den entschiedenen Einzelfall hinaus anzuwenden. Mit dem Haushaltsbegleitgesetz 2006 wurden auch § 2 S. 1 Nr. 9 und S. 4 Nr. 3 SGB VI geändert. Nunmehr ist es auch gesetzlich geregelt, dass bei Prüfung, ob ein Gesellschafter-Geschäftsführer rentenversicherungspflichtig ist oder nicht, auf die Verhältnisse bei der Gesellschaft und nicht auf das Innenverhältnis zwischen Geschäftsführer und Gesellschaft abzustellen ist.

### 3 Statusfeststellungsverfahren

Seit 2005 sind Arbeitgeber verpflichtet, dem Sozialversicherungsträger auch zu melden, wenn es sich bei einem Mitarbeiter um einen GmbH-Geschäftsführer handelt. Nach § 7 a SGB IV ist bei der Anmeldung eines Beschäftigten bei der Krankenkasse im Feld „Statuskennzeichen“ der Meldung zur Sozialversicherung eine „2“ einzutragen, wenn es sich um einen geschäftsführenden Gesellschafter einer GmbH handelt.

#### **Wichtig:**

Da die Abgrenzung zwischen selbstständigen und abhängig beschäftigten GmbH-Gesellschafter Geschäftsführern leicht fehlerbehaftet sein kann und Fehler weitreichende Konsequenzen haben, sollte zur eigenen Rechtssicherheit das Angebot der Deutschen Rentenversicherung Bund (DRV Bund), dem Status kostenlos festzustellen, genutzt werden. Dies muss beantragt werden, erfolgt also nicht „automatisch“.



Bei Meldung der GmbH sind die Einzugsstellen „eigentlich“ verpflichtet, ein Statusfeststellungsverfahren bei der Deutschen Rentenversicherung Bund (DRV Bund) zu beantragen. Kein Gesellschafter-Geschäftsführer sollte sich aber „blind“ darauf verlassen, dass die Einzugsstelle ein Statusfeststellungsverfahren von sich aus beantragt. Wer dann nicht selbst den Antrag bei der DRV Bund stellt, hat keine Rechtssicherheit. Selbst wenn die Krankenkasse Versicherungspflicht annimmt, werden dadurch die anderen Zweige der Sozialversicherung nicht gebunden. Nur der von der DRV Bund fest gestellte Status bindet alle Zweige der Sozialversicherung. Die Formulare können über die Homepage der Deutschen Rentenversicherung – auch barrierefrei – heruntergeladen werden.

**Wichtig:**

Geht die GmbH – ob zutreffend oder nicht – davon aus, dass der Gesellschafter-Geschäftsführer sozialversicherungsfrei ist, sind die Einzugsstellen ohnehin nicht verpflichtet, ein Statusfeststellungsverfahren bei der DRV Bund zu beantragen. Hier müssen die GmbH respektive der Gesellschafter-Geschäftsführer selbst tätig werden, wenn sie Rechtssicherheit über den Status haben wollen, um unnötige Zahlungen und/oder Haftungsrisiken zu vermeiden. Denn die GmbH muss dann, wenn die Sozialversicherungspflicht erst später festgestellt wird, sämtliche Beiträge zur Sozialversicherung, also sowohl Arbeitgeber- als auch Arbeitnehmerbeiträge, nachzahlen. Hier stellt sich dann ebenfalls die Frage nach der Verantwortung des Gesellschafter-Geschäftsführers und einem möglichen Verschulden. Würde dies bejaht, hätte der Gesellschafter-Geschäftsführer gegen seine Vermögensbetreuungspflichten der GmbH gegenüber verstoßen und würde demzufolge persönlich für Schäden haften.

Dem Antrag auf Statusfeststellung beizufügen ist neben dem Hauptantrag (Formular V027) die für GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführer entwickelte Anlage zum Statusfeststellungsantrag (Formular C0032). Die übliche Bearbeitungszeit beträgt – vorausgesetzt alle Unterlagen werden vollständig eingereicht und es ergeben sich keine Rückfragen – zwischen zwei und drei Wochen.

**Hinweis**

Das Muster, nachdem die Statusprüfung beim Gesellschafter-Geschäftsführer erfolgt, läuft in etwa so: Je mehr Fragen mit „ja“ beantwortet werden, desto eher ist der Gesellschafter-Geschäftsführer sozialversicherungsfrei. Damit können diese Fragen – je nach gewünschtem Ergebnis – als Richtschnur für die Ausgestaltung des Anstellungsvertrags verwendet werden. Es sollte hier nicht vergessen werden, den Gesellschaftsvertrag ebenfalls auf Stimmigkeit mit dem Anstellungsvertrag zu prüfen. Widersprechen sich Gesellschafts- und Anstellungsvertrag, hat der Gesellschaftsvertrag Vorrang.

<b>Fragen:</b>	<b>Ja</b>	<b>Nein</b>
Hält der Gesellschafter-Geschäftsführer eine Beteiligung an der GmbH von mehr als 50% oder hat er eine besondere Stellung in der GmbH?	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
Darf der Gesellschafter-Geschäftsführer mit sich selbst Verträge abschließen? Ist das Selbstkontrahierungsverbot gemäß § 181 BGB abbedungen?	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
Kann der Gesellschafter-Geschäftsführer selbst frei bestimmen, wann, wie lange und wie er seine Arbeit verrichtet?	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
Ist die GmbH eine Familiengesellschaft, bei der Familienmitglieder und der Gesellschafter-Geschäftsführer mehr als 50% der Anteile an der GmbH halten?	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
War der Gesellschafter-Geschäftsführer vor der Entstehung der GmbH Inhaber eines gewerblichen Einzelunternehmens, das in die GmbH eingebracht wurde?	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
Ist der Gesellschafter-Geschäftsführer an Weisungen der Gesellschafterversammlung der GmbH gebunden oder übt er seine Tätigkeit frei von Weisungen der Gesellschafter aus?	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
Liegt ein Treuhandvertrag für die Geschäftsführung ohne Stimmrecht in der Gesellschafterversammlung vor?	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
Trägt der Gesellschafter-Geschäftsführer über den Anteil an der GmbH ein gesondertes erhebliches Risiko aufgrund von Darlehen, Bürgschaften oder ähnlichen Verpflichtungen?	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
<b>Summe:</b>		

Ist es das Ziel, frei in der Sozialversicherung zu sein, muss neben den Mehrheitsverhältnissen oder einem Vetorecht auch Folgendes im Gesellschafts- respektive Anstellungsvertrag widerspruchsfrei deutlich geregelt sein:

- Befreiung des Gesellschafter-Geschäftsführer vom Selbstkontrahierungsverbot (§ 181 BGB)
- Weisungsfreie Entscheidung des Gesellschafter-Geschäftsführer hinsichtlich Art, Zeit, Ort und Dauer der Tätigkeit für die GmbH
- keine Beschränkungen der Geschäftsführungsbefugnis des Gesellschafter-Geschäftsführers durch eine Geschäftsordnung oder Beiratsordnung
- keine Genehmigungspflicht für wichtige Entscheidungen

- weisungsfreie Gestaltung des Urlaubs durch den Gesellschafter-Geschäftsführer
- Abberufung als Geschäftsführer nur aus wichtigem Grund möglich
- erfolgsabhängiges Geschäftsführer-Entgelt

Der Vorteil des Statusfeststellungsverfahrens des DRV Bund: Mit ihm wird verbindlich gegenüber allen(!) Sozialversicherungsträgern geklärt, ob ein GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführer als abhängig beschäftigt und damit sozialversicherungspflichtig oder selbstständig und damit sozialversicherungsfrei ist.

### **Wichtig:**

Die Angaben in dem Antrag auf Statusfeststellung müssen von Anfang an richtig sein und sollten unbedingt, wenn sich die Verhältnisse ändern, aktualisiert werden. Denn lediglich dann, wenn die Angaben richtig sind und sich nicht zu einem späteren Zeitpunkt geändert haben, sind die Sozialversicherungsträger an die Einstufung aufgrund der Statusfeststellung gebunden.

Wer mit dem vom DRV Bund festgestellten Status nicht einverstanden ist, dem bleibt der Sozialgerichtsweg. Eine Klage vor einem Sozialgericht ist in aller Regel recht langwierig und es dauert meist bis zu zwei Jahren, bis ein Urteil gefällt wird. Das Bundesverfassungsgericht sieht in einer überlangen Verfahrensdauer vor dem Sozialgericht (vier Jahre) das Recht auf effektiven Rechtsschutz verletzt (Beschluss vom 24.08.2010 – 1 BvR 331/10).

### **Hinweis**

Die Aufwendungen, die Ihnen als Gesellschafter-Geschäftsführer im Zusammenhang mit dem Statusfeststellungsverfahren entstanden sind, können Sie als Werbungskosten bei Ihren Einkünften aus nicht selbstständiger Arbeit in Ihrer Einkommensteuererklärung geltend machen (BFH vom 06.05.2010 – VI R 25/09).

## 4 Keine Bedeutung des Geschäftsführer-Einflusses auf die GmbH

Nach einer früheren Rechtsauffassung war ein Geschäftsführer dann nicht abhängig beschäftigt und mithin nicht sozialversicherungspflichtig, wenn er als Einziger aufgrund seiner Fachkenntnisse maßgeblichen Einfluss auf die Geschäftsführung der GmbH hatte und deshalb praktisch weisungsfrei war. Auch die Regelung der Vertretung der GmbH nach außen, ob also einzelvertretungs- oder „nur“ gesamtvertretungsberechtigt spielte als „Puzzleteil“ bei der Einschätzung der Sozialversicherungspflicht eine Rolle.

### **Wichtig:**

Ob das Anstellungsverhältnis eines Gesellschafter-Geschäftsführers mit (s)einer GmbH ein Arbeitsverhältnis ist, hängt nicht vom Umfang der Vertretungsbefugnisse des Geschäftsführers im Innenverhältnis ab, sondern richtet sich nach den allgemeinen Kriterien zur Abgrenzung selbstständiger von nicht selbstständiger Tätigkeit (BFH vom 20.10.2010 – VIII R 34/08). Abzustellen ist deshalb auch bei der Beurteilung der Tätigkeit des GmbH-Geschäftsführers vornehmlich auf die Umstände des Einzelfalls und nicht auf dessen organchaftliche Stellung. Dies Abkehr von der „Organtheorie“ besagt, dass ein Gesellschafter-Geschäftsführer nicht nur wegen seiner Organstellung steuerlicher Arbeitnehmer ist und deshalb Einkünfte aus nicht selbstständiger Tätigkeit hat. Damit können beherrschende Gesellschafter-Geschäftsführer ihre Geschäftsführertätigkeit freier und damit auch steuerlich optimaler als früher gestalten. Der Vertrag sollte aber nicht „selbst gestrickt“ sein, sondern Sie sollten hier unbedingt die Hilfe Ihres Steuerberaters suchen. Denn hier stoßen zumindest Steuer- und Sozialversicherungsrecht aufeinander und sollten folglich auf ihre jeweiligen Auswirkungen hin überprüft werden. Des Weiteren sollten unbedingt von vornherein wirtschaftliche Gründe für den Abschluss des gewählten Vertragstypus offensichtlich sein und wenn möglich dokumentiert werden.

Das Bundessozialgericht hat zwischenzeitlich die „Kopf und Seele Rechtsprechung“ vollständig aufgegeben (BSG vom 29.07.2015 – B 12 KR 23/13 R), nachdem es zuvor bereits die „Schönwetter selbstständigkeit“ oder „Rechtsprechung der familiären Rücksichtnahme“ aufgegeben hatte (BSG vom 29.08.2012 – B 12 KR 25/10 R). Anders ausgedrückt: Wer keine Kapitalanteile an der GmbH hält, ist immer(!) abhängig beschäftigt (BSG vom 14.03.2018 – B 12 KR 13/17 R). Minderheits-Gesellschafter-Geschäftsführer sind nur dann nicht abhängig beschäftigt, wenn niemand in der GmbH-Gesellschafterversammlung einen Beschluss gegen ihren Willen durchsetzen kann, wenn sie also eine Sperrminorität haben oder ein Vetorecht. Es soll aber nur dann von der Sozialversicherungspflicht befreit werden, wenn der Gesellschafter-

Geschäftsführer bei allen(!) Beschlüssen sein Vetorecht geltend machen kann. Das geht aber schon aus rein GmbH-rechtlichen Gründen nicht.

Nach § 47 Abs. 4 GmbHG hat ein „... *Gesellschafter, welcher durch die Beschlussfassung entlastet oder von einer Verbindlichkeit befreit werden soll, ... hierbei kein Stimmrecht und darf ein solches auch nicht für andere ausüben. Dasselbe gilt von einer Beschlussfassung, welche die Vornahme eines Rechtsgeschäfts oder die Einleitung oder Erledigung eines Rechtsstreits gegenüber einem Gesellschafter betrifft.*“ Die vier Beschlussfälle, bei denen (auch ein Mehrheits-)Gesellschafter-Geschäftsführer kein Stimmrecht hat, sind also:

1. die Entlastung (Abs. 4 Satz 1 Alternative 1)
2. die Befreiung von einer Verbindlichkeit (Abs. 4 Satz 1 Alternative 2)
3. die Vornahme eines Rechtsgeschäfts mit dem Gesellschafter (Absatz 4 Satz 2 Alternative 1) und
4. Rechtsstreitigkeiten gegenüber dem Gesellschafter (Abs. 4 Satz 2 Alternative 2)

Vor dem Hintergrund dieser vier gesetzlichen Stimmrechtsausschlüsse wäre praktisch jeder Minderheits-Gesellschafter-Geschäftsführer – gleichgültig, ob er ein Vetorecht hat oder nicht – sozialversicherungspflichtig.

Der Grundsatz ist, dass auch ein Gesellschafter-Geschäftsführer jederzeit abberufen werden kann, wenn der entsprechende Gesellschafterbeschluss vorliegt (§ 38 Abs. 1 GmbHG). Es ist aber auch zulässig, dass in der Satzung der GmbH die Abberufung auf wichtige Gründe beschränkt wird (§ 38 Abs. 2 GmbHG). Eine Abberufung aus wichtigem Grund kann nicht abbedungen werden, und zwar noch nicht einmal dann, wenn dem Gesellschafter-Geschäftsführer das Recht auf Geschäftsführung lebenslang eingeräumt wurde. Sieht die Satzung vor, dass der Gesellschafter-Geschäftsführer nur aus wichtigem Grund abberufen werden kann, darf dieser bei der Abstimmung in der Gesellschafterversammlung trotz seines Rechts auf Teilnahme nicht mitstimmen, denn sonst würde er gegen das Verbot des Richtens in eigener Sache verstoßen (§ 47 Abs. 4 GmbHG).

**Beispiel:** Ein GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführer ist mit 25 % an der GmbH beteiligt. Er hat eine Sperrminorität, kann also ihm unangenehme Beschlüsse wirksam verhindern. Dieses Vetorecht kann allerdings nicht greifen, wenn er aus wichtigem Grund abberufen wird, weil er in einem solchen Fall nicht stimmberechtigt ist, da es um seine eigene Angelegenheit geht. Die Rentenversicherung sprach deshalb dem Gesellschafter-Geschäftsführer einen wesentlichen Einfluss auf die GmbH ab. Der Gesellschafter-Geschäftsführer klagte – mit Erfolg, allerdings nur in der zweiten Instanz (LSG Hamburg vom 29.10.2019 – L 3 BA 0/18; nrkr.). Gegen das Urteil wurde Revision eingelegt, es ist jetzt beim Bundessozialgericht (BSG) unter dem Az.: B 1 R 19/19 R anhängig. Sprechen Sie mit Ihrem Steuerberater, wenn Sie befürchten in einer ähnlichen Situation zu sein, was Sie tun können, bis das BSG seine Musterentscheidung getroffen haben wird.

### Hinweis

Hat der Minderheits-Gesellschafter-Geschäftsführer ein Vetorecht und ist er nicht sozialversicherungspflichtig, ist die GmbH im sozialversicherungsrechtlichen Sinne keine Arbeitgeberin. Übernimmt sie dennoch die „Arbeitgeberbeiträge“ zur (freiwilligen) Sozialversicherung, handelt es sich dabei um steuerpflichtiges Zusatzentgelt. Wurde im Anstellungsvertrag dieser Entgeltteil nicht genannt, handelt es sich um eine verdeckte Gewinnausschüttung.

Ein Fremdgeschäftsführer einer GmbH, der nicht gleichzeitig Gesellschafter der GmbH ist, der mit der GmbH einen Dienstvertrag abgeschlossen hat, für seine Arbeit ein gewinnunabhängiges Gehalt bekommt und somit kein Unternehmerrisiko trägt, ist in der Sozialversicherung regelmäßig als Arbeitnehmer und damit versicherungspflichtig in allen Zweigen anzusehen. Er ist in den Betrieb eingegliedert, selbst wenn Einzelanweisungen zur Arbeitsgestaltung und Arbeitszeit fehlen. Selbst dann, wenn sich die Gesellschafter nicht in die Geschäftsführung „einmischen“ und ihn „schalten und walten lassen“, wie er will, gilt er als eingegliedert. Denn allein die Tatsache, dass die Gesellschafter dem Geschäftsführer sagen könnten, wenn sie es denn wollten, was er zu tun oder zu lassen hat, begründet hier die abhängige Beschäftigung.

**Beispiel:** Eine angestellte GmbH-Geschäftsführerin ist sozialversicherungspflichtig und hat auch dann Anspruch auf Arbeitslosengeld, wenn sie die Ehefrau des Alleingesellschafters ist (BSG vom 10.05.2007 – B 7a AL 8/06 R). Sie ist eindeutig abhängig beschäftigt gewesen, weil nicht an der GmbH beteiligt und zur Befolgung von Gesellschafter-Anweisungen verpflichtet war. Folglich hat sie auch die Anwartschaftszeit erfüllt und damit Anspruch auf Arbeitslosengeld.

## 5 Die Bedeutung der Kapitalbeteiligung an der GmbH

Ob ein GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführer abhängig beschäftigt ist oder nicht, hängt davon ab, ob er die GmbH beherrscht oder nicht. Beherrscht er sie, ist er versicherungsfrei, weil er kein Arbeit-, sondern Unternehmer ist.

Im sozialversicherungsrechtlichen Sinn beherrscht der Gesellschafter die GmbH nicht etwa erst dann, wenn er der GmbH oder den anderen Mitgesellschaftern seinen Willen aufzwingen kann, sondern vielmehr schon dann, wenn er mit seiner Stimme Entscheidungen in der GmbH, die ihm „missfallen“ oder seinen Interessen zuwider laufen, verhindern kann. Dann hat er eine „Rechtsmacht“. Ein – zugegeben wohl nicht alltägliches – Beispiel: Sieht der Gesellschaftsvertrag für Gesellschafterbeschlüsse Einstimmigkeit vor oder hat der Gesellschafter ein Vetorecht für alle Entscheidungen, das in der Satzung verankert ist, beherrscht er die GmbH. Und zwar „einfach“ deshalb, weil er missliebige Entscheidungen verhindern kann. Die Folge: Er ist sozialversicherungsfrei.



Wenn ein Gesellschafter über mehr als 50 % des Stammkapitals verfügt oder nach einer besonderen Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag die Beschlüsse der anderen Gesellschafter mit seiner Sperrminorität verhindern kann, besitzt er erheblichen Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft, sodass kein abhängiges Beschäftigungsverhältnis gegeben ist (BSG vom 24.06.1982 – 12 RK 43/81).

### **Wichtig:**

50 % ist keine Mehrheit! Damit kann keiner, der mit 50 % an der GmbH beteiligt ist, seinen Willen durchsetzen. Das gilt aber auch für den oder die Gesellschafter, die die anderen 50 % der Anteile halten. Damit können sie ihren Willen nicht gegen den mit 50 % beteiligten Gesellschafter-Geschäftsführer durchsetzen. Deshalb ist ein hälftig beteiligter Gesellschafter-Geschäftsführer sozialversicherungsfrei, weil er ihm unangenehme Entscheidungen verhindern kann.

Bei einer Beteiligung des Gesellschafter-Geschäftsführers am Stammkapital der GmbH von weniger als 50 % ist abzuwägen, ob ein abhängiges, sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis gegeben ist. Ein Gesellschafter-Geschäftsführer ist aufgrund seiner Kapitalbeteiligung nur dann selbstständig tätig, wenn er mindestens 50 % der Anteile am Stammkapital hält oder ihm bei geringerer Kapitalbeteiligung nach dem Gesellschaftsvertrag eine „echte“/„qualifizierte“ Sperrminorität eingeräumt ist. Eine „echte“/„qualifizierte“ Sperrminorität setzt voraus, dass sie nicht auf bestimmte Angelegenheiten der Gesellschaft begrenzt ist, sondern uneingeschränkt die gesamte Unternehmenstätigkeit umfasst. Abreden, die außerhalb des Gesellschaftsvertrags zustande gekommen sind und die das Stimmverhalten regeln, sind bei der Bewertung der Rechtsmachtverhältnisse nicht zu berücksichtigen (BSG vom 14.03.2018 – B 12 KR 13/17 R)

**Beispiel:** V war ursprünglich Inhaber eines Einzelunternehmens für Haustechnik. Zum Jahreswechsel 2007/2008 beschloss er die Einzelfirma aufzuspalten. Als Betriebsunternehmen gründete er zusammen mit seinem Sohn S die VS-GmbH. Die Betriebsmittel blieben in seinem Eigentum. Er vermietete die Anlagegegenstände an die GmbH. Das Stammkapital der VS-GmbH betrug 25.000 Euro. Davon übernahm V einen Anteil von 60 % und S die restlichen 40 %. Beide wurden zu alleinvertretungsberechtigten Gesellschafter-Geschäftsführern bestellt. Laut Satzung mussten Gesellschafterbeschlüsse mit einfacher Stimmenmehrheit getroffen werden. Aufgrund einer privatschriftlich abgeschlossenen Stimmrechtsvereinbarung sollte jeder Gesellschafter über die Hälfte der Stimmrechte verfügen. Für seine Tätigkeit als Gesellschafter-Geschäftsführer erhielt der S ein monatliches Festgehalt von 3.700 Euro brutto, das auch bei vorübergehender Arbeitsunfähigkeit fortgezahlt werden sollte. S ist sozialversicherungspflichtig, weil er nur eine

Minderheit der Gesellschaftsanteil hält und über keine Sperrminorität verfügt. Die privatschriftliche Vereinbarung, in der der V praktisch auf 10 % Stimmanteile zu Gunsten von S verzichtet hatte – zählt nicht (BSG vom 19.09.2019 – B 12 KR 21/19 R).

### **Wichtig:**

Die Mitarbeiterverhältnisse der Gesellschafter einer GmbH sind auch schon vor der Eintragung in das Handelsregister (Vor-GmbH) nach dem Recht der GmbH zu beurteilen. Wenn auch eine Vor-GmbH eine „Personenvereinigung ohne eigene Rechtspersönlichkeit mit gesamthänderischer Rechtszuständigkeit für das Gesellschaftsverhältnis“ darstellt, so ist es doch der Wille der Gesellschafter, auch die Vorgesellschaft unter das Recht der GmbH zu stellen.

Sind die beiden alleinigen Geschäftsführer einer GmbH mit gleichen Anteilen am Stammkapital beteiligt und vertreten sie die Gesellschaft gemeinschaftlich, so haben sie in ihrem notwendigen Zusammenwirken eine das Unternehmen schlechthin beherrschende Stellung und stehen daher nicht in einem Versicherungspflicht begründenden Beschäftigungsverhältnis (BSG vom 25.10.1989, 2 RU 12/89).

Eine in der GmbH beschäftigte Gesellschafterin, die selbst nur Geschäftsanteile in Höhe von 30 % besitzt, zusammen aber mit ihrem Ehemann über die Hälfte des Stammkapitals verfügt und nach dem Anstellungsvertrag die Aufgabe besitzt, „den Geschäftsführer der Gesellschaft in seiner beruflichen Tätigkeit nach dessen Weisung zu unterstützen, insbesondere für den ordnungsgemäßen Ablauf der anfallenden Arbeiten zu sorgen“, steht grundsätzlich in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis. Es sei denn, die tatsächlichen Verhältnisse (weitgehende Weisungsfreiheit, Nichteinhaltung der vereinbarten Arbeitszeit, Verhinderung von Beschlüssen der Gesellschaft aufgrund des Stimmenanteils beider Ehegatten von insgesamt 50 %) rechtfertigen eine andere versicherungsrechtliche Beurteilung (BSG vom 23.06.1994 – 12 RK 72/92).

## **6 Folgen der Sozialversicherungspflicht**

Wird ein GmbH-(Gesellschafter-)Geschäftsführer als sozialversicherungspflichtig eingestuft, muss die GmbH von seinem Gehalt Sozialversicherungsbeiträge einbehalten. Für die Berechnung der abzuführenden Sozialversicherungsbeiträge gelten die üblichen Beitragsbemessungsgrößen und -grenzen. Außerdem muss die GmbH die Arbeitgeberbeiträge zur Sozialversicherung leisten. Tut sie das nicht, obwohl der Geschäftsführer sozialversicherungspflichtig ist, haftet sie als Arbeitgeberin für die nicht abgeführten Beiträge. Das kann zu der „absurden“ Situation führen, dass der Geschäftsführer als Organ dann, wenn er die Nichteinbehaltung und in der Folge die Nichtabführung seiner eigenen Sozialversicherungsbeiträge verschuldet hat,

persönlich haftet. Das Risiko der Haftung ist hoch: Die GmbH haftet bis zur Verjährung (30 Jahre) als Arbeitgeberin für die richtige Berechnung der Beiträge und deren Abführung.

### **Hinweis**

Bereits bei der Bestellung und der Anstellung eines Gesellschafter-Geschäftsführers sollte rechtsverbindlich geklärt werden, ob er sozialversicherungspflichtig ist oder nicht. Dabei sollten Sie das obligatorische Clearingstellenverfahren bei DRV Bund wählen, denn diese geht einer Statusfeststellung durch die Einzugsstelle stets vor (BSG vom 16.07.2019 – B 12 KR 6/18 R). Da Anstellungsvertrag und Gesellschaftsvertrag widerspruchsfrei geregelt sein müssen, sollten Sie nicht zögern, Ihren Steuerberater mit in das Verfahren einzubeziehen.

Bejaht dagegen die GmbH die Sozialversicherungspflicht ihres Gesellschafter-Geschäftsführers, obwohl er es nicht ist, zahlt sie Arbeitgeberbeiträge, ohne dazu verpflichtet zu sein. Wird der Fehler aufgedeckt, werden lediglich die nicht verjährten Beiträge – da sind in der Regel die der letzten vier Jahre – erstattet. Zum Streitpunkt in diesem Zusammenhang kann ein mögliches Verschulden des (Gesellschafter-)Geschäftsführers werden. Denn durch dem Grunde nach ungerechtfertigten Zahlungen verletzt unter Umständen seine Vermögensbetreuungspflicht der GmbH gegenüber, was ihn den Gesellschaftern gegenüber haftbar macht.

Die ungerechtfertigte Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen hat bezüglich des Arbeitgeberanteils auch eine steuerliche Folge: Üblicherweise ist der Arbeitgeberanteil zur Sozialversicherung (lohn-)steuerfrei (§ 3 Nr. 62 EStG). Voraussetzung ist, dass die Pflicht besteht, Arbeitgeberbeiträge zur Sozialversicherung zu zahlen. Ein Irrtum über die Sozialversicherungseigenschaft aber begründet keine Pflicht. Demzufolge sind auch die Arbeitgeberbeiträge, die wegen einer irrtümlich angenommenen Sozialversicherungspflicht bezahlt wurden, lohnsteuerpflichtig.

Stellt die DRV Bund in Statusfeststellungsverfahren Verfahren Sozialversicherungspflicht durch Verwaltungsakt fest, sind alle Zweige der Sozialversicherung an diese Feststellung gebunden. Das gilt auch für die Arbeitsverwaltung (Bundesagentur für Arbeit) hinsichtlich der Zeiten, für die der die Versicherungspflicht feststellende Verwaltungsakt wirksam ist. Sie ist für diese Zeiten leistungsrechtlich an diese Feststellung der DRV Bund gebunden. Mit anderen Worten: Damit hat der betroffene Gesellschafter-Geschäftsführer, wenn auch die übrigen Voraussetzungen erfüllt sind, bei Arbeitslosigkeit Anspruch auf Arbeitslosengeld.

## 7 Korrekturen der Einstufung

Stellt sich die Annahme, der GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführer sei sozialversicherungspflichtig, später als Irrtum heraus, wurden die Sozialversicherungsbeiträge also zu Unrecht abgeführt, hat die GmbH und der Gesellschafter-Geschäftsführer Anspruch auf Rückzahlung der zu Unrecht bezahlten Beiträge (§ 26 Abs. 2 SGB IV). Die Erstattung muss beantragt werden. Da lediglich die nicht verjährten Beiträge erstattet werden, sollte ein Antrag auf Erstattung möglichst zeitnah nach dem Entdecken des Irrtums erfolgen, um eine – möglicherweise weitere – Verjährung zu verhindern.

Der Erstattungsanspruch entsteht mit dem Eingang der zu Unrecht gezahlten Beiträge bei der Einzugsstelle. Er verjährt innerhalb von vier Jahren (§ 27 Abs. 2 SGB IV). Die Verjährung beginnt nach Ablauf des Kalenderjahres, in dem der Beitrag gezahlt wurde.

Wurde die Versicherungspflicht des Gesellschafter-Geschäftsführers durch Verwaltungsakt, also durch eine förmliche Anordnung eines Sozialversicherungsträgers, festgestellt, ist dieser Verwaltungsakt die Rechtsgrundlage für die Beitragszahlungen. War der Verwaltungsakt zu Ungunsten des Gesellschafter-Geschäftsführers falsch, muss geklärt werden, stellt sich die Frage, wann der Erstattungsanspruch entsteht und wann er verjährt. Die Spitzenverbände der Sozialversicherungsträger vertraten in ihrer Besprechung vom 30. und 31.03.2009 dazu folgende Meinung: Hat ein Sozialversicherungsträger zu Unrecht eine Versicherungspflicht per Verwaltungsakt festgestellt, besteht solange kein Erstattungsanspruch, bis der zugrunde liegende Verwaltungsakt aufgehoben wurde. Auch ein falscher Verwaltungsakt bildet einen Rechtsgrund für die Beiträge, sodass die Beiträge nicht zu Unrecht entrichtet werden. Die Verjährung beginnt erst mit dem Entstehen des Anspruchs. Zum Entstehen des Anspruchs muss der Verwaltungsakt aufgehoben worden sein.

Die zu Unrecht bezahlten Arbeitgeberbeiträge stehen der GmbH als Arbeitgeberin zu, die zu Unrecht bezahlten Arbeitnehmerbeiträge dem Gesellschafter-Geschäftsführer selbst.

### **Hinweis**

Wenn die GmbH und Sie selbst zu Unrecht bezahlte Sozialversicherungsbeiträge zurückerstattet bekommen, müssen Sie auch die steuerlichen Konsequenzen der Rückerstattung im Auge behalten. Die Rückerstattung der Arbeitnehmerbeiträge erhöht zwar nicht Ihr Geschäftsführergehalt, aber möglicherweise ist bei Ihnen der Sonderausgabenabzug zu korrigieren.

Beratschlagen Sie sich in einer solchen Situation unbedingt mit Ihrem Steuerberater.

Dass die rückerstatteten Arbeitnehmeranteile dem Gesellschafter-Geschäftsführer zustehen, gilt auch in der Insolvenz.

**Beispiel:** Eine Betriebskrankenkasse (BKK) bezahlte Arbeitnehmeranteile, die zu Unrecht für einen eigentlich sozialversicherungsfreien GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführer entrichtet worden waren, nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens an den Insolvenzverwalter aus. Dass der Gesellschafter-Geschäftsführer zu Unrecht als sozialversicherungspflichtig eingestuft worden war, hatte die BKK nach einer Außenprüfung im August 2005 beschieden. Das Insolvenzverfahren war aber bereits im Oktober 2003 eröffnet worden. Die BKK argumentierte, eine Auszahlung der zu Unrecht eingezogenen Arbeitnehmeranteile an den Gesellschafter-Geschäftsführer könne nicht erfolgen, weil die gezahlten Beiträge in der Insolvenz dem Vermögen des Arbeitgebers zuzuordnen seien. Die Klage dagegen war erfolgreich: Der Erstattungsanspruch des Gesellschafter-Geschäftsführers auf Erstattung der von ihm getragenen Beitragsanteile besteht nach § 26 SGB IV (BSG vom 17.3.2010 – B 12 KR 13/09 R).

Die Rückzahlung von zu Unrecht entrichteten Beiträgen haben, da sie auch den bei Pflichtigkeit steuerfreien Arbeitgeberanteil umfassen, möglicherweise auch (lohn-)steuerliche Konsequenzen.

**1. Möglichkeit:** Die zurückgezahlten Arbeitgeberbeiträge, die bei Zahlung lohnsteuerfrei wurden, verbleiben bei der GmbH. Hier ergeben sich keine lohnsteuerlichen Konsequenzen.

**2. Möglichkeit:** Die gesamten zurückgezahlten Beiträge, also auch die früher als lohnsteuerfrei behandelten Arbeitgeberbeiträge, werden dem Gesellschafter-Geschäftsführer ausbezahlt. In Bezug auf die Arbeitgeberanteile handelt es sich dabei in aller Regel um eine verdeckte Gewinnausschüttung, es sei denn, im Anstellungsvertrag des Gesellschafter-Geschäftsführers wurde – praktisch vorausschauend – die Zahlung der Arbeitgeberbeiträge zur Sozialversicherung als Entgeltbestandteil vereinbart. Dann handelt es sich um zusätzlichen Arbeitslohn, der nach dem Zuflussprinzip im Jahr der Zahlung lohnsteuerpflichtig wird.

### **Wichtig:**

Ist der Gesellschafter-Geschäftsführer z. B. wegen Überschreitens der Jahresentgeltgrenze nicht krankenversicherungspflichtig und leistet die GmbH als Arbeitgeberin irrtümlicherweise nach § 3 Nr. 62 Satz 1 EStG in Verbindung mit § 257 Abs. 1 und Abs. 2 SGB V steuerfreie Zuschüsse zu den Krankenversicherungsbeiträgen (zu einer freiwilligen Versicherung in der gesetzlichen Krankenversicherung oder zu einer privaten Krankenversicherung), wurden diese Zuschüsse in den Jahren der ursprünglichen Zahlung zu Unrecht als steuerfrei nach § 3 Nr. 62 Satz 1 EStG behandelt. In einem solchen Fall ist davon auszugehen, dass Arbeitslohn bereits in den jeweiligen Kalenderjahren der früheren Zahlung zugeflossen ist. Dann werden die Einkommensteuerveranlagungen wegen eines rückwirkenden Ereignisses (§ 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO) geändert.

**3. Möglichkeit:** Wird auf die Rückzahlung der Pflichtbeiträge zur Sozialversicherung verzichtet, wandeln sie sich um in freiwillige Beiträge. Dies gilt auch für die früheren Arbeitgeberbeiträge zur Sozialversicherung. Sie sind also folglich nicht mehr steuerfrei nach § 3 Nr. 62 EStG. Ist im Anstellungsvertrag des Gesellschafter-Geschäftsführers die Zahlung von Arbeitgeberbeiträgen zur Sozialversicherung nicht vereinbart, handelt es sich um eine verdeckte Gewinnausschüttung. Wurde sie vereinbart, handelt es sich um (zusätzlichen) steuerpflichtigen Arbeitslohn. Auch hier gilt das Zuflussprinzip, die Finanzverwaltung kann also diese in freiwillige Beiträge umqualifizierten Arbeitgeberleistungen nicht rückwirkend als steuerpflichtigen Arbeitslohn in den Jahren der ursprünglichen Zahlungen der GmbH an den Sozialversicherungsträger behandelt (Finanzgericht Rheinland-Pfalz vom 13.09.2007 – 1 K 2180/06. Es ist erst dann, wenn die bereits bezahlten Arbeitgeberanteile in freiwillige Beiträge umgewandelt werden, also erst im Jahr der Umwandlung ein steuerpflichtiger Arbeitslohn anzunehmen. Der Grund: Die Umwandlung sei kein rückwirkendes Ereignis (§ 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO). Das Urteil wird allgemein angewendet in den Fällen, in denen tatsächlich eine Umwandlung irrtümlich gezahlter Beiträge zur Sozialversicherung in freiwillige Beiträge stattfindet (Oberfinanzdirektion Karlsruhe, koordinierter Ländererlass vom 19.11.2008, S-2333/77 – St 144 – S-2333/77 – St 144).

Die Weiterleitung erstatteter Arbeitgeberanteile zur Rentenversicherung durch den Gesellschafter-Geschäftsführer an seine bei der GmbH angestellte Ehefrau, für deren Altersvorsorge die Arbeitgeberanteile irrtümlich gezahlt wurden, ist keine Zuwendung des Arbeitgebers, die dem Gesellschafter-Geschäftsführer als verdeckte Gewinnausschüttung zuzurechnen ist. Voraussetzung: Das Arbeitsverhältnis wurde fremdüblich vereinbart und tatsächlich durchgeführt (BFH vom 21.10.2014 – VIII R 21/12).

## 8 Besonderheiten bei einer GmbH & Co. KG

Bei einer GmbH & Co KG erfolgt die Geschäftsführung durch den Komplementär, also die GmbH, vertreten durch ihre/n Geschäftsführer. Für die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung ist es entscheidend, mit welchen Kompetenzen die Komplementär-GmbH ausgestattet ist.

Grundsätzlich sind drei Konstellationen denkbar:

1. Der Gesellschafter-Geschäftsführer hält nur an der GmbH Anteile
2. Der Gesellschafter-Geschäftsführer ist nur an der KG beteiligt
3. Der Gesellschafter ist sowohl an der GmbH als auch an der KG beteiligt

Im ersten Fall, wenn also der Gesellschafter-Geschäftsführer nur an der GmbH beteiligt ist, gelten die vorstehenden Ausführungen auch für ihn. Hält er 50 % der Anteile oder mehr oder verfügt er über eine echte Sperrminorität, ist er sozialversicherungsfrei. Wird er nur aufgrund eines Anstellungsvertrages mit der GmbH tätig, steht grundsätzlich ebenfalls in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis.

Im zweiten Fall sind wiederum zwei Varianten denkbar. Bei einer „echte“ GmbH & Co. KG ist die GmbH die einzige Komplementärin. Der Gesellschafter-Geschäftsführer ist Kommanditist. Als Geschäftsführer der GmbH ist er sozialversicherungspflichtig. Nur dann, wenn dem geschäftsführenden Kommanditisten im Gesellschaftsvertrag ein maßgeblicher Einfluss auf die GmbH & Co. KG so eingeräumt wird, dass gegen seinen Willen nichts beschlossen werden kann, ist er versicherungsfrei.

Bei der zweiten Variante des zweiten Falls, einer „unechten“ GmbH & Co. KG ist der Gesellschafter-Geschäftsführer als natürliche Person Komplementär neben der GmbH. Damit gilt er auf jeden Fall als Mitunternehmer und ist in aller Regel nicht sozialversicherungspflichtig.

Im dritten Fall, wenn also der Gesellschafter-Geschäftsführer sowohl an der GmbH als auch an der KG beteiligt ist, ist er nicht abhängig beschäftigt, falls er allein aus einer oder aus beiden Beteiligungen heraus die GmbH & Co. KG beherrscht. Die Folge: Keine Sozialversicherungspflicht.

### **Wichtig:**

Schließt eine GmbH, an der eine Beteiligungs-GmbH 100 % der Anteile hält, mit dem Allein-Gesellschafter-Geschäftsführer ihrer Beteiligungs-GmbH einen Anstellungsvertrag (Drittvertrag), dann ist er Fremd-Geschäftsführer bei der GmbH und damit sozialversicherungspflichtig (Landessozialgericht Berlin vom 27.11.2019 – L 9 KR 264/17).

© 2020 Alle Rechte, insbesondere das Verlagsrecht, allein beim Herausgeber DATEV eG, 90329 Nürnberg (Verlag).

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

*Die enthaltenen Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt. Mit Ausnahme der gesetzlich oder vertraglich zugelassenen Fälle ist eine Verwertung ohne Einwilligung der DATEV eG unzulässig.*

*Eine Weitergabe an Dritte ist nicht erlaubt. Aus urheberrechtlichen Gründen ist eine Veröffentlichung z. B. in sozialen Netzwerken oder auf Internet-Homepages nicht gestattet.*

*Im Übrigen gelten die Geschäftsbedingungen der DATEV.*

*Angaben ohne Gewähr*

*Titelbild: © Finanzfoto/stock.adobe.com*

*Stand: Juli 2020*

*DATEV-Artikelnummer: 12443*

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



TLC AG  
Steuerberatungsgesellschaft

TLC Legal Partnerschaft mbB  
Rechtsanwälte, Steuerberater

TLC Management Consultants GmbH  
Unternehmensberatung



TLC AG  
Steuerberatungsgesellschaft  
Zimmerstraße 79-80  
10117 Berlin  
Tel.: +49 (030) 726 188 460  
Fax: +49 (030) 726 188 469  
info@tlc.ag