

## Mandanten-Info

Statusfeststellungsverfahren

# Statusfeststellungsverfahren

Der GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführer  
im Sozialversicherungsrecht



Mandanten-Info

## **Statusfeststellungsverfahren**

# Inhalt

1.	Die Grundregeln für den eiligen Leser.....	1
2.	Die Grundsätze der Sozialversicherungspflicht eines GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführers.....	4
3.	Statusfeststellungsverfahren .....	9
4.	Gruppenfeststellungsverfahren: .....	15
5.	Erwerbsstatus im Dreiecksverhältnis.....	16
6.	Keine Bedeutung des Geschäftsführer-Einflusses auf die GmbH .....	17
7.	Die Bedeutung der Kapitalbeteiligung an der GmbH.....	21
8.	Folgen der Sozialversicherungspflicht .....	23
9.	Korrekturen der Einstufung .....	25
10.	Besonderheiten bei einer GmbH & Co. KG.....	28

## 1. Die Grundregeln für den eiligen Leser

Von einem Gesellschafter-Geschäftsführer<sup>1</sup> 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. Allerdings kann auch ein Minderheits-Gesellschafter-Geschäftsführer der GmbH seinen Willen aufzwingen und damit beherrschend sein, wenn er entweder eine Sperrminorität oder ein Veto-Recht hat.

### **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, selbst wenn sie nicht in der Geschäftsführung tätig sind.

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.

---

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

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. Ist nicht klar, ob eine vereinbarte Tätigkeit als selbstständig oder als abhängig anzusehen ist, kann eine Klärung durch eine Anfrage bei der Clearingstelle der Deutschen Rentenversicherung (DRV) Bund beantragt werden. Grundlage der Neuerungen beim Statusfeststellungsverfahren bildet das Gesetz zur Umsetzung der

Richtlinie (EU) 2019/882 des Europäischen Parlaments und des Rates über die Barrierefreiheitsanforderungen für Produkte und Dienstleistungen und zur Änderung anderer Gesetze (BGBl I 2021, S 2970).

Mit den Neuerungen im Statusfeststellungsverfahren, die seit dem 01.04.2022 gelten, werden im Gegensatz zu früher keine verbindlichen Aussagen über die Versicherungspflicht in den jeweiligen Zweigen der Sozialversicherung getroffen. Dies muss der Arbeitgeber aufgrund der Erkenntnisse des Feststellungsverfahrens selbst entscheiden. Heißt im Klartext: Es entsteht für Sie ein doppelter Aufwand. Denn um zu erfahren, ob Sie versicherungspflichtig sind oder nicht, müssen Sie sich ab dem 01.04.2022 an die zuständige Krankenkasse des Gesellschafter-Mitarbeiter oder des Gesellschafter-Geschäftsführers wenden und in einem weiteren Verfahren die Versicherungspflicht oder -freiheit feststellen lassen.

Die Entscheidung über den sozialversicherungsrechtlichen Status sollten Sie als Gesellschafter-Geschäftsführer oder Gesellschafter-Mitarbeiter unter Zuhilfenahme des Feststellungsverfahrens treffen.

Alle vier Jahre prüfen die Rentenversicherungsträger bei den Arbeitgebern, ob die Pflichten aus der Sozialversicherungspflichten vollumfänglich und richtig erfüllt wurden. Wurde Ihre GmbH bereits geprüft, verlangen Sie einen Bescheid auch über die beanstandungslose Prüfung des Sozialversicherungsstatus eines GmbH-Gesellschafter-Mitarbeiters oder -Geschäftsführers. Dazu sind Sie berechtigt, auch wenn bislang nur dann Bescheide ausgestellt worden sind, wenn es Beanstandungen gab (BSG 19.09.2019 – B 12 R 25/18 R). Der Vorteil für Sie: Mit einem Bescheid, auch wenn er „nur“ bestätigt, dass nichts beanstandet wurde, haben Sie bei nachfolgenden Prüfungen oder späteren Beanstandungen Rechtssicherheit und Vertrauensschutz.

## 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 Einzelfalls – 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 festzustellen, ob eine abhängige Arbeit verrichtet wird, 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 Beirats- oder Aufsichtsratsordnung, 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.

**Beispiel 1:** A ist alleiniger Gesellschafter-Geschäftsführer einer Beteiligungs-GmbH (B-GmbH). Die B-GmbH wiederum ist alleinige Gesellschafterin der C-GmbH. Wenn die C-GmbH mit A einen Geschäftsführungsvertrag schließt, ist dies ein Drittvertrag, der dazu führt, dass A sozialversicherungspflichtig ist, da er im Verhältnis zur C-GmbH ein Fremdgeschäftsführer ist (LSG Berlin vom 27.11.2019 – L 9 KR 264/17). Hätte die C-GmbH der B-GmbH den Geschäftsführungsauftrag erteilt, hätte A die Geschäfte auch der C-GmbH führen können, ohne dass er sozialversicherungspflichtig geworden wäre.

**Beispiel 2:** Z ist Gesellschafter-Geschäftsführer eines EDV-Anbieters für Zahnärzte. Sein Antrag bei der Deutschen Rentenversicherung Bund (DRV), ihm den Status eines Selbstständigen zu bescheinigen, fiel negativ aus: Zwar könne er nach dem Gesellschaftsvertrag und seinem Anstellungsvertrag bestimmte Beschlüsse verhindern, aber die Satzung räume ihm keine tatsächliche Sperrminorität ein. Er sei beispielsweise nicht befugt, sich zu wehren, was ihm unangenehme Weisungen zu Zeit, Ort und Dauer seiner Tätigkeit anbelangte. Auch konnte er, „einfach“ dadurch, dass er nicht an Gesellschafterversammlungen teilnahm, die dort gefassten Beschlüsse nicht verhindern, sondern allenfalls verzögern. Auch die Tatsache, dass er (allein) einen Stift mit grüner Farbe benutzen durfte, die seine An- und Bemerkungen kenntlich machten (früher die Rektor-Tinte in Schulen), konnte seine „unabhängige“ Stellung auch nicht untermauern. Das Argument, das die Waagschale vollends in Richtung „abhängige Beschäftigung“ drückte, war die Tatsache, dass Z kein wesentliches Unternehmerrisiko trug, sondern seine Arbeitskraft mit (in Form einer gleichbleibenden Vergütung) „garantiertem“ Erfolg einsetzte. Z war lediglich mit 49 % am Kapital der GmbH beteiligt. Die Satzung aber schrieb für bestimmte Beschlüsse die Mehrheit von 75 % vor. Damit konnte Z niemals ihm unangenehme Beschlüsse verhindern. Er hatte also keine echte Sperrminorität. Daran änderte auch das ihm eingeräumte Sonderrecht zur Geschäftsführung nichts. Dies verhinderte zwar seine jederzeitige Abberufung als Geschäftsführer, es übertrage ihm aber keine Gestaltungsmacht, mit der er auf die gesamte Unternehmenspolitik hätte Einfluss nehmen können.

- Beispiel 3:** Ein GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführer, der mit lediglich 25 % am gezeichneten Kapital einer GmbH beteiligt war, wurde als abhängig und damit sozialversicherungspflichtig eingestuft, weil die Satzung für bestimmte Angelegenheiten ein Mehrheitserfordernis von 76 % forderte. Damit war er nie in der Lage, die „Geschicke der Gesellschaft im Sinne einer Einflussnahme auf alle Gesellschafterentscheidungen und damit die gesamte Unternehmenspolitik mitzubestimmen“. Ihm sei gegenüber dem vorherigen Zustand nur eine erweiterte Rechtsmacht, nicht aber eine die gesamte Unternehmenstätigkeit umfassende Sperrminorität eingeräumt worden.
- Beispiel 4:** Drei Gesellschafter-Geschäftsführer einer Softwareberatungsfirma, die jeweils mit von 20 % beteiligt waren, mussten feststellen, dass sie plötzlich sozialversicherungspflichtig wurden, weil die GmbH einen Aufsichtsrat installiert hatte. Da die GmbH solchermaßen ihr Weisungsrecht „aus der Hand“ gegeben habe, seien die drei Gesellschafter-Geschäftsführer nicht mehr von der Gesellschafterversammlung, sondern vom Aufsichtsrat abhängig. Eine Sichtweise, die auch dadurch untermauert wurde, dass die drei Gesellschafter-Geschäftsführer nach der vom Aufsichtsrat erlassenen Geschäftsordnung nur jeweils einen bestimmten Geschäftsbereich eigenverantwortlich geleitet haben.
- Beispiel 5:** Vater V, mit 60 % an der VS-GmbH beteiligt und Sohn S, der die restlichen 40 % hält, sind beide Geschäftsführer. Laut Satzung mussten Gesellschafterbeschlüsse mit einfacher Stimmenmehrheit getroffen werden. Aufgrund einer privatschriftlich abgeschlossenen Stimmrechtsvereinbarung sollte jeder Gesellschafter über die Hälfte der Stimmrechte verfügen. Aufgrund einer Betriebsprüfung setzte die Krankenkasse eine Beitragsnachforderung zur Gesetzlichen Rentenversicherung (GRV) und nach dem Recht der Arbeitsförderung in einer Gesamthöhe von rund 50.000 Euro fest. S sei abhängig bei der VS-GmbH beschäftigt und damit sozialversicherungspflichtig. S halte nur eine Minderheit der Gesellschaftsanteile und verfüge über keine Sperrminorität. Die privatschriftliche Vereinbarung, in der der V praktisch auf 10 % Stimmanteile zu Gunsten von S verzichtet hatte, zählt nicht. Erstens ist eine solche Vereinbarung „an der Satzung vorbei“ aus GmbH-rechtlicher Sicht grenzwertig und zweitens hatte der S damit auch nur 50 %, also keine Mehrheit (BSG vom 19.9.2019 – B 12 KR 21/19 R).

GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführer üben also nur dann eine selbstständige Tätigkeit aus, wenn sie aufgrund ihrer Gesellschafter-Stellung die Rechtsmacht besitzen, einen maßgeblichen Einfluss auf Gesellschafterbeschlüsse zu nehmen und dadurch die Geschicke der Gesellschaft umfassend mitzubestimmen (Bundessozialgericht /BSG vom 01.02.2022 – B 12 KR 37/19 R; B 12 R 19/19 R; B 12 R 20/19 R). Anders ausgedrückt:

Bei Gesellschafter-Geschäftsführern einer GmbH liegt regelmäßig 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 oder eines Vetorechts 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 dem Berufszweig – an ein Versorgungswerk 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.

Bei Prüfung, ob ein Gesellschafter-Geschäftsführer rentenversicherungspflichtig ist oder nicht, ist auf die Verhältnisse bei der Gesell-

schaft und nicht auf das Innenverhältnis zwischen Geschäftsführer und Gesellschaft abzustellen (§ 2 S. 1 Nr. 9 und S. 4 Nr. 3 SGB VI).

### 3. Statusfeststellungsverfahren

Bislang war mit dem Ergebnis des Statusfeststellungsverfahrens auch eine Entscheidung über die Versicherungspflicht, die für alle(!) Zweige der Sozialversicherung bindend war, getroffen worden. Ab dem 01.04.2022 wird bei einem Statusfeststellungsverfahren nur noch über den Erwerbsstatus der anfragenden Person befunden. Es geht also um die Feststellung, ob eine abhängige Beschäftigung oder eine selbstständige Tätigkeit vorliegt. Es wird aber keine Aussage mehr zur Versicherungspflicht als solcher in den jeweiligen Zweigen der Sozialversicherung getätigt. Die Versicherungspflicht muss vom Arbeitgeber selbst ermittelt werden, beispielsweise bei Überschreiten der Beitragsbemessungsgrenze.

#### **Hinweis**

Die Statusfeststellung bezieht sich auf ein konkretes Rechtsverhältnis. Die DRV Bund teilt den Beteiligten mit, welche Entscheidung sie zu treffen beabsichtigt. Sie nennt auch die Punkte, auf die sie ihre Entscheidung stützen wird. So haben die Beteiligten die Möglichkeit, sich zu der beabsichtigten Entscheidung zu äußern. Dieses Anhörungsverfahren entfällt, wenn die DRV Bund einem übereinstimmenden Antrag der Beteiligten entspricht.

Ab dem 01.04.2022 gibt es für GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführer oder GmbH-Gesellschafter-Mitarbeiter auch die Möglichkeit, bereits vor Aufnahme der Tätigkeit, sich nach § 7a Abs. 4a Satz 1 SGB IV von der DRV Bund verbindlich den Erwerbsstatus prognostizieren zu lassen. Dazu muss der DRV Bund die vertragliche Ausgestaltung (GmbH-Gesellschaftsvertrag, Anstellungsvertrag, weitere nebenvertragliche Verabredungen) und die geplante Ausführung der Tätigkeit mitgeteilt werden.

Die Prognoseentscheidung gilt zunächst nur befristet bis zum 30.06.2027 und soll dann noch einmal geprüft werden.

### **Wichtig:**

Sie sollten sich bei Ihren Angaben möglichst nahe an der geplanten Wirklichkeit und deren Wahrscheinlichkeit orientieren. Sollte es sich später herausstellen, dass Ihre Mitteilungen über die geplante Ausführung, die der Prognoseentscheidung zugrunde liegt, nicht mit den tatsächlichen Umständen übereinstimmt, müssen Sie dies der DRV Bund mitteilen oder sich der Gefahr bewusst sein, dass deren Bescheid keinen Bestand haben wird, da er auf Ihren falschen Angaben fußt.

Nach § 7a Abs. 1 SGB IV muss die Einzugsstelle schriftlich oder elektronisch eine Entscheidung beantragen, ob eine Beschäftigung vorliegt, wenn sich aus der Meldung des Arbeitgebers (§ 28a SGB IV) ergibt, dass der Beschäftigte geschäftsführender Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist.

### **Hinweis**

Wurde nicht bereits vor der Aufnahme der Tätigkeit oder einer Änderung entweder der Tätigkeit oder des Gesellschafter-Status ein Feststellungsverfahren angestrengt, sollte das Unternehmen möglichst schnell, am besten innerhalb des ersten Monats nach Tätigkeitsaufnahme oder nach der Änderung der Verhältnisse das Statusfeststellungsverfahren einleiten.

Wer dies innerhalb des ersten Monats tut, muss keine Sozialversicherungsbeiträge nachzahlen, wenn die DRV Bund eine abhängige Beschäftigung feststellt. Beiträge sind dann erst ab dem Datum des Bescheids fällig, sofern der Gesellschafter-Mitarbeiter oder Gesellschafter-Geschäftsführer dem späteren Eintritt der Versicherungspflicht zustimmt und gegen das finanzielle Risiko von Krankheit

und zur Altersvorsorge analog der gesetzlichen Leistungen abgesichert ist.

**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), den Status kostenlos festzustellen, genutzt werden. Dies muss von Ihnen beantragt werden, erfolgt also nicht „automatisch“. Das Statusfeststellungsverfahren dient dazu, den Erwerbsstatus einer Person festzustellen. Es geht also um die Feststellung, ob eine abhängige Beschäftigung mit der entsprechenden Sozialversicherungspflicht oder eine selbstständige Tätigkeit vorliegt. Die DRV Bund entscheidet nicht mehr über die Versicherungspflicht in den verschiedenen Zweigen der Sozialversicherung. Dies ist künftig Aufgabe der Krankenkassen als Einzugsstellen.

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 über seinen Erwerbsstatus.

**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-Ge-

schäftsführer selbst tätig werden, wenn sie Rechtssicherheit über den Erwerbsstatus haben wollen, um unnötige Zahlungen und/oder Haftungsrisiken zu vermeiden. Denn die GmbH muss, 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).

### **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.

Fragen:	Ja	Nein
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, wo, 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 – wenn auch nur formal – 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 oder durch die Unterordnung unter einen Aufsichtsrat
- 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: Bei der Beurteilung von Versicherungspflicht aufgrund des Auftragsverhältnisses sind andere Versicherungsträger an die Entscheidungen der DRV Bund im Rahmen des Statusfeststellungsverfahrens gebunden. Die Bindungswirkung erstreckt sich auch auf Entscheidungen der Bundesagentur für Arbeit, insbesondere soweit die Versicherungspflicht Voraussetzung für einen Anspruch auf Leistungen der Arbeitsförderung ist (leistungsrechtliche Bindung).

### **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 Bundesverfas-

sungsgericht 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. Gruppenfeststellungsverfahren:**

Neu ab dem 01.04.2022 ist die Möglichkeit, parallel zu einem laufenden Feststellungsverfahren ein Gutachten über den Erwerbsstatus vergleichbarer Stellen zu erhalten. Die Möglichkeit besteht allerdings nur in Rahmen eines konkreten Feststellungsverfahrens über eine konkrete Stelle. Wenn die Umstände vergleichbarer (auch zukünftiger) Stellen übereinstimmen, kann nach § 7a Abs. 4b SGB IV die gutachterliche Feststellung beantragt werden, dass die vergleichbaren Stellen den gleichen Erwerbsstatus haben, wie die konkret geprüfte Stelle. In Satz 2 der Norm wird definiert, wann Stellen bzw. Auftragsverhältnisse gleich sind. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn eine einheitliche Vertragsvereinbarung zugrunde liegt und Art und Umstände der Tätigkeit übereinstimmen.

Diese Möglichkeit ist für die GmbHs, die mehrere Gesellschafter-Geschäftsführer oder GmbH-Gesellschafter-Mitarbeiter haben, interessant. Zu beachten ist allerdings, dass die abstrakte gutachterliche Äußerung im Gruppenfeststellungsverfahren nur anhand eines konkreten Statusfeststellungsverfahrens begehrt werden kann.

Andere Versicherungsträger sind nicht an das Gutachten gebunden. Es besteht aber grundsätzlich Vertrauensschutz für die Tätigkeiten, die innerhalb von zwei Jahren nach Erhalt des Gutachtens geschlossen werden.

### **Wichtig:**

Das Gruppenfeststellungsverfahren gilt zunächst nur befristet bis zum 30.06.2027 und soll dann noch einmal geprüft werden.

## 5. Erwerbsstatus im Dreiecksverhältnis

Ab dem 01.04.2022 besteht auch die Möglichkeit der Feststellung, ob ein im Rahmen der Ermittlung des Erwerbsstatus qualifiziertes Beschäftigungsverhältnis auch oder faktisch nur zu einem Dritten besteht. Das ist einerseits relevant für die Fälle der Arbeitnehmerüberlassung und bei Scheinwerkverträgen. Andererseits auch dann, wenn ein Gesellschafter-Geschäftsführer sowohl an mehreren GmbHs beteiligt ist als auch in diesen GmbHs die Geschäftsführung inne hat. Denkbar ist aber auch der Fall, dass der GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführer bei einer GmbH & Co. KG direkt mit der KG einen Anstellungsvertrag schließt und nicht „automatisch“ über seine Geschäftsführerposition bei der Komplementär-GmbH die Geschäftsführung auch der KG übernimmt.

Bei einem Dreiecksverhältnis können alle drei beteiligten Parteien nach § 7a Abs. 2 S. 2 SGB IV eine umfassende Beurteilung der sozialversicherungsrechtlichen Vertragsbeziehungen innerhalb des Dreiecksverhältnisses beantragen. Voraussetzung hierfür ist aber zumindest, dass Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Beschäftigte in die Arbeitsorganisation des Dritten eingegliedert ist. Der Dritte kann dann nach Satz 3 der Norm auch die reine Feststellung nur über den Erwerbsstatus (Auftragnehmer oder abhängig Beschäftigter) der eingesetzten Person beantragen und ist nicht da-

rauf beschränkt, nur das sozialversicherungsrechtliche Verhältnis zu ihm beurteilen zu lassen.

**Wichtig:**

Die Entscheidung über Dreieckskonstellationen gilt zunächst nur befristet bis zum 30.06.2027 und soll dann noch einmal geprüft werden.

## 6. 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 organschaftliche 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).

### **Wichtig:**

Im Hinblick auf die Versicherungspflicht der Geschäftsführer von Familiengesellschaften besteht kein Vertrauensschutz in die sogenannte „Kopf-und-Seele“-Rechtsprechung (BSG vom 19.09.2019 – B 12 R 25/18 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 befreien,

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).

### **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.

## 7. 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).

### **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 eine 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).

## 8. 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 dieses 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 er 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.

## 9. 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 behandeln (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).

## 10. 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 Alleingesellschafter-Geschäftsführer ihrer Beteiligungs-GmbH einen Anstellungsvertrag (Drittvertrag), dann ist er Fremdgeschäftsführer bei der GmbH und damit sozialversicherungspflichtig (Landessozialgericht Berlin vom 27.11.2019 – L 9 KR 264/17).

DATEV eG, 90329 Nürnberg (Verlag)

© 2022 Alle Rechte, insbesondere das Verlagsrecht, allein beim Herausgeber.

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

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

Eine Weitergabe an Dritte ist nicht erlaubt.

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

Im Übrigen gelten die Geschäftsbedingungen der DATEV.

Angaben ohne Gewähr

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

Stand: März 2022

DATEV-Artikelnummer: 12443

E-Mail: literatur@service.datev.de