

## **Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH**

### **Abhängige Beschäftigung oder selbstständige Tätigkeit?**

Gesellschafter-Geschäftsführer sehen ihre Tätigkeit oft als abhängige Beschäftigung an. Grund dafür ist die soziale Absicherung. Ob tatsächlich eine abhängige Beschäftigung vorliegt oder eine selbstständige Tätigkeit ausgeübt wird, muss nach objektiven Kriterien entschieden werden.

### **Gesetzliche Grundlage**

#### **Abhängige Beschäftigung**

§ 5 Abs. 1 Nr. 1 Sozialgesetzbuch Fünftes Buch (SGB V) - gesetzliche Krankenversicherung: Versicherungspflichtig sind Arbeiter, Angestellte und zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigte, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind. Entsprechende Vorschriften enthalten die Gesetzbücher der Rentenversicherung (§ 1 Nr. 1 SGB VI), Arbeitslosenversicherung (§ 25 Abs. 1 SGB III) und Pflegeversicherung (§ 20 Abs. 1 Nr. 1 SGB XI). Die Beschäftigung wird in § 7 Abs. 1 SGB IV definiert: „Beschäftigung ist die nicht selbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis.“

Innerhalb dieser gesetzlichen Bestimmungen haben Lehre und Rechtsprechung Grundsätze zum Begriff des entgeltlichen Beschäftigungsverhältnisses in der Sozialversicherung entwickelt. Hiernach handelt es sich um einen Arbeitnehmer, wenn eine persönliche Abhängigkeit von einem Arbeitgeber besteht. Die persönliche Abhängigkeit erfordert eine betriebliche Eingliederung und umfassende Weisungen des Arbeitgebers in Bezug auf Zeit, Dauer, Ort und Art der Arbeitsausführung. Zwar kann das Weisungsrecht erheblich eingeschränkt sein, vollständig entfallen darf es jedoch nicht; es muss bei einer fremdbestimmten Dienstleistung bleiben, die zumindest in einer von anderer Seite vorgegebenen Ordnung des Betriebes aufgehen muss.

#### **Selbstständige Tätigkeit**

Eine selbstständige Tätigkeit liegt dagegen vor, wenn ein Weisungsrecht nicht vorhanden ist, der Betreffende seine Tätigkeit also wesentlich frei gestalten, insbesondere über die eigene Arbeitskraft, über Arbeitsort und Arbeitszeit frei verfügen kann. Das gilt auch, wenn er sich nur in die von ihm selbst gegebene Ordnung des Betriebes einfügt.

#### **GmbH-Geschäftsführer**

Nach diesen Grundsätzen richtet sich auch, ob der Geschäftsführer einer GmbH abhängig beschäftigt ist oder nicht. Er ist weder wegen seiner Organstellung von einer abhängigen Beschäftigung ausgeschlossen, noch weil er gegenüber Arbeitnehmern der GmbH Arbeitgeberfunktionen ausübt. Bekanntlich kann auch jemand, der Arbeitgeberfunktionen ausübt, selbst bei einem Dritten persönlich abhängig beschäftigt, also Arbeitnehmer sein.

Maßgebend bleibt die Bindung des Geschäftsführers an das willensbildende Organ, in der Regel die Gesamtheit der Gesellschafter (Gesellschafterversammlung).

Ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis liegt nicht vor, wenn der Geschäftsführer an der Gesellschaft beteiligt ist und allein oder mit Hilfe seiner Gesellschafterrechte die für das Beschäftigungsverhältnis typische Abhängigkeit vermeiden kann. Ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis zur GmbH hat das Bundessozialgericht verneint, wenn der Geschäftsführer über die Hälfte des Stammkapitals der Gesellschaft verfügt. Ebenso ist entschieden worden, wenn der Geschäftsführer über eine Sperrminorität verfügt, um ihm nicht genehme Weisungen der Gesellschaft zu verhindern.

Dort, wo die Kapitalbeteiligung des Geschäftsführers hierfür nicht ausreicht, beginnen die versicherungsrechtlichen Probleme. Ob hier noch ein versicherungspflichtiges

Beschäftigungsverhältnis vorliegt, kann erst nach einer eingehenden Abwägung aller vorliegenden Informationen durch die Sozialversicherungsträger entschieden werden.

### **Vor-GmbH**

Die GmbH entsteht als juristische Person erst mit der Eintragung in das Handelsregister. Vor diesem Zeitraum und nach Abschluss des notariellen Gesellschaftsvertrages handelt es sich um eine Vor-GmbH. Im Gegensatz zur GmbH sind bei der Vor-GmbH die Handelnden Schuldner von Personen oder Firmen, die mit der Vor-GmbH eine Rechtsbeziehung (z.B. Kauf einer Dienstleistung) eingegangen sind.

Für die versicherungsrechtliche Beurteilung hat die Haftungsfrage keine entscheidende Bedeutung. Die Spitzenverbände der Sozialversicherungsträger vertreten die Auffassung, dass die Gesellschafter einer Vor-GmbH nicht anders als in der geplanten GmbH zu behandeln sind, also nach den Kriterien Weisungsgebundenheit, Höhe der Einlage sowie Stimmrechtsverteilung (u.a. BSG-Urteil vom 30. 03. 1962 - 2 RU 106/60, Besprechung der Spitzenverbände der Sozialversicherungsträger über Fragen des gemeinsamen Beitragseinzuges vom 16./17. März 1994).

### **Rechtsprechung des Bundessozialgerichts**

Die inzwischen umfangreiche höchstrichterliche Rechtsprechung, die zu verschiedenen Konstellationen ergangen ist, wurde von den Spitzenverbänden der Sozialversicherungsträger zusammengestellt. Diese Übersicht mit Urteilsdatum, Aktenzeichen, Fundstelle, Sachverhalt, Urteilstenor und gegebenenfalls mit kurzer Begründung finden Sie unter [www.dak.de/fachinfo/](http://www.dak.de/fachinfo/)

### **Feststellungsbescheid der Bundesanstalt für Arbeit**

Für Gesellschafter-Geschäftsführer besteht seit dem 1. Januar 1998 die verbindliche Regelung, dass das Arbeitsamt auf Antrag des Betroffenen erklären muss, ob es der Feststellung der Krankenkasse beziehungsweise des Rentenversicherungsträgers über die Versicherungspflicht, die ja die Arbeitslosenversicherung einschließt, zustimmt. Das Antragsformular erhalten Mitglieder bei ihrer DAK-Geschäftsstelle. Der Antrag ist anschließend bei der DAK-Geschäftsstelle oder bei dem Rentenversicherungsträger einzureichen und wird von dort an das zuständige Arbeitsamt weitergeleitet.

Stimmt das Arbeitsamt der Feststellung zu, ist es für fünf Jahre an die Zustimmungserklärung gebunden - sofern sich an den Verhältnissen nichts ändert. Die Erklärung des Arbeitsamtes kann dann für jeweils fünf weitere Jahre beantragt werden. Die damit gesicherte einheitliche Beurteilung erspart unliebsame Überraschungen in späteren Leistungsangelegenheiten (z.B. bei Insolvenz bzw. Arbeitslosigkeit).

### **Hermann Dust**

Spezialist im Bereich Mitgliedschafts- und Beitragsrecht der DAK