

## Die nächste Betriebsprüfung kommt bestimmt - Sozialversicherungsfreiheit für GmbH-Geschäftsführer und mitarbeitende Gesellschafter?

Bisher herrschte relative Ruhe in Betrieben und Unternehmen, auch wenn die BfA die Zahl der Betriebsprüfer nach den Änderungen im Sozialgesetzbuch erheblich aufgestockt hat (FTD vom 27.6.2000, im Internet unter <http://www.ftd.de/pw/de/1053412.html?nv=se>). Die Betriebsprüfer haben sich offensichtlich vor der Bundestagswahl angesichts des ungewissen Wahlausgangs eine gewisse Zurückhaltung auferlegt. Damit dürfte es jetzt vorbei sein.

Von unseriösen, schlecht informierten oder leichtfertigen Beratern als sicherer „Trick“ gegen die Scheinselbständigkeit empfohlen, entpuppt sich insbesondere die „gesellschaftsrechtliche Lösung“ als Falle. Nach der gesetzlichen Neuregelung wurde insbesondere Selbständigen (Ein-Personen-Unternehmern) empfohlen, sich mit anderen in Gesellschaften zusammenzuschließen, z.B. zu einer GmbH. Einer wurde Gesellschafter-Geschäftsführer, die anderen Beteiligten „mitarbeitende Gesellschafter“. Keiner zahlte Sozialversicherungsbeiträge. Bis der Prüfer kam ...

Zwar sollte schon nach der überholten Rechtslage der gefürchtete § 7 Abs. IV SGB IV nach der amtlichen Auslegung Gesellschaften nicht zur Anwendung kommen; es besteht daher nicht die Gefahr der Vermutung einer sogenannten „Scheinselbständigkeit“. Die Rentenversicherungsträger selbst führten in einem Rundschreiben aus:

Für mitarbeitende Gesellschafter (z.B. Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH) scheidet eine Anwendung des § 7 Abs. 4 Satz 1 SGB IV generell aus.

Die versicherungsrechtliche Beurteilung dieser Personen erfolgte und erfolgt auch ab 2003 ausschließlich nach § 7 Abs. 1 SGB IV unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (vgl. hierzu Punkt 1 der Niederschrift über die Besprechung der Spitzenorganisationen der Sozialversicherung vom 6.17.11.1986 vgl. Anlage 3).

Andererseits stehen damit auch nicht die Möglichkeiten des vergleichsweise risikolosen Anfrageverfahrens zur Verfügung. Ausserdem droht nach dem Rundschreiben aus einer weiteren Richtung Gefahr:

Der Ausschluß eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses wirkt jedoch nur auf die Beurteilung der Rechtsbeziehungen zwischen dem Auftraggeber und dem Auftragnehmer, nicht jedoch auf die Frage, ob die in der Gesellschaft Tätigen Arbeitnehmer dieser Gesellschaft sein können (z. B. Kommanditisten). Die gleiche Beurteilung gilt grundsätzlich auch, sofern es sich bei dem Auftragnehmer um eine Ein-Personen-GmbH handelt. Handelt es sich bei der auftragnehmenden Gesellschaft um eine GbR, ist das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung oder einer selbständigen Tätigkeit im Einzelfall zu prüfen.

Daher können **mitarbeitende Gesellschafter** von Personen- und Kapitalgesellschaften von der Versicherungspflicht als sogenannte „arbeitnehmerähnliche“ bzw. „rentenversicherungspflichtige“ Selbständige i.S.d. § 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI erfasst werden. Die Vorschrift erfasst nämlich grundsätzlich **alle** selbständig tätigen Personen, die

- a) auf Dauer und im wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig sind und  
b) keinen versicherungspflichtiger Arbeitnehmer beschäftigen, dessen Arbeitsentgelt aus diesem Beschäftigungsverhältnis regelmäßig 630 DM im Monat übersteigt.

Eine selbständige Tätigkeit kann auch im Rahmen der Mitarbeit in einer Personen- oder Kapitalgesellschaft ausgeübt werden (z.B. als Alleingesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH oder mitarbeitender Gesellschafter einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts). Es kommt dann darauf an, ob die Voraussetzungen a) und b) von der Gesellschaft selbst erfüllt werden. Ist dies der Fall, hat dies Auswirkungen auf den versicherungsrechtlichen Status der mitarbeitenden Gesellschafter, schlägt also auf diese durch. Ist die Gesellschaft somit regelmäßig und im wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig und wird von der Gesellschaft kein versicherungspflichtiger Arbeitnehmer beschäftigt, so sind die Voraussetzungen für die Behandlung als arbeitnehmerähnlicher Selbständiger erfüllt. Die Gesellschafter müssen dann gesetzlich Rentenversicherungsbeiträge abführen (den vollen Beitrag, zur Zeit also 19,1 Prozent %, Tendenz steigend).

In **allen anderen Fällen** beurteilt sich die Rechtslage bei mitarbeitenden Gesellschaftern und Gesellschafter-Geschäftsführern nach § 7 Abs. 1 SGB IV. Danach können diese Personengruppen dann sozialversicherungspflichtig werden, 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 nehmen können.

Letzteres ist insbesondere der Fall, wenn der Gesellschafter über die Mehrheit der Anteile an der Gesellschaft verfügt oder über eine Sperrminorität. Sicher ist die Rechtslage auch bei Fremdgeschäftsführern ohne Kapitalbeteiligung: Sie sind sozialversicherungspflichtig. Dazwischen tut sich eine breite Grauzone auf mit erheblichen Risiken, denn die Betriebsprüfer nehmen eine Einzelfallprüfung mit häufig schwer zu prognostizierendem Ausgang vor.

Michael W. Felser  
Rechtsanwalt

#### Mehr zum Thema:

Aus der FTD vom 27.6.2000 - Rentenkasse versperrt Selbstständigen die Flucht - Von Margaret Heckel  
<http://www.ftd.de/pw/de/1053412.html?nv=se>

und natürlich unter  
<http://www.scheinselbstaendigkeit.de>

**Mitgeteilt von Rechtsanwälte Felser. Unsere Anwälte sind Experten bei verschiedenen Internetforen, u.a.**

<http://www.juracity.de>

<http://www.competence-site.de>

<http://www.sozialplan.de>

