
I Allgemeine Überlegungen zur Wahl der Unternehmensform mittelständischer Betriebe

Für die unternehmerische Tätigkeit, also das Betreiben eines Unternehmens, stellt unsere Rechtsordnung eine Reihe von rechtlich unterschiedlich ausgestalteten Unternehmensformen zur Verfügung. Eine generelle Aussage über die zweckmäßige Rechtsform kann nicht gemacht werden. Es sind jeweils die besonderen Umstände und Schwerpunkte des Einzelfalles zu berücksichtigen. Branche, Betriebsgröße, Unternehmensorganisation, Finanzierung u. a. spielen dabei ebenso eine besondere Rolle für die Beurteilung des einzelnen Falles wie die persönliche Situation der Beteiligten. Auch die steuerlichen Auswirkungen gilt es zu berücksichtigen, wenngleich sie nicht Priorität haben sollten, zumal dieser Bereich sich schnell ändern kann.

Wenn auch eine allgemeine Empfehlung nicht gegeben werden kann, so können die im Folgenden aufgeführten rechtlichen und steuerlichen Kriterien doch als Entscheidungshilfe für die Wahl der richtigen Unternehmungsform eines mittelständischen Unternehmens dienen.

1 Das Bedürfnis nach Haftungsbeschränkung

a) Die wirtschaftlichen Gegebenheiten

Für unsere mittelständischen Unternehmer hat sich in jüngerer Zeit in zunehmendem Maße bei den Überlegungen über die zweckmäßige Rechtsform die Notwendigkeit der Haftungsbeschränkung gerade in Zeiten der Rezession oder nur geringer Wachstumsraten in den Vordergrund geschoben. Insbesondere gilt dies für die Berufsgruppe des Bau- und des Baunebengewerbes.

In Zeiten nachlassender Konjunktur hat sich gezeigt, dass auch viele mittelständische Betriebe aufgeben mussten oder aufgegeben haben. Die eingetretenen Zusammenbrüche wirken oft noch lange nach. Privates Vermögen wurde häufig mit in den Strudel gezogen, insbesondere wenn das Unternehmen in der Rechtsform eines Einzelunternehmens oder einer Personengesellschaft betrieben wurde. Daher wurde zunehmend auch für mittelständische Unternehmen die Rechtsform einer GmbH in die Überlegung mit einbezogen. Mitunter wurde der Ausweg über die GmbH & Co. KG gewählt. Die etwas umständliche rechtliche Konstruktion einerseits und ein gewisses, in der Öffentlichkeit zu Recht oder zu Unrecht vorhandenes Vorurteil gegenüber dieser Rechtsform ließen es aber oftmals im Kreise der Handwerker und anderer mittelständischen Unternehmen nicht zu einer GmbH & Co. KG kommen. Auch der sich

vor allem bei der Gewerbesteuer auswirkende Nachteil, dass Arbeitsverhältnisse zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern bei Personengesellschaften steuerlich unbeachtlich sind, hat gegen die GmbH & Co. KG gesprochen.

Die bekannt gewordenen Zusammenbrüche führten vielfach dazu, dass mittelständische Unternehmen mit Rücksicht auf die Familie und deren finanzielle Absicherung aufgaben. Zum anderen wurde manch einer vom beabsichtigten Schritt zur Selbstständigkeit abgehalten, weil ihm das Risiko der vollen persönlichen Haftung – nicht nur mit dem Geschäfts-, sondern auch mit dem Privatvermögen – zu groß erschien.

Im Interesse des Mittelstandes und damit auch der gesellschaftspolitischen Stabilität, die einen gesunden Mittelstand voraussetzt, muss die Frage der Haftungsbeschränkung unvoreingenommen geprüft werden. Naturgemäß bestehen hier branchenmäßige Unterschiede. Unsere Handwerker und mittelständischen Unternehmen sollen aber grundsätzlich persönlich, d.h. mit ihrem Privatvermögen, abgesichert werden, sollen ruhiger schlafen können und den Mut zur Selbstständigkeit nicht verlieren.

Allgemein hat man erkannt, dass es nicht nur bei größeren Unternehmen gerechtfertigt ist, die vermögensmäßige Haftung der maßgeblichen Unternehmer, Initiatoren und Verantwortlichen aus ihrer geschäftlichen Tätigkeit durch die Wahl einer entsprechenden Rechtsform zu beschränken. Selbstverständlich sollen aber durch unternehmerische Dispositionen nicht leichtfertig Risiken eingegangen werden. Das wäre ein Missbrauch der durch die Rechtsform der GmbH gegebenen Haftungsbeschränkung.

b) Möglichkeiten der Haftungsbeschränkung

Für die praktische Durchführung einer Haftungsbeschränkung bzw. Absicherung des Privatvermögens gibt es im Bereich der mittelständischen Wirtschaft folgende Möglichkeiten:

1. Übertragung des Privatvermögens auf den Ehegatten,
2. Bildung einer KG mit einem vermögenslosen Komplementär,
3. Etablierung einer GmbH & Co. KG,
4. Übertragung der Betriebstätigkeit auf eine GmbH bzw. eine AG.

Die Übertragung des Privatvermögens auf den Ehegatten hat ihre eigenen Probleme. Bei einer Trennung der Ehe kann es zu unerfreulichen Vermögensauseinandersetzungen kommen. Auch lediglich vorübergehende Krisen in der Ehe können sich in solchen Fällen noch verschärfen und zu Fehlentscheidungen führen.

Problematisch ist auch der Weg, einen vermögenslosen Komplementär einzuschalten. Wer ist schon bereit, das Insolvenzrisiko, die persönliche Ruf- und Image-schädigung in Kauf zu nehmen? Dazu kommt noch, dass ein Vermögensloser ja nicht gerne auf Dauer vermögenslos bleiben möchte. Als echte Alternative bleiben schließ-

lich nur die GmbH und die GmbH & Co. KG, deren Vor- und Nachteile im Folgenden ausführlich behandelt werden sollen.

Nach der Deregulierung des Aktienrechtes, mit Schaffung der sogenannten kleinen AG, kann in gewissen Fällen auch diese Rechtsform interessant sein. Allerdings wird sie nur für etwas größere Unternehmen in Betracht kommen.

Ergebnis:

Auch in Handwerks- und anderen mittelständischen Betrieben besteht aufgrund der Marktausweitung und der damit verbundenen Risiken ein echtes Bedürfnis nach Haftungsbeschränkung, das wirtschaftlich vernünftig vor allem über die GmbH oder über die GmbH & Co. KG befriedigt werden kann. Dabei ist die GmbH eine Kapitalgesellschaft, während die GmbH & Co. KG formal eine Personengesellschaft darstellt. Unter Umständen kann auch die kleine AG sinnvoll sein.

2 Der Einfluss der Rechtsform auf Finanzierung und Kreditwürdigkeit

a) Beschaffung von Fremdkapital

Bei der Wahl der Rechtsform für die unternehmerische Tätigkeit sind häufig die Möglichkeiten der Kapitalbeschaffung, d.h. also der Finanzierung, von entscheidendem Einfluss. Das gilt in besonderem Maße für die mittelständischen Betriebe, die sich bei der Finanzierung ohnehin oft schwer tun. Hier wird häufig eingewandt, dass die GmbH gegenüber dem Einzelunternehmen und der Personengesellschaft mit einer natürlichen Person als Vollhafter weniger kreditwürdig sei. Insbesondere seien die Banken gegenüber der GmbH und gleichermaßen auch der GmbH & Co. KG skeptischer und nicht in gleichem Maße zur Kreditgewährung bereit. Die Banken sprächen sich oft gegen die Durchführung der gesellschaftsrechtlichen Haftungsbeschränkung aus. Diese Auffassung mag für die Vergangenheit des Öfteren berechtigt gewesen sein. Heute sieht es aber in der Praxis im Allgemeinen völlig anders aus. Die Banken haben nicht nur Verständnis dafür, dass von der Rechtsform her auch von einem Handwerker oder einem anderen mittelständischen Gewerbetreibenden eine generelle Haftungsbeschränkung gesucht wird, sondern sie sehen darin für den von ihnen gewährten Kredit einen zusätzlichen Sicherheitsfaktor.

Natürlich werden die Banken nicht von ihrem Sicherheitsdenken und dem daraus resultierenden Sicherheitsverlangen abrücken und bei verantwortungsvoller Geschäftspolitik auch nicht abrücken können. Soweit dingliche Sicherheiten nicht aus-

reichend zur Verfügung stehen oder eingeräumt werden, werden sie daher die Haftungsbeschränkung auf das Geschäftsvermögen und die Ausklammerung des Privatvermögens bei der GmbH dadurch ausgleichen und überspringen, dass sie sich noch persönliche Bürgschaften der GmbH-Gesellschafter geben lassen. Der zusätzliche Vorteil für die Bank liegt dann darin, dass das Privatvermögen im Insolvenzfall nicht mehr für alle Gläubiger haftet wie beim Einzelunternehmen und dem persönlich haftenden Gesellschafter einer Personengesellschaft, sondern nur insoweit, als solche persönlichen Bürgschaften gegeben sind. In der Regel hat sich die Bank daher bei Geltendmachung ihrer Ansprüche bei der GmbH-Konzeption nicht in gleicher Weise mit den anderen Gläubigern auseinanderzusetzen und braucht nicht mit diesen zu teilen, wie dies bei der vollen, unbeschränkten Haftung der Fall ist. Für die Bank bedeutet das einen wesentlichen Vorteil.

Da die Banken bei Kreditgewährungen an eine mittelständische GmbH häufig auf persönliche Bürgschaften der GmbH-Gesellschafter bestehen, könnte man meinen, dass die Haftungsbeschränkung nur eine Illusion und somit bedeutungslos sei. Dieser Einwand übersieht aber, dass durch die der Bank geleistete persönliche Bürgschaft zwar das Privatvermögen für diesen der Höhe und der Art nach überschaubar und abgrenzbaren Kredit haftet, dass aber für andere Ansprüche, die oft gar nicht vorhersehbar sind, das Privatvermögen abgeschirmt bleibt. Das gilt vor allem für die besonders im Bauhandwerk drohenden Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche.

b) Eigenfinanzierung durch die Gesellschafter

Die Möglichkeiten der Eigenfinanzierung der Gesellschaft durch ihre Gesellschafter sind bei einer GmbH ebenso vielfältig wie bei einer Personengesellschaft. Neben der Leistung von Stammeinlagen bei Gründung einer GmbH bzw. einer Kapitalerhöhung können von den Gesellschaftern jederzeit auch zusätzliche Einlagen erbracht werden, die der Kapitalrücklage zugeführt werden. Insbesondere aber können von den Gesellschaftern auch Darlehen an die GmbH gegeben werden, oder die Gesellschafter können sich als stille Gesellschafter an ihrer GmbH beteiligen. Im Insolvenzfall der GmbH werden die Darlehen ebenso wie die stillen Einlagen in der Regel als Insolvenzforderungen der Gesellschafter behandelt. Das ist nur dann nicht der Fall, wenn es sich um sogenannte Eigenkapital ersetzende Gesellschafterdarlehen handelt. Diese liegen nach § 32a GmbHG vor, wenn ordentliche Kaufleute nicht mit Fremd-, sondern mit Eigenkapital finanziert hätten.¹ Eine entsprechende Vorschrift besteht für Darlehensgewährung von Kommanditisten bei einer GmbH & Co. KG nach § 172 HGB.

1 Siehe auch Haack, Eigenkapital ersetzende Gesellschafterdarlehen, NWB 2002, S. 731 ff.

Die Gesellschafter können ihre stillen Beteiligungen an der GmbH oder ihre der GmbH gewährten Darlehen ohne besondere gesetzliche Formalitäten wieder in den privaten Bereich zurückführen. Entscheidend dafür sind allein die im Darlehensvertrag oder im Vertrag über die stille Gesellschaft getroffenen Vereinbarungen. Die Rückgewähr von Stammeinlagen ist dagegen nicht zulässig (§ 30 Abs. 1 GmbHG). Dazu wäre eine offizielle, nur unter Beachtung umständlicher Formalitäten durchzuführende Herabsetzung des Stammkapitals erforderlich.

Ergebnis:

Die Gesellschafter einer GmbH können neben ihrem Haftungskapital der Gesellschaft darlehensweise oder in Form der stillen Beteiligung Kapital zur Verfügung stellen, das im Insolvenzfall in der Regel als allgemeine Insolvenzforderung anzusehen ist. Die Banken können sich durch persönliche Bürgschaften einzelner oder aller Gesellschafter zusätzlich sichern, somit haftet das Privatvermögen einzelner oder aller Gesellschafter nur gegenüber der Bank, nicht aber gegenüber anderen Gläubigern der Gesellschaft.

3 Überlegungen zur Steuerbelastung

Von mit entscheidender Bedeutung für die Wahl der Rechtsform eines Unternehmens ist die steuerliche Belastung. Sie ist auch heute noch – trotz angestrebter Steuerneutralität – bei verschiedenen Steuerarten unterschiedlich. Wenn man ein Urteil darüber gewinnen will, ob eine geplante Rechtsform steuerlich die richtige ist, gilt es also, einen umfassenden Steuerbelastungsvergleich anzustellen. Hierzu soll der Hauptteil V¹, Steuerliche Behandlung der GmbH und ihrer Gesellschafter unter Berücksichtigung der Vor- und Nachteile gegenüber Personenunternehmen, anleiten.

Bis zur Reform des Körperschaftsteuerrechts 1977 und dem damit verbundenen Wegfall der Doppelbesteuerung waren es vor allen Dingen einkommen- bzw. körperschaftsteuerrechtliche Gesichtspunkte, die von der GmbH abhielten. Durch das damals eingeführte Anrechnungsverfahren für die Körperschaftsteuer einer Gesellschaft auf die Einkommensteuer des eine Ausschüttung beziehenden Gesellschafters wurde dieses Hemmnis aber entfernt. Der durch den Wegfall des Anrechnungsverfahrens ab 01.01.2001 entstandene Nachteil soll durch das sogenannte Halbeinkünfteverfahren im Rahmen der Einkommensbesteuerung ausgeglichen werden.

Von Bedeutung ist auch die seit 01.01.2001 mögliche pauschale Anrechnung der Gewerbesteuer von Einzelunternehmen und Personengesellschaften auf die persön-

¹ Siehe S. 38 ff.

liche Einkommensteuer der Beteiligten (§ 35 EStG). Diese Möglichkeit besteht für die Gewerbesteuer der GmbH nicht (wobei allerdings zu beachten ist, dass der Körperschaftsteuersatz mit 25 Prozent von vornherein niedrig angesetzt wurde, um bei Kapitalgesellschaften die Gewerbesteuer wieder aufsatteln zu können). Zum Vergleich: Der Einkommensteuersatz beträgt in 2007 44,31 Prozent (nämlich 42 Prozent Einkommensteuer zuzüglich 2,31 Prozent Solidaritätszuschlag), der Unternehmenssteuersatz der GmbH bestehend aus Körperschaft-, Gewerbesteuer und Solidaritätszuschlag 38,65 Prozent.

Dass auf alle Fälle die steuerliche Seite gründlich geprüft werden muss, ist mit Rücksicht auf die hohe Steuerbelastungsquote offensichtlich. Dabei sind die Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen (ob beispielsweise Gewinn ausgeschüttet oder thesauriert werden soll). Man muss aber davor warnen, die Rechtsform eines Unternehmens ausschließlich an steuerlichen Kriterien zu orientieren. Die handelsrechtlichen und betriebswirtschaftlichen Gegebenheiten bedürfen ebenfalls einer gründlichen Analyse und Berücksichtigung. Im Zweifel sollten sie sogar Vorrang haben.

Ergebnis:

Neben gewissen unterschiedlichen Belastungen im Bereich der Körperschaft- und der Einkommensteuer, insbesondere durch das Halbeinkünfteverfahren sind vor allem noch die unterschiedlichen Belastungen bei anderen Steuerarten, zu berücksichtigen, insbesondere bei der Gewerbesteuer. Es bedarf daher im Einzelfall oft umfassender Berechnungen, um die steuerlich zweckmäßigste Unternehmensform zu bestimmen. Bei Klein- und Mittelbetrieben wird oft übersehen, dass bei der GmbH neben Nachteilen auch steuerliche Vorteile bestehen.

4 Praktische Handhabung und leichte Anpassung

Der Vorteil der Klein- und Mittelbetriebe gegenüber Großbetrieben liegt in ihrer Flexibilität, der Möglichkeit, sich schnell, leicht und unbürokratisch an neue Entwicklungen und Änderungen der allgemeinen wirtschaftlichen Situation, insbesondere des Marktes, anzupassen. Auf diese Weise können leichter als im Großbetrieb Marktlücken aufgespürt und ausgefüllt werden.

Diese Fähigkeit hat die im Zuge der Konzentrationstendenzen unserer Wirtschaft schon oft totgesagten und totgeglaubten mittelständischen Betriebe nicht nur überleben lassen, sondern – trotz aller Unkenrufe – bewiesen, dass solche Betriebe auch in Zukunft zur Bereicherung des Wirtschaftslebens notwendig sind und sehr erfolgreich sein können.

Der Vorteil der Flexibilität der kleinen und mittleren Betriebe muss also erhalten bleiben. Dann ist die Überlebenschance gewährleistet. Das setzt nicht nur voraus, dass die gewählte Rechtsform schnelle und unbürokratische Führungsentscheidungen ermöglicht, sondern auch in der Organisation und in der Geschäftsabwicklung einfach zu handhaben ist. Es dürfen keine aufwändigen und komplizierten Formalitäten in der Abwicklung bestehen, und die sich auf die Entwicklung und den Ausbau des Betriebes konzentrierenden Unternehmer dürfen sich nicht in umständlichen Verwaltungs- und Handhabungsvorschriften verfangen. Die vielfältigen, von einem Unternehmer zu beachtenden gesetzlichen Vorschriften auf dem Gebiet des Steuer-, Sozial- und Wirtschaftsrechts haben ohnehin ein stark belastendes und kaum noch zu bewältigendes Ausmaß angenommen. Hier dürfen nicht noch Erschwernisse durch die gewählte Rechtsform hinzukommen.

Wie sieht es nun in dieser Hinsicht bei der GmbH aus? Sicherlich sind bei ihr einige Formalitäten mehr zu beachten als bei einer Personengesellschaft oder gar bei einem Einzelunternehmen. Dies ergibt sich zwangsläufig schon aus der Tatsache, dass die GmbH eine juristische Person ist. Jedoch sind die Handhabungs- und Formalitätsvorschriften der GmbH im Gegensatz zu denen der AG – wenngleich die Deregulierung des Aktienrechts mit der Schaffung der sogenannten kleinen AG Erleichterungen gebracht hat – keineswegs so umfangreich, so kompliziert und auch nicht so aufwändig, dass sie für kleinere und mittlere Unternehmen als prohibitiv angesehen werden könnten. In mancher Hinsicht sind damit sogar auch gewisse Vorteile verbunden.

Es darf allerdings nicht übersehen werden, dass sich durch das am 01.01.1986 in Kraft getretene Bilanzrichtlinien-Gesetz im Bereich der Rechnungslegung, Prüfung und Offenlegung einige wesentlich erschwerende Auswirkungen für die GmbH, nicht aber für Personenunternehmen ergeben haben. Die zusätzlichen Erfordernisse werden von den einzelnen Unternehmen als unterschiedlich gravierend gesehen. Häufig wird die Offenlegungspflicht als Hauptnachteil betrachtet. Für die kleine GmbH sind die notwendigen Angaben jedoch stark eingeschränkt. Der Ausweg über die GmbH & Co. KG ist aufgrund einer EG-Richtlinie durch das Kapitalgesellschaften und Co-Richtliniengesetz 2000 (KapCoRiLiG) entfallen (siehe auch S. 108 und 144).

Ergebnis:

Die Flexibilität der kleinen und mittleren Betriebe wird durch die Rechtsform der GmbH nicht wesentlich eingeschränkt. Sie kann sogar erhöht werden, wenn die Unabhängigkeit des Geschäftsführenden und seine Handlungsfreiheit gesichert sind. Die Rechnungslegungs- und insbesondere die Offenlegungspflichten bedürfen jedoch einer besonderen Betrachtung.

5 Möglichkeiten der Altersversorgung der GmbH-Gesellschafter

Die GmbH bietet – das ist für mittelständische Unternehmen besonders bedeutsam – mehr Möglichkeiten für die Ausgestaltung der Altersversorgung der Gesellschafter, soweit sie im Unternehmen tätig sind, als dies bei einer Personengesellschaft der Fall ist. Zunächst ist dabei an eine mögliche und verschiedentlich gewünschte und auch dementsprechend gestaltbare Versicherungspflicht von tätigen Gesellschafter-Geschäftsführern in der gesetzlichen Sozialversicherung zu denken; dies jetzt vor allem, wenn bereits Anwartschaften erworben sind. Zu berücksichtigen ist aber auch die Möglichkeit der Bildung von steuerlich wirksamen Pensionsrückstellungen bei von der Gesellschaft erteilten Versorgungszusagen an ihre Gesellschafter-Geschäftsführer. Ebenso kann der Abschluss einer Lebensversicherung als Direktversicherung Vorteile bringen.

a) Sozialversicherungspflicht von Gesellschafter-Geschäftsführern und anderen tätigen Gesellschaftern

Meist sind bei mittelständischen Betrieben die Gesellschafter auch gleichzeitig die Geschäftsführer. Für solche Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH spielt die Frage der Sozialversicherung im Rahmen der Vorsorge für Alter und Erwerbsunfähigkeit häufig eine große Rolle. Mitunter kann sie sogar von entscheidender oder doch wesentlicher Bedeutung für die Wahl der Unternehmensform bzw. für deren rechtliche Gestaltung sein. Die Interessenlage der betroffenen Gesellschafter-Geschäftsführer kann dabei unterschiedlich sein. Je nach den persönlichen Verhältnissen, den bisher getätigten Versorgungsaufwendungen, der Beurteilung der zukünftigen Entwicklung und der persönlichen Risikobereitschaft kann einem Geschäftsführer an der Sozialversicherung, insbesondere an der Versicherungspflicht, gelegen sein oder umgekehrt, er ist interessiert, nicht unter die Versicherungspflicht zu fallen.

Die Versicherungsproblematik besteht aber nicht nur für die geschäftsführenden Gesellschafter, sondern auch für solche Gesellschafter, die im Unternehmen tätig sind, ohne Geschäftsführer zu sein. Es gibt Fälle, in denen vorzugsweise aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht heraus die Wahl der Unternehmensform bestimmt wird.

Im Hinblick auf die Bedeutung dieser Fragen und die Möglichkeiten unterschiedlicher Gestaltung je nach Interessenlage werden im Folgenden die Grundsätze der Behandlung von Gesellschafter-Geschäftsführern bei der Sozialversicherung dargestellt. Die entscheidende Frage ist dabei, unter welchen Voraussetzungen Sozialversicherungspflicht für Gesellschafter-Geschäftsführer besteht. Wenn keine Versicherungspflicht besteht, kann sich die weitere Frage der freiwilligen Versicherung stellen.

Die Bundesversicherungsanstalt für Angestellte hat am 26.01.1968 eine Grundsatzklärung gemäß § 121 Abs. 4 AVG zur Frage der Geschäftsführung von Gesellschaften mit beschränkter Haftung abgegeben. Danach sind Geschäftsführer von Gesellschaften mit beschränkter Haftung versicherungspflichtig, sofern sie

- a) funktionsgerecht dienend am Arbeitsprozess des Betriebes teilhaben,
- b) eine Vergütung für ihre Tätigkeit erhalten und
- c) keinen maßgeblichen Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft kraft ihres Anteils am Stammkapital geltend machen können.

Zu dieser Grundsatzklärung steht die Bundesversicherungsanstalt (seit 01.10.2005 »Deutsche Rentenversicherung Bund«) auch heute noch, da ihre Auffassung im Wesentlichen vom Bundessozialgericht in seinen Entscheidungen vom 22.08.1973 und vom 22.01.1974 bestätigt wurde. Die unter a) und b) gegebenen Voraussetzungen liegen in der Regel bei einem voll tätigen Gesellschafter-Geschäftsführer vor, denn meist besteht ein Interesse daran, dass Gesellschafter-Geschäftsführer aktiv tätig sind und für ihre Tätigkeit eine entsprechende Vergütung aufgrund eines detailliert das Arbeitsverhältnis regelnden Arbeitsvertrages erhalten. Häufig wird schon aus steuerlichen Gründen bei der vertraglichen Festsetzung solcher Tätigkeitsvergütungen bis an die Grenze dessen gegangen, was steuerlich nicht als verdeckte Gewinnausschüttung anzusehen ist.

Problematisch kann im Einzelfall die Frage sein, wann ein maßgeblicher Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft kraft eines Anteils am Stammkapital geltend gemacht werden kann.

Ein maßgeblicher Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft ist in der Regel vom Stimmrecht aufgrund der Beteiligungsquote abhängig. Bei einer Beteiligung von 50 Prozent oder mehr muss von einem maßgeblichen Einfluss gesprochen werden. Der maßgebliche Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft hängt aber nicht immer allein von der kapitalmäßigen Beteiligungsquote ab, sondern auch von anderen Faktoren, z. B. besonderen Stimmrechtsvereinbarungen. Ein im Dienstverhältnis zu einer GmbH stehender Gesellschafter ist nicht nur dann unabhängig, wenn er 50 Prozent des Stammkapitals besitzt, sondern auch dann, wenn er faktisch einen so maßgeblichen Einfluss – trotz geringeren Kapitalanteils – hat, dass gegen ihn kein nachteiliger Beschluss der Gesellschafter-Versammlung zustande kommen kann, z. B. weil ihm zu zusätzliche Stimmrechte eingeräumt werden oder seine Fachkenntnisse und Beziehungen unentbehrlich sind.

Allgemein kann gesagt werden, dass ein Gesellschafter einer GmbH grundsätzlich nicht der Versicherungspflicht unterliegt, wenn er 50 oder mehr Prozent des Stammkapitals hält oder über eine Sperrminorität verfügt, d. h. wenn er nicht überstimmt werden kann.

Sozialversicherungspflicht, d. h. die Annahme eines echten Arbeitnehmerverhältnisses im Sinne des Sozialversicherungsrechtes, schließt auch die Arbeitslosenversi-

cherung mit ein ohne Rücksicht auf die Höhe der Bezüge. Kranken- und Pflegeversicherungspflicht besteht dagegen nur dann, wenn die Krankenversicherungspflichtgrenze nicht überschritten wird. Entsprechende Voraussetzungen gelten auch für die Beiträge zur Berufsgenossenschaft.

Durch das Urteil des Bundessozialgerichts vom 24.11.2005, DStR 2006 S. 434 wurde entschieden, dass auch selbstständige GmbH-Geschäftsführer rentenversicherungspflichtig sein können, wenn sie die Voraussetzungen des § 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI als arbeitnehmerähnliche Selbstständige erfüllen. Es verweist darauf, dass nur die GmbH Auftraggeber sei und nicht deren Kunden.

Diese Rechtsprechung des Bundessozialgerichts hat zunächst zu einer erheblichen Verunsicherung unter den betroffenen Gesellschafter-Geschäftsführern gesorgt, weil sie nahezu alle von der drohenden Rentenversicherungspflicht betroffen gewesen wären. Inzwischen hat allerdings die Deutsche Rentenversicherung Bund dargelegt, dass sie das BSG-Urteil nicht anwenden will. Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales hat dies bestätigt und eine Gesetzesänderung angekündigt, die die bisherige Rechtsprechung festschreibt.

Ergebnis:

Die Altersversorgung über den Betrieb ist im Rahmen der Sozialversicherungspflicht bei der GmbH für die Gesellschafter-Geschäftsführer und die sonstigen im Betrieb tätigen Gesellschafter möglich. Voraussetzung sind echte Arbeitsverhältnisse, wie sie auch mit Nicht-Gesellschaftern abgeschlossen würden.

Besteht Interesse an der Sozialversicherungspflicht, so sollte die Beteiligungsquote des betreffenden Gesellschafters weniger als 50 Prozent betragen. Es darf darüber hinaus für ihn auch keine Sperrminorität bestehen.

Wird für den Gesellschafter-Geschäftsführer oder einen sonst im Betrieb tätigen Gesellschafter keine Sozialversicherungspflicht angestrebt, so sollte er entweder eine Beteiligungsquote von 50 Prozent oder mehr oder aber zumindest eine vertragsmäßig festgelegte Sperrminorität halten und auf diese Weise seine Unabhängigkeit beweisen.

Eine generelle Empfehlung für oder gegen die Sozialversicherung kann nicht gegeben werden. Die Zweckmäßigkeit hängt von den Umständen des Einzelfalls und der Beurteilung der zukünftigen Entwicklung der Sozialversicherung ab.

b) Möglichkeiten zur freiwilligen Versicherung in der gesetzlichen Rentenversicherung

Zu unterscheiden sind

1. die freiwillige Versicherung und
2. die freiwillige Pflichtversicherung (Antragspflichtversicherung).

Für den Fall, dass aufgrund der gewählten Gestaltung nach den obigen Grundsätzen eine Sozialversicherungspflicht nicht besteht, der betroffene Gesellschafter-Geschäftsführer aber an dem Aufbau eines Rentenanspruches in der Sozialversicherung interessiert ist, hat er folgende zwei Möglichkeiten: Er kann entweder

1. freiwillige Beiträge nach eigenem Ermessen bezahlen – dabei sollte allerdings darauf geachtet werden, dass die Anerkennung der Ausfall- und Ersatzzeiten gewährleistet ist – (= freiwillige Versicherung) oder
2. innerhalb von fünf Jahren nach Aufnahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit oder dem Ende einer vorübergehenden Versicherungspflicht einen Antrag auf Aufnahme in die Pflichtversicherung stellen, d.h., er kann eine Erklärung abgeben, dass er in die Pflichtversicherung eintreten will (§ 4 SGB VI = Antragspflichtversicherung oder freiwillige Pflichtversicherung). Damit ist er allerdings beitragsmäßig gebunden.

c) Unterschied in der steuerlichen Behandlung zwischen Pflichtversicherung und freiwilliger Versicherung

In der steuerlichen Behandlung besteht ein gewisser Unterschied zwischen der freiwilligen Versicherung einerseits und der echten Sozialversicherungspflicht andererseits. Bei der echten Sozialversicherungspflicht muss der Arbeitgeber den sog. Arbeitgeberanteil, das sind 50 Prozent des Gesamtbeitrages, entrichten. Der Arbeitgeberanteil ist voll als Betriebsausgabe abzugsfähig. Er wird beim Arbeitnehmer steuerlich nicht erfasst (§ 3 Nr. 62 EStG), da die Zahlungen des Arbeitgebers aufgrund einer gesetzlichen Verpflichtung geleistet werden.

Bei der freiwilligen Beitragsentrichtung für die Sozialversicherung besteht dagegen keine entsprechende gesetzliche Verpflichtung für den Arbeitgeber. Der Arbeitnehmer kann die insgesamt von ihm entrichteten Beiträge steuerlich nur im Rahmen der beschränkt abzugsfähigen Sonderausgaben geltend machen. Häufig sind aber die Höchstbeträge bereits anderweitig ausgeschöpft oder überschritten, so dass sich keine volle oder überhaupt keine steuerliche Auswirkung ergibt.

Entsprechendes gilt auch, wenn der betreffende Gesellschafter-Geschäftsführer sich für eine freiwillige Pflichtversicherung entschieden hat, denn die Verpflichtung