

Konrad | Poppelbaum | Scholz

100 Fragen

zur betrieblichen Versorgung des GGF/GF und seiner
Angehörigen mit sozialversicherungsrechtlicher Beurteilung

7. Auflage

Holger Konrad | Eberhard Poppelbaum | Alexander Scholz

100 Fragen zur betrieblichen Versorgung des GGF/GF und seiner Angehörigen

Holger Konrad | Eberhard Poppelbaum | Alexander Scholz

100 Fragen zur betrieblichen Versorgung des GGF/GF und seiner Angehörigen

mit sozialversicherungsrechtlicher Beurteilung

7. Auflage

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2018 VVW GmbH, Karlsruhe

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urhebergesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung der VVW GmbH, Karlsruhe. Jegliche unzulässige Nutzung des Werkes berechtigt die VVW GmbH zum Schadenersatz gegen den oder die jeweiligen Nutzer.

Bei jeder autorisierten Nutzung des Werkes ist die folgende Quellenangabe an branchenüblicher Stelle vorzunehmen:

© 2018 VVW GmbH, Karlsruhe

Jegliche Nutzung ohne die Quellenangabe in der vorstehenden Form berechtigt die VVW GmbH zum Schadenersatz gegen den oder die jeweiligen Nutzer.



Beachten Sie bitte stets unseren Aktualisierungsservice auf unserer Homepage unter: **vwv.de** → **Service** → **Ergänzungen/Aktualisierungen**. Dort halten wir für Sie wichtige und relevante Änderungen und Ergänzungen zum Download bereit.

Gleichstellungshinweis

Zur besseren Lesbarkeit wird auf geschlechtsspezifische Doppelnennungen verzichtet.

ISBN 978-3-89952-863-3

Vorwort

Um einen (Gesellschafter-)Geschäftsführer und seine Angehörigen für das Alter abzusichern, steht eine Vielzahl von Möglichkeiten zur Verfügung, sowohl auf der privaten als auch auf der betrieblichen Ebene. Dieser Zusammenstellung von Fragen und Antworten liegt unsere jahrelange praktische Erfahrung in der Versorgungsberatung zur privaten und betrieblichen Vorsorge des (Gesellschafter-)Geschäftsführers einer GmbH und von Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft zugrunde.

Durch seine Struktur von Fragen und Antworten bietet dieses Buch eine Orientierungshilfe für alle, die im Bereich der Versorgungsberatung tätig sind – von Versicherungsagenturen, Honorarberatern und Maklern, über die Serviceabteilungen in der Hauptverwaltung der Versicherer und Banken bis hin zu Steuerberatern und Rechtsanwälten. Natürlich kann es auch für die betroffenen (Gesellschafter-)Geschäftsführer und Vorstände selbst von Interesse sein.

Der Umfang des Fragenkatalogs orientiert sich besonders an dem außerordentlich hohen Informations- und Beratungsbedarf der einzelnen Kunden und Mandanten.

Die ersten Unklarheiten entstehen schon bei der Tatsache, dass für den (Gesellschafter-)Geschäftsführer der GmbH keine gesetzliche Regelung über seine Sozialversicherungsfreiheit bzw. -pflicht besteht, während dies beim Organ einer anderen Kapitalgesellschaft, dem (stellvertretenden) Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft, der Fall ist. Zur Entscheidung über die (vermeintliche) SV-Pflicht muss vielmehr die bisherige Rechtsprechung des Bundessozialgerichts und seiner Vorinstanzen herangezogen werden. Die Verwaltungspraxis hat diese teilweise in (internen) Richtlinien zusammengefasst.

Die entsprechenden Urteile sind naturgemäß dem betroffenen (Gesellschafter-)Geschäftsführer nicht bekannt, i.d.R. ebenso wenig den für die Überprüfung zuständigen Einzugsstellen, den Krankenkassen sowie bei Neufällen dem Rententräger. Aber auch Steuerberater sehen hier nicht immer ihre Verantwortlichkeit, obgleich mitunter über Jahre hinweg die Arbeitgeberanteile zur Sozialversicherung irrtümlicherweise als Betriebsausgaben verbucht werden.

Als Folge dieser mangelnden Kenntnis haben sehr viele aller sog. minderbeteiligten (Gesellschafter-)Geschäftsführer ihre angebliche Sozialversicherungspflicht noch niemals überprüfen lassen; dies ist sowohl in den alten als auch in den neuen Bundesländern gleichermaßen festzustellen.

Von der Klärung des Versicherungsstatus hängt ab, ob sie im Ernstfall einen Anspruch auf Erwerbsminderungsrente und Arbeitslosengeld geltend machen können bzw. mit einer Nachversteuerung der Arbeitgeberanteile zur Sozialversicherung aufseiten ihrer GmbH rechnen müssen. Demgemäß werden oft jahrelang vermeintliche Pflichtbeiträge entrichtet, die im Bereich der Arbeitslosenversicherung nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung dennoch niemals eine Leistungsverpflichtung in Form von Arbeitslosengeldzahlung auslösen.

Darüber hinaus ist hinsichtlich der Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung anzumerken, dass der betreffende (Gesellschafter-)Geschäftsführer es trotz immensen Aufwandes versäumt, seine Alters-, Invaliden- und Hinterbliebenenversorgung nach eigenen Vorstellungen zu planen. Über eine private oder betriebliche Altersversorgung bei gleichzeitiger Abdeckung der Risiken Invalidität und Tod ist dies bei normalen Gesundheitsverhältnissen umfassender und preisgünstiger möglich. Es steht ihm aber auch offen, mit den freigewordenen Beiträgen eine höhere Pension über die GmbH/AG zu finanzieren. Über eine derartige Pensionszusage kann letztlich eine angemessene Gesamtversorgung in Höhe von 75 % der Bezüge sichergestellt werden. Die Wege der Direktversicherung und Unterstützungskasse bieten sich im Rahmen einer Gesamtversorgung ebenfalls an.

Dabei stehen die Pensions-/Direktzusage gemäß § 6a EStG und die Unterstützungskasse nach § 4d EStG bei (Gesellschafter-)Geschäftsführern indes immer im Blickpunkt der Finanzverwaltung. Diese betrachtet so manche Einrichtung und Ausgestaltung der Zusage als einen Steuermissbrauch zulasten des Gewinns der GmbH und damit als eine unzulässige Steuerverkürzung. Dies gilt insbesondere für die in kleinen und mittleren Betrieben vielfach anzutreffende Familien-GmbH, in der alle oder mehr als die Hälfte der Kapitalanteile von Ehegatten bzw. nahen Angehörigen gehalten werden. Aber selbst dann, wenn diese nicht zu Geschäftsführern bestellt worden sind, sondern nur in der GmbH mitarbeiten, kann die steuerliche Wirksamkeit einer betrieblich gewollten Versorgung verworfen werden.

Die Rahmenbedingungen für eine gleichwohl steuerbegünstigte Pensionszusage/Unterstützungskasse sind durch eine Vielzahl von Urteilen des Bundesfinanzhofes und Erlassen des Bundes und der Länder abgesteckt worden. Etliche Zweifelsfragen bleiben indes immer noch offen, da z.B. die allgemeine Praxis in der Versorgung von Führungskräften nicht hinreichend berücksichtigt worden ist und ferner die häufige Orientierung an einzelnen Bestimmungen des Betriebsrentengesetzes nicht immer überzeugend erscheint.

Im Schrifttum werden beide Durchführungswege zumeist getrennt bzw. ungleichgewichtig behandelt. Die vorliegende Darstellung unternimmt den Versuch, die Gesamtversorgungssituation des (Gesellschafter-)Geschäftsführers zu analysieren und zugleich alternative Gestaltungsmöglichkeiten zur privaten wie betrieblichen Versorgung aufzuzeigen.

Vorwort zur 7. Auflage

Der Erfolg der 6. Auflage von „100 Fragen zur betrieblichen Versorgung des GGF/GF und seiner Angehörigen mit sozialversicherungsrechtlicher Beurteilung“ hat uns sehr gefreut. Jedoch war eine Aktualisierung nun dringend angezeigt, da insbesondere im Sozialversicherungs- und Steuerrecht aktuelle Änderungen zu berücksichtigen sind. Dabei nehmen wir auch auf die jüngste Rechtsprechung Bezug.

Auch die höchstrichterliche Steuerrechtsprechung hat sich nach der 6. Auflage zu Fragestellungen geäußert, die in der Praxis des Anwenders lange klärungsbedürftig geblieben waren. Zu nennen sind hier insbesondere der Verzicht auf Anwartschaften aus einer Pensionszusage sowie das maßgebliche Pensionsalter bei der Bewertung von Versorgungszusagen. Die Einführung des Betriebsrentenstärkungsgesetzes durch den Gesetzgeber erfolgt zum 1.1.2018. An den gegebenen Stellen haben wir auf die Neuerungen durch das Betriebsrentenstärkungsgesetz (BRSg) verwiesen. Im Sonderabschnitt L widmen wir uns im Einzelnen den Auswirkungen des Betriebsrentenstärkungsgesetzes und geben einen Überblick über die wichtigsten Regelungen und Änderungen korrespondierender Gesetze.

Die vorliegende 7. Auflage möchte dem Leser konkrete Hinweise geben, wie Versorgungen mit einer hohen Gestaltungssicherheit eingerichtet werden können und welche Gestaltungsmöglichkeiten sich bei bestehenden Pensionszusagen anbieten. Dabei beschreiben wir die vielfältigen Möglichkeiten der Gestaltung und skizzieren die Gestaltungsräume im Rahmen dessen, was gesetzlich zulässig ist. Vor dem Hintergrund der Neueinrichtung von Versorgungsmodellen bzw. bereits bestehender Versorgungen ist es wichtig, insbesondere die steuer- und arbeitsrechtlichen Konsequenzen von Versorgungsfragen näher zu beleuchten, z.B. wenn die Frage im Raum steht, ob eine direkte Abfindung angenommen bzw. ein Verzicht ausgesprochen werden soll oder die Übertragung einer Versorgung auf eine sog. Rentner-GmbH, einen Pensionsfonds oder eine Unterstützungskasse im Rahmen der Auslagerung von Pensionsverpflichtungen zu favorisieren ist.

Auch sozialversicherungsrechtliche Aspekte sind weiterhin Thema in „100 Fragen zur betrieblichen Versorgung des GGF/GF“. Zur Lösung dieser wichtigen Fragen werden in der 7. Auflage Wege im vielfach undurchschaubaren Dickicht des gesetzlichen Prüfverfahrens über die Einzugsstelle und die Deutsche Rentenversicherung (DRV) aufgezeigt. Erstmals veranschaulichen Grafiken hierzu sowie zu weiteren Themen die wichtigsten Parameter zu den einzelnen Prüfverfahren, Durchführungswegen und Konsequenzen für die Praxis.

Erst eine umfassende Voruntersuchung ermöglicht es, ein individuelles und auf die Vorstellungen des Kunden abgestimmtes Versorgungskonzept zu entwickeln. Dabei sollten die freigewordenen Sozialversicherungsbeiträge bei Feststellung des Nichtbestehens einer Versicherungspflicht mitberücksichtigt werden. Hierzu kann der professionelle Berater auf einen aktualisierten Anhang mit Hilfestellungen für die praktische Arbeit zurückgreifen.

„100 Fragen zur betrieblichen Versorgung des GGF/GF“ ist folglich sowohl als Fachbuch als auch in Form eines übersichtlichen Nachschlagewerks aus der Praxis für die Praxis vielfältig einsetzbar.

Greven – Berlin – Würzburg,
im Juni 2017

Holger Konrad
Alexander Scholz
Eberhard Poppelbaum

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Vorwort zur 7. Auflage	VII
Zur betrieblichen Versorgung des (Gesellschafter-)Geschäftsführers sowie dessen Angehörigen in einer GmbH sowie zu den Auswirkungen des Betriebsrentenstärkungsgesetzes (BRSG)	1
1 Inwieweit trifft der Versorgungsberater bei Gesellschafter-Geschäftsführern und deren Angehörigen auf einen ganz besonderen Informations- und Beratungsbedarf?	1
A Allgemeine Fragen zum Verständnis	3
2 Wie ist die Tätigkeit des Gesellschafter-Geschäftsführers einer GmbH zu umschreiben?	3
3 Wie hat der Geschäftsführer (GF) als Organ der GmbH seine Aufgaben u.a. zu erfüllen?	3
4 Wann entsteht rechtlich eine GmbH?	4
5 Wie ist im Stadium der sog. Vor-GmbH die Situation des GGF • haftungsrechtlich • steuerrechtlich • sozialversicherungsrechtlich zu beurteilen?	4
6 Worin besteht der Unterschied zwischen einer Unternehmergesellschaft (UG) und einer GmbH?	5
7 Welche gewinnabhängigen Steuern sind seitens der GmbH bereits vom Bestehen der Vor-GmbH an zu zahlen?	6
B Zur Sozialversicherung des GGF/Fremd-GF	9
8 Welches sind die entscheidenden Kriterien für die Frage, ob ein GGF/GF sozialversicherungsfrei ist?	9
9 Wann besitzt der GGF automatisch einen beherrschenden Einfluss aufgrund eigener Rechtsmacht?	9
10 Wie ist die Versicherungsfreiheit bei sog. Stimmrechtsbindungsvereinbarungen zu beurteilen?	10
11 Welches sind die Merkmale, die im Einzelnen für eine Weisungsfreiheit auch des minderbeteiligten GF sprechen?	11

12	Können auch der 1) minderbeteiligte GGF, Nur-Gesellschafter bzw. Fremd-GF einer Familien-GmbH 2) in einer Einzelfirma mitarbeitende Angehörige und 3) Fremd-GF außerhalb einer Familien-GmbH versicherungsfrei sein?	12
13	Gelten diese Merkmale der SV-Pflicht bzw. -Freiheit auch für den in die Handwerkerrolle eingetragenen Meister, wenn er z.B. GGF einer GmbH wird?	15
14	Sind die zuvor genannten Kriterien auch bereits für die Vergangenheit anzuwenden?	16
15	Wer ist für die Überprüfung der SV-Pflicht zuständig?	16
16	In welcher Form ergeht ein solcher Bescheid und unter welchen Voraussetzungen kann er u.U. später wieder aufgehoben werden?	19
17	Hat der einzelne GGF/GF generell einen Anspruch auf Auskunft hinsichtlich seiner vermeintlichen SV-Pflicht und ist diese dann bereits für den Versicherungsträger bindend?	20
18	Welches ist das Rechtsmittel, das gegen einen Bescheid z.B. der Einzugsstelle eingelegt werden kann?	21
19	Ist die Bundesanstalt für Arbeit (BA) an den Bescheid der Krankenkasse gebunden?	21
20	Ist die Bundesanstalt für Arbeit für nach dem 31.12.2004 begründete Beschäftigungsverhältnisse für GGF an die Entscheidung der DRV (Clearingstelle) gebunden?	22
21	Mit welchen Unterlagen müsste sich der betreffende GGF/GF am besten an seine Krankenkasse als Einzugsstelle wenden, um seine SV-Pflicht überprüfen zu lassen?	23
22	Wie stellt sich die Situation nach der bestätigten SV-Freiheit für den GGF dar und wie sollte im Interesse des Kunden weiter vorgegangen werden? . .	23
23	Hinsichtlich welcher Beiträge sollte der Kunde eine Erstattung anstreben? . .	24
24	Kann eine Erstattung der Beiträge für sämtliche zurückliegenden Jahre verlangt werden und was sollte man dabei bedenken?	26
25	Wie ist in diesem Verfahren die Rolle des Steuerberaters zu bewerten?	27
26	Wie sind die Rückzahlungen steuerlich zu behandeln?	28
27	Wie ist der Fall zu bewerten, wenn in den neuen Bundesländern eine GmbH bereits vor dem 1.8.1991 gegründet worden ist und sich die Versicherungsfreiheit des GGF/GF erst nach dem 31.12.1994 in einem Überprüfungsverfahren herausgestellt hat?	30
28	Ein Beispiel zum Verständnis.	30

C	Steuergrundsätze der Pensionszusage (PZ) gemäß § 6a EStG und der Unterstützungskasse (UK) gemäß § 4d EStG.	33
29	Was ist eine Pensionszusage?	33
30	Was ist eine Unterstützungskasse?	34
31	Was sind die Gemeinsamkeiten und Unterschiede beider Durchführungswege (PZ/UK)?	37
32	Was sind die steuerlichen Auswirkungen einer rechtswirksamen Pensionszusage?	38
33	Was sind die handelsrechtlichen Auswirkungen einer rechtswirksamen Pensionszusage?	39
34	Was sind die steuerlichen und handelsrechtlichen Auswirkungen einer Unterstützungskassenzusage?	41
35	Wie kann sich das Unternehmen bei einer Pensionszusage gegen vorzeitig eintretende Versorgungsfälle absichern und gleichzeitig die angestrebte Altersrente (z.B. durch eine Rückdeckungsversicherung/einen Fondssparplan) vorfinanzieren?	42
36	Wie hat die vertragliche Gestaltung einer Rückdeckungsversicherung zur Finanzierung der Pensionsverpflichtung auszusehen?	43
37	Welche Gewinnminderung bzw. Liquiditätsänderung ergibt sich bei einer Pensionszusage zum jeweiligen Bilanzstichtag?	43
38	Wie sind die Versorgungsleistungen aus der Pensionszusage und Unterstützungskassenzusage beim Leistungsempfänger zu versteuern?	44
D	Allgemeine steuerliche Rahmenbedingungen einer GGF-Versorgung im Rahmen einer betrieblichen Altersversorgung.	47
39	Bei welchen Unternehmensformen stellt die Betriebliche Altersversorgung (bAV) an den GGF einen betrieblichen Aufwand dar?	47
40	Kann für Gesellschafter einer Personengesellschaft steuerwirksam eine bAV eingerichtet werden?	47
41	Kann für den GGF einer GmbH & Co. KG steuerwirksam eine Betriebliche Altersversorgung eingerichtet werden?	47
42	Wer ist GGF einer Kapitalgesellschaft im steuerlichen Sinne?	48
43	In welcher Form kann der GGF Dienste für „seine“ GmbH erbringen?	49
44	Unter welchem steuerlichen Vorbehalt steht jede Zuwendung seitens der GmbH an den GGF?	49

45	Welches ist das Beurteilungskriterium für eine verdeckte Gewinnausschüttung (vGA)?	50
46	Welches sind die steuerlichen Konsequenzen einer verdeckten Gewinnausschüttung (vGA)?	50
47	Welche zivilrechtlichen Voraussetzungen sind zur Anerkennung einer steuerlich wirksamen Pensionsvereinbarung erforderlich?	51
48	Wird ein Gesellschafterbeschluss für die zivilrechtliche Anerkennung einer Versorgungszusage an den GF/GGF unbedingt benötigt?	52
49	Was ist weiterhin zivilrechtlich zu beachten, um eine steuerliche Wirksamkeit der betrieblichen Altersversorgung für den GF/GGF zu erreichen?	53
E	Besondere steuerliche Rahmenbedingungen einer GGF-Versorgung im Rahmen einer Pensionszusage und Unterstützungskassenzusage	55
50	Welche steuerliche Grundvoraussetzung muss für die Gewährung einer Versorgung an den GGF gegeben sein, damit keine vGA vorliegt?	55
51	Wie ist die „Angemessenheit“ der Gesamtbezüge zu beurteilen?	55
52	Wonach wird die steuerlich zulässige „Gesamtausstattung“ beurteilt?	56
53	Gibt es eine steuerlich anerkannte, absolute Begrenzung der Gesamtbezüge?	56
54	Sind weitere Kriterien für die Angemessenheitsprüfung heranzuziehen?	56
55	Was bedeutet „Art und Umfang der Tätigkeit des GGF sind zu berücksichtigen“?	57
56	Was bedeutet das Kriterium „Ertragsaussichten des Unternehmens“?	57
57	Wie ist die Relation zwischen den Bezügen des GGF und dem Gewinn der GmbH zu sehen?	57
58	Warum verlangt die Finanzverwaltung einen Betriebsvergleich?	58
59	Was ist unter einem beherrschenden GGF zu verstehen?	58
60	Wer gilt im steuerlichen Sinne noch als beherrschender GGF?	58
61	Erfolgt eine solche Zusammenrechnung der Kapitalanteile nicht generell beim Familien-GGF?	59
62	Werden noch zusätzliche steuerliche Anforderungen an Pensionszusagen zugunsten eines solchen GGF gestellt?	59
63	Wann liegt die „Ernsthaftigkeit“ einer Pensionszusage vor?	60
64	Was bedeutet „Probezeit“ beim GGF?	60
65	Wann ist die Pension für einen (beherrschenden) GGF grundsätzlich als nicht „ernsthaft“ anzusehen?	63

66	Wie ist bei einem GGF der Zusammenhang zwischen Pensionsalter und steuerlicher Behandlung zu sehen?	63
67	Was versteht man unter der „Erdienbarkeit“ einer Pension für den beherrschenden GGF?	64
68	Was ist unter der „Finanzierbarkeit“ einer Pension beim beherrschenden GGF zu verstehen?	65
69	Wie ist der Zusammenhang zwischen einer Rückdeckungsversicherung/ Fondsrückdeckung in der Frage der Finanzierbarkeit zu sehen und wie erfolgt die Bewertung und Besteuerung bei Fonds?	67
70	Wie ist beim GGF die Angemessenheit der Versorgung zu sehen?	69
71	Was bedeutet „Fremdvergleich“ beim GGF?	70
F	Sonstige steuerliche Rahmenbedingungen und Gestaltungsmöglichkeiten. . .	71
72	Ist bei einem beherrschenden GGF eine „Nur-Pension“ ohne Festbezüge möglich?	71
73	Welche steuerliche Konsequenz ergibt sich für bereits bestehende „Nur-Pensionen“?	71
74	Ist eine Dynamisierung von Pensionszusagen/ Unterstützungskassenzusagen steuerlich möglich?	72
75	Welches sind die steuerlichen Besonderheiten bei einem nicht rentenversicherungspflichtigen GGF nach Erteilung einer Pensionszusage? .	72
76	Welchen betriebswirtschaftlichen Vorteil hat das Vorhandensein einer Rückdeckungsversicherung bei PZ/UK für die GmbH?	74
77	Welche persönlichen Gründe des GGF sprechen für die Einrichtung einer Rückdeckungsversicherung?	75
78	Ist die Pension des beherrschenden GGF durch den Pensions-Sicherungs-Verein (PSVaG) abgesichert?	76
79	Wie kann ein privatrechtlicher Insolvenzschutz bei fehlender Sicherungspflicht des PSVaG für die verschiedenen Durchführungswege sichergestellt werden?	77
80	Was passiert mit einer Pensionsverpflichtung eines GGF, wenn die Rechtsform des Unternehmens von einer GmbH in eine GmbH & Co. KG oder in ein Einzelunternehmen geändert wird?	80
81	Was ist bei einem GGF bei bestehender Basisvorsorge („Rürup“) und BAV aus steuerlicher Sicht zu beachten?	82
82	Welche Zusagearten finden bei der Umsetzung der bAV im Unternehmen Anwendung?	83

83	Zur Wiederholung: Wie ist der folgende Praxisfall aus Sicht der Finanzverwaltung zu beurteilen?	85
G	Versorgung von Angehörigen des GGF im Rahmen einer bAV	87
84	Kann eine dem GGF „nahestehende Person“, die auch im Unternehmen beschäftigt ist, auch eine steuerlich begünstigte Versorgungszusage erhalten, ohne dass sie selbst beteiligt ist?	87
85	Was ist hinsichtlich der Höhe einer steuerlich zulässigen Versorgung bei diesem Personenkreis zu beachten?	88
86	Gilt die steuerliche 75-%-Obergrenze bei mitarbeitenden Ehegatten auch im Rahmen eines Gehaltsverzichts (Entgeltumwandlung)?	88
87	Wie ist im Zusammenhang mit der Versorgung von Ehegatten der Begriff „Gleichbehandlung“ zu bewerten?	89
H	Versorgung von Vorständen einer Aktiengesellschaft (AG) im Rahmen einer bAV	91
88	Wie ist der Vorstand einer Aktiengesellschaft im Rahmen der Sozialversicherung zu bewerten?	91
89	Was sind die steuerlichen Rahmenbedingungen bei Einrichtung einer bAV für den Vorstand einer AG?	92
I	Häufige Fragen in der Praxis im Zusammenhang mit einer bestehenden Pensionsverpflichtung im Rahmen einer Pensionszusage beim GGF	93
90	Was sind die Handlungsmöglichkeiten bei nicht kongruent ausfinanzierten Pensionszusagen?	93
91	Welche Möglichkeiten ergeben sich im Rahmen einer Übernahme der Versorgung (Liquidation/Übertragung auf einen neuen Arbeitgeber)?	94
92	Was sind die Auswirkungen bei einem Verzicht?	98
93	Was passiert bei einer Abfindung der Versorgungsanwartschaft?	100
94	Was passiert bei Auslagerung der Verpflichtung auf einen externen Träger (Pensionsfonds/Unterstützungskasse)?	102
J	Möglichkeiten des GGF bei Neueinrichtung einer Versorgung	109
95	Was sind die möglichen Handlungsfelder auf der persönlichen Ebene des GGF?	109
96	Wie kann der GGF seinen Vorsorgebedarf ermitteln?	109

97	Welche Möglichkeiten hat der GGF zur Umsetzung seines Versorgungsbedarfs?	110
98	Was sind die notwendigen Unterlagen zur Umsetzung einer Pensionszusage/rückgedeckten Unterstützungskasse?	112
K	Die Rolle des Steuerberaters aus der Sicht des Versorgungsfachmanns ..	113
99	Warum ist der Steuerberater in die Klärung der sozialversicherungsrechtlichen Fragen (Abschnitt B) sowie bei der Gewährung einer Versorgungszusage einzubinden?	113
100	Wie sollte der steuerliche Berater in die Versorgungsberatung mit eingebunden werden?	115
L	Das Betriebsrentenstärkungsgesetz (BRSG) und Änderung anderer Gesetze – Überblick und Auswirkungen.	117
	Anhang	127
	Abkürzungsverzeichnis	243
	Abbildungsverzeichnis	249
	Stichwortverzeichnis	253
	Die Autoren	259

Zur betrieblichen Versorgung des (Gesellschafter-) Geschäftsführers sowie dessen Angehörigen in einer GmbH sowie zu den Auswirkungen des Betriebsrentenstärkungsgesetzes (BRSBG)

1 Inwieweit trifft der Versorgungsberater bei Gesellschafter-Geschäftsführern und deren Angehörigen auf einen ganz besonderen Informations- und Beratungsbedarf?

Der Gesellschafter-Geschäftsführer (GGF) sowie im Ausnahmefall der normale Geschäftsführer ohne Kapitalbeteiligung (Fremd-GF) sind sozialversicherungsfrei, vielfach sogar, ohne dies zu wissen. Dieser Sachverhalt gilt auch für bestimmte in der GmbH tätige Familienangehörige.

Wie das Bundessozialgericht (BSG) festgestellt hat, kommt es nur ausnahmsweise zu Entscheidungen über die Beitragspflicht (Urteil vom 29.10.1986, BB 1987, 408). Die Folge ist eine weit verbreitete Unsicherheit beim Betroffenen, seinem Steuerberater, der Krankenkasse, dem Rentenversicherungsträger (RV) und dem Versorgungsberater. Die Konsequenzen sind weitreichend:

- Im Ernstfall wird kein Arbeitslosen-/Insolvenzgeld gezahlt (Fragen 19, 20).
- Der jüngere GGF/GF hat evtl. keinen Anspruch auf eine Erwerbsminderungsrente mehr (Frage 23).

Der Grund: Für die Erlangung einer Leistung eines der Sozialversicherungsträger muss ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis bestehen. Eine weitere Folge:

- Es droht permanent eine Nachversteuerung der Arbeitgeberanteile zur Sozialversicherung (SV) aufseiten der GmbH (Frage 26).

Nach der Bestätigung der Versicherungsfreiheit stehen die bisherigen und zukünftigen Zahlungen u.a. in die gesetzliche Rentenversicherung (GRV) und Arbeitslosenversicherung (AL) zur individuellen Verfügung des einzelnen GGF/GF. Mit den frei werdenden Mitteln können die betreffenden Personen ihre private und/oder betriebliche Altersvorsorge nun nach ihrer eigenen Vorstellung gestalten. Hierfür stehen ihnen auch weit aus günstigere Möglichkeiten offen als bei der GRV, denn diese kennt aktuell nur das Umlageverfahren, nicht aber eine verzinsliche Ansammlung der Versicherungsbeiträge (Kapitaldeckungsverfahren).

Außerdem ist zu beachten, dass die genannten Personenkreise im steuerlichen Sinn Arbeitnehmer sind. Von der GmbH können sie sich deshalb bei Beachtung steuerlicher Rahmenbedingungen eine aufwandswirksame betriebliche Altersversorgung bis in Höhe von maximal 75 % der Bruttobezüge geben lassen.

Als Durchführungswege zur betrieblichen Altersversorgung kommen in Betracht:

- die Pensionszusage/Direktzusage nach § 6a EStG (mit Finanzierung über z.B. Rückdeckungsversicherungen, Depots usw.)
- die Anwartschaft aus einer ebenfalls rückgedeckten Unterstützungskasse nach § 4d EStG (in Sonderfällen beschränkt auf 25.769 € p.a., vgl. § 2 KStDV).

In beiden Fällen können auch der Invaliditätsschutz und die Hinterbliebenenversorgung weithin mit abgedeckt werden.

Die **anderen Formen** der betrieblichen Altersversorgung wie Direktversicherung, Pensionskasse und Pensionsfonds bieten vom Leistungsinhalt wie auch von der Höhe der steuerlichen Begünstigung nur eine **begrenzte Versorgungsmöglichkeit** (siehe § 3 Nr. 63 EStG). Eine Überdotierung (Zahlung eines über die Grenzen des § 3 Nr. 63 EStG hinausgehenden Beitrages) ist aber grundsätzlich möglich.

Nach den aktuellen Strukturuntersuchungen von Kienbaum u.a. zu GmbHs ist die Jahresgesamtdirektvergütung von Geschäftsführern außerordentlich hoch. Sie reicht von weniger als 70.000 € p.a. bis über 2,5 Millionen € p.a. Etwa ein Drittel aller (Gesellschafter-)Geschäftsführer erhalten Gesamtbezüge bis etwa 200.000 € jährlich; ein weiteres Drittel kommt auf ca. 200.000 € bis 400.000 € jährlich. Im Jahr 2016 überschritten ca. 25 % die Schwelle von 450.000 € jährlich. Hiervon verbleiben ihnen nach Steuern rund 50 %. Da aus der GRV zurzeit nur eine Höchstrente von ca. 32.900 € (2017) zu erwarten ist, hat gerade dieser Personenkreis im Alter eine sehr hohe Versorgungslücke zu befürchten.

Allgemein ist es üblich, dass bei mitarbeitenden Familienangehörigen die Möglichkeiten der betrieblichen Altersversorgung ebenfalls genutzt werden.

Jedem Versorgungsberater steht somit ein weites Betätigungsfeld offen. Letztlich wird er aber seinem Kundenauftrag nur dann im umfassenden Sinne gerecht, wenn er sowohl für den GGF als auch die mitarbeitenden Familienangehörigen Lösungen für die Altersversorgung präsentieren kann. In diesen komplexen Bereichen kann er seine Fachkompetenz unter Beweis stellen.

A Allgemeine Fragen zum Verständnis

2 Wie ist die Tätigkeit des Gesellschafter-Geschäftsführers einer GmbH zu umschreiben?

Der Geschäftsführer ist eines der gesetzlich vorgeschriebenen Organe der GmbH, er führt die Geschäfte der Gesellschaft und vertritt sie nach außen. Ohne Geschäftsführer ist die GmbH nicht handlungsfähig. Geschäftsführer einer GmbH kann nur eine natürliche, unbeschränkt geschäftsfähige Person werden, die aber nicht grundsätzlich Gesellschafter sein muss. Die Bestellung des Geschäftsführers erfolgt durch die Gesellschafterversammlung. Die Bestellung sowie jede Änderung bezüglich der Person des Geschäftsführers ist durch den Geschäftsführer zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

Ein Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH hält Anteile einer GmbH und ist zugleich allein oder zusammen mit anderen für die GmbH als Geschäftsführer tätig. Ihm obliegt als Organ der GmbH die (gesamte) Leitung der Gesellschaft.

Dabei ist er im Innenverhältnis (Geschäftsführung im engeren Sinne) für die Abwicklung der alltäglichen Geschäftsvorfälle verantwortlich. Im Innenverhältnis ist eine Vertretungsbefugnis z.B. durch den Gesellschaftervertrag einschränkbar (§ 37 Abs. 1 GmbHG). Gegen dritte Personen hat eine Beschränkung der Befugnis jedoch keine rechtliche Wirkung (§ 37 Abs. 2 GmbHG) und ist ausschließlich (§ 35 Abs. 1 GmbHG).

In dieser Doppelfunktion unterliegt er im Innenverhältnis nur schuldrechtlichen Verpflichtungen gegenüber der GmbH, im Außenverhältnis hingegen sind seine Rechte und Pflichten umfassend gesetzlich geregelt.

Anders als die Einzelfirma besitzt die GmbH als Kapitalgesellschaft eine eigene Rechtspersönlichkeit.

3 Wie hat der Geschäftsführer (GF) als Organ der GmbH seine Aufgaben u.a. zu erfüllen?

Sind mehrere Geschäftsführer bestellt, gilt im Zweifel Gesamtvertretung, d.h. die Geschäftsführer können nur gemeinsam handeln. Eine Einzelvertretung kann separat vereinbart werden.

Der GF muss einerseits mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns (§ 41 S. 1 GmbHG) handeln. Bei der Nutzung von Steuervorteilen zulasten des Gewinns der GmbH hat er sich wie ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter zu verhalten. Es ist also ein Vergleich mit dem Fremd-GF anzustellen (vgl. im Einzelnen die Fragen 45 ff.).

4 Wann entsteht rechtlich eine GmbH?

Setzen sich gründungswillige Gesellschafter zusammen und beschließen, eine GmbH zu errichten, so entsteht praktisch zunächst eine mündliche GbR, die auch als Vorgründungsgesellschaft bezeichnet wird. Mit notarieller Abfassung des Gesellschaftsvertrages bzw. der Satzung der GmbH kommt es zur sog. Vor-GmbH (GmbH i. G.). Rechtlich wird die GmbH erst mit der Eintragung in das Handelsregister begründet (§§ 7 Abs. 1, 11 GmbHG).

5 Wie ist im Stadium der sog. Vor-GmbH die Situation des GGF

- haftungsrechtlich
 - steuerrechtlich
 - sozialversicherungsrechtlich
- zu beurteilen?

In der Vorgründungsgesellschaft bleiben die Gesellschafter „Personengeschafter“. Sämtliche beteiligten Gesellschafter haften somit noch uneingeschränkt mit ihrem Privatvermögen für eingegangene Verbindlichkeiten.

Die Vor-GmbH haftet als rechtsfähiges Gebilde auch schon selbst für ihre Verbindlichkeiten. Allerdings haften die Gesellschafter gemeinschaftlich dafür, dass der Vor-GmbH zum Tag ihrer Eintragung ins Handelsregister das volle Stammkapital ungemindert zur Verfügung steht. Für den Handelnden im Namen der Gesellschaft kann sich eine persönliche Haftung gemäß der „Handelndenhaftung“ nach § 11 Abs. 2 GmbHG ergeben. Handelnde i.S.d. § 11 Abs. 2 GmbHG sind die Geschäftsführer sowie Personen, die wie solche tätig werden. Diese Regelung soll den Handelnden zur Vorsicht mahnen bzw. zu einer Beschleunigung der Eintragung führen und zugleich eine Absicherung der Gläubiger gewährleisten. Mit Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister erlischt diese Haftung. Sie ist daher nur im Falle eines Scheiterns der GmbH-Gründung von Bedeutung.

Seine Handlungen für die GmbH und z.B. die erhaltenen Bezüge gehen dagegen steuerlich bereits zulasten der Vor-Gesellschaft und vermindern damit deren Gewinn.

Sozialversicherungsrechtlich sind in diesem Vorstadium die Kriterien der SV-Pflicht oder SV-Freiheit eines GGF/GF aber bereits anzuwenden (Besprechungsergebnis der SV-Träger vom 16./17.3.1994, vgl. DRV Aktualisierte Anlage 3; Versicherungsrechtliche Beurteilung von Gesellschafter-Geschäftsführern, Fremd-GF und mitarbeitenden Gesellschaftern einer GmbH sowie Geschäftsführer einer Familien-GmbH, Stand 9.4.2014, S. 9).

6 Worin besteht der Unterschied zwischen einer Unternehmergesellschaft (UG) und einer GmbH?

Die UG unterscheidet sich von einer GmbH nur in wenigen Punkten.

Der offensichtlichste Unterschied zwischen einer UG und einer GmbH liegt in der Höhe des Mindeststammkapitals. Während man für eine GmbH ein Stammkapital von mindestens 25.000 € benötigt, ist die Gründung einer UG bereits mit 1 € möglich. Die UG ist also besonders für Gründer mit wenig Startkapital empfehlenswert, die aber trotzdem von einer Haftungsbeschränkung profitieren möchten. Als Gründer einer GmbH oder UG haftet man nämlich nicht mit dem Privatvermögen, sondern mit dem Stammkapital.

Ein weiterer Unterschied zwischen UG und GmbH besteht darin, dass keine Sachanlagen (z.B. Maschinen) möglich sind. Das Mindestkapital bei einer UG ist stets als Bareinlage zu erbringen. Die Eintragung ins Handelsregister darf bei einer UG erst erfolgen, wenn das gesamte Stammkapital eingezahlt wurde. Bei der GmbH muss nur die Hälfte des benötigten Stammkapitals, also 12.500 € sofort und bar eingezahlt werden. Die anderen 12.500 € können als Sacheinlage eingebracht werden.

Die Firma, also der Name, unter welchem die Gesellschaft am Rechtsverkehr teilnimmt, muss bei einer UG mit einem entsprechenden Zusatz versehen sein. Die Firmierung einer UG muss zwingend „Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)“ oder „UG (haftungsbeschränkt)“ sein.

Ein weiterer Unterschied bezieht sich auf die Gründungskosten, die bei einer UG-Gründung oft deutlich niedriger ausfallen. Bei einer UG kann immer mit einem Musterprotokoll gegründet werden. Der Text eines Musterprotokolls ist festgelegt. Nachträgliche Eintragungen bedürfen einer notariellen Beglaubigung.

In Bezug auf die Gewinnverwendung gibt es zudem einen weiteren Unterschied. Die UG ist verpflichtet, 25 % eines jeden Jahresüberschusses als Rücklage einzubehalten. Dies ist solange vorgeschrieben, bis das Mindeststammkapital einer GmbH, also 25.000 €, erreicht ist. Danach entfallen die Beschränkungen und die UG kann in eine GmbH umgewandelt werden.

Der große Vorteil einer UG besteht somit darin, dass bereits mit 1 € Stammkapital eine Kapitalgesellschaft mit Haftungsbeschränkung gegründet werden kann. Allerdings haben UGs aufgrund des geringen Mindeststammkapitals oft ein schlechtes Ansehen. Potenzielle Vertragspartner stehen UG-Geschäftsführern oft misstrauisch gegenüber. Bevor es zum Vertragsabschluss kommt, muss eine UG aus diesem Grund oft Vorleistungen erbringen oder Sicherheiten vorweisen.

7 Welche gewinnabhängigen Steuern sind seitens der GmbH bereits vom Bestehen der Vor-GmbH an zu zahlen?

Eine Kapitalgesellschaft (z.B. GmbH, UG) unterliegt als juristische Person mit ihrem Gewinn der Besteuerung. Die wesentlichen Ertragsteuern sind auf der Ebene der GmbH die Körperschaftsteuer und die Gewerbesteuer sowie auf Ebene der Gesellschafter die Einkommensteuer.

A) Ermittlung des Ertragsteuersatzes auf Ebene der GmbH:

Unabhängig von der Einbehaltung des Gewinns in der GmbH oder von der Ausschüttung an die Gesellschafter unterliegt der Gewinn einem einheitlichen Körperschaftsteuersatz von 15 %. Dem Finanzamt ist jährlich eine Körperschaftsteuererklärung zusammen mit dem Jahresabschluss einzureichen. Nach Festsetzung durch das Finanzamt sind vierteljährliche Körperschaftsteuervorauszahlungen zu entrichten, welche mit der Jahresschuld verrechnet werden. Zusätzlich wird noch ein Solidaritätszuschlag erhoben. Bemessungsgrundlage für den Solidaritätszuschlag ist die festzusetzende Körperschaftsteuer (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 SolzG) und beträgt zurzeit 5,5 % der Körperschaftsteuer (vgl. § 4 SolzG). Kraft Rechtsform unterliegt eine GmbH zusätzlich der Gewerbesteuer. Die Gewerbesteuermesszahl beträgt zurzeit 3,5 %. Zur Ermittlung des Gewerbesteuersatzes wird der Steuermessbetrag mit dem örtlichen Gewerbesteuerhebesatz (2017: Berlin 410 %) multipliziert.

Bei einem angenommenen Gewerbesteuerhebesatz von 400 % liegt die gesamte steuerliche Belastung der GmbH bei 29,83 % (siehe Beispiel unten).

B) Ermittlung des Ertragsteuersatzes auf Ebene der Gesellschafter als natürliche Person:

Bei einer Gewinnausschüttung muss der Gesellschafter die Dividenden (Gewinnausschüttung) als Einkünfte aus Kapitalvermögen versteuern. Seit 2009 gilt grundsätzlich die Abgeltungssteuer, die zurzeit 25 % beträgt. Mit der Abgeltungssteuer ist die Steuerpflicht „abgegolten“. Diese Einkünfte werden somit nicht mit dem individuellen Einkommensteuersatz des Gesellschafters versteuert. Gemäß § 32d Abs. 6 EStG besteht für Gesellschafter ein Wahlrecht zum Teileinkünfteverfahren. Voraussetzung für dieses Wahlrecht ist, dass der Gesellschafter zu mindestens 25 % beteiligt ist oder zu mindestens 1 % beteiligt und gleichzeitig für die Gesellschaft (z.B. als Gesellschafter-Geschäftsführer) tätig ist (§ 32d Abs. 2 Nr. 3 EStG). Damit werden die Dividenden „nur“ zu 60 % der individuellen Einkommensteuer unterworfen. Dieses Teileinkünfteverfahren kann insbesondere für Gesellschafter mit geringem Einkommen sinnvoll sein.

Die Belastung des Gesellschafters beträgt 18,50 % (Abgeltungssteuer und Solidaritätszuschlag wurden berücksichtigt; siehe Beispiel unten).

C) Ermittlung des Ertragsteuersatzes auf Ebene der GmbH und Gesellschafter:

Bei Kapitalgesellschaften, welche die Gewinne nicht regelmäßig thesaurieren, sondern an die Gesellschafter ausschütten, sollte die steuerliche Belastung der Gesellschaft und der Gesellschafter zusammen betrachtet werden. Dies ist bei klein- und mittelständischen Unternehmen der Regelfall. Somit wird in der Praxis die Steuerersparnis (in der Anwartschaftsphase) einer arbeitgeberfinanzierten betrieblichen Altersversorgung oftmals zu gering eingeschätzt.

Beispiel

Annahme: Hebesatz 400 %			Belastung Gesellschaft	
steuerpfl. Gewinn		100,00		↓
Gewerbesteuer	3,5 %	14,00		
Körperschaftsteuer	15 %	15,00		
SolZ	5,5 %	0,83		
Ertragsteuer		-29,83	29,83 %	
Netto		70,17		

Annahme: Anteile im Privatvermögen			Belastung Gesellschafter	
Ausschüttungsfähig		70,17		↓
Abgeltungssteuer	25 %	17,54		
SolZ	5,5 %	0,96		
Ertragsteuer		-18,50	18,50 %	
Netto		51,67		

Gesamtbelastung		
steuerpflichtiger Gewinn		100
Gesellschaft	29,83 %	-29,83
Gesellschafter	18,50 %	-18,50
Netto		51,67
Ertragsteuer	48,33 %	48,33

Relevant für KMUs
(ArbN/GGF/GF/Vorstände)

!!!!

Abb. 1: Beispiel für die Ermittlung des Ertragsteuersatzes auf Ebene der GmbH und Gesellschafter

► Exkurs: Lohnsteuerabzug bei Tätigkeit als Geschäftsführer für die GmbH:

Falls der Gesellschafter für die GmbH als Geschäftsführer tätig wird (siehe auch Frage 42), ist von der gezahlten Geschäftsführervergütung Lohn- und ggf. Kirchensteuer sowie Solidaritätszuschlag einzubehalten. Ob vom Geschäftsführergehalt noch Sozialversicherungsbeiträge fällig werden, hängt von verschiedenen Kriterien und Konstellationen ab (siehe dazu Kapitel B des Buches).

B Zur Sozialversicherung des GGF/Fremd-GF

8 Welches sind die entscheidenden Kriterien für die Frage, ob ein GGF/GF sozialversicherungsfrei ist?

Ob ein GGF/GF sozialversicherungsfrei ist, hängt davon ab, ob der einzelne GF eine abhängige Beschäftigung i.S.d. § 7 SGB IV aufgrund **eigener Rechtsmacht** (z.B. mindestens 50 % Kapitalbeteiligung, Sperrminorität) oder sonst einen **maßgeblichen Einfluss** in der GmbH besitzt (siehe Anhang 3e). Die persönliche Abhängigkeit zeigt sich darin, inwieweit der Betreffende in den Betrieb der GmbH eingegliedert ist und damit dem Weisungsrecht anderer unterliegt (vgl. für viele Entscheidungen des BSG das BSG-Urteil vom 27.1.1977, USK 7705).

In diesem Zusammenhang ist es ohne Bedeutung, dass für außerordentliche Geschäfte wie z.B. die Veräußerung und Belastung von Grundstücken die Gesellschafterversammlung oder ein Beirat zuständig bleiben (BSG-Urteil vom 19.12.1986, BB 1987, 408). Diese sog. Sachentscheidungsbefugnis hat für die Frage nach der Versicherungspflicht keinerlei Relevanz, da insoweit nur das Innenverhältnis berührt wird.

Dennoch begründen die Prüfer eine SV-Pflicht vielfach mit dem Fehlen dieser Einflussmöglichkeiten, insbesondere hinsichtlich der Maßgeblichkeit des Einflusses.

Hinweis

Vorstandsmitglieder einer AG sind kraft Gesetzes von weiten Teilen der Sozialversicherung befreit (§ 1 Satz 4 SGB VI und § 27 Abs. 1 Nr. 5 Satz 1 SGB III). Die Sozialversicherungsfreiheit erstreckt sich jedoch nur auf die Renten- und die Arbeitslosenversicherung (siehe dazu Frage 88).

9 Wann besitzt der GGF automatisch einen beherrschenden Einfluss aufgrund eigener Rechtsmacht?

Die Beherrschung des GGF ist bei einem Anteil an der GmbH von **mindestens 50 %** nach ständiger BSG-Rechtsprechung (so bereits BSG-Urteile vom 13.12.1960, BSGE 13,196; Urteil vom 24.9.1992 – 7 Rar 12/92; Urteil vom 6.3.2003 – B 11 AL 25/02) immer gegeben, da er in diesem Fall jegliche Entscheidungen gegen sich verhindern kann (DRV-Broschüre, 264). Sind in der GmbH z.B. zwei GGF mit jeweils 50 % beteiligt, so sind beide GGF sozialversicherungsfrei.

Beispiel

Drei GGF sind in der GmbH tätig. A hält 50 %, B und C halten jeweils 25 % an der GmbH. Es ist im Rahmen der Beschlussfassung keine Regelung bezüglich der erforderlichen Mehrheit getroffen worden.

A hat aufgrund seiner 50%-Anteile einen entscheidenden Einfluss auf die GmbH ist damit sozialversicherungsfrei. B und C können aufgrund der Minderbeteiligung keinen maßgeblichen Einfluss auf die Geschicke der GmbH ausüben, da sie auf die Stimme von A angewiesen sind.

Die tatsächlichen Verhältnisse können sich auch auf ein Treuhandverhältnis auswirken. Der Treuhänder ist versicherungsfrei, wenn er keine Weisungen des Treugebers zu befolgen hat. Im Einzelfall wird er auch von Familiengeschaftern zur Wahrung ihrer gemeinsamen Interessen eingesetzt. Dies erhöht die Wahrscheinlichkeit, dass er eine selbstständige Tätigkeit ausübt. Anders liegt dies bei einem unechten Treuhandverhältnis (siehe BSG vom 25.1.2006, GmbH-Stpr. 2006, 314 ff.). Unechte Treuhandverhältnisse sind z.B. Ermächtigungstreuhandschaften (Verfügung im eigenen Namen, § 185 BGB) oder Vollmachtstreuhandschaften (Verfügung im fremden Namen, §§ 164 ff. BGB).

10 Wie ist die Versicherungsfreiheit bei sog. Stimmrechtsbindungsvereinbarungen zu beurteilen?

In Bezug auf Stimmrechtsbindungsvereinbarungen existiert eine durchgängige Rechtsprechung mehrerer Landessozialgerichte: des LSG Sachsen vom 4.5.2014 – L 1 KR 9/11, des LSG Hessen vom 15.5.2014 – L 1 KR 235/13, des LSG Baden-Württemberg vom 11.6.2014 – L 5 KR 2911/13 und des LSG Rheinland-Pfalz vom 12.11.2014 – L 4 R556/13. Dieser Rechtsprechung ist auch Dr. Freudenberg als Vorsitzender Richter des LSG Nordrhein-Westfalen beigetreten (B+P 2015, S. 630 ff.).

Derartige Vereinbarungen erfordern von allen Geschaftern, dass sie mit einem eindeutigen Rechtsbindungswillen eingegangen werden. Sie sind dabei aber auch formlos zulässig. Wird jedoch im Geschaftervertrag eine Schriftform verlangt, wird deren Fehlen als Indiz gegen den Rechtsbindungswillen eingestuft.

Diese Grundsätze gelten nicht, wenn unter dem Deckmantel einer solchen Vereinbarung eine Satzungsänderung betrieben wird (LSG Berlin-Brandenburg vom 12.6.2013 – L 1 KR 351/13). Nur zum Schein abgegebene Willenserklärungen sind ebenfalls nichtig.

Die Rechtsprechung zur Kündbarkeit einer Stimmrechtsbindungsvereinbarung ist unterschiedlich. Sie reicht von einer möglichen Nichtberücksichtigung (LSG Rheinland-Pfalz vom 12.11.2014) über eine nur kurze Kündigungsfrist (LSG Thüringen vom 1.7.2014) bis zur jederzeitigen Kündbarkeit (LSG Hamburg vom 4.9.2013).

Fazit: Auch mit einer wirksamen Stimmrechtsbindungsvereinbarung kann eine Versicherungsfreiheit erreicht werden.

11 Welches sind die Merkmale, die im Einzelnen für eine Weisungsfreiheit auch des minderbeteiligten GF sprechen?

Merkmale für eine Weisungsfreiheit des minderbeteiligten GF sind:

- eine, in welcher Höhe auch immer vorliegende, Beteiligung an der GmbH, (das sog. Unternehmerrisiko),
- Branchenkenntnisse, allein oder zusammen mit einem anderen GF; vor allem, wenn die Geschäftsbereiche i.E. aufgrund alleiniger Branchenkenntnisse abgegrenzt sind,
- die Alleinvertretung/Einzelvertretung, aber auch bei Gesamtvertretungsmacht, wenn der einzelne Aufgabenbereich eigenverantwortlich wahrgenommen wird und das sog. Vieraugenprinzip in der Praxis nicht tatsächlich umgesetzt wird,
- Urlaubsnahme mit Rücksicht auf die geschäftlichen Belange der GmbH,
- eine Beteiligung am Unternehmensgewinn (Tantiemen),
- das Bestehen einer Vorgesellschaft (Einzelfirma, Personengesellschaft), in welcher der jetzige GGF bereits unternehmerisch tätig war,
- keine Weisungsgebundenheit an Zeit, Ort und Ausübung der Tätigkeit,
- die Befreiung vom Selbstkontrahierungsverbot des § 181 BGB.

Dabei kommen einem vorhandenen Unternehmerrisiko und einem Alleinvertretungsrecht (DAnGVers 1995, 316) ein besonderes Gewicht zu.

Hinweis

Diese Kriterien sind in ständiger Rechtsprechung des BSG und der Vorinstanzen entwickelt worden (vgl. Gesetz zur Förderung der Selbstständigkeit vom 5.7.2005, Anlage 3).

Versicherungsfreiheit ist ferner gegeben, wenn ein Gesellschafter-Prokurist eine Sperrminorität u.a. hinsichtlich der Änderung des Gesellschaftsvertrages und des Organisationskonzepts besitzt (FG Hessen vom 2.7.1996, GmbHR 1997, 88). Zum generellen Prüfrecht der Steuerrechtsprechung siehe Frage 25.