

# ***Ermittlung des Einkommens Selbständiger in Personen- und Kapitalgesellschaften***

Von *Norbert Hermann*

Die Abklärung des grundsicherungsrechtlich relevanten Einkommens Selbständiger ist für alle Beteiligten mit Schwierigkeiten verbunden. Dabei kann nicht jegliche besondere Situation im Gesetz oder in der VO geregelt werden. Die entsprechende Würdigung ist dann der Rechtsprechung vorbehalten. Eine „Selbständigkeit“ im sozial- und unterhaltsrechtlichen Sinn ist gegeben, wenn für handels- und/oder steuerrechtliche Zwecke eine Gewinnermittlung zu erstellen ist. Das ist auch bei Personen- und Kapitalgesellschaften der Fall.

Häufig üben Selbständige ihre Tätigkeit nicht als EinzelunternehmerIn aus, sondern schließen sich zu einer Personen- oder Kapitalgesellschaft zusammen. Neben der Nutzung von Synergieeffekten in einer kollegialen Zusammenarbeit und der Nutzung von Haftungsvorteilen mag auch ein Grund zu finden sein in dem Versuch, sich vor dem destruktiven Blockadeverhalten der SGB II-Behörden zu retten. Manchen mag das hilfreich sein. Die beste Gesellschaftsform für SGB II - Betroffene ist allerdings jene, an der sie nicht beteiligt sind, sondern die sie anstellt.

## **Einkommensermittlung der Kapitalgesellschaften**

Bei Personengesellschaften (z.B. GbR, OHG, PartG, KG) und FreiberuflerInnen oder einzelnen Gewerbetreibenden gilt der Gewinn (-anteil) als Einkommen im Sinne des Einkommensteuerrechts und wird im Wege der Einkommensteuererklärung zur Steuer gemeldet. Bei Gesellschaften wird die Besteuerungsgrundlage für die Gemeinschaft gesondert, aber für jedeN Beteiligten aus Gründen der Gleichbehandlung einheitlich festgestellt (sogenannte „Einheitlich gesonderte Feststellung“). Die Gewinnverteilung wird idR im Gesellschaftervertrag festgelegt. Steuerrechtlich mögliche gewinnmindernde Rücklagen, z.B. die sog. „Ansparabschreibung“ ( jetzt „Investitionsabzugsbetrag“) oder Rücklagen für Steuerzahlungen können hier idR sozialrechtlich nicht gewinnmindernd geltend gemacht werden.

Bei den Kapitalgesellschaften (GmbH, Ltd, UG, eG ) sieht das völlig anders aus, hier ist der Gewinn kein Einkommen des/der InhaberInnen, sondern Einkommen der Kapitalgesellschaft. Dementsprechend entrichtet auch die Kapitalgesellschaft die „Einkommensteuer“ - sie heißt hier Körperschaftsteuer. Erst wenn der Gewinn an den/die InhaberInnen ausgeschüttet wird, zahlen diese darauf auch möglicherweise zusätzlich eine persönliche Einkommensteuer. Reine Gewinnausschüttungen ohne dass eine tätige Mitarbeit erfolgt (auch für „stille GesellschafterInnen“) sind als Einkünfte aus Kapitalertrag zu bewerten.

**Bei der Kapitalgesellschaft verfügt die Gesellschaft über den Gewinn, nicht der/die einzelnen InhaberInnen. Diese müssen sich in einer Gesellschafterversammlung über die Gewinnverwendung und Gewinnverteilung auf der Basis des Gesellschaftervertrages einigen.**

Je nach Konstellation können SGB II - Leistungsberechtigte nicht oder nur gering Einfluss nehmen auf Gewinnverwendung und Gewinnverteilung.

Kapitalgesellschaften sind buchführungspflichtig. Die Gewinnermittlung geschieht durch Vermögensvergleich mit einer Bilanz und einer GuV als erläuternder Aufgliederung. Es ist unmöglich, diese Gewinnermittlung mit dem Formular „EKS“ zu erfassen. Hier kann nur der tatsächliche jeweilige Zufluss berücksichtigt werden.

Kapitalgesellschaften können natürlich auch gewinnmindernde Rücklagen bilden, z.B. die sog. „Ansparabschreibungen“ ( jetzt „Investitionsabzugsbetrag“) oder Rücklagen für Steuerzahlungen. Diese Mittel mindern den Gewinn und stehen für eine Ausschüttung nicht zur Verfügung.

Kapitalgesellschaften können auch ihre Gewinne einbehalten zum Zweck der Selbstfinanzierung (Thesaurierung). Inwieweit für die Zukunft ein anderes Verhalten eingefordert werden kann hängt von den Mehrheitsverhältnissen ab. In analoger Anwendung des § 53a AktG muss aber eine Thesaurierung immer objektiv begründbar sein (z. B. Sicherheitsrücklagen wegen einer schlechten Geschäftsentwicklung, konkrete Investitionsvorhaben ...). Steigt der Anteil am Stammkapital über den gesetzlich festgelegten Betrag, so müsste der Überhang verfügbar sein. Ein Gesellschaftsvertrag darf nicht so ausgestaltet sein, dass über diese Gelder nicht mehr verfügt werden kann.

## **Inspiration aus dem Unterhaltsrecht**

Es ist nicht so, dass keine Schulung der SachbearbeiterInnen stattfindet. Zum Thema „Selbständigkeit“ werden die Schulungen idR von Personen geleitet, die in der Vergangenheit tätig waren im Bereich Sozialhilfe/BSHG und Unterhaltsrecht (oder im letzteren noch tätig sind. Hier existiert eine jahrzehntelange Erfahrung und Rechtsprechung. Die idR eintägigen Schulungen sind aber kaum in der Lage, ein Verständnis für diese komplexe Sachlage zu bewirken.

Es macht aber Sinn, wegen der doch sehr vergleichbaren Art und Bedeutung der Einkommensermittlung zu betrachten, wie im Sozialhilferecht, Arbeitsförderungsrecht und Unterhaltsrecht verfahren wird/wurde. Dabei gilt im Ehe- und Kindschaftsrecht wie im Sozialrecht der Untersuchungsgrundsatz.

## **Der Auskunftsanspruch**

Zur Begründung der Bedürftigkeit wie der unterhaltsrechtlichen Leistungsfähigkeit hat die Behörde das Recht und die Pflicht, sich Kenntnisse über die Einkommenslage der Antragstellenden zu beschaffen. Der Auskunftsanspruch ist im Sozialrecht begründet durch die §§ 60ff SGB I, im SGB II zusätzlich spezifiziert durch die §§ 56ff. Da nach § 33 SGB II auch bürgerlich-rechtliche Ansprüche auf die Träger der Leis-

tung übergehen können, sind auch die dortigen einschlägige Regelungen zu beachten, insbesondere der (weit auszulegende) Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB). Dabei ist entsprechend der Regelung des § 1605 zum Unterhaltsrecht zu verfahren.

## **Die Auskunftsquellen**

Bei eingetragenen Unternehmen sollen über eine Einsichtnahme in das Handelsregister jedermann zugängliche Informationen über Gesellschaftszusammensetzung, Kapitalhöhe, Unternehmensziel und Jahresabschlüsse eingeholt oder angefordert werden. Das Handelsregister gibt am Wirtschaftsleben beteiligten Personen die Möglichkeit, Informationen über die eingetragenen Unternehmen einzuholen und dadurch Irrtümern vorzubeugen.

Ein Unternehmen muss ins Handelsregister eingetragen werden, wenn es nach Art oder Umfang einen kaufmännischen Geschäftsbetrieb darstellt (§ 1, § 29 HGB). Ausgenommen sind so genannte „Kleingewerbetreibende“, die zwar ein Gewerbe ausüben, aber nicht den Regelungen für Kaufleute unterliegen (§ 1 Abs. 2 HGB). Sie können sich aber freiwillig in das Handelsregister eintragen lassen.

Im Unterhaltsrecht kommt es generell zu einer Zusammenfassung von Einkünften, wenn Unterhaltspflichtige angestellt und Gesellschafter zugleich sind. Ein schutzwürdiges Auskunftsverweigerungsrecht einer Gesellschaft sieht der BGH nicht.

Das muss im Sozialrecht jedenfalls auch dann Geltung haben, wenn Antragstellende Allein- oder Mitgesellschafter sind, weil sozial- wie unterhaltsrechtlich die Trennung zwischen Privat- und Gesellschaftsvermögen lediglich als besondere Organisationsform zu verstehen ist (BGH, FamRZ 1982, 680; FamRZ 1992, 1045, Zitiert nach Strohal). Die Trennung bleibt unterhalts- wie sozialrechtlich unbeachtet.

Auch als Besteuerungsgrundlage anfallende Belege von Gesellschaften unterliegen dem Auskunftsanspruch .

Das Interesse von MitgesellschafterInnen oder ArbeitgeberInnen an einem Datenschutz hat idR (ggf. nach Abwägung zwischen den Interessen) hinter dem Auskunftsanspruch zurückzustehen (BGH, FamRZ 1994, 28; NJW-RR 1993, 1314, zit. nach Strohal).

Von Selbständigen kann eine eigens erstellte grobübersichtliche systematische Aufstellung sämtlicher Einkunftsmöglichkeiten und Vermögensverhältnisse verlangt werden. Zusätzlich wird im Unterhaltsrecht gerne die Vorlage einer unterhaltsrechtlichen Erfordernissen angepasste sog. „Unterhaltsbilanz“ verlangt, die aus handels- und/oder steuerrechtlichen Abschlüssen zu entwickeln sei und unterschiedliche Bewertungen im Unterhaltsrecht berücksichtigen soll. Dazu sehen sich aber weder Steuerberatungen in der Lage, noch kann von den Beteiligten selbst ein derartiger Aufwand verlangt werden.

Hiermit werden die Gerichte noch lange und ausführlich beschäftigt sein. Verkompliziert wird die Sachlage durch die Möglichkeit verschachtelter Gesellschaftsformen, zu denen in den letzten Jahren neben der GmbH & Co. KG nun die UG & Co. KG hinzu

kam, wobei auch die Kommanditistin in einer UG bestehen kann (UG = Unternehmergesellschaft, haftungsbeschränkt).

## **Bewertung der Ergebnisse**

Bei einer Bewertung des zur Verfügung stehenden Einkommens ist zu berücksichtigen, ob Antragstellenden als MehrheitsgesellschafterInnen (mindestens 50 %) über Mittelverwendung und –verteilung selbst bestimmen können oder ob ihnen als Minderheitsbeteiligte diese Entscheidung nicht zusteht. Bei Bestehen einer UG ist zudem zu berücksichtigen, dass ein Viertel des erzielten Gewinns jährlich in eine gesetzliche Gewinnrücklage eingestellt werden muss, bis das Mindest-Stammkapital der GmbH in Höhe von 25.000 € erreicht ist. Auch das entzieht sich ihrer Einflussnahme.

Dadurch kann es unter den Bedingungen des Bezuges von SGB II- Leistungen zu einer Vermögensmehrung kommen. Das Vermögen wird kaum in absehbarer Zeit (sechs Monate) verwertbar sein. Fraglich, ob es dann zu einer nur darlehensweisen Leistungsgewährung mit möglicherweise vorzunehmender Schuldverpflichtung kommen kann.

Die Ermittlung des Einkommens Selbständiger im Unterhaltsrecht nimmt als Grundlage das Ergebnis der vergangenen drei Jahre. Darauf basierend ist „Nachhaltigkeit“ angesagt, die prospektive Schätzung. Dabei sollen auch betriebswirtschaftliche Notwendigkeiten berücksichtigt werden. Der Betrieb soll ja möglicherweise noch viele Jahre lang das unterhaltsrechtlich zu verteilende Einkommen abwerfen.

Grundsicherungsrecht ist allein gegenwartsbezogen, nach dem „In-Prinzip“ wird nur der Zufluss/ Abfluss innerhalb eines Berechnungszeitraumes („Bevolligungszeitraum“ – BWZ) berücksichtigt. Eine Gewinnausschüttung kann nur im BWZ der Gewinnausschüttung als Einkommen berücksichtigt werden. Im Unterhaltsrecht kann es auch zur Anrechnung „fiktiver“ Einkommen kommen, im Grundsicherungsrecht nicht. Es kann aber gefragt werden, was hätte ausgeschüttet werden können, und wie das für die Zukunft eingefordert werden kann.

Auch Einkünfte aus Kapitalvermögen (Zinsen, Dividende, Gewinnanteile ... ) können zu den Einkünften aus selbständiger Tätigkeit gerechnet werden, wenn sie in diesem Zusammenhang anfallen.

Soweit keine der Einkunftsarten Land- und Forstwirtschaft, Gewerbebetrieb, selbständige Tätigkeit oder Vermietung und Verpachtung zum Zuge kommt, ist die Einkunftsart der Einkünfte aus Kapitalvermögen zu berücksichtigen.

## **Geschäftsführende GesellschafterInnen (GmbH, UG)**

GmbH – (UG-) GeschäftsführerInnen, die sich in einem Anstellungsverhältnis befinden und nicht beherrschend an der Gesellschaft beteiligt sind, sind zu behandeln wie normale versicherungspflichtige ArbeitnehmerInnen. Für den/die beherrschendeN GesellschafterIn/GeschäftsführerIn (Beteiligung von 45 % oder mehr und ggf. weitere Kriterien) besteht hingegen grundsätzlich kein sozialversicherungspflichtiges Arbeits-

verhältnis. Grundlage ist arbeitsrechtlich meist ein Werkvertrag. Im Zweifelsfall ist eine Statusabklärung beim Sozialversicherungsträger zu beantragen.

Steuerlich findet beim „Gesellschafter-Geschäftsführer“ eine Angemessenheitsprüfung des Gehaltes durch das Finanzamt statt. Zivilrechtlich könnte es in beliebiger Höhe vereinbart werden, um den Gewinn zu drücken. Steuerlich wird es jedoch als Betriebsausgabe nur bis zu der Höhe akzeptiert, in der das Geschäftsführungsgehalt auch einem fremden Dritten gezahlt worden wäre. Zugrunde gelegt wird dabei der Maßstab des „Fremdvergleichs“. Auch die Gesellschafter-Geschäftsführung kann – mit steuerlicher Anerkennung – nur ein Gehalt innerhalb dieser Grenzen beziehen. Sonst könnte eine versteckte Gewinnausschüttung vermutet werden.

Im Rechtskreis SGB II besteht das Problem allerdings auch in der umgekehrten Richtung: übt einE LeistungsberechtigteR die Geschäftsführung aus (oder ist in anderer Weise für die Gesellschaft tätig), wird gerne vermutet, das Entgelt sei bewusst zu niedrig angesetzt. Als Prüfkriterium dient hier wiederum der Fremdvergleich, es muss aber auch die Leistungsfähigkeit des Betriebes hinzugezogen werden. Es ist nicht zuzumuten, dass ein Betrieb durch Zahlungen von solchen Entgelten in die Verlustzone gerät. In wirtschaftlich schweren Zeiten leisten Selbständige regelmäßig nicht entgeltete Arbeit.

### **Länder-Arbeitsgruppe „Maßnahmen zur Verminderung der Belastung und zur Effizienzsteigerung der Sozialgerichte“ – Empfehlungen (19. Oktober 2009)**

Die Ermittlung des Einkommens Selbständiger in Personen- und Kapitalgesellschaften gehört zu den schwierigen Kapiteln im Steuerrecht. Notar- und Steuerberatungsbüros sind hier bemüht, die Gestaltungsmöglichkeiten optimal für ihre Klientel zu nutzen. Seit 2008 muss unter Abkehr von der Bezugnahme auf das Steuerrecht eine eigenständige Ermittlung des Betriebsgewinns durch die Leistungsträger nach dem SGB II unabhängig von derjenigen durch die Finanzbehörden erfolgen. Sachbearbeitungen der SGB II-Behörden sind nicht nur hier heillos überfordert. Darum stellt die „Länderarbeitsgruppe ..“ fest:

„ ... Ein erheblicher Teil behördlicher und gerichtlicher Kapazitäten wird durch die Ermittlung des Einkommens Selbständiger gebunden. ...

... Das führt dazu, dass sich die Leistungsträger für das SGB II und die Sozialgerichte als Betriebswirte und Buchhalter betätigen müssen, ohne im Einzelnen über fundierte Kenntnisse zu verfügen. ...

... Deshalb sollte die Ermittlung des Einkommens Selbständiger wieder nach den allgemeinen Gewinnermittlungsvorschriften des Einkommensteuerrechts erfolgen und bei der endgültigen Feststellung der Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts an den vom Finanzamt festgestellten Gewinn angeknüpft werden.

... Die Vorschriften über die Berechnung des zu berücksichtigenden Einkommens nach dem SGB II und die Absetzung von Beträgen sollten grundlegend vereinfacht werden. ... “

Dem ist nichts hinzuzufügen! Außer das auch die Betroffenen von dieser Regelung überfordert sind. Sie beherrschen diese schwierige Materie oftmals nicht, die Steuerberatungen weigern sich, mit der EKS zu arbeiten.

## **Übersicht Gesellschaftsformen**

### **I. Personengesellschaften: GbR, OHG, PartG, KG**

#### **1. GbR: Gesellschaft bürgerlichen Rechts**

Es ist weder eine Mindesteinlage noch ein Stammkapital erforderlich. Regelungen sind frei vereinbar, sonst gelten die gesetzlichen Vorschriften des BGB. Der Eintrag ins Handelsregister ist freiwillig möglich. Durch Zunahme des Umfangs des Geschäftsbetriebs kann sie aber automatisch zur OHG werden, die zur Eintragung im Handelsregister verpflichtet ist. Voraussetzung dafür ist, dass die Grenze zum kaufmännisch eingerichteten Gewerbebetrieb überschritten wird, was im Einzelfall nach Kriterien wie Höhe des Umsatzes, Art und Umfang der Geschäftsvorgänge, Beschäftigtenanzahl, usw. zu beurteilen ist. Gesellschafter einer GbR können natürliche Personen, juristische Personen (z. B. GmbH, AG) und andere rechtsfähige Gesellschaften (z. B. OHG, KG, sogar auch eine weitere GbR) sein.

#### **2. OHG: offene Handelsgesellschaft**

Entspricht im Wesentlichen der GbR, muss aber ins Handelsregister eingetragen sein und unterliegt damit dem Handelsrecht (Bilanzpflicht)

#### **3. PartG: Partnergesellschaft:**

Die PartG dient der aktiven gemeinsamen Ausübung von freien Berufen. Die Struktur ähnelt der GbR, wobei die Haftung aber in besonderer Form begrenzt ist. Eine bloße Kapitalbeteiligung ist ausgeschlossen.

#### **4. KG: Kommanditgesellschaften**

Arbeitet ähnlich der GbR, wobei aber die Kommanditisten in der Haftung beschränkt sind. Die KG ist körperschaftssteuerpflichtig.

#### **5. Mischformen: GmbH & Co. KG, UG & Co. KG**

Auch die Kommanditistin kann in einer GmbH oder UG bestehen.

## II. Kapitalgesellschaften: GmbH, Ltd, UG, eG, AG

### 1. GmbH: Gesellschaft mit beschränkter Haftung

Die GmbH ist eine Kapitalgesellschaft mit eigenständiger Rechtspersönlichkeit. Alle Verbindlichkeiten beziehen sich nur auf die GmbH und nicht auf die Gesellschafter selbst, das heißt, dass die Gesellschaft nur mit ihrem Gesellschaftsvermögen haftet. Das Privatvermögen der Gesellschafter bleibt davon unberührt.

### 2. Ltd: „Limited“

Angelsächsische Ursprungsform der Unternehmergesellschaft (UG)

### 3. UG: Unternehmergesellschaft

Eine UG (haftungsbeschränkt) bereits mit einem Mindestkapital von nur 1 € gegründet werden kann, bietet aber trotzdem die gleiche Beschränkung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen wie die GmbH. Ein Viertel des erzielten Gewinns muss jedoch jährlich in eine gesetzliche Gewinnrücklage eingestellt werden, bis das Mindest-Stammkapital der GmbH in Höhe von 25.000 € erreicht ist.

### 4. EG: eingetragene Genossenschaft

Die eingetragene Genossenschaft ist keine Personengesellschaft. Sie ist vielmehr ein förderwirtschaftlicher Sonderverein. Sie funktioniert eher nach den Regeln einer Kapitalgesellschaft, ist aber nicht kapital-, sondern personenbezogen.

### 5. AG: Aktiengesellschaft

Der Vollständigkeit halber soll auch die AG hier Erwähnung finden. Sie besteht aus Aktionären, die ihr Kapital in die Unternehmung investiert haben, um Erträge zu erwirtschaften. Diese Erträge sind immer Kapitalerträge und kein Einkommen aus Erwerbstätigkeit.

---

#### Literatur:

**Maier, Robert P.:** Das unterhaltsrechtliche Einkommen bei Selbständigen, München 1996; (Dr. Robert P. Maier ist Dipl.-Ökonom und gehört zu den wenigen Referenten, die derzeit auf der Basis eines fundierten betriebswirtschaftlichen Verständnisses Mitarbeitende von SGB II-Behörden fortbilden).

**Strohal, Friedrich:** Unterhaltsrechtlich relevantes Einkommen bei Selbständigen, München 2006, 313 S.; (Strohal ist langjährig als Familienrichter tätig; auch hier liegen fundierte betriebswirtschaftliche und wirtschaftsrechtliche Kenntnisse vor. Strohal ist auch in der Fachanwaltsfortbildung tätig).

---

Zusammenstellung und Copyright:

**Dipl. rer. soc. Norbert Hermann, Politik- und Sozialberatung**

Markstr. 396, 44795 Bochum, Tel.: 0234 – 46 00 70; Fax: 0234 – 46 01 13; e-mail: [bo-sozialberatung@t-online.de](mailto:bo-sozialberatung@t-online.de)

© 20. Juli 2010