

# Aktuelles zur Gesellschafter- Geschäftsführer- Versorgung

BGH-Urteil vom 1.10.2019 und BFH-Urteil vom 7.3.2018

## A. Arbeitsrechtliche Stellung – BGH-Urteil vom 1.10.2019<sup>1</sup>

Der arbeitsrechtliche Status eines Gesellschafter-Geschäftsführers ist ausschlaggebend dafür, ob das Betriebsrentengesetz<sup>2</sup> – als Arbeitnehmerschutzgesetz – für ihn gilt oder nicht. In der Praxis ist dies u.a. für die Formulierung der Pensionszusage in Bezug auf die Regelungen zur Höhe der unverfallbaren Anwartschaften und einer Abfindungsmöglichkeit wichtig, um ggf. abweichende Vereinbarungen hierzu treffen zu können. Darüber hinaus ist im Betriebsrentengesetz auch die Insolvenzsicherung für Pensionszusagen geregelt. Pensionszusagen an Arbeitnehmer und arbeitsrechtlich nicht beherrschende Gesellschafter-Geschäftsführer sind im Insolvenzfall durch den Pensionssicherungsverein a.G. (im Folgenden PSVaG genannt) gegen die Insolvenz des zusagenden Arbeitgebers gesichert.

1 Az.: II ZR 386/17, BetrAV 1/2020 S. 85.

2 Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung (im Folgenden Betriebsrentengesetz oder BetrAVG).

## I. Persönlicher Geltungsbereich

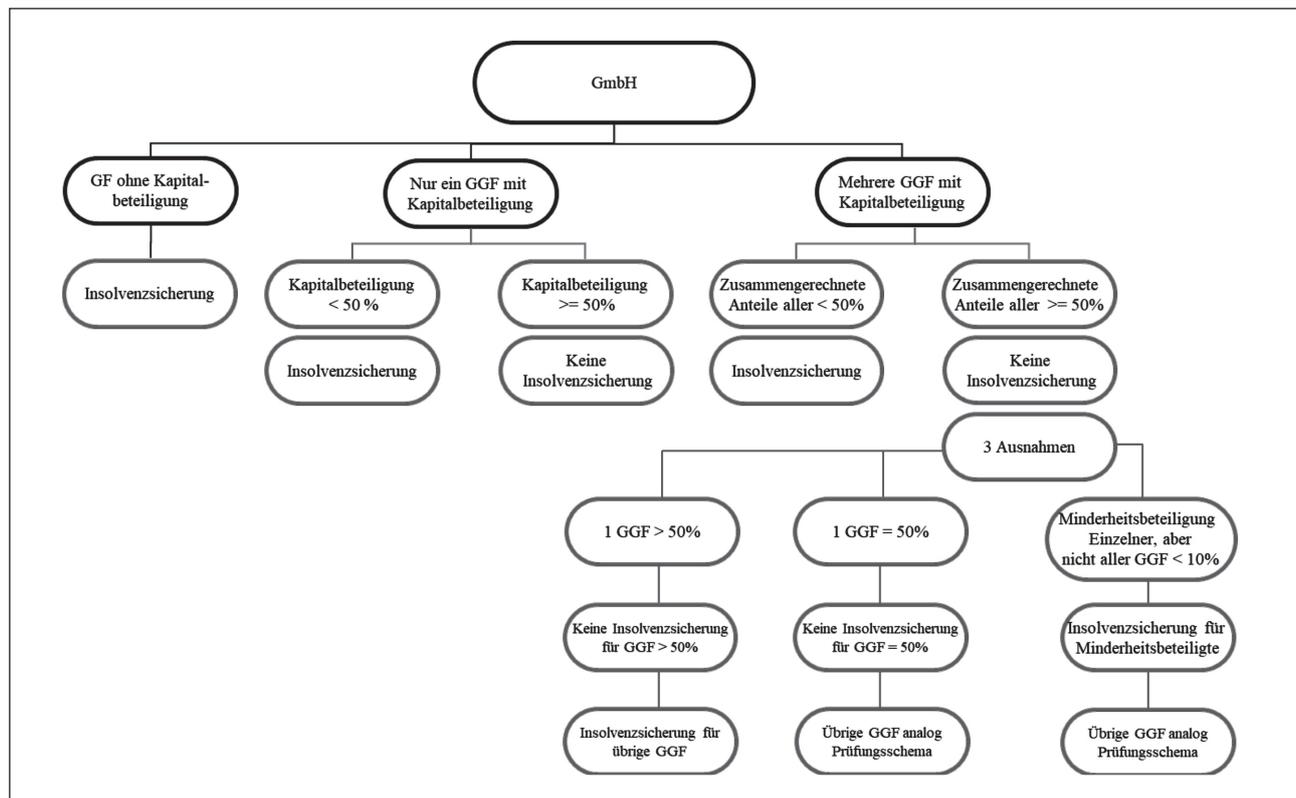
Das Betriebsrentengesetz als Arbeitnehmerschutzgesetz gilt jedoch nicht für Unternehmer<sup>3</sup>, von daher ist der Insolvenzsicherung der Pensionszusagen an diesen Personenkreis besondere Beachtung zu schenken. Ob eine Unternehmerstellung vorliegt, ist entscheidend von den Stimmrechtsverhältnissen abhängig. In der Regel stimmen die Beteiligungsverhältnisse zwar mit den Stimmrechtsverhältnissen überein, aber es gibt durchaus auch Abweichungen. Als Unternehmer ist der Gesellschafter-Geschäftsführer anzusehen, der in der Lage ist, Beschlüsse zu verhindern und somit einen wesentlichen Einfluss auf die Entscheidungsfindung in der Kapitalgesellschaft hat. Ist im Gesellschaftervertrag für die Entscheidungsfindung eine einfache Mehrheit geregelt, so sind Stimmrechte in Höhe von 50% ausreichend, um eine arbeitsrechtlich beherrschende Stellung einzunehmen. Der mit 50% beteiligte Gesellschafter-Geschäftsführer kann Beschlüsse verhindern. Dahingegen ist bei qualifizierter Mehrheit eine *Sperrminorität* erforderlich. Um Beschlüsse bei einer qualifizierten Mehrheit von z.B. 75% verhindern zu können, benötigt ein Gesellschafter-Geschäftsführer mehr als 25% der Stimmrechte.

Als Entscheidungshilfe dient nachfolgende Übersicht, der eine Beschlussfassung mit einfacher Mehrheit zugrunde liegt.

Der Übersicht liegen typische Gegebenheiten zugrunde. In der Praxis sind jedoch immer die Umstände des Einzelfalles ausschlaggebend<sup>4</sup> – z.B. ob die Entscheidungsfindung mit einfacher oder qualifizierter Mehrheit erfolgt oder aber auch bei von der Kapitalbeteiligung abweichenden Stimmrechtsverhältnissen.

3 Vgl. BGH, Urteil vom 1.10.2019, a.a.O. (Fn. 1).

4 Vgl. PSV-Merkblatt 300/M 1, Stand 1.20.8.



Anhand nachfolgender Fallkonstellationen, die auch das Urteil des Bundesgerichtshofs<sup>5</sup> vom 1.10.2019 berücksichtigen, soll dies veranschaulicht werden:

#### Konstellation 1

In der GmbH sind drei Gesellschafter-Geschäftsführer (GGF). Beschlüsse werden mit einfacher Mehrheit gefasst. Die Beteiligungs- und Stimmrechtsverhältnisse sind wie folgt aufgeteilt:

GGF 1	12%
GGF 2	18%
GGF 3	12%

Lösung: Die zusammengerechneten Anteile aller Gesellschafter-Geschäftsführer betragen 42%. Dadurch können die drei trotz gleichgerichteter Interessenlage keine Beschlüsse verhindern und damit auch nicht die Geschicke der Gesellschaft wesentlich beeinflussen. Alle drei fallen unter den Anwendungsbereich des BetrAVG und haben dadurch auch Insolvenzschutz<sup>6</sup>.

#### Konstellation 2

In der GmbH sind zwei Gesellschafter-Geschäftsführer. Beschlüsse werden mit einfacher Mehrheit gefasst. Die Beteiligungs- und Stimmrechtsverhältnisse sind wie folgt aufgeteilt:

GGF 1	25%
GGF 2	25%

Lösung: Die zusammengerechneten Anteile der beiden Gesellschafter-Geschäftsführer betragen 50%. Dadurch können die beiden Beschlüsse *verhindern* und damit auch die Geschicke der Gesellschaft wesentlich beeinflussen. Beide fallen nicht unter den Anwendungsbereich des BetrAVG und haben dadurch auch keinen PSV-Schutz.

#### Konstellation 3.1

In der GmbH sind drei Gesellschafter-Geschäftsführer. Beschlüsse werden mit einfacher Mehrheit gefasst. Die Beteiligungs- und Stimmrechtsverhältnisse sind wie folgt aufgeteilt:

GGF 1	20%
GGF 2	20%
GGF 3	60%

Lösung: Die zusammengerechneten Anteile aller Gesellschafter-Geschäftsführer betragen 100%. Dadurch können die drei bei gleichgerichteter Interessenlage Beschlüsse herbeiführen. Allerdings kann GGF 3 auch Beschlüsse ohne die Stimmrechtsanteile von GGF 1 und 2 *herbeiführen*. Daher unterfällt GGF 3 in dieser Konstellation nicht dem Anwendungsbereich des BetrAVG und hat dadurch auch keinen PSV-Schutz. Für GGF 1 und 2 ist das BetrAVG anzuwenden und beide haben Insolvenzschutz.

#### Konstellation 3.2 (Variante zu 3.1)

In der GmbH sind drei Gesellschafter-Geschäftsführer. Beschlüsse werden mit einfacher Mehrheit gefasst. Die Beteiligungs- und Stimmrechtsverhältnisse sind wie folgt aufgeteilt:

GGF 1	20%
GGF 2	20%
GGF 3	50%

Lösung: Die zusammengerechneten Anteile aller Gesellschafter-Geschäftsführer betragen 90%. Dadurch können die drei bei gleichgerichteter Interessenlage Beschlüsse herbeiführen. GGF 3 kann Beschlüsse ohne die Stimmrechtsanteile von GGF 1 und 2 zwar nicht *herbeiführen*, jedoch *verhindern*. Daher unterfällt GGF 3 in dieser Konstellation nicht dem Anwendungsbereich des BetrAVG und hat dadurch auch keinen PSV-Schutz. Die zusammengerechneten Anteile von GGF 1 und 2 betragen 40%. Dadurch können die beiden trotz gleichgerichteter Interessenlage keine Beschlüsse *verhindern* und damit auch nicht die Geschicke der Gesellschaft wesentlich beeinflussen. Beide fallen unter den Anwendungsbereich des BetrAVG und haben dadurch auch PSV-Schutz.

#### Konstellation 3.3 (Variante zu 3.2)

In der GmbH sind drei Gesellschafter-Geschäftsführer. Beschlüsse werden mit einfacher Mehrheit gefasst. Die Beteiligungs- und Stimmrechtsverhältnisse sind wie folgt aufgeteilt:

GGF 1	25%
GGF 2	25%
GGF 3	50%

Lösung: Die zusammengerechneten Anteile aller Gesellschafter-Geschäftsführer betragen 100%. Dadurch können die drei bei gleichgerichteter Interessenlage Beschlüsse herbeiführen. GGF 3 kann Beschlüsse ohne die Stimmrechtsanteile von GGF 1 und 2 zwar nicht *herbeiführen*, jedoch *verhindern*. Daher unterfällt GGF 3 in dieser Konstellation nicht dem Anwendungsbereich des BetrAVG und hat dadurch auch keinen PSV-Schutz. Die zusammengerechneten Anteile von GGF 1 und 2 betragen 50%. Dadurch können die beiden bei gleichgerichteter Interessenlage Beschlüsse *verhindern* und damit auch die Geschicke der Gesellschaft wesentlich beeinflussen. Beide fallen daher nicht unter den Anwendungsbereich des BetrAVG und haben dadurch auch keinen PSV-Schutz.

#### Konstellation 4

In der GmbH sind vier Gesellschafter-Geschäftsführer. Beschlüsse werden mit einfacher Mehrheit gefasst. Die Beteiligungs- und Stimmrechtsverhältnisse sind wie folgt aufgeteilt:

GGF 1	13%
GGF 2	18%
GGF 3	12%
GGF 4	5%

Lösung: Die zusammengerechneten Anteile aller Gesellschafter-Geschäftsführer betragen 48%. Dadurch können die vier trotz gleichgerichteter Interessenlage keine Beschlüsse verhindern und damit auch nicht die Geschicke der Gesellschaft wesentlich beeinflussen. Alle vier fallen unter den Anwendungsbereich des BetrAVG und haben dadurch auch PSV-Schutz.

#### Konstellation 5

In der GmbH sind vier Gesellschafter-Geschäftsführer. Beschlüsse werden mit einfacher Mehrheit gefasst. Die Beteiligungs- und Stimmrechtsverhältnisse sind wie folgt aufgeteilt:

<sup>5</sup> Im Folgenden BGH.  
<sup>6</sup> Im Folgenden auch PSV-Schutz.

GGF 1	15%
GGF 2	20%
GGF 3	15%
GGF 4	5%

Lösung: GGF 4 ist nur unwesentlich beteiligt (< 10%). Er fällt daher unter den Anwendungsbereich des BetrAVG und hat dadurch auch PSV-Schutz. Die zusammengerechneten Anteile der anderen drei Gesellschafter-Geschäftsführer betragen 50%. Dadurch können die drei aufgrund gleichgerichteter Interessenlage Beschlüsse *verhindern* und damit auch die Geschicke der Gesellschaft wesentlich beeinflussen. GGF 1, 2 und 3 drei fallen daher nicht unter den Anwendungsbereich des BetrAVG und haben dadurch auch keinen PSV-Schutz.

#### Konstellation 6

In der GmbH sind drei Gesellschafter-Geschäftsführer. Beschlüsse werden mit *qualifizierter Mehrheit (75%)* gefasst. Die Beteiligungs- und Stimmrechtsverhältnisse sind wie folgt aufgeteilt:

GGF 1	10%
GGF 2	15%
GGF 3	8%

Lösung: GGF 3 ist nur unwesentlich beteiligt (< 10%). Er fällt daher unter den Anwendungsbereich des BetrAVG und hat dadurch auch PSV-Schutz. Die zusammengerechneten Anteile der anderen zwei Gesellschafter-Geschäftsführer betragen 25%. Trotz gleichgerichteter Interessenlage können die zwei keine Beschlüsse verhindern, da abweichend zur Konstellation 2 bei qualifizierter Mehrheit 75% der Stimmen ausreichen, um einen Beschluss herbeizuführen. GGF 1 und 2 können dadurch die Geschicke der Gesellschaft nicht wesentlich beeinflussen. GGF 1 und 2 fallen daher unter den Anwendungsbereich des BetrAVG und haben PSV-Schutz.

#### Konstellation 7 (Variante zu 6)

In der GmbH sind drei Gesellschafter-Geschäftsführer. Beschlüsse werden mit *qualifizierter Mehrheit (75%)* gefasst. Die Beteiligungs- und Stimmrechtsverhältnisse sind wie folgt aufgeteilt:

GGF 1	11%
GGF 2	15%
GGF 3	8%

Lösung: GGF 3 ist nur unwesentlich beteiligt (< 10%). Er fällt daher unter den Anwendungsbereich des BetrAVG und hat dadurch auch PSV-Schutz. Die zusammengerechneten Anteile der anderen zwei Gesellschafter-Geschäftsführer betragen 26%. Aufgrund gleichgerichteter Interessenlage können die zwei Beschlüsse verhindern, da bei qualifizierter Mehrheit (75%) 26% der Stimmen ausreichen, um einen Beschluss zu verhindern. GGF 1 und 2 können dadurch die Geschicke der Gesellschaft wesentlich beeinflussen. GGF 1 und 2 fallen daher nicht unter den Anwendungsbereich des BetrAVG und haben auch keinen PSV-Schutz.

#### Konstellation 8

In der GmbH sind vier Gesellschafter-Geschäftsführer. Beschlüsse werden mit einfacher Mehrheit gefasst. Die Beteiligungsverhältnisse weichen von den Stimmrechtsverhältnissen ab:

Beteiligungsverhältnisse		Stimmrechtsverhältnisse	
GGF 1	90%	GGF 1	45%
GGF 2	3%	GGF 2	30%
GGF 3	3%	GGF 3	20%
GGF 4	4%	GGF 4	5%

Lösung: Die Stimmrechte weichen von den Beteiligungsverhältnissen ab. Ausschlaggebend ist immer die mögliche Einflussnahme auf die Geschicke der Gesellschaft, weshalb hier auf die Stimmrechtsverhältnisse abzuheben ist. GGF 4 ist nur unwesentlich beteiligt (< 10%). Er fällt daher unter den Anwendungsbereich des BetrAVG und hat dadurch auch PSV-Schutz. Die zusammengerechneten Stimmrechte der anderen drei Gesellschafter-Geschäftsführer betragen 95%. Dadurch können die drei aufgrund gleichgerichteter Interessenlage Beschlüsse herbeiführen und beherrschen die Gesellschaft. GGF 1, 2 und 3 drei fallen daher nicht unter den Anwendungsbereich des BetrAVG und haben dadurch auch keinen PSV-Schutz.

#### Konstellation 9

An der A-GmbH sind drei Gesellschafter-Geschäftsführer und darüber hinaus noch die B-GmbH beteiligt. Die GGF sind auch an der B-GmbH entsprechend beteiligt. Die Beteiligungs- und Stimmrechtsverhältnisse in der A-GmbH sind wie folgt aufgeteilt. Beschlüsse werden mit einfacher Mehrheit gefasst:

GGF 1	15%
GGF 2	15%
GGF 3	15%
B-GmbH	55%

Die Beteiligungs- und Stimmrechtsverhältnisse in B-GmbH sind wie folgt aufgeteilt. Beschlüsse werden mit einfacher Mehrheit gefasst.

GGF 1	60%
GGF 2	20%
GGF 3	20%

Lösung: Betrachtet man lediglich die direkten Beteiligungen, so kann GGF 1 mit seinen Stimmrechten von 15% in der A-GmbH keine Beschlüsse herbeiführen. Auch zusammen mit den Stimmrechten von GGF 2 und 3 in der A-GmbH (je 15%) kommen die drei zusammen nur auf 45% der Stimmen. Dadurch können die drei trotz gleichgerichteter Interessenlage keine Beschlüsse verhindern und damit auch nicht die Geschicke der Gesellschaft wesentlich beeinflussen und würden damit eigentlich unter den Anwendungsbereich des BetrAVG fallen und hätten PSV-Schutz.

Allerdings sind hier die mittelbaren Beteiligungen in die Beurteilung mit einzubeziehen. Alle drei GGF sind an der B-GmbH ebenfalls beteiligt. *Falsch* wäre es, das Prinzip der durchgerechneten Beteiligung anzuwenden. Dies würde zu folgendem, aber *falschen* Ergebnis führen.

GGF 1	48% (15% unmittelbare Beteiligung + mittelbare Beteiligung 60% von 55% = 33%)
GGF 2	26% (15% unmittelbare Beteiligung + mittelbare Beteiligung 20% von 55% = 11%)
GGF 3	26% (15% unmittelbare Beteiligung + mittelbare Beteiligung 20% von 55% = 11%)

Richtig ist, von den tatsächlichen Verhältnissen auszugehen, denn GGF 1 beherrscht die B-GmbH und kann in deren Gesellschafterbeschlüssen eigene Interessen durchsetzen. Somit sind ihm mittelbar 100% von 55% zuzurechnen,

und seine Stimmrechtsquote in der A-GmbH beträgt somit 70% (15% unmittelbare Beteiligung + mittelbare Beteiligung 100% von 55% = 55%). Damit beherrscht er auch die A-GmbH und kann Beschlüsse ohne die Stimmrechtsanteile von GGF 2 und 3 herbeiführen. Daher unterfällt GGF 1 in dieser Konstellation für die A-GmbH nicht dem Anwendungsbereich des BetrAVG und hat dadurch auch keinen PSV-Schutz. Für GGF 2 und 3 ist das BetrAVG anzuwenden und beide haben Insolvenzschutz.

## II. Sachlicher Geltungsbereich des BetrAVG

Auch wenn anhand der Übersicht im Ergebnis eine Geltung des BetrAVG und daraus folgend PSV-Schutz für einen GGF festgestellt wird, sollte darüber hinaus auch der sachliche Geltungsbereich des Betriebsrentengesetzes geprüft werden. Denn Insolvenzschutz besteht nach dem Gesetz nur für betriebliche Altersversorgung der Sache nach. Als betriebliche Altersversorgung i.S.d. BetrAVG gelten nur Leistungen der Alters-, Invaliditäts- und/oder Hinterbliebenenversorgung, die aus Anlass eines Arbeitsverhältnisses für ein Unternehmen (§ 1 Abs. 1 Satz 1 BetrAVG) oder im Rahmen eines vergleichbaren Vertragsverhältnisses (§ 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG) erteilt wurden. Liegt der Anlass für die Versorgungszusage (auch) in der Gesellschafterstellung des Versorgungsberechtigten und/oder gehen die zugesagten Leistungen über das hinaus, was bei einem Gesellschafts-fremden in vergleichbarer Position wirtschaftlich vernünftig und angemessen ist, kann es sich insoweit ganz oder teilweise um (Mit-) Unternehmerlohn handeln, für den keine Insolvenzschutz besteht. Dies gilt unabhängig davon, ob der Betroffene unter den persönlichen Geltungsbereich des BetrAVG fällt<sup>7</sup>.

Es muss ein kausaler Zusammenhang zwischen Zusageerteilung und Arbeitsverhältnis vorliegen<sup>8</sup>, der nicht in der Unternehmerstellung begründet ist. Entscheidet die Beteiligung an der Gesellschaft über die Zusageerteilung an sich und es liegt damit Unternehmerlohn vor, kann ein Insolvenzschutz über den PSV nicht erfolgen. Die Kausalitätsprüfung erfolgt anhand der Umstände des Einzelfalls. Als Indiz für einen Zusammenhang mit der Gesellschafterstellung kann es sein, wenn ein Unternehmen allen Gesellschaftern und nur ihnen ein Versorgungsversprechen gegeben hat. Den Insolvenzschutz hat das BAG bereits mehrfach in diesen Fällen verneint<sup>9</sup>. Ferner kommt es darauf an, ob die zugesagte Versorgung nach Art und Höhe auch bei Fremdkräften wirtschaftlich vernünftig und üblich gewesen wäre<sup>10</sup>. Bekannt aus der Rechtsprechung sind Fälle, in denen bereits während des Arbeits- bzw. Beschäftigungsverhältnisses eine zu finanzierende Direktversicherung vorlag oder eine Pensionszusage, bei der die Belastungen erst bei Eintritt des Versorgungsfalls entstanden sind<sup>11</sup>. Diese Erwägungen sind bekannt aus der Prüfung zur Fremdüblichkeit und Angemessenheit einer Gesellschafter-Geschäftsführer-Versorgung im steuerlichen Sinne.

Ist ein Gesellschafter-Geschäftsführer über den PSVaG gegen eine mögliche Insolvenz abgesichert, so gilt es zu beachten, dass der PSVaG nur bis zu einer bestimmten Höchstgrenze eine Sicherung gewährleistet. Bei einer monatlichen Rente ist die Höchstgrenze das Dreifache der monatlichen Bezugsgröße gemäß § 18 SGB IV. Im Jahr 2020 ist somit maximal eine monatliche Rente in Höhe von € 9.555 (= € 3.185 × 3) durch den PSVaG gesichert. Sofern Kapitalleistungen zugesagt sind,

ist von einer Höchstgrenze in Höhe von € 1.146.600 (= 120 × € 3.185 × 3) auszugehen<sup>12</sup>. Eine über die Höchstgrenzen hinausgehende Absicherung ist über einen privatrechtlichen Insolvenzschutz durch Verpfändung einer abgeschlossenen Rückdeckungsversicherung möglich.

## III. Privatrechtliche Insolvenzschutz durch rechts-sichere Verpfändung

Besteht für einen Gesellschafter-Geschäftsführer kein Insolvenzschutz über den PSVaG, so besteht die Möglichkeit, einen privatrechtlichen Insolvenzschutz durch Verpfändung der für die erteilte Pensionszusage abgeschlossenen Rückdeckungsversicherung an sich und seine Hinterbliebenen zu schaffen.

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass der Insolvenzschutz nur soweit gegeben ist, als die Rückdeckungsversicherung die zugesagten Versorgungsleistungen abdeckt. Sind z.B. € 60.000 Jahresrente zugesagt und die Rückdeckungsversicherung erbringt nur eine Rente von € 36.000 p.a., so ist auch nur insoweit Insolvenzschutz gegeben.

Der privatrechtliche Insolvenzschutz über eine Verpfändungsvereinbarung ist selbstverständlich auch bei alternativen Rückdeckungsmodellen möglich. Durch das bestehende Pfandrecht sind der Geschäftsführer und seine Hinterbliebenen im Insolvenzfall abgesichert.

Im Falle eines Insolvenzantrages ist der Arbeitgeber als Versicherungsnehmer (die Gesellschaft) nicht mehr verfügungsberechtigt, an ihrer Stelle handelt ein gerichtlich bestellter Insolvenzverwalter. Der Wert der Versicherungen gehört zunächst zur Masse. Aus der Versorgungszusage selbst können die Versorgungsberechtigten dann gegen die Gesellschaft Ansprüche geltend machen und die Versorgungsansprüche beim Insolvenzverwalter anmelden.

Da es sich bei einer Versorgungsanwartschaft um einen aufschiebend bedingten Anspruch handelt, steht das Verwertungsrecht aus der Rückdeckungsversicherung zunächst allein dem Insolvenzverwalter zu. Dieser muss allerdings den für die Befriedigung der Versorgungsansprüche notwendigen Betrag aus dem Erlös der Versicherungsforderung nach § 191 Abs. 1 i.V. mit § 198 Insolvenzordnung<sup>13</sup> vorrangig hinterlegen. Tritt dann später der Versorgungsfall ein, so sind die Versorgungsansprüche aus dieser Hinterlegung zu befriedigen. Tritt kein Versorgungsfall ein (Ausfall der Bedingung), so ist der hinterlegte Betrag gemäß § 203 Abs. 1 Nr. 1 InsO zur nachträglichen Verteilung unter die Insolvenzgläubiger zu bringen.

Grundsätzlich sind bei Verpfändungsvereinbarungen einige Voraussetzungen zu beachten, damit die Verpfändung auch rechtssicher erfolgt.

### 1. Allgemeines

Die Wirksamkeit der Verpfändung spielt hinsichtlich des Werts eines Versorgungsversprechens eine zentrale Rolle, denn der PSVaG bietet für beherrschende Gesellschafter-Geschäftsführer i.S.d. Arbeitsrechts keinen Insolvenzschutz. Der fehlende Insolvenzschutz kann über einen privatrechtlichen Insolvenzschutz<sup>14</sup> mittels einer wirksamen zivilrechtlichen Verpfändung von Rückdeckungsversicherungen erreicht werden. Allerdings funktioniert die Insolvenzschutz nur, wenn die Verpfändung zivilrechtlich wirksam erfolgt ist. Im

7 PSV-Merkblatt 300/M 1, Stand 1.20, Abschnitt 4.

8 Vgl. *Cisch*, Münchner Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2, Rn. 33.

9 Vgl. BAG, Urteil vom 19.1.2010, 3 AZR 42/08.

10 Vgl. BAG, Urteil vom 20.4.2004 – 3 AZR 297/03 –, BetrAV 2005 S. 87.

11 Vgl. BAG, Urteil vom 19.1.2010 – 3 AZR 42/08 –, BAGE 133 S. 83 = NZA 2010 S. 1066, Rn. 26; BAG, Urteil vom 25.1.2000 – 3 AZR 769/98 –, NZA 2001 S. 959.

12 Vgl. PSV-Merkblatt 300/M 13, Stand 5.19.

13 Im Folgenden InsO.

14 Vgl. *Prast/Wieting*, Praxisfragen zur Verpfändung bei Insolvenz und Saldierung nach BilMoG, maklercockpit.de.

Falle der Insolvenz stellt sich leider häufig heraus, dass genau dies nicht der Fall war. Die Konsequenzen aus dieser laxen Behandlung sind für nicht durch den PSVaG geschützte Versorgungszusagen gravierend, denn bei einer rechtsfehlerhaften Verpfändung fällt die Rückdeckungsversicherung in die Masse und die Versorgung geht unter.

## 2. Privatrechtliche Lösung zur Insolvenzsicherung

Als privatrechtliche Lösung hat sich in der Praxis das sog. *Verpfändungsmodell* durchgesetzt. Es ist als zulässiges Sicherungsinstrument höchstrichterlich anerkannt. So hat der BGH in seiner Entscheidung vom 7.4.2005 die Insolvenzfestigkeit des Pfandrechts an einer Versicherungsforderung des Arbeitgebers grundsätzlich bestätigt<sup>15</sup>.

Bei dem Verpfändungsmodell werden die Ansprüche aus der Rückdeckungsversicherung, welche das Unternehmen zur Finanzierung oder Absicherung der Versorgungsleistungen abgeschlossen hat, an den Versorgungsberechtigten und ggf. seine Hinterbliebenen verpfändet. Der Arbeitgeber bleibt dabei Versicherungsnehmer und Bezugsberechtigter. Der Versorgungsberechtigte wird lediglich Pfandgläubiger. Als Pfandgläubiger erlangt der Versorgungsberechtigte zunächst keine Rechte oder Ansprüche, die ihm einen vorzeitigen Zugriff auf die Versicherungsleistung ermöglichen würden. Deshalb kann die Verpfändung auch keinen lohnsteuerlichen Zufluss bei dem Versorgungsberechtigten auslösen. Die Rückdeckungsversicherung wird vielmehr weiterhin steuerlich dem Vermögen der GmbH zugerechnet<sup>16</sup>.

Die Verpfändung des Rechts auf die Versicherungsleistung aus einer Rückdeckungsversicherung richtet sich nach den gesetzlichen Regelungen über das Pfandrecht (§§ 1204 bis 1296 Bürgerliches Gesetzbuch<sup>17</sup>). Die Verpfändung erfolgt durch eine entsprechende Verpfändungsvereinbarung. Wirksamkeitsvoraussetzung ist gemäß § 1280 BGB die Anzeige der Verpfändung beim Versicherer.

Die Verpfändungsanzeige kann entsprechend durch Übersenden der Verpfändungsvereinbarung erfolgen<sup>18</sup>. Der Versicherer bestätigt im Regelfall den Eingang der Anzeige. Diese Eingangsbestätigung sollte zu den Unterlagen der Pensionszusage genommen werden. Allerdings sagt der Eingang der Anzeige allein noch nichts darüber aus, ob die Verpfändung auch insgesamt rechtswirksam zustande gekommen ist. Sie ist vielmehr ein notwendiger Mosaikstein im Vorgang der Verpfändung.

Darüber hinaus ist zu empfehlen, die Verpfändung der Rückdeckungsversicherung bereits mit dem Erteilen der Versorgungszusage vorzunehmen und nicht erst dann, wenn schon mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens gerechnet werden muss. Es besteht dann die Gefahr, dass der Insolvenzverwalter die Pfandrechtsbestellung wegen Gläubigerbenachteiligung anfechten kann. Um eine Insolvenzanfechtung wegen Gläubigerbenachteiligung zu vermeiden, müssen nach einem Urteil des BGH vom 10.7.1997<sup>19</sup> zwei Voraussetzungen erfüllt sein: Die Verpfändung muss zum einen erfolgen, solange das Unternehmen wirtschaftlich gesund ist. Zum anderen darf die Verpfändung nicht allein für den Fall der Insolvenz vereinbart werden, sondern muss jeden Fall der Nichtleistung der Versorgungszusage sichern.

Die Verpfändung sollte ferner allerdings erst dann erfolgen, wenn das Pfandgut auch materiell vorhanden ist (Policierung der Rückdeckungsversicherung) und auf das Pfandgut eindeutig, z.B. durch die Versicherungsnummer, Bezug genommen werden kann. Verpfändungserklärungen, in denen das Pfandgut nicht genau bezeichnet wird, weil z.B. die Verpfändungserklärung mit dem Antrag ohne Versicherungsnummer eingereicht wurde, können vom Insolvenzverwalter angefochten werden.

### a) Verpfändungsmodell in der Insolvenz

Im Insolvenzfall erlangt der Pfandgläubiger mit einer wirksam verpfändeten Rückdeckungsversicherung zunächst einen wirksamen Schutz vor der Verwertung zugunsten der übrigen Gläubiger. Für den konkreten Verfahrensablauf ist entscheidend, ob die Leistungen bereits fällig sind und der Arbeitgeber aus der Versorgungszusage nicht leistet, also Pfandreife vorliegt, oder nicht.

### b) Insolvenzverfahren vor Pfandreife

Wenn die Insolvenz vor der Pfandreife eintritt, räumt der BGH in seiner Entscheidung vom 7.4.2005 dem Insolvenzverwalter im Rahmen seiner Verwertungsbefugnis das Recht ein, die Rückdeckungsversicherung ohne Zustimmung des Versorgungsberechtigten zu kündigen<sup>20</sup>. Zwar darf der Insolvenzverwalter den Erlös aus der Rückdeckungsversicherung nicht verwerten, sondern muss den Erlös gemäß §§ 191 und 198 InsO bei einer geeigneten Stelle vorrangig hinterlegen, bis die Ansprüche aus der Versorgungszusage fällig werden. Das bedeutet zunächst für den Pfandgläubiger und Versorgungsberechtigten, dass der Erlös weiterhin zur Befriedigung seiner Ansprüche aus der Versorgungszusage zur Verfügung steht.

Diese Vorgehensweise führt in der Praxis dazu, dass infolge von Stornokosten und durch den – gemäß § 171 InsO – pauschalen Abzug der Feststellungs- und Verwertungskosten in Höhe von 9% das eigentliche Versorgungskapital wesentlich geschmälert wird. Um dieses aus Sicht des Pfandgläubigers unerwünschte Ergebnis zu vermeiden, sehen einige Muster-Verpfändungsvereinbarungen vor, dass die Rückdeckungsversicherung nur durch den Gesellschafter-Geschäftsführer als Pfandgläubiger gekündigt werden kann, bzw. bei der Verpfändung gleichzeitig das Kündigungsrecht zur Rückdeckungsversicherung an den Versorgungsberechtigten mit der Maßgabe abgetreten wird, dass die Kündigung vor Pfandreife nur mit Zustimmung des Arbeitnehmers erfolgen kann. Auf diesem Weg könnte erreicht werden, dass die Rückdeckungsversicherung im Falle der Insolvenz gemäß § 165 Versicherungsvertragsgesetz lediglich in eine prämienfreie Versicherung umgestellt wird. Im Vergleich zum Rückkaufswert ist dadurch die Ablaufleistung in jedem Fall höher.

### c) Insolvenzverfahren nach Pfandreife

Wenn das Insolvenzverfahren nach Pfandreife eintritt, kann der Versorgungsberechtigte als Pfandgläubiger die Auszahlung der Versicherungsleistungen unmittelbar an sich verlangen. Die Höhe des Anspruchs auf Auszahlung ist begrenzt auf die Höhe des Anspruchs aus der Versorgungszusage (sog. akzessorisches Pfandrecht). Weiterhin ist – wie oben bereits ausgeführt – zu beachten, dass die Insolvenzsicherung durch die Verpfändung nur insoweit gegeben ist, als die Rückdeckungsversicherung die Versorgungszusage abdeckt. Sind aus der Versorgungszusage z.B. € 60.000 p.a. Altersrente zugesagt, und die Rückdeckungsversicherung deckt nur € 36.000 p.a. ab, so ist die Zusage auch nur in dieser Höhe gegen Insolvenz gesichert.

15 Vgl. BGH, Urteil vom 7.4.2005 – IX ZR 138/04 –, BetrAV 2005 S. 590.

16 Vgl. BMF vom 16.4.1982 – IV B 6 S 2373-5/82 –, BetrAV 1982 S. 183; BGH, Urteil vom 10.7.1997 – IX ZR 161/96 –, BetrAV 1997 S. 282 = ZIP 1997 S. 1596.

17 Im Folgenden BGB.

18 Vgl. OLG Hamburg, Urteil vom 27.8.2002, VersR 2003 S. 630 zur Entbehrlichkeit einer ausdrücklichen Verpfändungsanzeige, wenn der Versicherer anderweitige Kenntnis von der Verpfändung hatte.

19 Vgl. BGH, Urteil vom 10.7.1997, a.a.O. (Fn. 16).

20 Vgl. BGH, Urteil vom 7.4.2005, a.a.O. (Fn. 15).

Der Versicherer kann mit schuldbefreiender Wirkung nur an den Versorgungsberechtigten oder seine Hinterbliebenen leisten. Ihm obliegt es auch zu prüfen, ob die Voraussetzungen seiner Leistungspflicht überhaupt vorliegen. Somit kann hier auch eine arbeitsrechtliche Prüfung auf den Versicherer zukommen. Zahlt dieser nämlich versehentlich eine höhere Leistung als geschuldet, so wird er hinsichtlich des Mehrbetrages gegenüber dem Arbeitgeber bzw. dem Insolvenzverwalter nicht befreit. Zahlt der Versicherer versehentlich an den Insolvenzverwalter, obwohl ein Anspruch des Pfandgläubigers bestand, muss er den Pfandgläubiger dennoch befriedigen.

Weiterhin bleibt zu prüfen, welche Leistung der Versicherer auszahlen muss. Wurde in der ursprünglichen Zusage ein Kapital versprochen, ist dies mit Eintritt der Pfandreife in Gänze auszuzahlen. Wurden jedoch Rentenzahlungen zugesagt, sind nur die einzelnen Rentenraten, z.B. monatlich, auszukehren. Grund hierfür ist, dass die Fälligkeit der einzelnen Rentenbeträge vorliegen muss. Dies kann insbesondere dann zu Schwierigkeiten führen, wenn die arbeitsrechtliche Zusage eine andere Leistungsform als die verpfändete Rückdeckungsversicherung vorsieht.

### 3. Voraussetzungen für eine wirksame Verpfändung

Obwohl bei Personenkreisen, die gar keinen Schutz durch den PSVaG erfahren, die Absicherung des Versorgungsberechtigten und seiner Hinterbliebenen ganz entscheidend von einer sorgfältig erstellten Verpfändungsvereinbarung und der richtigen Abwicklung abhängig ist, wird die Verpfändung einer Rückdeckungsversicherung in der Praxis leider oft sehr stiefmütterlich behandelt. Dabei sollte gerade vor diesem Hintergrund dem Thema Verpfändung eine erhöhte Aufmerksamkeit gewidmet werden. Nachfolgend werden die Voraussetzungen für eine rechtssichere Verpfändung kurz skizziert.

#### a) Wirksames Zustandekommen der Pensionszusage

Aufgrund des Akzessorietätsprinzips ist das Pfandrecht von der Forderung, für die es bestellt werden soll, abhängig. Ist die Hauptforderung (Pensionszusage) zivilrechtlich nicht wirksam zustande gekommen, läuft auch das Pfandrecht ins Leere. Insbesondere bei Geschäftsführern setzt dies einen formgerechten Gesellschafterbeschluss zur Änderung des Dienstvertrages oder einen entsprechenden von den Gesellschaftern unterschriebenen Dienstvertrag voraus.

#### b) Wirksamer Abschluss der Rückdeckungsversicherung

Schließt der Geschäftsführer die Rückdeckungsversicherung selbst ab, muss er dafür vom Selbstkontrahierungsverbot nach § 181 BGB wirksam befreit sein. Dazu bedarf es einer entsprechenden Regelung durch Satzung oder Gesellschafterbeschluss und der Eintragung der Befreiung in das Handelsregister. Weiterhin sollte geprüft werden, ob der Versicherungsvertrag von einem Vertretungsberechtigten der GmbH unterschrieben wurde.

#### c) Zivilrechtlich wirksame Verpfändungsbestellung

Die Verpfändung eines Rechts (z.B. Rückdeckungsversicherung) erfolgt durch ein entsprechendes Rechtsgeschäft zwischen Schuldner (Arbeitgeber) der Hauptforderung (Versorgungsversprechen) und Gläubiger (Versorgungsberechtigter) mittels einer Verpfändungsvereinbarung. Bei einem nicht am Unternehmen beteiligten Arbeitnehmer ist die Gegenzeichnung durch den Versorgungsberechtigten als Pfandgläubiger und durch den Arbeitgeber als Schuldner ausreichend. Bei einem Geschäftsführer ist darüber hinaus

zwingend ein Gesellschafterbeschluss erforderlich, denn der BGH entschied mit Urteil vom 25.3.1991<sup>21</sup>, dass für die Änderung oder den Abschluss von Dienstverträgen von Geschäftsführern die Gesellschafterversammlung zuständig sei, soweit nach Gesetz oder Satzung keine anderweitige Zustimmung bestimmt ist. Vertragsänderungen, die nicht vom zuständigen Organ vorgenommen wurden, ermangelt es der zivilrechtlichen Wirksamkeit. Auch die Verpfändung einer Rückdeckungsversicherung ist laut Urteil des OLG Düsseldorf vom 23.4.2009 ein Vorgang, der den Inhalt des Anstellungsvertrages berührt und bedarf deshalb eines Gesellschafterbeschlusses<sup>22</sup>.

#### d) Genaue Bezeichnung des Pfandgläubigers und des Versorgungsschuldners

In der Verpfändungsvereinbarung ist der Pfandgläubiger/Versorgungsberechtigte namentlich zu nennen, und zwar möglichst mit Geburtsdatum und Anschrift. Auch der Versorgungsschuldner sollte in der Verpfändungsvereinbarung eindeutig mit seiner Anschrift bezeichnet werden. Dies ist besonders bei Konzerngesellschaften wichtig, um bei Namensähnlichkeiten Verwechslungen auszuschließen.

#### e) Genaue Bezeichnung der Pensionszusage

Die zu sichernde Pensionszusage sollte genau bezeichnet werden, denn eine klare Bestimmbarkeit der Forderung ist Voraussetzung für eine rechtssichere Verpfändung, z.B. das Datum der Erteilung der Zusage. Auch künftige Änderungen sollten mit umfasst sein. Es empfiehlt sich, der Verpfändungsvereinbarung eine Kopie der Pensionszusage beizufügen. Bei Änderungen der Versorgungszusage, insbesondere bei Verbesserungen, sollte die Verpfändung ggf. erneuert werden. Dabei ist es wichtig, dass bei bestehender Versorgungszusage und späterer Aufstockung oder anderen Veränderungen und bei Neuabschlüssen einer Rückdeckungsversicherung diese ebenfalls wieder zu verpfänden ist. In der Praxis kann hier mit folgendem dynamischen Verweis gearbeitet werden: „Zur Sicherung aller Ansprüche – aus der ggf. aktualisierten – Pensionszusage, räumt die Firma ein Pfandrecht (§§ 1273 ff. BGB) ein.“

#### f) Genaue Bezeichnung des Sicherungsgegenstands

Das Recht bzw. die Forderung, welche zur Sicherung der Pensionszusage verpfändet wird (Rückdeckungsversicherung), sollte genau bezeichnet werden. Eine klare Bestimmbarkeit des Pfandgegenstands ist Voraussetzung für eine rechtssichere Verpfändung. Insbesondere bei Rückdeckungsversicherungen sollte daher die Versicherungsscheinnummer genannt werden. Diese liegt bei Antragstellung des Versicherungsvertrages i.d.R. noch nicht vor. Daher empfiehlt es sich, die Verpfändung erst nach Vergabe einer Versicherungsscheinnummer vorzunehmen. Des Weiteren sollte geregelt werden, ob auch die Überschüsse aus der Rückdeckungsversicherung dem Pfandgläubiger zustehen<sup>23</sup>.

#### g) Bezeichnung der nachrangigen Pfandgläubiger (bei Hinterbliebenenzusagen) mit Hinweis auf die Rangfolge

In der Regel sind auch Hinterbliebenenrenten zugesagt, insbesondere Witwen-, aber auch Waisenrenten. Daher muss auch eine Verpfändung an die Hinterbliebenen erfolgen. Da das Pfandrecht in diesem Fall mehrere Forderungen sichern soll, ist das Rangverhältnis klarzustellen. Das Rangverhältnis richtet sich zwar gem. § 1209 BGB zwingend nach

21 Vgl. BGH, Urteil vom 25.3.1991, GmbHR 1991 S. 363.

22 Vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 23.4.2009, ZInsO 2009 S. 1599.

23 Vgl. Blomeyer, BetrAV 1999 S. 293.

dem Zeitpunkt der Pfandrechtsbestellung, d.h. die Parteien können keine Abweichung vereinbaren. Sie sind aber bei gleichzeitig bestellten Pfandrechten in der Lage, das gewollte Rangverhältnis anzugeben – hilfsweise kann auch die Uhrzeit angegeben werden. Erfolgt keine Verpfändung an die Hinterbliebenen, würde im Insolvenzfall und nachfolgendem Tod des Versorgungsberechtigten in der Insolvenzphase die Rückdeckungsversicherung in die Masse fallen. In diesem Zusammenhang sollte auch beachtet werden, dass künftige Änderungen einer Rückdeckungsversicherung (z.B. Beitragsreduktion, Beitragsfreistellung, Beileihung, Rückkauf usw.) immer der Zustimmung *aller* Pfandgläubiger bedürfen. Für die Praxis empfiehlt sich daher, diese Zustimmungspflicht der nachrangigen Pfandgläubiger für die Standardfälle auszuschließen.

#### h) Unterschrift des Versorgungsschuldners

Die Verpfändungsvereinbarung sollte vom Versorgungsschuldner (Arbeitgeber) unterschrieben werden. Hierbei muss darauf geachtet werden, dass der Unterzeichnende den Versorgungsschuldner auch entsprechend vertreten kann (Vertretungsberechtigung). Bei Gesellschafter-Geschäftsführern ist insbesondere darauf zu achten, dass eine wirksame Befreiung vom Selbstkontrahierungsverbot (§ 181 BGB) vorliegt.

#### i) Unterschrift der Pfandgläubiger

Zwingend erforderlich ist eine Unterschrift der Pfandgläubiger, auch der nachrangigen. Insbesondere bei Waisenrenten für noch nicht volljährige Kinder sollte der gesetzliche Vertreter stellvertretend für das Kind unterschreiben.

#### j) Anzeige der (wirksamen) Verpfändungsvereinbarung an den Versicherer

Gemäß § 1280 BGB muss – wie oben bereits ausgeführt – die Verpfändung dem Versicherer angezeigt werden. Es ist, wie es in Insolvenzfällen schon vorgekommen ist, mehr als misslich, wenn die Verpfändungsvereinbarung ausgefüllt und gegengezeichnet in den Akten liegt, ohne dem Versicherer angezeigt worden zu sein. Die Verpfändung ist dann nicht wirksam mit der Folge, dass der Insolvenzverwalter die Rückdeckungsversicherung einziehen wird.

#### k) Sonstiges

Empfehlenswert ist immer eine salvatorische Klausel, damit nicht die Unwirksamkeit einer Klausel die gesamte Verpfändung unwirksam werden lässt. Ferner sollte dem Versorgungsberechtigten das Recht eingeräumt werden, die Verpfändung dem Versicherer selbst anzuzeigen.

### 4. Spezielles – Steuerunschädliche Widerrufsvorbehalte

In der Regel befinden sich in vielen älteren Pensionszusagen die in den Einkommensteuerrichtlinien aufgeführten steuerunschädlichen Widerrufsvorbehalte. Der folgende „spezielle“ Vorbehalt kann (so zeigt die Praxis) zur Insolvenzfall werden.

#### Beispiel

Die Versorgungszusage eines Gesellschafter-Geschäftsführers enthält folgende Formulierung: „Die Firma behält sich vor, die zugesagten Leistungen zu kürzen oder einzustellen, wenn

- a. die wirtschaftliche Lage des Unternehmens sich nachhaltig so wesentlich verschlechtert hat, dass ihm eine Aufrechterhaltung der zugesagten Leistungen nicht mehr zugemutet werden kann, oder

- b. der Personenkreis, die Beiträge, die Leistungen oder das Pensionierungsalter bei der gesetzlichen Sozialversicherung oder anderen Versorgungseinrichtungen mit Rechtsanspruch sich wesentlich ändern, oder
- c. die rechtliche, insbesondere die steuerrechtliche Behandlung der Aufwendungen, die zur planmäßigen Finanzierung der Versorgungsleistungen von der Firma gemacht werden oder gemacht worden sind, sich so wesentlich ändert, dass der Firma die Aufrechterhaltung der zugesagten Leistungen nicht mehr zugemutet werden kann, oder
- d. der Pensionsberechtigte Handlungen begeht, die in grober Weise gegen Treu und Glauben verstoßen oder zu einer fristlosen Entlassung berechtigen würden“<sup>24</sup>.

Wie einleitend dargestellt, ist für den beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführer der privatrechtliche Insolvenzschutz sehr wichtig, da eine gesetzliche Absicherung durch den PSVaG hier nicht greift. Als geeignet und höchstrichterlich anerkannt ist die Verpfändung der Leistungen aus einer Rückdeckungsversicherung an den Versorgungsberechtigten und seine Hinterbliebenen<sup>25</sup>.

Im Insolvenzfall kann aufgrund des oben aufgeführten steuerunschädlichen Vorbehaltes der Insolvenzverwalter mit Verweis auf Buchstabe a des formulierten Vorbehalts die Zusage widerrufen, da sich die wirtschaftliche Lage des Unternehmens nachhaltig verschlechtert hat. Im Zuge dessen würde die Pensionszusage im Extremfall vollends wegfallen, d.h. eine Forderung des Versorgungsberechtigten gegenüber dem zugewandten Unternehmen würde dann nicht mehr bestehen.

Die Folge des Entfalls/Widerrufs der Pensionszusage wäre, dass ein dem Gesellschafter-Geschäftsführer eingeräumtes Pfandrecht auf die bestehende Rückdeckungsversicherung ins Leere laufen würde, da das Pfandrecht akzessorisch ausgestaltet ist, d.h. von der Hauptforderung (hier Pensionszusage) abhängig ist<sup>26</sup>.

Höchstrichterlich gibt es hierzu noch keine Rechtsprechung und es gibt auch abweichende Meinungen<sup>27</sup>. Vor dem Hintergrund, dass hier allerdings ein nicht unerhebliches Risikopotenzial gegeben ist, ist zu empfehlen, diese steuerunschädlichen Vorbehalte aus den Pensionszusagen per Nachtrag herauszunehmen.

Darüber hinaus haben die Verfasser in der Praxis schon die Erfahrung gemacht, dass Insolvenzverwalter diese Argumentation nutzen, die Zusage einfach widerrufen und manche Versicherer der Kündigung der Versicherung dann auch stattgeben.

### 5. Zusammenfassung

Ein wirksamer Insolvenzschutz ist keineswegs nur abhängig von der Verpfändung und der Anzeige an den Versicherer, sondern es sind darüber hinaus eine Vielzahl von Punkten zu beachten. Die Verantwortung dafür obliegt dem ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsführer schon in seinem eigenen Interesse. Musterverpfändungsvereinbarungen können zwar Anhaltspunkte geben, sollten aber in jedem Einzelfall sorgfältig daraufhin geprüft werden, ob sie den Kriterien der aktuellen Rechtsprechung, die sich stetig weiterentwickelt, standhalten. Eine regelmäßige Überprüfung der Verpfändung ist daher ratsam.

<sup>24</sup> Vgl. R 6a Abs. 4 EStR 2012.

<sup>25</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 10.7.1997, a.a.O. (Fn. 16); BGH, Urteil vom 7.4.2005, a.a.O. (Fn. 15).

<sup>26</sup> Gl. A. Buttler/Baier, VW 2005 S. 1412 ff.

<sup>27</sup> Vgl. Doetsch/Lenz, Versorgungszusagen an Gesellschafter-Geschäftsführer und -Vorstände, 11. Auflage, S. 39.

## B. Probezeit – Ausstrahlung des BFH-Urteils vom 7.3.2018<sup>28</sup> zur Erdienbarkeit bei Entgeltumwandlung?

Über die allgemeinen Voraussetzungen zur steuerlichen Anerkennung von Versorgungszusagen an „normale“ Arbeitnehmer hinaus sind für Zusagen an Gesellschafter-Geschäftsführer einige weitere Kriterien zu beachten. Die Einhaltung dieser Vorgaben prüft die Finanzverwaltung sehr kritisch und aus der Vielzahl der Urteile des Bundesfinanzhofes<sup>29</sup> ist ersichtlich, dass es bezüglich der Einhaltung dieser zusätzlichen Kriterien sehr häufig zu Rechtsstreitigkeiten kommt. Ursächlich hierfür ist die Befürchtung der Finanzverwaltung, dass die Zusagen aus rein steuerlichen Gründen erteilt werden, um dem Gesellschafter zulasten der Gesellschaft einen Vermögensvorteil zukommen zu lassen. Ein wesentliches Kriterium ist die betriebliche Veranlassung der Versorgungszusage, d.h. es wird geprüft, ob die von Finanzverwaltung und BFH entwickelte Denkfikur des ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters (§ 93 Abs. 1 Satz 1 Aktiengesetz, § 43 Abs. 1 Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung) einem gesellschaftsfremden Geschäftsführer die gleiche Versorgung bewilligt hätte. Ist dies nicht der Fall, so ist die Versorgungszusage gesellschaftsrechtlich veranlasst und die steuerliche Anerkennung wird versagt.

Finanzverwaltung und BFH haben im Laufe der Jahrzehnte einige grundsätzliche Kriterien – wie z.B. Probezeit und Erdienbarkeit – festgelegt, die Voraussetzung für die steuerliche Anerkennung von Versorgungszusagen an Gesellschafter-Geschäftsführer sind. In dem Zusammenhang wurde und wird auch immer wieder diskutiert, ob diese Voraussetzungen auch bei einer Entgeltumwandlung zu beachten sind oder nicht.

Dem hat der BFH mit o.g. Urteil<sup>30</sup> zumindest für das Kriterium der Erdienbarkeit – unter bestimmten Voraussetzungen – eine Absage erteilt. Fraglich ist, ob dieses Urteil, welches zum Kriterium der Erdienbarkeit ergangen ist, auch auf das Kriterium der Probezeit ausstrahlt.

Ausschlaggebend war bei der Urteilsfindung die Tatsache, dass es sich um *echte* Barlohnumwandlung handelt, d.h. es gab keine sprunghaften Gehaltsanhebungen im Vorfeld oder Nachgang der Entgeltumwandlung oder gar die Vollumwandlung des Barlohns mit der Folge einer sog. Nur-Pension. Darüber hinaus betont der BFH in seinen Entscheidungsgründen aber auch, dass auf Entgeltumwandlung beruhende Versorgungszusagen durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst sein können und des Weiteren der Gesellschafter-Geschäftsführer seine Gestaltungsmacht nicht zu unüblichen „Gehaltsveränderungen“ im Zusammenhang mit der Versorgungszusage (aus)nutzt.

Aufgrund vorgenannter Gründe ist es geboten, bei Versorgungszusagen durch Entgeltumwandlung innerhalb der Probezeit Vorsicht walten zu lassen. Sicher könnte belegt werden, dass es im Nachgang der Entgeltumwandlung zu keinen sprunghaften Gehaltsveränderungen kommt. Allerdings stellt sich die Frage, wie belegt werden kann, dass nicht bereits im Vorfeld eine Gehaltsumwandlung geplant war und daher bereits bei Dienst Eintritt ein höheres Gehalt vereinbart wurde.

Sofern man bei der Gestaltung der Versorgungszusage wie ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter handelt, kann u.E. eine Versorgungszusage aus Entgeltumwandlung

innerhalb der Probezeit erteilt werden. Dies ist u.E. der Fall, sofern folgende Kriterien erfüllt sind:

- Es handelt sich um eine „echte“ Gehaltsumwandlung. Das kann u.E. dadurch belegt werden, dass die Barlohnumwandlung frühestens ein Jahr nach Dienst Eintritt/Gründung erfolgt.
- Kein (Aus)nutzen der Gestaltungsmacht zu unüblichen „Gehaltsveränderungen“ im Zusammenhang mit der Versorgungszusage. Dies ist u.E. gegeben, wenn es innerhalb eines Jahres vor und nach Gehaltsumwandlung zu keinen unüblichen Gehaltsprüngen kommt.
- Übliche Gehaltsveränderungen wären beispielsweise eine Anpassung an allgemein gültige Standards/ Indizes wie z.B. Verbraucherpreisindex oder Beamtenbezüge.
- Die Rückdeckung der Versorgungsleistungen sollte kongruent erfolgen, d.h., dass die Versorgungsleistungen eins zu eins durch die garantierten Leistungen einer Versicherung abgedeckt sind und die Versorgungszusage sollte als beitragsorientierte Leistungszusage gestaltet sein.
- Darüber hinaus sollte die Versorgungszusage nicht mit Risiko- oder Kostensteigerungen für das Unternehmen verbunden sein.

Fazit: Die Anwendung der – zur Erdienbarkeit ergangenen – Rechtsprechung auf das Kriterium der Probezeit ist u.E. aufgrund der oben dargelegten Gründe möglich<sup>31</sup>. Trotz alledem sollte man nicht aus den Augen verlieren, dass dies nicht grundsätzlich der Fall ist, und es bei unüblichen Gestaltungen, die einem Fremdvergleich nicht standhalten, weiterhin kritisch zu sehen ist.

**Claudia Keil** ist seit vielen Jahren bei der ALTE LEIPZIGER Pensionsmanagement GmbH hauptverantwortlich zuständig für die Betreuung der Gesellschafter-Geschäftsführer-Versorgungen. Als Dozentin für die GGF-Versorgung begleitet sie beim BWV Rhein-Main e.V. den Studiengang Spezialist/-in Betriebliche Altersversorgung (DVA). Sie leitet seit Jahren Seminare zur GGF-Versorgung und ist Mitautorin des Kommentars „Pensions- und Unterstützungskassenzusagen an Gesellschafter-Geschäftsführer von Kapitalgesellschaften.“



**Elisabeth Lapp** ist seit 2007 Rechtsanwältin in Frankfurt am Main. Nach mehrjähriger Erfahrung in einem Beratungshaus ist sie mittlerweile als Syndikusrechtsanwältin bei der ALTE LEIPZIGER Lebensversicherung a.G. tätig. Hier ist sie zuständig für alle juristischen Belange der Verwaltung im Bereich der betrieblichen Altersversorgung sowie für übergeordnete Themen wie z.B. den Versorgungsausgleich und Gesellschafter-Geschäftsführer-Versorgungen. Weiterhin referiert sie regelmäßig zu verschiedensten Themen der bAV bei diversen Veranstaltungen.



**Jochen Probst** ist Betriebswirt (VWA) und leitet den Bereich betriebliche Altersversorgung Vertriebsunterstützung bei der ALTE LEIPZIGER Lebensversicherung a.G. Darüber hinaus ist er Dozent an der Fachhochschule Koblenz für den Studiengang Betriebswirt/in für betriebliche Altersversorgung (FH). Er ist auf Beratungen zur bAV spezialisiert und Mitautor des Kommentars: „Pensions- und Unterstützungskassenzusagen an Gesellschafter-Geschäftsführer von Kapitalgesellschaften.“



28 Az.: I R 89/15, BetrAV 2018 S. 419 = BStBl. II 2019 S. 70.

29 Im Folgenden BFH.

30 Vgl. BFH, Urteil vom 7.3.2018, a.a.O. (Fn. 29).

31 Gl. A. Schiller/Veh, BetrAV 6/2020 S. 474.