

## **Mandanten-Information für GmbH-Geschäftsführer Nr. 4/2015**

Sehr geehrte Damen und Herren,

auch für die vorliegende Mandanten-Information haben wir uns wieder bemüht, Ihnen praxisnahe und geldwerte Empfehlungen zu geben. Das beginnt mit Hinweisen für eine aus steuerlicher Sicht „wasserdichte“ Gründung einer GmbH & Still (Nr. 1) sowie für die steueroptimale Gewinnverteilung in dieser Gesellschaftsform (Nr. 2) und erstreckt sich auf steueroptimierte Tantiemeregungen (Nr. 3 und 4) und Gesellschafterdarlehen (Nr. 5 und 6).

Wir berichten ferner über Steuerfallen, wenn die GmbH einem ihrer Gesellschafter oder ihrem Geschäftsführer ein Darlehen gibt (Nr. 7 und 8) und über Probleme bei der Anwendung des Mindestlohngesetzes (Nr. 9).

Mit freundlichen Grüßen

### **Aus dem Inhalt:**

- 1 GmbH & Still mit Familienangehörigen:** Zivilrechtliche Anforderungen
- 2 GmbH & Still:** Welche Gewinnbeteiligung des stillen Gesellschafters ist steuerlich angemessen?
- 3 Gewinnantiente (1):** Kurzfristige erhebliche Anhebung der Tantieme als verdeckte Gewinnausschüttung
- 4 Gewinnantiente (2):** Gesellschafter-Geschäftsführer müssen Halbteilungsgrundsatz beachten
- 5 Unverzinsliches Gesellschafterdarlehen:** Abzinsungsgewinn der GmbH durch eine Einlage neutralisierbar?
- 6 Gesellschafterdarlehen:** Abgeltungsteuer auf die Zinserträge?
- 7 GmbH-Darlehen an Gesellschafter:** Welcher Zins ist angemessen?
- 8 Arbeitgeberdarlehen an den Geschäftsführer:** Gesellschaftsrechtliche und steuerliche Grenzen
- 9 Mindestlohn:** Geltungsbereich und Ausnahmen

## 1 GmbH & Still mit Familienangehörigen: Zivilrechtliche Anforderungen

Mit der Vereinbarung einer stillen Beteiligung von Familienangehörigen an der GmbH des Mehrheitsgesellschafters (sogeannte GmbH & Still) kann zum einen eine Verlagerung von Einkünften auf niedrig besteuerte Angehörige (z.B. Kinder) erreicht und zum anderen die Nachfolge in der GmbH durch ein Familienmitglied eingeleitet werden. Zu diesem Zweck – aber auch für die steuerliche Anerkennung der GmbH & Still – müssen die zivilrechtlichen Anforderungen an die Begründung dieser Gesellschaftsform beachtet werden.

Soll z.B. ein **minderjähriges Kind** stiller Gesellschafter werden, muss eine Genehmigung des Familiengerichts (früher Vormundschaftsgericht) eingeholt werden, um den Vertrag zivilrechtlich wirksam abschließen zu können.

Grundsätzlich kann die stille Beteiligung auch **durch Schenkung** einer bestehenden Beteiligung oder einer Geldsumme begründet werden. Dabei müssen die getroffenen Vereinbarungen ernsthaft gewollt, tatsächlich durchgeführt und unter fremdüblichen Bedingungen abgeschlossen sein. Das Gesellschaftsverhältnis muss tatsächlich so wie im Vertrag begründet durchgeführt werden.

Entscheidend ist, dass die Familienangehörigen, insbesondere Kinder, die Verfügungsmacht über die stille Einlage erhalten und eigene Einkünfte daraus erzielen. Dem Kind müssen mindestens die Rechte nach § 233 HGB (Einsichts- und Kontrollrechte) eingeräumt werden. Diese beinhalten unter anderem, dass es dem stillen Gesellschafter in der Regel zu gestatten ist, **seinem gesamten Gewinnanteil zu entnehmen**. Wird dieses Recht durch Entnahmebeschränkungen zu stark eingeschränkt oder gar verboten, spricht dies gegen eine tatsächliche Durchführung des Gesellschaftsvertrags der stillen Gesellschaft. Es darf **keine Verfügungsbeschränkung** über den Anteil vorliegen, insbesondere dann nicht, wenn das Kind volljährig wird.

Wird eine **stille Beteiligung an minderjährige Kinder verschenkt**, so bedarf es für die steuerliche Anerkennung eines bürgerlich-rechtlich wirksamen Vertrags. Dieser muss grundsätzlich notariell beurkundet werden (§ 518 Abs. 1 Satz 1 BGB). Unter bestimmten Umständen muss zudem ein **Ergänzungspfleger** bestellt werden. Ein Vorbehalt des Widerrufs der Schenkung oder eine Einschränkung der Verfügungsmacht an der Beteiligung des Kindes kann zur steuerlichen Nicht-Anerkennung führen.

In einem aktuellen BFH-Urteil wurde die **schenkweise eingeräumte atypisch stille Beteiligung** an einer GmbH steuerlich anerkannt, obwohl der Schenkungsvertrag nicht notariell beurkundet wurde. Das Gericht sah den Formmangel durch die tatsächliche Durchführung der Schenkung als geheilt an. Im Urteilsfall wurde der Tochter durch die Zuwendung eines Darlehens, das als Einlage auf dem Kapitalkonto „atypisch stille Beteiligung“ umgebucht wurde, die Einlage schenkweise eingeräumt. Der abgeschlossene Gesellschaftsvertrag zwischen der GmbH und der stillen Gesellschafterin (Tochter) war klar, eindeutig und

leicht nachprüfbar und entsprach den Vereinbarungen wie zwischen fremden Dritten.

## 2 GmbH & Still: Welche Gewinnbeteiligung des stillen Gesellschafters ist steuerlich angemessen?

Ist eine stille Beteiligung an einer GmbH zivilrechtlich wirksam zustande gekommen, muss außerdem die Gewinnbeteiligung des stillen Gesellschafters angemessen sein, wenn sie vom Finanzamt anerkannt werden soll.

Wird die stille Gesellschaft steuerlich nicht anerkannt, stellt sich die Frage, wie die Leistungen zwischen Gesellschaft und vermeintlich stillem Gesellschafter zu behandeln sind. Zu unterscheiden ist die Nicht-Anerkennung der stillen Gesellschaft als solcher und die Nicht-Anerkennung der vereinbarten Gewinn- und Verlustbeteiligung. Eine unüblich hohe Gewinn- und Verlustbeteiligung ist grundsätzlich nicht schädlich für die steuerliche Anerkennung der stillen Gesellschaft als solche. Es kommt nur zu Kürzungen der Gewinn- bzw. Verlustbeteiligung des stillen Gesellschafters auf ein fremdübliches Maß. Als Maßstab für eine angemessene Gewinnbeteiligung des stillen Gesellschafters sind neben der reinen Rendite der Einlage des Stillen weitere Kriterien wie Verlustbeteiligung, Arbeitseinsatz oder das Verhältnis des Unternehmenswerts der GmbH zu der Kapitaleinlage des „Stillen“ heranzuziehen.

Die Rechtsprechung hat für die Beteiligung von nahen Angehörigen folgende durchschnittliche Renditen als angemessen eingestuft, wobei jeweils zwischen schenkweiser eingeräumter Beteiligung und aus Eigenmitteln erworbener Beteiligung mit oder ohne Verlustbeteiligung zu unterscheiden ist (vgl. auch H 15.9 (5) EStR):

- (1) Die stille Beteiligung wurde **schenkweise eingeräumt**.  
Die durchschnittliche Rendite kann **mit Verlustbeteiligung** bis zu 15 Prozent und **ohne Verlustbeteiligung** bis zu 12 Prozent betragen.
- (2) Die stille Beteiligung wurde aus **Eigenmitteln erworben**.  
Die durchschnittliche Rendite kann **mit Verlustbeteiligung** bis zu 35 Prozent und **ohne Verlustbeteiligung** bis zu 25 Prozent betragen.

Rendite ist dabei das Verhältnis des Gewinnanteils des stillen Gesellschafters zum Nominalwert seiner stillen Beteiligung (Einlage).

### Beispiel:

*V ist zu 100 Prozent Gesellschafter der X-GmbH. Er schenkt seinem volljährigen Sohn S einen Geldbetrag in Höhe von 50.000 Euro, den dieser als typisch stiller Gesellschafter in die GmbH einlegt. Der zivilrechtlich wirksame Vertrag über die stille Gesellschaft sieht eine Gewinnbeteiligung des typisch stillen Gesellschafters in Höhe von 20 Prozent seiner Einlage vor, eine Verlustbeteiligung ist ausgeschlossen. Das handelsrechtliche Ergebnis der GmbH beträgt für das Wirtschaftsjahr 2014 100.000 Euro.*

10.000 Euro (20 Prozent von 50.000 Euro) werden dem stillen Gesellschafter als Gewinnanteil zugerechnet.

**Lösung:** Die stille Gesellschaft zwischen der X-GmbH und S ist anzuerkennen. Nach den Maßstäben der Rechtsprechung wäre in diesem Fall eine Gewinnbeteiligung von bis zu 6.000 Euro (12 Prozent von 50.000 Euro) als angemessen zu sehen, da es sich um eine schenkweise eingeräumte stille Beteiligung handelt und die Verlustbeteiligung ausgeschlossen ist. Der unangemessene Teil der Gewinnbeteiligung in Höhe von 4.000 Euro ist als verdeckte Gewinnausschüttung anzusehen. Diese darf das zu versteuernde Einkommen der X-GmbH nicht mindern und ist dem V als Kapitalertrag nach § 20 Abs. 1 EStG zuzurechnen.

### 3 Gewinntantieme (1): Kurzfristige erhebliche Anhebung der Tantieme als verdeckte Gewinnausschüttung

Vor kurzfristigen Erhöhungen einzelner Vergütungsbestandteile für Gesellschafter-Geschäftsführer muss gewarnt werden, da Betriebsprüfer in diesem Fall regelmäßig eine verdeckte Gewinnausschüttung „wittern“. Dies gilt insbesondere dann, wenn ein konkreter betrieblicher Anlass für die Anhebung der Vergütung nicht erkennbar ist.

Dazu folgender Fall, den der BFH zu entscheiden hatte:

Alleinige Gesellschafter zu gleichen Teilen und gleichberechtigte Geschäftsführer der X-GmbH sind A und B. Beide erhielten ab dem 1.1.2009 – neben Urlaubsgeld, Weihnachtsgeld, Krankenversicherungszuschuss und der Nutzung eines Dienstwagens – jeweils ein festes monatliches Geschäftsführergehalt. Darüber hinaus stand ihnen in den Jahren 2007 und 2008 noch eine Tantieme in Höhe von 20 Prozent des Gewinns vor Ertragsteuern, jedoch maximal 25 Prozent der laufenden Bezüge, zu. Mit Gesellschafterbeschluss vom 16.12.2008 wurde für 2009 die Begrenzung der Tantieme auf 25 Prozent der laufenden Bezüge aufgehoben. Dadurch konnten die Geschäftsführer ein deutlich höheres variables Gehalt als zuvor vereinbaren.

Das Finanzamt ging im Zuge einer Außenprüfung davon aus, dass die in 2009 an A und B gezahlten Tantiemen infolge der Aufhebung der Tantiemebegrenzung unangemessen hoch und folglich teilweise als vGA zu werten seien. Einspruch und Klage hatten keinen Erfolg. Das FG ließ die Revision gegen sein Urteil nicht zu.

Der BFH verwarf die dagegen gerichtete Nichtzulassungsbeschwerde als unzulässig, da sie nicht den gesetzlichen Anforderungen an die Darlegung von Revisionszulassungsgründen genügte. Denn die Frage, ob eine kurzfristige erhebliche Tantiemeerhöhung Indiz für die gesellschaftliche Veranlassung sei, ist nicht klärungsbedürftig.

Dabei stellt der BFH hinsichtlich der Höhe von Gewinntantiemen auf den ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiter ab. Dieser wird darauf achten, dass die Tantieme in Verbindung mit den übrigen Gehaltsbestandteilen **nicht zu einer unangemessen hohen Gesamtausstat-**

**tung** führt. Bei Vereinbarung einer sehr hohen Tantieme muss der Geschäftsführer darlegen, weshalb diese vereinbart wurde und dass die Tantieme nur **aus betrieblichen Gründen** gezahlt wurde.

Derartige betriebliche Gründe hat die X-GmbH nicht geltend gemacht. Daher ist die **Kurzfristigkeit und Erheblichkeit** der Tantiemeerhöhung **Indiz für eine gesellschaftliche Veranlassung**.

### 4 Gewinntantieme (2): Gesellschafter-Geschäftsführer müssen Halbteilungsgrundsatz beachten

Nach ständiger BFH-Rechtsprechung dürfen für ihre GmbH tätige Gesellschafter insgesamt maximal 50 Prozent des Gewinns als Tantieme beziehen. Die andere Hälfte des Gewinns muss der Gesellschaft verbleiben. Gegen diesen Halbteilungsgrundsatz hatten drei Gesellschafter in leitender Stellung verstoßen in einem Fall, den das Finanzgericht München zu entscheiden hatte.

Laut Sachverhalt waren die Gesellschafter S und Sch als Geschäftsführer der C-GmbH tätig und zu jeweils 40 Prozent beteiligt. Der Gesellschafter W (als Prokurist tätig) war zu 20 Prozent beteiligt.

Ende April 2004 beschlossen die Gesellschafter, angesichts der angespannten Liquiditätssituation ihre Gehälter zu senken, zunächst befristet bis Ende April 2005. Auf der Gesellschafterversammlung am 30.6.2005 wurde dann wieder eine Gehaltserhöhung für die Gesellschafter und den Prokuristen beschlossen. Ferner wurde für die Geschäftsführer und den Prokuristen künftig eine gewinnabhängige Tantieme von jeweils 20 Prozent des Jahresgewinns der GmbH – insgesamt also 60 Prozent des Gewinns – vereinbart.

Im Anschluss an eine Außenprüfung behandelte das Finanzamt die Gewinntantieme als vGA und erließ entsprechende Steuerbescheide. Im Einspruchsverfahren wurden die Bescheide insoweit geändert, als die Tantiemevereinbarung rückwirkend für 2005 erfolgt war. Die 50 Prozent des Gewinns übersteigenden Gewinntantiemen wurden allerdings nicht anerkannt.

Die Frage nach der Art der Veranlassung – ob betrieblich oder durch das Gesellschaftsverhältnis bedingt – ist bei Tantiemen grundsätzlich anhand aller Umstände des konkreten Einzelfalls zu beurteilen. In bestimmten Fällen spricht jedoch der **Beweis des ersten Anscheins** für eine Veranlassung im Gesellschaftsverhältnis. Dies gilt u.a. dann, wenn die zugesagte Tantieme sich **auf mehr als 50 Prozent des Jahresüberschusses der Gesellschaft** beläuft. Soweit die Tantieme diese Grenze übersteigt, liegt daher eine vGA vor, falls nicht im Einzelfall besondere Gründe für die Zusage einer außergewöhnlich hohen Tantieme bestanden haben. Dasselbe gilt, wenn mehrere Gesellschafter-Geschäftsführer Gewinntantiemen erhalten und diese **zusammen die Grenze von 50 Prozent des Jahresüberschusses übersteigen**.

## 5 Unverzinsliches Gesellschafterdarlehen: Abzinsungsgewinn der GmbH durch eine Einlage neutralisierbar?

Darlehen von GmbH-Gesellschaftern an die eigene GmbH sind in der Praxis häufig. Meist werden sie vereinbart, wenn es der Gesellschaft wirtschaftlich nicht gut geht. Dann liegt es außerdem nahe, das Darlehen unverzinslich zu gewähren, um die Ertragslage der GmbH nicht zusätzlich durch Zinszahlungen zu belasten. Doch dieser Großmut wird vom Gesetzgeber „bestraft“; denn nach § 6 Abs. 1 Nr. 3 EStG ist das unverzinsliche Gesellschafterdarlehen in der Steuerbilanz der GmbH mit **5,5 Prozent abzuzinsen**, wenn die Laufzeit am Bilanzstichtag noch zwölf Monate oder mehr beträgt. Die Folge ist ein **Abzinsungsgewinn**, der entweder höhere Ertragsteuern auslöst oder einen vortragsfähigen Verlust mindert.

Eine GmbH, die sich mit diesem Ergebnis nicht abfinden wollte, vertrat in einem Revisionsantrag vor dem BFH die Auffassung, der Abzinsungsgewinn sei durch den Ansatz einer – nicht steuerbaren – verdeckten Einlage zu neutralisieren. Ebenso wie zuvor schon das Finanzgericht Schleswig-Holstein lehnte der BFH diese Auffassung ab und ließ die Revision nicht zu.

Die „**Steuerfalle**“ der **Abzinsung** lässt sich **vermeiden**, wenn für Gesellschafterdarlehen zumindest eine geringe Verzinsung – 0,5 Prozent reicht aus – vereinbart wird. Alternativ könnte ein Darlehen mit einer Laufzeit von unter zwölf Monaten gewährt werden, das bei Bedarf verlängert wird, ggf. auch wiederholt.

## 6 Gesellschafterdarlehen: Abgeltungsteuer auf die Zinserträge?

Gesellschafter pflegen ihre GmbH häufig durch Darlehen zu finanzieren. Abgesehen davon, dass die GmbH in diesem Fall die Kreditwürdigkeitsprüfung durch die Hausbank umgeht, kann der Gesellschafter noch relativ attraktive Zinsen für seinen Kapitaleinsatz beziehen. Der Zinsertrag würde ihm noch zusätzlich „versüßt“, wenn er auf die Zinsen nur den günstigen Abgeltungsteuersatz von 25 Prozent zahlen müsste. Um diese Frage ging es in folgendem BFH-Urteil.

Laut Sachverhalt war der Kläger Alleingesellschafter und Geschäftsführer einer GmbH. Im Jahr 2000 schloss er mit dieser einen schriftlichen Vertrag über die Gewährung eines ungesicherten Darlehens in Höhe von 600.000 DM ab. Das Darlehen sollte mit jährlich 6 Prozent verzinst werden, die Auszahlung je nach Bedarf erfolgen. Am 31.12.2009 valutierte das Darlehen in Höhe von 272.000 Euro. Der Kläger erzielte daraus im Streitjahr 2009 Kapitalerträge in Höhe von 16.320 Euro.

Weil die **Abgeltungsbesteuerung** gemäß § 32d Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Buchst. b EStG **nicht für Zinserträge** gilt, wenn sie von einer Kapitalgesellschaft **an einen Anteilseigner** gezahlt werden, der zu **mindestens 10 Prozent** an der Gesellschaft **beteiligt** ist, besteuerte das Finanzamt die Zinserträge mit dem persönlichen Einkommensteu-

ersatz des Klägers. Die hiergegen erhobene Klage hatte keinen Erfolg.

Die Revision wurde vom BFH als unbegründet zurückgewiesen. Nach Ansicht des BFH verstößt der **Ausschluss des Abgeltungsteuersatzes** nach § 32d Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Buchst. b EStG **nicht gegen Art. 3 Abs. 1 Grundgesetz**. Die Ungleichbehandlung des Klägers im Verhältnis zu den durch den Abgeltungsteuersatz begünstigten Steuerpflichtigen ist durch sachliche Gründe gerechtfertigt. Ebenso ist die vom Gesetzgeber normierte Beteiligungsquote von 10 Prozent nicht willkürlich.

Der Kläger hat gegen das BFH-Urteil zwischenzeitlich Verfassungsbeschwerde eingelegt (Az. 2 BvR 2325/14). Er sieht den allgemeinen Gleichheitssatz und seine Handlungsfreiheit verletzt. Für die Versagung des in seinem Fall niedrigeren Abgeltungsteuersatzes im Vergleich zum tariflichen Steuersatz fehle ein sachgerechter Grund. Eine missbräuchliche Ausnutzung des Abgeltungsteuersatzes im Streitjahr 2009 komme in seinem Fall nicht in Betracht, weil er den Darlehensvertrag schon im Jahr 2000 und damit vor Einführung der Abgeltungsteuer abgeschlossen habe.

Wir werden über den weiteren Verlauf der Verfassungsbeschwerde berichten.

## 7 GmbH-Darlehen an Gesellschafter: Welcher Zins ist angemessen?

Macht eine GmbH gute Gewinne und benötigt der Mehrheitsgesellschafter finanzielle Mittel z.B. für den Erwerb einer Immobilie, gibt es zwei Möglichkeiten, ihm diese Mittel aus dem Gesellschaftsvermögen zu verschaffen: (1) Die GmbH schüttet entsprechende Gewinne aus. Die Folge: Der Gesellschafter versteuert die erhaltenen Mittel mit der 25-prozentigen Abgeltungsteuer zzgl. Soli-Zuschlag und ggf. Kirchensteuer. (2) Die GmbH gewährt ihm in der gewünschten Höhe ein Darlehen. Damit spart der Gesellschafter die Abgeltungsteuer plus Soli-Zuschlag.

Bei der Alternative „Darlehen“ stellt sich die Frage, welchen Darlehenszins die Gesellschaft mindestens verlangen sollte, damit die Verzinsung auch vom Finanzamt anerkannt wird.

Maßgeblich für die **Angemessenheit des Darlehenszinses** ist der bankübliche Zins. Dieser ist allerdings kein allgemeingültiger Maßstab, denn die Zinssätze sind abhängig von Laufzeit, Tilgungsverhältnissen, Höhe und Sicherung des Darlehens. Bei der Berechnung ist ein Damnum einzubeziehen. Zur Angemessenheit des Zinses sind folgende **Urteile aus der Rechtsprechung** zu beachten:

- Hat die Gesellschaft ihrerseits ein Darlehen aufgenommen, um es an den Gesellschafter weiterzuleihen, muss sie diesem den Zins in Rechnung stellen, den sie selbst zahlen muss (BFH vom 16.9.1957, Az. I 88/58, BStBl III 1958, S. 451).
- Hätte die Gesellschaft die Möglichkeit, mit ihren freien Mitteln einen (hochverzinslichen) Kredit z.B. gegen-

über der Hausbank zu tilgen, gibt sie aber stattdessen dem Gesellschafter ein Darlehen, muss sie diesem den Zins für den weiterlaufenden Bankkredit in Rechnung stellen (BFH vom 28.2.1990, Az. I 83/87, BStBl II 1990, S. 649).

- Ist keine der vorgenannten Alternativen gegeben, kann also die GmbH dem Gesellschafter **ein Darlehen aus freien Mitteln** geben, soll nach der Rechtsprechung des BFH der angemessene Zins zwischen marktüblichem Soll- und Habenzins liegen. Die Marge zwischen diesen beiden Zinssätzen soll halbiert und der Habenzins (Anlagezins) um die halbe Marge erhöht werden (BFH vom 22.10.2003, Az. I R 36/03). Dieser Auffassung hat das FG Baden-Württemberg zu Recht widersprochen. Es komme bei der Zinsvereinbarung mit dem Gesellschafter allein auf die Anlagechancen der GmbH und den dabei erzielbaren Zins an.

#### **Beispiel:**

*Eine GmbH verfügt über freie Mittel in Höhe von 100.000 Euro. Eine Festgeldanlage für die Dauer von zwei Jahren wäre zum Zins von 2 Prozent möglich. Verfügt der Gesellschafter über eine gute Bonität, kann die Gesellschaft ihm ein Darlehen von über 100.000 Euro zu einem Zins von 2 Prozent geben, ohne dass eine vGA vorliegt.*

Da die Gesellschaft im vorstehenden Beispiel keinen höheren Anlagezins bekommen könnte, kann das gleich hoch verzinsliche Darlehen an den Gesellschafter auch nicht zu einer Vermögenseinbuße führen (FG Baden-Württemberg, Urteil vom 10.11.2005, Az. 3 K 353/01).

- Eine vGA liegt nicht vor, wenn der Gesellschafter zugleich für die GmbH tätig ist und deshalb ein Arbeitgeberdarlehen zu einem günstigen Zins erhält (dazu der folgende Beitrag).

Wenn das Finanzamt den Zins für ein Darlehen an den Gesellschafter als zu niedrig einstuft, muss es der GmbH nachweisen, dass sie bessere Anlagemöglichkeiten (zu einem höheren Zins) gehabt hätte. Das Gleiche gilt, wenn das Finanzamt behauptet, die GmbH hätte aus ihren freien Mitteln höher verzinsliche Darlehen zurückzahlen können.

Will ein Gesellschafter eine Immobilie erwerben, kann ihm die Gesellschaft aus freien Mitteln derzeit ein grundbuchlich abgesichertes Darlehen zu einem Zins knapp über 1 Prozent für die Dauer von fünf Jahren geben. Wie auch gegenüber seiner Hausbank sollte der Gesellschafter auf einen festen Zinsbindungszeitraum Wert legen (z.B. fünf oder zehn Jahre), um sich den günstigen Zins langfristig zu sichern. Desgleichen sollte für diesen Zeitraum eine Kündigung des Darlehens durch beide Seiten ausgeschlossen werden. Sondertilgungsmöglichkeiten (ein- oder zweimal jährlich) zu Gunsten des Gesellschafters können optional vorgesehen werden.

## **8 Arbeitgeberdarlehen an den Geschäftsführer: Gesellschaftsrechtliche und steuerliche Grenzen**

Auch Gesellschafter-Geschäftsführer können vorteilhafte Darlehen von der GmbH als ihrem Arbeitgeber beziehen. Dabei gilt es, sowohl die Anforderungen des Gesellschaftsrechts als auch des Steuerrechts zu beachten.

§ 43a GmbHG bestimmt, dass Geschäftsführern, anderen gesetzlichen Vertretern der GmbH sowie Prokuristen und General-Handlungsbevollmächtigten ein Kredit nicht aus dem zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögen gewährt werden darf. Der Kredit muss demzufolge aus den Rücklagen gespeist werden. Ein Verstoß gegen § 43a GmbHG lässt die zivilrechtliche Wirksamkeit des Vertrags unberührt und führt lediglich zu einem **gesetzlichen Rückforderungsanspruch** der GmbH in Höhe des Betrags, der zur Auffüllung des satzungsmäßigen Stammkapitals erforderlich ist. Zahlt der Geschäftsführer als Darlehensnehmer diesen Betrag nicht zurück, haftet er der Gesellschaft auf Schadenersatz (§ 43 Abs. 2 GmbHG). Der Verstoß allein führt deshalb nicht zu einer **verdeckten Gewinnausschüttung (vGA)**.

Zuständig für den Abschluss des Darlehensvertrags ist der Geschäftsführer selbst, soweit nicht ausnahmsweise – z.B. wegen der Höhe des Darlehens – ein Gesellschafterbeschluss gemäß § 49 Abs. 2 GmbHG erforderlich ist. Nach dieser Vorschrift ist ein Gesellschafterbeschluss herbeizuführen, „wenn es im Interesse der Gesellschaft erforderlich erscheint“.

Da es sich bei der Darlehensvergabe an den Geschäftsführer um ein sogenanntes **Insich-Geschäft** handelt – auf beiden Seiten handelt dieselbe Person –, muss der Geschäftsführer entweder in der Satzung oder durch Gesellschafterbeschluss auf der Grundlage einer Satzungs Ermächtigung **vom Verbot der Insich-Geschäfte** (§ 181 BGB) **befreit** sein.

Um jeden Anschein einer vGA zu vermeiden, sollte im Dienstvertrag des Geschäftsführers geregelt sein, dass die Gesellschaft ihm im Rahmen des Anstellungsverhältnisses bei uneingeschränkter Bonität ein ungesichertes Darlehen bis zu einem Betrag von z.B. 100.000 Euro ohne Zustimmung der Gesellschafterversammlung geben kann. Alternativ wäre ein Gesellschafterbeschluss möglich, wonach die Gesellschaft ihren leitenden Angestellten (Geschäftsführer und Prokuristen) ein solches Darlehen gewähren kann.

Ein zinsverbilligtes Darlehen führt beim Geschäftsführer nur dann zu einem lohnsteuerpflichtigen **geldwerten Vorteil**, wenn der Zinssatz für das Darlehen unter dem marktüblichen Zins für vergleichbare Darlehen im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses liegt. Es ist also danach zu unterscheiden, ob ein Wohnungsbaukredit oder ein Konsumentenkredit/Ratenkredit vergeben werden soll; außerdem müssen die Laufzeit des Darlehens und die Dauer der Zinsfestlegung vergleichbar sein.

Eine Zinsverbilligung ist eine Sachzuwendung im Sinne von § 8 Abs. 2 EStG. Derartige Sachzuwendungen sind steuerfrei, wenn sie die monatliche Freigrenze von 44 Euro nicht überschreiten (§ 8 Abs. 2 Satz 11 EStG).

#### Beispiel:

Der Geschäftsführer M lässt sich von seiner Gesellschaft ein Darlehen in Höhe von 50.000 Euro für den Erwerb einer Eigentumswohnung geben. Die Laufzeit beträgt vier Jahre. Es wird eine monatliche Tilgung und Zinszahlung (Annuität) vereinbart. Der marktübliche Zins beträgt 2 Prozent. Der mit der GmbH vereinbarte Zins beträgt 1 Prozent.

Der geldwerte Vorteil für M beträgt (1 Prozent von 50.000 Euro =) 500 Euro jährlich, also 41,66 Euro monatlich. Da die Freigrenze von 44 Euro monatlich nicht überschritten ist, bleibt der geldwerte Vorteil für M ohne Auswirkung bei seiner Lohnabrechnung.

## 9 Mindestlohn: Geltungsbereich und Ausnahmen

Seit dem 1.1.2015 gilt in Deutschland flächendeckend der Mindestlohn: Je Zeitstunde haben Arbeitnehmer Anspruch auf 8,50 Euro brutto.

Das Mindestlohngesetz (MiLoG) **gilt für alle Arbeitnehmer**. Dies sind nicht nur Beschäftigte mit Arbeitsvertrag, sondern auch solche, die – zum Beispiel durch den Prüfdienst der Deutschen Rentenversicherung – **als Arbeitnehmer eingestuft** werden.

#### Beispiel:

Ein Tiefkühlkosthersteller beschäftigt selbstständige Verkaufsfahrer, die im Nachhinein als Arbeitnehmer eingestuft werden. Ihre Einkünfte, d.h. Umsätze abzüglich Einkaufskosten, liegen im Rahmen der ermittelten Arbeitszeit nachgerechnet unterhalb des Mindestlohns. In diesem Fall ist das MiLoG uneingeschränkt anwendbar. Die Verkaufsfahrer können den Mindestlohn fordern bzw. einklagen.

Arbeitsvertraglich kann auf die Zahlung des Mindestlohns nicht verzichtet werden (§ 3 MiLoG). Allerdings kann der Arbeitnehmer auf die Zahlung einer Abfindung oder Vergütung in Höhe des Mindestlohns im Wege eines **gerichtlichen Vergleichs** verzichten.

In § 22 MiLoG ist geregelt, für wen das Gesetz **nicht gilt**. Nicht unter das Gesetz fallen

#### 1. Praktikanten, die

- a) ein Praktikum verpflichtend aufgrund einer schulrechtlichen Bestimmung, einer Ausbildungsordnung, einer hochschulrechtlichen Bestimmung oder im Rahmen einer Ausbildung an einer gesetzlich geregelten Berufsakademie leisten,
- b) ein Praktikum von bis zu drei Monaten zur Orientierung für eine Berufsausbildung oder für die Aufnahme eines Studiums leisten,

- c) ein Praktikum von bis zu drei Monaten begleitend zu einer Berufs- oder Hochschulausbildung leisten, wenn nicht zuvor schon ein solches Praktikumsverhältnis mit demselben Auszubildenden bestanden hat, oder
- d) an einer Einstiegsqualifizierung nach § 54a des Dritten Sozialgesetzbuchs oder an einer Berufsausbildungsvorbereitung nach §§ 68 bis 79 des Berufsbildungsgesetzes teilnehmen.

**Praktikant ist** unabhängig von der Bezeichnung des Rechtsverhältnisses, wer sich nach der tatsächlichen Ausgestaltung und Durchführung des Vertragsverhältnisses für eine begrenzte Dauer zum Erwerb praktischer Kenntnisse und Erfahrungen einer bestimmten betrieblichen Tätigkeit zur Vorbereitung auf eine berufliche Tätigkeit unterzieht, ohne dass es sich dabei um eine Berufsausbildung im Sinne des Berufsausbildungsgesetzes oder um eine damit vergleichbare praktische Ausbildung handelt;

2. Personen unter 18 Jahren ohne abgeschlossene Berufsausbildung;
3. die zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten sowie ehrenamtlich Tätige;
4. Arbeitnehmer, die unmittelbar vor Beginn der Beschäftigung langzeitarbeitslos im Sinne des § 18 Abs. 1 des Dritten Buches Sozialgesetzbuch waren. Für sie gilt der Mindestlohn in den ersten sechs Monaten der Beschäftigung nicht.

Insbesondere in Start-up-Unternehmen und in Familien-GmbHs sind eine Reihe von Konstellationen vorstellbar, die Fragen aufwerfen, ohne dass das Gesetz hierauf eine Antwort gibt. So ist es denkbar, dass ein Existenzgründer einen Angehörigen (z.B. die Ehefrau) beschäftigt, der überwiegend aus familiären Gründen beim Aufbau des Unternehmens behilflich ist und z.B. die Buchhaltung betreut. Mit dem Angehörigen wird ein Minijob vereinbart, eventuell aber auch ein sozialversicherungspflichtiges Arbeitsverhältnis, um ihm eine Absicherung im Krankheitsfall und eine Rente im Alter zu ermöglichen.

Tatsächlich arbeitet die Ehefrau 20 Stunden pro Woche für ihren Ehemann. Ihr Stundenlohn beträgt mithin (450 Euro: 86 Stunden =) 5,23 Euro. Verstößt der Ehemann damit gegen das Gesetz? Muss er gar damit rechnen, dass ihn Konkurrenten beim Zoll anschwärzen?

Genauso ist es denkbar, dass der 66-jährige Vater mit eigener attraktiver Rente von der neu gegründeten GmbH seines Sohnes gegen ein „Taschengeld“ angestellt wird, um seinem Sohn beim Aufbau seiner GmbH-Existenz zu helfen. Soll das nicht mehr zulässig sein?

Man darf gespannt sein, wie der Gesetzgeber auf die ersten praktischen Erfahrungen mit dem MiLoG reagiert.