



Mandanten-Information für GmbH-Geschäftsführer Nr. 1/2012

Sehr geehrte Damen und Herren,

zu Beginn des Jahres 2012 sollte im Anschluss an die Vorlage der Zahlen für das abgelaufene Jahr geprüft werden, ob die Vergütungsvereinbarungen, die Sie als (Gesellschafter-)Geschäftsführer(in) mit Ihrer GmbH getroffen haben, noch aktuell sind oder ob Anpassungsbedarf besteht. Dabei kann Ihnen die Checkliste (Nr. 1) behilflich sein. Ist eine Gehaltserhöhung geplant (Nr. 2) oder soll eine Tantieme erhöht werden (Nr. 3), sollten Sie wegen des steuerlichen Rückwirkungsverbots unverzüglich tätig werden und einen Gesellschafterbeschluss herbeiführen. Das Gleiche gilt für die erstmalige Vereinbarung bzw. die Erhöhung von Weihnachts- oder Urlaubsgeld (Nr. 4).

Mit freundlichen Grüßen

Aus dem Inhalt:

- 1 Vergütungs-Check** zum Jahresbeginn 2012
- 2 Gehaltserhöhung** für 2012 steuersicher vereinbaren
- 3 Tantiemevereinbarung für 2012:** Angemessenheitskriterien beachten
- 4 Weihnachts-** und Urlaubsgeld für 2012
- 5 Drohende Insolvenz:** Zu den Anforderungen an eine positive Fortbestehensprognose
- 6 Unternehmensführung:** Wann hat der Geschäftsführer seine Pflichten verletzt?
- 7 Beherrschender Gesellschafter-Geschäftsführer mit Pensionsanspruch:** Privater Insolvenzschutz empfehlenswert
- 8 GmbH-Mantel:** Haftungsrisiken bei Reaktivierung einer GmbH
- 9 Leistung der Stammeinlage:** Nachweispflicht auch noch nach 20 Jahren?

1 Vergütungs-Check zum Jahresbeginn 2012

Sollen Vergütungsvereinbarungen zwischen einer GmbH und ihrem Gesellschafter-Geschäftsführer ab Februar 2012 geändert werden, muss noch im Januar 2012 gehandelt werden, insbesondere wenn der Geschäftsführer eine beherrschende Gesellschafterstellung innehat. Denn in diesem Fall gilt das **steuerliche Rückwirkungs- und Nachzahlungsverbot**: Wird eine Gehaltserhöhung oder ein Urlaubsgeld erst im Laufe des Jahres 2012 vereinbart, wird der Mehraufwand nur für die verbleibenden Monate bzw. zeitanteilig als Betriebsausgabe der GmbH anerkannt. Dies gilt auch für Geschäftsführer und andere Arbeitnehmer der GmbH, die keine Gesellschaftsanteile besitzen, aber einem beherrschenden Gesellschafter nahestehen (z.B. Angehörige). Die nachfolgende Checkliste bietet eine erste Orientierung.

Checkliste: Vergütungsabreden für 2012

- Sind die Vereinbarungen schriftlich dokumentiert?
- Liegt für **Vergütungsänderungen** ein entsprechender Beschluss der Gesellschafterversammlung vor?
- Sind die höheren Gewinne der GmbH, die für das kommende Jahr erwartet werden, bereits so durch fundierte Ertragsprognosen untermauert, dass eine **Anhebung des Festgehalts** des (Gesellschafter-)Geschäftsführers oder anderer Gehaltsbestandteile (z.B. Tantieme) gerechtfertigt ist?
- Ist die **50%-Obergrenze für Gewinn-Tantiemen** eingehalten? Sollte zur Vermeidung von verdeckten Gewinnausschüttungen eine Deckelung auf maximal 50% des Gewinns vereinbart werden? Vgl. dazu Beitrag Nr. 3 in dieser Ausgabe.
- Erfordert die **Expansion** der geschäftlichen Tätigkeit der GmbH (z.B. Gründung einer GmbH-Tochter) ein zusätzliches Engagement des Geschäftsführers mit der Folge, dass das Gehalt aufgestockt oder eine weitere Vergütungsabrede mit der GmbH-Tochter getroffen werden kann?
- Kommt für eine konkret zu bestimmende Zeit eine **Umsatztantieme** in Betracht (z.B. bei Neugründung, Expansion oder betrieblicher Sondersituation)?
- Sollen **Abschlagszahlungen** auf Gewinnantiemen im Anstellungsvertrag vereinbart werden?
- Gibt es **Verlustvorträge**, die ggf. tantiememindernd zu berücksichtigen sind?
- Sind alle Tantiemebedingungen eindeutig vertraglich formuliert, sodass keine Interpretationsspielräume verbleiben?
- Sind Gewinnantiemen steuerlich noch angemessen? Die Rechtsprechung verlangt im Allgemeinen **alle drei Jahre** eine Überprüfung der steuerlichen Angemessenheit.
- Wird sich das Aufgabenfeld des Geschäftsführers in 2012 ändern, sodass Vertragsänderungen notwendig

werden (z.B. Gehaltserhöhung, Tantieme- oder Pensionszusage bei Aufgabenerweiterung; Gehaltsreduzierung oder -verzicht bei fehlender betrieblicher Auslastung)?

- Soll ab 2012 die **Privatnutzung des Dienstwagens** auf der Grundlage eines steuerlich anzuerkennenden Fahrtenbuchs versteuert werden statt pauschal mit 1% des Listenpreises eines Neuwagens im Anschaffungsjahr?

2 Gehaltserhöhung für 2012 steuersicher vereinbaren

Wer allein oder als mehrheitlich beteiligter und damit beherrschender Gesellschafter-Geschäftsführer für 2012 eine Gehaltserhöhung plant, sollte diese noch **im Januar 2012** unter Dach und Fach bringen und durch einen entsprechenden Gesellschafterbeschluss absegnen lassen. Nur dann gilt die Erhöhung auch mit steuerlicher Wirkung ab Februar 2012.

Eine Gehaltserhöhung, die erst im Laufe des Jahres 2012 vereinbart wird, gilt wegen des **steuerlichen Rückwirkungs- und Nachzahlungsverbots** für beherrschende Gesellschafter-Geschäftsführer erst von dem auf die Erhöhung folgenden Monat an.

Zwar gilt das Verbot grundsätzlich nicht für **Minderheits-Gesellschafter**. Trotzdem ist Vorsicht geboten: Nach geltender BFH-Rechtsprechung hat ein Gesellschafter-Geschäftsführer mit einer Minderheitsbeteiligung auch dann eine beherrschende Stellung, wenn er sich zusammen mit einem anderen Gesellschafter-Geschäftsführer, der ebenfalls eine Minderheitsbeteiligung hält, eine Gehaltserhöhung genehmigt und die Anteile beider Geschäftsführer zusammengenommen eine Mehrheitsbeteiligung ergeben. In einem solchen Fall unterstellt die Rechtsprechung eine **beherrschende Stellung wegen gleich gerichteter Interessen**.

Geschäftsführer und andere Mitarbeiter der GmbH, die keine Gesellschaftsanteile halten, aber einem beherrschenden Gesellschafter nahestehen (z.B. Angehörige), werden ebenfalls steuerlich als beherrschend angesehen. Deshalb gilt auch für diesen Personenkreis das Rückwirkungsverbot.

Auch wer als **Mehrheitsgesellschafter** das Sagen in der GmbH hat, muss seine Gehaltserhöhung (oder ein anderes Gehalts-Extra, wie z.B. einen höherwertigen Dienstwagen) förmlich **durch Gesellschafterbeschluss** absegnen lassen. Zu diesem Zweck muss eine Gesellschafterversammlung einberufen und die Gehaltserhöhung auf die Tagesordnung gesetzt werden. Erscheint der Minderheits-Gesellschafter nicht zur Gesellschafterversammlung, weil er meint, er könne die beabsichtigte Gehaltserhöhung doch nicht verhindern, kann der Mehrheitsgesellschafter die Gehaltserhöhung allein beschließen. Als Nachweis für einen ordnungsgemäß gefassten Gesellschafterbeschluss empfiehlt sich grundsätzlich ein von ihm erstelltes und unterschriebenes Versammlungsprotokoll.

Wichtig: Wird eine Gehaltserhöhung formal nicht korrekt „verabschiedet“, machen Sie es dem Betriebsprüfer besonders leicht, ein steuerliches „Mehrergebnis“ einzufahren. Denn die Erhöhung kann vom Finanzamt „dem Grunde nach“ beanstandet werden, was zu einer 100%igen verdeckten Gewinnausschüttung der künftig ausgezahlten Erhöhungsbeträge führt.

3 Tantiemevereinbarung für 2012: Angemessenheitskriterien beachten

Wer als Gesellschafter-Geschäftsführer für 2012 erstmals eine Tantieme vereinbaren oder eine solche anheben möchte, muss die nachstehenden, von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze beachten.

Viele Jahre lang vertrat der BFH die Auffassung, dass die Vergütung eines Gesellschafter-Geschäftsführers zu mindestens 75% aus einem Festgehalt und in der Regel höchstens zu 25% aus einer Tantieme bestehen darf. Seit 2003 hat die BFH-Rechtsprechung dann mehr Freiräume für die Ausgestaltung von Gewinnbeteiligungen eröffnet. So wurde zunächst eine Gewinnbeteiligung von 30% selbst bei durchschnittlicher Ertragslage als „noch üblich“ bezeichnet, wie sich anhand der vom BFH ausgewerteten Gehaltsstrukturuntersuchungen belegen lässt. Und wenn der wirtschaftliche Erfolg einer GmbH zunächst nicht absehbar ist, besteht auch keine Pflicht, die Tantieme auf 30% der Gesamtvergütung zu begrenzen.

Wesentlich hartnäckiger verteidigen Finanzverwaltung und BFH die 50%-Grenze bei Gewinnbeteiligungen. Danach darf die Gewinnbeteiligung eines Gesellschafter-Geschäftsführers **maximal 50% des Jahresüberschusses** der GmbH betragen. Bei mehreren Gesellschafter-Geschäftsführern gilt dies für die Summe aller Gewinnbeteiligungen. Darüber hinausgehende Erfolgsbeteiligungen sind nach Ansicht des BFH regelmäßig unüblich und insoweit verdeckte Gewinnausschüttungen.

Eine höhere, über 50% liegende Gewinnbeteiligung, so der BFH, sei nur anzuerkennen, wenn es **besondere Gründe** für eine solche „außergewöhnlich hohe“ Erfolgsbeteiligung gebe.

- Klargestellt hat der BFH, dass bei einer „personenbezogenen“ **Freiberufler-GmbH** der hohe persönliche Einsatz des Geschäftsführers nicht ausreicht, von der 50%-Obergrenze abzuweichen.
- Zu den **Ausnahmesituationen** zählen beispielsweise die ersten fünf Jahre nach der GmbH-Gründung oder eine grundlegende Betriebsumstrukturierung mit Gewinneinbußen oder die Zeit nach einem GmbH-Kauf. Als Nachweis für den Ausnahme-Charakter einer Tantiemevereinbarung, die die 50%-Grenze überschreitet, sollten entsprechende Aufzeichnungen gemacht werden.

Fest-Tantiemen oder Jahressonderzahlungen, die bei Überschreiten bestimmter Umsatzgrenzen fällig werden, zählen zur Festvergütung und unterliegen nicht den Beschränkungen für Gewinnbeteiligungen, sondern nur der Angemessenheitsprüfung der Gesamtausstattung.

Umsatzbeteiligungen werden nach wie vor steuerlich nur anerkannt, wenn sie zeitlich und betragsmäßig begrenzt sind. Außerdem muss es für diese Form der Beteiligung eine besondere Rechtfertigung geben, z.B. die Aufbau- oder eine Expansionsphase oder die Branchenüblichkeit.

Für alle Beteiligungvereinbarungen gilt, dass sich deren **Angemessenheit** nur nach den Verhältnissen im Zusammenfassungspunkt richtet. Wenn die GmbH im Fall einer Gewinnbeteiligung auf Nummer sicher gehen will, baut sie in die Beteiligungvereinbarung bereits die 50%-Obergrenze ein.

4 Weihnachts- und Urlaubsgeld für 2012

Will sich ein Gesellschafter-Geschäftsführer **für 2012 ein Weihnachtsgeld** (oder ein Urlaubsgeld) erstmals genehmigen oder ein solches erhöhen, sollte er dies mit zustimmendem Gesellschafterbeschluss **noch im Januar 2012 vereinbaren**, damit wenigstens 11/12 der Zahlung (ab Februar 2012) von der GmbH als Betriebsausgabe abgesetzt werden können. Wird das Urlaubsgeld z.B. erst Ende Mai 2012 vereinbart, werden nur 7/12 der späteren Zahlung als Betriebsausgabe anerkannt. Entsprechendes gilt für das Weihnachtsgeld. Der Grund: Nach Auffassung der Finanzrechtsprechung sind Weihnachts- und Urlaubsgeld Gehaltsextras, die während des ganzen Kalenderjahres verdient werden müssen.

Zur Vermeidung von Differenzen mit dem Finanzamt sollte bei der Vereinbarung von Urlaubs- und Weihnachtsgeld darauf geachtet werden, dass die Bemessungsgrundlage eindeutig definiert ist. So sollte beim Weihnachtsgeld grundsätzlich nur ein Monatsgehalt zu Grunde gelegt werden und hinsichtlich des Urlaubsgelds sollten klare Prozentsätze vereinbart werden (z.B. 80% oder 100% des monatlichen Festgehalts).

5 Drohende Insolvenz: Zu den Anforderungen an eine positive Fortbestehensprognose

Wird eine GmbH insolvent, prüft der Insolvenzverwalter regelmäßig, ob der GmbH-Geschäftsführer nicht schon früher den Insolvenzantrag hätte stellen müssen. Wenn ja, droht ihm die **persönliche Haftung** für Zahlungen aus dem Gesellschaftsvermögen nach Eintritt der Insolvenzenreife.

In einem Fall, den das Oberlandesgericht (OLG) Schleswig-Holstein zu entscheiden hatte, nahm der Insolvenzverwalter einer GmbH deren alleinige Geschäftsführerin und Gesellschafterin A auf Ersatz geleisteter Zahlungen in Anspruch. Wegen drohender Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit hatte diese am 27.6.2006 die Eröffnung des Insolvenzverfahrens beantragt. Sie nahm Bezug auf einen am Vortag vom Steuerberater S erstellten Jahresabschluss für das Jahr 2005, der bei einem Gesamtumsatz von ca. 510.000 Euro einen Verlust aus der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit von knapp 295.000 Euro und einen nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrag von 56.853 Euro auswies. Bereits in den vorangegangenen Jahren hatte die GmbH nicht durch Eigenkapital gedeckte Fehlbeträge

ausgewiesen. Im 1. Halbjahr 2006 hatte A Zahlungen aus dem Gesellschaftsvermögen geleistet.

Streitig war, ob es sich hierbei um nach Insolvenzzreife geleistete masseschmälernde Vermögensleistungen handelte. Sowohl das LG als auch das OLG haben dies bejaht und A zur Zahlung verurteilt.

Die GmbH war nach Auffassung des OLG bereits am 31.12.2005 überschuldet, das heißt, das Vermögen deckte die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr. Bei der Bewertung des Vermögens sind die **Fortführungswerte des Unternehmens** (anstelle der Liquidationswerte) zu Grunde zu legen, wenn eine Fortführung nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich ist. Darlegungs- und beweispflichtig im Hinblick auf eine rechnerische Überschuldung ist der Insolvenzverwalter. Im Hinblick auf eine Fortführungsprognose steht einem Geschäftsführer zwar ein Beurteilungsspielraum zu, entsprechende Umstände hat er aber zu beweisen.

Das OLG legt sehr strenge Maßstäbe an bei der Prüfung des Vorliegens einer Insolvenzantragspflicht des Geschäftsführers. Es gehört zu den Pflichten eines ordentlichen Geschäftsführers, die wirtschaftliche Lage des Unternehmens laufend zu beobachten. Bereits bei Anzeichen für eine wirtschaftliche Krise ist ein Vermögensstatus zu erstellen, eine rechnerische Überschuldung zu prüfen und gleichzeitig festzustellen, ob eine positive Fortführungsprognose zu rechtfertigen ist. Schon bei Übernahme seines Amtes muss sich ein Geschäftsführer **in eigener Person die notwendigen handelsrechtlichen und steuerlichen Kenntnisse verschaffen**, um sein Amt auszuführen.

Nach der BGH-Rechtsprechung verletzt ein gesetzlicher Vertreter einer Gesellschaft seine Insolvenzantragspflicht dann nicht, wenn er bei fehlender eigener Sachkunde zur Klärung des Bestehens der Insolvenzzreife der Gesellschaft den **Rat eines unabhängigen, fachlich qualifizierten Berufsträgers** einholt. Außerdem muss er diesen über sämtliche für die Beurteilung erheblichen Umstände ordnungsgemäß informieren und nach eigener Plausibilitätskontrolle der ihm darauf erteilten Antwort dem Rat folgen, von der Stellung eines Insolvenzantrags abzusehen. Allein der Hinweis eines Geschäftsführers, er habe einen sachkundigen Dritten (zum Beispiel Steuerberater) mit dieser Aufgabe betraut, lässt seine Haftung nicht entfallen. Von ihm wird vielmehr erwartet, dass er in der Lage ist, eine Jahresbilanz einer gewissen Plausibilitätsprüfung zu unterziehen.

6 Unternehmensführung: Wann hat der Geschäftsführer seine Pflichten verletzt?

Der BGH hat in einem Urteil vom 22.2.2011 zur Frage Stellung genommen, wann ein Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft für Pflichtverletzungen im Rahmen seiner Unternehmensführung für den der Gesellschaft entstandenen Schaden persönlich haften muss. Die Ausführungen des Gerichts sind ohne Einschränkungen auf GmbH-Geschäftsführer übertragbar.

Im Urteilsfall war A Vorstandsmitglied der Wirtschaftsprüfungs-AG (WP-AG) und Leiter der Niederlassung M. In einem von ihm verfassten Memorandum legte er eine Planung für eine Erweiterung der Niederlassung vor, welche insbesondere eine Personalaufstockung von 11 auf 38 Mitarbeiter und die Erhöhung der angemieteten Bürofläche von 280 qm auf 825 qm vorsah. Diese Ausweitung wurde beschlossen. Später zeigte sich aber, dass die Umsatzprognosen nicht zu realisieren waren. Der Anstellungsvertrag des A wurde fristlos gekündigt und die Niederlassung später geschlossen.

Die WP-AG hat A auf Schadenersatz wegen Verletzung seiner Vorstandspflichten im Zusammenhang mit der Erweiterung der Niederlassung M verklagt.

Das Oberlandesgericht hat die Klage dem Grunde nach für begründet gehalten. Der BGH hat das Urteil des Oberlandesgerichts aufgehoben und den Rechtsstreit an dieses Gericht zur weiteren Sachaufklärung zurückverwiesen.

Im Ausgangspunkt zutreffend – so der BGH – ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass die **Gesellschaft die Darlegungs- und Beweislast** für einen Schaden und dessen Verursachung durch ein pflichtwidriges Verhalten des Vorstandsmitglieds trifft. Das betreffende Vorstandsmitglied hat dagegen darzulegen und zu beweisen, dass es entweder seine Pflichten nicht verletzt oder jedenfalls nicht schuldhaft gehandelt hat beziehungsweise dass der Schaden auch bei einem rechtmäßigen Alternativverhalten eingetreten wäre.

Insoweit reichte es aus, dass die AG vorgetragen hat, A habe eine unzutreffende Ertragsprognose erstellt und durch die getätigten Investitionen den Fehlbetrag des Jahres 2003 hervorgerufen.

Der Gegenvortrag des A war aber entgegen der Wertung des Oberlandesgerichts erheblich. Die dem A vorgeworfene Pflichtverletzung beinhaltet ein angebliches Fehlverhalten im Rahmen einer unternehmerischen Entscheidung. Wenn eine solche Entscheidung nicht den erhofften Erfolg nach sich zieht, führt dies nicht ohne Weiteres zu einer Pflichtverletzung des Vorstandsmitglieds. Er ist bereits dann entlastet, wenn er vernünftigerweise davon ausgehen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.

Im Streitfall hatte A insoweit vorgetragen, bei der Planung von den konkreten betriebswirtschaftlichen Daten ausgegangen zu sein und neben den zu Grunde gelegten „Soll-Strukturen“ der AG auf die Umsatzentwicklung der Vergangenheit, das Umsatzvolumen bestehender Mandate, angelaufene Mandatsanbahnungen und vorgesehene Akquisitionsmaßnahmen abgestellt zu haben.

In der Vergangenheit hatte sich der Umsatz der Niederlassung M nachweislich erheblich gesteigert, was nach Wertung des BGH auch einen gesteigerten Personalbedarf begründete.

Allerdings hatte A entgegen den Auflagen des Berufungsgerichts weder eine schriftliche Umsatzplanung vorgelegt noch deren Inhalt vorgetragen.

Der BGH hat beanstandet, dass das **Berufungsgericht** sich eine **eigene Sachkunde angemäht** habe, die bei ihm nicht vorhanden sei. Nach Auffassung des OLG hatte A bei der Kosten-Nutzen-Analyse nicht die „branchenüblichen Techniken“ angewandt. Nach Auffassung des BGH hätte das Berufungsgericht darlegen müssen, dass es eigene Sachkunde auf dem Gebiet der Unternehmensplanung besitzt und deswegen in der Lage ist, die streitigen Fragen abschließend zu beurteilen. Eine erneute Entscheidung sei daher nicht ohne Hinzuziehung eines Sachverständigen möglich.

GmbH-Geschäftsführer müssen nicht nur die ihnen obliegenden gesetzlichen und vertraglichen Pflichten beachten, sondern auch **innerhalb des ihnen zustehenden unternehmerischen Ermessens sachgerechte Entscheidungen** treffen. Hierzu ist es erforderlich, dass sie zunächst einen Sachverhalt zutreffend ermitteln und ausgehend vom Sachverhalt nachvollziehbare und begründete Überlegungen für die konkrete unternehmerische Entscheidung anstellen.

Zu einer schadenersatzpflichtigen Pflichtverletzung eines Unternehmensleiters kommt es nur dann, wenn **nachweislich ein pflichtwidriges Verhalten** vorliegt, welches auf schuldhaftem Fehlverhalten beruht und kausal zu einem Schaden der Gesellschaft geführt hat. In erster Linie ist die Gesellschaft darlegungs- und beweispflichtig.

Ist ein solcher pflichtwidrig herbeigeführter Schaden schlüssig dargelegt, muss der Geschäftsführer vortragen und beweisen, dass er auf der Grundlage angemessener Information nachvollziehbar davon ausgegangen ist, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. Entsprechende Überlegungen, die von erheblichen Auswirkungen für die Gesellschaft sind, sollten daher vom Geschäftsführer dokumentiert werden.

7 Beherrschender Gesellschafter-Geschäftsführer mit Pensionsanspruch: Privater Insolvenzschutz empfehlenswert

Die Pensionszusage eines beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführers ist im Falle der Insolvenz nicht durch das Betriebsrentengesetz geschützt.

Bei einer Versorgungszusage über eine **Pensionskasse** oder einen **Pensionsfonds** bedarf es für ihn keiner besonderen Sicherungsinstrumente für den Insolvenzfall, da der versicherten Person immer ein **unwiderrufliches Bezugsrecht** an den Versicherungsleistungen zusteht. Dies gilt ebenso für die Direktversicherung, sofern ein unwiderrufliches Bezugsrecht vereinbart wurde. Ein widerrufliches Bezugsrecht hingegen kann, wie der Name schon sagt, vom Insolvenzverwalter wirksam widerrufen werden.

Der **Insolvenzschutz** von Pensionszusagen und Unterstützungskassenzusagen kann nur auf **privatrechtlicher Ebene** erreicht werden. Die Leistungen aus diesen Durchführungswegen können durch eine Lebensversicherung rückgedeckt werden. Eine gängige Methode, die Zusagen insolvenzfest zu machen, ist die **Verpfändung der Rückdeckungsversicherung**. Dabei werden die Forderungen

aus der von der GmbH oder der Unterstützungskasse abgeschlossenen Rückdeckungsversicherung an den Gesellschafter-Geschäftsführer und gegebenenfalls an seine Angehörigen verpfändet.

Auch für nicht beherrschende Gesellschafter-Geschäftsführer oder Fremd-Geschäftsführer kann eine vertragliche Insolvenzversicherung sinnvoll sein, wenn die Höhe der Zusage das Leistungsspektrum des Pensionsversicherungsverein sprengt oder die Unverfallbarkeitsfristen noch nicht erfüllt sind.

Nach dem Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz (BilMoG) sind in der Handelsbilanz Pensionsrückstellungen mit dem Vermögen, welches für die Finanzierung der Pensionsrückstellung vorgesehen ist, zu saldieren (also z.B. mit dem Anspruch aus der Rückdeckungsversicherung).

Mit der Verpfändung der Rückdeckungsversicherung an den Geschäftsführer fließt diesem kein geldwerter Vorteil zu. Die Verpfändung löst also keine Lohnsteuer aus. Sie wird mit Eingang bei der Versicherung wirksam.

Bei der Pensionszusage hat der Arbeitgeber die Rückdeckungsversicherung in der Bilanz zu aktivieren. Die **Beiträge** zu dieser Lebensversicherung sind **als Betriebsausgabe** absetzbar.

Die **Rückdeckung** sollte „kongruent“, d.h. zu 100% deckungsgleich mit dem Versorgungsanspruch vereinbart werden. Die Höhe der Garantieleistungen aus der Rückdeckungsversicherung stimmt dann mit der Höhe der zugesagten Leistungen überein. Auch die Tarifleistungen aus den Allgemeinen Versicherungsbedingungen entsprechen den Leistungen aus der Zusage. Die Überschüsse, die der Lebensversicherer erwirtschaftet, können beispielsweise zur Beitragsverrechnung verwendet werden. So können bei Bedarf neben der Finanzierung der Altersrente auch vorzeitige Risiken, wie Tod und Invalidität, vollständig abgesichert werden.

Für die steuerliche Anerkennung einer Pensionszusage an einen Gesellschafter-Geschäftsführer müssen die späteren Versorgungsleistungen der GmbH **finanzierbar** sein. Im BMF-Schreiben vom 6.9.2005 bestätigt die Finanzverwaltung mehrere höchstrichterliche Urteile, nach denen die Pensionszusage dann nicht finanzierbar ist, wenn die Passivierung des Barwerts der Pensionsverpflichtung zu einer Überschuldung der Gesellschaft im insolvenzrechtlichen Sinne (§ 19 InsO) führen würde. Die Finanzierbarkeit einer Pensionszusage wird nur bei Erteilung bzw. grundlegender Zusageänderung sowie bei einer wesentlichen Verschlechterung der wirtschaftlichen Verhältnisse der GmbH geprüft (BMF, Schreiben vom 14.5.1999, BStBl I 1999, S. 512). Mit dem Abschluss einer kongruenten Rückdeckungsversicherung wird die Pensionszusage prinzipiell ausfinanziert und damit die Finanzierbarkeit nachweislich erfüllt.

8 GmbH-Mantel: Haftungsrisiken bei Reaktivierung einer GmbH

Bisweilen stehen GmbH-Gesellschafter vor der Situation, dass sie ihre GmbH wirtschaftlich neu beleben wollen, nachdem zuvor längere Zeit der Geschäftsbetrieb einge-

stellt worden war. Vor einer vergleichbaren Situation stehen die Erwerber eines GmbH-Mantels – d.h. einer GmbH ohne Geschäftsbetrieb –, den sie über eine Anzeige in der Tageszeitung erworben haben. Worauf muss bei der Reaktivierung einer solchen GmbH geachtet werden?

Die Einstellung des aktiven Geschäftsbetriebs führt nicht zwangsläufig zu einer Löschung der GmbH. Der GmbH-Mantel kann vielmehr fortgeführt und später wieder aktiviert oder durch Veräußerung der Anteile genutzt werden.

Ebenso muss eine GmbH nicht unmittelbar nach ihrer Gründung einen Geschäftsbetrieb ausüben. Sie kann auch zunächst nur „auf Vorrat“ gegründet werden.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs stellen sowohl die **Übernahme einer Vorrats-GmbH** als auch die **Aktivierung einer Mantel-GmbH** wirtschaftlich eine Neugründung dar, die **gegenüber dem Handelsregister offenzulegen** ist.

Die Vorschriften über die Mindesteinzahlung des Stammkapitals (§ 7 Abs. 2 GmbHG) sind zu beachten; ebenso die Versicherung des Geschäftsführers hierzu sowie die Versicherung, dass sich die Einlagen endgültig zu seiner freien Verfügung befinden (§ 8 Abs. 2 GmbHG). Dies ist umso wichtiger, als ein gebrauchter GmbH-Mantel in der Regel vermögenslos und häufig sogar überschuldet ist.

Werden diese Pflichten verletzt, **haften die handelnden Personen** entsprechend § 11 Abs. 2 GmbHG **persönlich** für eintretende Verluste. Diese Handelnden-Haftung dauert nach herrschender Meinung bis zum Zeitpunkt der Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung gegenüber dem Registergericht.

Da der Begriff der wirtschaftlichen Neugründung nicht eindeutig definiert ist, ergibt sich hieraus ein **erhebliches Risiko** bei der Verwendung eines GmbH-Mantels. Gehen die Beteiligten nur von einer Reorganisation aus und unterlassen daher eine Offenlegung beim Handelsregister, droht oft erst nach Jahren, spätestens bei Insolvenz, die persönliche Inanspruchnahme, weil tatsächlich eine wirtschaftliche Neugründung vorlag. Dem können Gesellschafter und Geschäftsführer nur dadurch entgehen, dass sie die Mantelverwendung auf jeden Fall **beim Handelsregister anzeigen**.

9 Leistung der Stammeinlage: Nachweispflicht auch noch nach 20 Jahren?

Wird ein GmbH-Anteil verkauft oder wird die Gesellschaft insolvent mit der Folge, dass die Gesellschafter von ihren Stammeinlagen keinen Cent mehr sehen, können sie ihre ursprünglich geleistete Einlage (= Preis für den GmbH-Anteil) nach § 17 EStG als Verlust aus Gewerbebetrieb steuerlich absetzen. Zu diesem Zweck muss die **Leistung der Einlage nachgewiesen oder zumindest glaubhaft** gemacht werden. Welche Anforderungen an diesen Nachweis zu stellen sind, hat der BFH in einem Urteil vom 8.2.2011 entschieden.

Im Urteilsfall wurde die X-GmbH am 29.7.1986 gegründet. An der Gesellschaft war A mit einer Stammeinlage

von 16.500 DM beteiligt. Laut Gründungsurkunde waren die Stammeinlagen zur Hälfte sofort bar einzuzahlen, im Übrigen nach Aufforderung durch die Geschäftsführer. Im Juni 2006 lehnte das Amtsgericht die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der X-GmbH mangels Masse ab. Daraufhin wurde die X-GmbH im September 2006 im Handelsregister gelöscht.

In seiner Einkommensteuererklärung für 2006 machte A den Verlust aus der Beteiligung an der X-GmbH nach § 17 EStG in Höhe von 4.218 Euro im Halbeinkünfteverfahren geltend. Den Verlust ließ das Finanzamt jedoch unberücksichtigt, da A den Nachweis der Einzahlung seiner Stammeinlage nicht erbracht habe. Hierfür sei in der Regel ein Zahlungsbeleg vorzulegen, den A nicht vorlegen konnte. Darüber hinaus würden die vorgelegten Bilanzen nur den Nachweis darüber erbringen, dass die in ihnen enthaltenen Erklärungen abgegeben worden seien. Einspruch und Klage vor dem Finanzgericht hatten keinen Erfolg.

Der BFH gab der Revision des A statt und vertrat folgende Auffassung: A war wesentlich im Sinne von § 17 Abs. 1 EStG an der X-GmbH beteiligt. Bei der Berechnung des daraus resultierenden Auflösungsverlusts stellt die Einzahlung der Stammeinlage Anschaffungskosten der Beteiligung dar.

Nach Auffassung des BFH hätten die vom FG als unmittelbare Beweismittel für die Einzahlung der Stammeinlage verworfenen Umstände – insbesondere die Einzahlungsverpflichtung laut Gesellschaftsvertrag und die **Bilanzierung der ausstehenden Einlagen** bei der X-GmbH mit 0 DM – in eine Gesamtwürdigung einfließen müssen.

Der BFH sah als wichtiges **Indiz für die Einlageleistung** des A den bilanziellen Ausweis der ausstehenden Einlagen mit 0 DM und dessen Übernahme in die Prüferbilanz an. Da das Finanzamt in der Prüferbilanz den Ausweis der ausstehenden Einlagen mit 0 DM anerkannt hatte, kann dies nicht mit bloßem neuerlichem Bestreiten seitens des Finanzamts entkräftet werden.

Demgegenüber könne angesichts des langen Zeitablaufs seit der Eintragung der GmbH aus der Tatsache, dass A keinen Einzahlungsbeleg mehr vorweisen kann, kein Indiz dafür abgeleitet werden, dass keine Einzahlung erfolgt sei.

Das Fazit aus dieser Entscheidung:

Sind keine Beweismittel (mehr) vorhanden, aus denen sich direkt das Vorliegen einer beweisbedürftigen Tatsache (hier: die Leistung der Einlage) ergibt, so sind die vorhandenen Hilfstatsachen (Indizien) zu würdigen, die unmittelbar einen Schluss auf eine entscheidungserhebliche Haupttatsache ermöglichen.

Dabei deuten einzelne Indizien lediglich mit mehr oder minder hoher Wahrscheinlichkeit auf einen bestimmten Geschehensablauf hin, sodass sie immer nur Teil einer umfassenden Beweismittelwürdigung sein können. Allein der Umstand, dass ein unmittelbares Beweismittel aus dem Bereich des Steuerpflichtigen nicht zur Verfügung steht, entbindet die Finanzbehörden und Gerichte nicht von der **Gesamtwürdigung aller vorhandenen Indizien**.