Markus Keller*

Versorgungszusagen an Gesellschafter-Geschäftsführer: Erdienbarkeitsfristen und Probezeiten auch bei Entgeltumwandlung zu beachten?

Wie sich beherrschende Gesellschafter-Geschäftsführer auch im fortgeschrittenen Alter eine betriebliche Altersversorgung aufbauen können

Erteilen sich Gesellschafter-Geschäftsführer (GGF) im Rahmen einer betrieblichen Altersversorgung Versorgungszusagen, z.B. in Form einer klassischen Pensionszusage oder auch über eine rückgedeckte Unterstützungskasse, sind zur steuerlichen Anerkennung u.a. Erdienbarkeitsfristen und Probezeiten zu beachten. Werden diese nicht eingehalten, werden gleichwohl gebildete Pensionsrückstellungen als verdeckte Gewinnausschüttungen behandelt. In der Praxis stellt sich regelmäßig die Frage, ob auch dann, wenn der GGF die Versorgung mittels Entgeltumwandlung selbst finanziert, Erdienbarkeit und Probezeit berücksichtigt werden müssen.

Überblick:

1. **BMF-Vorgaben zur Erdienbarkeit und Probezeit**
   - Erdienbarkeitsfristen für beherrschende und nicht beherrschende Gesellschafter-Geschäftsführer
   - Personen- und unternehmensbezogene Probezeit
2. **Erdienbarkeitsfrist: Geltung auch für Entgeltumwandlung?**
   - Das BFH-Urteil vom 7.3.2018 (Az. I R 89/15)
   - Ansicht der Finanzbehörden hinfällig, Bestätigung von FG-Rechtsprechung
3. **Anwendung der BFH-Rechtsprechung zur Erdienbarkeit auch auf Probezeit?**
   - Anwendung auf Probezeit noch strittig
   - Das Urteil des FG Düsseldorf vom 16.11.2021 (Az. 6 K 2196/17 K, G, F)
4. **Zusammenfassung und Praxistipps**

1. BMF-Vorgaben zur Erdienbarkeit und Probezeit

• Erdienbarkeitsfristen für beherrschende und nicht beherrschende Gesellschafter-Geschäftsführer

Eine Versorgungszusage wird nur dann als betrieblich veranlasst von der Finanzverwaltung bzw. Rechtsprechung anerkannt, wenn der **GGF** die zugesagten Leistungen bis zum Erreichen der zugesagten Altersgrenze für die Altersleistungen noch „erdienen" kann (vgl. stellvertretend z.B. BFH, Urteil vom 21.12.1994, Az. I R 98/93; BMF-Schreiben vom 9.12.2002, Az. IV A 2 - S 2742 - 68/02 bzw. H 8.7 Körperschaftsteuer-Handbuch). Dies ist dann der Fall, wenn der GGF bei Zusageerteilung das 60. Lebensjahr noch nicht vollendet hat und der Zeitraum zwischen Zusageerteilung und dem Eintritt in den Ruhestand **mehr als zehn Jahre** beträgt. Werden diese Vorgaben nicht eingehalten, liegt in Gestalt der Pensionsrückstellung eine verdeckte Gewinnausschüttung (vGA) vor. Bei **nicht beherrschenden GGF** reicht es zur steuerlichen Anerkennung aus, wenn zwischen Zusageerteilung und Eintritt in den Ruhestand mindestens drei Jahre liegen und der GGF dem Betrieb bis zum Eintritt in die Rente wenigstens zwölf Jahre angehört hat.

Die Erdienbarkeitsfristen sind auch bei Erhöhungen oder Änderungen der Versorgungszusage zu beachten. Hierzu gibt es bereits umfangreiche Rechtsprechung. So kann beispielsweise die Erdienbarkeitsfrist auch dadurch verletzt werden, dass anstelle der verstorbenen Ehegattin die neue Lebensgefährtin Anspruch auf eine individuelle Witwenrente haben soll (BFH, Urteil vom 27.11.2013, Az. I R 17/13; GmbH-Stpr 2014, S. 176). Bei endgehaltsabhängigen Leistungszusagen wiederum müssen Leistungserhöhungen aufgrund von Gehaltssteigerungen auch erdienbar sein, wenn es sich nicht um „übliche" Gehaltssteigerungen handelt (BFH, Urteil vom 20.5.2015, Az. I R 17/14; GmbH-Stpr 2016, S. 53).

• Personen- und unternehmensbezogene Probezeit

Neben der Erdienbarkeitsfrist spielt in der Praxis bei neu gegründeten GmbHs bzw. neu berufenen GGF auch die Probezeit regelmäßig eine wichtige Rolle. Die Versorgungszusage an einen GGF wird nur dann anerkannt, wenn seine Eignung auch beurteilt werden kann. Denn auch einem fremden Geschäftsführer würde man, so die Argumentation im Rahmen des üblichen „Fremdvergleichs", nicht sofort eine Versorgungszusage erteilen. Das BMF-Schreiben vom 14.12.2012 (vgl. ausführlich dazu GmbH-Stpr 2013, S. 65 ff.) erkennt eine Zusage an, wenn eine „**persönliche Probezeit**" von **zwei bis drei Jahren** erfüllt wurde. In Sonderfällen kann eine Probezeit auch kürzer ausfallen oder entfallen, z.B. dann, wenn der GGF schon für eine Vorgängergesellschaft tätig war oder nur die Unternehmensform geändert wurde.

* Der Autor ist Geschäftsführer der febs Consulting GmbH, die sich als gerichtlich zugelassener Rentenberater auf die Beratung rund um die betriebliche Altersvorsorge spezialisiert hat und u.a. bei der Erstellung und Anpassung von Versorgungsordnungen unterstützt.

Vielfach sind bei der Einrichtung einer Versorgungszusage Versicherungsvermittler bzw. -berater involviert, die verständlicherweise ein Interesse an einem Abschluss z.B. einer Rückdeckungsversicherung haben. Regelmäßig wird hier argumentiert, eine Probezeit müsse zumindest dann nicht eingehalten werden, wenn der GGF von der Sozialversicherungspflicht befreit ist und somit ein Bedarf besteht, die wegfallenden gesetzlichen Rentenansprüche durch eine betriebliche Altersversorgung auszugleichen („ersetzende Zusage"). Hierzu finden sich in der Literatur entsprechende Stimmen (vgl. stellvertretend Doetsch/Lenz, Versorgungszusagen an Gesellschafter-Geschäftsführer und -Vorstände, S. 66 und 87 mit weiteren Nachweisen). Wenngleich man der Argumentation durchaus zustimmen kann, gilt: ein BFH-Urteil oder BMF-Schreiben mit entsprechendem Inhalt liegt bis heute nicht vor. Die im Kontext häufig zitierte Rechtsprechung ist nicht zu Fragen der Probezeit ergangen, sondern zu einem kürzeren Erdienungszeitraum (BFH, Urteil vom 24.4.2002, Az. I R 43/01) und zu Fragen der Angemessenheit der Höhe nach (BFH, Urteil vom 31.3.2004, Az. I R 65/03 und Urteil vom 28.1.2004, Az. IR 21/03; GmbH-Stpr 2004, S. 382).

Es sollte demzufolge bei einer arbeitgeberfinanzierten betrieblichen Altersversorgung (bAV) aus Sicherheitsgründen die Probezeit stets beachtet werden. Oder man stimmt das Vorgehen im Vorfeld im Rahmen einer verbindlichen Auskunft nach § 89 Abs. 2 Abgabenordnung mit den Finanzbehörden ab.

Wenn es um die Versorgungszusage in einem neu gegründeten Unternehmen geht, ist eine „unternehmensbezogene Probezeit" zu berücksichtigen (vgl. ebenfalls BMF-Schreiben vom 14.12.2012). Denn eine Zusage gilt nur dann als betrieblich veranlasst, wenn bei Zusageerteilung angenommen werden kann, dass die künftige Ertragslage der Gesellschaft die Erfüllung der Versorgungszusage erlaubt. „In der Regel" reicht dem BMF ein **Zeitraum von „wenigstens fünf Jahren" als unternehmensbezogene Probezeit** aus. Wiederum mit Ausnahmen wie z.B. bei einer bloßen Änderung der Unternehmensform.

Eine Verletzung der Probezeit „heilt" sich nicht selbst durch Ablauf. Vielmehr gilt: Wurde die bzw. eine der Probezeiten verletzt, ist die **Versorgungszusage dauerhaft als vGA** zu werten. Nur für Zusagen, die vor dem 29.7.2010 erteilt wurden, gilt bzw. galt die vGA zeitlich begrenzt. Das führte dazu, dass auf die Probezeit bei diesen „Altzusagen" nicht so genau geachtet werden musste.

2. Erdienbarkeitsfrist: Geltung auch für Entgeltumwandlung?

• Das BFH-Urteil vom 7.3.2018 (Az. I R 89/15)

Der BFH hatte sich mit folgendem Sachverhalt zu beschäftigen: Ein 58-jähriger, beherrschender GGF vereinbarte eine Entgeltumwandlung zugunsten einer rückgedeckten Unterstützungskasse. Es stellte sich in diesem Fall u.a. die Frage, ob die Entgeltumwandlung als Neuzusage zu qualifizieren und die Erdienbarkeitsfristen zu beachten wären. Denn die Erdienbarkeitsfristen wurden in diesem Fall unzweifelhaft verletzt, da der Zehn-Jahres-Zeitraum nicht eingehalten wurde.

Der BFH (Urteil vom 7.3.2018, Az. I R 89/15; GmbH-Stpr 2018, S. 312) erkannte die von der Betriebsprüfung beanstandete Entgeltumwandlung des GGF an: „Werden bestehende Gehaltsansprüche des G in eine Anwartschaft auf Leistungen der betrieblichen Altersversorgung umgewandelt, dann scheitert die steuerrechtliche Anerkennung der Versorgungszusage regelmäßig nicht an der fehlenden Erdienbarkeit", so der erste Leitsatz. Das gilt für jede Form der durch Entgeltumwandlung finanzierten bAV, also neben der rückgedeckten Unterstützungskasse auch für z.B. Direktversicherungen oder Pensions- bzw. Direktzusagen.

Laut BFH stellt die fehlende Erdienbarkeit zwar ein „gewichtiges, aber dennoch widerlegbares Indiz" dafür dar, dass die Zusage nicht betrieblich, sondern gesellschaftsrechtlich veranlasst wurde. Dieses Indiz ist jedoch „regelmäßig entkräftet", wenn bestehende Gehaltsansprüche des GGF zugunsten seiner Altersversorgung umgewandelt werden.

Denn bei einer arbeitgeberfinanzierten bAV würde einem Fremd-Geschäftsführer eine die Gesellschaft finanziell belastende Versorgungszusage nur dann erteilt, wenn dieser seine Leistungen voraussichtlich noch für einen hinreichend langen Zeitraum erbringt, also für den besagten Zehn-Jahre-Erdienbarkeitszeitraum. Bei einer Entgeltumwandlung verzichtet ein GGF aber auf ihm ohnehin zustehenden Arbeitslohn, sodass diese Argumentation nicht zutrifft, so der BFH. Denn die **Gesellschaft** wird durch diese Entgeltumwandlung eben gerade **nicht zusätzlich finanziell belastet**.

• Ansicht der Finanzbehörden hinfällig, Bestätigung von FG-Rechtsprechung

Bis zum genannten Urteil des BFH bestand in der Praxis bei einer Entgeltumwandlung stets Unsicherheit, bzw. die Verfügung der Oberfinanzdirektion (OFD) Niedersachsen vom 15.8.2014 (S 2742-259-St 241) stand bei Nichterfüllbarkeit der Erdienbarkeitsfristen einer Entgeltumwandlung entgegen. Man war seitens der OFD der Auffassung, dass im BMF-Schreiben zur Erdienbarkeit vom 9.12.2002 nicht zwischen Arbeitgeberfinanzierung und Entgeltumwandlung unterschieden wird und der Erdienungszeitraum deshalb auch bei der Entgeltumwandlung beachtet werden müsste. Diese Ansicht ist hinfällig. Mit dem Urteil des BFH wird beispielsweise auch unterinstanzliche Rechtsprechung bestätigt (Finanzgericht – FG Düsseldorf vom 16.11.2021, Az. 6 K 2196/17 K, G, F), nach welcher es bei der Entgeltumwandlung an einer Vermögensminderung bei der GmbH fehlt, die Voraussetzung für eine vGA ist.

Will man die Erdienbarkeitsfrist umgehen, sollte eine Entgeltumwandlung anstelle einer arbeitgeberfinan-

zierten Versorgung genutzt werden. Aber Achtung: Es muss sich um eine „echte" Entgeltumwandlung handeln, also keine Umwandlung einer anstehenden, schlimmstenfalls sogar noch „sprunghaften" Gehaltserhöhung. Denn in diesem Fall geht die Rechtsprechung davon aus, dass keine „echte" Entgeltumwandlung vorliegt. Vielmehr sollte das Gehalt des GGF bestenfalls schon über einen geraumen Zeitraum unverändert gezahlt worden sein, sodass die Entgeltumwandlung „unverdächtig" gestartet werden kann.

Nach Start einer anerkannten, „echten" Entgeltumwandlung kann dann, bestenfalls in einem neuen steuerlichen Veranlagungszeitraum, auch eine Gehaltserhöhung vereinbart werden. Grundsätzlich gilt: Umwandlungsbeträge und etwaige Gehaltserhöhungen vor oder auch nach Start der Entgeltumwandlung sollten sich besser unterscheiden. Außerdem ist zu beachten, dass die Versorgungszusage im entschiedenen Fall als beitragsorientierte Leistungszusage (boLZ) nach § 1 Abs. 2 Nr. 1 Betriebsrentengesetz (BetrAVG) ausgestaltet war, der GGF also einfach die sich aus den eingezahlten Beiträgen ergebenden Leistungen aus der rückgedeckten Unterstützungskasse erhält. Würde beispielsweise eine Versorgungszusage dergestalt erteilt, dass aus einer Entgeltumwandlung exorbitant hohe Leistungen resultieren würden (z.B. Zusage eines jährlichen Zinssatzes von 8% im Rahmen einer innenfinanzierten boLZ), würde dies vom Finanzamt sicherlich nicht als betrieblich veranlasst gesehen. Denn die „Entgeltumwandlungsvereinbarung als solche [muss] den Anforderungen des sogenannten formellen Fremdvergleichs genügen", so der BFH.

3. Anwendung der BFH-Rechtsprechung zur Erdienbarkeit auch auf Probezeit?

• Anwendung auf Probezeit noch strittig

Dem BFH-Urteil vom 7.3.2018 folgte der Praxisreflex, das Ergebnis analog auf die Probezeit anzuwenden. Allerdings steht diesem Vorgehen gleich eine recht simple Überlegung entgegen: Bei einer Entgeltumwandlung ohne Berücksichtigung von Probezeiten gibt es kein bestehendes Gehalt im Sinne des ersten Leitsatzes des BFH im genannten Urteil, welches umgewandelt werden könnte. Also auch keine „echte" Entgeltumwandlung. Denn der GGF beginnt erst mit Start der personen- wie auch der unternehmensbezogenen Probezeit mit seiner Tätigkeit.

Es stellt sich also die Frage, ob die Umwandlung eines rein vertraglich festgelegten Gehalts auch der Argumentation des BFH zur Erdienbarkeit folgen kann. Und auch ganz grundsätzlich bestehen Unterschiede: Die Erdienbarkeit soll sicherstellen, dass der GGF mit Blick auf die Zukunft noch eine ausreichend lange Dienstzeit vor sich hat, die die finanzielle Belastung durch die Zusage rechtfertigt. Die Probezeit hingegen dient dazu, rückblickend festzustellen, ob der GGF seine Befähigung unter Beweis gestellt hat bzw. ob die GmbH finanziell stabil genug ist. Klar ist also: Eine uneingeschränkt analoge Anwendung des BFH-Urteils auf die Probezeit dürfte wohl nicht möglich sein (vgl. hierzu z.B. auch Schiller/Veh, BetrAV 6/2020, S. 478 ff.).

Allerdings sollte auch hinsichtlich der Probezeit gelten, dass es sich um ein widerlegbares Indiz handelt. Der stets bemühte Fremdvergleich sollte dafür sprechen, eine Entgeltumwandlung als betrieblich veranlasst anzuerkennen. Denn auch bei Fremd-Geschäftsführern ist es in der Praxis absolut üblich, sofort eine Entgeltumwandlung zuzulassen oder sogar eine arbeitgeberfinanzierte Versorgungszusage zu erteilen. Überdies ist es wirtschaftlich gesehen – eine übliche, beitragsorientierte Leistungszusage vorausgesetzt – aus Unternehmenssicht irrelevant, ob nun z.B. 500 € Gehalt ausgezahlt oder aufgrund der Entgeltumwandlung als Zuwendung an eine rückgedeckte Unterstützungskasse überwiesen werden. Eine Vermögensminderung im Sinne des § 8 Abs. 3 Satz 2 Körperschaftsteuergesetz (Kennzeichen einer vGA) ist nicht erkennbar.

• Das Urteil des FG Düsseldorf vom 16.11.2021 (Az. 6 K 2196/17 K, G, F)

Mit der beschriebenen Problemstellung hatte sich das FG Düsseldorf in dem Urteil vom 16.11.2021 (Az. 6 K 2196/17 K, G, F; GmbH-Stpr 2023, S. 187) zu befassen. Im zugrunde liegenden Sachverhalt war die Anerkennung einer Pensionszusage an einen GGF strittig, die durch eine monatliche Entgeltumwandlung finanziert und unmittelbar nach Gründung der Gesellschaft erteilt wurde (mithin Verletzung beider Probezeiten).

Dass die Zusage ohne Probezeit erteilt wurde, begründet laut FG nicht das Vorliegen einer vGA. Das Kriterium der Probezeit „[kann] bei Fällen der Entgeltumwandlung nicht relevant sein", so das FG. Denn die Gesellschaft wird durch eine bAV, die der GGF durch Verzicht auf Teile des ihm ohnehin zustehenden Gehalts finanziert, nicht belastet. Es ist lediglich darauf zu achten, dass die Entgeltumwandlungsvereinbarung einem Fremdvergleich standhält, also nicht unüblich ist (z.B. zu hoher garantierter Zinssatz). Das Urteil zeigt, wenngleich bis dato noch nicht durch die BFH-Rechtsprechung bestätigt, dass letztlich das **Argument der fehlenden Vermögensminderung auf Seiten der GmbH entscheidend** ist und damit einer üblichen Entgeltumwandlungsvereinbarung auch bei Neuberufung eines GGF bzw. Neugründung einer GmbH nichts im Weg stehen sollte.

4. Zusammenfassung und Praxistipps

Ist aufgrund nicht erfüllbarer Erdienbarkeitsfristen oder Probezeiten die Einrichtung einer arbeitgeberfinanzierten Versorgungszusage nicht mehr möglich, bleibt nach der dargestellten Rechtsprechung zumindest noch Raum für eine Entgeltumwandlung, mit der der GGF eine adäquate Altersversorgung aufbauen kann. Gerade für GGF, die im Falle einer beherrschenden Stellung auch von der Sozialversicherungspflicht befreit sind, ist dies von zentraler Bedeutung.

Denn mangels Sozialversicherungspflicht werden keine Entgeltpunkte und damit Rentenansprüche in der gesetzlichen Rentenversicherung mehr erworben. Es entsteht eine erhebliche Versorgungslücke, also eine Differenz zwischen tatsächlichen und notwendigen Altersbezügen, um den Lebensstandard vor Rentenbeginn zumindest ansatzweise ab Rentenbeginn aufrechtzuerhalten.

Bei der Einrichtung einer Entgeltumwandlung sollte insbesondere auf folgende Punkte geachtet werden:

- Erteilung einer beitragsorientierten Leistungszusage nach § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrAVG, bestenfalls über einen externen, versicherungsförmigen Versorgungsträger wie z.B. eine Direktversicherung oder auch eine rückgedeckte Unterstützungskasse, bei der die auf Basis der Umwandlungsbeträge (= Beitrag) zugesagten Leistungen den Versicherungsleistungen entsprechen.
- Vermeidung von Gehaltserhöhungen oder zumindest unüblichen Gehaltserhöhungen im zeitlichen Nahbereich zur vereinbarten Entgeltumwandlung, damit eine „echte" Entgeltumwandlung vorliegt.
- Abschluss der Entgeltumwandlungsvereinbarung zumindest nach Ablauf einer kurzen, auch fremdüblichen Probezeit von z.B. sechs Monaten, sodass nach deren Ablauf auch ein bestehendes, der Höhe nach angemessenes Gehalt für die Entgeltumwandlung verwendet werden kann.

Es spricht nichts dagegen, dass nach Ablauf der von der Rechtsprechung geforderten Erdienbarkeits- und Probezeiten die bis dahin praktizierte Entgeltumwandlung durch eine von der GmbH finanzierte Versorgungszusage bis zum Renteneintritt abgelöst wird.

Abseits dieser Punkte, die mit der Frage der Erdienbarkeit und Probezeit zusammenhängen, gilt es weitere wichtige Voraussetzungen zu beachten, wie z.B. die Erfordernisse nach § 6a Einkommensteuergesetz im Falle der Erteilung einer Pensionszusage (Schriftform, Eindeutigkeit etc.).

Dr. Karl Brock*

Die Auswirkungen des Geldwäschegesetzes in der GmbH-Praxis

Was Geschäftsführer und Gesellschafter wissen sollten

Geldwäscherechtliche Kontroll- und Meldepflichten sind für deutsche Unternehmen nichts Neues. Doch führt eine sich immer schneller entwickelnde europäische Gesetzgebung und deren nationale Umsetzung in den letzten Jahren zu einem rasanten Anwachsen des Pflichtenkanons aus dem Geldwäschegesetz (GwG). So haben das Transparenzregister- und Finanzinformationsgesetz aus dem Jahr 2021 und das im Dezember 2022 in Kraft getretene Sanktionsdurchsetzungsgesetz II für spürbare Erweiterungen der GwG-Pflichten gesorgt. Insbesondere rücken seit 2023 die im Eigentum einer Gesellschaft stehenden Immobilien in den Fokus der Geldwäscheprüfung. Der Beitrag gibt einen Überblick über die wichtigsten Pflichten und Haftungsrisiken nach dem GwG für Geschäftsführer und Gesellschafter.

Überblick:

1. **Die Meldepflicht der GmbH hinsichtlich ihrer wirtschaftlich Berechtigten**
2. **Fortlaufende Überwachungs- und Meldepflichten für die GmbH und ihre Geschäftsführer**
3. **Geldwäscherechtliche Meldepflichten im Hinblick auf Unternehmensimmobilien**
4. **Folgen eines Verstoßes gegen geldwäscherechtliche Überwachungs- und Meldepflichten**
5. **Fazit**

* Der Autor ist Rechtsanwalt, Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht sowie Fachanwalt für Steuerrecht und assoziierter Partner der Kanzlei MEYER-KÖRING Rechtsanwälte, Steuerberater PartG mbH, Bonn.

1. Die Meldepflicht der GmbH hinsichtlich ihrer wirtschaftlich Berechtigten

Im Vordergrund steht die Ausweitung der transparenzregisterrechtlichen Meldepflichten von Unternehmen hinsichtlich ihrer wirtschaftlich Berechtigten. Bis zum 31.7.2021 profitierten inländische GmbHs noch von der sogenannten Mitteilungsfiktion. Danach galt die Mitteilungspflicht von Unternehmen nach § 20 Abs. 1 GwG als erfüllt, wenn sich die erforderlichen Angaben zu ihren wirtschaftlich Berechtigten bereits aus anderen öffentlichen Registern ergaben – wie dem Handelsregister (§ 20 Abs. 2 GwG, alte Fassung). Insofern mussten GmbHs ihre wirtschaftlich Berechtigten in aller Regel nicht gesondert melden, weil sich aus der im Handelsregister hinterlegten Gesellschafterliste auch ihre wirtschaftlich Berechtigten ergaben. Denn nach § 3 Abs. 2