

Art. 2476 Abs. 7 c.c. erklärt nicht ausdrücklich, ob die Haftung der Gesellschafter beschränkt oder unbeschränkt ist. In der *società a responsabilità limitata* gilt das Prinzip, dass für die Verpflichtungen der Gesellschaft nur die Gesellschaft mit ihrem Vermögen haftet (Art. 2462 Abs. 1 c.c.). Die Haftung der Gesellschafter ist daher beschränkt. Die Haftung der Geschäftsführer ist hingegen nicht beschränkt. Der Geschäftsführer haftet für die Erfüllung seiner Verpflichtungen mit allen aktuellen und künftigen Gütern, nach der allgemeinen Regel des Art. 2740 Abs. 1 c.c. Auf dieser Weise wird ein Gleichgewicht erreicht: auf der einen Seite die *beschränkte* Haftung der Gesellschafter, auf der anderen Seite die *unbeschränkte* Haftung der Geschäftsführer<sup>18</sup>. Die Gesellschafter sind vor dem unternehmerischen Risiko durch die beschränkte Haftung gesichert. Wenn sie aber gleichzeitig Geschäftsführer sind, haften sie unbeschränkt. Insoweit haben die Gesellschafter kein Interesse, Geschäftsführer zu werden. Die Gesellschafter haben Interesse daran, dass andere Personen Geschäftsführer werden. Der Gesetzgeber hat aber Angst, dass die Gesellschafter Strohmänner zu Geschäftsführern bestellen. Die Gesellschafter könnten den Geschäftsführern Anweisungen geben und im Haftungsfall sich hinter der beschränkten Haftung der Gesellschaft verstecken. Der Gesetzgeber erlaubt eine solche Konstellation nicht. Wenn ein Gesellschafter absichtlich Schäden zufügt, so haftet er zusammen mit dem Geschäftsführer.

<sup>18</sup> *Cristiano*, Azioni di responsabilità contro gli amministratori di s.r.l. nella riforma del diritto societario, *Le Società* 2005, 1007 (1018).

## GmbH-Beratung

Sigmund Perwein\*

### Pensionszusage und Rückdeckungsversicherung in der Insolvenz der GmbH Kann der Gesellschafter-Geschäftsführer seine Ansprüche insolvenzfest machen?

*Vor ca. 2 Jahren wurden die GmbH-Geschäftsführer aufgeschreckt durch ein Urteil des BGH v. 7.4.2005. Der bis dahin als sicher geltenden Verpfändung der Ansprüche aus einer von der GmbH abgeschlossenen Rückdeckungsversicherung an den Gesellschafter-Geschäftsführer war in diesem Urteil vom BGH für die Zeit vor Pfandreife eine Absage erteilt worden. Ausgehend vom Urteilsfall zeigt der Autor auf, mit welchen Möglichkeiten und innerhalb welcher Grenzen der Anspruch auf die Versicherungsleistung aus der Rückdeckungsversicherung vor dem Zugriff durch den Insolvenzverwalter bewahrt werden kann. Wegen der unterschiedlichen Interessenlagen der Beteiligten sind hierbei neben zivilrechtlichen auch bilanz- und steuerrechtliche Gesichtspunkte im Blick zu behalten.*

\* Sigmund Perwein ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Steuerrecht in der Steuerberater- und Rechtsanwaltskanzlei Reichert & Reichert in Singen/Hohentwiel.

## I. Ausgangspunkt

Vor allem in anteilseignergeführten GmbHs werden regelmäßig zugunsten des Gesellschafter-Geschäftsführers Pensionszusagen erteilt. Zwecks praktischer Finanzierung der Pensionslast sowie Darstellung der Finanzierbarkeit gegenüber der Finanzverwaltung, ohne letztere diese die Pensionszusage als verdeckte Gewinnausschüttung<sup>1</sup> behandelt, werden regelmäßig zugleich mit der Erteilung der Pensionszusage durch die GmbH sog. Rückdeckungsversicherungen abgeschlossen. Hierbei handelt es sich um Kapitallebensversicherungen auf die Person des Gesellschafter-Geschäftsführers<sup>2</sup>, wobei dieser vereinzelt zugleich widerruflich als Bezugsberechtigter benannt wird. Zur Sicherung der Pensionsansprüche des Gesellschafter-Geschäftsführers verpfändet die GmbH zudem regelmäßig ihren Anspruch auf die Versicherungsleistungen an den Gesellschafter-Geschäftsführer. Dies alles erfolgt aus dem Umstand, dass Gesellschafter-Geschäftsführer in der Insolvenz der GmbH keinen Anspruch gegen den Pensions-Sicherungs-Verein haben<sup>3</sup>. Auch das *Gesetz zum Pfändungsschutz der Altersvorsorge und zur Anpassung des Rechts der Insolvenzarbeit*<sup>4</sup> wird für die Pensionszusage an Gesellschafter-Geschäftsführer keine Besserung bringen, da danach in einem ersten Schritt zunächst nur klassische Lebens- oder Rentenversicherungen<sup>5</sup> Selbständiger einen erweiterten Pfändungs- und Insolvenzschutz erhalten, nicht aber die Pensionszusage.

## II. Das Urteil des BGH v. 7.4.2005 als praktisches Anschauungsobjekt

Das Urteil des BGH v. 7.4.2005<sup>6</sup> zeigt beispielhaft auf, wie trügerisch die Hoffnung war und ist, das Problem der Insolvenzversicherung durch eine Standard-Verpfändung lösen zu wollen und zeigt auf, auf welchem Weg die Beratungspraxis die Position des Gesellschafter-Geschäftsführers stärken kann.

Dem Urteil selbst lag im Prinzip ein tagtäglich Fall zugrunde, der vorliegend wie folgt zusammengefasst sei:

Dem Geschäftsführer war eine Pensionszusage erteilt worden. Gleichzeitig schloss die GmbH eine Rückdeckungsversicherung ab, gewährte dem Geschäftsführer ein widerrufliches Bezugsrecht und verpfändete ihm zudem den Anspruch auf die Versicherungsleistung. Lange vor Eintritt des Pensionsfalls geriet die GmbH in Insolvenz, der Insolvenzverwalter widerrief die Bezugsberechtigung des Geschäftsführers, kündigte die Versicherung und verlangte von der Versicherung die Auszahlung des Rückkaufswerts zur Masse. Die Versicherung verweigerte dies mit der Begründung, der GmbH-Geschäftsführer als Pfandgläubiger habe hierzu seine Zustimmung nicht erteilt. Der Insolvenzverwalter klagte und bekam letztlich vom BGH Recht.

Wie war die Rechtslage? Beginnen wir bei der **Verpfändung**. Die Verpfändung ist vor Eintritt der Pfandreife, also

<sup>1</sup> BMF v. 14.5.1999 – IV C 6 - S 2742 - 9/99, BStBl. I 1999, 512 = GmbHHR 1999, 735.

<sup>2</sup> *Flitsch/Herbst*, BB 2003, 317; *Reuter*, GmbHHR 1994, 141, GmbHHR 1997, 1125 u. GmbHHR 2002, 6.

<sup>3</sup> *Flitsch/Herbst*, BB 2003, 317; *Elfring*, NJW 2005, 2192.

<sup>4</sup> BGBl. I 2007, 368.

<sup>5</sup> Die Rückdeckungsversicherung selbst ist ja nicht Mittel der Altersvorsorge, sondern ein Sicherungsmittel.

<sup>6</sup> BGH v. 7.4.2005 – IX ZR 138/04, NJW 2005, 2231.

vorliegend dem Eintritt des Versorgungsfalls, bei gesetzlicher Ausprägung, worauf der BGH ausdrücklich hinweist und worauf unten noch näher einzugehen sein wird, ein eher papiernes Schild. Mangels anderweitiger Regelung konnte der Insolvenzverwalter, der gemäß § 80 InsO an die Stelle des Gläubigers trat, nach Auffassung des BGH<sup>7</sup> den Versicherungsvertrag nämlich ohne Zustimmung des Pfandgläubigers, also dem Gesellschafter-Geschäftsführer kündigen. Damit war die Verpfändung ausgehebelt. *Elfring*<sup>8</sup> hat darauf hingewiesen, dass dieses Ergebnis des BGH schwerlich mit § 1276 BGB in Einklang zu bringen ist, wonach nach Bestellung des Pfandrechts das verpfändete Recht ohne Zustimmung des Pfandrechtsgläubigers nicht mehr aufgehoben oder geändert werden kann. In der Tat ist der Widerspruch zu § 1276 BGB auf den ersten Blick evident.

Die Entscheidung des BGH lässt nicht ausdrücklich erkennen, wie der Senat die Klippe des § 1276 BGB zu umschiffen können glaubte. Möglicherweise war der Senat der Auffassung, dass § 1276 BGB durch § 1283 BGB<sup>9</sup> verdrängt wird. Da es vorliegend nämlich um die Verpfändung einer Forderung und nicht um diejenige eines Rechts geht, ist § 1276 BGB gemäß § 1279 BGB nur anwendbar, wenn §§ 1280–1290 BGB nichts Besonderes regeln. Gemäß § 1283 BGB ist aber vor Pfandreife der Gläubiger – mangels anderweitiger Regelung – berechtigt ohne Zustimmung des Pfandgläubigers zu kündigen<sup>10</sup>. Allerdings dürfte vorliegend gar kein Problem der Gesetzeskonkurrenz vorliegen, weil beide Vorschriften bei genauer Betrachtung zwei unterschiedliche Sachverhalte regeln, denn in § 1283 Abs. 1 BGB ist ausdrücklich der Fall der Kündigung zum Zwecke der „Herstellung“ der Fälligkeit der Forderung – im Urteilsfall des Rückkaufswerts – geregelt, während die ratio legis des § 1276 BGB dahin geht, das nachträgliche Erlöschen (Abs. 1) oder jedenfalls die nachträgliche, beeinträchtigende Änderung (Abs. 2) des verpfändeten Rechts durch Rechtsgeschäft, also durch Zusammenwirken der Vertragspartner, zu unterbinden und nicht durch eine (einseitige) Gestaltungserklärung, wie sie eine Kündigung darstellt. Die Kündigung des Insolvenzverwalters stand deshalb gemäß § 1283 BGB in Einklang mit der Verpfändung.

Aber was war mit dem **Bezugsrecht** des Gesellschafter-Geschäftsführers? Da dieses widerruflich ausgestaltet war, worauf der BGH wiederum ausdrücklich abgehoben hatte und worauf unten noch gesondert einzugehen sein wird, konnte der Insolvenzverwalter dieses vor Pfandreife problemlos beseitigen, denn das widerrufliche Bezugsrecht begründet vor dem Versicherungsfall keinen Anspruch, sondern nur eine ungesicherte Hoffnung und kann jederzeit widerrufen werden, während der Anspruch aus dem Versicherungsvertrag weiterhin im Vermögen des Versicherungsnehmers bzw. Gläubigers verbleibt<sup>11</sup>.

Damit war der Weg für den Insolvenzverwalter frei. Er kündigte die Rückdeckungsversicherung gemäß § 165 VVG und beanspruchte den Rückkaufswert (§ 176 VVG). Der von der Versicherung gezahlte Betrag steht dann allerdings nicht zur Verteilung auf die Insolvenzgläubiger zur Verfügung, sondern muss vom Insolvenzverwalter – wegen der Verpfändung – insoweit zurück behalten werden, als der ausgezahlte Rückkaufswert zur Bestreitung der zu sichernden Forderung, also der zukünftigen Zahlungen aus der Pensionszusage<sup>12</sup> erforderlich ist. Letztendlich erhält der Gesellschafter-Geschäftsführer dann im Wege der abgeordneten Befriedigung gemäß §§ 50, 170 InsO aus der

Insolvenzmasse Pensionszahlungen bis zum Erschöpfen des ausgezahlten Rückkaufswerts. Dieser ist allerdings gemäß § 171 InsO zuvor um pauschale 9 % an Kosten für die Feststellung der pfandrechtsgesicherten Forderung und deren Verwertung zu kürzen, was insbesondere bei langer Laufzeit des Versicherungsvertrags und entsprechend hohem Rückkaufswert dann eine nicht unerhebliche Schmälerung bedeuten kann<sup>13</sup>, welche ersichtlich nicht im Interesse des Gesellschafter-Geschäftsführers ist.

Für die weitere Betrachtung der vorliegenden Fragestellung wichtig ist es, sich zunächst klar zu machen, welche weitere **versicherungsrechtliche Alternativlösung** für den Gesellschafter-Geschäftsführer bestanden hätte. Der – wie im Urteilsfall – widerruflich bezugsberechtigte Gesellschafter-Geschäftsführer hat nämlich im Falle der Kündigung der Lebensversicherung durch den Insolvenzverwalter (§ 165 VVG, § 80 InsO), welche die Umwandlung des aktiven Versicherungsvertrags in ein Abwicklungsverhältnis mit Auszahlung des Rückkaufswerts (§ 176 VVG) zur Folge hat, das Recht den Versicherungsvertrag durch Eintritt (§ 177 VVG) als Versicherungsnehmer weiter zu führen. Der bisherige Versicherungsnehmer, vorliegend also der Insolvenzverwalter muss dem Wechsel zwar zustimmen, wird dies indes tun<sup>14</sup>, weil der eintretende Gesellschafter-Geschäftsführer zur Masse dann den Betrag, der dem Rückkaufswert entspricht, zu leisten hat (§ 177 Abs. 1 S. 2 VVG) und die Masse dann genauso gestellt ist, als wenn der Versicherungsvertrag durch die Kündigung endgültig beendet werden würde. Der Gesellschafter-Geschäftsführer wird dadurch selbst Versicherungsnehmer und muss dann die Prämien selbst aufbringen. Interessant ist die Ausübung des gemäß § 177 Abs. 3 VVG fristgebundenen Eintrittsrechts also dann, wenn die Lebensversicherung schon einen guten Teil ihrer Laufzeit hinter sich gebracht hat und die Prämienzahlungen sich in der Summe demgemäß in Grenzen halten.

Es stellt sich ausgehend von der vorstehenden Analyse des Urteils nunmehr die Frage, welche Möglichkeiten in der Beratungspraxis bestehen, die Position des Gesellschafter-Geschäftsführers zu stärken. Dazu soll nachfolgend (unter III. und IV.) zunächst auf die zwei tatsächlichen oder vermeintlichen Fingerzeige des BGH im Urteil eingegangen werden und dann unter V. weitere Möglichkeiten diskutiert werden.

### III. Aufgreifen des 1. Fingerzeigs des BGH: abweichende Gestaltung der Verpfändung?

Im Urteilsfall stand der Kündigung der Versicherung durch den Insolvenzverwalter alleine die Verpfändung deshalb nicht entgegen, weil § 1283 BGB dies so vorsieht.

7 BGH v. 7.4.2005 – IX ZR 138/04, NJW 2005, 2231.

8 *Elfring*, NJW 2005, 2192.

9 Und § 1283 BGB wäre abdingbar gewesen: hierauf scheint die Bemerkung des Senats abzielen, dass „die Verpfändungsvereinbarungen (...) keine von den gesetzlichen Bestimmungen abweichenden Regelungen enthalten“ (vgl. BGH v. 7.4.2005 – IX ZR 138/04, NJW 2005, 2231 [2232]).

10 Ein Nutzungspfandrecht gemäß § 1283 Abs. 1 letzter Halbsatz ist vorliegend ja regelmäßig nicht gegeben.

11 *Elfring*, BB 2004, 617 (620) mit Rspr.-Hinweisen.

12 BGH v. 7.4.2005 – IX ZR 138/04, NJW 2005, 2231 (2233).

13 *Flitsch/Herbst*, BB 2003, 317 (320).

14 Vorsorglich könnte die Gesellschaft auch bereits bei Begründung der Pensionszusage bzw. Abschluss der Rückdeckungsversicherung ihre Zustimmung erklären.

Der Senat hat in der Urteilsbegründung darauf hingewiesen, dass die Verpfändung nicht abweichend geregelt worden sei<sup>15</sup>. Dieser Hinweis zielte auf § 1284 BGB ab. Danach ist § 1283 BGB nämlich abdingbar. Der Gesellschafter-Geschäftsführer sollte deshalb bei Pfandrechtsbestellung mit der GmbH vereinbaren, dass die Versicherung nur durch ihn als Pfandgläubiger gekündigt werden kann und dies der Versicherung gemeinsam mit der Verpfändungsanzeige mitteilen. In diesem Fall kann der Insolvenzverwalter die Lebensversicherung nicht kündigen. Damit bleibt die Lebensversicherung auf den ersten Blick erhalten. Allerdings wird der Insolvenzverwalter kaum weiterhin die Prämien zahlen, sondern im Hinblick auf § 103 InsO<sup>16</sup> einstellen, was unweigerlich die Kündigung durch den Versicherer gemäß §§ 175, 39 VVG nach sich ziehen wird. Dies führt nun aber anders als die Kündigung durch den Versicherungsnehmer nicht zur Abwicklung der Versicherung und Auszahlung des Rückkaufswerts, sondern zur Umstellung der Versicherung auf eine prämienfreie Versicherung<sup>17</sup> gemäß § 174 VVG. Der Versicherer errechnet dann die naturgemäß reduzierte Versicherungsleistung, welche dann bei Eintritt des Versicherungsfalles an den Geschäftsführer ausgezahlt wird. Auch hier hängt die Bewertung aus Sicht des Geschäftsführers davon ab, wie lange die Versicherung bei Umwandlung bereits bespart wurde, weil davon abhängig die festzustellende Versicherungsleistung dann geringer oder höher ist.

Durch diese abweichende Gestaltung der Verpfändung kann der Gesellschafter-Geschäftsführer die Versicherung erhalten. Die prämienfreie Ablaufleistung dürfte dabei in jedem Fall höher sein, als der Rückkaufswert.

#### IV. Aufgreifen des 2. Fingerzeigs des BGH: Gewährung eines unwiderruflichen Bezugsrecht?

Die Einräumung eines widerruflichen Bezugsrechts schützt den Gesellschafter-Geschäftsführer nicht, wie das Urteil des BGH gezeigt hat, weil dieser dadurch noch nicht einmal ein Anwartschaftsrecht erwirbt. Die Einräumung eines unwiderruflichen Bezugsrechts für den Gesellschafter-Geschäftsführer dagegen bewirkt im Wege eines echten Vertrags zugunsten Dritter, das er sofort einen eigenen Anspruch auf die Versicherungsleistung erwirbt ohne Durchgangserwerb im Vermögen der GmbH als Versicherungsnehmer. So weit, so gut. Allerdings ändert dieser Umstand, mangels anderweitiger Vereinbarung, nichts daran, dass die GmbH als Versicherungsnehmer weiterhin

alleine die Gestaltungsrechte innehat, also insbesondere auch das Kündigungsrecht, das im Insolvenzfall dann der Insolvenzverwalter ausübt. Aber – und das könnte der vom BGH angedeutete, aber nicht näher ausgeführte – „Clou“<sup>18</sup> sein, die Kündigung kann nicht ohne Zustimmung<sup>19</sup> des unwiderruflich Bezugsberechtigten erfolgen<sup>20</sup> und der Rückkaufswert steht unmittelbar dem unwiderruflich bezugsberechtigten GmbH-Geschäftsführer zu, so dass die Masse von der Kündigung des Versicherungsvertrags – selbst wenn diese ohne Zustimmung des Pfandgläubigers möglich wäre – nichts hat<sup>21</sup>, auch nicht den Kostenbeitrag gemäß § 171 InsO.

Hinzu kommt, dass die Gestaltungsrechte beim Vertrag zugunsten Dritter abweichend von der gesetzlichen Regelung auch ganz und alleine auf den Dritten, also den Gesellschafter-Geschäftsführer, übertragen werden könnten<sup>22</sup>. Aus Vorsichtsgründen müsste man diese abweichende Gestaltung aber auf das Kündigungsrecht beschränken<sup>23</sup>. Bei einer solchen Ausgestaltung liegt das Kündigungsrecht von vorneherein alleine beim Gesellschafter-Geschäftsführer, so dass der Insolvenzverwalter insoweit keinen Angriffspunkt hätte. Allerdings bleibt ihm dann wiederum die Möglichkeit gemäß § 103 InsO die Prämienzahlung auszusetzen, so dass nach Kündigung durch den Versicherer gemäß §§ 175, 39 VVG dann wieder eine Umstellung in eine prämienfreie Versicherung erfolgt. Ein Eintrittsrecht ist von Gesetzes wegen im Übrigen bei einem unwiderruflichen Bezugsrecht nicht vorgesehen<sup>24</sup>, wird von der h.M. in der Literatur allerdings befürwortet<sup>25</sup>.

#### V. Abtretung der Ansprüche aus der Rückdeckungsversicherung

Wie die bisherigen Ausführungen gezeigt haben, ist die Position des Gesellschafter-Geschäftsführers im Vergleich zum Urteilsfall zwar verbesserbar, jedoch weit davon entfernt, befriedigend zu sein. Es stellt sich deshalb die Frage, ob die Position des Geschäftsführers durch eine Abtretungslösung deutlich gestärkt werden kann. Denkbar sind bzw. diskutiert werden hier die Vollabtretung, die Sicherungszession und die aufschiebend auf den Zeitpunkt des Eintritts einer Krise bedingte Abtretung der Ansprüche aus der Lebensversicherung an den Gesellschafter-Geschäftsführer.

Die Vollabtretung hat im Grunde denselben Effekt wie das unwiderrufliche Bezugsrecht. Werden die Gestaltungsrechte mit abgetreten, kann der Insolvenzverwalter nur gemäß § 103 InsO die Prämienzahlungen einstellen<sup>26</sup> und damit nach Kündigung durch den Versicherer eine Umwandlung in eine prämienfreie Versicherung herbei führen. Sie hat aber denselben steuerlichen Pferdefuß<sup>27</sup> wie das unwiderrufliche Bezugsrecht.

Die Sicherungszession entspricht im Wesentlichen der Standard-Verpfändung. Auch bei der Sicherungszession verbleibt das Kündigungsrecht mangels abweichender Regelung beim Versicherungsnehmer bzw. Insolvenzverwalter.

Die Abtretung aufschiebend bedingt auf den Zeitpunkt des Eintritts eines bestimmten Krisenfalls<sup>28</sup> ist von den Rechtsfolgen her der oben bereits vorgeschlagenen Verpfändung mit Übertragung des Kündigungsrechts auf den Pfandgläubiger vergleichbar. Nach Wahl der Nichterfüllung durch den Insolvenzverwalter und Kündigung durch den Versicherer entsteht wiederum eine prämienfreie Versicherung.

15 BGH v. 7.4.2005 – IX ZR 138/04, NJW 2005, 2231 (2232).

16 Braun/Kroth, InsO, 2. Aufl. 2004, § 103 Rz. 14 m.w.N.

17 Sofern die vereinbarte Mindestversicherungssumme bereits erreicht ist.

18 Der unter VI. zu besprechende steuerliche Pferdefuß macht aus dem „Clou“ aber einen Flop.

19 A.A. Elfring, BB 2004, 617 (620) m.w.N.

20 Palandt/Grüneberg, BGB, 66. Aufl. 2007, § 328 Rz. 6 m.w.N.

21 Elfring, BB 2004, 617 (620) m.w.N.

22 Palandt/Grüneberg, BGB, 66. Aufl. 2007, § 328 Rz. 6.

23 Palandt/Grüneberg, BGB, 66. Aufl. 2007, § 328 Rz. 6.

24 Elfring, BB 2004, 617 (620).

25 Elfring, BB 2004, 617 (620).

26 Und damit konkludent sein Wahlrecht in Richtung Nichterfüllung ausüben, vgl. Braun/Kroth, InsO, 2. Aufl. 2004, § 103 Rz. 55.

27 S. sogleich unter VI.

28 Z.B. Tag der Insolvenzantragstellung oder Eröffnung des Insolvenzverfahrens.

## VI. Wasser in den Wein? Bilanz- bzw. steuerrechtliche Gesichtspunkte

Bislang haben wir das Problem alleine durch die zivilrechtliche Brille betrachtet und es hat sich gezeigt, dass es Gestaltungsalternativen gibt, durch die die Position des Gesellschafter-Geschäftsführers jedenfalls verbessert werden kann.

Bevor die zivilrechtlichen Gänge ins erhoffte Ziel gelangen, müssen indes noch einige bilanz- bzw. steuerrechtliche Wassergräben überwunden werden. Dies hat damit zu tun, dass die Rückdeckungsversicherung Auswirkungen auf die GmbH hat, welche nunmehr ins Zentrum der Betrachtung rückt. Um ihre Funktion, nämlich ein bilanzielles Gegengewicht zur Pensionsrückstellung zu bilden, zu erfüllen, muss der Anspruch auf die Ablaufleistung der Versicherung in der Bilanz der GmbH aktivierbar sein.

Aktivieren muss eine GmbH alle ihr zustehenden Vermögenswerte. Hierzu gehören auch Ansprüche aus Forderungen, auch wenn diese erst zukünftig fällig werden.

Damit scheidet die Vollabtretung und das unwiderrufliche Bezugsrecht als Gestaltungsinstrument aus. In beiden Fällen gehören die Ansprüche aus der Versicherung nämlich von Anfang an dem Gesellschafter-Geschäftsführer, so dass der Anspruch aus der Rückdeckungsversicherung von der GmbH nicht aktivierbar ist<sup>29</sup>. Die Rückdeckungsversicherung ist dann von Anfang an eine Direktversicherung<sup>30</sup>.

Auch ein widerrufliches Bezugsrecht erscheint nach der Rechtsprechung des BFH<sup>31</sup> und der Auffassung der Finanzverwaltung<sup>32</sup>, wonach eine Rückdeckungsversicherung nur bei Bezugsberechtigung des Versicherungsnehmers, also der GmbH, bestehen soll, aus steuerlicher bzw. bilanzrechtlicher Sicht als problematisch, was m.E. allerdings nicht ganz einsichtig ist. Der Unterschied zwischen einer Direktversicherung und einer Rückdeckungsversicherung besteht nämlich auch in der unterschiedlichen Zweckrichtung: während die Direktversicherung selbst Mittel der Altersvorsorge ist, ist die Rückdeckungsversicherung nur ein Mittel zur Sicherung einer anderweitig zugesagten Altersvorsorge. Und wenn nach R 129 Abs. 3 LStR 2005 zwecks steuerlicher Anerkennung einer Rückdeckungsversicherung „nur der Arbeitgeber, nicht aber der Arbeitnehmer Ansprüche gegen die Versicherung“ erlangen darf, zugleich aber die Verpfändung und die aufschiebend bedingte Abtretung für unschädlich erklärt werden, müsste dies streng genommen auch für ein widerrufliches Bezugsrecht gelten. Denn nach § 166 Abs. 2 VVG erwirbt der Bezugsberechtigte das Recht auf die Leistung im Zweifel erst mit dem Eintritt des Versicherungsfalls, erwirbt also Ansprüche, wenn überhaupt, erst in Zukunft. Um sicher zu gehen, sollte vereinbart werden, dass das widerrufliche Bezugsrecht wegfällt, wenn bei Eintritt des Pensionsfalls bis dahin kein „Störfall“ eingetreten war<sup>33</sup>. Dann löst sich auch das ansonsten bestehende Problem auf, dass der Gesellschafter-Geschäftsführer die Pensionszahlungen und die Versicherungsleistung erhält.

## VII. Zusammenfassung

Es zeigt sich, dass unter Berücksichtigung der gewünschten Aktivierbarkeit der Rückdeckungsversicherung in der Bilanz der GmbH als zivilrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten nur die Verpfändung unter Übertragung des Kündigungsrechts auf den Pfandgläubiger, die aufschiebend auf den Krisenfall bedingte Abtretung und die Einräumung eines auflösend bedingten widerruflichen Bezugsrechts in Betracht kommen.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Verpfändung mit der beschriebenen abweichenden Gestaltung im Insolvenzfall dazu führen wird, dass eine prämienfreie Versicherung entsteht, während bei Einräumung eines auflösend bedingten widerruflichen Bezugsrechts unter Beachtung der Frist des § 177 Abs. 3 VVG der Gesellschafter-Geschäftsführer die „Wahl“ hat, unter Übernahme der weiteren Prämienlast und Zahlung des Rückkaufswerts zur Masse die Versicherung fortzuführen oder die Einziehung des Rückkaufswerts durch den Insolvenzverwalter hinzunehmen und darauf zu vertrauen, dass im Pensionsfall der Insolvenzverwalter den Rückkaufswert nach Abzug des Kostenbeitrags von 9% dann zur Pensionszahlung bis zur Erschöpfung des Betrags verwendet.

Da im vorhinein schlechterdings nicht vorher gesagt werden kann, welche Variante im Insolvenzfall die für die persönliche Situation des jeweiligen Gesellschafter-Geschäftsführers günstigere ist, sollten beide Instrumente miteinander verbunden werden, d.h. einerseits in der Rückdeckungsversicherung ein auflösend bedingtes widerrufliches Bezugsrecht des Gesellschafter-Geschäftsführers vorgesehen werden und andererseits die Verpfändung dergestalt vorgenommen werden, dass das Kündigungsrecht alleine dem Pfandgläubiger obliegt. Dann kann der Gesellschafter-Geschäftsführer nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens tatsächlich wählen, ob er in den Vertrag eintreten möchte, um durch eigene weitere Prämienzahlung eine möglichst hohe Ablaufleistung zu generieren oder abwarten möchte bis der Insolvenzverwalter durch Wahl der Nichterfüllung den Versicherer zur Kündigung und daraus folgender Umwandlung in eine prämienfreie Versicherung veranlasst, um so ohne weitere eigene Belastung mit Prämienzahlungen wenigstens die bis dahin angesparte prämienfreie Versicherungsleistung zu sichern.

Die aufschiebend bedingte Abtretung führt bei Mitabtretung der Gestaltungsrechte im Ergebnis ebenso zu einer prämienfreien Versicherung, weil der Insolvenzverwalter mangels Kündigungsmöglichkeit wiederum den Weg über § 103 InsO gehen wird, was zur Kündigung durch den Versicherer führen wird. Zu den Gestaltungsrechten gehört aber auch die Einräumung von Bezugsrechten<sup>34</sup>, so dass der Gesellschafter-Geschäftsführer nach Wirksamwerden der Abtretung sich selbst das Bezugsrecht einräumen und dann nach § 177 VVG in den Versicherungsvertrag eintreten könnte. Die aufschiebend bedingte Abtretung vereinigt in sich also in gewisser Weise die Rechtsposition, welche durch die Kombination von modifizierter Verpfändung und auflösend bedingtem widerruflichen Bezugsrecht gegeben ist.

Welcher Weg auch immer gewählt wird, muss dieser möglichst bald eingeschlagen werden, weil ansonsten eine Anfechtung durch den Insolvenzverwalter gemäß §§ 129 ff. InsO die eingeräumte Rechtsposition wieder „kassiert“.

<sup>29</sup> *Reuter*, GmbHR 1997, 1125.

<sup>30</sup> R 6a Abs. 23 EStR 2005; R 129 Abs. 3 LStR 2005.

<sup>31</sup> BFH v. 28.6.2001 – IV R 41/00, BStBl. II 2002, 724 = GmbHR 2001, 1181.

<sup>32</sup> R 6a Abs. 23 EStR 2005; R 129 Abs. 3 LStR 2005.

<sup>33</sup> Im Übrigen sollte vor einer Änderung im Rahmen einer bereits bestehenden Pensionszusage und Rückdeckungsversicherung bzw. vor Neuerteilung einer Pensionszusage etc. eine verbindliche Auskunft des Finanzamts eingeholt werden.

<sup>34</sup> *van Bühren/Teslaw*, Hdb. des Versicherungsrechts, 2. Aufl. 2003, § 13 Rz. 393.