

SONDERDRUCK  
FÜR STEUERBERATER

# STEUERRECHTLICHE PROBLEME BEI BESTEHENDEN DIREKTZUSAGEN



## Autoren

Michael Diedrich  
Rentenberater

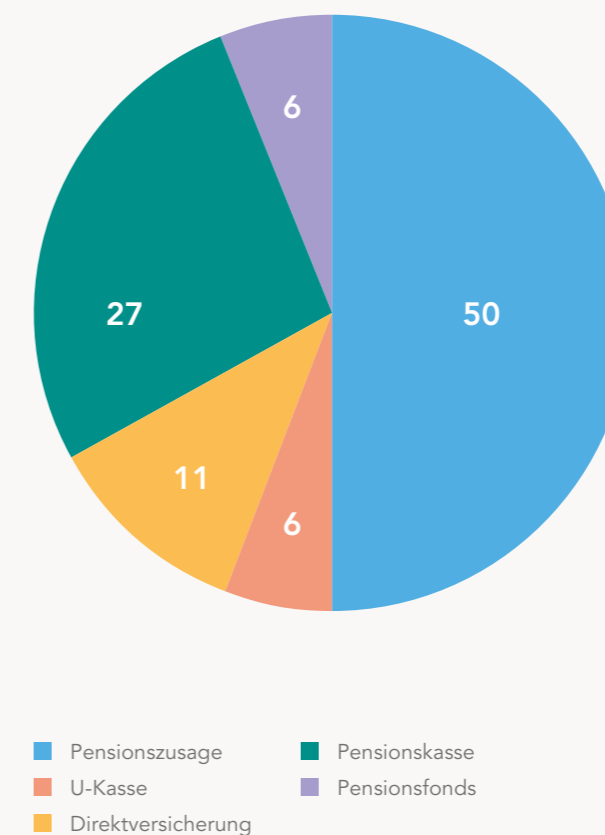
Karsten Rehfeldt  
Rentenberater

Alexander Schaub  
Rechtsanwalt

Für die Erfüllung von zugesagten Versorgungsleistungen im Rahmen der betrieblichen Altersversorgung (bAV) wurden bis zum 31. Dezember 2016 insgesamt 593,8 Milliarden Euro an Deckungsmitteln reserviert. Mit über 50 Prozent beziehungsweise rund 297,5 Milliarden Euro nehmen die für Pensionszusagen reservierten Deckungsmittel dabei mit weitem Abstand den Löwenanteil ein.

Dafür gibt es mehrere Gründe. Zum einen haben viele ehemalige Staatsbetriebe wie die Deutsche Post, die Telekom oder die Deutsche Bahn, große Konzerne wie Mercedes Benz oder SAP Versorgungszusagen an ihre Mitarbeiter im Wege der Pensionszusage erteilt. Zum anderen ist die Pensionszusage gerade für Vorstände und (beherrschende) Gesellschafter-Geschäftsführer eine sehr häufig genutzte Form der Altersversorgung.

Verteilung der Deckungsmittel in der bAV



Angaben in Prozent

Quelle: Schwind, J. (2018): Die Deckungsmittel in der betrieblichen Altersversorgung 2016 in: Betriebliche Altersversorgung Heft 4/2018; S. 309f

Impressum

Herausgeber  
 Deutsches Institut für Altersvorsorge GmbH  
 Französische Straße 12  
 10117 Berlin

030 201 88 – 581 / 582 / 583  
 dia-vorsorge.de  
 info@dia-vorsorge.de

Ansprechpartner  
 Klaus Morgenstern (Sprecher)

Projektdurchführung und Auswertung/Text  
 Michael Diedrich, bbvs Beratungsgesellschaft für betriebliche Versorgungssysteme mbH  
 Karsten Rehfeldt, bbvs Beratungsgesellschaft für betriebliche Versorgungssysteme mbH  
 Alexander Schaub, Rechtsanwalt

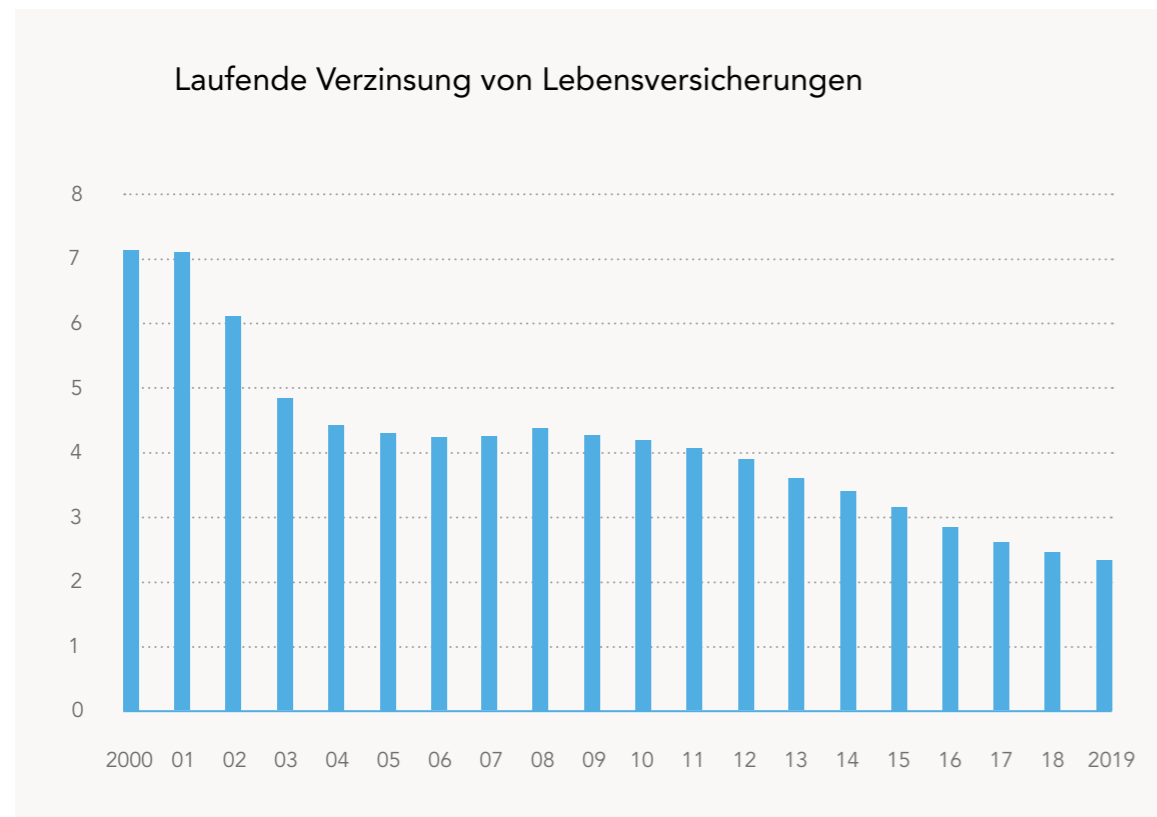
Satz, Gestaltung und Produktion  
 Goldblau.com

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt. Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere die der Übersetzung, des Nachdrucks, des Vortrags, der Entnahme von Tabellen, der Funksendung, der Mikroverfilmung oder der Vervielfältigung in EDV-Anlagen bleiben, auch bei nur auszugsweiser Verwendung, vorbehalten. Eine Vervielfältigung dieses Werkes oder von Teilen davon ist auch im Einzelfall nur in den Grenzen der gesetzlichen Bestimmungen des deutschen Urheberrechtsgesetzes in der jeweils gültigen Fassung zulässig. Zuwiderhandlungen unterliegen den Strafbestimmungen des Urheberrechtsgesetzes.

Trotzdem ist die Altersversorgung über eine Pensionszusage mittlerweile etwas in Verruf geraten. Eigentlich völlig zu Unrecht. Die Ursachen für den schlechten Ruf liegen nicht in der Pensionszusage an sich begründet, sondern in der Art und Weise, wie Pensionszusagen vereinbart und finanziert wurden. Außerdem finden regelmäßige Überprüfungen auf Anpassungsbedarf aufgrund geänderter gesetzlicher Vorgaben und/oder aktueller Rechtsprechung so gut wie nie statt.

**Oft als Steuersparmodell ausgenutzt**

Gerade bei Versorgungen für Vorstände bzw. Gesellschafter-Geschäftsführer, mit denen sich dieses Dossier beschäftigt, mussten in den 80er und 90er Jahren Pensionszusagen regelmäßig als Steuersparmodell erhalten. Die Altersversorgung spielte oft nur eine untergeordnete Rolle. In der Regel wurden Leistungszusagen erteilt, die eine feste Zusagenhöhe unabhängig vom zu betreibenden Aufwand vorsehen. Genau damit fangen auch schon die Probleme an. Zur Finanzierung wurden meistens Lebensversicherungen genutzt, in die aus Kostengründen Überschüsse mit eingerechnet wurden. Sieht man sich die Entwicklung der laufenden Verzinsung von Lebensversicherungen in den letzten 19 Jahren an, wird klar, warum die meisten Zusagen unterfinanziert sind.



Angaben in Prozent Quelle: Statista 2019

Die für das Jahr 2019 zu erwartende Durchschnittsverzinsung liegt also gerade noch bei etwa 33 Prozent der Verzinsung von 2000. Neben der höheren Lebenserwartung und der damit einhergehenden Einführung neuer Sterbetafeln ist das sicherlich der Hauptgrund für die heute von vielen beklagte Diskrepanz zwischen den vorhandenen und benötigten Finanzierungsmitteln.

Biometrische Risiken bei zugesagten Leistungen für den Fall der Berufsunfähigkeit oder des Todes wurden oft nicht oder nur anteilig rückgedeckt. Tritt nun tatsächlich ein vorzeitiges Risiko, wie zum Beispiel Berufsunfähigkeit, ein, müssen die Rückstellungen auf den vollen Barwert der Verpflichtung aufgefüllt werden. Man spricht in solch einem Fall auch vom Bilanzsprung. Dies kann unter Umständen sogar zur bilanziellen Überschuldung des Unternehmens führen.

**Verschiedene bilanzielle Stolperfallen**

Sicher existieren auch Pensionszusagen, bei denen die vorzeitigen Risiken entsprechend rückgedeckt wurden. Doch ist das Problem damit gelöst? Weit gefehlt! Auch in diesem Fall kann daraus für das Unternehmen eine bilanzielle Stolperfalle entstehen, denn nicht nur im Unternehmen muss, wie bereits beschrieben, auf den vollen Barwert der Verpflichtung aufgefüllt werden, sondern auch der Versicherer ist verpflichtet, Deckungsrückstellungen zu reservieren.

Das Unternehmen muss aber in der Steuerbilanz zur Berechnung des Barwertes den Zinssatz nach § 6a Einkommensteuergesetz, also sechs Prozent verwenden. Der Versicherer dagegen rechnet mit einem wesentlich geringeren Zinssatz. Damit ist das reservierte Deckungskapital eines Versicherers deutlich höher als der Barwert nach § 6a Einkommensteuergesetz. Da der Versicherer die Höhe des Deckungskapitals in Form der Aktivwertmitteilung an das Unternehmen weitergibt, kann dort ein buchhalterischer Gewinn entstehen, der steuerrelevant ist. Das Unternehmen muss also gegebenenfalls Steuern auf diesen buchhalterischen Gewinn zahlen. Diese Verfahrensweise ist rechtens. Das hat der Bundesfinanzhof bereits in seinem Urteil vom 10. Juni 2009 (I R 67/08) bestätigt. Die Richter führten in ihrer Urteilsbegründung u. a. an: „...dass für die Ermittlung des zu bilanzierenden Aktivwerts der Rechnungszins maßgeblich ist, den der Versicherer für die Berechnung der Deckungsrückstellungen verwendet hat...“.

### Kardinalproblem: Betreuung fehlt

Zusätzlich kommt, neben den schon beschriebenen bilanziellen Problemen, erschwerend hinzu, dass in vielen Fällen die Pensionszusagen nicht auf das Bedingungsmerkmal des Versicherers abgestellt wurden. Das kann dazu führen, dass das Unternehmen bei der Erfüllung der in der Pensionszusage beschriebenen Leistungsvoraussetzungen bereits das Versorgungsversprechen erfüllen muss, der Versicherer aber unter Umständen noch nicht in der Leistungspflicht steht.

Neben der Tatsache, dass bereits bei der Einrichtung handwerkliche Fehler gemacht und bestehende gesetzliche Regelungen nicht beachtet wurden, ist das Kardinalproblem aber die fehlende Betreuung der Pensionszusagen während der aktiven Arbeitszeit des Versorgungsberechtigten. Allein im Zeitraum von 2004 bis 2018 gab es rund 80 Urteile oder Rundschreiben der Finanzgerichtsbarkeit bzw. der Finanzbehörden, die Auswirkungen auf bestehende Pensionszusagen und damit auf die steuerliche Anerkennung der nach § 6a Einkommensteuergesetz gebildeten Rückstellungen haben. In vielen Fällen gab es Fristen, die nicht eingehalten wurden und so bei einer entsprechenden Fachprüfung zur Aberkennung der bisher gebildeten Rückstellungen führen können. Nun den schwarzen Peter den Steuerberatern zuzuschreiben, ist allerdings zu kurz gesprungen, denn Beratung zur betrieblichen Altersversorgung obliegt ihnen schlicht nicht.

Die Versicherungsvermittler bzw. Versicherungsgesellschaften, die sicher Zugang zu den entsprechenden Informationen haben, sind ihrem Betreuungsauftrag nur bedingt nachgekommen. Vielfach verfahren die Versorgungsberechtigten aber auch nach dem Motto „buy and forget“ und wollen sich mit diesem Thema nicht ständig beschäftigen.

### Fehler in exemplarischem Ausmaß

In diesem Kontext ist das vorliegende Dossier entstanden. Die bbvs Beratungsgesellschaft für betriebliche Versorgungssysteme GmbH hat in den letzten acht Jahren 93 Pensionszusagen begutachtet. Schwerpunkt der Prüfung waren dabei steuer-, arbeits- und insolvenzrechtliche Aspekte, die Auswirkungen auf die steuerliche Anerkennung und den Insolvenzschutz der Finanzierungsmittel haben (können). Natürlich wurde auch der Finanzierungsstand geprüft. Aber was nutzt im Zweifel eine kongruente Ausfinanzierung, wenn die steuerliche Anerkennung der Zusage in Frage steht? Das Dossier listet daher die festgestellten Mängel und ihre Häufigkeit auf und beschreibt die damit verbundene Problem- und Rechtslage.

### Verbreitete Fehler und ihre Häufigkeiten

Die Ergebnisse der Auswertung im Einzelnen: In den zurückliegenden neun Jahren wurden 93 Pensionszusagen an beherrschende Gesellschafter-Geschäftsführer durch die bbvs geprüft. Darunter waren:

- 91 Leistungszusagen
- 2 beitragsorientierte Leistungszusagen
- 51 Zusagen mit Invaliditätsabsicherung
- 61 Zusagen mit Hinterbliebenenversorgung

Dabei wurden die folgenden Mängel mit der aufgeführten Häufigkeit festgestellt.

## 1. FEHLENDE FINANZIERUNGSMITTEL

Häufigkeit: 4,26 % (keine Rückdeckung); 95,7 % (Unterdeckung)

Fehlende Finanzierungsmittel haben erhebliche Folgen für das betreffende Unternehmen. Sowohl die Finanzverwaltung als auch die Finanzgerichtsbarkeit haben dazu inzwischen klar Stellung bezogen. Dadurch sind die Voraussetzungen für die Annahme einer verdeckten Gewinnausschüttung bei fehlender Finanzierbarkeit einer Pensionszusage gegenüber dem beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführer ausführlich beschrieben. Nach dem Ergebnis der Erörterung mit den obersten Finanzbehörden der Länder sind die Grundsätze dieser Urteile in allen offenen Fällen allgemein anzuwenden. (BMF-Schreiben vom 06. September 2005 IV B 7 - S 2742 - 69/05, BFH-Urteile vom 8. November 2000 - I R 70/99 -, 20. Dezember 2000 - I R 15/00 -, 7. November 2001 - I R 79/00 -, 4. September 2002 - I R 7/01 -, 31. März 2004 - I R 65/03 -)

Im BFH-Urteil vom 31. 03. 2004 - IR 65/03 formulierten die Richter zum Beispiel folgenden Leitsatz: Eine Pensionszusage einer GmbH zugunsten ihres Gesellschafter-Geschäftsführers ist im Regelfall durch das Gesellschaftsverhältnis (mit)veranlasst, wenn die eingegangene Versorgungsverpflichtung aus Sicht des Zusagezeitpunktes für die Gesellschaft nicht finanzierbar ist. In diesem Fall können die Zuführungen zu der Pensionsrückstellung ganz oder teilweise verdeckte Gewinnausschüttungen sein. Bei vier der begutachteten Zusagen bestand gar keine Rückdeckung und bei 89 Zusagen eine zum Teil erhebliche Unterdeckung.

Konsequenz: Die bisher gebildeten Rückstellungen müssen aufgelöst werden, zumindest für den zur Überschuldung führenden Teil.

## 2. FEHLENDE AUSFINANZIERUNG DER BU- ODER HINTERBLIEBENENRENTE

Häufigkeit: 50,98 % (BU-Rente)  
91,80 % (Hinterbliebenenversorgung)

Wozu dieser Fehler führte, macht ein Urteil des Bundesfinanzhofes deutlich (BFH-Urteil vom 24. April 2002 – I R 43/02). Darin stellten die Richter fest: Außerdem habe die Klägerin in 1991 einen Jahresfehlbetrag von 114.888 DM erwirtschaftet; sie sei deshalb wirtschaftlich nicht in der Lage gewesen, die nicht rückgedeckten Versorgungsrisiken, insbesondere im Invaliditätsfall, abzudecken. Das Finanzamt erhöhte deshalb die von der Klägerin erklärten Gewinne um die Zuführungen zu den Pensionsrückstellungen.

Konsequenz: Auch bei einer fehlenden Ausfinanzierung einer BU- oder Hinterbliebenenrente droht die Auflösung der Rückstellungen für den zur Überschuldung führenden Teil.

## 3. KEIN BEZUG AUF DAS BU-BEDINGUNGSWERK

Häufigkeit: 60,87 %

Die folgende Definition wurde häufig in den untersuchten Versorgungszusagen vorgefunden: „Wenn Sie vor Vollendung des 65. Lebensjahres ausscheiden und infolge Krankheit, Körperverletzung oder Kräfteverfalls, die ärztlich nachzuweisen sind, voraussichtlich dauernd außerstande sind, Ihren Beruf oder eine andere Tätigkeit auszuüben, die aufgrund Ihrer Ausbildung und Erfahrung ausgeübt werden kann und Ihrer bisherigen Lebensstellung entspricht, haben Sie Anspruch auf Berufsunfähigkeitsrente. Wenn Sie uns eine Berufsunfähigkeit melden, dann werden wir nach Prüfung der uns eingereichten sowie der von uns beigezogenen Unterlagen erklären, ob und von welchem Zeitpunkt an wir eine Leistungspflicht anerkennen.“

Solche Formulierungen haben Folgen für den Arbeitgeber: Da die Pensionszusage nicht an die bedingungsgemäße Leistungserbringung des Versicherers geknüpft ist, kann gegebenenfalls bereits ein Leistungsanspruch des Gesellschafter-Geschäftsführers ohne Leistungspflicht des Versicherers bestehen.

Konsequenz: Die Firma muss die BU-Rente aus Eigenmitteln erbringen.

## 4. FEHLENDER GESELLSCHAFTERBESCHLUSS ZUR ERTEILUNG DER PENSIONSUSAGE

Häufigkeit: 53,76 %

Fehlt der Gesellschafterbeschluss zur Erteilung der Pensionszusage, dann liegt ein Verstoß gegen § 46 Nr. 5 des GmbH-Gesetzes vor. Die Erteilung einer Pensionszusage bedeutet eine Änderung des Geschäftsführer-Anstellungsvertrages, die nur durch die Gesellschafterversammlung vorgenommen werden kann.

Konsequenz: Das Fehlen eines entsprechenden Gesellschafterbeschlusses führt damit zur Nichtigkeit der Zusage und in der Folge zur Auflösung der bisher gebildeten Rückstellungen.

## 5. FEHLENDER GESELLSCHAFTERBESCHLUSS FÜR DIE VERPFÄNDUNG DER RÜCKDECKUNG

Häufigkeit: 77,42 %

Auch die Verpfändung einer Rückdeckung ist ein „Zusatz“ zum Anstellungsvertrag und bedarf der Zustimmung der Gesellschafterversammlung durch einen Gesellschafterbeschluss. Fehlt der Gesellschafterbeschluss, ist die Verpfändung nichtig. Es liegt ein Verstoß gegen § 46 Nr. 5 GmbH-Gesetz vor. Bestätigt wurde dies durch das Urteil des OLG Düsseldorf vom 23. April 2009 (I 6 U 58/08).

Dort hieß es in der Urteilsbegründung unter anderem: „Die Wirksamkeit der Verpfändung scheitert im Ergebnis aber an der fehlenden Zustimmung der Gesellschafterversammlung gemäß § 46 Nr. 5 GmbHG.“ Unter diesen Umständen ist die Verpfändung nichtig.

Konsequenz: Im Falle einer Insolvenz hätte der Insolvenzverwalter ein Verwertungsrecht auf die Rückdeckungsinstrumente.

## 6. FEHLENDE EINDEUTIGE AUSSAGEN ZU VORAUSSETZUNGEN, HÖHE UND FORM

Häufigkeit: 4,3 %

Häufigkeit fehlende Schriftform: 3,23 %

Fehlt die Schriftform, kommt es zu einem Verstoß gegen § 6a Einkommensteuergesetz. Darin heißt es: „Für eine Pensionsverpflichtung darf eine Rückstellung (Pensionsrückstellung) nur gebildet werden, wenn und soweit... die Pensionszusage schriftlich erteilt ist; die Pensionszusage muss eindeutige Angaben zu Art, Form, Voraussetzungen und Höhe der in Aussicht gestellten künftigen Leistungen enthalten.“

Diese Voraussetzungen hat auch der Bundesfinanzhof noch einmal bekräftigt (Urteil vom 31. Mai 2017 - I R 91/15): „Eine Pensionszusage darf in der Bilanz einer Kapitalgesellschaft nur gebildet werden, wenn und soweit die Pensionszusage schriftlich erteilt ist und eindeutige Angaben zu Art, Form, Voraussetzung und Höhe der in Aussicht gestellten Leistungen enthält (§ 8 Abs. 1 KStG). Der Zweck dieser formalen Voraussetzung für die Rückstellungsbildung besteht in der Beweissicherung ... erforderlich ist damit, dass sich der Inhalt der Zusage zweifelsfrei feststellen lässt.“

Konsequenz: Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, führt dies zur Auflösung der bisher gebildeten Rückstellungen.

## 7. UNANGEMESSENE HÖHE DER ZUSAGE

Häufigkeit: 7,53 %

Zusagen auf Leistungen der betrieblichen Altersversorgung müssen angemessen sein. Überdurchschnittlich hohe Versorgungsanswartschaften führen zu einer Überversorgung. Von einer möglichen Vorwegnahme künftiger Einkommensentwicklungen kann regelmäßig ausgegangen werden, wenn die sogenannte 75 %-Grenze im Sinne der BFH-Urteile vom 31. Mai 2017 (I R 91/15) überschritten wird. Demnach ist von einer Überversorgung, die zur Kürzung der Pensionsrückstellung führt, auszugehen und zwar typisierend dann, wenn die Versorgungsanswartschaft zusammen mit der Rentenanwartschaft aus der gesetzlichen Rentenversicherung (Anmerkung der Autoren: und weiterer Versorgungsanswartschaften aus einer bAV oder ähnlichen Versorgungen) 75 Prozent der am Bilanzstichtag bezogenen Aktivenbezüge übersteigt. (BMF v. 03. November 2004 - IV B 2 - S 2176 - 13/0)

Konsequenz: Die Rückstellungen sind um jenen Teil zu reduzieren, die aus der Überversorgung resultieren. Arbeitsrechtlich besteht allerdings weiterhin der volle Anspruch des Gesellschafter-Geschäftsführers.

## 8. FEHLENDE WARTEZEIT

Häufigkeit: 38,71 %

Die Erteilung einer Pensionszusage an den Gesellschafter-Geschäftsführer einer Kapitalgesellschaft setzt im Allgemeinen die Einhaltung einer Probezeit voraus, um die Leistungsfähigkeit des neu bestellten Geschäftsführers beurteilen zu können. Handelt es sich um eine neu gegründete Kapitalgesellschaft, ist die Zusage überdies erst dann zu erteilen, wenn die künftige wirtschaftliche Entwicklung der Gesellschaft verlässlich abgeschätzt werden kann. Wird die Pension dem entgegenstehend unmittelbar nach Einstellung des Gesellschafter-Geschäftsführers oder nach Gründung der Gesellschaft zugesagt, handelt es sich bei den Zuführungen zu einer Rückstellung für die Pensionszusage um eine verdeckte Gewinnausschüttung. (BFH-Urteil vom 28. April 2010 – I R 78/08)

Ausschlaggebend ist die Situation zum Zeitpunkt der Zusage, so dass die Anwartschaft auch nach Ablauf der angemessenen Probezeit nicht zu einer fremdvergleichsgerechten Pensionszusage wird. (BMF-Schreiben vom 14. Dezember 2012 - IV C 2 - S 2742)

Konsequenz: Eine unter Verstoß gegen eine angemessene Wartezeit erteilte Pensionszusage ist durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst und führt nach den Grundsätzen des BMF-Schreibens vom 28. Februar 2002 zu verdeckten Gewinnausschüttungen im Sinne des § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG.

Konsequenz: Die bisher gebildeten Rückstellungen sind gewinnerhöhend aufzulösen.

## 9. VERWEIS AUF DAS BETRIEBSRENTENGESETZ IN DER PENSIONS ZUSAGE

Häufigkeit: 28 %

Zahlt eine GmbH ihrem (beherrschenden) Gesellschafter-Geschäftsführer bei dessen Ausscheiden aus dem Unternehmen im Zusammenhang mit der Veräußerung der Gesellschaftsanteile eine Abfindung für dessen Verzicht auf die ihm erteilte betriebliche Pensionszusage, obwohl vereinbart war, dass im Falle des vorzeitigen Ausscheidens des Begünstigten das grundsätzliche Abfindungsverbot des § 3 Abs. 1 BetrAVG (a. F.) Anwendung finden sollte, ist regelmäßig eine gesellschaftliche Veranlassung und damit eine verdeckte Gewinnausschüttung anzunehmen. (BFH-Urteil vom 14. März 2006 I R 38/5)

Konsequenz: Verweist die Pensionszusage auf die Regelungen des BetrAVG, muss der Gesellschafter-Geschäftsführer diese auch gegen sich gelten lassen, obwohl er nicht in den Geltungsbereich des BetrAVG fällt. Damit ist zum Beispiel im Falle des Verkaufes der Firma eine Abfindung der Pensionszusage nicht möglich.

## 10. FALSCH VORAUSSETZUNGEN/FEHLENDE REGELUNG ZUR BERECHNUNG DES UNVERFALLBAREN ANSPRUCHS

Häufigkeit: 87,10 %

Bei Zusagen an beherrschende Gesellschafter-Geschäftsführer ist zur Ermittlung des Betrages, der sich bei einer sofortigen rätierlichen Unverfallbarkeit ergeben würde, nicht der Beginn der Betriebszugehörigkeit, sondern das Datum der Zusage maßgebend. Wird diese Vorgabe nicht eingehalten, verstößt die Zusage gegen das Nachzahlungsverbot (BMF-Schreiben vom 28. Mai 2002 - IV A 2). „Das Nachzahlungsverbot schließt eine steuerliche Berücksichtigung der Vereinbarungen grundsätzlich sowohl bei der Erstrückstellung als auch bei jeder Erhöhung oder Ergänzung der Pensionsanwartschaften oder Pensionsleistungen aus.“ (Ahrend, Förster, Rösler: Steuerrecht der betrieblichen Altersversorgung)

Konsequenz: Da damit eine verdeckte Gewinnausschüttung im Sinne des § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG vorliegt, ist diese außerhalb der Steuerbilanz dem Steuerbilanzgewinn im Rahmen der Ermittlung des Einkommens der Körperschaft hinzuzurechnen.

## 11. FEHLENDE ANZEIGE DER VERPFÄNDUNG

Häufigkeit: 5,38 %

Die Verpfändung einer Forderung, zu deren Übertragung der Abtretungsvertrag genügt, ist nur wirksam, wenn der Gläubiger sie dem Schuldner anzeigt. (§ 1280 BGB)

Konsequenz: Fand keine Anzeige der Verpfändung statt, besteht kein Insolvenzschutz für die Rückdeckungsinstrumente.

## 12. FEHLENDE KAPITALZAHLUNGSKLAUSEL

Häufigkeit: 47,31 %

Sagt eine GmbH ihrem beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführer an Stelle der monatlichen Rente „spontan“ die Zahlung einer Kapitalabfindung der Versorgungsanwartschaft zu, so ist die gezahlte Abfindung regelmäßig eine verdeckte Gewinnausschüttung. (BFH-Urteil vom 11. September 2013 - I R 28/13)

Konsequenz: Wird die Möglichkeit einer Kapitalzahlung nicht von vornherein oder zumindest rechtzeitig in die Pensionszusage aufgenommen, so kann die „spontane“ Kapitalzahlung als verdeckte Gewinnausschüttung qualifiziert werden. Damit wäre die Kapitalzahlung keine (gewinnmindernde) Betriebsausgabe.

## 13. ALLEINIGES RECHT ZUR WAHL EINER KAPITALZAHLUNG (STATT RENTE) LIEGT BEIM GGF

Häufigkeit: 13 %

Nach Meinung der Richter am Bundesfinanzhof hängt der Zeitpunkt des steuerlichen Zuflusses nicht allein von der Fälligkeit eines Anspruchs ab. Ein Zufluss liegt dann vor, wenn der Arbeitnehmer die volle wirtschaftliche Verfügungsmacht über den Anspruch erlangt hat. Hierfür genügt es auch, wenn der Arbeitnehmer ohne weiteres Zutun des Arbeitgebers die Möglichkeit hat, den Leistungserfolg herbeizuführen. (BFH-Urteil vom 11. November 2009 - IX R 01/09)

Konsequenz: In vielen Pensionszusagen hat der Gesellschafter-Geschäftsführer das alleinige Recht, bei Rentenbeginn zwischen einer lebenslangen Rente und einer einmaligen Kapitalzahlung zu wählen. In diesen Fällen liegt unseres Erachtens ein steuerlicher Zufluss auch dann vor, wenn sich der Gesellschafter-Geschäftsführer für die Rentenzahlung entscheidet.

## 14. FEHLENDE VERPFÄNDUNG DER RÜCKDECKUNG

Häufigkeit: 13 %

Nach den Paragraphen 35 und 50 der Insolvenzordnung besteht bei fehlendem Insolvenzschutz keine abgesonderte Befriedigung. Die Zusage ist aber häufig der wichtigste Baustein der Altersversorgung des Gesellschafter-Geschäftsführers und bedarf deshalb eines besonderen Schutzes. Rückdeckungsmittel werden daher an den Gesellschafter-Geschäftsführer verpfändet, um für den Insolvenzfall nicht in die allgemeine Konkursmasse zu fallen.

Konsequenz 1: Fehlt die Verpfändung, kann der Insolvenzverwalter die Rückdeckungsmittel zur Befriedigung der Gläubigeransprüche verwenden.

Vermögensgegenstände, die dem Zugriff aller übrigen Gläubiger entzogen sind und ausschließlich der Erfüllung von Schulden aus Altersversorgungsverpflichtungen oder vergleichbaren langfristig fälligen Verpflichtungen dienen, sind mit diesen Schulden zu verrechnen. (§ 246 Abs. 2 Satz 2 HGB)

Konsequenz 2: Fehlt die Verpfändung, ist eine Berücksichtigung auf der Aktivseite in der Handelsbilanz nicht möglich. Im schlimmsten Fall führt dies zur handelsrechtlichen Überschuldung.

## 15. AUFNAHME VON WIDERRUFSVORBEHALTEN IN DIE PENSIONSUSAGE

Häufigkeit: 37,63 %

Widerrufsvorbehalte entfalten ebenfalls ungewollte Wirkungen. So findet sich in rund einem Drittel der untersuchten Pensionszusagen die folgende Klausel: „Die Firma behält sich vor, die zugesagten Leistungen zu kürzen oder einzustellen, wenn ... die wirtschaftliche Lage des Unternehmens sich nachhaltig so wesentlich verschlechtert hat, dass ihm eine Aufrechterhaltung der zugesagten Leistungen nicht mehr zugemutet werden kann.“ (R 6a EStR 2008)

Konsequenz: Zur Befriedigung von Gläubigeransprüchen kann, wenn die oben genannte Voraussetzung erfüllt ist, ein Insolvenzverwalter die Zusage widerrufen und die Rückdeckungsinstrumente, auch bei formgerechter Verpfändung, verwerten.

## 16. WEITERE SACHVERHALTE

### Keine Regelungen in der Pensionszusage für den Fall des Verkaufs der Firma

Häufigkeit: 95,7 %

Konsequenz: Keine Kapitalabfindung möglich, damit ist die Firma nahezu unverkäuflich.

### Keine Regelungen zur sofortigen Unverfallbarkeit

Häufigkeit: 24,73 %

Konsequenz: Kein Insolvenzschutz bis zum Erreichen der vorgegebenen Unverfallbarkeitsfristen

### Fehlende Regelungen zur vorzeitigen Inanspruchnahme

Häufigkeit: 8,6 %

Konsequenz: Entsprechend § 6a Einkommensteuergesetz müssen die Voraussetzungen für den Leistungsbezug in der Pensionszusage festgelegt werden. Fehlt die vorzeitige Inanspruchnahme in der Pensionszusage, ist diese nicht möglich.

### Fehlender Geschäftsführervertrag

Häufigkeit: 6,45 %

Konsequenz: Zusage ist nichtig.

### Fehlender Abschlag bei vorzeitiger Inanspruchnahme

Häufigkeit: 3,23 %

Nach Auffassung des Bundesfinanzhofes (Urteil vom 29. Oktober 1997 - I R 52/97) hält eine Zusage nur dann einem Fremdvergleich stand, wenn sie auch einem Arbeitnehmer erteilt werden würde. Mit einem Arbeitnehmer würde man aber schon aus Gründen der verkürzten Finanzierungszeit einen Abschlag bei vorzeitiger Inanspruchnahme vereinbaren.

Konsequenz: Zusage ist nichtig wegen der Nichtberücksichtigung des Fremdvergleiches.



## Fehlende Erdienbarkeit

Häufigkeit: 2,15 %

Eine dem Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH erteilte Pensionszusage kann nach der gefestigten Rechtsprechung nur dann steuerlich anerkannt werden, wenn die Zusage von dem Begünstigten (noch) erdient werden kann. Nach ebenfalls ständiger Spruchpraxis ist das bei einem beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführer der Fall, wenn zwischen dem Zusagezeitpunkt und dem vorgesehenen Zeitpunkt des Eintritts in den Ruhestand mindestens zehn Jahre liegen.

Konsequenz: Die Zusage ist nichtig, wenn der Begünstigte die Zusage unter dieser Voraussetzung nicht mehr verdienen kann.

## FAZIT

Bei der Analyse der geprüften Zusagen war es für die Autoren erschreckend, wie geradezu stiefmütterlich diese behandelt wurden. Oftmals ist die Pensionszusage aber, zum Beispiel bei beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführern, der wichtigste Baustein der Altersversorgung. Aufgrund der Anzahl der geprüften Zusagen muss davon ausgegangen, dass die Ergebnisse als exemplarisch für die Gesamtheit der bestehenden Pensionszusagen an Vorstände und beherrschende Gesellschafter-Geschäftsführer anzusehen sind, auch wenn durch die Anzahl und Verteilung der Fälle keine repräsentativen Auswertungen möglich sind.

## Äußerst flexibler Durchführungsweg

Dabei bietet die Pensionszusage Flexibilität wie kein anderer Durchführungsweg der betrieblichen Altersversorgung. Eingerichtet unter Berücksichtigung aller gesetzlichen Gegebenheiten, steueroptimiert finanziert mit einer Kapitalanlage als Lifecycle-Modell, das sich dem Lebens- und Arbeitszyklus anpasst, und regelmäßig überprüft, lassen sich Risiken minimieren und die Altersversorgung sinnvoll gestalten.

Unter Beachtung der oben genannten Grundsätze kann die Pensionszusage dann sogar für die Mitarbeiterversorgung äußerst interessant werden. Durch eine maßvolle, aber für die Mitarbeiter trotzdem attraktive Zusagehöhe und eine adäquate Finanzierung entwickelt sich die Pensionszusage gegebenenfalls zur Sparkasse für das Unternehmen. Damit die mit einer Pensionszusage verbundenen Ziele aber auch erreicht werden, sollten bei der Einrichtung Fachleute herangezogen werden, die über hinreichende Erfahrung verfügen und losgelöst von Produktanbietern agieren. Die Pensionszusage ist deutlich mehr als Chance denn als Risiko anzusehen.

## DIE AUTOREN

### Michael Diedrich

#### Hintergrund

- Jahrgang 1959
- Studium der Wärmetechnik mit dem Abschluss Dipl.-Ing. (FH)
- Ausbildung zum Fachberater bAV
- Zugelassener Rentenberater für betriebliche Altersversorgung am Landgericht Halle/Salle AZ 3712 E - 166
- seit 2009 Geschäftsführer der bbvs GmbH

#### Bedeutende berufliche Stationen

- Maklerbetreuer (bAV) bei SwissLife
- Unternehmensberater bAV bei der AMbAV
- Direktionsbeauftragter bAV bei der Generali
- Sachkundelehrgang an der FH für Verwaltung und Dienstleistung

#### Tätigkeitsschwerpunkte

- Betriebliche Altersversorgung
- Zeitwertkonten
- Versorgungsausgleich
- Lohnkostenoptimierung

### Karsten Rehfeldt

#### Hintergrund

- Jahrgang 1965
- Diplomkriminalist HU Berlin
- Versicherungskaufmann
- Rentenberater
- seit 2008 Geschäftsführer der bbvs GmbH

#### Bedeutende berufliche Stationen

- Zurich Gruppe
- Bankhaus Metzler
- GENERALI Deutschland

#### Tätigkeitsschwerpunkte

- Rentenberatung
- SV-Statusprüfung
- Prüfung und Einrichtung von betrieblichen Versorgungseinrichtungen
- Digitale Verwaltung betrieblicher Versorgungssysteme

## Alexander Schaub

### Hintergrund

- Jahrgang 1974
- Studium Rechtswissenschaften Uni Marburg, Uni Potsdam, HU Berlin
- seit 2003 Rechtsanwalt
- Fachanwalt für Arbeitsrecht, Bank- und Kapitalmarktrecht und Medizinrecht
- Zertifizierter Datenschutzbeauftragter

### Bedeutende berufliche Stationen

- BTR Rechtsanwälte GmbH
- Gansel Rechtsanwälte
- Mathis Ruff Rechtsanwalts GmbH
- jura ratio Rechtsanwalts GmbH

### Tätigkeitsschwerpunkte

- Betriebliche Altersversorgung
- Arbeitsrecht
- Bank- und Kapitalmarktrecht
- Datenschutz

## DAS UNTERNEHMEN

Die bbvs GmbH wurde 2008 gegründet und ist eine Rentenberatungsgesellschaft im Sinne der §§ 10 Abs. 1 Nr. 2 und 12 Abs. 4 Rechtsdienstleistungsgesetz. Die bbvs erbringt Rechtsdienstleistungen für Arbeitgeber im Rahmen der Einrichtung von betrieblichen Versorgungswerken. Dabei unterstützt Sie freie Finanzdienstleister und Steuerberater bei der Beratung von Arbeitgebern in allen Fragen rund um betriebliche Versorgung und Zeitwertkonten.

### Das Leistungsspektrum der bbvs umfasst folgende Themen:

- Rechtliche Prüfung von betrieblichen Versorgungssystemen
- Beratung bei der Neueinrichtung von betrieblichen Versorgungssystemen
- Prüfung und Strukturierung unmittelbarer Versorgungsverpflichtungen (Pensionszusagen)
- Beratung im Versorgungsausgleich
- Digitale Verwaltung von betrieblichen Versorgungssystemen
- Benefits und Payments (Entgeltoptimierung)
- Demografieberatung in Unternehmen

### Kontakt

bbvs-gmbh.de

info@bbvs-gmbh.de

