

Sonstiges

Pensionszusage an Gesellschafter-Geschäftsführer: Probezeit als Kriterium für das Vorliegen einer vGA

Verfasser: Rechtsanwalt Udo Eversloh und Rechtsanwalt Björn Heilck, beide Kenston Pension GmbH, Köln

Bei Pensionszusagen an Gesellschafter-Geschäftsführer werden gem. § 1 BetrAVG fünf Durchführungswege unterschieden: die Direktzusage, die Unterstützungskassenzusage (die beiden sog. nichtversicherungsformigen Durchführungswege), die Direktversicherung, die Pensionskassenzusagen sowie die Zusage in Form des Pensionsfonds (die drei letztgenannten sind die sog. versicherungsformigen Durchführungswege). Eine Probezeit kann für einen Geschäftsführer im Rahmen einer Direktversicherung, einer Pensionskassen- oder Pensionsfondszusage nicht verlangt werden, da der jährliche Aufwand (der Liquiditätsabfluss) für diese Versorgungswege erheblich geringer ist als derjenige für die Fälle der Direktzusage und der Unterstützungskassenzusage, also für die beiden Formen der direkten (arbeitgeberfinanzierten) Zusage.¹

I. Systematische Einordnung der Problemstellung

Bei Versorgungszusagen in Form der Direktzusage an Gesellschafter-Geschäftsführer sind steuerlich zwei Prüfungsebenen zu trennen: Erst wenn die Voraussetzungen der Bildung einer Rückstellung nach § 6a EStG erfüllt sind (erste Prüfungsebene), ist auf der zweiten Prüfungsebene zu untersuchen, ob die konkrete Zusage eine verdeckte Gewinnausschüttung (vGA) i.S.d. § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG darstellt, also eine Vermögensminderung oder verhinderte Vermögensmehrung, die durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst ist, sich auf die Höhe des Unterschiedsbetrags i.S.d. § 4 Abs. 1 EStG auswirkt und nicht auf einem den gesellschaftsrechtlichen Vorschriften entsprechenden Gewinnverteilungsbeschluss beruht. Bei der vorliegenden Fragestellung geht es

insbesondere um die Frage, ob es sich bei der Direktzusage im konkreten Fall um eine gesellschaftsrechtlich veranlasste Maßnahme handelt. Dafür wiederum bedarf es eines Fremdvergleichs zur Beantwortung der Frage, ob die konkrete Gestaltung üblich, also nicht rechtsmissbräuchlich ist.

Im Rahmen des Fremdvergleichs ist u.a. das Kriterium der persönlichen Probezeit² zu beachten: Ein gewissenhafter Geschäftsleiter würde einem nicht am Gesellschaftskapital beteiligten Geschäftsführer ohne Probezeit oder ohne anderen Nachweis einer ausreichenden Eignung, Befähigung und Fachkompetenz keine Pensionszusage erteilen.³ Bei Verstoß gegen diesen Grundsatz könnte eine vGA zu bejahen sein. Denn in der Regel wird ein (interner bzw. externer) Betriebsvergleich ergeben, dass der Arbeitgeber fremden Arbeitnehmern erst dann eine Versorgungszusage – ein Instrument, den Arbeitnehmer dauerhaft an das Unternehmen zu binden – erteilen wird, wenn dieser sich bewährt hat. Das wird er erst in Erwägung ziehen, sobald der Arbeitnehmer eine Probezeit zur Zufriedenheit des Arbeitgebers durchlaufen hat. Das gilt auch und gerade für einen Fremdgeschäftsführer: Ohne Erprobung oder einen anderen Nachweis einer ausreichenden Eignung, Befähigung und Fachkenntnis würde ein gewissenhafter Geschäftsleiter einen nicht am Kapital beteiligten Geschäftsführer keine Pensionszusage erteilen. Darin sind sich Rechtsprechung⁴ und Finanzverwaltung⁵ einig.

II. Begriff der Probezeit und Praxisfolgen

Um diese Anforderungen prüfen zu können, steht zunächst die Frage im Raum, wie der Begriff der Probezeit definiert ist. Im Gesetz findet sich aber

keine Legaldefinition. Erschwert wird diese Prüfung noch dadurch, dass der Begriff der Probezeit von demjenigen der Wartezeit abzugrenzen ist. Mangels einer gesetzlichen Definition sucht der Rechtsanwender eine Bestimmung dieser Begriffe in der BFH-Rechtsprechung und/oder bei den Veröffentlichungen des BMF – allerdings ebenfalls vergeblich.

Für eine strikte Trennung dieser Begriffe tritt Gosch (Vorsitzender Richter des I. Senats des BFH) ein: Die Probezeit sei die zusagefreie Zeit (Zeitraum zwischen Dienstbeginn und erstmaliger Zusageerteilung), die leistungsausschließende Wartezeit sei hingegen die versorgungsfreie Zeit, die bewirke, dass Versorgungsleistungen nicht zu erbringen seien, wenn der Versorgungsfall innerhalb des vereinbarten Wartezeitraums eintrete.⁶ Gosch moniert, dass sowohl die BFH-Rechtsprechung als auch die Finanzverwaltung diese Begriffe nicht immer „richtig“ auseinanderhalte.⁷ Dies wird z.B. daran deutlich, dass der BFH in einer Entscheidung als Wartezeit die Zeit der Erprobung der Eignung des Geschäftsführers verstanden hat.⁸ Dagegen verwendet die Finanzverwaltung den Begriff Wartezeit im Sinne einer Probezeit und meint damit aber die zusagefreie Zeit.⁹

Angesichts dieser Rechtsunsicherheit ist die Praxis im Hinblick auf die steuerrechtliche Beurteilung der Probezeit übergegangen, zwischen der personenbezogenen und der unternehmensbezogenen Probezeit zu differenzieren.

1. Personenbezogene Probezeit

Entscheidend für die Dauer der personenbezogenen Probezeit sind die jeweiligen Umstände des Einzelfalles. Nicht unproblematisch ist die Feststellung, dass eine Probezeit bei

Direktzusagen entfällt, die auf einer Entgeltumwandlung beruht, weil der Arbeitnehmer die Direktzusage dann selbst finanziert.¹⁰ Insofern besteht eine Ausnahme vom Erfordernis der personenbezogenen Probezeit, da dem Arbeitnehmer das umgewandelte Entgelt auch ohne Einhalten einer Probezeit zustünde.¹¹ Nach Keil/Prost hingegen muss eine Probezeit eingehalten werden. Sie begründen dies damit, dass sonst erhebliche Gestaltungsspielräume eröffnet würden. Z. B. könnte ein Gesellschafter-Geschäftsführer sich kurzfristig das Gehalt erhöhen und relativ zeitnah eine Entgeltumwandlung für die Erteilung einer Pensionszusage festlegen.¹²

Besteht insoweit noch Einigkeit zwischen der BFH-Rechtsprechung und der Finanzverwaltung, ist die Länge der Dauer der Probezeit äußerst streitig: Bei Gosch ist die Aussage zu finden, dass die Pensionszusage unmittelbar nach Einstellung einem Fremdvergleich dem Grunde nach – nicht der Höhe nach! – nicht standhält¹³. D.h. in der Regel ist davon auszugehen, dass sie dann durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst ist.¹⁴ Konsequenterweise stellt sich anschließend aber die Frage, welcher Zeitraum für die Annahme einer „Probezeit“ maßgebend ist. Das lässt sich nicht einheitlich beantworten, sondern bedarf der Prüfung des Einzelfalls¹⁵: Der BFH geht von der Annahme aus, dass die konkrete Dauer der Probezeit von den Fähigkeiten des einzelnen Gesellschafter-Geschäftsführers abhängt. Er hat in einem Fall eine fünfjährige Probezeit als ausreichend erachtet.¹⁶ In einer späteren Entscheidung hielt er eine Zeitspanne von 2 ¼ Jahren für geeignet, um Leistungsfähigkeit und Qualifikation des Geschäftsführers beurteilen zu können.¹⁷

Das BMF hielt für die steuerliche Beurteilung einer Pensionszusage eine Probezeit von zwei bis drei Jahren für ausreichend.¹⁸ Sie liegt mit dieser Annahme schon recht nahe an der BFH-Rechtsprechung. Folgende Fallgruppen mögen daher als „Richtschnur“ dienen (zur Absicherung sollte angesichts der nicht

einheitlich beurteilten Rechtslage jedoch vorsorglich eine verbindliche Auskunft eingeholt werden¹⁹):

a) Probezeit entbehrlich bei entsprechender Vortätigkeit des Geschäftsführers

Als entbehrlich wird eine Probezeit seitens des BFH²⁰ bei entsprechenden Vortätigkeiten des Gesellschafter-Geschäftsführers (z.B. in den Fällen eines Rechtsformwechsels, einer Unternehmensumwandlung oder einer Management-Buy-outs, bei denen der bisherige Geschäftsführer im Unternehmen verbleibt²¹). Die Finanzverwaltung hat sich dieser Auffassung inzwischen jedenfalls für den Fall einer Neugründung einer Kapitalgesellschaft angeschlossen. Sie beharrt dennoch im Grundsatz auf einer zwei- bis dreijährigen Probezeit nach der Anstellung, hält aber eine Probezeit für verzichtbar bei Geschäftsführern, die „aus eigener Erfahrung Kenntnisse über die Befähigung eines Geschäftsleiters haben und die Ertragerwartungen aufgrund ihrer bisherigen unternehmerischen Tätigkeit hinreichend deutlich abschätzen können“, so z.B. auch bei entsprechender Vortätigkeit des Geschäftsführers im Unternehmen vor dessen Umwandlung in eine GmbH.²²

D.h. für den branchenerfahrenen Gesellschafter-Geschäftsführer ist eine Probezeit nicht zumutbar.²³ Ein erfahrener, aber lebensälterer Gesellschafter-Geschäftsführer wird sich kaum gewinnen lassen, wenn ihm die unmittelbare Pensionszusage verweigert wird.²⁴ Für einen beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführer kann nichts anders gelten²⁵. Betriebliche Versorgungszusagen sind Entgeltbestandteil, die in die Gesamtvergütungsausstattung des Geschäftsführers einfließen und somit auch als Motivationsinstrument zur Bindung des Geschäftsführers an das Unternehmen fungieren.

Dieses Ergebnis wird auch durch die Betrachtung der sozialversicherungsrechtlichen Gegebenheiten gestützt: Unter Beachtung der Grundsätze zur ersetzenden Versorgungszusage kann

und muss die Einhaltung einer personenbezogenen Probezeit für denjenigen Teil einer Versorgungszusage eines nicht sozialversicherungspflichtigen Gesellschafter-Geschäftsführers gänzlich entbehrlich sein, der dem durch die Gesellschaft fiktiv eingesparten Anteil zum Gesamtsozialversicherungsbeitrag entspricht.²⁶ Für einen sozialversicherungspflichtigen Fremdgeschäftsführer müssen unmittelbar ab Beginn seiner Tätigkeit derartige Beitragsabgaben erfolgen – ohne die Berücksichtigung einer Probezeit. Um im Einzelfall sicherzugehen, dass die Finanzverwaltung dies ebenso sieht, sollte eine gebührenpflichtige verbindliche Auskunft eingeholt werden. Es ist zu klären, ob eine beitragsorientierte Leistungszusage auf Basis der bei Versicherungspflicht des GGF an die gesetzliche Rentenversicherung zu zahlenden Arbeitgeberbeiträge grundsätzlich ohne Einhaltung einer Probezeit möglich ist (ersetzende Versorgungszusage), weil damit lediglich die fehlende Anwartschaft auf Leistungen aus der gesetzlichen Rentenversicherung (bezogen nur auf den Arbeitgeberanteil) ausgeglichen werden. Erst recht vor dem Hintergrund, dass der BFH im Urteil vom 17.3.2010²⁷ auch im Rahmen der ersetzenden Versorgungszusage die Einhaltung einer Probezeit für notwendig erachtet. Auch dieses Urteil ist noch nicht im Bundessteuerblatt II veröffentlicht, so dass die Finanzverwaltung das Urteil über den entschiedenen Einzelfall hinaus nicht anwendet.

b) Probezeit u.U. auch entbehrlich ohne entsprechende Vortätigkeit des Geschäftsführers

Auch wenn der Gesellschafter-Geschäftsführer vorher nicht zuvor als solcher tätig gewesen ist, muss dass nicht zwangsläufig dazu führen, dass er seine erforderlichen Fähigkeiten nicht nachweisen kann.²⁸ Es reicht, wenn er vorher „nur“ leitender Angestellter war.²⁹ Das FG Rheinland-Pfalz hält eine Probezeit sogar dann für entbehrlich, wenn der Gesellschafter-Geschäftsführer im Rahmen seiner Ausbildung Kenntnisse in dem für eine Betriebsführung erforderlichen Umfang erhalten hatte.³⁰

c) Folgen bei Verstoß gegen die Einhaltung einer Probezeit: vGA

Bei Verstoß gegen die zuvor erläuterten personenbezogenen Probezeiterfordernisse behandelt die Finanzverwaltung Zuführungen zu einer Rückstellung für eine Pensionszusage bis zum Ablauf der angemessenen Probezeit als vGA i. S. d. § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG. Nach Ablauf der angemessenen Probezeit werden die weiteren Zuführungen aufgrund der ursprünglichen Versorgungszusage für die Folgezeit dagegen gewinnmindernd berücksichtigt.³¹ Die Finanzverwaltung räumt allerdings die Möglichkeit ein, die ursprüngliche Pensionszusage aufzuheben und eine neue Pensionszusage nach Ablauf der angemessenen Probezeit zu vereinbaren. Die Korrektur außerhalb der Steuerbilanz gilt für die Pensionszahlungen, soweit sie nicht mit der Rückstellung verrechnet werden und dadurch Einfluss auf die Höhe des Steuerbilanzergebnisses gehabt haben. Die Pensionszahlungen werden, ungeachtet der Behandlung bei der Einkommensermittlung, in vollem Umfang als andere Ausschüttungen i. S. des § 27 Abs. 3 Satz 2 KStG behandelt.³² – Im Hinblick auf die unternehmensbezogene Probezeit (dazu sogleich unter II.2.) ist in diesem Zusammenhang allerdings das Urteil des BFH vom 28.4.2010 zu beachten, in dem das Gericht – im Gegensatz zur Auffassung der Finanzverwaltung – ein „Hineinwachsen“ in die Probezeit ablehnt.³³ Dieser Auffassung hat sich das BMF im Schreiben vom 14.12.2012 angenähert (s.u. unter II.2.).

2. Unternehmensbezogene Probezeit

Neben den genannten Kriterien für eine personenbezogene Probezeit wird ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter einer neu errichteten Kapitalgesellschaft einem gesellschaftsfremden Geschäftsführer erst dann eine Pension zusagen, wenn er die künftige wirtschaftliche Entwicklung und damit die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Kapitalgesellschaft zuverlässig abzuschätzen vermag³⁴, sich eine Pensionszusage also „leisten“ kann, da sonst eine

vGA in Rede steht.

Auch hier müsste gelten, dass eine Probezeit bei Direktzusagen entfällt, die auf einer Entgeltumwandlung beruht, weil der Arbeitnehmer die Direktzusage dann selbst finanziert (s.o. unter II.1. zur personenbezogenen Probezeit); dieser Gesichtspunkt gilt auch im Rahmen der Betrachtung der unternehmensbezogenen Probezeit. Insofern besteht eine Ausnahme auch vom Erfordernis der unternehmensbezogenen Probezeit, da dem Arbeitnehmer das umgewandelte Entgelt auch ohne Einhalten einer Probezeit zustünde.³⁵ Nach Auffassung von Keil/Prost hingegen muss eine Probezeit eingehalten werden.³⁶

Daher ist eine Pensionszusage an einen Gesellschafter-Geschäftsführer nicht betrieblich veranlasst, wenn die Erfüllung der Zusage aufgrund der Ertragslage des Unternehmens nicht möglich ist.³⁷ Dieser Tendenz folgt auch das BFH-Urteil vom 28.4.2010.³⁸ Die ohne Beachten der unter Fremden üblichen Fristen zugesagte Pension qualifiziert das Gericht im Zusagezeitpunkt als vGA.³⁹ Das wirkt sich sowohl auf die erstmalige Bildung der Pensionsrückstellung als auch auf die nachfolgenden Rückstellungszuführungen aus: Ausschlaggebend ist – so der BFH im Urteil vom 28.4.2010 – die Situation im Zusagezeitpunkt, so dass die Anwartschaft auch nach Ablauf der angemessenen Probezeit nicht in eine fremdvergleichsgerechte Versorgungszusage „hineinwächst“ (vGA dem Grunde nach). Insofern widerspricht der BFH damit der Auffassung der Finanzverwaltung im Schreiben vom 14.5.1999, die ein derartiges „Hineinwachsen“ in die Versorgungszusage für möglich hielt⁴⁰ – jedenfalls für Fälle vor der Veröffentlichung des BFH-Urteil vom 28.4.2010 auf der Internetseite des BFH am 29.7.2010. Die Finanzverwaltung hat ihre Position allerdings geändert: Laut BMF-Schreiben vom 14.12.2012 macht die Finanzverwaltung hinsichtlich des Zeitpunkts der Erteilung der Versorgungszusage eine Zäsur – sie unterscheidet zwischen „Altzusagen“ (Erteilung der Zusage vor Veröffentlichung des BFH-Urteils

vom 28.4.2010 am 29.7.2010 auf der Internetseite des BFH) und solchen, die nach diesem Zeitpunkt erteilt worden sind. Für erstere gewährt das BMF Vertrauensschutz; die Zusagen wachsen dann nach Ablauf der Probezeit in eine steuerliche Anerkennung hinein.⁴¹ Bei letzteren geschieht dies nach Auffassung des BMF gerade nicht, so dass die Finanzverwaltung diesen Zusagen die steuerliche Anerkennung verweigert. Allerdings betont das BMF ausdrücklich, dass dann die Möglichkeit besteht, die in der Probezeit erteilte Zusage aufzuheben und eine neue Versorgungszusage zu erteilen.⁴²

Diese Gesichtspunkte werden insbesondere im Gründungsstadium eines Betriebs praxisrelevant: Der Unternehmer wird sich die Einräumung einer Pensionszusage sorgfältig überlegen müssen. Insofern hat sich der BFH für eine Einzelfallbetrachtung ausgesprochen, welche die Gesamtumstände berücksichtigt.⁴³ Nach Auffassung der Finanzverwaltung würde einem gesellschaftsfremden Geschäftsführer erst dann eine betriebliche Versorgungszusage erteilt, wenn die künftige wirtschaftliche Entwicklung und damit die künftige wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Kapitalgesellschaft zuverlässig abgeschätzt werden kann.⁴⁴

Um die wirtschaftliche Entwicklung abschätzen zu können, hält sie einen Zeitraum von regelmäßig maximal fünf Jahren für erforderlich.

Der BFH hingegen hat keine Mindestfrist vorgegeben (und ist im diesem Punkt nicht ganz so festgelegt wie die Finanzverwaltung), sondern spricht sich für eine Einzelfallbetrachtung aus.⁴⁵ Bei hervorragender Ertragslage hält er z.B. einen Zeitraum von 13 Monate zur Beurteilung der Einräumung einer Pensionszusage für ausreichend.⁴⁶

Im Rahmen von Unternehmensumwandlungen kann die Einhaltung einer Probezeit sogar entbehrlich sein. Das ist der Fall, wenn es sich nicht um eine neue Gesellschaft handelt, also lediglich ein

Formwechsel vorgenommen wird und der Geschäftsführer aufgrund seiner bisherigen unternehmerischen Tätigkeit hinreichend deutlich abschätzen kann, wie sich die Ertragslage entwickelt, was wiederum Grundlage für eine Pensionszusage ist.⁴⁷ Ist das nicht hinreichend möglich (z.B. mangels langer Marktpräsenz), ist die Rechtslage unklar. Höfer geht aufgrund der bisherigen Rechtsprechung des BFH davon aus, dass dieser eine Probezeit verlangen wird, wobei die Zeit der Marktpräsenz angerechnet werden könnte.⁴⁸ Hier wird deutlich, dass es – im Gegensatz zur Auffassung von Gosch (s.o.) – im Einzelfall nicht immer möglich sein wird, personenbezogene und unternehmensbezogene Probezeit auseinanderzuhalten.

Letztlich erweist es sich im Hinblick auf das Kriterium der unternehmensbezogenen Probezeit, dass es sich dabei um ein Problem der angemessenen Gesamtvergütung (und weniger der Zusageerteilung als solcher) handelt.⁴⁹ Der Arbeitgeber wird im Einzelfall prüfen, ob eine unmittelbare Versorgungszusage nicht sinnvoller ist als eine erhöhte Barauszahlung an den Geschäftsführer; dies wirkt sich ggf. positiv auf die Liquidität des Unternehmens aus.⁵⁰ Der Problematik kann er nicht durch den Abschluss einer Rückdeckungsversicherung entgegen. Denn dann läuft er angesichts der damit verbundenen finanziellen Lasten (insbesondere für das Gründungsunternehmen) Gefahr, dass die Erteilung einer Pensionszusage im Gründungsstadium als unüblich eingestuft wird⁵¹, also einem Fremdvergleich nicht standhält.

Gerade an dieser Stelle ergibt sich für beherrschende Gesellschafter-Geschäftsführer ein weiteres Problem: Da für diese das Nachzahlungsverbot anzuwenden ist, so dass in der Zeit zwischen Zusageerteilung und Dienst Eintritt keine Versorgungsanwartschaften erworben werden können, würde die Neuerteilung bei vorzeitigem Ausscheiden zum Verlust der Anwartschaften aus der ursprünglichen Pensionszusage führen. Das Nichteinhalten der Probezeit führt nach Auffassung der Finanz-

verwaltung laut BMF-Schreiben vom 14.12.2012 sowohl für den beherrschenden als auch für den nicht beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführer zur Annahme einer vGA (s.o.). Ein Ergebnis, das angesichts der oben dargelegten Aspekte als nicht lebensnah und damit unsachgemäß bezeichnet werden kann. Es wäre wünschenswert, dass insbesondere die Finanzverwaltung, aber auch die Rechtsprechung den tatsächlichen Gegebenheiten vermehrt Rechnung tragen und ihre teilweise restriktive Haltung aufgeben; eine Tendenz in Richtung Einzelfallbetrachtung ist zumindest beim BFH festzustellen.

III. Unterstützungskassenzusagen

Bei einer Pensionszusage an GGF in Form einer Unterstützungskassenzusage ist zu beachten, dass sich gravierende Folgen ergeben, wenn es sich um eine **rückgedeckte Unterstützungskasse** handelt und die Pensionszusage zu früh, d.h. vor Ablauf der Probezeit, vereinbart wird: Bis zum Ablauf der Probezeit besteht keine betriebliche Veranlassung der Zuwendungen (Prämien) gem. § 4d Abs. 1 Satz 1 EStG. D.h. die Zuwendungen erhöhen dann das tatsächliche Kassenvermögen in der Unterstützungskasse. Nach Ablauf der Probezeit wäre die betriebliche Veranlassung i.S.d. § 4d Abs. 1 Satz 1 EStG dann zwar erfüllt. Dennoch vertritt die Finanzverwaltung an dieser Stelle einen restriktiven Standpunkt: Nach R 4d (13) Satz 1 EStR sind Zuwendungen an eine Unterstützungskasse bei Trägerunternehmen (Arbeitgeber) nur abziehbar, soweit am Schluss des Wirtschaftsjahres der Kasse das tatsächliche Kassenvermögen nicht höher ist als das zulässige Kassenvermögen. D.h. die Rückdeckungsversicherung ist nur dann beim zulässigen Kassenvermögen anzusetzen, wenn die Beitragszahlungen die Voraussetzungen des § 4d Abs. 1 Nr. 1c EStG erfüllen (§ 4d Abs. 1 Satz 5 EStG). Weil die betriebliche Veranlassung für die Zuwendungen in der Probezeit gefehlt hat, sind diese Zuwendungen nicht beim zulässigen Kassenvermögen zu berücksichtigen. Dieses umfasst daher nur die Zuwendungen ab

Erfüllung der Probezeit. Infolgedessen ist es niedriger als das tatsächliche Kassenvermögen. Die unerfreuliche Konsequenz daraus ist, dass Zuwendungen an die Unterstützungskasse auf Dauer nicht als Betriebsausgaben absetzbar sind – eine Rechtsfolge, die sich als schwerwiegender herausgestellt als diejenige bei der Direktzusage, da diese nach Ablauf der Probezeit grundsätzlich von der Finanzverwaltung laut BMF-Schreiben vom 14.5.1999 steuerlich u.U. anerkannt werden kann (s.o.).

Bei einer pauschaldotierten Unterstützungskassenzusage kann das Trägerunternehmen (der Arbeitgeber) steuermindernde Zuwendungen auf das Deckungskapital erst vornehmen, wenn die Unterstützungskasse Leistungen erbringt und der Leistungsempfänger existiert, also bei laufender Rente.⁵² Auf Anwartschaften ist die Vorschrift des § 4d Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG nicht anwendbar – auch dann nicht, wenn der künftige Zeitpunkt des Leistungsbeginns feststeht.⁵³ Gosch hält eine steuerlich wirksame Zuwendung vor dem Zeitpunkt des Leistungsbeginns ausnahmsweise bei Leistungsbeginn innerhalb des Wirtschaftsjahres des Leistungsbeginns für möglich, da sich die Zuwendung erst bei der Erstellung der Bilanz auswirke.⁵⁴ Das Zuwendungsvolumen richtet sich nach dem hierfür erforderlichen und von der Kasse benötigten Deckungskapital. Die Zuwendungen können einmalig erbracht, aber auch auf die jeweiligen Jahre verteilt werden.⁵⁵ Abweichend von § 6a Abs. 4 Satz 1 EStG gilt dann kein Nachholverbot.⁵⁶

IV. Probezeit bei Entgeltumwandlung durch beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführer

Bei beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführern aber stellt sich die Rechtslage im Hinblick auf das Erfordernis einer Probezeit bei Entgeltumwandlung insofern anders dar, als für diese § 1a BetrAVG nicht gilt, da sie als Unternehmer einzustufen sind und ihnen daher kein gesetzlicher Anspruch auf Entgeltumwandlung zusteht. Er hat es

vielmehr selbst in der Hand, Art und Höhe seiner Vergütung festzulegen. Auch Gosch ist der Ansicht, dass es für ihn daher steuerlich regelmäßig keinen Unterschied machen kann, ob er die Finanzierungsbeiträge für seine bAV aus dem laufenden Gehalt erbringt oder ob sie als betriebliche Zusatzleistung des Unternehmens gewährt werden.⁵⁷ Wählt ein beherrschender Gesellschafter-Geschäftsführer anstelle einer Barvergütung eine selbstfinanzierte Pensionszusage, indem er sein Gehalt zum Aufbau eines Versorgungszusage verwendet, ist das nicht nur arbeitsrechtlich, sondern auch steuerrechtlich zu akzeptieren.⁵⁸ Das gilt auch dann, wenn die Pensionszusage unter dem Vorbehalt einer verschlechterten wirtschaftlichen Lage der Kapitalgesellschaft gestellt wird.⁵⁹ Ausschlaggebend ist vielmehr neben der Unverfallbarkeit, des Insolvenzschutzes und der Finanzierbarkeit die Angemessenheit der Gesamtversorgung (s.dazu auch oben unter II.2.) – und damit auch des umgewandelten Barlohns, es sei denn, dieser enthält seinerseits Vergütungsbestandteile, die als vGA anzusehen sind.⁶⁰ Auch hier gelten bzgl. der Annahme einer vGA im Hinblick auf die Einhaltung einer Probezeit und auf das Nachzahlungsverbot die obigen Ausführungen unter II.2. Dass unbedingt eine Probezeit einzuhalten ist, fordern Keil/Prost, um Gestaltungsspielräume zu begrenzen (s.o.).⁶¹

V. Fazit und Handlungsempfehlungen

Der Streit über die Notwendigkeit und Dauer einer Probezeit bei Erteilung von Pensionszusagen insbesondere bei Gesellschafter-Geschäftsführern erweist sich als nicht nur theoretischer Natur, sondern führt in der Praxis zu unterschiedlichen Ergebnissen. Das wird auch daran klar, dass die Auffassung vertreten wird, dass die Probezeit bei ersetzenden Versorgungszusagen (Zusage zum Ausgleich der fehlenden Grundversorgung aus der gesetzlichen Rente⁶²) irrelevant sei.⁶³ Dieser Argumentation hat sich die Finanzverwaltung bislang nicht angeschlossen, während der BFH im Urteil vom 17.3.2010 die Beachtung der Probezeit bei ersetzenden Pensionszusagen

fordert.⁶⁴ Die Finanzverwaltung wendet dieses Urteil aber nicht an, denn sie hat es bislang nicht im Bundessteuerblatt Teil II veröffentlicht (s.o.). In einschlägigen Fällen sollte daher vorsorglich eine verbindliche Auskunft beim zuständigen Finanzamt eingeholt werden⁶⁵, auch wenn diese gebührenpflichtig ist. „Auf der sichereren Seite“ sind GGF, wenn die Pensionszusage erst nach Ablauf der Probezeit erteilt.

Insofern sollte im Rahmen der Gestaltung von Pensionszusagen an beherrschende Gesellschafter-Geschäftsführer regelmäßig eine Frist von fünf Jahren eingehalten werden, es sei denn, dieser kann seine Befähigung zur Geschäftsführertätigkeit aufgrund anderer Gesichtspunkte (v.a. früher erworbene einschlägige Kenntnisse) nachweisen.

Im Rahmen der unternehmensbezogenen Probezeit hat sich das BMF durch Schreiben vom 14.12.2012 der Auffassung des BFH im Urteil vom 28.4.2010 I R 78/08 angeschlossen, dass ein nachträgliches Hineinwachsen in die Versorgungsanwartschaft nicht möglich ist; in den Fällen bis zur Veröffentlichung dieses Urteils auf der Internetseite des BFH am 27.9.2010 gewährt sie allerdings

Vertrauensschutz auf die zuvor praktizierte Auffassung der Finanzverwaltung, die ein solches Hineinwachsen laut BMF-Schreiben vom 14.5.1999 für möglich hielt.

Steuerberater sind mit ihrer Sachkunde gefragt, um das Risiko einer Nichtanerkennung der konkreten Gestaltungszusage durch die Finanzverwaltung und/oder Rechtsprechung zu vermindern. Bei Pensionszusagen sind aber nicht nur steuerrechtliche/bilanzrechtliche Aspekte entscheidend, sondern insbesondere auch arbeits- und sozialrechtliche, versicherungs- und versicherungsmathematische Rahmenbedingungen für eine optimale Gestaltung zu berücksichtigen. Angesichts der damit verbundenen Frage nach der Vereinbarkeit der Beratung mit dem Rechtsdienstleistungsgesetz und der äußerst vielschichtigen Problemkreise sollte bei der Gestaltung von Versorgungszusagen der Rat eines gerichtlich zugelassenen Rentenberaters hinzugezogen werden. ■

Finanzielle Absicherung fürs Alter

So viel Prozent der Befragten haben diese Möglichkeiten* in Anspruch genommen, um ihre finanzielle Situation im Alter zu sichern oder zu verbessern:



*Mehrfachnennungen möglich repräsentative Befragung

Quelle: Deutscher Sparkassen- und Giroverband Stand Juli 2013 **dpa•20032**

- ¹ Vgl. Otto in Blomeyer/Rolfs/Otto, Betriebsrentengesetz, 5. Aufl. 2010, StR F, Rn. 41 und Rn. 303 f.
- ² Vgl. dazu unter II.1.
- ³ Keil/Prost, Pensions- und Unterstützungskassenzusagen an Gesellschafter-Geschäftsführer von Kapitalgesellschaften, 3. A. 2013, Rn. 208
- ⁴ BFH, Urteil v. 6.12.1992, I R 2/92; BFH, Urteil v. 15.10.1997, I R 42/97; BFH, Urteil v. 20.8.2003, I R 99/02; BFH, Urteil v. 23.2.2005, I R 70/04
- ⁵ KStH 2004, H 38 „Warte-/Probezeit“; BMF, Schreiben v. 14.5.1999, IV C 6 – S 2742 – 9/99, unter I.
- ⁶ Gosch, Körperschaftsteuergesetz, 2. A. 2009, § 8, Rn. 1081.
- ⁷ Gosch, KStG, § 8, Rn. 1081 unter Hinweis auf BFH, I R 75/91, BFH/NV 1993, 330; I R 2/92, BStBl. II 1993, 455; I B 49/96, n.v.; I B 51/96, n.v.
- ⁸ Gosch, KStG, § 8, Rn. 1080
- ⁹ BMF, Schreiben v. 14.5.1999, IV C 6-S 2742-9/99. Dieses Verständnis führt ggf. zu Problemen im Hinblick auf das Kriterium der Erdienbarkeit von Pensionszusagen, da für diese der Zeitpunkt der Zusageerteilung entscheidend ist, dabei aber die Probezeit nicht einbezogen wird, vgl. Keil/Prost, Rn. 209; BMF, Schreiben v. 3.11.1999, IV C 6 – S 2742 – 44/99; BMF, Schreiben v. 15.11.1999, IV C 6 – S 2742 – 44/99.
- ¹⁰ Otto in Blomeyer/Rolfs/Otto, Betriebsrentengesetz, 5. A. 2010. StR F Rn. 41; Paus, GmbHR 2001, 607; Gosch, KStG, § 8, Rn. 1098; Höfer, BetrAVG, Bd. II, Rn. 2923.
- ¹¹ Höfer, BetrAVG, Bd. II Rn. 2923; zur Rechtslage bei der unternehmensbezogenen Probezeit s. unter II 2.; zur Rechtslage der Entgeltumwandlung für beherrschende Gesellschafter-Geschäftsführer s.u. unter IV.
- ¹² So auch die Empfehlung von Keil/Prost, Pensions- und Unterstützungskassenzusagen an Gesellschafter-Geschäftsführer von Kapitalgesellschaften, 3. A. 2013, Rn. 329.
- ¹³ Gosch, a.a.O., Rn. 1080
- ¹⁴ BFH, Urteil v. 23.2.2005, I R 70/04, DStR 2005, 918; H 38 (Warte-/Probezeit) KStH 2008; BMF, Schreiben v. 14.5.1999, IV C 6 - S 2742 - 9/99, BStBl. I 1999, 512
- ¹⁵ S auch Gosch, a.a.O., Rn. 1080
- ¹⁶ BFH, Urteil v. 15.10.1997, I R 42/97, BStBl II 1999, 316 = DStR 1998, 418 m. Anm.-sch (= Gosch) mit dem Hinweis darauf, dass der BFH offengelassen hat, unter welchen Umständen es mit dem Fremdvergleich zu vereinbaren ist, überhaupt keine oder eine wesentlich kürzere Zeit zu vereinbaren.
- ¹⁷ BFH, Urteil v. 20.8.2003, I R 99/02
- ¹⁸ BMF, Schreiben v. 14.5.1999, IV C 6 - S 2742 - 9/99
- ¹⁹ Keil/Prost, Pensions- und Unterstützungskassenzusagen an Gesellschafter-Geschäftsführer von Kapitalgesellschaften, 3. A. 2013, Rn. 329.
- ²⁰ BFH, Urteil v. 29.10.1997, I R 52/97; BFH, Urteil v. 24.4.2002, I R 18/01; BFH, Urteil v. 20.08.2003, I R 99/02
- ²¹ Höfer, BetrAVG Bd. II, Rn. 2917
- ²² H 38 (Warte-/Probezeit) KStH 2008, BMF, Schreiben v. 14.12.2012, IV C 2 – S 2742/10/10001
- ²³ Gosch, KStG, § 8, Rn. 1080
- ²⁴ Gosch, KStG, § 8, Rn. 1080
- ²⁵ Auslegend: BFH, Urteil v. 24.4.2002, I R 18/01.
- ²⁶ BFH, Urteil v. 17.3.2010, I R 19/09; vgl. Uckermann, Betriebliche Altersversorgung und Zeitwertkonten, 2009, S. 188 (3.3.3.4.3.1); vgl. auch FG Rheinland-Pfalz, Urteil v. 13.8.2002, 2 K 1945/01, EFG 2003, 184.
- ²⁷ I R 19/09
- ²⁸ A.A. FG Rheinland-Pfalz, Urteil v. 13.8.2002 2 K 1945/01, EFG 2003, 184, rkr.
- ²⁹ BFH, Urteil v. 24.4.2002, I R 18/01, für den Fall eines Managements-Buy-Outs; s. auch Uckermann in Uckermann/Fuhrmanns/Ostermayer/Doetsch, Das Recht der betrieblichen Altersversorgung, 2013, Kap 21 Rn. 124; ders., Betriebliche Altersversorgung und Zeitwertkonten, 2009, S. 188 (3.3.3.4.3.1); Jansen, DStZ 1999, 741
- ³⁰ FG Rheinland-Pfalz, Urteil v. 13.8.2002, 2 K 1945/01, EFG 2003, 184, rkr.; vgl. auch Höfer, BetrAVG, Bd. II, Rn. 2917.
- ³¹ BMF, Schreiben v. 14.5.1999, IV C 6 – S 2742 – 9/99, BStBl. I 1999, 512, Rn. I.2
- ³² Vgl. OFD Koblenz, Verfügung v. 23.8.1999, S 2742 A - St 34 2. Die Verlautbarung der OFD Koblenz konkretisiert das BMF-Schreiben vom 14.5.1999, IV C 6 - S 2742 - 9/99.
- ³³ I R 78/08.
- ³⁴ BFH, Urteil v. 11.2.1998, I R 73/97; BFH, Urteil v. 24.4.2002, I R 18/01; BFH, Urteil v. 23.2.2005, I R 70/04; BFH, Urteil v. 27.4.2005, I R 75/04, DB 2005, 1940
- ³⁵ Höfer, BetrAVG, Bd. II Rn. 2923; zur Rechtslage bei der unternehmensbezogenen Probezeit s. unter II 2..
- ³⁶ Keil/Prost, a.a.O., Rn. 329.
- ³⁷ BFH, Urteil v. 30.9.1992, I R 75/9
- ³⁸ I R 78/08
- ³⁹ Der BFH verweist dabei die Senatsurteile vom 30.9.1992, I R 75/91, vom 11.2.1998, I R 73/97 sowie vom 24.4.2002, I R 18/01. Vgl. dazu bereits Ausführungen unter II 1. – insoweit auch einig mit BMF, Schreiben v. 14.5.1999, IV C 6 – S 2742 A - St 34 2, konkretisiert durch die Verfügung der OFD Koblenz v. 23.8.1999, S 22742 A – St 34 2.
- ⁴⁰ BMF, Schreiben v. 14.5.1999, IV C 6 - S 2742 - 9/99, Tz. 1.2; OFD Koblenz, Verfügung v. 23.8.1999, a.a.O.
- ⁴¹ Keil/Prost, a.a.O., Rn. 216
- ⁴² BMF, Schreiben v. 14.12.2012, IV C 2-S 2742/10/10001, 2012/0807278, a.a.O.; – insofern besteht dann wieder „Gleichklang“ mit der Verfahrensweise der Finanzverwaltung bei der personenbezogenen Probezeit, s.o.
- ⁴³ BFH, Urteil v. 29.10.1997, I R 52/97; BFH, Urteil v. 24.4.2002, I R 18/01.
- ⁴⁴ BMF, Schreiben v. 14.5.1999, IV C 6 - S 2742 - 9/99
- ⁴⁵ BFH, Urteil v. 27.4.2005, I R 75/04
- ⁴⁶ BFH, Urteil v. 27.4.2005, I R 75/04
- ⁴⁷ BFH, Urteil vom 24.4.2002, I R 18/01; BFH, Urteil vom 29.10.1997, I R 52/97; BFH, Urteil vom 23.2.2005, I R 70/04; Höfer, BetrAVG, Bd. II, Rn. 2930
- ⁴⁸ Höfer, BetrAVG, Bd. II, Rn. 2031.
- ⁴⁹ Höfer, BetrAVG, Bd. II, Rn. 2926
- ⁵⁰ Höfer, BetrAVG, Bd. II, Rn. 2927
- ⁵¹ BFH, Urteil v. 24.4.2002, I R 18/01; Höfer, BetrAVG, Bd. II Rn. 2929
- ⁵² Gosch in Kirchhof, EStG, 10. A. 2011, § 4d, Rn. 11.
- ⁵³ Kuhfus in Bordewin/Brandt, EStG, § 4d, Rn. 105 (Stand: März 2010); Eversloh in Uckermann/Fuhrmanns/Ostermayer/Doetsch, Das Recht der betrieblichen Altersversorgung, 2013, Kap. 10 Rn. 43
- ⁵⁴ Gosch in Kirchhof, a.a.O., § 4d Rn. 11
- ⁵⁵ Gosch, a.a.O., Rn. 11
- ⁵⁶ R 4d (3) Sätze 1 und 2 EStR 2008 (durch EStÄndR 2012 nicht geändert)
- ⁵⁷ Gosch, a.a.O., Rn. 1098, im Anschluss an Ahrend/Förster/Röbber, Steuerrecht der betrieblichen Altersversorgung, 6. Teil, Rn. 741 ff.
- ⁵⁸ Neumann, GmbH-StB 2003, 13, 18; Gosch, KStG, § 8 Rn. 1098
- ⁵⁹ Gosch, a.a.O.
- ⁶⁰ Gosch, KStG, § 8 Rn. 1098
- ⁶¹ Keil/Prost, a.a.O., Rn. 329
- ⁶² Vgl. u.a. Höfer, BetrAVG Bd. II Rn. 2932
- ⁶³ Doetsch/Lenz, Versorgungszusagen an Gesellschafter-Geschäftsführer und Vorstände, 8. A. 2011, S. 52 ff.
- ⁶⁴ BFH, Urteil v. 17.3.2010, I R 19/09
- ⁶⁵ So auch Keil/Prost, Rn. 210