

Betriebs Berater

// WIRTSCHAFTSRECHT

Prof. Dr. Michael Brück, Prof. Dr. Christoph Schalast und
Dr. Kay-Michael Schanz

**Das 1. Finanzmarktstabilisierungsergänzungsgesetz:
Lex Hypo Real Estate oder doch mehr?**

1306

Dr. Stefan Klöckner, LL.M., RA

**Wirksamkeit der Stimmabgabe eines Treuhänders
in der Publikums-Gesellschaft**

1313

**BGH: Squeeze out – Beschaffung der erforderlichen Kapital-
mehrheit auf dem Weg eines Wertpapierdarlehens**
BB-Kommentar von Dr. Michael Ruoff, RA, und
Daniel Marhewka, RA

// STEUERRECHT

Prof. Dr. Reinhold Beiser

**Schlüssel zur Vorsteueraufteilung – die Aufspaltung
in wirtschaftliche und nichtwirtschaftliche Tätigkeiten**

1324

Franz Ostermayer, WP/StB, und Florian Huber, StB

**Freiberufler-Sozietäten: Steuerliche Fußangeln
bei der Umstrukturierung**

1327

Sebastian Uckermann und Jürgen Pradl

**„Baustelle“ Gesellschafter-Geschäftsführer-Versorgung –
Pensionsleistungen bei Bezug von Gehaltszahlungen
sowie ersetzende und ergänzende Versorgungszusagen**

1331

FG Münster: Rückgängigmachung eines Erwerbsvorgangs beim
Vermögenserwerb durch Kapitalanlagegesellschaften
BB-Kommentar von Dr. Stefan Behrens, RA/FAStR/StB, und
Rainer Schmitt, RA

1335

// BILANZRECHT & BETRIEBSWIRTSCHAFT

Prof. Dr. Guido Förster, StB, und Dr. Dirk Schmidtman

Steuerliche Gewinnermittlung nach dem BilMoG

1342

Prof. Dr. Tobias Hüttche, WP/StB

**Modernisierte Bilanzpolitik: Weichenstellungen
mit Blick auf das BilMoG**

1346

Prof. Dr. Dietmar Wellisch, StB, und Markus Machill

Bilanzierung von Wertkonten nach dem BilMoG

1351

// ARBEITSRECHT

1318

Volker Ars, RA, Anke Blümke, RAin, und Claudia Scheithauer, RAin
**Nach dem FlexiG II – Neue Spielregeln für Zeitwertkonten
(Teil I)**

1358

**BAG: AGB-Kontrolle – Freiwilligkeitsvorbehalt bei Jahres-
sonderzahlung**

BB-Kommentar von Dr. Tobias Leder, LL.M., RA

1366

// BB-MAGAZIN

Klaus Heininger, WP/StB

**Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz:
Neue Herausforderungen für Abschlussprüfer**

M1

Dr. Michael Henning

Kostendruck für Rechtsabteilungen

M16

Sebastian Uckermann, Vorsitzender des Bundesverbandes der Rechtsberater für betriebliche Altersversorgung und Zeitwertkonten e.V., und Jürgen Pradl, Rentenberater

„Baustelle“ Gesellschafter-Geschäftsführer-Versorgung – Pensionsleistungen bei Bezug von Gehaltszahlungen sowie ersetzende und ergänzende Versorgungszusagen

Unmittelbare Versorgungszusagen an beherrschende Gesellschafter-Geschäftsführer beschäftigten fortlaufend Rechtsprechung, Finanzverwaltung und die (steuer-)rechtliche Beratungspraxis. Statt in einem der komplexesten Rechtsanwendungsbereiche überhaupt zumindest in Teilbereichen ein gewisses Maß an Rechtssicherheit herzustellen, liefern fragwürdige Aussagen der Rechtsprechung und Finanzverwaltung fortwährend neuen Gesprächsstoff. Daher beschäftigt sich dieser Beitrag rechtlich würdigend mit den zwei aktuell diskutierten Fragestellungen, inwieweit beherrschende Gesellschafter-Geschäftsführer ab Betriebsrentenbeginn neben betrieblichen Versorgungsleistungen auch weiterhin „reguläre“ Gehaltszahlungen erhalten dürfen und ob zukünftig explizit zwischen ersetzenden und ergänzenden Versorgungszusagen an diesen Personenkreis unterschieden werden muss.

I. Bezug von betrieblichen Versorgungsleistungen bei gleichzeitigem Bezug von Gehaltszahlungen

1. Rechtliche Würdigung Vorgaben der Finanzverwaltung und der Rechtsprechung

Die Finanzverwaltung geht nach wie vor davon aus, dass eine betriebliche Versorgungszusage, nach der Leistungen fällig werden, ohne dass das Dienstverhältnis des Arbeitnehmers bzw. des Gesellschafter-Geschäftsführers formal beendet ist, nicht als Versorgungszusage der betrieblichen Altersversorgung anzusehen ist.¹ Folglich darf – nach Diktion der Finanzverwaltung – in derartigen Konstellationen keine Pensionsrückstellung gemäß § 6a EStG gebildet werden. Jedoch ist der zitierten Auffassung der Finanzverwaltung vollumfänglich zu widersprechen. Denn im gesamten BetrAVG – insbesondere im § 1 BetrAVG – finden sich keine Passagen, aus denen hervorgeht, dass Voraussetzung zum Bezug von betrieblichen Versorgungsleistungen die Beendigung des zugrunde liegenden Dienstverhältnisses ist. Folglich erfährt die Auffassung der Finanzverwaltung schon einmal keine Unterstützung im für Betriebsrenten maßgeblichen BetrAVG, an dessen Vorgaben – aus Gründen des Fremdvergleichs – sich auch Versorgungszusagen für beherrschende Gesellschafter-Geschäftsführer (zumindest) anlehnen sollten, selbst wenn diese letztendlich nicht unter den rechtlichen Geltungsbereich des Gesetzes fallen.

Warum dann steuerrechtlich etwas anderes gelten soll, ist für den Anwender rechtsauslegend nicht zu ermitteln. Darüber hinaus ist es nach derzeitigem Rechtsstand auch für Regelaltersrentenbezieher aus

der gesetzlichen Rentenversicherung ab Vollendung des 65. Lebensjahres möglich, unbegrenzte Hinzuverdienstmöglichkeiten parallel zu den gesetzlichen Rentenbezügen zu nutzen. Somit ist auch dies ein werthaltiges Argument, warum die Auffassung der Finanzverwaltung nicht hinzunehmen ist. Zumal erkennbar wird, dass sie an dieser Stelle selbstbestimmt und willkürlich anerkannten Fremdvergleichsmaßstäben ausweicht, um mutmaßlich die fiskalische Einnahmenseite zu stärken.

Etwas anderes könnte nur dann anzudenken sein, wenn die Finanzverwaltung ihre Ansicht so ausgelegt haben möchte, dass nur das Dienstverhältnis im zusagenden und pensionsverpflichteten Unternehmen angesprochen ist, so dass der Versorgungsempfänger in einem „neuen“ Unternehmen durchaus unbegrenzt hinzuverdienen kann, wenn er beim zusagenden, ehemaligen Arbeitgeber ausgeschieden ist. Jedoch überzeugt auch diese Sichtweise nicht, da die o.g. Möglichkeiten der gesetzlichen Rentenversicherung eine derartige Reglementierung ebenfalls nicht kennen.

Die Finanzverwaltung erweckt mit ihrem Schreiben vom 20.1.2009² allerdings eine erste Hoffnung, dass sie ggf. in Zukunft von ihrer bisherigen Ansicht Abschied nehmen könnte. Denn unter Randnummer 185 des genannten BMF-Schreibens, welches die Vorgängerschreiben vom 17.11.2004 und 5.2.2008³ ersetzt hat, heißt es u. a.:

„Das biologische Ereignis ist bei der Altersversorgung das altersbedingte Ausscheiden aus dem Erwerbsleben, bei der Hinterbliebenenversorgung der Tod des Arbeitnehmers und bei der Invaliditätsversorgung der Invaliditätseintritt. Als Untergrenze für betriebliche Altersversorgungsleistungen bei altersbedingtem Ausscheiden aus dem Erwerbsleben gilt im Regelfall das 60. Lebensjahr. In Ausnahmefällen können betriebliche Altersversorgungsleistungen auch schon vor dem 60. Lebensjahr gewährt werden, so z.B. bei Berufsgruppen wie Piloten, bei denen schon vor dem 60. Lebensjahr Versorgungsleistungen üblich sind. Ob solche Ausnahmefälle vorliegen, ergibt sich aus Gesetz, Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung. Erreicht der Arbeitnehmer im Zeitpunkt der Auszahlung das 60. Lebensjahr, hat aber seine berufliche Tätigkeit noch nicht beendet, so ist dies in der Regel (insbesondere bei Direktversicherung, Pensionskasse und Pensionsfonds) unschädlich; die bilanzielle Behandlung beim Arbeitgeber bleibt davon unberührt. Für Versorgungszu-

¹ H 6a (1/Abgrenzung bei Arbeitsfreistellung) EStH 2008; BMF, 11.11.1999 – IV C 2 – S 2176 – 102/99. Die genannten Bestimmungen sind zwingend auch für beherrschende Gesellschafter-Geschäftsführer anzuwenden, da für diese – aus Fremdvergleichsgründen – der gleiche Begriff der betrieblichen Altersversorgung gelten muss, wie er für „normale“ Arbeitnehmer gilt, auch wenn beherrschende Gesellschafter-Geschäftsführer nicht unter den rechtlichen Geltungsbereich des BetrAVG fallen.

² BMF, 20.1.2009 – IV C 3 – S 2496/08/10011 / IV C 5 – S 2333/07/0003.

³ BMF, 17.11.2004 – IV C 4 – S 2222 – 177/04, IV C 5 – S 2333 – 269/04; vom 5.2.2008 – IV C 8 – S 2222/07/0003, IV C 5 – S 2333/07/0003.

sagen, die nach dem 31.12.2011 erteilt werden, tritt an die Stelle des 60. Lebensjahres regelmäßig das 62. Lebensjahr [Hervorhebung durch Verf.] siehe auch BT-Drs. 16/3794 vom 12.12.2006, 31 unter „IV. Zusätzliche Altersvorsorge“ zum RV Altersgrenzenanpassungsgesetz vom 20.4.2007, BGBl. I 2007, 554.“

Die hervorgehobenen Textstellen standen grds. auch bereits in der Vorgängerversion⁴ des BMF-Schreibens. Neu hinzugefügt wurden jedoch der Klammerzusatz „insbesondere bei Direktversicherung, Pensionskasse und Pensionsfonds“ sowie der Teilsatz „die bilanzielle Behandlung beim Arbeitgeber bleibt davon unberührt“. Hieraus könnte sich schließen lassen, dass die Finanzverwaltung nun doch generell den gleichzeitigen Bezug von betrieblichen Versorgungsleistungen und Gehaltszahlungen akzeptieren möchte, sofern zumindest – wie bisher – das steuerliche Mindestbezugsalter zum Bezug von Betriebsrenten eingehalten wird. Denn zum einen werden explizit die mittelbaren Durchführungswege genannt, deren Bezug bei weiterhin fortbestehendem Dienstverhältnis steuerlich „unschädlich“ ist. Zum anderen wird explizit erwähnt, dass „die bilanzielle Behandlung“ beim vorzeitigen Rentenbezug unberührt bleibt. Da grds. nur unmittelbare Versorgungsverpflichtungen eine Pensionsrückstellungspflicht nach § 6a EStG auslösen, ließe sich aus der genannten Textstelle auch ein erlaubter Gleichlauf von Gehaltsbezug und Versorgungsbezug aus einer unmittelbaren Pensionszusage interpretieren. Andernfalls wäre dieser zitierte Teilsatz überflüssig und nichts anderes ein finanzpolitisches Placebo. Darüber hinaus wäre das Verhalten der Finanzverwaltung dann auch insoweit inkonsequent, als dass auf der einen Seite mittelbare Versorgungszusagen der betrieblichen Altersversorgung in steuerlichem Einklang mit einem fortwährenden Bezug von Gehaltszahlungen stehen würden. Auf der anderen Seite dies für unmittelbare Versorgungszusagen jedoch nicht gelten würde. Eine sachliche Rechtfertigung für diesen Sachverhalt ließe sich wohl nur schwerlich feststellen, so dass dann einzig willkürliche bzw. einnahmeseitige Aspekte die Sichtweise der Finanzverwaltung bestimmen.⁵

Schlussfolgernd müssen also unmittelbare Versorgungszusagen auch dann vollumfänglich rückstellungsfähig sein, wenn der Versorgungsempfänger gleichzeitig auch Bezüge aus einem Arbeitsverhältnis bezieht – unabhängig davon, ob dies beim zusageverpflichteten oder bei einem neuen Arbeitgeber geschieht.

Unterstützung findet die Auffassung der Autoren auch durch die aktuelle Rechtsprechung des BFH.⁶ Unter Aufhebung bzw. Abgrenzung von seiner bisherigen Rechtsauffassung⁷ vertritt der BFH nun die zu bejahende Meinung, „dass es aus körperschaftsteuerrechtlicher Sicht grds. nicht zu beanstanden ist, wenn, wenn die Zusage der betrieblichen Altersversorgung nicht von dem Ausscheiden des Begünstigten aus dem Dienstverhältnis als Geschäftsführer mit Eintritt des Versorgungsfalls abhängig gemacht wird. In diesem Fall würde ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter allerdings verlangen, dass das Einkommen aus der fortbestehenden Tätigkeit als Geschäftsführer auf die Versorgungsleistung angerechnet wird“. Folglich müssen die Gesamthöhe aus Versorgungsleistung und Gehalt eines Gesellschafter-Geschäftsführers lediglich den einschlägigen Prüfungsaspekten der sog. zweiten Prüfungsebene („vGA-Prüfung“), wie z.B. der Üblichkeits- bzw. Angemessenheitsbetrachtung⁸, standhalten. Wie der BFH richtig feststellt, wird also im Rahmen der hier behandelten Fragestellung ausschließlich die körperschaftsteuerrechtliche Behandlung und nicht, wie die Finanzverwaltung fälschlicherweise annimmt, die einkommensteuerrechtliche Behandlung nach den Vorgaben des § 6a EStG tangiert. Aus materiellrechtlichen Gesichtspunkten kann daher eine körperschaftsteuerrechtlich anerkannte Vergütungskonstellati-

nicht aus einkommensteuerrechtlicher Sicht (§ 6a EStG) versagt werden. Selbst bei einer körperschaftsteuerrechtlichen Nichtanerkennung, die eine vGA auslösen würde, wäre die bilanzielle Rückstellungsbildung nicht betroffen, da dann nur eine außerbilanzielle Gewinnkorrektur stattfinden würde.⁹

2. Praxiserfahrungen der Autoren

Grds. bleibt nur zu hoffen, dass die Finanzverwaltung sich zukünftig der zuvor beschriebenen Meinung anschließt, um in diesem Themenbereich weitere Rechtsstreitigkeiten zu verhindern. Hoffnung bewirken jedoch die täglichen Praxiserfahrungen der Autoren, nach denen die Behandlung dieser beschriebenen Fallkonstellation von der Finanzverwaltung zurzeit bundesweit nicht einheitlich gehandhabt, so dass zumindest kein „striktes“ Verbot von einem gleichzeitigen Bezug von Pensions- und Gehaltsleistungen verfolgt wird.

Die bayerische Finanzverwaltung vertritt nach Erfahrung der Autoren in diesem Zusammenhang die Auffassung, dass die parallele Auszahlung von Pension und Gehalt zu einer vGA führen würde. Dabei beruft sie sich auf das BFH-Urteil vom 2.12.1992.¹⁰ Dort hatte der BFH seinerzeit in einem Satz die Auffassung vertreten, dass sich die Zahlung eines Gehalts für die aktive Tätigkeit und einer Pension für den Ruhestand grundsätzlich gegenseitig ausschließen würden. Eine nähere Begründung für die Betrachtungsweise blieb der Senat jedoch schuldig.

Die Finanzverwaltung Baden-Württemberg steht dieser Konstellation wesentlich offener gegenüber. So vertritt Matthias Alber von der OFD Stuttgart in seinem Beitrag „Aktuelle Fragen bei Pensionszusagen an Gesellschafter-Geschäftsführer“, BetrAV 2007, 415 ff., unter der Tz. 6. „Pensionszahlungen trotz weiterer Tätigkeit“, folgende Auffassung:

„Zahlreiche Pensionszusagen lauten auf ein Endalter von 65 Jahren. In der Praxis mehren sich jedoch die Fälle, in denen der Gesellschafter-Geschäftsführer trotz Erreichens der Altersgrenze weiterhin für die GmbH tätig sein will. Die weitere Tätigkeit des Gesellschafter-Geschäftsführers kann dabei aufgrund eines Beratervertrags, im Rahmen eines neu abgeschlossenen Anstellungsvertrags oder aber weiterhin im Rahmen des bisherigen Anstellungsvertrags erfolgen. Vorbehaltlich einer etwaigen anderslautenden Regelung auf Bundesebene ist es in diesen Fällen nach bisheriger Auffassung der Finanzverwaltung in Baden-Württemberg zulässig, dass die Pensionszahlungen neben den laufenden Bezügen für die weitere aktive Tätigkeit geleistet werden. Dies gilt unabhängig vom Urteil des BFH vom 2.12.1992. Für die GmbH tritt dadurch nämlich kein Nachteil ein; die Weiterarbeit des bisherigen Gesellschafter-Geschäftsführers liegt in ihrem Interesse. Alternativ müsste sie die Pension an den bisherigen Gesellschafter-Geschäftsführer neben einem Aktivgehalt an einen (neuen) Fremdgeschäftsführer zahlen, dessen Leistungsfähigkeit ggf. auch erst einmal erprobt werden müsste. Die laufenden Belastungen würden also nicht geringer werden. Da der Pensionsanspruch bereits in der aktiven Tätigkeit bis zum 65. Lebensjahr vollständig erdient wurde (und somit mit der fiktiven Jahresnettoprämie in die Angemessenheitsprüfung einzubeziehen war), können die Pensionszahlungen auch nicht mehr für die Prüfung der Angemessenheit der Gesamtbezüge herangezogen werden.“

Die Finanzverwaltung Baden-Württemberg stellt damit die wirtschaftliche Betrachtung der GmbH in den Vordergrund. Darüber hinaus

4 BMF, 17.11.2004 (Fn. 3), Rn. 156.

5 Vgl. in diesem Zusammenhang zum Willkürverbot hinsichtlich von Vorgehensweisen von hoheitlichen Stellen in Deutschland: Uckermann, BB 2008, 2351 ff.

6 BFH, 5.3.2008 – I R 12/07.

7 BFH, 2.12.1992 – I R 54/91, BB 1993, 849.

8 Vgl. vertiefend zum rechtlichen Hintergrund einer verdeckten Gewinnausschüttung in diesem Themenkomplex: Höfer, BetrAVG, Band II, Rn. 2831 ff.

9 Fn. 8.

10 BFH, 2.12.1992 – I R 54/91, BStBl. II 1993, 311, BB 1993, 849.

erkennt sie auch die Tatsache an, dass der Gesellschafter-Geschäftsführer die Pensionsanwartschaften durch die in der Vergangenheit erbrachte Dienstzeit bereits in vollem Umfang erdient hat und die Voraussetzungen zur Erfüllung dieses Vergütungsbestandteils vertragsgemäß erfüllt sind. Dieser Betrachtung ist aus unserer Sicht uneingeschränkt zuzustimmen, sofern die Pensionszusage die Inanspruchnahme der Regelaltersrente nicht vom Ausscheiden aus den Diensten der GmbH abhängig gemacht hatte.

Die bayerische Finanzverwaltung steht aktuell selbst den Modellen, bei denen der Gesellschafter-Geschäftsführer nach einer formellen Beendigung des bestehenden Dienstvertrags künftig auf der Basis eines Beratervertrags tätig wird, skeptisch gegenüber. Nach Auskunft der Fachbetriebsprüfungsstelle des Bayerischen Landesamtes für Steuern würde es darauf ankommen, in welchem Umfang die Beratertätigkeit ausgeübt werden soll. Eine geringfügige Beratertätigkeit würde als unschädlich betrachtet werden. Sollte das Beraterhonorar aber die Größenordnung der bisherigen Geschäftsführervergütung erreichen, würde dies als Umgehungstatbestand betrachtet werden.

Es gilt in diesem Zusammenhang somit abschließend zu hoffen, dass sich die rechtskonforme Auffassung der Finanzverwaltung Baden-Württemberg auch bundesweit durchsetzen kann.

II. Explizite Unterscheidung von ersetzenden und ergänzenden Versorgungszusagen?

1. Einleitung

Unmittelbare betriebliche Versorgungszusagen an beherrschende Gesellschafter-Geschäftsführer können gedanklich grds. in drei Ausprägungsvarianten eingeteilt werden:

- als ergänzende Versorgungszusage,
 - als ersetzende Versorgungszusage oder
 - als „Mischzusage“ aus beiden zuvor genannten Erscheinungsformen.
- Während ersetzende Versorgungszusagen in diesem Zusammenhang den fehlenden gesetzlichen Rentenanspruch eines nicht sozialversicherungspflichtigen Gesellschafter-Geschäftsführers ausgleichen sollen, liefern ersetzende Versorgungszusagen ein darüber hinausgehendes zusätzliches Versorgungsniveau für diesen Personenkreis. Die in der Praxis anzutreffenden Regelfälle werden jedoch Versorgungszusagen sein, die sowohl Elemente einer ersetzenden als auch Elemente einer ergänzenden Versorgungszusage beinhalten, da normalerweise zugunsten eines beherrschenden Gesellschafter-Gesellschafters keine Beitragszahlungen an die gesetzliche Rentenversicherung bzw. an berufsständische Versorgungswerke erfolgen werden. Jedoch ist nochmals herauszustellen, dass die zuvor gemachten Einteilungen rein gedanklicher Natur sind, da in der Praxis vertragliche Regelungen zu unmittelbaren Versorgungszusagen an beherrschende Gesellschafter-Geschäftsführer zumeist nicht durch explizite, textliche Kennzeichnungen in die o. g. Gedankenmuster eingeteilt sind. Genau vor diesem Hintergrund haben jedoch zwei Urteile des BFH¹¹ aus dem Jahr 2004 in jüngerer Zeit zu einigem „Aufsehen“ und Diskussionsbedarf in der Fachpraxis- bzw. der Fachliteratur¹² geführt, worauf an dieser Stelle nun konkretisierend und würdigend eingegangen werden soll.

2. Rechtliche Würdigung

Der in diesem Zusammenhang wesentliche Grundtenor beider genannter Urteile ist in Kurzform, dass die Rückstellung wegen einer unmittelbaren Versorgungszusage an einen beherrschenden Gesell-

schafter-Geschäftsführer auf jeden Fall in jenem Umfang der Höhe nach steuerlich anzuerkennen ist, in dem sich die im Fall der Sozialversicherungspflicht zu erbringenden Arbeitgeberbeiträge ausgewirkt hätten. Nur der diesen Umfang übersteigende Versorgungsanspruch ist einer Prüfung hinsichtlich einer vGA zu unterziehen bzw. kann eine vGA auslösen.

Diesem Grundtenor ist vollumfänglich zuzustimmen, da im Rahmen eines aus steuerlichen Gesichtspunkten anzustellenden Fremdvergleichs für einen nicht beteiligten Geschäftsführer unabdingbar Arbeitgeberanteile (wie auch Arbeitnehmeranteile) an die Sozialversicherungsträger zu überweisen sind, da dieser grds. der Sozialversicherungspflicht unterliegt.¹³ Daher muss für einen nicht sozialversicherungspflichtigen Gesellschafter-Geschäftsführer das Gleiche gelten, da ein diesbezüglicher Altersversorgungsaufwand der zusagenden Gesellschaft für diese aus den genannten Fremdvergleichsgrundsätzen keinen Mehraufwand darstellt. Folglich fallen derartige Bestandteile einer Versorgungszusage zur Prüfung einer vGA aus. Dementsprechend ist Höfer¹⁴ zuzustimmen, wonach die steuerliche Anerkennung einer ersetzenden Zusage weniger strengen Voraussetzungen unterliegt, als die einer ergänzenden Zusage.

Dies wird in der Fachpraxis zwar grds. ebenso gesehen, doch werden z.T. darüber hinausgehende Konsequenzen aus den beschriebenen Urteilen gezogen, die aus Sicht der Autoren zu weit greifen. So kommt die Literatur zu dem Ergebnis, dass, basierend auf den genannten Urteilen sowie den Verlautbarungen von Gosch¹⁵, zukünftig unmittelbare Versorgungszusagen an beherrschende Gesellschafter-Geschäftsführer textlich bzw. vertraglich getrennt werden sollten, um eindeutiger den gewünschten Versorgungszweck – ersetzende oder ergänzende Zusage – herausstellen zu können, so dass einer steuerlichen Beanstandung vorgebeugt werden kann.¹⁶

Auch wenn dieses Vorhaben aus Gründen der Rechtsklarheit zu begrüßen ist, so vermag es aus Gründen der Rechtsnotwendigkeit nicht zu überzeugen. Denn unabhängig von einer vorzunehmenden Einstufung von Versorgungszusagen an Gesellschafter-Geschäftsführer als ersetzende oder ergänzende Zusage, steht es Unternehmen unzweifelhaft frei, Versorgungszusagen zu erteilen, die beide Wesensmerkmale beinhalten.¹⁷ Zumal in der Praxis grds. in den meisten Fällen davon ausgegangen werden kann, dass eine unmittelbare Versorgungszusage an den hier behandelten Personenkreis immer Wesensmerkmale einer ersetzenden und ergänzenden Zusage konkludent beinhaltet. Dies resultiert aus der Tatsache, dass das diesbezügliche Aktiveneinkommen im Regelfall weit über den im Rentenalter höchstens (fiktiv) zu erhaltenen gesetzlichen Versorgungsbezügen liegt, so dass der Gesellschafter-Geschäftsführer zwangsläufig auf einen „ersetzenden“ Versorgungsbestandteil angewiesen ist. Hierbei muss es dann unerheblich sein, ob diese Tatsache explizit im Pensionsvertrag genannt wird oder nicht. Dies muss auch für eine steuerliche Prüfung einer derartigen Pensionszusage gelten, die nicht nachteiliger für den Steuerpflichtigen bzw. Versorgungsempfänger ausfallen darf, nur weil eine o. g. explizite Trennung nicht erfolgt ist. Vielmehr muss die Finanzverwaltung – der

11 BFH, 28.1.2004 – I R 21/03, DB 2004, 1073, BB 2004, 1329; vom 31.3.2004 – I R 65/03, DB 2004, 1536, BB 2004, 1845.

12 Vgl. z. B. Doetsch/Lenz, DB 2006, 1028 ff.; Doetsch/Lenz, Versorgungszusagen an Gesellschafter-Geschäftsführer und -Vorstände, 48 ff.; Gosch, in: BFH-PR 2004, 357.

13 § 2 Abs. 2 Nr. 1 i. V. m. § 7 SGB IV.

14 Höfer, BetrAVG, Band II, Rn. 2860 ff.

15 Gosch (Fn. 12).

16 Doetsch/Lenz (Fn. 12), 1030.

17 Gosch (Fn. 12).

einschlägigen Rechtsusance folgend „Steuerrecht folgt Zivilrecht“ – dann eine eigenständige, gedankliche Aufteilung der Versorgungszusage vornehmen. Denn nach den anerkannten Regeln des Zivilrechts, dem gerade auch betriebliche Versorgungszusagen an beherrschende Gesellschafter-Geschäftsführer unterfallen, sind Verträge auszulegen¹⁸, ohne dass sie einer grundsätzlichen Schrift- bzw. Textform unterfallen müssen. Zumal der BFH dies für Pensionsverträge von Gesellschafter-Geschäftsführern bereits mehrfach explizit bestätigt hat.¹⁹

Maßgebend bei der Vertragsauslegung ist der wirkliche Wille der Vertragsparteien gemäß der §§ 133, 157 BGB, bei dessen Ermittlung neben dem Erklärungswortlaut die beiderseits bekannten Begleitumstände, wie insbesondere die Art und Weise des Zustandekommens der Vereinbarung, deren Zweck, die Beziehung zwischen den Vertragsparteien sowie deren Interessenlage heranzuziehen sind.²⁰ Schlussfolgernd ist also eine vertragliche bzw. textliche Trennung zwischen ersetzender und ergänzender Versorgungszusage nicht notwendig, da das verfolgte Ziel einer unmittelbaren Versorgungszusage an einen Gesellschafter-Geschäftsführer im Regelfall schon bei Zusageerteilung konkludent feststeht.

Vor dem zuvor geschilderten Hintergrund werden daher aus Sicht der Autoren die BFH-Urteile vom 28.1.2004 und 31.3.2004 zu restriktiv durch *Gosch* ausgelegt. Denn gerade das Urteil vom 28.1.2004 kann auch dahingehend ausgelegt werden, dass eine generelle Typisierung von ergänzenden und ersetzenden Versorgungszusagen gar nicht durch den BFH vorgesehen bzw. gewollt ist. Sollte es jedoch vorgesehen gewesen sein, so erweist sich die Argumentation des BFH als inkonsequent und wäre folglich abzulehnen. Denn der geäußerte Leitsatz des BFH-Urteils, dass

„die Rückstellung wegen einer Versorgungszusage, die den Wert einer fehlenden Anwartschaft des Gesellschafter-Geschäftsführers auf gesetzliche Rentenleistungen ersetzt, steuerlich nur in jenem Umfang anzuerkennen ist, in dem sich die im Fall der Sozialversicherungspflicht zu erbringenden Arbeitgeberbeiträge ausgewirkt hätten (Anschluss an Senatsurteil vom 15.7.1976 I R 124/73, BStBl. II 1977 S. 112)“, korrespondiert nicht mit der zugehörigen Urteilsbegründung. In der Begründung unter 4. a) heißt es nämlich unter anderem:

„Allenfalls in jenem eingeschränkten Umfang war die Zusage, sofern sie die gesetzliche Rentenversicherung ersetzen sollte, ihrer Höhe nach unangemessen. Zumindest in Höhe der Arbeitgeberbeiträge, bei weitergehender Gewährung einer betrieblichen Altersversorgung im Rahmen der innerbetrieblichen Gleichbehandlung mit anderen Arbeitnehmern der Klägerin auch darüber hinaus, lag hingegen keine vGA vor.“

Es wird bei Gegenüberstellung des Leitsatzes und Begründungsargumentation ersichtlich, dass der Leitsatz sich einem typisierenden Senatsurteil aus dem Jahre 1976 anschließt²¹, das, soweit ersichtlich, bis zum heutigen Zeitpunkt noch nicht als Begründung zur Aufteilung in ersetzende und ergänzende betriebliche Versorgungszusagen verwendet worden ist. Die zitierte Begründung erweckt im Gegenzug den Anschein, dass es sich hierbei um eine ausschließlich auf den beurteilten Einzelfall bezogene Formulierung handelt. Somit hätte der BFH bei ähnlich restriktiver Sichtweise wie *Gosch* die genannten Textpassagen wohl einheitlicher abstimmen müssen.

Zumal es der BFH auch unterlässt, eine Aufteilung des fiktiven Arbeitgeberaufwandes auf die zugesagte Altersrentenversorgung sowie die in diesem Urteil lediglich aberkannte steuerliche Wirkung einer dienstzeitunabhängigen Invaliditätsversorgung vorzunehmen, was bei konsequentem Gedankengang notwendig wäre. Somit verbleibt es aus

Sicht der Autoren bei einer durch den BFH rein gedanklich vorgenommenen Einklassifizierung in einen ersetzenden, ergänzenden bzw. einen beidseitigen Charakter, die keiner expliziten vertraglichen Trennung bedarf. Zumal alles andere auch mehr als wesensfremd ist, denn läuft die in den zitierten Urteilen geäußerte Annahme des BFH, wonach Versorgungszusagen Gesellschafter-Geschäftsführer regelmäßig eine fehlende gesetzliche Rentenversicherungsanwartschaft (hauptsächlich) ersetzen sollen – wie oben beschrieben – ins Leere.

III. Fazit

Letztendlich wird die weitere Rechtsprechung des BFH und die ggf. ergänzenden Verlautbarungen der Finanzverwaltung in den in diesem Artikel beschriebenen Themenkomplexen intensiv zu beobachten sein, um weitere Anhaltspunkte sowie ggf. eine Rechtsklarheit für o.g. Rechts- und Rechtsprechungsauslegungen zu erhalten. Zu wünschen ist, dass der BFH diesbezüglich von seiner möglicherweise bestehenden Fehlinterpretation zum grundsätzlichen Motiv einer Versorgungszusage an einen (beherrschenden) Gesellschafter-Geschäftsführer Abstand nimmt. Zumal aus Erfahrungen der Autoren die Finanzverwaltung in Bayern die hier behandelten Urteile vom 28.1.2004 und 31.3.2004 nicht angewendet werden.

Die wohl vorherrschende Rechtsauffassung der Finanzverwaltung zum Bezug von Pensionsleistungen bei gleichzeitigem Bezug von „regulären“ Gehaltszahlungen eines beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführers kann nicht unwidersprochen hingenommen werden. Zwar hat sie im Steuerrecht einen großen Gestaltungsspielraum. Bestimmte Sachverhaltsauslegungen bedürfen jedoch zwingend einer hinreichenden sachlichen Begründung, die im beschriebenen Themenkomplex Unbehagen auslöst und daher nicht zu überzeugen vermag.

// Autoren

Sebastian Uckermann, gerichtlich zugelassener Rentenberater für die betriebliche Altersversorgung, vertretungsberechtigter Vorstand (Vorsitzender) im Bundesverband der Rechtsberater für betriebliche Altersversorgung und Zeitwertkonten e.V. sowie Geschäftsführer der Kenston Pension GmbH, Köln.



Jürgen Pradl, gerichtlich zugelassener Rentenberater für die betriebliche Altersversorgung, vertretungsberechtigter Vorstand im Bundesverband der Rechtsberater für betriebliche Altersversorgung und Zeitwertkonten e.V. sowie Geschäftsführer der Pensions Consult Pradl GmbH, Zorneding.



18 Vgl. zur grundgesetzlich, als Ausfluss der allgemeinen Handlungsfreiheit, der geschützten Vertragsfreiheit: Art. 2 Abs. 1 GG; ständige Rechtsprechung des BVerfG: BVerfGE 8, 274, Rn. 212; BVerfGE 95, 267, Rn. 142.

19 Z. B.: BFH, 4.12.1991 – I R 63/90, BB 1992, 979; vom 24.3.1999 – I R 20/98, BB 1999, 1800. Allerdings muss im hier behandelten Fall die Schriftform zwingend gewahrt werden, um eine steuerliche Rückstellungsfähigkeit gemäß § 6a EStG erreichen zu können.

20 BGH, 14.12.2006 – I ZR 34/04.

21 Da sich das genannte Urteil vom 31.1.2004 ebenfalls dem Senatsurteil aus dem Jahre 1976 anschließt, gilt für das Urteil 31.3.2004 die dargelegte Begründung sinngemäß.