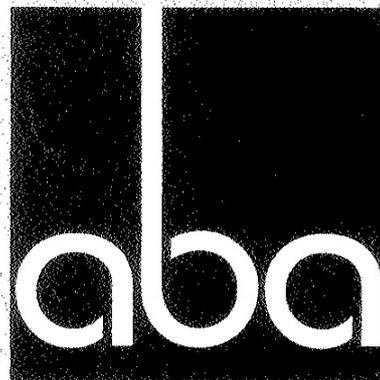


Belegexemplar

Bitte beachten Sie Seite 202

BetrAV 3/2003

Betriebliche Altersversorgung



Arbeitsgemeinschaft
für betriebliche
Altersversorgung e.V.

58. Jahrgang
30. April 2003

ISSN 0005-9951

Aus dem Inhalt

Der Kommentar

Katzenstein, Warum wir in einer alternden Gesellschaft mehr Kapital zu
Vorsorgezwecken benötigen 173

Abhandlungen

von Puskás, Die Umstellung der Zusatzversorgung – Erste Erfahrungen aus
dem kommunalen und kirchlichen Bereich 177

Thiel, Die Umstellung der Zusatzversorgung – Erste Erfahrungen aus der
Sicht der Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder 181

Seiter, Perspektiven der Zusatzversorgung 186

Sarrazin, Leistungen der neuen Zusatzversorgung und ihre steuerliche Behandlung 189

Birk, D., Finanzierung der neuen Zusatzversorgung und ihre steuerliche Behandlung 194

Birk, A.-U., Diskriminierung von Frauen und älteren Arbeitnehmern in
der betrieblichen Altersversorgung bei beitragsorientierter Gestaltung 197

Aus der Politik

Steuerrechtliche Behandlung von Altersvorsorgeaufwendungen und Altersbezügen 226

Europa

EU-Pensionsfonds-Richtlinie 248

Inhaltsverzeichnis

Der Kommentar

Katzenstein, Warum wir in einer alternden Gesellschaft mehr Kapital zu Vorsorgezwecken benötigen 173

BetrAV Aktuell

Negatives Rating wegen Pensionsrückstellungen nicht gerechtfertigt 175

SPD erwärmt sich für Alternative zur Riester-Rente 175

Bilanznot der Versicherer läßt Regierung kalt 175

Garantiezinsabsenkung schon für 2004 176

Experten einigen sich auf späteren Renteneintritt 176

Entgegnung zum FAZ-Artikel vom 14. März "Tarifkalkulation der Pensionskassen hinterfragen" 176

Abhandlungen

von Puskás, Die Umstellung der Zusatzversorgung – Erste Erfahrungen aus dem kommunalen und kirchlichen Bereich 177

Thiel, Die Umstellung der Zusatzversorgung – Erste Erfahrungen aus der Sicht der Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder 181

Seiter, Perspektiven der Zusatzversorgung 186

Sarrazin, Leistungen der neuen Zusatzversorgung und ihre steuerliche Behandlung 189

Birk, D., Finanzierung der neuen Zusatzversorgung und ihre steuerliche Behandlung 194

Birk, A.-U., Diskriminierung von Frauen und älteren Arbeitnehmern in der betrieblichen Altersversorgung bei beitragsorientierter Gestaltung 197

Prost, Diskussion des BMF-Schreibens vom 9.12.2002 – Pensionszusagen an Gesellschafter-Geschäftsführer von Kapitalgesellschaften 202

Höfer/Kaiser, Pensionszusagen an beherrschende Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH – Neues von der Finanzverwaltung und aus der Praxis 205

Bergner, Wie geht es weiter mit dem Versorgungsausgleich? 208

Goldbrunner/Schrader, PensionsAdmin – Effiziente Administration und Kundenbetreuung fondsbasierter betrieblicher Altersversorgung 212

Informationen

Aus der Gesetzgebung

Pensionsfonds-Rechnungslegungsverordnung 215

Altersvermögensgesetz – Zahlung von Altersvorsorgebeiträgen (§ 82 EStG) um den Jahreswechsel, FinMin, Bayern, Erlaß vom 2.1.2003 215

Aus der Politik

Renten steigen minimal 215

Ulla Schmidt reformiert Riester-Rente 216

Klarheit über die künftige Rentenpolitik 216

Bundesregierung verbessert und vereinfacht die Riester-Rente 222

Union fordert neue Rentenreform 223

Entgeltumwandlung im kommunalen Dienst 223

Riester-Rente sorgt für Finanzamts-Ärger 224

IT-Outsourcing macht Riester-Rente attraktiver 224

70 Prozent der Riester-Sparer füllen Anträge falsch aus 224

Natur und Charakter von Pensionsrückstellungen – Auswirkungen auf das Rating von Unternehmen 224

Fitch hält Pensionszusagen für unproblematisch 225

E-DRS 19 „Bilanzierung von Pensionsverpflichtungen“ veröffentlicht 225

Steuerliche Behandlung von Altersvorsorgeaufwendungen und Altersbezügen 226

Verband lehnt Pläne der Rentenbesteuerungskommission ab 242

Verbraucherverbände warnen vor Abschluß von Kapitalversicherungen 242

Versorgungsausgleich umgehend regeln – Keine Schlechterstellung von Frauen bei der Alterssicherung 242

Das Interview

„Karlsruhe würde die Riester-Rente kippen“ (*Sacksofsky*) 244

„Auch Rentner müssen Solidarbeitrag leisten“ (*Müntefering*) 245

Statistik

Wenig Interesse an der Altersvorsorge 245

Arbeitnehmer wollen nicht bei Altersvorsorge und Absicherung sparen 245

Nachwuchs – nein danke 247

Europa

EU-Pensionsfonds-Richtlinie 248

Revision der Gleichbehandlungsrichtlinie 76/207/EG 259

EU will Unisex-Tarife erzwingen 264

Zusatzrenten für Bezieher von Invalidenrenten in Dänemark 264

Stärkung des Sozialschutzes und Reform des Rentensystems in Finnland 265

Erster Bericht über künftige Gestaltung des Rentensystems in Norwegen veröffentlicht 265

Ausland

Rentenkasse lebt in Japan von dicken Reserven 266

Senkung des Rentenalters in Peru erörtert 267

Parlament in Australien verabschiedet Änderungen der Zusatzrenten 267

US-Konzerne verwandeln Verluste der Pensionsfonds in Gewinne 267

Veranstaltungen

Auch den Pensionskassen gehen die Probleme nicht aus 267



muß bis spätestens 2. Dezember 2003 in nationales Recht umgesetzt werden, was in Deutschland bisher noch nicht geschehen ist.

Nach dieser Richtlinie ist es gemäß Artikel 2 Abs. 2a vom Grundsatz her verboten, einen Arbeitnehmer wegen seines Alters zu diskriminieren. Nach Artikel 6 Abs. 2 dieser Richtlinie ist es aber keine ungerechtfertigte Diskriminierung wegen des Alters, wenn bei einer betrieblichen Altersversorgung Alterskriterien für versicherungsmathematische Berechnungen zugrunde gelegt werden, solange dies nicht zu einer Diskriminierung wegen des Geschlechts führt.

Insofern ist es europarechtlich unbedenklich, wenn die beitragsorientierte Gestaltung einer Versorgungszusage dazu führt, daß die Rentenbausteine für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer um so niedriger sind, je älter sie sind.

Auf Basis des bestehenden deutschen Arbeitsrechts sind niedrigere Rentenbausteine für ältere Arbeitnehmer ebenfalls unbedenklich. Der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz ist nicht verletzt, da er nur ein Willkürverbot darstellt²⁹. Niedrigere Rentenbausteine für ältere Arbeitnehmer sind aber nicht willkürlich, da sie nur die geringere Verzinsung des Versorgungsaufwandes widerspiegeln. Es liegt auch kein Verstoß gegen § 75 Abs. 1 Satz 2 BetrVG vor, der eine Differenzierung nach Alterskriterien aus sachlichen Gründen zuläßt.

VIII. Zusammenfassung

Die brisante Frage, ob geschlechtsspezifische Tarife bei beitragsorientierter Gestaltung einer Versorgungszusage rechtlich zulässig sind, läßt sich nur aus der Abgrenzung von Arbeitsrecht und Versicherungsrecht beantworten.

Die vom Gesamtverband der deutschen Versicherungswirtschaft vertretene These, daß bei beitragsorientierten Versorgungssystemen die Leistungsseite nicht mehr unter arbeitsrechtlichen Gesichtspunkten, sondern allein nach den Grundsätzen des Versicherungsrechts zu beurteilen sei, findet nicht meine Zustimmung.

Da es in Deutschland keine reinen Beitragszusagen im Bereich der betrieblichen Altersversorgung gibt, ist die Verpflichtung aus einer Versorgungszusage für den Arbeitgeber erst erloschen, wenn die Leistung geflossen ist. Dabei kommt es nicht darauf an, welcher Durchführungsweg und welche Zusageart gewählt wurde. Solange der Arbeitgeber zur Leistung verpflichtet ist, gilt Arbeitsrecht, nicht Versicherungsrecht. Deshalb müssen nach dem Lohnleichheitsgrundsatz Männer und Frauen bei sonst identischen Voraussetzungen gleich hohe Leistungen bekommen. Tarife, die für die Leistungsseite geschlechtsspezifische Abweichungen für Männer und Frauen vorsehen, sind meines Erachtens rechtswidrig. Dies gilt sowohl für rein arbeitgeberfinanzierte Beiträge als auch für Beiträge, die über Bruttoentgeltumwandlung finanziert wurden, nicht jedoch für freiwillige Arbeitnehmerbeiträge, die aus dem Nettoarbeitsentgelt gezahlt werden.

Wenn der Arbeitgeber eine Kapitaleistung zusagt, müssen die Kapitaleistungen gleich hoch sein. Gibt es die Möglichkeit einer Verrentung, müssen die Renten gleich hoch sein. Unterschiedlich große Rentenbausteine für Arbeitnehmer, abhängig von ihrem Alter, sind arbeitsrechtlich dagegen unbedenklich.

Für eine Pensionskassenversorgung bedeutet dies, daß bei geschlechtsspezifisch unterschiedlichen Tarifen ein Mitglied des benachteiligten Geschlechts sowohl den Arbeitgeber als

auch die Pensionskasse vor den Arbeitsgerichten auf Gleichbehandlung verklagen kann. Sofern der Versorgungsfall noch nicht eingetreten ist, dürfte es rechtlich zulässig sein, daß benachteiligte Arbeitnehmer eine Klage auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Versorgungszusage oder des Tarifs der Pensionskasse erheben.

IX. Schlußbemerkung

Sofern man geschlechtsspezifische Tarife will, muß der deutsche Gesetzgeber meines Erachtens die Rechtslage ändern und reine Beitragszusagen zulassen. Ob der EU-Gesetzgeber da aber mitmacht, ist zu bezweifeln. Im Handelsblatt vom 15.3.2003 war zu lesen, daß die EU in einer geplanten Antidiskriminierungsrichtlinie im Bereich der privaten Altersvorsorge Unisex-Tarife erzwingen will. Spätestens dann dürfte das Thema der Zulässigkeit geschlechtsspezifischer Tarife auch für die betriebliche Altersversorgung keine Rolle mehr spielen.

Jochen Prost, Karlsruhe

Diskussion des BMF-Schreibens vom 9.12.2002 – Pensionszusagen an Gesellschafter- Geschäftsführer von Kapitalgesell- schaften

Das BMF nimmt mit vorliegendem Schreiben¹ zu zwei Themenkomplexen der steuerlichen Behandlung von Versorgungszusagen an Gesellschafter-Geschäftsführer von Kapitalgesellschaften Stellung. Zunächst unter I. zur Thematik Unverfallbarkeit bei Versorgungszusagen an Gesellschafter-Geschäftsführer von Kapitalgesellschaften und unter II. zum Thema Erdienungszeitraum für selbigen Personenkreis.

Leider läßt die dargelegte Sichtweise des BMF sehr viel Raum für Interpretationen zu vorgenannten Themenkomplexen. Aus diesem Grund wird im folgenden die Sichtweise des BMF zu beiden Themenkomplexen im Wege der Auslegung diskutiert und weiterhin eine Handlungsempfehlung für die Umsetzung in der Praxis gegeben.

I. Unverfallbarkeit

1. Allgemeines

Das BMF weist die Finanzbehörden in vorliegendem Schreiben an, vom Betriebsrentengesetz zugunsten des Gesellschafter-Geschäftsführers abweichende Regelungen hinsichtlich

²⁹ Statt aller *Fitting*, Betriebsverfassungsgesetz, 21. Auflage, § 75 Rz. 23 ff.

¹ – IV A 2 – S 2742 – 68/02, BStBl. I 2002 S. 1393 = BetrAV 2003 S. 60.

der Unverfallbarkeit von Pensionszusagen als nicht durch das Gesellschaftsverhältnis veranlaßt zu sehen, sofern es sich um eine raterliche Unverfallbarkeit handelt.

Die alleinige Vereinbarung einer sofortigen, *nicht* raterlichen Unverfallbarkeit bewirkt m.E. noch keine Behandlung der Zusage als verdeckte Gewinnausschüttung. Erst bei Ausscheiden aus dem Unternehmen handelt es sich insoweit um eine verdeckte Gewinnausschüttung, als der Rückstellungswert den m/n-tel Wert im Zeitpunkt des Ausscheidens übersteigt.

Das BMF nimmt eine Unterscheidung zwischen beherrschenden und nicht beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführern vor. Bei nicht beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführern fordert das BMF zur Ermittlung des raterlichen Anspruchs ein Abstellen auf den Dienst Eintritt, bei beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführern hingegen ein Abstellen auf den Zeitpunkt der Zusageerteilung.

Diese Forderung ist nicht nachzuvollziehen, denn wenn man sich bei Gesellschafter-Geschäftsführern an arbeitsrechtliche Regularien anlehnt, dann nicht nur in der Form, daß sie diesen zum Nachteil gereichen. Schon die Entstehungsgeschichte zur Ermittlung der Höhe der unverfallbaren Anwartschaft macht deutlich, daß die Versorgung auch die bereits erbrachte Betriebsrente entgelten soll². Und das kann, wenn man sich arbeitsrechtlicher Normen bedient, bei beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführern dann nicht anders sein.

2. Erklärung über das Nachzahlungsverbot?

Eine Erklärung für die Forderung, daß bei beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführern der m/n-tel Anspruch auf Zusageerteilung berechnet wird, liefert das BMF nicht. Es ist möglich, daß das BMF diese Forderung auf das für beherrschende Gesellschafter-Geschäftsführer geltende Nachzahlungsverbot³ gründet. Sinn des Nachzahlungsverbot ist es, nachträgliche Gewinnmanipulationen auszuschließen. Zudem stellt sich die Frage, warum bei *nicht* sofortiger raterlicher Unverfallbarkeit für beherrschende Gesellschafter-Geschäftsführer die Berechnung des m/n-tel-Anspruchs dann auf Basis des Dienst Eintritts erfolgen soll. Denn wenn die Grundlage für diese Forderung auf dem Nachzahlungsverbot gründet, müßte es konsequenterweise auch hier zur Anwendung kommen und somit die Berechnungsgrundlage für den m/n-tel-Anspruch auch der Zusagezeitpunkt sein.

Des weiteren ist die doppelte Anwendung des Nachzahlungsverbotes m.E. nicht erforderlich, da das Nachzahlungsverbot bei Prüfung der angemessenen Gesamtvergütung eines Gesellschafter-Geschäftsführers bereits Anwendung findet. Denn der Wert einer Versorgungszusage wird bei der Ermittlung einer angemessenen Gesamtvergütung mit der fiktiven Jahresnettoprämie angesetzt⁴ und diese ist, eben aufgrund des Nachzahlungsverbotes, bei beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführern nach dem Alter des Versorgungsberechtigten im Zeitpunkt der Zusageerteilung zu berechnen. Durch die erneute Anwendung bei Beurteilung des Erdienungszeitraumes kommt es zu einer nicht erforderlichen doppelten Einschränkung und stellt beherrschende Gesellschafter-Geschäftsführer schlechter als solche, die nicht am Gesellschaftskapital beteiligt sind⁵.

3. Erklärung über das Kriterium Unüblichkeit?

Eine weitere Erklärung für diese Regelung könnte noch in der Unüblichkeit der Vereinbarung gesucht werden. Sicherlich ist es bei Durchschnitts-Arbeitnehmern nicht unbedingt üblich, eine Zusage auf betriebliche Altersversorgung mit einer sofortigen Unverfallbarkeit auszustatten. Allerdings ist in der Praxis oft zu beobachten, daß Zusagen an für das Unternehmen wichtige Mitarbeiter häufig mit sofortiger Unverfallbarkeit ausgestattet sind. Gerade angesichts der schwierigen Arbeitsmarktlage, durch die es immer schwieriger wird, qualifiziertes Personal für ein Unternehmen zu gewinnen bzw. zu halten, ist eine Verkürzung der Unverfallbarkeitsfristen oft unumgänglich und somit auch üblich. Nicht anders ist es bei nicht beteiligten Geschäftsführern. Um erfahrene und qualifizierte Geschäftsführer für ein Unternehmen zu gewinnen, ist es meist erforderlich, eine Versorgung mit verkürzter bzw. sofortiger Unverfallbarkeit zu gewähren. Dieser Personenkreis hat meist schon beim bisherigen Dienstgeber eine unverfallbare Versorgung und will keine neue Verfallbarkeitsphase durchlaufen⁶.

Weiterhin hat auch der BFH in seinem Beschluß vom 22.1.2002⁷ darauf hingewiesen, daß die Unverfallbarkeitsfristen des BetrAVG nur eine Orientierung darstellen und im Einzelfall kürzere Fristen für Gesellschafter-Geschäftsführer möglich sind, zumal für diesen Personenkreis das BetrAVG nicht gilt. Selbst eine sofortige Unverfallbarkeit sei laut BFH zu rechtfertigen.

Betrachtet man die gängige Praxis in der freien Wirtschaft, wird deutlich, daß Verkürzungen der Unverfallbarkeitsfristen und sofortige Unverfallbarkeiten gängige Praxis sind⁸.

Es stellt sich die Frage, ob gewollt sein kann, daß nur solche arbeitsrechtlichen Regularien auf Gesellschafter-Geschäftsführer angewandt werden, die diesem Personenkreis zum Nachteil gereichen. Nicht nachvollziehbar ist, warum eine für ein Unternehmen oft unentbehrliche Führungskraft hinsichtlich ihrer betrieblichen Altersversorgung schlechter gestellt werden soll als ein „Nur-Arbeitnehmer“. Es ist im Wirtschaftsleben gängige Praxis, die Leistungen der betrieblichen Altersversorgung entsprechend der Wichtigkeit der Versorgungsberechtigten zu regeln, wobei gilt: je wichtiger die Funktion desto günstiger die Regelung. Mit seiner umgekehrten Sichtweise läßt der BFH diese Üblichkeit, die bei Prüfung von Zusagen schließlich auch herangezogen wird, völlig außer acht⁹.

4. Probleme in der Praxis

Hinsichtlich der praktischen Umsetzung wirft das vorliegende Schreiben einige Fragen auf.

Darf nach 5jährigem Bestehen der Zusage für beherrschende Gesellschafter-Geschäftsführer die raterliche Anwartschaft bei Ausscheiden auf Grundlage des Dienst Eintritts berechnet werden? M.E. kann diese Frage eindeutig mit ja beantwortet werden. Denn nach Durchlaufen der Unverfallbarkeitsfristen hätte auch ein Nur-Arbeitnehmer eine entsprechend hohe unverfallbare Anwartschaft und es wäre absolut unüblich bzw. sogar entgegen gesetzlicher Vorgaben¹⁰, an der für den versorgungsberechtigten Nur-Arbeitnehmer schlechteren m/n-tel-Regelung festzuhalten. Des weiteren stellt sich die

2 Vgl. *Andresen/Förster/Rößler/Rühmann*, Arbeitsrecht der betrieblichen Altersversorgung, 1999, Band I, Teil 10 B, Rdnr. 9-11 und die dort angegebenen Quellen.

3 Vgl. Abschn. 31 Abs. 5 KStR 1995.

4 Vgl. BFH vom 4.8.1959 - I 4/59, BStBl. III 1959 S. 369.

5 Vgl. *Prost*, Irfordernis eines 10jährigen Erdienungszeitraums bei Versorgungszusagen an beherrschende Gesellschafter-Geschäftsführer von Kapitalgesellschaften, BetrAV 2002 S. 647.

6 Vgl. *Häfer*, Die Bestopferung der betrieblichen Altersversorgung von Kapitalgesellschaften, 2000, Rdnr. 90.

7 - I B 75/01 -, BFH/NV 2002 S. 5. 952 = BetrAV 2002 S. 719.

8 Vgl. *Doetsch*, Steuerliche Anerkennung von Pensionszusagen gegenüber GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführern, BB 1994 S. 330 f.

9 Vgl. *Prost*, a.a.O. (Fn. 5).

10 Vgl. § 2 Abs. 1 BetrAVG i.d.F. nach AVmG.

Frage, welcher Arbeitnehmer sich bei Vertragsfreiheit auf eine solche Regelung einlassen würde?

Für eine entsprechende Regelung empfiehlt sich beispielsweise folgende Formulierung hinsichtlich der Unverfallbarkeit von Versorgungszusagen für beherrschende Gesellschafter-Geschäftsführer:

Scheidet der Versorgungsberechtigte vor Eintritt eines Versorgungsfalles aus den Diensten des zusagenden Unternehmens aus, so behält er seine bis zu diesem Zeitpunkt erdiente Anwartschaft auf Versorgungsleistungen. Erdient ist der Teil der Versorgungsleistungen, der dem Verhältnis der Dauer der Betriebszugehörigkeit seit Erteilung dieser Versorgungszusage zu der Zeit vom Beginn der Erteilung der Versorgungszusage bis zur Vollendung des 65. Lebensjahres entspricht.

Scheidet der Versorgungsberechtigte vor Eintritt eines Versorgungsfalles, aber fünf Jahre nach Erteilung dieser Versorgungszusage aus den Diensten des zusagenden Unternehmens aus, so ist der Teil der Versorgungsleistungen erdient, der dem Verhältnis der Dauer der tatsächlichen Betriebszugehörigkeit zu der Zeit vom Beginn der Betriebszugehörigkeit bis zur Vollendung des 65. Lebensjahres entspricht.

Eine weitere Frage stellt sich hinsichtlich der Behandlung von „Altfällen“. Angesichts der Anlehnung an die Unverfallbarkeitsfristen des Betriebsrentengesetzes könnte die Finanzverwaltung hier m.E. die sogenannte Übergangsregelung¹¹ zur Anwendung bringen.

Dies würde bedeuten, daß bei Zusagen an beherrschende Gesellschafter-Geschäftsführer, die mit einer sofortigen Unverfallbarkeit ausgestattet sind und vor dem 1.1.2001 erteilt wurden, bei Ausscheiden vor dem 1.1.2006 die ratielle Anwartschaft auf Basis der Zusageerteilung errechnet würde, sofern die Zusage nicht schon 10 Jahre bestanden hatte. Erfolgte die Erteilung der Zusage bei einem beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführer mehr als zehn Jahre vor dem 1.1.2006, würde bei Ausscheiden bis zum Erreichen einer 10jährigen Zusagedauer die ratielle Anwartschaft ebenfalls auf Basis der Zusageerteilung berechnet werden und erst danach auf Basis des Dienst Eintritts.

Es bleibt zu hoffen, daß die Finanzverwaltung generell die 5-Jahres-Frist anwendet.

II. Erdienungszeitraum

Durch die Anlehnung des Erdienungszeitraumes an die Unverfallbarkeitsfristen des Betriebsrentengesetzes¹² wäre, nach Verkürzung der Unverfallbarkeitsfristen im Betriebsrentengesetz i.d.F. nach AVmG, die entsprechende Verkürzung des Erdienungszeitraumes bei Versorgungszusagen an Gesellschafter-Geschäftsführer von Kapitalgesellschaften logische Konsequenz gewesen¹³. Von daher verwundert die Sichtweise des BMF. Es fordert nämlich weiterhin eine Orientierung an den Unverfallbarkeitsfristen des BetrAVG i.d.F. vor AVmG.

Allerdings formuliert das BMF sehr vorsichtig. Es sieht ein Unterschreiten der bisherigen Fristen¹⁴ als *Indiz* für eine Vereinbarung mit Ursache im Gesellschaftsverhältnis. Ein *Indiz* ist, folgt man der genauen Wortbedeutung, ein Anzeichen für etwas, hier mithin ein Anzeichen für die Ursache im Gesellschaftsverhältnis. Bisher, insbesondere im Schreiben vom

1.8.1996, formulierte das BMF: „Nach dem Urteil des BFH vom 21. Dezember 1994 (BStBl. 1995 II S. 419) ist die Zusage einer Pension an den beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführer einer Kapitalgesellschaft eine verdeckte Gewinnausschüttung, wenn der Zeitraum zwischen dem Zeitpunkt der Zusage der Pension und dem vorgesehenen Zeitpunkt des Eintritts in den Ruhestand weniger als 10 Jahre beträgt.“

War bisher bei Unterschreiten der Fristen des BetrAVG vor AVmG von einer generellen Versagung der steuerlichen Anerkennung auszugehen, so ist nach vorliegendem Schreiben, ausgehend von der Definition des Begriffes *Indiz*, rein rechtlich nur ein Verdachtsmoment ohne unmittelbare Beweiskraft gegeben, das aber auf Beweiserhebliches schließen läßt.

Eine klare Aussage des BMF, die entsprechende Rechtssicherheit zu dieser Thematik bietet, wäre wünschenswert gewesen. Die mehr als vorsichtige Formulierung des BMF deutet jedoch an, daß wohl in der zukünftigen Prüfungspraxis allein das Unterschreiten der 10-Jahres-Frist nicht gleichbedeutend mit der Annahme einer Vereinbarung mit Ursache im Gesellschaftsverhältnis ist. Es ist ein beachtenswertes Verdachtsmoment, kann aber m.E. nicht zu einer Behandlung der kompletten Zusage als verdeckte Gewinnausschüttung führen.

Dies wird durch die Quelle des BMF-Schreibens vom 1.8.1996¹⁵ belegt. Es gründet nämlich auf das Urteil des BFH vom 21.12.1994¹⁶, in dem der BFH ganz deutlich betont, daß die Zeitvorstellungen des Gesetzgebers eine ausreichende Grundlage für die Beurteilung des Erdienungszeitraumes seien und daß eine Orientierung an den Unverfallbarkeitsfristen des BetrAVG der Rechtssicherheit dienen. Angesichts der Verkürzung der Unverfallbarkeitsfristen kann m.E. auch von einer Verkürzung des Erdienungszeitraumes ausgegangen werden.

Im übrigen sieht auch der BFH in seiner neueren Rechtsprechung¹⁷ einen Erdienungszeitraum von unter 10 Jahren als unproblematisch an.

In der Praxis ergeben sich Konsequenzen für zukünftige Zusageerteilungen, aber auch für „Altfälle“, in denen die Zusage vor Veröffentlichung des BMF-Schreibens erteilt wurde.

Da sich der BFH in seiner Rechtsprechung stark an das BetrAVG anlehnt, kann m.E. von einer analogen Anwendung der Übergangsregelung für die Unverfallbarkeit von Zusagen an Nur-Arbeitnehmer, die vor dem 1.1.2001 erteilt wurden, ausgegangen werden. Dies bedeutet, daß bei Zusagen an Gesellschafter-Geschäftsführer, die vor dem 1.1.2001 erteilt wurden, für die Beurteilung hinsichtlich der betrieblichen Veranlassung ein verkürzter Erdienungszeitraum gilt. Mithin ist, in Anlehnung an arbeitsrechtliche Regularien¹⁸, die Erdienbarkeit generell als gegeben anzusehen, wenn die Zusage vor dem 1.1.2001 erteilt wurde und das vertragliche Endalter nach dem 1.1.2006 liegt. Erfolgte die Erteilung der Zusage bei einem beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführer mehr als zehn Jahre vor dem 1.1.2006, so kann die Erdienbarkeit als gegeben angesehen werden, wenn das vertragliche Endalter vor dem 1.1.2006 liegt und zwischen Zusageerteilung und vertraglichem Endalter eine Frist von zehn Jahren gewahrt wurde.

Bei Zusagen an nicht beherrschende Gesellschafter-Geschäftsführer, für die hinsichtlich der Beurteilung des

11 Vgl. § 30f BetrAVG i.d.F. nach AVmG.

12 Vgl. BFH vom 21.12.1994 – I R 98/93, BStBl. II 1995 S. 419 = BetrAV 1995 S. 196.

13 Vgl. Probst, a.a.O. (Fn. 5).

14 Vgl. BMF-Schreiben vom 1.8.1996 – IV B 7 – S 2742 – 88/96, BStBl. I 1996 S. 1138 = BetrAV 1996 S. 328 und BMF-Schreiben vom 7.3.1997 – IV B 7 – S 2742 – 20/97, BStBl. I 1997 S. 637 = BetrAV 1997 S. 102.

15 Vgl. BMF-Schreiben vom 1.8.1996, a.a.O. (Fn. 14).

16 Vgl. BFH vom 21.12.1994, a.a.O. (Fn. 12).

17 Vgl. BFH vom 24.4.2002 – I R 43/01, BetrAV 2003 S. 90.

18 Vgl. § 30f BetrAVG i.d.F. nach AVmG.

Erdienungszeitraumes § 1 Abs. 1 2. Alternative BetrAVG i.d.F. vor AVmG herangezogen wurde, gilt somit bei Zusageerteilung vor dem 1.1.2001 und vertraglichem Endalter vor dem 1.1.2006 der Erdienungszeitraum als erfüllt, sofern zwischen Zusageerteilung und vertraglichem Endalter ein mindestens dreijähriger Zeitraum liegt und bis zum vertraglichen Endalter eine 12jährige Betriebszugehörigkeit zurückgelegt wurde.

III. Ergebnis

Zusammenfassend bleibt zu sagen, daß das BMF-Schreiben nicht die erhoffte Klarheit in die diskutierten Themen gebracht hat. Im Gegenteil, es wurden noch mehr Fragen aufgeworfen und es herrscht eher noch mehr Unklarheit als zuvor. Für entsprechende Rechtssicherheit wäre ein klarstellendes Schreiben des BMF sicherlich wünschenswert, ansonsten bliebe abzuwarten, wie sich der BFH in einem Verfahren zu dieser Thematik äußert.

Prof. Dr. Reinhold Höfer / Joachim Kaiser, Mülheim an der Ruhr

Pensionszusagen an beherrschende Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH – Neues von der Finanzverwaltung und aus der Praxis

Das BMF hat in seinem Schreiben vom 9.12.2002 zu der Frage Stellung genommen, wie die Unverfallbarkeit von Pensionszusagen an beherrschende Gesellschafter-Geschäftsführer ausgestaltet sein muß, wenn Folgen einer vGA vermieden werden sollen. Gleiches gilt für den Mindestzeitraum zum Erdiene der Altersversorgung. Durch den ab dem Jahre 2002 neu geschaffenen Pensionsfonds ergeben sich interessante Gestaltungsmöglichkeiten für beherrschende Gesellschafter-Geschäftsführer. Zu diesen Themen wird nachfolgend Stellung genommen.

1. Einleitung

In seinem Schreiben vom 9.12.2002¹ hat das BMF insbesondere zu der Frage Stellung genommen, wie die Unverfallbarkeit einer Pensionszusage geregelt sein darf, um keine verdeckte Gewinnausschüttung (vGA) zu verursachen. Ein weiterer Kritikpunkt der Finanzverwaltung ist regelmäßig die Erdienbarkeit der Pensionszusage durch den Gesellschafter-

Geschäftsführer. Auch hierzu hat sich das BMF aufgrund der ab Anfang 2001 geltenden Änderung der Unverfallbarkeitsvoraussetzungen im Betriebsrentengesetz (BetrAVG) in seinem Schreiben vom 9.12.2002 geäußert. Nachfolgend wird die Auffassung des BMF zur Unverfallbarkeit und zur Erdienbarkeit kritisch beleuchtet.

Darüber hinaus wird dargestellt, inwieweit der durch das Altersvermögensgesetz (AVmG) neu geschaffene Durchführungsweg der Pensionsfondszusage (§ 1b Abs. 3 BetrAVG, §§ 112 ff. Versicherungsaufsichtsgesetz – VAG) für Gesellschafter-Geschäftsführer genutzt werden kann. Hier bieten sich aufgrund der Vorschriften in § 3 Nrn. 63 und 66 EStG interessante Gestaltungsmöglichkeiten für die Altersversorgung an.

2. Zulässigkeit sofortiger Unverfallbarkeit

Entgegen der bislang von der Finanzverwaltung vertretenen Auffassung geht das BMF in seinem Schreiben vom 9.12.2002 (a.a.O.) nunmehr davon aus, daß die Pensionszusage an einen beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführer auch dann anerkannt werden kann, wenn ihm schon bei der Erteilung der Zusage eine unverfallbare Anwartschaft auf die Pensionsleistungen eingeräumt wird. Es soll also in Zukunft nicht mehr beanstandet werden, wenn ein beherrschender Gesellschafter-Geschäftsführer die Pensionsanwartschaft trotz des vorzeitigen Ausscheidens aus dem Unternehmen behält. Die Rechtsprechung machte bislang die Unschädlichkeit einer sofortigen Unverfallbarkeit von Einzelfallerwägungen abhängig².

Der Auffassung der Finanzverwaltung ist zuzustimmen. Sie entspricht den tatsächlichen Gegebenheiten und steht nicht in Widerspruch zu dem bei Pensionszusagen anzulegenden Maßstab des Fremdvergleichs.

Wird einem beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführer eine Pensionszusage erteilt, die eine sofortige Unverfallbarkeit vorsieht, führt dies zwar dazu, daß er gegenüber Arbeitnehmern und Nichtarbeitnehmern, deren Unverfallbarkeit sich allein nach der Fünfjahresfrist des Betriebsrentengesetzes richtet, bevorteilt ist. Doch darf nicht übersehen werden, daß der Maßstab des Fremdvergleichs nicht einen Vergleich zwischen Gesellschafter-Geschäftsführer und Arbeitnehmer verlangt. Vielmehr ist zu prüfen, ob ein gewissenhafter und ordentlicher Geschäftsleiter auch einem Fremdgeschäftsführer eine entsprechende Pensionszusage erteilt hätte³. Die Praxis zeigt, daß sich Fremdgeschäftsführer in aller Regel nicht mit den gesetzlichen Unverfallbarkeitsfristen zufrieden geben. Sie verlangen oftmals eine günstigere vertragliche Unverfallbarkeitsklausel, gegebenenfalls sogar eine sofortige Unverfallbarkeit. Im Hinblick darauf war die bislang von der Finanzverwaltung vertretene restriktive Auffassung auch nicht haltbar. Sie verhindert nicht eine Besserstellung des Gesellschafter-Geschäftsführers gegenüber einem Fremdgeschäftsführer, sondern führte umgekehrt zu dessen Benachteiligung.

Trotz der geänderten Auffassung des BMF kann dem beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführer noch immer nicht ohne steuerliche Nachteile bei Dienstbeginn eine sofort unverfallbare Zusage erteilt werden. Nach Auffassung der Finanzverwaltung und der Rechtsprechung stellt nämlich die Pensionsrückstellung für eine Pensionszusage an einen beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführer, die diesem mit Dienstbeginn erteilt wurde, regelmäßig eine vGA dar. Sie

² BFH vom 22.1.2002, I B 75/01, BFH/NV 2002 S. 952; vom 4.5.1998, I B 131/97, BFH/NV 1998 S. 1530.

³ Vgl. Höfer, Die Besteuerung der betrieblichen Altersversorgung von Kapitalgesellschaften, 2. Aufl. 1999, Rdnr. 85 ff.

¹ IV A 2-S27422-68/02, DStR 2002 S. 2172 = BetrAV 2003 S. 60.