

Neues zur GGF-Versorgung*

Nach wie vor ist die Pensionszusage der häufigste Durchführungsweg der betrieblichen Altersversorgung für Gesellschafter-Geschäftsführer von Kapitalgesellschaften. Über die allgemeinen Voraussetzungen zur steuerlichen Anerkennung von Pensionszusagen an „normale“ Arbeitnehmer hinaus, sind für Zusagen an diesen Personenkreis jedoch viele weitere Kriterien zu beachten. Die Einhaltung dieser Kriterien prüft die Finanzverwaltung sehr kritisch, und aus der Vielzahl der Urteile des Bundesfinanzhofes ist ersichtlich, dass es bezüglich der Einhaltung dieser zusätzlichen Kriterien sehr häufig zu Rechtsstreitigkeiten kommt. Ursächlich hierfür ist die Befürchtung der Finanzverwaltung, dass die Zusagen aus rein steuerlichen Gründen erteilt werden, um dem Gesellschafter zulasten der Gesellschaft einen Vermögensvorteil zukommen zu lassen.

In der täglichen Praxis werfen insbesondere zwei Themenbereiche Probleme auf: zum einen die Angemessenheit der Gesamtbezüge und der Versorgungshöhe, zum anderen die Einhaltung des Klarheitsgebotes.

I. Angemessenheit

1. Angemessenheit der Gesamtvergütung

Bei der Angemessenheit der Gesamtvergütung prüft die Finanzverwaltung, ob einem angestellten Fremdgeschäftsführer die gleiche Gesamtvergütung bezahlt worden wäre wie dem Gesellschafter-Geschäftsführer. Die Gesamtvergütung setzt sich in den meisten Fällen aus folgenden Vergütungsbestandteilen zusammen: Barvergütung, Tantieme, Prämien für Direktversicherung, Pensionskasse, Pensionsfonds, Sachbezüge (z.B. Dienstwagen), Wert der Zusage (fiktive Jahresnettoprämie bei Direktzusage und Unterstützungskasse).

Die Finanzverwaltung nimmt eine dreistufige Prüfung vor¹. Im ersten Schritt wird jeder einzelne Vergütungsbestandteil dahingehend geprüft, ob er *dem Grunde nach* angemessen ist. Ist dies nicht der Fall, so wird dieser Vergütungsbestandteil in voller Höhe als verdeckte Gewinnausschüttung behandelt.

Im zweiten Schritt wird geprüft, ob die verbleibenden Vergütungsbestandteile für sich betrachtet der Höhe nach angemessen sind. Der die Angemessenheit übersteigende Teil wird als verdeckte Gewinnausschüttung behandelt.

Im dritten Schritt wird geprüft, ob die Summe der verbleibenden, nicht durch das Gesellschaftsverhältnis veranlassten Vergütungsbestandteile in ihrer Gesamtheit angemessen ist. Soweit durch die verbleibende Vergütung die Angemessenheit überschritten wird, liegt eine verdeckte Gewinnausschüttung vor.

In der Praxis noch relativ einfach zu bestimmen ist im ersten Prüfungsschritt die Angemessenheit dem Grunde nach. Beispielhaft seien hier die Erteilung einer Pensionszusage innerhalb der Probezeit² oder die Nichtbeachtung der Erdienbarkeit³ genannt.

* Vortrag gehalten auf der Herbsttagung der Fachvereinigung Direktversicherung am 27.9.2007 in Köln.

1 Vgl. BMF-Schreiben vom 14.10.2002 – IV A2 – S 2742 – 62/02 –, BStBl. I 2002 S. 972 = BetrAV 2002 S. 767.

2 Vgl. BMF-Schreiben vom 14.5.1999 – IV C 6 – S 2742 – 9/99 –, BStBl. I 1999 S. 512 = BetrAV 1999 S. 208.

3 Vgl. Keil/Prost, Pensionszusagen an Gesellschafter-Geschäftsführer von Kapitalgesellschaften, 2006, Rdnr. 53 f.

Auch der zweite Prüfungsschritt ist noch einigermaßen unproblematisch durchzuführen. Denn hinsichtlich der einzelnen Vergütungsbestandteile gibt es feste Vorgaben, was sich z.B. bei Erteilung einer endgehaltsabhängigen Pensionszusage zeigt. Hier ist durch die 75%-Grenze (Verhältnis der Aktivbezüge zu den zugesagten Versorgungsleistungen) eine klare Regelung getroffen. Ebenso durch die Regelungen beim Verhältnis der Tantieme zum Festgehalt.

Schwierig wird es jedoch beim dritten Prüfungsschritt, insbesondere dadurch, dass nach ständiger Rechtsprechung des BFH die obere Grenze der Angemessenheit im Einzelfall durch eine Schätzung zu ermitteln ist. Bezüglich der Gesamtvergütung gilt stets eine Bandbreitenbetrachtung (Schätzungsintervall). Gosch ist der Ansicht: „Auf der Schiene dieser Bandbreite können sich die Beteiligten sozusagen frei bewegen und jeden Betrag als verbindlich festlegen, gleichgültig, ob er sich am unteren oder aber am oberen Ende des Spektrums bewegt.“⁴ Die Entscheidung, welches Schätzungsintervall im konkreten Einzelfall anzusetzen ist, obliegt hierbei einzig und allein den Finanzgerichten als Tatsacheninstanz⁵.

Beim dritten Prüfungsschritt werden folgende Beurteilungskriterien für die Angemessenheit der Gesamtausstattung herangezogen:

- Art und Umfang der Tätigkeit
- Ertragsaussichten der Gesellschaft / Verhältnis zur Eigenkapitalverzinsung
- Fremdvergleichsmaßstab – interner / externer Betriebsvergleich.

Art und Umfang der Tätigkeit werden überwiegend durch die Unternehmensgröße bestimmt. Diese ist deshalb von Bedeutung, weil mit steigender Unternehmensgröße auch die Anforderungen und Verantwortung steigen. Die Unternehmensgröße bestimmt sich überwiegend anhand des Umsatzes und der Mitarbeiterzahl.

Sollte der Gesellschafter-Geschäftsführer noch für eine weitere Gesellschaft tätig sein, bzw. sind mehrere Gesellschafter-Geschäftsführer für dasselbe Unternehmen tätig, so geht die Finanzverwaltung davon aus, dass entsprechende Abschlüsse vorzunehmen sind, die den Umfang der Tätigkeit bzw. den Aufgaben und Verantwortungsbereichen entsprechen⁶.

Hinsichtlich der Ertragsaussichten der Gesellschaft ist entscheidend, dass das Verhältnis der Geschäftsführervergütung zum Gesamtgewinn der Gesellschaft und zur verbleibenden Eigenkapitalverzinsung in einem angemessenen Rahmen liegt.

Bei der Eigenkapitalverzinsung wird dem Gewinn das gesamte von der Gesellschaft eingesetzte Kapital gegenübergestellt. Orientiert man sich an Finanzgerichtsurteilen, so liegt die angemessene Mindestverzinsung bei 10 bis 25%⁷. Das Vorliegen der Mindestverzinsung rechtfertigt nicht, dass darüber hinausgehende Beträge vollumfänglich für die Geschäftsführervergütung verwendet werden.

Wird durch die Geschäftsführervergütung nahezu der gesamte Gewinn „abgesaugt“, so ist dies ein deutliches Zeichen für die Annahme einer unangemessenen Gesamtvergütung⁸.

4 Vgl. Gosch, StBP 2003 S. 279.

5 Vgl. BFH, Urteil vom 27.2.2003 – I R 80/01 und I R 81/01 –, BFH/NV 2003 S.1346.

6 Vgl. BMF-Schreiben vom 14.10.2002, a.a.O. (Fn. 1), Rdnr. 11.

7 Vgl. FG Saarland, Urteil vom 13.10.1997 – 1 K 188/95 –, GmbHR 1998 S.102 und FG Niedersachsen, Urteil vom 21.9.1999 – 6 K 166/97 –, GmbHR 2000 S. 779.

8 Vgl. BMF-Schreiben vom 14.10.2002, a.a.O. (Fn. 1), Rdnr. 15.

Insgesamt gesehen geht die Finanzverwaltung davon aus, dass eine angemessene Gesamtvergütung in der Regel dann gegeben ist, wenn die Geschäftsführervergütung 50% des Gewinnes nicht übersteigt. Dieser sogenannte „Halbteilungsgrundsatz“ darf nicht missverstanden werden. Die Halbteilung kann lediglich als Indiz für eine angemessene Gesamtvergütung verstanden werden und nicht als absolute, feststehende Größe⁹. In der Praxis ist immer der Einzelfall unter Würdigung der Gesamtmstände zu beurteilen.

Der Fremdvergleich gestaltet sich einfach, sofern im Unternehmen auch ein Fremdgeschäftsführer tätig ist. Dann wird man als Maßstab für eine angemessene Vergütung dessen Gesamtbezüge (interner Fremdvergleich) heranziehen können. Häufig wird aber kein Fremdgeschäftsführer vorhanden sein, sodass dann auf den externen Fremdvergleich zurückzugreifen ist.

Für den externen Fremdvergleich werden Gehaltsstrukturuntersuchungen als zulässig erachtet¹⁰. Diese sind in der Regel nach Branchengruppen unterteilt. Innerhalb dieser einzelnen Branchengruppen finden sich Differenzierungen hinsichtlich Umsatz, Mitarbeiterzahl, Beteiligungsquote und Anzahl der Geschäftsführer.

Eine gute Orientierungshilfe bietet auch die Verfügung der OFD Karlsruhe vom 17.4.2001¹¹, die Anhaltspunkte für einen externen Fremdvergleich liefert. Die Verfügung enthält als Anlage eine Tabelle, die eine nach Branchengruppen und Umsatzgröße unterteilte Auswertung von Gehaltsuntersuchungen enthält.

Insgesamt gesehen ist auch dann noch von einer Angemessenheit der Gesamtvergütung auszugehen, wenn die vom Finanzgericht als zulässig bestimmte Angemessenheitsgrenze um weniger als 20% überschritten wird¹². Allerdings ist hiermit keine Freigrenze verbunden.

2. 75%-Grenze

Für den Nachweis, dass eine Pensionszusage der Höhe nach angemessen ist, muss geprüft werden, ob die Versorgungsleistungen im Verhältnis zu den Aktivbezügen die 75%-Grenze einhalten.

Als Bezüge des Versorgungsberechtigten sind die Aktivbezüge gemäß § 2 LStDV anzusetzen. D.h., hier sind alle Einnahmen, die dem Versorgungsberechtigten aufgrund seines Dienstverhältnisses zufließen, mit in die Betrachtungen einzubeziehen¹³. So gehören neben dem Festgehalt auch Sachzuwendungen, Zukunftssicherungsleistungen und variable Gehaltsbestandteile zu den Bezügen des Gesellschafter-Geschäftsführers. Die variablen Gehaltsbestandteile sind dabei mit dem Durchschnitt der letzten fünf Jahren anzusetzen¹⁴. Die fiktive Jahresnettoprämie für Pensionszusagen (Pensionszusage und Unterstützungskasse) ist nicht mit in die Aktivbezüge einzubeziehen¹⁵.

Übersteigen die zugesagten Versorgungsleistungen 75% der letzten Aktivbezüge gemäß § 2 LStDV unter Einrechnung der zu erwartenden Leistungen aus der gesetzlichen Rentenversicherung und unter Anrechnung anderer betrieblicher Versor-

gungsleistungen, kann davon ausgegangen werden, dass eine Überversorgung vorliegt.

Die Prüfung der 75%-Grenze erfolgt stichtagsbezogen, d.h. ist zu jedem Bilanzstichtag einzuhalten. Bei den Anwartschaften aus gesetzlicher Rentenversicherung ist zu beachten, dass auch die auf Pflichtbeiträgen aus früheren Beschäftigungsverhältnissen beruhenden Sozialversicherungsanwartschaften mit einzubeziehen sind¹⁶.

Liegt eine Überversorgung vor, so ist zunächst festzustellen, welche Rechtsfolgen diese nach sich zieht.

Hier ist in einem ersten Schritt zu prüfen, ob die Voraussetzungen des § 6a EStG eingehalten wurden. Sollte dies nicht der Fall sein, so liegt eine Überversorgung im Sinne des § 6a EStG vor. Eine Korrektur der überhöhten Pensionsrückstellungen erfolgt dann innerhalb der Steuerbilanz.

Wurden hingegen die Voraussetzungen des § 6a EStG eingehalten und schlagen sich die Pensionsrückstellungen demzufolge auch erfolgswirksam in der Bilanz nieder, so würde in einem zweiten Schritt die Überversorgung im Hinblick auf eine verdeckte Gewinnausschüttung zu thematisieren sein, sofern es sich bei dem Versorgungsberechtigten um einen Gesellschafter-Geschäftsführer handelt.

Die folgenden Ausführungen sind im Zusammenhang mit der bilanzsteuerrechtlichen Beurteilung einer Überversorgung (Verstoß gegen die Grundsätze des § 6a EStG) zu sehen.

Die verdeckte Gewinnausschüttung ist im Bereich der Körperschaftsteuer einzuordnen und bedarf in einem zweiten Schritt einer gesonderten Prüfung.

Der ständigen Rechtsprechung des BFH seit dem Jahre 1975 folgend, hat die Finanzverwaltung mit BMF-Schreiben vom 3.11.2004¹⁷ nunmehr dargelegt, unter welchen Voraussetzungen eine Überversorgung nach § 6a Abs. 3 Nr. 1 Satz 4 EStG vorliegt und welche Folgen eine Überversorgung nach sich zieht.

Laut diesem BMF-Schreiben liegt eine Überversorgung nach § 6a Abs. 3 Nr. 1 Satz 4 EStG immer dann vor, wenn Pensionszusagen in Form von sogenannten „Festbetragszusagen“ erteilt werden und im Verhältnis zu den Aktivbezügen am Bilanzstichtag überhöht sind. Soweit die insgesamt zugesagten Versorgungsleistungen (Pensionszusage, Direktversicherung, Pensionskasse, Unterstützungskasse und Pensionsfonds) zusammen mit den zu erwartenden Leistungen aus der gesetzlichen Rentenversicherung 75% der am Bilanzstichtag maßgebenden Aktivbezüge übersteigen, kann davon ausgegangen werden, dass eine Überversorgung vorliegt¹⁸.

Die Anwendung erfolgt bei Festbetragszusagen, Pensionszusagen mit einer garantierten Anwartschaftsdynamik und bei Pensionszusagen, die in Abhängigkeit von Alter und/oder Dienstzeit Steigerungsbeträge vorsehen.

Die dargestellten Grundsätze zur bilanzsteuerlichen Behandlung einer Überversorgung finden keine Anwendung bei Pensionszusagen, die an einen bestimmten Prozentsatz der Bezüge gekoppelt sind. Gleiches gilt auch für beitragsorientierte Pensionszusagen im Sinne des § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrAVG.

9 Vgl. BMF-Schreiben vom 14.10.2002, a.a.O. (Fn. 1), Rdnr. 16.

10 Vgl. BMF-Schreiben vom 14.10.2002, a.a.O. (Fn. 1), Rdnr. 21 und BFH, Urteil vom 14.7.1999 – I B 91/98 –, BFH/NV 1999 S. 1645 = BetrAV 2000 S. 232.

11 Vgl. OFD Karlsruhe, Verfügung vom 17.4.2001, DB 2001 S. 1009 = BetrAV 2001 S. 541.

12 Vgl. BFH, Urteil vom 28.6.1989 – I R 69/85 –, BStBl. II 1989 S. 854 und BMF-Schreiben vom 14.10.2002, a.a.O. (Fn. 1), Rdnr. 23.

13 Vgl. BMF-Schreiben vom 3.11.2004 – I V B2 – S 2176 – 13/04 –, BStBl. II 2004 S. 1045 = BetrAV 2004 S. 755, Rdnr. 9.

14 Vgl. BMF-Schreiben vom 3.11.2004, a.a.O. (Fn. 13), Rdnr. 11.

15 Vgl. BFH, Urteil vom 31.3.2004 – I R 79/03 –, BStBl. II 2004 S. 940.

16 Vgl. BFH, Urteil vom 20.12.2006 – I R 29/06.

17 I V B2 – S 2176 – 13/04, a.a.O. (Fn. 13); BFH, Urteil vom 13.11.1975 – IV R 179/73 –, BStBl. II 1976 S. 142; BFH, Urteil vom 17.5.1995 – I R 16/94 –, BStBl. II 1996 S. 420 = BetrAV 1995 S. 247; BFH, Urteil vom 31.3.2004 – I R 79/03 –, BStBl. II 2004 S. 940 und BFH, Urteil vom 15.9.2004 – I R 62/03 –, BStBl. II 2005 S. 176 = BetrAV 2005 S. 84.

18 Vgl. BFH, Urteil vom 17.5.1995, a.a.O. (Fn. 17) und BFH, Urteil vom 31.3.2004, a.a.O. (Fn. 17).

Pensionszusagen aus Entgeltumwandlung fallen nur insofern unter den Anwendungsbereich des BMF-Schreibens vom 3.11.2004, als die Bemessungsgrundlage für die 75%-Grenze das Gehalt nach Umwandlung ist.

a) Festbetragszusagen

Wird bei Pensionszusagen, die als Versorgungsleistungen einen Festbetrag vorsehen, die 75%-Grenze überschritten, so geht der BFH in seiner ständigen Rechtsprechung¹⁹ – und dieser nun folgend auch die Finanzverwaltung – davon aus, dass hier die Vorwegnahme künftiger ungewisser Einkommensrends zu einer Überversorgung führt. Gemäß § 6a Abs. 3 Nr. 1 Satz 4 EStG dürfen solche ungewissen, am Bilanzstichtag noch nicht vereinbarten Änderungen (z.B. noch nicht vereinbarte Erhöhungen der Bezüge) bei der Ermittlung der Pensionsrückstellung nicht berücksichtigt werden. Die Pensionsrückstellung darf somit gemäß § 6a EStG nur in Höhe des die 75%-Grenze nicht übersteigenden Teiles passiviert werden. Es ist – wegen des Verstoßes gegen § 6a EStG – eine Korrektur der Pensionsrückstellungen innerhalb der Steuerbilanz vorzunehmen.

Die Pensionsrückstellung für den die 75%-Grenze übersteigenden Teil wird gewinnerhöhend aufgelöst. Da sich die Zuführung zur Pensionsrückstellung für den die 75%-Grenze übersteigenden Teil in der Bilanz nicht erfolgswirksam niederschlägt, wird auch der Unterschiedsbetrag nach § 4 Abs. 1 Satz 1 EStG nicht gemindert. Somit kommt für diesen Teil der Pensionszusage keine verdeckte Gewinnausschüttung in Betracht.

Beim Gesellschafter-Geschäftsführer (nur hier kann möglicherweise eine vGA angenommen werden) ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob die auf den angemessenen Teil (75%-Grenze) reduzierte Pensionszusage dem Fremdvergleich standhält²⁰.

b) Pensionszusagen mit garantierter Rentendynamik

Fest zugesagte Rentenerhöhungen (garantierte Rentendynamik) in Höhe von bis zu jährlich 3% haben keinen Einfluss auf eine Überversorgung. Nach Auffassung des BFH²¹ liegt hier keine Vorwegnahme zukünftiger, noch nicht feststehender Einkommensentwicklungen vor. Somit führt der Einbezug der bereits fest zugesagten Erhöhungen bei der Bewertung der Versorgungsverpflichtung auch zu keinem Verstoß gegen § 6a Abs. 3 Nr. 1 Satz 4 EStG.

c) Gehaltsdynamische Pensionszusagen

In diesen Fällen kann die Vorwegnahme zukünftiger, noch nicht vereinbarter Erhöhungen nicht unterstellt werden, da die Pensionsleistungen jährlich entsprechend den aktuellen feststehenden Bezügen angepasst werden. Ein Verstoß gegen § 6a EStG liegt folglich nicht vor. Wird in diesen Fällen die 75%-Grenze überschritten, so liegt ebenfalls eine Überversorgung vor. Die Zuführung zur Pensionsrückstellung wird sich hier erfolgswirksam in der Bilanz auswirken, da kein Verstoß gegen § 6a EStG vorliegt.

Erst in einem zweiten Schritt wird dann geprüft, ob die erteilte Pensionszusage einem Fremdvergleich standhält. Bei gehaltsabhängigen Pensionszusagen wird sich infolge der Nichtanwendung der Grundsätze zur bilanzsteuerlichen Behandlung einer Überversorgung die Thematisierung des

Fremdvergleichs auf den Gesellschafter-Geschäftsführer beschränken (Stichwort: verdeckte Gewinnausschüttung).

Die Zuführung zur Pensionsrückstellung für den die 75%-Grenze übersteigenden Teil stellt dann eine verdeckte Gewinnausschüttung dar. Die Korrektur erfolgt in diesem Fall außerhalb der Bilanz. Im Gegensatz zur Bilanzberichtigung können hierbei nur die im Prüfungszeitraum vorgenommenen Zuführungen dem Einkommen hinzugerechnet werden.

d) Pensionszusagen durch Entgeltumwandlung

Pensionszusagen aus Entgeltumwandlung fallen nur insofern unter den Anwendungsbereich des BMF-Schreibens vom 3.11.2004, als die Bemessungsgrundlage für die 75%-Grenze das Gehalt nach Umwandlung ist. Allerdings wird man auch hier beim Gesellschafter-Geschäftsführer prüfen müssen, ob diese Zusage der Höhe nach einem Fremdvergleich standhält, was möglicherweise zur Feststellung einer verdeckten Gewinnausschüttung führen kann.

e) Herabsetzung der Aktivbezüge

Die Prüfung, ob eine Überversorgung nach § 6a Abs. 3 Nr. 1 Satz 4 EStG vorliegt, ist stichtagsbezogen vorzunehmen²². Wie nachfolgendes Beispiel zeigt, treten in der Praxis immer wieder Probleme auf, wenn aufgrund der Absenkung von Aktivbezügen das angemessene Versorgungsniveau nach den Grundsätzen der Überversorgung nicht mehr gewahrt ist:

Arbeitgeberfinanzierte Pensionszusage

– Festrentenzusage	€ 48.000,00
– Aktivbezüge nach § 2 LStDV (aus Vereinfachungsgründen seit Beginn der Zusageerteilung im Alter 45)	€ 72.000,00
– Absenkung der Bezüge im Jahr 2005 im Alter 58 wegen wirtschaftlicher Krisensituation (es liegt keine insolvenzrechtliche Überschuldung vor!)	€ 48.000,00
– 75%-Grenze	€ 36.000,00
– abzüglich Ansprüche aus der gesetzl. Rentenversicherung	€ 0,00
– abzüglich Leistungen aus der Direkt- versicherung	€ 0,00
– verbleibende noch zulässige Festrente	€ 36.000,00
– abzüglich arbeitgeberfinanzierte Pensions- zusage	€ 48.000,00
– <i>Unzulässige Überversorgung</i>	€ 12.000,00

Gemäß BMF-Schreiben vom 3.11.2004²³ sind die Verhältnisse am Bilanzstichtag maßgebend, gleichgültig, aus welchem Grund eine Änderung der Bezugsgrößen erfolgt (Ausnahme: Änderung des Beschäftigungsgrades). Daher wäre unter Anwendung der Grundsätze zur Überversorgung gemäß § 6a Abs. 3 Nr. 1 Satz 4 EStG für die steuerliche Bewertung die Festbetragszusage auf € 36.000,00 zu reduzieren. Zivilrechtlich besteht allerdings weiterhin die Verpflichtung in Höhe von € 48.000,00, die in der Handelsbilanz zu bewerten wäre.

Eine Reduktion des zivilrechtlichen Anspruches würde – bei vorausgesetzter Werthaltigkeit des Pensionsanspruches und einer nicht vorliegenden insolvenzrechtlichen Überschuldung – zu einem gesellschaftsrechtlich veranlassten Verzicht mit den daraus resultierenden steuerlichen Folgen der verdeckten Einlage bei der GmbH und dem Lohnzufluss beim Gesellschafter-Geschäftsführer führen.

¹⁹ Vgl. u.a. BFH, Urteil vom 17.5.1995, a.a.O. (Fn. 17) und zuletzt BFH, Urteil vom 31.3.2004, a.a.O. (Fn. 17).

²⁰ Vgl. *Briese*, DStR 2005 S. 272 und *Neumann*, vGA und verdeckte Einlagen, 2. Auflage, 2006, S. 378.

²¹ Vgl. BFH, Urteil vom 31.3.2004, a.a.O. (Fn. 17).

²² Vgl. BMF-Schreiben vom 3.11.2004, a.a.O. (Fn. 13), Rdnr. 8.

²³ Vgl. BMF-Schreiben vom 3.11.2004, a.a.O. (Fn. 13), Rdnr. 8.

Diese doch sehr restriktive Auffassung der Finanzverwaltung kann nicht wirklich gewollt sein, zumal sie durchaus auch bereit ist, überhöhte Pensionszusagen steuerlich anzuerkennen: Dies ergibt sich aus dem BMF-Schreiben vom 3.11.2004²⁴: „... Soweit die Zusagen betrieblich veranlasst sind und arbeitsrechtlich keine Reduzierung der Pensionszusagen aufgrund planwidriger Überversorgung möglich ist.“ Wichtig scheint in diesem Zusammenhang auch, dass das BMF in diesem Schreiben darlegt, dass bei Überschreiten der 75%-Grenze davon ausgegangen bzw. angenommen werden kann, dass eine Vorwegnahme künftiger Einkommensentwicklungen vorliegt. Das bedeutet aber, dass das Überschreiten der 75%-Grenze lediglich ein Indiz für die Annahme einer Überversorgung sein kann. Es kommt mehr oder weniger immer auf den unter Würdigung der Gesamtumstände vorliegenden Einzelfall an²⁵.

Des Weiteren bleibt anzumerken, dass das BMF die Überversorgungsgrundsätze im Zusammenhang mit der Vorwegnahme zukünftiger, ungewisser Einkommensentwicklungen aufgestellt hat und von daher bei einer *kurzfristigen* Senkung der Geschäftsführerbezüge im Zusammenhang mit einer Krisensituation und gleichzeitigem Überschreiten der 75%-Grenze schon rein logisch gesehen keine Vorwegnahme künftiger ungewisser Einkommensentwicklungen unterstellt werden kann. In der Argumentationskette wäre dies erst dann wieder gegeben, wenn die Gehaltssenkung auf längere Zeit ausgerichtet ist. Dies wurde so auch von der Finanzverwaltung auf eine Anfrage der Bundessteuerberaterkammer hin bestätigt. Am 24.8.2005²⁶ erging ein BMF-Schreiben, das leider bis heute nicht amtlich veröffentlicht wurde. Hierin heißt es: „In vielen Fällen werden bei einer Kürzung des laufenden Gehalts auch die Versorgungsansprüche vermindert. Wird dagegen die Pensionszusage nicht angepasst, ändert sich das Verhältnis der Aktivbezüge zu den Ruhestandsleistungen. Dadurch kann zwar die 75%-Grenze überschritten werden, dies führt jedoch nicht zwingend zu einer Beschränkung der steuerlichen Berücksichtigung der betreffenden Pensionszusage, da die 75%-Grenze lediglich ein Anhaltspunkt ist. Eine Verminderung der Pensionsrückstellung erfolgt nur dann, wenn der Gehaltsverzicht nach den Umständen des Einzelfalles im Zusammenhang mit einer unzulässigen Vorwegnahme künftiger Einkommensentwicklungen zu sehen ist. Ein solcher Verstoß gegen das Stichtagsprinzip kann z.B. bei einer dauerhaften Gehaltskürzung ohne Anpassung der Pensionszusage vorliegen.“²⁷

Um für die Praxis Klarheit zu schaffen, müsste von Seiten der Finanzverwaltung im Nachgang zu dem oben genannten Schreiben vom 24.8.2005²⁸ festgelegt werden, wie lange der Zeitraum einer Gehaltsreduktion andauern kann, ohne dass bei Überschreiten der 75%-Grenze eine Verminderung der Pensionsrückstellung erfolgen muss. In Anlehnung an die Zeiten für die Erfüllung der Probezeit bei Neugründung einer GmbH könnte ein Zeitraum von bis zu fünf Jahren als angemessen angesehen werden.

II. Schriftformerfordernis / Klarheitsgebot

Um in der Steuerbilanz Pensionsrückstellungen bilden zu können, ist es erforderlich, die Zusage schriftlich zu erteilen (§ 6a Abs. 1 Nr. 3 EStG). In der Begründung zu § 6a EStG ist dargelegt, dass die Schriftform vorrangig der Beweissicherung des Leistungsumfanges dient. Dadurch soll vermieden werden, dass über den Inhalt der Pensionszusage, insbesondere über die zur Bemessung der Rückstellungen relevanten

Faktoren – Zeitpunkt der Zusageerteilung, Art und Höhe der Leistungen usw. – Streitigkeiten entstehen. Die Nachprüfbarkeit der Pensionsrückstellungen soll dadurch erleichtert werden²⁹.

Dem Schriftformerfordernis nach § 6a Absatz 1 Nr. 3 EStG wird Genüge geleistet, wenn die Pensionszusage in Schriftform vorliegt und des Weiteren klare und eindeutige Vereinbarungen über Art, Form, Voraussetzungen und Höhe der in Aussicht gestellten Versorgungsleistungen enthält. Sind die genannten Voraussetzungen *nicht* erfüllt, so scheidet die Bildung einer Pensionsrückstellung zumindest in der Steuerbilanz aus³⁰.

Vorgenanntes gilt schon für Zusagen an „normale Arbeitnehmer“. Bei Gesellschafter-Geschäftsführern gilt dies umso mehr. Denn laut Urteil des BFH vom 11.10.1955³¹ gehen Unklarheiten in Rechtsbeziehungen zwischen Gesellschaft und Gesellschafter stets zulasten des Steuerpflichtigen.

Nicht beherrschende Gesellschafter-Geschäftsführer fallen unter den Geltungsbereich des § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG. Daher gelten für sie die Regelungen des Betriebsrentengesetzes³². Für die Rechtsbeziehung zwischen nicht beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführern und Gesellschaft besteht hinsichtlich der Zusage von Pensionen daher schon eine Rechtsgrundlage, speziell hinsichtlich der Anpassung der Leistungen, der Höhe der Ansprüche bei vorzeitigem Ausscheiden und der Höhe der Ansprüche bei vorzeitiger Inanspruchnahme der Altersrente. Aus vorgenannten Gründen kommt der Ausformulierung der Pensionszusage für diesen Personenkreis nicht ganz die Wichtigkeit zu wie bei einem beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführer, wobei aber auch hier, speziell hinsichtlich Art, Höhe und Voraussetzungen der Leistungen, eine exakte Definition formuliert werden sollte, da eine nicht eindeutig und klar formulierte Versorgungszusage dazu führen kann, dass ihr die steuerliche Anerkennung versagt wird³³.

Weiterhin ist zu beachten, dass mehrere Minderheitsgesellschafter bei gleichgerichteter Interessenlage durch Stimmrechtsbündelung in der Lage sind, Entscheidungen im Unternehmen in ihrem Sinn zu beeinflussen und somit als Unternehmer nicht in den Geltungsbereich des Betriebsrentengesetzes fallen³⁴. In diesen Fällen kommt der Ausformulierung des Pensionsvertrags die gleiche Wichtigkeit wie bei beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführern zu.

Bei beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführern sollten wegen der fehlenden Geltung des Betriebsrentengesetzes (vgl. § 17 BetrAVG) in einer Pensionszusage folgende Punkte geregelt sein: vorzeitiges Ausscheiden, flexible Altersgrenze, Anpassung laufender Leistungen, Kapitalabfindung, klare und eindeutige Regelungen bezüglich des Umfangs und der Höhe der Versorgungsleistungen.

24 Vgl. BMF-Schreiben vom 3.11.2004, a.a.O. (Fn. 13), Rdnr. 1.

25 Vgl. Langohr-Plato, Entscheidungsdokumentation zur Gesellschafter-Geschäftsführer-Versorgung, 3. Auflage, 2006, S. 44.

26 Vgl. BMF-Schreiben vom 24.8.2005 – IV B 2 – S 2176 – 65/05 –, GmbHR 2006 S. 560.

27 Vgl. BMF-Schreiben vom 24.8.2005, a.a.O. (Fn. 26).

28 Vgl. BMF-Schreiben vom 24.8.2005, a.a.O. (Fn. 26).

29 Vgl. Ahrend/Förster/Rößler, Steuerrecht der betrieblichen Altersversorgung mit arbeitsrechtlicher Grundlegung, 1995, Band I, 2. Teil, Rdnr. 433.

30 Vgl. BMF-Schreiben vom 28.8.2001 – IV A 6 – S-2176-27/01 –, BStBl. I 2001 S. 594 = BetrAV 2001 S. 639.

31 Vgl. BFH, Urteil vom 11.10.1955 – I 47/55 U –, BStBl. III 1955 S. 397.

32 Vgl. BGH vom 28.4.1980 – II ZR 254/78 –, DB 1980 S. 1434 = BetrAV 1980 S. 211.

33 Vgl. BFH vom 16.12.1992 – I R 2/92 –, BStBl. II 1993 S. 455 = DB 1993 S. 913 = BetrAV 1993 S. 226.

34 Vgl. BGH vom 28.4.1980, a.a.O. (Fn. 32).

Beispiele für Formulierungsfehler

1. Übergang Invaliden- auf Altersrente

Eine Pensionszusage enthält folgende Regelungen.

1. *Die Altersrente erhalten Sie, wenn Sie nach Vollendung des 65. Lebensjahres aus den Diensten der Gesellschaft ausscheiden.*
2. *Bei vorzeitigem Ausscheiden wegen Berufsunfähigkeit erhalten Sie bis zum 65. Lebensjahr eine Berufsunfähigkeitsrente.*

In vorliegendem Beispiel würde im Invaliditätsfall die Rente bis 65 bezahlt – die Altersrente jedoch würde nicht angeschoben, da die Voraussetzung „Ausscheiden nach Vollendung des 65. Lebensjahres“ nicht erfüllt ist.

2. Anpassung

Eine Pensionszusage enthält folgende Regelungen.

1. *Die Altersrente in Höhe von mtl. € 5.000 erhalten Sie, wenn Sie nach Vollendung des 65. Lebensjahres aus den Diensten der Gesellschaft ausscheiden.*
2. *Bei vorzeitigem Ausscheiden wegen Berufsunfähigkeit erhalten Sie bis zum 65. Lebensjahr eine Berufsunfähigkeitsrente in Höhe von mtl. € 5.000. Im Falle einer bestehenden Berufsunfähigkeit tritt mit Erreichen der vorgesehenen Altersgrenze anstelle der Berufsunfähigkeitsrente die vorgesehene Altersrente.*
3. *Die Gesellschaft verpflichtet sich, alle laufenden Renten jährlich um zwei vom Hundert der Vorjahresrente anzupassen.*

Bei dieser Zusage ist die Anpassung nicht sauber geregelt. Würde hier z.B. der Invaliditätsfall mit 34 Jahren eintreten, so würde die laufende Invalidenrente mit 2% p. a. angepasst. Was würde mit 65 passieren?

Nach 30 Anpassungen zu 2% beliefe sich die Invalidenrente auf € 9.056,81. Ab 65 würde die vorgesehene Altersrente in Höhe von € 5.000 geleistet werden, was fast einer Halbierung der Rente gleichkäme.

Daher ist folgender Passus empfehlenswert: *„Im Falle der Berufsunfähigkeit erhöhen sich die unquotierten Anwartschaften auf Altersrente und Hinterbliebenenrente um den Prozentsatz, um den die Berufsunfähigkeitsrente seit Eintritt der Berufsunfähigkeit angepasst wurde.“*

Weiterhin stellt sich bei einem solchen Passus die Frage, ob die Rückdeckungsversicherung dazu passt. Beinhaltet die Rückdeckungsversicherung keine beitragsfreie Dynamik der Hauptversicherung im BU-Fall, so hat das Unternehmen das Risiko selbst zu tragen.

In der Praxis finden sich jedoch über die vorgenannten beispielhaften Formulierungsfehler hinaus oft auch Pensionszusagen, die jeglichen Klarheitsgebotes entbehren.

Nachfolgend zwei Beispiele:

1. *Zwischen der Firma Menelaos GmbH und ihrem Geschäftsführer Herrn Dr. Paris wird in Ergänzung der bestehenden Pensionszusage vereinbart, dass diese um € 1.000 erhöht wird.*

Da die bestehende Pensionszusage alle biometrischen Risiken abdeckte, stellt sich hier die Frage, ob alle Renten erhöht werden und ob diese jährlich oder monatlich um € 1.000 angepasst werden sollen.

2. *Die Firma Kriemhild GmbH gewährt hiermit ihrem Geschäftsführer Herrn Hagen von Tronje eine Versorgungszusage auf*

eine jährliche Rente über DM 50.000. Die einzelnen Daten hierzu ergeben sich aus der als Anlage beigefügten Kopie der Berechnung vom 1.1.1995, Vorschlagsnummer ALGGF08/15.

Diese Zusage entbehrt eigentlich jeden Kommentars, da man hier davon ausging, dass im Angebot des Rückdeckungsversicherers (Angebotsnummer ALGGF08/15) ja schließlich alle relevanten Daten genannt sind.

Von diesen beiden sicherlich extremen Praxisfällen abgesehen, finden sich aber tatsächlich sehr selten sauber formulierte Zusagen. Auch von Musterzusagen ist m.E. abzuraten. Selbst wenn diese in vielen Fällen – leider nicht in allen – hinsichtlich des Klarheitsgebotes unproblematisch sind, so ist doch jeder Fall individuell, und dementsprechend sollte auch jede Pensionszusage an einen Gesellschafter-Geschäftsführer entsprechend individuell formuliert sein.