

Kerstin Schiller / Dr. Claudia Veh,  
beide München

# Entgeltumwandlung und Probezeit: Anwendbarkeit der Grundsätze aus dem BFH-Urteil vom 7.3.2018 (I R 89/15<sup>1</sup>)?

## I. Einleitung

Gesellschafter-Geschäftsführer (GGF) haben häufig keine bzw. gemessen an ihrem Einkommen nicht ausreichende Anwartschaften aus der gesetzlichen Rentenversicherung. Sie müssen sich daher in besonderem Maße um ihre Altersversorgung selbst kümmern. Neben der privaten Altersvorsorge wird hier spezielles Augenmerk auf die betriebliche Altersversorgung (bAV) gelegt. Denn der Aufbau einer bAV ist sowohl für das Unternehmen als auch für den GGF steuerlich vorteilhaft. So mindern die betrieblich veranlassten Aufwendungen des Unternehmens den zu versteuernden Gewinn und beim GGF ergibt sich steuerlicher Zufluss regelmäßig erst in der Leistungsphase. Da die bAV des GGF im Allgemeinen eine stattliche Höhe hat und der steuerliche Förderrahmen des § 3 Nr. 63 EStG hierfür regelmäßig nicht ausreicht, fällt die Wahl üblicherweise auf die (rückgedeckte) Unterstützungskasse oder die Pensionszusage.

Die Finanzverwaltung hat allerdings seit jeher ein besonderes Augenmerk auf die Ausgaben des Unternehmens zugunsten der bAV des GGF. Denn der GGF kann aufgrund seiner Funktion als Unternehmer und Mitglied der Gesellschafterversammlung über die Höhe und Ausgestaltung seiner bAV mitbestimmen.

Geprüft wird mitunter akribisch, ob die Aufwendungen betrieblich veranlasst sind – dann stellen sie steuerlich anerkannte Betriebsausgaben dar – oder ob sie im Gesellschaftsverhältnis veranlasst sind – dann werden die Aufwendungen als sog. verdeckte Gewinnausschüttung (vGA) qualifiziert und dem Gewinn außerhalb der Bilanz wieder zugerechnet.

Generell steht der Verdacht im Raum, dass Ziel der Aufwendungen des Unternehmens für die bAV des GGF ist, dem GGF persönliche Vorteile zu verschaffen und gleichzeitig den zu versteuernden Gewinn möglichst weit zu mindern, jedenfalls soweit wie es die Gesellschafter bei einem nicht am Unternehmen beteiligten GF nicht tun würden.

Die Frage, was nun im Sinne der Finanzverwaltung als betrieblich und was als im Gesellschaftsverhältnis veranlasst gilt, ist nicht immer von vornherein klar. Die Rechtsprechung und Finanzverwaltung haben im Zeitablauf bestimmte Kriterien entwickelt, anhand derer man die betriebliche Veranlassung

1 BetrAV 5/2018 S. 419 = BStBl. II 2019 S. 70.

von der Veranlassung im Gesellschaftsverhältnis abgrenzen kann (vgl. R 8.7 Satz 6 KStR). Zwei dieser Kriterien sind die Erdienbarkeit und die Probezeit.

## II. Die Kriterien Probezeit und Erdienbarkeit

### 1. Probezeit

Nach der Rechtsprechung des BFH<sup>2</sup> würde ein gewissenhafter Geschäftsleiter einem nicht am Gesellschaftskapital beteiligten Geschäftsführer ohne Erprobung oder anderen Nachweis einer ausreichenden Eignung, Befähigung und Fachkenntnis für seine Tätigkeit keine Pensionszusage erteilen. Grundsätzlich ist zwischen der unternehmensbezogenen Probezeit und der personenbezogenen Probezeit zu unterscheiden. Nach aktueller Rechtsprechung und Auffassung der Finanzverwaltung wird kein Unterschied mehr zwischen beherrschenden und nicht-beherrschenden GGFs vorgenommen<sup>3</sup>.

### a) Personenbezogene Probezeit

Hinsichtlich der Dauer der personenbezogenen Probezeit erachtet das Bundesministerium der Finanzen eine Zeit von zwei bis drei Jahren als ausreichend.

### b) Unternehmensbezogene Probezeit

Als Prüfungskriterium für die unternehmensbezogene Probezeit wird die Gewinnerwartung des zusagenden Unternehmens herangezogen. Als nicht betrieblich veranlasst sieht der BFH<sup>4</sup> eine Pensionszusage an einen GGF an, wenn hinsichtlich der Ertragslage des zusagenden Unternehmens die Erfüllung der zugesagten Leistungen nicht möglich ist.

Nach welchem Zeitraum bei *Neugründungen* hinsichtlich der Ertragslage des Unternehmens die Erfüllbarkeit der Verpflichtung gewährleistet ist, wird jedoch offengelassen. Nach Ansicht des BMF sagt ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter (§ 93 Abs. 1 Satz 1 AktG, § 43 Abs. 1 GmbHG) einer neu gegründeten Kapitalgesellschaft einem gesellschaftsfremden Geschäftsführer erst dann eine Pension zu, wenn er die künftige wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Kapitalgesellschaft zuverlässig abschätzen kann. Dieser Zeitraum soll *wenigstens* fünf Jahre betragen.

### c) Verzichtbarkeit von Probezeit

Demgegenüber können die Probezeiten auch völlig verzichtbar sein, wenn die Ertragslage des Unternehmens verlässlich abschätzbar ist und auch die Kenntnisse über die Befähigung des GF vorliegen. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn bei einem langjährig tätigen Unternehmen lediglich das Rechtskleid geändert wird und der bisherige GF das Unternehmen weiterführt. Beim sogenannten Management-Buy-Out, also einem Aufkauf eines Unternehmens durch bisherige leitende Angestellte und Fortführung durch diese kann eine Probezeit von rund einem Jahr ausreichen<sup>5</sup>.

### d) Konsequenz bei Nichteinhaltung

Wird eine Zusage vor Erfüllung der Probezeit erteilt, führt dies zu einer vGA. Wichtig ist hierbei die Unterscheidung

2 Vgl. BFH, Urteile vom 15.10.1997 – I R 42/97 –, BStBl. II 1999 S. 316 = BetrAV 1998 S. 88, vom 29.10.1997 – I R 52/97 –, BStBl. 1999 II S. 318 = BetrAV 1998 S. 92, vom 24.4.2002 – I R 18/01 –, BStBl. II 2002 S. 670 = BetrAV 2003 S. 160, vom 23.2.2005 – I R 70/04 –, BStBl. II 2005 S. 882 = BetrAV 2005 S. 592 und vom 28.4.2010 – I R 78/08 –, BStBl. II 2013 S. 41 = DB 2010 S. 1617 = BetrAV 2010 S. 583.

3 Vgl. BMF-Schreiben vom 14.12.2012 – IV C 2 – S 2742/10/10001, IV C 2 – S 2742/10/10001 –, BStBl. I 2013 S. 58 = BetrAV 2013 S. 30.

4 Vgl. BFH, Urteil vom 30.9.1999 – I R 75/91 –, BFH/NV 1993 S. 330 = E-BetrAV 70.7 Nr. 26a.

5 Vgl. BMF-Schreiben vom 14.12.2012, a.a.O. (Fn. 3).

von Zusagen, die bis zum 29.7.2010 erteilt wurden, und Zusagen, die danach erteilt wurden. Hintergrund ist das BFH-Urteil vom 28.4.2010<sup>6</sup>. Bis zu diesem Urteil wurden bei Nichteinhaltung der Probezeit die Zuführungen zur Pensionsrückstellung bis zum Ablauf der Probezeit als vGA i.S.d. § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG behandelt. Nach Ablauf der Probezeit wurden die weiteren Zuführungen Gewinn mindernd berücksichtigt<sup>7</sup>. Die Pensionszusage ist somit nach Ablauf der Probezeit in eine betrieblich veranlasste Zusage hineingewachsen.

Dieser Verwaltungsauffassung stellte sich der BFH mit o.g. Urteil vom 28.4.2010 entgegen. Der BFH vertritt darin die Auffassung, dass Zuführungen zu Pensionsrückstellungen für eine unter Missachtung der Probezeit erteilte Pensionszusage insgesamt als vGA zu behandeln sind. Die Pensionszusage selbst wächst hiernach auch nach Ablauf der Probezeit nicht in eine steuerliche Anerkennung hinein. Im Ergebnis bedeutet dies, dass hier dauerhaft eine vGA anzunehmen ist. Darüber hinaus ergaben sich durch das Urteil auch gravierende Auswirkungen auf alle Zusagen, die lange vor diesem Urteil innerhalb der Probezeit erteilt wurden und schon in eine steuerliche Anerkennung hineingewachsen waren. Auch bei diesen Zusagen wären die Zuführungen zur Pensionsrückstellung für noch nicht bestandskräftige Veranlagungszeiträume als vGA zu werten. Das BMF reagierte jedoch mit Schreiben vom 14.12.2012<sup>8</sup> und nahm darin eine wichtige Unterscheidung hinsichtlich des Zeitpunkts der Zusageerteilung vor. Für Probezeitverstöße bei „Altzusagen“ (= Erteilung einer Pensionszusage *bis zur* Veröffentlichung des BFH-Urteils vom 28.4.2010 am 29.7.2010 auf den Internetseiten des BFH) besteht ein Vertrauensschutz. Diese wachsen nach Ablauf der Probezeit in eine steuerliche Anerkennung hinein. Zusagen, die *nach* Veröffentlichung des BFH-Urteils vom 28.4.2010 (am 29.7.2010) unter Verstoß gegen eine angemessene Probezeit erteilt wurden, wachsen auch nach Ablauf der Probezeit nicht in eine steuerliche Anerkennung hinein. Dies führt zu dem Ergebnis, dass diesen Zusagen die steuerliche Anerkennung vollumfänglich versagt bleibt. Hiervon unberührt bleibt laut o.g. BMF-Schreiben<sup>9</sup> die Möglichkeit, die in der Probezeit erteilte Zusage aufzuheben und eine neue zu erteilen. Hier ist darauf zu achten, dass der Erdienungszeitraum bei einer „Neuerteilung“ wieder vollumfänglich erfüllt werden muss und eine Pensionszusage nach Vollendung des 60. Lebensjahres nicht mehr neu erteilt werden darf.

#### e) Ersetzende Zusage

Eine Besonderheit, welche in der Praxis immer wieder diskutiert wird, ist die ersetzende Zusage.

Unter dem Begriff der ersetzenden Zusage versteht man die Idee, die entfallenden Sozialversicherungsbeiträge der Firma und des nichtsozialversicherungspflichtigen GGF in die gesetzliche Rentenversicherung durch eine bAV zu ersetzen. Ein Mehraufwand im Vergleich zu einem sozialversicherungspflichtigen GGF entsteht somit nicht. Bei einem Einkommen, das mindestens der Höhe der Beitragsbemessungsgrundlage (BBG) von aktuell 6.900 EUR monatlich entspricht, liegt der Arbeitgeberbeitrag zur gesetzlichen Rentenversicherung derzeit bei 641,70 EUR monatlich bzw. 7.700,40 EUR jährlich. Da die Beiträge hälftig zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber aufgeteilt werden (§ 168 Abs. 1 Nr. 1 SGB VI), werden vom Arbeitnehmer Beiträge in derselben Höhe geleistet. Wenn nun anstelle des Fremd-Geschäftsführers ein Gesellschafter der Firma die Geschäftsführung übernimmt

(also ein GGF), der sozialversicherungsfrei ist<sup>10</sup>, spart sich das Unternehmen den Beitrag zur gesetzlichen Rentenversicherung in Höhe von 641,70 EUR monatlich.

Aus dem Fremdvergleich ergibt sich, dass die Firma durch eine beitragsorientierte Leistungszusage für den nichtsozialversicherungspflichtigen GGF die Beiträge aufwenden können müsste, zu welchen sie bei einem sozialversicherungspflichtigen GGF in die gesetzliche Rentenversicherung verpflichtet ist. Somit sind Höhe und Zweck der Aufwendungen identisch und die bAV-Zusage ersetzt lediglich die Anwartschaft aus der gesetzlichen Rentenversicherung. Das Abwarten einer gewissen Probezeit ist u.E. deshalb nicht nachvollziehbar.

Zusätzlich spielt hier auch die Entgeltumwandlung des GGF eine Rolle. Bei einer Sozialversicherungspflicht des GGF und einem Einkommen von mindestens 6.900 EUR wären ebenso monatlich 647,70 EUR als Beitrag zur gesetzlichen Rentenversicherung zu leisten. Auch hier wäre nach oben geschilderter Argumentation ein Verzicht auf die Probezeit schlüssig. Leider teilt die Finanzverwaltung diese Meinung derzeit zumindest vom Grundsatz her nicht. Der BFH fordert mit Urteil vom 17.3.2010<sup>11</sup>, dass die Probezeit auch bei sog. ersetzenden Pensionszusagen zu beachten ist. Dieses Urteil wurde bislang noch nicht im Bundessteuerblatt veröffentlicht<sup>12</sup> und ist insoweit für die Finanzverwaltung auch nicht bindend. Für die Praxis ist anzuraten, im Bedarfsfall eine verbindliche Auskunft beim zuständigen Finanzamt einzuholen<sup>13</sup>.

## 2. Erdienbarkeit

Unter dem Begriff Erdienbarkeit versteht man die erforderliche Mindestdienstzeit zwischen Erteilung der Versorgungszusage und dem Zeitpunkt, ab welchem der Versorgungsberechtigte die Altersversorgung beziehen kann. Neben diesem Zeitraum spielt auch das Höchstzusagealter des GGF eine entscheidende Rolle. Die Erdienbarkeitsvoraussetzungen müssen zur Anerkennung der betrieblichen Veranlassung eingehalten werden. Ist dies nicht der Fall, führt dies zu einer gesellschaftlichen Veranlassung und somit zu einer vGA dem Grunde nach.

Eine Versorgungszusage an einen GGF ist nach Auffassung der Finanzverwaltung dann steuerlich nicht anzuerkennen, wenn diese erst in einem Alter erteilt wird, in dem sie einem gesellschaftsfremden Geschäftsführer wegen der kurzen Dienstzeit bis zur Pensionierung nicht mehr eingeräumt oder ernsthaft angeboten werden würde<sup>14</sup>. Der BFH hat in seinem Urteil vom 21.12.1994<sup>15</sup> die Ansicht vertreten, dass die Erdienbarkeit grundsätzlich dann zu verneinen ist, wenn der GGF bei Zusageerteilung das 60. Lebensjahr bereits vollendet hat. Eine Unterscheidung des erforderlichen Erdienungszeitraums wird zwischen beherrschenden und nicht-beherrschenden GGF vorgenommen<sup>16</sup>.

6 Vgl. BFH, Urteil vom 28.4.2010, I R 78/08, a.a.O. (Fn. 2).

7 Vgl. BMF-Schreiben vom 14.5.1999 – IV C 2 – S 2742/10/10001 –, BStBl. I 1999 S. 512 = H-BetrAV, Teil II, A. I. 40 Nr. 24.

8 Vgl. BMF-Schreiben vom 14.12.2012, a.a.O. (Fn. 3).

9 Vgl. BMF-Schreiben vom 14.12.2012, a.a.O. (Fn. 3).

10 Ein GGF ist regelmäßig dann als beherrschender GGF im Sinne des Sozialversicherungsrechts einzustufen, wenn er die Rechtsmacht besitzt, die Geschicke der Gesellschaft zu bestimmen, was grundsätzlich vorliegt, wenn er mehr als 50% (Mehrheitsgesellschafter) der Anteile am Stammkapital verbunden mit den Stimmrechten hält. Zum sozialversicherungsrechtlichen Status vergleiche *Rosenbauer/Veh.*, Der Status des GGF im Arbeits-, Steuer- und Sozialversicherungsrecht, LGP Löhne und Gehälter professionell, 12/2019, S. 212 ff.

11 Vgl. BFH, Urteil vom 17.3.2010 – I R 19/09 –, BFH/NV 2010 S. 1310.

12 Stand: Juli 2020.

13 Gl. A. *Dommermuth/Killat/Linden*, Altersversorgung für Unternehmer und Geschäftsführer, RdNr. 737.

14 Vgl. BMF-Schreiben vom 1.8.1996 – IV B 7 – S 2742 – 88/96 –, BStBl. I 1996 S. 1138.

15 Vgl. BFH, Urteil vom 21.12.1994 – I R 98/93 –, BStBl. II 1995 S. 419 = BetrAV 1995 S. 196 = E-BetrAV 70.7 Nr. 36.

16 Vgl. BMF-Schreiben vom 7.3.1997 – IV B 7 – S 2742 – 20/97 –, BStBl. 1997 I S. 637 = BetrAV 1997 S. 102.

## a) Beherrschender GGF

Bei beherrschenden GGF wird – neben dem höchstmöglichen Alter von 59 Jahren bei Erteilung der Pensionszusage – für die Erdienbarkeit ein Zeitraum ab Erteilung der Pensionszusage von mindestens zehn Jahren vorausgesetzt. Die aktive Tätigkeit vor der Zusageerteilung bleibt – wegen des Nachzahlungsverbot – hierbei unberücksichtigt. Der BFH leitete die *Zehn-Jahresfrist* als Voraussetzung für die Erdienbarkeit aus den Unverfallbarkeitsfristen des BetrAVG i.d.F. vor dem AVmG<sup>17</sup> ab. Die Verkürzung der Unverfallbarkeitsfristen aufgrund der Neufassung des Betriebsrentengesetzes hatte allerdings keine Auswirkungen auf die Mindestfristen für die Erdienbarkeit einer Pensionszusage. Letztmalig mit Schreiben vom 9.12.2002<sup>18</sup> bestätigte die Finanzverwaltung, dass weiterhin am Erdienungszeitraum von zehn Jahren festgehalten wird. Der BFH hatte zunächst erkennen lassen, dass das Unterschreiten des zehnjährigen Erdienungszeitraumes nur als Indiz für die Veranlassung der Pensionszusage durch das Gesellschaftsverhältnis gewertet werden kann und keine starre Grenze darstellt. So hat der BFH in seinem Urteil vom 24.4.2002<sup>19</sup> entschieden, dass wegen der mangelnden Möglichkeit zur privaten Vorsorge in den neuen Bundesländern der Erdienungszeitraum durchaus auch unter zehn Jahren liegen kann. Abweichungen von den genauen Fristen sind bislang allerdings nur in sehr engen Ausnahmefällen zulässig gewesen. Im Urteil vom 27.11.2013<sup>20</sup> war eine Frist von acht Jahren und sieben Monaten als zu kurz angesehen worden; im Urteil vom 6.9.2016<sup>21</sup> hatte das FG Berlin-Brandenburg bei Erteilung einer Pensionszusage an einen 51-jährigen GGF mit Pensionsalter 60 mangels Einhaltung der Zehn-Jahres-Frist einen Verstoß gegen die Erdienbarkeitsfristen gesehen.

## b) Nicht-beherrschender GGF

Der Erdienungszeitraum bei nicht beherrschenden GGF gilt als erfüllt, wenn zwischen Zeitpunkt der Zusageerteilung und dem vertraglich festgelegten Rentenbeginnalter ein Zeitraum von zehn Jahren gegeben ist, oder dieser Zeitraum mindestens drei Jahre beträgt und der Versorgungsberechtigte bis zum Pensionsalter mindestens 12 Jahre im Unternehmen tätig ist<sup>22</sup>.

Darüber hinaus gilt u.E. auch bei nicht beherrschenden GGF als höchstmögliches Alter bei Zusageerteilung das vollendete 59. Lebensjahr.

## c) Erhöhung der Versorgungszusage

Der BFH hat mit seinem Urteil am 23.9.2008<sup>23</sup> entschieden, dass das Kriterium der Erdienbarkeit nicht nur bei der erstmaligen Zusageerteilung zu prüfen ist, sondern auch bei Zusageverbesserungen. Wenn sich bei einer gehaltsabhängigen Zusage eine Zusageerhöhung mittelbar aus einer Gehaltserhöhung mit dem Umfang einer Neuzusage ergibt, muss diese mittelbare Zusageerhöhung wieder erneut erdient werden<sup>24</sup>.

## d) Wechsel des Durchführungsweges

In der Vergangenheit war lange nicht eindeutig geklärt, ob mit dem Wechsel des Durchführungsweges, beispielsweise bei

der Auslagerung einer Pensionszusage auf einen Pensionsfonds und eine Unterstützungskasse, eine erneute Prüfung der Erdienbarkeit ausgelöst wird. Die Fachwelt ging davon aus, dass bei einem Durchführungswegwechsel keine neue Zusage erteilt wird und somit keine neue Erdienbarkeitsfrist einzuhalten ist.

Der BFH hatte in seinem Urteil am 20.7.2016<sup>25</sup> dieser Auffassung widersprochen. In diesem Fall hatten die Parteien die Pensionszusage des beherrschenden GGF auf die Höhe des Past-Service unter Beibehaltung des unmittelbaren Durchführungswegs beschränkt. Der Future-Service wurde auf eine rückgedeckte Unterstützungskasse übertragen. Ebenfalls wurden die Zusage in eine Kapitalzusage umgeändert und die Unterstützungskassenleistungen deutlich erhöht. Aufgrund der Erhöhung der Unterstützungskassenleistungen war nicht verwunderlich, dass es im Rahmen der Betriebsprüfung für diesen Teil des Future-Service zur Auslösung eines neuen Erdienbarkeitszeitraums kam. Jedoch vertrat der BFH die Auffassung, dass die Änderungen der Versorgungszusage als Neuzusage zu behandeln sind, wobei er in seinen Erläuterungen sehr fokussiert bzw. ausschließlich auf den Wechsel des Durchführungsweges abstellt.

Die Entscheidung löste in der Fachliteratur heftige Kritik aus<sup>26</sup>. Dies hat den I. Senat des BFH dazu bewogen, seine Sicht zu überdenken. Es folgte das Ergebnis des „internen Revisionsverfahrens“ in der BFH-Entscheidung vom 7.3.2018<sup>27</sup>.

Der BFH hat hier klargestellt, dass *keine* erneute Prüfung der Erdienbarkeit bei einer wertgleichen Umstellung einer Direktzusage in eine Unterstützungskassenzusage erforderlich ist.

## e) Entgeltumwandlung

Die Erdienbarkeitsfristen als Voraussetzung für die steuerliche Anerkennung von Pensionszusagen an GGF wurden durch die Rechtsprechung des BFH mit dem Urteil vom 7.3.2018 zudem für die Fälle entbehrlich gemacht, in denen die bAV im Wege der Entgeltumwandlung erfolgt. Auf diese Regelungen wird in Abschnitt IV. eingegangen.

## III. Entgeltumwandlung beim GGF

### 1. Fremdvergleich

Der Fremdvergleich ergibt, dass Entgeltumwandlung generell bei GGF vorkommt und möglich ist. Denn jeder nicht am Unternehmen beteiligte GF hat einen Rechtsanspruch auf Entgeltumwandlung in Höhe von 4% der BBG nach § 1a BetrAVG. Nun erfüllt der GGF häufig nicht den persönlichen Geltungsbereich des BetrAVG (§ 17 Abs. 1 S. 2 BetrAVG) und ist in der Regel nicht in der gesetzlichen Rentenversicherung pflichtversichert (§ 17 Abs. 1 S. 3 BetrAVG); er kann sich somit nicht auf einen gesetzlich eingeräumten Anspruch beziehen. Doch der konkrete Beweis, dass nicht am Unternehmen beteiligte GF Entgelt in eine Anwartschaft auf bAV umwandeln und in der Regel höhere Beiträge als sie der gesetzliche Rechtsanspruch einräumt, kann mit einem Blick in die Praxis leicht geführt werden. So werden insbesondere Tantiemezahlungen gerne im Wege einer versicherungsrückgedeckten beitragsorientierten Pensionszusage in eine Anwartschaft auf bAV umgewandelt.

17 Vgl. Altersvermögensgesetz – AVmG vom 26.6.2001, BGBl I S. 1310.

18 Vgl. BMF-Schreiben vom 9.12.2002 – IV A 2 – S 2742 – 68/02 –, BStBl. I 2002 S. 1393 = BetrAV 2003 S. 60 = H-BetrAV, Teil II, A. I. 40 Nr. 35.

19 Vgl. BFH, Urteil vom 24.4.2002 – I R 43/01 –, BStBl. II 2003 S. 416 = BetrAV 2003 S. 90 = E-BetrAV 70.7 Nr. 96 = BB 2002 S. 2319.

20 Vgl. BFH-Urteil vom 27.11.2013 – I R 17/13 –, BetrAV 2014 S. 401.

21 Vgl. FG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 6.9.2016, 6 K 6168/12.

22 Vgl. BFH, Urteil vom 24.1.1996 – I R 41/95 –, BStBl. II 1997 S. 440 = BetrAV 1996 S. 284 = E-BetrAV 70.7 Nr. 47 und BFH, Urteil vom 29.10.1997, a.a.O. (Fn. 2).

23 Vgl. BFH, Urteil vom 23.9.2008 – I R 62/07 –, BStBl. II 2013 S. 39 = BetrAV 2009 S. 172.

24 Vgl. BFH, Urteil vom 20.5.2015 – I R 17/14 –, BetrAV 2015 S. 614.

25 Vgl. BFH, Urteil vom 20.7.2016 – I R 33/15 –, BStBl. II 2017 S. 66 = BetrAV 2016 S. 728.

26 Vgl. *Prost/Veh*, Erfordernis der Erdienbarkeit bei Auslagerung einer Pensionszusage auf Unterstützungskasse, BetrAV 2016 S. 658 ff.

27 Vgl. BFH, Urteil vom 7.3.2018, a.a.O. (Fn. 1).

## 2. In der Regel unscharfe Abgrenzung zwischen Entgeltumwandlung und arbeitgeberfinanzierter bAV bei GGF

Da der GGF auf Basis eines Geschäftsführervertrags für das Unternehmen tätig ist, gleichzeitig aber das Unternehmen auch als Gesellschafter repräsentiert, also in Personalunion beide Vertragsparteien verkörpert, liegt nahe, dass er bei seinen Entscheidungen in seiner Funktion als Gesellschafter auch seine persönlichen Interessen als Geschäftsführer des Unternehmens mit einfließen lässt. Besonders deutlich wird dies am Beispiel eines zu 100% am Unternehmen beteiligten GGF. Wenn in der Gesellschafterversammlung die bAV des GGF beschlossen wird<sup>28</sup>, entscheidet er alleine über seine bAV. Gegenstimmen gibt es nicht. Da der GGF damit nicht nur Einfluss darauf hat, ob und in welcher Höhe eine bAV für ihn eingerichtet wird, kann er ebenso beeinflussen bzw. bestimmen, wie die bAV finanziert wird: durch das Unternehmen oder durch ihn als GF in Form von Entgeltumwandlung.

Konkret: der GGF kann festlegen bzw. – bei mehreren Gesellschaftern – (maßgeblich) beeinflussen, ob sein Festgehalt z.B. 7.000 EUR monatlich beträgt und er hiervon 1.000 EUR für eine bAV im Wege der Entgeltumwandlung aufwendet oder ob er ein Gehalt in Höhe von 6.000 EUR monatlich erhält und eine arbeitgeberfinanzierte bAV mit einem Beitrag in Höhe von 1.000 EUR. Die Grenzen zwischen Entgeltumwandlung und arbeitgeberfinanzierter bAV sind beim GGF fließend, insbesondere bei Diensteintritt und erstmaliger Festlegung des Gehalts.

Aber auch bei späterem Abschluss eines bAV-Vertrags kann die Identifikation der Finanzierungsform schwierig sein.

Wenn das monatliche Bruttofestgehalt eines GGF über eine längere Zeitspanne 7.000 EUR beträgt, er dann eine beitragsorientierte Leistungszusage auf Basis eines durch Entgeltumwandlung finanzierten Beitrags von monatlich 1.000 EUR mit der GmbH abschließt, sodass sein neues Bruttofestgehalt nach Entgeltumwandlung 6.000 EUR monatlich beträgt, sollte die Finanzierungsform Entgeltumwandlung außer Frage stehen. Wie lange die Zeitspanne sein muss, um diesen Schluss zuzulassen, ist nicht klar.

Bei einem neu abgeschlossenen bAV-Vertrag jedoch, bei dem sich das Bruttogehalt des GGF vor und nach Abschluss des Vertrags nicht verringert, macht dies hingegen den Anschein, dass die bAV arbeitgeberfinanziert ist. De facto kann es sich jedoch um Entgeltumwandlung handeln. Wenn nämlich aufgrund positiver Geschäftsentwicklung (z.B. steigende Umsatzzahlen, Ausbau des Geschäftszwecks, Wachstum des Unternehmens, Erschließen neuer Märkte etc.) eine Gehaltserhöhung von 6.000 EUR auf 8.000 EUR anstehen würde und beide Parteien übereinkommen, diesen Betrag statt in Form höherer Bezüge in eine bAV zu investieren. Anhand von Formalien könnte man die Abgrenzung wie folgt vornehmen: Wenn die Anpassung des Gehalts bereits schriftlich zugesagt ist, der GGF sich dann entscheidet, die Gehaltserhöhung ganz oder teilweise in eine bAV zu investieren und eine Entgeltumwandlungsvereinbarung unterzeichnet wird, handelt es sich grundsätzlich um Entgeltumwandlung. Wenn seitens der GmbH jedoch direkt eine bAV mit einem bestimmten Beitrag zugesagt wird, um arbeitgeberfinanzierte bAV. Orientiert man sich am eigentlichen Sachverhalt, wonach die Firma betrieblich bedingt die Aufwendungen zugunsten des GGF erhöhen will, handelt es sich ungeachtet formeller Feinheiten u.E. *der Sache nach* um vom GGF finanzierte bAV. Denn er hätte sich auch für eine höhere Bruttovergütung

(statt der bAV) entscheiden können. Diese Thematik ist nicht konkret GGF-spezifisch. So können auch Arbeitnehmer und Arbeitgeber über eine Erhöhung der Vergütung verhandeln und sich im Zuge der Verhandlungen auf eine (arbeitgeberfinanzierte) bAV „statt“ eine Gehaltserhöhung einigen.

## 3. Zusammenfassung

Es ist offensichtlich, dass eine zweifelsfreie und korrekte Abgrenzung zwischen Entgeltumwandlung und arbeitgeberfinanzierter bAV beim GGF schwierig ist. Klar im Sinne von Entgeltumwandlung sollte jedoch der oben skizzierte Sachverhalt sein: das Gehalt des GGF ist über eine ernstzunehmende Zeitspanne konstant und wird dann teilweise für eine bAV verwendet.

Wird die bAV des GGF über eine „spontane“ Gehaltserhöhung finanziert, d.h. kommt es entweder vor oder nach dem Abschluss der Entgeltumwandlungsvereinbarung und dem Beginn der Entgeltumwandlung zu einer entsprechenden Gehaltserhöhung, wird die Finanzverwaltung wohl von einer „unüblichen Gehaltserhöhung“ und damit von einer „verkappten“ arbeitgeberfinanzierten bAV ausgehen<sup>29</sup>. Der weitere, oben geschilderte Fall, bei dem eine an sich anstehende Gehaltserhöhung in eine bAV fließt, wird – ohne genauere Hintergrundkenntnisse über die konkrete Motivation zu haben – wohl tendenziell als arbeitgeberfinanzierte bAV qualifiziert werden.

Eine Rolle spielt die Finanzierungsform beim GGF immer dann, wenn im Fall von arbeitgeberfinanzierter bAV die steuerliche Anerkennung, z.B. wegen nicht eingehaltener Erdienbarkeitsfristen, versagt werden würde, im Fall von Entgeltumwandlung hingegen nicht. Grundsätzlich erscheint es also sinnvoll, im Zusammenhang mit der Entgeltumwandlung die Hintergründe für die Entgeltumwandlung zu dokumentieren.

## IV. Das BFH-Urteil vom 7.3.2018: Erdienbarkeit bei „echter“ Entgeltumwandlung des GGF

Das Kriterium der Erdienbarkeit zur steuerlichen Anerkennung von Versorgungszusagen an GGF musste in der Vergangenheit auch bei einer Entgeltumwandlung eingehalten werden<sup>30</sup>. Nachdem das Finanzgericht (FG) Thüringen mit dem Urteil vom 25.6.2015 bereits entschieden hatte, dass bei einer arbeitnehmerfinanzierten bAV dieses Kriterium entbehrlich sein kann, hat sich der BFH nun mit dem o.g. Urteil dieser Auffassung angeschlossen.

Die Veröffentlichung im Bundessteuerblatt ist bereits erfolgt und somit bindend für die Finanzverwaltung<sup>31</sup>.

### 1. Zur Ausgangssituation

Die Klägerin und Revisionsbeklagte (GmbH) zahlte einem Mehrheitsgesellschafter-Geschäftsführer (Jahrgang 1952) aufgrund des Anstellungsvertrages seit 1995 ein Grundgehalt von 10.000 DM (5.113 EUR). Dieses Gehalt blieb unverändert und wurde lediglich im Jahr 2010 auf 5.750 EUR angehoben.

Außerdem hatte die GmbH dem GGF 1994 eine Zusage zum 65. Lebensjahr über 60% des letzten Grundgehaltes als Altersrente erteilt. 2010 kam es zu einer Änderung der Zusage in Form einer wertgleichen Auslagerung des noch nicht erdienten Teils (future-service) auf eine rückgedeckte Unterstützungskasse. Der bereits erdiente Teil (past-service) verblieb im

<sup>28</sup> Zur Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung für Änderungen des Dienstvertrags sowie Vergütungsthemen des GGF vgl. BMF-Schreiben vom 16.5.1994 – IV B 7-5 2742-14/94 –, BStBl. I 1994 S. 868: 1.

<sup>29</sup> Vgl. BFH, Urteil vom 7.3.2018, a.a.O. (Fn. 1), Rz. 24.

<sup>30</sup> Vgl. OFD Niedersachsen, Verfügung vom 15.8.2014 – S 2742 – 259 – St 241 –, BetrAV 2014 S. 731.

<sup>31</sup> Vgl. BFH, Urteil vom 7.3.2018, a.a.O. (Fn. 1).

Durchführungsweg der Direktzusage. Das Finanzamt passte die Pensionsrückstellungen an und ließ den Betriebsausgabenabzug der Zuwendungen an die Unterstützungskasse zu. Außerdem kam es zu einer weiteren Unterstützungskassenzusage durch eine Vereinbarung zur Entgeltumwandlung zwischen GmbH und GGF. Es wurde vereinbart, das monatliche Grundgehalt um 2.070 EUR zu kürzen. Die GmbH wendete diesen Betrag der Unterstützungskasse zu. Wie zwischen den Beteiligten vereinbart, wurde seitens der Unterstützungskasse eine zugunsten des GGF verpfändete Rückdeckungsversicherung abgeschlossen und die GmbH machte die Zuwendungen an die Unterstützungskasse als Betriebsausgaben geltend.

## 2. Einwand der vGA durch das Finanzamt und Urteil des FG Thüringen

Da im Jahr 2010 der GGF bereits 58 Jahre alt war, vertrat das zuständige Finanzamt für die zweite (durch Entgeltumwandlung finanzierte) Unterstützungskassenzusage die Auffassung, dass die zusätzliche Altersvorsorge nicht mehr erdienbar sei. Somit wurde unterstellt, die Zahlungen an die Unterstützungskasse seien durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst und gem. § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG nicht einkommensmindernd zu berücksichtigen und somit als vGA zu sehen. Das Thüringer Finanzgericht gab der dagegen gerichteten Klage statt<sup>32</sup>. Dagegen wendete sich das Finanzamt mit seiner Revision und beantragte das FG Urteil aufzuheben und die Klage abzuweisen, woraufhin die Klägerin beantragte, die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

## 3. Entscheidung des BFH

Zunächst wurde entschieden, dass die Revision zulässig war, jedoch unbegründet und somit nach § 126 Abs. 2 FGO zurückzuweisen ist. Der BFH schloss sich der Meinung des FG Thüringen mit folgender Begründung an: Das Merkmal der Erdienbarkeit fußt auf der Vorstellung, dass es sich bei einer betrieblichen Veranlassung um eine freiwillige Leistung des Arbeitgebers in Anerkennung längerer Betriebszugehörigkeit und in Erwartung weiterer Betriebsreue handelt. Ebenfalls wird davon ausgegangen, dass ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter eine erhebliche finanzielle Verpflichtung gegenüber einem Angestellten in eine Altersversorgung regelmäßig nur dann verspricht, wenn dieser dem Betrieb die Treue hält. Sprich, die Versorgung muss dem Fremdvergleich standhalten. Diese Überlegungen treffen bei einer durch die Entgeltumwandlung finanzierten Versorgung, also einem ohnehin zustehenden Arbeitslohn an den GGF nicht zu. Auch fallen keine zusätzlichen Kosten für den Arbeitgeber an, da es sich ohne die bAV um das vereinbarte Entgelt handeln würde. Dies gilt für jede Form der durch Entgeltumwandlung finanzierten Altersversorgung und damit auch für arbeitsrechtlich nicht beherrschende GGF. Ebenfalls wurde argumentiert, dass das Gehalt seit Jahren gleichbleibend war und auch die Erhöhung im Jahr 2010 als nicht unüblich unterstellt wurde. Auch das verbliebene Restgehalt von ca. 3.700 EUR reichte aus, um den Lebensunterhalt zu decken, so der BFH. Weitergehend wurde – wie bereits in Abschnitt II.2.d) ausgeführt – auch die wertgleiche Umstellung des Durchführungsweges in 2010 nicht als vGA bewertet, da es sich nicht um eine Zusageerhöhung handelte. Der BFH betonte jedoch, dass es im Falle einer Erhöhung der Zusage bei einem Durchführungswechsel einer erneuten Erfüllung der Erdienbarkeitsvoraussetzungen für den auf die Zusageerhöhung entfallenden Teil bedarf.

<sup>32</sup> Vgl. Finanzgericht Thüringen, Urteil vom 25.6.2015, 1 K 136/15.

## 4. Fazit

Auch wenn die Entscheidung des BFH sehr zu begrüßen ist, wird die steuerliche Anerkennung ohne Einhaltung der Erdienbarkeitsfrist nicht pauschal gewährt. Ausnahmen gibt es dann, wenn die Veranlassung durch das Gesellschaftsverhältnis nicht mehr ausgeschlossen werden kann. Dies wird unterstellt, wenn die Entgeltumwandlung mit einer sprunghaften Gehaltserhöhung einhergeht. Eine nähere Definition hierzu blieb leider aus. Weder die Höhe noch der zeitliche Zusammenhang wurden benannt. Ebenfalls dürfen keine Risiko- und Kostensteigerungen mit der Zusage auf das Unternehmen zukommen. Auch was damit gemeint ist, ist nicht abschließend geklärt. Da es sich vorliegend um eine Versorgung über eine rückgedeckte Unterstützungskasse gehandelt hat und hier die Erdienbarkeitsfristen vom BFH nicht gefordert wurden, ist klar, dass diese Form der Versorgung nicht als mit Kosten und Risiken verbunden gilt. Ob es sich bei einer Direktzusage in Form einer Leistungszusage, bei der der GGF die umgewandelten Entgelte nicht gezielt zur Erfüllung der bAV anlegt, sondern mit den Mitteln im Unternehmen wirtschaftet oder die Mittel in hochriskanten Anlagen investiert, anders verhält, ist durchaus denkbar, aber – wie gesagt – nicht abschließend geklärt.

Bei der Umwandlung des gesamten Gehalts, einer sogenannten „Nur-Pension“, bedarf es ggf. der Einhaltung der Erbarkeitsfristen, sofern eine Nur-Pension überhaupt steuerlich anerkannt werden kann<sup>33</sup>. Grundsätzlich muss u.E. wohl die Höhe des umgewandelten Gehalts angemessen sein, d.h., dass das Restgehalt ausreichen muss, um den Lebensunterhalt zu decken. Alles in allem muss die Zusage einer Prüfung am Maßstab des Fremdvergleichs standhalten und eine Anfrage beim zuständigen Betriebsstättenfinanzamt gem. § 89 Abs. 2 AO bleibt zu empfehlen.

*Aufgrund der noch nicht endgültig geklärten Einschränkungen des Verzehrs der Erdienbarkeitsfrist sollte in Zweifelsfällen eine Anfrage an das zuständige Betriebsstättenfinanzamt gestellt werden. Im Zusammenhang mit der Entgeltumwandlung sollte u.E. weder im Jahr vor noch nach der Zusage eine außergewöhnlich hohe Gehaltserhöhung stattgefunden haben. In welcher Höhe ein Grundgehalt bestehen bleiben muss, muss mit dem zuständigen Betriebsstättenfinanzamt geklärt werden. Zusätzliche Risiken und Kosten sollten für das Unternehmen durch die Zusage möglichst nicht entstehen, was für eine kongruent rückgedeckte beitragsorientierte Leistungszusage spricht. Wichtig ist, dass die Zusage durch Entgeltumwandlung insgesamt dem Fremdvergleich standhalten muss.*

## V. Ist das Ergebnis des BFH-Urteils für das Kriterium der Erdienbarkeit auf das Kriterium der Probezeit übertragbar?

### 1. Zielsetzung von Erdienbarkeit und Probezeit

Bei der Erdienbarkeit ist wie bereits aufgeführt die Zielsetzung, dass dem Versorgungsberechtigten ab dem Zeitpunkt der Zusageerteilung noch genügend Restdienstzeit zur Verfügung steht, um den Vergütungsbestandteil Pensionszusage zu verdienen. Das Kriterium der Probezeit verfolgt das Ziel, dass Qualifikation und Leistungsfähigkeit des GGF zum Zeitpunkt der Zusage in ausreichendem Maße erprobt sind. Gleichermaßen gilt dies auch für eine neugegründete Kapitalgesellschaft, die erstmalig auf die Gewinnung von gesicherten

<sup>33</sup> Gem. BMF-Schreiben vom 13.12.2012 (IV C 6 – S 2176/07/10007, BetrAV 2013 S. 29) ist die steuerbilanzielle Berücksichtigung von Nur-Pensionszusagen (1. Prüfebene, R 8.7 Satz 1-4 KStR) grundsätzlich möglich, sofern sie auf Entgeltumwandlung beruht. Zur Behandlung der Nur-Pension als vGA (2. Prüfebene, R 8.7 Satz 5-6 KStR) s. auch BMF-Schreiben vom 28.1.2005 (BMF IV B 7 – S 2742 – 9/05, BetrAV 2005 S. 161).

Erkenntnissen zur wirtschaftlichen Lage und Leistungsfähigkeit erprobt werden muss.

## 2. Was will das Kriterium der Probezeit verhindern?

Prüfmaßstab ist – wie bei allen steuerlichen Kriterien – der sog. Fremdvergleich. Gerade bei der persönlichen Probezeit will die Finanzverwaltung verhindern, dass unerfahrene und ggf. nicht befähigte GGF eine Zusage erhalten, sprich Personen, denen man – aus Sicht der Finanzverwaltung – noch keine Versorgungszusage erteilen würde, wenn es sich um angestellte, nicht am Unternehmen beteiligte GF handeln würde.

Bei der unternehmensbezogenen Probezeit geht es um die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Unternehmens. Es soll verhindert werden, dass ein noch nicht erprobtes Unternehmen mit der Versorgungszusage finanziell nicht stemmbare Risiken eingeht. Gerade Bilanzsprungrisiken bei vorzeitigen Versorgungsfällen, wie beispielsweise im Falle der Berufsunfähigkeit, können zu erheblichen finanziellen Belastungen für die noch junge Firma führen. Das kann allerdings durch eine kongruente Rückdeckung der versicherten Risiken geschmälert werden. Ebenfalls kann das Bilanzsprungrisiko durch externe Durchführungswege umgangen werden.

## 3. Wie sieht es im Falle der Entgeltumwandlung aus?

Im Falle der „echten“ Entgeltumwandlung kommt es zunächst einmal nicht zu einer höheren finanziellen Belastung für das Unternehmen. Allerdings sieht die Finanzverwaltung bislang grundsätzlich auch im Falle der Entgeltumwandlung die Einhaltung der bereits beschriebenen Probezeiträume für notwendig an. Fraglich ist, ob sich nun aufgrund der möglichen Entgeltumwandlung innerhalb der Erdienbarkeitsfristen auch Auswirkungen auf das Kriterium Probezeit ergeben.

Wie bereits ausgeführt, ist für den Verzicht auf die Erdienbarkeitsfristen ausschlaggebend, dass es

1. sich um eine „echte Barlohnwandelung“ handelt, es also nicht zu unüblichen Gehaltsveränderungen im Zusammenhang mit der Entgeltumwandlung kommt
2. nicht eine Vollumwandlung des Barlohns („Nur-Pension“) erfolgt und
3. die Zusage nicht mit besonderen Risiken und Kosten für das Unternehmen verbunden ist,

sprich die Entgeltumwandlung insgesamt als nicht durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst zu werten ist.

Die vorgenannten Anforderungen lassen sich nicht vollumfänglich auf das Probezeitkriterium übertragen: Sicher könnte belegt werden, dass es im Nachgang der Entgeltumwandlung zu keiner sprunghaften Gehaltsveränderung kommt. Allerdings stellt sich die Frage, wie belegt werden kann, dass nicht bereits im Vorfeld eine Gehaltsumwandlung geplant war und daher bereits bei Diensteintritt ein höheres Gehalt vereinbart wurde, sprich im Vorfeld „virtuell“ keine unüblichen Gehaltserhöhungen stattgefunden haben. Der Vergleichszeitraum vor Zusageerteilung ist beim Kriterium der Probezeit naturgemäß gering bzw. gar nicht vorhanden.

Da eine Vollumwandlung des Barlohns gemeinhin unüblich ist und deswegen generell und gerade auch unter dem Aspekt Probezeit seitens der Finanzverwaltung wohl als im Gesellschaftsverhältnis verankert beurteilt werden wird, ist in der Tat davon auszugehen, dass, sofern die Probezeit in gewissen Fällen bei Entgeltumwandlung entbehrlich sein sollte, sie bei einer Vollumwandlung des Barlohns tendenziell nicht entbehrlich ist.

Der vom BFH angesprochene Aspekt „mit Risiko- und Kostensteigerungen für das Unternehmen verbundene Zusagen“ könnte darauf hindeuten, dass der Durchführungsweg für die bAV eine Rolle spielt bzw. die Finanzierung der Zusage. Bei einer kongruent rückgedeckten Unterstützungskasse erfolgt eine Finanzierung während der Anwartschaft und ergeben sich keine bilanziellen Effekte aus der Bildung von Pensionsrückstellungen. Bei einer pauschal dotierten Unterstützungskasse und bei einer Pensionszusage kann bzw. muss keine Ausfinanzierung während der Anwartschaft erfolgen. Zudem ergeben sich bei der Pensionszusage bilanzielle Effekte (während der Anwartschaft Aufwände) aus der Bildung von Pensionsrückstellungen. Ob dies im Endeffekt dafür sprechen kann, dass die nicht kongruent rückgedeckte Pensionszusage aufgrund der bilanziellen Komponente sowie der nicht periodengerechten Ausfinanzierung tendenziell eher für das Erfordernis einer Probezeit bei Entgeltumwandlung spricht, während die kongruent rückgedeckte Unterstützungskasse wegen der periodengerechten Ausfinanzierung sowie Bilanzneutralität eher die Entbehrlichkeit einer Probezeit nahelegt, ist aktuell offen, aber zumindest denkbar bzw. u.E. grundsätzlich auch sachgerecht. Zum einen würde ein junges Unternehmen sich keinen unnötigen Risiken und Kosten im Unternehmen aussetzen wollen. Zum anderen würde auch ein nicht beteiligter GF wohl auf eine kongruente Rückdeckung seiner Zusage pochen, was nach unserer Einschätzung dann eine Lösung ist, die nicht mit besonderen Risiken und Kosten für das Unternehmen verbunden ist.

Damit gelten die Einschränkungen bzgl. Entfall der Erdienbarkeitsfristen bei Entgeltumwandlung u.E. ebenso für die Probezeit, mit einer zusätzlichen Hürde, nämlich dass man naturgemäß während der Probezeit keinen allzu langen Vergleichszeitraum im Vorfeld der Entgeltumwandlung hat, um eine „nicht unübliche“ Gehaltsentwicklung zu belegen. Das lässt die grundlegende Frage, ob man bei Entgeltumwandlung auf die Probezeit verzichten könnte, nicht unbedingt mit einem klaren „Ja“ beantworten.

Die Erteilung einer Versorgungszusage innerhalb der Probezeit sollte u.E. jedoch insgesamt möglich sein, sofern folgende Kriterien erfüllt sind:

- Gehaltsumwandlung frühestens ein Jahr nach Diensteintritt/Gründung.
- Keine unüblichen Gehaltssprünge innerhalb eines Jahres vor und nach Gehaltsumwandlung.
- Übliche Gehaltsveränderungen wären: Anpassung an allgemein gültige Standards/Indizes wie z.B.: Verbraucherpreisindex, Beamtenbezüge.
- Kongruente Rückdeckung der Versorgungsleistungen.
- Beitragsorientierte Leistungszusage.

Die Einhaltung der Probezeiträume ist aus unserer Sicht bei den Ausnahmen aus dem Urteil vom 7.3.2018, der „Nur-Pension“, der sprunghaften Gehaltserhöhung und den Risiken- und Kostensteigerungen notwendig (vgl. Abschnitt IV.). Ebenfalls ist unter dem Gesichtspunkt des Fremdvergleichs u.E. eine kongruente Rückdeckung auch bei einer durch Entgeltumwandlung finanzierten Versorgungszusage zwingend zur steuerlichen Anerkennung notwendig. Es erscheint unwahrscheinlich, dass ein fremder GF auf sein Entgelt zugunsten einer Versorgungszusage verzichten würde mit dem Wissen, dass keine kongruente Rückdeckung in einem noch nicht wirtschaftlich erprobten Unternehmen seine Zusage absichert. Im Falle der Insolvenz würde er ggf. Teile seines Entgelts und der Versorgungsleistungen verlieren müssen, da der PSVaG in den ersten beiden Jahren nach Entgeltumwandlung nur bis zu 4% der BBG der gesetzlichen

Rentenversicherung West gegen Insolvenz absichert<sup>34</sup>. Darüber hinaus sind die Höchstabsicherungsgrenzen des PSVaG zu beachten<sup>35</sup>. Aus Unternehmenssicht ist ebenfalls fraglich, ob das finanzielle Risiko bei einem vorzeitigen Versorgungsfall ohne adäquate Rückdeckung für einen fremden GF eingegangen werden würde.

#### 4. Fremdvergleich

Der viel zitierte Fremdvergleich belegt zudem, dass nicht am Unternehmen beteiligte Geschäftsführer regelmäßig von Beginn an eine stattliche Versorgungszusage erhalten, überwiegend sogar im Wege einer arbeitgeberfinanzierten Zusage. Der dahin gerichtete Fremdvergleich, ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsführer würde das Unternehmen nicht bei Beginn des Dienstverhältnisses mit einer hohen Versorgungszusage belasten, wenn es die Qualifikation des GGF in der Praxis noch gar nicht ausreichend erprobt hat, entbehrt jeglicher praktischen Belege. Gleiches gilt für die unternehmensbezogene Probezeit: wenn die Versorgungszusage kongruent rückgedeckt ist, gibt es keinen Grund, eine Probezeit für die Erteilung einer über Entgeltumwandlung finanzierten Versorgungszusage zu fordern. Das finanzielle Risiko aus der Erbringung der zugesagten Leistungen ist „outgesourct“ und die bilanziellen Effekte sind durch kongruente Rückdeckungsversicherungen weitgehend minimiert, insbesondere wenn man für das vorzeitige Risiko der Invalidität einen bilanzneutralen Durchführungsweg, z.B. eine selbstständige Berufsunfähigkeitsversicherung im Durchführungsweg Direktversicherung, wählt.

#### 5. Liegt überhaupt eine vGA vor?

Und zuletzt soll auch das grundsätzliche Vorliegen einer vGA bei „echter“ Entgeltumwandlung an sich hinterfragt werden. Für eine vGA i.S.d. § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG bedarf es einer Vermögensminderung oder verhinderten Vermögensmehrung, die durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst ist, sich auf die Höhe des Unterschiedsbetrags i.S.d. § 4 Abs. 1 Satz 1 EStG auswirkt und nicht auf einem den gesellschaftsrechtlichen Vorschriften entsprechenden Gewinnverteilungsbeschluss beruht.

Um überhaupt eine vGA diagnostizieren zu können, muss also eine Vermögensminderung oder verhinderte Vermögensmehrung beim Unternehmen vorliegen. Ist das hier der Fall?

Wenn der GGF sich über Entgeltumwandlung eine bAV aufbaut, erbringt das Unternehmen, zumindest im Fall einer versicherungsfinanzierten rückgedeckten Versorgungszusage, die Beiträge an den Versorgungsträger bzw. das Lebensversicherungsunternehmen, bei dem die Rückdeckungsversicherung abgeschlossen wurde. Es fließen also exakt die Mittel ab, die – ohne Entgeltumwandlung – als Gehalt auf das Konto des GGF enrichtet werden würden. Es fällt schwer, hier von einer Vermögensminderung oder verhinderten Vermögensmehrung auszugehen, die jedoch zwingender Tatbestand für das Vorliegen einer vGA ist. Eine vGA ist vor diesem Hintergrund also grundsätzlich ganz klar zu hinterfragen. Sie könnte nur dann bejaht werden, wenn das Gehalt des GGF aufgrund der geplanten Entgeltumwandlung von Beginn an zu hoch angesetzt wurde. Den Nachweis hierfür zu führen, dürfte im Zweifel nicht einfach sein. Doch sollte diese Prüfung, also ob das Gehalt in Erwartung der Entgeltumwandlung, zu hoch angesetzt wurde, dort erfolgen, wo sie hingehört, nämlich bei der Prüfung der Angemessenheit der Gesamtausstattung; nicht hingegen bei der Frage, ob die unter Missachtung der Probezeit erfolgte Entgeltumwandlung eine vGA auslöst, weil

<sup>34</sup> Vgl. § 7 Abs. 5 BetrAVG.

<sup>35</sup> Vgl. § 7 Abs. 3 BetrAVG.

die Entgeltumwandlung an sich die Definition einer vGA – wie skizziert – u.E. nicht erfüllt.

## VI. Ergebnis

Die angestellten Überlegungen zur Frage, ob das Erfordernis einer ausreichenden Probezeit bei Entgeltumwandlung des GGF unter Berücksichtigung des BFH-Urteils vom 7.3.2018<sup>36</sup> entbehrlich ist, haben Folgendes ergeben:

Der BFH hat im Urteil vom 7.3.2018 die Erdienbarkeitsgrundsätze bei „echter“ Entgeltumwandlung als nicht erforderlich angesehen. Etwas Anderes kann gelten bei sprunghaften Gehaltsanhebungen im Vorfeld der Entgeltumwandlung, der Vollumwandlung des Barlohns mit der Folge einer sogenannten Nur-Pension oder mit Risiko- und Kostensteigerungen für das Unternehmen verbundenen Zusagen. Inwieweit sind diese Aussagen auf das Probezeitkriterium zu übertragen?

- Sofern man die Aussagen des BFH zur Erdienbarkeit bei Entgeltumwandlung auch auf die Probezeit übertragen kann, gelten u.E. die Einschränkungen, also die Fälle, in denen ggf. die Einhaltung der Erdienbarkeitsfristen gefordert wird (unübliche Gehaltsentwicklung im zeitlichen Zusammenhang mit der Entgeltumwandlung wie „sprunghafte“ Gehaltsanhebung im Vorfeld der Entgeltumwandlung, „Nur-Pension“ und mit Kosten- und Risikoerhöhungen verbundene Zusage) ebenso für das Probezeitkriterium.
- Allerdings besteht eine große Hürde bei der Übertragung der Aussagen des BFH zur Erdienbarkeit auf die Probezeit, nämlich dass es naturgemäß keinen allzu langen Vergleichszeitraum und ggf. gar kein „Vorgänger-Gehalt“ gibt. Hier bleibt das Festhalten an den vertraglichen Vereinbarungen: Bruttogehalt des GGF beträgt EUR X. Abschluss einer Entgeltumwandlung in Höhe von EUR Y, sodass das Bruttogehalt abzüglich Entgeltumwandlung EUR X-Y beträgt.

Insgesamt kann man u.E. die Aussagen des BFH zu Erdienbarkeit und Entgeltumwandlung nicht uneingeschränkt auf Probezeit und Entgeltumwandlung übertragen. Erdienbarkeit erscheint in diesem Zusammenhang für die wirtschaftlichen Folgen beim Unternehmen kein elementares Kriterium zu sein, es zielt vielmehr darauf ab, den GGF, der seine Befähigungen bereits hinreichend unter Beweis gestellt hat, in seinen letzten Dienstjahren nicht noch eine Versorgung zuteilwerden zu lassen, die man einem Gesellschaftsfremden nicht zukommen lassen würde. Das Kriterium der Probezeit hingegen hat in der Ausprägung der unternehmensbezogenen Warte- bzw. Probezeit von mindestens fünf Jahren vor allem den Zweck, zu prüfen, ob das Unternehmen die Belastungen aus der bAV auch stemmen kann. Bei der personenbedingten Probezeit von zwei bis drei Jahren ab Dienst Eintritt geht es ebenfalls um das Unter-Beweis-Stellen der Fähigkeiten des GGF. Der Blick ist diesem Ansatz folgend in unterschiedliche Zeiträume gerichtet: beim Kriterium der Probezeit auf die Vergangenheit, beim Kriterium der Erdienbarkeit in die Zukunft. Und gerade bei Beginn des Dienstverhältnisses, wo es noch keine (längere) Zeitspanne mit einem bestimmten Gehalt gibt, ist – wie gesagt – die Diagnose sog. „echter“ Entgeltumwandlung, für die der BFH keine Erdienbarkeitsfrist fordert, natürlich schwierig. Den Nachweis kann man beim Erdienbarkeitskriterium also einfacher erbringen als beim Kriterium der Probezeit. Dies ergibt wiederum, dass aus pragmatischer Sicht folgendes Szenario als möglich erscheint:

- Gehalts- und Entgeltumwandlung frühestens ein Jahr nach Dienst Eintritt/Gründung.

<sup>36</sup> A.a.O. (Fn. 1).

- Keine unüblichen Gehaltssprünge innerhalb eines Jahres vor und nach Gehaltsumwandlung.
- Kongruente Rückdeckung der Versorgungsleistungen.
- Beitragsorientierte Leistungszusage.

In jedem Fall wäre eine klare Aussage zum Thema Probezeit und Entgeltumwandlung seitens der Finanzverwaltung wünschenswert. Denn das BMF-Schreiben vom 14.12.2012 regelt zwar etliche Ausnahmen bzw. Abweichungen vom Kriterium der Probezeit, z.B. beim „Management-Buy-Out“ oder bei einer Rechtsformänderung, doch zur Entgeltumwandlung finden sich keine Hinweise. Dies könnte, da nicht als Ausnahme aufgeführt, indizieren, beim Kriterium Probezeit nicht zwischen den beiden Finanzierungsformen zu differenzieren. Dass dies vielen Fällen nicht gerecht wird, sollte wiederum vorstehend verdeutlicht worden sein.

Bei alledem sollte man nicht vergessen, dass der Fremdvergleich generell ergibt, dass das Kriterium der Probezeit bei einer der Höhe nach sich im üblichen Rahmen befindenden Altersversorgung des GGF eigentlich nicht gefordert werden kann. Dies gilt insbesondere für den Fall, dass der GGF keine Anwartschaften in der gesetzlichen Rentenversicherung erwirbt, es sich also um eine „ersetzende Zusage“ handelt, sowie wenn die bAV über „echte“ Entgeltumwandlung finanziert wird.

**Kerstin Schiller** ist Betriebswirtin bAV (FH) an der Hochschule Koblenz und als Direktionsberaterin bAV bei der ALTE LEIPZIGER Lebensversicherung a.G. Ansprechpartnerin für die Geschäftspartner in Bayern zur betrieblichen Altersversorgung. Ihre Schwerpunkte liegen in den Bereichen der Gesellschafter-Geschäftsführer-versorgung, den Handlungsoptionen mit bestehenden Pensionszusagen und der Implementierung von Versorgungssystemen für Arbeitnehmer.



Dipl. oec. Dr. **Claudia Veh** ist Aktuarin (DAV), Sachverständige IVS und Rentenberaterin. Seit Juli 2020 leitet sie das Deal Advisory Pensions Team bei der KPMG AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft in München. Zuvor war sie mehr als 20 Jahre in der bAV bei einem Lebensversicherungsunternehmen bzw. dessen Tochterunternehmen tätig, wo sie zuletzt die Abteilung Beratung geleitet hat. Daneben war sie Vorstand einer Pensionskasse und eines Treuhandvereins. Sie publiziert zahlreiche redaktionelle Beiträge und ist als Referentin zu bAV-Themen aktiv.

