

Erfordernis der Erdienbarkeit bei Auslagerung einer Pensionszusage auf Unterstützungskasse

Kritische Analyse des BFH-Urteils vom
20.7.2016¹

Die nach dem Urteil des Finanzgerichts Sachsen-Anhalt vom 25.2.2015² mit Spannung erwartete Revisionsentscheidung des Bundesfinanzhofs (BFH) vom 20.7.2016 sorgt in der Fachwelt für große Aufmerksamkeit und – mitunter – Beunruhigung. Strittig war das Erfordernis der Erdienbarkeit im Zusammenhang mit einem Wechsel des Durchführungswegs bei gleichzeitiger inhaltlicher Umgestaltung der Zusage. Da das Urteil wesentliche Auswirkungen auf die Beratungspraxis bei Pensionszusagen von Gesellschafter-Geschäftsführern hat, erscheint eine kritische Würdigung des Sachverhalts und der Entscheidung angebracht. Zunächst erfolgen einige grundsätzliche Ausführungen zur Auslagerung und zum Erdienbarkeitskriterium, bevor eine Analyse des konkreten Falls erfolgt.

1. Allgemeines

Seit Einführung des Pensionsfonds als fünftem Durchführungsweg der betrieblichen Altersversorgung in Deutschland ist bei den Unternehmen ein Trend hin zur Auslagerung von Pensionszusagen zu verzeichnen³. Dieser hat sich durch Einführung des Bilanzrechtsmodernisierungsgesetzes⁴ noch verstärkt. Durch die Niedrigzinsphase und den dadurch bedingten exorbitanten Anstieg der handelsbilanziellen Rückstellungen in Unternehmen, die Pensionszusagen erteilt haben, ist darüber hinaus sogar ein Druck auf diese Unternehmen entstanden, die Bilanzen zu bereinigen.

2. Auslagerung von Anwartschaften aus Pensionszusagen

Grundsätzlich können Anwartschaften auf Unterstützungskassen oder Pensionsfonds ausgelagert werden. Aus steuerlicher Sicht besteht die Möglichkeit, die anwartschaftlichen Versorgungsleistungen unquotiert auf die Unterstützungskasse zu übertragen. Im Gegensatz dazu kann bei der Auslagerung auf einen Pensionsfonds nur der Past-Service entsprechend den Regelungen in § 2 BetrAVG übertragen werden. Bei beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführern ist das Nachzahlungsverbot zu beachten, sodass der erdiente Teil, abweichend von § 2 BetrAVG, stets ab Zusageerteilung zu berechnen ist⁵.

In der Praxis werden im Rahmen der Übertragung häufig einzelne Bestandteile der zugesagten Versorgungsleistungen verändert. Hintergrund ist dabei sehr häufig das Bestehen einer Rückdeckungsversicherung, welche die Versorgungsleistungen abdeckt, im Zusammenspiel mit einer Nichtversicherbarkeit der Versorgungsberechtigten. In vielen Fällen sind die vorzeitigen biometrischen Risiken Tod und Berufsunfähigkeit in den Rückdeckungsversicherungen nämlich zu 100% abgesichert und die Versorgungsberechtigten sind aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr *neu* versicherbar.

Wird der Past-Service auf einen Pensionsfonds übertragen, so drängt es sich aus vorgenannten Gründen auf, die bestehenden Rückdeckungsversicherungen auf den Pensionsfonds zu übertragen (bei Auslagerung der Pensionszusage auf eine Unterstützungskasse ist dies aufgrund der Voraussetzungen des § 4d EStG nicht möglich). Dadurch ist gewährleistet, dass über die Rückdeckungsversicherung im Pensionsfonds die vorzeitigen biometrischen Risiken zu 100% rückgedeckt sind. In diesem Fall ist jedoch zwingend darauf zu achten, dass dann entsprechend weniger als der erdiente Teil der zugesagten Altersrente auf den Pensionsfonds übertragen wird.

Diesem Umstand hat auch das BMF mit Schreiben vom 10.7.2015⁶ Rechnung getragen. In diesem Schreiben ist explizit geregelt, dass in solchen Fällen eine wertgleiche Umrechnung zu erfolgen hat.

Nachfolgendes Praxisbeispiel soll dies verdeutlichen:

Status	Beherrschende GGF
Geburtsdatum	18.10.1971
Diensteintritt	8.9.1996
Geburtsdatum Ehemann	10.10.1968
Zusagezeitpunkt	12.11.2008
Gesamtzusage p.a. (Altersrente ab 65)	AR 25.338 € BU 25.338 € WiR 20.270 € ⁷
Anpassung laufender Renten	3% fest
Regelung bei vorzeitigem Ausscheiden	s/t-tel ab Zusage
Auslagerung zum	30.4.2016
Erdient gemäß s/t-tel 26,76%	AR 6.780,45 € BU 6.780,45 € WiR 5.424,25 €

Der Anwartschaftsbarwert für den erdienten Teil dieser Zusage beträgt 40.578 €⁸. Die Versorgungsberechtigte ist aus gesundheitlichen Gründen für den BU- und Todesfall nicht mehr versicherbar. Da die bestehende Rückdeckungsversicherung die Versorgungsleistungen Hinterbliebenenrente und Berufsunfähigkeitsrente in voller Höhe abdeckt, soll diese vom Pensionsfonds übernommen werden. Dadurch können die vorzeitigen biometrischen Risiken in voller Höhe aus dem Pensionsfonds zugesagt werden. Da mehr als der erdiente Teil dieser Zusagebestandteile auf den Pensionsfonds übertragen wird, muss im Gegenzug entsprechend weniger als der erdiente Teil des Zusageanteils Altersrente übertragen werden. Auf Basis einer wertgleichen Umrechnung der Anwartschaften ergeben sich bei dem vorgegebenen Anwartschaftsbarwert⁹ von 40.578 € folgende Versorgungsleistungen:

AR 3.480 €
BU 25.338 €
WiR 20.270 €.

1 Az.: I R 33/15; vgl. BetrAV 8/2016 S. 728.

2 Az.: 3 K 135/12.

3 Keil/Prost, Pensionszusagen an Gesellschafter-Geschäftsführer von Kapitalgesellschaften, 2013, Rn. 519.

4 Vgl. Gesetz zur Modernisierung des Bilanzrechts (Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz – BilMoG) vom 25.5.2009, BGBl. I 2009 S. 1103.

5 Vgl. BMF-Schreiben vom 10.7.2015 – IV C 6 – S 2144/07/10003 –, BStBl. I S. 544 = BetrAV 5/2015 S. 421.

6 A.a.O. (Fn. 5), Rn. 4.

7 Hinweis: Die Zusage der 80%igen Witverrente wurde bei Einrichtung der Zusage mit der Finanzverwaltung abgestimmt.

8 Berechnungsgrundlage RT Heubeck 2005G und Rechnungszins 6%.

9 A.a.O. (Fn. 8).

Durch diese wertgleiche Umrechnung ist gewährleistet, dass nicht mehr als der Wert des erdienten Teils der Versorgungszusage auf den Pensionsfonds übertragen wird.

In diesem praktischen Fall wurde nach Auslagerung des Past-Service auf den Pensionsfonds der Future-Service auf die Unterstützungskasse übertragen. Durch die wertgleiche Umrechnung und Übertragung der unquotierten Berufsunfähigkeits- und Hinterbliebenenleistungen auf den Pensionsfonds wurde nur noch die Altersrente auf die Unterstützungskasse übertragen, und zwar in Höhe des Barwertes des gesamten Future-Services in Höhe von 111.060 €¹⁰ aus der Pensionszusage. Dies entspricht einer Rente von 21.858 € p.a.

3. Das Kriterium der Erdienbarkeit

Das Kriterium der Erdienbarkeit fordert, dass der Gesellschafter-Geschäftsführer sich eine Zusage auf Versorgungsleistungen noch durch künftige Dienstjahre verdienen können muss. Dies ist dann gewährleistet, wenn zwischen Zusage datum und frühestmöglichem Abruf der Altersversorgung mindestens 10 Jahre liegen. Beim nicht-beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführer ist die Erdienbarkeit alternativ auch dann gewährt, wenn zwischen Zusage datum und frühestmöglichem Abruf der Altersversorgung mindestens drei Jahre liegen, sofern die Dienstzugehörigkeit mindestens 12 Jahre beträgt¹¹. Eine Zusage, die nach Vollendung des 60. Lebensjahres erteilt wird, ist – unabhängig von den oben genannten Fristen – nicht mehr erdienbar, weder für einen beherrschenden, noch für einen nicht-beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführer¹². Die Erdienbarkeitsfristen sind nicht nur bei erstmaliger Zusageerteilung, sondern auch bei einer Zusageerhöhung zu beachten¹³. Bei gehaltsabhängigen Zusagen, bei denen die Höhe der zugesagten Leistungen an die Höhe des anrechenbaren Gehalts gekoppelt ist – denen somit eine „Wechselbezüglichkeit“ zwischen Vergütungs- und Rentenniveau immanent ist –, sind bei einer aus einer Gehaltssteigerung resultierenden mittelbaren Erhöhung der zugesagten Leistungen erneut die Erdienbarkeitsfristen zu beachten, wenn die Erhöhung wirtschaftlich betrachtet einer Neuzusage gleichkommt¹⁴. Wo die Grenze für eine Neuzusage liegt, ist offen. Mithilfe des Erdienbarkeitskriteriums soll die betriebliche Veranlassung der Pensionszusage geprüft werden¹⁵. Wird gegen das Kriterium verstoßen, ist dies ein Indiz für eine Veranlassung der Zusage im Gesellschaftsverhältnis und führt zu einer verdeckten Gewinnausschüttung, wenn nicht anderweitig nachgewiesen werden kann, dass mit der Zusage bzw. der Zusageerhöhung die künftige Arbeitsleistung des Gesellschafter-Geschäftsführer abgegolten werden soll.

4. Der Sachverhalt

Für einen beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführer bestand eine Pensionszusage auf Altersrente in Höhe von zuletzt 3.679,26 € monatlich samt 60%iger Witwenrente. Im Jahr 2008 sollte für diese Zusage der Durchführungsweg teilweise gewechselt werden. Der erdiente Teil (Past-Service) auf Altersrente in Höhe von 2.063,33 € monatlich bzw. 24.759,96 € jährlich blieb im Durchführungsweg Direktzusage bestehen, die noch zu erdienenden Anwartschaften (Future-Service), die sich auf 1.615,93 € monatlich bzw. 19.391,16 € jährlich beliefen, wurden inhaltlich umgestaltet und auf den

Durchführungsweg rückgedeckte Unterstützungskasse ausgelagert. Konkret wurde die Hinterbliebenenrente für den Past- und Future-Service ausgeschlossen und die Rentenzusage im Future-Service wurde in eine Kapitalzusage umgewandelt. Dies erfolgte dem Urteilstext zufolge wertgleich auf Basis der Rechnungsgrundlagen der Rückdeckungsversicherung der Unterstützungskasse und einem Rechnungszins von 2,25%. Die Höhe der hieraus resultierenden Kapitalleistung belief sich auf 643.956 €. Im Todesfall würden Leistungen im Umfang der von der Rückdeckungsversicherung der Unterstützungskasse fällig werdenden Leistung gewährt werden. Zur Höhe der Todesfall-Leistung finden sich im Urteilstext keine Angaben. Darüber hinaus sollten anfallende Überschüsse leistungserhöhend verwendet werden.

Diese Änderungen wurden in einer Vereinbarung zur Änderung der Versorgungszusage am 12.11.2008 schriftlich fixiert.

Bei einer Betriebsprüfung wurde die Versorgung über die Unterstützungskasse steuerlich nicht vollumfänglich anerkannt, da die Erdienbarkeitsfrist von 10 Jahren bis zum Pensionsalter nicht mehr erfüllt werden konnte, da der Gesellschafter-Geschäftsführer zu diesem Zeitpunkt bereits 56 Jahre und acht Monate alt war. Der Betriebsprüfer rechnete, um die ursprüngliche Zusage mit der geänderten Zusage zu vergleichen, die nun zugesagte Kapitalleistung auf Basis der steuerlich anerkannten Rechnungsgrundlagen (Heubeck-Richttafeln 2005G, 6% Rechnungszins) in eine Rente um, woraus nach den Berechnungen der Finanzverwaltung zutreffend eine Jahresrente von 59.774,99 € resultierte. Damit wurde die Leistung des Future-Service um 40.383 € p.a. erhöht, was einer Erhöhung um 67,6% entspricht. Infolgedessen wollte der Betriebsprüfer 67,6% der Zuwendungen des Unternehmens an die Unterstützungskasse als verdeckte Gewinnausschüttung behandeln, d.h. außerbilanziell dem Gewinn wieder hinzurechnen.

Die Firma wollte diese Sicht der Dinge nicht teilen, legte vergeblich Einspruch ein und klagte schließlich vor dem Finanzgericht Sachsen-Anhalt. Sie war der Meinung, dass keine verhinderte Vermögensmehrung der Gesellschaft als Voraussetzung für eine verdeckte Gewinnausschüttung vorliegt. Selbst wenn dies der Fall wäre, wäre diese nicht durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst. Schließlich baut sich das Kassenvermögen der Unterstützungskasse erst sukzessive auf, und die zugesagte Leistung ergibt sich nur, wenn die Zuwendungen auch künftig geleistet werden. Weiter würde die Umrechnung der Kapitalleistung auf Basis der Heubeck-Tafeln zu einer unrealistisch hohen Altersrente führen. Selbst wenn die Umgestaltung eine Erhöhung darstellen würde, wäre diese gerechtfertigt, ohne dass die Erdienbarkeitsfristen zu beachten wären. So habe der Prüfer z.B. nicht berücksichtigt, dass die Hinterbliebenenversorgung in Höhe von 60% der Altersrente aufgegeben wurde. Auch sei die Anhebung der Altersversorgung im Zeitablauf von ursprünglich monatlich 3.500 DM (1.789,52 €) auf zuletzt monatlich 7.196 DM (3.679,26 €) deutlich geringer gewesen als der Anstieg der Bezüge. Zudem sollte der Gesellschafter-Geschäftsführer auch noch für die letzten neun Jahre an das Unternehmen gebunden werden. Die Erhöhung der Zusage wäre erst jetzt aufgrund der Geschäftsentwicklung, die der Gesellschafter-Geschäftsführer als außerordentliche unternehmerische Persönlichkeit maßgeblich beeinflusst hat, möglich gewesen.

Das FG hat die Klage als unbegründet abgewiesen und sah im kompletten neugestalteten Future-Service, also nicht nur in der Erhöhung, eine verdeckte Gewinnausschüttung. Allerdings wurde aufgrund des „Verböserungsverbots“ nur der vom Betriebsprüfer reklamierte Teil der Zuwendungen als verdeckte Gewinnausschüttung behandelt. Die Firma ging beim BFH in Revision.

10 A.a.O. (Fn. 8).

11 Vgl. BMF-Schreiben vom 1.8.1996 – IV B 7 – S 2742 – 88/96 –, BStBl. I 1996 S. 1138 = BetrAV 1996 S. 328; BMF-Schreiben vom 7.3.1997 – IV B 7 – S 2742 – 20/97 –, BStBl. I 1997 S. 637 = BetrAV 1997 S. 102; BMF-Schreiben vom 9.12.2002 – IV A 2 – S 2742 68/02 –, BStBl. I 2002 S. 1393 = BetrAV 2003 S. 60.

12 Vgl. BFH-Urteil vom 23.7.2003 – I R 80/02 –, BStBl. II 2003 S. 926 = BetrAV 2004 S. 87.

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

14 Vgl. BFH-Urteil vom 20.5.2015 – I R 17/14 –, BStBl. II 2015 S. 1022.

15 Vgl. R 8.7 KStR 2015, S. 5 und 6.

5. Die Entscheidung

Der BFH hat das Urteil der Vorinstanz bestätigt und die Revision des Klägers als unbegründet zurückgewiesen.

a) Erdienbarkeit beim Durchführungsweg (rückgedeckte Unterstützungskasse)

Der BFH führt aus, dass Zuwendungen an eine Unterstützungskasse nur dann betrieblich veranlasst sein können, wenn auch bei unmittelbarer Durchführung über den Durchführungsweg Direktzusage die betriebliche Veranlassung gegeben wäre. Das ergibt sich unmittelbar aus § 4d Abs. 1 S. 1 EStG. Da allein maßgeblich ist, ob fiktive Versorgungsleistungen betrieblich oder gesellschaftsrechtlich veranlasst sind, greift das Abzugsverbot des § 4d Abs. 1 S. 1 EStG auch dann, wenn die weiteren Voraussetzungen einer verdeckten Gewinnausschüttung wie die Eignung der Vermögensminderung oder der verhinderten Vermögensmehrung, beim Gesellschafter einen Vorteil auszulösen, nicht vorliegen.

Weiter stellt der BFH klar, dass die durch Rechtsprechung und Finanzverwaltung entwickelten Rechtsgrundsätze, auch wenn sie mit Bezug zur Direktzusage formuliert wurden, prinzipiell auch für die mittelbaren Zusagewege Geltung haben. Dass bei einer rückgedeckten Unterstützungskasse im Gegensatz zu einer Direktzusage bereits während der Anwartschaft eine Ausfinanzierung der Versorgungszusage erfolgt, sei kein Argument dafür, vom Erfordernis der Erdienbarkeit abzuweichen.

Die Ausführungen des BFH zur Erdienbarkeit beim Durchführungsweg Unterstützungskasse bestätigen die herrschende Rechtsmeinung und stellen insofern keine neuen Rechtsgrundsätze dar, jedenfalls soweit es sich um die erstmalige Erteilung bzw. die Erhöhung einer Zusage handelt.

b) Erdienbarkeit beim Wechsel des Durchführungswegs

Die Änderungsvereinbarung zur Versorgungszusage vom 12.11.2008, in der der Wechsel des Durchführungswegs sowie die inhaltliche Umgestaltung dokumentiert wurden, stellt nach Sicht des BFH „eine andere Form der betrieblichen Altersversorgung“ dar. Es handele sich hier nicht lediglich um „eine Formalie“. Vielmehr wurde in rechtlicher Hinsicht „eine wesentliche Statusänderung“ vorgenommen. Der Gesellschafter-Geschäftsführer erhalte in Gestalt der Unterstützungskasse einen neuen Vertragspartner und er verlöre hinsichtlich des noch zu erdienenden Teils der Altersversorgung, also hinsichtlich des Future-Service, zugleich seinen unmittelbaren Anspruch gegen die GmbH. Dass der Past-Service ausdrücklich von dem die verbleibende Dienstzeit betreffenden Versorgungsversprechen abgekoppelt wurde, belegt – so der BFH – ebenfalls den Charakter als Neuzusage.

In seiner weiteren Begründung führt der BFH aus, dass grundsätzlich dem Erdienbarkeitskriterium nur indizielle Bedeutung zukommt. Kann anderweitig sichergestellt werden, dass die Zusage mit der künftigen Arbeitsleistung des Gesellschafter-Geschäftsführers abgegolten werden kann, kann die Erdienbarkeit auch bei kürzeren Restdienstzeiten gewahrt sein. Im vorliegenden Fall sah der BFH hierfür jedoch keine Anhaltspunkte. Seines Erachtens stellte die Unterschreitung der Zehnjahresfrist um ein Jahr und acht Monate einen unzweifelhaften Verstoß gegen das Erdienbarkeitskriterium dar. Das von der Firma angeführte Argument, dass der Gesellschafter-Geschäftsführer aufgrund seiner herausragenden Tätigkeiten für die Firma durch die Zusage auch weiterhin an das Unternehmen gebunden werden sollte, überzeugte das Gericht nicht. Schließlich könne eine große Bedeutung des Geschäftsführers für eine Kapitalgesellschaft generell unterstellt werden.

6. Kritische Würdigung

Unstrittig ist, dass bei Erhöhung von Pensionszusagen das Kriterium der Erdienbarkeit erneut zu prüfen ist. Dies entspricht der ständigen Rechtsprechung¹⁶. Eine Verbesserung eines Teils der Zusage kann nur mit einer gleichzeitigen Verschlechterung eines anderen Teils einhergehen und erfolgt durch eine wertgleiche Umrechnung¹⁷.

Im vorliegenden Fall erfolgte zwar ebenfalls eine Umrechnung, jedoch war diese nicht wertgleich, da ein niedrigerer Rechnungszins in Höhe von 2,25% (Rechnungszins der Rückdeckungsversicherung der Unterstützungskasse) angesetzt wurde. Darüber hinaus erfolgte eine Änderung von Renten- in Kapitalzusage sowie eine Änderung bei der Hinterbliebenenversorgung.

Völlig zu Recht hat daher der Betriebsprüfer einen Teil der Unterstützungskassenzusage als verdeckte Gewinnausschüttung gewertet, und zwar in Höhe der verbesserten Zusage. Der Future-Service belief sich vor Übertragung auf die Unterstützungskasse auf 19.391,16 € Altersrente p.a. und danach auf 59.774,99 €. Dies entspricht einer Erhöhung der Zusage um 67,6%, und genau dieser Prozentsatz der Zuwendung an die Unterstützungskasse wurde von ihm als verdeckte Gewinnausschüttung gewürdigt.

Anzumerken ist, dass u.E. die tatsächliche Erhöhung der Versorgungszusage wie folgt zu ermitteln gewesen wäre:

Zunächst wird der Barwert (1) der kompletten Zusage vor Implementierung der inhaltlichen Änderungen berechnet. Dann wird der Barwert der umgestalteten Zusage (2) ermittelt (jeweils auf Basis der steuerlich anerkannten Rechnungsgrundlagen: Heubeck-Richttafeln 2005G, 6% Rechnungszins). Bei den Barwertermittlungen ist nicht nur die reine Altersversorgung mit einzubeziehen, sondern auch die Leistungen bei vorzeitigen Versorgungsfällen, also auch der Wegfall der 60%igen Witwenversorgung (auch im Bereich des Past-Service!) und die Todesfall-Leistung aus der Unterstützungskasse im Bereich des Future-Service. Die Erhöhung des Barwerts [(2) – (1)] zeigt dann auf, in welchem Umfang – absolut und prozentual – die Zusage verbessert wurde und welcher Anteil der Zuwendungen an die Unterstützungskasse aufgrund eines Verstoßes gegen das Erdienbarkeitskriterium als verdeckte Gewinnausschüttung zu behandeln ist.

Dem Wortlaut des Urteilstextes zufolge wurden die zugesagten Leistungen im Todesfall bei der Ermittlung der Zusageverbesserung nicht berücksichtigt.

Nicht nachvollziehbar ist jedoch die Ansicht des Bundesfinanzhofes und des vorinstanzlichen Finanzgerichtes, dass durch den Wechsel des Durchführungswegs in rechtlicher Hinsicht „eine wesentliche Statusänderung“ vorgenommen wurde, der Gesellschafter-Geschäftsführer einen neuen Vertragspartner erhalten habe und deshalb die Unterstützungskassenzusage in Gänze als Neuzusage zu werten ist. Genau das ist nicht erfolgt, denn bei einer Unterstützungskassenzusage erteilt der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer ein Versorgungsversprechen, das nicht vom Arbeitgeber selbst, sondern von der Kasse durch Leistungsgewährung erfüllt werden soll. Es handelt sich um eine mittelbare Versorgungszusage des Arbeitgebers¹⁸. Folglich ist keine wesentliche Statusänderung erfolgt.

16 Vgl. BFH-Urteil vom 25.6.2014 – I R 76/13 –, BFHE 246 S. 166 = BetrAV 2014 S. 675; BFH-Urteil vom 27.11.2013 – I R 17/13 –, BFH/NV 2014 S. 731 = BetrAV 2014 S. 401; BFH-Urteil vom 23.9.2008, a.a.O. (Fn. 13); BFH-Urteil vom 6.4.1979 – I R 39/76 –, BStBl. II 1979 S. 687 = E-BetrAV 70.7 Nr.8; FG Niedersachsen vom 22.4.2004 – 6 K 9/00 – (rkr.), EFG 2004 S. 1081.

17 Vgl. Keil/Prost, a.a.O. (Fn. 3), Rn. 178 ff. mit den dort angeführten Beispielen.
18 Vgl. Höfer/Veit/Verhuvén, Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung, Band II Steuerrecht, Kapitel 8, Rn. 1.

Darüber hinaus bleibt bei einer Übertragung der Pensionszusage auf eine Unterstützungskasse schlussendlich der Arbeitgeber Versorgungsschuldner. Er bedient sich nur eines anderen Durchführungswegs und ist darüber hinaus im Falle einer Nichtleistung der Unterstützungskasse in der Pflicht.

Erfolgt die Übertragung der Pensionszusage auf die Unterstützungskasse wertgleich, wie in dem Praxisfall unter 2. ausgeführt, so ist u.E. die Erdienbarkeit nicht erneut zu prüfen.

Dies ergibt sich indirekt auch aus den steuerlichen Regelungen zur Auslagerung auf Pensionsfonds, die in obigem Praxisfall unter 2. erläutert wurden. Durch die expliziten Regelungen zur wertgleichen Umrechnung für Pensionsfonds, durch die klar geregelt ist, was mit steuerlicher Wirkung auf einen Pensionsfonds übertragen werden kann, ergibt sich im Umkehrschluss, dass der Future-Service in Höhe dessen Anwartschaftsbarwertes auf eine Unterstützungskasse übertragen werden kann. Daher ist bei Nichtüberschreiten des Anwartschaftsbarwerts des Future-Service (in obigem Praxisbeispiel 111.060 €) bei Übertragung auf eine Unterstützungskasse von einer gleich hohen Gesamtversorgung auszugehen.

Weiterhin vermag auch die Argumentation des Bundesfinanzhofes, dass der Gesellschafter-Geschäftsführer hinsichtlich des noch zu erdienenden Teils der Altersversorgung, also hinsichtlich des Future-Service, zugleich seinen unmittelbaren Anspruch gegen die GmbH verloren habe, nicht zu überzeugen. Das Finanzgericht geht hier sogar von einem Verzicht auf den Future-Service aus. Dies widerspricht dem Wortlaut der Änderungsvereinbarung zur Pensionszusage im vorliegenden Fall. Hier ist klar von einem Wechsel des Durchführungswegs für den Future-Service die Rede. Anders wäre der Sachverhalt zu beurteilen gewesen, wenn auf den Future-Service verzichtet worden wäre und erst dann eine Unterstützungskassenzusage erteilt worden wäre.

7. Fazit

Zusammenfassend fordert der BFH für den im November 2008 geänderten Future-Service der Versorgungszusage ein erneutes Einhalten der Erdienbarkeitsfrist. Er stellt in seiner Begründung dieses Vorgehens nicht auf die inhaltliche Änderung ab, wonach die Umgestaltung der Zusage von Altersrente in Alterskapital, der Ausschluss der Witwenrente sowie die zwar nicht dem Wortlaut der Zusage zu entnehmende, doch faktisch vorliegende Umgestaltung von einer Leistungs- in eine beitragsorientierte Leistungszusage (auch für den Todesfall) und letztlich die – auf Basis der steuerlich anerkannten Rechnungsgrundlagen ermittelte – Erhöhung der Zusage insgesamt betrachtet zu einer Neuzusage führen. Vielmehr fokussiert der BFH in seiner Begründung auf den Wechsel des Durchführungswegs. In der Wahl eines neuen Durchführungswegs in Form der rückgedeckten Unterstützungskasse sieht er eine Neuzusage begründet, für die die Erdienbarkeitsfrist eingehalten werden muss.

Der Wortlaut des Urteils lässt die Vermutung zu, dass die Entscheidung ebenso ausgefallen wäre, wenn die Zusage inhaltlich nicht umgestaltet worden wäre. Wenn dies der Fall wäre, wäre in den letzten Jahren der aktiven Tätigkeit, in denen die Erdienbarkeitsfristen nicht mehr gewahrt werden können, keine Änderung des Durchführungswegs mehr möglich.

Es schließt sich zwangsläufig die Frage an, ob sich diese Sicht der Dinge nur auf den Future-Service bezieht oder auch auf den Past-Service, für den der Durchführungsweg im vorliegenden Fall nicht gewechselt worden war. Die pauschalen, im Hinblick auf den Wechsel des Durchführungswegs nicht zwischen Past- und Future-Service differenzierenden Aussagen des BFH könnten dies zulassen. Damit wäre

auch der Wechsel des Durchführungswegs zum Pensionsfonds innerhalb der letzten 10 Jahre (beim beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführer) oder drei Jahre (beim nicht-beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführer), und damit auch bei Rentenbeginn nicht möglich. Die Auswirkungen für die Praxis wären eklatant. Dies insbesondere im Zusammenhang mit dem einleitend beschriebenen ansteigenden Druck auf die Unternehmen, eine Bilanzbereinigung vorzunehmen.

Hier wäre eine Klarstellung der Finanzverwaltung äußerst wünschenswert, denn bei einer allgemeinen Anwendbarkeit des Urteils wäre auch eine Auslagerung von laufenden Leistungen auf eine Unterstützungskasse für Gesellschafter- und die Möglichkeit der Auslagerung auf einen Pensionsfonds, aber auch die schuldbefreiende Übernahme von Zusagen durch ein Lebensversicherungsunternehmen mittels Liquidationsversicherung mehr als fraglich. Insbesondere sollte von einer Veröffentlichung im BStBl. abgesehen werden, da das Urteil ansonsten generell und nicht nur über den entschiedenen Einzelfall hinaus anzuwenden wäre. Sollte es jedoch zu einer Veröffentlichung kommen, so wäre u.E. eine Stichtagsregelung zwingend erforderlich, da in der Praxis der gängigste Weg der Auslagerung die Übertragung des Past-Service auf Pensionsfonds und des Future-Service in Unterstützungskasse war und ist.