

# **Restrukturierungsmöglichkeiten von Versorgungszusagen an beherrschende Gesellschafter – Geschäftsführer („GGF-Zusagen“)**

Über einen langen Zeitraum erfreute sich die Direktzusage als Durchführungsweg der betrieblichen Altersversorgung für beherrschende Gesellschafter-Geschäftsführer (GGF) einer sehr großen Beliebtheit. Die bei der steuerlichen Rückstellungsbewertung maßgeblichen Vorgaben des § 6a EStG waren seinerzeit nicht weit von den Prognosen der Rückdeckungsversicherer entfernt, die inkl. Überschussanteilen teilweise Renditen von über 7% prognostizierten. Eine kongruente Ausfinanzierung war damit bei gleichzeitiger Nutzung der Gewinn mindernd wirkenden Pensionsrückstellungen, die insbesondere in den ersten Jahren die Aktivwerte der Rückdeckungsversicherung überstiegen, zunächst gegeben.

Nicht einkalkuliert war, dass sich die prognostizierten Renditen der Versicherer beinahe halbierten. Gleichzeitig stiegen die Lebenserwartungen. Dies führte zu dem weit verbreiteten Effekt, dass die Rückdeckungsmittel mittlerweile nicht einmal ausreichen, um den steuerlich auszuweisenden Teilwert der Pensionsrückstellung abzudecken. Dazu kommt, dass die Bewertungsvorgaben des § 6a EStG mittlerweile allgemein anerkannt deutlich zu niedrig sind.

Dies und nicht zuletzt die Auswirkungen des Bilanzrechtsmodernisierungsgesetzes (BilMoG), welches nächstes Jahr zu einer handelsrechtlich realistischeren Rückstellungsbewertung und damit zu einem Anstieg der Pensionsrückstellungen führen wird, haben zur Folge, dass sich der GGF über die Restrukturierung der einst durch sein Unternehmen gewährten Pensionszusage und über eine Trennung dieser Verpflichtung von dem Bilanzbild seiner Gesellschaft Gedanken machen sollte. Dies auch vor dem Hintergrund, dass die Verpflichtungen aus der Versorgungszusage die Attraktivität der Gesellschaft für Investoren oder potentielle Käufer i.d.R. deutlich schmälern.

Wird sich der GGF des tatsächlichen Verpflichtungsumfanges seiner Versorgung erstmals anlässlich solcher transaktionsbezogener Situationen bewusst, ist eine vollumfängliche Ausfinanzierung der eingegangenen Versorgungsverpflichtung aus Gründen des Liquiditätserhalts oft nur noch schwer möglich.

Dieser Beitrag soll die Möglichkeiten des Unternehmers, die eingegangenen Verpflichtungen zu restrukturieren, sie von dem Bilanzbild der eigenen Kapitalgesellschaft zu trennen

und ggf. das Verpflichtungsvolumen zukünftig zu begrenzen, auszuweisen beleuchten.

## I. Grundsätzliche Problematik und Verpflichtungsumfang der Pensionszusage

Die grundlegende Problematik bei bestehenden Pensionszusagen ist, dass die in der Steuerbilanz nach § 6a EStG auszuweisende Pensionsrückstellung nicht den tatsächlichen Verpflichtungsumfang eben dieses Rentenversprechens wiedergibt. Der Umfang dieser Verpflichtung beziehungsweise der Betrag, den ein objektiver Dritter, wie beispielsweise eine Versicherungsgesellschaft, zur Übernahme dieser Verpflichtung verlangen würde, ist je nach Bewertungszeitpunkt tatsächlich bis zu doppelt so hoch.

Auch der Käufer eines Unternehmens beziehungsweise ein anderweitiger Investor würde bei Kenntnis der Sachlage vernünftigerweise einen entsprechend höheren Wert vom Kaufpreis abziehen.

Das Institut der Wirtschaftsprüfer (IDW) hat bezogen auf diese Thematik in einer Presseinformation vom 16.1.2006 ausgeführt:

*„Verpflichtungen, die aus Versorgungszusagen der Unternehmen gegenüber ihren Arbeitnehmern resultieren, müssen bilanziell durch die Passivierung von Pensionsrückstellungen abgebildet werden. Die steuerlichen Regelungen gestatten es indes nicht, die tatsächliche wirtschaftliche Belastung der Unternehmen zutreffend widerzuspiegeln. Damit wird steuerlich ein zu hoher Gewinn ermittelt. Dessen Besteuerung entzieht dem Unternehmen Substanz, die zur Erfüllung der gegenüber den Arbeitnehmern eingegangenen Verpflichtungen erforderlich wäre.“*

Der Grund für diese Problematik liegt in den in § 6a EStG normierten Bewertungsvorgaben. Hiernach hat eine Abzinsung der Versorgungsleistungen auf den Bilanzstichtag mit einem Zinssatz von 6% zu erfolgen. Dieser im Rahmen der Passivierung der Pensionsrückstellungen anzusetzende Zinssatz entspricht jedoch bereits seit einigen Jahren nicht mehr den aktuellen Kapitalmarktzinsen. Sofern ein Versicherungsunternehmen eine Pensionsverpflichtung auf Garantiezinsbasis ausfinanzieren soll, setzt dies hierfür mittlerweile regelmäßig einen Garantiezins i.H.v. 2,25% an.

Bislang haben die meisten Unternehmen ihre Versorgungsverpflichtungen auch in der Handelsbilanz nach den Regeln des § 6a EStG bewertet. Der Hauptfachausschuss des Instituts der Wirtschaftsprüfer geht bereits seit 1987 davon aus<sup>1</sup>, dass der Teilwert nach § 6a EStG der gerade noch vertretbare unterste Wertansatz ist. Demgegenüber sieht das Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz (BilMoG) nach seiner Verkündung erstmals für die Jahresabschlüsse im Wirtschaftsjahr 2010 unter Annäherungen an die internationalen Bewertungsgrundsätze (IFRS/US-GAAP) eine realistischere Bewertung der Versorgungsverpflichtungen vor.

Der Deutsche Bundestag hat am 26. März 2009 das BilMoG verabschiedet. Bei der Bewertung von Versorgungsanwartschaften auf eine betriebliche Altersversorgung sieht nunmehr § 253 Abs. 2 HGB-E grundsätzlich vor, dass bei laufenden Rentenleistungen ebenso wie bei Anwartschaften der siebenjährige durchschnittliche Marktzins heranzuziehen ist. Dieser kann Wertpapieren mit einer durchschnittlichen Laufzeit von 15 Jahren entnommen werden und betrug hier noch in 2008 4,7%<sup>2</sup>. Darüber hinaus sind zukünftig Lohn- und Gehaltssteigerungen bei gehaltsbezogenen Versorgungszusa-

gen im Rahmen der Bewertung der Pensionsrückstellungen ebenso wie geschuldete Rentenerhöhungen zu berücksichtigen. Diese grundlegenden Annahmen der Berechnung sowie das angewendete versicherungsmathematische Berechnungsverfahren sind im Anhang der Bilanz anzugeben.

Diese neuen Bewertungsgrundsätze werden überwiegend zu einer spürbaren Erhöhung der handelsrechtlich zu passivierenden Pensionsrückstellungen führen. Art. 65 EGHGB sieht jedoch in Abs. 1 Satz 1 vor, dass die Unternehmen die Möglichkeit erhalten, diese Erhöhungen auf die folgenden 15 Wirtschaftsjahre zu verteilen. Sofern sie indes von diesem Recht Gebrauch machen, müssen sie die in der Handelsbilanz demnach nicht ausgewiesenen Rückstellungen für laufende Pensionen und Anwartschaften auf Pensionen sowie ähnliche Verpflichtungen gemäß Art. 65 Abs. 2 EGHGB-E im Anhang der Bilanz angeben. Damit gehen die entsprechenden Erhöhungen der Pensionsrückstellungen trotz Verteilung der handelsbilanziellen Zuführungen sofort in die Darstellung und Beurteilung der tatsächlichen Wirtschafts- und Ertragslage des jeweiligen Unternehmens ein.

Im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zum BilMoG hat der Gesetzgeber auch zu verstehen gegeben, dass er die steuerrechtlichen Rahmenbedingungen, die zu einem zu niedrigen Verpflichtungsausweis in der Steuerbilanz führen, nicht verändern will<sup>3</sup>.

Unabhängig von den zukünftigen Rechtsänderungen durch das BilMoG stellen derzeit noch die vielfältigen, rechtsfehlerhaften Ausgestaltungen der Pensionszusagen an beherrschende GGF das bedrohlichere Thema auf der Tagesordnung dar. Diese reichen von dem fehlenden Gesellschafterbeschluss bis hin zur fehlgeschlagenen Insolvenzversicherung, weil bspw. ein steuerunschädlich formulierter Widerrufsvorbehalt die Verpfändung der bestehenden Rückdeckungsversicherungen wertlos werden lässt.

## II. Möglichkeiten der Restrukturierung von Pensionszusagen

### 1. Allgemeines

Im Rahmen der Restrukturierung einer Pensionszusage an einen geschäftsführenden Gesellschafter kann vereinfacht zwischen den bereits erdienten Anwartschaften („Past Service“), die in die erdienten Besitzstände des Versorgungsberechtigten fallen, sowie die durch weitere Betriebstreue bis zum Renteneintritt noch zu erdienenden Anwartschaften („Future Service“) unterschieden werden. Denn die Behandlung von Past- und Future Service muss insbesondere unter steuerrechtlichen Gesichtspunkten unterschiedlichen Regelungen gerecht werden.

Im Rahmen der Übertragung von Versorgungsanwartschaften auf einen externen Versorgungsträger (Durchführungswegwechsel) ist des Weiteren zu beachten, dass diese i.d.R. nicht zu einer „Enthftung“ des Unternehmens im rechtlichen Sinne führt, da eine derartige Auslagerung regelmäßig nicht im Rahmen einer schuldbeitragenden Schuldübernahme im Sinne der §§ 415 ff. BGB, sondern vielmehr im Rahmen eines modifizierten Schuldbeitritts erfolgt, sodass der Versorgungsberechtigte einen weiteren Schuldner mit der Maßgabe erhält, sich zunächst an diesen zu wenden. Im Rahmen des Durchführungswegwechsels auf eine Unterstützungskasse gewährt diese historisch bedingt zwar keinen Rechtsanspruch, dennoch hat der Arbeitnehmer von der Unterstüt-

1 Hauptfachausschuss, Wpg 1987 S. 616 (618).

2 Höfer/Hagemann, DStR 2008 S. 1747 (1748).

3 Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf des BilMoG – BR-Drs. 344/08 (Beschluss).

zungskasse zunächst die Leistung zu erwarten<sup>4</sup>, und den Arbeitgeber trifft bei deren Leistungsunfähigkeit wiederum die Einstandspflicht aus der Grundverpflichtung des Arbeitsverhältnisses<sup>5</sup>. Bei Versorgungsanwartschaften bzw. Versorgungsleistungen von nicht beherrschenden Geschäftsführern, die in den Anwendungsbereich des BetrAVG fallen, ist dies per se normiert. So hat der Arbeitgeber nach § 1 Abs. 1 Satz 3 BetrAVG grundsätzlich für die zugesagten Leistungen einzustehen, und eine schuldbeitragende Schuldübernahme ist nach § 4 BetrAVG lediglich im Rahmen eines Arbeitgeberwechsels unter Zustimmung des Versorgungsberechtigten vorgesehen.

Bei dem GGF, der Kraft seiner beherrschenden Stellung auch nicht als arbeitnehmerähnliche Person i.S.d. § 17 Abs. 1 S. 2 BetrAVG unter den Schutzbereich des BetrAVG fällt, ergibt sich eine entsprechende Ausgestaltung regelmäßig aus den getroffenen zivilrechtlichen Vereinbarungen, sodass auch hier die eigene Kapitalgesellschaft i.d.R. immer für die Erfüllung der eingegangenen Versorgungsverpflichtungen einzustehen hat.

Daher kann im Rahmen eines Durchführungswegwechsels eine Enthftung in der Regel allein aus wirtschaftlicher Sicht erreicht werden, so z.B. wenn der externe Träger der Altersversorgung eine garantiert versicherungsförmig ausfinanzierte Leistung anbietet und einen entsprechend kalkulierten Betrag erhalten hat.

## 2. Unternehmer oder arbeitnehmerähnliche Person aus Sicht des BetrAVG

§ 17 Abs. 1 S. 2 BetrAVG erstreckt seinen Schutzbereich neben dem klassischen Arbeitnehmer ebenfalls auf arbeitnehmerähnliche Personen. Hiervon können nach Rechtsprechung des BGH Unternehmer in Form von Minderheitsgesellschaftern, die eine Kapitalbeteiligung von mehr als 10%, aber weniger als 50% halten, ausgenommen sein. Diese Personengruppen sind dann als Unternehmer zu qualifizieren und unterfallen sodann nicht mehr dem Schutzbereich des BetrAVG, wenn sie neben ihrer organschaftlichen Stellung als Geschäftsführer bzw. als Vorstand ebenfalls kraft ihrer Kapitalbeteiligung sowie ihrer Stellung in der Gesellschaft eine Leitungsmacht innehaben. Dieses ist dann der Fall, wenn der entsprechende Gesellschafter gemeinsam mit weiteren Gesellschaftern die Mehrheit der Gesellschaftsanteile innehat und keiner von ihnen alleine die Anteilsmehrheit besitzt<sup>6</sup>. Hierbei ist jedoch zu beachten, dass es bei der Bestimmung des persönlichen Anwendungsbereichs des BetrAVG nicht darauf ankommt, wie hoch die Kapitalbeteiligung zum Zeitpunkt der Erteilung der Zusage oder zum Zeitpunkt der Beurteilung des Status des jeweiligen Versorgungsberechtigten ist, sondern vielmehr über die gesamte Laufzeit der Versorgungszusage jeweils zu ermitteln ist, welche Teile der Zusage sich der jeweilige Versorgungsberechtigte als Unternehmer bzw. als arbeitnehmerähnliche Person verdient hat. Insofern erstreckt sich der Schutzbereich des BetrAVG auch nur auf die Besitzstände, die während der Zeit verdient worden sind, zu der die Kapitalbeteiligung des jeweiligen Versorgungsberechtigten bzw. seine Stellung im Unternehmen eine Anwendung des BetrAVG rechtfertigt<sup>7</sup>.

## 3. Die Leitungsfunktion des beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführers

Für den GGF ist aus steuerrechtlicher Sicht unter anderem die Frage von erheblicher Bedeutung, inwieweit er kraft seiner gesellschaftsrechtlichen Beteiligung bei der Erteilung oder der Änderung einer Pensionszusage dem Risiko einer verdeckten Gewinnausschüttung (vGA) ausgesetzt ist.

Bei der Überprüfung, ob die Ausgestaltung einer Versorgungszusage zu einer vGA führen kann, ist von indizieller Bedeutung, ob der Versorgungsberechtigte als ein beherrschender GGF einzustufen ist. Zwar ist ein Beherrschungsverhältnis für die allgemeine Beantwortung der Frage, ob eine vGA vorliegen kann, nicht erforderlich. Der beherrschende GGF wird jedoch besonderen Bedingungen des Fremdvergleichs unterworfen (Erfordernis vorheriger, klarer und eindeutiger, zivilrechtlich wirksamer sowie tatsächlich durchgeführter Vereinbarungen)<sup>8</sup>. Die Gefahr, dass eine Veranlassung der jeweiligen Gestaltungsmaßnahme in der gesellschaftsrechtlichen Beteiligung gesehen wird, die sich in der Annahme einer vGA realisiert, ist demnach am höchsten, wenn der Gesellschafter kraft seiner Beteiligung am Unternehmen eine Entscheidung in der Gesellschafterversammlung erzwingen kann<sup>9</sup>. Eine derartige Beherrschungsstellung ist regelmäßig ab einer Beteiligungsgröße von mehr als 50% gegeben<sup>10</sup>. Bei einer niedrigeren Stimmbeteiligung kann eine beherrschende Stellung im Einzelfall auch dann angenommen werden, wenn der Gesellschafter auf anderem Wege, z.B. aufgrund von vereinbarten Stimmbindungsverträgen, seinen Willen in der Gesellschafterversammlung durchsetzen kann<sup>11</sup>. Eine entsprechende beherrschende Stellung kann auch dann gegeben sein, wenn mehrere Gesellschafter mit gleich gerichteten Interessen, bei Stimmbündelung ihre gemeinsamen Interessen durchsetzen können. Dies kann beispielsweise dann der Fall sein, wenn zwei Gesellschaftern zeitgleich inhaltsgleiche Versorgungszusagen erteilt worden sind (in diesem Fall bilden sie eine beherrschende Personengruppe)<sup>12</sup>. Demgegenüber haben Familienangehörige nicht stets und zwingend die gleichen Interessen, sodass eine Zusammenrechnung der Stimmrechte hier nicht zwingend vorgenommen werden kann<sup>13</sup>.

Vor diesem Hintergrund sollte im Einzelfall, vor Erteilung bzw. Umgestaltung einer Versorgungszusage überprüft werden, inwieweit der GGF aufgrund seiner Stimmrechte sowie der tatsächlichen Ausgestaltung der Stimmmehrheiten eine beherrschende Stellung einnimmt.

## 4. Verzicht

Insbesondere ein unternehmerisch tätiger GGF trägt sich, wenn ihm das tatsächliche Ausmaß seiner Pensionszusage bewusst wird, mit dem Gedanken, auf seine Pensionszusage in Gänze oder teilweise zu verzichten. Insbesondere sofern es sich hierbei um bereits erdiente Anwartschaften handelt, ist dies steuerrechtlich äußerst problematisch. Der Verzicht auf eine Versorgungszusage durch den GGF führt stets zu einer Gewinnerhöhung beim Unternehmen, der jedoch in Höhe des Teilwerts der Forderung des Gesellschafters eine verdeckte Einlage kompensierend gegenübersteht. Dieser Teilwert ist unter Beachtung der allgemeinen Teilwertermittlungsgrundsätze nach den „Wiederbeschaffungskosten“ zu ermitteln. Hiernach kommt es darauf an, welchen Preis der Gesellschafter hätte aufwenden müssen, um eine gleich hohe

4 BAG, Urteil vom 3.2.1987 – 3 AZR 208/85 –, ZIP 1987 S.1278 = BetrAV 1987 S. 228; vom 11.2.1992 – 3 AZR 138/91 –, ZIP 1992 S. 1498 = BetrAV 1992 S. 262.

5 Höfer, BetrAVG, Bd. I – Arbeitsrecht, Rn. 199.

6 BGH, Urteil vom 15.9.1989 – II ZR 259/88 –, BetrAV 1990 S. 183; BGH, Urteil vom 9.6.1980 – II ZR 255/78 –, BetrAV 1980 S. 213.

7 Kisters-Kölkes in: Kemper, BetrAVG, 3. Auflage 2008, § 17 Rn. 14.

8 Gosch, KStG, § 8 Rn. 212.

9 I.E. Höfer, BetrAVG, Bd. II – Steuerrecht, Rn. 2841.

10 BFH, Urteil vom 13.12.1989 – I R 99/87 –, BFHE 159 S. 338; BFH, Urteil vom 9.4.1997 – I R 52/96 –, BFH/NV 1997 S. 808.

11 Gosch, KStG, § 8 Rn. 220.

12 BFH, Urteil vom 20.10.2004 – I R 4/04 –, BFH/NV 2005 S. 723.

13 BFH, Urteil vom 13.12.1989 – I R 99/87 –, a.a.O. (Fn.10).

Pensionsanwartschaft gegen einen vergleichbaren Schuldner zu erwerben. Der gemäß § 6a EStG ermittelte Teilwert der Pensionsverbindlichkeit der Kapitalgesellschaft ist für die Bemessung des Lohnzuflusses indes unbeachtlich<sup>14</sup>. In der Folge führt dies bei dem verzichtenden Gesellschafter zu einem fiktiven steuerpflichtigen Lohnzufluss in Höhe des Teilwertes der Pensionszusage<sup>15</sup>. Sofern der Teilwert der Pensionszusage höher liegt als der Wert der zuvor bei der Gesellschaft gemäß § 6a EStG gebildeten Pensionsrückstellung, führt dies zu einem unerwartet hohen Besteuerungsergebnis auf der Ebene des Gesellschafters.

Die Finanzverwaltung folgt der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs<sup>16</sup>.

Ein Verzicht auf eine erteilte und bereits erdiente und unter Teilwertgesichtspunkten werthaltige Pensionszusage ist demnach steuerlich grundsätzlich nicht sinnvoll oder zumindest risikobehaftet.

Diese Aussagen hinsichtlich eines Verzichts und der steuerlichen Folgen für einen beherrschenden GGF, der als Unternehmer zu qualifizieren ist, erstrecken sich jedoch nur auf erdiente Versorgungsanwartschaften.

Der Versorgungsberechtigte erhält im Rahmen einer erteilten Pensionszusage als Gegenleistung für seine Arbeitsleistung/seine Betriebstreue sukzessive Anwartschaften auf eine betriebliche Altersversorgung. Das bedeutet, er erdient sich durch seine Geschäftsführerdienstleistung zeiträtterlich die Anwartschaften auf eine betriebliche Altersversorgung. Die Gewährung von betrieblicher Altersversorgung ist damit eine Belohnung für geleistete Dienste und damit Entgelt im weiteren Sinne<sup>17</sup>. Auf die zukünftig noch zu erdienenden Besitzstände kann somit auch der unternehmerisch tätige GGF verzichten<sup>18</sup>.

Der Verzicht auf den Teil der zugesagten Versorgung, den sich der versorgungsberechtigte GGF noch nicht durch die geschuldete Erbringung seiner Dienste erdient hat und der somit im Rahmen der Teilwertermittlung nicht zu berücksichtigen ist, kann damit auch nicht zu der Realisierung einer verdeckten Einlage und dem korrespondierenden Lohnzufluss führen<sup>19</sup>.

## 5. Abfindung

### a) Abfindung einer Pensionszusage eines GGF

An dieser Stelle ist zunächst zu überprüfen, inwieweit der GGF tatsächlich beherrschend ist und damit das Abfindungsverbot aus § 3 BetrAVG gemäß § 17 Abs. 1 S. 2 BetrAVG keine Anwendung findet. Wäre es indes anwendbar, würde es sich auf Versorgungsanwartschaften erstrecken, die oberhalb der Bagatellgrenze „... 1 vom Hundert, bei Kapitalleistungen zwölf Zehntel der monatlichen Bezugsgröße nach § 18 des Vierten Buches Sozialgesetzbuch ...“ liegen und in zeitlichem oder sachlichem Zusammenhang mit dem Ausscheiden aus der Gesellschaft stehen<sup>20</sup>.

Zu beachten ist allerdings, dass die Auflösung einer Pensionszusage durch Zahlung einer Abfindung bei GGF ggf. zu einer vGA führen kann. Soweit eine Pensionszusage in der

Anwartschaftsphase beispielsweise noch nicht unverfallbar war, liegt eine vGA i.H.d. Abfindung vor<sup>21</sup>.

Fraglich ist, ob eine Abfindung einer unverfallbaren Pensionszusage überhaupt ohne Realisierung einer vGA bei einem beherrschenden GGF möglich ist, wenn das Arbeitsverhältnis weiter fortbesteht. Einer Ansicht in der Literatur zufolge ist hierbei stets eine vGA realisiert<sup>22</sup>:

Dieser Ansicht zufolge liegt in einem solchen Fall deswegen regelmäßig eine vGA nach § 8 Abs. 3 S. 2 KStG vor, weil ein Fremdgeschäftsführer einer entsprechenden einvernehmlichen Abfindung nicht zustimmen würde. Dies vor dem Hintergrund, dass er damit gleichsam auf ein weiteres Aufbauen von Versorgungsanwartschaften verzichten würde. Ferner würde ein verständiger Fremdgeschäftsführer nicht auf seinen gesetzlich nach § 7 BetrAVG garantierten Insolvenzschutz verzichten, den er im Rahmen einer Abfindung verlieren würde. Schließlich würde ein Fremdgeschäftsführer auch deswegen von einer Abfindung Abstand nehmen, weil er den Abfindungsbetrag im Zuflussjahr versteuern müsse. Sofern es um einen Sanierungsbeitrag ginge, sei dieser auch durch einen schlichten Verzicht zu erreichen.

Dieser Ansicht kann u.E. nicht gefolgt werden. Unter einer vGA i.S.d. § 8 Abs. 3 S. 2 KStG ist bei einer Kapitalgesellschaft eine Vermögensminderung (verhinderte Vermögensmehrung) zu verstehen, die durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst ist, sich auf die Höhe des Unterschiedsbetrages gem. § 4 Abs. 1 S. 1 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG auswirkt und in keinem Zusammenhang zu einer offenen Ausschüttung steht<sup>23</sup>. Die Veranlassung durch das Gesellschaftsverhältnis wird dann angenommen, wenn die Kapitalgesellschaft ihrem Gesellschafter einen Vermögensvorteil zuwendet, den ein Geschäftsführer bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters einem Nichtgesellschafter nicht gewährt hätte<sup>24</sup>. Im Rahmen eines Fremdvergleichs ist also regelmäßig auf den Fremdgeschäftsführer abzustellen<sup>25</sup>. Aufgabe eines ordentlichen und gewissenhaften (Fremd-)Geschäftsführers ist es nach den zuvor beschriebenen Anforderungen, unmittelbar im unternehmerischen Interesse der Körperschaft und damit nur mittelbar im Interesse der Gesellschafter, nicht aber unmittelbar im Interesse einzelner Gesellschafter zu handeln<sup>26</sup>. Der Fremdgeschäftsführer selbst unterliegt gem. § 17 BetrAVG dem Schutz des BetrAVG. Dieses sieht gerade die Abfindung von Anwartschaften aktiver Arbeitnehmer auch oberhalb der Bagatellgrenze vor, wohingegen § 3 BetrAVG für die Anwartschaft ausgeschiedener Arbeitnehmer sowie von laufenden Rentenleistungen ein Abfindungsverbot regelt. Daher kann insbesondere die Anwartschaft eines aktiven Fremdgeschäftsführers abgefunden werden, sodass im Rahmen des Fremdvergleichs für den beherrschenden GGF nichts anderes gelten kann. Zudem hat die Abfindung für die Körperschaft eine komplett enthaftende Funktion, und der Abfindungsbetrag ist i.d.R. niedriger als der Betrag, den ein Versicherer für eine garantierte Ausfinanzierung verlangen würde. Auf die von der anderen Ansicht aufgeführten Argumente, die im Rahmen eines objektiven Drittvergleichs insgesamt auf eine fiktive und subjektive Entscheidung eines Fremdgeschäftsführers abstellen, kann es an dieser Stelle nicht ankommen, wenn bereits das Gesetz objektiv und ausschließlich dem Fremdgeschäftsführer, der sich in einem aktiven Beschäftigungsverhältnis befindet, die Abfindungsmöglichkeit auch dann eröffnet, wenn es sich nicht nur um Bagatellanwart-

14 BFH, Urteil vom 15.10.1997 – I R 58/93 –, BetrAV 1998 S. 53.

15 BFH, Urteil vom 15.10.1997, a.a.O. (Fn. 14); BFH, Beschluss vom 9.6.1997 – GrS 1/94 –, BetrAV 1998 S. 27.

16 H 40 KStR 2004.

17 BFH, Urteil vom 13.12.1961 – I R 321/60 –, BStBl. 1962 S. 243 = BetrAV 1962 S. 58.

18 A.A. Janssen, NWB 2009 S. 796.

19 I.E. H 40 KStR 2004.

20 Kisters-Kölkes, a.a.O. (Fn. 7), § 3 Rn. 23.

21 BFH, Urteil vom 9.2.2005 – X B 147/04 –, n.v.

22 Blomeyer/Rolfs/Otto, Betriebsrentengesetz, 4. Auflage 2006, StR F Rn. 348.

23 R 36 (1) S. 1 KStR 2004.

24 H 36 (3) KStH 2004.

25 Höreth in: Ernst&Young, Verdeckte Gewinnausschüttung und verdeckte Einlagen, Stand Januar 2009, Fach 3 A 30.

26 Höfer, BetrAVG, Bd. II – Steuerrecht, Rn. 2821.

schaften handelt. Dies ergibt sich ebenfalls daraus, dass im Rahmen der Beantwortung der Frage, ob eine vGA vorliegt, darauf abzustellen ist, was ein ordentlicher und gewissenhafter Fremdgeschäftsführer im Interesse der Körperschaft tun würde. Die Berücksichtigung der eigenen Interessen des Dienstverpflichteten hat hierbei außen vor zu bleiben. Jedoch ist beiden Interessen Genüge getan, sofern lediglich die im BetrAVG vorgesehenen Handlungsmöglichkeiten ausgeschöpft werden.

Ferner führt das BMF<sup>27</sup> zu diesem Thema aus, dass ein Abfindungsrecht, das sich für aktive Anwärter nach dem Barwert der künftigen Pensionsleistungen i.S.v. § 6a Abs. 3 S. 2 Nr. 1 EStG (d.h. der volle, unquotierte Anspruch) zum Zeitpunkt der Abfindung bemisst, unschädlich ist. Eine Abfindung einer Pensionszusage bei beherrschenden GGF ist also nach einkommensteuerrechtlichen Grundsätzen möglich.

Als problematisch ist indes die Höhe des gezahlten Abfindungsbetrages anzusehen<sup>28</sup>, denn der korrekte Abfindungsbetrag ist unter Berücksichtigung der Vorgaben der Finanzverwaltung<sup>29</sup> stets versicherungsmathematisch zu bestimmen.

#### b) Schriftformerfordernis bei der Abfindungsklausel?

Zivilrechtlich ist eine Abfindung der erteilten Pensionszusage im Rahmen der Privatautonomie möglich. Sofern diese Möglichkeit bereits in der Zusage schriftlich niedergelegt ist, führt eine entsprechende Abfindung zu einem ertragswirksamen Auflösen der Pensionsrückstellung sowie zum Lohnzufluss beim Versorgungsberechtigten nach dem Regelwerk des § 19 EStG. Dieser Lohn stellt für das Unternehmen Aufwand dar.

Hinsichtlich der Voraussetzungen für die steuerliche Anerkennung von Pensionszusagen macht die Finanzverwaltung indes Vorgaben. Das Bundesministerium der Finanzen hat hinsichtlich eines Schriftformerfordernisses für Abfindungsklauseln Folgendes festgelegt<sup>30</sup>:

*„Die Regelungen zum Schriftformerfordernis nach dem BMF-Schreiben vom 28.8.2001 gelten für in Pensionszusagen enthaltenen Abfindungsklauseln entsprechend. Wird das Berechnungsverfahren zur Ermittlung der Abfindungshöhe nicht eindeutig und präzise schriftlich fixiert, scheidet die Bildung einer Pensionsrückstellung insgesamt aus.“*

Zum Schriftformerfordernis für die steuerliche Anerkennung von Pensionszusagen im Allgemeinen enthält das BMF-Schreiben vom 28.8.2001 folgende Vorgaben<sup>31</sup>:

*„Voraussetzung für die steuerliche Anerkennung einer Pensionsrückstellung nach § 6a EStG ist u.a. eine schriftlich erteilte Pensionszusage (§ 6a Abs. 1 Nr. 3 EStG). Die Vereinbarung muss neben dem Zusagezeitpunkt eindeutige und präzise Angaben zu Art, Form, Voraussetzungen und Höhe der in Aussicht gestellten künftigen Leistungen enthalten [...]. Sofern es zur eindeutigen Ermittlung der in Aussicht gestellten Leistungen erforderlich ist, sind auch Angaben für die versicherungsmathematische Ermittlung der Höhe der Versorgungsverpflichtung (z.B. anzuwendender Rechnungszinsfuß oder anzuwendende biometrische Ausscheidewahrscheinlichkeiten) schriftlich festzulegen.“*

*Sind die genannten Angaben nicht vorhanden, scheidet die Bildung einer Pensionsrückstellung jedenfalls in der Steuerbilanz aus.“*

27 BMF-Schreiben vom 6.4.2005 – IV B 2 – 2176 – 10/05 –, BetrAV 2005 S. 381.

28 Langohr-Plato, Rechtshandbuch betriebliche Altersversorgung, 4. Auflage 2007, C Rn. 1936.

29 BMF-Schreiben vom 6.4.2005, a.a.O. (Fn. 27).

30 BMF-Schreiben vom 6.4.2005, a.a.O. (Fn. 27).

31 BMF-Schreiben vom 28.8.2001 – IV A 6 – S 2176 – 27/01 –, BStBl. I S. 594 = BetrAV 2001 S. 1316.

Die wirksame Bildung einer Pensionsrückstellung hängt demnach von der Erfüllung bestimmter Voraussetzungen ab: Die Abfindungsklausel muss zum Zeitpunkt der Pensionszusage unter Einhaltung der Schriftformerfordernisse vereinbart worden sein. Ansonsten scheidet die Bildung einer Pensionsrückstellung insgesamt aus. Die Abfindung der Pensionszusage eines beherrschenden GGF ist aber dennoch zivilrechtlich jederzeit möglich.

Enthält die Pensionszusage keine Abfindungsklausel und es soll trotzdem abgefunden werden, ist die Pensionsrückstellung bereits wegen des Verstoßes gegen das Schriftformerfordernis ertragswirksam aufzulösen. Fraglich ist jedoch, ob die Rückstellung ex nunc (von nun an) oder ex tunc (von Anfang an) aufzulösen ist. Erfolgt die Auflösung rückwirkend zum Zeitpunkt der Pensionszusage (ex tunc) anstatt zum Zeitpunkt der Abfindungszahlung (ex nunc), besteht das Risiko erheblicher Zahlungsverpflichtungen aus der Vollverzinsung (derzeit 6% p. a.) ggf. entstehender Steueransprüche. Soweit sie ex nunc erfolgt, führt dies bei einer Aufhebung der entsprechenden Pensionszusage zunächst lediglich zu einer ertragswirksamen Auflösung der passivierten Pensionsrückstellung.

Darüber hinaus ist fraglich, ob dieses nachträgliche Abfinden der Pensionszusage eines beherrschenden GGF zu einer vGA führt, sofern es an der oben beschriebenen schriftlichen Abfindungsklausel fehlt. Liegt eine vGA vor, führt dies beim GGF zu Einkünften aus Kapitalvermögen.

Zur Vermeidung einer vGA ist grundsätzlich zu beachten, dass das Erfordernis einer vorherigen, klaren und eindeutigen, zivilrechtlich wirksamen sowie tatsächlich durchgeführten Abfindungsvereinbarung besteht, die auf Legitimation der Gesellschafterversammlung erfolgte.

Unserer Auffassung nach gibt es bei Beachtung dieser strengen formalen Vorgaben keinen Grund, den GGF schlechter zu stellen als jeden anderen Arbeitnehmer. Zur Annahme einer vGA müsste die Abfindung durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst sein und dem Fremdvergleich mit einem Fremdgeschäftsführer nicht standhalten können. Wie bereits beschrieben, kann ein Fremdgeschäftsführer, der dem grundsätzlichen Abfindungsverbot des § 3 BetrAVG unterliegt, im laufenden Arbeitsverhältnis einvernehmlich abgefunden werden. Dies erfolgt auch nicht zum Nachteil der Gesellschaft, wenn die Abfindung zu einem aus Sicht der Finanzverwaltung wertgleichen Betrag erfolgt und die Gesellschaft hierdurch nachhaltig enthaftet wird.

Demnach lässt sich nicht ausschließlich aus dem Fehlen einer entsprechenden Abfindungsklausel ableiten, der Pensionszusage würde ein unabdingbarer Bestandteil fehlen, sodass zwangsläufig eine vGA vorliegt.

#### 6. Auslagerung auf externe Versorgungsträger

Aufgrund der eingangs bereits dargestellten grundsätzlichen Problematik von Pensionszusagen, die aus den unrealistischen Bewertungsvorgaben des § 6a EStG resultieren sowie aus den durch das BilMoG zu erwartenden Änderungen, die hinsichtlich der Bewertung der passivierten Pensionsrückstellungen i.d.R. zu einer handelsrechtlichen Verschlechterung des Bilanzbildes führen, sind viele Unternehmer motiviert, die eingegangenen Pensionsverpflichtungen aus der Bilanz ihrer Gesellschaft herauszulösen.

Entgegen der Auffassung von Janssen<sup>32</sup> zeigt die praktische Erfahrung aus einer Vielzahl von Unternehmenstransaktionen, dass die bilanzierten Pensionsverbindlichkeiten insbe-

32 Janssen, a.a.O. (Fn. 17).

sondere des beherrschenden GGF regelmäßig eine Belastung im Verkaufsfall darstellen. Den Kaufinteressenten bzw. ihren Beratern ist mittlerweile bewusst, dass die Bewertungsvorgaben des § 6a EStG, die nach aktueller Rechtslage auch oft bei der handelsrechtlichen Bewertung herangezogen werden, unrealistisch niedrig sind.

Auch ist *Janssens* Ausführungen<sup>33</sup> nicht zuzustimmen, dass der GGF im Verkaufsfall regelmäßig auf seine einst erteilte Pensionszusage verzichtet oder sich abfinden lässt. Der Verzicht ist aus den oben<sup>34</sup> dargestellten Gründen steuerlich als äußerst problematisch einzustufen. Die Abfindung der verdienten Versorgungsanswartschaften ist vor dem Risiko der Realisierung einer vGA zu sehen, wenn der GGF im Rahmen der Unternehmenstransaktion aus dem Unternehmen ausscheidet. In diesem Fall würde ein Fremdgeschäftsführer hinsichtlich einer Anwartschaft oberhalb der Bagatellgrenze einem Abfindungsverbot nach § 3 BetrAVG unterliegen. Ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsführer würde eine entsprechende, unwirksame Abfindungsvereinbarung nicht treffen. Damit dürfte das Risiko einer vGA auf der Hand liegen.

#### a) Auslagerung des verdienten Teils (Past Service) auf einen Pensionsfonds

Zur Übernahme von bereits verdienten Versorgungsanswartschaften per Einmalbeitrag eignet sich primär der Pensionsfonds, der hierzu steuerlich privilegiert ist.

Gemäß § 3 Nr. 66 EStG i.V.m. § 4e Abs. 3 EStG kann der hierfür zu leistende Einmalbetrag auf Antrag in Höhe des Teilwertes der Rückstellung, die im Zuge des Durchführungswegwechsels ertragswirksam aufzulösen ist, sofort als Betriebsausgabe geltend gemacht und der die Rückstellung übersteigende Betrag auf die folgenden zehn Wirtschaftsjahre verteilt werden<sup>35</sup>. Sofern der Pensionsfonds die verdienten Versorgungsanswartschaften vollumfänglich übernimmt, ist die in der Steuerbilanz passivierte Pensionsrückstellung vollumfänglich aufzulösen<sup>36</sup>. Dies gilt selbst dann, wenn der an den Pensionsfonds zu leistende Einmalbeitrag niedriger ist als die aufzulösende Rückstellung und nicht zur vollumfänglichen Finanzierung der Versorgungsverpflichtung ausreicht, da keine unmittelbare Versorgungszusage mehr besteht, die für eine Passivierung gemäß § 6a EStG Voraussetzung wäre<sup>37</sup>.

Entscheidet sich der Arbeitgeber für den Antrag nach § 4e Abs. 3 EStG, führt die Leistung des Arbeitgebers an den Pensionsfonds nicht zu einem steuerlichen Zufluss beim Versorgungsberechtigten. Für den Versorgungsberechtigten sind die später fälligen Pensionsfondsleistungen – im Unterschied zur bisherigen Zusage – nach § 22 Nr. 5 S. 1 EStG als sonstige Einkünfte zu versteuern. Durch die 7. Novelle des VAG ist der Pensionsfonds nach § 112 Abs. 1a VAG nicht mehr gezwungen, eine Garantieleistung auszuweisen, die regelmäßig zu einem kalkulierten Rechnungszins der Versicherungswirtschaft von 2,25% führt. Hierdurch kann der Pensionsfonds zugunsten eines niedrigeren Einmalbetrages mit einer deutlich höheren Rendite kalkulieren, i.d.R. 4-5%. Wird die erforderliche Rendite nicht erwirtschaftet oder ergeben sich Änderungen bei den biometrischen Risiken, bleibt der Arbeitgeber allerdings im Ergebnis nachschusspflichtig. Diese zu leistenden Nachschüsse können dann wiederum nur über die folgenden zehn Wirtschaftsjahre ab dem Zeitpunkt der Zahlung steuerlich als Aufwand verteilt werden<sup>38</sup>.

<sup>33</sup> *Janssen*, a.a.O. (Fn. 17).

<sup>34</sup> S.o. II.4.

<sup>35</sup> BMF-Schreiben vom 26.10.2006 – IV B 2 – S 2144-57/06 –, BetrAV 2006 S. 753.

<sup>36</sup> *Höfer*, BetrAVG, Bd. II – Steuerrecht, Rn. 2350.

<sup>37</sup> *Pott/leske* in: *Kolvenbach/Sartoris* (Hrsg.), *Bilanzielle Auslagerung von Pensionsverpflichtungen*, 2004, S. 172 (194 f.).

<sup>38</sup> BMF Schreiben vom 26.10.2006, a.a.O. (Fn. 35).

In der Handelsbilanz ist die Pensionsrückstellung bei einem Durchführungswegwechsel von einer Direktzusage auf einen Pensionsfonds insoweit aufzulösen, als der Pensionsfonds sie rechtswirksam übernommen hat. Denn für den übernommenen Teil ist der Rechtsgrund i.S.d. § 249 Abs. 3 S. 2 HGB entfallen. Der Pensionsfonds wird tatsächlich nur für die Erfüllung solcher Versorgungsanswartschaften einen nachhaltigen Rechtsanspruch gewähren, die nach seinen Kalkulationen, die sich wiederum aus dem aufsichtsrechtlich genehmigten Pensionsplan ergeben, zum Übertragungsstichtag ausfinanziert ist. Insofern kommt es unserer Auffassung nach nicht darauf an, ob der aufgrund des aufsichtsrechtlich genehmigten Pensionsplans kalkulierte Einmalbeitrag der Höhe nach dem aufzulösenden handelsrechtlichen Rückstellungswert entspricht; ungeachtet dessen, dass dieser regelmäßig höher sein dürfte. Es reicht vielmehr aus, wenn der Pensionsfonds aufgrund seiner eigenen Kalkulationen mittels des erhaltenen Einmalbeitrages ausfinanziert ist. Sofern sich nachfolgend aufgrund von Zinsschwankungen bzw. der Änderung biometrischer Risiken nach den Kalkulationen des Pensionsfonds eine Unterdeckung ergibt, hinsichtlich derer der Arbeitgeber später, beispielsweise bei Leistungseintritt, nachschussverpflichtet ist, so ist hierfür handelsrechtlich eine sonstige Rückstellung zu bilden. Für die Anwendung des Art. 28 EGHGB ist hierbei unserer Auffassung nach kein Raum. Es wird jedoch immer auf die Ausgestaltung des Pensionsfondsvertrages bzw. des Pensionsplanes im Einzelfall ankommen.

#### b) Auslagerung der noch zu erdienenden Versorgungsanswartschaften (Future Service) auf eine Unterstützungskasse

Der Future Service, also der durch weitere Dienste seitens des GGF noch zu erdienende Teil seiner Versorgungszusage, kann zudem im Rahmen des § 4d EStG grundsätzlich auf eine Unterstützungskasse übertragen werden. Hierbei bietet sich insbesondere die Auslagerung auf eine kongruent rückgedeckte Unterstützungskasse der Versicherungswirtschaft an. In § 4d Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Buchst. c EStG werden die Voraussetzungen genannt, unter denen eine Versicherungsprämie für die Rückdeckung der betrieblichen Altersversorgung eines Leistungsanwärters beim Trägerunternehmen als Betriebsausgabe abzugsfähig ist. Im Rahmen dieser Anforderungen ist die Prämie jährlich zu entrichten und muss vom Versicherungsbeginn bis zum Beginn der Altersleistung gleich bleiben oder steigen, sie darf also nicht fallen. Dies gibt dem Unternehmen die Möglichkeit, die Ausfinanzierung des Future Service vollumfänglich über die Laufzeit als Betriebsausgabe geltend zu machen, und für den GGF wird eben dieser ausgelagerte Teil seiner Versorgung weitestgehend von seinem Unternehmen wirtschaftlich „entkoppelt“.

Die „Werthaltigkeit“ der Unterstützungskasse selbst unterliegt zudem keiner steuerbilanziellen Aktivierungspflicht.

Hinsichtlich der vertraglichen Ausgestaltung kann über den Durchführungsweg der Unterstützungskasse eine unmittelbare Leistungszusage wie auch eine beitragsorientierte Leistungszusage abgebildet werden. Die beitragsorientierte Leistungszusage erhält das Versprechen, eine in Abhängigkeit vom zugesagten Beitrag definierte Versorgungsleistung zu erbringen<sup>39</sup>. Die Höhe der zugesagten Versorgungsleistung ergibt sich bei dem Durchführungsweg der Unterstützungskasse aus dem zugesagten Beitrag in Verbindung mit der Leistungsfähigkeit der Unterstützungskasse.

Eine entsprechende Umstellung der Zusageart von einer reinen Leistungszusage auf eine beitragsorientierte Leistungszu-

<sup>39</sup> *Langohr-Plato*, a.a.O. (Fn. 28), Rn. 236.

sage bietet sich an, da so der zukünftige Versorgungsaufwand über die definierten Beiträge planbar wird.

Selbst wenn die so zugesagte Leistung von dem ursprünglich erdienbaren Future Service abweicht, ist hiermit bei negativer Abweichung unserer Auffassung nach keine verdeckte Einlage realisiert, da der GGF auch auf den noch zu erdienenden Teil seiner Versorgung in Gänze verzichten könnte<sup>40</sup>.

Sollten die aus der beitragsorientierten Leistungszusage resultierenden Leistungen hingegen höher sein als die ursprünglich für den Future Service über die Pensionszusage zugesagten Leistungen, so kann dieses u.E. nicht zu einer verdeckten Gewinnausschüttung führen – sofern die Versorgungsbezüge insgesamt angemessen sind –, da es sich um eine Anpassung für die Zukunft und noch durch zukünftige Betriebstreue zu erdienende Versorgungsanwartschaften handelt. Es bleiben jedoch die übrigen Voraussetzungen zur Vermeidung einer vGA zu beachten (Erfordernis vorheriger, klarer und eindeutiger, zivilrechtlich wirksamer sowie tatsächlich durchgeführter Vereinbarungen).

Handelsrechtlich sind bei einer entsprechenden Gestaltung des Future Service keine Pensionsrückstellungen auszuweisen und die Werthaltigkeit des Kassenvermögens ist ebenfalls nicht aktivierungspflichtig. Sofern das Rückdeckungsversicherungsprodukt, in das die Unterstützungskasse investiert, sicherstellt, dass das zu verrentende Kapital als Summe der zugesagten Beitragsbausteine und die sich hieraus ergebenden Leistungen von der Unterstützungskasse wirtschaftlich erbracht werden, kann es bei einer entsprechenden vertraglichen Ausgestaltung auch nicht zu einer Unterdeckung des Kassenvermögens und damit einer Anhangsangabepflicht nach Art. 28 Abs. 2 EGHGB kommen.

### III. Fazit

Es bleibt abschließend festzuhalten, dass eine Restrukturierung der Versorgungszusage eines beherrschenden GGF oft erforderlich ist, um finanziellen Risiken für die Gesellschaft oder für den Gesellschafter wirksam zu begegnen. Je früher hiermit begonnen wird, umso mehr Handlungsmöglichkeiten sind i.d.R. eröffnet. Unabhängig davon sollten die zu erwartenden, z.T. einschneidenden Auswirkungen des BilMoG anregen, sich mit dem Status Quo bestehender Versorgungszusagen an beherrschende GGF zu beschäftigen.

Hierbei haben die vorstehenden Ausführungen gezeigt, dass der Verzicht i.d.R. kein probates Mittel darstellt, um eine steuerunschädliche Befreiung der Gesellschaft von der Pensionsverpflichtung zu erreichen. Auch die Abfindung kann für den GGF aus steuerlicher Sicht risikobehaftet sein.

Die Auslagerung auf externe Versorgungsträger und/oder der Verzicht auf zukünftig zu erdienende Anwartschaften können zu einer dauerhaften Entlastung der Gesellschaft führen und das Bilanzbild nachhaltig verbessern.

Der Erfolg derartiger Restrukturierungsmaßnahmen wird – angesichts der regelmäßig komplexen rechtlichen und steuerlichen Konzeptionen – jedoch entscheidend davon abhängen, ob das notwendige Zusammenspiel zwischen Rechts- und Steuerberatung sowie den jeweiligen Produktberatern reibungslos funktioniert. Nur wenn dies gelingt, wird den bestehenden Problemstellungen qualifiziert begegnet werden können.

---

40 S.o. II.4.