

Leseprobe zu



Tillmann/Mohr

GmbH-Geschäftsführer

Rechts- und Steuerberatung, Vertragsgestaltung.

10. neu bearbeitete und erweiterte Auflage, 2013, 441 Seiten, gebunden, Handbuch, 16 x 24cm

ISBN 978-3-504-32180-2

74,80 €

be der KG. Dies gilt jedoch dann nicht – mit der Folge der Einordnung der gezahlten Vergütung als Sonderbetriebseinnahme des jeweiligen Kommanditisten –, wenn ein geschäftsführender Kommanditist die Leistungen über eine nur formal zwischengeschaltete Schwester-GmbH erbringt¹.

Der BFH ging früher davon aus, dass die Geschäftsführung durch die Komplementär-GmbH Teil ihrer nicht steuerbaren Beitragsleistung gegenüber der Personengesellschaft war. Selbst wenn die Tätigkeit durch Einzelentgelt abgegolten wurde, fielen daher weder Umsatzsteuer an, noch war die Komplementärin insoweit vorsteuerabzugsberechtigt². Diese Auffassung wurde durch ein BFH-Urteil aus 2002 geändert³. Danach sind Geschäftsführungs- und Vertretungsleistungen des Gesellschafters gegenüber der Personengesellschaft, wenn sie gegen Sonderentgelt erbracht werden und nicht durch die Gewinnbeteiligung abgegolten sind, **umsatzsteuerbar**. Zumindest in den Fällen, in denen die Komplementär-GmbH ein direktes Entgelt für die Geschäftsführung erhält, müsste danach auf dieses Entgelt Umsatzsteuer anfallen. Allerdings hat der BFH dies in einer Entscheidung aus dem Jahre 2010⁴ wieder relativiert und stellt stärker auf die Weisungsabhängigkeit ab. Die Finanzverwaltung, die zunächst ebenfalls zwischen umsatzsteuerpflichtigem Sonderentgelt und umsatzsteuerfreier Gewinnbeteiligung differenziert hatte⁵, verweist aktuell ohne weitere Erläuterung⁶ auf die vorstehend zitierte BFH-Entscheidung aus 2010, müsste also nunmehr auch auf die Weisungsgebundenheit abstellen⁷.

IV. Altersversorgung

1. Gesteigerte Bedeutung der Pensionszusage und Gestaltungsmöglichkeiten

Pensionszusagen sind als Grundstock der Altersversorgung sowohl für den Fremdgeschäftsführer als auch für den Gesellschafter-Geschäftsführer immer noch von erheblicher praktischer Bedeutung. Für den Geschäftsführer hat die Pensionszusage schon deshalb einen hohen Stellenwert, weil die gesetzliche Sozialrente bei weitem nicht ausreicht, seinen gewohnten Lebensstandard aufrechtzuerhalten. Obwohl die Verbreitung der Pensionszusage in

1 BFH v. 6.7.1999 – VIII R 46/94, GmbHR 1999, 1052.

2 BFH v. 17.7.1980 – V R 5/72, BStBl. II 1980, 622 = GmbHR 1980, 282; Kühnel, GmbHR 1982, 136.

3 BFH v. 6.6.2002 – V R 43/01, GmbHR 2002, 1039 = DStR 2002, 1346.

4 BFH v. 14.4.2010 – XI R 14/09, DB 2010, 2088 = GmbHR 2010, 1225.

5 BMF-Schreiben v. 31.5.2007 – IV A 5 - S 7100/07/0031, BStBl. I 2007, 503 = GmbHR 2007, 893.

6 UStAE zu § 2 UStG, 2.2 (2) Satz 3.

7 S. i.E. zu dieser unübersichtlichen Situation oben Rz. 20.

den letzten Jahren zurückgegangen ist¹, hat diese Form der Altersversorgung für die Beratungspraxis immer noch erhebliche Bedeutung.

➤ **Gestaltungshinweis:** Ungeachtet der praktischen Bedeutung und der steuerlichen Vorteile (steuerwirksames Ansparen für die Altersversorgung durch Rückstellungsbildung) muss man die Nachteile beachten: Im Falle von Unternehmensverkäufen, bei Nachfolgeregelungen und in der Krise der GmbH stellen sich Pensionszusagen oft als wirtschaftliche Belastungen heraus, die Hindernisse für die jeweils gewünschte Gestaltung sind².

334 Zur Festlegung der Höhe der Bezüge aus der Altersversorgung bestehen grundsätzlich folgende Möglichkeiten:

- Anknüpfung an die Höhe des letzten, vor der Beendigung der Geschäftsführertätigkeit liegenden Festgehalmtes;
- Dynamisierung der späteren Rente durch laufende Anpassung an die Entwicklung in bestimmten Gehaltsgruppen (z.B. Bundesbeamte);
- Anrechnung evtl. Ansprüche aus dem gesetzlichen Rentensystem (zur Geltung der gesetzlichen Rentenversicherung s. unten Rz. 48 ff.).

335 Die Regelungen der betrieblichen Altersversorgung durch das **Altersvermögensgesetz (AVmG)**³ gelten grundsätzlich auch für den GmbH-Geschäftsführer. Relevant ist dies

- für die Abwicklung der Altersversorgung über rechtlich selbständige Pensionsfonds oder über Pensionskassen,
- für die Übertragung bestehender Versorgungszusagen auf einen neuen Pensionsfonds⁴.

Durch die vorstehend geschilderten Möglichkeiten der Versorgungszusage ist sichergestellt, dass die Betriebsrente der Höhe nach nicht bereits im Zeitpunkt der Zusage „eingefroren“ wird, da die Bemessungsgrundlage sich nach dem Durchschnittsgehalt im Zeitpunkt des Ausscheidens des Geschäftsführers richtet. Weiterhin kann das betriebliche Altersruhegeld durch eine **laufende Anpassung** z.B. an die Gehaltsgruppe eines Bundesbeamten voll dynamisiert werden. **Problematisch** ist die Ankoppelung der betrieblichen Rente

1 Im Jahre 2004 verfügten bei mittleren und großen GmbH rund 80 % der Geschäftsführer und bei kleineren GmbH 75 % über eine Pensionszusage, vgl. *Tänzer*, BB 2004, 2757, 2760, im Jahre 2011 sollen nur noch 28,9 % der GmbH-Geschäftsführer eine Pensionszusage haben, *Rath*, GmbHHR 2011, R 353, 354.

2 Vgl. die anschauliche Schilderung bei *Hoffmann*, GmbH-StB 2005, 185.

3 Gesetz zur Reform der Gesetzlichen Rentenversicherung und zur Förderung eines kapitalgedeckten Altersvorsorgevermögens (Altersvermögensgesetz) vom 26.6.2001, BGBl. I 2001, 1310.

4 Vgl. zum Überblick über diese Möglichkeiten *Schiffers*, GmbH-StB 2001, 233 sowie *Meier/Bätzel*, DB 2004, 1437.

an die Aktivbezüge anderer Geschäftsführer der Gesellschaft; eine derartige Anpassung kann im Falle späterer Änderungen der rechtlichen Verhältnisse, z.B. bei Übernahme der GmbH durch eine andere Gesellschaft im Rahmen einer Verschmelzung¹, ins Leere gehen.

In den folgenden Abschnitten werden zivil- und gesellschaftsrechtliche Probleme bei Ausgestaltung der Altersversorgung erörtert; das praktisch sehr relevante Problem der Absicherung der Altersversorgung im Falle der Insolvenz wird im Zusammenhang mit der allgemeinen Insolvenzabsicherung unter Rz. 702 ff. behandelt. 336

2. Pensionszusage – Zivil- und arbeitsrechtliche Grundlagen

a) Rechtlicher Rahmen: Anwendbarkeit des „Gesetzes zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung“

Den arbeitsrechtlichen Rahmen für die betriebliche Altersversorgung bildet das Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung (BetrAVG) vom 19.12.1974². Die darin enthaltenen Bestimmungen gelten grundsätzlich auch für Geschäftsführer der GmbH, da § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG den Anwendungsbereich des Gesetzes auf Personen erweitert, „die nicht Arbeitnehmer sind, wenn ihnen Leistungen der Alters-, Invaliditäts- oder Hinterbliebenenversorgung aus Anlass ihrer Tätigkeit für ein Unternehmen zugesagt worden sind.“ 337

Diese Ausdehnung des Anwendungsbereiches des BetrAVG auf Geschäftsführer als Organmitglieder gilt jedoch nur, soweit der Geschäftsführer eine **arbeitnehmerähnliche Stellung** innehat; hat er – aufgrund seiner Stimmrechte als Gesellschafter oder aufgrund sonstiger Gestaltungen – **unternehmerischen Einfluss**, so unterfällt er nicht dem Schutzbereich des Gesetzes. Die Abgrenzung für den Gesellschafter-Geschäftsführer zwischen einer „arbeitnehmerähnlichen Position“ einerseits und einer „Unternehmer- oder Mitunternehmerstellung“ ist eine der schwierigsten, in der Praxis aber auch eine der wichtigsten Fragen im Zusammenhang mit seiner Pension. Allgemein³ lassen sich folgende Kriterien aufstellen: 338

- **Alleingesellschafter** unterfallen **als Geschäftsführer** nicht der Regelung des § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG, da sie wirtschaftlich betrachtet mit einem Unternehmer gleichzusetzen sind⁴.

1 So im Beispielfall OLG München v. 29.1.1987 – 24 U 332/86, GmbHR 1987, 478.

2 BGBl. I 1974, 3610.

3 Speziell zur Frage der Anwendung des Insolvenzschutzes nach dem BetrAVG, insbesondere zu den Kriterien des PSVaG s. unten Rz. 702 ff.

4 BGH v. 28.4.1980 – II ZR 254/78, DB 1980, 1434 = GmbHR 1980, 162; Höfer, § 17 BetrAVG Rz. 5590.

- **Mehrheitsgesellschafter-Geschäftsführer** (Beteiligung von mehr als 50 %) stehen ebenfalls grundsätzlich einem Unternehmer gleich, da sie mit ihrer Stimmenmehrheit die Leitungsmacht ausüben können¹.
- Ausnahmsweise kann dies anders sein, wenn bei besonderen Gestaltungen die Kapitalmehrheit einerseits und die Leitungsmacht andererseits auseinander fallen – etwa weil anderen Gesellschaftern Sonderrechte eingeräumt sind oder weil eine Vielzahl von Entscheidungen qualifizierter Mehrheit bedürfen, die der Gesellschafter-Geschäftsführer alleine nicht herbeiführen kann. Die genaue Berücksichtigung derartiger Sondergestaltungen ist jedoch sehr einzelfallbezogen und umstritten².
- Gesellschafter-Geschäftsführer mit einer **genau 50 %igen Beteiligung** haben nach herrschender Auffassung ebenfalls unternehmerischen Einfluss, da gegen ihren Willen grundsätzlich keine Entscheidungen durchzusetzen sind³.
- **Minderheitsgesellschafter** als Geschäftsführer unterfallen grundsätzlich der Regelung des § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG und damit den Schutzbestimmungen dieses Gesetzes⁴.

339 Für den zuletzt genannten Fall der geschäftsführenden **Minderheitsgesellschafter** werden in Rechtsprechung und Literatur jedoch **Ausnahmen vom Grundsatz der Anwendbarkeit des BetrAVG** diskutiert, die wiederum mit besonderen Gestaltungen der Stimmrechte und Mehrheitskonstellationen zusammenhängen und die sich unter folgenden Stichworten zusammenfassen lassen:

- **Unternehmerische Leitungsmacht durch Einigungszwang:** Dem Gesellschafter-Geschäftsführer kommt trotz seiner Minderheitsbeteiligung eine unternehmerähnliche Stellung zu, wenn er zusammen mit anderen Geschäftsführern über eine beherrschende Stellung verfügt. Denn in einem solchen Fall können die einzelnen Organmitglieder durch gegenseitige Kompromisse untereinander die eigenen Interessen durchsetzen⁵. Eine Zusammenrechnung erfolgt in dieser Fallgruppe jedoch nur für die Anteile von Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführern, da der „Einigungszwang“ nicht für einen Mehrheitsgesellschafter-Geschäftsführer gilt, der sich alleine durchsetzen kann⁶.

1 BGH v. 28.4.1980 – II ZR 254/78, DB 1980, 1434 = GmbHR 1980, 162; Höfer, § 17 BetrAVG Rz. 5591.

2 Vgl. den Überblick bei Höfer, § 17 BetrAVG Rz. 5592.

3 H.M., vgl. etwa Höfer, § 17 BetrAVG Rz. 5593.

4 BGH v. 28.4.1980 – II ZR 254/78, DB 1980, 1434 = GmbHR 1980, 162; Höfer, § 17 BetrAVG Rz. 5594; Hanau/Kemper, ZGR 1982, 123, 132.

5 BGH v. 9.6.1980 – II ZR 255/78, GmbHR 1980, 266.

6 BGH v. 25.9.1989 – II ZR 259/88, DB 1989, 2425 = GmbHR 1990, 72.

Beispiel 1: An der GmbH sind A und B (beide Geschäftsführer) mit jeweils 30 % beteiligt; die nicht geschäftsführenden Gesellschafter C und D halten jeweils 20 %. A und B sind unternehmerähnliche Personen (unterfallen also nicht dem BetrAVG), da sie beide als Minderheitsgesellschafter untereinander von Kompromissen abhängen und gemeinsam die Mehrheit halten.

Beispiel 2: An der GmbH sind der geschäftsführende Gesellschafter M mit 60 % und der geschäftsführende Gesellschafter N mit 40 % beteiligt. Da wegen der alleinigen Mehrheit von N kein Einigungszwang zwischen M und N besteht (N also darüber keinen Einfluss nehmen kann), ist N arbeitnehmerähnlich; M fällt dagegen als Geschäftsführer mit Leitungsmacht aus dem Anwendungsbereich des BetrAVG heraus.

- **Unternehmerische Leitungsmacht durch Zurechnung weiterer Stimmrechte:** Dies sind die Fälle, in denen dem Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführer durch besondere Beziehungen die Stimmen anderer Gesellschafter zuzurechnen sind, etwa durch Stimmbindungsverträge oder durch Beteiligung minderjähriger Kinder, deren Rechte er im Rahmen des elterlichen Sorgerechtes wahrnimmt¹. Allerdings werden grundsätzlich die Anteile von Familienmitgliedern – nur wegen der Angehörigeneigenschaft – nicht zusammengerechnet².

In allen vorstehend genannten Sonderkonstellationen ist **zusätzliche** Voraussetzung für die unternehmerähnliche Stellung des mit Minderheit beteiligten Geschäftsführers, dass er eine „nicht ganz unbedeutende“ Beteiligung hält. Nach der Rechtsprechung ist eine Quote von 11,86 % erheblich³; ein Anteil von 8 % ist nicht bedeutend⁴. In der Literatur wird eine Grenze von 10 % als Mindestquote für eine „nicht unbedeutende Beteiligung“ vorgeschlagen⁵. 340

b) Unverfallbarkeit der Versorgungszusage

Neben der Bedeutung für den Insolvenzschutz (dazu unten Rz. 702 ff.) ist die Anwendung des BetrAVG auf den Geschäftsführer und – unter Beachtung der unter Rz. 338 ff. dargestellten Voraussetzungen – auf den Gesellschafter-Geschäftsführer bedeutsam für die Frage der Unverfallbarkeit der Pensionsrechte bei vorzeitigem Ausscheiden. 341

1 BGH v. 14.7.1980 – II ZR 224/79, DB 1980, 193; OLG Köln v. 7.6.1978 – 17 U 101/77, DB 1978, 1552.

2 BGH v. 28.4.1980 – II ZR 254/78, DB 1980, 1434 = GmbHR 1980, 162.

3 BGH v. 9.6.1980 – II ZR 180/79, GmbHR 1980, 266.

4 BGH v. 14.7.1980 – II ZR 224/79, DB 1980, 1993.

5 Höfer, § 17 BetrAVG Rz. 5597; für diesen Grenzwert auch BGH v. 2.6.1997 – II ZR 181/96, ZIP 1997, 1351 = GmbHR 1997, 843; offen gelassen in BAG v. 16.4.1997 – 3 AZR 869/95, DB 1997, 2495 = GmbHR 1998, 84.

- 342 Nach § 1b Abs. 1 BetrAVG ist die Zusage unverfallbar, wenn
- das Arbeitsverhältnis nach Vollendung des 25. Lebensjahres des Arbeitnehmers endet *und*
 - die Zusage zu diesem Zeitpunkt mindestens fünf Jahre bestanden hat.
- 343 Da in der seit dem 1.1.2009 geltenden Neufassung des § 1b Abs. 1 BetrAVG die Altersgrenze herabgesetzt wurde (vom 30. Lebensjahr auf das 25. Lebensjahr), sind in diesem Zusammenhang die Überleitungsregelungen zu beachten: Gemäß § 30f Abs. 2 BetrAVG gilt § 1b BetrAVG n.F. nicht, wenn das Arbeitsverhältnis bereits vor dem Inkrafttreten der Neufassung, also vor Ablauf des 31.12.2008, bestand. Für derartige Arbeitsverhältnisse gilt § 1b BetrAVG in der Fassung durch das AVmG vom 26.6.2001¹. Danach ist die Zusage erst unverfallbar, wenn das Arbeitsverhältnis nach Vollendung des 30. Lebensjahres endet und die Zusage mindestens fünf Jahre bestanden hat. Da § 1b BetrAVG in der vom 1.1.2001 bis zum 31.12.2008 geltenden Fassung des AVmG jedoch wiederum erheblich von den bis dahin geltenden Voraussetzungen² abgewichen ist, sind auch die älteren **Überleitungsregelungen** (§ 30f BetrAVG für den Übergang auf das ab 1.1.2001 geltende Recht) weiterhin von Bedeutung³. Danach findet die ab 1.1.2001 geltende Regelung auf alle zu diesem Zeitpunkt bestehenden Zusagen Anwendung, wobei fingiert wird, dass die jeweilige Zusage zum 1.1.2001 neu erteilt wird und ab dann die neuen Fristen gelten; alternativ gilt aber auch, dass eine erteilte Zusage unverfallbar ist, wenn die Unverfallbarkeit nach den alten Regelungen eintritt. Im Ergebnis wird dem Arbeitnehmer im Rahmen dieses Übergangs für die bestehende Zusage also die jeweils günstigere Regelung gewährt.
- 344 Für die Frage der **Betriebszugehörigkeit innerhalb eines Konzerns** kann nicht darauf abgestellt werden, ob der Geschäftsführer in dem einen oder anderen Unternehmen des Konzerns beschäftigt gewesen ist, vielmehr werden die Dienstzeiten innerhalb des Konzerns zusammengerechnet⁴. Allerdings sind in diesem Zusammenhang noch nicht alle Einzelfragen geklärt; problematisch ist insbesondere die Anrechnung der Betriebszugehörigkeit bei ausländischen Konzerngesellschaften⁵.

1 BGBl. I 2001, 1310.

2 Zu diesen früheren Voraussetzungen gemäß § 1 BetrAVG a.F. s. *Höfer*, § 1b BetrAVG vor Rz. 2669.

3 Dazu *Höfer*, §§ 30 f. BetrAVG Rz. 5748 ff. und § 1b BetrAVG Rz. 2672 f.; nach der bis zum 31.12.2000 geltenden Fassung des § 1 Abs. 1 BetrAVG trat Unverfallbarkeit ein, wenn entweder das 35. Lebensjahr bei Ausscheiden vollendet war und die Zusage zu diesem Zeitpunkt bereits mindestens 10 Jahre bestand oder das 35. Lebensjahr vollendet war und bei 12-jähriger Betriebszugehörigkeit die Zusage mindestens 3 Jahre bestand.

4 *Höfer*, § 1b BetrAVG Rz. 2923 ff., insbesondere Rz. 2928 unter Hinweis auf BAG v. 6.8.1985 – 3 AZR 185/83, BB 1986, 1506.

5 Vgl. *Höfer*, § 1b BetrAVG Rz. 2925 m.w.N.

Ist Unverfallbarkeit der Versorgungszusage eingetreten, so erhält der Geschäftsführer, der dem BetrAVG unterfällt, bei einer direkten Versorgungszusage einen **Anspruch** gegen den Arbeitgeber **auf Zahlung einer zeitanteiligen Pension**, sobald die Voraussetzungen für die Erfüllung des Anspruchs eingetreten sind, also z.B. die Erreichung des 65. Lebensjahres. Besteht die Altersversorgung in einer Direktversicherung, so wird die Unverfallbarkeit dadurch gewährleistet, dass das Widerrufsrecht der GmbH ausgeschaltet wird. Die GmbH ist verpflichtet, bei widerrufenlichen Bezugsrechten von ihrem Widerrufsrecht keinen Gebrauch zu machen, sobald die Unverfallbarkeit der Zusage eingetreten ist. Bei Zuwiderhandlung entsteht zugunsten des Geschäftsführers ein Schadensersatzanspruch. 345

Die Bedeutung der Unverfallbarkeit der Versorgungszusage ergibt sich insbesondere bei **vorzeitiger Beendigung des Anstellungsvertrages**: Wenn beispielsweise die Ruhegeldansprüche zugesagt sind „nach Ausscheiden aus dem aktiven Dienst wegen Vollendung des 65. Lebensjahres“ und der Geschäftsführeranstellungsvertrag wird vorzeitig gekündigt, dann entfallen die Ruhegeldansprüche ersatzlos, wenn die Zusage nicht vor Kündigung nach den oben geschilderten Voraussetzungen unverfallbar geworden ist¹. Umgekehrt kann die Gesellschaft sich von einer unverfallbar gewordenen Zusage gegenüber dem Geschäftsführer auch bei Beendigung des Anstellungsvertrages im Übrigen nur in eng begrenzten Ausnahmefällen lösen. Eine solche Ausnahme ist gegeben, wenn der Berechtigte die Gesellschaft durch sein Verhalten in eine existenzbedrohende Lage bringt; die Anforderungen dafür sind deutlich höher als die Voraussetzungen für die Kündigung des Anstellungsvertrages aus wichtigem Grund². 346

Für den Gesellschafter-Geschäftsführer, der *nicht* dem BetrAVG unterfällt, insbesondere also für den beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführer, gelten diese Grundsätze nicht. Die Unverfallbarkeit seiner Pensionszusage richtet sich ausschließlich nach der getroffenen vertraglichen Regelung. Insbesondere die Frage, wie sich eine fristlose Kündigung auf die erteilte Versorgungszusage auswirkt, hängt also von der jeweiligen Ausgestaltung ab³. Zu beachten sind selbstverständlich die steuerlichen Grenzen der Angemessenheit zur Vermeidung der vGA (vgl. dazu unten Rz. 381 ff.). 347

1 OLG Frankfurt am Main v. 22.4.1999 – 1 U 67/98, GmbHR 2000, 665.

2 BGH v. 17.12.2001 – II ZR 222/99, DStR 2002, 412 = GmbHR 2002, 380; BGH v. 13.12.1999 – II ZR 152/98, ZIP 2000, 380; OLG München v. 4.2.2009 – 7 U 3686/08, GmbHR 2009, 822; vgl. auch BGH v. 15.10.2007 – II ZR 236/06, GmbHR 2008, 256, wo die Verletzung der Insolvenzantragspflicht als wichtiger Grund für die außerordentliche Kündigung des Anstellungsvertrages bejaht wird, die Auswirkungen auf die Versorgungszusage jedoch von zusätzlichen Umständen des Einzelfalles abhängig gemacht werden.

3 BGH v. 15.10.2007 – II ZR 236/06, GmbHR 2007, 256.

c) Übertragung der Versorgungszusage

348 Bei der Übernahme von Versorgungszusagen, an denen unverfallbare Anwartschaften bestehen, durch Dritte als zukünftige Schuldner gegenüber dem Arbeitnehmer sind grundsätzlich sind zwei praktisch wichtige Fälle zu unterscheiden:

349 – **Übertragung der Verpflichtung auf einen neuen Arbeitgeber:**

Einvernehmlich – nämlich durch dreiseitige Vereinbarung zwischen dem alten Arbeitgeber, dem neuen Arbeitgeber und dem Berechtigten – kann die Zusage von einem neuen Arbeitgeber übernommen werden oder der Übertragungswert der Anwartschaft auf den neuen Arbeitgeber übertragen werden, wenn er eine gleichwertige Zusage erteilt (§ 4 Abs. 2 BetrAVG).

Zu beachten ist, dass diese Übertragungsvoraussetzungen nicht im Anwendungsbereich des § 613a BGB gelten, da im Rahmen dieser Regelung das alte Arbeitsverhältnis bestehen bleibt und mit der Versorgungszusage unverändert von Gesetzes wegen übergeht¹. Für den Geschäftsführer ist dabei aber wiederum zu berücksichtigen, dass er grundsätzlich nicht Arbeitnehmer i.S.d. § 613a BGB ist². dass für ihn also auch bei Betriebsübergang eine ausdrückliche Übernahme seines Dienstvertrages – einschließlich Versorgungszusage – vereinbart werden muss.

350 – **Übertragung des Übertragungswertes bei Einschaltung eines anderen Versorgungsträgers:**

Gemäß § 4 Abs. 3 BetrAVG kann der Arbeitnehmer innerhalb eines Jahres nach Beendigung seines Arbeitsverhältnisses die Übertragung des Übertragungswertes auf einen anderen Arbeitgeber verlangen, wenn die Versorgung über einen Pensionsfonds, eine Pensionskasse oder eine Direktversicherung übernommen wird.

Daneben ist auch ohne Zustimmung des Arbeitnehmers die Übertragung der Zusage auf eine Pensionskasse oder ein Unternehmen der Lebensversicherung zulässig, wenn der Betrieb der GmbH eingestellt und sie liquidiert wird und wenn gleichzeitig die Verwendung etwaiger Überschussanteile sichergestellt ist (§ 4 Abs. 4 BetrAVG).

351 Abgesehen von den vorstehend angesprochenen Fällen sind Übertragungen von Verpflichtungen aus unverfallbaren Anwartschaften im Anwendungsbereich des BetrAVG – auch für im Betrieb verbleibende Berechtigte und für Verpflichtungen aus bereits laufenden Rentenleistungen³ – gesetzlich ausgeschlossen (Übertragungsverbot gemäß § 4 Abs. 1 BetrAVG). Zu dieser Feststellung gelten jedoch folgende Ausnahmen bzw. Einschränkungen:

1 Höfer, § 4 BetrAVG Rz. 3671.

2 BAG v. 13.2.2003 – 8 AZR 654/01, GmbHR 2003, 765.

3 Höfer, § 4 BetrAVG Rz. 3661 und 3662.

- Die Einschaltung eines Pensionsfonds durch den Arbeitgeber im Sinne eines Wechsels des Durchführungsvertrages ist zulässig. Diese Gestaltung führt nämlich dazu, dass der Arbeitgeber sich lediglich eines anderen Instruments bedient, selbst jedoch in der Verpflichtung bleibt¹.
- Aus den gleichen Gründen ist auch der Schuldbeitritt eines Dritten durch § 4 Abs. 1 BetrAVG nicht ausgeschlossen.
- Im Falle einer Ausgliederung oder sonstiger Vorgänge nach dem Umwandlungsgesetz findet § 4 Abs. 1 BetrAVG keine Anwendung, da die Regelung nur rechtsgeschäftliche Übertragungen betrifft und bei Umwandlungen der Übergang durch Gesamtrechts- oder Teilrechtsnachfolge stattfindet².
- ➔ **Gestaltungshinweis:** Der Übergang der Pensionsverpflichtung durch Ausgliederung oder sonstige Umstrukturierungen nach dem Umwandlungsgesetz ist dann problematisch, wenn damit gezielt eine Umgehung des § 4 Abs. 1 BetrAVG stattfindet. Umwandlungsrechtlich setzt die Ausgliederung (§ 123 Abs. 3 UmwG) oder die Abspaltung (§ 123 Abs. 2 UmwG) auf einen anderen Rechtsträger ja nicht zwingend voraus, dass eine ganze betriebliche Einheit (vollständiges Unternehmen oder auch nur Teilbetrieb) übergeht; es kann umwandlungsrechtlich auch ein einzelnes Wirtschaftsgut oder eine Rechtsposition übertragen werden. Damit könnte in Betracht kommen, die Ausgliederung oder Abspaltung auf die Pensionsverpflichtung und einen notwendigen Aktivwert zu ihrer Deckung zu beschränken. Angesichts des Schutzcharakters des § 4 BetrAVG besteht dafür allerdings ein deutliches Risiko in der Zulässigkeit.
- Zum Ausnahmefall des Betriebsübergangs s. oben Rz. 349.

Die vorstehend angesprochenen Gestaltungen, bei denen entweder ein Übergang der Verpflichtung aus der Pensionszusage oder zumindest ein Schuldbeitritt stattfindet, sind nicht zu verwechseln mit in der Praxis entwickelten Treuhandgestaltungen zur wirtschaftlichen Auslagerung und Sicherung der Pensionsverpflichtung³. In der Grundform eines derartigen CTA überträgt der verpflichtete Arbeitgeber bestimmte Aktiva zur Deckung der Versorgungsverpflichtung – bilanziell gesprochen das der Rückstellung entsprechende Vermögen – auf einen Treuhänder; dies kann ein selbständiger Versorgungsträger oder ein hierzu errichteter Verein sein. Der Treuhänder verwaltet das Vermögen und kann später – bei Eintritt des Versorgungsfalles – daraus für Rechnung des Arbeitgebers (des Treugebers) die Zahlungen leisten oder aber geleistete Zahlungen des Arbeitgebers an diesen

1 Höfer, § 4 BetrAVG Rz. 3670.

2 BAG v. 11.3.2008 – 3 AZR 358/06, GmbHR 2008, 1326 = GmbH-StB 2008, 326; Höfer, § 4 BetrAVG Rz. 3672.

3 Sog. „Contractual Trust Arrangement“ oder „CTA“, vgl. dazu grundlegend: Küting/Keßler, DB 2009, 1717 ff.; Ditz/Tscherveniachki, DB 2010, 632 ff.

erstatten. Aufgrund der Ausgestaltung bleibt der Arbeitgeber wirtschaftlicher Inhaber, auch i.S.d. § 39 Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 AO, so dass das Vermögen weiterhin ihm zugerechnet wird. Entscheidend ist dabei zu erreichen, dass die Vermögensübertragung auf den Treuhänder zu einer insolvenzfesten Absicherung der Pensionsberechtigten führt. Dies kann durch Verpfändung oder zusätzliche Vereinbarung einer Sicherungstreuhand erfolgen¹.

- 353 Die vorstehend angesprochenen Zulässigkeitsbeschränkungen und Zustimmungsvorbehalte für die Übertragung gelten nur im Anwendungsbereich des BetrAVG. Außerhalb dessen – also insbesondere für den beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführer – ist die Übertragung der Versorgungszusage zivilrechtlich unbeschränkt zulässig; es gelten lediglich die allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätze (Zustimmung des Gläubigers bzw. des Vertragspartners bei Schuld- oder Vertragsübernahme, § 415 BGB).

d) Auszehrungsverbot

- 354 Die betriebliche Altersversorgung stellt eine **Ergänzung der Sozialversicherungsrente** dar. Dies trifft für beherrschende Gesellschafter-Geschäftsführer nicht zu, da diese nicht der Sozialversicherungspflicht unterliegen und in vielen Fällen auch nicht freiwillig beigetreten sind. Soweit aber Fremdgeschäftsführer oder nichtbeherrschende Gesellschafter-Geschäftsführer gleichzeitig Sozialversicherungsrente zu erwarten haben, ist nach vielen Versorgungssystemen die Sozialversicherungsrente zu berücksichtigen.
- 355 Bezüglich dieser Anrechnungsmöglichkeit macht § 5 BetrAVG in zweierlei Hinsicht eine Einschränkung:
1. Verbot der „Auszehrung“ betrieblicher Versorgungsleistungen;
 2. Verbot der Anrechnung der auf eigenen Bezügen des Versorgungsempfängers beruhenden anderen Versorgungsbezüge.
- 356 Der Gesetzgeber lässt es also durchaus zu, **andere Versorgungsbezüge**, soweit sie nicht ausschließlich aus eigenen Mitteln des Geschäftsführers aufgebracht worden sind, wie z.B. die gesetzliche Sozialversicherung, auf die betriebliche Altersversorgung **anzurechnen**. Um jedoch die betriebliche Altersversorgung nicht auszuzehren, darf die gesetzliche Rentenversicherung insoweit nicht angerechnet werden, als eine etwaige Rentenerhöhung aufgrund der wirtschaftlichen Entwicklung seitens des Sozialversicherungsträgers vorgenommen wird. Überhaupt nicht anrechenbar sind Versorgungsbezüge einer Pensionskasse, zu der der Geschäftsführer entsprechende Beiträge entrichtet hat und Leistungen aus der Lebensversicherung, die der Geschäftsführer durch eigene Prämien aufgebaut hat.

¹ Vgl. dazu: *Kütting/Keßler*, DB 2009, 1717, 1719; *Küppers/Louven/Schröder*, BB 2005, 764.

Gegen die **Anrechnung von Erwerbseinkünften**, die der Geschäftsführer nach Eintritt des Versorgungsfalles bezieht, bestehen keine Bedenken. Denn Erwerbseinkünfte sind nicht als „Versorgungsbezüge“ i.S.d. § 5 Abs. 2 BetrAVG anzusehen, so dass ihre Anrechnung durch die genannte Vorschrift nicht eingeschränkt wird¹. 357

e) Anpassung laufender Versorgungsleistungen

Bezüge der Geschäftsführer liegen vielfach wesentlich über der Beitragsbemessungsgrundlage der Sozialversicherung. Der betrieblichen Altersversorgung, die häufig auf den letzten Bezügen des Geschäftsführers aufbaut, kommt daher eine besondere Bedeutung hinsichtlich ihrer Werterhaltung zu. Soll die Entwertung der Altersversorgung durch ständigen Kaufkraftverlust verhindert werden, so bedarf es einer Anpassung der Betriebsrente. Der Anpassungsbedarf ist beim Geschäftsführer aus den vorerwähnten Überlegungen besonders hoch. Aus diesem Grunde ist auch in ausgewogenen Geschäftsführerverträgen eine Anpassung der Rente (dynamisierte Rente) durch entsprechende Spannungsklauseln vorgesehen. Nicht selten werden Geschäftsführerrenten an die Entwicklung der Beamtengehälter gekoppelt. Soweit eine solche Regelung im Geschäftsführervertrag enthalten ist, hat das BetrAVG keine besondere Bedeutung. Soweit jedoch keine entsprechende Regelung vorhanden ist, enthält § 16 BetrAVG eine gerade für den Gesellschafter-Geschäftsführer (soweit das BetrAVG anwendbar ist) besonders wichtige Anpassungsmöglichkeit. Denn nach dieser Vorschrift hat die GmbH alle drei Jahre eine Anpassung der laufenden Leistungen der betrieblichen Altersversorgung zu prüfen und hierüber nach billigem Ermessen zu entscheiden. Gemäß § 16 Abs. 5 BetrAVG gilt sogar eine jährliche Mindestanpassung von 1 %. Für beherrschende Gesellschafter-Geschäftsführer gilt die Anpassung nach § 16 BetrAVG nicht, jedoch bleibt bei krasser Fehlentwicklung zu prüfen, ob die GmbH nicht nach § 242 BGB zur Anpassung verpflichtet ist². 358

f) Formvorschriften

Für die zivilrechtliche Wirksamkeit einer Pensionszusage bedarf es keiner besonderen Form. Die Pensionsvereinbarung zwischen der Gesellschaft und dem Geschäftsführer kann sogar aus Sicht des Zivilrechts mündlich getroffen werden³. Abgesehen von den steuerlichen Erwägungen (dazu unten Rz. 368 ff.) sollte jedoch schon aus allgemeinen Gründen des Nachweises und der Klarheit die Schriftform gewählt werden. Dies kann geschehen 359

1 Höfer, § 5 BetrAVG Rz. 3994.

2 BGH v. 6.4.1981 – II ZR 252/79, GmbHR 1981, 241.

3 BGH v. 20.12.1993 – II ZR 217/92, GmbHR 1994, 112.

- entweder im Rahmen des Anstellungsvertrages
 - oder durch eine gesonderte Vereinbarung, auf die der Anstellungsvertrag dann hinweisen sollte.
- 360 Für den Abschluss der Vereinbarung sind allerdings die bereits im Zusammenhang mit dem Abschluss des Anstellungsvertrages (s. oben Rz. 179 ff.) angesprochenen **gesellschaftsrechtlichen Besonderheiten** zu beachten:
- Zuständig für den Abschluss der Vereinbarung ist grundsätzlich – mangels ausdrücklicher abweichender Regelung oder Vollmachtserteilung – die Gesellschafterversammlung.
 - Bei der mitbestimmten GmbH ist auch für den Abschluss der Pensionsvereinbarung der Aufsichtsrat zuständig¹.
 - Es gelten beim Abschluss mit dem Gesellschafter-Geschäftsführer die allgemeinen Grundsätze zu § 181 BGB.

g) Behandlung in der Handelsbilanz

- 361 Die handelsrechtliche Bilanzierung der Verpflichtung aus der Pensionszusage und des zu ihrer Rückdeckung vorhandenen Vermögens ist eine der praktisch wichtigsten Bereiche, in denen Änderungen durch das **Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz**² eingetreten sind.
- 362 Auch nach dem BilMoG gilt im Anwendungsbereich des HGB für unmittelbare Versorgungszusagen die Passivierungspflicht gemäß § 249 Abs. 1 Satz 1 HGB³. Dabei sind die Pensionsrückstellungen künftig nach dem allgemeinen Bewertungsmaßstab des § 253 Abs. 1 Satz 2 HGB, d.h. in Höhe des nach vernünftiger kaufmännischer Betrachtung notwendigen Erfüllungsbetrages zu bilden. Es gelten folgende Grundsätze:
- Die Berechnung hat nach anerkannten versicherungsmathematischen Grundsätzen zu erfolgen; innerhalb dieses Rahmens steht dem Bilanzierenden die Auswahl frei⁴.
 - Die Methode muss zu einer zutreffenden Darstellung der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage führen.

1 Vgl. allgemein zur Zuständigkeit des mitbestimmten Aufsichtsrates gegenüber den Geschäftsführern *Scholz/Uwe H. Schneider/Sethe*, 10. Aufl. 2007, § 35 GmbHG Rz. 203 und *Scholz/Uwe H. Schneider*, 10. Aufl. 2007, § 52 GmbHG Rz. 182.

2 Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz (BilMoG) vom 29.5.2009, BGBl. I 2009, 1102, allgemein dazu s. *Ernst/Seidler*, BB 2009, 766; s. oben Rz. 111 ff.

3 Vgl. allgemein zur Rechnungslegung für die betriebliche Altersversorgung nach dem BilMoG: *Höfer/Rhiel/Veit*, DB 2009, 1605; zu ersten empirischen Erkenntnissen daraus: *Gassen/Pierk/Weil*, DB 2011, 1061.

4 *Gassen/Pierk/Weil*, DB 2011, 1061.

- Nach Aussage in der Literatur sind anerkannt die Teilwertmethode oder die aus den IAS 19 bekannte, sog. Projected Unit Credit Method¹.
- Durch den Begriff „Erfüllungsbetrag“ ist festgelegt, dass auch Lohn-, Gehalts- und Rententrends in die Bewertung einzubeziehen sind².
- Neu geregelt ist in § 253 Abs. 2 Satz 1 HGB, dass der Betrag abzuzinsen ist, und zwar mit dem auf die Laufzeit zu beziehenden durchschnittlichen Marktzins der letzten 7 Jahre, der von der Deutschen Bundesbank monatlich bekannt gegeben wird (§ 253 Abs. 2 Satz 4 HGB).

Besonderheiten in der Bewertung ergeben sich in zwei praktisch wichtigen Fällen: 363

- Gemäß § 253 Abs. 1 Satz 3 HGB ist für die Pensionsrückstellung der Zeitwert der jeweiligen Wertpapiere anzusetzen, wenn die Höhe der Versorgungszusage sich ausschließlich nach dem Zeitwert von Wertpapieren i.S.v. § 266 Abs. 2 A. III. 5. HGB bestimmt.
- In der Literatur wird vertreten, dass diese Regelung des § 253 Abs. 1 Satz 3 HGB entsprechend gilt, wenn die Höhe der Versorgungsleistung an die Höhe der garantierten Versicherungssumme aus der damit verbundenen Rückdeckungsversicherung gebunden ist. Auch wenn die Rückdeckungsversicherung kein Wertpapier ist, wird darin eine Parallele zur wertpapiergebundenen Zusage gesehen³.

Eine weitere wesentliche Neuheit durch das BilMoG ist die **Saldierungspflicht** bei der betrieblichen Altersversorgung in bestimmten Sonderfällen. Generell bleibt die Saldierung von Aktiva und Passiva verboten (§ 246 Abs. 2 Satz 1 HGB). Abweichend davon müssen gemäß § 246 Abs. 2 HGB Verpflichtungen aus Altersversorgungszusagen mit aktiven Vermögensgegenständen verrechnet werden, wenn die Aktivwerte ausschließlich der Erfüllung dieser Verpflichtungen dienen und dem Zugriff der sonstigen Gläubiger entzogen sind. Praktisch relevant ist dies in zwei Fällen, nämlich 364

- bei wirksamer und „gläubigerfester“ Verpfändung der Ansprüche aus einer zur Abdeckung der Versorgungszusage abgeschlossenen Rückdeckungsversicherung,
- bei Absicherung der Versorgungszusage über sog. CTA, bei denen Aktivvermögen der Gesellschaft zur Deckung der Zusage treuhänderisch ausgelagert wird⁴. Betriebsnotwendiges Vermögen der Gesellschaft scheidet zur Gegendeckung als „zugriffsfreier Vermögensgegenstand“ und damit zur Saldierung aus⁵.

1 *Meier*, DB 2009, 1001; *Hagemann/Oecking/Wunsch*, DB 2010, 1022; zur Projected Unit Credit Method im Einzelnen s. *Höfer/Rhiel/Veit*, DB 2009, 1605, 1607.

2 *Kütting/Kleßmaul/Keßler*, DB 2009, 2558.

3 *Ernst/Seidler*, BB 2009, 770; *Höfer/Rhiel/Veit*, DB 2009, 1605, 1609.

4 *Höfer/Rhiel/Veit*, DB 2009, 1605, 1606; s. dazu Rz. 352.

5 *Ernst/Seidler*, BB 2009, 766; *Höfer/Rhiel/Veit*, DB 2009, 1605, 1606.

365 Gemäß § 246 Abs. 2 Satz 3 HGB ist ein übersteigender Wert der zugriffsfreien aktiven Vermögensgegenstände („Surplus“) unter einem gesonderten Posten zu aktivieren; die Regelung stellt klar, dass die Bewertung dieser Gegenstände zum Zeitwert (nicht nach dem Niederstwertprinzip) erfolgt. Der Betrag unterliegt der Ausschüttungssperre gemäß § 268 Abs. 8 Satz 1 und 3 HGB.

h) Abfindung einer Pensionsanwartschaft

366 Bei Zahlung einer **Abfindung auf die Pensionsanwartschaft vor Eintritt des Versorgungsfalles** ist für Fremdgeschäftsführer und nichtbeherrschende Geschäftsführer, die dem BetrAVG unterfallen, die arbeitsrechtliche Situation zu berücksichtigen:

Bis zum 31.12.1998 war gemäß § 3 BetrAVG ein Verzicht gegen Abfindung nur zulässig, sofern die Versorgungszusage weniger als zehn Jahre vor dem Ausscheiden erteilt wurde. Da die Regelung gesetzlich zwingend war, war auch ein einvernehmliches Abweichen nicht möglich¹. Gemäß Art. 91 EGIInsO wurde § 3 Abs. 1 BetrAVG geändert und eine Abfindung der Pensionsanwartschaft durch den Arbeitgeber abhängig von bestimmten Geringfügigkeitsgrenzen oder von sonstigen Ausnahmetatbeständen für zulässig erklärt². Durch das Alterseinkünftegesetz vom 5.7.2004³ hat § 3 BetrAVG folgenden, aktuell geltenden Inhalt:

- Die Abfindungsbeschränkungen gelten für unverfallbare Anwartschaften *und* für laufende Leistungen (§ 3 Abs. 1 BetrAVG).
- Nur noch der Arbeitgeber kann abfinden (der Arbeitnehmer hat kein einseitiges Recht mehr auf ein Abfindungsverlangen, Ausnahme § 3 Abs. 3 BetrAVG: bei Erstattung der Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung).
- Anwartschaften und laufende Leistungen können abgefunden werden, wenn der Monatsbetrag der (späteren) Versorgungsleistung 1 %, bei Kapitalleistungen $\frac{12}{10}$ der monatlichen Bezugsgröße gemäß § 18 SGB IV nicht übersteigt.
- Bei Übertragung der Anwartschaft ist die Abfindung ausgeschlossen.
- Im Insolvenzverfahren kann bei Betriebseinstellung der während des Verfahrens erdiente Teil abgefunden werden.

367 Die vorstehend geschilderten Einschränkungen gelten wiederum nur für **Geschäftsführer, die dem BetrAVG unterfallen**. Außerhalb dessen gelten zivilrechtlich keine Beschränkungen für Abfindungsvereinbarungen.

1 Höfer, § 3 BetrAVG Rz. 3554.

2 Gesetz vom 5.10.1994, BGBl. I 1994, 2866; zu dieser bis zum 31.12.2004 geltenden Rechtslage vgl. Höfer, § 3 BetrAVG Rz. 3552 ff.

3 AltEinkG, BGBl. I 2004, 1427.

3. Steuerrechtliche Beurteilung der Pensionszusage

a) Allgemeines

In der Regel ist ein wesentlicher Beweggrund für die Erteilung einer Pensionszusage das Versorgungsbedürfnis des Geschäftsführers. Hinzu kommen aus Sicht des Gesellschafter-Geschäftsführers steuerliche Erwägungen, da bei der Pensionszusage durch die GmbH (anders als bei der GmbH & Co. KG, dazu unten Rz. 419 ff.) die Altersversorgung „steuerwirksam“ dargestellt werden kann. Bei der steuerlichen Anerkennung der Pensionszusage sind jedoch Besonderheiten zu beachten, die mit speziellen Erfordernissen der Rückstellungsbildung (dazu unten Rz. 370), mit Fragen der Angemessenheit beim Gesellschafter-Geschäftsführer (dazu unten Rz. 381) und – auch in diesem Bereich – mit den für beherrschende Gesellschafter geltenden Sonderbedingungen (dazu unten Rz. 384) zusammenhängen. 368

Durch das BilMoG¹ hat sich an der Passivierung der Pensionsrückstellung in der Steuerbilanz nichts geändert. Es besteht weiterhin für steuerliche Zwecke eine Passivierungspflicht nach den Grundsätzen des § 6a EStG, also kein Wahlrecht². Der Wortlaut des § 6a Abs. 1 EStG („Für eine Pensionsverpflichtung darf eine Rückstellung ... nur gebildet werden ...“), der bereits vor der Geltung des BilMoG im Sinne eines steuerlichen Ansatzzwangs verstanden wurde³, ist auch nach der handelsrechtlichen Bilanzrechtsreform nicht anders zu verstehen. 369

➔ **Beraterhinweis:** Die Bilanzierung der Pensionsrückstellung ist einer der wesentlichen Bereiche, der – auch nach den ersten praktischen Erfahrungen zur Bilanzierung nach der Bilanzrechtsreform – zu deutlichen Abweichungen zwischen Handelsbilanz und Steuerbilanz führt. Dies ergibt sich aus der unterschiedlichen Möglichkeit der Saldierung mit den Ansprüchen aus Rückdeckungsversicherungen (keine Saldierung in der Steuerbilanz) und aus dem Wechsel zum Anwartschaftsbarwertverfahren in der Handelsbilanz gegenüber dem steuerlichen Teilwertverfahren⁴.

1 Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz (BilMoG) vom 29.5.2009, BGBl. I 2009, 1102, s. oben Rz. 111 ff. und insbesondere zur Pensionsrückstellung in der Handelsbilanz Rz. 361 ff.

2 So jedenfalls die wohl h.M. im steuerrechtlichen Schrifttum: *Schmidt/Weber-Grellet*, § 6a EStG Rz. 2; *Herrmann/Heuer/Raupach/Dommermuth*, § 6a EStG Rz. 16; *Düring/Heger*, DStR 2009, 2064, 2068; *Demuth/Fuhrmann*, KÖSDI 2011, 17618; anders – nämlich für ein steuerliches Passivierungswahlrecht – allerdings: *Herzig/Briesemeister*, DB 2009, 977.

3 BFH v. 19.8.1998 – I R 92/95, BStBl. II 1999, 387.

4 S. zu diesen ersten praktischen Erfahrungen: *Herwig*, DB 2012, Heft 11, Gastkommentar, M 1.

b) Wirksamkeitsvoraussetzungen gemäß § 6a EStG

- 370 Soll für die Pensionszusage eine Rückstellung mit steuerlicher Wirkung gebildet werden, so sind die allgemeinen Wirksamkeitsvoraussetzungen des § 6a EStG zu beachten. Danach muss die Pensionszusage **schriftlich** erteilt werden (§ 6a Abs. 1 Nr. 3 EStG) und **genau bezifferbar** sein.

In jedem Fall muss der Geschäftsführer aus dem schriftlichen Pensionsversprechen einen einklagbaren Rechtsanspruch auf Zahlung der Pension haben. Das Pensionsversprechen muss somit für die GmbH verbindlich erteilt worden sein. Liegt nur ein ungenauer Gesellschafterbeschluss vor, besteht die Gefahr, dass die Finanzverwaltung dies nicht anerkennt. Zwar hat der BFH¹ die Auslegungsfähigkeit einer ungenau erteilten Pensionszusage (im Fall: fehlende Angabe eines Rechnungszinsfußes) bejaht. Es müssen aber zumindest die für die Bemessung wesentlichen Faktoren (Zusagezeitpunkt, Leistungsvoraussetzungen, Art und Höhe der Leistungen, Widerrufsvorbehalte) in einer schriftlichen Willenserklärung der zusagenden Gesellschaft festgelegt sein². Die Finanzverwaltung wendet jedoch strengere Grundsätze an: Voraussetzung der Anerkennung ist danach, dass neben dem Zeitpunkt der Zusage auch die Angaben über Art, Form, Voraussetzungen und Höhe der Leistungen – einschließlich deren versicherungsmathematischer Ermittlung – schriftlich fixiert werden³. Dieses Gebot der Schriftlichkeit bezieht sich auf den jeweiligen Bilanzstichtag, betrifft also auch spätere Änderungen der Zusage⁴. Gegenüber dem beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführer genügt dabei allerdings die Regelung dieser Einzelheiten im Rahmen eines schriftlich gefassten Gesellschafterbeschlusses. Ein zusätzlicher Vertrag ist nicht erforderlich.

- 371 Die Pensionszusage darf **keinen Vorbehalt** enthalten, nach dessen Inhalt die Anwartschaft oder die Pensionsleistung gemindert oder entzogen werden kann. Das gilt insbesondere für den Fall des Ausscheidens. Lediglich ein Vorbehalt, der sich auf Tatbestände bezieht, bei deren Vorliegen nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen unter Beachtung billigen Ermessens eine Minderung oder ein Entzug der Pensionsanwartschaft oder der Pensionsleistung zulässig ist, kann steuerunschädlich in den Vertrag aufgenommen werden⁵.

1 BFH v. 24.3.1999 – I R 20/98, DB 1999, 1783 = GmbHR 1999, 987; für Auslegungsfähigkeit auch: BFH v. 8.12.2004 – I B 125/04, BFH/NV 2005, 1036 = GmbHR 2005, 942.

2 BFH v. 22.10.2003 – I R 37/02, GmbHR 2004, 187 unter Aufhebung der weniger strengen Vorentscheidung des FG Nds. v. 28.2.2002 – 6 K 256/99, GmbHR 2002, 979.

3 BMF-Schreiben v. 28.8.2001 – IV A 6 - S 2176 - 27/01, DB 2001, 2018 = GmbHR 2001, 881.

4 BFH v. 12.10.2010 – I R 17, 18/10, GmbHR 2011, 270.

5 § 6a Abs. 1 Nr. 2 EStG; ausführlich dazu R 6a Abs. 3 EStR 2008.

Das Recht der Gesellschaft zur jederzeitigen Kapitalabfindung der Pensionsanwartschaft stellt einen gemäß § 6a Abs. 1 Nr. 2 EStG für die Rückstellung schädlichen Vorbehalt dar¹. Steuerschädlich in diesem Sinne ist auch der Vorbehalt der Abfindung durch Zahlung in Höhe des Teilwerts². Die Finanzverwaltung differenziert dabei, abhängig von der Definition des Abfindungsbetrages:

- Schädlich ist ein Vorbehalt, der eine Abfindung **mit dem Teilwert** gemäß § 6a Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 EStG zulässt.
- Unschädlich ist dagegen die Abfindungsmöglichkeit gegen den Barwert der künftigen Pensionsleistung (d.h. voller, unquotierter Anspruch zum Zeitpunkt der Abfindung)³.

➔ **Gestaltungshinweis:** Die Steuerschädlichkeit gilt nur bei einseitiger Abfindungsmöglichkeit der Gesellschaft. Einvernehmliche Abfindungsregelungen sind insoweit (im Zusammenhang mit § 6a Abs. 1 Nr. 2 EStG) unschädlich, weil sie kein einseitiges Recht darstellen. In der Gestaltungspraxis stellen Pensionszusagen und die entsprechend gebildeten Rückstellungen sehr oft Hindernisse für die Unternehmensveräußerung dar. Hieraus hat sich das Bedürfnis nach sog. „Inhaberklauseln“ (Erlöschen oder Widerrufsvorbehalt bei Wechsel des Unternehmensinhabers oder Betriebsveräußerung) ergeben; derartige Vorbehalte sind für die steuerliche Rückstellungsbildung ebenfalls schädlich⁴.

Gemäß § 6a Abs. 2 Nr. 1 EStG darf die Rückstellung frühestens gebildet werden für das Wirtschaftsjahr, bis zu dessen Mitte der Berechtigte das **27. Lebensjahr** vollendet. 373

Für die steuerliche Anerkennung ist nicht Voraussetzung, dass die GmbH auch anderen Arbeitnehmern eine Pensionszusage macht⁵. 374

Bei der steuerlich zulässigen Höhe der Pensionsrückstellung gemäß § 6a EStG ist für den geschäftsführenden Gesellschafter das Verbot der **Überversorgung** („Übersorgungsgrenze“, dazu im Einzelnen unten Rz. 382) zu beachten. Wenn diese Grenze überschritten wird, dann entfällt die Anerkennung der Rückstellung allerdings nicht vollständig. Der Rückstellungsbetrag ist vielmehr nach Maßgabe des § 6a Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 Satz 4 EStG auf eine angemessene Größenordnung (abhängig von den letzten jeweils re- 375

1 BFH v. 10.11.1998 – I R 49/97, GmbHR 1999, 303 = GmbH-StB 1999, 61.

2 BFH v. 10.11.1998 – I R 49/97, GmbHR 1999, 303 = GmbH-StB 1999, 61.

3 BMF-Schreiben v. 6.4.2005 – IV B 2 - S 2176 - 10/05, BStBl. I 2005, 619 = GmbHR 2005, 796.

4 R 6a Abs. 6 EStR 2008; *Neumann* in GmbH-Handbuch, Lfg. 125, Juli 2008, Rz. III 6662.

5 BFH v. 28.10.1987 – I R 22/84, BFH/NV 1989, 131.

levanten Aktivbezügen, dazu unten Rz. 382) zu kürzen¹. Soweit danach – auch der Höhe nach – die Voraussetzungen des § 6a EStG eingehalten sind, geht dies der Annahme einer vGA vor; die notwendige Minderung der Pensionsrückstellung wegen Nichteinhaltung der für § 6a EStG maßgebenden Grenzen („Unterschiedsbetragsminderung“) kann allerdings zu einer vGA führen².

- 376 Eine besondere Voraussetzung für die steuerliche Zulässigkeit der Rückstellungsbildung ist das Verbot der Abhängigkeit der Pensionszusage von künftigen gewinnabhängigen Bezügen des Berechtigten gemäß § 6a Abs. 1 Nr. 2 EStG. Dieses Verbot betrifft beispielsweise auch den Fall, dass – nach Erteilung der Zusage – Gewinnbeteiligungen zugunsten des Geschäftsführers anfallen, die in die Bemessungsgrundlage der Pension (z.B. „70 % der Brutto-bezüge“) eingehen, auch wenn die Voraussetzungen der steuerlichen Anerkennung der Beteiligungen an sich erfüllt sind³. Eine derartige Einbeziehung gewinnabhängiger Bezüge in die Bemessungsgrundlage der Pensionszahlung lässt die Rückstellung allerdings nicht insgesamt entfallen, sondern nur in der Höhe, die sich aus dem gewinnabhängigen Teil ergibt. Werden dem Gesellschafter-Geschäftsführer Pensionssteigerungen gewährt, die an diese gewinnabhängigen Teile der Bezüge anknüpfen, dann liegt insoweit eine vGA vor⁴. Diese Feststellungen gelten erst recht, wenn die Höhe der Pensionsleistungen direkt an zukünftige Gewinne geknüpft wird⁵.
- 377 Zur Berechnung der **Höhe der Rückstellungen** sind ein Zinssatz von 6 % und die (gesetzlich nicht niedergelegten) anerkannten Regeln der Versicherungsmathematik maßgebend (§ 6a Abs. 3 Satz 3 EStG). In der Praxis können dazu die „Richttafeln 2005 G“ von Professor Dr. *Klaus Heubeck* zugrunde gelegt werden⁶. Diese sind erstmals am Ende des Wirtschaftsjahres maßgebend, welches nach dem 6.7.2005 endet. Die Verteilung eines sich danach ergebenden Unterschiedsbetrages (Unterschied gegenüber dem früheren Wert, der sich bei Anwendung der „Richttafeln 1998“ von Professor Dr. *Klaus Heubeck* ergibt) bestimmt sich nach § 6a Abs. 4 EStG. Danach ist ein Unterschiedsbetrag – positiv wie negativ – gleichmäßig auf drei Wirtschaftsjahre zu verteilen⁷. In besonderen Ausnahmefällen können – abweichend

1 BFH v. 31.3.2004 – I R 70/03, GmbHR 2004, 1158; BFH v. 31.3.2004 – I R 79/03, GmbHR 2004, 1227.

2 BFH v. 15.9.2004 – I R 62/03, GmbHR 2005, 21.

3 BFH v. 3.2.2010 – I R 31/09, GmbHR 2010, 546 = GmbH-StB 2010, 123 in Bestätigung der Vor-Instanz: FG Hessen v. 18.2.2009 – 4 K 1243/07, EFG 2009, 1405; vgl. dazu die Anmerkung *Höfer*, DB 2010, 925.

4 FG Hessen v. 18.2.2009 – 4 K 1243/07, EFG 2009, 1405, auch insofern bestätigt durch: BFH v. 3.3.2010 – I R 31/09, DB 2010, 757 = GmbHR 2010, 546.

5 *Demuth/Fuhrmann*, KÖSDI 2011, 17618, 17620.

6 BMF-Schreiben v. 16.12.2005 – IV B 2 - S 2176 - 106/05, BStBl. I 2005, 1054 = GmbHR 2006, 164.

7 Einzelheiten im BMF-Schreiben v. 16.12.2005 – IV B 2 - S 2176 - 106/05, BStBl. I 2005, 1054, Rz. 3 ff. = GmbHR 2006, 164.

von den vorstehend angesprochenen „Richttafeln Heubeck“ – unternehmensspezifische biometrische Berechnungsgrundlagen angewandt werden; dazu bedarf es jedoch des Nachweises besonderer Voraussetzungen, insbesondere zur Aussagekraft des herangezogenen Datenmaterials¹. Sofern die Anhebung der Altersgrenzen für den Eintritt in den gesetzlichen Ruhestand aufgrund der jeweiligen Pensionszusage auch für das vertragliche Pensionsalter (durch Verweis) maßgebend ist, bestehen bei der Berechnung der steuerlichen Rückstellung Wahlrechte, auf welches Eintrittsalter abgestellt werden soll².

Wurde – außerhalb des vorstehend angesprochenen Übergangs – in einem vorangegangenen Wirtschaftsjahr die Rückstellung aufgrund einer zulässigen Berechnungsmethode niedriger als möglich berechnet, so greift das **Nachholverbot** gemäß § 6a Abs. 4 Satz 1 EStG; eine nachträgliche Zuführung in die Rückstellung ist nicht zulässig³. Dies gilt auch, wenn aus sonstigen Gründen in den Vorjahren eine fehlerhafte Behandlung erfolgte, sei es, dass eine Rückstellung gar nicht gebildet wurde⁴, sei es, dass in Folge eines Berechnungsfehlers die Rückstellung in einer früheren Bilanz zu niedrig (unter dem Teilwert) gebildet wurde⁵. Das Nachholverbot geht dem Grundsatz des formellen Bilanzzusammenhangs vor, d.h. es können nur in den für die Veranlagung noch „offenen“ Bilanzen die richtig berechneten Teilwerterhöhungen der jeweils offenen Jahre gebildet werden. Etwas anderes gilt für die Aktivierung von Ansprüchen aus Rückdeckungsversicherungen: Für diese gilt das Nachholverbot nicht, so dass der Anspruch mit dem vollen Teilwert auf den 31.12. des jeweils offenen Jahres zu aktivieren ist⁶.

➔ **Beraterhinweis:** Dieser Effekt ist natürlich aus Sicht des Steuerpflichtigen besonders nachteilig, da er zu einer Gewinnerhöhung führt (trotz der wirtschaftlichen Belastung aus der Pensionszusage), und wird zukünftig auch nicht durch § 246 Abs. 2 HGB vermieden, da für die Steuerbilanz weiterhin das Verrechnungsverbot gemäß § 5 Abs. 1a Satz 1 EStG gilt⁷.

c) Ernsthaftigkeit der Zusage und Leistungsfähigkeit der GmbH

Eine Pensionszusage an den **Gesellschafter-Geschäftsführer** wird mit steuerlicher Wirkung nur anerkannt, wenn die Zusage ernsthaft gemeint ist. Hierbei spielt insbesondere die **wirtschaftliche Leistungsfähigkeit** der GmbH eine Rolle. Denn eine ernsthaft gemeinte Zusage liegt nur vor, wenn die GmbH das mit der Zusage übernommene Risiko auch wirtschaftlich zu tra-

1 BMF-Schreiben v. 9.12.2011 – IV C 6 - S 2176/07 - 100004/001, DB 2011, 2887.

2 BMF-Schreiben v. 5.5.2008 – IV B 2 - S 2176/07/0009, DB 2008, 1071.

3 BFH v. 10.7.2002 – I R 79/01, GmbHR 2002, 1085.

4 So im Fall BFH v. 13.2.2008 – I R 44/07, GmbHR 2008, 774.

5 BFH v. 14.1.2009 – I R 5/08, GmbHR 2009, 558.

6 BFH v. 13.2.2008 – I R 44/07, GmbHR 2008, 774.

7 Demuth/Fuhrmann, KÖSDI 2011, 17618, 17622.

gen in der Lage ist¹. Fehlt es an der Finanzierbarkeit, so besteht nach Auffassung der Finanzverwaltung keine betriebliche Veranlassung und es liegt eine vGA vor.

380 Zur **Beurteilung der Finanzierbarkeit** hat die Finanzverwaltung früher eine sehr restriktive Auffassung eingenommen². Danach sollte insbesondere auch der fiktive (zukünftige) Zuführungsbedarf in die Berechnung der Belastung einbezogen werden und sollten stille Reserven eines selbstgeschaffenen Firmenwertes für die Prüfung der „Gegendeckung“ außer Betracht bleiben. Dem ist der BFH entgegengetreten und hat aus Sicht des Steuerpflichtigen günstigere Kriterien für die Beurteilung der Finanzierbarkeit entwickelt:

– Maßgebend für die Beurteilung der Belastung aus der Zusage (zu finanzierendes Risiko) ist der **Anwartschaftsbarwert** der Pension gemäß § 6a Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 EStG zum Zeitpunkt der jeweiligen Prüfung³. Weist die GmbH nach, dass der handelsrechtliche Teilwert niedriger ist, so ist dieser anzusetzen⁴.

➔ **Beraterhinweis:** Der danach maßgebende Anwartschaftsbarwert ist der aktuelle Wert der künftigen Versorgungsleistungen. Es handelt sich um den Betrag, der zum jeweiligen Prüfungszeitpunkt aufgewendet werden muss, um die künftigen Pensionszahlungen zu finanzieren – allerdings unter Anwendung eines Zinssatzes von 6 % und auf der Grundlage der Richttafeln von Professor Dr. *Klaus Heubeck*.

– Bei der Prüfung der Pensionsverpflichtung sind **alle materiellen und immateriellen Wirtschaftsgüter der Gesellschaft** unter Aufdeckung der stillen Reserven anzusetzen. Nach Auffassung des BFH ist eine Finanzierbarkeit erst dann zu verneinen, wenn die Passivierung zur Überschuldung im insolvenzrechtlichen Sinne führt⁵.

➔ **Beraterhinweis:** Damit kann ggf. auch auf Fortführungswerte abgestellt werden und ist in besondere ein originärer Firmenwert zu berücksichtigen, wenn ein solcher nach allgemeinen Grundsätzen angesetzt werden kann.

1 FG Düsseldorf v. 4.7.1991 – 6 K 324/85, EFG 1992, 38 = GmbHR 1992, 484; bestätigt durch BFH v. 30.9.1992 – I R 75/91, BFH/NV 1993, 330 = GmbHR 1994, 340 und BFH v. 7.11.2001 – I R 79/00, DB 2002, 123 = GmbHR 2002, 118; vgl. auch Hessisches FG v. 27.3.1998 – 4 K 4605/96, GmbHR 1999, 724 [rkr.].

2 BMF-Schreiben v. 14.5.1999 – IV C 6 - S 2742 - 9/99, BStBl. I 1999, 512 = GmbHR 1999, 735; zur Kritik *Korn*, KÖSDI 1999, 1204.

3 BFH v. 8.11.2000 – I R 70/99, GmbHR 2001, 396; BFH v. 7.11.2001 – I R 79/00, GmbHR 2002, 118; BFH v. 4.9.2002 – I R 7/01, BStBl. II 2005, 662 = GmbHR 2003, 235.

4 BFH v. 4.9.2002 – I R 7/01, BStBl. II 2005, 662 = GmbHR 2003, 235.

5 BFH v. 7.11.2001 – I R 79/00, GmbHR 2002, 118; BFH v. 4.9.2002 – I R 7/01, BStBl. II 2005, 662 = GmbHR 2003, 235; BFH v. 31.3.2004 – I R 65/03, GmbHR 2004, 1034.

- Bei der Beurteilung der Finanzierbarkeit ist auf den **Zeitpunkt der Zusageerteilung** abzustellen¹.
- Der Abschluss einer **Rückdeckungsversicherung** ist nicht zwingend, um die Finanzierbarkeit zu bejahen. Daraus kann nicht umgekehrt gefolgert werden, dass die Pension bei Abschluss einer solchen Rückdeckungsversicherung zwingend finanzierbar ist. In diesen Fällen kommt es für die Beurteilung der Finanzierbarkeit darauf an, ob die jährlichen Versicherungsbeiträge von der Gesellschaft aufgebracht werden können. Bei der Prüfung der Finanzierbarkeit der Anwartschaft ist der Anspruch aus der Versicherung zu aktivieren.
- Die Finanzverwaltung hat diese Grundsätze der Rechtsprechung in einem Erlass vom 6.9.2005² übernommen³.

d) Allgemeine Anforderungen an die Angemessenheit

Jedenfalls problematisch ist eine gewinnabhängige Pensionszusage. Abgesehen von dem Verbot der Abhängigkeit der Zusage von gewinnabhängigen Bezügen gemäß § 6a Abs. 1 Nr. 2 EStG (s. oben Rz. 376) stellt sich für den geschäftsführenden Gesellschafter auch ein vGA-Problem: Ein fremder, nicht beteiligter Geschäftsführer lässt sich in der Regel nicht auf eine gewinnabhängige Versorgungszusage ein, da sich diese über das regelmäßig lange Arbeitsleben nicht vorweg beurteilen lässt. Andererseits ist aber auch eine Festbetragszusage nicht empfehlenswert. Mit einer Regelung, die möglicherweise bereits 15 Jahre oder 20 Jahre vor Eintritt des Pensionsfalles festgeschrieben ist, wird die Gehaltsentwicklung und Geldentwertung nicht genügend berücksichtigt. Zweckmäßigerweise sollte eine Pensionszusage **doppelt dynamisiert** sein:

- Die **erste** Dynamisierungsstufe besteht in der Festlegung der Pension in Höhe eines bestimmten Prozentsatzes der zuletzt erhaltenen Bezüge. Dabei darf die Bemessungsgrundlage keine gewinnabhängigen Gehaltsbestandteile, z.B. Tantieme, umfassen (s. oben Rz. 376).
- Mit der **zweiten** Dynamisierungsstufe wird die bei Eintritt des Versorgungsfalles zu zahlende Pension auf der Grundlage vergleichbarer Vergütungen fortgeschrieben und daran angekoppelt, z.B. an die Tarifgehälter oder Beamtengehälter; derartige Wertsicherungs-, Gleit- oder Spannungsklauseln sind zulässig⁴.

1 BFH v. 4.9.2002 – I R 7/01, BStBl. II 2005, 662 = GmbHR 2003, 235.

2 BMF-Schreiben v. 6.9.2005 – IV B 7 - S 2742 - 69/05, GmbHR 2005, 1581.

3 Vgl. ergänzend dazu auch: OFD Frankfurt am Main v. 20.9.2005 – S 2742 - A 10 - St II 1.01, GmbHR 2005, 1641; OFD Hannover v. 9.3.2005 – S 2742 - 117 - StO 241, GmbHR 2005, 573 sowie Anm. von *Keil/Prost*, DB 2006, 355.

4 *Streck/Schwedhelm*, Anh. § 8 KStG Rz. 921.

382 Insbesondere ist bei der der Bestimmung der Höhe der Zusage die vom BFH entwickelte **Übersorgungsgrenze** zu beachten: Danach darf der Wert der Versorgungsanwartschaft aus der zugesagten Pension zusammen mit dem Wert etwaiger Rentenansparungen aus der gesetzlichen Rentenversicherung 75 % der am Bilanzstichtag gewährten Aktivbezüge des berechtigten Geschäftsführers nicht übersteigen¹. Keine Aktivbezüge in diesem Sinne sind verdeckte Gewinnausschüttungen²; im Ergebnis ist die Bemessungsgrundlage für die 75 %-Grenze also aus den angemessenen Gesamtbezügen abzuleiten. Eine Übersorgung ist daneben auch gegeben, wenn die Aktivbezüge dauerhaft gesenkt werden, wenn die Versorgungsanwartschaft jedoch nicht ebenfalls gesenkt wird, also weiter auf der Basis der ursprünglichen (höheren) Bezüge berechnet wird³; dies gilt unabhängig davon, ob die Absenkung der Versorgungszusage arbeitsrechtlich (BetrAVG) zulässig ist. Andererseits gilt bei der Prüfung der Angemessenheit für den Gesellschafter-Geschäftsführer keine Begrenzung der Höhe der Altersbezüge auf den Betrag, der sich bei hypothetischer Berechnung einer Sozialversicherungspflicht ergäbe⁴.

➤ **Beraterhinweis:** Unangemessen hohe laufende Bezüge beinhalten also das **doppelte Risiko**, dass zum einen die Zahlungen selbst oberhalb der Angemessenheitsgrenze vGA sind und dass zum anderen eine daran ausgerichtete Pensionszusage ebenfalls (anteilig) vGA wird. Die Finanzverwaltung hat die Kriterien zur Bestimmung der 75 %-Grenze in einem nach wie vor geltenden Erlass aus dem Jahre 2004 konkretisiert⁵. Aus dem Wortlaut des Erlasses kann man folgern, dass die Finanzverwaltung diese Grenze nur als Indiz ansieht, bei deren Überschreiten **regelmäßig** von einer **Übersorgung** ausgegangen werden kann⁶.

383 Bemessungsgrundlage für diese 75 %-Grenze ist der tatsächliche Aktivlohn. Der Verzicht auf Gehaltsbestandteile mindert also die Bemessungsgrundlage und damit die 75 %-Grenze für die Altersversorgung⁷. Die Gewährung einer „**Nur-Pension**“ (ausschließlich Zusage einer Altersversorgung als Gegenleistung an den Geschäftsführer ohne sonstige Gehaltsbestandteile) bewirkt

1 BFH v. 31.3.2004 – I R 70/03, GmbHR 2004, 1158; BFH v. 31.3.2004 – I R 79/03, GmbHR 2004, 1227; BFH v. 15.9.2004 – I R 62/03, GmbHR 2005, 180; BFH v. 27.3.2012 – I R 56/11, DB 2012, 1302 = GmbHR 2012, 758; vgl. zum Überblick *Schmidt/Weber-Grellet*, § 6a EStG Rz. 21.

2 BFH v. 15.9.2004 – I R 62/03, GmbHR 2005, 180.

3 BFH v. 27.3.2012 – I R 56/11, GmbHR 2012, 758.

4 BFH v. 4.4.2012 – I B 128/11, GmbHR 2012, 1606.

5 BMF-Schreiben v. 3.11.2004 – IV B 2 - S 2176 - 13/04, BStBl. I 2004, 1045 = GmbHR 2005, 126.

6 BMF-Schreiben v. 3.11.2004 – IV B 2 - S 2176 - 13/04, BStBl. I 2004, 1045 Tz. 7 = GmbHR 2005, 126.

7 BFH v. 12.10.2010 – I R 17, 18/10, GmbHR 2010, 270 zur Anpassungspflicht auch bei nur vorübergehender Absenkung der Bezüge; FG Niedersachsen v. 16.8.2007 – 6 K 221/05, EFG 2007, 1809.

ebenfalls eine Überversorgung¹. Die steuerlichen Folgen einer derartigen Pensionszusage sind mittlerweile geklärt: Der BFH sieht die „Nur-Pension“ als einen Fall der Überversorgung und einen Verstoß gegen das Stichtagsprinzip des § 6a Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 Satz 4 EStG an, der zur Auflösung der Rückstellung in der Steuerbilanz führt². Die Finanzverwaltung hat sich dieser Rechtsprechung angeschlossen³.

e) Zeitliche Vorgaben und Fristen als besondere Voraussetzungen

Bei der Gewährung einer Pensionszusage an Gesellschafter-Geschäftsführer sind neben den Problemen der Höhe der Zusage und der richtigen Bemessungsgrundlage **zeitliche Vorgaben** für die Angemessenheit zu beachten. Maßgeblich sind vier Kriterien nebeneinander, nämlich

- **Wartezeit bis zur Erteilung („Probezeit“),**
- **Lebensalter bei Erteilung der Zusage,**
- **aktive Dienstzeit („Erdienbarkeit“),**
- **zwingendes Pensionsalter.**

Im Einzelnen gilt dazu Folgendes:

- **Kriterium der Wartezeit bis zur Erteilung:** Da ein ordentlicher und gewissenhafter Kaufmann einem Dritten Wartezeit keine Pensionszusage erteilen würde, muss vom Zeitpunkt der Anstellung als Geschäftsführer – auch wenn dies ab Gründung der GmbH der Fall ist – bis zum Zeitpunkt der Erteilung der Zusage eine **Wartefrist** (auch bezeichnet als „Probezeit“) eingehalten werden⁴. Eine Wartefrist **von fünf Jahren** bis zur Erteilung der Zusage ist ausreichend⁵; eine Zeit von 15 Monaten genügt demgegenüber nicht⁶. Die Finanzverwaltung lässt in der Regel eine „Probezeit“ von zwei bis drei Jahren ausreichen⁷. Wird allerdings ein Einzelunternehmen in ei-

1 BFH v. 28.4.2010 – I R 78/08, GmbHR 2010, 924.

2 BFH v. 9.11.2005 – I R 89/04, BStBl. II 2008, 523 = GmbHR 2006, 95; BFH v. 28.4.2010 – I R 78/08, BFH/NV 2010, 1709 = GmbHR 2010, 924.

3 BMF-Schreiben v. 13.12.2012 – IV C 6 - S 2176/07/10007, DB 2012, 2906; anders noch: BMF-Schreiben v. 16.6.2008 – IV C 6 - S 2176/08/10007 - DOK 2008/0305648, GmbHR 2008, 840, wonach die Rückstellungsbildung anerkannt und als vGA an den geschäftsführenden Gesellschafter angesehen wurde.

4 BFH v. 16.12.1992 – I R 2/92, BStBl. II 1993, 455; BFH v. 23.2.2005 – I R 70/04, GmbHR 2005, 775; vgl. BFH v. 28.4.2010 – I R 78/08, BFH/NV 2010, 1709 = GmbHR 2010, 924; zur Einhaltung einer derartigen Probezeit auch bei einem, dem beherrschenden Gesellschafter nahestehenden Geschäftsführer: BFH v. 17.3.2010 – I R 19/09, GmbHR 2010, 826; auch FG Baden-Württemberg v. 23.3.1995 – 6 K 311/90, EFG 1995, 1004; FG Nds. v. 24.3.1998 – VI 189/96, EFG 1998, 1285 = GmbHR 1998, 791.

5 BFH v. 15.10.1997 – I R 42/97, GmbHR 1998, 340.

6 BFH v. 11.2.1998 – I R 73/97, GmbHR 1998, 893.

7 BMF-Schreiben v. 14.12.2012 – IV C 2 - S 2742/10/10001 - DOK 2012/0807278, DB 2012, 2906.