

# Betriebs Berater

32 | 2018

Recht ... Wirtschaft ... Steuern ... **GeschGehG-E** ... Recht ... Wirtschaft ... Steuern ... Recht ... 6.8.2018 | 73. Jg. Seiten 1793–1856

## DIE ERSTE SEITE

**Prof. Dr. Manuel R. Theisen**

Unabhängige Aufsichtsratsmitglieder – Den Seinen gibt's der Herr im Schlaf ...

## WIRTSCHAFTSRECHT

**Dr. Johannes Druschel**, RA, und **Andreas Jauch**, LL.M., RA

Der Schutz von Know-how im deutschen Zivilprozess:  
Der derzeitige und zukünftige Geheimnisschutz im vorgelagerten  
Besichtigungsverfahren | 1794

**Dr. Klaus Schmid-Burgk**, RA

Das Bearbeitungsentgelt in Darlehensverträgen im Lichte der Rechtsprechung  
zum AGB-Recht | 1799

## STEUERRECHT

**Benedikt Ellenrieder**, RA, und **Dr. Christian Kahlenberg**, M.Sc., StB

BB-Rechtsprechungsreport: Europäisches Steuerrecht (direkte Steuern) 2017 – Teil I | 1815

## BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

**Dr. Martin Bünning**, RA/StB, und **Carina Park**, RAin/StBin

Steuerbilanzielle Behandlung von Kryptowährungen | 1835

## ARBEITSRECHT

**Mina Bettinghausen**, RAin

Die Vereinbarung längerer Kündigungsfristen im vorformulierten  
Arbeitsvertrag | 1844

## BB-Kommentar

### „Mehr Rechtssicherheit bei Versorgungszusagen an Gesellschafter-Geschäftsführer“

#### PROBLEM

Eine Pensionszusage an einen Gesellschafter-Geschäftsführer (GGF) muss besonderen Anforderungen genügen, wenn vermieden werden soll, dass die Finanzverwaltung ihre betriebliche Veranlassung anzweifelt und eine verdeckte Gewinnausschüttung annimmt. Damit die Zusage nicht als durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst betrachtet wird, müsste sie einem nicht an der Gesellschaft beteiligten Fremdgeschäftsführer genauso erteilt worden sein können („hypothetischer Fremdvergleich“). Der BFH hält es dafür insbesondere für erforderlich, dass die Zusage noch durch die künftige Tätigkeit des GGF für den Betrieb erdient werden kann, was voraussetzt, dass sie ausreichend frühzeitig erteilt wird (Erdienbarkeit der Zusage).

In ständiger Rechtsprechung fordert der BFH daher für beherrschende GGF grundsätzlich, dass der Zeitraum zwischen Erteilung der Zusage und dem angenommenen Rentenbeginn mindestens zehn Jahre beträgt (Erdienungszeitraum). Dies kann insbesondere deshalb ein Problem darstellen, weil bei Erteilung einer Neuzusage, die auch in der Verbesserung einer bereits erteilten Zusage bestehen kann, der Erdienungszeitraum wieder erreicht werden muss. Fraglich war nach einem früheren Urteil des BFH auch, ob bereits wegen eines bloßen Wechsels des Durchführungswegs dieser Zeitraum neu beginnt.

Die Finanzverwaltung fordert die Einhaltung des zehnjährigen Erdienungszeitraums auch dann, wenn der GGF die Pensionszusage durch Umwandlung von Teilen seiner künftigen Entgeltansprüche in eine wertgleiche Anwartschaft auf Versorgungsbezüge selbst finanziert. In seinem Urteil vom 7.3.2018 untersucht der BFH, ob bei einer aus Entgeltumwandlung finanzierten Pensionszusage die betriebliche Veranlassung wirklich in Frage gestellt werden muss, wenn die Zusage später erteilt wird.

#### ZUSAMMENFASSUNG

Die klagende GmbH hatte im Jahr 1994 einem beherrschenden GGF zunächst eine arbeitgeberfinanzierte Pensionszusage als Direktzusage gewährt. Im Jahr 2010 stellte sie den Durchführungsweg für künftige Dienstzeiten auf eine rückgedeckte Unterstützungskasse um, ohne dabei den Wert der Zusage zu verändern, und erteilte dem GGF eine weitere, nun durch Entgeltumwandlung finanzierte Pensionszusage. Der Erdienungszeitraum von zehn Jahren war zwar ab Erteilung der ersten Zusage im Jahr 1994, aber nicht mehr ab dem Wechsel des Durchführungswegs und der Erteilung der durch Entgeltumwandlung finanzierten Zusage erfüllbar.

Das Finanzamt sah die Zahlungen an die Unterstützungskasse für die Zusage aus Entgeltumwandlung als nicht betrieblich veranlasst an, weil die Zusage von dem dann etwa 58 Jahre alten GGF nicht mehr erdient werden konnte.

Der BFH hält an seiner Rechtsprechung zum Fremdvergleich fest, der auch bei Zusageerhöhungen und mittelbaren Pensionszusagen vorzunehmen sei. Die Erteilung einer Zusage zu einem Zeitpunkt, ab dem keine mindestens zehnjährige Tätigkeit für das Unternehmen mehr zu erwarten ist, stelle allerdings nur ein gewichtiges Indiz für die Veranlassung durch das Gesellschaftsverhältnis dar, die im Einzelfall widerlegbar sei, wenn die Erdienbarkeit der Zusage auf andere Weise sichergestellt sei. Bei aus Entgeltumwandlung finanzierten Pensionszusagen entfalle die Indizwirkung jedoch grundsätzlich, sofern die Zusage den Anforderungen des Fremdvergleichs ansonsten genüge. Da das Unternehmen durch die Umwandlung von Barvergütung in eine

wertgleiche Pensionsanwartschaft nicht belastet werde, sondern der GGF wirtschaftlich betrachtet ausschließlich über sein eigenes künftiges Vermögen disponiere, bestehe regelmäßig keine Veranlassung, die Zusage nach dem Maßstab der Erdienbarkeit zu überprüfen.

Dennoch hänge es auch bei einer Entgeltumwandlung vom Einzelfall ab, ob eine Pensionszusage als betrieblich veranlasst anerkannt werden könne. Der BFH deutet hier bereits an, dass „z. B. sprunghafte Gehaltsanhebungen im Vorfeld der Entgeltumwandlung, die Vollumwandlung des Barlohns mit der Folge einer sog. ‚Nur-Pension‘ [...] oder mit Risiko- und Kostensteigerungen für das Unternehmen verbundene Zusagen“ im Rahmen des weiter notwendigen Fremdvergleichs die Anerkennung ausschließen könnten. Hinsichtlich des Wechsels des Durchführungswegs bei der arbeitgeberfinanzierten Pensionszusage erläutert das Gericht sein früheres Urteil vom 20.7.2016 (I R 33/15, BFHE 254, 428, BStBl. II 2017, 66, BB 2016, 2788 m. BB-Komm. *Manhart/Mische*). Dieses Urteil legte nahe, dass der Wechsel des Durchführungswegs als Neuzusage anzusehen wäre, mit der Folge, dass der erforderliche Erdienungszeitraum neu beginnt. Vielmehr liege eine Neuzusage nur dann vor, wenn mit dem Wechsel des Durchführungswegs auch eine Erhöhung der zugesagten Versorgungsleistungen verbunden sei. Wenn der Durchführungsweg ohne finanzielle Mehrbelastung für das Unternehmen geändert werde, wie bei der arbeitgeberfinanzierten Zusage im vorliegenden Fall, sei eine erneute Prüfung der Erdienbarkeit der Zusage nicht gerechtfertigt.

#### PRAXISFOLGEN

Begrüßenswert ist zunächst, dass der BFH die Begründung seines Urteils vom 20.7.2016 erläutert, die einige Unruhe hervorgerufen hatte. Änderungen des Durchführungswegs und wohl auch wertneutrale Änderungen an der Zusage dürften also grundsätzlich möglich sein.

Der (hypothetische) Fremdvergleich bleibt der zentrale Gesichtspunkt bei der Prüfung der betrieblichen Veranlassung einer Pensionszusage an einen GGF. Durch eine wertgleiche Umwandlung von Entgeltteilen in eine Pensionsanwartschaft wird das Unternehmen wirtschaftlich nicht belastet, so dass davon ausgegangen werden kann, dass auch einem Fremdgeschäftsführer eine derartige Zusage unabhängig von der voraussichtlichen weiteren Dauer seiner Tätigkeit für das Unternehmen erteilt würde.

Eine Umgehung der erforderlichen Erdienungsdauer für arbeitgeberfinanzierte Pensionszusagen durch die Erteilung einer aus Entgeltumwandlung finanzierten Zusage in Verbindung mit einer im zeitlichen Zusammenhang damit gewährten entsprechenden Gehaltserhöhung wird durch das Urteil aber wohl nicht ermöglicht. Dasselbe wird auch für die Vereinbarung einer Pensionszusage gelten, die eine im Verhältnis zum Umwandlungsbetrag überhöhte Pensionsleistung vorsieht, etwa durch eine ungewöhnlich hohe Verzinsung des Umwandlungsbetrags. Im vorliegenden Fall gab es allerdings für das Gericht noch keinen Anlass, zu diesen Aspekten Stellung zu nehmen. Entscheidend sollte die Wertgleichheit von Umwandlungsbetrag und Pensionsanwartschaft sein, die bei externen Versorgungsträgern jedoch regelmäßig gegeben sein dürfte.

**Dr. Günter Hainz** ist Geschäftsführer der H<sup>2</sup>B Aktuarien GmbH, München. Als IVS-Sachverständiger für betriebliche Altersversorgung berät er deutsche und internationale Unternehmen zu ihren Pensionszusagen und ähnlichen Verpflichtungen.

