

Die Versorgung des Gesellschafter-Geschäftsführers einer GmbH aus steuerrechtlicher Sicht

Wird einem Gesellschafter-Geschäftsführer (GGF) eine Pensionszusage erteilt oder wird diese geändert, müssen, damit die steuerliche Anerkennung gewährleistet ist, bestimmte Kriterien eingehalten werden. Dies ist der Tatsache geschuldet, dass GGF aufgrund ihrer Kapitalbeteiligung einen wesentlich stärkeren Einfluss auf die Erteilung und Gestaltung der eigenen Pensionszusage ausüben können als normale Arbeitnehmer.

Wann beherrscht ein GGF eine GmbH?

Je mehr Anteile und Stimmrechte der Versorgungsberechtigte hat, desto strengere Kriterien werden von der Finanzverwaltung angewendet. Im Rahmen der Prüfung ist daher zunächst danach zu differenzieren, ob ein GGF die GmbH steuerrechtlich beherrscht oder nicht. Maßgeblich ist jeweils der Zeitpunkt der Beschlussfassung über die Zusage bzw. deren Änderung in der Gesellschafterversammlung.

Ein GGF **beherrscht** steuerlich eine Kapitalgesellschaft, wenn er allein oder gemeinsam mit anderen GGF den **Abschluss eines Geschäfts erzwingen** kann.¹ Er muss somit **mehr als 50 %** der Stimmen haben. Eine Beteiligung von 50 % oder weniger der Stimmen reicht dann aus, wenn im Einzelfall besondere Umstände vorliegen, die zu einer beherrschenden Stellung führen können² (z. B. besondere vertragliche Regelungen, mittelbare Beteiligungen), oder wenn mehrere GGF (unabhängig davon, wie viele Stimmen sie haben³) aufgrund gleichgerichteter Interessen zusammenwirken und gemeinsam über 50 % der Stimmen besitzen. Ein Indiz für gleichgerichtete Interessen von GGF kann z. B. darin gesehen werden, wenn diese zeitgleich oder im geringen zeitlichen Abstand eine inhaltsgleiche⁴ Pensionszusagen erhalten sollen.

Wie ist die Frage der steuerlichen Anerkennung bei Pensionszusagen an GGF zu prüfen?

Wird die steuerliche Anerkennung einer Pensionszusage oder eines Nachtrages geprüft, geschieht dies in zwei Prüfungsschritten. Im Rahmen der ersten Stufe geht es um die Frage, ob für die Zusage überhaupt Rückstellungen in die Steuerbilanz der GmbH gebildet werden dürfen (1. Stufe der Prüfung). Dies ist nur dann der Fall, wenn die Zusage zivilrechtlich wirksam erteilt wurde, die Voraussetzungen des § 6a EStG erfüllt sind und keine Überversorgung vorliegt.

Sind Rückstellungen zu bilden, wird in einer zweiten Stufe geprüft, ob eine verdeckte Gewinnausschüttung (vGA) vorliegt (2. Stufe der Prüfung). Diese führt zu einer außerbilanziellen Korrektur des steuerlichen Gewinns, so dass die durch die Rückstellungsbildung erzielten steuerlichen Effekte wieder aufgehoben werden. Eine vGA wird angenommen werden, wenn die Pensionszusage bestimmten Anforderungen, die sich aus der Rechtsprechung und aus Schreiben des Bundesministeriums für Finanzen (BMF) ergeben, nicht gerecht wird.

¹ H 36 (3) ‚Beherrschender Gesellschafter‘ KStH

² BFH-Urteil v. 23.10.1985, I R 247/81, BStBl. 1986 II, S. 195

³ Eine Zusammenrechnung ist somit auch möglich, wenn ein GGF allein über 50 % der Stimmen hat. Beispiel: Hält GGF A 60 % und der GGF B 40 % der Anteile an einer GmbH, sind beide – A und B – als steuerlich beherrschend anzusehen, wenn gleichgerichtete Interessen vorliegen.

⁴ BFH-Urteil v. 23.10.2013, I R 89/12, BStBl. 2014 II, S. 729; BFH-Urteil v. 23.10.2013, I R 60/12, BStBl. 2015 II, S. 413; BFH-Urteil v. 18.02.1999, I R 51/98 (NV). Von inhaltsgleichen Pensionszusagen dürfte nach der Rechtsprechung des BFH auszugehen sein, wenn Art und Höhe der zugesagten Leistungen übereinstimmen, wobei eine Berücksichtigung der Beteiligungsverhältnisse zu erfolgen hat.

Welche Voraussetzungen müssen erfüllt sein, um steuerlich wirksam Rückstellungen für die Zusage in der Bilanz bilden zu können (1. Stufe der Prüfung)?

I. Zivilrechtliche Wirksamkeit

Die Erteilung der Pensionszusage an den GGF bzw. deren Änderung muss zivilrechtlich wirksam vereinbart sein. Hierbei sind aufgrund der Organstellung bei dieser Personengruppe zwei Besonderheiten zu beachten:

- Unterschreibt der GGF sowohl auf Seiten der Firma als auch als Versorgungsberechtigter die Versorgungszusage muss er im Gesellschaftsvertrag vom **Selbstkontrahierungsverbot nach § 181 BGB** befreit sein. Die Befreiung muss ins Handelsregister eingetragen werden.⁵
- Die Erteilung der Pensionszusage und jeder Nachtrag müssen durch einen **Gesellschafterbeschluss** legitimiert sein, es sei denn, im Gesellschaftsvertrag oder gesetzlich sind andere Zuständigkeiten geregelt (siehe ausführlich hierzu Merkblatt FVB--0280Z0).⁶

II. Erfüllung der Voraussetzungen des § 6a EStG

§ 6a EStG regelt, unter welchen Voraussetzungen in der Steuerbilanz Rückstellungen für eine Pensionszusage gebildet werden dürfen. **Zusammengefasst müssen folgende Kriterien erfüllt werden:**

Dem GGF muss durch die Zusage ein **Rechtsanspruch** auf die Pensionsleistung eingeräumt werden.

Die Zusage und auch jeder Nachtrag müssen **schriftlich** erteilt werden und **klare und eindeutige Vereinbarungen** über Art, Form, Voraussetzungen und Höhe der in Aussicht gestellten Leistungen beinhalten.⁷ Ein bloßer Gesellschafterbeschluss genügt dem Schriftformerfordernis nicht. Die Zusage darf **keinen steuerschädlichen Vorbehalt** enthalten, der es ermöglicht, die zugesagten Leistungen nach freiem Belieben zu mindern oder zu entziehen.⁸ Außerdem darf die Zusage keine schädliche Abfindungsklausel beinhalten, nach der der Arbeitgeber **einseitig** Versorgungsanwartschaften oder -leistungen **jederzeit** in Höhe des **Teilwerts** abfinden kann. Eine einseitige Abfindungsmöglichkeit mit dem Barwert der künftigen Pensionsleistungen zum Zeitpunkt der Abfindung ist demgegenüber unschädlich.⁹ Auch ein **Kapitalwahlrecht** des Versorgungsberechtigten oder eine Abfindungsmöglichkeit mit dessen Zustimmung sind möglich.

Die Zusage darf darüber hinaus auch **keine Pensionsleistungen in Abhängigkeit von zukünftigen gewinnabhängigen oder variablen Bezügen** vorsehen. Soweit die Höhe der Pensionsleistung von gewinnabhängigen oder variablen Vergütungselementen abhängig gestaltet ist, darf steuerrechtlich keine Rückstellung gebildet werden.

III. Keine Überversorgung

Die Aktivbezüge und die Pensionsbezüge aus einer Pensionszusage eines GGF müssen in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen; es darf **keine** sog. **Überversorgung** vorliegen.¹⁰

Die Prüfung einer Überversorgung ist **nur bei endgehaltsunabhängigen** Pensionszusagen, z. B. Festbetragszusagen erforderlich. Bei einer endgehaltsabhängigen Zusage ($x\%$ des Aktivgehalts'), einer **beitragsorientierten Leistungszusage** oder einer **Entgeltumwandlungszusage** ist diese Prüfung **nicht erforderlich**, da hier keine Vorwegnahme zukünftiger Einkommenstrends zu erwarten ist.

Die Regeln zur Prüfung der Überversorgung sind:

- Eine Vorwegnahme künftiger Einkommensentwicklungen wird regelmäßig angenommen, soweit die **insgesamt zugesagten Leistungen der betrieblichen Altersversorgung** (aus Direktzusage, Unterstützungskasse oder den versicherungsförmigen Durchführungswegen) zusammen **mit einer evtl. zu erwartenden Rente aus der DRV** höher sind als **75 % der aktuellen Bruttobezüge** des Versorgungsberechtigten. Die Bruttobezüge entsprechen dem steuerrechtlichen Arbeitslohn.

⁵ BGH-Urteil v. 28.02.1983, II ZB 8/82, DB 1983, S. 1192

⁶ BGH-Urteil v. 25.03.1991, II ZR 169/90, BB 1991, S. 927

⁷ R 41 Abs. 7 EStR; H 41 (7) EStH

⁸ R 8.10 KStR 2015

⁹ BMF-Schreiben v. 06.04.2005, IV B 2 – S 2176 – 10/05, BStBl. 2005 I, S. 619

¹⁰ BMF-Schreiben v. 03.11.2004, IV B 2 – S 2176 – 13/04, BStBl. 2004 I, S. 1045

Besteht eine Versorgung über mehrere Durchführungswege und ergibt sich hierbei eine überdurchschnittlich hohe Altersversorgung, erfolgt keine Kürzung bei den Beiträgen zu den versicherungsförmigen Durchführungsweegen Direktversicherung, Pensionskasse oder Pensionsfonds. Gekürzt wird vielmehr nur der Rückstellungsbetrag aus der Pensionszusage, zu der die Überversorgung überhaupt zu prüfen ist (oder die entsprechende Zuwendung für eine Unterstützungskassenzusage).

- Für die Höhe der insgesamt zugesagten Altersleistungen zum Pensionsalter und der Bezüge des Berechtigten sind die **Verhältnisse am Bilanzstichtag** maßgeblich.
- Leistungen der Invaliditäts- oder Hinterbliebenenversorgung unterliegen nicht der 75 %-Grenze; sind sie unverhältnismäßig hoch, kann dies aber zu einer vGA führen (siehe 2. Stufe der Prüfung).
- Ist in der Anwartschaftsphase eine Dynamik (bis zu 2 % höchststrichtrichlerlich anerkannt) vereinbart, ist diese bei der zugesagten Altersleistung bis zum vorgesehenen Pensionsalter mit zu berücksichtigen.
- Die Vereinbarung einer fest zugesagten Erhöhung („Dynamik“) in einer Pensionszusage ist grundsätzlich zulässig. Solange solche dynamischen Erhöhungen laufender Rentenleistungen im Rahmen angemessener Steigerungsraten von höchstens 3 % bleiben, nehmen sie keinen Einfluss auf das Vorliegen einer evtl. Überversorgung.
- Wenn neben der zu prüfenden Pensionszusage eine auf Entgeltumwandlung beruhende Versorgungszusage besteht, können sowohl die umgewandelten Entgelte als auch die daraus resultierende wertgleiche Altersversorgungsleistung bei der Berechnung der 75 %-Grenze unberücksichtigt bleiben.
- Sind einmalige Kapitalleistungen vorgesehen, so gelten 10 % der Kapitalleistung als Jahresbetrag einer lebenslang laufenden Leistung.
- Bei einer sog. „Nur-Pensionszusage“, darunter versteht man das Fehlen jeglicher Barvergütung und die Beschränkung der Vergütung auf eine Pensionszusage, ist grundsätzlich von einer Überversorgung auszugehen.¹¹ Liegt der Zusage dagegen eine ernsthaft vereinbarte Entgeltumwandlung zugrunde, kann – gemäß Finanzverwaltung – auch dann in der Anwartschaftsphase eine Pensionsrückstellung nach § 6a EStG gebildet werden, wenn der GGF sein gesamtes Gehalt vollständig umwandelt. In diesen Fällen ist in einem zweiten Schritt aber weiterhin das evtl. Vorliegen einer vGA (bspw. wegen nicht eingehaltener Probezeit, überhöhter Gesamtausstattung o. ä.) zu prüfen.

Führt eine Pensionszusage nach diesen Grundsätzen zu einer Überversorgung, werden Rückstellungen nur bis zur Höhe der zulässigen 75 %-Grenze steuerrechtlich anerkannt. Im Umfang der Überversorgung kann eine gebildete Rückstellung jederzeit bis auf den angemessenen Wert gewinnerhöhend aufgelöst werden.

Wann liegt eine verdeckte Gewinnausschüttung vor (2. Stufe der Prüfung)?

Ist eine Berücksichtigung der Pensionszusage in der Steuerbilanz möglich, muss weiterhin geprüft werden, ob nicht eine vGA gemäß § 8 Absatz 3 Satz 2 KStG anzunehmen ist. Dies ist der Fall, wenn bei der Gesellschaft eine durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasste Vermögensminderung oder verhinderte Vermögensmehrung vorliegt, die sich auf das Einkommen der Gesellschaft auswirkt und in keinem Zusammenhang mit einer offenen Ausschüttung steht.

Damit die Pensionszusage oder Teile hiervon nicht als auf der Gesellschafterstellung beruhend und damit als vGA gewertet werden, müssen auf jeden Fall einige von der Rechtsprechung und der Finanzverwaltung aufgestellte Voraussetzungen erfüllt sein.

I. Wirksamer Anstellungsvertrag

Der GGF muss grundsätzlich in einem **arbeitsrechtlich anerkannten Dienstverhältnis** tätig sein, darf also nicht nur im Rahmen seiner Gesellschafterstellung handeln.¹²

¹¹ BMF-Schreiben v. 13.12.2012, IV C 6 – S 2176 /07/10007; BFH-Urteil vom 28.04.2010, I R 78/08, BStBl. 2013 II, S. 41

¹² BFH-Urteil v. 11.10.1955, I 47/55, BStBl. 1955 II, S. 397; zur Versorgung von Nicht-Arbeitnehmern vgl. FVB--0264Z0

II. Probezeit

Vor der Erteilung der Zusage ist sowohl bei **Arbeitgeberfinanzierung** als auch im **Rahmen einer Entgeltumwandlung** ggf. zunächst eine Probezeit abwarten.

Eine **unmittelbar nach der Anstellung** und **ohne** die unter Fremden **übliche Wartezeit** (zusagefreie Zeit) an einen GGF erteilte Zusage ist in der Regel **nicht betrieblich veranlasst**.¹³ Die zusagefreie Zeit des GGF sollte zwei bis drei Jahre dauern (**individuelle Probezeit**). Das Erfordernis einer Probezeit ist unabhängig vom Beherrschungsgrad des GGF einzuhalten. Der BFH hat bereits seit längerem bei der Prüfung der Probezeit nicht mehr zwischen einem beherrschenden und einem nicht beherrschenden GGF differenziert.¹⁴ Dieser Ansicht hat sich das BMF mit Schreiben vom 14.12.2012 angeschlossen.¹⁵ **Die Einhaltung der Probezeit ist daher bei Zusagen an beherrschende und nicht beherrschende GGF einzuhalten.**

Bei entsprechenden **Vortätigkeiten** ist eine Probezeit nicht in jedem Fall erforderlich, so z. B., wenn ein Einzelunternehmen in eine Kapitalgesellschaft umgewandelt wird, und der bisherige, bereits erprobte Einzelunternehmer als Geschäftsführer der Kapitalgesellschaft das Unternehmen fortführt.¹⁶

Ist die **Kapitalgesellschaft neu gegründet** worden, kann eine Pensionszusage erst dann erteilt werden, wenn die künftige wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Kapitalgesellschaft zuverlässig abschätzbar ist. In der Regel bedarf es hierzu eines Zeitraums von **wenigstens fünf Jahren (betriebliche Probezeit)**. **Ging die neu gegründete Kapitalgesellschaft** zum Beispiel aus einer **Betriebsaufspaltung** oder einer **Umwandlung** eines Einzelunternehmens hervor, sind auch die Zeiten der Vorgesellschaft mit zu berücksichtigen.¹⁷

Wird eine Pensionszusage **ohne** Beachtung einer **Probezeit** vereinbart, werden die Zuführungen zu der Rückstellung als **vGA** behandelt. Dieser „Mangel“ kann nicht nachträglich geheilt werden. Folglich führt der Verstoß gegen das Erfordernis der Probezeit dazu, dass die erteilte Pensionszusage nicht betrieblich veranlasst ist und dies dauerhaft so bleibt.¹⁸ Tritt der Versorgungsfall ein (Invaliden- oder Hinterbliebenenversorgung), werden die Zuführungen zur Pensionsrückstellung ebenfalls als vGA und die laufenden Versorgungszahlungen beim GGF bzw. bei den Erben der GmbH-Beteiligung als Gewinnausschüttungen behandelt.

III. Ernsthaftigkeit

Die Pensionszusage muss ernsthaft sein. Bei einer vertraglichen **Altersgrenze** von **weniger als 62 Jahren** (bei Zusagen vor dem 01.01.2012 von weniger als 60 Jahren) ist davon auszugehen, dass **keine ernsthafte Zusage** vorliegt.¹⁹ Die Zusage stellt dann in voller Höhe eine vGA dar.

Eine **Rückdeckungsversicherung** ist Indiz für die Ernsthaftigkeit der Zusage.²⁰ Fehlt eine Rückdeckungsversicherung, bedeutet dies nach Ansicht der Rechtsprechung allerdings noch nicht, dass eine Pensionszusage nicht ernsthaft gemeint sei.²¹

IV. Erdienbarkeit

Die Pensionszusage bzw. deren nachträgliche Verbesserungen müssen während der weiteren aktiven Dienstzeit erdient werden können.²²

Eine nachträgliche Verbesserung kann nicht nur bei unmittelbarer Erhöhung des Anspruchs vorliegen, sondern auch bei mittelbaren Verbesserungen, etwa wenn bei gehaltsabhängigen Zusagen das maßgebende Gehalt nachträglich unangemessen erhöht wird oder zumindest soweit erhöht wird, dass die Erhöhung des Anspruchs einer Neuzusage gleichkommt.²³

¹³ BMF-Erlass v. 14.05.1999, IV C 6 – S 2742 - 9/99, BStBl. I, S. 512; H 38 ‚Warte-/Probezeit‘ KStH

¹⁴ BFH-Urteil v. 28.04.2010, I R 78/08, BStBl. 2013 II, S. 41

¹⁵ BMF-Schreiben v. 14.12.2012, IV C 2 - S 2742/10/10001

¹⁶ BMF-Schreiben v. 14.12.2012, a. a. O.

¹⁷ BMF-Schreiben v. 14.12.2012, a. a. O.

¹⁸ BMF-Schreiben v. 14.12.2012, a. a. O. gilt für alle Zusagen ab dem 29.07.2010. Bei älteren Zusagen bleibt Heilung nach Ablauf möglich.

¹⁹ R 8.7 KStR 2015; BMF-Schreiben v. 06.12.2017, IV C 5 - S 2333/17/, Rnr. 3

²⁰ BFH-Urteil v. 11.02.1998, I R 73/97, DB 1998, S. 2094

²¹ BFH-Urteil v. 15.10.1997, I R 42/97, BStBl. 1999 II, S. 316

²² BFH-Urteil v. 27.11.2013, I R 17/13 und H 38 ‚Erdienbarkeit‘ KStH, bestätigt durch BFH-Urteil v. 20.05.2015, I R 17/14

²³ BFH-Urteil v. 20.05.2015, I R 17/14. Im Streitfall sah der BFH die Grenze für eine Neuzusage bei einer Erhöhung der Pension um über 23 % als erfüllt an, ohne allerdings allgemeine Maßstäbe für das Vorliegen einer Neuzusage zu definieren.

Darüber hinaus darf der GGF das **Alter 60 noch nicht erreicht** haben, wenn ihm die Zusage erteilt oder eine bestehende Zusage erhöht bzw. erweitert wird.

Beim **beherrschenden** GGF muss des Weiteren die Zeit ab Erteilung der Pensionszusage bzw. deren nachträgliche Anpassung bis zur frühestmöglichen vorgezogenen Inanspruchnahme der Altersleistungen noch **mindestens 10 Jahre** betragen.²⁴

Auch beim **nicht beherrschenden** GGF wird ein Zeitraum von **mindestens 10 Jahren** vorausgesetzt.²⁵ Alternativ hierzu reicht es aber auch aus, wenn bis zum Zeitpunkt der frühestmöglichen vorgezogenen Inanspruchnahme der Altersleistungen die **Betriebszugehörigkeit mindestens 12 Jahre** beträgt und die **Zusage mindestens 3 Jahre** besteht.²⁶

Der BFH ist der Ansicht²⁷, dass die Erfüllung der Erdienbarkeitsfrist ernsthaft gewollt und grundsätzlich eingehalten werden muss. Insbesondere für beherrschende GGF betont der BFH hohe Anforderungen an die Ernsthaftigkeit der Verabredung und deren tatsächliche Durchführung.

Der BFH²⁸ hält die Erdienbarkeitsfrist dann für entbehrlich, wenn die **Entgeltumwandlung** eine echte Barlohnumwandlung ist. Dies liegt vor, wenn ein Teil des bis dahin bestehenden fremdüblichen Lohnanspruchs (Einzelprüfung erforderlich) in Beiträge für eine bAV-Maßnahme umgewandelt und das Arbeitsverhältnis im Übrigen unverändert bleibt²⁹. Denn in diesen Fällen finanziert wirtschaftlich betrachtet nicht die GmbH, sondern der GGF die betriebliche Altersversorgung. Wir gehen davon aus, dass in diesen Fällen eine Versorgungszusage auch dann steuerlich anerkannt wird, wenn sie nach Vollendung des 60. Lebensjahres erteilt wird.

Wird das Dienstverhältnis vor Ablauf der Erdienbarkeitsfrist beendet, ohne dass hierfür plausible betriebliche Gründe³⁰ bestehen, führt dies beim GGF zu einer vGA. Die Folge ist, dass zumindest ab dem Jahr des Ausscheidens die jährlichen Zuführungen außerbilanziell als vGA den Gewinn der Gesellschaft erhöhen.

Die genannten Zeiträume lehnen sich an die Unverfallbarkeitsfristen des BetrAVG in dessen damaliger Fassung an.³¹ Diese Fristen sind durch das Altersvermögensgesetz vom 26.06.2001 verkürzt worden bzw. entfallen. Dennoch sind nach dem BMF die bisherigen Fristen weiterhin zu beachten.³²

Kann die Altersversorgung erdient werden, ist diesbezüglich auch eine zeitgleich **erteilte Invaliditäts- und/oder Hinterbliebenenversorgung** anerkannt. Wird eine Invaliditäts- und/oder Hinterbliebenenversorgung später per Nachtrag zusätzlich aufgenommen (auch Wiederheirat) oder isoliert erhöht, wird dies anerkannt, wenn zu diesem Zeitpunkt die Altersversorgung noch erdient werden könnte.³³ Besteht die Zusage nur aus einer Invaliditäts- oder Hinterbliebenenversorgung ohne Altersversorgung, ist für die Bestimmung der Erdienbarkeitsfrist auf den möglichen, d. h. prognostizierten Eintritt in den Ruhestand abzustellen.

Wird in der Zeit, in der eine Pensionszusage nicht mehr erdient werden kann, in eine bestehende Rentenzusage ein **Kapitalwahlrecht** neu einbezogen bzw. ein Recht auf Abfindung neu vereinbart, könnte dies im Einzelfall von der Finanzverwaltung als Verbesserung gewertet werden, insbesondere wenn bestimmte Umstände vorliegen (z. B. schlechte gesundheitliche Verfassung des GGF), die den Verdacht auf Umgehung einer gesellschaftsrechtlich veranlassten Abfindung begründen. Dies ist u. E. auch zu beachten, wenn eine Rentenzusage, die kein Kapitalwahlrecht enthält, in eine Kapitalzusage umgewandelt wird.³⁴ Hier sollte grundsätzlich eine Rücksprache mit dem Steuerberater der Firma erfolgen.

²⁴ BFH-Urteil v. 21.12.1994, I R 98/93, BStBl. 1995 II, S. 419, bestätigt durch BFH-Urteil v. 27.11.2013, I R 17/13 und BFH-Urteil v. 20.05.2015, I R 17/14

²⁵ BFH-Urteil v. 24.01.1996, I R 41/95, BStBl. 1997 II, S. 440

²⁶ BFH-Urteil v. 24.01.1996, a. a. O.

²⁷ BFH-Urteil v. 25.06.2014, I R 76/13, BStBl. 2015 II, S. 665

²⁸ BFH-Urteil vom 07.03.2018, I R 89/15, BStBl. 2019 II, S. 70

²⁹ U.E. ist nicht davon auszugehen, dass eine Umwandlung von Tantiemen / Gewinnausschüttungen / Abfindungen immer als echte Barlohnumwandlung anerkannt wird. Daher empfehlen wir sicherheitsorientiert, die Erdienbarkeitsfrist einzuhalten.

³⁰ Welche Gründe betrieblich plausibel sind, hat der BFH nicht näher ausgeführt. U. E. ist z. B. eine Erkrankung des GGF, die ihn an einer weiteren Tätigkeit hindert, ein plausibler Grund. Wir empfehlen Rücksprache mit dem Steuerberater.

³¹ Für Pensionszusagen, die vor Veröffentlichung der jeweiligen Urteile im Bundessteuerblatt am 08.07.1995 bzw. am 10.07.1997 vereinbart wurden, gilt die damals gültige Verwaltungspraxis.

³² BMF-Schreiben v. 09.12.2002, IV A 2 – S 2742 – 68/02, BStBl. 2002 I, S. 1393

³³ BFH-Urteil v. 29.10. 1997, I R 52/97, BStBl. 1999 II, S. 318, gilt gemäß BFH-Urteil v. 27.11.2013, I R 17/13 auch wenn nach Tod des individuell begünstigten Ehegatten der zweite Ehegatte neu in die Pensionszusage einbezogen werden soll.

³⁴ Otto, GmbHR 2014, S. 617 (623)

V. Unverfallbarkeit

Sofern bei einem **steuerrechtlich beherrschenden GGF** eine **sofortige vertragliche Unverfallbarkeit** in der Zusage vereinbart ist, hat sich die zeitratierliche Anwartschaft bei vorzeitigem Ausscheiden nach dem Verhältnis zu bemessen, das sich nach der Zeitdauer **ab Erteilung der Zusage** einerseits bis zum Ausscheiden aus dem Dienstverhältnis und andererseits bis zur Vollendung der vorgesehenen Altersgrenze ergibt.³⁵ Führen abweichende Regelungen bei einem vorzeitigem Ausscheiden zu einem höheren Rückstellungsbetrag, so wird von der Finanzverwaltung die Differenz als vGA gewertet.³⁶

In der Literatur wird teilweise die Meinung vertreten, dass für die ratierliche Berechnung dann auf den Diensteintritt abgestellt werden kann, wenn **die im BetrAVG vorgesehenen Unverfallbarkeitsfristen** vereinbart werden. Die neuesten Entwicklungen in der höchstrichterlichen Rechtsprechung lassen tendenziell erkennen, dass diese Meinung nicht mehr aufrechterhalten werden kann.³⁷ Wir raten hier inzwischen zur Vorsicht.

VI. Finanzierbarkeit

Die betriebliche Veranlassung einer Pensionszusage setzt bei GGF voraus, dass die Zusage finanzierbar ist.³⁸ Die Finanzierbarkeit einer Versorgungszusage ist nach den **Verhältnissen im Zeitpunkt der Erteilung der Zusage** zu prüfen.³⁹

Eine Versorgungszusage ist nicht finanzierbar, wenn ihre Passivierung zur **Überschuldung im insolvenzrechtlichen Sinne** führen würde; für diesen Fall ist eine vGA anzunehmen.

Bei der Prüfung ist die Pensionsverpflichtung mit dem versicherungsmathematischen **Anwartschaftsbarwert im Zeitpunkt der Zusage (§ 6a Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 EStG)** anzusetzen.⁴⁰ Der Anwartschaftsbarwert ist in eine fiktive Überschuldensbilanz unter ggf. Aufdeckung aller stillen Reserven und Lasten zum Zusagezeitpunkt einzustellen. Sofern der Anwartschaftsbarwert der Zusage zu einer Überschuldung führt, können auch die einzelnen Risiken einer Zusage getrennt voneinander betrachtet werden. **Demnach ist die Finanzierbarkeit einer Zusage, die sowohl eine Altersversorgung als auch vorzeitige Versorgungsfälle abdeckt, hinsichtlich der einzelnen Risiken jeweils gesondert zu prüfen.** Ist die Versorgungsverpflichtung hinsichtlich eines der abgedeckten Risiken nicht finanzierbar, führt dies nicht mehr dazu, dass die gesamten Zuführungen zur Pensionsrückstellung eine vGA darstellen.

Die Beurteilung der Finanzierbarkeit kann nur durch den Steuerberater der Firma erfolgen.

VII. Angemessenheit

Die Gesamtbezüge des GGF müssen angemessen sein.

Prüfungsmaßstab ist ein nicht an der Gesellschaft beteiligter Geschäftsführer (sog. **Fremdvergleich**). Hierbei vergleicht die Finanzverwaltung die Gesamtbezüge sowohl mit nicht beteiligten Geschäftsführern in derselben GmbH (**interner Fremdvergleich**), als auch mit Geschäftsführern anderer Firmen, die nach Art und Umfang der Tätigkeit, künftigen Ertragsaussichten und dem Verhältnis von Geschäftsführergehalt zum Gesamtgewinn der geprüften GmbH vergleichbar sind (**externer Fremdvergleich**).

Die Angemessenheit bezieht sich auf die **Gesamtbezüge**, also beispielsweise das Gehalt einschließlich der Sachbezüge. Versicherungsförmige Durchführungswege sind mit den gezahlten Beiträgen anzusetzen. In die Prüfung ist auch eine erteilte Pensionszusage oder Unterstützungskassenversorgung einzubeziehen.⁴¹ Diese sind mit der **fiktiven Jahresnettoprämie**⁴² anzusetzen, die ein Dritter für eine entsprechende Versicherung ohne Abschluss- und Verwaltungskosten und unter Zugrundelegung eines jährlichen Rechnungszinses von 6 % verlangen würde.

³⁵ H 38 ‚Unverfallbarkeit‘ KStH

³⁶ BMF-Schreiben v. 09.12.2002, IV A 2 – S 2742 – 68/02, BStBl. 2002 I, S. 1393

³⁷ Vor allem im Hinblick auf das BFH-Urteil v. 26.06.2013, I R 39/12, BStBl. 2014 II, S. 174

³⁸ BMF-Schreiben v. 06.09.2005, IV B 7 – S 2742 – 69/05; H 38 ‚Finanzierbarkeit‘ KStH

³⁹ BFH-Urteil v. 08.11.2000, I R 70/99, BStBl. 2005 II, S. 653

⁴⁰ BFH-Urteil v. 20.12.2000, I R 15/2000, BStBl. 2005, S. 653

⁴¹ H 38 ‚Angemessenheit‘ KStH

⁴² Bei kongruent rückgedeckten Unterstützungskassen ist auch der Ansatz der Zuwendungen möglich.

Für **beherrschende GGF** ist zudem bei der Frage der Angemessenheit zu berücksichtigen, dass nach dem BMF-Schreiben vom 09.12.2016 hinsichtlich des **Endalters der Versorgung** bei diesem Personenkreis Besonderheiten zu beachten sind:

Grundsätzlich ist nach dem BMF-Schreiben vom 09.12.2016 für die Berechnung der Pensionsrückstellungen das in der Pensionszusage vertraglich vorgesehene Endalter maßgeblich. Der Rückstellungsbildung kann jedoch auch ein **höheres** Pensionsalter als das vertragliche Endalter zugrunde liegen, soweit mit einer Beschäftigung bis zu diesem höheren Alter gerechnet werden kann (EStR 6a Abs. 11 S. 2).

Angemessen sind nach BMF bei beherrschenden GGF hinsichtlich des Endalters folgende Gestaltungen:

- Bei **bis zum 09.12.2016** erteilten Zusagen an beherrschende GGF muss das Endalter mindestens **65** Jahre betragen (bei bestehender Behinderung im Sinne des § 2 Absatz 2 SGB IX mindestens 60 Jahre).
- Bei **nach dem 09.12.2016** erteilten Zusagen an beherrschende GGF muss das Endalter mindestens **67** Jahre betragen (bei bestehender Behinderung im Sinne des § 2 Absatz 2 SGB IX mindestens 62 Jahre).

Werden Rückstellungen auf ein niedrigeres Endalter gebildet, ergibt sich eine vGA aus der Differenz zwischen den jährlichen Zuführungen zu den Pensionsrückstellungen, die mit dem niedrigeren Endalter berechnet werden und den mit dem steuerlich anerkannten Endalter berechneten Zuführungen.⁴³

Wird die Rentenleistung aus der Pensionszusage vor Vollendung des angemessenen Endalters (65. Lebensjahr bzw. 67. Lebensjahr) bezogen, ist diese Leistung jedenfalls auf Ebene des GGF als vGA zu werten.

Es besteht u. E. die Gefahr, dass diese vGA-Betrachtung von der Finanzverwaltung auch für Leistungen im Rahmen der vorgezogenen Inanspruchnahme angewendet wird.

Zu beachten ist, dass das BMF-Schreiben vom 09.12.2016 nicht nur auf Neuzusagen abstellt, sondern auch darauf, ob eine Zusage wesentlich geändert wird.⁴⁴

Die Finanzverwaltung hat allerdings offen gelassen, unter welchen Voraussetzungen eine wesentliche Änderung anzunehmen ist. U. E. muss dies einzelfallbezogen durch Abgrenzung von betrieblichen mit gesellschaftsrechtlichen Motiven herausgearbeitet werden. Bis zu einer Klarstellung durch die Finanzverwaltung hierzu empfehlen wir daher, alle über eine übliche Dienstbezugsanpassung (z. B. aufgrund des allgemeinen Anstiegs der Lebenshaltungskosten) hinausgehenden Erhöhungen mit dem Steuerberater und dem zuständigen Finanzamt abzustimmen und ggf. im Rahmen einer eigenen, ausdrücklich unabhängigen Pensionszusage mit abweichendem Endalter zu vereinbaren.

Im Rahmen einer Unterstützungskassenversorgung muss das Endalter von verschiedenen Leistungsplänen einheitlich sein, da verschiedene Leistungspläne u. E. nicht separat zu betrachten, sondern im Rahmen des § 4d EStG als Gesamtversorgungsplan zu verstehen sind. Soll im Rahmen eines Leistungsplans das 67. Lebensjahr als Endalter festgelegt werden, so muss ein schon bestehendes abweichendes geringeres Endalter durch Nachtrag dem steuerlich erforderlichen höheren Endalter angepasst werden.

VIII. Üblichkeit

Bei GGF prüft die Finanzverwaltung auch, ob die Pensionszusage selbst einem **internen und externen Fremdvergleich** standhält. Abgestellt wird auch hier darauf, ob einem Geschäftsführer ohne Kapitalbeteiligung die Zusage in dieser Form erteilt werden würde. Ist dies nicht der Fall, liegt eine vGA vor.⁴⁵ Ein Indiz hierfür ist die Üblichkeit.⁴⁶

Im Rahmen des Fremdvergleichs werden von der Finanzverwaltung z. B. üblicherweise Berufsunfähigkeitsrenten nur maximal in Höhe der Altersrente, Witwenrenten in Höhe von maximal 60 % der Altersrente anerkannt. Für Halbwaisenrenten gelten 10 - 15 % der Altersrente als üblich, Vollwaisenrenten in Höhe von bis zu 20 %. Der Kreis steuerlich anerkannten Hinterbliebenen bestimmt sich nach den Regelungen des BMF-Schreibens vom 06.12.2017.⁴⁷

⁴³ BMF-Schreiben v. 09.12.2016, a. a. O. Rnr. 7-10. Es ist also von der Teilwert-Zuführung für das vertragliche Endalter die Teilwert-Zuführung für das Finanzierungsendalter zu subtrahieren.

⁴⁴ BMF-Schreiben v. 09.12.2016, a. a. O. Rnr. 11

⁴⁵ BFH-Urteil v. 07.12.1988, I R 25/82, BStBl. 1989 II, 248; BFH-Urteil v. 16.12.1992, I R 2/92, BStBl. 1993 II, S. 455

⁴⁶ BFH-Urteil v. 19.03.1997, I R 75/96, BStBl. 1997 II, S. 577

⁴⁷ BMF-Schreiben v. 06.12.2017, IV C 5 - S 2333/17/10002, Rnr. 4

Hinsichtlich der üblichen Höhe von Kapitalleistungen liegt keine konkretisierende Rechtsprechung oder ein beschränkender Erlass der Finanzverwaltung vor. Wird als Leistung im Todesfall daher ein Kapital zugesagt oder nimmt die Zusage ausdrücklich auf eine Rückdeckungsversicherung Bezug, die für den Todesfall eine Kapitalzahlung vorsieht, kommt es u. E. nicht auf das rechnerische Verhältnis zur Altersleistung an. Zu beachten ist allerdings, dass die Angemessenheit der Gesamtbezüge (siehe Ziffer VII) stets auch bei Zusagen auf Kapital gewährleistet sein muss.

Was sind steuerlich die Folgen, wenn eine verdeckte Gewinnausschüttung vorliegt?

Liegt eine vGA vor, so bleibt zwar die gebildete Rückstellung in der Steuerbilanz unverändert bestehen und es sind weiterhin Zuführungen zur Pensionsrückstellung vorzunehmen.

Insoweit als in der jährlichen und gewinnmindernden Zuführung zur Pensionsrückstellung jedoch eine vGA zu sehen ist, findet für das betreffende Wirtschaftsjahr eine die Gewinnminderung korrigierende außerbilanzielle Hinzurechnung zum steuerlichen Bilanzgewinn statt.

Während der **Anwartschaftsphase** wird nur der Steuerbilanzgewinn der GmbH korrigiert. Die Zuführungen der Vorjahre können nur dann korrigiert werden, wenn diese Jahre noch verfahrensmäßig änderbar sind. Ist dies nicht mehr der Fall, stellt erst die darauf entfallende Leistung eine vGA dar.⁴⁸

In der **Leistungsphase** ergibt sich innerhalb der Bilanz folgende Wirkung: Die Zahlungen an den GGF sind Betriebsausgaben und die aufzulösende Pensionsrückstellung bildet eine Betriebseinnahme. Da einerseits eine vGA sich nicht auf das Einkommen der GmbH auswirken darf und andererseits die Zuführungen zur Pensionsrückstellung schon außerbilanziell korrigiert waren, hat wieder eine außerbilanzielle Korrektur zu erfolgen. Daher sind, soweit eine vGA gegeben ist, Betriebseinnahmen bzw. Betriebsausgaben außerbilanziell abzuziehen bzw. hinzuzurechnen.

Beim GGF findet bis zum Leistungseintritt keine steuerrechtliche Zurechnung statt.

Beim GGF hat die Einordnung einer Pensionszusage als (teilweise) auf dem Gesellschaftsverhältnis beruhend und damit (teilweise) als vGA zur Folge, dass die diesem Teil der Pensionszusage entsprechenden Leistungen bei späterem Zufluss nicht den Einkünften aus nichtselbständiger Tätigkeit, sondern den Einkünften aus Kapitalvermögen zugeordnet werden. Eine Versteuerung erfolgt dann entweder nach Abgeltungsteuer oder antragsgemäß individuell nach dem sog. Teileinkünfteverfahren. Hierbei werden 60 % des als vGA zu behandelnden Teils als Einkünfte angesetzt.

Kann ein GGF Versorgungsleistungen von der GmbH beziehen und gleichzeitig weiter dort arbeiten?

Wenn Versorgungsleistungen und Aktivgehalt gleichzeitig bezogen werden, liegt eine vGA vor.⁴⁹ Dies gilt nicht, wenn das Einkommen des GGF aus seiner Tätigkeit für die GmbH auf die Versorgungsleistungen angerechnet wird. Nimmt der Versorgungsberechtigte seine Rente nicht in Anspruch oder wird diese mangels Ausscheiden nicht fällig, hält es der BFH nach dieser Entscheidung für fremdüblich und zulässig, den Rentenanspruch jeweils jährlich durch Vereinbarung soweit zu erhöhen, dass versicherungsmathematisch der Barwert bei Erreichen der Altersgrenze aufrecht erhalten werden kann. Ein entsprechender Barwertausgleich ist nach Ansicht des BFH dann ohne Beachtung der Erdienbarkeitsfrist auch für GGF möglich.⁵⁰

Ist ein Ausscheiden zwar in der Zusage gefordert, und werden die Versorgungsleistungen dem entgegen jedoch ohne Beendigung des Dienstverhältnisses an den GGF erbracht, führt auch dies zu einer vGA.⁵¹

Ein GGF ist dann aus den Diensten der Firma ausgeschieden, wenn sein Geschäftsführerdienstvertrag und seine Organstellung als Geschäftsführer beendet sind. Ist er danach für die Firma tätig, kann dennoch ein Ausscheiden vorliegen. Dies muss im Einzelfall (z. B. als Beratervertrag) mit dem steuerlichen Berater und ggf. mit dem Finanzamt geklärt werden.

⁴⁸ BFH-Urteil v. 25.06.2014, I R 76/13, BStBl. 2015 II, S. 665

⁴⁹ BMF-Schreiben v. 18.09.2017 IV C 6 - S 176/07/10006, Rnr. 10

⁵⁰ BFH-Urteil v. 23.10.2013, I R 60/12, BStBl. 2015 II, S. 413

⁵¹ BFH v. 23.10.2013, I R 89/12, BStBl. 2014, S. 729

Gelten die Kriterien zur GGF-Versorgung analog auch für Gesellschafter-Prokuristen bzw. Gesellschafter-Arbeitnehmer?

Die Voraussetzungen der **1. Stufe der Prüfung** müssen auch hier erfüllt sein. Wenn ein Gesellschafter-Arbeitnehmer ohne Prokura versorgt wird, sind ein Gesellschafterbeschluss und die Befreiung vom Selbstkontrahierungsverbot jedoch nicht erforderlich.

Im Rahmen der Prüfung einer vGA (**2. Stufe der Prüfung**) sind die GGF-Kriterien analog anzuwenden.

Gelten die Kriterien zur GGF-Versorgung analog auch für nahestehende Personen?

Die Anforderungen, die an eine Pensionszusage des GGF gestellt werden, gelten in gleichem Maße grundsätzlich auch für Pensionszusagen an **nahe stehende Personen**. Für ein solches Näheverhältnis reicht jede Beziehung zwischen einem Gesellschafter und dem Dritten aus, die den Schluss zulässt, sie habe die Vorteilszuwendung der Kapitalgesellschaft beeinflusst⁵². Die Beziehung kann schuldrechtlicher, gesellschaftsrechtlicher oder tatsächlicher Art sein, so auch bei eheähnlichen Lebensgemeinschaften, familienrechtlichen Beziehungen oder engen persönlichen Freundschaften.

Gelten die Kriterien zur GGF-Versorgung analog auch für die Unterstützungskasse?

Auch § 4d EStG verlangt das Vorliegen einer wirksamen Versorgungszusage sowie die betriebliche Veranlassung von Zuwendungen an die Unterstützungskasse. Die dargestellten Kriterien zur Prüfung der steuerlichen Anerkennung einer Pensionszusage an einen GGF sind daher entsprechend auch bei der Prüfung der Anerkennung einer Versorgung eines GGF durch die Unterstützungskasse zu berücksichtigen.

Hinsichtlich des Endalters für beherrschende GGF ist in der Unterstützungskasse zu beachten, dass aufgrund des steuerlich zwingenden Gleichlaufs von Finanzierung und Zusage auch die Zusagen auf das nach dem BMF-Schreiben vom 09.12.2016 maßgebliche Finanzierungsendalter (siehe Ausführungen zur Ernsthaftigkeit unter Ziffer II der 2. Stufe) abgestellt werden müssen.

Gelten die Kriterien zur GGF-Versorgung analog auch für versicherungsförmige Durchführungswege?

U. E. sind bei Versorgungsungen eines GGF im Rahmen eines versicherungsförmigen Durchführungsweges lediglich folgende Punkte zu beachten:

- (1) wirksames Geschäftsführeranstellungsverhältnis als erstes Dienstverhältnis,
- (2) arbeitsrechtlich wirksame Zusage (Gesellschafterbeschluss immer erforderlich),
- (3) fremdübliche / angemessene Gesamtvergütung einschließlich Versicherungsbeitrag
- (4) beim beherrschenden GGF: die Versorgung darf keine nachträgliche Vergütung darstellen (z. B. keine Nachdatierung des technischen Versicherungsbeginns).

Die Beurteilung erfolgt hier abschließend durch den Steuerberater.

Kann alternativ für GGF ein Zeitwertkonto eingerichtet werden?

Die Finanzverwaltung hat detailliert Voraussetzungen definiert, wann ein Wertkontenmodell für ein Organ einer juristischen Person (GGF, Fremdgeschäftsführer, Vorstände und auch für als Arbeitnehmer beschäftigte beherrschende Anteilseigner) lohnsteuerfrei dotiert werden kann. Eine ausführliche Darstellung dieser Voraussetzungen enthält das **Merkblatt Zeitwertkonten und Steuer** unserer Abteilung L-FK-FS, die gern für alle Fragen zum Bereich Zeitkonten zur Verfügung steht.

⁵² BFH-Urteil v. 18.12.1996, I R 139/94, BStBl. 1997 II, S. 44

Anhang: Checkliste zur Prüfung einer Versorgung für GGF

Folgende Punkte sind bei der Einrichtung, Überprüfung oder Änderung einer Versorgung eines GGF durch eine Pensionszusage oder Unterstützungskassenversorgung zu beachten und ggf. mit dem Steuerberater der Firma zu besprechen. Erläuterungen zu den einzelnen Punkten entnehmen Sie bitte dem Text des Merkblatts FVB--0290Z0.

Beherrschung?

- Arbeitsrechtliche Beherrschung (zur Definition siehe FVB--0286Z0)
- Steuerrechtliche Beherrschung

Zivilrechtliche Voraussetzungen eingehalten?

- Rechtsanspruch
- Gesellschafterbeschluss
- Befreiung vom Selbstkontrahierungsverbot

Voraussetzungen § 6a EStG eingehalten?

- Schriftliche Zusage
- klare und eindeutige Vereinbarungen
- keine steuerschädlichen Vorbehalte
- keine Abhängigkeit von zukünftigen Gewinnen oder variablen Bezügen
- keine Überversorgung/ Einhaltung der 75 %-Grenze
- fest vereinbarte Dynamik bei 75 %-Berechnung berücksichtigt und in zulässiger Höhe vereinbart

Keine verdeckte Gewinnausschüttung?

- Ernsthafte Zusage
- Kein Bezug der Altersrente vor dem 62. Lebensjahr (bzw. vor dem 60. Lebensjahr für Zusagen vor dem 01.01.2012)
- Erdienbarkeitsfrist erfüllt (nicht erforderlich bei echter Barlohnnumwandlung)
- betriebliche und individuelle Probezeit erfüllt
- Finanzierbarkeit (durch Steuerberater zu prüfen)
- Angemessenheit (durch Steuerberater zu prüfen)
- Endalter bei steuerlich beherrschenden GGF mindestens 67 (bei Zusagen vor dem 09.12.2016 mindestens 65)
- Grenzwerte für übliche Versorgungshöhe eingehalten
- Höhe des unverfallbaren Anspruchs aus einer Leistungszusage ist bei steuerlich beherrschenden GGF auf das Zusagedatum abgestellt.

Spezielle Gestaltung der Pensionszusage entsprechend den steuerlichen Vorgaben?

- Rentenbezug an Beendigung des Dienstverhältnisses geknüpft.
- Kreis der Hinterbliebenen entspricht dem steuerlich anerkannten Hinterbliebenenkreis
- Bei Leistungen an den Lebensgefährten /nicht eingetragenen Lebenspartner namentliche Nennung und gemeinsame Haushaltsführung.

Bitte denken Sie auch an folgende Punkte:

- Die Definition der Berufsunfähigkeitsrente in der Zusage entspricht den Bedingungen der Berufsunfähigkeits-Zusatzversicherung.
- Verpfändung der Rückdeckungsversicherung zur privatrechtlichen Insolvenzsicherung bei arbeitsrechtlich beherrschenden GGF