

Betriebliche Altersversorgung

Fachinformation Gesellschafter-Geschäftsführer

Steuerrechtliche Voraussetzungen einer bAV

Wer als Gesellschafter-Geschäftsführer (GGF) einer Kapitalgesellschaft sein Unternehmen leitet, hat im Gegensatz zum Einzelunternehmer die Möglichkeit, seine Alters-, Berufsunfähigkeits- und Hinterbliebenenversorgung durch das Unternehmen sicherstellen zu lassen.

Steuerliche Vorteile machen diesen Weg sowohl für den GGF als auch für das Unternehmen interessant. Der GGF wird aufgrund seines Dienstverhältnisses steuerrechtlich als Arbeitnehmer angesehen und kann deshalb grundsätzlich wie jeder andere Arbeitnehmer eine bAV erhalten.

Wegen seiner Doppelfunktion als Unternehmer und Angestellter verlangt die Finanzverwaltung für die Einrichtung einer betrieblichen Altersversorgung (bAV) - je nach Grad seiner Beteiligung an der Gesellschaft - die Beachtung und Einhaltung bestimmter Kriterien.

Steuerliche Anerkennung einer Versorgung

Die steuerliche Prüfung der bAV für einen GGF obliegt der Finanzverwaltung. Je nachdem um welchen Durchführungsweg (DFW) es sich handelt, ergeben sich unterschiedliche Prüfungskriterien. Wichtige Voraussetzungen für die **bilanzsteuerrechtliche Anerkennung** sind:

- Zivilrechtliche Wirksamkeit (Entstehung des Anspruchs)
- Gesellschafterbeschluss (Änderung Dienstvertrag)
- Eindeutigkeitsgebot und Schriftformerfordernis
- Überversorgung
 - Angemessenheit der Gesamtbezüge
 - Angemessenheit der Versorgung

Wird die bAV bilanzsteuerrechtlich anerkannt, ist im nächsten Schritt sicher zu stellen, dass keine verdeckte Gewinnausschüttung vorliegt. Nähere Erläuterungen finden Sie am Ende der Fachinformation in dem Kapitel „Exkurs: Verdeckte Gewinnausschüttung“.

Ob und inwieweit eine verdeckte Gewinnausschüttung (vGA) vorliegt, wird anhand der nachfolgenden **zusätzlichen Kriterien** bewertet:

- Nachzahlungsverbot (nur bei bGGF)
- Probezeit
- Ernsthaftigkeit
- Erdienbarkeit
- Unverfallbarkeit
- Finanzierbarkeit
- Üblichkeit

Diese Kriterien werden auch durch Verlautbarungen der Finanzverwaltung (z.B. OFD-Verfügungen oder BMF-Schreiben) definiert und weiterentwickelt.

Sonderfall – „Nur-Pensionszusage“

Eine „Nur-Pensionszusage“ liegt vor, wenn der GGF für seine Tätigkeit ausschließlich eine Direktzusage (DZ) erhält. Nach Auffassung der Finanzverwaltung ist in diesem Fall von einer Überversorgung auszugehen, wonach keine Pensionsrückstellung nach § 6a EStG gebildet werden darf (BMF-Schreiben vom 13.12.2012). Das BMF-Schreiben wurde nicht auf arbeitgeberfinanzierte DZ beschränkt.

Sollte die Auffassung vertreten werden, dass durch Entgeltumwandlung finanzierte „Nur-Pensionszusagen“ bilanzsteuerrechtlich anzuerkennen und somit Pensionsrückstellungen gemäß § 6a EStG gebildet werden dürfen, so kann nur eine verbindliche Auskunft beim zuständigen Betriebsstätten-Finanzamt des Unternehmens vor Entgeltumwandlungsvereinbarung und DZ Rechtssicherheit schaffen.

Nähere Erläuterungen zu den Voraussetzungen der steuerlichen Anerkennung

■ Zivilrechtliche Wirksamkeit

Eine Versorgungszusage stellt genau wie der Anstellungsvertrag eine Vereinbarung zwischen dem Unternehmen und seinem Geschäftsführer dar, d. h. der GGF tritt unter Umständen zugleich für sich selbst handelnd und als Vertreter des Unternehmens auf. Die Rechtswirksamkeit einer bAV setzt deshalb zwingend voraus, dass der GGF vom Verbot des Selbstkontrahierens (§ 181 BGB) befreit ist. Dies gilt auch für den GGF einer Einmann-GmbH, da dieser gemäß § 35 Abs. 3 GmbHG nicht vom Selbstkontrahierungsverbot ausgenommen ist. Die Befreiung muss bei einer Einmann-GmbH in das Handelsregister eingetragen werden (BGH-Beschluss vom 28.02.1983, II ZB 8/82).

Liegt keine Befreiung von § 181 BGB im Zeitpunkt der Zusageerteilung vor, ist das Rechtsgeschäft schwebend unwirksam. Eine nachträgliche Genehmigung führt zwar zu einer rückwirkenden zivilrechtlichen Heilung, entfaltet jedoch keine steuerliche Rückwirkung.

Bei Verstoß wird die bAV nicht steuerlich anerkannt. Das heißt bei der DZ dürfen keine Pensionsrückstellungen in der Steuerbilanz gebildet werden. Bei den mittelbaren DFW wird die Prämie/Zuwendung nicht als Betriebsausgabe anerkannt.

■ **Gesellschafterbeschluss**

Die Bestellung und die Abberufung von Geschäftsführern obliegt der Gesellschafterversammlung (§ 46 Nr. 5 GmbHG). Soweit keine anderweitige Zuständigkeit besteht, ist die Gesellschafterversammlung auch für die Änderung oder Aufhebung des Anstellungsvertrages inkl. der Einrichtung einer bAV verantwortlich (BGH-Urteil vom 25.03.1991 II ZR 169/90). Vertragsänderungen, die nicht von einem zuständigen Geschäftsorgan vorgenommen worden sind, sind nach dem BGH-Urteil zivilrechtlich unwirksam. Für die Wirksamkeit des Gesellschafterbeschlusses ist es unschädlich, wenn der GGF, der durch die Erteilung oder Erhöhung einer bAV begünstigt ist, an dem Beschluss mitgewirkt hat.

Die Abhaltung einer Gesellschafterversammlung kann durch einen schriftlichen Beschluss aller Gesellschafter ersetzt werden. Bei einer Einmann-GmbH ist aus Gründen der Rechtssicherheit ein Beschluss stets schriftlich zu fassen bzw. zu protokollieren (§ 48 Abs. 3 GmbHG).

Soweit eine bAV auf einem nicht rechtswirksam zustande gekommenen Vertrag beruht, dürfen vom zusagenden Unternehmen für die DZ gemäß § 6a EStG keine Rückstellungen gebildet werden. Bei der Unterstützungskasse entfällt die Betriebsausgabenabzugsfähigkeit der Prämie/Zuwendung.

■ **Eindeutigkeitsgebot und Schriftformerfordernis**

Wird eine Versorgungszusage in der bAV nicht klar und eindeutig formuliert, geht dies zu Lasten des Unternehmens und kann zu einer steuerlichen Aberkennung führen, d.h. es dürfen z.B. bei der Direktzusage keine Rückstellungen gebildet werden (§ 6a EStG). Ein Verstoß gegen das Eindeutigkeitsgebot kann auch vorliegen, wenn der GGF mehrere sich widersprechende zeitgleiche Versorgungszusagen besitzt und nicht eindeutig erkennbar ist, welche der Zusagen gelten sollen.

Neben dem Klarheitsgebot existiert bei der DZ und UK ein Schriftformerfordernis.

– **Direktzusage**

Damit in der Steuerbilanz Pensionsrückstellungen gebildet werden dürfen, ist es gemäß § 6a Abs. 1 Nr. 3 EStG erforderlich, dass eine Versorgungszusage schriftlich erteilt wird. Des Weiteren sind klare und eindeutige Regelungen über die Art, Form, Voraussetzungen und Höhe der zugesagten Versorgungsleistungen zu treffen. Kommt es unter anderem zu einem Verstoß gegen diese Vorschrift ist die bis dahin gebildete Pensionsrückstellung in der Steuerbilanz aufzulösen.

– **Unterstützungskassenzusage**

Der Inhalt der Versorgungszusage für Versorgungsanwartschaften muss schriftlich festgelegt sein (§ 4d Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Buchst. b Sätze 2 und 5 EStG). Bei einem Verstoß können die Zuwendungen für Leistungsanwärter an die UK nicht als Betriebsausgaben geltend gemacht werden.

■ **Überversorgung**

Eine Überversorgung liegt in der Regel in den Fällen vor,

bei denen die (Gesamt)Versorgung aus betrieblicher Versorgungsanwartschaft und Anwartschaft in der gesetzlichen Rentenversicherung 75 % der am Bilanzstichtag bezogenen Aktivbezüge i. S. v. § 2 Lohnsteuer-Durchführungsverordnung (LStDV) übersteigt (BMF-Schreiben vom 03.11.2004).

■ **Angemessenheit der Gesamtbezüge**

Die Gesamtbezüge des GGF müssen angemessen sein. Um dies beurteilen zu können, werden die nachfolgenden Kriterien herangezogen.

- Art und Umfang der Tätigkeit des GGF
- Voraussichtliche Ertragsaussichten des Unternehmens
- Verhältnismäßigkeit der Gesamtvergütung des GGF zum Unternehmensgewinn und zur verbleibenden Kapitalverzinsung
- Durchführung eines Fremdvergleiches – interner Fremdvergleich (Art und Höhe der Vergütung, die einem fremden GF im Unternehmen gezahlt wird) bzw. externer Fremdvergleich (Art und Höhe der Vergütung, die ein gleichartiger Betrieb seinem GGF bzw. GF zahlt).

In der Regel setzen sich die Gesamtbezüge wie folgt zusammen:

- Festgehalt
- Jährliche Einmalzahlungen (z.B. Urlaubs- und Weihnachtsgeld)
- Variable Gehaltsbestandteile (Tantieme)*
- Sachbezüge*
- Sonstige Zuwendungen*
- Arbeitgeberfinanzierte Beiträge zur bAV

* Werden mit dem durchschnittlichen Wert der letzten 5 Jahre berücksichtigt.

Die Angemessenheitsprüfung bezieht sich nicht nur auf die Gesamthöhe, sondern auch auf die einzelnen Vergütungsbestandteile.

Bei der Höhe der „arbeitgeberfinanzierten Beiträge zur bAV“ werden bei den mittelbaren DFW der jährliche Beitrag bzw. die Zuwendungen herangezogen. Der Wert der DZ ist in die Prüfung der Angemessenheit der Gesamtbezüge mit der sogenannten fiktiven Jahresnettoprämie einzubeziehen.

Die fiktive Jahresnettoprämie entspricht dem Beitrag, der netto, also ohne Abschluss- und Verwaltungskosten, für einen entsprechenden Versicherungsvertrag aufgewendet werden müsste, um das Versorgungsversprechen zu finanzieren. Hierbei wird bei der DZ ein jährlicher Rechnungszins von 6 % verlangt. Maßgebendes Anfangsalter für die Berechnung der fiktiven Jahresnettoprämie ist bei bGGF – als Folge des Rückwirkungsverbots – das Alter bei Zusageerteilung.

■ **Angemessenheit der Versorgung**

Die Aktivbezüge und die zugesagten Versorgungsleistungen eines GGF müssen in einem angemessenen Verhältnis zueinanderstehen. Ein angemessenes Verhältnis ist gegeben, wenn alle zugesagten Versor-

Leistungen insgesamt 75 % der letzten Aktivbezüge nicht überschreiten. Hierbei werden sowohl die arbeitgeberfinanzierten Leistungen der bAV als auch Leistungen aus der gesetzlichen Rentenversicherung bzw. berufsständischen Versorgungswerken herangezogen. Wird die 75 %-Grenze überschritten, liegt - wie bereits zuvor erwähnt - eine sogenannte Überversorgung vor. Für die Überprüfung der Angemessenheit sind die Verhältnisse am Bilanzstichtag entscheidend.

Liegt eine Überversorgung vor, kann die Verpflichtung aus der DZ bei der Bewertung der Pensionsrückstellung nach § 6a EStG nur insoweit berücksichtigt werden, wie sie die 75 %-Grenze nicht überschreitet. Bei einer DZ wird in diesem Fall die Pensionsrückstellung anteilig aufgelöst. Die Kürzung betrifft nur den Teil der DZ, der oberhalb der 75 %-Grenze liegt.

Soweit die Versorgungsleistungen auf Entgeltumwandlungen beruhen, können die umgewandelten Entgelte und die darauf entfallenden Versorgungsleistungen bei der Prüfung einer Überversorgung unberücksichtigt bleiben (BMF Schreiben vom 03.11.2004).

■ **Nachzahlungsverbot (bei bGGF)**

Um nachträgliche Gewinnmanipulationen auszuschließen, erkennt die Finanzverwaltung rückwirkend vereinbarte Vergütungen - hierzu zählt auch die bAV an beherrschende GGF (bGGF) - grundsätzlich nicht an (R 8.5 (2) KStR 2022). Folglich dürfen für die Erteilung oder Erhöhung einer bAV nur künftige Dienstjahre berücksichtigt werden. Das heißt, dass das Versorgungsversprechen nur in der noch im Unternehmen verbleibenden Dienstzeit erworben werden kann.

Das Rückwirkungsverbot bezieht sich auch auf Anpassungen laufender Rentenleistungen. Sieht die Versorgungszusage keine Rentendynamik vor, so würde der Erhöhungsbetrag zu einer vGA führen. Um dies zu vermeiden, sollte rechtzeitig eine Anpassung in die Versorgungszusage aufgenommen werden (siehe auch Abschnitt Erdienbarkeit).

Das Nachzahlungsverbot wird nur bei steuerrechtlich bGGF angewendet. Ein Verstoß führt zu einer vGA. Bei der Unterstützungskasse gilt gleiches in Bezug auf die Prämie/Zuwendung.

■ **Probezeit**

Damit eine Versorgungszusage im DFW DZ und UK körperschaftsteuerlich anerkannt wird, ist bei einer Arbeitgeberfinanzierung eine Probezeit einzuhalten. Gemäß BMF-Schreiben vom 14.12.2012 wird als Probezeit der Zeitraum zwischen Dienstbeginn und der erstmaligen schriftlichen Vereinbarung einer Versorgungszusage definiert.

Bei der Probezeit wird gemäß dem BMF-Schreiben unterschieden zwischen

- personenbezogener Probezeit:
2-3 Jahre nach Anstellung des GGF
- unternehmensbezogener Probezeit:

5 Jahre nach Unternehmensneugründung

Abweichungen von den oben aufgeführten Probezeiten sind möglich, wenn der GGF schon durch eine Vortätigkeit seine Fähigkeiten unter Beweis gestellt hat. Dies gilt beispielsweise, wenn er als erprobter Einzelunternehmer die Kapitalgesellschaft als GGF fortführt oder die Ertragslage bei einem Management-Buy-Out sicher abgeschätzt werden kann. Bei Abweichungen von den oben aufgeführten Probezeiten sollte eine verbindliche Auskunft des Betriebsstätten-Finanzamtes eingeholt werden.

Ob bei einer Entgeltumwandlung durch einen bGGF ebenfalls eine Probe-/Wartezeit eingehalten werden muss, ist höchstrichterlich noch nicht abschließend geklärt (verneinend: FG Düsseldorf, Urteil vom 16.11.2021, 6 K 2196/17, nrkr. (Nichtzulassungsbeschwerde beim BFH eingelegt, Az. I B 89/21); zum Parallelproblem der Erdienbarkeit bei Entgeltumwandlung sogleich).

Bei Nichteinhaltung der Probezeit gilt:

- **Direktzusage**

Eine Zusage, die unter Verstoß einer angemessenen Probezeit erteilt wurde, ist durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst und führt zu einer vGA. Ausschlaggebend ist die Situation im Zeitpunkt der Zusage, so dass die Anwartschaft auch nach Ablauf der angemessenen Probezeit nicht zu einer fremdvergleichsgerechten DZ wird (BMF-Schreiben vom 14.12.2012).

- **Unterstützungskasse**

Die Zuwendungen können dauerhaft steuerlich nicht als Betriebsausgabe geltend gemacht werden.

Die Einhaltung der Probezeit ist sowohl für beherrschende als auch für nicht beherrschende GGF (nbGGF) in den DFW DZ und UK erforderlich.

■ **Ernsthaftigkeit**

Eine bAV an den GGF kann steuerlich nur dann anerkannt werden, wenn diese nicht nur zum Schein erteilt wurde. Die Zusage muss ernstlich gewollt und es muss mit der späteren Inanspruchnahme der Gesellschaft entsprechend der erteilten Zusage gerechnet werden.

Bei bGGF ist für Neuzusagen nach dem 09.12.2016 zu beachten, dass eine Versorgungszusage insoweit als unangemessen gilt, als eine niedrigere vertragliche Altersgrenze als 67 Jahre vereinbart wird. Sofern bei am 09.12.2016 bereits bestehenden Zusagen eine Altersgrenze von mindestens 65 Jahren vereinbart wurde, ist dies nicht zu beanstanden. Dies gilt auch dann, wenn nachträglich diese Altersgrenze spätestens bis zum Ende des Wirtschaftsjahres vereinbart wird, das nach dem 09.12.2016 beginnt (BMF-Schreiben vom 09.12.2016).

Für bGGF mit Behinderung wird auch künftig nicht beanstandet, wenn eine vertragliche Altersgrenze von mindestens 62 Jahren zugrunde gelegt wird. Bei zum 09.12.2016 bereits bestehenden Zusagen liegt die Untergrenze bei mindestens 60 Jahren. Im DFW DZ wird bei der Ermittlung der Pensionsrück-

stellung in der Steuerbilanz hinsichtlich des Pensionsalters auf den in der Pensionszusage vorgesehenen Zeitpunkt des Eintritts des Versorgungsfalles abgestellt. Wird vertraglich kein Pensionsalter benannt, sondern auf die gesetzliche Regelaltersgrenze Bezug genommen, so ist bei der Rückstellungsbewertung als Pensionsalter die gesetzliche Regelaltersgrenze zugrunde zu legen, die am Bilanzstichtag für den Eintritt des Versorgungsfalles maßgebend ist (BMF-Schreiben vom 05.05.2008).

Der Abschluss einer Rückdeckungsversicherung ist ein eindeutiger Hinweis darauf, dass die zugesagten Leistungen tatsächlich in Anspruch genommen werden sollen. Außerdem bewahrt eine Rückdeckungsversicherung die Gesellschaft im vorzeitigen Versorgungsfall vor einer unvorhersehbaren Überschuldung (Bilanzsprungrisiko).

Aus einer fehlenden Rückdeckungsversicherung kann aber nicht automatisch eine mangelnde Ernsthaftigkeit bei einer Versorgungszusage abgeleitet werden (BFH-Urteil vom 15.10.1997, I R 42/97).

■ Erdienbarkeit

Nach Auffassung der Rechtsprechung und der Finanzverwaltung müssen eine Zusage an einen GGF oder auch nachträgliche Erhöhungen zum Zeitpunkt der Zusageerteilung bzw. zum Erhöhungszeitpunkt bis zum zugesagten frühestmöglichen Zeitpunkt des Pensionsbezugs durch die verbleibende Dienstzeit „erdienbar“ sein. Darüber hinaus darf der GGF bei Erteilung oder Erhöhung einer bestehenden Zusage das 60. Lebensjahr noch nicht vollendet haben.

Für die Erdienensdauer werden neben der Beachtung des Höchstzusagealters folgende Fristen gefordert:

– bGGF:

Der Zeitraum zwischen Zusageerteilung bzw. Erhöhung und Erreichen der Altersgrenze bzw. frühestmöglicher Inanspruchnahme der Altersleistung muss mindestens zehn Jahre betragen (BFH-Urteil vom 21.12.1994, I R 98/93).

– nbGGF:

Es reichen drei Jahre zwischen Zusageerteilung bzw. Erhöhung und dem frühesten Erreichen der Altersgrenze, vorausgesetzt, der GGF kann bis dahin mindestens zwölf Jahre Betriebszugehörigkeit erreichen. Wie bei dem bGGF reicht alternativ auch ein Zeitraum von 10 Jahren aus.

Die Erdienbarkeitsfrist ist bei jeder Erhöhung der Versorgungszusage neu zu prüfen. Dies gilt auch für den nachträglichen Einschluss einer Hinterbliebenen- und/oder Berufsunfähigkeitsleistung. Wichtig in diesem Zusammenhang: Auch bei einem erneuten Einschluss einer Hinterbliebenenversorgung ist zu prüfen, ob die Frist für die Erdienbarkeit noch erfüllt werden kann (BFH-Urteil vom 27.11.2013, I R 17/13).

Bei Versorgungszusagen, die durch Entgeltumwandlungen finanziert werden, gelten die beschriebenen Erdienbarkeitsfristen grundsätzlich nicht, wenn eine echte Barlohnumwandlung vorliegt (BFH-Urteil vom 07.03.2018, I R 89/15). Die Finanzverwaltung war bisher gegenteiliger

Ansicht (OFD Niedersachsen vom 15.08.2014). Da das Urteil zwischenzeitlich im Bundessteuerblatt Teil II veröffentlicht wurde, wird dieses von den Finanzbehörden allgemein angewendet (vgl. auch H 8.7 KStR 2022).

■ Unverfallbarkeit

Für GGF, die aufgrund ihrer Beteiligung an einer Gesellschaft im Sinne des Betriebsrentengesetzes (BetrAVG) als Unternehmer anzusehen sind, gelten die Vorschriften des BetrAVG nicht; dies gilt insbesondere für die gesetzlich unverfallbare Anwartschaft. In diesem Fall ist es wichtig, schriftlich eine vertragliche Regelung zu treffen, ob und in welchem Umfang im Falle eines vorzeitigen Ausscheidens aus dem Unternehmen der Anspruch auf Altersversorgung dem Grunde und der Höhe nach erhalten bleibt. Ohne Regelung für den Fall des vorzeitigen Ausscheidens würde sie ersatzlos entfallen.

Wird vertraglich eine sofortige Unverfallbarkeit der zugesagten Leistung vereinbart, besteht die Gefahr, dass diese Regelung als gesellschaftsrechtlich veranlasst angesehen wird und damit zu einer vGA führt. Diese Veranlassung wird jedoch ausgeschlossen, wenn sich die Höhe des unverfallbaren Anspruches nach dem rätierlichen Verfahren ermittelt. Dies bedeutet im Einzelnen:

– bGGF:

Der Zeitraum zwischen **Zusagezeitpunkt** und dem Zeitpunkt des vorzeitigen Ausscheidens („m“) wird in das Verhältnis zu dem Zeitraum zwischen Zusagezeitpunkt und Pensionsalter („n“) gesetzt.

– nbGGF:

Der Zeitraum zwischen **Diensteintritt** und dem Zeitpunkt des vorzeitigen Ausscheidens („m“) wird in das Verhältnis zu dem Zeitraum zwischen Diensteintritt und Pensionsalter („n“) gesetzt.

■ Finanzierbarkeit

Bei Erteilung bzw. bei wesentlichen Änderungen der bAV ist zu prüfen, ob die zugesagten Versorgungsleistungen durch das Unternehmen tatsächlich finanzierbar sind.

Eine Finanzierbarkeit wird ausgeschlossen, wenn im DFW DZ die Passivierung der Versorgungszusage bei einem fiktiven Versorgungsfall zu einer Überschuldung der Gesellschaft nach insolvenzrechtlichen Kriterien führen würde. Bei dieser Prüfung wird die Pensionsverpflichtung mit dem versicherungsmathematischen Anwartschaftsbarwert zum Zusagezeitpunkt angesetzt (BFH-Urteil vom 20.12.2000, I R 15/00). Bei Zusagen, die sowohl eine Altersversorgung als auch vorzeitige Versorgungsfälle abdecken, sind die einzelnen Risiken hinsichtlich ihrer Finanzierbarkeit getrennt voneinander zu betrachten.

Ist die Versorgungsverpflichtung hinsichtlich der zugesagten Risiken nicht vollständig finanzierbar, so erfolgt eine Aufteilung der DZ in einen finanzierbaren (z.B. Altersrente) und einen nicht finanzierbaren Teil (z.B. Berufsunfähigkeitsleistung). Eine vGA liegt dann nur für den nicht finanzierbaren Teil der DZ vor. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Finanzierbarkeit der DZ ist nach der Rechtsprechung der Tag der Zusageerteil-

lung (BFH-Urteil vom 08.11.2000, I R 70/99).

Beitragsorientierte Leistungszusagen, die leistungskonkret durch Versicherungen rückgedeckt werden, sind in der Regel jederzeit ausfinanziert.

■ **Üblichkeit**

Eine bAV an einen GGF muss dem Grundsatz der Üblichkeit entsprechen. Für die Prüfung der Üblichkeit wird der interne und ggf. externe Fremdvergleich herangezogen. Hiernach stellt sich die Frage, ob auch einem nicht beteiligten Geschäftsführer eine entsprechende bAV gewährt worden wäre.

Die Rechtsprechung setzt den Maßstab eines imaginären nicht beteiligten Geschäftsführers mit gleichem Verantwortungsbereich an: Inwieweit hätte dieser das konkrete Versorgungsversprechen in dem betreffenden Unternehmen auch erhalten? Entspricht das Versorgungsversprechen des GGF nach Art und Inhalt dem Versorgungsversprechen des Fremdgeschäftsführers, kann diesem nicht vorgehalten werden, das Versorgungsversprechen des GGF sei unüblich.

Bei der Unterstützungskasse entfällt die Betriebsausgabenabzugsfähigkeit der Prämie/Zuwendung.

Übersicht der Kriterien und ihre Auswirkungen bei Verstoß

Zu prüfende Kriterien	Kein Betriebsausgabenabzug/ Keine Rückstellungsbildung in der Steuerbilanz	Verdeckte Gewinnausschüttung	DFW	Status GGF
Zivilrechtliche Wirksamkeit	Ja		Alle	bGGF/ nbGGF
Gesellschafterbeschluss	Ja		Alle	bGGF/ nbGGF
Eindeutigkeitsgebot	Ja		Alle	bGGF/ nbGGF
Schriftformanfordernis	Ja		DZ, UK	bGGF/ nbGGF
Nur Pensionszusage	Ja		DZ	bGGF/ nbGGF
Nachzahlungsverbot	Ja	Ja	Alle	bGGF
Probezeit		Ja	DZ, UK (Rest offen*)	bGGF/ nbGGF
Ernsthaftigkeit		Ja	Alle	bGGF/ nbGGF
Erdienbarkeit		Ja	DZ, UK (Rest offen*)	bGGF/ nbGGF
Unverfallbarkeit		Ja	Alle	bGGF
Finanzierbarkeit		Ja	DZ	bGGF/ nbGGF
Üblichkeit		Ja	Alle	bGGF/ nbGGF
Übersorgung	Ja	Ja	DZ, UK	bGGF/ nbGGF

* Rest = Direktversicherung, Pensionskasse, Pensionsfonds

Exkurs: verdeckte Gewinnausschüttung (vGA)

Die Gründung einer Kapitalgesellschaft verfolgt in der Regel den Sinn und Zweck, Gewinne zu erwirtschaften und diese an die beteiligten Gesellschafter auszuschütten. Der Vermögenstransfer von der Kapitalgesellschaft auf die Gesellschafter kann sowohl im Wege der Ausschüttung als auch über Zuwendungen infolge vertraglicher Vereinbarungen erfolgen.

Die Rechtsbeziehung zwischen der Kapitalgesellschaft und ihren Gesellschaftern ist danach zu beurteilen, ob es sich wirtschaftlich gesehen um eine schuldrechtliche oder um eine rein gesellschaftsrechtliche Beziehung handelt.

Eine Veranlassung durch das Gesellschaftsverhältnis ist z.B. gegeben, wenn

- der GGF eine unangemessene hohe Vergütung erhält
- klare im Voraus getroffene Vereinbarungen über Leistungen und Vergütungen fehlen (bei bGGF)
- ein Verstoß gegen die Kriterien Ernsthaftigkeit, Erdienbarkeit, Finanzierbarkeit, Angemessenheit vorliegt

Ist die Ausschüttung allein durch das Gesellschaftsverhältnis bedingt, ergibt sich in der Regel daraus eine vGA. Die Körperschaftsteuer-Richtlinien definieren in R 8.5 (1) KStR 2022 eine vGA wie folgt: „Wenn eine durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasste Vermögensminderung oder verhinderte Vermögensmehrung vorliegt, die sich auf die Höhe des Einkommens der Gesellschaft auswirkt und die nicht auf einem gesellschaftsrechtlichen Gewinnverteilungsbeschluss ruht.“

Vermögensminderung bedeutet in diesem Zusammenhang, dass ohne die Vornahme der Handlung im Unternehmen das Vermögen der Kapitalgesellschaft höher ausgefallen wäre. Im Ergebnis wird die Vermögensänderung am bilanziellen Vermögen der Kapitalgesellschaft vor und nach der Handlung gemessen.

Eine vGA stellt in der Regel einen Aufwand dar, so dass eine außerbilanzielle Korrektur erforderlich ist, da diese meist aus nicht angemessen vergüteten Vertragsbeziehungen zwischen Kapitalgesellschaft und Gesellschaftern resultieren.

Bei einer DZ, die ihre Grundlage im Gesellschaftsverhältnis hat, bleiben die gebildeten Pensionsrückstellungen in der Steuerbilanz unverändert bestehen und erhöhen sich auch weiterhin um die entsprechenden jährlichen Zuführungen. Im zweiten Schritt jedoch findet eine Korrektur durch eine außerbilanzielle Hinzurechnung zum steuerlichen Bilanzgewinn statt.

Eine vGA kann nicht rückgängig gemacht werden.

Nachfolgend ein Beispiel einer vGA bei einer DZ:

Einem GGF wurde eine unmittelbare DZ in Höhe von monatlich 10.000 EUR erteilt. Die DZ ist in Höhe von 20 % wegen unangemessen hoher Vergütung eine vGA.

Die jährliche Pensionszahlung an den GGF ist in der Steuerbilanz in voller Höhe Betriebsausgabe, erhöht aber außerbilanziell den Gewinn der Gesellschaft um 20 % der Pensionszahlung. Bei einer jährlichen Pensionszahlung von 120.000 EUR beträgt die außerbilanzielle Gewinnerhöhung 24.000 EUR.

Im vorliegenden Fall hat der GGF im Rahmen seiner persönlichen Einkommensteuerveranlagung Folgendes zu versteuern:

Einkünfte aus nichtselbständiger Tätigkeit: 96.000 EUR
Einkünfte aus Kapitalvermögen: 24.000 EUR

(Hinweis: Das vorstehende Beispiel beruht auf vereinfachten Annahmen und kann keine steuerliche Beratung ersetzen.)