

► GGF-Info

Folge 107
30.07.2019
SLPM Veh

Die ersetzende Zusage im Durchführungsweg Unterstützungskasse oder Pensionszusage¹

Bekanntlich hat die Finanzverwaltung hohe Anforderungen an die steuerliche Anerkennung einer Versorgungszusage beim Gesellschafter-Geschäftsführer (GGF). Latent steht stets der Grundverdacht im Raum, Sinn und Zweck der Aufwände seitens der GmbH zugunsten der Altersversorgung des GGF lägen darin, das Ergebnis der GmbH zulasten der hierauf zu entrichtenden Steuern und zugunsten persönlicher Vorteile des GGF zu schmälern. Um die in diesem Fall vorliegende in der Gesellschafterstellung des GGF wurzelnde Veranlassung zu identifizieren und in der Folge über eine verdeckte Gewinnausschüttung (vGA) zu „maßregeln“, haben die Finanzverwaltung sowie die finanzgerichtliche Rechtsprechung im Zeitablauf bestimmte Kriterien etabliert, mit denen die betriebliche von der gesellschaftsrechtlichen Veranlassung abgegrenzt werden soll (vgl. R 8.7 KStR). Die Kriterien sind für den Durchführungsweg Pensionszusage formuliert worden, gelten jedoch über den § 4d Abs. 1 Satz 1 EStG auch für den Durchführungsweg Unterstützungskasse.² Eines dieser Kriterien ist die Probezeit.

Die persönliche und unternehmensbezogene Probezeit

Die Probezeit, bis zu deren Ablauf man mit der Erteilung einer Pensionszusage aus Sicht der Finanzverwaltung abwarten muss, beträgt bei Unternehmensneugründungen mindestens 5 Jahre.³ Diese Zeitspanne soll zeigen, ob sich das Unternehmen am Markt bewähren und eine langfristige ungewisse Verbindlichkeit wie eine betriebliche Versorgungszusage tragen kann.

Bei Neueintritten eines GGF in ein bestehendes Unternehmen beträgt die persönliche Probezeit des GGF 2-3 Jahre, um die Leistungsfähigkeit des GGF beurteilen zu können.

Eine innerhalb der Probezeit erteilte Zusage hält aus Sicht der Finanzverwaltung dem Fremdvergleich mit einem nicht am Gesellschaftsvermögen beteiligten Geschäftsführer nicht stand. Dass die Praxis etwas Anderes belegt, ist offensichtlich.

Da der GGF bereits zu Beginn des Dienstverhältnisses einen hohen Versorgungsbedarf hat – in der Regel hat er keine bzw. nur eine unzureichende Absicherung über die gesetzliche Rentenversicherung - ist das Kriterium der Probezeit beim Aufbau einer adäquaten betrieblichen Altersversorgung des GGF hinderlich.

Die „ersetzende Zusage“

Eine in den letzten Jahren wiederholt thematisierte Lösung für das „Probezeit-Dilemma“ stellt die sog. „ersetzende Zusage“ dar. Dahinter steht folgende Überlegung: Entscheiden sich die Gesellschafter einer GmbH dafür, einen Geschäftsführer außerhalb des Gesellschafterkreises anzustellen, sind für diesen „Fremd-Geschäftsführer“ als sozialversicherungspflichtig angestelltem Arbeitnehmer seitens der GmbH Sozialabgaben und damit auch Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung abzuführen. Bei einem Einkommen, das mindestens der Höhe der Beitragsbemessungsgrundlage (BBG) von aktuell 6.700 EUR monatlich entspricht, liegt der Arbeitgeberbeitrag zur gesetzlichen Rentenversicherung derzeit bei 623,10 EUR monatlich bzw. 7.477,20 EUR jährlich. Da die Beiträge hälftig zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber aufgeteilt werden (§ 168 Abs. 1 Nr. 1 SGB VI), werden vom Arbeitnehmer Beiträge in derselben Höhe geleistet.

¹ Die Wahl fällt in der Praxis bei Neuzusagen von GGF inzwischen überwiegend auf den Durchführungsweg rückgedeckte Unterstützungskasse, weil die Unternehmen vielfach keinen Bilanzausweis ihrer betrieblichen Altersversorgung mehr wünschen.

² Bei den nach § 3 Nr. 63 EStG geförderten Durchführungswegen Direktversicherung, Pensionskasse und Pensionsfonds haben diese Kriterien nach unserer Erfahrung eine untergeordnete Bedeutung.

³ Vgl. BMF-Schreiben vom 14.12.2012 (IV C 2 - S 2742/10/10001).

Wenn nun anstelle des Fremd-Geschäftsführers ein Gesellschafter der Firma die Geschäftsführung übernimmt (also ein GGF), der sozialversicherungsfrei ist,⁴ spart sich das Unternehmen den Beitrag zur gesetzlichen Rentenversicherung in Höhe von 623,10 EUR monatlich.

Die Philosophie des Fremdvergleichs ergibt hier, dass die GmbH im Wege einer beitragsorientierten Leistungszusage für den GGF exakt die Beiträge aufwenden können muss, die sie aufgrund der Versicherungsfreiheit in der gesetzlichen Rentenversicherung dorthin nicht leisten muss. In beiden Fällen handelt es sich um Aufwände zugunsten der Altersversorgung des GGF. Die Zusage auf bAV ersetzt mithin lediglich die Anwartschaft aus der gesetzlichen Rentenversicherung. Da die Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung mit Beginn des Beschäftigungs- bzw. Dienstverhältnisses monatlich geleistet werden, kann mit der ersetzenden Zusage nicht erst eine gewisse Probezeit abgewartet werden müssen. Diese Argumentation ist u.E. absolut stimmig und nachvollziehbar.

Ergänzt werden kann diese Überlegung durch eine Entgeltumwandlung des GGF in Höhe der im Fall einer Sozialversicherungspflicht seitens des Arbeitnehmers anfallenden Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung, das sind aktuell bei einem Einkommen in Höhe von mindestens 6.700 EUR monatlich ebenfalls 623,10 EUR. Auch hier – so die Idee – kann keine Probezeit seitens der Finanzverwaltung für die steuerliche Anerkennung der Beiträge gefordert werden.⁵

Bislang keine Aussage der Finanzverwaltung...

Leider fehlt es bislang an einer einschlägigen offiziellen Verlautbarung der Finanzverwaltung zum Thema ersetzende Zusage.

...und wenig aus der Rechtsprechung

Der BFH geht in einigen Urteilen darauf ein, ob eine Versorgungszusage beim GGF Anwartschaften aus der gesetzlichen Rentenversicherung ersetzt, z.B. im Urteil vom 31.03.2004 (I R 65/03), in dem die Einhaltung des Kriteriums Finanzierbarkeit strittig war und in dem er sich dafür ausspricht, die Beiträge an die Rückdeckungsversicherung steuerlich jedenfalls (aber auch nur) in jenem Umfang anzuerkennen, in welchem sie aus anderweitig ersparten gesetzlichen Arbeitgeberbeiträgen gespeist wird. Im BFH-Beschluss vom 04.04.2012 (I B 128/11), in dem die Finanzverwaltung die Pensionsrückstellungen für eine Invalidenrente nur in Höhe der zu leistenden Arbeitgeberbeiträge bei fiktiver Sozialversicherungspflicht anerkennen wollte, hatte der Prüfer nicht Recht bekommen: *„Vereinbaren die Beteiligten von vornherein eine über dem Niveau der gesetzlichen Rente liegende Alters- und Invaliditätsversorgung und ist diese üblich, angemessen und finanzierbar, sind die zu bildenden Rückstellungen nicht auf die bei hypothetischer Sozialversicherungspflicht zu erbringenden Arbeitgeberbeiträge begrenzt.“* Auch im BFH-Beschluss vom 17.03.2010 (I R 19/09), in dem es tatsächlich um das Kriterium Probezeit ging, findet sich keine eindeutige Aussage, wonach der BFH bei ersetzenden Zusagen keine Einhaltung des Probezeit-Kriteriums fordert.

Antrag auf verbindliche Auskunft gem. § 89 Abs. 2 Abgabenordnung (AO)

Möchte man innerhalb der Probezeit eine ersetzende Zusage einrichten, empfiehlt es sich, die steuerliche Anerkennung im Vorfeld über einen Antrag auf verbindliche Auskunft beim Betriebsstättenfinanzamt abzuklären.

Zusammenfassung

- 1. Der Fremdvergleich spricht dafür, dem GGF ohne Einhaltung einer Probezeit eine Zusage erteilen zu können, die auf Basis der Beiträge lediglich die fehlende Anwartschaft aus der gesetzlichen Rentenversicherung ersetzt.**
- 2. Es fehlt bislang an einer offiziellen Aussage der Finanzverwaltung zum Thema ersetzende Zusage.**
- 3. Auch wenn der BFH in verschiedenen Urteilen die ersetzende Zusage streift, gibt es bislang kein höchstrichterliches Urteil, dem eindeutig zu entnehmen ist, dass bei einer ersetzenden Zusage nicht auf die Probezeit zu achten ist.**
- 4. Es empfiehlt sich daher, eine ersetzende Zusage im Vorfeld mit der Finanzverwaltung über einen Antrag auf verbindliche Auskunft abzustimmen.**

⁴ Ein GGF ist regelmäßig dann als beherrschender GGF im Sinne des Sozialversicherungsrechts einzustufen, wenn er die Rechtsmacht besitzt die Geschicke der Gesellschaft zu bestimmen, was grundsätzlich vorliegt, wenn er mehr als 50 % (Mehrheitsgesellschafter) der Anteile am Stammkapital verbunden mit den Stimmrechten hält.

⁵ Zum Kriterium Erdienbarkeit bei Entgeltumwandlung liegt das einschlägige BFH-Urteil vom 07.03.2018 (I R 89/15) vor: Bei Entgeltumwandlung ist grundsätzlich - der BFH differenziert hier nicht zwischen ersetzender und ergänzender Zusage - nicht auf die Einhaltung des Erdienbarkeitskriteriums zu achten. Eine Aussage zum Kriterium der Probezeit findet sich in diesem Urteil allerdings nicht.