

# Gestaltende Steuerberatung

Steuerplanung • Steueroptimierung • Gestaltungsmodelle

<b>Gesetzgebung</b>	
Wachstumsbeschleunigungsgesetz passiert den Bundesrat	1
<b>FG Niedersachsen</b>	
Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des Solidaritätszuschlags	4
<b>Bundesfinanzhof</b>	
Steuerermäßigung trotz Abfindungszahlung über mehrere Veranlagungszeiträume	6
<b>Einkommensteuer</b>	
Rückwirkende Erhöhung des Abzugs von Handwerkerleistungen für 2008?	7
<b>Betriebliche Altersversorgung</b>	
Begründungsloser Verzicht auf Future-Service: Gestaltung für Gesellschafter-Geschäftsführer	9
<b>Kinder im Steuerrecht</b>	
Die Adoption als steuerliches Gestaltungsmittel	15
<b>Haftungs- und Berufsrecht</b>	
Haftungsfallen bei verdeckten Sacheinlagen: So schützen Sie sich als Steuerberater	20
<b>Körperschaftsteuer</b>	
Endlich mehr Rechtssicherheit bei § 8b KStG: BFH klärt wichtige Zweifelsfragen	24
<b>Umsatzsteuer</b>	
Neue Spielregeln zum Leistungsort ab 1.1.10: Umfangreiches BMF-Schreiben zu beachten	30

Betriebliche Altersversorgung

## Begründungsloser Verzicht auf Future-Service: Gestaltung für Gesellschafter-Geschäftsführer

von Jürgen Pradl, Zorneding, und Sebastian Uckermann, Köln, Vorstände  
des Bundesverbandes der Rechtsberater für bAV und Zeitwertkonten e.V.

Gesellschafter-Geschäftsführer (GGf) von Kapitalgesellschaften stehen oft vor der Frage, wie mit der zu ihren Gunsten bestehenden Versorgungs-  
verpflichtung – z.B. im Rahmen einer Firmenveräußerung – verfahren  
werden soll. Häufig wird in diesem Zusammenhang der Wunsch geäu-  
ßert, der GGf könne ja einfach auf seine Versorgungszusage verzichten,  
sodass außer einem außerordentlichen Ertrag auf Gesellschaftsebene  
keine weiteren Konsequenzen zu befürchten seien. Dieser Beitrag zeigt  
auf, dass ein solcher Verzicht des GGf auf noch nicht erdiente unmittelbare  
Versorgungsansprüche nach der sog. „Past Service-Methode“ durch die  
Finanzverwaltung anerkannt wird und somit eine effektive Gestaltungs-  
möglichkeit darstellt.

### 1. Einführung

#### 1.1 Grundlagen

Nach der Diktion des BFH (9.6.97, GrS 1/94, BStBl II 97, 307) begründet der  
gesellschaftsrechtlich veranlasste Verzicht eines GGf einer Kapitalgesell-  
schaft auf seine bestehenden unmittelbaren Pensionsanwartschaftsrechte  
eine verdeckte Einlage nach § 8 Abs. 3 KStG. Eine verdeckte Einlage liegt  
in diesem Zusammenhang vor, wenn der GGf der Gesellschaft einen  
Vermögensvorteil zuwendet – hier die Entlastung von der Versorgungs-  
verpflichtung – und diese Zuwendung durch das Gesellschaftsverhältnis  
veranlasst ist. Hierbei ist einmal mehr ein Fremdvergleich anzustellen. Es  
ist zu prüfen, ob ein „ordentlicher und gewissenhafter“ Fremdgeschäfts-  
führer der Gesellschaft den durch den Verzicht ausgelösten Vermögens-  
vorteil ebenfalls zugewendet hätte.

Bei dem diesem Revisionsverfahren (I R 58/93) zugrunde liegenden  
Sachverhalt hatte sich allerdings ein damals 63-jähriger GGf im Zuge der  
Veräußerung der GmbH im Kaufvertrag dazu verpflichtet, die Geschäfts-  
führung niederzulegen und auf seine Pensionszusage ohne Gegenleistung  
zu verzichten. Der Große Senat hatte in dieser Entscheidung ausgeführt,  
dass der Versorgungsberechtigte mit der Pensionszusage ein Anwart-  
schaftsrecht erlangt hat, das einen Bestandteil seines Vermögens bildet  
und die Anwartschaft im Zeitablauf als Vergütung für erbrachte Leistun-  
gen verdient werden muss. In seinem im Anschluss an die Entscheidung  
des Großen Senats ergangenen Urteil führte der BFH dann aus, dass es  
„außerdem von Bedeutung sein kann, ob die Pension unverfallbar ist  
oder ob sie voraussetzt, dass der Berechtigte bis zum Pensionsfall für den  
Verpflichteten nichtselbstständig tätig ist.“ Eine darüber hinausgehende  
Auseinandersetzung mit dieser Rechtsfrage fand seitens des BFH nicht  
mehr statt, da er das Verfahren wegen Sachverhaltsfragen wieder an das  
FG Rheinland-Pfalz zurückverweisen musste.

**Verzicht des  
GGf als verdeckte  
Einlage**

**Anwartschaft muss  
künftig verdient  
werden**

Als Rechtsfolge des entschädigungslosen Verzichts des GGf auf seine Pensionsrechte ist bei der Gesellschaft zunächst die zugrunde liegende Pensionsrückstellung gewinnerhöhend aufzulösen. Der bedingt durch die Feststellung einer verdeckten Einlage zu hoch ausgewiesene Gewinn der Gesellschaft ist außerbilanziell im Rahmen der Gewinnermittlung zu korrigieren. Somit erhöhen verdeckte Einlagen den Gewinn der Gesellschaft nicht (§ 8 Abs. 3 S. 3 KStG).

**Rückstellung  
gewinnerhöhend  
aufzulösen**

Beim GGf selbst führt die Feststellung einer verdeckten Einlage aufgrund seines Verzichts grundsätzlich zum Zufluss von Arbeitslohn gemäß § 19 EStG. Zeitgleich kommt es für ihn in diesem Umfang zu nachträglichen Anschaffungskosten seiner Gesellschaftsanteile, die sich erst bei einem späteren Verkauf der Gesellschaftsanteile gewinnmindernd auswirken (vgl. hierzu auch: § 3c Abs. 2 EStG).

### 1.2 Bewertung des Verzichts

Beachtlich ist in diesem Zusammenhang, dass sich der BFH nach den Verlautbarungen des Großen Senats vom 9.6.97 festgelegt hat, nach welchen Kriterien die Bewertung der verdeckten Einlage zu erfolgen hat (BFH 15.10.97, I R 58/93). Abzustellen sei auf den „realen“ Teilwert der Pensionsanwartschaft des GGf und nicht auf den gemäß § 6a EStG steuerbilanziell ermittelten Teilwert der Pensionsverpflichtung. Der Teilwert ist somit unter Beachtung der allgemeinen Ermittlungsgrundsätze des § 6 Abs. 1 Nr. 5 EStG, im Zweifel nach den Wiederbeschaffungskosten zu ermitteln. Demnach kommt es darauf an, welchen Betrag die Gesellschaft zum Zeitpunkt des Verzichts des GGf hätte aufwenden müssen, um eine gleich hohe Pensionsanwartschaft gegen einen vergleichbaren Schuldner zu erwerben. Außerdem muss hier die Bonität der pensionsverpflichteten Gesellschaft mit berücksichtigt werden und die mögliche Verfallbarkeit der Pensionsanwartschaft. In diesem Fall wäre dann ein Abschlag vom ermittelten Wert vorzunehmen.

**„Realer“ Teilwert  
der Anwartschaft  
maßgeblich**

Aus den Regelungsvorgaben des BFH hat die Praxis zu Recht gefolgert, dass als Vergleichswert auch ein fiktiver Einmalbeitrag an eine Lebensversicherungsgesellschaft herangezogen werden kann, durch den die Versorgungsanwartschaft kongruent abgedeckt werden könnte. Für die zusagende Gesellschaft bedeutet dies – eine entsprechende eigene Bonität vorausgesetzt – dass der so ermittelte Teilwert erheblich von der nach § 6a EStG ermittelten Pensionsrückstellung abweichen kann. Dies resultiert vor allem daraus, dass die Pensionsrückstellung nach § 6a EStG mit 6 % valuiert, während die Lebensversicherer zumeist mit erheblich geringeren Werten rechnen müssen. Ist der Wert der verdeckten Einlage höher als die steuerlich gebildete Pensionsrückstellung, ergibt sich dementsprechend ein erhöhter Aufwand für die Gesellschaft. Ist der Wert der Pensionsrückstellung höher, ergibt sich der umgekehrte Effekt.

**Fiktiver  
Einmalbetrag an  
Lebensversicherer  
als Vergleichswert**

## 2. Verzicht auf den Future-Service

Verzichtet ein GGf also ganz oder teilweise auf eine unmittelbare Pensionszusage und ist dieser Verzicht nicht als betrieblich veranlasst zu beurteilen, so führt dies nach ständiger BFH-Rechtsprechung zu einer

verdeckten Einlage, sofern der Gesellschaft ein einlagefähiger Vermögensvorteil zugewendet wird. Ein einlagefähiger Vermögensvorteil kann jedoch nur dann vorliegen, wenn es sich um werthaltige Versorgungsanwartschaften bzw. Versorgungsansprüche handelt. Andernfalls kann es auch nicht zu einer verdeckten Einlage kommen. Um die Werthaltigkeit der Versorgungsanwartschaften richtig beurteilen zu können, ist es zwingend notwendig, die arbeitsrechtlichen Besonderheiten der betrieblichen Altersversorgung parallel zu den Körperschaftsteuerlichen Anforderungen an eine verdeckte Einlage zu untersuchen und die Ergebnisse in Einklang zu bringen. Nur auf diesem Wege lässt sich die Frage einer verdeckten Einlage abschließend beantworten.

## 2.1 Beurteilung der Werthaltigkeit einer Pensionsanwartschaft

Die Werthaltigkeit einer Pensionsanwartschaft ist auf zwei Ebenen zu beurteilen:

Nach den Grundsätzen einer Verfügung des Bayerischen Landesamts für Steuern (15.2.07, S 2742 – 26 St31N) ist davon auszugehen, dass ein Verzicht auf eine Pensionszusage vor dem Zeitpunkt, in dem sie nicht mehr finanzierbar ist, grundsätzlich als gesellschaftsrechtlich veranlasst anzusehen ist. Von einer betrieblichen Veranlassung wegen mangelnder Werthaltigkeit ist dann auszugehen, wenn die Pensionszusage im Verzichtszeitpunkt als nicht mehr finanzierbar zu beurteilen ist (BFH 8.11.00, I R 70/99, BStBl II 05, 653) oder der Verzicht im Zusammenhang mit der Vermeidung einer drohenden Überschuldung der Gesellschaft im insolvenzrechtlichen Sinne steht und dabei weitere die Überschuldung vermeidende Maßnahmen erfolgen und sich auch ein Fremdgeschäftsführer zu einem Verzicht bereit erklärt hätte. In diesen Ausnahmefällen wird der Verzicht mangels Werthaltigkeit als betrieblich veranlasst beurteilt mit der Folge, dass eine verdeckte Einlage ausscheidet und damit auch kein fiktiver Zufluss anzunehmen ist.

**Finanzierbarkeit im Verzichtszeitpunkt entscheidend**

Sind die Voraussetzungen einer betrieblichen Veranlassung mangels Finanzierbarkeit nicht gegeben, so ist auf der nachfolgenden Ebene zu prüfen, ob die Versorgungsanwartschaft werthaltig ist. Hierbei ist zwischen den bereits erdienten Anwartschaften (Past Service) und den in der Zukunft erst noch zu erdienenden Anwartschaften (Future Service) zu unterscheiden:

**Unterscheidung zwischen Past Service und Future Service**

■ **Past Service:** Von entscheidender Bedeutung ist in diesem Zusammenhang die Tatsache, dass die Versorgungsanwartschaften nach allgemein anerkannten Rechtsgrundsätzen nur hinsichtlich des Past Service einen eigentumsähnlichen Charakter erlangt haben, da die betriebliche Altersversorgung unstreitig einen Bestandteil der Vergütungsabrede zwischen den Vertragsparteien darstellt und im Zeitablauf als Vergütung für Leistungen im Betrieb verdient werden muss (BFH 9.6.97, GrS 1/94, BStBl II 98, 307).

■ **Future Service:** Der Future Service stellt für den Versorgungsberechtigten hingegen lediglich die Chance auf den Zuerwerb weiterer Teile der

**Future Service geht ersatzlos unter**

insgesamt zugesagten Versorgungsanwartschaften dar. Der Zuerwerb ist jedoch davon abhängig, dass die Vereinbarung zur unmittelbaren Pensionszusage in dieser Form bestehen bleibt und der GGf auch seine Gegenleistung in Form der Geschäftsführertätigkeit – wie vertraglich vereinbart – erbringt. Denn der Future Service geht bei einer vorzeitigen Beendigung des Dienstverhältnisses ersatzlos unter.

Aber auch bei Fortsetzung des Dienstverhältnisses kann der rechtliche Charakter des Future Services unter Berücksichtigung der vom BAG zum sog. Drei-Stufen-Modell entwickelten Rechtsgrundsätze nachvollzogen werden (z.B. BAG 8.12.81, 3 ABR 53/80, BAGE 36, 327, 337 f.). Der Future Service wurde vom BAG der dritten Stufe des Drei-Stufen-Modells zugeordnet, die aus Sicht des Senats für am wenigsten schutzwürdig erachtet wird. Zur Herabsetzung des Future Service reicht es demnach aus, wenn der Arbeitgeber „sachlich proportionale Gründe“ anführen und nachvollziehbar darlegen kann. Zur Begründung führt das BAG aus, dass hinsichtlich des Future Service noch keine Rechtsposition mit eigentumsähnlichem Charakter entstanden ist.

**Future Service  
am wenigsten  
schutzwürdig**

Wird nun die Vereinbarung zur Pensionszusage mit Wirkung für die Zukunft geändert und findet dabei eine Herabsetzung des Future Service statt, so kann darin keine verdeckte Einlage zu sehen sein. Eine verdeckte Einlage könnte nur dann angenommen werden, wenn der Versorgungsberechtigte auf Teile seiner bereits erdienten Anwartschaften (Past Service) verzichtet. Selbst wenn die Zuwendung durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst ist, kann die vom BFH geforderte Werthaltigkeit nur insoweit gegeben sein, als der Versorgungsberechtigte bereits einen unverfallbaren Anspruch auf Versorgungsleistungen erworben hat.

## 2.2 Bestätigung der Rechtsauffassung

Die hier vertretene Rechtsauffassung wird im Übrigen durch die H 40 der Amtlichen Hinweise 2008 zu den KStR 2004 bestätigt, wo es heißt: „Verzichtet der Gesellschafter aus Gründen des Gesellschaftsverhältnisses auf einen bestehenden Anspruch aus einer ihm von der Kapitalgesellschaft gewährten Pensionszusage, so liegt hierin eine verdeckte Einlage begründet. **Dies gilt auch im Fall eines Verzichts vor Eintritt des vereinbarten Versorgungsfalls hinsichtlich des bis zum Verzichtszeitpunkt erdienten (Anteiles des) Versorgungsanspruchs.**“

Die Finanzverwaltung dokumentiert damit, dass auch sie bei der Beurteilung der Folgen eines Verzichts auf die unterschiedliche Qualität des Rechtsanspruchs hinsichtlich der Versorgungsanwartschaften abstellt. Durch die Formulierung „... hinsichtlich des bis zum Verzichtszeitpunkt erdienten (Anteiles des) Versorgungsanspruchs“ begrenzt die Finanzverwaltung das Entstehen einer verdeckten Einlage im Falle des Verzichts auf den Past Service. Darüber hinaus deckt sich die Begrenzung einer verdeckten Einlage auf die Höhe der bereits erdienten Anwartschaften auch mit der Rechtsauffassung, die die Finanzverwaltung im Zusammenhang mit einem Verzicht auf eine Tätigkeitsvergütung vertritt.

**Auch Verwaltung  
stellt auf Qualität  
des Rechtsan-  
spruchs ab**

Eine verdeckte Einlage und eine Steuerpflicht beim GGf treten somit auch im Falle des Verzichts auf eine Tätigkeitsvergütung nur dann ein, wenn der Geschäftsführer seinen Verzicht erst nach Entstehen des Vergütungsanspruches erklärt hat. Da sich Aktivenvergütung und betriebliche Altersversorgung im Hinblick auf das Entstehen des Vergütungsanspruches grundsätzlich nicht unterscheiden, kann eine verdeckte Einlage zwangsläufig nur unter grundsätzlich gleichen Bedingungen stattfinden. Ein Verzicht vor Entstehen des Vergütungsanspruches führt somit weder bei der Aktivenvergütung noch bei der betrieblichen Altersversorgung zu einer verdeckten Einlage. Nach alledem führt ein leistungsmindernder Eingriff in den Future Service nicht zu einer verdeckten Einlage. Demzufolge bleibt auch kein Raum für eine fiktive Besteuerung beim versorgungsberechtigten GGf. Die Kapitalgesellschaft muss die ggf. bisher gebildete Pensionsrückstellung im Wirtschaftsjahr der Herabsetzung lediglich (teilweise) gewinnerhöhend auflösen.

**Kein Raum für fiktive Besteuerung beim GGf**

Diese rechtliche Beurteilung eröffnet bei der Restrukturierung unmittelbarer Pensionszusagen an noch aktive GGf von Kapitalgesellschaften die Gestaltungsmöglichkeit, ohne negative steuerliche Folgen (abgesehen von der zuvor genannten gewinnerhöhenden Auflösung einer ggf. bisher gebildeten Rückstellung) in den Future Service im Wege der einvernehmlichen Herabsetzung einzugreifen, da insoweit kein einlagefähiger Vermögensvorteil gegeben ist. Im schlimmsten Fall kann der Future Service sogar ersatzlos entfallen. Die Frage einer betrieblichen Veranlassung ist in diesem Zusammenhang obsolet.

**Einvernehmliche Herabsetzung als Gestaltungsmittel**

Auch wenn diese Gestaltungsmöglichkeit bis vor einiger Zeit im Markt noch kaum genutzt worden ist, konnten die Autoren in jüngerer Vergangenheit feststellen, dass die vertretene Rechtsauffassung zur Past Service-Methode mittlerweile Beachtung gefunden hat und auch von der Finanzverwaltung gebilligt wird. Zum Beweis sei eine verbindliche Auskunft angeführt, die einer der Autoren zusammen mit der tätigen Steuerberaterin im März 2009 bei einem in Bayern ansässigen Finanzamt erreicht hat und in deren Rahmen die Fachbetriebsprüfungsstelle des bayerischen Landesamtes für Steuern folgende rechtliche Beurteilung zur Past Service-Methode abgegeben hat:

**Finanzverwaltung hat Rechtsauffassung akzeptiert**

„Der Verzicht eines GGf auf seine Pensionsanwartschaft ist regelmäßig als im Gesellschaftsverhältnis veranlasst anzusehen. In Höhe des werthaltigen Teils der Anwartschaft führt er zu einem lohnsteuerpflichtigen Zufluss beim Gesellschafter. Der auf diese Weise realisierte Wert gilt sogleich wieder als in die Gesellschaft verdeckt eingelegt. Die verdeckte Einlage ist mit dem Teilwert der Pensionsanwartschaft zu bewerten und in dieser Höhe außerbilanziell bei der Einkommensermittlung abzuziehen. Sie bewirkt bei der Gesellschaft außerdem einen Zugang im steuerlichen Einlagekonto und beim Gesellschafter eine entsprechende Erhöhung der Anschaffungskosten seiner Anteile an der Gesellschaft. Zu unterscheiden ist hierbei allerdings, ob der Berechtigte auf den gesamten Anspruch (Past- und Future Service) oder nur auf die künftigen Anwachsungen (Future Service) verzichtet. Nach Auffassung der Fachprüfung ist ein Verzicht

**Inhalt der positiven verbindlichen Auskunft**

auf den reinen Future Service so zu behandeln wie der Verzicht auf eine verfallbare Versorgungsanwartschaft:

Zunächst hat der Verzicht auf eine verfallbare Pensionsanwartschaft bei der Gesellschaft die gleiche Folge wie ein Verzicht auf eine unverfallbare Anwartschaft. Die Pensionsrückstellung ist gewinnerhöhend aufzulösen. Im Stadium der Verfallbarkeit kann der Pensionsberechtigte noch nicht über das Anwartschaftsrecht disponieren. Er hat insoweit noch keinen unentziehbaren Rechtsanspruch gegen die Gesellschaft erlangt, den er verdeckt einlegen könnte. Verzichtet er auf den verfallbaren Anspruch, zieht das keinen Lohnzufluss, keine verdeckte Einlage, keine Erhöhung der Anschaffungskosten der Anteile und keinen Zugang im steuerlichen Einlagekonto nach sich. Damit bleibt die Gewinnerhöhung bei der Gesellschaft definitiv und schlägt unabhängig von einer Werthaltigkeit der Anwartschaft in vollem Umfang auf das Einkommen der Gesellschaft durch.“

**Behandlung wie Verzicht auf eine verfallbare Anwartschaft**

Die verbindliche Auskunft des Betriebsstättenfinanzamts hat somit die in diesem Aufsatz dargelegte Rechtsauffassung der Autoren in vollem Umfang bestätigt. Folglich läuft auch die gelegentlich in der Praxis geäußerte Rechtsauffassung ins Leere, wonach eine Aufgabe des Future Service durch eine wertgleiche Gehaltserhöhung zu ersetzen wäre, um die oben beschriebenen Rechtsfolgen eines Verzichts zu vermeiden. Zwar steht es den Parteien selbstverständlich offen, den aufgeschobenen Vergütungsbestandteil der betrieblichen Altersversorgung in eine adäquate Aktivenvergütung umzuwandeln. Eine derartige Gestaltung findet aber ihre Begründung in der Disposition der Vertragsparteien im Rahmen der zivilrechtlichen Vertragsfreiheit. Rechtlich notwendig ist sie aber nicht.

**Ersatz durch wertgleiche Gehaltserhöhung nicht erforderlich**

### 3. Fazit

Zur Anpassung der Pensionsverpflichtung im Rahmen der Past Service-Methode ist die Zusage im Rahmen einer einvernehmlichen Änderungsvereinbarung herabzusetzen.

Die notwendige Änderungsvereinbarung zur Pensionszusage muss dann den Eingriff in den Future Service auch klar und eindeutig zum Ausdruck bringen. Die Herabsetzung muss von einem steuerlichen Betriebsprüfer sowohl hinsichtlich der Methodik als auch hinsichtlich ihrer materiellen Auswirkungen nachvollzogen werden können. Zu diesem Zweck erscheint es ratsam, die Ermittlung der verdienten Anwartschaften und deren Aufrechterhaltung in der Änderungsvereinbarung auszuweisen.

**Methodik muss für Betriebsprüfer nachvollziehbar sein**

Im nächsten Schritt ist die Herabsetzung der Pensionszusage in der Steuerbilanz des Trägerunternehmens umzusetzen. Ob die gewinnerhöhende Auflösung der Pensionsrückstellung in der Steuerbilanz zu einer Steuerbelastung führt, kann nur anhand der Umstände des Einzelfalls beurteilt werden. Sollte in diesen Fällen keine Über- bzw. Verschuldung der zusagenden Gesellschaft gegeben sein, so verfügt die Gesellschaft in der Regel noch über kein entsprechendes Verlustvolumen, sodass es durch die Anwendung der Past Service-Methode zu einer zusätzlichen Steuerbelastung der Gesellschaft kommt.

**Zusätzliche Steuerbelastung möglich**