

## Quartalsletter 03/2014

### Der Quartalsletter 03/2014 informiert Sie über folgende Themen:

---

- Erdienbarkeit gehaltsabhängiger Pensionszusagen eines GGF und Gehaltserhöhung
  - Abfindung einer Entgeltumwandlung kann im laufenden Dienstverhältnis unzulässig sein
  - Kapitalzusagen von arbeitsrechtlich beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführern werden nicht in den Versorgungsausgleich einbezogen
  - Krankenkassenbeitragspflicht von Pensionskassenrenten
  - Höchsttrichterliche Bestätigung der Verwaltungspraxis des PSVaG bei der Bewertung des Insolvenzschutzes von Direktzusagen
  - Rückstellungsbildung nur für eindeutig formulierte Zusagen
  - Insolvenzschutz durch Verpfändung muss rechtzeitig erfolgen
  - Zuflussgefahr beim „Verschieben“ von Pensionszusagen
  - Erdienbarkeitserfordernis auch für Entgeltumwandlungen
  - Probezeit muss nicht immer eingehalten werden
- 

### **Erdienbarkeit gehaltsabhängiger Pensionszusagen eines GGF und Gehaltserhöhung (FG Düsseldorf, Urteil vom 09.12.2013 – 6 K 1754/10 K,G)**

Im Urteil des FG Düsseldorf vom 09.12.2013 ging es um die in der Praxis schwierige Frage, inwieweit bei Gehaltserhöhungen in den letzten Jahren vor Erreichen der Altersgrenze bei einer gehaltsabhängigen Pensionszusage die Erdienbarkeitsfristen beachten werden müssen.

Das FG bestätigt im Urteil noch einmal ganz klar die bekannten Erdienbarkeitsfristen von 10 Jahren bei beherrschenden GGF und 3 Jahren bei nichtbeherrschenden GGF, sofern sie dem Betrieb mindestens 12 Jahre angehören. Zudem wird der Grundsatz bestätigt, dass es für die Erdienbarkeitsfrist auf den frühestmöglichen Altersrentenbeginn in der Pensionszusage ankommt.

Als Pensionsalter war das vollendete 65. Lebensjahr vereinbart, wobei eine vorgezogene Altersrente bereits ab Vollendung des 60. Lebensjahres möglich war.

Zwar wurde nicht der zugesagte Prozentsatz in Bezug auf die Aktivbezüge erhöht, doch die mittelbare Erhöhung durch die Erhöhung der Aktivbezüge ist jedenfalls dann ebenfalls im Hinblick auf die Erdienbarkeit zu prüfen, wenn die Gehaltserhöhung (hier über 40%) zu einer spürbaren Anhebung der Anwartschaft zum Ende des Berufslebens des GGF führt.

Ob dies generell gilt oder nur ab einer bestimmten Höhe, kann im vorliegenden Fall dahinstehen. Ein Ausgleich erheblicher Steigerungen der Lebenshaltungskosten oder zur Angleichung an das allgemeine Vergütungsniveau kann nicht zu so einer Anhebung führen.

Dem vorliegenden Fall konnte nicht entnommen werden, dass die Zusage die künftige Arbeitsleistung des GGF abgelten soll. Denn dann hätte man durch vertragliche Regelungen sichergestellt, dass er über das 60. Lebensjahr hinaus für die Firma tätig sein wird, was nicht erfolgt ist. Die Gesamtumstände des Falls legen vielmehr nahe, dass weniger der Erdienensgedanke als vielmehr

eine adäquat erscheinende laufende Vergütung und Altersversorgung des GGF handlungsleitend waren.

Der Betriebsprüfer erkannte die Zuführungen zu den Pensionsrückstellungen in Bezug auf die Gehaltserhöhungen nicht als Betriebsausgaben an und behandelte sie als verdeckte Gewinnausschüttung. Er sah in der durch die Gehaltserhöhung hervorgerufenen Erhöhung der zugesagten Leistungen eine neue Zusage, für die wie bei einer Erstzusage das Kriterium der Erdienbarkeit erfüllt sein muss.

Diese war nicht gegeben, da zwischen der Erhöhung und dem vorgesehenen frühestmöglichen Pensionsalter von 60 Jahren weniger als 3 Jahre lagen. Das FG gab dem Prüfer Recht.

Da bislang zur Erdienbarkeit bei mittelbarer Erhöhung der Altersversorgung durch Erhöhung der bemessungsrelevanten Aktivbezüge noch keine höchstrichterliche Rechtsprechung existiert, wurde die Revision zugelassen. Die Entscheidung des BFH kann mit Spannung erwartet werden.

### **Abfindung einer Entgeltumwandlung kann im laufenden Dienstverhältnis unzulässig sein (LAG Hamm Entscheidung vom 19.02.2014 (Sa 1384/13, nicht rkr.))**

Das Abfindungsverbot des § 3 BetrAVG greift nur bei unverfallbar Ausgeschiedenen oder Rentnern. Im laufenden Arbeitsverhältnis können bAV-Ansprüche somit einvernehmlich abgefunden werden. Das gilt aber nicht, wenn das Arbeitsverhältnis nur noch formal besteht, weil der Arbeitnehmer seit längerem krank ist und mit einer Rückkehr nicht zu rechnen ist. In diesem Fall ist die Abfindung der Anwartschaft nicht zulässig.

### **Kapitalzusagen von arbeitsrechtlich beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführern werden nicht in den Versorgungsausgleich einbezogen (BGH, Urteil vom 16.01.2014 – XII ZB 455/13)**

Im Urteil hatte sich der Bundesgerichtshof mit einem Fall zu befassen, bei dem es um den Einbezug einer Pensionszusage eines Gesellschafter-Geschäftsführers (GGF) in den Versorgungsausgleich ging. Gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 3 VersAusglG ist ein Anrecht auszugleichen, wenn es auf eine Rente gerichtet ist. Anrechte im Sinne des BetrAVG sind jedoch unabhängig von ihrer Leistungsform (Rente oder Kapital) auszugleichen.

Der GGF hatte eine Pensionszusage, die als Kapitalzusage (mit Ratenzahlung) formuliert war. Sie beinhaltete zwar eine Rentenoption, von dieser Option wurde jedoch nicht Gebrauch gemacht. Der Ehemann war im Zeitpunkt der Erteilung der Pensionszusage arbeitsrechtlich als Unternehmer einzustufen und fiel mithin nicht in den persönlichen Geltungsbereich des BetrAVG. Das Ausscheiden des Vaters des Ehemannes aus der Geschäftsführung hatte dann zur Folge, dass der Ehemann nicht mehr zusammen mit anderen GGF die Mehrheit an den Anteilen der Firma hielt. Damit gilt der Ehemann seit dem Ausscheiden seines Vaters als Arbeitnehmer, der in den persönlichen Geltungsbereich des BetrAVG fällt. Die Versorgungszusage ist damit anteilig, d.h. insoweit in den Versorgungsausgleich einzubeziehen, wie sie zeitanteilig auf die Gesamttätigkeit als Arbeitnehmer entfällt. Allerdings führt dies im vorliegenden Fall nicht dazu, dass die Versorgungszusage in den Versorgungsausgleich einbezogen wird, da das Anrecht zum Zeitpunkt des Ehezeitendes noch nicht unverfallbar war.

### **Krankenkassenbeitragspflicht von Pensionskassenrenten (BSG, Urteil vom 24.07.2014 – B 12 KR 28/12 R)**

Der Kläger hatte eine Pensionskassenzusage, die er, bei einer Laufzeit von etwas mehr als 25 Jahren, 24 Jahre mit eigenen Beiträgen fortgeführt. Nach erfolgtem Renteneintritt führte die Pensionskasse Beiträge in die GKV ab, die der Kläger mit Berufung auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) zur Direktversicherung erfolglos zurückbegehrte. Nach Ansicht des BSG ist es nicht zu beanstanden, wenn die GKV sämtliche Pensionskassenleistungen zur Beitragsbemessung heranzieht. Die Beitragspflicht für Leistungen aus Pensionskassen ergibt sich aus der ständigen Rechtsprechung zur „institutionellen Abgrenzung“, wonach sämtliche Leistungen von Institutionen, bei denen typischerweise ein Zusammenhang zwischen dem Versorgungssystem und einem Beschäftigungsverhältnis besteht, als betriebliche

Altersversorgung (bAV) zu werten sind. Die individuelle Situation des Rentenerwerbs hat dabei unberücksichtigt zu bleiben.

Die Rechtsprechung des BVerfG ist nach Auffassung des BSG nicht auf Pensionskassen übertragbar, zumal das BVerfG ausdrücklich die institutionelle Abgrenzung von beitragspflichtigen und beitragsfreien Einnahmen als verfassungsgemäßes Kriterium anerkannt hat. Begründet wird diese Ansicht damit, dass „der institutionelle Rahmen des Betriebsrentenrechts“ in Bezug auf die Pensionskassen keinesfalls gänzlich verlassen wird, weil ihr Bestreben allein auf die Durchführung der bAV gerichtet ist. Selbst wenn der Kläger eine freiwillige Zusatzabsicherung mit der Pensionskasse vereinbart, bleiben dem BSG zufolge die daraus resultierenden Leistungen als bAV beitragspflichtig. Einen Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG sieht der Senat in diesem Vorgehen gerade nicht, da er die private Fortführung der Pensionskassenzusage als autonomen Entschluss des Klägers zur Gestaltung seiner Altersversorgung in einer von ihm bestimmten Art und Weise betrachtet.

### **Höchstrichterliche Bestätigung der Verwaltungspraxis des PSVaG bei der Bewertung des Insolvenzschutzes von Direktzusagen (BVerwG, Urteile vom 12.03.2014 – 8 C 32/12, 8 C 31/12, 8 C 30/12, ebenso: 8 C 28/12 sowie 8 C 33/12)**

Der Insolvenzschutz von Direktzusagen durch Contractual Trust Arrangements (CTA) führt nicht zu einer Reduktion des PSV-Beitrags

In der betrieblichen Altersversorgung gilt die Beitragszahlung zur gesetzlichen Insolvenzversicherung. Der Pensions-Sicherungs-Verein aG (PSVaG) ist Träger der gesetzlichen Insolvenzversicherung. Die Beitragspflicht der Unternehmen und die Festlegung der Beitragsbemessung sind im Betriebsrentengesetz gesetzlich normiert. Nachdem schon Arbeitgeber mit rückgedeckten Unterstützungskassen die Beitragspflicht haben überprüfen lassen (siehe Merkblatt des PSVaG 219/M24), stand nun die Beitragspflicht für Direktzusagen, die durch Vermögen in einer Treuhandkonstruktion gesichert sind zur höchstrichterlichen Überprüfung an. Das Bundesverwaltungsgericht hat aber auch in dieser Fallkonstellation die Beitragspflicht für richtig erkannt. Bisher ist jede Klage gegen den PSVaG vor dem Bundesverwaltungsgericht gescheitert. Derzeit gibt es leider keine Gesetzesinitiativen bzw. Reformbestrebungen seitens des Gesetzgebers die Insolvenzschutzaspekte in die Beitragsbemessung einfließen zu lassen. Daher gilt weiterhin, dass nur der Gesetzgeber den Kreis der freigestellten Arbeitgeber und Versorgungswege erweitern kann. Im Übrigen soll nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichtes der Beitrag zur Insolvenzversicherung nicht das Risiko der eigenen Insolvenz des Arbeitgebers abdecken, sondern beruht auf dem Gedanken der Solidarität sowie des sozialen Ausgleichs und dient einer anteilmäßigen Deckung des Gesamtrisikos.

### **Rückstellungsbildung nur für eindeutig formulierte Zusagen (FG Düsseldorf Urteil vom 12.11.2013 - 6 K 4199/11 K, F)**

Am 12.11.2013 lehnte das FG Düsseldorf die Bildung von Pensionsrückstellungen ab, weil die Pensionszusagen nicht eindeutig formuliert waren. Im vorliegenden Fall wurden zwei Zusagen auf die Leistungen der beitragsfrei gestellten Rückdeckungsversicherungen reduziert. Im Nachtrag zur Zusage fehlte aber unter anderem ein Termin für die Beitragsfreistellung der Versicherung und eine Aufteilung der im Todesfall fälligen Beitragsrückgewähr auf Witwe und Waisen. Für die Bildung der Rückstellungen wurde außerdem nicht die versicherte Rente herangezogen, sondern das voraussichtliche Ablaufkapital der Versicherung mit den Rechnungsgrundlagen des § 6a EStG verrechnet.

Die Richter ließen ausdrücklich offen, ob ein bloßer Verweis auf die Versicherung überhaupt für die steuerliche Anerkennung ausreicht. Wenn sich eine Zusage weitgehend an den Leistungen einer Versicherung orientieren soll, dann sollten die wesentlichen Eckdaten der Versicherung in der Zusage genannt werden.

### **Insolvenzschutz durch Verpfändung muss rechtzeitig erfolgen (BGH Urteil vom 7.11.2013 - IX ZR 248/12)**

Eine GmbH hatte die Rückdeckungsversicherung als Sicherheit für die Pensionszusage des GGF an ihn verpfändet. Nach Auszahlung der Ablaufleistung wurde eine neue Sicherheit durch Gewährung

einer Grundschuld an einer Firmenimmobilie bestellt. Als die GmbH zwei Jahre später insolvent wurde, behauptete der Insolvenzverwalter, die nachträglich eingeräumte Sicherheit sei eine unzulässige Benachteiligung der übrigen Gläubiger und verlangte eine „Rückübertragung“ der Grundschuld.

Der BGH bestätigte grundsätzlich, dass eine nachträgliche Besicherung ein Anzeichen für eine vorsätzliche Benachteiligung der übrigen Gläubiger sein kann. Im konkreten Fall habe aber zum Zeitpunkt der Besicherung kein Zweifel an der ausreichenden Liquidität der GmbH bestanden. Der Insolvenzverwalter ging somit leer aus.

Die Verpfändung einer Rückdeckungsversicherung und die Gewährung eines Folgepfandrechts nach Auszahlung der Versicherung bei Rentenbeginn sollte bereits bei Erteilung der Zusage vereinbart werden.

#### **Zuflussgefahr beim „Verschieben“ von Pensionszusagen (FG Düsseldorf Urteil vom 24.10.2013 – 7 K 609/12 – n. rkr.)**

Im Rahmen des anstehenden GmbH-Verkaufs gründete der beherrschende Gesellschafter-Geschäftsführer (GGF) eine zweite GmbH, und übertrug auf diese ausschließlich „seine“ Pensionszusage inklusive Kapital zur Ausfinanzierung. Das FG Düsseldorf sah in dem Vorgang einen lohnsteuerlichen Zufluss, der zur sofortigen Besteuerung des übertragenen Kapitals beim GGF führte. Der Grund: Rein wirtschaftlich betrachtet hatte der GGF (als Begünstigter und beherrschender Gesellschafter beider GmbHs) das volle Verfügungsrecht über den übertragenen Kapitalbetrag. Er hätte jederzeit allein entscheiden können, sich den gesamten Kapitalbetrag auszahlen zu lassen.

#### **Erdienbarkeitserfordernis auch für Entgeltumwandlungen (OFD Niedersachsen Verfügung vom 15.08.2014 S 2742-259-St 241)**

Die OFD Niedersachsen hat sich zur Frage geäußert, ob für Gesellschafter-Geschäftsführer (GGF) der Erdienungszeitraum von 10 Jahren auch bei Entgeltumwandlungen gilt. Nach Meinung der OFD ist nicht danach zu unterscheiden, ob es sich um eine arbeitgeber- oder arbeitnehmerfinanzierte Versorgungszusage handelt. Wird die erforderliche Erdienbarkeitsfrist nicht eingehalten, liegt eine verdeckte Gewinnausschüttung vor.

In der Verfügung wird ausdrücklich erwähnt, dass die geltenden Regelungen auch für nicht beherrschende GGF anzuwenden sind. Bei der Einrichtung von GGF-Zusagen gegen Entgeltverzicht muss also – unabhängig vom Durchführungsweg – die Erdienbarkeitsfrist eingehalten werden.

#### **Probezeit muss nicht immer eingehalten werden (FG Berlin-Brandenburg Urteil vom 03.12.2013 - 6 K 6326/10)**

Eine seit langem bestehende GmbH wurde aufgrund eines gescheiterten Großprojektes insolvent. Daraufhin gründeten die beiden beherrschenden GGF eine neue GmbH, die den gesamten Geschäftsbetrieb und die Geschäftsführerverträge inklusive der zugehörigen Pensionszusagen übernahm. Das Finanzamt wollte in der neuen GmbH die Pensionsrückstellungen wegen fehlender Probezeit nicht anerkennen.

Das FG Berlin-Brandenburg betrachtete die persönliche und unternehmensbezogene Probezeit dagegen als erfüllt. Da die neu gegründete GmbH lediglich die Geschäfte des insolventen Unternehmens weiterführte, könne sie sowohl die Eignung der Geschäftsführer als auch die Gewinnaussichten der Gesellschaft ausreichend gut beurteilen.