

## Newsletter I. Quartal 2013

### Inhalt

Aktuelles in Kürze.....	1
Regelaltersgrenze ersetzt vertragliche Altersgrenze 65 (Teil 2).....	3
Neues BMF-Schreiben zur Probezeit.....	5
Die rückgedeckte Unterstützungskasse - Probleme beim Wechsel des Durchführungsweges.....	6
Übertragung eines versicherungsförmigen Durchführungsweges.....	7

### Aktuelles in Kürze

#### **Bilanzrechtliche Berücksichtigung von sog. Nur-Pensionszusagen**

(BMF-Schreiben vom 13.12.2012 - IV C 6 - S 2176/07/10007)

Auszüge:

Der Bundesfinanzhof (BFH) hat mit Urteil vom 28. April 2010 (BStBl 2012 II S. xxx) abermals entschieden, dass die Zusage einer sog. Nur-Pension zu einer sog. Überversorgung führt, wenn dieser Verpflichtung keine ernsthaft vereinbarte Entgeltumwandlung zugrunde liegt. In diesen Fällen könne keine Pensionsrückstellung nach § 6a EStG gebildet werden.

Nach Abstimmung mit den obersten Finanzbehörden der Länder ist dieser Grundsatz über den entschiedenen Einzelfall hinaus in allen noch offenen Fällen anzuwenden. Das hiervon abweichende BMF-Schreiben vom 16. Juni 2008 (BStBl I S. 681) wird aufgehoben.

#### **Probezeit vor Zusage einer Pension an den Gesellschafter-Geschäftsführer einer Kapitalgesellschaft**

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

siehe Beitrag „Neues BMF-Schreiben zur Probezeit“

#### **Übertragung von Vorsorgekapital eines Grenzgängers zwischen schweizerischen Versorgungseinrichtungen**

(BFH Beschluss vom 13.11.2012 – VI R 20/10)

Leitsätze:

1. Wird Vorsorgekapital, das zugunsten eines Grenzgängers bei einer Versorgungseinrichtung durch als Arbeitslohn zu qualifizierende Arbeitgeberbeiträge gebildet wurde, von einer Versorgungseinrichtung auf eine andere Versorgungseinrichtung übertragen, ist diese Übertragung nicht erneut als Arbeitslohn anzusehen.

2. Bei einer derartigen Übertragung kann es hinsichtlich möglicher übriger Einkunftstatbestände am Zufluss fehlen.

#### **Umfang der Teilungskosten nach § 13 VersAusglG**

(BGH Beschluss vom 11.07.2012 - XII ZB 459/11)

Leitsätze:

Mit den Teilungskosten gemäß § 13 VersAusglG kann der Versorgungsträger den Aufwand ersetzt verlangen, der ihm durch die Aufnahme des zusätzlichen Versorgungsberechtigten in sein Versorgungssystem entsteht. Erfasst werden daher auch die im Rahmen der Kontenverwaltung erwachsenden Mehrkosten (im Anschluss an die Senatsbeschlüsse vom 4. April 2012 XII ZB 310/11 - FamRZ 2012, 942 Rn. 14 und vom 1. Februar 2012 XII ZB 172/11 - FamRZ 2012, 610 Rn. 40 ff.).

### **BGH zur Unwirksamkeit von Klauseln in Lebens- und Rentenversicherungen**

(BGH Urteil vom 17.10.2012 - IV ZR 202/10)

Zusammenfassung des Verfassers:

Der BGH hat in diesem Urteil die Beklagte verurteilt, es zu unterlassen beim Abschluss von Lebens- und Rentenversicherungen mit Verbrauchern eine Reihe von Klauseln insbesondere zur Höhe des Rückkaufwertes zu verwenden oder sich in bestehenden Verträgen auf diese zu berufen.

### **Verteilung der Abschluss- und Vertriebskosten in zertifizierten Altersvorsorgeverträgen**

(BGH Urteil vom 07.11.2012 - IV ZR 292/10)

Leitsätze:

Eine in zertifizierten Altersvorsorgeverträgen verwendete Klausel, nach der die Abschluss- und Vertriebskosten gleichmäßig auf die ersten fünf Laufzeitjahre verteilt werden, benachteiligt die Anleger nicht unangemessen.

### **Änderungen einer Anpassungsregelung**

(BAG Urteil vom 18.09.2012 – 3 AZR 415/10)

Leitsätze:

1. Eine arbeitsvertragliche Regelung, wonach der Arbeitnehmer Leistungen der betrieblichen Altersversorgung nach einer vom Arbeitgeber geschaffenen Versorgungsordnung in der jeweils geltenden Fassung erhält, ist wirksam. Sie verstößt weder gegen das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB noch gegen § 308 Nr. 4 BGB.

2. Die in § 17 Abs. 3 Satz 1 BetrAVG für die Tarifvertragsparteien eröffnete Möglichkeit, in Tarifverträgen von § 16 BetrAVG abweichende Regelungen zuungunsten der Arbeitnehmer zu vereinbaren, setzt voraus, dass die Tarifvertragsparteien von ihrer Befugnis zur Regelung der betrieblichen Altersversorgung Gebrauch machen. Überlassen sie die Regelung der betrieblichen Altersversorgung den Betriebspartnern, den Partnern einer Dienstvereinbarung oder dem Arbeitgeber, sind sie nicht befugt, ausschließlich eine von § 16 BetrAVG abweichende Bestimmung zuungunsten der Arbeitnehmer zu vereinbaren.

### **Verfall von Versorgungsanwartschaften**

(BAG Urteil vom 09.10.2012 – 3 AZR 477/10)

Aus den Gründen:

Die in § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrAVG aF (Anmerkung des Verfassers: BetrAVG i.d.F. vom 19.12.1974) normierten Fristen für die Unverfallbarkeit von Versorgungsanwartschaften sind mit Unionsrecht vereinbar und verfassungsgemäß.

### **Hinterbliebenenversorgung eingetragener Lebenspartner**

(BAG Urteil vom 10.12.2012 – 3 AZR 684/10)

Pressemitteilung 87/12 des BAG vom 11.12.2012:

Sieht die Dienstordnung einer Berufsgenossenschaft für die Hinterbliebenenversorgung die entsprechende Geltung der Vorschriften über die Versorgung für Beamte des Bundes vor, so hat der hinterbliebene eingetragene Lebenspartner des Dienstordnungsangestellten seit dem 1. Januar 2005 einen Anspruch auf Hinterbliebenenversorgung wie Hinterbliebene verheirateter Dienstordnungsangestellter.

Der Kläger begründete im Jahr 2003 eine eingetragene Lebenspartnerschaft mit Herrn B. Dieser war als Dienstordnungsangestellter bei der Beklagten beschäftigt. Nach §6 der Dienstordnung der Beklagten gelten für die Versorgung die Vorschriften für Beamte des Bundes entsprechend. Im September 2007 verstarb der eingetragene Lebenspartner des Klägers. Mit seiner Klage hat der Kläger zuletzt noch eine Hinterbliebenenversorgung für die Zeit vom 1. Oktober 2007 bis zum 31. Dezember 2008 begehrt.

Die Klage hatte vor dem Dritten Senat des Bundesarbeitsgerichts, wie schon in den Vorinstanzen, Erfolg. Die Beklagte ist verpflichtet, dem Kläger als Hinterbliebenem des verstorbenen Dienstordnungsangestellten für die Zeit vom 1. Oktober 2007 bis zum 31. Dezember 2008 eine Hinterbliebenenversorgung zu gewähren wie einem Hinterbliebenen eines verheirateten Dienstordnungsangestellten. Nachdem der Gesetzgeber die eingetragene Lebenspartnerschaft mit Wirkung vom 1. Januar 2005 weitgehend an das Recht der Ehe angeglichen und ua. Regelungen zur Hinterbliebenenversorgung in der gesetzlichen Rentenversicherung und zum Versorgungsausgleich eingeführt hat, besteht seit dem 1. Januar 2005 ein Anspruch auf Gleichstellung auch in der Hinterbliebenenversorgung von Dienstordnungsangestellten.

## **Regelaltersgrenze ersetzt vertragliche Altersgrenze 65 (Teil 2)**

(BAG-Urteil vom 15.05.2012 – 3 AZR 11/10)

Ernst Ludwig, BAV Ludwig, Staufen

Wie bereits in unserem Newsletter IV/2012 berichtet, hat das Bundesarbeitsgericht (BAG) in seinem Urteil vom 15.05.2012 festgestellt, dass eine feste Altersgrenze von 65 in einer Versorgungsordnung, die vor dem RV-Altersrentenanpassungsgesetz entstanden ist, regelmäßig einen dynamischen Verweis auf die Regelaltersgrenze in der gesetzlichen Rentenversicherung darstellt und damit mit der Anhebung der gesetzlichen Altersgrenze auch eine entsprechende Veränderung der betriebliche Altersgrenze verbunden sei.

### 1. Das Urteil

In der Entscheidung ging es neben der rechtswirksamen Ablösung einer Rentenanwartschaft durch einen Kapitalkontenplan auch um die feste Altersgrenze für die Ermittlung einer unverfallbaren Anwartschaft für eine Mitarbeiterin, die im Jahre 2009 vor Eintritt eines Versorgungsfalles aus dem Unternehmen ausgeschieden war. Das BAG hat im vorliegenden Fall für die Bestimmung der zeitanteilig bis zum Ausscheiden erdienten Anwartschaften auf eine feste Altersgrenze gemäß der Regelaltersgrenze in der gesetzlichen Rentenversicherung von 65 Jahren und 11 Monaten (Geburtsjahrgang 1957) abgestellte.

Zur Begründung wird zum einen auf die Ersetzung der Formulierung "Vollendung des 65. Lebensjahres" durch den Begriff "Regelaltersgrenze in der gesetzlichen Rentenversicherung" in § 2 Abs.1 Satz 1 BetrAVG (Quotierungsvorschrift bei vorzeitigem Ausscheiden) verwiesen. Zum anderen hat das BAG seine Entscheidung auch damit begründet, dass es sich um ein Gesamtversorgungssystem (Anrechnung der gesetzlichen Altersrente auf eine Gesamtversorgung) handele und daher die betriebliche Rente nicht vor der gesetzlichen Rente bezahlt werden könne.

In den Leitsätzen des Urteils wird dann ausgeführt, dass in Pensionszusagen, die vor dem RV-Altersanpassungsgesetz entstanden sind "regelmäßig" auf die jeweilige Altersgrenze in der gesetzlichen Rentenversicherung abzustellen sei. Das BAG hat den Fall nicht abschließend entschieden, sondern Grundsätze aufgestellt und zur Entscheidung an das zuständige Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Ob die aufgestellten Grundsätze nur auf den vorliegenden Einzelfall anzuwenden sind oder ob es

sich wirklich um eine Grundsatzentscheidung handelt, ist u.E. offen.

### 2. Betroffene Versorgungsregelungen

Bei Versorgungsregelungen die nach dem 01.01.2008 entstanden sind und auf die feste Altersgrenze 65 abstellen, kann nicht mehr von einem dynamischen Verweis auf die gesetzliche Regelaltersgrenze ausgegangen werden. Wurde eine aus der Zeit davor stammende Versorgungsregelung nach 2007 entscheidend modifiziert und dabei das Pensionsalter 65 beibehalten, kann dies als Hinweis gesehen werden, dass das Pensionsalter 65 bewusst beibehalten wurde.

Hat die Versorgungsregelung eine von 65 abweichende feste Altersgrenze, wie z.B. 63, kommt die Annahme eines dynamischen Verweises im Normalfall nicht in Betracht.

Das Gleiche muss u.E. für Versorgungszusagen an Personen gelten, die keine gesetzliche Altersrente zu erwarten haben, da hier eine Angleichung an die gesetzliche Rentenversicherung nicht als Begründung dienen kann.

### 3. Veränderungen des Verpflichtungsumfanges

Die Auswirkungen, die eine Umstellung der festen Altersgrenze auf die Regelaltersgrenze haben kann, hängen von der Art der Versorgungsregelung und der Struktur der Versorgungsberechtigten ab. Auf unserer Homepage haben wir unter <http://www.bav-ludwig.de/informationen-zur-bav> an einigen Beispielen die Auswirkungen, die sich bei unterschiedlichen Versorgungsregelungen ergeben können, ausführlich aufgezeigt. Für geschlossene Bestände mit nur noch wenigen aktiven Anwärtern oder mit überwiegend rentennahen Anwärtern, für die nur eine geringe Anhebung des Pensionsalters in Betracht kommt (Geburtsjahrgänge 1947 bis 1963: Regelaltersgrenze 65/1 bis 66/10) sollte u.E. das bisherige vertragliche Pensionsalter beibehalten werden.

Bei einer Änderung sollten jedoch nicht nur die veränderten Rentenanwartschaften, sondern auch die bilanziellen Auswirkungen in Betracht gezogen werden. Dem Vorteil einer Leistungsminderung in ferner Zukunft könnte eine nicht unbeträchtliche, den steuerlichen Gewinn erhöhende, Rückstellungsauflösung zum nächsten Bilanzstichtag gegenüber stehen.

Die gängige Auffassung geht davon aus, dass nicht nur zukünftige Unverfallbarkeitsauskünfte bzw. Rentenbescheide, sondern auch rückwirkend alle Auskünfte und Bescheide, die ab 2008 erstellt

wurden, betroffen sind. Berechnungen für Mitarbeiter, die vor dem 01.01.2008 ausgeschieden sind, können jedoch nicht mehr korrigiert werden (siehe § 2 Abs.5 Satz 1 BetrAVG).

#### 4. Mögliche Probleme bei der Umsetzung

Ob das Urteil des BAG als Grundsatzentscheidung anzusehen ist oder nur als Entscheidung im Einzelfall, kann derzeit nicht abschließend beurteilt werden. Daraus ergeben sich u.E. bei der Umsetzung einer entsprechenden Änderung des Pensionsalters durchaus Risiken, deren sich der Arbeitgeber bewusst sein sollte. Diese Risiken sind umso größer, je weniger die Verhältnisse dem Einzelfall des Urteils entsprechen.

Das Urteil hat lediglich bzgl. der Altersgrenze, die bei der Berechnung unverfallbarer Anwartschaften (m/n-tel Quotierung) anzuwenden ist, entschieden. Natürlich ist davon auszugehen, dass die neue Altersgrenze dann auch bzgl. der sonstigen maßgeblichen Größen für die Ermittlung von Rentenanwartschaften zu gelten hat. Die sich daraus ergebenden Folgefragen hat das Gericht nicht behandelt.

Kann der Arbeitgeber z.B. monatliche Abschläge bei vorzeitigem Bezug in konsequenter Weise nun an dem erhöhten Pensionsalter ausrichten? Für Geburtsjahrgänge ab 1964 würde sich damit die Anzahl der anzurechnenden Abschläge um 24 erhöhen. Kann der Arbeitgeber bei einer Begrenzung der anrechenbaren Dienstzeiten auf die Zeiten bis zur Vollendung des 65. Lebensjahres daran festhalten oder muss diese Grenze ebenfalls angehoben werden? U.E. muss die Grenze für beide o.g. Fragestellungen und mit allen sich daraus ergebenden Folgen angehoben werden. Da zu solchen Folgefragen bisher jedoch keine gerichtliche Entscheidung vorliegt, bleibt eine konsequente Umsetzung mit einer gewissen Rechtsunsicherheit verbunden.

Von nicht unerheblicher Bedeutung ist auch, wie eine Leistungsminderung von der Belegschaft angenommen wird. Beruht die Versorgungsregelung auf einer Betriebsvereinbarung und erfolgt die Änderung in Abstimmung mit dem Betriebsrat als Nachtrag zur Betriebsvereinbarung, dürfte noch am ehesten mit einer Akzeptanz für diese Maßnahme gerechnet werden. Eine einseitig vom Arbeitgeber vorgenommene Änderung könnte dagegen eher zu einer Verschlechterung des Betriebsklimas führen.

#### 5. Praxisempfehlung

Wird die Anhebung der Altersgrenze in Betracht gezogen, sollte zunächst geprüft werden, ob die Versorgungsregelung durch das Urteil betroffen ist

oder ob triftige Gründe gegen die Anwendung des Urteils sprechen könnten. Außerdem sollten vorher die Auswirkungen auf den Umfang der Versorgungsleistungen und auf die Bilanzen möglichst genau ermittelt werden, um abschätzen zu können, ob sich dieser Schritt in Anbetracht der damit verbundenen Risiken überhaupt lohnt.

Unabhängig davon, ob der Arbeitgeber sich entscheidet die Altersgrenze 65 als dynamischen Verweis auf die gesetzliche Regelaltersgrenze einzustufen oder ob die Vollendung des 65. Lebensjahres weiter als feste Altersgrenze gelten soll, sollte diese Entscheidung in einem Nachtrag zur betreffenden Regelung festgehalten und den Mitarbeitern zur Kenntnis gebracht werden.

Es ist zu empfehlen, baldmöglichst eine entsprechende Festlegung zu treffen, da bei einem zu langen Hinauszögern einer Festlegung die weitere Anwendung des schriftlich fixierten Pensionsalters (65) als konkludentes Handeln ausgelegt bzw. als betriebliche Übung eingestuft werden kann. Auch bei einem Festhalten an der bisherigen Altersgrenze sollte dies aus Gründen der Rechtssicherheit zeitnah dokumentiert werden.

### Neues BMF-Schreiben zur Probezeit

(BMF-Schreiben von 14.12.2012 - IV C 2 – S 2742/10/10001)

Claudius Ludwig, BAV Ludwig, Staufen

Das Bundesfinanzministerium hat seine Ansicht zu einer angemessenen Probezeit eines Gesellschafter-Geschäftsführers für die Erteilung einer Pensionszusage mit dem BMF-Schreiben von 14.12.2012 neu gefasst und somit das BMF-Schreiben vom 14.05.1999 (IV C 6 – S 2742 – 9/99) zum selbigen Thema für Pensionszusagen die nach dem 29.07.2010 erteilt wurden, abgelöst.

Die Finanzverwaltung sieht unverändert einen Zeitraum von zwei bis drei Jahren zwischen Dienstbeginn und Erteilung einer Pensionszusage als grundsätzlich ausreichend für die Erfüllung der Probezeit an. Auch der Zeitraum für die Abschätzung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der zusagenden Kapitalgesellschaft wird von der Finanzverwaltung weiterhin mit wenigstens fünf Jahren veranschlagt.

Zusätzlich zu den bereits bestehenden Grundsätzen findet die BFH-Rechtssprechung zur Dauer der Probezeit bei einem Management-Buy-Out (BFH-Urteil vom 24.04.2002 – I R 18/10) Eingang in die Neufassung des BMF-Schreibens, so dass in diesem Fall ein Zeitraum von rund einem Jahr als Probezeit



für den Gesellschafter-Geschäftsführer wie auch für die Abschätzung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der zusagenden Kapitalgesellschaft ausreichen kann.

Eine weitere Änderung des neuen BMF-Schreibens ist die Einstufung einer in der Probezeit erteilten Pensionszusage als dauerhaft durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst, was der Auffassung des BFH im Urteil vom 28.04.2010 – I R 78/08 entspricht. Somit sind die Zuführungen zu der zu passivierenden Pensionsrückstellung dauerhaft als verdeckte Gewinnausschüttung zu behandeln. Ein „Hineinwachsen“ in die steuerliche anzuerkennende Pensionszusage nach Ablauf der Probezeit entsprechend dem BMF-Schreiben vom 14.05.1999 ist nicht mehr möglich. Die Möglichkeit einer Aufhebung der ursprünglichen und der Erteilung einer neuen Pensionszusage nach Ablauf der Probezeit zur Vermeidung einer verdeckten Gewinnausschüttung sind weiterhin gegeben. Allerdings ist zu beachten, dass eine Änderung der Zusage die Veranlassung durch das Gesellschaftsverhältnis nicht behebt.

Weiter ist festzustellen, dass die im BMF-Schreiben vom 14.05.1999 noch vorliegende Einschränkung auf die beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführer in der Neufassung nicht mehr vorgenommen wird sondern allgemein für „Zusagen an Gesellschafter-Geschäftsführer“ formuliert ist.

Die Aufnahme der Entscheidung des BFH zu dem konkreten Fall eines sogenannten Management-Buy-Out übernimmt lediglich die aktuelle BFH Rechtsprechung. Somit sind dieser Einzelfall wie auch die bereits im vorangegangenen BMF Schreiben vom 14.05.1999 genannte Änderung des Rechtskleides eines Unternehmens als Kriterien für eine mögliche Reduzierung der Probezeiterfordernis genannt.

Die Einstufung einer in der Probezeit erteilten Pensionszusage als dauerhaft durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst ist meines Erachtens nach die wichtigste, durch das BMF-Schreiben erfolgte Änderung. Die damit verbundene Konsequenz einer dauerhaften verdeckten Gewinnausschüttung durch die jährliche Zuführung zur Pensionsrückstellung führen zu einem deutlich höheren wirtschaftlichen Nachteil. Somit gewinnt die Prüfung einer ausreichenden Probezeit für Neuzusagen an Gesellschafter-Geschäftsführer deutlich an Gewicht. Im Zweifelsfall sollte eine verbindliche Auskunft bei der Finanzverwaltung eingeholt werden. Im Falle einer in der Probezeit erteilten Pensionszusage bleibt die Möglichkeit mit einer Aufhebung und Neuerteilung, eine verdeckte Gewinnausschüttung für die Zukunft zu vermeiden. Es ist allerdings zu beachten, dass eine Neuerteilung einer Pensionszusage aus verschiedenen Gründen nicht mehr möglich sein kann, so zum Beispiel für beherrschende

Gesellschafter-Geschäftsführer in den letzten zehn Jahren vor Erreichen des vertraglichen Pensionsalters.

Die Erweiterung des Personenkreises auf „Gesellschafter-Geschäftsführer“ ist meiner Ansicht nach interpretationsbedürftig, denn der Begriff „Gesellschafter-Geschäftsführer“ könnte alle am Unternehmen beteiligte Gesellschafter oder nur wesentlich (über zehn Prozent) am Unternehmen beteiligte Geschäftsführer umfassen. Jedenfalls scheint die Finanzverwaltung die Trennung zwischen beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführern und nicht beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführern für die Einhaltung einer ausreichenden Probezeit vor Erteilung einer Pensionszusage nicht mehr vornehmen zu wollen.

### **Die rückgedeckte Unterstützungskasse- Probleme beim Wechsel des Durchführungsweges**

Ernst Ludwig, BAV Ludwig, Staufen

Der Durchführungsweg rückgedeckte Unterstützungskasse (rUK)

Der Arbeitgeber (AG) erteilt seinem Arbeitnehmer (AN) eine betriebliche Versorgungszusage und bedient sich zur Erfüllung des Leistungsversprechens einer Unterstützungskasse (UK) als Versorgungsträger. Die UK finanziert die Zusage über eine Rückdeckungsversicherung. Die Versicherungsbeiträge führt der AG als UK-Dotierungen an die UK ab und kann sie als Betriebsausgaben im Rahmen von § 4d EStG geltend machen. Die Versorgungszusage und die Versicherungsleistungen sind i.d.R. kongruent, d.h. als Versorgungsleistungen sind genau die Versicherungsleistungen zugesagt.

Im Gegensatz zu den Beiträgen an einen Pensionsfonds, eine Pensionskasse oder für eine Direktversicherung im Rahmen des § 3 Nr.63 EStG sind die Beiträge unbeschränkt Lohnsteuer frei. Dies ist ein nicht unerheblicher Vorteil gegenüber diesen Durchführungswegen, welcher gerade bei Versorgungszusagen mit hohem Beitrags-/ Leistungsniveau für leitende Angestellte bzw. Geschäftsführer von Bedeutung ist. Allerdings sind Beiträge an den PSVaG zur Insolvenzversicherung und zusätzliche Gebühren für die UK-Verwaltung zu entrichten.

Die Versorgungszusagen werden überwiegend über Gruppen-UKn (mehrere Arbeitgeber/Trägerunternehmen sind zusammen in einer UK) erteilt, die von Versicherungsunternehmen betrieben werden. Jedoch sind auch einige nicht versicherungsgebundene Gruppen-UKn am Markt.

UKn sind als soziale Einrichtungen von der Körperschaftsteuer befreit, müssen jedoch andererseits eine Reihe von Vorschriften des KStG und der KStDV beachten. Außerdem gibt der § 4d EStG den Rahmen für den Betriebsausgabenabzug vor.

#### Wechsel des Durchführungsweges

Die von Versicherungen getragenen Gruppen-UKn verfolgen natürlich den Zweck den Verkauf der Rückdeckungsprodukte der betreffenden Gesellschaft zu fördern. Die erforderliche Beratung zu Problemen, die wegen der Komplexität des Durchführungsweges UK auftreten können, kommt daher u.E. bei diesen Einrichtungen regelmäßig zu kurz. Daher häufen sich bei uns in letzter Zeit Beratungsfälle in diesem Bereich. Zum Beispiel müssen die Firmen wegen wirtschaftlich schlechter Lage die Beitragszahlungen einstellen und möchten die Liquidität, die als Beiträge abgeflossen ist, soweit wie möglich wieder in das Unternehmen zurückführen. In den meisten Fällen handelt es sich um Zusagen an die Gesellschafter-Geschäftsführer des Unternehmens.

Eine an sich einfache Möglichkeit besteht darin, den Durchführungsweg von der mittelbaren zur unmittelbaren Versorgungszusage zu wechseln, d. h. das Unternehmen übernimmt mit Zustimmung des Anwärters die Erfüllung der Versorgungsverpflichtungen direkt (daher auch Direktzusage genannt). Da die UK nun keinerlei Verpflichtungen mehr zu erfüllen hat, besteht von Seiten des Trägerunternehmens ein Anspruch auf Herausgabe des Segments des Kassenvermögens, das auf das Trägerunternehmen entfällt (§ 812 Abs. 1 S. 2 BGB vgl. hierzu BFH v. 4.12.1991 – IR 68/89), d.h. die Versicherung ist herauszugeben. Dies erfolgt am einfachsten durch Übertragung der Versicherungseigenschaft von der UK auf das Unternehmen.

Von manchen UKn wird eine solche Übertragung einfach abgelehnt. Beim Abschluss der Versicherung wurde darauf natürlich nicht hingewiesen, obwohl der Wechsel des Durchführungsweges in der betrieblichen Altersversorgung ein unbestritten zulässiger und auch üblicher Vorgang ist.

Erstaunlicherweise stellte der Vorgang für manche UKn keinerlei Problem dar. Die Versicherungseigenschaft wird auf die Firma übertragen, die dann bei Bedarf die Versicherung verwerten kann. Hauptsächlich versicherungsgebundene UKn lehnen aus den unterschiedlichsten Gründen eine Übertragung ab. Zumeist beruft sich die UK auf ihre Satzung. Dort ist entsprechend den Regelungen des KStG festgelegt, dass Kassenvermögen nur dann auf das Trägerunternehmen zurück übertragen werden

darf, wenn das tatsächliche Kassenvermögen 125% des zulässigen Kassenvermögens übersteigt.

Für die Erfüllung dieser Bedingung ist es entscheidend, ob die Gruppen-UK als Ganzes oder nur das Kassensegment des jeweiligen Trägerunternehmens betrachtet wird. Grundsätzlich wird zwar im Körperschaftsteuerrecht eine UK als Einheit gesehen, jedoch ergibt sich u.E. aus dem Wortlaut von § 5 Abs.1 Nr.3 Buchst. e KStG hier eindeutig eine Ausnahme, da auf das zulässige und das tatsächliche Kassenvermögen nach § 4d EStG Bezug genommen wird und nach § 4d das Kassenvermögen segmentiert gesehen wird. Das zulässige und das tatsächliche Kassenvermögen gemäß § 4d ist bei Gruppen-UKn nach Abschnitt 4d Abs. 14 EStR immer segmentiert zu sehen. Damit kommt auch in dieser Frage nur eine segmentierte Sicht in Betracht.

Selbst wenn von einer Gesamtsicht der UK auszugehen wäre, bleibt der Herausgabeanspruch der Firma, den die UK zu erfüllen hat, bestehen. Es ist daher die Pflicht der UK einen Weg für eine Rückübertragung zu suchen. Eine Möglichkeit besteht z.B. in der Übertragung auf eine UK, die vorher keine anderen Versorgungsverpflichtungen trägt und nach der Übertragung nur die Firma als Trägerunternehmen hat (vorher leere UK) und somit die Voraussetzungen des § 4 Abs.1 Nr.3 Buchst. e KStG bei Übernahme der Versorgungszusage durch das Unternehmen auch bei Gesamtsicht der UK erfüllt.

#### Praxisempfehlung:

Vor dem Beitritt zu einer UK als Trägerunternehmen sollte die Satzung der UK im Hinblick auf das oben beschriebene Problem geprüft werden. Im Zweifel sollte eine Bestätigung der UK angefordert werden, dass ein Wechsel des Durchführungsweges von der UK zu einer Direktzusage vollzogen werden kann. Will die UK diese Bestätigung nicht abgeben, ist davon auszugehen, dass nur nach erheblichem Druck auf die UK (eventuell Beschreitung des Rechtsweges) oder nach Übertragung auf eine leere UK die Firma wieder über die einbezahlten Mittel verfügen kann. Der Beitritt zu einer solchen UK kann u.E. nicht empfohlen werden, da das Trägerunternehmen langfristig ein erhebliches Interesse haben dürfte, im Bedarfsfall möglichst uneingeschränkt über das Kassenvermögen verfügen zu können.

Für Firmen, die bereits Trägerunternehmen einer rUK sind und wieder über die einbezahlten Mittel verfügen wollen, empfiehlt sich eine Anfrage an die UK, ob bei einem Wechsel des Durchführungsweges im obigen Sinne die Versicherung auf die Firma übertragen werden kann. Lehnt die UK dies ab, kann entweder der Rechtsweg beschritten oder zunächst

angedroht werden. Soll eine unter Umständen langwierige gerichtliche Auseinandersetzung vermieden werden, bleibt die Übertragung auf eine andere UK, die zur Herausgabe bereit ist, oder auf eine leere UK.

Trägerunternehmen von rUK sollten sich, auch wenn noch kein wirtschaftlicher Bedarf vorliegt, überlegen, ob weiter Mittel abfließen sollen, auf die nicht oder nur erschwert zugegriffen werden kann. Eine Beitragsfreistellung mit ggf. einem Wechsel des Durchführungsweges für die Zukunft, kann Abhilfe schaffen.

## **Übertragung eines versicherungsförmigen Durchführungsweges**

Christoph Ludwig, BAV Ludwig, Staufen

Bei einem Arbeitgeberwechsel wird in vielen Fällen eine Übertragung der unverfallbaren Anwartschaften der betrieblichen Altersversorgung vorgenommen. Liegt ein versicherungsförmiger Durchführungsweg vor, so wird in der Regel die bestehende Versicherung fortgeführt oder der Übertragungswert auf einen versicherungsförmigen Versorgungsträger des neuen Arbeitgebers übertragen. Dabei wird oft nicht zwischen den unterschiedlichen Möglichkeiten zur Übertragung nach § 4 BetrAVG unterschieden.

Anspruch des Arbeitnehmers auf Übertragung (§ 4 Abs. 3 BetrAVG)

Nach § 4 Abs. 3 BetrAVG steht dem Arbeitnehmer, unter gewissen Voraussetzungen, ein Recht auf Übertragung zu. Der Arbeitnehmer kann innerhalb eines Jahres nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses von seinem ehemaligen Arbeitgeber verlangen, dass der Übertragungswert auf den neuen Arbeitgeber übertragen wird, wenn die betriebliche Altersversorgung über einen Pensionsfonds, eine Pensionskasse oder eine Direktversicherung durchgeführt worden ist und der Übertragungswert die Beitragsbemessungsgrenze in der allgemeinen Rentenversicherung nicht übersteigt. Der neue Arbeitgeber ist verpflichtet, eine dem Übertragungswert wertgleiche Zusage zu erteilen und diese über einen Pensionsfonds, eine Pensionskasse oder eine Direktversicherung durchzuführen.

Übernahme des Leistungsinhalts der Versorgungszusage (§ 4 BetrAVG Abs. 2 Nr. 1)

Im Einvernehmen des ehemaligen mit dem neuen Arbeitgeber sowie dem Arbeitnehmer kann die Zusage vom neuen Arbeitgeber nach Beendigung des

Arbeitsverhältnisses übernommen werden. Der neue Arbeitgeber tritt an die Stelle des Vor-Arbeitgebers und übernimmt die bestehende Zusage mit allen Rechten und Pflichten. Dabei ist eine Übertragung auf alle fünf Durchführungswege möglich.

Übertragung unter Erteilung einer wertgleichen Zusage (§ 4 BetrAVG Abs. 2 Nr. 2)

Im Einvernehmen des ehemaligen mit dem neuen Arbeitgeber sowie dem Arbeitnehmer kann der Wert der vom Arbeitnehmer erworbenen unverfallbaren Anwartschaft auf betriebliche Altersversorgung (Übertragungswert) auf den neuen Arbeitgeber übertragen werden, wenn dieser eine wertgleiche Zusage erteilt. Der Arbeitgeber kann dabei den Leistungsinhalt verändern muss allerdings die Wertgleichheit garantieren. Dabei ist eine Übertragung auf alle fünf Durchführungswege möglich.

Weiterführung der Versicherung durch den neuen Arbeitgeber

Führt der neue Arbeitgeber die bestehende Versicherung des Arbeitnehmers fort, so kann dies insofern zu Rechtsunsicherheit führen, als eine Übernahme der Zusage nach § 4 BetrAVG Abs. 2 Nr. 1 unterstellt werden könnte und nicht nur eine Übertragung nach Abs. 2 Nr. 2. Dies kann für den neuen Arbeitgeber mit erheblichen Risiken verbunden sein, da er sämtliche möglicherweise vorhandenen Mängel und Besonderheiten der Zusage mit übernimmt. Hätte z.B. der Vor-Arbeitgeber einen Zuschuss zur Entgeltumwandlung zugesagt, würde diese Verpflichtung auf den neuen Arbeitgeber übergehen. Daher sollte bei einer Fortführung der Versicherung klargestellt werden, ob es sich um eine Übernahme einer bestehenden Zusage oder um eine Übertragung mit Erteilung einer neuen wertgleichen Zusage handelt.

Übertragung des Deckungskapitals

Für den Arbeitgeber ist die Deckungskapitalübertragung nach § 4 BetrAVG Abs. 3 oder Abs. 2 Nr. 2 die sicherere und kostengünstigere Lösung. Dabei kann der Übertragungswert aufgrund einer wertgleichen Zusage in ein bestehendes Versorgungssystem eingebunden werden, wodurch sich der Verwaltungsaufwand des Arbeitgebers nicht erhöht. Da er die Zusage selbst gestaltet, reduziert sich das rechtliche Risiko des Arbeitgebers. Was zum Vorteil des Arbeitgebers ist, kann oft zum Nachteil des Arbeitnehmers sein. So kann ein neuer Versicherungsvertrag beispielsweise mit einem

niedrigeren Garantiezins zugesagt oder der Wechsel von einem Bisex-Tarif in einen Unisex-Tarif zu deutlich schlechteren Leistungen führen.

#### Praxisempfehlung

Falls der Arbeitgeber eine Übernahme der Zusage nach § 4 Abs. 2 Nr. 1 in Erwägung zieht, sollte er die bestehende Zusage überprüfen und die möglichen Folgen analysieren lassen. Aufgrund dieser Analyse

kann der Arbeitgeber entscheiden, ob die mit einer Übernahme der Zusage verbundenen Risiken vertretbar sind. Wenn aufgrund der bestehenden Risiken die Zusage nicht übernommen wird, sollte der Arbeitgeber schriftlich festhalten, dass es sich um eine Übertragung nach § 4 Abs. 3 oder Abs. 2 Nr. 2 BetrAVG handelt. Bei einem Neuabschluss einer Versicherung sollten unterschiedliche Angebote eingeholt werden um den Arbeitnehmer bei eventuell niedrigeren Leistungen nicht noch schlechter zu stellen.

Weitere Informationen über die betriebliche Altersversorgung und über uns finden Sie unter [www.bav-ludwig.de](http://www.bav-ludwig.de).