

## Newsletter I. Quartal 2021

Liebe Leserinnen und Leser,

Freiburg, den 13.04.2021

wir freuen uns, Ihnen die aktuelle Ausgabe unseres Newsletters zur Verfügung stellen zu können, in der wir Sie hinsichtlich der krisenbedingten Reduzierung von unmittelbaren Versorgungszusagen bei Gesellschafter-Geschäftsführern informieren möchten. Zusätzlich enthält unser Newsletter eine Auswahl aus den aktuellen Gesetzesänderungen, Verwaltungsanweisungen und Entscheidungen zur betrieblichen Altersversorgung, welche unter „Aktuelles in Kürze“ aufgeführt ist.

Mit freundlichen Grüßen

Ihre BAV Ludwig

### **Thema: Krisenbedingte Reduzierung von unmittelbaren Versorgungszusagen beim Gesellschafter-Geschäftsführer**

Die Corona-Krise belastet viele Unternehmen schwer. Liegt zusätzlich noch eine unmittelbare Versorgungszusage des Gesellschafter-Geschäftsführers (GGF) vor, ist das Bilanzbild durch den mit dem Absinken des handelsbilanziellen Rechnungszinssatzes verbundenen Anstieg der Pensionsrückstellungen oftmals in Schieflage geraten. Daher bietet sich die Herabsetzung der unmittelbaren Versorgungszusage des GGF's als Krisenmaßnahme an.

#### **Gesellschaftsrechtlicher veranlasster Verzicht**

Im BMF-Schreiben vom 14.08.2012 - IV C 2 - S 2743/10/10001 :001 wird ausgeführt, dass ein aus dem Gesellschaftsverhältnis veranlasster Verzicht eines GGF auf den future service seiner unmittelbare Versorgungszusage als verdeckte Einlage in Höhe von 0 € zu behandeln ist. Ein weitergehender aus dem Gesellschaftsverhältnis veranlasster werthaltiger Verzicht auf den teilweisen oder vollständigen past service führt zu einer verdeckten Einlage. Die Höhe der verdeckten Einlage ist dabei nicht nach dem Teilwert

nach § 6a EStG sondern unter Beachtung des allgemeinen Teilwertes, im Zweifel nach den Wiederbeschaffungskosten, zu ermitteln. Demnach kommt es darauf an, welchen Betrag der Versorgungsberechtigte zu dem Zeitpunkt des Verzichtes hätte aufwenden müssen, um eine gleich hohe Pensionsanwartschaft gegen einen vergleichbaren Schuldner zu erwerben. Dies führt in der Praxis dazu, dass der GGF durch den Verzicht mit Steuerzahlungen belastet würde, ohne dass ihm finanzielle Mittel zugeflossen wären. Zusätzlich ist die Höhe der verdeckten Einlage und damit des steuerlichen Zuflusses unklar und die Bestimmung auslegungsbedürftig.

Dies ergibt sich allerdings nur, sofern der Verzicht auf die unmittelbare Versorgungszusage werthaltig war. Nach dem BFH-Urteil vom 06.08.2019 – VIII R 18/16 bzw. der Entscheidung des Großen Senats (vgl. BFHE 183, 187, BStBl II 1998, 307) führt der Verzicht nur insofern zu einer Einlage, soweit der Gesellschafter auf den werthaltigen Teil der Forderung verzichtet. „Daraus schließt der Senat, dass der Verzicht auf eine Teilforderung erst dann zu einer Einlage führt, wenn der Verzichtsbeitrag den Nennwert des nicht werthaltigen Teils der Forderung übersteigt.“ Es verbleibt die Fragestellung, wann und wie eine unmittelbare Versorgungszusage werthaltig ist.

## **Betrieblich veranlasster Verzicht**

Das vorgenannte BMF-Schreiben bezieht sich dabei nur auf einen gesellschaftsrechtlich veranlassten Verzicht. In der Verfügung vom 15.02.2007 – S 2742-26 St31N des Bayerischen Landesamts für Steuern wird ausgeführt, dass ein Verzicht eines Gesellschafter-Geschäftsführers regelmäßig als im Gesellschaftsverhältnis veranlasst anzusehen ist. Von einem betrieblich veranlassten Verzicht ist dagegen auszugehen, wenn die Pensionszusage im Verzichtszeitpunkt nach der Rechtsprechung des BFH nicht finanzierbar ist (Alt. 1). Ein Verzicht der zur Abwendung einer drohenden insolvenzrechtlichen Überschuldung im Zusammenhang mit weiteren die Überschuldung vermeidenden Maßnahmen ausgesprochen wird, ist entsprechend den allgemeinen Grundsätzen nur dann betrieblich veranlasst, wenn sich auch ein Fremdgeschäftsführer zu einem Verzicht bereit erklärt hätte (Alt. 2).

Eine Versorgungszusage ist nach dem BFH-Urteil vom 07.11.2001 – I R 79/00 nicht finanzierbar (Alt. 1), wenn die Passivierung des Barwerts der Pensionsverpflichtung zu einer Überschuldung der Gesellschaft im insolvenzrechtlichen Sinne führen würde.

Dabei ist zu beachten, dass sowohl die Verfügung des Bayerischen Landesamts für Steuern als auch die BFH Rechtsprechung auf dem „alten“ einstufigen insolvenzrechtlichen Überschuldungsbegriff aufbauen. Der im Jahr 2008 eingeführte zweistufige Überschuldungsbegriff baut dagegen, sowohl auf einer bilanziellen Überschuldung im Sinne der Überschuldungsbilanz als auch auf dem nicht vorliegen einer positiven Fortbestehensprognose auf. Danach besteht eine insolvenzrechtliche Überschuldung somit nur, wenn beide Voraussetzungen erfüllt sind. Nach h.M. wird die Fortbestehensprognose als erweiterte Zahlungsunfähigkeitsprognose angesehen. Der lange umstrittene Prognosezeitraum nach § 19 InsO wurde mit dem Sanierungs- und Insolvenzsrechtsfortentwicklungsgesetz auf 12 Monate festgelegt. Auf die im Prognosezeitraum betrachteten Zahlungsströme würde sich daher eine noch nicht fällige Pensionsverpflichtung nicht auswirken.

Es stellt sich somit die Frage, ob die Verfügung des Bayerischen Landesamts für Steuern überhaupt noch anzuwenden ist und wie die BFH-Rechtsprechung zu interpretieren ist.

Weiter ist festzustellen, dass das BFH-Urteil vom 07.11.2001 – I R 79/00 auf den Anwartschaftsbarwert nach § 6a Abs. 3 S. 2 Nr. 2 EStG verweist. Ob dies dahingehend zu interpretieren ist, dass nach in Kraft treten des BilMoG der handelsrechtliche Barwert ein-zubeziehen ist, ist unklar.

Ein Verzicht nach Alt. 2 setzt voraus, dass neben dem Vorliegen einer drohenden Überschuldung weitere die Überschuldung vermeidende Maßnahmen ergriffen wurden. Wurden solche Maßnahmen ergriffen, ist weiterhin nur dann von einer betrieblichen Veranlassung auszugehen, wenn sich ein Fremdgeschäftsführer zu einem Verzicht bereit erklärt hätte.

Einem solchen Fremdvergleich wird nur selten zu bejahen sein. Besteht ein Dienstverhältnis mit der Gesellschaft, wird idR keine Rentenzahlung erfolgen und daher in einem Verzicht schwerlich eine die Überschuldung vermeidende Maßnahme zu sehen sein, da dies sich nicht unbedingt auf die Fortbestehensprognose auswirkt. Auch stellt sich grundsätzlich die Frage, ob ein Fremdgeschäftsführer auf den bereits erdienten Anteil seiner Versorgungszusage verzichten würde. Beim Vorliegen eines im Rang nachstehenden Gesellschafterdarlehen würde ein Fremdgeschäftsführer sicherlich einen Verzicht des Gesellschafter auf dieses Darlehen vor einem Verzicht auf seine Pensionszusage verlangen.

Auch würde ein Fremdgeschäftsführer sicherlich ein Verzicht der Gesellschafter auf im Rang nachstehenden Gesellschafterdarlehen verlangen.

U.E. erscheint nach Auffassung der Finanzverwaltung ein betrieblich veranlasster Verzicht nur in Frage zu kommen, sofern eine insolvenzrechtliche Überschuldung und mithin eine negative Fortbestehensprognose nachgewiesen werden kann (Alt. 1). Die nach Alt. 2 bestehende Möglichkeit muss in der Praxis, aufgrund des zweistufigen insolvenzrechtlichen Überschuldungsbegriffs und des Fremdvergleichs, doch als eher hypothetisch angesehen werden. Weiter ist allerdings zu beachten, dass bei der Alt. 1 sich die Frage stellt, warum der Geschäftsführer nicht bereits einen Insolvenzantrag gestellt hat. Ein Verzicht nach Alt. 1 bei einer insolvenzrechtlichen Überschuldung erscheint u.E. auch nur dann zulässig, sofern dies dazu führt, dass die insolvenzrechtliche Überschuldung entfällt.

Insgesamt ist festzustellen, dass eine betriebliche Veranlassung eines Verzichts von der Finanzverwaltung nur in Ausnahmefällen akzeptiert werden wird. In vielen Fällen wird dies zu einer gesellschaftsrechtlichen Veranlassung des Verzichts, mit einer sich daran anschließenden Überprüfung der Werthaltigkeit, und der bereits angesprochenen Unklarheit für den GGF führen.

U.E. erscheint es wenig sachgerecht, wenn der Verzicht auf die Versorgungszusage des GGF's isoliert betrachtet wird, ohne weitere mögliche Maßnahmen in Betracht zu ziehen. Viel eher ist darauf abzustellen, was ein Fremdgeschäftsführer gefordert hätte. Hierbei erscheint ein Ansatz, welcher sich an dem Rang der insolvenzrechtlichen Forderung orientiert, sofern keine sich aus dem Einzelfall ergebenden betrieblichen Gründe vorliegen, als sachgerechte Lösung. Es erscheint wenig sachgerecht, dass fremde Dritte Gläubiger nicht auf ihre Forderungen verzichten, während der GGF auf seine Versorgungszusage verzichtet. Etwas anderes kann sich ergeben, wenn die Versorgungszusage bereits aus dem Gesellschaftsverhältnis veranlasst ist.

Eine Orientierung an der insolvenzrechtlichen Stellung der Forderung erscheint auch für die Prüfung der Werthaltigkeit bei einem aus dem Gesellschaftsverhältnis veranlassten Verzicht als sachgerechte Lösung.

### **Aktuelles in Kürze**

#### **Doppeltreuhand - Insolvenz - Rentenanpassungsbedarf**

(BAG-Urteil vom 22.09.2020 – 3 AZR 303/18)

Leitsatz:

Eine Doppeltreuhand kann nicht nur der Sicherung und Erfüllung, sondern auch der Begründung und ergänzenden Insolvenzsicherung der gesetzlich nicht insolvenzgeschützten Ansprüche auf betriebliche Altersversorgung dienen. Der Pensions-Sicherungs-Verein wird dadurch keinen weitergehenden Ansprüchen ausgesetzt. Ihm werden auch keine Sicherheiten rechtswidrig entzogen.

#### **Wegfall der Geschäftsgrundlage - Rückstellungen**

(BAG-Urteil vom 08.12.2020 – 3 AZR 65/19)

Leitsatz:

Handelsbilanzielle Rückstellungen beeinflussen als Instrument der Innenfinanzierung den bilanziellen Gewinn bzw. Verlust mit entsprechend negativen Folgen für das Geschäftsjahr. Das führt aber nicht zum Wegfall der Geschäftsgrundlage und berechtigt den Arbeitgeber nicht zu einem Eingriff in laufende Betriebsrenten oder in eine Anpassungsregelung einer Versorgungszusage.

Aufgrund der unklaren Rechtslage und der uneinheitlichen Handhabung der Finanzverwaltung bestehen in solchen Fällen erhebliche Risiken bei der krisenbedingten Reduzierung von unmittelbaren Versorgungszusagen eines GGF's. Ein frühzeitiger Antrag auf verbindliche Auskunft ist in jedem Fall zu empfehlen.

Es wäre wünschenswert, wenn es zu diesem Themengebiet zu einer einheitlichen Handhabung durch die Finanzverwaltung kommt. Leider ist hiervon nicht auszugehen.

#### **Zur Passivierung von Verbindlichkeiten bei Rangrücktritt**

(BFH-Urteil vom 19.08.2020 – XI R 32/18)

Leitsatz:

Eine Rangrücktrittserklärung, die die Erfüllung der Verpflichtung nicht nur aus zukünftigen Gewinnen und Einnahmen, sondern auch aus "sonstigem freien Vermögen" vorsieht, löst selbst dann weder handels- noch steuerbilanziell ein Passivierungsverbot aus, wenn der Schuldner aufgrund einer fehlenden operativen Geschäftstätigkeit aus der Sicht des Bilanzstichtages nicht in der Lage ist, freies Vermögen zu schaffen, und eine tatsächliche Belastung des Schuldnervermögens voraussichtlich nicht eintreten wird.

#### **Fremdübliche Verteilung der Vertragschancen und -risiken bei einer Wertguthabenvereinbarung unter Ehegatten**

(BFH-Urteil vom 28.10.2020 – X R 1/19)

Leitsätze:

1. Schließen Ehegatten im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses zusätzlich eine Wertguthabenvereinbarung i.S. des SGB IV ab, muss für diese --gesondert-- ein Fremdvergleich erfolgen.

2. Im Rahmen der Gesamtwürdigung ist wesentliches Indiz, ob die Vertragschancen und -risiken fremdüblich verteilt sind. Eine einseitige Verteilung zu Lasten des Arbeitgeber-Ehegatten ist regelmäßig anzunehmen, wenn der Arbeitnehmer-Ehegatte unbegrenzt Wertguthaben ansparen sowie Dauer, Zeitpunkt und Häufigkeit der Freistellungsphasen nahezu beliebig wählen kann.

**Ausgleich gepfändeter und zur Einziehung überwiesener Versorgungsrechte im Versorgungsausgleich**

(BGH-Urteil vom 16.12.2020 – XII ZR 28/20)

Leitsätze:

1. Gepfändete und zur Einziehung überwiesene Versorgungsrechte können im Versorgungsausgleich durch interne Teilung ausgeglichen werden (Fortführung von Senatsbeschluss vom 7. August 2013 XII ZB 673/12 FamRZ 2013, 1715).

2. Die Übertragung des Anrechts erfolgt regelmäßig mit den sich aus dem Pfändungs- und Überweisungsbeschluss ergebenden Beschränkungen; eine dies-bezügliche Maßgabenanordnung des Familiengerichts hat deklaratorische Bedeutung.

**IMPRESSUM**

Herausgeber:

BAV Ludwig GmbH  
Sasbacher Straße 6  
79111 Freiburg

Tel.: 0761 / 477455 - 0  
Fax.: 0761 / 477455 - 20

E-Mail: [info@bav-ludwig.de](mailto:info@bav-ludwig.de)  
Internet: [www.bav-ludwig.de](http://www.bav-ludwig.de)

Der Inhalt dieses Newsletters dient nur der allgemeinen Information und kann natürlich kein Beratungsgespräch ersetzen. Er stellt keine steuerliche, juristische oder Beratung anderer Art dar und soll auch nicht als solche verwendet werden. Wir übernehmen insbesondere keine Haftung für Handlungen, die auf Grundlage dieser Angaben unternommen werden.