

**QUARTALSLETTER****I/2015****In dieser Ausgabe:**

Betriebsrentenanpassung – Rentnergesellschaft – Betriebsübergang – BAG-Urteil vom 17.06.2014 (3 AZR 298/13)	Seite 2
Betriebsrentenanpassung – wirtschaftliche Lage des Versorgungsschuldners – Pension Trust – BAG-Urteil vom 02.09.2014 (3 AZR 854/12)	Seite 4
Pensionszusage als vGA aufgrund vorzeitigen Ausscheidens des GGF vor Ablauf der Erdienbarkeitsfrist – BFH-Urteil vom 25.06.2014 (I R 76/13)	Seite 5
Erdienenszeitraum bei Beratervertrag nach Einbringung eines Einzelunternehmens – Urteil des FG Köln vom 14.11.2013 (10 K 3244/10)	Seite 5
Im Einzelfall keine Probezeit erforderlich – FG Berlin-Brandenburg vom 03.12.2013 (6 K 6326/10)	Seite 6
Schriftform- und Eindeutigkeitserfordernis bei Pensionszusagen Urteil des FG Düsseldorf vom 12.11.2013 (6 K 4199/11 K, F)	Seite 7
Erdienbarkeit auch bei Entgeltumwandlung nötig – Verfügung der OFD Niedersachsen vom 15.08.2014 (S 2742-259-St 241)	Seite 7
Tarifautonomiestärkungsgesetz: Mindestlohn und bAV	Seite 8
Neu bei SLPM: automatische jährliche Wartung von Pensionszusagen	Seite 9
Eine Versorgungsordnung schafft Rechtssicherheit für alle Beteiligten	Seite 9

PENSIONSMANAGEMENT

**EDITORIAL**

IE GUTACHTEN VERSICHER

Liebe Leserinnen und Leser,

wir freuen uns, Ihnen die erste Ausgabe des Quartalsletters im neuen Jahr zur Verfügung stellen zu können, in der wir Sie wie üblich über aktuelle Entwicklungen und Trends auf dem Gebiet der betrieblichen Altersversorgung informieren. Zu Beginn des neuen Jahres steht die bAV vor besonderen Herausforderungen: genannt seien insbesondere das Absinken des Garantiezinses und die aktuellen Diskussionen um bAV-Lösungen auf Ebene der Tarifvertragsparteien, bei denen noch nicht absehbar ist, zu welchem Ergebnis sie führen werden.

Wir hoffen, dass wir auch im neuen Jahr mit der getroffenen Themenauswahl auf Ihr Interesse stoßen und verbleiben mit den besten Wünschen für 2015 und freundlichen Grüßen

Ihr Thomas Zimmermann

## Betriebsrentenanpassung – Rentnergesellschaft – Betriebsübergang – BAG-Urteil vom 17.06.2014 (3 AZR 298/13)

Im BAG-Urteil vom 17.06.2014 (3 AZR 298/13) hatte sich das Bundesarbeitsgericht (BAG) mit einem Fall auseinanderzusetzen, in dem es um Schadensersatzforderungen eines Betriebsrentners aufgrund einer verwehrt Anpassung seiner Betriebsrente in einer sog. Rentnergesellschaft ging.

### Der Fall

Im Zuge mehrfacher Umstrukturierungen und Umorganisationen sowie des Übergangs der Arbeitsverhältnisse der aktiven Arbeitnehmer auf diverse Nachfolgegesellschaften war eine sog. Rentnergesellschaft entstanden. Alleiniger Zweck des Unternehmens war die Verwaltung des eigenen Vermögens sowie die Abwicklung der betrieblichen Altersversorgung der sich in der Gesellschaft befindenden Betriebsrentner. Es folgten noch eine Verschmelzung sowie eine Umfirmierung.

Die Betriebsrente des Klägers wurde zuletzt am 01.04.2002 auf Basis von § 16 BetrAVG angepasst. Anpassungen zu den folgenden Anpassungstichtagen 01.04.2005 und 01.04.2008 unterblieben. Als Begründung wurde aufgeführt, dass eine Anpassung der Betriebsrenten für die Arbeitgebergesellschaft eine übermäßige Belastung bedeuten würde. Um die Wettbewerbsfähigkeit und insbesondere die Arbeitsplätze im Konzern zu erhalten, müsse eine Anpassung der Betriebsrente unterbleiben. Der Rentner legte Widerspruch ein und begehrte eine Anpassung der Betriebsrente bzw. nachvollziehbare und geeignete Unterlagen zur Begründung der Ablehnungsentscheidung – ohne Erfolg.

Knapp ein Jahr später reichte der Rentner Klage beim Arbeitsgericht ein. Er forderte eine Anpassung seiner Betriebsrente ab Januar 2007. Die Anpassung der Rente dürfe nicht unter Hinweis auf die schlechte wirtschaftliche Lage der Firma, die durch Übertragungen des Geschäftsbetriebs und der dazu gehörigen Vermögensgegenstände zu einer Rentnergesellschaft geworden war, verweigert werden. Da sie bei der Schaffung der Rentnergesellschaft nicht ausreichend finanziell ausgestattet worden war, sei es ihr nach § 242 BGB verwehrt, sich auf eine schlechte wirtschaftliche Lage zu berufen. Zudem müsse sich die Firma die günstige wirtschaftliche Lage der Konzernobergesellschaft zurechnen lassen.

Die Firma war der Meinung, die Anpassung zu Recht unterlassen zu haben. Zudem lägen die Voraussetzungen für einen Berechnungsdurchgriff auf die wirtschaftliche Lage der Obergesellschaft nicht vor. Außerdem habe auch deren wirtschaft-

liche Lage eine Anpassung der Rente nicht zugelassen. Nachdem das Arbeitsgericht und das Landesarbeitsgericht dem Rentner Recht gegeben hatten, ging die Firma vor dem BAG in Revision.

### Die Entscheidung

Zunächst stellte das BAG fest, dass der Anspruch des Klägers auf nachträgliche Anpassung seiner Rente zum Stichtag 01.04.2005 noch nicht erloschen war.

Allerdings war das LAG zu der rechtsfehlerhaften Entscheidung gelangt, dass der Rentner einen Anspruch auf die Anpassung seiner Betriebsrente hat. Das LAG war in unzutreffender Weise davon ausgegangen, dass sog. Rentnergesellschaften die Anpassung von Betriebsrenten aus der Vermögenssubstanz aufbringen müssen. Das LAG hat zudem nicht beachtet, dass für die Frage, ob die wirtschaftliche Lage des Versorgungsschuldners einer Anpassung der Versorgungsleistungen entgegensteht, die tatsächlich bestehende wirtschaftliche Lage maßgeblich ist und nicht eine fiktive Lage, die bestehen würde, wenn unternehmerische Entscheidungen anders getroffen oder andere Dispositionen vorgenommen worden wären. Weiter wurde nicht bedacht, dass es für die Beurteilung der Leistungsfähigkeit des Versorgungsschuldners auf dessen Vermögens- und Ertragslage insgesamt ankommt und nicht auf einzelne Vermögenswerte oder Forderungen.

Die für werbende Unternehmen geltenden Grundsätze bzgl. der Anpassungsprüfungspflicht von Betriebsrenten gelten im Wesentlichen auch für sog. Rentner- und Abwicklungsgesellschaften. Auch diese Unternehmen sind nicht verpflichtet, die Kosten für die Betriebsrentenanpassung aus ihrer Vermögenssubstanz aufzubringen. Vielmehr ist auch ihnen eine angemessene Eigenkapitalausstattung zuzubilligen. Es ist deshalb nicht ausreichend, wenn der Rentnergesellschaft nur das gesetzlich vorgeschriebene Stammkapital verbleibt. Allerdings ist bei der Rentnergesellschaft eine Eigenkapitalverzinsung angemessen, die der Umlaufrendite öffentlicher Anleihen entspricht, d.h. der bei werbenden Unternehmen nötige Risikozuschlag von 2% entfällt.

Eine Anwendung von § 242 BGB kommt schon allein deshalb nicht in Betracht, weil im Wortlaut des § 16 BetrAVG auf die (tatsächliche, nicht eine fiktive) wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Unternehmens abgestellt wird. Auch ergibt sich keine Leistungspflicht nach § 242 BGB. Selbst wenn die für eine Anpassung nicht ausreichende wirtschaftliche Lage auf Einflussmaßnahmen aufgrund konzernrechtlicher Verflechtungen beruht, erge-

ben sich keine Umstände, die dem Versorgungsschuldner nach § 242 BGB verwehren, sich auf seine ungünstige wirtschaftliche Lage zu berufen. Allenfalls käme ein Berechnungsdurchgriff auf die günstige wirtschaftliche Lage eines anderen Konzernunternehmens in Betracht.

Eine Rentnergesellschaft kann sich also auch auf eine nicht hinreichende wirtschaftliche Lage berufen, wenn sie in den vergangenen Jahren gute Ergebnisse erzielt hat und bei Umwandlung in eine Rentnergesellschaft nicht mit ausreichenden Mitteln zur Deckung der laufenden Leistungen und der Anpassungsverpflichtungen ausgestattet wurde. Zwar gibt es arbeitsvertragliche Nebenpflichten des Arbeitgebers, eine Rentnergesellschaft so auszustatten, dass sie nicht nur die laufenden Versorgungsleistungen zahlen kann, sondern auch zu den gesetzlich vorgesehenen Anpassungen in der Lage ist. Allerdings führt eine Verletzung dieser Nebenpflicht nicht dazu, dass sich der Arbeitgeber nicht nach § 242 BGB auf eine nicht ausreichende wirtschaftliche Lage berufen kann.

Die Verletzung der arbeitsrechtlichen Nebenpflicht kann lediglich zu einem Schadensersatzanspruch der Versorgungsempfänger gegen den übertragenden Rechtsträger nach § 280 Abs. 1 S. 1, § 241 Abs. 2, §§ 31, 278 BGB führen.

Doch im vorliegenden Fall hat das BAG auch keinen Schadensersatzanspruch gesehen. Es bestand keine Pflicht, die Gesellschaft anlässlich ihrer Umwandlung in eine Rentnergesellschaft so auszustatten, dass sie nicht nur in der Lage war, die laufenden Renten zu zahlen, sondern auch die nötigen Anpassungen vorzunehmen.

Eine solche Verpflichtung ergibt sich nicht aus § 613a BGB und ebenso wenig aus den Grundsätzen, die der 3. Senat im BAG-Urteil vom 11.03.2008 (3 AZR 358/06) entwickelt hat. Diese Grundsätze betreffen die Ausstattung einer Rentnergesellschaft, auf die im Wege der Ausgliederung nach dem Umwandlungsgesetz Versorgungsverbindlichkeiten übertragen werden und basieren auf dem mit der Ausgliederung der Versorgungsverbindlichkeiten verbundenen Wechsel in der Person des Versorgungsschuldners. Sie sind nicht anwendbar auf eine Rentnergesellschaft, die durch Übertragung ihres operativen Geschäfts im Wege des Betriebsübergangs auf einen Betriebserwerber entsteht. Denn im ersten Fall besteht die Gefahr, dass die Möglichkeiten des Umwandlungsgesetzes dazu genutzt werden, die Versorgungsverpflichtungen auf eine nicht ausreichend ausgestattete Gesellschaft zu übertragen und dadurch die schutzwürdigen Interessen der Versorgungsberechtigten zu beeinträchtigen. Eine solche Gefahr besteht hingegen nicht, wenn – wie im vorliegenden Fall – der frühere Arbeitgeber und spätere Versorgungsschuldner sein operatives Geschäft im Wege des Betriebsübergangs an einen Betriebserwerber veräußert, da die Versorgungsverpflichtungen bei dem ursprünglichen Versorgungsschuldner verbleiben.

Aufgrund der bislang getroffenen Feststellungen konnte nicht beurteilt werden, ob die ablehnende Anpassungsprüfung billigem Ermessen entsprach. Zur Klärung des Sachverhalts wurde der Vorgang an das LAG zurückverwiesen.

Sollte sich hierbei ergeben, dass die Gesellschaft wirtschaftlich nicht in der Lage war, die Rente anzupassen, wird zu prüfen sein, ob sich die Firma die günstige wirtschaftliche Lage der Konzernobergesellschaft zurechnen lassen muss und wenn ja, ob die wirtschaftliche Lage der Obergesellschaft eine Anpassung der Betriebsrente ermöglicht hat.

Bei der Prüfung des Berechnungsdurchgriffs wird das LAG zu beachten haben, dass ein Berechnungsdurchgriff nach § 826 BGB nicht nur nicht gerechtfertigte und kompensationslose Eingriffe in das der Zweckbindung zur vorrangigen Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger dienende Gesellschaftsvermögen, sondern auch die dadurch hervorgerufene Insolvenz der Gesellschaft bzw. deren Vertiefung voraussetzt. Diese Voraussetzungen lagen bei der Firma im vorliegenden Fall zu keinem Zeitpunkt vor.

Bei der Frage, ob ein Berechnungsdurchgriff auf Basis der geänderten Rechtsprechung zum existenzvernichtenden Eingriff (BGH-Urteil vom 09.02.2009 – II ZR 292/07) hier maßgeblich sein kann, ist zu beachten, dass dieser u.a. auch die dadurch hervorgerufene Insolvenz der Gesellschaft bzw. deren Vertiefung voraussetzt, was im vorliegenden Fall ebenfalls zu keinem Zeitpunkt vorgelegen hat.

Auch aus einem Beitritt der Obergesellschaft zu den Pensionsverpflichtungen kann nicht ohne Weiteres ein Berechnungsdurchgriff geschlussfolgert werden. Denn der Schuldbeitritt ändert nichts daran, dass es nach § 16 Abs. 1 BetrAVG auf die wirtschaftliche Lage des konkreten Arbeitgeberunternehmens ankommt und nicht auf die des Konzerns. Etwas anderes hätte nur gelten können, wenn es sich um einen „atypischen“ Schuldbeitritt gehandelt hätte, was der Fall wäre, wenn etwa der Konzern insgesamt hinter dem Versorgungsversprechen des Unternehmens stehen würde. Allenfalls wenn sich durch Erklärungen oder Verhaltensweisen der Unternehmen ein schutzwürdiges Vertrauen der Betriebsrentner ableiten ließe, wonach der Konzern für die Betriebsrenten und deren Anpassung ebenso einsteht wie für die der eigenen Rentner, könnte ein Anspruch gegen die Obergesellschaft abgeleitet werden. Ob das der Fall ist, ist vom LAG zu prüfen.

Das BAG weist jedoch darauf hin, dass es zweifelhaft ist, ob das Vorliegen eines Ergebnis- bzw. Gewinnabführungsvertrags einen Berechnungsdurchgriff auf die wirtschaftliche Lage des Vertragspartners des Unternehmensvertrags rechtfertigt.

Für den Fall, dass das LAG zu dem Ergebnis kommt, ein Berechnungsdurchgriff auf die günstige wirtschaftliche Lage der Obergesellschaft zur Anpassung der Betriebsrente des Klägers sei angezeigt, weist das BAG darauf hin, dass die Anpassungsraten nach seinen Berechnungen mit 8,47% zum 01.04.2005 und mit 15,62% zum 01.04.2008 etwas unter den vom Kläger geforderten Werten liegen.

#### Fazit

Wird der Versorgungsschuldner durch Veräußerung seines operativen Geschäfts auf einen Erwerber im Wege des Betriebsübergangs zu einer Rentnergesellschaft, ist es dieser auch dann nicht nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) verwehrt,

sich auf eine für eine Betriebsrentenanpassung nach § 16 Abs. 1 und Abs. 2 BetrAVG nicht ausreichende wirtschaftliche Lage zu berufen, wenn die Rentnergesellschaft nicht so ausgestattet wurde, dass sie nicht nur die laufenden Betriebsrenten zahlen kann, sondern auch zu den gesetzlich vorgesehenen Anpassungen in der Lage ist. Damit unterscheidet das BAG bei dieser Frage zwischen einer Ausgliederung nach dem Umwandlungsgesetz und einer Ausgliederung der aktiven Geschäftsbetriebe mit der Folge, dass eine Rentnergesellschaft entsteht.

Die unzureichende Ausstattung der Rentnergesellschaft führt in einem solchen Fall nicht zu Schadensersatzansprüchen der Betriebsrentner.

(Dr. Claudia Veh)



### Betriebsrentenanpassung – wirtschaftliche Lage des Versorgungsschuldners – Pension Trust – BAG-Urteil vom 02.09.2014 – 3 AZR 854/12

In diversen Urteilen vom 02.09.2014 (3 AZR 854/12 u.a.) hatte sich das Bundesarbeitsgericht (BAG) mit der Frage zu befassen, inwieweit es bei der Anpassungsprüfung nach § 16 BetrAVG eine Rolle spielt, ob Rückdeckungstitel im Rahmen einer doppelseitigen Treuhandkonstruktion (Verwaltungs- und Sicherungstreuhand) auf einen Pension Trust ausgelagert wurden.

Das BAG kam zu dem Ergebnis, dass es bei der Anpassungsprüfung grundsätzlich unerheblich ist, ob Vermögenswerte auf einen Trust übertragen wurden. Die Übertragung auf einen Trust dient der (ggf. anteiligen) Ausfinanzierung der Versorgungsverpflichtungen und der Sicherung der (zeitnahen) Erfüllung der Versorgungsansprüche der Versorgungsberechtigten bei Eintritt der in der Treuhandvereinbarung bestimmten Sicherungsfälle (im Wesentlichen Eintritt von Insolvenz des Arbeitgebers, d.h. des Treugebers). Zudem soll regelmäßig durch die Übertragung die Möglichkeit geschaffen werden, in den nach internationalen Rechnungslegungsstandards aufgestellten Jahresabschlüssen des Treugebers eine Saldierung der Pensionsrückstellungen mit den Plan Assets zu erreichen.

Das BAG bestätigt, dass es für eine positive Anpassungsentscheidung entscheidend auf eine angemessene Eigenkapitalverzinsung und eine hinreichende Eigenkapitalausstattung des Versorgungsverpflichteten ankommt. Damit kann die Ertragslage des Treuhandvermögens allein nicht maßgeblich sein.

Dahinstehen konnte, ob Ansprüche der Rentner auf eine nach § 16 Abs. 1 und 2 BetrAVG angepasste Betriebsrente zu den im Trust gesicherten Ansprüchen gehören. Selbst wenn dies der Fall wäre, käme eine Erstattung nur insoweit in Betracht, als der Treugeber unter Berücksichtigung seiner wirtschaftlichen Lage und der Belange der

Versorgungsempfänger bereits eine positive Anpassungsentscheidung getroffen und durch Zahlung einer höheren Betriebsrente umgesetzt hätte.

Ein direkter Zugriff der Versorgungsberechtigten auf die Mittel im Trust ist nur möglich, wenn der Versorgungsschuldner mit seinen Leistungen in Verzug kommt oder ein Sicherungsfall eingetreten ist, d.h. nur dann haben die Versorgungsberechtigten gegen den Treuhänder einen Anspruch auf Erfüllung ihrer gegenüber dem Versorgungsschuldner bestehenden Versorgungsverpflichtungen. Das war hier nicht der Fall.

Es kommt damit bei der Anpassungsprüfung auf die wirtschaftliche Lage des Unternehmens und nicht auf die wirtschaftliche Lage des Pension Trusts an. Etwas anderes, etwa dass der Trust mit seinem Vermögen im Rahmen der Anpassungsprüfung nach § 16 Abs. 1 und 2 BetrAVG einsteht, konnte aus den Treuhandverträgen nicht entnommen werden.

#### Wertung

Die Urteile zu diesem Sachverhalt sind zu begrüßen. Das BAG erkennt richtig, dass es sich bei auf einen Pension Trust ausgelagerten Vermögensgegenständen um ein besonderes Modell der Rückdeckung von Direktzusagen handelt. Mit diesem sollen die Sicherung der Ansprüche der Versorgungsberechtigten (im Wesentlichen im Insolvenzfall) sowie die bilanziellen Vorteile einer Saldierung verfolgt werden. Wenn nun die wirtschaftliche Lage des Treugebers keine Anpassung laufender Betriebsrenten zulässt, können grundsätzlich keine Ansprüche auf Anpassung aus dem Trustvermögen abgeleitet werden. Bei der Anpassungsprüfung kommt es auf die wirtschaftliche Lage des Treugebers insgesamt an, nicht nur auf die Mittel im Trust. (Dr. Claudia Veh)

## Pensionszusage als verdeckte Gewinnausschüttung aufgrund vorzeitigen Ausscheidens des GGF vor Ablauf der Erdienbarkeitsfrist – BFH-Urteil vom 25.06.2014 – I R 76/13

Im Urteil vom 25.06.2014 (I R 76/13) hatte sich der Bundesfinanzhof (BFH) mit der Pensionszusage eines Gesellschafter-Geschäftsführers (GGF) zu befassen, der vorzeitig aus dem Unternehmen ausgeschieden war. Der BFH behandelte die Zuführungen zu den Pensionsrückstellungen als verdeckte Gewinnausschüttung (vGA).

### Der Sachverhalt

Einem beherrschenden GGF wurde im Alter von 58 Jahren im Durchführungsweg Pensionszusage eine Altersrente ab Alter 68 zugesagt. Damit wäre die Erdienbarkeitsfrist von 10 Jahren zwischen Zusageerteilung und frühestmöglicher Inanspruchnahme der Altersrente eingehalten. Allerdings sah der Anstellungsvertrag vor, dass er nach Vollendung des 65. Lebensjahres des GGF ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden kann.

Nun schied der GGF als Geschäftsführer mit Alter 63 aus dem Unternehmen aus, wobei er nach den zuerst gemachten Angaben ein geringfügiges Beschäftigungsverhältnis bei der Firma einging. Allerdings wurde später mitgeteilt, dass das Anstellungsverhältnis bereits mit Alter 63 beendet worden war. Das Finanzamt behandelte daraufhin die Zuführungen zu den Pensionsrückstellungen als vGA. Als Grund hierfür nannte das Finanzamt die nicht eingehaltene Erdienbarkeit. Die Firma klagte hiergegen vor dem Finanzgericht Saarland, das der Firma grundsätzlich Recht gab. Es kürzte die Pensionsrückstellungen allerdings aufgrund des vorzeitigen Ausscheidens nach versicherungsmathematischen Grundsätzen. Das Finanzamt ging in Revision beim BFH.

### Die Entscheidung

Der BFH gab dem Finanzamt Recht. Die Erdienbarkeit der Zusage wäre nur dann gewahrt gewesen, wenn der GGF bis Alter 68 aktiv in der Firma tätig gewesen wäre. Allein die Regelung im Ge-

schäftsführervertrag, wonach der Vertrag mit Alter 65 gekündigt werden kann, könnte bereits die Frage nach der Erdienbarkeit aufwerfen. Das konnte hier allerdings dahinstehen. Denn aufgrund des Ausscheidens des GGF mit Alter 63 wurde die Zusage tatsächlich nicht (mehr), wie es für die Erdienbarkeit nötig wäre, durchgeführt. Plausible betriebliche Gründe, die die verkürzte Laufzeit rechtfertigen könnten, waren nicht ersichtlich. Auch wenn ein geringfügiges Beschäftigungsverhältnis nach Ausscheiden als Geschäftsführer tatsächlich weitergeführt worden wäre, würde das an der Entscheidung nichts ändern. Denn das Pensionsversprechen war nicht abstrakt erteilt worden, sondern für die Tätigkeit als Geschäftsführer.

Aus diesem Grund musste auch nicht weiter geprüft werden, ob in dem Fehlen von Regelungen zur Unverfallbarkeit und zur rätierlichen Kürzung bei vorzeitigem Ausscheiden eine im Gesellschaftsverhältnis wurzelnde Veranlassung gesehen werden kann.

### Wertung

Dem Urteil ist nicht uneingeschränkt zuzustimmen. Zwar liegen im vorliegenden Fall durchaus Indizien für eine im Gesellschaftsverhältnis wurzelnde Veranlassung der Zusage vor, doch wirft das Urteil die Frage auf, ob bei vorzeitigem Ausscheiden des GGF vor Ablauf der Erdienbarkeitsfrist die Zusage grundsätzlich bzw. immer eine vGA darstellt. Dies erschiene kaum haltbar. Schließlich haben Arbeitnehmer spätestens nach 5 Jahren eine unverfallbare Anwartschaft. Eine eindeutige Aussage des BFH hierzu wäre wünschenswert.

Ebenso stellt sich aufgrund des Urteils die Frage, ob eine anderweitige Tätigkeit für die Firma nach Aufgabe der Geschäftsführerposition bei Fragen wie der Erdienbarkeit der Zusage berücksichtigt werden kann oder nicht. (Dr. Claudia Veh)

## Erdienenszeitraum bei Beratervertrag nach Einbringung eines Einzelunternehmens – Urteil des FG Köln vom 14.11.2013 – 10 K 3244/10

Am 14.11.2013 hatte sich das Finanzgericht (FG) Köln ebenfalls mit der Erdienbarkeitsfrist zu befassen.

Es ging um den Fall eines Fachmanns, der auf Basis eines Beratervertrags für eine GmbH tätig war, deren Gesellschafterin neben zwei weiteren Gesellschaftern seine Ehefrau war. Der Vertrag war im Jahr 2000 abgeschlossen worden, der Berater war zu diesem Zeitpunkt bereits über 66 Jahre alt. Es wurde neben einer entsprechenden Vergütung auch eine Pensionszusage vereinbart. Als Pensionsalter galt das vollendete 70. Lebens-

jahr. Im Vorfeld hatte der Berater ein Einzelunternehmen betrieben, mit dem die GmbH bereits seit 1995 zusammengearbeitet hatte und das schließlich von der GmbH übernommen wurde.

Das Finanzamt behandelte die Zusage als verdeckte Gewinnausschüttung, wogegen die GmbH erfolgreich vor dem FG Köln klagte. Nachdem das FG keine Revision zuließ, legte das Finanzamt Beschwerde ein.

Der BFH wies die Beschwerde am 01.07.2014 (I B 193/13) zurück, da die Anforderungen an die

Darlegung der in § 115 Abs. 2 der Finanzgerichtsordnung (FGO) genannten Gründe für eine Revisionszulassung nicht erfüllt wurden (§ 116 Abs. 3 Satz 3 FGO). Da die Beschwerde nicht angenommen wurde, gilt die erteilte Versorgungszusage im vorliegenden Fall als eine im Fremdvergleich übliche Zusage. Die Pensionszusage konnte als Gegenleistung für die Überlassung des zuvor geführ-

ten Einzelunternehmens gewertet werden. Unter diesen Umständen hätte auch ein ordentlicher und gewissenhafter Kaufmann eine Pensionszusage erteilt, so das FG.

Das Ergebnis überrascht, diesmal jedoch im positiven Sinne. (Dr. Claudia Veh)



### **Im Einzelfall keine Probezeit erforderlich Urteil des FG Berlin-Brandenburg vom 03.12.2013 – 6 K 6326/10**

Am 03.12.2013 hatte sich das Finanzgericht (FG) Berlin-Brandenburg mit einem Fall zu befassen, bei dem es um die Frage ging, ob die Erteilung einer Versorgungszusage zu früh erfolgte, d.h. einen Verstoß gegen das Erfordernis einer angemessenen Probezeit darstellte.

#### **Der Fall**

Ein Unternehmen des Maschinen- und Metallbauhandwerks, das im Jahr 1992 gegründet worden war, ging im Jahr 2002 in die Insolvenz. Die beiden je zu 50% beteiligten GGF gründeten Ende 2002 eine neue GmbH, deren Unternehmensgegenstand identisch war mit dem des insolventen Unternehmens. Auch die bestehende Betriebsaufspaltung mit einer GbR, die der insolventen GmbH Grundstücke und bewegliches Anlagevermögen zur Nutzung überlassen hatte, führte die neu gegründete GmbH fort. Die Anteile an der neu gegründeten Gesellschaft sowie der GbR waren wiederum hälftig unter den beiden GGF aufgeteilt. Anfang 2003 wurden ihnen Pensionszusagen erteilt. Die bei der insolvent gewordenen GmbH bestehenden Rückdeckungsversicherungen wurden von der neu gegründeten GmbH übernommen.

Bei einer Betriebsprüfung wurden die Pensionszusagen steuerlich nicht anerkannt, da sie gegen das Probezeiterfordernis verstoßen; zudem sei nach Ansicht des Prüfers die Finanzierbarkeit der Zusagen zu verneinen. Hiergegen klagte die Firma.

#### **Die Entscheidung**

Das FG gab der GmbH Recht.

#### Probezeit

Die Einhaltung einer Probezeit, um die Befähigung als GGF verlässlich abschätzen zu können, war im vorliegenden Fall entbehrlich, da die beiden GGF ihre Befähigung bereits in der Vorgängerfirma ausreichend unter Beweis gestellt hatten. Auch war keine erneute unternehmensbezogene Probezeit erforderlich, da die GmbH – wirtschaftlich betrachtet – die Tätigkeit der insolventen GmbH fortführte.

Gegen die ausreichende Erprobung konnte auch nicht die eingetretene Insolvenz der Vorgänger-

firma sprechen. Zwar könnte man argumentieren, dass möglicherweise eine andere Geschäftsführung eine Insolvenz hätte verhindern können, doch das Kriterium der Probezeit soll nicht dazu dienen, nachträglich einzelne unternehmerische Entscheidungen der Geschäftsführung durch ein FG analysieren und werten bzw. würdigen zu lassen.

Es ist für die Erfüllung der Probezeit nicht nötig, dass die Firma Gewinne erwirtschaftet hat. Verlustphasen kommen auch bei erfolgreichen Unternehmen vor und sprechen nicht gegen die Erteilung einer Pensionszusage. Es kommt lediglich darauf an, dass die Pensionszusagen dem Fremdvergleich entsprechen, d.h. hinreichend sicher gesagt werden kann, dass den beiden GGF auch dann Pensionszusagen erteilt worden wären, wenn sie keine Gesellschafter, sondern „nur“ GF gewesen wären.

Die GmbH erwirtschaftete bereits im ersten Jahr ihrer Tätigkeit einen Umsatz von mehr als 500.000 EUR und hob sich damit von einer neu gegründeten GmbH deutlich ab. Positiv wertete das FG auch, dass das Jahresgehalt pro GGF bei nur 36.000 EUR lag, d.h. man auch hier sehr mit Augenmaß vorging.

#### Finanzierbarkeit

Auch die Finanzierbarkeit der Zusagen sah das FG als gegeben an. Denn nach Ansicht des FG ist eine kongruent rückgedeckte Pensionszusage dann finanzierbar, wenn die Beiträge zur Rückdeckungsversicherung nicht zu einer Zahlungsunfähigkeit des Unternehmens führen. Und das war hier erfüllt. D.h. bei einer kongruent rückgedeckten Pensionszusage muss nicht geprüft werden, ob die Passivierung des Anwartschaftsbarwerts der Pensionsverpflichtung i.S. von § 6a Abs. 3 S. 2 Nr. 2 EStG im Zusagezeitpunkt zur Überschuldung der Gesellschaft im insolvenzrechtlichen Sinne führen würde (vgl. z.B. BFH-Urteil vom 31.03.2004 – IR 65/03 und BMF-Schreiben vom 06.09.2005 – IV B 7 – S 2742 – 69/05).

Damit hat das FG Berlin-Brandenburg in diesem Fall eine erfreulicherweise sachgerechte und pragmatische Entscheidung getroffen. Das Urteil ist rechtskräftig. (Dr. Claudia Veh)



## Schriftform- und Eindeutigkeitserfordernis bei Pensionszusagen – Urteil des FG Düsseldorf vom 12.11.2013 – 6 K 4199/11 K, F

Gegenstand des Urteils vom 12.11.2013 (6 K 4199/11 K, F) war ein Fall, bei dem es um das Schriftform- und Eindeutigkeitserfordernis im Hinblick auf die Bildung von Pensionsrückstellungen nach § 6a EStG ging.

### Der Fall

Für zwei GGF bestanden Pensionszusagen auf eine Alters-, Hinterbliebenen- und Berufsunfähigkeitsversorgung. Die Höhe der Altersversorgung betrug 70% des letzten Gehalts. Die Zusage wurde später inhaltlich dahingehend geändert, dass die Leistungsfälle sich nach den Bestimmungen der abgeschlossenen Rückdeckungsversicherungen richten sollten. Die Höhe der Alters- bzw. Invalidenrente sollte genau der Gesamtleistung (inklusive der Überschüsse) der abgeschlossenen und beitragsfrei gestellten Rückdeckungsversicherungen entsprechen. Das Hinterbliebenenkapital sollte sich, sofern es sich nicht um eine versicherte Leistung handelte, aus der Beitragsrückerstattung der Rückversicherungen (gemeint wohl: Rückdeckungsversicherungen) ergeben.

In der Folgezeit wurden die Gehälter der beiden GGF abgesenkt.

Bei einer Betriebsprüfung stellte der Prüfer fest, dass der Gutachter drei Szenarien für die Höhe der Pensionsrückstellungen berechnet hat. Der Prüfer war der Meinung, die Änderung der Zusagen, bei denen die Kopplung an das Gehalt aufgegeben worden war, wäre im Gesellschaftsverhältnis veranlasst gewesen. Denn die Absenkung der Gehälter hätte bei der ursprünglichen Zusage die zugesagte Altersversorgung deutlich reduziert. Ein die Interessen der Gesellschaft verfolgender Geschäftsführer hätte diese die Gesellschaft begünstigende Regelung nicht getroffen. Die Höhe der Pensionsrückstellungen wäre auf Basis der ursprünglichen Zusagen deutlich niedriger gewesen. Zudem könnten unter Beachtung der Überversorgungsgrundsätze deutlich geringere Pensionsrückstellungen gebildet werden als ausgewiesen wurden.

Weiter wäre die Änderung der Zusagen nicht eindeutig gewesen. Eine betragsmäßig eindeutige Ermittlung der zugesagten Leistungen sei aufgrund der gewählten Formulierung nicht möglich,

was auch die drei unterschiedlichen Berechnungen des Gutachters belegen. Der Prüfer kam deswegen zu dem Ergebnis, dass die Pensionsrückstellungen gewinnerhöhend aufzulösen seien.

Dies wollte die Firma nicht anerkennen. Ihres Erachtens wäre keine gesellschaftsrechtliche Veranlassung für die Änderung der Zusage gegeben gewesen, zudem läge kein Verstoß gegen den § 6a EStG vor wie auch keine unzulässige Überversorgung.

### Die Entscheidung

Das FG gab dem Prüfer Recht. Gemäß § 6a Abs. 1 Nr. 3 EStG müssen Pensionszusagen eindeutige Angaben zu Art, Form, Voraussetzungen und Höhe der in Aussicht gestellten künftigen Leistungen enthalten. Das war hier nicht der Fall. Zum einen war die Höhe der Leistungen nicht eindeutig ermittelbar. So fehlte eine Regelung zur Aufteilung des Todesfallkapitals (Beitragsrückgewähr) auf Witwe und Waisen wie auch eine Angabe zu den Rechnungsgrundlagen, mit denen Kapitalleistungen in eine Rente umgerechnet werden. Zum anderen war nicht eindeutig geregelt, wann eine Beitragsfreistellung der Versicherungen erfolgen würde. Damit war es nicht möglich, eindeutige Angaben zur Höhe der Leistungen zu machen, was jedoch für die Bildung von Pensionsrückstellungen nach § 6a EStG nötig ist.

### Wertung

Dem Urteil ist zuzustimmen. Die geänderten Pensionszusagen haben nicht den Vorgaben des § 6a Abs. 1 Nr. 3 EStG entsprochen. Die Auswirkungen für die Firma sind immens. So kommt es bei einem Verstoß gegen die Vorgaben des § 6a EStG (erste Prüfebene) zur kompletten gewinnerhöhenden Auflösung der steuerbilanziellen Pensionsrückstellungen. Wäre lediglich eine verdeckte Gewinnausschüttung (vGA) qualifiziert worden (2. Prüfebene), wären nur die Zuführungen zu den Pensionsrückstellungen der Prüfungsjahre außerbilanziell dem Gewinn wieder hinzuzurechnen gewesen. Damit zeigt das Urteil auf, dass man bei der Formulierung von Pensionszusagen höchste Sorgfalt walten lassen sollte. Unklarheiten können zur kompletten Auflösung der steuerbilanziellen Pensionsrückstellungen führen. (Dr. Claudia Veh)



## Erdienbarkeit auch bei Entgeltumwandlung nötig – Verfügung der OFD Niedersachsen vom 15.08.2014 – S 2742-259-St 241

In der Praxis taucht immer wieder die Frage auf, ob die Kriterien für die steuerliche Anerkennung einer Pensionszusage wie Probezeit und Erdienbarkeit auch bei Entgeltumwandlung zu beachten sind. Da der GGF in der Regel selbst entscheiden kann, wie sich seine Bezüge zusammensetzen – also auch, ob das Bruttogehalt etwas geringer

ist und dafür eine arbeitgeberfinanzierte betriebliche Altersversorgung (bAV) eingerichtet wird oder ob ein entsprechend höheres Gehalt vereinbart wird, woraus der GGF dann Entgeltumwandlung macht –, ist naheliegend, dass die Finanzverwaltung im Allgemeinen bei der steuerlichen Anerkennung der bAV keinen Unterschied zwischen

Entgeltumwandlung und arbeitgeberfinanzierter bAV macht. Eine offizielle Verlautbarung der Finanzverwaltung zu dieser Frage fehlte bislang.

Am 15.08.2014 hat nun die Oberfinanzdirektion (OFD) Niedersachsen eine Verfügung erlassen (S 2742-259-St 241), wonach das Erfordernis der Erdienbarkeit auch bei Entgeltumwandlung zu beachten ist.

Damit gilt auch bei Entgeltumwandlung,

- dass der Zeitraum zwischen dem Zeitpunkt der Zusage der Pension und dem vorgesehenen Eintritt in den Ruhestand nicht weniger als zehn Jahre betragen darf
- eine Pensionszusage regelmäßig nicht mehr erdienbar ist, wenn sie dem GGF nach Vollendung seines 60. Lebensjahres eingeräumt wird

- bei nicht beherrschenden GGF zusätzlich die Sonderregelung gilt, dass die Zusage nicht mehr erdienbar ist, wenn die Restdienstzeit zwar mindestens drei Jahre beträgt, der GGF dem Betrieb aber weniger als zwölf Jahre angehört.

Es ist davon auszugehen, dass diese Sicht der Dinge grundsätzlich auch von der Finanzverwaltung außerhalb Niedersachsens vertreten wird. Weiter dürfte die Nichtunterscheidung zwischen arbeitgeberfinanzierter bAV und Entgeltumwandlung wohl auch für die anderen Kriterien, namentlich das Probezeiterfordernis gelten.

Das heißt jedoch nicht, dass Abweichungen hiervon kategorisch ausgeschlossen sind. Diese sollte man jedoch nicht ohne eine verbindliche Auskunft seitens der Finanzverwaltung vornehmen.

(Dr. Claudia Veh)

### **Tarifautonomiestärkungsgesetz: Mindestlohn und betriebliche Altersversorgung**

Am 16.08.2014 ist das Gesetz zur Stärkung der Tarifautonomie (kurz: Tarifautonomiestärkungsgesetz) in Kraft getreten; Teil dessen ist in § 1 das Gesetz zur Regelung eines allgemeinen Mindestlohns – Mindestlohngesetz (MiLoG). Hier ist in § 1 ab 01.01.2015 ein gesetzlich vorgeschriebener Mindestlohn von 8,50 EUR je Stunde geregelt. Lediglich in Branchen mit allgemeinverbindlichen Tarifverträgen sind bis Ende 2016 auch niedrigere Mindestlöhne möglich. Spätestens ab 2017 muss jedoch auch hier ein Mindestlohn von 8,50 EUR je Stunde gezahlt werden.

Ausnahmen gibt es nur in engem Rahmen, z.B. bei Auszubildenden oder Praktikanten.

In der Praxis stellt sich mit Bezug auf die betriebliche Altersversorgung (bAV) die Frage, wie sich der Mindestlohn auf die bAV auswirkt. Hier ist zwischen arbeitgeberfinanzierter bAV und Entgeltumwandlung zu unterscheiden.

#### **Auswirkungen auf arbeitgeberfinanzierte bAV**

Nach unserer Einschätzung kann eine arbeitgeberfinanzierte bAV nicht auf den Mindestlohn angerechnet werden. D.h. es dürfte nicht möglich sein, den gesetzlichen Mindestlohn zu unterschreiten und dafür eine arbeitgeberfinanzierte bAV zu gewähren. Dies schon allein deswegen, weil die gesetzliche Unverfallbarkeitsfrist bei arbeitgeberfinanzierter bAV 5 Jahre beträgt (und der Arbeitnehmer bei Dienstaustritt mindestens 25 Jahre alt sein muss, um eine unverfallbare Anwartschaft zu erwerben). Die Unverfallbarkeitsvoraussetzungen werden durchaus häufig nicht erfüllt, so dass der Arbeitnehmer im Endeffekt nicht in den Genuss der bAV kommen würde. Ebenso wenig ist es möglich, dass ein Arbeitgeber, der seine Arbeitnehmer bislang unterhalb des

Mindestlohns entlohnt hat, mit Verweis auf eine bestehende arbeitgeberfinanzierte bAV davon Abstand nehmen kann, die Löhne auf den Mindestlohn anzuheben.

#### **Auswirkungen auf Entgeltumwandlung**

Bei Entgeltumwandlung steht der § 1a BetrAVG, der jedem in der gesetzlichen Rentenversicherung pflichtversicherten Arbeitnehmer einen Rechtsanspruch auf Entgeltumwandlung in Höhe von 4% der BBG einräumt, neben § 3 MiLoG, der den Mindestlohn als unabdingbar festlegt:

*„Vereinbarungen, die den Anspruch auf Mindestlohn unterschreiten oder seine Geltendmachung beschränken oder ausschließen, sind insoweit unwirksam. Die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer kann auf den entstandenen Anspruch nach § 1 Absatz 1 nur durch gerichtlichen Vergleich verzichten; im Übrigen ist ein Verzicht ausgeschlossen. Die Verwirkung des Anspruchs ist ausgeschlossen.“*

Zur Frage, wie sich die beiden Gesetzestexte zueinander verhalten, findet sich jedoch eine Regelung in der Gesetzesbegründung:

*§ 3 „Satz 1 lässt eine Entgeltumwandlung nach dem Betriebsrentengesetz unberührt; sie bleibt weiterhin möglich. Vereinbarungen nach § 1a des Betriebsrentengesetzes sind keine Vereinbarungen, die zu einer Unterschreitung oder Beschränkung des Mindestlohnanspruchs führen.“*

Damit ist Entgeltumwandlung auch möglich, wenn das nach Entgeltumwandlung verbleibende Entgelt unter dem Mindestlohn liegt. Bestehende Verträge müssen also nicht im Zuge des Inkrafttretens des Gesetzes angepasst werden, und auch bei Neueinrichtungen von bAV kann Entgelt um-



gewandelt werden, wenn dadurch das Gehalt des Arbeitnehmers unter den Mindestlohn sinkt, sofern ihm das wirtschaftlich möglich ist. Hierdurch

wird deutlich, welche große Bedeutung der Gesetzgeber der bAV einräumt. (Dr. Claudia Veh)

### Neu bei SLPM: automatische jährliche Wartung von Pensionszusagen

Man muss nicht unbedingt ein aufmerksamer Verfolger der Rechtsprechung sein, um zu erkennen, dass die Versorgung von Gesellschafter-Geschäftsführern (GGF) immer wieder neuen, geänderten Anforderungen seitens der Finanzgerichtsbarkeit und seitens der Finanzverwaltung ausgesetzt ist. Dies ist zwar oftmals kaum nachzuvollziehen und insbesondere die Rechtsprechung der letzten Zeit erscheint zum Teil unverständlich, doch im Endeffekt bleibt den Betroffenen nichts anderes übrig, als sich mit der Situation auseinanderzusetzen und die Versorgung des GGF auf die neuen Anforderungen abzustellen. Dies gilt zum Beispiel für das Kriterium Probezeit (vgl. das BMF-Schreiben vom 14.12.2012 – IV C 2 – S 2742/10/10001) oder die neue Rechtsprechung zum Thema Abfindung (vgl. BFH-Urteil vom 11.09.2013 – I R 28/13).

Diese ständige Veränderung im rechtlichen Umfeld der GGF-Versorgung ist zwar lästig, doch sie ändert nichts daran, dass die bAV für den GGF grundsätzlich deutlich attraktiver als eine private Vorsorge ist. Und der Durchführungsweg Pensionszusage ist nach wie vor der flexibelste Durchführungsweg der bAV. Er bietet eine Vielzahl von Möglichkeiten, z.B. die Erteilung einer beitragsorientierten Leistungszusage auf Basis eines Einmalbeitrags.

### Eine Versorgungsordnung schafft Rechtssicherheit für alle Beteiligten

In großen Betrieben ist die Versorgungsordnung bereits etabliert. Das liegt nicht zuletzt daran, dass große Betriebe über Personalabteilungen und manchmal auch über bAV-Spezialisten verfügen. Anders sieht es in kleinen und mittelständischen Betrieben aus. Da ist der Chef oft der Inhaber, die Personalabteilung, der Verkäufer und die Buchhaltung gleichzeitig. Bei der Vielzahl der Themen beschäftigt man sich zwangsläufig nicht vollumfassend mit allen im Detail. Hier freut sich der, der einen guten Berater hat, der sich um solche Dinge kümmert. Denn die Vorteile einer Versorgungsordnung muss man nicht lange suchen, sie sind ganz offensichtlich.

Der gesetzlich geregelte Anspruch der Arbeitnehmer auf betriebliche Altersversorgung, dem der Arbeitgeber mit der Einrichtung eines Zugangs zur bAV nachkommen muss, bringt gleichzeitig einige Risiken und Vorschriften mit sich.

Dass der GGF bzw. sein Steuerberater in Anbetracht der Dynamik in der Rechtsprechung Berührungspunkte mit der bAV bei GGF-Neueinrichtungen hat, ist mehr als verständlich. Denn hier ständig auf dem Laufenden zu sein, ist für den GGF und Steuerberater oftmals kaum darstellbar.

Aus diesem Grund bietet die SLPM ab Oktober 2014 eine automatische jährliche Wartung des Inhalts einer Pensionszusage an. Jährlich im Herbst (erstmalig im Oktober 2015) werden Pensionszusagen daraufhin überprüft, ob sich Anpassungsbedarf in Folge der letztjährigen Rechtsprechung und der Verlautbarungen der Finanzverwaltung ergeben hat. Der Kunde erhält eine Mitteilung über das Ergebnis der Prüfung mit entsprechender Handlungsempfehlung. Das „PZ-Check-Abo“ kostet nach einem Erst-Check jährlich 120 EUR zzgl. MWSt. Damit können sich der GGF und Steuerberater getrost zurücklehnen: SLPM stellt sicher, dass die Pensionszusage zeitnah an geänderte Anforderungen angepasst wird, wenn sich Anpassungsbedarf ergibt.

Wenn Sie Interesse an dieser Dienstleistung haben, kontaktieren Sie uns bitte unter der E-Mail-Adresse [slpm-beratung@swisslife.de](mailto:slpm-beratung@swisslife.de). (Dr. Claudia Veh)

Eine klare Regelung für alle Beteiligten im Rahmen einer Versorgungsordnung schafft Rechtssicherheit, schützt den Arbeitgeber vor Haftungsrisiken und zu guter Letzt wird eine professionelle bAV-Regelung auch bei der Gewinnung von neuen Mitarbeitern mehr und mehr zum Thema. Ein guter Berater sollte das Thema unbedingt bei seinen Firmenkunden ansprechen. SLPM steht mit Rat und Tat zur Seite und erstellt professionelle Versorgungsordnungen für jede Unternehmensgröße.

Das Honorar wird individuell nach Umfang und Aufwand kalkuliert – so bleibt der Kostenaspekt auch für kleine und mittelständische Betriebe überschaubar.

Ein unverbindliches Angebot können Sie unter der E-Mail-Adresse [slpm-beratung@swisslife.de](mailto:slpm-beratung@swisslife.de) anfordern. (Stefanie Reffle)

## IMPRESSUM

Herausgeber:

SLPM  
Schweizer Leben PensionsManagement GmbH  
Zeppelinstraße 1  
85748 Garching b. München  
Telefon (0 89) 3 81 09 – 2000  
Fax (0 89) 3 81 09 – 4696  
E-Mail [kontakt@slpm.de](mailto:kontakt@slpm.de)  
[www.slpm.de](http://www.slpm.de)

Die SLPM Schweizer Leben PensionsManagement GmbH mit Sitz in Garching ist ein Tochterunternehmen von Swiss Life in Deutschland. SLPM stellt alle für die betriebliche Altersversorgung (bAV) notwendigen Service- und Beratungsdienstleistungen zur Verfügung. Große internationale Konzerne sowie ca. 14.000 kleinere und mittlere Unternehmen greifen auf das Know-how und die Erfahrung von SLPM zurück.