

der Veranlagung ein sicher eintretendes Ereignis; das ist der Punkt, welcher der Annahme einer Bedingung entgegensteht. Definiert man Bedingung als künftiges ungewisses Ereignis, so muss man feststellen, dass ein solches nicht gegeben ist; denn ungewiss kann ein Ereignis nicht sein, das sicher eintreten wird²³.

Ergebnis: Einkommensteuer-Vorauszahlungen stellen keine auflösend bedingten Insolvenzforderungen dar, da sie mit Sicherheit entfallen werden. Anmelddbar ist nur die (zu schätzende) Einkommensteuer, wobei für das Jahr, in dem das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist, eventuell eine Aufteilung in eine Insolvenz- und eine Masseforderung für Gewinne nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorzunehmen ist²⁴.

4 Anrechnung der Vorauszahlungen

Für Frotzcher ist mit der Anmeldung (und Befriedigung) der Vorauszahlungen die Sache (zu Recht, wird man hinzufügen müssen) nicht zu Ende gebracht, denn irgendwie muss die Vorauszahlung auf die Steuer angerechnet werden. Das soll wie folgt geschehen:

Während die Art der Geltendmachung der Vorauszahlungen nach dem Entstehungszeitpunkt zu behandeln sei, sei die Anrechnung nach der Zugehörigkeit der Einkünfte zu den Insolvenz- oder Masseforderungen vorzunehmen²⁵. Eine als Mas-

severbindlichkeit entstandene („begründete“) Vorauszahlung könne nur auf eine (Einkommensteuer-)Masseschuld angerechnet werden. Sei keine Masseverbindlichkeit entstanden, ergebe sich für die Insolvenzmasse ein Erstattungsanspruch in Höhe der als Masseverbindlichkeit entstandenen Vorauszahlung.

Man wird zugeben müssen, dass die Lösung zwar konsequent zu Ende gedacht ist, nichtsdestoweniger aber von einem falschen Ansatz diktiert wird und daher sehr formal, um nicht zu sagen gekünstelt, wirkt und daher abzulehnen ist. Warum einen solch aufwändigen Weg einschlagen, wenn sich das anstehende Problem auf einfachere Weise lösen lässt?

5 Zusammenfassung

Im Insolvenzverfahren können Einkommensteuer-Vorauszahlungen nicht geltend gemacht werden, da sie – entweder durch Herabsetzung auf 0 EUR oder durch Veranlagung – keinen Bestand haben. Anmelddbar bzw. als Masseforderung geltend zu machen ist nur die jeweils angefallene Jahressteuer, die erforderlichenfalls durch Schätzung zu ermitteln ist.

23) Vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, 63. Aufl., München 2004, Einführung vor § 158 BGB Rz. 1

24) Vgl. RFH-Urteil vom 13.7.1938, I 89/38, RStB1 1938, S. 843; BFH-Urteile vom 7.11.1963, IV 210/62 S. BStB1 III 1964, S. 70; vom 29.3.1984, IV R 271/83, BStB1 II 1984, S. 602

25) Vgl. Frotzcher, a. a. O. (Fn. 8) S. 150

Mustergültige Gestaltungen

INF

Weitere Tätigkeit des Gesellschafter-Geschäftsführers einer GmbH nach Erreichen des Pensionsalters

– Verdeckte Gewinnausschüttung durch gleichzeitigen Bezug von Geschäftsführervergütung und Altersrente? –

Arne E. Lenz, Rechtsanwalt, Wiesbaden

Gordon Teckentrup, LL.M., Rechtsanwalt, Wiesbaden*

In der Praxis mehren sich die Fälle, in denen ein Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH nach dem Eintritt des vertraglich festgelegten Pensionsalters seine Tätigkeit für das Unternehmen fortsetzt, sei es in der bisherigen Funktion, als Berater oder im Rahmen eines veränderten Anstellungsverhältnisses. Die Gründe dafür sind vielfältig. Sie reichen von der Einarbeitung und Unterstützung eines Nachfolgers bis hin zur erforderlichen Aufbesserung der Altersversorgung. Oft fällt es dem langjährigen Gesellschafter-Geschäftsführer auch schwer, die Tätigkeit im Unternehmen zu beenden.

Problemstellung

Die Fortsetzung der Tätigkeit für die GmbH wirft insbesondere für im steuerlichen Sinne beherrschende Gesellschafter-Geschäftsführer die Frage auf, ob sie neben einer Vergütung für

ihre fortgesetzte Tätigkeit eine ihnen bei Erreichen des Pensionsalters zugesagte betriebliche Altersversorgung beanspruchen können oder ob die Auszahlung dieser Versorgungsleistung zusätzlich zur Vergütung für die Tätigkeit als verdeckte Gewinnausschüttung zu qualifizieren ist.

In diesem Beitrag wird daher speziell mit Blick auf beherrschende Gesellschafter-Geschäftsführer von GmbH untersucht, unter welchen Voraussetzungen die Gesellschaft mit steuerlicher Wirkung gleichzeitig eine betriebliche Altersversorgung und eine Vergütung für die fortgesetzte Tätigkeit des (früheren) Gesellschafter-Geschäftsführers zahlen kann. Dabei werden folgende Ausgangslagen, in denen es zur Zahlung der betrieblichen Versorgung neben einer Aktivenvergütung kommt, unterschieden:

*) Die Verfasser sind Referenten für Recht und Steuern bei der compertis Beratungsgesellschaft für betriebliches Vorsorgemanagement mbH, Wiesbaden. Für wichtige Hinweise zur Gestaltung des Beitrags danken die Verfasser Herrn Rechtsanwalt Dr. Peter A. Doetsch

- Fortsetzung der Geschäftsführertätigkeit im Alter,
- Beendigung der Geschäftsführungstätigkeit mit anschließender Teilzeittätigkeit für die bisherige Gesellschaft und
- Beendigung der Geschäftsführungstätigkeit mit anschließender freiberuflicher Tätigkeit auf Basis eines Beratervertrags für die Gesellschaft.

Fortsetzung der Geschäftsführertätigkeit im Alter

Setzt der Gesellschafter-Geschäftsführer seine Tätigkeit für die GmbH nach Vollendung des 65. Lebensjahrs bzw. nach Erreichen eines abweichenden Pensionierungsalters laut Pensionszusage fort, stellt sich zunächst die Frage, ob ihm die Gesellschaft neben seinem Geschäftsführergehalt auch noch die betriebliche Altersrente mit steuerlicher Wirkung zahlen kann. Sollte das nicht möglich sein, ist zu untersuchen, ob ihm für die Weiterarbeit wenigstens eine Erhöhung seines Pensionsanspruchs gewährt werden darf.

Gleichzeitiger Bezug einer Altersrente und Geschäftsführervergütung

Ob die Auszahlung der betrieblichen Altersrente parallel zur Geschäftsführervergütung steuerlich als betrieblich veranlasst anerkannt wird, hängt zunächst vom Inhalt der Pensionszusage ab.

Altersversorgungsanspruch abhängig vom „Ausscheiden“ des Geschäftsführers

Ist die Zahlung der Altersleistung, wie im folgenden Beispiel 1, an die Bedingung des vorherigen Ausscheidens gebunden, fehlt es bereits an einem zivilrechtlichen Anspruch des Geschäftsführers auf die Betriebsrente.

Beispiel 1:

Dem beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführer wurde eine zivilrechtlich wirksame und steuerrechtlich anerkannte Zusage über eine Altersrente im Durchführungsweg der Direktzusage („Pensionszusage“) nach Vollendung des 65. Lebensjahres erteilt. Als Leistungsvoraussetzung wurde außerdem das „Ausscheiden aus den Diensten der Gesellschaft“ vereinbart bzw. das Ausscheiden, um in den Ruhestand zu treten. Nach Erreichen des vertraglichen Pensionsalters ist der Versorgungsberechtigte dennoch weiterhin als Geschäftsführer tätig.

Eine Auslegung gegen den klaren Wortlaut der Versorgungsregelung scheidet u. E. schon daran, dass die Versorgungszusage mit der Voraussetzung des Ausscheidens erkennbar Versorgungscharakter hat. Dieser fehlt, wenn der Geschäftsführer noch über die vollen Aktivbezüge verfügt. Arbeitet der Geschäftsführer über das vertragliche Pensionsalter hinaus unverändert weiter, so ruht sein Rentenanspruch für die Dauer der Tätigkeit. Der Geschäftsführer ist bis zur Beendigung der aktiven Tätigkeit ein „technischer Rentner“.

Wird die Pensionsleistung – entgegen der vertraglichen Vereinbarung in Beispiel 1 – gleichzeitig mit einem Gehalt für die fortdauernde Tätigkeit gewährt, so fehlt es dafür an „einer zivilrechtlich wirksamen, klaren Vereinbarung“¹. Solange das Dienstverhältnis fortbesteht, werden die Pensionsleistungen damit steuerlich als verdeckte Gewinnausschüttungen behandelt.

Es stellt sich zudem die Frage, ob für den Fall, dass die Altersrente über einen längeren Zeitraum nach Erreichen des Pensionsalters nicht in Anspruch genommen wird, weil der Geschäftsführer seine Tätigkeit fortsetzt, auf mangelnde Ernsthaftigkeit² der erteilten Pensionszusage geschlossen werden kann. Dies hätte zur Folge, dass die Pensionszusage steuerlich insgesamt nicht anerkannt würde. U. E. ist dies aber zu verneinen. Gegen eine mangelnde Ernsthaftigkeit spricht, dass es den Parteien freisteht, dem Versorgungscharakter der Zusage Vorrang vor dem Entgeltcharakter einzuräumen. Es kann auch kein Teilverzicht vorliegen, weil die Zusage im Fall der weiteren Tätigkeit von vornherein keinen Leistungsanspruch einräumt. Nur dann, wenn es klare Anhaltspunkte dafür gibt, dass der Geschäftsführer zu keinem Zeitpunkt eine Inanspruchnahme der Altersrente beabsichtigt, etwa weil er in jedem Fall bis zu seinem Ableben weiterarbeiten möchte, wäre die Ernsthaftigkeit der Zusage in Zweifel zu ziehen.

Die Pensionsrückstellung ist für beherrschende Gesellschafter-Geschäftsführer auf das vertragliche Pensionsalter zu bilden, mindestens jedoch auf das vollendete 65. Lebensjahr³. Für die Rückstellungsbildung ist allerdings ein höheres Finanzierungsendalter als das vertraglich vorgesehene zu wählen, sofern – zum Beispiel wegen erwarteter Weiterarbeit – mit einer späteren Inanspruchnahme zu rechnen ist⁴. Voraussetzung ist aber, dass dieses Hinausschieben des Rentenbeginns schon mit hinreichender Sicherheit feststeht.

Wird die Pension nicht ab dem Zeitpunkt in Anspruch genommen, auf den die Rückstellung berechnet wurde, etwa im Fall des technischen Rentners, sieht R 6a Abs. 22 Satz 2 EStR vor, dass mit der Auflösung der Rückstellung ab dem Überschreiten der Altersgrenze zu beginnen ist, wenn die Pensionsrückstellung bis zum vertraglich vorgesehenen Eintritt des Versorgungsfalls voll gebildet wurde. Die längere Tätigkeit des Geschäftsführers führt damit zu einer stetigen Gewinn erhöhenden Auflösung der Pensionsrückstellung; diese wird jedoch im Regelfall durch die stattdessen erfolgende Gehaltszahlung überkompensiert.

Altersversorgungsanspruch unabhängig vom Ausscheiden

Einige Zusagen sehen – wie im folgenden Beispiel 2 – als einzige Voraussetzung für die Fälligkeit der Altersrente das Erreichen der Altersgrenze vor. Sofern der Geschäftsführer nach Erreichen der Altersgrenze weiter arbeitet, stellt sich die Frage, wie ein den vertraglichen Vereinbarungen entsprechender gleichzeitiger Bezug von Gehalt und Rente steuerlich zu beurteilen ist.

Beispiel 2:

Im folgenden Abschnitt wird davon ausgegangen, dass dem beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführer abweichend vom Ausgangsfall eine Pensionszusage über eine Altersrente erteilt wurde, die – unabhängig vom Ausscheiden aus den Diensten der Gesellschaft – nach Vollendung des 65. Lebensjahres zu zahlen ist. Auch hier ist der Gesellschafter-Geschäftsführer nach seinem 65. Geburtstag weiter für die GmbH tätig und bezieht neben dem Geschäftsführergehalt die Altersrente.

1) Vgl. R 36 Abs. 2 Satz 1 KStR 2004

2) Vgl. R 38 Satz 6 KStR 2004

3) Vgl. Förster, in: Blümich, EStG KStG GewStG, München 2006, § 6a Rz. 555

4) Vgl. R 6a Abs. 11 Satz 2 EStR 2005; Höfer, BetrAVG, 4. Aufl., München 2001, Bd. II, S. 244, Rz. 287ff. mit weiteren Ausführungen zur Ausübung und Änderung des ersten Wahlrechts

Ob die vertragliche Vereinbarung, dass neben dem Gehalt auch die Altersrente zur Auszahlung kommt, steuerlich zulässig ist oder eine verdeckte Gewinnausschüttung gem. § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG darstellt, beurteilen Rechtsprechung, Finanzverwaltung und Literatur unterschiedlich.

Eine gefestigte Rechtsprechung zu diesem Themenkreis existiert nicht. Lediglich in einem Urteil⁵ hat der BFH – ohne nähere Begründung in einem obiter dictum – festgestellt, dass sich die Zahlung eines Gehalts für die aktive Tätigkeit und einer Pension für den Ruhestand grundsätzlich gegenseitig ausschließen sollen.

Das BMF hat in verschiedenen Schreiben zur betrieblichen Altersversorgung Stellung dazu bezogen, ob eine Leistung als betriebliche Altersversorgung anerkannt werden kann, wenn die Versorgungszusage die Leistung ohne formale Beendigung des Arbeitsverhältnisses vorsieht. Im BMF-Schreiben vom 11.11.1999⁶ wurde die Auffassung vertreten, dass die Annahme einer betrieblichen Altersversorgung im Sinne von § 1 BetrAVG bei einem gleichzeitig bestehenden Arbeitsverhältnis ausgeschlossen ist. Das zwischenzeitlich aufgehobene BMF-Schreiben vom 5.8.2002⁷ legte fest, dass das „biologische Ereignis bei der Altersversorgung das altersbedingte Ausscheiden aus dem Erwerbsleben“ ist und als Untergrenze für das altersbedingte Ausscheiden das 60. Lebensjahr gilt. Auf eine Anfrage des Gesamtverbands der Deutschen Versicherungswirtschaft (GDV) hat das BMF klarstellend mitgeteilt, dass es steuerlich unschädlich sei, wenn „der Arbeitnehmer im Zeitpunkt der Auszahlung das 60. Lebensjahr erreicht, aber die berufliche Tätigkeit noch nicht beendet hat“⁸. Die Altersgrenze stellt damit nur ein prognostisches Hilfskriterium dar, unterhalb derer keinesfalls von einer Altersversorgung ausgegangen werden kann. Im BMF-Schreiben vom 17.11.2004⁹ heißt es sogar ausdrücklich: „Erreicht der Arbeitnehmer im Zeitpunkt der Auszahlung das 60. Lebensjahr, hat aber seine berufliche Tätigkeit noch nicht beendet, so ist dies unschädlich.“

Eine Unsicherheit ergibt sich aus dem Umstand, dass die Anwendbarkeit dieser BMF-Schreiben für beherrschende Gesellschafter-Geschäftsführer nicht ausdrücklich festgestellt wurde. Ebenso könnte die Auffassung vertreten werden, dass diese Personengruppe gerade deshalb auch erfasst wird. Zweifel können sich aber daraus ergeben, dass der Regelungsgegenstand der letzten Schreiben (nur) die steuerliche Förderung der privaten und betrieblichen Altersversorgung ist. Damit ist jedoch nicht automatisch eine körperschaftsteuerliche Bewertung verbunden; die Möglichkeit einer verdeckten Gewinnausschüttung kann somit nicht sicher ausgeschlossen werden.

In der Literatur wird darauf verwiesen, dass die betriebliche Altersleistung bereits durch die bisherige Tätigkeit verdient worden ist, während die Zahlung der Vergütung durch die weitere Geschäftsführertätigkeit gerechtfertigt wird¹⁰. Die gleichzeitige Zahlung von Gehalt und Rente wird teilweise sogar als Argument für die Ernsthaftigkeit des Pensionsversprechens angeführt¹¹.

Die Leistungen der betrieblichen Altersversorgung haben neben dem Versorgungs- auch einen Entgeltcharakter¹². Letzteres bedeutet, dass die Versorgung eine Gegenleistung für die bereits erbrachte Leistung¹³ darstellt. Die Erwägungen des BFH scheinen dagegen allein auf den Versorgungscharakter abzustellen. Dies berücksichtigt jedoch nicht, wie von der Literatur zu Recht betont, dass die Altersleistung als Form der aufgeschobenen Vergütung für die bereits erbrachte Arbeitsleistung angesehen werden kann.

U. E. wird ein Fremdvergleich in aller Regel dazu führen, dass die Gewährung einer betrieblichen Altersrente parallel zur Fortzahlung der Geschäftsführervergütung nach Vollendung des

65. Lebensjahrs steuerlich anzuerkennen ist. Eine entsprechende Doppelzahlung wäre nämlich im Zweifel auch einem Fremdgeschäftsführer in dieser Form gewährt worden¹⁴. Ein fremder Geschäftsführer würde nicht auf schon erdiente Altersversorgungszahlungen verzichten, wenn er seine Tätigkeit für die Gesellschaft im Alter fortsetzt. Insofern ist u. E. im Fall der weiteren Tätigkeit über die vertragliche Altersgrenze hinaus der gleichzeitige Bezug betrieblich veranlasst. Mangels entsprechender Rechtsprechung bleibt aber ein Risiko, dass die Finanzgerichte dies anders einschätzen. Daher sollte in einem solchen Fall eine Auskunft beim zuständigen Finanzamt eingeholt werden.

Erhöhung der Altersrente aufgrund der weiteren Tätigkeit

Wenn der Geschäftsführer bei der Fortsetzung seiner Tätigkeit keinen Anspruch auf die zugesagte betriebliche Altersversorgung hat, stellt sich die Frage nach einem Ausgleich für den späteren Beginn des Bezugs der Altersrente. Im Folgenden wird daher untersucht, ob die Vereinbarung eines Zuschlags für jeden Monat bzw. jedes Jahr der späteren Inanspruchnahme der Altersrente bei einem beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführer betrieblich veranlasst ist und – bejahendenfalls – ob ein solcher Zuschlag mit steuerlicher Wirkung auch noch nachträglich vereinbart werden kann.

Betriebliche Veranlassung von Zuschlägen für einen späteren Beginn der Altersrente

Wenn in der Zusage von Anfang an Zuschläge für ein Hinausschieben des Beginns der Altersrente vereinbart wurden und diese der Höhe nach über einen angemessenen Ausgleich für die Verkürzung der Rentenphase nicht hinausgehen, muss u. E. von einer betrieblichen Veranlassung ausgegangen werden. Eine entsprechende Klausel kann beispielsweise wie folgt formuliert worden sein: „Im Fall der späteren Inanspruchnahme der Altersrente erhöht sich die zum vertraglichen Pensionsalter zugesagte Altersrente um 0,5 % für jeden Monat der späteren Inanspruchnahme für die gesamte Dauer des Versorgungsbezuges, maximal aber auf ...“.

Für eine betriebliche Veranlassung spricht zunächst die Parallele zur gesetzlichen Rentenversicherung. Hier findet ein solcher Ausgleich nämlich ebenfalls statt: Nach § 77 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. b) SGB VI erhöht sich die Rente desjenigen, der die Anspruchsvoraussetzungen mit Vollendung des 65. Lebensjahrs erfüllt hat, die Rente aber nicht abrufen, im Ergebnis für jeden weiteren aufgeschobenen Monat dauerhaft um 0,5%.

Ebenso spricht hierfür die wirtschaftliche Betrachtung eines solchen Zuschlags. Durch den hinausgeschobenen Beginn der Ren-

5) Vgl. BFH-Urteil vom 2.12.1992, I R 54/91, BStBl II 1993, S. 311 unter II 1. c) cc) = INF 1993, S. 284

6) Vgl. BMF-Schreiben vom 11.11.1999, IV C 2 – S 2176 – 102/99, BStBl I 1999, S. 959, Rz. 2

7) Vgl. BMF-Schreiben vom 5.8.2002, IV C 4 – S 2222 – 295/02, IV C 5 – S 2333 – 154/02, BStBl I 2002, S. 767, Rz. 146, aufgehoben durch BMF-Schreiben vom 17.11.2004, IV C 4 – S 2222 – 177/04, IV C 5 – S 2333 – 269/04, BStBl I 2004, S. 1065

8) Vgl. Rundschreiben 0131/2003 des Gesamtverbandes der Deutschen Versicherungswirtschaft e.V., Teil 1 Frage a)

9) Vgl. BMF-Schreiben vom 17.11.2004, a. a. O. (Fn. 7), Rz. 156

10) Vgl. Doetsch, Versorgungszusagen an Gesellschafter-Geschäftsführer und -Vorstände, 6. Aufl., Karlsruhe 2006, S. 53; Stuhmann, Pensionsrückstellungen für beherrschende Gesellschafter-Geschäftsführer, BB 1983, S. 48, 49; Höfer, a. a. O. (Fn. 4), Rz. 1981; Beck/Henn, Pensionszusage – richtig gemacht, Flein 2001, Rz. 271; a. A. Ahrend/Förster/Röbber, Steuerrecht der betrieblichen Altersversorgung, 9. Aufl., München 2003, Bd. II, Teil 6, Rz. 726

11) Vgl. Höfer/Kisters-Kölkes, Zur steuerlichen Anerkennung von Versorgungszusagen an beherrschende Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH, BB 1989, S. 1157, 1158

12) Vgl. Blomeyer/Rolfs/Otto, BetrAVG, 4. Aufl., München 2006, Rz. 28

13) Vgl. BAG-Urteil vom 17.1.1980, 3 AZR 614/78, NJW 1980, S. 1181

14) Vgl. Höfer, a. a. O. (Fn. 4), Rz. 1992

tenzahlungen verkürzt sich die Rentenzahlungsdauer und damit der (Bar-)Wert der Versorgungsanwartschaft. Es entspricht daher wirtschaftlich vernünftigen Erwägungen, dem Versorgungsberechtigten durch Zuschläge einen Ausgleich zu gewähren und damit den erreichten Wert der Altersversorgung zu sichern. Zudem wird dadurch vermieden, einen Anreiz für ein Ausscheiden zu setzen.

Hinzu kommt, dass in der Praxis in zunehmendem Maße betriebliche Versorgungswerke neben Abschlägen für eine vorgezogene Rente auch Zuschläge für einen hinausgeschobenen Beginn vorsehen. Allgemeine Überlegungen wie auch der externe Betriebsvergleich legen u. E. damit eine betriebliche Veranlassung eines Zuschlags für einen späteren Beginn der Altersrente nahe. Sofern sich die Zuschläge im Bereich der „üblichen“ Abschläge¹⁵ für die vorzeitige Inanspruchnahme der Versorgung bewegen, sind sie u. E. daher bei beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführern steuerlich nicht zu beanstanden.

Nachträgliche Vereinbarung von Zuschlägen für einen späteren Beginn der Altersrente

Die vorstehenden Erwägungen gelten u. E. im Ergebnis auch für die Fälle, bei denen Zuschläge für ein Hinausschieben der Rentenzahlungen nicht von vornherein vorgesehen waren, sondern erst später, gegebenenfalls erst bei Erreichen des Rentenalters vereinbart werden.

Die betriebliche Veranlassung der nachträglichen Vereinbarung eines Zuschlags für ein Hinausschieben der Altersrente scheidet u. E. nicht schon am Kriterium der Erdienbarkeit der Leistung. Dieses Kriterium kann nämlich nach Erreichen des vertraglichen Pensionsalters nicht ohne weiteres angewandt werden¹⁶. Es geht nicht mehr um das Erdienen von Versorgungsansprüchen durch die Geschäftsführertätigkeit, sondern darum, einen Wertverlust der erdienten Rechte zu verhindern. Dem liegt die Überlegung zugrunde, dass nicht jede positive Veränderung der Zusage erdient werden, sondern eine wirtschaftliche Betrachtung ausschlaggebend sein muss. Nach in der Literatur vertretener Auffassung ist die parallele Zahlung von Gehalt und Betriebsrente nach Erreichen der vertraglichen Altersgrenze steuerlich nicht zu beanstanden¹⁷.

Zur nachträglichen Einfügung von Regelungen zur Anpassung der Versorgung im Leistungsbezug wird die Ansicht vertreten, dass zu erdienende „Verbesserungen“ von Zusagen schon begrifflich nicht vorliegen, wenn angesichts der Inflation im Ergebnis lediglich der Werterhalt der Zusage bewirkt wird¹⁸. Damit wird verhindert, dass ein bloßer Nachteilsausgleich schon als Vorteil zählt. Den in einer Versorgungszusage vorgesehenen versicherungsmathematischen Abschlägen für die vorzeitige Inanspruchnahme kommt nämlich die Wirkung zu, zugunsten des Arbeitgebers die längere Bezugsdauer und den Zinseffekt auszugleichen¹⁹; sie haben also lediglich den Charakter eines Vorteilsausgleichs. Im Umkehrschluss ist der Zuschlag somit kein echter Vorteil, sondern nur ein Nachteilsausgleich. Bei einer angemessenen Erhöhung dürfte u. E. insofern kein Verstoß gegen das Nachzahlungsverbot vorliegen.

Als Ergebnis ist damit festzuhalten, dass gegen die spätere Vereinbarung von angemessenen Zuschlägen, welche nach Erreichen der vertraglichen Altersgrenze wirksam werden, keine Bedenken bestehen. Gleichwohl sollten dynamische Elemente mit Bedacht verwendet werden, da die Zusage hierdurch eine Steigerung erfahren kann, die im Einzelfall unerwünscht sein kann. Eine Verpflichtung zur Aufnahme einer solchen Regelung besteht u. E. jedoch nicht, weshalb aus der Nichtaufnahme auch kein Verzicht folgen kann.

Der Vollständigkeit halber ist noch darauf hinzuweisen, dass durch die Steigerung keine Überversorgung eintreten darf; bei hohen Versorgungsleistungen ist daher eine Begrenzung sinnvoll.

Teilzeittätigkeit nach Ausscheiden als Geschäftsführer

Ist der Gesellschafter-Geschäftsführer nach der Abberufung als Geschäftsführer und der Beendigung seines Geschäftsführer-Dienstvertrags noch in Teilzeit für die GmbH tätig, stellt sich ebenfalls die Frage, ob die Gewährung der Altersrente neben der Vergütung für seine Teilzeittätigkeit betrieblich veranlasst ist.

Beispiel 3:

Dem beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführer wurde eine zivilrechtlich wirksame und steuerrechtlich anerkannte Pensionszusage über eine Altersrente nach Vollendung des 65. Lebensjahres erteilt. Als Leistungsvoraussetzung wurde außerdem das Ausscheiden aus den Diensten der Gesellschaft vereinbart.

Mit Erreichen des vertraglichen Pensionsalters endet das Anstellungsverhältnis; der Gesellschafter-Geschäftsführer wird abberufen, seine Organstellung als Geschäftsführer endet ebenfalls. Hiernach wird er für die Gesellschaft nur noch an vier Tagen im Monat tätig. Er bezieht die betriebliche Altersrente in der vertraglich vereinbarten Höhe.

Anforderung an ein „Ausscheiden“

Die Vereinbarung der Beendigung des Anstellungsverhältnisses als Leistungsvoraussetzung dient regelmäßig dem Zweck, dass es nur dann zu Versorgungszahlungen kommt, wenn bei dem Berechtigten auch Versorgungsbedarf besteht; das ist regelmäßig beim Wegfall von Aktivbezügen wegen des Eintritts in den Ruhestand der Fall²⁰.

Ist der Versorgungsbedarf damit bei jeglicher Form der weiteren Tätigkeit im „Ruhestand“ ausgeschlossen, sei es beim bisherigen oder bei einem neuen Arbeitgeber? U. E. kann davon nicht ausgegangen werden. Die Bedingung des Ausscheidens ist auch in Versorgungsregelungen für beherrschende Gesellschafter-Geschäftsführer auslegungsfähig²¹. Nach Sinn und Zweck der „Ausscheidungsbedingung“ dürfte sich ergeben, dass die GmbH bei nur gelegentlicher oder im zeitlichen Umfang geringfügiger Tätigkeit im Alter nicht das Recht haben kann, die Auszahlung der Altersrente zu verweigern. Hier hat der Geschäftsführer

15) Nach den Erfahrungen der Verfasser meist zwischen 0,3 % und 0,7 % pro Monat – mit einem deutlichen Schwerpunkt bei 0,5 % pro Monat; nach Höfer, a. a. O. (Fn. 4), Bd. I, S. 1278, Rz. 4238 erfasst bei einer Rentenleistung ein Abschlag von 0,4 % bis 0,5 % die längere Bezugsdauer und den Zinseffekt am besten

16) Ebenso Doetsch, a. a. O. (Fn. 10), S. 97, der in diesem Zusammenhang auf den für betriebsrentenrechtliche Arbeitnehmer geltenden § 1b Abs. 1 Satz 3 BetrAVG verweist.; a. A. Ahrend/Förster/Rößler, a. a. O. (Fn. 10), Bd. II, Teil 6, Rz. 727, die grundsätzlich die Erdienbarkeit verneinen, jedoch Indexanpassungen für zulässig halten, soweit diese vertraglich auch für die Rentenphase vorgesehen sind

17) Vgl. Doetsch, a. a. O. (Fn. 10), S. 53; Stuhmann, a. a. O. (Fn. 10), S. 49; Höfer, a. a. O. (Fn. 10), Rz. 1981; Höfer/Kisters-Kölkes, a. a. O. (Fn. 11), S. 1158

18) Vgl. Doetsch, a. a. O. (Fn. 10), S. 61

19) Vgl. Höfer, a. a. O. (Fn. 4), S. 1278, Rz. 4236

20) Vgl. hierzu Höfer, a. a. O. (Fn. 4), S. 381, Rz. 842

21) Vgl. BFH-Urteile vom 4.12.1991, I R 63/90, BStBl II 1992, S. 362 = INF 2002, S. 235; vom 25.10.1995, I R 9/95, BStBl II 1997, S. 703 = INF 1996, S. 254; vom 24.3.1999, I R 20/98, INF 1999, S. 606

nämlich weiterhin einen Versorgungsbedarf, da er mit einer geringfügigen Tätigkeit im Zweifel seinen bisherigen Lebensstandard nicht aufrechterhalten kann.

Es wird u.E. entscheidend darauf ankommen, ob der Versorgungsberechtigte „aus dem Erwerbsleben“ ausgeschieden ist, das heißt, dass er im Ergebnis vom Erwerbstätigen zum Rentner geworden sein sollte. Die Tätigkeit für den Arbeitgeber darf nicht mehr der „Schwerpunkt“ im Leben des Betriebsrentners sein.

Nicht entscheidend ist u.E. dagegen, ob der Versorgungsberechtigte, sei es auch nur für einen kurzen Zeitraum, vorübergehend kein Dienstverhältnis mit der Gesellschaft hatte. Damit wäre zwar das Erfordernis des Ausscheidens formal erfüllt, insbesondere wenn dies von vornherein nur kurz geplant war, es fehlt wirtschaftlich betrachtet aber an einem „Ausscheiden“ aus dem aktiven Berufsleben. Andererseits dürfte die Wiederaufnahme einer vollen Berufstätigkeit für eine andere Gesellschaft dem alten Arbeitgeber kein Recht zur Leistungsverweigerung geben, da die vertragliche Regelung nur das Ausscheiden aus „dieser Gesellschaft“ voraussetzt.

Bezogen auf die Tätigkeit für die GmbH, die dem Gesellschafter-Geschäftsführer „beim Ausscheiden“ eine Altersversorgung zugesagt hat, um in den Ruhestand treten zu können, ist u.E. zwischen einer Fortsetzung der Berufstätigkeit und einer geringfügigen Nebentätigkeit im Ruhestand zu unterscheiden. Jedenfalls dann, wenn die fortgesetzte Tätigkeit für die Gesellschaft sich im Rahmen der sog. Hinzuverdienstgrenze der gesetzlichen Rentenversicherung bei einer vorgezogenen gesetzlichen Altersrente hält, bestehen u.E. keine Zweifel an der Geringfügigkeit.

Die Hinzuverdienstgrenze beträgt bei der Auszahlung der Altersrente als Vollrente ein Siebtel der monatlichen Bezugsgröße nach §18 SGB IV, also 350 EUR im Jahr 2006²². Sie kann aber, wenn es um eine Arbeitstätigkeit nach Vollendung des 65. Lebensjahrs geht, u.E. nicht die obere Grenze bilden, zumal sie keine zeitliche Komponente beinhaltet. Stellt man auf den zeitlichen Umfang einer Tätigkeit ab, so dürfte – angelehnt an § 8 Abs. 1 Nr. 2 SGB IV – etwa eine Tätigkeit für maximal 50 Tage im Jahr bzw. maximal zwei Monate als geringfügig anzusehen sein.

Als Ergebnis ist damit festzuhalten, dass dann, wenn der Geschäftsführer nach Erreichen der vorgesehenen Altersgrenze entgegen der Versorgungszusage nicht ausgeschieden ist, sondern lediglich in geringfügigem Umfang für die Gesellschaft tätig bleibt, die Altersrente neben der Vergütung für seine Nebentätigkeit mit steuerlicher Wirkung gezahlt werden kann. Letztlich wird es dabei auf das Gesamtbild der Tätigkeit ankommen.

Insbesondere wird auch die Ernsthaftigkeit der Zusage durch die weitere Tätigkeit nicht nachträglich infrage gestellt²³. Diese Einschätzung entspricht der wohl herrschenden Auffassung in der Literatur, wonach die parallele Zahlung von Gehalt und Betriebsrente nach Erreichen der vertraglichen Altersgrenze steuerlich nicht zu beanstanden ist²⁴.

Selbständige Tätigkeit für die Gesellschaft nach Beendigung der Geschäftsführungstätigkeit

Es stellt sich schließlich die Frage, ob dem früheren Gesellschafter-Geschäftsführer eine betriebliche Altersrente mit steuerlicher

Wirkung gezahlt werden kann, wenn er nach seinem Ausscheiden als Geschäftsführer auf selbständiger Basis, z.B. als Unternehmensberater, für die Gesellschaft tätig bleibt.

Für die steuerliche Anerkennung der Rentenzahlung sind u.E. in diesem Fall die gleichen Voraussetzungen erforderlich wie bei der Fortsetzung einer Angestelltentätigkeit. Bereits aus dem Wortlaut von § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG wird deutlich, dass eine betriebliche Altersversorgung nicht nur Arbeitnehmern gewährt werden kann, sondern auch Selbständigen aufgrund ihrer Tätigkeit für den Arbeitgeber. Der Status als Angestellter oder Selbständiger ist damit letztlich ohne Bedeutung. Gleiches muss u.E. auch für den Bezug der Leistungen gelten. Hier kann der Versorgungszweck, den das Kriterium des Ausscheidens zum Ausdruck bringt, nicht dadurch umgangen werden, dass die weitere Tätigkeit für die Gesellschaft in einem anderen Rechtskleid erfolgt. Entscheidend wird auch hier der Umfang der Tätigkeit für die Gesellschaft sein. Ist dieser geringfügig im oben beschriebenen Sinne, spricht trotz der selbständigen Tätigkeit u.E. nichts gegen eine steuerliche Anerkennung der Rentenzahlungen an den früheren Geschäftsführer als betrieblich veranlasst. Dieser Ansicht ist offensichtlich auch das FG Baden-Württemberg²⁵, nach dessen Auffassung es „... nicht unüblich [ist], ehemalige Führungskräfte durch Beraterverträge über die Pensionierung hinaus für geringfügige Beratungen an das Unternehmen zu binden“.

Zusätzlich zu beachten ist, dass nach der BFH-Rechtsprechung Vergütungen aufgrund eines Beratervertrags mit dem pensionierten, beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführer dem Grunde nach zu verdeckten Gewinnausschüttungen führen, wenn ihm weiterhin die Stellung als Gesellschafter-Geschäftsführer eingeräumt und nicht klar und eindeutig vereinbart worden ist, was er als geschäftsführender Gesellschafter an Aufgaben weiterhin zu erfüllen und was er völlig klar davon abgetrennt als Berater der GmbH zu leisten hat. Gleiches gilt, wenn es an einem genauen Nachweis für die aufgrund des Beratervertrags erbrachten Leistungen fehlt, über die Tätigkeit – trotz Vereinbarung – nicht monatlich abgerechnet wird und ihm weiterhin eine Gewinnbeteiligung eingeräumt worden ist²⁶.

Unterschiede bei nicht beteiligten Geschäftsführern

Die vorstehenden Ausführungen gelten für beherrschende Gesellschafter-Geschäftsführer und im Zweifel auch für Geschäftsführer, die nicht lediglich geringfügig an der GmbH beteiligt sind. Fraglich bleibt, welche Regeln bei geringfügig bzw. nicht beteiligten Geschäftsführern gelten.

Bei dieser Personengruppe sind Leistungen der GmbH, und seien sie noch so unüblich oder gar ohne vorherige vertragliche Grundlage, immer betrieblich veranlasst. Hier kann sich allenfalls in arbeitsrechtlicher Hinsicht die Frage stellen, ob bei Fortsetzung der Arbeit im Alter gegebenenfalls ein durchsetzbarer Anspruch auf die Betriebsrente neben der Vergütung besteht.

22) Vgl. § 34 Abs. 2, 3 SGB VI i. V. m. §§ 36, 37, 40 sowie 236, 236a, 237, 237a SGB VI

23) Ebenso Doetsch, a. a. O. (Fn. 10), S. 53; vgl. auch Stuhmann, a. a. O. (Fn. 10); Höfer, a. a. O. (Fn. 10), Rz. 1981; Höfer/Kisters-Kölkes, a. a. O. (Fn. 11), S. 1157f.

24) Vgl. Doetsch, a. a. O. (Fn. 10), S. 53; Stuhmann, a. a. O. (Fn. 10), S. 48f.; Höfer, a. a. O. (Fn. 10), Rz. 1981; Höfer/Kisters-Kölkes, a. a. O. (Fn. 11), S. 1157f.

25) Vgl. FG Baden-Württemberg, Urteil vom 8.3.2001, 6 K 44/98, BeckRS 200121011943, im konkreten Fall nahm das Gericht aber eine verdeckte Gewinnausschüttung an, weil u. a. keine geringfügige Tätigkeit gegeben war

26) Vgl. ebenda, I. Leitsatz

Insoweit gelten die Überlegungen, die oben zu Gesellschafter-Geschäftsführern angestellt wurden, entsprechend. Das Betriebsrentengesetz hindert jedenfalls keine Betriebsrentenzahlung neben einer Aktivvergütung, gleich, ob der Arbeitnehmer nach Vollendung des 65. Lebensjahrs in Vollzeit oder in Teilzeit tätig ist²⁷. Auch in der gesetzlichen Rentenversicherung ist nach dem 65. Lebensjahr ein gleichzeitiger Bezug von gesetzlicher Rente und anderen Erwerbseinkünften zulässig.

Sofern die Versorgungsvereinbarung eines insolventen Arbeitgebers keine besondere Regelung enthält, erhöht sich eine durch den Pensionssicherungsverein zahlbare Versorgung für jeden Monat der späteren Inanspruchnahme nach Erreichen der in der Zusage des Arbeitgebers vorgesehenen festen Altersgrenze um 0,5%²⁸.

Zusammenfassung

Die Rechtslage bei einer Fortsetzung der Tätigkeit nach Erreichen der für die Gewährung der betrieblichen Altersversorgung vorgesehenen Altersgrenze ist beim Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH bislang weitgehend ungeklärt.

Entgegen dem obiter dictum in einem Urteil des BFH aus dem Jahre 1992 ist u. E. die gleichzeitige Zahlung eines Gehalts für eine aktive Tätigkeit und einer betrieblichen Altersrente weder bei nicht beteiligten Geschäftsführern noch bei beherrschenden

Gesellschafter-Geschäftsführern steuerlich zu beanstanden, sofern die Zusage von Anfang an eine Gewährung der Altersrente ohne die Voraussetzung des Ausscheidens aus dem Dienstverhältnis vorsieht.

Selbst wenn die Zusage ein Ausscheiden aus den Diensten der Gesellschaft vorsieht, besteht Anspruch auf Zahlung der Altersrente mit voller steuerlicher Wirkung, wenn der Gesellschafter-Geschäftsführer mit dem Ausscheiden als Geschäftsführer bei Erreichen der vorgesehenen Altersgrenze nur in geringfügigem Umfang für die Gesellschaft, sei es als Angestellter oder Selbständiger, weiter tätig ist.

Eine Fortsetzung der Geschäftsführungstätigkeit nach Erreichen der Altersgrenze führt sonst dazu, dass der Anspruch des Geschäftsführers auf die Auszahlung der betrieblichen Altersrente bis zur Beendigung der Tätigkeit ruht.

Leider wird die Problematik von den Fachprüfern für betriebliche Altersversorgung unterschiedlich beurteilt. Dies führt zu dem unbefriedigenden Ergebnis, dass Rechtssicherheit nur durch eine verbindliche Auskunft des Betriebsstättenfinanzamts zu erzielen ist. Wünschenswert ist für die Zukunft eine Klarstellung durch die höchstrichterliche Rechtsprechung.

27) Der Regierungsentwurf des BetrAVG (BT-Drucks. 7/1281, S. 8) sah für das Vorziehen der Leistung noch die „Beendigung des Arbeitsverhältnisses“ als Leistungsvoraussetzung vor. Durch den Verzicht auf diese Bedingung (BT-Drucks. 7/2843, S. 8) sollte die Freiheit eingeräumt werden, die betriebliche Altersversorgung trotz Weiterarbeit in Anspruch nehmen zu können

28) Vgl. Merkblatt des PSV 110/M3 (Stand 1.05)

Recht

INF

Mitdarlehensnehmerschaft oder Mithaftungsübernahme? – Der Schutz des Sicherungsgebers bei der Angehörigenbürgschaft

Dr. Kurt Kiethe, Rechtsanwalt, München*

Schon seit einiger Zeit sorgt der XI. Zivilsenat des BGH für Kontinuität bei der Bewertung von Mithaftungsübernahmen und Bürgschaften, die zum Zweck der Sicherung von Darlehen naher Angehöriger gegenüber Banken erklärt werden. Dies belegen zuletzt zwei BGH-Urteile vom 25.1.2005¹, mit denen der Schutz des Mithaftenden bzw. Bürgen vor sittenwidrigen finanziellen Überbelastungen mit parallelen Begründungen weiter gefestigt worden ist. Der folgende Beitrag stellt die verschiedenen Ansätze für eine Mithaftung von Angehörigen als Sicherungsgeber vor dem Hintergrund der jüngeren BGH-Rechtsprechung dar.

1 Problemstellung

In der Bankpraxis ist es unvermindert üblich, die Vergabe von Krediten von der Stellung von Mithaftungsübernahmen abhängig zu machen. Dies erfolgt regelmäßig im Wege des Schuldbeitritts² oder durch Bürgschaften naher Angehöriger³. Das Inte-

resse der Banken an der Stellung solcher Sicherheiten besteht selbst dann, wenn die Sicherungsgeber kaum eigene finanzielle Mittel zur Verfügung haben und daher finanziell völlig überfordert werden.

*) Der Autor ist namensgebender Partner der Kanzlei KIETHE Rechtsanwälte, München – Berlin – Brüssel

1) Vgl. BGH-Urteile vom 25.1.2005, XI ZR 28/04, NJW 2005, S. 971ff. (sittenwidrige Ehegatten-Bürgschaft: Bürgschaft des finanziell krass überforderten Ehepartners); vom 25.1.2005, XI ZR 325/03, NJW 2005, S. 973ff. (Mithaftungsübernahme)

2) Vgl. Madaus, Mithaftung für die Darlehensrückzahlung – Schuldbeitritt oder Vertragspartnerschaft?, WM 2003, S. 1705

3) Vgl. hierzu Nobbe/Kirchhof, Bürgschaften und Mithaftungsübernahmen finanziell überforderter Personen, BKR 2001, S. 5ff.; Wesser, Sittenwidrige Bürgschaftsverträge – Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung gem. § 79 II BVerfGG, NJW 2001, S. 475ff.; Madaus, a. a. O. (Fn. 2), S. 1705ff.; Schimansky, Aktuelle Rechtsprechung des BGH zur krassen finanziellen Überforderung von Mithaftenden bei der Kreditgewährung; WM 2002, S. 2437ff.; Felner, Bankkredit – Sittenwidrigkeit und Verwirkung bei der Bürgschaft, MDR 2005, S. 368ff.; Kulke, Sittenwidrigkeit eines Schuldbeitritts und Teilnichtigkeit, ZIP 2001, S. 985ff.; Wassermann, Bürgschaften und Garantien – Neuere Entwicklungen in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, in: Schriftenreihe der Bankrechtlichen Vereinigung, Band 24 (Bankrechtstag 2004), S. 85ff.