

§ 4e Beiträge an Pensionsfonds

idF des EStG v. 8.10.2009 (BGBl. I 2009, 3366; BStBl. I 2009, 1346), zuletzt geändert durch FinModG v. 1.4.2015 (BGBl. I 2015, 434)

(1) Beiträge an einen Pensionsfonds im Sinne des § 236 des Versicherungsaufsichtsgesetzes dürfen von dem Unternehmen, das die Beiträge leistet (Trägerunternehmen), als Betriebsausgaben abgezogen werden, soweit sie auf einer festgelegten Verpflichtung beruhen oder der Abdeckung von Fehlbeträgen bei dem Fonds dienen.

(2) Beiträge im Sinne des Absatzes 1 dürfen als Betriebsausgaben nicht abgezogen werden, soweit die Leistungen des Fonds, wenn sie vom Trägerunternehmen unmittelbar erbracht würden, bei diesem nicht betrieblich veranlasst wären.

(3) ¹Der Steuerpflichtige kann auf Antrag die insgesamt erforderlichen Leistungen an einen Pensionsfonds zur teilweisen oder vollständigen Übernahme einer bestehenden Versorgungsverpflichtung oder Versorgungsanwartschaft durch den Pensionsfonds erst in den dem Wirtschaftsjahr der Übertragung folgenden zehn Wirtschaftsjahren gleichmäßig verteilt als Betriebsausgaben abziehen. ²Der Antrag ist unwiderruflich; der jeweilige Rechtsnachfolger ist an den Antrag gebunden. ³Ist eine Pensionsrückstellung nach § 6a gewinnerhöhend aufzulösen, ist Satz 1 mit der Maßgabe anzuwenden, dass die Leistungen an den Pensionsfonds im Wirtschaftsjahr der Übertragung in Höhe der aufgelösten Rückstellung als Betriebsausgaben abgezogen werden können; der die aufgelöste Rückstellung übersteigende Betrag ist in den dem Wirtschaftsjahr der Übertragung folgenden zehn Wirtschaftsjahren gleichmäßig verteilt als Betriebsausgaben abzuziehen. ⁴Satz 3 gilt entsprechend, wenn es im Zuge der Leistungen des Arbeitgebers an den Pensionsfonds zu Vermögensübertragungen einer Unterstützungskasse an den Arbeitgeber kommt.

Autor: Prof. Dr. Thomas *Dommermuth*, Steuerberater, Weiden

Mitherausgeber: Prof. Dr. Heribert *Anzinger*, Universität Ulm

Anm. |

Anm.

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 4e

I. Grundinformation zu § 4e	1	IV. Geltungsbereich des § 4e	
II. Rechtsentwicklung des § 4e	2	1. Sachlicher und persönlicher Geltungsbereich	6
III. Bedeutung und Verfassungsmäßigkeit des § 4e		2. Anwendung bei Auslandsbeziehungen	7
1. Bedeutung des § 4e		V. Verhältnis des § 4e zu anderen Vorschriften	8
a) Steuersystematische Bedeutung des § 4e	3	VI. Verfahrensfragen zu § 4e	9
b) Regelungszweck des § 4e	4		
2. Verfassungsmäßigkeit des § 4e	5		

**B. Erläuterungen zu Abs. 1:
Besondere Voraussetzungen für den Betriebsausgabenabzug
von Beiträgen an Pensionsfonds iSd. § 236 VAG**

I. Beiträge an einen Pensionsfonds		1. Grundsatz	20
1. Begriff der Beiträge	10	2. Trägerunternehmen und Arbeitgeber	21
2. Form und Art des Beitrags	11	IV. Einschränkung und Voraussetzungen des Betriebsausgabenabzugs	
3. Finanzierung des Beitrags	12	1. Rangfolge, Qualität und Ratio der Einschränkungen	22
4. Art der Zusage	13	2. Voraussetzungen des Betriebsausgabenabzugs nach Abs. 1	
II. Pensionsfonds		a) Beiträge beruhen auf einer festgelegten Verpflichtung (Abs. 1 Alt. 1)	23
1. Abgrenzung	14	b) Beiträge dienen der Abdeckung von Fehlbeträgen beim Fonds (Abs. 1 Alt. 2)	24
2. Begriff des Pensionsfonds nach § 236 VAG			
a) Einleitungssatz des § 236 Abs. 1 Satz 1 VAG	15		
b) § 236 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 VAG	16		
c) § 236 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 VAG	17		
d) § 236 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 VAG	18		
e) § 236 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 VAG	19		
III. Trägerunternehmen			

**C. Erläuterungen zu Abs. 2:
Betriebliche Veranlassung des Betriebsausgabenabzugs
von Beiträgen an Pensionsfonds**

I. Abzugsverbot für Beiträge bei fehlender betrieblicher Veranlassung von Leistungen des Fonds	30	II. Betriebliche Veranlassung beim Trägerunternehmen	31
		III. Leistungen vom Trägerunternehmen unmittelbar erbracht	33

**D. Erläuterungen zu Abs. 3:
Übernahme von Versorgungsverpflichtungen durch den Pensionsfonds**

I. Zweck der Regelung, Abgrenzung und Anwendungsbereich	40	III. Antragstellung (Abs. 3 Satz 2 Halbs. 1 und 2)	48
II. Verteilung der Leistungen über zehn Jahre (Abs. 3 Satz 1)		IV. Auflösung einer Pensionsrückstellung (Abs. 3 Satz 3 Halbs. 1 und 2)	
1. Verhältnis von Abs. 3 zu Abs. 1 und Begriff des Steuerpflichtigen	41	1. Pensionsrückstellung ist vorhanden (Abs. 3 Satz 3 Halbs. 1)	
2. Antragsbezogenes Wahlrecht	42	a) Pensionsrückstellung nach § 6a ist gewinnerhöhend aufzulösen (Abs. 3 Satz 3 Halbs. 1 Teil 1)	49
3. Insgesamt erforderliche Leistungen an einen Pensionsfonds	43	b) Betriebsausgabenabzug im Übertragungsjahr in Höhe der aufgelösten Rückstellung (Abs. 3 Satz 3 Halbs. 1 Teil 2)	
4. Teilweise oder vollständige Übernahme	44	aa) Übertragung bereits laufender Versorgungsverpflichtungen sowie unverfallbarer Anwartschaften	50
5. Bestehende Versorgungsverpflichtung oder Versorgungsanwartschaft	45		
6. Verteilungszeitraum	46		
7. Gleichmäßige Verteilung als Betriebsausgaben	47		

Anm.	Anm.
bb) Übertragung aktiver Anwartschaften 51	ff) Sondereffekte iZm. der Rückstellungsauflösung sowie verdeckten Gewinnausschüttungen und verdeckten Einlagen 55
cc) Eigene Stellungnahme zur Reduzierung der Rückstellungsauflösung iSv. Satz 3 Halbs. 1 bei aktiven Anwartschaften auf einen Teilbetrag durch BFH und Finanzverwaltung 52	2. Gleichmäßige Verteilung des übersteigenden Betrages in den zehn Folgejahren (Abs. 3 Satz 3 Halbs. 2) 56
dd) Reformbedarf bei § 6a 53	3. Pensionsrückstellung ist nicht vorhanden 57
ee) Unterschiedliche Steuerwirkungen bei Kombinationsmodell und Verbleib des future service in der Direktzusage 54	V. Unterstützungskasse (Abs. 3 Satz 4) 58

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 4e

Schrifttum: *Richter/Schanz*, Betriebliche Altersversorgung – Steuer- und arbeitsrechtliche Aspekte bei Personalentsendungen in der Europäischen Union, BB 1994, 397; *Ahrend/Förster/Rößler*, Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung mit zivilrechtlichen, arbeitsrechtlichen und steuerrechtlichen Vorschriften und Erlassen, Köln, 6. Aufl. 1996; *Förster/Rühmann/Recktenwald*, Auswirkungen des Altersvermögensgesetzes auf die betriebliche Altersversorgung, BB 2001, 1406; *Gohdes/Haferstock/Schmidt*, Pensionsfonds nach dem AVmG aus heutiger Sicht, DB 2001, 1558; *Grabner/Bodel/Stein*, Brutto-Entgeltumwandlung vs. „Riester-Förderung“ – Betriebsinterner Pensionsfonds vs. Pensionsfonds nach AVmG – Ein Günstigkeitsvergleich, DB 2001, 1893; *Heubeck*, Pensionsfonds – Grenzen und Möglichkeiten, DB 2001, Beilage 5, 2; *Höfer*, Die Neuregelung des Betriebsrentenrechts durch das Altersvermögensgesetz, BetrAV 2001, 314; *Höfer*, Die Neuregelung des Betriebsrentenrechts durch das Altersvermögensgesetz, DB 2001, 1145; *Langohr-Plato*, Die Novellierung des BetrAVG durch das Altersvermögensgesetz und ihre Auswirkungen auf das Steuerrecht der betriebliche Altersversorgung, Inf. 2001, 518; *Niermann*, Die Neuregelung der betrieblichen Altersversorgung durch das Altersvermögensgesetz aus steuerlicher Sicht, DB 2001, 1380; *Strahl*, Altersvorsorge nach dem AVmG: Überblick, Durchführungswege, Praxishinweise, KÖSDI 2001, 13023; *Birk*, Verfassungsfragen der Neuregelung der betrieblichen Altersversorgung, BB 2002, 229; *Bodel/Grabner*, Pensionsfonds und Entgeltumwandlung in der betrieblichen Altersversorgung, München 2002; *Aba eV*, Der deutsche Pensionsfonds, Heidelberg 2002; *Friedrich/Weigel*, Übertragung von Pensionsverpflichtungen auf einen Pensionsfonds, DB 2003, 2564; *Höfer*, Das neue Betriebsrentenrecht, München 2003; *Blomeyer/Roß/Otto*, Betriebsrentengesetz, München, 7. Aufl. 2018; *Friedrich/Weigel*, Die steuerliche Behandlung verschiedener Finanzierungsmodelle bei der Auslagerung unmittelbarer Versorgungszusagen und Unterstützungskassenzusagen auf einen Pensionsfonds, DB 2004, 2282; *Horlemann*, Überblick über das AltEinkG, FR 2004, 1049; *Meier/Bätzel*, Auslagerung von Pensionsrückstellungen auf einen Pensionsfonds, DB 2004, 1437; *Baumeister*, Umsetzung der Pensionsfonds-Richtlinie der EU durch die 7. Novelle des Versicherungsaufsichtsgesetzes, DB 2005, 2076; *Förster/Meier/Weppler*, Steuerliche Zweifelsfragen aus der Änderung des § 112 VAG, BetrAV 2005, 726; *Briese*, Übertragung von Pensionsanwartschaften und Pensionsverpflichtungen auf einen Pensionsfonds, DB 2006, 2424; *Mühlberger/Schwinger/Paulweber*, Übertragung von Direkt- und Unterstützungskassenzusagen auf Pensionsfonds, DB 2006, 635; *Förster/Weppler*, Aktuelle steuerliche Zweifelsfragen, BetrAV 2006, 10; *Zeppenfeld/Rößler*, Pensionsfonds: verbesserte Rahmenbedingungen für nationale und internationale Arbeitgeber und Anbieter, BB 2006, 1221; *Höfer/Vevers*, Betriebliche Altersversorgung: Ausgliederung durch Contractual Trust Arrangement oder Pensionsfonds?, DB 2007, 1365; *Jaeger*, Ausfinanzierung von Pensionszusagen für Gesellschaftergeschäftsführer über

Pensionsfonds?, Versicherungswirtschaft 2007, 1528; *Langohr-Plato*, Betriebliche Altersversorgung IV, Münster 2007; *May/Warnke*, Bilanzsteuerrechtliche Berücksichtigung der Übertragung auf Pensionsfonds, BetrAV 2007, 136; *Heeg/Schramm*, Der steinige Weg aus der Pensionszusage – Vermögensverwaltende „Rentner-GmbH“ vom BFH nicht akzeptiert, DStR 2007, 1706; *Bredenbusch/Großmann*, Bilanzsteuerrechtliche Rahmenbedingungen bei der Übertragung einer Pensionszusage auf einen Pensionsfonds, DStR 2010, 1441; *Wellisch/Gellrich/Quiring*, Auslagerung von Direktzusagen auf Pensionsfonds, BB 2010, 623; *Wellisch/Lüken*, Bilanzierung und steuerliche Gewinnermittlung bei der Auslagerung von Direktzusagen auf Pensionsfonds, BB 2011, 1131; *Dommermuth/Schiller*, Auslagerung von an Nicht-Arbeitnehmer erteilten Direktzusagen auf Pensionsfonds steuerfrei?, DB 2017, 505; *Höfer/Veit/Verhuven*, Betriebsrentenrecht, Kommentar, Bd. II Steuerrecht/Sozialabgaben/HGB/IFRS, München, 20. Aufl. 2019; *Briese*, Zum Betriebsausgabenabzug der an einen Pensionsfonds entrichteten Leistungen beim sog. Kombinationsmodell – Anmerkung zum BFH-Urt. v. 20.11.2019, XI R 52/17, FR 12/2020, 563; *Dommermuth*, Betriebsausgabenabzug des Pensionsfonds-Beitrags beim Kombinationsmodell, FR 2020, 673; *Büchtele*, BFH behindert die betriebliche Altersversorgung, NWB 22/2020, 1610; *Hainz*, Zum Betriebsausgabenabzug der an einen Pensionsfonds entrichteten Leistungen beim sog. Kombinationsmodell – Anmerkung zum BFH-Urt. v. 20.11.2019, XI R 52/17, BB 19/2020, 1070; *Ahrend/Förster/Rößler*, Steuerrecht der betrieblichen Altersversorgung, 43. Aufl. 2019; *Höfer/de Groot/Küpper/Reich*, Betriebsrentenrecht, Kommentar, Bd. I Arbeitsrecht, München, 25. Aufl. 2020; *Kanzler/Kraft/Bäumli/Marx/Hechtner*, Einkommensteuergesetz, Kommentar, Herne, 5. Aufl. 2020; *Kirchhof*, Einkommensteuergesetz, Kommentar, Köln, 19. Aufl. 2020; *Kirchhof/Söhl/Mellinghoff*, Einkommensteuergesetz, Kommentar, Heidelberg, 303. Akt. 2020; *Korn*, Betriebsausgabenabzug der Zahlungen an einen Pensionsfonds für die Übernahme von Pensionsverpflichtungen beim sog. Kombinationsmodell, NWB 18/2020, 1310.

1 I. Grundinformation zu § 4e

Die Vorschrift regelt die Voraussetzungen für den Abzug von Beiträgen der Trägerunternehmen an Pensionsfonds als BA und schränkt daher als *lex specialis* § 4 Abs. 4 ein. Die ersten beiden Absätze sind denen des § 4c nachgebildet, der den BA-Abzug von Zuwendungen eines Trägerunternehmens (idR ArbG bzw. ehemaliger ArbG) an eine Pensionskasse kodifiziert. Eine Abs. 3 entsprechende Vorschrift, die die Folgen eines Wechsels des Durchführungsweges der bAV von der Direktzusage bzw. der UKasse zum Pensionsfonds regelt, fehlt beim § 4c, da der Gesetzgeber einen solchen Wechsel zur Pensionskasse stl. absichtlich nicht flankieren wollte. Ansonsten hätte er die Vorschrift des § 3 Nr. 66, Leistungen eines ArbG oder einer UKasse an einen Pensionsfonds zur Übernahme bestehender Versorgungsverpflichtungen oder Versorgungsanwartschaften beim Begünstigten grds. stfrei zu stellen, auch für Pensionskassen eingerichtet.

2 II. Rechtsentwicklung des § 4e

Entwicklung bis zur Einführung des § 4e: In zahlreichen Ländern sind Pensionsfonds die Hauptdurchführungswege der bAV, insbes. in den USA, Großbritannien, Japan, Kanada und den Niederlanden. Daher gab es bereits vor ihrer Einführung zum 1.1.2002 umfangreiche Diskussionen, einen solchen Durchführungsweg auch in Deutschland zuzulassen, weil er als Weg der bAV im Ausland sehr bekannt und daher bei international operierenden Unternehmen von besonderer Bedeutung ist. Noch im September 1999 sah die damalige BReg. keinen Bedarf zur Einrichtung von Pensionsfonds in Deutschland, da die vorhandenen Durchfüh-

rungswege und deren Nutzung durch die ArbN ausreichend seien (BTDrucks. 14/1615, 24f.). Ein Jahr später stellte die FDP-Fraktion einen Antrag zur Zulassung von Pensionsfonds im Rahmen eines 14-Maßnahmen-Katalogs zur Verbesserung der bAV (BTDrucks. 14/4418, 4); Ziel war es dabei, die Chance auf höhere Renditen am Kapitalmarkt über einen mittelbaren Durchführungsweg zu nutzen und dabei die Beitragspflicht zum PSV aG zu vermeiden. Der erste gesetzliche Umsetzungsversuch findet sich im Entwurf zum Altersvermögensgesetz (AVmG) v. 24.1.2001 (BTDrucks. 14/5146, 4).

Die Einführung des § 4e durch das Gesetz zur Reform der gesetzlichen Rentenversicherung und zur Förderung eines kapitalgedeckten Altersvorsorgevermögens (Altersvermögensgesetz – AVmG) v. 26.6.2001 (BGBl. I 2001, 1310, Art. 6 Nr. 5) erfolgte für Wj. des Trägerunternehmens, die nach dem 31.12.2001 endeten (§ 52 Abs. 12b, Art. 35 AVmG). Die ersten Genehmigungen zum Geschäftsbetrieb für Pensionsfonds wurden von der BAFin. im April 2002 erteilt.

Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2011/89/EU v. 27.6.2013 (BGBl. I 2013, 1862): Mit Art. 3 Nr. 19 wurde die Möglichkeit, eine Einmalkapitalzahlung an Stelle einer lebenslangen Leistung zu fordern mit Wirkung ab 4.7.2013 auch für Pensionsfonds (für alle anderen Durchführungsweg der bAV war sie bereits vorher zulässig, vgl. BMF v. 6.12.2017 – IV C 5 - S 2333/17/10002, 2017/0989084, BStBl. I 2018, 147, Rz. 34 und 149) eingeführt. Der Gesetzestext des § 4e EStG wurde dadurch nicht geändert, jedoch der Wortlaut des § 112 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 und Satz 2 VAG (ab 1.1.2016: § 236 VAG), auf den § 4e Abs. 1 verweist.

Gesetz zur Modernisierung der Finanzaufsicht über Versicherungen (Fin-ModG) v. 1.4.2015 (BGBl. I 2015, 434): Der Verweis des § 4e Abs. 1 auf § 112 VAG wurde mW ab 1.1.2016 auf § 236 VAG geändert; inhaltlich hat sich jedoch insoweit nichts geändert.

III. Bedeutung und Verfassungsmäßigkeit des § 4e

1. Bedeutung des § 4e

a) Steuersystematische Bedeutung des § 4e

3

Abs. 1 schränkt den Betriebsausgabenabzug von Beiträgen ein, die ein Trägerunternehmen an einen Pensionsfonds leistet. Die Einschränkung erfolgt dem Grunde nach, es muss eine festgelegte Verpflichtung vorliegen oder es müssen abzudeckende Fehlbeträge beim Pensionsfonds vorhanden sein, und der Höhe nach durch Begrenzung auf den in der Verpflichtung festgelegten Leistungsumfang bzw. das Ausmaß der vorhandenen Fehlbeträge.

Die Vorschrift des Abs. 1 ist lex specialis zu § 4 Abs. 4 (vgl. Anm. 4), beeinträchtigt jedoch die Rechtsnatur der Zuwendungen als BA nicht.

Abs. 2 geht Abs. 1 vor, soweit eine betriebliche Veranlassung nicht gegeben ist (vgl. ausführl. Anm. 22 und 30 ff.). Greift das Verbot des Abs. 2, besteht von vornherein keine BA iSv. § 4 Abs. 4 im Gegensatz zur Nichterfüllung der Voraussetzungen des Abs. 1, die zu nicht abziehbaren BA führt.

Abs. 3 regelt die zeitliche Betriebsausgabenverteilung der Beitragszahlung bei Übertragung von Direkt- und Unterstützungskassenzusagen auf Pensionsfonds auf Antrag, soweit jener Beitrag die PensRSt-Auflösung im Wirtschaftsjahr der

Übertragung überschreitet. Der Antrag ist Voraussetzung für die Steuerfreiheit iSv. § 3 Nr. 66 EStG beim ArbN.

4 b) Regelungszweck des § 4e

Abs. 1 soll übermäßige Beitragsvolumina des Trägerunternehmens verhindern, sonst könnte jenes dem Pensionsfonds mehr stl. abzugsfähige Mittel zuwenden als dieser benötigt (vgl. auch BTDrucks. 7/1281, 34). Zwar stellt sich im Falle von Beiträgen, die über das angemessene Maß hinausgehen bereits im Rahmen der Allgemeinvorschrift des § 4 Abs. 4 EStG die Frage der betrieblichen Veranlassung und damit des Betriebsausgabenabzugs dem Grunde nach; diese kann jedoch ohne einen fachkundigen Blick in das komplexe Regelwerk des Pensionsfonds nicht präzise beantwortet werden. Abs. 1 dient damit als *lex specialis* uE. dazu, die betriebliche Veranlassung zu konkretisieren, um Rechtsunsicherheiten vorzubeugen.

Abs. 2 soll lediglich klarstellen, dass die Zwischenschaltung eines Pensionsfonds nicht zum Betriebsausgabenabzug führt, soweit die unmittelbare Leistungserbringung gegenüber dem Versorgungsberechtigten nicht betrieblich veranlasst wäre (vgl. Anm. 3). Die Vorschrift entspricht § 4c Abs. 2 (vgl. § 4c Anm. 4) und § 4d Abs. 1 Satz 1 (vgl. § 4d Anm. 42).

Abs. 3 enthält eine besondere Regelung des BA-Abzugs auf Antrag bei Übernahme einer anderweitigen Versorgungsanwartschaft bzw. -leistung durch den Pensionsfonds und korrespondiert im Falle jener Antragstellung mit § 3 Nr. 66 (vgl. Anm. 40). Beide Vorschriften sollen die Übernahme von Direkt- und UKassen-Zusagen durch den Pensionsfonds fördern, damit die Unternehmen dessen Vorteile verstärkt nutzen können (vgl. BTDrucks. 14/5150, 34 und 44 ff.).

5 2. Verfassungsmäßigkeit des § 4e

Die Verfassungsmäßigkeit des § 4e als Ganzes steht außer Frage. Bislang bot die Vorschrift auch keinen Anlass für eine verfassungsrechtliche Prüfung. Die im Urtd. des FG Düss. v. 3.6.2005 (FG Düss. v. 3.6.2005 – 8 K 3239/00 L, EFG 2005, 1783, rkr.) geäußerte Auffassung zur Verfassungsmäßigkeit des Rechts zur Besteuerung einer Abfindungszahlung aus Pensionsfonds beim Quellenstaat statt beim Ansässigkeitsstaat erging zu einem amerikanischen Pensionsfonds, nicht zu einem Pensionsfonds iSd. § 4e.

Verstoß gegen den Gleichheitssatz bei Vergleich mit anderen versicherungsförmigen Durchführungswegen: Fraglich ist jedoch uE, ob die Regelung des Abs. 3 in Zusammenhang mit einer teilweisen oder vollständigen Übernahme einer bestehenden unmittelbaren Versorgungsverpflichtung oder unmittelbaren Versorgungsanwartschaft (Direktzusage) durch den Pensionsfonds verfassungsgemäß ist, geht sie doch untrennbar einher mit § 3 Nr. 66, dessen Anwendung im Falle der Direktzusage davon abhängig ist, dass der Antrag nach § 4e Abs. 1 Sätze 1 und 3 gestellt worden ist. Hintergrund: Leistungen eines ArbG an einen externen Versorgungsträger zur Übernahme bestehender Versorgungszusagen durch diesen Versorgungsträger werden auf Seiten des (ehemaligen) ArbN oder eines gem. § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG sonstigen Begünstigten (vgl. Anm. 1) gem. § 3 Nr. 66 ausschließlich bei Übernahme durch Pensionsfonds (lohn)stfrei gestellt, nicht hingegen bei Übernahme durch die anderen versicherungsförmigen Durchführungswegen, Direktversicherung und Pensionskasse. Dies ist uE ein Verstoß gegen den

Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG; die durch § 3 Nr. 66 erfolgte einseitige Begünstigung des Pensionsfonds lässt sich nämlich nur dadurch – und somit nicht sachlich – begründen, dass die Geschäftstätigkeit jenes Durchführungswegs auf diese Weise gefördert werden soll (vgl. BTDrucks. 14/5150, 34 und 44ff.; Höfer in LBP, § 4e Rz. 39 [2/2020]; Meier/Bätzel, DB 2004, 1437 [1440]; Friedrich/Weigel, DB 2004, 2282 [2284]; Herrmann, BetrAV 2005, 2005, 1). Dies führt uE zu einer ungerechtfertigten Diskriminierung von Direktversicherungen und Pensionskassen, denen die Anwendung des § 3 Nr. 66 aus Gründen der Gleichmäßigkeit der Besteuerung nicht verwehrt werden darf. Die Sachlage ist vergleichbar mit der Regelung des § 3 Nr. 63, welcher idF des AVmG v. 26.6.2001 (BGBl. I 2001, 1310; BStBl. I 2001, 420) lediglich Leistungen an Pensionskassen und Pensionsfonds auf ArbN-Seite in die nachgelagerte Besteuerung einbezog, nicht hingegen an Direktversicherungen; aufgrund zweifelhafter Verfassungsmäßigkeit (vgl. Birk, BB 2002, 229; s. § 3 Nr. 63 Anm. 2) sah sich der Gesetzgeber gezwungen, jene Vorschrift durch das AltEinkG v. 5.7.2004 (BGBl. I 2004, 1427; BStBl. I 2004, 554) mW ab VZ 2005 auf Direktversicherungen auszudehnen. Die Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des Abs. 3 von § 4e gelten umso mehr, als ein ArbG die Höchstgrenzen des § 3 Nr. 63 umgehen kann, indem er planmäßig an ArbN oder sonstige gem. § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG Begünstigte zunächst eine Direktzusage erteilt und sie später unter Anwendung des § 3 Nr. 66 zugunsten des ArbN (bzw. sonstigen gem. § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG Begünstigten) – ohne Höchstgrenze – in eine Pensionsfondszusage umwandelt (vgl. von Beckerath in Kirchhof, 19. Aufl. 2020, § 3 Rz. 177).

IV. Geltungsbereich des § 4e

1. Sachlicher und persönlicher Geltungsbereich

6

Sachlicher Geltungsbereich: § 4e gilt dem Wortlaut und der Systematik nach für alle Gewinneinkünfte, da er sich ausdrücklich und ausschließlich auf „Betriebsausgaben“ bezieht und systematisch im Abschnitt über die Gewinnermittlung steht (vgl. auch § 4c Anm. 10); die Art der Gewinnermittlung (BV-Vergleich gem. § 4 Abs. 1 bzw. § 5 Abs. 1 oder Einnahmenüberschussrechnung nach § 4 Abs. 3) spielt dabei keine Rolle. Die Vorschrift ist uE jedoch über diesen Wortlaut und die Systematik hinaus weit zu fassen und daher auch auf Unternehmen anzuwenden, die Überschusseinkünfte erzielen, zB vermögensverwaltende Firmen (vgl. bezüglich § 4c auch Dommermuth in Kanzler/Kraft/Bäumli/Marx/Hechtner, 5. Aufl. 2020, § 4c Rz. 25; Dernberger in Frotscher/Geurts, § 4c Rz. 12a [10/2015]). § 4e ist lex specialis zu § 4 Abs. 4. Für die KSt gilt § 4e über § 7 Abs. 1, § 8 Abs. 1 und 2 KStG, für die GewSt über § 7 GewStG.

Persönlicher Geltungsbereich: Trägerunternehmen iSd. Abs. 1 und 2 bzw. Stpfl. iSd. Abs. 3 können Land- und Forstwirte, Gewerbetreibende, selbständig Tätige und sonstige Organisationen sein (vgl. Anm. 20), auch wenn sie ihren Gewinn gem. § 4 Abs. 3 ermitteln oder Überschusseinkünfte erzielen. In der Regel handelt es sich um den ArbG des durch die Versorgungsleistungen Begünstigten (vgl. Anm. 20); allerdings kann die Zusage auch von einem Konzern-Unternehmen an Versorgungsbegünstigte eines verbundenen Unternehmens erteilt werden, wenn sie beim zusagenden Unternehmen betrieblich veranlasst ist (vgl. Anm. 21). Die Art der StPfl. – unbeschränkt oder beschränkt – spielt keine Rolle (vgl.

Anm. 31). Die durch die zugesagten Versorgungsleistungen Begünstigten sind ArbN und ehemalige ArbN des Trägerunternehmens sowie Hinterbliebene eines ArbN und ehemaligen ArbN des Trägerunternehmens. Auch andere Personen, denen Leistungen der Alters-, Invaliditäts- oder Hinterbliebenenversorgung aus Anlass ihrer Tätigkeit oder ehemaligen Tätigkeit für das Trägerunternehmen zugesagt worden sind, werden einbezogen (vgl. H 4e EStH); hierbei handelt es sich insbes. um Nicht-ArbN, die gem. § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG auch den Schutz des Betriebsrentengesetzes genießen, zB Steuerberater und Rechtsanwälte, und die aus Anlass ihrer Tätigkeit für das Trägerunternehmen eine Versorgungszusage über den Pensionsfonds erhalten haben (vgl. Anm. 1). Darüber hinaus fallen auch Beiträge zugunsten von GesGf. einer KapGes. unter § 4e (vgl. Anm. 30), wenn die Zusage betrieblich veranlasst ist (§ 4e Abs. 2), auch wenn § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG nicht greift, zB bei iSd. Betriebsrentengesetzes beherrschenden GesGf. (vgl. dazu ausführl. Anm. 30 ff.; Höfer in LBP, § 4e Rz. 65 ff. [2/2020]). Beiträge iSv. Abs. 1 und 2 bzw. Leistungen iSv. Abs. 3 an den Pensionsfonds zugunsten von Einzelunternehmern sind nicht nach § 4e begünstigt, da sie ebenso wenig wie andere Vergütungen des Unternehmers an sich selbst BA sein können; vielmehr handelt es sich in diesem Falle um Privatentnahmen. Beiträge iSv. Abs. 1 und 2 bzw. Leistungen iSv. Abs. 3 an den Pensionsfonds zugunsten von Mitunternehmern stellen Tätigkeitsvergütungen iSv. § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 (SonderBE) dar, die den stl. Gewinn nicht mindern und als Vorabgewinn dem jeweils begünstigten Mitunternehmer im Rahmen seiner Gewinneinkünfte zuzurechnen sind (vgl. dazu ausführl. Höfer in LBP, § 4e Rz. 82 f. [2/2020]). Beiträge iSv. Abs. 1 und 2 bzw. Leistungen iSv. Abs. 3 an den Pensionsfonds zugunsten der Ehegatten von Einzel- bzw. Mitunternehmern oder GesGf. von KapGes. fallen unter § 4e, wenn sie nicht anderweitig zu beanstanden sind (vgl. insbes. BMF v. 4.9.1984 – IV B 1 – S 2176 – 85/84, BStBl. I 1984, 495; Höfer in LBP, § 4e Rz. 84 ff. [2/2020]).

7 2. Anwendung bei Auslandsbeziehungen

Für im Ausland tätige Mitarbeiter ist § 4e genauso anzuwenden wie bei im Inland Tätigen, wenn der ArbN des Trägerunternehmens sich auf einer Dienstreise zu einer ausländ. BS (§ 12 AO) oder einer Tochtergesellschaft dieses Unternehmens befindet; dasselbe gilt, wenn er zu einer der beiden Einrichtungen abgeordnet wurde und die Beitragszahlung als betrieblich veranlasst einzustufen ist.

Wird der Beitrag von einer ausländischen Betriebstätte eines im Inland unbeschränkt Stpfl. geleistet, findet § 4e Anwendung, da der Gewinn der ausländ. BS nach inländ. StRecht zu ermitteln ist (vgl. BFH v. 16.2.1996 – I R 43/95, BStBl. II 1997, 128, unter II.4.a der Entscheidungsgründe).

Erfolgt die Zahlung hingegen von der inländ. BS eines beschränkt Stpfl., gilt § 4e nach Maßgabe des § 50 Abs. 1 Satz 1 (vgl. auch § 50 Anm. 38).

Auch auf Pensionsfonds mit Sitz oder Geschäftsleitung im Ausland erstreckt sich § 4e, soweit das Trägerunternehmen nachweist, dass jener Pensionsfonds die Voraussetzungen des § 236 VAG erfüllt (vgl. Höfer in LBP, § 4e Rz. 9 [2/2020]).

V. Verhältnis des § 4e zu anderen Vorschriften

Bei allen Arten der Gewinnermittlung (§ 4 Abs. 1, § 5 Abs. 1 und § 4 Abs. 3) gilt § 4e. Der zeitliche Abzug der Zuwendungen richtet sich hier nach der Entstehung der Beitragsverpflichtung bzw. – im Falle des § 4 Abs. 3 – nach § 11. Auch auf Trägerunternehmen, die Überschusseinkünfte erzielen, ist § 4e uE anzuwenden (vgl. Anm. 6).

Verhältnis zu § 4 Abs. 4: § 4 Abs. 4 (BA-Abzug) ist zunächst Voraussetzung für § 4e. § 4e ist lex specialis zu § 4 Abs. 4 (vgl. Anm. 3 und 6), lässt jedoch die Art des Aufwands als BA unberührt. Voraussetzung für § 4 Abs. 4 und für § 4e ist die betriebliche Veranlassung. Das Versorgungsversprechen des Trägerunternehmens an seine ArbN ist grds. betrieblich veranlasst, denn es stellt eine Vergütung für geleistete Betriebstreue dar (vgl. Anm. 32). Beiträge bzw. Leistungen (Abs. 3) des Trägerunternehmens, die die besonderen Voraussetzungen des § 4e erfüllen, sind daher stets betrieblich veranlasste Aufwendungen iSd. § 4 Abs. 4 und als BA abziehbar (vgl. ausführl. Anm. 30 ff.).

Verhältnis zu § 4 Abs. 5: Wie § 4 Abs. 5 führt § 4e Abs. 1 zu nicht abziehbaren BA, soweit die in Abs. 1 genannten Voraussetzungen nicht erfüllt sind; insoweit erfolgt eine außerbilanzielle Hinzurechnung zum stl. Gewinn. Abs. 2 hingegen verhindert von vornherein den BA-Abzug (vgl. Anm. 3 und 4).

Verhältnis zu § 4b: § 4b gilt für Direktversicherungen, ohne eine Verbindung zu § 4e herzustellen. Er betrifft die Frage, ob und wann die Ansprüche aus dem Versicherungsvertrag dem BV des Versicherungsnehmers zuzurechnen sind. Der BA-Abzug der Prämien ergibt sich aus der allgemeinen Vorschrift des § 4 Abs. 4.

Verhältnis zu § 4c: § 4c gilt für Pensionskassen und ist das Vorbild für § 4e, dessen Abs. 1 und 2 mit denjenigen von § 4c fast identisch sind. Somit wird auch auf § 4c Anm. 1 ff. verwiesen.

Verhältnis zu § 4d: § 4d und § 4e schließen einander für ein und dieselbe Versorgungszusage aus, denn bei dem dem § 4e zugrunde liegenden Pensionsfonds handelt es sich um eine rechtsfähige Versorgungseinrichtung der bAV, die den Begünstigten auf ihre Leistungen im Gegensatz zur UKasse (vgl. Anm. 3) einen verbindlichen Rechtsanspruch einräumt und daher – anders als die UKasse – den Vorschriften des VAG unterliegt. Erhält ein Begünstigter zwei unterschiedliche Versorgungszusagen, die eine über eine UKasse, die andere hingegen über einen Pensionsfonds desselben Trägerunternehmens, so werden die Vorschriften der § 4e und des § 4d parallel nebeneinander angewandt.

Verhältnis zu § 6a: § 6a und § 4e können einander für ein und dieselbe Zusage ergänzen. Zunächst einmal kann der ArbG einem Begünstigten eine unmittelbare Pensionszusage (sog. Direktzusage) gewähren und darüber hinaus zusätzlich eine Zusage über einen Pensionsfonds, dem er als Trägerunternehmen Beiträge zuwendet (außerdem sind im Rahmen der Überversorgungsgrenze – vgl. Anm. 32 und 49 sowie BMF v. 3.11.2004 – IV B 2 - S 2176 - 13/04, BStBl. I 2004, 1045 – die weiteren Durchführungswege der bAV für zusätzliche Versorgungszusagen jenes Trägerunternehmens realisierbar und damit die §§ 4b, 4c und 4d parallel neben § 4e anwendbar). Sind die Voraussetzungen des § 6a erfüllt, muss das Unternehmen bei Geltung des Grundsatzes der Maßgeblichkeit der HBil. für die StBil. für alle Zusagen, die nach dem 31.12.1986 erteilt wurden (Art. 28 EGHGB), Pensionsrückstellungen auch in der StBil. bilden (vgl. § 6a Anm. 16); die Rückstellungszufüh-

rungen stellen stl. abzugsfähige BA dar. Bei Erfüllung der Voraussetzungen des § 4e sind die Beiträge an den Pensionsfonds insoweit ebenfalls stl. abzugsfähige BA. Hingegen darf eine Pensionsrückstellung nicht gebildet werden, soweit die über einen Pensionsfonds, eine Pensions- oder UKasse bzw. eine Direktversicherung mittelbar zugesagte Pensionsleistung auf die zugunsten derselben Person gleichzeitig unmittelbar zugesagte Pensionsleistung (Direktzusage) anzurechnen ist. Hierbei handelt es sich um eine schädliche Doppelfinanzierung iSv. R 6a Abs. 15 Satz 1 EStR 2008, welche die Ernsthaftigkeit der Pensionsverpflichtung verhindert (vgl. auch BFH v. 16.12.2002 – VIII R 14/01, BFH/NV 2003, 698; § 6a Anm. 13 „Einstandspflichten des Arbeitgebers“). Keine Schädlichkeit liegt hingegen vor, wenn der ArbG berechtigt ist, die Pensionsverpflichtung bei Eintritt des Versorgungsfalls auf einen Pensionsfonds zu übertragen, selbst wenn die Übertragung von vornherein vorbehalten oder sogar schon vereinbart war (vgl. BFH v. 19.8.1998 – I R 92/95, BStBl. II 1999, 387; in R 6a Abs. 3 Sätze 7 und 8 EStR 2005 war die FinVerw. aA, in R 6a Abs. 3 EStR 2008 sind beide Sätze gestrichen worden).

Verhältnis zu Überschusseinkünften im Einkommensteuerrecht: Die Besteuerung pensionsberechtigter Anwärter und Empfänger laufender Leistungen ist unabhängig von § 4e Abs. 1 und 2. Die Beiträge können beim Anwärter stfrei nach § 3 Nr. 63 sein, der eigene und von § 4e unabhängige Voraussetzungen und Höchstbeträge definiert. § 4e Abs. 3 hingegen hängt mit § 3 Nr. 66 dergestalt zusammen, dass nur im Falle der Antragstellung gem. Abs. 3 durch das Trägerunternehmen die StFreiheit des § 3 Nr. 66 greift. Die Leistungen sind grds. nach § 22 Nr. 5 stpfl. und der Altersentlastungsbetrag gem. § 24a wird weder von § 4e noch von § 22 Nr. 5 eingeschränkt. Werden vom Anwärter anstelle von § 3 Nr. 63 aufgrund § 1a Abs. 3 BetrAVG die Zulagenförderung gem. § 82 Abs. 2 bzw. der SA-Abzug gem. § 10a beansprucht, tangiert dies § 4e nicht.

Verhältnis zum Arbeitsrecht: Das Betriebsrentengesetz ist insoweit Grundlage für § 4e, als dieser nur relevant ist, wenn es sich um Beiträge an Pensionsfonds iSv. § 1b Abs. 3 BetrAVG handelt und die dahinterstehenden Leistungen solche der bAV iSv. § 1 BetrAVG sind.

9 VI. Verfahrensfragen zu § 4e

Die Anwendung des § 4e setzt keinen Antrag des Stpfl. voraus, sondern erfolgt durch entsprechende Buchung bzw. – bei Gewinnermittlern nach § 4 Abs. 3 – Behandlung. Soweit allerdings Zuwendungen an einen ausländ. Pensionsfonds geleistet werden, muss das Trägerunternehmen den Nachweis erbringen, dass jener Pensionsfonds die Voraussetzungen des § 236 VAG erfüllt (vgl. Anm. 7).

B. Erläuterungen zu Abs. 1: Besondere Voraussetzungen für den Betriebsausgabenabzug von Beiträgen an Pensionsfonds iSd. § 236 VAG

I. Beiträge an einen Pensionsfonds

1. Begriff der Beiträge

10

Der Begriff des Beitrags wird in § 4e nicht ausdrücklich definiert. Es handelt sich um Leistungen des Trägerunternehmens (vgl. Anm. 20f.) an den Pensionsfonds (vgl. Anm. 14ff.). Auffällig ist, dass das Gesetz in § 4e von „Beiträgen“ spricht, in §§ 4c und 4d im Zusammenhang mit Pensions- bzw. UKassen hingegen von „Zuwendungen“. Diese unterschiedliche Formulierung bedeutet nicht, dass ein materieller Unterschied in der Art des jeweiligen Transfers vom Trägerunternehmen an jene Versorgungsträger besteht, zumindest nicht zwischen Pensionsfonds und Pensionskassen. Er ergibt sich wohl vielmehr aus der stl. Behandlung der jeweiligen Versorgungseinrichtung. Während nämlich Pensions- und UKassen grds. soziale Einrichtungen (§ 1 Satz 1 KStDV) und in der Folge davon gem. § 5 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. b KStG von der KSt befreit sind, kommen Pensionsfonds nicht in den Genuss einer solchen Begünstigung. Aufgrund der Nähe einer sozialen Einrichtung zu gemeinnützigen, mildtätigen oder kirchlichen Institutionen verwendet der Gesetzgeber offensichtlich bewusst im Zusammenhang mit Pensions- und UKassen den Begriff „Zuwendung“, während er bei der nicht sozialen Einrichtung Pensionsfonds von „Beitrag“ spricht.

Aufseiten des Versorgungsbegünstigten (grds. des ArbN, vgl. Anm. 6) hingegen verwendet der Gesetzgeber einheitlich für alle versicherungsförmigen Durchführungswege der bAV (Pensionsfonds, Pensionskasse und Direktversicherung) den Begriff „Beitrag“ (vgl. § 3 Nr. 63), also auch für den Pensionsfonds (vgl. zur Begriffsvielfalt „Beitrag“ und „Zuwendung“ – allerdings im Zusammenhang mit § 3 Nr. 63 und Nr. 56 – § 3 Nr. 63 Anm. 4). Die Zielsetzung ist auf dieser Seite allerdings auch eine andere: Offensichtlich soll der Begriff „Beitrag“ im Zusammenhang mit § 3 Nr. 63 zeigen, dass jener im VZ der Zahlung Arbeitslohn des ArbN bewirkt, weil der Beitrag dem ArbN einen unmittelbaren Rechtsanspruch gegenüber dem jeweiligen Versorgungsträger auf eine spätere Versorgung verschafft (vgl. auch § 3 Nr. 63 Anm. 2). Da dieser feste Rechtsanspruch sowohl bei Pensionskassen und Direktversicherungen als auch bei Pensionsfonds entsteht (vgl. § 3 Nr. 63 Anm. 2; Höfer in LBP, § 4e Rz. 22f. [2/2020]), verwendet der Gesetzgeber den Begriff „Beitrag“ in der Perspektive des Versorgungsbegünstigten (idR des ArbN) einheitlich für alle versicherungsförmigen Durchführungswege.

Bei Direktzusagen und Zusagen über eine Unterstützungskasse hingegen verwendet das Gesetz den Begriff „Beitrag“ auch aufseiten des Versorgungsbegünstigten nicht, da eine Direktzusage keinen den ArbN unmittelbar begünstigten Beitrag zur Folge hat (Prämien zugunsten einer Rückdeckung dienen der reinen Innenfinanzierung) und eine UKasse keinen Rechtsanspruch gewährt (vgl. § 4d Anm. 4, 5, 6 und 21). Ohne Beitrag iSd. EStG kann in der Anwartschaftsphase kein Arbeitslohn entstehen; Anwartschaften auf Direkt- und UKassen-Zusagen sind daher aufseiten des Versorgungsbegünstigten nicht stbar und bedürfen daher auch keiner – mit einer Höchstgrenze verbundenen – StBefreiung (vgl. § 3 Nr. 63 Anm. 4).

11 2. Form und Art des Beitrags

Das Gesetz schränkt die Gestaltung des Beitrags nicht ein – anders als § 4d Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Buchst. c Satz 2 für rückgedeckte UKassen (vgl. § 4d Anm. 99), so dass nicht nur laufende, sondern auch Einmalbeiträge zulässig sind.

Schwankende Beiträge sind ebenfalls zulässig (vgl. *Gosch in Kirchhof*, 19. Aufl. 2020, § 4e Rz. 6; *Blomeyer/Rolfs/Otto*, 7. Aufl. 2018, StR A Rz. 162).

Eine Abhängigkeit des Beitrags vom Gewinn des Trägerunternehmens ist jedoch nicht erlaubt (vgl. *Höfer in LBP*, § 4e Rz. 28 [2/2020]), da Beiträge nach dem Wortlaut des Abs. 1 auf einer festgelegten Verpflichtung beruhen müssen oder der Abdeckung von Fehlbeträgen beim Fonds zu dienen haben (vgl. Anm. 24f.).

Pensionssicherungsverein-Beiträge zur gesetzlichen Insolvenzversicherung können Teil des Transfers des Trägerunternehmens an den Pensionsfonds sein, wenn dieser sich gegenüber dem Trägerunternehmen dazu verpflichtet, die PSV-Beitragszahlungen, die der ArbG (idR das Trägerunternehmen, vgl. Anm. 21) gem. § 10 Abs. 1 und Abs. 3 Nr. 4 BetrAVG der gesetzlichen Insolvenzversicherung schuldet, im Namen und für Rechnung des ArbG zu übernehmen. Erhöhen jene PSV-Prämien daher den Transfer des Trägerunternehmens an den Pensionsfonds, so ist dieser Zusatz jedoch nicht Teil des Beitrags iSd. § 4e Abs. 1 (vgl. *Gosch in Kirchhof*, 19. Aufl. 2020, § 4e Rz. 6; aA wohl *Höfer in LBP*, § 4e Rz. 29 [2/2020]). Mit anderen Worten: Würde § 4e Abs. 1 den BA-Abzug beim Trägerunternehmen einschränken, träte dies nicht denjenigen Teil, den der Pensionsfonds im Namen und für Rechnung des ArbG an den PSV abführen muss, denn dieser Prämienzusatz ist nicht Teil des festgelegten Verpflichtungsumfangs des Pensionsfonds bzw. seiner Fehlbeträge (vgl. Anm. 24f.). Der Zusatztransfer zugunsten des PSV aG fällt bezüglich des BA-Charakters unter die Allgemeinregel des § 4 Abs. 4. Dies gilt auch aus der Perspektive des Versorgungsbegünstigten (idR des ArbN): Die PSV-Prämie ist nicht Teil des Beitrags iSd. § 3 Nr. 63. Anders ist das Ergebnis, wenn der Pensionsfonds die PSV-Beiträge aus seinen Erträgen finanziert, denn in diesem Fall enthält der Beitrag des Trägerunternehmens an den Pensionsfonds keinen Zusatzteil zugunsten des PSV aG (vgl. *Höfer in LBP*, § 4e Rz. 29 [2/2020]).

12 3. Finanzierung des Beitrags

Sowohl arbeitgeberfinanzierte Beiträge als auch solche, die aus Entgeltumwandlung stammen, fallen unter § 4e; dasselbe gilt für eine Mischung beider Finanzierungsquellen. Bei einer Entgeltumwandlung transferiert der Versorgungsbegünstigte einen Teil seiner künftigen, zumindest seiner bereits verdienten, aber noch nicht fällig gewordenen Entgeltansprüche (vgl. BMF v. 6.12.2017 – IV C 5 - S 2333/17/10002, 2017/0989084, BStBl. I 2018, 147, Rz. 9ff.) in eine wertgleiche Anwartschaft auf Versorgungsleistungen (§ 1 Abs. 2 Nr. 3 BetrAVG). Der ArbG führt jene durch Entgeltverzicht des Versorgungsbegünstigten finanzierten Beiträge bzw. Beitragsteile als Vertragspartner (Trägerunternehmen, vgl. Anm. 20f.) des Pensionsfonds an Letzteren ab, also im Namen und für Rechnung des ArbG. Daher sind auch die durch Entgeltumwandlung aufgebrauchten Beiträge bzw. Beitragsteile Gegenstand des § 4e Abs. 1.

Eigenbeiträge hingegen fallen nicht unter § 4e: Zwar dürfen Fonds-Zusagen (teilweise) durch Eigenbeiträge finanziert werden (§ 1 Abs. 2 Nr. 4, § 1a Abs. 4, § 1b Abs. 5 Nr. 3, § 30e BetrAVG), im Gegensatz zur Entgeltumwandlung leistet

der ArbN Eigenbeiträge jedoch aus seinem bereits zugeflossenen und versteuerten Arbeitsentgelt (vgl. BMF v. 6.12.2017 – IV C 5 - S 2333/17/10002, 2017/0989084, BStBl. I 2018, 147, Rz. 10). Es handelt sich daher um Beiträge aus der Vermögenssphäre des ArbN, die der ArbG als reine Zahlstelle an den Pensionsfonds durchleitet (vgl. Höfer in LBP, § 4e Rz. 17 [2/2020]), zB bei ruhendem Arbeitsverhältnis. Daher darf auf diesen durchlaufenden Posten § 4e nicht angewandt werden, da es sich nicht um einen Beitrag des Trägerunternehmens handelt (vgl. Höfer in LBP, § 4e Rz. 60f. [2/2020]). Eigenbeiträge sind jedoch auch Beitragsteile bei aktivem Arbeitsverhältnis, soweit sie die Höchstgrenze des § 3 Nr. 63 übersteigen, oder Beiträge, für die die „Riester-Förderung“ gem. § 1a Abs. 3 BetrAVG und §§ 10a und 79ff. in Anspruch genommen wird. Derartige Beiträge bzw. Beitragsteile sind keine durchlaufenden Posten, sie fallen jedoch trotzdem nicht unter § 4e, da sie aus voll versteuertem Einkommen des ArbN und damit ebenfalls aus dessen Vermögenssphäre stammen. Da sie infolge der mangelnden StFreiheit normaler stpfl. Arbeitslohn beim ArbN sind, fallen sie beim ArbG unter die allgemeine BA-Abzugsregelung des § 4 Abs. 4.

4. Art der Zusage

13

Die Zusageart spielt keine Rolle im Zusammenhang mit dem Beitrag iSv. § 4e Abs. 1. Jener Beitrag kann daher aus einer Beitragszusage mit Mindestleistung (§ 1 Abs. 2 Nr. 3 BetrAVG) ebenso resultieren wie aus einer beitragsorientierten Leistungszusage (§ 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrAVG). Höfer erweckt den Eindruck, dass der Beitrag an einen Pensionsfonds, der sich als Folgegröße einer reinen Leistungszusage errechnet, nicht unter § 4e falle, weil sich aus einer derartigen Leistungszusage keine „Beitragszahlungsverpflichtung“ ergäbe (vgl. Höfer in LBP, § 4e Rz. 31 [2/2020]). Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden, da Abs. 1 nicht von einer „Beitragszahlungsverpflichtung“, sondern von einer „festgelegten Verpflichtung“ (vgl. Anm. 24) spricht. Diese festgelegte Verpflichtung kann auch in einer reinen Leistungszusage bestehen, die der ArbG seinem Versorgungsbegünstigten verspricht und die der eingeschaltete Pensionsfonds erbringt (§ 1 Abs. 1 Sätze 1 und 2 iVm. § 1b Abs. 3 BetrAVG); zur Erfüllung jener Leistungszusage zahlt der ArbG Beiträge an den Pensionsfonds, die dieser zwar auch im Vertrag zwischen Pensionsfonds und Trägerunternehmen festschreibt, die jedoch – im Gegensatz zur beitragsorientierten Leistungszusage – nicht Bestandteil des arbeitsrechtl. Versorgungsversprechens zwischen ArbG und Versorgungsbegünstigtem werden.

II. Pensionsfonds

1. Abgrenzung

14

§ 4e kodifiziert keine eigene Definition, sondern zitiert § 236 VAG (vor dem 1.1.2016: § 112 VAG, vgl. Anm. 2). Auffällig ist, dass das Gesetz in § 4e auf die versicherungsaufsichtsrechtl. Legaldefinition verweist, während sich § 4c bezüglich der Pensionskasse und § 4d bezüglich der UKasse mit der jeweiligen reinen Begriffsbezeichnung begnügen und damit jeweils auf die arbeitsrechtl. Begriffsbestimmungen in § 1b Abs. 3 Satz 1 bzw. Abs. 4 Satz 1 BetrAVG zurückzugreifen (vgl. § 4c Anm. 26; § 4d Anm. 21; BFH v. 22.9.1995 – VI R 52/95, BStBl. II 1996, 136, bezüglich der Pensionskasse). Damit wollte der Gesetzgeber offensichtlich klarstel-

len, dass er den „betriebsinternen Pensionsfonds“, also die insbes. auf Wertpapiere bzw. Wertpapierfonds basierende Rückdeckung einer Direktzusage, welche häufig im Rahmen eines Contractual Trust Arrangements (CTA, vgl. dazu zB Höfer/Veivers, DB 2007, 1365) treuhänderisch verwaltet und gesichert ist und nicht selten von dem betreffenden Unternehmen ebenfalls als „Pensionsfonds“ bezeichnet wird, nicht als Versorgungsträger iSd. § 4e ansieht (vgl. Höfer/Veit/Verhuyen, BetrAVG, 20. Aufl. 2019, Bd. II, Kap. 29, Rz. 6; Gosch in Kirchhof, 19. Aufl. 2020, § 4e Rz. 4; Höfer in LBP, § 4e Rz. 14 [2/2020]).

Der Pensionsfonds unterliegt der staatlichen Aufsicht durch die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BAFin.) gem. § 1 Abs. 1 Nr. 5 VAG wie Pensionskassen und Lebensversicherungsunternehmen, nicht hingegen UKassen (vgl. § 4d Anm. 21), und er bedarf zum Geschäftsbetrieb der Erlaubnis der BAFin. (§ 236 Abs. 4 VAG).

2. Begriff des Pensionsfonds nach § 236 VAG

15 a) Einleitungssatz des § 236 Abs. 1 Satz 1 VAG

Ein Pensionsfonds iSv. § 236 Abs. 1 Satz 1 VAG ist eine rechtsfähige Versorgungseinrichtung, die

- im Wege des Kapitaldeckungsverfahrens Leistungen der betrieblichen Altersversorgung für einen oder mehrere Arbeitgeber zugunsten von Arbeitnehmern erbringt (Nr. 1; vgl. Anm. 16),
- die Höhe der Leistungen oder die Höhe der für diese Leistungen zu entrichtenden künftigen Beiträge nicht für alle vorgesehenen Leistungsfälle durch versicherungsförmige Garantien zusagen darf (Nr. 2; vgl. Anm. 17),
- den Arbeitnehmern einen eigenen Anspruch auf Leistung gegen den Pensionsfonds einräumt (Nr. 3; vgl. Anm. 18) und
- verpflichtet ist, die Altersversorgungsleistung als lebenslange Zahlung oder als Einmalkapitalzahlung zu erbringen (Nr. 4; vgl. Anm. 19).

Rechtsfähige Versorgungseinrichtung: Nur sie können Pensionsfonds sein (§ 236 Abs. 1 Satz 1 VAG und § 1b Abs. 3 Satz 1 BetrAVG). Die Voraussetzung der „Rechtsfähigkeit“ bedingt, dass der Pensionsfonds eine juristische Person ist. Folge dieser eigenen Rechtspersönlichkeit (vgl. Höfer in LBP, § 4e Rz. 11 [2/2020]) ist die rechtl. und wirtschaftliche Trennung des Vermögens von Pensionsfonds und Trägerunternehmen, die zB in § 9 Abs. 3a BetrAVG ihren Ausdruck findet. Die Ausgestaltung als eigenständiges Rechts- und Steuersubjekt bedingt auch, dass das Trägerunternehmen keinerlei (Rück-)Übertragungsrechte in Bezug auf das Vermögen und die Einkünfte des Pensionsfonds aus dem Umstand ableiten kann, dass das vorhandene Pensionsfonds-Vermögen letztlich auf Vermögensübertragungen (Beiträge) des Trägerunternehmens selbst zurückzuführen ist. Darüber hinaus verhindert bereits das Erfordernis der „Rechtsfähigkeit“ die Einbeziehung des „betriebsinternen Pensionsfonds“ in § 4e (vgl. Anm. 14).

Numerus Clausus zulässiger Rechtsformen: Lediglich die Aktiengesellschaft und der Pensionsfondsverein auf Gegenseitigkeit sind als Rechtsformen zugelassen (§ 237 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 VAG; H 4e EStH), wobei die AG die Europäische Gesellschaft (SE) einschließt und für den Pensionsfondsverein auf Gegenseitigkeit (PSVaG) die Vorschriften über Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit entsprechend gelten (§ 237 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 VAG).

b) § 236 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 VAG

Leistungen der betrieblichen Altersversorgung sind vom Pensionsfonds zu erbringen (§ 236 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 VAG). Im Gegensatz dazu bieten Lebensversicherungsunternehmen iSv. § 1 Abs. 1 Nr. 1 VAG neben betrieblichen Direktversicherungen auch Verträge der privaten Altersversorgung an. Insoweit gleicht der Pensionsfonds der Pensionskasse, mit der er sich die arbeitsrechtl. Definition teilt (§ 1b Abs. 3 Satz 1 BetrAVG, vgl. auch Anm. 8); auch diese ist auf das Angebot von betrieblicher Altersversorgung (bAV) beschränkt. Da weder das VAG noch § 4e den Begriff der bAV definieren, ist auf die Legaldefinition des § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrAVG zurückzugreifen. Es handelt sich also um die Zusage des ArbG von biometrischen Leistungen – bzw. von Beiträgen zu deren Finanzierung – der Alters-, Invaliditäts- oder Hinterbliebenenversorgung (vgl. BMF v. 6.12.2017 – IV C 5 - S 2333/17/10002, 2017/0989084, BStBl. I 2018, 147, Rz. 2) über den Pensionsfonds an einen (ehemaligen) ArbN oder eine andere Person iSd. § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG (vgl. Anm. 6) aus Anlass des Arbeitsverhältnisses bzw. der Tätigkeit für das Unternehmen; nicht um bAV handelt es sich allerdings, wenn der ArbG über die Versorgungseinrichtung dem nicht bei ihm beschäftigten Ehegatten eines ArbN eigene Versorgungsleistungen zur Absicherung seiner biometrischen Risiken (Alter, Tod, Invalidität) verspricht, da hier weder eine Versorgungszusage aus Anlass eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem ArbG und dem Ehegatten noch aus Anlass einer Tätigkeit des Ehegatten für das Unternehmen vorliegt (vgl. BMF v. 6.12.2017 – IV C 5 - S 2333/17/10002, 2017/0989084, BStBl. I 2018, 147, Rz. 2). I.e. können Leistungen der betrieblichen Altersversorgung sein:

- ▶ Alters-, Invaliditäts- oder Hinterbliebenenversorgung, also auch zB ausschließlich Invaliditäts- und/oder Hinterbliebenenleistungen ohne Altersleistung (aA wohl *Höfer* in *LBP*, § 4e Rz. 12 [2/2020], der feststellt, dass Altersleistungen genügen und zusätzlich Invaliditäts- oder Hinterbliebenenleistungen zugesagt werden dürfen). Zwar erweckt § 236 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 VAG prima facie einen anderen Eindruck, da er den Pensionsfonds verpflichtet, die Altersversorgungsleistung als lebenslange Zahlung zu erbringen, was so verstanden werden kann, dass Leistungen der Altersversorgung niemals fehlen dürfen. § 236 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 VAG soll jedoch vielmehr klarstellen, dass, soweit der Pensionsfonds Altersleistungen erbringt, er diese lebenslang zahlen muss (vgl. BTDrucks. 15/5618, 10, zur inhaltlich insoweit identischen Vorgängervorschrift des vor dem 1.1.2016 geltenden § 112 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 VAG; *Gosch/Greger* in *K/S/M*, 303.Akt., § 4e Rz. B 3); Leistungen bei Invalidität oder Tod hingegen dürfen auch zeitlich befristet (bei Waisenleistungen, welche abgekürzte Leibrenten, vgl. § 4d Anm. 52, darstellen, ist dies sogar zwingend erforderlich, vgl. dazu im Detail BMF v. 6.12.2017 – IV C 5 - S 2333/17/10002, 2017/0989084, BStBl. I 2018, 147, Rz. 4) oder als Kapitalzahlung gestaltet werden (vgl. BTDrucks. 15/5618, 10).
- ▶ Die Erbringung von Notfalleleistungen ist dem Pensionsfonds, anders als den UKassen (vgl. § 4d Anm. 41, 141) nicht erlaubt (Umkehrschluss aus dem Postulat, lediglich Leistungen der bAV zuzulassen, vgl. *Höfer* in *LBP*, § 4e Rz. 13 [2/2020]). Die Zahlung eines einmaligen angemessenen Sterbegeldes iHv. max. 8000 € (festgesetzt durch BaFin unter Bezugnahme auf § 150 Abs. 4 VVG, vgl. VerBAV 2001, 133; die Sonderregel des § 2 Abs. 1 KStDV mit der Höchstgrenze von 7669 € gilt ausschließlich für Pensionskassen und – über § 3 Nr. 3 KStDV – für UKassen) ist zulässig, da sie nicht als Notfalleistung, sondern als

bAV gilt (vgl. BMF v. 6.12.2017 – IV C 5 - S 2333/17/10002, 2017/0989084, BStBl. I 2018, 147, Rz. 5; *Blomeyer/Rolfs/Otto*, 7. Aufl. 2018, § 1 Rz. 278 und StR A Rz. 161); Sterbekassen, also Einrichtungen, die ausschließlich Todesfallrisiken absichern und bei Ableben ein einmaliges Sterbegeld zahlen, das die mit dem Tod verbundenen Aufwendungen (zB Begräbnis) decken soll, sind jedoch keine Pensionsfonds (vgl. analog § 4c Anm. 32).

Das Kapitaldeckungsverfahren ist dem Pensionsfonds zwingend vorgeschrieben (§ 236 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 VAG). Dieser muss daher die versprochenen Versorgungsleistungen durch die Ansammlung von Kapital finanzieren. Die dazu erforderlichen Modalitäten sind gesetzlich in § 239 VAG iVm. der Pensionsfonds-KapitalanlageVO (PFKapAV) v. 21.12.2001 (BGBl. I 2001, 4185, aktuelle Fassung v. 3.3.2015, BGBl. I 2015, 188) und in § 238 VAG (vor dem 1.1.2016 in: § 114 VAG iVm. der Pensionsfonds-KapitalausstattungsVO v. 20.12.2001, BGBl. I 2001, 4180, aktuelle Fassung v. 25.5.2009, BGBl. I 2009, 1102) festgelegt. Insbesondere hat der Pensionsfonds von Beginn an Beiträge zu erheben, die sicherstellen sollen, dass die Versorgungsleistungen auf Dauer erfüllbar sind (§ 240 Satz 1 Nr. 10 bis 12 VAG iVm. der Pensionsfonds-DeckungsrückstellungsVO v. 20.12.2001 (BGBl. I 2001, 4183, aktuelle Fassung v. 1.8.2014, BGBl. I 2014, 1330)). Einmalbeiträge sind ebenso zulässig wie laufende; letztere dürfen auch schwanken (vgl. Anm. 11) – anders Pensionskassen, welche umlagefinanziert sein können (vgl. § 40b Abs. 1; BMF v. 6.12.2017 – IV C 5 - S 2333/17/10002, 2017/0989084, BStBl. I 2018, 147, Rz. 14 ff.), und UKassen (vgl. § 4d Anm. 53 ff.).

► Rückdeckung über einen anderen Anbieter (zB einen Lebensversicherer) ist zulässig (vgl. BTDrucks. 14/5150, 34 und 44 ff.; *Blomeyer/Rolfs/Otto*, 7. Aufl. 2018, § 1 Rz. 281; *Alt/Stadelbauer* in *Kanzler/Kraft/Bäumli/Marx/Hechtner*, 5. Aufl. 2020, § 4e Rz. 21), der Pensionsfonds als Rückdeckungsinstrument einer Direktzusage oder einer UKasse hingegen – im Gegensatz zu Pensionskassen (vgl. § 4d Anm. 92) – nicht (vgl. § 4d Anm. 92; *Höfer* in *LBP*, § 4e Rz. 14 [2/2020]).

Für einen oder mehrere Arbeitgeber führt der Pensionsfonds das jeweilige Leistungsversprechen aus (§ 236 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 VAG). In diesem Zusammenhang können folgende Arten von Pensionsfonds unterschieden werden (vgl. *Höfer* in *LBP*, § 4e Rz. 10 [2/2020]; *Gosch* in *Kirchhof*, 19. Aufl. 2020, § 4e Rz. 4):

- ein Firmen- oder Betriebs-Pensionsfonds erhält seine Beiträge von einem einzigen Trägerunternehmen (vgl. Anm. 20 f.),
- Konzern-Pensionsfonds dienen mehreren Unternehmen eines Konzerns als gemeinsamer Versorgungsträger,
- Branchen- oder Gruppen-Pensionsfonds versorgen die (ehemaligen) ArbN bzw. sonstigen Begünstigten (vgl. Anm. 6) einer bestimmten Branche oder eines Unternehmensverbands,
- Wettbewerbs-Pensionsfonds schließlich stehen allen Trägerunternehmen offen.

Zugunsten von Arbeitnehmern muss der Pensionsfonds seine Leistungen erbringen (§ 236 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 VAG). § 236 Abs. 4 VAG stellt klar, dass als ArbN idS auch ehemalige ArbN gelten sowie andere Personen iSv. § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG, denen Leistungen der Alters-, Invaliditäts- oder Hinterbliebenenversorgung aus Anlass ihrer Tätigkeit oder ehemaligen Tätigkeit für das Trägerunternehmen zugesagt worden sind (vgl. Anm. 6; H 4e EstH). Hier gilt i.e.:

► Arbeitnehmer iSv. § 236 Abs. 4 VAG leisten Arbeit in persönlicher Abhängigkeit aufgrund eines privatrechtl. Arbeitsvertrags; dies gilt für Beschäftigte in der

Privatwirtschaft ebenso wie für solche im öffentlichen Dienst, ungeachtet der Tatsache, dass für letztere Sonderregeln im Bereich des Betriebsrentengesetzes gelten (§ 18 BetrAVG; vgl. *Höfer/de Groot/Küpper/Reich*, 25. Aufl. 2020, Bd. I, § 17 BetrAVG Rz. 12). Auch Auszubildende fallen unter den ArbN-Begriff (vgl. *Höfer/de Groot/Küpper/Reich*, 25. Aufl. 2020, Bd. I, § 17 BetrAVG Rz. 39). Beamte, Richter und Soldaten sind keine ArbN iSv. § 236 Abs. 4 VAG, da mit ihnen kein privatrechtl. Arbeitsverhältnis besteht; Gleiches gilt für Zivildienstleistende, Entwicklungshelfer, Dienst Leistende innerhalb eines freiwilligen sozialen Jahres, Strafgefangene und Sicherungsverwahrte (vgl. *Blomeyer/Rolfs/Otto*, 7. Aufl. 2018, § 17 BetrAVG Rz. 8). Gesellschafter-Geschäftsführer von KapGes. sind auch im Falle der Beherrschung ArbN iSv. § 236 Abs. 4 VAG, wenn mit ihnen ein Beschäftigungsverhältnis besteht (vgl. Anm. 6; vgl. auch BMF v. 10.7.2015 – IV C 6 - S 2144/07/10003, BStBl 2015 I S. 544, Rz. 5); dabei spielt es keine Rolle, dass sie im Falle der Beherrschung im Sinne des Arbeitsrechts nicht in den Schutzbereich des Betriebsrentengesetzes fallen (vgl. dazu ausführl. *Höfer/de Groot/Küpper/Reich*, 25. Aufl. 2020, Bd. I, § 17 BetrAVG Rz. 84 ff.; *Blomeyer/Rolfs/Otto*, 7. Aufl. 2018, § 17 BetrAVG Rz. 85 ff.). Auch ArbN-Ehegatten, Kinder und sonstige Verwandte können ArbN iSv. § 236 Abs. 4 VAG sein, wenn ein rechtskräftiger Arbeitsvertrag mit ihnen besteht.

- ▶ Ehemalige Arbeitnehmer iSv. § 236 Abs. 4 VAG sind Personen, die vor Eintritt des Versorgungsfalles mit gesetzlich (§ 1b BetrAVG) oder vertraglich unverfallbarer Anwartschaft aus dem Unternehmen des ArbG (vgl. Anm. 21) ausgeschieden sind und während der Zeit ihres ehemaligen Arbeitsverhältnisses ArbN im Sinne des vorangegangenen Absatzes waren.
- ▶ Unter § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG fallende Personen iSv. § 236 Abs. 4 VAG sind Nicht-ArbN, denen Leistungen der Alters-, Invaliditäts- oder Hinterbliebenenversorgung aus Anlass ihrer Tätigkeit für ein Unternehmen zugesagt worden sind (vgl. dazu ausführl. § 6a Anm. 27). Darunter fallen zB selbständige Handelsvertreter iSv. § 84 HGB, Steuerberater oder Rechtsanwälte, die von ihrem (Groß-)Auftraggeber bzw. Mandanten eine Zusage auf Leistungen oder Beiträge eines Pensionsfonds erhalten. Der Beitrag zugunsten des Pensionsfonds muss betrieblich veranlasst sein (§ 4 Abs. 4). Die zu § 4e Abs. 3 EStG bestehende Korrespondenzvorschrift des § 3 Nr. 66 (vgl. Anm. 40) befreit den Beitrag eines ArbG oder einer UKasse an einen Pensionsfonds zur Übernahme bestehender Versorgungsverpflichtungen oder -anwartschaften nach Meinung der FinVerw nur dann von der Einkommen- bzw. Lohnsteuerpflicht auf Seiten des Versorgungsbegünstigten im Übertragungsjahr, wenn dieser ArbN i.S.v. § 1 LStDV ist, unabhängig davon, ob Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung besteht oder nicht, sodass die Vorschrift auch für beherrschende GGF von Kapitalgesellschaften anzuwenden ist (vgl. BMF v. 6.12.2017 – IV C 5 - S 2333/17/10002, 2017/0989084, BStBl 2018 I S. 147, Rz. 56 letzter Satz i.V.m. Rz. 23; ebenso BMF v. 10.7.2015 – IV C 6 - S 2144/07/10003, BStBl 2015 I S. 544, Rz. 5). Personen, die unter § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG fallen, bezieht die FinVerw in diesen Kreis jedoch iZm. § 3 Nr. 66 nicht ein. Der rechtskräftige Gerichtsbescheid des Thüringer FG vom 28.9.2017 (2 K 266/16, NWB DokID: SAAAG-62532) bestätigt diese Auffassung, indem er jene Personen iSv. § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG aus dem Anwendungsbereich des § 3 Nr. 66 explizit ausschließt.

- ▶ Nicht unter § 236 Abs. 4 VAG und daher auch nicht unter § 4e fallende Personen sind daher der ArbG selber (vgl. Anm. 21), wenn er Einzelunternehmer oder Mitunternehmer ist (vgl. *Höfer/Veit/Verhuvén*, BetrAVG, 20. Aufl. 2019, Bd. II, Kap. 30, Rz. 14), sowie die bereits oben (s. „Arbeitnehmer“) erwähnten Beamten, Richter, Soldaten, Zivildienstleistenden, Entwicklungshelfer, Dienstleistenden innerhalb eines freiwilligen sozialen Jahres, Strafgefangenen und Sicherungsverwahrten. Im Falle der Mitunternehmer ist es allerdings uE erforderlich, dass die PersGes. die Beiträge an den Pensionsfonds – so wie das Gehalt an den geschäftsführenden Mitunternehmer auch – in ihrer Gesamthands-GuV als Aufwand behandelt, der begünstigte Mitunternehmer sie jedoch in seiner Sonder-GuV als SonderBE iSv. § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Alt. 2 ausweist (vgl. zur unmittelbaren Pensionszusage ausführl. BMF v. 29.1.2008 – IV B 2 - S 2176/07/0001, BStBl. I 2008, 317). Beides saldiert sich zu Null, so dass der Beitrag zugunsten von Mitunternehmern grds. keine steuermindernde Wirkung entfaltet. Dies gilt auch für beschränkt haftende Mitunternehmer, zB Kommanditisten (vgl. zur unmittelbaren Pensionszusage *Ahrend/Förster/Rößler*, Steuerrecht der betrieblichen Altersversorgung, Teil 6, Rz. 351 [43. Aufl. 2019]).

17 c) § 236 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 VAG

Versicherungsförmige Garantien dürfen vom Pensionsfonds nur für einen Teil der vorgesehenen Leistungsfälle gewährt werden (§ 236 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 VAG). Anders ist dies bei Lebensversicherern und Pensionskassen (vgl. BTD Drucks 14/5150, 45), die grds. sowohl für die bereits empfangenen als auch für die künftig vom Versicherungsnehmer bzw. Trägerunternehmen (vgl. Anm. 20f.) noch zu entrichtenden Beiträge eine bestimmte Versorgungsleistung (garantierte Versicherungssumme bzw. Rente) garantieren müssen, es sei denn, sie bieten die Leistung im besonderen Segment des rein fondsgebundenen Vertrags ohne Garantie an (§ 125 Abs. 5 Nr. 1 VAG). Vereinbart daher ein Lebensversicherer bzw. eine Pensionskasse keine fondsgebundenen Verträge, gewährt dieser jeweilige Versorgungsträger ausschließlich versicherungsförmige Garantien. Dies ist einem Pensionsfonds für die künftig noch zu entrichtenden Beiträge nicht gestattet; vielmehr darf er solche Garantien nur für einen Teil der künftig noch zu entrichtenden Beiträge (vgl. *Blomeyer/Rolfs/Otto*, 7. Aufl. 2018, § 1 Rz. 279) und für sämtliche bereits empfangenen Prämien (Letzteres kann bei Übertragungen von Direktzusagen oder UKassen-Zusagen auf den Pensionsfonds von besonderer Wichtigkeit sein, vgl. Anm. 40ff.; *Blomeyer/Rolfs/Otto*, 7. Aufl. 2018, § 1 Rz. 280) gewähren. Einen „rein versicherungsförmigen Pensionsfonds“ kann es daher nicht geben. Dies hängt mit dem gesetzlichen Auftrag des Pensionsfonds zusammen, der sich im Gegensatz zu Direktversicherungen und Pensionskassen gerade durch eine größere Freiheit bei der Anlage seiner Deckungsmittel auszeichnen soll, getreu der Erkenntnis, dass höhere Renditechancen auf Dauer nur mit Inkaufnahme höherer Risiken zu erreichen sind.

Eine versicherungsförmige Garantie liegt gem. § 1 Abs. 2 Satz 1 PF DeckRV vor, wenn sich der Pensionsfonds gegen in Höhe und Fälligkeit fest vereinbarte Beiträge zu fest vereinbarten Leistungen verpflichtet hat. Im Rahmen einer (beitragsorientierten) Leistungszusage ist dies gem. Satz 2 jener Vorschrift erfüllt, wenn der Pensionsfonds eine Leistung der Höhe nach zusagt, die unter Ausschluss einer vertraglichen Nachschussverpflichtung aus bereits erbrachten Beiträgen finanziert ist (beitragsfreie Verpflichtung); im Falle einer Beitragszusage mit Mindestleistung ist letztere vom Pensionsfonds zu garantieren. Der Pensionsfonds kann die Garantien

selbst erzeugen oder sich durch einen Rückdeckungsversicherer (vgl. zB den Tatbestand in FG Köln v. 27.9.2018 – 6 K 814/16, EFG 2019, 19, Rev. BFH VI R 45/18) beschaffen.

Unterscheidung von arbeitsrechtlicher Zusage und versicherungsförmiger Garantie: Gewährt der ArbG eine Leistungszusage (§ 1 Abs. 1 Satz 1 BetrAVG) oder eine beitragsorientierte Leistungszusage (§ 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrAVG) über den Pensionsfonds (vgl. Anm. 13) als Versorgungsträger iSv. § 1 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG und gibt der Pensionsfonds insoweit keine versicherungsförmige Garantie, wird der Pensionsfonds idR eine Nachschusspflicht des Trägerunternehmens (vgl. Anm. 25) vereinbaren (vgl. *Höfer/Veit/Verhuven*, BetrAVG, 20. Aufl. 2019, Bd. II, Kap. 30, Rz. 8 f. und 23; *Blomeyer/Rolfs/Otto*, 7. Aufl. 2018, § 1 Rz. 285; *Herrmann*, BetrAV 2005, 2005, 1; *Friedrich/Weigel*, DB 2004, 2282). Kommt das Trägerunternehmen dieser Pflicht jedoch nicht nach, steht dem Pensionsfonds ein Leistungskürzungsrecht zu (vgl. Anm. 19; *Höfer/Veit/Verhuven*, BetrAVG, 20. Aufl. 2019, Bd. II, Kap. 30, Rz. 23; *Blomeyer/Rolfs/Otto*, 7. Aufl. 2018, § 1 Rz. 285); der ArbG ist im Rahmen der Minderleistung in der unmittelbaren arbeitsrechtl. Subsidiärhaftung gegenüber dem Versorgungsbegünstigten gem. § 1 Abs. 1 Satz 3 BetrAVG und muss uU Sicherheiten stellen (vgl. Anm. 19 und § 239 Abs. 3 VAG).

Beitragszusagen mit Mindestleistung erfordern jedoch von Gesetzes wegen eine versicherungsförmige Garantie (vgl. BTDrucks 15/5618, 10; *Höfer/Veit/Verhuven*, BetrAVG, 20. Aufl. 2019, Bd. II, Kap. 30, Rz. 2) in Höhe der Summe der zugesagten Beiträge, soweit sie nicht rechnungsmäßig für einen biometrischen Risikoausgleich verbraucht wurden (§ 1 Abs. 2 Nr. 2 BetrAVG). Würde eine Beitragszusage ohne derartige Garantie (Mindestleistung) vorliegen, erfüllte sie nicht den gesetzlichen Begriff der bAV (vgl. BAG v. 7.9.2004 – 3 AZR 550/03, DB 2005, 507, unter B.I.2.a der Entscheidungsgründe; *Blomeyer/Rolfs/Otto*, 7. Aufl. 2018, § 1 Rz. 89, 279; zur Kritik: *Höfer/Veit/Verhuven*, BetrAVG, 20. Aufl. 2019, Bd. II, Kap. 30, Rz. 2). Ein Pensionsfonds darf daher nicht ausschließlich Beitragszusagen mit Mindestleistung vereinbaren, sonst verstößt er gegen § 236 Abs. 1 Nr. 2 VAG, denn auch die Mindestleistung in Höhe der Summe der zugesagten Beiträge, soweit sie nicht rechnungsmäßig für einen biometrischen Risikoausgleich verbraucht wurden, ist eine Leistung iSv. § 236 Abs. 1 Nr. 2 VAG (aA *Höfer/Veit/Verhuven*, BetrAVG, 20. Aufl. 2019, Bd. II, Kap. 30, Rz. 5).

d) § 236 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 VAG

18

Dem Arbeitnehmer ist ein eigener Anspruch auf Leistung gegen den Pensionsfonds einzuräumen (§ 236 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 VAG; § 236 Abs. 4 VAG fasst den ArbN-Begriff weit, vgl. Anm. 16). Der Rechtsanspruch auf Leistungen, der auch für die Pensionskasse (§ 1b Abs. 3 Satz 1 BetrAVG) und die Direktversicherung gilt, ist ein zentrales Unterscheidungsmerkmal zur UKasse, die deshalb auch nicht der BAFin-Kontrolle unterliegt (vgl. § 4d Anm. 21). Er erstreckt sich nicht nur auf die versicherungsförmig garantierten (vgl. Anm. 17), sondern auf sämtliche Leistungen des Pensionsfonds (vgl. *Höfer/Veit/Verhuven*, BetrAVG, 20. Aufl. 2019, Bd. II, Kap. 29, Rz. 3). Der Rechtsanspruch – Vertragspartner des Pensionsfonds ist der ArbG – ist die eigene Berechtigung des ArbN, die Leistung unmittelbar vom Pensionsfonds zu fordern (Vertrag zugunsten Dritter gem. § 328 BGB, vgl. *Blomeyer/Rolfs/Otto*, 7. Aufl. 2018, § 1 Rz. 282; *Höfer in LBP*, § 4e Rz. 24 [2/2020]); sie geht einher mit dem bis zur arbeitsrechtl. Unverfallbarkeit des Anspruchs grds. widerruflichen bzw. eingeschränkt unwiderruflichen, danach unwiderruflichen Be-

zugsrecht des ArbN auf die Leistung. Während allerdings der Rechtsanspruch vom Pensionsfonds eingeräumt wird (vgl. den Wortlaut des § 236 Abs. 1 Satz 1 Einleitungssatz und Nr. 3 VAG), erfolgt die Gewährung des Bezugsrechts durch den Vertragspartner, dh. das Trägerunternehmen (vgl. Anm. 20f.). Der Ausschluss des Rechtsanspruchs berechtigt lediglich zum Widerruf aus sachlichem Grund (vgl. BAG v. 18.4.1989, DB 1989, 1876). Der Begriff „Arbeitnehmer“ iSv. § 236 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 VAG wird zentral in § 236 Abs. 4 VAG definiert (vgl. Anm. 16).

Auch Hinterbliebenen steht über den Wortlaut des § 236 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 VAG hinaus gem. § 1b Abs. 3 Satz 1 BetrAVG ein eigener Rechtsanspruch zu, soweit der Pensionsfonds Hinterbliebenenleistungen gewährt (vgl. Höfer in LBP, § 4e Rz. 23 [2/2020]).

19 e) § 236 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 VAG

Lebenslange Zahlung: Soweit Altersversorgungsleistungen zugesagt sind, müssen sie als lebenslange **Zahlungen** oder – seit 4.7.2013 – als Einmalkapitalzahlung vom Pensionsfonds erbracht werden. Leistungen bei Invalidität oder Tod dürfen hingegen auch zeitlich befristet oder – auch schon vor dem 4.7.2013 – als Kapitalzahlung gestaltet werden (vgl. Anm. 16). Als „lebenslange Altersversorgungsleistung“ iSv. § 236 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 VAG gelten (vgl. § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 Buchst. a AltZertG):

- Leibrenten mit lebenslanger Zahlung (§ 236 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 VAG).
- Verlängerte Leibrenten (Ende bei Tod, es sei denn, dieser tritt vor Ablauf einer festlegten Mindestlaufzeit, dh. Rentengarantiezeit ein) sind grds. lebenslänglich laufende Leistungen, es sei denn, die festgelegte Mindestlaufzeit überschreitet die mittlere Lebenserwartung ihres Empfängers (vgl. BFH v. 29.10.1974 – VIII R 131/70, BStBl. II 1975, 173, unter 1.b der Entscheidungsgründe; BFH v. 9.9.1988 – III R 191/84, BFHE 154, 430, unter II.3.a der Entscheidungsgründe; BMF v. 1.10.2009 – IV C 1 - S 2252/07/0001, BStBl. I 2009, 1172, Rz. 20). Zwar verhindert die Vereinbarung einer Rentengarantiezeit die Entstehung einer privaten Basisrente (vgl. BMF v. 13.9.2010 – IV C 3 - S 2222/09/10041, BStBl. I 2010, 681, Rz. 25), dies kann aber nicht analog für Pensionsfonds angewandt werden, da der Grund im Falle der Basisrente ein Verstoß gegen das Verbot der Vererblichkeit von Leistungen ist. Im Falle der bAV hingegen führt die Vereinbarung einer Rentengarantiezeit nicht zur Vererblichkeit, wenn die nach dem Tod Bezugsberechtigten zu den Hinterbliebenen aus dem von der FinVerw. definierten engen Kreis gehören (vgl. BMF v. 6.12.2017 – IV C 5 - S 2333/17/10002, 2017/0989084, BStBl. I 2018, 147, Rz. 5 und 4).
- Ratenzahlungen im Rahmen eines Auszahlungsplans mit einer anschließenden Teilkapitalverrentung bis zum Lebensende ab spätestens dem 85. Lebensjahr (§ 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 Buchst. a AltZertG); beim Auszahlplan fällt die Kapitalsumme mit Eintritt des Versorgungsfalls – im Gegensatz zur Leibrente – in vollem Umfang in das Vermögen des Bezugsberechtigten, so dass bei Tod noch vorhandenes Kapital an die engen Hinterbliebenen (vgl. BMF v. 6.12.2017 – IV C 5 - S 2333/17/10002, 2017/0989084, BStBl. I 2018, 147, Rz. 1) in Ratenform (ansonsten: Verstoß gegen das Verbot der Vererblichkeit, BMF v. 6.12.2017 – IV C 5 - S 2333/17/10002, 2017/0989084, BStBl. I 2018, 147, Rz. 6) ausbezahlt ist. Ist das Kapital vor Vollendung des 85. Lebensjahres bzw. einem für früher vereinbarten Zeitpunkt aufgebraucht, endet beim Auszahlungsplan die Ver-

pflichtung des Pensionsfonds bzw. ArbG; weitere Zahlungen sind nicht mehr vorzunehmen, auch nicht die Teilkapitalverrentung ab spätestens dem 85. Lebensjahr.

- Lebenslange Leibrenten bzw. Ratenzahlungen müssen während der gesamten Auszahlungsphase gleich bleiben oder steigen (§ 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 Buchst. a AltZertG). Die Zahlungsweise ist grds. monatlich; allerdings ist auch jährliche oder anderweitig unterjährige Zahlung möglich.
- Die gesonderte Auszahlung der in der Auszahlungsphase anfallenden Zinsen und Erträge ist zulässig (§ 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 Buchst. a AltZertG).

Einmalkapitalzahlungen von Altersversorgungsleistungen (zu Kapitalzahlungen bei Invalidität oder Tod vgl. vorangegangener Abschnitt) sind seit der Reform des damaligen § 112 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 (jetzt § 236 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4) VAG durch Art. 3 Nr. 19 des Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie 2011/89/EU v. 27.6.2013 (BGBl. I 2013, 1862) mW ab 4.7.2013 auch für entsprechend geänderte Altverträge zulässig.

Ausnahmeregelung gem. § 236 Abs. 2 VAG: Im Falle von Leistungszusagen und beitragsorientierten Leistungszusagen (vgl. Anm. 13 und 17) braucht der Pensionsfonds weder eine Leibrente noch einen Auszahlungsplan mit Restverrentung noch eine Einmalkapitalzahlungen vertraglich zu vereinbaren; vielmehr reicht das vertragliche Versprechen, eine bestimmte konstante oder dynamisch steigende jährliche, monatliche oder anderweitig unterjährige Leistung spätestens bis zum Ableben des Bezugsberechtigten – ein fester Termin für das Zahlungsende darf gem. § 236 Abs. 2 Satz 2 VAG nicht vorgesehen werden – zu erbringen, es sei denn, das Kapital reicht vorher nicht mehr aus. Ist vor jenem Ableben ein ausreichendes Kapital zur Erbringung der versprochenen Leistung (teilweise) nicht mehr vorhanden, darf der Pensionsfonds das Leistungsversprechen reduzieren bzw. ganz widerrufen. Die Ausnahmeregelung ist jedoch nur zulässig, wenn das Trägerunternehmen (vgl. Anm. 20f.) – § 236 Abs. 2 Satz 1 VAG spricht zwar vom „Arbeitgeber“, jedoch kommt es auf das Trägerunternehmen an, wenn beide auseinanderfallen (vgl. Anm. 21) – sich verpflichtet hat, Beitragszahlungen, dh. Nachschüsse (vgl. Anm. 17), auch in der Rentenbezugszeit zu leisten. Hierzu sind ab einem bestimmten Unterdeckungsvolumen im Rahmen des § 239 Abs. 4 Satz 1 iVm. Abs. 3 Satz 4 VAG Bürgschaften oder Garantien eines geeigneten Kreditinstituts oder andere geeigneter Besicherungen zu stellen, die der Genehmigung der Aufsichtsbehörde (BAFin.) bedürfen (§ 239 Abs. 4 Satz 2 VAG) und es ist der PSV zu informieren (§ 239 Abs. 3 Satz 5 VAG). Verweigert das Trägerunternehmen trotz dieser Verpflichtung den Nachschuss, haftet er dem Versorgungsbegünstigten unmittelbar gem. § 1 Abs. 1 Satz 3 BetrAVG. Im Falle von Beitragszusagen mit Mindestleistung greift § 236 Abs. 2 VAG nicht (§ 236 Abs. 2 Satz 3 VAG).

III. Trägerunternehmen

1. Grundsatz

20

Trägerunternehmen ist nach Abs. 1 jedes Unternehmen, „das die Beiträge [an den Pensionsfonds] leistet“ (vgl. auch EG-Richtlinie v. 3.6.2003 – 2003/41/EG, ABl. EG 2003 Nr. L 235, Art. 6 Buchst. b). Regelmäßig handelt es sich um den ArbG der Versorgungsbegünstigten.

Beteiligung als Gründer, Gesellschafter oder Vereinsmitglied an dem Pensionsfonds ist für die Qualifikation als Trägerunternehmen nicht erforderlich; ausreichend ist die Vereinbarung zwischen Trägerunternehmen und Pensionsfonds über die mittelbare Versorgungszusage und die Beitragszahlung (vgl. analog zur UKasse BFH v. 5.11.1992 – I R 61/89, BStBl. II 1993, 185, unter II.1.c der Entscheidungsgründe).

Land- und Forstwirte, selbständig Tätige und sonstige Organisationen (zB Verbände, Wohlfahrtsorganisationen, kirchliche Träger oder Gewerkschaften) können neben Gewerbetreibenden Trägerunternehmen sein, egal, ob sie bilanzieren oder ihren Gewinn durch eine Einnahmenüberschussrechnung gem. § 4 Abs. 3 ermitteln.

Art der Steuerpflicht ist für § 4e nicht relevant: Er gilt bei unbeschränkter (§ 1 Abs. 1 bis 3 und § 1a) und beschränkter EStPflcht (§ 1 Abs. 4), ebenso für unbeschränkt stpfl. (§ 1 KStG) und beschränkt stpfl. (§ 2 KStG) Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen (§§ 1 bis 4 iVm. § 8 Abs. 1 KStG).

21 2. Trägerunternehmen und Arbeitgeber

Trägerunternehmen und Arbeitgeber müssen nicht identisch sein. Die Zusage kann auch – mittelbar über den Pensionsfonds – von einem anderen Unternehmen (Trägerunternehmen, vgl. Anm. 20) als dem ArbG erteilt werden, wenn sie beim Trägerunternehmen gem. Abs. 1, würde es sich statt einer Pensionsfondsum eine Direktzusage handeln (vgl. Abs. 2), betrieblich veranlasst wäre (vgl. Anm. 30 ff.). Regelmäßig wird dieses Auseinanderfallen von Trägerunternehmen und ArbG innerhalb eines Konzerns vorkommen. So sieht es das BAG für zulässig an, dass eine Konzerngesellschaft ArbN Pensionszusagen zentral erteilt, deren Arbeitsverhältnis mit anderen Konzerngesellschaften besteht (BAG v. 6.8.1985 – 3 AZR 185/83, BB 1986, 1506, unter I.1.a der Entscheidungsgründe); der Durchführungsweg spiele dabei keine Rolle. Für die Direktversicherung lässt die FinVerw. ein solches Auseinanderfallen in Bezug auf Versicherungsnehmer und ArbG innerhalb eines Konzerns zu, wenn der ArbG die Beitragslast trägt und der Anspruch auf die Versicherungsleistungen durch das Dienstverhältnis veranlasst ist (R 40b.1 Abs. 1 Satz 3 LStR 2011; vgl. auch Höfer, Das neue Betriebsrentenrecht, 2003, Bd. II, Rz. 1480). Die durch § 4e Abs. 2 geforderte „betriebliche Veranlassung“ beim Trägerunternehmen (also im Falle des Auseinanderfallens dem Nicht-ArbG) entsteht uE, wenn der ArbG dem Trägerunternehmen die Zuwendungen ersetzt (vgl. dazu mit ähnlicher Argumentation für den Fall der ArbN-Entsendung ins Ausland: Höfer, Das neue Betriebsrentenrecht, 2003, Bd. II, Rz. 2543; Richter/Schanz, BB 1994, 307 [404]). Es muss uE sogar möglich sein, dass § 4e zur Anwendung kommt, wenn Trägerunternehmen und davon getrennter ArbG nicht Teil eines Konzerns sind. Dafür besteht in der Praxis nicht selten ein Bedarf. Von zuständigen FÄ wurden derartige Konstruktionen tatsächlich auch anerkannt.

IV. Einschränkung und Voraussetzungen des Betriebsausgabenabzugs

22 1. Rangfolge, Qualität und Ratio der Einschränkungen

Abs. 2 geht Abs. 1 vor (vgl. Anm. 3). Bevor also die Einschränkung des BA-Abzugs von Beiträgen zum Pensionsfonds (vgl. Anm. 10 ff.) nach Abs. 1 in der Praxis

eingehend geprüft wird, ist gem. Abs. 2 zu untersuchen, ob BA überhaupt vorliegen. Dies ist zu verneinen, wenn es an einer betrieblichen Veranlassung iSv. § 4 Abs. 4 fehlt (vgl. Anm. 30 ff., 3 und 8). Bewirkt also Abs. 2 eine Negierung des BA-Charakters des dem Pensionsfonds zugewendeten Beitrags, kann auch die Erfüllung der Voraussetzungen des Abs. 1 keine Abzugsfähigkeit des Beitrags beim Trägerunternehmen bewirken.

Abs. 1 ist lex specialis zu § 4 Abs. 4 (vgl. Anm. 3 und 4), beeinträchtigt jedoch die Rechtsnatur der Zuwendungen als BA nicht (vgl. analog in Zusammenhang mit Zuwendungen an eine UKasse BFH v. 29.8.1996 – VIII R 24/95, BFHE 182, 307, unter II.2.b bb bbb der Entscheidungsgründe; vgl. auch § 4c Anm. 3). Liegen somit die Voraussetzungen des Abs. 2, nicht jedoch diejenigen des Abs. 1 vor, ist der Beitrag eine nicht abziehbare BA, die – so wie zB die nicht abziehbare BA des § 4 Abs. 5 – außerhalb der Bilanz und GuV dem stl. Gewinn hinzuzurechnen ist (vgl. Anm. 8).

Ratio des Abs. 1 ist die Verhinderung von Dotierungen des Pensionsfonds, soweit sie die ursprünglich eingegangenen oder die gem. Abs. 3 durch Wechsel des Durchführungswegs übernommenen Versorgungsverpflichtungen übersteigen. Das Trägerunternehmen soll maW Mittel nicht willkürlich verschieben können, um damit seinen stpfl. Gewinn zu mindern; ein Problem, das der Gesetzgeber vor allem bei Firmen- bzw. Betriebs- und Konzern-Pensionsfonds (vgl. Anm. 16) sieht (vgl. auch BTDrucks. 7/1281, 34; Höfer in LBP, § 4e Rz. 27 [2/2020]). Die Einschränkung greift jedoch nur, soweit dem Pensionsfonds mehr zugewandt wird, als er tatsächlich benötigt. Unterhalb dieser Grenzlinie sind im Zeitablauf schwankende Beiträge und daher insoweit gestalterische Gewinnveränderungen beim Trägerunternehmen erlaubt (vgl. Gosch in Kirchhof, 19. Aufl. 2020, § 4e Rz. 6); daher geht die Einschränkung bei rückgedeckten UKassen noch einen Schritt weiter, verbietet sie doch den BA-Abzug von Zuwendungen an derartige Versorgungsträger beim Trägerunternehmen, wenn sie im Zeitablauf nicht konstant oder dynamisch ansteigend sind (vgl. § 4d Anm. 99; Gosch in Kirchhof, 19. Aufl. 2020, § 4e Rz. 6).

2. Voraussetzungen des Betriebsausgabenabzugs nach Abs. 1

a) Beiträge beruhen auf einer festgelegten Verpflichtung (Abs. 1 Alt. 1)

23

Festgelegte Verpflichtung: Sie kann aus dem Vertrag zwischen dem Pensionsfonds und dem Trägerunternehmen (Pensionsfonds-Vertrag), der Satzung des Pensionsfonds oder dem Pensionsplan (enthält gem. § 237 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 VAG die im Rahmen des Geschäftsplans – § 9 Abs. 1 bis 3 VAG – ausgestalteten Bedingungen zur planmäßigen Leistungserbringung im Versorgungsfall) entstehen. Ob die arbeitsrechtl. – mittelbare – Versorgungszusage des ArbG (Trägerunternehmen und ArbG können auseinanderfallen, vgl. Anm. 21) gegenüber dem Versorgungsbegünstigten ausreicht, ist § 4e Abs. 1 nicht zu entnehmen (vgl. Höfer in LBP, § 4e Rz. 31 [2/2020], der die arbeitsrechtl. Verpflichtung als ausreichend ansieht); uE kann sie das Postulat der „festgelegten Verpflichtung“ nicht erfüllen, da sie allein noch nicht die Beiträge festlegt, die gem. § 4e Abs. 1 dem Pensionsfonds gegenüber zu erbringen sind (vgl. Blomeyer/Rolfs/Otto, 7. Aufl. 2018, StR A Rz. 168; Höfer/Veit/Verhuyen, BetrAVG, 20. Aufl. 2019, Bd. II, Kap. 30, Rz. 8 ff.; Gosch/Greger in K/S/M, 303.Akt., § 4e Rz. B 65; Gosch in Kirchhof, 19. Aufl. 2020, § 4e Rz. 7, der nur Geschäftsplan, Satzung oder Pensionsvertrag anerkennt). I.e. gilt:

- ▶ Eine Vereinbarung gegenüber dem Pensionsfonds, bestimmte Beiträge an diesen abzuführen, ist daher immer erforderlich, sonst liegt eine „festgelegte Verpflichtung“ iSd. Abs. 1 Alt. 1 nicht vor. Im Gegensatz zur Pensionskasse jedoch (diese erfordert gem. § 4c Abs. 1 Satz 1 eine festgelegte Verpflichtung, die sich aus Satzung oder Geschäftsplan der Kasse oder einer Anordnung der BAFin ergibt, vgl. § 4c Anm. 48f.) reicht beim Pensionsfonds die schuldrechtl. Vereinbarung des Pensionsfonds-Vertrags aus (vgl. *Blomeyer/Rolfs/Otto*, 7. Aufl. 2018, StR A Rz. 167; *Gosch/Greger in K/S/M*, 303.Akt., § 4e Rz. B 65).
- ▶ Der Rechtsbegründungsakt muss vor Beginn der Beitragszahlung wirksam realisiert worden sein, sonst liegt die „festgelegte Verpflichtung“ nicht vor (vgl. *Gosch in Kirchhof*, 19. Aufl. 2020, § 4e Rz. 7; *Höfer in LBP*, § 4e Rz. 32 [2/2020]). Besteht er in dem zwischen Trägerunternehmen und Pensionsfonds vereinbarten Pensionsfonds-Vertrag, ist unklar, ob der Versorgungsbegünstigte zustimmen muss. Dies ist uE zu verneinen, da die arbeitsrechtl. Versorgungszusage, der der Versorgungsbegünstigte explizit oder konkludent zugestimmt hat, ausreicht und seit der VVG-Reform v. 23.11.2007 (BGBl. I 2007, 2631) selbst Kollektivlebensversicherungen im Bereich der bAV gem. § 150 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 VVG eine Zustimmung der versicherten Person auch bei Todesfallleistungen nicht mehr erfordern (damit hat sich die teilweise noch geführte Diskussion uE erledigt, vgl. *Höfer in LBP*, § 4e Rz. 3 [2/2020]; *Gosch in Kirchhof*, 19. Aufl. 2020, § 4e Rz. 7; *Blomeyer, BetrAV* 2001, 430).
- ▶ Die festgelegte Verpflichtung muss Grund, Höhe und Fälligkeit der Beiträge beinhalten (vgl. *Gosch in Kirchhof*, 19. Aufl. 2020, § 4e Rz. 7; *Höfer/Veit/Verhulven, BetrAVG*, 20. Aufl. 2019, Bd. II, Kap. 30, Rz. 8ff.). Der BA-Abzug erfolgt bei bilanzierenden Trägerunternehmen im Wj. der Fälligkeit, auch wenn die Beitragszahlung erst nach dessen Bilanzstichtag erfolgt (vgl. *Höfer/Veit/Verhulven, BetrAVG*, 20. Aufl. 2019, Bd. II, Kap. 30, Rz. 8ff.).
- ▶ Die Form der Beitragszahlung ist gleichgültig, sie kann also in einmaligen, konstanten, dynamischen oder irgendwie schwankenden Prämien bestehen (vgl. Anm. 11; *Höfer/Veit/Verhulven, BetrAVG*, 20. Aufl. 2019, Bd. II, Kap. 30, Rz. 8ff.; *Gosch in Kirchhof*, 19. Aufl. 2020, § 4e Rz. 7; aA *Blomeyer/Rolfs/Otto*, 7. Aufl. 2020, StR A Rz. 162 und 168, der im Rahmen der festgelegten Verpflichtung nur gleich bleibende oder Einmalbeiträge als zulässig ansieht und schwankende Beiträge nur bei Fehlbetragsabdeckung, vgl. Anm. 25). Allerdings muss sie sich letztlich aus der festgelegten Verpflichtung ergeben und darf sich nicht aus Gegebenheiten des Trägerunternehmens (zB dessen Gewinnsituation) ableiten (vgl. *Höfer in LBP*, § 4e Rz. 28 [2/2020]).
- ▶ Beitragszusagen mit Mindestleistung erfordern die eindeutige arbeitsrechtl. Verpflichtung des ArbG gegenüber dem Versorgungsbegünstigten gem. § 1 Abs. 2 Nr. 2 BetrAVG zur Beitragszahlung (Höhe und Fälligkeit der jeweiligen Prämie, Grund ist die Zusage per se) an den Pensionsfonds, jedoch keine Aussage über die Höhe der späteren Leistung des Pensionsfonds; jene arbeitsrechtl. Verpflichtung wird durch die o.g. Vereinbarung zwischen Trägerunternehmen und Pensionsfonds zur „festgelegten Verpflichtung“ gegenüber dem Pensionsfonds. Garantiert der Pensionsfonds allerdings die gesetzlich erforderliche Mindestleistung in Höhe der Summe der zugesagten Beiträge – soweit sie nicht rechnungsmäßig für einen biometrischen Risikoausgleich verbraucht wurden (§ 1 Abs. 2 Nr. 2 BetrAVG) – nicht, so erfüllt jene Beitragszusage nicht den gesetzlichen Begriff der bAV (vgl. Anm. 17) und es liegt bereits dadurch ein Ver-

stoß gegen § 236 Abs. 1 Nr. 1 VAG und damit gegen § 4e Abs. 1 vor (vgl. Anm. 16).

- ▶ Leistungszusagen sind zwar arbeitsrechtl., also im Verhältnis zwischen ArbG und Versorgungsbegünstigtem, nicht mit einem Beitrag verbunden (§ 1 Abs. 1 Satz 1 BetrAVG), wodurch sie sich von den beitragsorientierten Leistungszusagen unterscheiden (§ 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrAVG), dies heißt jedoch nicht, dass in der Verpflichtung zwischen Trägerunternehmen und Pensionsfonds kein Beitrag fest vereinbart würde. Somit kann auch in diesem Fall eine „festgelegte Verpflichtung“ iSv. Abs. 1 Alt. 1 vorliegen (aA Höfer in LBP, § 4e Rz. 31 [2/2020]), es sei denn, das Trägerunternehmen hat sich nicht zu einer festen Beitragszahlung, sondern zu Nachschüssen verpflichtet (vgl. Anm. 25 und 19). Die Leistungszusage ist auch arbeitsrechtl. in Zusammenhang mit einem Pensionsfonds zulässig (vgl. Anm. 13; § 1 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG).
- ▶ Beitragsorientierte Leistungszusagen sind Leistungszusagen, in denen der ArbG bereits arbeitsrechtl. den erforderlichen Beitrag gem. § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrAVG festgelegt hat. Durch die o.g. Vereinbarung zwischen Trägerunternehmen und Pensionsfonds werden diese Beiträge Bestandteil der „festgelegten Verpflichtung“ gegenüber dem Pensionsfonds.
- ▶ Beiträge iSv. § 4e Abs. 1 Alt. 1 können für eine originäre Versorgungszusage über den Durchführungsweg „Pensionsfonds“ ebenso entstehen wie bei Übernahme einer bestehenden Versorgungsverpflichtung oder Versorgungsanwartschaft aus einer Direktzusage oder UKasse durch den Pensionsfonds iSv. Abs. 3 (vgl. Höfer in LBP, § 4e Rz. 33 [2/2020]).

b) Beiträge dienen der Abdeckung von Fehlbeträgen beim Fonds (Abs. 1 Alt. 2)

24

Die Abdeckung von Fehlbeträgen beim Fonds muss durch Beiträge erfolgen, die das Trägerunternehmen an den Pensionsfonds leistet. Ein unmittelbarer Vermögenstransfer vom Trägerunternehmen an den Versorgungsbegünstigten zB. aufgrund der in § 1 Abs. 1 Satz 3 BetrAVG geregelten Subsidiärhaftung erfüllt die Voraussetzungen des Abs. 1 Alt. 2 nicht; allerdings sind derartige unmittelbare Leistungen bei betrieblicher Veranlassung grds. gem. § 4 Abs. 4 abzugsfähig (vgl. Gosch/Greger in K/S/M, 303.Akt., § 4e Rz. B 70).

Fehlbeträge beim Fonds entstehen, wenn zum Bilanzstichtag des Pensionsfonds feststeht, dass dessen Mittel nicht ausreichen, seine zu diesem Zeitpunkt bestehenden Verpflichtungen zu erfüllen, wenn also das am Bilanzstichtag vorhandene Aktivvermögen des Pensionsfonds nach Abzug seiner Verbindlichkeiten geringer ist als die nach dem Pensionsplan erforderliche Deckungsrückstellung gem. § 240 Satz 1 Nr. 12 VAG iVm. der Pensionsfonds-DeckungsrückstellungsVO v. 20.12.2001 (BGBl. I 2001, 4183, aktuelle Fassung v. 1.8.2014, BGBl. I 2014, 1330) für noch nicht fällige Versorgungsverbindlichkeiten zuzüglich der Solvabilitätskapitalanforderung iSv. § 238 VAG. I.e. gilt in Bezug auf die Fehlbeträge folgendes:

- ▶ Der Fehlbetrag muss lediglich entstanden sein und tatsächlich vom Trägerunternehmen gedeckt werden. Eine aufsichtsbehördliche Anordnung ist ebenso wenig erforderlich (vgl. analog § 4c Anm. 50) wie eine vertragliche Vereinbarung zwischen Trägerunternehmen und Pensionsfonds (vgl. Gosch/Greger in K/S/M, 303.Akt., § 4e Rz. B 70). In der Praxis wird allerdings eine Rechtsgrundlage immer vorhanden sein, da der Pensionsfonds auf die freiwillige Zahlungs-

bereitschaft des Trägerunternehmens nicht bauen kann (vgl. allerdings Anm. 17). Diese kann sich aus dem Pensionsfonds-Vertrag zwischen Trägerunternehmen und Pensionsfonds, der Satzung des Pensionsfonds oder den Pensionsplanbedingungen ergeben. Wenn der Fehlbetrag auch zum o.g. Bilanzstichtag entsteht, so muss er jedoch nach jener Rechtsgrundlage nicht unbedingt zeitnah danach fällig oder bewirkt werden. Der BA-Abzug erfolgt bei bilanzierenden Trägerunternehmen im Wj. der Fälligkeit, auch wenn die Beitragszahlung erst nach dessen Bilanzstichtag erfolgt (vgl. *Höfer/Veit/Verhuven*, BetrAVG, 20. Aufl. 2019, Bd. II, Kap. 30, Rz. 51).

- ▶ Für die Zeitdauer der Bewirkung des Fehlbetrags gibt es keine Vorschriften. Somit kann die Zahlung in einer Summe oder über eine bestimmte Zeitspanne verteilt erfolgen; allerdings kommt es dabei immer auf die Regelung in der Rechtsgrundlage an. Da auch der vom Trägerunternehmen beglichene Fehlbetrag aufseiten des Versorgungsbegünstigten grds. ein Beitrag iSd. § 3 Nr. 63 ist (vgl. Anm. 8, 10 und 12), muss auf die stfreie Höchstgrenze des § 3 Nr. 63 geachtet werden. Würde zB die einmalige Begleichung des auf einen bestimmten Versorgungsbegünstigten entfallenden Fehlbetrags jene Höchstgrenze übersteigen, könnte die – regelmäßige oder auch unregelmäßige – zeitliche Streckung die StPflcht des übersteigenden Teils beim Versorgungsbegünstigten vermeiden, sofern die o.g. Rechtsgrundlage eine solche Streckung zulässt (vgl. analog § 4c Anm. 50). Allerdings ist § 19 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Satz 2 Buchst. b zu beachten, der Fehlbeträge, die „zur Wiederherstellung einer angemessenen Kapitalausstattung nach unvorhersehbaren Verlusten oder zur Finanzierung der Verstärkung der Rechnungsgrundlagen auf Grund einer unvorhersehbaren und nicht nur vorübergehenden Änderung der Verhältnisse“ dienen, aus der Steuerbarkeit als Einnahmen aus nichtselbständiger Arbeit beim Versorgungsbegünstigten ganz herausnimmt (vgl. dazu ausführl. § 19 Anm. 334; *Höfer/Veit/Verhuven*, BetrAVG, 20. Aufl. 2019, Bd. II, Kap. 30, Rz. 50); häufig werden Fehlbeträge unter jene Sondervorschrift des § 19 fallen (vgl. dazu im Einzelnen § 19 Anm. 334), so dass es aufgrund der dadurch beim Versorgungsbegünstigten vermiedenen Steuerbarkeit der Befreiungsnorm des § 3 Nr. 63 nicht bedarf. Dies gilt gem. § 19 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Satz 2 Buchst. c auch in der Rentenbezugszeit, da § 236 Abs. 2 Satz 1 VAG die Abdeckung von Fehlbeträgen auch noch in dieser Phase zulässt (vgl. Anm. 19).
- ▶ Sicherungsbeiträge iSv. § 23 Abs. 1 BetrAVG, die beim Versorgungsbegünstigten unter § 3 Nr. 63a fallen, sind keine derartigen Fehlbeträge, da es sich um Beträge handelt, die zugunsten eines Kollektivs geleistet und den einzelnen Versorgungsbegünstigten nicht unmittelbar gutgeschrieben oder zugerechnet, sondern zunächst zur Absicherung der reinen Beitragszusage gem. § 1 Abs. 2 Nr. 2a BetrAVG genutzt werden.
- ▶ Ein Nachholverbot für noch nicht beglichene Fehlbeträge besteht ebenso wenig wie eine Frist zu deren Begleichung (vgl. analog § 4c Anm. 50; *Blomeyer/Rolfs/Otto*, 7. Aufl. 2018, StR A Rz. 124). Die Zahlung kann daher an die Ertragslage des Trägerunternehmens angepasst werden (vgl. analog § 4c Anm. 50; *Ahrend/Förster/Rößler*, Steuerrecht der betrieblichen Altersversorgung, Teil 5, Rz. 93 [43. Aufl. 2019]; *Blomeyer/Rolfs/Otto*, 7. Aufl. 2018, StR A Rz. 124). Willkürliche Nachschüsse, die unabhängig von einem Fehlbetrag im o.g. Sinne sind (zB zur Beeinflussung der Gewinnlage des Trägerunternehmens), dürfen jedoch

nicht berücksichtigt werden (vgl. *Höfer/Veit/Verhuven*, BetrAVG, 20. Aufl. 2019, Bd. II, Kap. 30, Rz. 14; *Gosch* in *Kirchhof*, 19. Aufl. 2020, § 4e Rz. 7).

- ▶ Die Gründe für die Entstehung von Fehlbeträgen sind vielfältig. Sie können in dem Segment eintreten, in dem der Pensionsfonds versicherungsförmige Garantien gewährt, aber auch dort, wo diese nicht vorhanden sind (vgl. Anm. 17). Zum Beispiel können mehr Todes- oder Invaliditätsfälle eingetreten sein als in den Beiträgen kalkuliert oder die Altersrentenbezugszeiten haben sich verlängert, Anlageerträge können geringer ausgefallen sein und Vermögensverluste höher als im Rechnungszins prognostiziert, auch die Kosten können sich schlechter entwickelt haben als vorhergesehen. Hat ein kapitalmarktorientierter Pensionsfonds (gewährt keine versicherungsförmige Garantien, vgl. Anm. 17) zB theoretisch nur einen Versorgungsbegünstigten, ergibt sich für ihn bei Kalkulation einer beitragsorientierten Leistungszusage auf Altersrente mit einem Rechnungszins von 2 % (aktuell beanstandet die BaFin bis zu 5,00 % bei kapitalmarktorientierten Pensionsfonds nicht, in der Praxis sind jedoch 2,00 % bis 2,5 % üblich) ein Jahresbeitrag von 1 000 €, und ist jener Jahresbeitrag im Pensionsfonds-Vertrag, der Satzung des Pensionsfonds oder im Pensionsplan festgelegt, so fallen jene 1 000 € unter den BA-Abzug nach § 4e Abs. 1 Alt. 1. Entwickeln sich nun die biometrischen Daten und die Kosten wie geplant, fällt jedoch die Rendite der Kapitalanlagen geringer aus als im Rechnungszins prognostiziert, ergeben sich Kapitalunterdeckungen (Fehlbeträge). Da eine versicherungsförmige Garantie nicht gewährt wird, sieht die o.g. Rechtsgrundlage Nachschüsse des Trägerunternehmens vor (vgl. Anm. 17). Diese Nachschüsse dienen der Abdeckung jener Fehlbeträge und fallen daher unter § 4e Abs. 1 Alt. 2. Ebenso hätte eine gegenüber der Kalkulation abweichende Biometrie oder Kostensituation zur Fehlbetragsabdeckung führen können. Hätte der Pensionsfonds eine versicherungsförmige Garantie gewährt (der Rechnungszins wäre dann geringer: gegenwärtig 0,9 %, gem. § 1 Abs. 1 Satz 3 PFDeckRV, ab 1.1.2021 empfohlen: 0,5 %), und hätten weder Pensionsfonds-Vertrag noch Satzung des Pensionsfonds noch Pensionsplanbedingungen das Trägerunternehmen zu Nachschüssen verpflichtet, wäre der ArbG in der unmittelbaren Subsidiärhaftung des § 1 Abs. 1 Satz 3 BetrAVG. Er könnte dann Fehlbeträge an den Pensionsfonds leisten, die BA iSd. § 4e Abs. 1 Alt. 2 darstellen, oder die spätere Leistungsdifferenz unmittelbar dem ArbN gegenüber erbringen, wodurch BA iSd. § 4 Abs. 4 entstünden.
- ▶ Aufsichtsrechtliche Bedeckungen sind Fehlbeträge, die gem. § 239 Abs. 3 VAG – bei kapitalmarktorientierten Pensionsfonds gem. Abs. 4 dieser Vorschrift – auf Basis eines von der BaFin genehmigten Bedeckungsplans iSv. § 239 Abs. 3 Sätze 2 und 3 VAG vom Trägerunternehmen zugunsten von Versorgungsanwärtern oder Versorgungsempfängern zu erbringen sind. Sie fallen zweifellos unter Abs. 1 Halbs. 2 Alt. 2.
- ▶ Wirtschaftliche Bedeckungen beruhen zwar nicht auf einem derartigen aufsichtsbehördlich genehmigten Bedeckungsplan, werden aber zwischen Pensionsfonds und Trägerunternehmen in der Praxis regelmäßig zugunsten von Versorgungsanwärtern vertraglich vereinbart, um damit voraussichtliche künftige Unterdeckungen vorwegzunehmen. Auch bei ihnen handelt es sich um Fehlbeträge iSv. Abs. 1 Halbs. 2 Alt. 2.
- ▶ Freiwillige Bedeckungen, die vertraglich nicht vereinbart sind und vom Trägerunternehmen einseitig geleistet werden, um eventuelle künftige Unterdeckun-

gen vorzuziehen, sind nicht betrieblich veranlasst, so dass ihre Abzugsfähigkeit bereits an § 4 Abs. 4 scheitert.

- Eine vorgreifliche Rückstellungsbildung wegen sog. drohender Fehlträge ist unzulässig mangels wirtschaftlicher Rückbezüglichkeit (BFH v. 27.1.2010 – I R 103/08, BFH/NV 2010, 1002).

25–29 Einstweilen frei.

C. Erläuterungen zu Abs. 2: Betriebliche Veranlassung des Betriebsausgabenabzugs von Beiträgen an Pensionsfonds

30 I. Abzugsverbot für Beiträge bei fehlender betrieblicher Veranlassung von Leistungen des Fonds

Abs. 2 geht Abs. 1 vor (vgl. Anm. 22 und 3). Ist die betriebliche Veranlassung nach Abs. 2 nicht gegeben, stellt der Beitragsaufwand keine BA iSv. § 4 Abs. 4 dar (vgl. *Gosch/Greger* in *K/S/M*, 303.Akt., § 4e Rz. A 13; vgl. auch Anm. 8 und 22).

Beiträge iSd. Abs. 1 sind jene Prämien, die in Anm. 10ff. ausführlich besprochen sind. Für Leistungen iSd. Abs. 3 scheint Abs. 2 somit auf den ersten Blick nicht relevant zu sein (vgl. Anm. 41). Da jedoch die Voraussetzungen des Abs. 1 auch für den Abs. 3 gelten (vgl. Anm. 41) und Abs. 2 die Grundlage für Abs. 1 darstellt, erfordert Abs. 3 auch die Erfüllung der Voraussetzungen des Abs. 2.

„**Beiträge dürfen als Betriebsausgaben nicht abgezogen werden**“ ist eine missverständliche Formulierung, denn sie erweckt zunächst den Eindruck, dass bei Bestehen der im zweiten Halbs. von Abs. 2 formulierten Voraussetzungen BA zwar vorlägen, diese jedoch nicht abzugsfähig wären. Tatsächlich aber stellt der Gesetzeswortlaut „soweit die Leistungen des Fonds, wenn sie vom Trägerunternehmen unmittelbar erbracht würden, bei diesem nicht betrieblich veranlasst wären“ eine Erweiterung des § 4 Abs. 4 dar, der bei mangelnder betrieblicher Veranlassung die BA-Entstehung von vornherein verhindert. Die Qualität des Abs. 2 ist also eine andere als die des Abs. 1, der bei Nichterfüllung der dort kodifizierten Voraussetzungen zu – außerhalb des stl. Gewinns hinzuzurechnenden – nicht abzugsfähigen BA führt (vgl. *Gosch/Greger* in *K/S/M*, 303.Akt., § 4e Rz. A 13, die Abs. 1 als den BA-Abzug beschränkende und Abs. 2 als ihn verbietende Norm bezeichnen; vgl. auch Anm. 8 und 22).

Leistungen des Fonds sind, wenn sie vom Trägerunternehmen unmittelbar erbracht würden, dann nicht betrieblich veranlasst, wenn ihre Ursache privater Natur (§ 12 Nr. 1 oder 2, zB Beiträge zugunsten des Einzel- bzw. Mitunternehmers bzw. dessen Angehöriger, vgl. *Gosch* in *Kirchhof*, 19. Aufl. 2020, § 4e Rz. 8, § 4c Rz. 11 ff.) ist, aber auch bei Beitragszahlung zugunsten von ArbN eines fremden Unternehmens im In- und Ausland (vgl. *Höfer* in *LBP*, § 4e Rz. 37 [2/2020]); die daraus resultierende Rechtsfolge des BA-Entstehungsverbots ergäbe sich bereits aus § 4 Abs. 4. § 4e Abs. 2 erweitert diesen jedoch aus Gründen der Klarstellung und hat daher insoweit deklaratorischen Charakter, wie nachfolgender Absatz zeigt. Beiträge zugunsten von GesGf. einer KapGes. sind grds. iSv. Abs. 2 betrieblich veranlasst, auch wenn diese als im arbeitsrechtlichen Sinne beherrschende GesGf. einzustufen sind (vgl. Anm. 16), für die das Betriebsrentengesetz nicht gilt (vgl. Anm. 33 und 6). Soweit jedoch eine Veranlassung durch das Gesellschaftsver-

hältnis iSv. R 8.5 Abs. 1 Sätze 1 oder 3 KStR vorliegt, soll die Beitragszahlung nach Meinung der Rspr. nicht betrieblich veranlasst sein, so dass eine BA wegen Verstoßes gegen Abs. 2 nach dieser Auffassung nicht vorliegen kann (vgl. ausführl. und kritisch Anm. 33). Beiträge zugunsten von Nicht-ArbN iSd. § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG (vgl. Anm. 16) hingegen verstoßen nur dann gegen Abs. 2, wenn der Begünstigte zB weder für das Trägerunternehmen tätig gewesen ist noch eine anderweitige Leistung zugunsten dieses Unternehmens erbracht hat (vgl. *Gosch in Kirchhof*, 19. Aufl. 2020, § 4e Rz. 8).

Die Vorschrift des Abs. 2 hat lediglich deklaratorischen Charakter (vgl. *Dernberger in Frotscher/Geurts*, § 4e Rz. 10 [10/2015]), weil sie, wie gerade erläutert, § 4 Abs. 4 inhaltlich entspricht. Sie erweitert die grundlegende Norm des § 4 Abs. 4 nur durch die Klarstellung, dass eine im Falle unmittelbar vom Trägerunternehmen an den Versorgungsbegünstigten erbrachter Leistung fehlende betriebliche Veranlassung nicht dadurch hergestellt werden kann, dass die Leistung als Beitragszahlung über den Umweg eines Pensionsfonds praktiziert wird (vgl. BTDrucks. 7/1281, 34, zu § 4c; diese Klarstellung erfolgt durch ausdrückliche Verwendung des bereits in § 4 Abs. 4 enthaltenen Tatbestandsmerkmals „betriebliche Veranlassung“ (vgl. auch § 4c Anm. 3). Abs. 2 soll daher eine denkbare Steuerumgehung iSv. § 42 Abs. 1 AO verhindern, die entstehen könnte, wenn sich ein Unternehmen an Stelle der nicht betrieblich veranlassten Direktzusage des Umwegs über den externen Versorgungsträger, Pensionsfonds, bedienen würde (vgl. *Goschl/Greger in K/S/M*, 303.Akt., § 4e Rz. A 13). Leistungen des Fonds, die das Abzugsverbot begründen, sind die Leistungen der betrieblichen Altersversorgung, wie sie in Anm. 16 definiert sind.

II. Betriebliche Veranlassung beim Trägerunternehmen

31

Die Grundsätze des § 4 Abs. 4 stellen den Maßstab für die betriebliche Veranlassung dar, denn § 4e Abs. 1 (ebenso § 4c Abs. 2 und § 4d Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2) ist *lex specialis* zu § 4 Abs. 4 (vgl. zu § 4d analog: BFH v. 29.8.1996 – VIII R 24/95, BFHE 182, 307, unter II.2.b bb bbb der Entscheidungsgründe); § 4e Abs. 2 hat lediglich deklaratorischen Charakter (vgl. Anm. 30). Das Versorgungsversprechen des Trägerunternehmens an seine Versorgungsbegünstigten ist grds. betrieblich veranlasst, denn es stellt eine Vergütung für geleistete Betriebstreue dar (vgl. BAG v. 10.3.1972 – 3 AZR 278/71, DB 1972, 1825, unter A.II.2.a; vgl. Anm. 5). Zuwendungen des Trägerunternehmens, die die besonderen Voraussetzungen des § 4e Abs. 1 erfüllen, sind daher stets betrieblich veranlasste Aufwendungen iSd. § 4 Abs. 4 und daher BA (vgl. BFH v. 29.8.1996 – VIII R 24/95, BFHE 182, 307, unter II.2.a der Entscheidungsgründe). Fehlt es schon an den Voraussetzungen einer BA nach § 4 Abs. 4 und damit nach § 4e Abs. 2 (zB bei ArbN-Entsendung ins Ausland im Interesse des ausländ. Unternehmens), kommt ein Abzug der Zuwendungen nach § 4e somit überhaupt nicht in Betracht. Ist dagegen die betriebliche Veranlassung der Beitragszahlung an den Pensionsfonds gem. § 4 Abs. 4 und damit § 4e Abs. 2 erfüllt und schränkt § 4e Abs. 1 den stl. Abzug der Beiträge ein, werden die Beiträge dennoch in voller Höhe als Aufwand in der GuV behandelt, sonst wäre das EK der StBil. falsch berechnet. Die gem. § 4e Abs. 1 nicht abzugsfähige BA (vgl. Anm. 22 und 30) erhöhen daher außerhalb der stl. GuV den Gewinn aus Gewerbebetrieb bzw. aus selbständiger oder land- und forstwirtschaftlicher Tätigkeit

(BFH v. 29.8.1996 – VIII R 24/95, BFH/NV 1997, 289) und zwar in dem VZ, in dem sich der steuerbilanzielle Ansatz gewinnmindernd auswirkt.

Liegt eine Überversorgung vor, mangelt es insoweit auch an der betrieblichen Veranlassung der Beiträge (vgl. BFH v. 31.3.2004 – I R 79/03, BStBl. II 2004, 940; BFH v. 19.6.2007 – VIII R 100/04, BStBl. II 2007, 930; BMF v. 3.11.2004 – IV B 2 - S 2176 - 13/04, BStBl. I 2004, 1045, Rz. 20 unter 2; BMF v. 16.6.2008 – IV C 6 - S 2176/07/10007, BStBl. I 2008, 681, für den Sonderfall der Nur-Pension; vgl. ausführl. § 6a Anm. 114). Die Überversorgung in Zusammenhang mit einer bAV wird grds. an der sog. 75 %-Grenze am jeweiligen Bilanzstichtag gemessen; eine Überversorgung idS liegt vor, soweit die insgesamt zugesagten Leistungen der bAV (Direktzusage, UKasse, Direktversicherung, Pensionskasse und Pensionsfonds) zusammen mit einer zu erwartenden Rente aus der gesetzlichen Rentenversicherung – soweit diese nicht ausschließlich auf eigenen Beiträgen des Versorgungsbegünstigten beruht – höher sind als 75 % der Bezüge (vgl. ausführl. BMF v. 3.11.2004 – IV B 2 - S 2176 - 13/04, BStBl. I 2004, 1045, Rz. 8-11) des Versorgungsberechtigten. Soweit die Versorgungsleistungen auf Entgeltumwandlungen beruhen oder mitarbeitende Ehegatten betreffen, greifen die Grundsätze zur Überversorgung nicht (vgl. BMF v. 3.11.2004 – IV B 2 - S 2176 - 13/04, BStBl. I 2004, 1045, Rz. 18 und 21). Ebenso liegt ein Verstoß bei bereits laufenden und ausfinanzierten Rentenleistungen regelmäßig nicht vor (vgl. BMF v. 3.11.2004 – IV B 2 - S 2176 - 13/04, BStBl. I 2004, 1045, Rz. 6). Zur Anwendung der 75 %-Grenze nach Gehaltskürzung vgl. BMF v. 24.8.2005 – IV B 2 - S 2176 - 65/05, HaufeIndex 1543113).

Stellungnahme: Die Grundsätze der Überversorgung gehen aus dem Gesetz nicht hervor; § 4e hat gegen überdurchschnittlich hohe Versorgungszusagen nichts einzuwenden (vgl. auch *Blomeyer/Rolfs/Otto*, 7. Aufl. 2018, StR A Rz. 220f.), soweit betriebliche Veranlassung gegeben ist und die in Abs. 1 genannten Voraussetzungen erfüllt sind. Betriebliche Altersversorgung ist Entgelt für erbrachte Betriebs-treue (vgl. ua. BAG v. 5.9.1989 – 3 AZR 575/88, DB 1989, 2615 = BB 1989, 2400; BVerfG v. 19.10.1983 – 2 BvR 298/81, DB 1984, 190 = BB 1984, 341; *Höfer/de Groot/Küpper/Reich*, 25. Aufl. 2020, Bd. I, Kap. 2 Rz. 46 mwN) und damit Bestandteil der Gesamtvergütung, die sich neben dem Barentgelt und der Versorgungszusage aus weiteren Sachbezügen zusammensetzen kann. Für keinen dieser Einzelbestandteile wird ein stl. beachtliches Maximum kodifiziert; sie sind stretchl. anzuerkennen, soweit sie arbeitsrechtl. zulässig und betrieblich veranlasst sind (vgl. BMF v. 3.11.2004 – IV B 2 - S 2176 - 13/04, BStBl. I 2004, 1045, Rz. 1). Die 75 %-Grenze ist darüber hinaus willkürlich gewählt. Die FinVerw. selbst schränkt ihre starre Anwendung mehrfach ein, indem sie letztlich den jeweiligen Einzelfall als prüfungsrelevant ansieht, keinen Verstoß erkennt, wenn das überdurchschnittlich hohe Versorgungsniveau von vornherein beabsichtigt wurde (vgl. BMF v. 3.11.2004 – IV B 2 - S 2176 - 13/04, BStBl. I 2004, 1045, Rz. 6) und in der 75 %-Grenze nur einen widerlegbaren Anhaltspunkt sieht (vgl. BMF v. 24.8.2005 – IV B 2 - S 2176 - 65/05, HaufeIndex 1543113); das FG Berlin-Brandenb. (FG Berlin-Brandenb. v. 2.12.2014 – 6 K 6045/12, EFG 2015, 321, Rz. 67 ff., Az. BFH I R 4/15) sieht die pauschale Anwendung einer 75 %-igen Überversorgungsgrenze nicht durch den Gesetzeswortlaut gedeckt.

III. Leistungen vom Trägerunternehmen unmittelbar erbracht

Das Trägerunternehmen ist regelmäßig der ArbG, jedoch nicht notwendigerweise (vgl. Anm. 20f.).

Unmittelbar erbracht würden Leistungen des Fonds vom Trägerunternehmen selbst, wenn jenes sie nicht mittelbar über den Pensionsfonds gem. § 1b Abs. 3 Satz 1 BetrAVG, sondern als Direktzusage iSv. § 1 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 BetrAVG gewährt hätte. Nicht entscheidend iSv. Abs. 2 ist somit, ob die Beiträge an den Pensionsfonds selbst betrieblich veranlasst sind, sondern, ob die mit den Beiträgen finanzierten Versorgungsleistungen beim Trägerunternehmen betrieblich veranlasst wären, wenn sie von diesem unmittelbar als Direktzusage erbracht würden (vgl. *Höfer/Veit/Verhuven*, BetrAVG, 20. Aufl. 2019, Bd. II, Kap. 30 Rz. 18). Die Vorschrift ist insoweit identisch mit § 4d Abs. 1 Satz 1 und § 4c Abs. 2, so dass nachfolgend tlw. auf die zu letzterer ergangene Richtlinie (R 4c Abs. 4 EStR 2012) verwiesen wird. I.e. gilt (vgl. auch *Gosch/Greger* in *K/S/M*, 303.Akt., § 4e Rz. C 12 ff.):

- ▶ Zuwendungen für Versorgungsleistungen an Einzelunternehmer und ihre Hinterbliebenen sollen durch diese Formulierung aus § 4e herausfallen und damit steuerschädlich werden, denn der Unternehmer könnte eine derartige Leistung weder zivil- noch strechtl. als Direktzusage an sich selbst gewähren (vgl. *Höfer/Veit/Verhuven*, BetrAVG, 20. Aufl. 2019, Bd. II, Kap. 30 Rz. 19).
- ▶ Die Finanzverwaltung dehnt dieses Verbot auch auf Mitunternehmer und ihre Hinterbliebenen aus (vgl. BMF v. 28.11.1996, BStBl. I 1996, 1435, unter B.1; R 4c Abs. 4 Satz 2 EStR 2008; *Ahrend/Förster/Rößler*, Steuerrecht der betrieblichen Altersversorgung, Teil 6, Rz. 163-166 [43. Aufl. 2019]), was nicht systemgerecht ist.

Stellungnahme: Beiträge an einen Pensionsfonds zugunsten von Mitunternehmern des Trägerunternehmens können uE sehr wohl betrieblich veranlasst sein, wenn sie zB Geschäftsführungsbefugnis besitzen oder ArbN in der PersGes. sind (vgl. zum Grundsatz *Ahrend/Förster/Rößler*, Steuerrecht der betrieblichen Altersversorgung, Teil 6, Rz. 96 ff. [43. Aufl. 2019]). Zwar greift das zwischen KapGes. und ihren Anteilseignern geltende Trennungsprinzip (vgl. § 6a Anm. 25 „Gesellschafter-Geschäftsführer“) bei der PersGes. grds. nicht, da der Mitunternehmer stl. im Erg. so behandelt wird wie ein Einzelunternehmer. Dennoch darf bzw. muss die PersGes. im Falle einer Direktzusage an ihren Mitunternehmer eine Pensionsrückstellung in ihrer Gesamthandsbilanz bilden, der begünstigte Mitunternehmer jedoch hat sie in seiner Sonderbilanz als Forderung und die Rückstellungszuführung in der Sonder-GuV als SonderBE iSv. § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Alt. 2 auszuweisen (vgl. BFH v. 2.12.1997 – VIII R 15/96, BStBl. II 2008, 174, unter II.3 der Entscheidungsgründe; ausführl. BMF v. 29.1.2008 – IV B 2 - S 2176/07/0001, BStBl. I 2008, 317, mit umfangreicher weiterer BFH-Rspr.; § 6a Anm. 26). Beides saldiert sich zu Null, so dass die Pensionsrückstellungsbildung zugunsten von Mitunternehmern grds. keine steuermindernde Wirkung entfaltet (vgl. § 6a Anm. 26). Dasselbe muss auch für die Beiträge iSd. § 4e gelten: BA-Abzug in der Gesamthands-GuV der PersGes., soweit die Voraussetzungen des § 4e erfüllt sind, und korrespondierende Behandlung als SonderBE in der Sonder-GuV des begünstigten Mitunternehmers; das BMF v. 29.1.2008 (BMF v. 29.1.2008 – IV B 2 - S 2176/07/0001, BStBl. I 2008, 317) ist uE entsprechend anzuwenden. Dies gilt auch für beschränkt haftende Mitunternehmer, zB Kommanditisten (analog *Ahrend/Förster/*

Rößler, Steuerrecht der betrieblichen Altersversorgung, Teil 6, Rz. 351 [43. Aufl. 2019]).

- ▶ Beiträge für Pensionsfonds-Leistungen an den GesGf. einer KapGes. können hingegen beim Trägerunternehmen in den Grenzen des § 4e als BA abgezogen werden, auch wenn dieser im stl. Sinne beherrschend ist (vgl. Anm. 30; Höfer/Veit/Verhuven, BetrAVG, 20. Aufl. 2019, Bd. II, Kap. 30 Rz. 21 f.; Ahrend/Förster/Rößler, Steuerrecht der betrieblichen Altersversorgung, Teil 3, Rz. 160 [43. Aufl. 2019]).
- ▶ Eine vGA kann jedoch nach Meinung der Rspr. in Zusammenhang mit Beiträgen zugunsten eines GesGf. einer KapGes. nicht entstehen (vgl. iZm. UKassen-Zusagen: BFH v. 7.3.2018 - I R 89/15, BStBl II 2019, 70 Rz. 13; v. 20.7.2016 - I R 33/15, BStBl II 2017, 66 Rz. 15). Die explizite Forderung des Abs. 2 nach betrieblicher Veranlassung verhindere dies (vgl. auch Gosch/Greger in K/S/M, 303. Akt., § 4e Rz. C 15; Höfer in LBP, § 4e Rz. 66 [2/2020]; aA Gosch in Kirchhof, 19. Aufl. 2020, § 4e Rz. 8). Eine der Voraussetzungen für das Entstehen einer vGA sei nämlich, dass die Zuwendung durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst ist (R 8.5 Abs. 1 Sätze 1 und 3 KStR). Dann aber liege eine betriebliche Veranlassung iSd. Abs. 2 nicht vor, so dass eine BA iSv. Abs. 2 nicht entstehen könne (§ 4e Abs. 2 ist lex specialis zu § 4 Abs. 4, vgl. Anm. 30, 22 und 3). Dies wiederum verhindere die vGA, da diese eine Vermögensminderung – oder verhinderte Vermögensmehrung – impliziere, die jedoch nicht stattfinden könne. Jene behaupteten Rechtsfolgen hat der BFH für UKassenzusagen festgestellt (vgl. BFH v. 7.3.2018 - I R 89/15, BStBl II 2019, 70 Rz. 13; v. 20.7.2016 - I R 33/15, BStBl II 2017, 66 Rz. 15); da die Formulierung des § 4d Abs. 1 Satz 1 „soweit die Leistungen ..., wenn sie vom Trägerunternehmen unmittelbar erbracht würden, bei diesem betrieblich veranlasst wären“ mit § 4e Abs. 2 identisch sind, gelten jene beiden Urteile uE. ebenso iZm. Pensionsfonds. Der BFH betont idZ., dass das Abzugsverbot aus § 4d Abs. 1 Satz 1 EStG auch dann zum Tragen komme, wenn die weiteren Voraussetzungen einer vGA, z.B. die Vermögensminderung oder verhinderte Vermögensmehrung, nicht vorlägen (vgl. BFH v. 20.7.2016 - I R 33/15, BStBl II 2017, 66 Rz. 15 m.w.N.).

Stellungnahme: Eine nach den kstl. Kriterien (teilweise) gesellschaftsrechtl. veranlasste Pensionsfonds-Zusage stellt die betriebliche Veranlassung iSv. § 4e Abs. 2 uE. nicht in Frage, da letztere im ersten (vgl. R 8.7 Sätze 1 bis 4 KStR) und die gesellschaftsrechtl. Veranlassung erst im zweiten Prüfungsschritt des R 8.7 Satz 5 KStR, dessen Ratio ebenso für Pensionsfonds-Zusagen zu gelten hat, zu beurteilen ist. Soweit die übrigen Voraussetzungen des § 4e erfüllt sind, gibt es daher im ersten Prüfungsschritt an der betrieblichen Veranlassung einer zu Gunsten eines GesGf. einer KapGes. von dessen Trägerunternehmen an den Pensionsfonds geleisteten Zuwendung und somit an deren BA-Charakter keinen Zweifel. Wird sodann im zweiten Prüfungsschritt die gesellschaftsrechtl. Veranlassung jener Zuwendung festgestellt, muss diese außerbilanziell als vGA wieder korrigiert werden (so auch Gosch in Kirchhof, 19. Aufl. 2020, § 4e Rz. 8; vgl. zur schrittweisen Korrektur allgemein: BMF v. 28.5.2002 - IV A 2 - S 2742 - 32/02, BStBl. I 2002, 603 Rz. 2). Eine andere strechtl. Behandlung als die gerade gezeichnete ist rechtssystematisch nicht zulässig, auch, wenn sie sich auf die explizite Erwähnung der „betrieblichen Veranlassung“ in § 4e Abs. 2 bzw. § 4d Abs. 1 Satz 1 stützt; denn mit der lex-specialis-Funktion jener Vorschriften gegenüber § 4 Abs. 4 als lex generalis lässt sich keine Ausnahme zur grundsätzlichen Behandlung einer vGA im Verhält-

nis zu jener Allgemeinvorschrift begründen. Die Funktion der Wörter „betriebliche Veranlassung“ in § 4d Abs. 1 Satz 1 bzw. § 4e Abs. 2, die sich auch in der Allgemeinvorschrift des § 4 Abs. 4 finden, besteht nämlich nicht darin, einen solchen Systembruch herbeiführen zu wollen. Vielmehr stehen sie mit der vorangehenden Formulierung „... soweit die Leistungen ..., wenn sie vom Trägerunternehmen unmittelbar erbracht würden ...“ in unmittelbarem Zusammenhang. Wenn daher ein von einer KapGes. zu Gunsten ihres GesGf. jenseits der bAV erbrachter Aufwand, zB. eine unangemessen hohe Tantieme, den BA-Abzug iSv. § 4 Abs. 4 im ersten Prüfungsschritt nicht infrage stellt, als vGA jedoch außerbilanziell im zweiten Prüfungsschritt zu korrigieren ist, so muss dieses formale Vorgehen auch iZm. § 4e Abs. 2 bzw. § 4d Abs. 1 Satz 1 gelten.

- ▶ Versorgungsleistungen an den Arbeitnehmer-Ehegatten verhindern die betriebliche Veranlassung der Zuwendungen iSv. Abs. 1 Satz 1 nicht (vgl. *Ahrend/Förster/Rößler*, Steuerrecht der betrieblichen Altersversorgung, Teil 3, Rz. 160 [43. Aufl. 2019]; *Höfer/Veit/Verhuvén*, BetrAVG, 20. Aufl. 2019, Bd. II, Kap. 30 Rz. 19); allerdings sind auch hier – neben dem stl. anzuerkennenden Arbeitsverhältnis (R 4c Abs. 4 Satz 3 EStR 2008) – bestimmte Sondervoraussetzungen zu erfüllen (vgl. R 4.8 EStR 2008; BMF v. 4.9.1984 – IV B 1 - S 2176 - 85/84, BStBl. I 1984, 495, Abschn. IV iVm. I Abs. 4).

Einstweilen frei.

34–39

D. Erläuterungen zu Abs. 3: Übernahme von Versorgungsverpflichtungen durch den Pensionsfonds

I. Zweck der Regelung, Abgrenzung und Anwendungsbereich

40

Zweck des Abs. 3 ist die besondere Regelung des BA-Abzugs (lex specialis zu § 4e Abs. 1 und § 4 Abs. 4, vgl. *Höfer* in *LBP*, § 4e Rz. 38 [2/2020]; *Blomeyer/Rolfs/Otto*, 7. Aufl. 2018, StR A, Rz. 179) bei Übernahme einer anderweitigen Versorgungsanwartschaft bzw. -leistung durch den Pensionsfonds und die Korrespondenz mit § 3 Nr. 66. Beide Vorschriften sollen die Übernahme von Direkt- und UKassen-Zusagen durch den Pensionsfonds fördern, damit die Unternehmen dessen Vorteile verstärkt nutzen können (vgl. BTDrucks. 14/5150, 34 und 44ff.). Der Wunsch nach internationaler Ausrichtung deutscher bAV innerhalb globaler Konzerne hat den Gesetzgeber besonders dazu bewogen (vgl. Anm. 1 und 2 mwN). Er ließ sich aber wohl auch von der Tatsache leiten, dass zahlreiche Unternehmen ihre bestehenden Direktzusagen wegen teilweiser Negativwirkungen auf ihre EK-Quote in einen anderen Durchführungsweg ohne Bilanzberührung auf der Passivseite überführen wollten und wollen. Dabei lassen sich auch PSV-Beiträge einsparen (vgl. Anm. 11; die Höhe des PSV-Beitrags ist gem. § 10 Abs. 3 Nr. 4 BetrAVG nur 20 % des bei einer Direktzusage zu leistenden Volumens). Obwohl die besondere Förderung, die § 3 Nr. 66 in Kombination mit § 4e Abs. 3 durch die StFreiheit des Übernahmebetrags beim Versorgungsbegünstigten entfaltet, nur den Pensionsfonds, nicht aber Direktversicherungen und Pensionskassen zugestanden wird (zur Verfassungsmäßigkeit vgl. Anm. 5), konnte sie die geringe Bedeutung des Pensionsfonds innerhalb der fünf Durchführungswege der bAV (vgl. *BMAS*, Trägerbefragung zur Verbreitung der betrieblichen Altersversorgung bAV 2017 Endbericht Januar 2019, 13f.) bislang nicht steigern. Den potenziellen Nutzern ist die

Übernahme bestehender Direkt- bzw. UKassen-Zusagen durch Pensionsfonds offensichtlich zu komplex, zu teuer oder/und zu riskant. Die Wurzel der Komplexität ist die Gesetzesinterpretation der FinVerw. (vgl. BMF v. 26.10.2006 – IV B 2 - S 2144 - 57/06, BStBl. I 2006, 709, Rz. 2; BMF v. 10.7.2015 – IV C 6 - S 2144/07/10003, BStBl. I 2015, 544, Rz. 1; BMF v. 6.12.2017 – IV C 5 - S 2333/17/10002, 2017/0989084, BStBl. I 2018, 147, Rz. 56), wonach nur die zum Übernahmzeitpunkt bereits erdiente Anwartschaft lsfrei im Rahmen des § 3 Nr. 66 übertragen werden kann (vgl. Anm. 45 mit ausführlicher Kritik), der noch zu erdienende Teil (*future service*) jedoch entweder im bisherigen Durchführungsweg verbleiben muss, in den engen Grenzen des § 3 Nr. 63 sukzessive auf den Pensionsfonds transferiert oder – bei hohen Volumina des *future service* – im Rahmen des sog. Kombinationsmodells (vgl. BFH v. 20.11.2019 – XI R 52/17, BStBl. II 2020, 264, Rz. 35 und 44; BFH v. 20.11.2019 – XI R 42/18, BStBl. II 2020, 271, Rz. 30; ausföhrl. *Böhm/Schu*, Unterstützungskassen, 2014, Rz. 1102 ff.) von der Direktzusage auf die UKasse (vgl. *Höfer/Veit/Verhuven*, BetrAVG, 20. Aufl. 2019, Bd. II, Kap. 30, Rz. 35.2) ausgelagert wird und damit zu einer Zersplitterung der vorher einheitlichen bAV föhrt. Teuer ist die Übernahme, wenn der Pensionsfonds eine versicherungsförmige Garantie (vgl. Anm. 17) gewährt, und riskant, wenn er keine derartigen Garantien gibt und das Trägerunternehmen sich daher auf Nachschüsse gefasst machen muss.

Verhältnis zu § 4d Abs. 3: Die Vorschrift steht in Verbindung mit dem sehr ähnlichen § 4d Abs. 3, der zur Anwendung kommt, wenn das für die Übernahme erforderliche Kapital unmittelbar von der UKasse auf den Pensionsfonds übertragen wird und die UKasse diese Mittel (teilweise) von ihrem Trägerunternehmen in Form zusätzlicher Zuwendungen erstattet bekommt. Da diese Zuwendungen das tatsächliche Kassenvermögen erhöhen und gleichzeitig unter § 4d Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 1 Buchst. d fallen, kann es sein, dass sie gem. § 4d Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 2 (teilweise) nicht als BA abzugsfähig sind (vgl. *Blomeyer/Rolfs/Otto*, 7. Aufl. 2018, StR C, Rz. 111 f.). Überträgt die UKasse daher ihr anteiliges Kassenvermögen, welches auf ihre vom Pensionsfonds zu übernehmende Versorgungsverpflichtung entfällt, auf das Trägerunternehmen zurück, wo es zu einer BE föhrt, und finanziert Letzteres damit (teilweise) den vom Pensionsfonds geforderten Beitrag zur Übernahme der bisherigen UKassen-Zusage, so kommt es zur Anwendung des § 4e Abs. 3. Die Rückübertragung des anteiligen Kassenvermögens verstößt grds. nicht gegen das Gebot der dauernden Zweckbindung der Kassenmittel, da § 6 Abs. 6 KStG die Anwendung des § 5 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. c KStG für übersteigende Kassenvermögen (ergibt sich, da die UKasse insoweit nun iSv. § 812 BGB ungerchtfertigt bereichert ist, vgl. *Blomeyer/Rolfs/Otto*, 7. Aufl. 2018, StR C, Rz. 128, und ihr zulässiges Kassenvermögen dadurch auf 0 € absinkt) zumindest für Firmenunterstützungskassen, die ihre Zuwendungen lediglich von einem Trägerunternehmen erhalten (vgl. § 4d Anm. 21), ausschließt (vgl. *Höfer/Veit/Verhuven*, BetrAVG, 20. Aufl. 2019, Bd. II, Kap. 30, Rz. 70 ff.). Problematisch kann diese Rückübertragung allerdings bei Gruppen- oder Konzernunterstützungskassen (vgl. zum Begriff § 4d Anm. 21) sein, da die Reduzierung des zugunsten des betreffenden Trägerunternehmens segmentierten tatsächlichen Kassenvermögens auf 0 € nicht das gesamte zulässige Kassenvermögen der Gruppen- oder Konzernunterstützungskasse auf 0 € reduziert. Der BFH hat aber in seinem Urt. v. 26.11.2014 (BFH v. 26.11.2014 – I R 37/13, BStBl. II 2015, 813, Rz. 14 ff.) aus kstrechtl. Perspektive der UKasse für die „kassenorientierte Betrachtung“ und damit gegen die „segmentierte Sichtweise“, die im EStRecht aus Sicht des Trägerunternehmens gilt

(vgl. R 4d Abs. 14 EStR 2015), entschieden. Damit wird die Anwendung der o.g. Ausnahme des § 6 Abs. 6 KStG bei strenger Auslegung jenes Urteils verhindert (vgl. § 4d Anm. 161), so dass die (Rück-)Übertragung des zugunsten des betreffenden Trägerunternehmens segmentierten tatsächlichen Kassenvermögens bei der Gruppen- oder Konzernunterstützungskasse zur vollen StPflcht führen würde (aA *Höfer/Veit/Verhuven*, BetrAVG, 20. Aufl. 2019, Bd. II, Kap. 35, Rz. 100 mit ausführlichem Beispiel). Das BMF-Schreiben v. 18.2.2020 (BMF v. 18.2.2020 – IV C 2 – S 2723/19/1001:004 - DOK 2020/0155875, juris), das bei Auslagerung und Übertragung von tatsächlichem Kassenvermögen von einer stfreien Gruppen- oder Konzernunterstützungskasse auf eine andere, ebenfalls stfreie UKasse keinen Verstoß gegen das Vermögensbindungsgebot des § 5 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. c KStG erblickt, wenn die Vermögensübertragung unmittelbar von der einen auf die andere UKasse vorgenommen wird, ist ein ausdrücklicher Sonderfall, der die o.g. Rspr. des BFH zur Rückübertragung von einer Gruppen- oder Konzernunterstützungskasse auf eines ihrer Trägerunternehmen uE nicht infrage stellt. Demnach wird § 4e Abs. 3 Satz 4 im Zusammenhang mit Gruppen- oder Konzernunterstützungskassen in der Praxis regelmäßig ausscheiden, weil die Übertragung des zugunsten des betreffenden Trägerunternehmens segmentierten tatsächlichen Kassenvermögens zur Vermeidung einer StPflcht der UKasse aufgrund eines Verstoßes gegen § 5 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. c KStG unmittelbar von der UKasse auf den Pensionsfonds gem. § 4d Abs. 3 vorgenommen werden wird.

Wechsel des Durchführungswegs ohne Wechsel des Arbeitgebers: Hier ist § 4e Abs. 3 einschlägig. Der Pensionsfonds wird in diesem Fall Primärverpflichteter, welcher die Versorgungsleistungen gegenüber dem Versorgungsbegünstigten schuldet (vgl. *Höfer* in *LBP*, § 4e Rz. 38 [2/2020]). Der ArbG haftet allerdings subsidiär gem. § 1 Abs. 1 Satz 3 BetrAVG dem Versorgungsbegünstigten gegenüber unmittelbar, und zwar auch dann, wenn der Pensionsfonds eine versicherungsförmige Garantie gibt (vgl. Anm. 17, 18 und 25). Ohne eine derartige Garantie verpflichtet der Pensionsfonds das Trägerunternehmen idR zu Nachschüssen (vgl. Anm. 17 und 19).

Gegenstand der Übertragung von Direktzusagen und Zusagen über Unterstützungskassen auf Pensionsfonds können aktive und unverfallbare Anwartschaften, aber auch bereits laufende Versorgungsleistungen sein (vgl. *Dommermuth*, FR, 2020, 673 [674]). All jene Varianten werden steuerrechtlich durch § 4e Abs. 3 bzw. § 4d Abs. 3 auf Arbeitgeber- und § 3 Nr. 66 EStG auf Arbeitnehmerseite flankiert, die Übertragung von Anwartschaften der noch im Unternehmen aktiven Versorgungsbegünstigten (aktive Anwartschaften) im Falle der Antragstellung gem. § 4e Abs. 3 Sätze 1 und 2 EStG jedoch nur bzgl. ihres bereits erdienten Anteils, d.h. des *past service* (vgl. kritisch Anm. 45).

Wechsel des Arbeitgebers: Mit unmittelbar einhergehendem Wechsel des Durchführungswegs in den Pensionsfonds kann § 4e Abs. 3 zur Anwendung kommen (vgl. *Blomeyer/Rolfs/Otto*, 7. Aufl. 2018, StR A, Rz. 179), allerdings nur in Bezug auf den ehemaligen ArbG und daher nicht als Bestandteil des ArbG-Wechsels selbst. Da nämlich die Übernahme der bisherigen bAV durch den Pensionsfonds stfrei iSv. § 3 Nr. 66 beim Versorgungsbegünstigten nur für bei Übernahme bereits erdiente Versorgungsanwartschaften (*past service*) möglich ist (vgl. BMF v. 26.10.2006 – IV B 2 – S 2144 – 57/06, BStBl. I 2006, 709, Rz. 2; BMF v. 10.7.2015 – IV C 6 – S 2144/07/10003, BStBl. I 2015, 544, Rz. 1; BMF v. 6.12.2017 – IV C 5 – S 2333/17/10002, 2017/0989084, BStBl. I 2018, 147, Rz. 56; zur Kritik Anm. 45), fällt der

Transfer auf den Pensionsfonds in den Zuständigkeitsbereich des ehemaligen ArbG. § 3 Nr. 55, der die Übertragung einer Versorgungsanwartschaft iSv. § 4 Abs. 2 Nr. 2 (oder Abs. 3) BetrAVG auf einen neuen ArbG und gleichzeitig externen Versorgungsträger beim Versorgungsbegünstigten unabhängig von § 4e Abs. 3 komplett stfrei stellt, kann nicht greifen, wenn eine beim ehemaligen ArbG bestehende Direkt- oder UKassen-Zusage auf einen Pensionsfonds übertragen wird, dessen Trägerunternehmen der neue ArbG ist (vgl. BMF v. 6.12.2017 – IV C 5 - S 2333/17/10002, 2017/0989084, BStBl. I 2018, 147, Rz. 61). Die einzige Möglichkeit zur StBefreiung des Transfers beim Versorgungsbegünstigten ist daher § 3 Nr. 66, der den Antrag gem. § 4e Abs. 3 erfordert. Möglich ist auch, die beim ehemaligen ArbG bestehenden Direkt- oder UKassen-Zusage in einem ersten Schritt auf den neuen ArbG gem. § 4 Abs. 2 Nr. 2 BetrAVG zu übertragen, was zur Anwendung des erwähnten § 3 Nr. 55 beim Versorgungsbegünstigten führt und die komplette Schuldbefreiung des ehemaligen ArbG im Rahmen des § 4 Abs. 2 BetrAVG durch Zustimmung des ArbN ermöglicht (vgl. *Blomeyer/Rolfs/Otto*, 7. Aufl. 2018, StR A, Rz. 179). In einem zweiten Schritt kann dann die Übernahme des Pensionsfonds vom neuen ArbG erfolgen, die gem. § 3 Nr. 66 unter der Voraussetzung des § 4e Abs. 3 beim Versorgungsbegünstigten stfrei ist.

II. Verteilung der Leistungen über zehn Jahre (Abs. 3 Satz 1)

41 1. Verhältnis von Abs. 3 zu Abs. 1 und Begriff des Steuerpflichtigen

Die Voraussetzungen des Abs. 1 sind auch für Abs. 3 relevant (vgl. Anm. 30 und 43; aA *Blomeyer/Rolfs/Otto*, 7. Aufl. 2018, StR A, Rz. 179b). Zwar ist Abs. 3 *lex specialis* zu Abs. 1 (vgl. Anm. 40), jedoch nur in der Wirkung. Wird nämlich der Antrag gem. Abs. 3 Satz 1 nicht gestellt (vgl. Anm. 42) und scheidet die Anwendung des Abs. 3 daher aus, handelt es sich bei dem an den Pensionsfonds geleisteten Mitteltransfer um einen Beitrag iSd. Abs. 1 (vgl. Anm. 42), dessen Abzugsfähigkeit als BA die Erfüllung der dort kodifizierten Voraussetzungen (vgl. Anm. 11 ff.) erfordert. Es würde dem Gesetzeszweck widersprechen, wenn für den Mitteltransfer nach Abs. 3 im Falle der Antragstellung nach Abs. 3 Satz 1 die Voraussetzungen des Abs. 1 nicht zu beachten wären, während sie ohne jenen Antrag Relevanz hätten. Bei (teilweiser) Übernahme einer Versorgungsverpflichtung bzw. -anwartschaft durch einen Pensionsfonds ist Abs. 1 also unabhängig davon zu beachten, ob der Mitteltransfer sofort oder über zehn Jahre verteilt als BA abgezogen werden kann. Die Beachtung der Voraussetzungen des Abs. 1 bei Abs. 3 stellt ohnehin keine Verschärfung dar, denn auch Abs. 3 erfordert die Übernahme durch einen Pensionsfonds iSd. § 236 VAG (vgl. Anm. 14 ff.) und die Festlegung einer Verpflichtung (vgl. Anm. 24) bzw. die Abdeckung von Fehlbeträgen (vgl. Anm. 25).

Somit sind nach Abs. 3 auch die Voraussetzungen des Abs. 2 zu beachten (vgl. Anm. 30 ff.), denn dieser ist das Fundament für Abs. 1, der seinerseits die Grundlage für Abs. 3 darstellt. Daher sind die Abs. 2 und 3 gleichzeitig auch *lex specialis* zu § 4 Abs. 4.

Begriff des Steuerpflichtigen: Statt „Trägerunternehmen“, wie in Abs. 1 und 2, verwendet Abs. 3 den Begriff „Steuerpflichtiger“. Der Gesetzgeber will damit offenbar zum Ausdruck bringen, dass eine Übernahme durch den Pensionsfonds nicht nur vom (aktuellen) ArbG möglich ist (zwar können ArbG und Trägerunternehmen auseinanderfallen, vgl. Anm. 20 f., dies ist jedoch in praxi der seltene Aus-

nahmefall). Vielmehr können auch ehemalige ArbG Stpfl. iSd. Abs. 3 sein, zB wenn der Versorgungsbegünstigte mit unverfallbarer Anwartschaft zum Übernahmzeitpunkt aus dem Dienstverhältnis bereits ausgeschieden ist oder die Versorgungsleistungen bereits laufen. Auch Nicht-Unternehmen können Stpfl. iSd. Abs. 3 sein, zB ein ehemaliger Einzelunternehmer, der sein Unternehmen verkauft, der die Bezieher laufender Betriebsrenten, die nach dem Betriebsübergang iSv. § 613a BGB bei ihm verblieben, versorgt und der nun eine Übertragung der daraus resultierenden Versorgungsverpflichtungen auf einen Pensionsfonds vornimmt; auch in seinem Fall passt der Begriff „Trägerunternehmen“ nicht.

2. Antragsbezogenes Wahlrecht

42

Auf Antrag kann eine Verteilung der für die Übernahme (vgl. Anm. 40) erforderlichen Mittel als Betriebsausgaben über zehn Jahre erfolgen (antragsbezogenes Wahlrecht als gesetzliche Billigkeitsregelung, vgl. FG München v. 4.10.2017 – 6 K 3285/14, EFG 2018, 1022 unter 1.b.aa der Entscheidungsgründe = Rz. 21). Das Wort „kann“ und das Lex-specialis-Verhältnis des Abs. 3 zu Abs. 1 und § 4 Abs. 4 (vgl. Anm. 40) offenbaren, dass ohne diesen Antrag der Abzug der für die Übernahme erforderlichen Mittel als BA in einer Summe im Wj. der Fälligkeit bzw. Zahlung erfolgen muss (vgl. BMF v. 26.10.2006 – IV B 2 - S 2144 - 57/06, BStBl. I 2006, 709, Rz. 6 letzter Satz; FG Ba.-Württ. v. 23.9.2014 – 5 K 809/12, juris, rkr. unter Abs. 5 der Entscheidungsgründe; *Höfer/Veit/Verhuvén*, BetrAVG, 20. Aufl. 2019, Bd. II, Kap. 30, Rz. 34 und Kap. 33, Rz. 14; *Korn*, NWB 18/2020, 1310 [1311]). Dies ist auch aus anderem Blickwinkel zwingend: Ohne jenen Antrag kann die StFreiheit des § 3 Nr. 66 beim Versorgungsbegünstigten nicht greifen (vgl. BMF v. 26.10.2006 – IV B 2 - S 2144 - 57/06, BStBl. I 2006, 709, Vorspann; BMF v. 6.12.2017 – IV C 5 - S 2333/17/10002, 2017/0989084, BStBl. I 2018, 147, Rz. 56; vgl. auch Anm. 40) mit der Folge des Lohnzuflusses beim Versorgungsbegünstigten (vgl. BMF v. 4.7.2017 – IV C 5 - S 2333/16/10002, 2017/0581849, BStBl. I 2017, 883, Rz. 2). Wäre nun der BA-Abzug in Ermangelung des Antrags gar nicht möglich (dies behauptet *Gosch* in *Kirchhof*, 19. Aufl. 2020, § 4e Rz. 10), käme es dennoch zur vollen Besteuerung beim Versorgungsbegünstigten; diese Durchbrechung des Korrespondenzprinzips hat der Gesetzgeber nicht gewollt (aA *Gosch* in *Kirchhof*, 19. Aufl. 2020, § 4e Rz. 10). Ohne Antrag sind darüber hinaus die Voraussetzungen des Abs. 1 (und damit auch wieder die des Abs. 2, vgl. Anm. 30) zu erfüllen, da es sich ja um „Beiträge an einen Pensionsfonds“ handelt (vgl. Anm. 11, wonach auch Einmalbeiträge unter Abs. 1 fallen), der Sonderfall des Abs. 3 jedoch nicht gegeben ist.

Antrag iSd. Gesetzeswortlautes ist eine an das zuständige Finanzamt (vgl. in nachfolgender Aufstellung vorgenommene Präzisierung) zu übermittelnde Willensäußerung, dass der Steuerpflichtige (vgl. Anm. 41) die insgesamt erforderlichen Leistungen an den Pensionsfonds (vgl. Anm. 43) ab dem dem Übertragungszeitpunkt folgenden Wj. über zehn Wje. hinweg gleichmäßig verteilt als BA abziehen möchte. Der Antrag ist an keine Form gebunden (vgl. *Blomeyer/Rolfs/Otto*, 7. Aufl. 2018, StR A, Rz. 180h). Konkludentes Handeln dergestalt, dass im Übernahmejahr die Leistungen an den Pensionsfonds nicht als steuerlicher Aufwand geltend gemacht oder außerbilanziell wieder hinzugerechnet werden (vgl. Anm. 47), soll dem Antragserfordernis genügen (vgl. *Blomeyer/Rolfs/Otto*, 7. Aufl. 2018, StR A, Rz. 180h; *Gosch/Greger* in *K/S/M*, 303.Akt., § 4e Rz. D 21). Ein konkludenter Antrag ist uE hingegen nicht zulässig, da der Gesetzgeber die Antragsvoraussetzung ansonsten

nicht explizit in den Wortlaut des Abs. 3 Sätze 1 und 2 hätte integrieren müssen. Dies gilt umso mehr, als der Antrag gem. Abs. 3 Satz 2 unwiderruflich ist und darüber hinaus den jeweiligen Rechtsnachfolger bindet; derartige Rechtswirkungen können nicht alleine von einer buchhalterischen Entscheidung abhängig gemacht werden. Dies gilt umso mehr, als jener Antrag gem. § 3 Nr. 66 EStG konkrete Auswirkungen auf die Steuerpflicht des Versorgungsbegünstigten im Übertragungsjahr hat und die Formulierung jener Vorschrift „wenn ein Antrag nach ... § 4e Absatz 3 *gestellt* worden ist“ darauf hindeutet, dass Konkludenz nicht ausreicht. I.e. gilt für die Antragstellung:

- ▶ Personenbezug: Der Antrag ist personenbezogen, darf also vom übertragenden Unternehmen für jeden einzelnen Versorgungsbegünstigten unterschiedlich gehandhabt werden; dies lässt sich aus dem Gesetzeswortlaut des Abs. 3 Satz 1, der von „*einer* bestehenden Versorgungsverpflichtung oder Versorgungsanwartschaft“ spricht, schließen (vgl. *Höfer/Veit/Verhuvén*, BetrAVG, 20. Aufl. 2019, Bd. II, Kap. 30, Rz. 55). Die insgesamt erforderlichen Leistungen an einen Pensionsfonds vom Gesetzgeber zum Gegenstand des Antrags zu machen, steht jener Personenbezogenheit nicht entgegen. Diese Formulierung in Abs. 3 Satz 1 bezieht sich nämlich nicht auf die Summe aller vom Trägerunternehmen auf den betreffenden Pensionsfonds übertragenen Versorgungsverpflichtungen oder Versorgungsanwartschaften, sondern auf die von jenem Pensionsfonds für jede einzelne Versorgungsverpflichtung bzw. Versorgungsanwartschaft beanspruchte Summe von Leistungen (Abs. 3 Satz 1: „die insgesamt erforderlichen Leistungen ... *einer* bestehenden Versorgungsverpflichtung oder Versorgungsanwartschaft“), dh. sämtlicher Beiträge, nachträglicher Beiträge und Nachschüsse (vgl. ausführl. Anm. 43 „bei den insgesamt erforderlichen Leistungen“) für jeden einzelnen Versorgungsbegünstigten (vgl. BMF v. 26.10.2006 – IV B 2 - S 2144 - 57/06, BStBl. I 2006, 709, Rz. 6 Sätze 2 f.; *Höfer/Veit/Verhuvén*, BetrAVG, 20. Aufl. 2019, Bd. II, Kap. 30, Rz. 53 f.). Für Personen, die unter § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG fallen (vgl. Anm. 16), macht der Antrag keinen Sinn, da diese zwar von § 4e, nicht jedoch von § 3 Nr. 66 erfasst sind (vgl. Anm. 16).
- ▶ Zuständiges Finanzamt ist das BSFA (vgl. *Heger* in *Blümich*, § 4e Rz. 53 [153. Aufl./2020]; *Höfer* in *LBP*, § 4e Rz. 47 [2/2020]) wegen der aus § 3 Nr. 66 resultierenden lsl. Folgen; dies gilt auch dann, wenn das Trägerunternehmen selbst steuerbefreit ist (vgl. *Blomeyer/Rolfs/Otto*, 7. Aufl. 2018, StR C, Rz. 121). Eine Ablehnung des Antrags durch das FA bei Erfüllung der Voraussetzungen des Abs. 3 (vgl. auch Anm. 41) ist nicht möglich (vgl. auch *Höfer/Veit/Verhuvén*, BetrAVG, 20. Aufl. 2019, Bd. II, Kap. 30, Rz. 68; *Karst/Heger*, BB 2013, 1259; aA *Gosch* in *Kirchhof*, 19. Aufl. 2020, § 4e Rz. 10, der eine Ablehnung nicht ausschließt, allerdings ohne Begr.). Eine Genehmigung des Antrags durch die FnVerw ist nicht erforderlich (vgl. *Heger* in *Blümich*, § 4e Rz. 53 [153. Aufl./2020]).
- ▶ Bindungswirkung des Antrags (vgl. auch BFH v. 20.11.2019 – XI R 52/17, BStBl. II 2020, 264, Rz. 17; BFH v. 20.11.2019 – XI R 42/18, BStBl. II 2020, 271, Rz. 25): Der Antrag ist bindend, auch für den Rechtsnachfolger (Abs. 3 Satz 2 Halbs. 2, vgl. Anm. 48) des Stpfl. (vgl. zum Begriff Anm. 41). Ein Widerruf bzw. eine nachträgliche Rücknahme ist nicht möglich (Abs. 3 Satz 2 Halbs. 1, vgl. Anm. 48), da der Antrag über § 3 Nr. 66 Rechtsfolgen für die Besteuerung Dritter – des Versorgungsbegünstigten – hat und die Unwiderruflichkeit somit unmittelbar mit Stellung des Antrags eintritt, dh. mit Zugang beim zuständigen

FA und nicht erst mit Bestandskraft der Veranlagung des Stpfl. oder der Einreichung der Bilanz (vgl. *Dernberger* in *Frotscher/Geurts*, § 4e Rz. 14b [10/2015]). Die Antragstellung muss erfolgt sein, bevor die Aufwandsberücksichtigung bestandskräftig wird (vgl. FG Ba.-Württ. v. 23.9.2014 – 5 K 809/12, juris, rkr., unter Abs. 5 der Entscheidungsgründe; *Blomeyer/Rolfs/Otto*, 7. Aufl. 2018, StR C, Rz. 122; aA *Höfer* in *LBP*, § 4e Rz. 47 [2/2020], der den Wortlaut des § 3 Nr. 66 so interpretiert, dass die Antragstellung vor dem Mitteltransfer an den Pensionsfonds realisiert sein muss). Wird der Antrag tatsächlich vor der Übernahme durch den Pensionsfonds gestellt, können die Rechtsfolgen des Abs. 3 nur durch Unterlassen der Übernahme vermieden werden (vgl. *Höfer* in *LBP*, § 4e Rz. 47 [2/2020]).

- ▶ Spätestens darf der Antrag im Einspruchsverfahren gestellt werden bzw. in der letzten mündlichen Verhandlung im finanzgerichtlichen Klageverfahren, wobei Einspruch und Klage mit dem alleinigen Ziel der – nachträglichen – Antragstellung in Ermangelung der erforderlichen Beschwer bzw. Rechtsverletzung (§ 350 AO, § 40 Abs. 2 FGO) nicht zulässig sind (vgl. FG Ba.-Württ. v. 23.9.2014 – 5 K 809/12, juris, rkr.; *Blomeyer/Rolfs/Otto*, 7. Aufl. 2018, StR C, Rz. 122; *Gosch* in *Kirchhof*, 19. Aufl. 2020, § 4e Rz. 10).
- ▶ Rechtzeitige Antragstellung durch das Trägerunternehmen in obigem Sinne jedoch nach Eintritt der Bestandskraft des betreffenden Steuerbescheids des Versorgungsbegünstigten ermöglicht Letzterem die Beantragung der Änderung jenes Bescheids und damit die Anwendung des § 3 Nr. 66 infolge eines rückwirkenden Ereignisses iSv. § 175 Abs. 1 Nr. 2 AO (vgl. BFH v. 30.8.2001 – IV R 30/99, BStBl. II 2002, 49, unter II.3 der Entscheidungsgründe; *Blomeyer/Rolfs/Otto*, 7. Aufl. 2018, StR C, Rz. 123).

3. Insgesamt erforderliche Leistungen an einen Pensionsfonds

43

Leistungen: Statt „Beiträge“, wie in Abs. 1 und 2, verwendet Abs. 3 den Begriff „Leistungen“. Daraus wird geschlossen, dass die Voraussetzungen des Abs. 1 für Abs. 3 nicht gelten (vgl. *Blomeyer/Rolfs/Otto*, 7. Aufl. 2018, StR A, Rz. 179b). Dies Ansicht ist nicht haltbar (vgl. Anm. 41). Von „Leistungen“ spricht der Gesetzgeber vielmehr regelmäßig beim Mitteltransfer, wenn dieser der Ablösung bestehender Verpflichtungen dient, so zB in § 3 Nr. 65 Buchst. b in Zusammenhang mit der Liquidationsversicherung und in § 3 Nr. 66. Zwecks Vereinheitlichung mit dem korrespondierenden § 3 Nr. 66 (vgl. Anm. 40) verwendet Abs. 3 daher auch den Begriff „Leistungen“.

Einmalbeiträge: Leistungen sind regelmäßig Einmalbeiträge (vgl. *Höfer/Veit/Verhuvén*, BetrAVG, 20. Aufl. 2019, Bd. II, Kap. 30, Rz. 24, 27f. und 35), da der Pensionsfonds lediglich die bis zum Übernahmzeitpunkt erdiente (unverfallbare) Anwartschaft (*past service*) bzw. die bereits laufenden Versorgungsleistungen übernehmen darf (vgl. Anm. 45). Allerdings ermöglichen zahlreiche Anbieter auf Wunsch auch die Verteilung des Einmalbeitrags über mehrere Jahre.

Insgesamt erforderlich: Bei den insgesamt erforderlichen Leistungen handelt es sich um die Gesamtheit der für die Übernahme erforderlichen Beiträge, also auch um spätere Nachschusszahlungen, die sich bei Vertragsverhältnissen ohne versicherungsförmige Garantie (vgl. Anm. 17 und 19) an den Erstaufwand bei Bedarf anschließen (vgl. BMF v. 26.10.2006 – IV B 2 - S 2144 - 57/06, BStBl. I 2006, 709, Rz. 6; *Höfer/Veit/Verhuvén*, BetrAVG, 20. Aufl. 2019, Bd. II, Kap. 30, Rz. 49; *Dern-*

berger in *Frotscher/Geurts*, § 4e Rz. 14e und 14h [10/2015]). Der Antrag gilt sowohl für den Erstaufwand als auch für sämtliche Nachschüsse und Fehlbeträge (vgl. BMF v. 26.10.2006 – IV B 2 - S 2144 - 57/06, BStBl. I 2006, 709, Rz. 6). Der Stpfl. kann also die Ratio des Abs. 3 nicht teilweise umgehen, indem er für den Erstaufwand die Zehn-Jahres-Verteilung begehrt und für den Folgeaufwand nicht (vgl. *Höfer/Veit/Verhuven*, BetrAVG, 20. Aufl. 2019, Bd. II, Kap. 30, Rz. 49f.). Dies ist bedauerlich, wenn Fehlbeträge, „zur Wiederherstellung einer angemessenen Kapitalausstattung nach unvorhersehbaren Verlusten oder zur Finanzierung der Verstärkung der Rechnungsgrundlagen aufgrund einer unvorhersehbaren und nicht nur vorübergehenden Änderung der Verhältnisse“ dienen und damit unter § 19 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Satz 2 Buchst. b bzw. – in der Rentenbezugszeit – Buchst. c fallen, weil diese dann beim Versorgungsbegünstigten gar nicht stbar sind (vgl. dazu Anm. 24 und ausführl. § 19 Anm. 334) und es daher insoweit der Freistellungsnorm des § 3 Nr. 66 und damit auch des Antrags iSv. § 4e Abs. 3 Satz 1 gar nicht bedürfte (vgl. auch *Höfer/Veit/Verhuven*, BetrAVG, 20. Aufl. 2019, Bd. II, Kap. 30, Rz. 50). Sicherungsbeiträge iSv. § 23 Abs. 1 BetrAVG, die beim Versorgungsbegünstigten unter § 3 Nr. 63a fallen, sind keine derartigen Leistungen, da es sich um Beträge handelt, die zugunsten eines Kollektivs geleistet und den einzelnen Versorgungsbegünstigten nicht unmittelbar gutgeschrieben oder zugerechnet, sondern zunächst zur Absicherung der reinen Beitragszusage gem. § 1 Abs. 2 Nr. 2a BetrAVG genutzt werden; damit fehlt es an der erforderlichen Personenbezogenheit (vgl. dazu Anm. 42).

Pensionsfonds: Der Begriff deckt sich mit demjenigen des Abs. 1 (vgl. Anm. 14ff., 41).

44 4. Teilweise oder vollständige Übernahme

Übernahme: Abs. 3 spricht zunächst von „Übernahme“, im weiteren Verlauf in Zusammenhang mit der zeitlichen Dimension von „Wirtschaftsjahr der Übertragung“. Der arbeitsrechtl. korrekte Begriff lautet „Übertragung“. Das Betriebsrentengesetz verwendet „Übernahme“ nur, wenn ein neuer ArbG eine bisherige Versorgungszusage in unveränderter Form fortführt (§ 4 Abs. 2 Nr. 1 BetrAVG). Wird die bisherige hingegen durch eine wertgleiche neue Versorgung gegen Zahlung eines entsprechenden Übertragungswerts abgelöst, spricht § 4 Abs. 2 Nr. 2 BetrAVG – allerdings nur im Falle des ArbG-Wechsels und daher auch nur in Zusammenhang mit Anwartschaften – von „Übertragung“. In analoger Anwendung des § 4 Abs. 2 Nr. 2 BetrAVG verwenden auch FinVerw. und Literatur die Übertragung als einschlägigen Begriff (vgl. BMF v. 26.10.2006 – IV B 2 - S 2144 - 57/06, BStBl. I 2006, 709; BMF v. 10.7.2015 – IV C 6 - S 2144/07/10003, BStBl. I 2015, 544, jeweils durchgängig; *Höfer/Veit/Verhuven*, BetrAVG, 20. Aufl. 2019, Bd. II, Kap. 30, Rz. 23ff.; *Höfer* in *LBP*, § 4e Rz. 38ff. [2/2020]; *Dernberger* in *Frotscher/Geurts*, § 4e Rz. 13ff. [10/2015]; uneinheitlich: *Blomeyer/Rolfs/Otto*, 7. Aufl. 2018, StR A, Rz. 179f.; *Gosch* in *Kirchhof*, 19. Aufl. 2020, § 4e Rz. 11).

Teilweise oder vollständig darf die Übertragung der Versorgungsverpflichtung oder -anwartschaft gem. Abs. 3 sein. Eine teilweise Übertragung überführt nicht alle Leistungsversprechen – zB nur Altersversorgung unter Ausschluss der Hinterbliebenenleistung und/oder des Invaliditätsrisikos – oder ein bestimmtes Leistungsversprechen betragsmäßig nur zT (vgl. *Dernberger* in *Frotscher/Geurts*, § 4e Rz. 14f [10/2015]). Dies kann daran liegen, dass der Pensionsfonds bestimmte

Leistungen (zB bei Invalidität) nicht abdeckt oder Liquiditätsabflüsse des Stpfl. (vgl. Anm. 41) begrenzt werden müssen (vgl. Höfer in LBP, § 4e Rz. 46 [2/2020]).

Folgeübertragungen nach erstmaliger teilweiser Übertragung erfordern uE eine jeweilige erneute Antragstellung (glA wohl Höfer in LBP, § 4e Rz. 50 [2/2020]), da es sich nicht um „insgesamt erforderliche“ Leistungen iSd. Anm. 42 handelt. In letzterem Falle handelt es sich um ein Beitragsvolumen, welches sich über einen Zeitraum – zB in Form von Nachschusszahlungen oder laufenden Beiträgen – verteilt, und der Finanzierung eines bestimmten Übertragungsvolumens dient; da die Beiträge bzw. Nachschüsse zusammengehören, ist lediglich ein Antrag erforderlich. Folgeübertragungen hingegen stellen zusätzliche eigenständige Transfers dar, die ihrerseits jeweils unter die Voraussetzungen des Abs. 3 fallen und daher einen jeweiligen gesonderten Antrag erfordern, da sie von der Formulierung der Rz. 6 des BMF v. 26.10.2006 (BMF v. 26.10.2006 – IV B 2 - S 2144 - 57/06, BStBl. I 2006, 709) nicht gedeckt sind.

5. Bestehende Versorgungsverpflichtung oder Versorgungsanwartschaft

45

Versorgungsverpflichtung: Sie liegt vor, wenn der Versorgungsfall bereits eingetreten ist, die Rentenzahlung also begonnen hat (vgl. BMF v. 26.10.2006 – IV B 2 - S 2144 - 57/06, BStBl. I 2006, 709, Rz. 1).

Versorgungsanwartschaften können unverfallbare Anwartschaften bereits vorzeitig ausgeschiedener Versorgungsberechtigter (vgl. BMF v. 26.10.2006 – IV B 2 - S 2144 - 57/06, BStBl. I 2006, 709, Rz. 1) oder Anwartschaften aktiver Beschäftigter (vgl. BMF v. 26.10.2006 – IV B 2 - S 2144 - 57/06, BStBl. I 2006, 709, Rz. 2; BMF v. 10.7.2015 – IV C 6 - S 2144/07/10003, BStBl. I 2015, 544, Rz. 1) sein.

Bestehend: Es muss sich um bestehende Versorgungsverpflichtungen bzw. Versorgungsanwartschaften handeln; daraus schließt die FinVerw., dass die Antragstellung nach Abs. 3 im Falle der beim Stpfl. (vgl. Anm. 41) aktiv Beschäftigten nur für bereits erdiente Versorgungsanwartschaften (*past service*) zulässig sei (vgl. BMF v. 26.10.2006 – IV B 2 - S 2144 - 57/06, BStBl. I 2006, 709, Rz. 2; BMF v. 10.7.2015 – IV C 6 - S 2144/07/10003, BStBl. I 2015, 544, Rz. 1; BMF v. 6.12.2017 – IV C 5 - S 2333/17/10002, 2017/0989084, BStBl. I 2018, 147, Rz. 56); die Rspr. hat diese Verwaltungspraxis bisher nicht infrage gestellt (vgl. BFH v. 20.11.2019 – XI R 52/17, BStBl. II 2020, 264; BFH v. 20.11.2019 – XI R 42/18, BStBl. II 2020, 271). Weder Gesetzeswortlaut („bestehende“ Versorgungsanwartschaft) noch -zweck lassen uE jene Interpretation der FinVerw. zu (vgl. Höfer/Veit/Verhuven, BetrAVG, 20. Aufl. 2019, Bd. II, Kap. 30, Rz. 35; Heeg/Schramm, DStR 2007, 1706; aA Blomeyer/Rolfs/Otto, 7. Aufl. 2018, StR C, Rz. 116); dies gilt umso mehr, da der Gesetzgeber das Attribut „bestehend“ nicht nur auf die Versorgungsanwartschaft, sondern auch auf die bereits laufende Versorgungsverpflichtung bezieht. Hätte der Gesetzgeber den Antrag tatsächlich auf den erdienten Teil beschränken wollen, hätte er wohl die Formulierung „... einer im Zeitpunkt der Übernahme bereits bestehenden Versorgungsanwartschaft ...“ gewählt. Mit dem tatsächlich gewählten Wortlaut, „bestehend“, wollte der Gesetzgeber jedoch offensichtlich vermeiden, dass in engem zeitlichen Zusammenhang zum Übertragungszeitpunkt zugesagte Pensionsverpflichtungen den Vorteil des § 3 Nr. 66 – dessen Wortlaut verwendet ebenfalls „bestehend“ – nutzen können, da es sich bei ihnen um verkappte neue Pensionsfonds-Zusagen handelt, die korrekterweise nur den § 3 Nr. 63 nutzen dürfen. Unter „bestehend“ kann daher nur „rechtswirksam vorhanden“ verstanden

werden und unter „Versorgungsanwartschaft“ der vollständige Anspruch auf spätere Leistung; zur ausführlichen Diskussion in diesem Zusammenhang vgl. *Höfer/Veit/Verhuven*, BetrAVG, 20. Aufl. 2019, Bd. II, Kap. 30, Rz. 35 ff.). Nach dem Gesetzeszweck des AVmG (vgl. Anm. 2) soll sich der ArbG vollständig von seiner Direkt- oder UKassen-Zusage durch Übertragung auf einen Pensionsfonds trennen können (vgl. BTD Drucks. 14/5150, 34 und 44 ff.; *Meier/Bätzel*, DB 2004, 1437 [1440]; *Friedrich/Weigel*, DB 2004, 2282 [2284]; *Höfer/Veit/Verhuven*, BetrAVG, 20. Aufl. 2019, Bd. II, Kap. 30, Rz. 35). Allerdings lässt sich die Haltung der FinVerw. verstehen, da sie wohl auch Missbräuchen durch Zusagen von Versorgungsanwartschaften unmittelbar vor dem Übertragungszeitpunkt begegnen will.

Ohne Antrag nach Abs. 3 greift § 3 Nr. 66 nicht (vgl. Anm. 40 und 42) und der Beitrag für die Übertragung der vollständigen, nicht lediglich der erdienten, Versorgungsanwartschaft kann beim Unternehmen komplett als BA abgezogen werden (vgl. Anm. 42; aA *Gosch* in *Kirchhof*, 19. Aufl. 2020, § 4e Rz. 10). Dies ergibt sich uE eindeutig aus der Tatsache, dass die Einschränkung der FinVerw. auf den *past service* ausschließlich in Zusammenhang mit Abs. 3 und § 3 Nr. 66 gilt (vgl. die Formulierungen in BMF v. 26.10.2006 – IV B 2 - S 2144 - 57/06, BStBl. I 2006, 709, Vorspann; BMF v. 10.7.2015 – IV C 6 - S 2144/07/10003, BStBl. I 2015, 544, Rz. 1; BMF v. 6.12.2017 – IV C 5 - S 2333/17/10002, 2017/0989084, BStBl. I 2018, 147, Rz. 56), beide jedoch ohne jenen Antrag nicht zur Anwendung kommen.

Zahlungen an den Pensionsfonds für künftig noch zu erdienende Anwartschaften (*future service*) sind nach Auffassung der FinVerw. ausschließlich im Rahmen des § 3 Nr. 63 lsfrei (vgl. BMF v. 26.10.2006 – IV B 2 - S 2144 - 57/06, BStBl. I 2006, 709, Rz. 3; BMF v. 6.12.2017 – IV C 5 - S 2333/17/10002, 2017/0989084, BStBl. I 2018, 147, Rz. 56), fallen also nach dieser Meinung, die nicht geteilt wird (vgl. ausführl. *Höfer/Veit/Verhuven*, BetrAVG, 20. Aufl. 2019, Bd. II, Kap. 30, Rz. 35 ff.), nicht unter § 3 Nr. 66, so dass ein Antrag iSv. Abs. 3 auch nicht gestellt werden kann. Eine Ausnahme lässt die FinVerw. lediglich in Bezug auf Anpassungen iSv. § 16 BetrAVG zu, soweit sie auf den bei Übertragung erdienten Teil der Anwartschaft entfallen (s. unten „Künftige Rentenanpassungen ...“).

Höhe des erdienten Teils einer Versorgungsanwartschaft (*past service*) eines aktiv Beschäftigten im Übertragungszeitpunkt: Sie berechnet sich nach Auffassung des BMF v. 26.10.2006 (IV B 2 - S 2144 - 57/06, BStBl. I 2006, 709, Rz. 4 und 5)

- Zumindest nach dem gem. § 2 Abs. 1 BetrAVG quotierten Versorgungsanteil (sog. m/n) im Falle der bislang vereinbarten Leistungszusage bzw. der erreichten Anwartschaft auf Leistungen iSv. § 2 Abs. 5 BetrAVG im Falle einer beitragsorientierten Leistungszusage (vgl. auch BMF v. 10.7.2015 – IV C 6 - S 2144/07/10003, BStBl. I 2015, 544, Rz. 3, 9 und 12).
- Ist der Quotient aus Teilwert gem. § 6a Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 und Barwert der künftigen vollen Pensionsleistungen (sog. Quotienten-Methode) höher als obiger Mindest-past-service, darf der höhere Wert gem. Quotienten-Methode angesetzt werden (vgl. BMF v. 10.7.2015 – IV C 6 - S 2144/07/10003, BStBl. I 2015, 544, Rz. 9, wo die Quotienten-Methode als Wahlrecht definiert ist; aA *Höfer/Veit/Verhuven*, BetrAVG, 20. Aufl. 2019, Bd. II, Kap. 30, Rz. 39, der davon ausgeht, dass die FinVerw. automatisch das Maximum aus beiden Werten gelten lässt), welcher allerdings nur für vor dem 1.1.2016 erfolgte Übertragungen zulässig ist (vgl. nachfolgender Absatz). Nach Auffassung des BMF sind jener Teilwert und Barwert jeweils ermittelt auf den Übertragungszeitpunkt zu ermitteln (vgl. BMF v. 10.7.2015 – IV C 6 - S 2144/07/10003, BStBl. I 2015, 544,

Rz. 5; BMF v. 10.7.2015 – IV C 6 - S 2144/07/10003, BStBl. I 2015, 544, Rz. 9). Da jedoch eine Berechnung des Teilwertes lediglich zum jeweiligen Bilanzstichtag erfolgt und die zuletzt gem. § 6a EStG gebildete Pensionsrückstellung für Zwecke des § 4e Abs. 3 Satz 3 EStG weder bis zum unterjährigen Übertragungsstichtag fortzuschreiben noch auf diesen Zeitpunkt zu erstellen ist (vgl. BFH v. 20.11.2019 – XI R 52/17, BStBl. II 2020, 264, Rz. 21 bis 28 und 32; BFH v. 20.11.2019 – XI R 42/18, BStBl. II 2020, 271, Rz. 29; vgl. auch Anm. 49), kann die Berechnung beider Werte lediglich für den dem Übertragungszeitpunkt unmittelbar vorangegangenen Bilanzstichtag in Betracht kommen (vgl. zur Problematik auch *Höfer/Veit/Verhuven*, BetrAVG, 20. Aufl. 2019, Bd. II, Kap. 30, Rz. 39 und 48). Die Finanzämter lassen die Quotienten-Methode als Alternativform zur Berechnung des *past service* jedoch nicht allgemein, sondern nur dann zu, wenn das Trägerunternehmen auch tatsächlich den mit ihr errechneten *past service* auf den betreffenden Pensionsfonds überträgt.

Beispiel: Ist der zum Übertragungszeitpunkt iSv. § 2 Abs. 5 BetrAVG erdiente Teil einer beitragsorientierten Leistungszusage 52% der zugesagten Vollarwartschaft auf 500 € monatliche Alters- und Invalidenrente und betragen der Teilwert i.S.v. § 6a Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 36.000 € und der Barwert der künftigen vollen Pensionsleistungen 60.000 €, jeweils ermittelt zu dem dem Übertragungszeitpunkt unmittelbar vorangegangenen Bilanzstichtag, wodurch sich ein Quotient in Höhe von 60% ergibt, dürfen nach Meinung der FinVerw 60% der Anwartschaft auf monatliche Alters- und Invalidenrente, d.h. 300 € auf den Pensionsfonds übertragen werden.

Beide Methoden finden keine gesetzliche Grundlage in § 4e und sind daher willkürlich (vgl. ausführlich mit Rechenbeispielen *Höfer/Veit/Verhuven*, BetrAVG, 20. Aufl. 2019, Bd. II, Kap. 30, Rz. 35 ff.). Die sog. Quotienten-Methode ist jedoch nach Meinung der FinVerw. nur für vor dem 1.1.2016 erfolgte Übertragungen zulässig (vgl. BMF v. 10.7.2015 – IV C 6 - S 2144/07/10003, BStBl. I 2015, 544, Rz. 1); ihre Abschaffung für Übertragungen, die nach dem 31.12.2015 erfolgen, unterstreicht die Willkür jener Regelungen.

Künftige Rentenanpassungen künftiger laufender Leistungen auf Basis des § 16 BetrAVG, welche auf zum Zeitpunkt der Übertragung bereits erdiente Versorgungsanwartschaften entfallen, dürfen nach Meinung der FinVerw. aus Vereinfachungsgründen für Verpflichtungen, die einer Anpassungsprüfungspflicht gem. § 16 Absatz 1 BetrAVG unterliegen, in Form einer jährlichen pauschalen Erhöhung von bis zu 1 % bei der Berechnung der bereits erdienten Anwartschaft berücksichtigt werden (vgl. BMF v. 10.7.2015 – IV C 6 - S 2144/07/10003, BStBl. I 2015, 544, Rz. 2). Für im arbeitsrechtl. Sinne beherrschende GesGf. und andere Personen, die nicht unter das BetrAVG, jedoch unter § 236 Abs. 4 VAG fallen (vgl. Anm. 16), darf die künftige Rentenanpassung daher nach dem Wortlaut jenes BMF-Schreibens auch dann nicht zur Erhöhung des *past service* dienen, wenn sie vertraglich fest vereinbart ist, zB iHv. 1 % p.a. Diese Ungleichbehandlung verstößt gegen den Grundsatz der Steuergerechtigkeit.

Abänderung der Zusage: Wird die zu übertragenden Zusage abgeändert, da zB aufgrund des Alters oder des Gesundheitszustands des Versorgungsberechtigten der Pensionsfonds keine Berufsunfähigkeitsabsicherung mehr anbieten kann oder die Struktur der Zusage nicht identisch im Pensionsfondstarif abbildbar ist, muss der Barwert des rechnerisch übertragungsfähigen *past service* ermittelt und mit dem Barwert der auf den Pensionsfonds übertragenen Versorgung verglichen wer-

den; Letzterer darf Ersteren nicht übersteigen (vgl. BMF v. 10.7.2015 – IV C 6 - S 2144/07/10003, BStBl. I 2015, 544, Rz. 4), weil ansonsten mehr als der *past service* übertragen würde. Der Barwertvergleich ist auf Basis aktueller, stl. anerkannter Rechnungsgrundlagen für die Bewertung von Pensionsverpflichtungen gem. § 6a vorzunehmen (vgl. BMF v. 10.7.2015 – IV C 6 - S 2144/07/10003, BStBl. I 2015, 544, Rz. 4).

Steigerungszusagen: Jener Barwertvergleich ist entbehrlich bei sog. Steigerungszusagen (zugesagten Leistungen erhöhen sich mit der Dienstzeit), wenn ein konstanter Rentenanspruch auf Basis des *past service* der Altersrente auf den Pensionsfonds übertragen wird (vgl. BMF v. 10.7.2015 – IV C 6 - S 2144/07/10003, BStBl. I 2015, 544, Rz. 10 mit Beispiel).

46 6. Verteilungszeitraum

Wirtschaftsjahr der Übertragung ist bei Stpfl. (vgl. Anm. 41), die nach § 4 Abs. 1 bzw. § 5 bilanzieren, das Wj. des Entstehens der Leistungsverpflichtung und bei Gewinnermittlung nach § 4 Abs. 3 das Wj. der Zahlung der Leistung an den Pensionsfonds (vgl. BMF v. 26.10.2006 – IV B 2 - S 2144 - 57/06, BStBl. I 2006, 709, Rz. 7).

Verteilungszeitraum: In den folgenden zehn Wirtschaftsjahren sind die an den Pensionsfonds transferierten Leistungen (vgl. Anm. 43) zum BA-Abzug zu verteilen. Der zehnjährige Verteilungszeitraum beginnt in dem dem Wj. der Übertragung folgenden Wj. (vgl. BMF v. 26.10.2006 – IV B 2 - S 2144 - 57/06, BStBl. I 2006, 709, Rz. 7). Eine Verkürzung oder Verlängerung dieses Zeitraums, zB durch Erhöhung oder Verminderung der als BA abzugsfähigen Teilbeträge, ist unzulässig (vgl. Höfer in LBP, § 4e Rz. 49 [2/2020]).

Nachschusszahlung: Für die Verteilung einer möglichen Nachschusszahlung (vgl. Anm. 43) gilt dasselbe, dh., jede Nachschusszahlung unterliegt automatisch der Verteilung über zehn Jahre, da der ursprüngliche Antrag auch für jene späteren Zahlungsverpflichtungen gilt (vgl. Anm. 43); dabei ist es unerheblich, ob die Nachschussverpflichtung noch innerhalb des ursprünglichen Zehnjahreszeitraums (beginnend im Wj. der Übertragung der Versorgungsverpflichtung bzw. -anwartschaft) oder erst zu einem späteren Zeitpunkt entsteht (vgl. BMF v. 26.10.2006 – IV B 2 - S 2144 - 57/06, BStBl. I 2006, 709, Rz. 7; aA Gosch in Kirchhof, 19. Aufl. 2020, § 4e Rz. 11), vgl. dazu das ausführliche Zahlenbeispiel in BMF v. 26.10.2006 – IV B 2 - S 2144 - 57/06, BStBl. I 2006, 709, Rz. 8.

Wiederholte Teilübertragungen erfordern jeweils eine erneute Antragstellung (vgl. Anm. 44). Für jede Teilübertragung gelten die obigen Ausführungen entsprechend, auch für solche Teilübertragungen, die ihrerseits Nachschussverpflichtungen auslösen. Nur wenn für eine bestimmte Teilübertragung ein Antrag iSv. Abs. 3 gestellt worden ist, muss der dieser Teilübertragung zuzuordnende Nachschuss ebenfalls über zehn Jahre bezüglich des BA-Abzugs verteilt werden.

47 7. Gleichmäßige Verteilung als Betriebsausgaben

Wirtschaftsjahr der Übertragung: In diesem Wj muss der Stpfl. bei Antragstellung iSv. Abs. 3 die an den Pensionsfonds zu erbringende bzw. gezahlte Leistung inklusive der Nachschüsse (vgl. Anm. 43 und 46), welche in der GuV als Aufwand gebucht wurden, außerbilanziell dem stl. Gewinn hinzurechnen (vgl. BMF v.

26.10.2006 – IV B 2 – S 2144 – 57/06, BStBl. I 2006, 709, Rz. 8), soweit sie gem. Abs. 3 Satz 1 bzw. Abs. 3 Satz 3 Halbs. 2 in den dem Wj. der Übertragung folgenden zehn Wj. gleichmäßig verteilt – ebenfalls außerbilanziell – als BA abzuziehen sind. Der BFH hat die alternative formale Behandlung mithilfe eines aktiven RAP innerhalb des steuerbilanziellen Jahresabschlusses, wie sie von der Literatur teilweise als zulässig erachtet wird (vgl. *Ahrend/Förster/Rößler*, Steuerrecht der betrieblichen Altersversorgung, Teil 5a, Rz. 271 [43. Aufl. 2019]; *Höfer/Veit/Verhuven*, BetrAVG, 20. Aufl. 2019, Bd. II, Kap. 30, Rz. 75; *Seidler* in BeckOK EStG, 7. Ed. 2020, § 4e EStG Rz. 97; *Briese*, DB 2006, 2424; aA *Blomeyer/Rolfs/Otto*, 7. Aufl. 2018, StR C, Rz. 122), ausdrücklich offengelassen (vgl. BFH v. 20.11.2019 – XI R 52/17, BStBl. II 2020, 264, Rz. 58; BFH v. 20.11.2019 – XI R 42/18, BStBl. II 2020, 271, Rz. 20), damit aber auch nicht beanstandet. Daher sind uE beide Methoden zulässig.

Folgejahre: In dem darauffolgenden Wirtschaftsjahr und den folgenden neun Wirtschaftsjahren (vgl. Anm. 46) ist der dem stl. Gewinn im Wj. der Übertragung außerbilanziell oder mithilfe eines RAP hinzugerechnete Betrag zu je einem Zehntel außerbilanziell oder per Auflösung des RAP vom stl. Gewinn jener Folgejahre als BA abzuziehen (vgl. BMF v. 26.10.2006 – IV B 2 - S 2144 - 57/06, BStBl. I 2006, 709, Rz. 8); vgl. zur alternativen korrespondierenden formalen Behandlung mithilfe eines RAP den vorangegangenen Absatz. Die Verteilung erfolgt somit linear; eine Aussetzung der Verteilung in einzelnen Jahren ist nicht zulässig, ebenso keine Verlängerung oder Verkürzung des Verteilungszeitraums (vgl. *Goschl/Greger* in *K/S/M*, 303.Akt., § 4e Rz. D 35; Anm. 46).

III. Antragstellung (Abs. 3 Satz 2 Halbs. 1 und 2)

48

Der Antrag ist unwiderruflich, vgl. ausführl. Anm. 42.

Der jeweilige Rechtsnachfolger ist an den Antrag gebunden. Die Person bzw. Gesellschaft, die den Betrieb des Stpfl. (vgl. Anm. 41) erwirbt oder auf die der Betrieb kraft Erbfolge oder Gesamtrechtsnachfolge (zB nach Umwandlung) übergeht, ist somit ebenfalls an den Antrag gebunden (vgl. zur Bindung ausführl. Anm. 42).

Zu verfahrensrechtlichen Aspekten der Antragstellung vgl. Anm. 42.

IV. Auflösung einer Pensionsrückstellung (Abs. 3 Satz 3 Halbs. 1 und 2)

1. Pensionsrückstellung ist vorhanden (Abs. 3 Satz 3 Halbs. 1)

a) Pensionsrückstellung nach § 6a ist gewinnerhöhend aufzulösen (Abs. 3 Satz 3 Halbs. 1 Teil 1)

49

„Eine Pensionsrückstellung nach § 6a“ ist „gewinnerhöhend aufzulösen“, so lautet die Grundvoraussetzung zur Anwendung des Abs. 3 Satz 3. Zunächst ist daher erforderlich, dass eine Pensionsrückstellung im Übertragungszeitpunkt, d.h. am vorangegangenen Bilanzstichtag, auch tatsächlich passiviert ist, ansonsten kann Abs. 3 Satz 3 nicht angewandt werden. Dabei muss es sich um eine Pensionsrückstellung in der StBil. handeln, denn Abs. 3 Satz 3 Halbs. 1 fordert, dass eine Pensionsrückstellung nach § 6a vorhanden sein muss.

Der Gesetzeswortlaut lässt offen, ob die aufzulösende Pensionsrückstellung personenbezogen sein muss, dh., ob es sich zwangsweise um die Pensionsrückstellung für jene Person(en) handelt, deren Direktzusage auf den Pensionsfonds übertragen wird, oder ob die Auflösung irgendeiner Pensionsrückstellung iSv. § 6a zur Erfüllung der Voraussetzungen des Abs. 3 Satz 3 ausreicht. Da der Ursprung der Zehnjahresverteilung im fiskalischen Bereich liegt (die Regelung wurde im Gesetzgebungsverfahren des AVmG [vgl. Anm. 2] erst im Vermittlungsausschuss auf Wunsch des BRat [vgl. BRDrucks 331/01] zwecks Vermeidung größerer Steuerausfälle eingefügt; vgl. auch *Gosch* in *Kirchhof*, 19. Aufl. 2020, § 4e Rz. 10; *Höfer/Veit/Verhuven*, BetrAVG, 20. Aufl. 2019, Bd. II, Kap. 30, Rz. 31), muss aus diesem Blickwinkel die Auflösung irgendeiner Pensionsrückstellung uE genügen, zumal Abs. 3 formuliert „ist eine Pensionsrückstellung ... aufzulösen“ (vgl. *Gosch/Greger* in *K/S/M*, 303.Akt., § 4e Rz. D 37; *Dommermuth*, FR, 2020, 673 [674]). Die Fin-Verw. lässt den sofortigen BA-Abzug iSd. Satzes 3 nur insoweit zu, wie die Auflösung der Pensionsrückstellung auf der Übertragung des *past service* (vgl. Anm. 45) beruht (vgl. BMF v. 10.7.2015 – IV C 6 - S 2144/07/10003, BStBl. I 2015, 544, Rz. 7f. mit Beispiel; vgl. ausführl. unten „Nur derjenige übertragungsbedingt aufgelöste Pensionsrückstellungsteil, der dem *past service* der übertragenen Versorgungsanwartschaft entspricht“). Damit ist die Verbindung zu jener Person, deren Direktzusage auf den Pensionsfonds übertragen wird, aus Verwaltungssicht eindeutig hergestellt. Dasselbe Erg. resultiert aus der neueren BFH-Rspr., die fordert, dass bei Auslagerungen auf Pensionsfonds jede Pensionsverpflichtung nach dem Grundsatz der Einzelbewertung (§ 252 Abs. 1 Nr. 3 HGB, § 6 Abs. 1 Satz 1 EStG) für sich zu betrachten ist (vgl. BFH v. 20.11.2019 – XI R 42/18, BStBl. II 2020, 271, Rz. 35 ff.).

Auf die am vorangegangenen Bilanzstichtag gebildete Pensionsrückstellung ist abzustellen (vgl. BFH v. 20.11.2019 – XI R 52/17, BStBl. II 2020, 264, Rz. 22 f.; BFH v. 20.11.2019 – XI R 42/18, BStBl. II 2020, 271, Rz. 16; BMF v. 10.7.2015 – IV C 6 - S 2144/07/10003, BStBl. I 2015, 544, Rz. 6). Weicht der Übertragungszeitpunkt vom Bilanzstichtag ab, kommt eine Zugrundelegung der fiktiven Pensionsrückstellung, die zu diesem abweichenden Zeitpunkt maßgebend wäre, selbst dann nicht in Betracht, wenn die an jenem Bilanzstichtag bereits gebildete Rückstellung nicht aufzulösen, sondern zu erhöhen ist (zB bei einer Erhöhung der Pensionsleistungen nach dem letzten Bilanzstichtag und vor dem Übertragungszeitpunkt; vgl. BFH v. 20.11.2019 – XI R 52/17, BStBl. II 2020, 264, Rz. 23; BMF v. 10.7.2015 – IV C 6 - S 2144/07/10003, BStBl. I 2015, 544, Rz. 6). Die auf den Zeitraum zwischen dem vorangegangenen Bilanz- und dem Übertragungsstichtag entfallende fiktive unterjährige Pensionsrückstellungszuführung wird somit dem Verteilungsbetrag iSv. § 4e Abs. 3 Satz 3 Halbs. 2 zugeschlagen (vgl. Anm. 56) und ist daher nicht im Veranlagungs- bzw. Erhebungszeitraum der Übertragung sofort steuermindernd abziehbar (vgl. BFH v. 20.11.2019 – XI R 52/17, BStBl. II 2020, 264, Rz. 24). Dies ist folgerichtig (vgl. auch *Briese*, FR 2020, 569 [570]), da während des laufenden Wj. keine (Steuer-)Bilanz zu erstellen ist und außerbilanzielle Rückstellungen weder handels- noch strechtl. zulässig sind (vgl. BFH v. 20.11.2019 – XI R 52/17, BStBl. II 2020, 264, Rz. 24); darüber hinaus lässt die Bewertungsvorschrift des § 6a Abs. 3 Satz 2 die Berechnung des jeweiligen Teilwerts der Pensionsrückstellung ausschließlich für den Schluss des jeweiligen Wj. zu (vgl. BFH v. 20.11.2019 – XI R 52/17, BStBl. II 2020, 264, Rz. 25; § 6a Anm. 102; *Gosch/Greger* in *K/S/M*, 303.Akt., § 4e Rz. D 37). Schließlich entspricht es dem GoB des Stichtagsprinzips, die Pensionsverpflichtung auch für Zwecke des § 4e Abs. 3 Satz 3 für den Schluss des Wj.

festzustellen (vgl. BFH v. 20.11.2019 – XI R 52/17, BStBl. II 2020, 264, Rz. 28). Das stpfl. Trägerunternehmen hat es allerdings selbst in der Hand, den Übertragungszeitpunkt derart kurzfristig nach dem Bilanzstichtag zu vereinbaren, dass die fiktive unterjährige Pensionsrückstellungszuführung Null ist oder so gering wie möglich ausfällt.

b) Betriebsausgabenabzug im Übertragungsjahr in Höhe der aufgelösten Rückstellung (Abs. 3 Satz 3 Halbs. 1 Teil 2)

aa) Übertragung bereits laufender Versorgungsverpflichtungen sowie unverfallbarer Anwartschaften

50

Im Wirtschaftsjahr der Übertragung ist ein voller Betriebsausgabenabzug der an den Pensionsfonds erbrachten Leistung zulässig, soweit die zur übertragenen Direktzusage gehörende und zum vorangegangenen Bilanzstichtag gebildete Pensionsrückstellung gewinnerhöhend aufzulösen ist (vgl. zu den einzelnen Voraussetzungen Anm. 49).

Bei Übertragung einer bereits laufenden Versorgungsverpflichtung sowie einer unverfallbaren Anwartschaft, dh. in Fällen, in denen der Versorgungsfall bereits eingetreten oder der Versorgungsbegünstigte vor diesem Eintritt mit unverfallbarer Anwartschaft aus dem Unternehmen ausgeschieden ist, mindert die insoweit im Wj. der Übertragung aufgelöste steuerbilanzielle Pensionsrückstellung unter den in Anm. 49 dargestellten Voraussetzungen in voller Höhe den „übersteigenden Betrag“, der gem. Satz 3 Halbs. 2 in den folgenden zehn Wj. gleichmäßig verteilt als BA abzuziehen ist (vgl. Anm. 56), da von dieser Person bei jenem ArbG keine weiteren Versorgungsanwartschaften mehr erworben werden (vgl. *Ahrend/Förster/Rößler*, Steuerrecht der betrieblichen Altersversorgung, Teil 2, Rz. 667 und Teil 5a, Rz. 279 [43. Aufl. 2019]; *Dommermuth*, FR, 2020, 673 [675]).

bb) Übertragung aktiver Anwartschaften

51

Nur derjenige übertragungsbedingt aufgelöste Pensionsrückstellungsteil, der dem *past service* der übertragenen Versorgungsanwartschaft entspricht, darf im Falle der Übertragung der Anwartschaft eines im Unternehmen noch aktiven Versorgungsbegünstigten nach neuerer Meinung der Rspr. und FinVerw. dem sofortigen BA-Abzug iSd. Satzes 3 Halbs. 1 zugrunde gelegt werden und zwar auch dann, wenn das sog. Kombinationsmodell angewandt wird, bei dem die im Rahmen der Direktzusage gebildeten Pensionsrückstellungen insoweit vollständig aufzulösen sind, weil der *past service* (vgl. Anm. 45) auf einen Pensionsfonds und der *future service* auf eine UKasse ausgelagert werden (vgl. BFH v. 20.11.2019 – XI R 52/17, BStBl. II 2020, 264, Rz. 35 ff.; BFH v. 20.11.2019 – XI R 42/18, BStBl. II 2020, 271, Rz. 23 und 30 ff.; BMF v. 10.7.2015 – IV C 6 - S 2144/07/10003, BStBl. I 2015, 544, Rz. 7f. mit Beispiel; offenbar noch aA: BMF v. 26.10.2006 – IV B 2 - S 2144 - 57/06, BStBl. I 2006, 709, Rz. 8). Dies mag auf den ersten Blick logisch erscheinen, weil bei der Alternative zum Kombinationsmodell, dh. der Fortführung des *future service* (vgl. Anm. 45) innerhalb der ursprünglichen Direktzusage, im Falle einer am vorangegangenen Bilanzstichtag gebildeten Pensionsrückstellung von zB 100 000 € und einem *future service* von zB 40 % nur 60 000 € der Pensionsrückstellung (entfallen auf den *past service*) infolge der Übertragung auf den Pensionsfonds aufzulösen sind, da aufgrund § 6a Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 eine Restrückstellung

iHv. 40 000 € bestehen bleibt (vgl. das Beispiel in BMF v. 10.7.2015 – IV C 6 - S 2144/07/10003, BStBl. I 2015, 544, Rz. 8; ebenso: BFH v. 20.11.2019 – XI R 52/17, BStBl. II 2020, 264, Rz. 43). Zu jener vordergründigen Logik gesellt sich auch noch eine Portion vermeintlicher Steuergerechtigkeit, wenn man die Umsetzung des Kombinationsmodells zeitlich in zwei Phasen spaltet, wobei im ersten Wj. lediglich der *past service* auf einen Pensionsfonds übertragen wird und erst in einem späteren Wj. der *future service* auf eine UKasse: Im ersten Wj. ergeben sich dann nämlich genau jene in obigem Beispiel geschilderten Wirkungen; bei späterer Auslagerung des *future service* auf die UKasse wäre dann die beim Trägerunternehmen zunächst verbliebene Pensionsrückstellung iSv. § 6a ebenfalls insoweit gewinnerhöhend aufzulösen, ohne dass die Möglichkeit bestünde, diese Gewinnwirkung im Nachhinein durch Saldierung mit dem bereits im ersten Wj. aufgewendeten Pensionsfondsbeitrag zu kompensieren (vgl. BFH v. 20.11.2019 – XI R 52/17, BStBl. II 2020, 264, Rz. 43 f.). Etwas anderes dürfe sich nach Auffassung des BFH nicht daraus ergeben, dass der ArbG im Rahmen des Kombinationsmodells den *past service* der Anwartschaft auf einen Pensionsfonds überträgt und im selben Wj., wie in obigem Beispiel, den noch nicht erdienten Teil auf eine UKasse (vgl. BFH v. 20.11.2019 – XI R 52/17, BStBl. II 2020, 264, Rz. 44; im Erg. ebenso Gosch in Kirchhof, 19. Aufl. 2020, § 4e Rz. 11; Prost, DB 2009, 2010; aA Höfer/Veit/Verhuvén, BetrAVG, 20. Aufl. 2019, Bd. II, Kap. 30, Rz. 43 f.; Ahrend/Förster/Rößler, Steuerrecht der betrieblichen Altersversorgung, Teil 5a, Rz. 279 [43. Aufl. 2019]; Bredebusch/Großmann, DStR 2010, 1441; Stöckler, BB 2018, 1968; Dommermuth, FR, 2020, 673 [676]).

Die Höhe des *past service* des aufgelösten Pensionsrückstellungsteils errechnet sich nach Meinung der FinVerw. bei Leistungszusagen auf Basis der rätierlichen, dh. zeitanteilig erdienten Anwartschaft (auch „m/n-Wert“ genannt) gem. § 2 Abs. 1 BetrAVG, bei beitragsorientierten Leistungszusagen und Entgeltumwandlungen gem. § 2 Abs. 5 BetrAVG zum jeweiligen Übertragungstichtag (vgl. BMF v. 10.7.2015 – IV C 6 - S 2144/07/10003, BStBl. I 2015, 544, Rz. 10 und 12), nicht hingegen, wie bei der Auflösung der dementsprechenden Pensionsrückstellung in Anm. 45 beschrieben, zum vorangegangenen Bilanzstichtag (vgl. Ahrend/Förster/Rößler, Steuerrecht der betrieblichen Altersversorgung, Teil 5a, Rz. 279 [43. Aufl. 2019]).

BFH und Finanzverwaltung begründen die Einschränkung auf den *past service* der übertragenen Versorgungsanwartschaft aktiver Versorgungsbegünstigter im Rahmen des Satzes 3 Halbs. 1 damit, dass die aufzulösende Pensionsrückstellung iSv. § 6a nur insoweit zu verrechnen sei, als ihre Auflösung auf der Übertragung der Versorgungsanwartschaft auf einen Pensionsfonds beruhe (vgl. BFH v. 20.11.2019 – XI R 52/17, BStBl. II 2020, 264, Rz. 37 f. und 40; BFH v. 20.11.2019 – XI R 42/18, BStBl. II 2020, 271, Rz. 30; BMF v. 10.7.2015 – IV C 6 - S 2144/07/10003, BStBl. I 2015, 544, Rz. 7). Zwar sei nach dem Wortlaut des Satzes 3 „in Höhe der aufgelösten Rückstellung“ tatsächlich auf die volle Rückstellung, also nicht nur auf einen Teil derselben abzustellen (vgl. FG München v. 4.10.2017 – 6 K 3285/14, EFG 2018, 1022 [Vorinstanz zu o.g. BFH XI R 52/17] unter 1.c der Entscheidungsgründe; Hess. FG v. 7.11.2018 – 4 K 2332/15, EFG 2019, 904 [Vorinstanz zu o.g. BFH XI R 42/18] unter 2.a ee und ff der Gründe; ebenso Weber-Grellet in Schmidt, 39. Aufl. 2020, § 4e Rz. 8), jener Wortlaut sei jedoch einschränkend dahingehend auszulegen, dass sich die „aufgelöste Rückstellung“ lediglich auf das Segment beschränke, das auf der *Übertragung* der Versorgungsanwartschaft des im Unterneh-

men aktiven Anwärters auf einen Pensionsfonds beruhe (BFH v. 20.11.2019 – XI R 52/17, BStBl. II 2020, 264, Rz. 37); der Zweck des § 4e verbiete es, dass auch der Betrag einer nicht durch die Übertragung an einen Pensionsfonds veranlassten Auflösung von Pensionsrückstellungen in die Anwendung des Abs. 3 Satz 3 einbezogen werde (BFH v. 20.11.2019 – XI R 52/17, BStBl. II 2020, 264, Rz. 38). Dass die FinVerw. in ihrem BMF-Schreiben v. 26.10.2006 möglicherweise noch die Auffassung vertreten habe, die volle Rückstellungsauflösung dürfe auch beim Kombinationsmodell im Rahmen des Satzes 3 Halbs. 1 angesetzt werden, spiele angesichts des lediglich norminterpretierenden Charakters einer Verwaltungsanweisung keine Rolle (BFH v. 20.11.2019 – XI R 42/18, BStBl. II 2020, 271, Rz. 32f.).

cc) Eigene Stellungnahme zur Reduzierung der Rückstellungsauflösung iSv. Satz 3 Halbs. 1 bei aktiven Anwartschaften auf einen Teilbetrag durch BFH und Finanzverwaltung 52

Die Beschränkung der „aufgelösten Rückstellung“ in Satz 3 Halbs. 1 und 2 auf einen Teilbetrag durch BFH und FinVerw. für den Fall der Übertragung von Anwartschaften der noch im Unternehmen aktiven Versorgungsbegünstigten (nachfolgend: „aktive Anwartschaften“) ist aus mehreren Gründen weder beim sog. Kombinationsmodell noch beim Verbleib des *future service* in der ursprünglichen Direktzusage (vgl. Anm. 53) mit dem Gesetz vereinbar:

- Der Wortlaut des Satzes 3 Halbs. 1 Teil 1 („ist eine Pensionsrückstellung nach § 6a gewinnerhöhend aufzulösen“; vgl. Anm. 49) lässt auch nicht andeutungsweise erkennen, dass jene Rückstellungsauflösung im Falle der Übertragung aktiver Anwartschaften lediglich als sofortiger BA-Abzug iSd. Satzes 3 Halbs. 1 anzuerkennen sein soll. Dies gilt ebenso für den zweiten Teil des Halbs. 1 „dass die Leistungen (vgl. Anm. 43) an den Pensionsfonds im Wirtschaftsjahr der Übertragung in Höhe der aufgelösten Rückstellung als Betriebsausgaben abgezogen werden können“ (vgl. FG München v. 4.10.2017 – 6 K 3285/14, EFG 2018, 1022 unter 1.c der Entscheidungsgründe; Hess. FG v. 7.11.2018 – 4 K 2332/15, EFG 2019, 904 unter 2.a ee und ff der Gründe; FG Köln v. 27.9.2018 – 6 K 814/16, EFG 2019, 19 unter Abs. 9 der Entscheidungsgründe, Rev. BFH VI R 45/18; *Dommermuth*, FR, 2020, 673 [676]).
- Für eine einschränkende Auslegung des Gesetzeswortlauts, wie der BFH sie praktiziert (vgl. (vgl. Anm. 51 „BFH und Finanzverwaltung begründen die Einschränkung auf den *past service*“) geben weder der Gesetzestext, noch die Gesetzesbegründung (vgl. BTDrucks. 14/5150, 34 und 44 ff.) noch der Förderzweck des § 4e (vgl. FG München v. 4.10.2017 – 6 K 3285/14, EFG 2018, 1022 unter 1.c der Entscheidungsgründe; Hess. FG v. 7.11.2018 – 4 K 2332/15, EFG 2019, 904 unter 2.a. ee der Gründe; BTDrucks. 14/5150, 34 und 44 ff.; *Büchele*, NWB 2020, 1610) einen Anlass bzw. Spielraum.
- Die Auffassung von BFH und BMF verstößt darüber hinaus gegen die GoB (vgl. ausführl. *Büchele*, NWB 2020, 1610 [1611 f.] mwN), indem sie unrichtigerweise davon ausgeht, dass die beim Kombinationsmodell vollständig aufzulösende Rückstellung zukünftigen Aufwand beinhaltet bzw. vorwegnimmt; dies zeigen nachfolgende Zahlenbeispiele.
- Da der Ursprung der Zehnjahresverteilung und damit der Behandlung der Rückstellungsauflösung als sofortiger BA-Abzug iSd. Satzes 3 Halbs. 1 im fiskalischen Bereich liegt (vgl. vgl. Anm. 49), entstehen aus Sicht des Fiskus insoweit

keine Steuerausfälle und ist aus Sicht des Trägerunternehmens die Übertragung auf den Pensionsfonds insoweit steuerneutral, wie der an jenen Versorgungsträger zu erbringende Einmalbeitrag von einer durch ihn ausgelösten Pensionsrückstellungsauflösung gedeckt ist. Da jene Verteilungsregelung im Gesetzgebungsverfahren des AVmG (vgl. Anm. 2) erst im Vermittlungsausschuss auf Wunsch des BRat (vgl. BRDrucks 331/01) mit dem Ziel eingefügt wurde, unkalulierbare Reduzierungen des StAufkommens zu vermeiden, schießt obige Interpretation von BFH und FinVerw. weit über dieses Ziel hinaus (vgl. *Dommermuth*, FR, 2020, 673 [676]).

- Auch die Begrenzung der Übertragung einer Versorgungsanwartschaft auf den *past service* (vgl. krit. Anm. 45), wie die FinVerw. sie praktiziert (vgl. BMF v. 26.10.2006 – IV B 2 - S 2144 - 57/06, BStBl. I 2006, 709, Rz. 2; BMF v. 10.7.2015 – IV C 6 - S 2144/07/10003, BStBl. I 2015, 544, Rz. 1; BMF v. 6.12.2017 – IV C 5 - S 2333/17/10002, 2017/0989084, BStBl. I 2018, 147, Rz. 56) rechtfertigt die Reduzierung der Rückstellungsauflösung iSv. Satz 3 bei aktiven Anwartschaften auf einen Teilbetrag nicht.
- Schließlich ist die von BFH und BMF im Zusammenhang mit dem Kombinationsmodell angewandte (vgl. BMF v. 10.7.2015 – IV C 6 - S 2144/07/10003, BStBl. I 2015, 544, Rz. 8; ebenso BFH v. 20.11.2019 – XI R 52/17, BStBl. II 2020, 264, Rz. 43) und im obigen Beispiel dargestellte fiktive Vergleichsrechnung mit einer Fortführung der Direktzusage in Höhe ihres *future service* unzulässig, da mit der Auslagerung der Rechtsgrund für eine Pensionsrückstellung entfällt, so dass die Bewertungsgrundsätze des § 6a aufgrund eines Vorrangs des § 4e insoweit nicht mehr maßgeblich sind (vgl. Hess. FG v. 7.11.2018 – 4 K 2332/15, EFG 2019, 904 unter 2.a ee ccc (2) der Gründe, Rz. 52; *Briese*, FR 2020, 569 [569]); dies zeigen nachfolgende Ausführungen.

Der BFH (BFH v. 20.11.2019 – XI R 52/17, BStBl. II 2020, 264, Rz. 38) betont zwar im Zusammenhang mit dem sog. Kombinationsmodell, der Zweck des § 4e verbiete es, dass auch der Teil einer nicht durch die Übertragung an einen Pensionsfonds veranlassten Auflösung von Pensionsrückstellungen in die Anwendung des Abs. 3 Satz 3 einbezogen werde. Ein solcher Teil kann jedoch versicherungsmathematisch auch nicht bei Versorgungsanwartschaften aktiver ArbN entstehen, da die übertragungsbedingt insgesamt aufzulösende Pensionsrückstellung iSv. § 6a im Falle des sog. Kombinationsmodells exakt dem *past service* der Versorgungsanwartschaft zum vorangegangenen Bilanzstichtag entspricht und daher ein Anteil der Pensionsrückstellung, der dem *future service* zugeordnet wird, tatsächlich gar nicht existiert.

Die Pensionsrückstellung iSv. § 6a enthält keinen Anteil an noch zu erdienenden Anwartschaften (*future service*), sodass die diesbez. vom BFH gemachte und im vorangegangenen Abs. dargestellte Aussage ins Leere geht. Erläuterung (vgl. *Dommermuth*, FR, 2020, 673 [677 ff.]):

- *Einführung*: Im Falle des in Anm. 51 dargestellten Beispiels entspricht der Anteil des *past service* an der am vorangegangenen Bilanzstichtag gebildeten und im darauffolgenden Wj. infolge des sog. Kombinationsmodells aufgelösten gesamten Pensionsrückstellung (100 000 €) nicht, wie von der FinVerw. behauptet (vgl. BMF v. 10.7.2015 – IV C 6 - S 2144/07/10003, BStBl. I 2015, 544, Rz. 8), 60 000 €, sondern exakt 100 000 €. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass ohne jenes Kombinationsmodell eine restliche Pensionsrückstellung iHv.

40 000 € gem. § 6a Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 aufgrund der dann verbleibenden Direktzusage fortzuführen wäre. Dies soll nachfolgend gezeigt werden:

- ▶ *Definition des past service nach versicherungsmathematischen Grundsätzen bei aktiver Anwartschaft:* Basis für diese Feststellung ist die Definition des Teilwerts bei arbeitgeberfinanzierter Direktzusage in § 6a Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 für den Fall vor Beendigung des Dienstverhältnisses des Pensionsberechtigten in Höhe „des Barwerts der künftigen vollen Pensionsleistungen am Schluss des Wj. (Leistungsbarwert) abzüglich des sich auf denselben Zeitpunkt ergebenden Barwerts betragsmäßig gleichbleibender Jahresbeträge“ (Prämienbarwert, vgl. § 6a Anm. 102). Der Prämienbarwert repräsentiert dabei die nach dem Bilanzstichtag noch zu erdienenden Anwartschaftsteile des Pensionsberechtigten (*future service*, vgl. BFH v. 26.6.2013 – I R 39/12, BStBl. II 2014, 174, Rz. 10; BFH v. 20.11.2019 – XI R 52/17, BStBl. II 2020, 264, Rz. 47; § 6a Anm. 102) und muss daher vom Barwert der vollen Anwartschaft zum selben Stichtag abgezogen werden (vgl. § 6a Anm. 102).

Jener Teilwert entspricht damit der versicherungsmathematischen Definition des fiktiven Deckungskapitals eines fiktiven Versicherungsvertrags mit laufender konstanter fiktiver Prämienzahlung, die zu Beginn des Wj., in das der Dienst Eintritt fällt, ihren Anfang nimmt (vgl. § 6a Anm. 100; *Ahrend/Förster/Rößler*, Steuerrecht der betrieblichen Altersversorgung, Teil 2, Rz. 636 ff. [43. Aufl. 2019]; *Höfer/Veit/Verhuvén*, BetrAVG, 20. Aufl. 2019, Bd. II, Kap. 2, Rz. 227 ff.; *Briese*, FR 2020, 569 [570]). Die steuerbilanzielle Pensionsrückstellung einer aktiven Anwartschaft zum jeweiligen Bilanzstichtag stellt somit den nach versicherungsmathematischen Grundsätzen exakten Barwert des *past service* vor Beendigung des Dienstverhältnisses des Pensionsberechtigten dar (vgl. BTD Drucks. 7/1281, 38 f.).

Der These des BFH, jenes Bewertungsverfahren des § 6a Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 kenne die Unterscheidung von erdienter und noch zu erdienender Anwartschaft nicht und stelle vielmehr auf die insgesamt erreichbare Verpflichtung ab (vgl. BFH v. 20.11.2019 – XI R 52/17, BStBl. II 2020, 264, Rz. 49), kann daher nicht gefolgt werden; dasselbe gilt für die versicherungsmathematisch nicht korrekte Aussage des urteilenden Senats, Pensionsrückstellungen aktiver Anwartschaften enthielten einen Anteil am *future service* (vgl. BFH v. 20.11.2019 – XI R 52/17, BStBl. II 2020, 264, Rz. 48).

Grund für dieses versicherungsmathematisch nicht haltbare Verständnis des BFH zum Anteil des *past service* an der Pensionsrückstellung einer arbeitgeberfinanzierten aktiven Anwartschaft dürfte die mangelnde Unterscheidung zwischen der zum jeweiligen Bilanzstichtag nach „versicherungsmathematischen Grundsätzen erdienten“ und der nach „arbeitsrechtlichen Grundsätzen unverfallbaren Anwartschaft“ sein. Beide Größen sind nicht identisch (so auch *Bücheler*, NWB 2020, 1610 [1613]; *Hainz*, BB 2020, 1074). Während nämlich letztere nach dem in § 2 Abs. 1 BetrAVG kodifizierten „m/n-Wert“ (vgl. in Anm. 51 „Die Höhe des past service“) pauschalierend errechnet wird, indem der Vollanspruch ohne jegliche Zinswirkung in das anteilige Verhältnis der bis zum vorzeitigen Ausscheidezeitpunkt erdienten zur insgesamt erdienbaren Zeitspanne gesetzt wird (ebenso pauschalierend § 2 Abs. 5 BetrAVG für Entgeltumwandlung und beitragsorientierte Leistungszusage), ist die nach „versicherungsmathematischen Grundsätzen erdiente“ Anwartschaft das Erg. eines

mathematisch exakten und daher nicht pauschalierenden Prozesses, der Zinswirkungen und biometrische Wahrscheinlichkeiten berücksichtigt.

Der Unterschied zwischen der zum jeweiligen Bilanzstichtag nach „versicherungsmathematischen Grundsätzen erdienten“ und der nach „arbeitsrechtlichen Grundsätzen unverfallbaren“ Anwartschaft wird bei Vergleich des für die aktive Anwartschaft geltenden Teilwertes iSd. § 6a Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 und des nach Beendigung des Dienstverhältnisses des Pensionsberechtigten unter Aufrechterhaltung seiner unverfallbaren Anwartschaft relevanten Anwartschaftsbarwertes gem. § 6a Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 Alt. 1 sichtbar:

- *Definition des Anwartschaftsbarwerts nach versicherungsmathematischen Grundsätzen:* Nach Ausscheiden des Versorgungsanwärters mit unverfallbarer Anwartschaft vor Eintritt des Versorgungsfalls berechnen sich die jeweiligen Pensionsrückstellungen gem. § 6a Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 als „Barwert der künftigen Pensionsleistungen am Schluss des Wirtschaftsjahres“ (Anwartschaftsbarwert) ohne Abzug eines Prämienbarwerts, da weitere Anwartschaften bei diesem ArbG nicht mehr erdient werden können.

Während daher der Anwartschaftsbarwert iSd. § 6a Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 der nach versicherungsmathematischen Grundsätzen errechnete Barwert der „unverfallbaren, jedoch nach arbeitsrechtlichen Grundsätzen pauschalierend ermittelten Anwartschaft“ nach vorzeitiger Beendigung des Dienstverhältnisses ist, stellt der Teilwert iSd. § 6a Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 den nach „versicherungsmathematischen Grundsätzen berechneten“ *past service* zum jeweiligen Bilanzstichtag ohne jegliche Pauschalierung und vor Beendigung des Dienstverhältnisses dar.

Der Unterschied zwischen beiden Werten ist nicht rein theoretischer Natur: Der Wert der unverfallbaren Anwartschaft iSd. § 2 BetrAVG und damit auch der Anwartschaftsbarwert sind nur relevant, wenn der betreffende Versorgungsberechtigte tatsächlich vor Eintritt des Versorgungsfalls aus dem Dienstverhältnis ausscheidet. Der *past service* einer aktiven Anwartschaft hingegen baut nicht auf jener pauschalierend errechneten und nach „arbeitsrechtlichen Grundsätzen unverfallbaren Anwartschaft“ auf, da sich der Anwärter noch im aktiven Beschäftigungsverhältnis befindet; ihre Berechnung als Differenz aus Leistungs- und Prämienbarwert und damit nach reinen versicherungsmathematischen Grundsätzen ohne Pauschalierung iSd. § 2 BetrAVG ist daher zwingend, weil diese Vorschrift für den Fall der aktiven Anwartschaft, der dem Kombinationsmodell im jeweiligen Sachverhalt beider o.g. BFH-Urteile (BFH v. 20.11.2019 – XI R 52/17, BStBl. II 2020, 264, Rz. 2; BFH v. 20.11.2019 – XI R 42/18, BStBl. II 2020, 271, Rz. 2) zugrunde lag, mangels Ausscheiden aus dem Dienstverhältnis gar nicht anwendbar ist.

Diese wichtige Differenzierung zwischen dem Teilwert einer aktiven Anwartschaft iSd. § 6a Abs. 3 Satz 2 Nr. 1, der den nach „versicherungsmathematischen Grundsätzen berechneten“ *past service* zum jeweiligen Bilanzstichtag repräsentiert, und dem Anwartschaftsbarwert iSd. § 6a Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 und damit zwischen zwei völlig unterschiedlichen, weil aus sich unterscheidenden Herkunftsbereichen stammenden Berechnungsansätzen des *past service* hat der BFH in keinem der beiden Urteile vollzogen.

Daher stellt der urteilende Senat zu Unrecht fest, Pensionsrückstellungen aktiver Anwartschaften enthielten einen Anteil am *future service* (vgl. BFH v. 20.11.2019 – XI R 52/17, BStBl. II 2020, 264, Rz. 48). Vielmehr gilt, dass jene Pensi-

onsrückstellungen iSd. § 6a Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 den exakt nach „versicherungsmathematischen Grundsätzen berechneten“ *past service* vor Ausscheiden aus dem aktiven Dienstverhältnis repräsentieren (vgl. auch FG München v. 4.10.2017 – 6 K 3285/14, EFG 2018, 1022 unter 1.c der Entscheidungsgründe; Hess. FG v. 7.11.2018 – 4 K 2332/15, EFG 2019, 904 unter 2.a ee und ff der Gründe).

► **Zahlenbeispiele:**

Beispiel 1: Nachfolgend werden die Pensionsrückstellungsverläufe bei einer am 1.4.2020 erteilten arbeitgeberfinanzierten Direktzusage zu Gunsten eines bei Dienst Eintritt zum 1.4.2016 25-jährigen männlichen aktiven arBN (geb. 6.5.1991) auf 200 € monatliche Alters- und Berufsunfähigkeitsrente sowie 60 % Witwenrente mit Pensionsalter 67 dargestellt. Dabei enthält die dritte Spalte die Teilwerte vor Beendigung des Dienstverhältnisses iSd. § 6a Abs. 3 Satz 2 Nr. 1; die vierte Spalte beherbergt die Teilwerte in Höhe der Anwartschaftsbarwerte nach § 6a Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 unter der Annahme, dass das Dienstverhältnis zum jeweiligen Bilanzstichtag bereits beendet ist. Grundlage für die Berechnungen sind die Richttafeln Heubeck 2018G mit dem gesetzlichen Rechnungszinsfuß (§ 6a Abs. 3 Satz 3) iHv. 6 %. Nachfolgende Darstellung beschränkt sich auf einen Auszug aus dem Gesamtverlauf für 10 von insgesamt 38 Jahren:

Jahr	Alter	§ 6a Abs. 3 Satz 2		Differenz
		Nr. 1	Nr. 2	
2020	30	819 €	580 €	240 €
2021	31	1.119 €	733 €	386 €
2022	32	1.434 €	901 €	533 €
2023	33	1.764 €	1.084 €	680 €
2024	34	2.110 €	1.284 €	826 €
...
2053	63	23.977 €	22.581 €	1.395 €
2054	64	25.675 €	24.548 €	1.126 €
2055	65	27.516 €	26.706 €	810 €
2056	66	29.500 €	29.062 €	437 €
2057	67	31.629 €	31.629 €	0 €

Beide Teilwerte in den Spalten drei und vier repräsentieren zweifellos den jeweiligen *past service*, jedoch mit dem Unterschied, dass derjenige iSd. § 6a Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 die nach „versicherungsmathematischen Grundsätzen berechnete“ Pensionsrückstellung vor Ausscheiden aus dem aktiven Dienstverhältnis darstellt und derjenige iSd. § 6a Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 den Barwert der nach arbeitsrechtl. Grundsätzen pauschal ermittelten unverfallbaren Anwartschaft nach Beendigung des aktiven Dienstverhältnisses.

Die nicht unerhebliche Differenz in der letzten Spalte stellt nicht etwa, wie der BFH annimmt (vgl. BFH v. 20.11.2019 – XI R 52/17, BStBl. II 2020, 264, Rz. 48), den im Teilwert iSv. § 6a Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 enthaltenen *future service* dar, sondern ist das Erg. der Gegenüberstellung des nach versicherungsmathematischen Grundsätzen exakt berechneten *past service* der aktiven Anwart-

schaft und des *past service* in Form der nach arbeitsrechtl. Grundsätzen iSv. § 2 BetrAVG aufgrund der tatsächlichen Beendigung des Dienstverhältnisses ermittelten unverfallbaren Anwartschaft. Die rechnerische Ursache für die Differenzen der letzten Spalte besteht also darin, dass der Teilwert iSv. § 6a Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 den *past service* errechnet, indem er den abgezinsten *future service* eliminiert und der Anwartschaftsbarwert iSv. § 6a Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 den *past service* als Erg. einer pauschalierenden Dreisatzrechnung präsentiert, die derartige Zinswirkungen im ersten Schritt außer Acht lässt. Daher sind die Differenzen in der letzten Spalte hauptsächlich das Ergebnis von Zinswirkungen, die angesichts des hohen Rechnungszinsfußes iSv. § 6a Abs. 3 Satz 3 von 6 % erheblich ausfallen.

Beispiel 2: Dies soll abschließend anhand vereinfachter Zahlen verdeutlicht werden, die zur leichteren Nachprüfung keine biometrischen Wahrscheinlichkeiten verwenden und in sämtlichen Spalten von (4) bis (9) der nachfolgenden Tabelle mit dem steuergesetzlichen Rechnungszinsfuß iHv. 6 % kalkuliert sind:

Jahr	Alter	Kapital/ BW	Beitrag	Prämien- BW	§ 6a Abs. 3 Satz 2		TW mal m/n	
					Nr. 1	Nr. 2		
(1)	(2)	(3)	(4)	(5)	(6)	(7)	(8)	(9)
2020	0	57	55.839 €	- 7.157 €	- 55.839 €	0 €	0 €	0 €
2021	1	58	59.190 €	- 7.157 €	- 51.603 €	7.587 €	5.919 €	759 €
2022	2	59	62.741 €	- 7.157 €	- 47.112 €	15.629 €	12.548 €	3.126 €
2023	3	60	66.506 €	- 7.157 €	- 42.352 €	24.153 €	19.952 €	7.246 €
2024	4	61	70.496 €	- 7.157 €	- 37.307 €	33.189 €	28.198 €	13.276 €
2025	5	62	74.726 €	- 7.157 €	- 31.958 €	42.767 €	37.363 €	21.384 €
2026	6	63	79.209 €	- 7.157 €	- 26.289 €	52.920 €	47.526 €	31.752 €
2027	7	64	83.962 €	- 7.157 €	- 20.280 €	63.682 €	58.773 €	44.578 €
2028	8	65	89.000 €	- 7.157 €	- 13.910 €	75.090 €	71.200 €	60.072 €
2029	9	66	94.340 €	- 7.157 €	- 7.157 €	87.182 €	84.906 €	78.464 €
2030	10	67	100.000 €		0 €	100.000 €	100.000 €	100.000 €

Die jener Tabelle zugrundeliegende arbeitgeberfinanzierte Direktzusage gewährt dabei eine Alterskapitalleistung bei Vollendung des 67. Lebensjahres iHv. 100 000 €; Diensteintritt und Zusagedatum sind identisch. Spalte (4) enthält diesen Betrag in der letzten Zeile und voranstehend den Verlauf des mit 6 % diskontierten Leistungsbarwerts der Vollarwartschaft, dh. der Summe aus *past* und *future service*. Aus Spalte (5) ist der Verlauf der betragsmäßig gleichbleibenden Jahresbeträge iSv. § 6a Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 Satz 1 Alt. 1 erkennbar. Diese errechnen sich als Annuität aus dem Leistungsbarwert des Jahres 2020 (55 839 €) unter Verwendung der 6 % und repräsentieren diejenigen Bausteine, die nach dem jeweiligen Jahr noch zu verdienen sind; zinst man sie ab 2020 mit 6 % auf, ergeben sie exakt 100 000 € und damit den vollen Leistungsbetrag. In Spalte (6) ist der Verlauf des Prämienbarwerts enthalten, der sich aus der Diskontierung der Jahresbeträge aus Spalte (5) ab dem jeweiligen Jahr bis zum Eintritt des Versorgungsfalls ergibt und, wie oben erläutert, den jeweiligen *future service* repräsen-

tiert. Im Zeitpunkt der Zusageerteilung – vor dem ersten Bilanzstichtag – sind der Leistungs- und der Prämienbarwert identisch, da dann noch keine erdiente Anwartschaft vorhanden ist.

Spalte (7) enthält die jeweiligen Pensionsrückstellungen vor Beendigung des Dienstverhältnisses. Wie oben erläutert, errechnen sie sich auf Basis der Definition in § 6a Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 Satz 1 Alt. 1 als jeweilige Differenz der Werte aus den Spalten (4) und (6). Da jene in diesen beiden Spalten enthaltenen Leistungs- und Prämienbarwerte ausschließlich unter Einsatz des Diskontierungssatzes von 6 % und damit nach finanzmathematischen Regeln errechnet wurden, entsteht auch deren jeweilige Differenz, der *past service*, vollständig auf Basis der Finanzmathematik. Der *past service* einer noch aktiven Anwartschaft kann nicht wie der Anwartschaftsbarwert auf Basis der arbeitsrechtl. Unverfallbarkeitsregeln errechnet werden, da das Dienstverhältnis noch nicht beendet ist. Die finanz- bzw. – bei Einbeziehung biometrischer Wahrscheinlichkeiten – versicherungsmathematische Berechnung ist die einzige exakte Methode zur Bestimmung jenes *past service* während der aktiven Anwartschaftsphase.

Der Rückstellungsbetrag in Spalte (8) ist der Anwartschaftsbarwert, der sich bei vorzeitigem Ausscheiden durch Diskontierung der pauschalierten ratierlichen Anwartschaft iSv. § 2 Abs. 1 BetrAVG errechnet. Bei Beendigung des Dienstverhältnisses im Jahr 1 behält der Ausgeschiedene eine Anwartschaft iHv. 1/10 des Vollanspruchs und damit eine ratierliche Kapitalleistung von 10 000 €. Abgezinst mit 6 % ergibt dies 5 919 € zum Bilanzstichtag 2021. Für Ende 2022 errechnen sich in derselben Weise 2/10 von 100 000 € diskontiert mit 6 % bis zu diesem Jahr etc.

Während sich also der *past service* in Spalte (7) ausschließlich aus den finanzmathematisch errechneten Werten der Spalten (4) und (6) zusammensetzt und per se zu einem rein finanzmathematisch errechneten Betrag wird, muss der *past service* in Spalte (8) in einem ersten Schritt in einen, ohne Zuhilfenahme der Finanzmathematik pauschalierten „m/n-Wert“ umgerechnet werden, bevor er im zweiten Schritt mit ebenfalls 6 % diskontiert werden kann.

Die Differenz zwischen den 7 587 € in Spalte (7) und den 5 919 € in Spalte (8) jeweils in 2021 ist daher das Erg. aus dem Zusammenspiel der Abzinsung der Beiträge in Spalte (5) auf den jeweiligen Prämienbarwert und der pauschalierenden, nicht abzinsenden „m/n-Umrechnung“ im ersten Schritt der Wertermittlung von Spalte (8). Jene Differenz steigt im Lauf der Jahre an, erreicht 2025 ihr Maximum und ist bei Eintritt des Versorgungsfalls logischerweise 0 €, da dann sämtliche Ansprüche erdient sind und die *past services* der Spalten (7) und (8) nach beiden Berechnungsmethoden zum selben Erg. kommen müssen.

- ▶ Definition des *past service* nach dem BMF-Schreiben v. 10.7.2015 – IV C 6 – S 2144/07/10003, BStBl. I 2015, 544, Rz. 7f.: Wie die Ausführungen innerhalb der drei vorangegangenen Dreiecke zeigen, wird der *past service* einer aktiven Anwartschaft steuerbilanziell durch die vollständige Pensionsrückstellung iSv. § 6a Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 Satz 1 Alt. 1 zu jedem Bilanzstichtag vor Beendigung des aktiven Dienstverhältnisses abgebildet.

Wählt ein Unternehmen zur Auslagerung seiner Direktzusagen das sog. Kombinationsmodell mit zeitgleicher Übertragung des *past service* auf einen Pensionsfonds und des *future service* auf eine UKasse und ist die gesamte Pensionsrückstellung im Wj. der Übertragung aufzulösen, weil die Direktzusage dann

nicht mehr besteht, muss daher konsequenterweise diese gesamte Pensionsrückstellungsauflösung als sofortiger BA-Abzug iSv. § 4e Abs. 3 Satz 3 Halbs. 1 behandelt werden, da sie den von der FinVerw. geforderten *past service* (vgl. BMF v. 26.10.2006 – IV B 2 - S 2144 - 57/06, BStBl. I 2006, 709, Rz. 2; BMF v. 10.7.2015 – IV C 6 - S 2144/07/10003, BStBl. I 2015, 544, Rz. 1; BMF v. 6.12.2017 – IV C 5 - S 2333/17/10002, 2017/0989084, BStBl. I 2018, 147, Rz. 56) verkörpert. *Höfer* kann bei Übertragung einer noch aktiven Anwartschaft nicht darin zugestimmt werden, dass an Stelle jener vollen Rückstellungsauflösung der Anwartschaftsbarwert (entspricht dem jeweiligen Wert in Spalte [8] obiger Tabelle) „als Maßstab heranzuziehen“ ist (vgl. *Höfer/Veit/Verhuvén*, BetrAVG, 20. Aufl. 2019, Bd. II, Kap. 30, Rz. 43), da dieser gem. § 6a Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 die Beendigung des aktiven Dienstverhältnisses erfordert.

Da sich BFH (vgl. BFH v. 20.11.2019 – XI R 52/17, BStBl. II 2020, 264, Rz. 45 ff.; BFH v. 20.11.2019 – XI R 42/18, BStBl. II 2020, 271, Rz. 30) und FinVerw. (BMF v. 10.7.2015 – IV C 6 - S 2144/07/10003, BStBl. I 2015, 544, Rz. 7 f.) über jene Zusammenhänge hinwegsetzen, erzeugen sie Schein- bzw. Übertragungsgewinnbesteuerungen (vgl. auch *Briese*, FR 2020, 569) im jeweiligen Übertragungsjahr in beträchtlicher Höhe. Obige Tabelle im *Beispiel 2* verdeutlicht dies in der letzten Spalte (9). Diese nämlich enthält genau jene Werte, die BFH und BMF zum sofortigen BA-Abzug iSv. § 4e Abs. 3 Satz 3 Halbs. 1 zulassen. Sie errechnen sich aus dem Teilwert der aktiven Anwartschaft gem. Spalte (7) multipliziert mit dem ratierlichen „m/n-Faktor“ im jeweiligen Wj. (sog. Ratierung oder Quotierung). Da auf Basis dieser pauschalierenden Methode zum 31.12.2021 1/10 der Vollarbeitskraft verdient ist, würden nach dieser Auffassung bei Übertragung auf einen Pensionsfonds im Rahmen des Kombinationsmodells im Jahr 2021 lediglich 759 € als anteiliger *past service* der Pensionsrückstellungsauflösung gelten und 6828 € als *future service* (vgl. das Beispiel in BMF v. 10.7.2015 – IV C 6 - S 2144/07/10003, BStBl. I 2015, 544, Rz. 8); Hintergrund dieser gewaltigen Differenz ist letztlich eine ungerechtfertigte doppelte Ratierung (vgl. *Dommermuth*, FR, 2020, 673 [680]; *Stöckler*, BB 2018, 1968; *Ahrend/Förster/Rößler*, Steuerrecht der betrieblichen Altersversorgung, Teil 5a, Rz. 279 [43. Aufl. 2019]; *Briese*, FR 2020, 569 [570]). Daher wären im Jahr 2021 lediglich 759 € sofort als BA iSv. § 4e Abs. 3 Satz 3 Halbs. 1 abziehbar, obwohl der versicherungsmathematisch korrekte *past service* der Pensionsrückstellung 7587 € und damit das Zehnfache (!) beträgt (vgl. argumentativ auch *Briese*, FR 2020, 569 [570]). Der für dieses Wj. zu Unrecht zu versteuernde Scheingewinn beträgt daher 6828 €. So geht es im obigen *Beispiel 2* in alternativen Fällen der Übertragung in späteren Jahren weiter. In 2025 ist mit 21 384 € der höchste stpfl. Scheingewinn erreicht.

Wird hingegen eine unverfallbare Anwartschaft nach Beendigung des aktiven Dienstverhältnisses entsprechend übertragen, ist die im Rahmen des § 4e Abs. 3 Satz 3 Halbs. 1 als sofortiger BA-Abzug anzusetzende „aufgelöste Rückstellung“ zweifellos der Anwartschaftsbarwert iSv. § 6a Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 (vgl. Anm. 50); dies ist jedoch ohnehin unstrittig.

- **Fazit:** Wählt ein Unternehmen zur Auslagerung seiner Direktzusagen das sog. Kombinationsmodell mit zeitgleicher Übertragung des *past service* auf einen Pensionsfonds und des *future service* auf eine UKasse und ist die gesamte Pensionsrückstellung im Wj. der Übertragung aufzulösen, weil die Direktzusage dann nicht mehr besteht, muss konsequenterweise die gesamte Pensionsrück-

stellungsauflösung als sofortiger BA-Abzug iSv. § 4e Abs. 3 Satz 3 Halbs. 1 behandelt werden, da sie den von der FinVerw. geforderten *past service* verkörpert. Die durch aktuelle BFH-Rspr. und FinVerw. praktizierte Handhabung hingegen weicht von jener versicherungsmathematisch und rechtssystematisch fundierten Behandlung ab und führt daher zu nicht akzeptabler Scheingewinnbesteuerung im Wj. der Übertragung. Jene Rechtspraktiken sind nicht akzeptabel und weder vom Gesetzeswortlaut noch von dessen Zweck gedeckt.

dd) Reformbedarf bei § 6a

53

Verbleibt der *future service* einer aktiven Anwartschaft (zunächst) in der Direktzusage, nachdem die Übertragung des *past service* auf einen Pensionsfonds stattgefunden hat, und wird daher das in Anm. 52 diskutierte *Kombinationsmodell* nicht gewählt, müsste im Wj. der Übertragung des *past service* auf den Pensionsfonds dasselbe gelten, wie im Falle des Kombinationsmodells: Die gesamte Pensionsrückstellung iSv. § 6a Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 wäre aufzulösen, da sie ja im Wj. der Übertragung auf den Pensionsfonds zweifellos den *past service* bilanziell abbildet (vgl. Anm. 52). Die Benutzung des Konjunktivs zeigt an, dass die Realität eine andere ist: Beträgt der bis zum Wj. der Übertragung erdiente Teil der aktiven Anwartschaft (*past service*), wie im Beispiel eingangs der Anm. 51, 60 %, sind auf Basis des § 6a Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 von der ursprünglichen, vor Übertragung gebildeten Pensionsrückstellung (100 000 €) 40 000 € fortzuführen, so dass lediglich 60 000 € aufgelöst werden. Dies ist aber nicht darauf zurückzuführen, dass die in der eigenen Stellungnahme von Anm. 52 gemachten Ausführungen fehlerhaft sind, sondern auf den aktuellen Wortlaut des § 6a Abs. 3 Satz 2 Nr. 1, der vor Beendigung des aktiven Dienstverhältnisses hinsichtlich seiner Bewertungsmethode nicht danach unterscheidet, ob ein ursprünglicher Vollanspruch bei weiterbestehendem Dienstverhältnis in der Zwischenzeit eingeschränkt worden ist oder nicht.

§ 6a Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 ist auf Eingriffe innerhalb eines weiterbestehenden Dienstverhältnisses nicht ausgerichtet, wodurch sich die folgenden Probleme ergeben:

- Bei Verzicht auf den *future service*, wie er insbes. im Zusammenhang mit Direktzusagen zu Gunsten von GesGf. zur Vermeidung einer verdeckten Einlage aufgrund des BMF-Schreibens v. 14.8.2012 (BMF v. 14.8.2012 – IV C 2 – S 2743/10/10001:001, BStBl. I 2012, 874, Rz. 2) vorkommt, dürfte sich die bis dahin in der StBil. gebildete Pensionsrückstellung nach den in Anm. 52 gewonnenen Erkenntnissen nicht ändern, da sie aufgrund ihrer exakten versicherungsmathematischen Ausrichtung einen Anteil am *future service* gar nicht enthält (vgl. Anm. 52). Dennoch reduziert sie sich fälschlicherweise ganz erheblich (im obigen Beispiel würde sie von 100 000 € auf 60 000 € absinken), da § 6a Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 in der aktuellen Gesetzesfassung einen derartigen leistungsmindernden Eingriff nicht versicherungsmathematisch korrekt verarbeiten kann.
- Bei Übertragung des *past service* auf einen Pensionsfonds ohne *Kombinationsmodell*, d.h. ohne zeitgleiche Auslagerung des *future service* auf eine Ukasse, müsste die bis dahin in der StBil. gebildete Pensionsrückstellung nach den gleichermaßen in Anm. 52 gewonnenen Erkenntnissen vollständig aufgelöst werden; das ist jedoch – ebenfalls wegen mangelnder Verarbeitungsmöglichkeit je-

nes leistungsmindernden Eingriffs durch § 6a Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 – nicht der Fall.

- Die in einer früheren Zeit stehen gebliebene Regelung des § 6a Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 führt somit in beiden Fällen gleich zweimal zu einem falschen Erg.: Bei Verzicht auf den *future service* löst sie die gebildete Pensionsrückstellung teilweise auf, obwohl konzeptionell nichts aufzulösen ist, und bei Übertragung des *past service* auf einen Pensionsfonds ohne Anwendung des *Kombinationsmodells* löst sie die gebildete Pensionsrückstellung nur teilweise auf, obwohl diese bei mathematisch exakter Anwendung vollständig aufzulösen wäre.

Das Problem könnte durch Reform des § 6a Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 gelöst werden, wenn für die im Wj. der Übertragung auf den Pensionsfonds nicht mitübertragenen, da zukünftig erst noch zu erdienenden Pensionsansprüche (*future service*) ein neuer Ansammlungszeitraum beginnen würde (vgl. idS. Hess. FG v. 7.11.2018 – 4 K 2332/15, EFG 2019, 904 Rz. 52); dem BFH muss daher auch insoweit widersprochen werden (BFH v. 20.11.2019 – XI R 52/17, BStBl. II 2020, 264, Rz. 50). Der Gesetzgeber sollte eine entsprechende Erweiterung des § 6a Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 in Erwägung ziehen (vgl. auch *Briese*, FR 2020, 563 [570]). Bezogen auf die Tabelle im Beispiel 2 in Anm. 52 würde dies auf Basis vereinfachender Zahlen (vgl. Anm. 52) bedeuten, dass im Falle einer Übertragung des bis zum sechsten Jahr (2026) erdienten *past service* in Höhe von 60% auf einen Pensionsfonds und damit eines Verbleibs von 40% der zugesagten Kapitalleistung in der Direktzusage die volle, bis dahin gebildete steuerbilanzielle Rückstellung der Spalte (7) aufzulösen wäre (52 920 €) und nicht lediglich der in Spalte (9) enthaltene Anteil (31 752 €). Sodann wäre ab 2027 mit der Bildung der Rückstellung neu zu beginnen, weil die Erdienung des *future service* tatsächlich in diesem Jahr ihren Anfang nimmt. Nach Auflösung der Rückstellung in 2026 ergäbe sich damit folgender weiterer Verlauf, anknüpfend an der Tabelle im vereinfachenden Beispiel 2 in Anm. 52, wobei die Rückstellungen gem. § 6a Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 in Spalte (7) enthalten sind:

Jahr		Alter	Kapital/BW	Beitrag	PrämienBW	§ 6a Abs. 3 Satz 2 Nr. 1
(1)	(2)	(3)	(4)	(5)	(6)	(7)
2026	6	63	31.684 €	8.626 €	31.684 €	0 €
2027	7	64	33.585 €	8.626 €	24.441 €	9.144 €
2028	8	65	35.600 €	8.626 €	16.764 €	18.836 €
2029	9	66	37.736 €	8.626 €	8.626 €	29.110 €
2030	10	67	40.000 €		0 €	40.000 €

Bestände der Leistungseingriff in die bestehende Direktzusage hingegen in einem Verzicht auf 40% der zugesagten Kapitalleistung am Ende des sechsten Jahres (2026) im vereinfachenden Beispiel 2 in Anm. 52, entstünde dieselbe Situation wie bei Ausscheiden aus dem Dienstverhältnis mit unverfallbarer Anwartschaft vor Eintritt des Versorgungsfalles, sodass der reformierte § 6a Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 zumindest den in Spalte (8) der in jenem Beispiel in Anm. 52 enthaltenen Tabelle für 2026 ausgewiesenen Teilwert in Höhe von 47 526 € und nicht den nach aktuellem Recht in Spalte (9) enthaltenen Betrag (31 752 €) kodifizieren sollte. Aufgezinst mit 6% p.a. über die nächsten vier Jahre und – mangels weiterer erdienbarer Leistungen – ohne weitere gleichbleibende Jahresbeträge iSv. § 6a Abs. 3 Satz 2 Nr. 1

Satz 2 gem. Spalte (5) würde sich dann aus jenen 47 526 € am Ende von 2030 der korrekte Barwert in Höhe von 60 000 € errechnen.

ee) Unterschiedliche Steuerwirkungen bei **Kombinationsmodell** und Verbleib des **future service** in der Direktzusage

54

Unterschiedliche Steuerwirkungen: Der in den Anm. 52 und 53 aufgezeigte Mangel der aktuellen Fassung des § 6a Abs. 3 Satz 2 Nr. 1, leistungsmindernde Eingriffe in eine bestehende Direktzusage bei fortbestehendem Dienstverhältnis – auch im Falle der Übertragung des *past service* auf einen Pensionsfonds – versicherungsmathematisch korrekt darstellen zu können, wirkt sich steuerlich unterschiedlich aus, je nachdem, ob das in Anm. 52 skizzierte *Kombinationsmodell* zur Anwendung kommt, oder der *future service* der aktiven Anwartschaft (zunächst) in der Direktzusage verbleibt. Bei Anwendung des *Kombinationsmodells* entsteht die am Ende von Anm. 52 erwähnte Scheingewinnbesteuerung im Wj. der Übertragung. Verbleibt der *future service* in der Direktzusage, verlagert sich dieser Effekt hingegen linear verteilt in die nachfolgenden zehn Wj., was ihm seine Schärfe nimmt. Grund dafür ist, dass in letzterem Falle nur genau derjenige Rückstellungsteil gewinnerhöhend aufgelöst wird, der im selben Wj. als sofort abziehbare BA iSv. § 4e Abs. 3 Satz 3 Halbs. 1 in identischer Höhe gewinnmindernd anfällt, während beim *Kombinationsmodell* die gewinnerhöhende Wirkung aus der vollen Rückstellungsauflösung resultiert. Ohne Anwendung des *Kombinationsmodells* unterscheiden sich daher lediglich die Gewinnwirkungen in den zehn Folgejahren und überdies mit überschaubaren Volumina: Werden im Übertragungsjahr weniger Rückstellungen aufgelöst als gem. Anm. 52 sachlogisch korrekt, erhöht sich dadurch zwar der gewinnmindernde Verteilungsbetrag iSv. § 4e Abs. 3 Satz 3 Halbs. 1 über zehn Jahre hinweg, gleichzeitig aber fallen die ebenfalls gewinnmindernden Rückstellungszuführungen bis zum Eintritt des Versorgungsfalls geringer aus; welche der beiden Wirkungen stärker ist, hängt von der Länge der Anwartschaftsphase und damit vom Einzelfall ab.

ff) Sondereffekte iZm. der Rückstellungsauflösung sowie verdeckten Gewinnausschüttungen und verdeckten Einlagen

55

Ist die Pensionsrückstellung im Verlauf ihrer Entstehung zu niedrig angesetzt worden und greift das Nachholverbot des § 6a Abs. 4 Satz 1, kann nur der zu niedrige Betrag aufgelöst werden. Eine nachholende Pensionsrückstellungszuführung wegen der Übertragung der Direktzusage auf den Pensionsfonds mit anschließender – nun erhöhter Auflösung – ist nicht zulässig. Kommt es allerdings bis zu dem unmittelbar vor dem Übertragungszeitpunkt liegenden Bilanzstichtag zu einer Beendigung des Dienstverhältnisses des Pensionsberechtigten unter Aufrechterhaltung seiner Pensionsanwartschaft (vgl. Anm. 40) oder tritt der Versorgungsfall ein, endet insoweit das Nachholverbot gem. § 6a Abs. 4 Satz 5 Halbs. 1 und die tatsächliche Pensionsrückstellung iSv. § 6a darf vor der Übertragung noch entsprechend erhöht werden (vgl. § 6a Anm. 153).

Wurde die Dreijahresverteilung gem. § 6a Abs. 4 Sätze 2 bis 4 und Satz 5 Halbs. 2 angewandt (vgl. § 6a Anm. 154 ff.) und ist die Verteilung im Zeitpunkt der Übertragung auf den Pensionsfonds noch nicht abgeschlossen, müssen vor Auflösung der Pensionsrückstellung die noch nicht verteilten Pensionsrückstellungsteile zuerst zum vorangegangenen Bilanzstichtag – ggf. im Rahmen einer Bi-

lanzänderung iSv. § 4 Abs. 2 – zugeführt werden und sind dadurch automatisch Teil des gesamten Auflösungsvolumens.

Wurde gegen den Grundsatz der Überversorgung verstoßen (vgl. BMF v. 3.11.2004 – IV B 2 - S 2176 - 13/04, BStBl. I 2004, 1045), sind die Pensionsrückstellungen für den unangemessenen Teil nicht anerkannt bzw. insoweit aufgelöst worden (vgl. BMF v. 3.11.2004 – IV B 2 - S 2176 - 13/04, BStBl. I 2004, 1045, Rz. 5). Inso- weit, wie eine Überversorgung vorliegt, kann daher auch keine Auflösung einer Pensionsrückstellung erfolgen.

Ist die aufzulösende Pensionsrückstellung ganz oder teilweise durch eine verdeckte Gewinnausschüttung neutralisiert worden bezüglich ihrer bisherigen Auswirkung auf den stl. Gewinn, hat dies für die Anwendung des Abs. 3 Satz 3 in- soweit Bedeutung, wie es bislang zur Neutralisierung außerhalb der Bilanz (vgl. BFH v. 28.4.2010 – I R 78/08, BFHE 229, 234, Rz. 32) gekommen ist, denn inso- weit wird die auflösungsbedingte Ertragsbuchung der GuV durch außerbilanzielle Gewinnminderung aufgrund der Rückabwicklung der vGA ebenfalls wieder neu- tralisiert (vgl. BMF v. 28.5.2002 – IV A 2 - S 2742 - 32/02, BStBl. I 2002, 603, Rz. 25 ff.). Da „gewinnerhöhend“ iSd. Abs. 3 Satz 3 Halbs. 1 die Auswirkung auf den stl. Gewinn (Gewinn aus dem Gewerbebetrieb bzw. der selbständigen/land- und forstw. Tätigkeit) meint, ist die Wirkung der Rückabwicklung der vGA in die- sem enthalten. Wird also eine Pensionsrückstellung im Wj. der Übertragung kom- plett aufgelöst und addieren sich sämtliche vGA, die vor jener Auflösung in Zu- sammenhang mit der Direktzusage angesetzt wurden, auf jenen Lösungsbetrag, so saldieren sich die Auflösung der Pensionsrückstellung (Ertrag in der GuV) und die Rückabwicklung der Summe der bisherigen vGA (außerbilanzielle BA) im stl. Gewinn auf 0 € (vgl. BMF v. 28.5.2002 – IV A 2 - S 2742 - 32/02, BStBl. I 2002, 603, Rz. 28 und 31 ff.). Zu den in Abs. 3 Satz 3 beschriebenen Folgen kann es dann nicht kommen.

Ist die aufzulösende Pensionsrückstellung teilweise durch eine verdeckte Ein- lage neutralisiert worden, gilt im Ergebnis dasselbe: Entsteht die verdeckte Ein- lage (vE) durch Teilverzicht (bei Vollverzicht ist eine Übertragung auf den Pensi- onsfonds überhaupt nicht möglich, da keine Versorgungsanwartschaft mehr be- steht, vgl. Anm. 45) auf die Direktzusage (vgl. BFH v. 9.6.1997 – GrS 1/94, BStBl. II 1998, 307; BFH v. 15.10.1997 – I R 58/93, BStBl. II 1998, 305), wird die vE außerbilanziell vom stl. Gewinn abgezogen (vgl. H 8.9 „Verzicht auf Pensionsan- wartschaftsrechte“ KStH 2015; zur Problematik der vE in Zusammenhang mit Di- rektzusagen vgl. Thüringer LFD v. 27.10.2010 – S 2743 A - 08 - A 2.15, juris; das BMF plant zurzeit, hierzu mit einem BMF-Schreiben Stellung zu nehmen). Wird daher im Rahmen der Übertragung einer Direktzusage auf einen Pensionsfonds eine Pensionsrückstellung iHv. 100 000 € aufgelöst (Ertrag in der GuV) und führt ein im Wj. der Übertragung realisierter Teilverzicht zu einer vE iHv. 40 000 € (Ab- zug vom stl. Gewinn), darf Abs. 3 Satz 3 lediglich auf 60 000 € „gewinnerhöhende“ Wirkung angewandt werden.

56 2. Gleichmäßige Verteilung des übersteigenden Betrages in den zehn Folgejahren (Abs. 3 Satz 3 Halbs. 2)

Der den sofortigen Betriebsausgabenabzug nach Satz 3 übersteigende Betrag ist in den dem Wj. der Übertragung folgenden zehn Wj. gleichmäßig verteilt als BA abzuziehen. Es greift somit für den übersteigenden Betrag derselbe Verteilungsmo-

aus, der bereits in Abs. 3 Satz 1 enthalten ist (vgl. Anm. 46 und 47). Beträgt bei Fortführung des anfangs von Anm. 51 enthaltenen Beispiels der an einen Pensionsfonds im Wj. der Übertragung gezahlte Einmalbeitrag 200 000 € und der auf den *past service* entfallende Anteil an der steuerbilanziellen Pensionsrückstellung 60 000 €, dürfen die übersteigenden 140 000 € ab dem darauffolgenden Wj. über zehn Jahre zu je 14 000 € als BA verteilt werden, wenn der Antrag iSv. Abs. 3 Sätze 1 und 2 gestellt worden ist (vgl. Anm. 41, 42 und 48).

Die von der Finanzverwaltung vorgesehene Rückwirkung auf alle offenen Fälle (BMF v. 10.7.2015 – IV C 6 - S 2144/07/10003, BStBl. I 2015, 544, Rz. 9) stellt Trägerunternehmen, die Übertragungen auf Pensionsfonds in der Vergangenheit vorgenommen haben, vor massive Probleme. Insbesondere die in Anm. 49 thematisierten Steuer Mehrbelastungen, die aus der Einschränkung des sofortigen BA-Abzugs iSv. Satz 3 (im Schreiben BMF v. 26.10.2006 – IV B 2 - S 2144 - 57/06, BStBl. I 2006, 709, vertrat das BMF in Rz. 8 offenbar noch eine andere Auffassung) und dem Abstellen auf den dem Übertragungszeitpunkt vorangegangenen Bilanzstichtag resultieren, hätten bei vorheriger Kenntnis möglicherweise zu anderen Entscheidungen geführt. Ein diesbezüglicher Vertrauensschutz wird den betroffenen ArbG jedoch von der FinVerw. verweigert.

3. Pensionsrückstellung ist nicht vorhanden

57

Abs. 3 Satz 3 kann nicht angewandt werden, wenn der Stpfl. (vgl. Anm. 41) zum Zeitpunkt der Übertragung keine Pensionsrückstellung gebildet hatte (vgl. *Höfer/ Veit/Verhuvén*, BetrAVG, 20. Aufl. 2019, Bd. II, Kap. 30, Rz. 61; *Goschl/Greger* in *K/S/M*, 303. Akt., § 4e Rz. D 37); dann ist bei Antragstellung (vgl. Anm. 42) die komplette dem Pensionsfonds gegenüber erbrachte Leistung über die zehn Jahre zu verteilen (vgl. Anm. 46 f.). Derartige Fälle kommen vor, wenn der Versorgungsbegünstigte das Mindestalter gem. § 6a Abs. 2 Nr. 1 (frühestens 23 Jahre) vor Eintritt des Versorgungsfalls bis zur Mitte des Wj. der Übertragung noch nicht erreicht hatte oder die Direktzusage die Voraussetzungen des § 6a Abs. 1 nicht erfüllt (vgl. ausführl. *Höfer/ Veit/Verhuvén*, BetrAVG, 20. Aufl. 2019, Bd. II, Kap. 30, Rz. 60). Wurde die Direktzusage im Jahr ihrer Übertragung erst erteilt, so bestand zum vorangegangenen Bilanzstichtag keine Pensionsrückstellung, wodurch es auch zu keiner Auflösung kommen kann (vgl. Anm. 49).

V. Unterstützungskasse (Abs. 3 Satz 4)

58

Bei Vermögenübertragungen einer Unterstützungskasse an den Arbeitgeber im Zuge der Leistungen des ArbG an einen Pensionsfonds gilt Abs. 3 Satz 3 (vgl. Anm. 49 ff.) gem. Satz 4 entsprechend (vgl. Anm. 40). Jener Vermögenstransfer der UKasse an das Trägerunternehmen stellt eine von drei möglichen Alternativen der Praxis dar, um die Beitragszahlung zur Übernahme der bisherigen UKassen-Zusage durch den Pensionsfonds zu gestalten. Bei allen drei Varianten ist zu beachten, dass nach Auffassung der FinVerw. (BMF v. 26.10.2006 – IV B 2 - S 2144 - 57/06, BStBl. I 2006, 709, Rz. 2; BMF v. 10.7.2015 – IV C 6 - S 2144/07/10003, BStBl. I 2015, 544, Rz. 1; BMF v. 6.12.2017 – IV C 5 - S 2333/17/10002, 2017/0989084, BStBl. I 2018, 147, Rz. 56) neben der bereits laufenden Leistung lediglich der zum Übertragungszeitpunkt bereits erdiente *past service* einer Anwartschaft Gegenstand der Übertragung sein kann (vgl. dazu krit. Anm. 45).

Alternative 1 spaltet den gesamten Pensionsfondsbeitrag in zwei Teile: Der erste wird von der Firmenunterstützungskasse, dh. einer Kasse mit einem Trägerunternehmen, in Höhe ihres vollständigen, von einer Gruppen- bzw. Konzernunterstützungskasse (vgl. zum Begriff § 4d Anm. 21) in Höhe ihres in Bezug auf das betreffende Trägerunternehmen segmentierten tatsächlichen Kassenvermögens an den Pensionsfonds gezahlt; wird nur ein Teil der UKassen-Zusage übertragen, gilt dies entsprechend anteilig. Den Rest des Gesamtbeitrags erhält der Pensionsfonds unmittelbar vom Trägerunternehmen. Teil 1 der Prämie führt weder bei Firmen-, noch bei Gruppen- bzw. Konzernunterstützungskassen zu einer StPflcht der Kasse, da insoweit die Verwendung des tatsächlichen Kassenvermögens keinen Verstoß gegen die Zweckbindung des § 5 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. c KStG (vgl. ausführl. Anm. 40) darstellt. Zweck der Regelung ist nämlich die Verhinderung von Rückflüssen aus dem Kassenvermögen an das Trägerunternehmen (vgl. § 5 KStG Anm. 63), wozu es insoweit nicht kommt. Die ausschließliche und unmittelbare Verwendung des Vermögens und der Einkünfte der Kasse nach ihrer Satzung sind durch diesen Vorgang darüber hinaus weder bei Übertragung noch im Falle der späteren Auflösung der Kasse (vgl. dazu BFH v. 14.11.2012 – I R 78/11, BStBl. II 2014, 44, Rz. 11) gefährdet, da ihre bisherige Verpflichtung insoweit von einem aufsichtsbehördlich (BAFin) kontrollierten Versorgungsträger übernommen wird; der Ausnahmenvorschrift des § 6 Abs. 6 KStG (vgl. Anm. 40) bedarf es daher in diesem Zusammenhang nicht. Teil 2 des Pensionsfondsbeitrags fällt unter § 4e Abs. 3 Sätze 1 und 2; Satz 4 der Vorschrift ist weder für Teil 1 noch für Teil 2 des Beitrags relevant.

Alternative 2 betrifft den direkten Transfer des gesamten Beitrags von der UKasse auf den Pensionsfonds, der grds. eine zusätzliche Zuwendung des Trägerunternehmens an die UKasse iSv. § 4d Abs. 3 Satz 1 erfordert, weil das gesamte, anteilige bzw. segmentierte tatsächliche Kassenvermögen dazu regelmäßig nicht ausreicht (vgl. dazu ausführl. § 4d Anm. 181). Zu einem Verstoß gegen § 5 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. c KStG kommt es insoweit, wie unter „Alternative 1“ beschrieben, ebenfalls nicht. § 4e Abs. 3 Sätze 3 und 4 sind nicht relevant.

Alternative 3, welche als einzige jener drei Varianten § 4e Abs. 3 Sätze 3 und 4 zugrunde liegt, erfordert in einem ersten Schritt die Rückübertragung des gesamten, anteiligen bzw. segmentierten tatsächlichen Kassenvermögens der UKasse, welches auf ihre vom Pensionsfonds zu übernehmende Versorgungsverpflichtung entfällt, auf das betreffende Trägerunternehmen, wo diese zu einer BE führt. In einem zweiten Schritt wird der vom Pensionsfonds geforderte Beitrag zur Übertragung der bisherigen UKassen-Zusage vollständig vom Trägerunternehmen gezahlt (vgl. auch Anm. 40). Alternative 3 ist allerdings nur bei Firmenunterstützungskassen tatsächlich praktikabel, nicht hingegen bei Gruppen- oder Konzernunterstützungskassen, weil Letztere dadurch wegen Verletzung des Zweckbindungsgebotes iSv. § 5 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. c KStG vollständig stpfl. werden würden (vgl. ausführl. Anm. 40 „Die Vorschrift steht in Verbindung mit dem sehr ähnlichen § 4d Abs. 3“, letzter Satz). Gruppen- oder Konzernunterstützungskassen werden deshalb entweder Alt. 1 oder Alt. 2 nutzen.

Satz 3 gilt entsprechend für die Vermögenübertragung der UKasse an den ArbG im Zusammenhang mit Alt. 3. Jene Vermögenübertragung entspricht daher demjenigen aufgelösten Pensionsrückstellungsanteil im Abs. 3 Satz 3, der auf den *past service* entfällt (vgl. Anm. 49f.). Im Gegensatz zur Aufteilung der Rückstellungsauflösung auf *past* und *future service* im Rahmen des Kombinationsmodells (vgl.

Anm. 40 „Zweck“) bedarf es bei der Saldierung des gesamten Pensionsfondsbeitrags mit der Vermögenübertragung der UKasse an das Trägerunternehmen einer derartigen Aufspaltung nicht. Voraussetzung ist allerdings, dass jener Vermögenstransfer maximal dem *past service* der UKassen-Zusage am Übertragungstichtag entspricht, denn mehr darf zu diesem Zeitpunkt auf den Pensionsfonds nicht übertragen werden (vgl. oben „Bei Vermögenübertragungen einer Unterstützungskasse an den Arbeitgeber“). Verdeutlichung:

Beispiel 1:

Ein Trägerunternehmen hat seinem einzigen ArbN beim Firmeneintritt im Alter von 37 Jahren eine Leistungszusage iSv. § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrAVG über 1000 € jährliche Altersrente bei Vollendung seines 67. Lebensjahres mittels einer pauschaldotierten Firmenunterstützungskasse gewährt. Gemäß § 4d Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 1 Buchst. b Satz 1 Doppelbuchst. bb wurden der UKasse über acht Jahre hinweg jährlich 250 €, insgesamt also 2000 € maximal zulässiges Kassenvermögen iSv. § 4d Abs. 1 Satz 4 zugewendet, die sich inklusive Kapitalerträge auf 2240 € vermehrt haben, so dass es nicht zu einer partiellen StPflcht der UKasse iSv. § 5 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. e Satz 1 KStG kam; am Ende des achten Jahres erfolgt die Übertragung der UKassen-Zusage in einen Pensionsfonds mit einer versicherungsförmigen Garantie (vgl. Anm. 17 und 19). Der *past service* der Leistungszusage errechnet sich gem. § 2 Abs. 1 Satz 1 BetrAVG (vgl. BMF v. 26.10.2006 – IV B 2 - S 2144 - 57/06, BStBl. I 2006, 709, Rz. 4; BMF v. 10.7.2015 – IV C 6 - S 2144/07/10003, BStBl. I 2015, 544, Rz. 10) iHv. 8/30 des Vollanspruchs und beläuft sich daher auf 266,67 € Jahresrente. Dafür beansprucht der Pensionsfonds einen Einmalbeitrag iHv. 6133 €, den das Trägerunternehmen bei Fälligkeit zahlt. Die Rückübertragung des tatsächlichen Kassenvermögens (2240 €) ist beim Trägerunternehmen stpfl. Der im Wj. der Übertragung sofort abzugsfähige Teil des Einmalbeitrags beträgt somit 2240 €; der übersteigende Betrag (3893 €) ist ab dem folgenden Wj. jährlich iHv. 389,30 € als BA abzugsfähig.

Beispiel 2:

Ein anderes Trägerunternehmen hat seinem ebenfalls einzigen ArbN beim Firmeneintritt im Alter von 37 Jahren eine beitragsorientierte Leistungszusage iSv. § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrAVG über 1000 € jährliche Altersrente bei Vollendung seines 67. Lebensjahres mittels einer rückgedeckten Gruppenunterstützungskasse gewährt. Gemäß § 4d Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 1 Buchst. c wurden der UKasse über acht Jahre hinweg jährlich 665 €, insgesamt also 5320 € maximal zulässiges Kassenvermögen in Form des geschäftsplanmäßigen Deckungskapitals (vgl. zum Begriff § 4d Anm. 129) gem. § 4d Abs. 1 Satz 5 zugewendet, das sich inklusive Kapitalerträge auf 5540 € vermehrt hat; am Ende des achten Jahres erfolgt die Übertragung der UKassen-Zusage in einen Pensionsfonds mit einer versicherungsförmigen Garantie (vgl. Anm. 17 und 19). Der *past service* der Leistungszusage ergibt sich gem. § 2 Abs. 5 BetrAVG in Höhe der vom Zeitpunkt der Zusage bis zum Übertragungszeitpunkt erreichten Anwartschaft auf Leistungen aus den bis dahin geleisteten Beiträgen (vgl. BMF v. 26.10.2006 – IV B 2 - S 2144 - 57/06, BStBl. I 2006, 709, Rz. 4; BMF v. 10.7.2015 – IV C 6 - S 2144/07/10003, BStBl. I 2015, 544, Rz. 12) und errechnet sich damit aus dem im Übertragungszeitpunkt erreichten geschäftsplanmäßigen Deckungskapital von 5540 €; der daraus resultierende, bis zum Übertragungstichtag erdiente Rentenanspruch beträgt 293,35 € p.a. Dafür beansprucht der Pensionsfonds einen Einmalbeitrag iHv. 6747 €, den das Trägerunternehmen bei Fälligkeit zahlt. Die Rückübertragung des tatsächlichen Kassenvermögens (5540 €) ist beim Trägerunternehmen stpfl. Der im Wj. der Übertragung sofort abzugsfähige Teil des Einmalbeitrags beträgt somit 5540 €; der übersteigende Betrag (1207 €) ist ab dem folgenden Wj. jährlich iHv. 120,70 € als BA abzugsfähig.

