

§ 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, Parkstein

Mitherausgeber: Prof. Dr. Hans-Joachim **Kanzler**, Vors. Richter am BFH aD,
Schloß Ricklingen

Inhaltsübersicht

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 4e

	Anm.		Anm.
I. Grundinformation zu § 4e	1	1. Bedeutung des § 4e	
II. Rechtsentwicklung des § 4e	2	a) Systematische Bedeutung des § 4e	3
		b) Regelungszweck des § 4e	4
III. Bedeutung und Verfassungsmäßigkeit des § 4e		2. Verfassungsmäßigkeit des § 4e	5

	Anm.		Anm.
IV. Geltungsbereich des § 4e		V. Verhältnis des § 4e zu anderen Vorschriften	8
1. Sachlicher und persönlicher Geltungsbereich	6	VI. Verfahrensfragen	9
2. Anwendung bei Auslandsbeziehungen	7		

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

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

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

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

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

	Anm.		Anm.
I. Zweck der Regelung, Abgrenzung und Anwendungsbereich	40		
II. Verteilung der Leistungen über zehn Jahre (Abs. 3 Satz 1)			
1. Steuerpflichtiger	41		
2. Antrag des Steuerpflichtigen	42		
3. Insgesamt erforderliche Leistungen an einen Pensionsfonds	43		
4. Teilweise oder vollständige Übernahme	44		
5. Bestehende Versorgungsverpflichtung oder Versorgungsanwartschaft	45		
6. In den dem Wirtschaftsjahr der Übertragung folgenden zehn Wirtschaftsjahren	46		
		7. Gleichmäßige Verteilung als Betriebsausgaben	47
		III. Antragstellung (Abs. 3 Satz 2 Halbs. 1 und 2)	48
		IV. Auflösung einer Pensionsrückstellung (Abs. 3 Satz 3 Halbs. 1 und 2)	
		1. Pensionsrückstellung ist vorhanden	49
		2. Betriebsausgabenabzug im Übertragungsjahr	50
		3. Pensionsrückstellung ist nicht vorhanden	51
		V. Unterstützungskasse (Abs. 3 Satz 4)	52

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/BODE/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; BODE/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/ROLFS/OTTO, Betriebsrentengesetz, München, 6. Aufl. 2015; FRIEDRICH/WEIGEL, 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; ZEPPELFELD/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; BREDEBUSCH/GROSSMANN, Bilanzsteuerrechtliche Rahmenbedingungen bei der Übertragung einer Pensionszusage auf einen Pensionsfonds, DStR 2010, 1441; WELLSCH/GELLRICH/QUIRING, Auslagerung von Direktzusagen auf Pensionsfonds, BB 2010, 623; HÖFER/VEIT/VERHUVEN, Betriebsrentenrecht, Kommentar, Bd. II Steuerrecht/Sozialabgaben/HGB/IFRS, München, 14. Aufl. 2015; WELLSCH/LÜKEN, Bilanzierung und steuerliche Gewinnermittlung bei der Auslagerung von Direktzusagen auf Pensionsfonds, BB 2011, 1131.

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 denjenigen des § 4c nachgebildet, der den BA-Abzug von Zuwendungen eines Trägerunternehmens (idR ArbG bzw. ehemaliger ArbG) an eine Pensionskasse kodifiziert. Abs. 3 des § 4e, der die Folgen eines Wechsels des Durchführungsweges der bAV von der Direktzusage bzw. der Unterstützungskasse zum Pensionsfonds beinhaltet, 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 Unterstützungskasse 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 Durchführungswegen 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-Ka-

talogs 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 Eimalkapitalzahlung an Stelle einer lebenslangen Leistung zu fordern mit Wirkung ab 4.7.2013 auch für Pensionsfonds (für alle anderen Durchführungswege der bAV war sie bereits vorher zulässig, vgl. BMF v. 24.7.2013, BStBl. I 2013, 1022, Tz. 312, 373) 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 – es muss eine festgelegte Verpflichtung vorliegen oder es müssen abzudeckende Fehlbeträge beim Pensionsfonds vorhanden sein – und der Höhe nach (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. ausführlich 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.

b) Regelungszweck des § 4e

4

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).

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).

5 2. Verfassungsmäßigkeit des § 4e

Die Verfassungsmäßigkeit des § 4e als Ganzes steht außer Frage. Bislang war die Vorschrift noch nicht Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde. Die im Urteil des 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 Durchführungswege, 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. 14/1151, 35; HÖFER in LBP, § 4e Rn. 39 [8/2015]; 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, 15. Aufl. 2016, § 3 Rn. 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 KAUFFMANN in FROTSCHER, § 4c Rn. 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 StPflcht – 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 ausführlich Anm. 30 ff.; HÖFER in LBP, § 4e Rn. 65 ff. [8/2015]). 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 ausführlich HÖFER in LBP, § 4e Rn. 82 f. [8/2015]). 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, BStBl. I 1984, 495; HÖFER in LBP, § 4e Rn. 84 ff. [8/2015]).

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 Betriebsstätte 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 inländischen Betriebsstätte eines beschränkt Steuerpflichtigen, 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 Rn. 9 [8/2015]).

8 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. ausführlich 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 § 4e zugrunde liegenden Pensionsfonds handelt es sich um eine rechtsfähige Versorgungseinrichtung der bAV, die den Begünstigten auf ihre Leistungen im Gegensatz zur Unterstützungskasse (vgl. Anm. 3) einen verbindlichen Rechtsanspruch einräumt und daher – anders als die Unterstützungskasse – den Vorschriften des VAG unterliegt. Erhält ein Begünstigter zwei unterschiedliche Versorgungszusagen, die eine über eine Unterstützungskasse, 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, 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 Rückstellungszuführungen 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 Pensionsrückstellungen nicht gebildet werden, soweit die über einen Pensionsfonds, eine Pensions- oder Unterstützungskasse 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 Versorgungsfalles 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 dahinter stehenden Leistungen solche der bAV iSv. § 1 BetrAVG sind.

9

VI. Verfahrensfragen

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 Betriebs-
ausgabenabzug von Beiträgen an Pensionsfonds
iSd. § 236 VAG**

I. Beiträge an einen Pensionsfonds

10 1. Begriff der Beiträge

Der Begriff des Beitrags wird in § 4e nicht ausdrücklich definiert. Es handelt sich auf jeden Fall 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. Unterstützungskassen 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 Unterstützungskassen 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 Unterstützungskassen 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 Rn. 22 f. [8/2015]), 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 Unterstützungskasse keinen Rechtsanspruch gewährt (vgl. § 4d Anm. 4, 5, 6 und 21). Ohne Beitrag idS. EStG kann in der Anwartschaftsphase kein Arbeitslohn entstehen; Anwartschaften auf Direkt- und Unterstützungskassenzusagen sind daher aufseiten des Versorgungsbegünstigten nicht stbar und bedürfen daher auch keiner – mit einer Höchstgrenze verbundenen – StBefreiung (vgl. § 3 Nr. 63 Anm. 4).

2. Form und Art des Beitrags

11

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

Schwankende Beiträge sind ebenfalls zulässig (vgl. GOSCH in KIRCHHOF, 15. Aufl. 2016, § 4e Rn. 6; insoweit kann BLOMEYER/ROLFS/OTTO, 6. Aufl. 2015, StR A, Rn. 162 nicht zugestimmt werden).

Eine Abhängigkeit des Beitrags vom Gewinn des Trägerunternehmens ist jedoch nicht erlaubt (vgl. HÖFER in LBP, § 4e Rn. 28 [8/2015]), 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. 24 f.).

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 idS. § 4e Abs. 1 (vgl. GOSCH in KIRCHHOF, 15. Aufl. 2016, § 4e Rn. 6; aA wohl HÖFER in LBP, § 4e Rn. 29 [8/2015]). Mit anderen Worten: Würde § 4e Abs. 1 den BA-Abzug beim Trägerunternehmen einschränken, träfe 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. 24 f.). 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 Rn. 29 [8/2015]).

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 erdienten, aber noch nicht fällig gewordenen Entgeltansprüche (vgl. BMF v. 24.7.2013, BStBl. I 2013, 1022, Tz. 292 ff.) 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. 20 f.) 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. 24.7.2013, BStBl. I 2013, 1022, Tz. 2292). 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 Rn. 17 [8/2015]), 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 Rn. 60 f. [8/2015]). 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 79 ff. 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.

13 4. Art der Zusage

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 Rn. 31 [8/2015]). 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 Unterstützungskasse mit der jeweiligen reinen Begriffsnennung 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 klarstellen, 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/VEVERS, 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/VERHUVEN, BetrAVG, 14. Aufl. 2015, Bd. II, Kap. 29, Rn. 6; GOSCH in KIRCHHOF, 15. Aufl. 2016, § 4e Rn. 4; HÖFER in LBP, § 4e Rn. 14 [8/2015]).

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 (§ 236 VAG)

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

15

Nur rechtsfähige Versorgungseinrichtungen 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 Rn. 11 [8/2015]) 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 be-

dingt 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).

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 (PVaG) die Vorschriften über Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit entsprechend gelten (§ 237 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 VAG).

16 b) § 236 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 VAG

Ausschließlich Leistungen der betrieblichen Altersversorgung sind vom Pensionsfonds zu erbringen (§ 236 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 VAG), im Gegensatz zu einem Lebensversicherer, der neben Direktversicherungen auch private Altersversorgung verwaltet; insoweit gleicht der Pensionsfonds der Pensionskasse, mit der er sich die arbeitsrechtl. Definition teilt (§ 1b Abs. 3 Satz 1 BetrAVG, vgl. auch Anm. 8). 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. 24.7.2013, BStBl. I 2013, 1022, Tz. 285) 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. 24.7.2013, BStBl. I 2013, 1022, Tz. 285).

Leistungen der Alters-, Invaliditäts- oder Hinterbliebenenversorgung dürfen erbracht werden, also auch zB ausschließlich Invaliditäts- und/oder Hinterbliebenenleistungen ohne Altersleistung (aA wohl HÖFER in LBP, § 4e Rn. 12 [8/2015], der feststellt, dass Altersleistungen genügen und zusätzlich Invaliditäts- oder Hinterbliebenenleistungen zugesagt werden dürfen). Zwar erweckt § 236 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 VAG prima facies 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); 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. 24.7.2013, BStBl. I 2013, 1022, Tz. 287) oder als Kapitalzahlung gestaltet werden (vgl. BTDrucks. 15/5618, 10).

Die Erbringung von Notfallleistungen 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 Rn. 13 [8/2015]). 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 Pensions- und – über § 3 Nr. 3 KStDV – UKassen) ist zulässig, da sie nicht als Notfallleistung, sondern als bAV gilt (vgl. BMF v. 24.7.2013, BStBl. I 2013, 1022, Tz. 288; insoweit kann BLOMEYER/ROLFS/OTTO, 6. Aufl. 2015, § 1 Rn. 234 und StR A, Rn. 161 nicht zugestimmt werden); 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; insoweit kann BLOMEYER/ROLFS/OTTO, 6. Aufl. 2015, StR A, Rn. 162 nicht zugestimmt werden) – anders Pensionskassen, welche umlagefinanziert sein können (vgl. § 40b Abs. 1; BMF v. 24.7.2013, BStBl. I 2013, 1022, Tz. 296 ff.), und UKassen (vgl. § 4d Anm. 53 ff.).

Rückdeckung über einen anderen Anbieter (zB einen Lebensversicherer) ist zulässig (vgl. BTDrucks. 14/1151, 36; BLOMEYER/ROLFS/OTTO, 6. Aufl. 2015, § 1 Rn. 237), 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 Rn. 14 [8/2015]).

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 Rn. 10 [8/2015]; GOSCH in KIRCHHOFF, 15. Aufl. 2016, § 4e Rn. 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. 3 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).

Arbeitnehmer iSv. § 236 Abs. 3 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/REINHARD/REICH, 18. Aufl. 2015, Bd. I, § 17 BetrAVG Rn. 12). Auch Auszubildende fallen unter den ArbN-Begriff (vgl. HÖFER/REINHARD/REICH, 18. Aufl. 2015, Bd. I, § 17 BetrAVG Rn. 39). Beamte, Richter und Soldaten sind keine ArbN iSv. § 236 Abs. 3 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, 6. Aufl. 2015, § 17 BetrAVG Rn. 9). Gesellschafter-Geschäftsführer von KapGes. sind auch im Falle der Beherrschung ArbN iSv. § 236 Abs. 3 VAG, wenn mit ihnen ein Beschäftigungsverhältnis besteht (vgl. Anm. 6); dabei spielt es keine Rolle, dass sie im Falle der Beherrschung im Sinne des Arbeitsrechts nicht in den Schutzbereich des Betriebsrentengesetzes fallen (vgl. dazu ausführlich HÖFER/REINHARD/REICH, 18. Aufl. 2015, Bd. I, § 17 BetrAVG Rn. 84 ff.). Auch ArbN-Ehegatten, Kinder und sonstige Verwandte können ArbN iSv. § 236 Abs. 3 VAG sein, wenn ein rechtskräftiger Arbeitsvertrag mit ihnen besteht.

Ehemalige Arbeitnehmer iSv. § 236 Abs. 3 VAG sind Personen, die vor Eintritt des Versorgungsfalls 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. 3 VAG sind Nicht-ArbN, denen Leistungen der Alters-, Invaliditäts- oder Hinterbliebenenversorgung aus Anlass ihrer Tätigkeit für ein Unternehmen zugesagt worden sind (vgl. dazu ausführlich § 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).

Nicht unter § 236 Abs. 3 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/VERHUVEN, BetrAVG, 14. Aufl. 2015, Bd. II, Kap. 30, Rn. 14), sowie die bereits oben (s. „Arbeitnehmer“) erwähnten Beamten, Richter, Soldaten, Zivildienstleistenden, Entwicklungshelfer, Dienst Leistenden 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 ausführlich BMF v. 29.1.2008, BStBl. I 2008, 317). Beides saldiert sich zu Null, so dass der Beitrag zugunsten von Mit-

unternehmern grds. keine steuermindernde Wirkung entfaltet. Dies gilt auch für beschränkt haftende Mitunternehmer, zB Kommanditisten (vgl. zur unmittelbaren Pensionszusage AHREND/FÖRSTER/RÖSSLER, 34. Aufl. 2015, 6. Teil, Rn. 351).

c) § 236 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 VAG

17

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. BTDrucks 14/5150, 45), die grds. sowohl für die bereits empfangenen als auch für die künftig vom Versicherungsnehmer bzw. Trägerunternehmen (vgl. Anm. 20 f.) 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, 6. Aufl. 2015, § 1 Rn. 235; AHREND/FÖRSTER/RÖSSLER, BetrAVG, 6. Aufl. 1996, Teil 5 A, Rn. 198.2) und für sämtliche bereits empfangenen Prämien (Letzteres kann bei Übertragungen von Direktzusagen oder UKassenzusagen auf den Pensionsfonds von besonderer Wichtigkeit sein, vgl. Anm. 40 ff.; BLOMEYER/ROLFS/OTTO, 6. Aufl. 2015, § 1 Rn. 236) 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.

Zu unterscheiden sind die arbeitsrechtliche Zusage und die versicherungsförmige 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, 14. Aufl. 2015, Bd. II, Kap. 30, Rn. 8 f. und 23; BLOMEYER/ROLFS/OTTO, 6. Aufl. 2015, § 1 Rn. 240; 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, 14. Aufl. 2015, Bd. II, Kap. 30, Rn. 23; BLOMEYER/ROLFS/OTTO, 6. Aufl. 2015, § 1 Rn. 240); 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, 14. Aufl. 2015, Bd. II, Kap. 30, Rn. 2) in Höhe der Summe der zugesagten Beiträge, soweit sie nicht rechnermäßig für einen biometri-

schen 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, 6. Aufl. 2015, § 1 Rn. 89, 235; zur Kritik: HÖFER/VEIT/VERHUVEN, BetrAVG, 14. Aufl. 2015, Bd. II, Kap. 30, Rn. 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 rechnermäßig für einen biometrischen Risikoausgleich verbraucht wurden, ist eine Leistung iSv. § 236 Abs. 1 Nr. 2 VAG (aA HÖFER/VEIT/VERHUVEN, BetrAVG, 14. Aufl. 2015, Bd. II, Kap. 30, Rn. 5).

18 d) § 236 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 VAG

Dem Arbeitnehmer ist ein eigener Anspruch auf Leistung gegen den Pensionsfonds einzuräumen (§ 236 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 VAG; § 236 Abs. 3 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, 7. Aufl. 2011, Bd. II, Rn. 2045). 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, 6. Aufl. 2015, § 1 Rn. 238; HÖFER in LBP, § 4e Rn. 24 [8/2015]); sie geht einher mit dem bis zur arbeitsrechtl. Unverfallbarkeit des Anspruchs grds. widerruflichen bzw. eingeschränkt unwiderruflichen, danach unwiderruflichen Bezugsrecht 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. 3 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 Rn. 23 [8/2015]).

19 e) § 236 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 VAG

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 festgelegten 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; v. 9.9.1988 – III R 191/84, BFHE 154, 430, unter II.3.a der Entscheidungsgründe; BMF v. 1.10.2009, BStBl. I 2009, 1172, Tz. 20). Zwar verhindert die Vereinbarung einer Rentengarantiezeit die Entstehung einer privaten Basisrente (vgl. BMF v. 13.9.2010, BStBl. I 2010, 681, Tz. 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. 24.7.2013, BStBl. I 2013, 1022, Tz. 288 und 287).
- 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. 24.7.2013, BStBl. I 2013, 1022, Tz. 284) in Ratenform (vgl. BLOMEYER/ROLFS/OTTO, 6. Aufl. 2015, § 1 Rn. 341, ansonsten: Verstoß gegen das Verbot der Vererblichkeit, BMF v. 24.7.2013, BStBl. I 2013, 1022, Tz. 289) ausbezahlt ist. Ist das Kapital vor Vollendung des 85. Lebensjahres bzw. einem für früher vereinbarten Zeitpunkt aufgebraucht, endet beim Auszahlungsplan die Verpflichtung 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. 20 f.) – § 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 (§ 236 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

20 1. Grundsatz

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.

Eine 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).

Auch 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.

Die 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 Pensionsfonds- um eine Direktzusage handeln (vgl. Abs. 2), betrieblich veranlasst wä-

re (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 spielte 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, 2003, Bd. II, Rn. 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, 2003, Bd. II, Rn. 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

1. Rangfolge, Qualität und Ratio der Einschränkungen

22

Abs. 2 geht Abs. 1 vor (vgl. Anm. 3). Bevor also die Zulässigkeit des BA-Abzugs von Beiträgen zum Pensionsfonds (vgl. Anm. 10 ff.) nach Abs. 1 in der Praxis eingehend geprüft wird, ist das BA-Abzugsverbot des Abs. 2 zu untersuchen (vgl. Anm. 30 ff. und 3). Letzteres verhindert das Vorliegen einer BA iSv. § 4 Abs. 4 (vgl. Anm. 30 ff. und 3). 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 Unterstützungskasse 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.

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 Rn. 27 [8/2015]). 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, 15. Aufl. 2016, § 4e Rn. 6); daher geht die Einschränkung bei rückgedeckten Unterstützungskassen 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, 15. Aufl. 2016, § 4e Rn. 6).

2. Zwei Voraussetzungen des Betriebsausgabenabzugs nach Abs. 1

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

Die festgelegte Verpflichtung 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 Rn. 31 [8/2015], 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, 6. Aufl. 2015, StR A, Rn. 168; HÖFER/VEIT/VERHUVEN, BetrAVG, 7. Aufl. 2011, Bd. II, Rn. 2057; GOSCH in KIRCHHOF, 15. Aufl. 2016, § 4e Rn. 7, der nur Geschäftsplan, Satzung oder Pensionsvertrag anerkennt).

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. 48 f.) reicht beim Pensionsfonds die schuldrechtl. Vereinbarung des Pensionsfonds-Vertrags aus.

Der Rechtsbegründungsakt muss vor Beginn der Beitragszahlung wirksam realisiert worden sein, sonst liegt die „festgelegten Verpflichtung“ nicht vor (vgl. GOSCH in KIRCHHOF, 15. Aufl. 2016, § 4e Rn. 7; HÖFER in LBP, § 4e Rn. 32 [8/2015]). 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 Rn. 3 [8/2015]; GOSCH in KIRCHHOF, 15. Aufl. 2016, § 4e Rn. 7; BLOMEYER, BetrAV 2001, 430).

Die festgelegte Verpflichtung muss Grund, Höhe und Fälligkeit der Beiträge beinhalten (vgl. GOSCH in KIRCHHOF, 15. Aufl. 2016, § 4e Rn. 7; HÖFER/VEIT/VERHUVEN, BetrAVG, 7. Aufl. 2001, Bd. II, Rn. 2057). Der BA-Abzug er-

folgt bei bilanzierenden Trägerunternehmen im Wj. der Fälligkeit, auch wenn die Beitragszahlung erst nach dessen Bilanzstichtag erfolgt (vgl. HÖFER/VEIT/VERHUVEN, BetrAVG, 7. Aufl. 2001, Bd. II, Rn. 2057).

Die Form der Beitragszahlung ist gleichgültig, sie kann also in einmaligen, konstanten, dynamischen oder irgendwie schwankenden Prämien bestehen (vgl. Anm. 11; HÖFER/VEIT/VERHUVEN, BetrAVG, 7. Aufl. 2001, Bd. II, Rn. 2057; GOSCH in KIRCHHOF, 15. Aufl. 2016, § 4e Rn. 7; aA BLOMEYER/ROLFS/OTTO, 6. Aufl. 2015, StR A, Rn. 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 Rn. 28 [8/2015]).

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 Verstoß 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 Rn. 31 [8/2015]), 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 Unterstützungskasse durch den Pensionsfonds iSv. Abs. 3 (vgl. HÖFER in LBP, § 4e Rn. 33 [8/2015]).

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

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.

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. In der Praxis wird allerdings eine Rechtsgrundlage immer vorhanden sein, da der Pensionsfonds auf die freiwillige Zahlungsbereitschaft 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, 7. Aufl. 2011, Bd. II, Rn. 2057).

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 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 StPflicht des übersteigenden Teils beim Versorgungsbegünstigten vermeiden, sofern die o.g. Rechtsgrundlage eine solche Streckung zulässt (vgl. analog § 4c Anm. 50). § 236 Abs. 2 Satz 1 VAG lässt die Abdeckung von Fehlbeträgen auch noch in der Zeit des Rentenbezugs zu (vgl. Anm. 19).

Ein Nachholverbot für noch nicht beglichene Fehlbeträge besteht ebenso wenig wie eine Frist zu deren Begleichung (vgl. analog § 4c Anm. 50; BLOMEYER/ROLFS/OTTO, 6. Aufl. 2015, StR A, Rn. 123). Die Zahlung kann daher an die Ertragslage des Trägerunternehmens angepasst werden (vgl. analog § 4c Anm. 50; AHREND/FÖRSTER/RÖSSLER, BetrAVG, 6. Aufl. 1996, 5. Teil, Rn. 93; BLOMEYER/ROLFS/OTTO, 6. Aufl. 2015, StR A, Rn. 123). 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, 7. Aufl. 2011, Bd. II, Rn. 2062; GOSCH in KIRCHHOF, 15. Aufl. 2016, § 4e Rn. 7).

Die Gründe für die Entstehung von Fehlbeträgen sind vielfältig. Sie können in dem Segment eintreten, in dem der Pensionsfonds versicherungsförmige Ga-

rantien 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 Pensionsfonds zB theoretisch nur einen Versorgungsbegünstigten und ergibt sich für ihn bei Kalkulation einer beitragsorientierten Leistungszusage auf Altersrente ein Jahresbeitrag von 1000 € mit einem Rechnungszins von 5 % ohne Gewährung einer versicherungsförmigen Garantie, und ist jener Jahresbeitrag im Pensionsfonds-Vertrag, der Satzung des Pensionsfonds oder im Pensionsplan festgelegt, so fallen jene 1000 € 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 1,25 % gem. § 1 Abs. 1 Satz 3 PFDckRV), 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.

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

Einstweilen frei.

25–29

**C. Erläuterungen zu Abs. 2:
Betriebliche Veranlassung des Betriebsausgaben-
abzugs von Beiträgen an Pensionsfonds**

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

30

Abs. 2 geht Abs. 1 vor (vgl. Anm. 22 und 3). Liegt die betriebliche Veranlassung nach Abs. 2 nicht vor, verhindert dies das Vorliegen einer BA iSv. § 4 Abs. 4 (vgl. Anm. 22 und 3).

Beiträge iSd. Abs. 1 sind jene Prämien, die in Anm. 10 ff. 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 bedeutet, dass es sich nicht um BA handelt. 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. Anm. 22). Abs. 2 kann bei privater (§ 12 Nr. 1 oder 2, zB Beiträge zugunsten des Einzel- bzw. Mitunternehmers bzw. dessen Angehöriger, vgl. GOSCH in KIRCHHOF, 15. Aufl. 2016, § 4e Rn. 8, § 4c Rn. 11 ff.) Veranlassung der Beitragszahlung relevant sein, aber auch bei Beitragszahlung zugunsten von ArbN eines fremden Unternehmens im In- und Ausland (vgl. HÖFER in LBP, § 4e Rn. 37 [8/2015]). In diesen Fällen liegt von vornherein keine BA iSv. § 4 Abs. 4 vor. Beiträge zugunsten von GesGf. einer KapGes. sind grds. iSv. Abs. 2 betrieblich veranlasst, auch wenn § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG nicht greift, zB bei iSd. Betriebsrentengesetzes beherrschenden GesGf. (vgl. Anm. 33 und 6). Soweit eine vGA vorliegt, ist die Veranlassung des Beitrags gerade nicht betrieblich, sondern durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst, so dass eine BA wegen Verstoßes gegen Abs. 2 nicht vorliegen kann (vgl. ausführlich Anm. 33; aA GOSCH in KIRCHHOF, 15. Aufl. 2016, § 4e Rn. 8). Beiträge zugunsten von Nicht-ArbN iSd. § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG 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, 15. Aufl. 2016, § 4e Rn. 8).

Die Vorschrift des Abs. 2 ist lediglich deklaratorisch (vgl. KAUFFMANN in FROTSCHER, § 4e Rn. 10 [10/2015]), weil sie, wie gerade erläutert, § 4 Abs. 4 inhaltlich entspricht. Sie erweitert die grundlegende Norm des § 4 Abs. 4 lediglich durch die Klarstellung, dass eine im Falle direkter Leistung an den Versorgungsbegünstigten 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)).

Leistungen des Fonds, die das Abzugsverbot begründen, sind die Leistungen der betrieblichen Altersversorgung, wie sie in Anm. 16 definiert sind.

31 II. Betriebliche Veranlassung beim Trägerunternehmen

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 Betriebsstreue 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 ausl. Unternehmens), kommt ein Abzug der Zuwendungen nach § 4e somit überhaupt nicht in Betracht. Ist dagegen die betriebliche Veranlassung der Beitragszahlung

II. Betriebl. Veranlassung beim Trägerunternehmen Anm. 31–32 § 4e

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; v. 19.6.2007 – VIII R 100/04, BStBl. II 2007, 930; BMF v. 3.11.2004, BStBl. I 2004, 1045, Tz. 20 unter 2; BMF v. 16.6.2008, BStBl. I 2008, 681, für den Sonderfall der Nur-Pension; vgl. ausführlich § 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, Unterstützungskasse, 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. ausführlich BMF v. 3.11.2004, BStBl. I 2004, 1045, Tz. 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, BStBl. I 2004, 1045, Tz. 18 und 21). Ebenso liegt ein Verstoß bei bereits laufenden und ausfinanzierten Rentenleistungen regelmäßig nicht vor (vgl. BMF v. 3.11.2004, BStBl. I 2004, 1045, Tz. 6). Zur Anwendung der 75 %-Grenze nach Gehaltskürzung vgl. BMF v. 24.8.2005, 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, 6. Aufl. 2015, StR A, Rn. 221), soweit betriebliche Veranlassung gegeben ist und die in Abs. 1 genannten Voraussetzungen erfüllt sind. Betriebliche Altersversorgung ist Entgelt für erbrachte Betriebstreue (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; LANGOHR-PLATO, BetrAV IV, 2007, Rn. 66 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 strechtl. anzuerkennen, soweit sie arbeitsrechtl. zulässig und betrieblich veranlasst sind (vgl. BMF v. 3.11.2004, BStBl. I 2004, 1045, Tz. 1). Die 75 %-Grenze ist darüber hinaus willkürlich gewählt. Die FinVerw. selbst schränkt ihre strenge 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, BStBl. I 2004, 1045, Tz. 6) und in der 75 %-Grenze nur einen widerlegbaren Anhaltspunkt sieht (vgl. BMF v. 24.8.2005, HaufeIndex 1543113); das FG Berlin-Brandenburg v. 2.12.2014 (6 K 6045/12, EFG 2015, 321, Rn. 67 ff. sieht die pauschale Anwendung einer 75%-igen Überversorgungsgrenze nicht durch den Gesetzeswortlaut gedeckt, nrkr., Az. BFH I R 4/15).

Einstweilen frei

32

33 III. Leistungen vom Trägerunternehmen unmittelbar erbracht

Nicht entscheidend ist, 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 erbracht würden (vgl. HÖFER/VEIT/VERHUVEN, BetrAVG, 7. Aufl. 2011, Bd. II, Rn. 2064). Die Vorschrift ist insoweit identisch mit § 4c Abs. 2, so dass nachfolgend teilweise auf die dazu ergangene Richtlinien (R 4c EStR 2008) verwiesen wird.

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, 7. Aufl. 2011, Bd. II, Rn. 2065).

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, BetrAVG, 6. Aufl. 1996, 6. Teil, Rn. 163-166), 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, BetrAVG, 6. Aufl. 1996, 6. Teil, Rn. 96 ff.). 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 Ergebnis 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; ausführlich: BMF v. 29.1.2008, 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; BMF v. 29.1.2008 (BStBl. I 2008, 317) ist uE entsprechend anzuwenden. Dies gilt auch für beschränkt haftende Mitunternehmer, zB Kommanditisten (analog AHREND/FÖRSTER/RÖSSLER, BetrAVG, 6. Aufl. 1996, 6. Teil, Rn. 351).

Beiträge für Pensionsfonds-Leistungen an den Gesellschafter-Geschäftsführer einer Kapitalgesellschaft 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, 7. Aufl. 2011, Bd. II, Rn. 2067; AHREND/FÖRSTER/RÖSSLER, BetrAVG, 6. Aufl. 1996, 3. Teil, Rn. 160).

Eine verdeckte Gewinnausschüttung kann jedoch nicht entstehen in Zusammenhang mit Beiträgen zugunsten eines GesGf. einer KapGes. Die explizite Forderung des Abs. 2 nach betrieblicher Veranlassung verhindert dies (vgl. HÖFER in LBP, § 4e Rn. 66 [8/2015]). Liegt nämlich eine vGA vor, so ist die Zu-

D. Abs. 3: Übernahme Versorgungsverpflichtungen Anm. 33–40 § 4e

wendung insoweit durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst (R 36 Abs. 1 KStR). Dann aber ist eine betriebliche Veranlassung iSd. Abs. 2 gerade nicht gegeben, so dass eine BA iSv. Abs. 2 überhaupt nicht vorliegt (§ 4e Abs. 2 ist lex specialis zu § 4 Abs. 4, vgl. Anm. 30, 22 und 3). Dies wiederum verhindert die vGA, da diese eine Vermögensminderung impliziert, die jedoch nicht stattfinden kann.

Versorgungsleistungen an den Arbeitnehmer-Ehegatten verhindern die betriebliche Veranlassung der Zuwendungen iSv. Abs. 1 Satz 1 nicht (vgl. AHREND/FÖRSTER/RÖSSLER, BetrAVG, 6. Aufl. 1996, 3. Teil, Rn. 160; HÖFER, 2003, Bd. II, Rn. 990); 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, 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 Rn. 38 [8/2015]; BLOMEYER/ROLFS/OTTO, 6. Aufl. 2015, StR A, Rn. 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 Unterstützungskassen-Zusagen durch den Pensionsfonds fördern, damit die Unternehmen dessen Vorteile verstärkt nutzen können (vgl. BTDrucks. 14/1151, 35). 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 sehr geringe Bedeutung des Pensionsfonds innerhalb der fünf Durchführungswege der bAV bislang nicht steigern. Den potenziellen Nutzern ist die Übernahme bestehender Direkt- bzw. Unterstützungskassen-Zusagen durch Pensionsfonds offensichtlich zu komplex – nur die zum Übernahmzeitpunkt bereits erdiente Anwartschaft kann lsfrei im Rahmen des § 3 Nr. 66 übertragen werden (vgl. Anm. 45 mit ausführlicher Kritik), der noch zu erdienende Teil (*future service*) muss entweder im bisherigen Durchführungsweg verbleiben oder er wird in den engen Grenzen des § 3 Nr. 63 auf den

Pensionsfonds transferiert, was bei hohen Volumina des *future service* häufig zu einer Übertragung dieses Teils von der Direktzusage auf die Unterstützungskasse (vgl. HÖFER/VEIT/VERHUVEN, BetrAVG, 7. Aufl. 2011, Bd. II, Rn. 2074) und damit zu einer Zersplitterung der vorher einheitlichen bAV führt –, zu teuer (gewährt der übernehmende Pensionsfonds eine versicherungsförmige Garantie, ist der erforderliche Einmalbeitrag ganz erheblich) und/oder zu riskant (wird keine derartige Garantie übernommen, muss sich der ArbG auf Nachschüsse gefasst machen).

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 Unterstützungskasse auf den Pensionsfonds übertragen wird und die Unterstützungskasse 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, 6. Aufl. 2015, StR C, Rn. 112 f.). Überträgt die Unterstützungskasse daher ihr anteiliges Kassenvermögen, welches auf ihre vom Pensionsfonds zu übernehmende Versorgungsverpflichtung entfällt, auf das Trägerunternehmen zurück, wo es zu einer BE führt, und finanziert Letzteres damit den vom Pensionsfonds geforderten Beitrag zur Übernahme der bisherigen Unterstützungskassen-Zusage, so kommt es zur Anwendung des § 4e Abs. 3. Die Rückübertragung des anteiligen Kassenvermögens verstößt 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 Unterstützungskasse insoweit nun iSv. § 812 BGB ungerechtfertigt bereichert ist, vgl. BLOMEYER/ROLFS/OTTO, 6. Aufl. 2015, StR C, Rn. 111) ausschließt (vgl. HÖFER/VEIT/VERHUVEN, BetrAVG, 7. Aufl. 2011, Bd. II, Rn. 2093).

Beim reinen Wechsel des Durchführungswegs ohne Wechsel des Arbeitgebers ist § 4e Abs. 3 einschlägig. Der Pensionsfonds wird in diesem Fall Primärverpflichteter, welcher die Versorgungsleistungen gegenüber dem Versorgungsbegünstigten schuldet (vgl. HÖFER in LBP, § 4e Rn. 38 [8/2015]). 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).

Auch beim Wechsel des Arbeitgebers mit unmittelbar einhergehendem Wechsel des Durchführungswegs in den Pensionsfonds kann § 4e Abs. 3 zur Anwendung kommen (vgl. BLOMEYER/ROLFS/OTTO, 6. Aufl. 2015, StR A, Rn. 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. 24.7.2013, BStBl. I 2013, 1022, Tz. 322; 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 grei-

fen, wenn eine beim ehemaligen ArbG bestehende Direkt- oder Unterstützungskassen-Zusage auf einen Pensionsfonds übertragen wird, dessen Trägerunternehmen der neue ArbG ist (vgl. BMF v. 24.7.2013, BStBl. I 2013, 1022, Tz. 327). 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 Unterstützungskassen-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, 6. Aufl. 2015, StR A, Rn. 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)

1. Steuerpflichtiger

41

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. 20f., dies ist jedoch in praxi der seltene Ausnahmefall). 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 verkaufte, 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.

Dennoch sind die Voraussetzungen des Abs. 1 auch für Abs. 3 relevant (vgl. Anm. 30; aA BLOMEYER/ROLFS/OTTO, 6. Aufl. 2015, StR A, Rn. 179). 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; HÖFER/VEIT/VERHUVEN, BetrAVG, 7. Aufl. 2011, Bd. II, Rn. 2079), 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

§ 4e Anm. 41–42 D. Abs. 3: Übernahme Versorgungsverpflichtungen

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.

42 2. Antrag des Steuerpflichtigen

Auf Antrag kann eine Verteilung der für die Übernahme (vgl. Anm. 40) **erforderlichen Mittel als Betriebsausgaben über zehn Jahre erfolgen.** Das Wort „kann“ und das Lex-specialis-Verhältnis des Abs. 3 zu § 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 erfolgt (vgl. BMF v. 26.10.2006, BStBl. I 2006, 709, Tz. 6 letzter Satz; HÖFER/VEIT/VERHUVEN, BetrAVG, 14. Aufl. 2015, Bd. II, Kap. 33, Rn. 11; HÖFER in LBP, § 4e Rn. 48 [8/2015]). 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, BStBl. I 2006, 709; BMF v. 24.7.2013, BStBl. I 2013, 1022, Tz. 322; vgl. auch Anm. 40). Wäre nun der BA-Abzug in Ermangelung des Antrags gar nicht möglich (dies behauptet GOSCH in KIRCHHOF, 15. Aufl. 2016, § 4e Rn. 10), käme es dennoch zur vollen Versteuerung beim Versorgungsbegünstigten; diese Durchbrechung des Korrespondenzprinzips hat der Gesetzgeber nicht gewollt (aA GOSCH in KIRCHHOF, 15. Aufl. 2016, § 4e Rn. 10). Ohne Antrag sind darüber hinaus die Voraussetzungen des Abs. 1 (und damit auch wieder die des Abs. 2, vgl. Anm. 30 und HÖFER/VEIT/VERHUVEN, BetrAVG, 14. Aufl. 2015, Bd. II, Kap. 33, Rn. 11 sowie Kap. 30, Rn. 55 ff.) 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 (vgl. HÖFER/VEIT/VERHUVEN, BetrAVG, 14. Aufl. 2015, Bd. II, Kap. 33, Rn. 11).

Das für die Antragstellung zuständige Finanzamt ist das BSFA (vgl. FÖRSTER in BLÜMICH, § 4e Rn. 53 [8/2015]; HÖFER in LBP, § 4e Rn. 47 [8/2015]) wegen der aus § 3 Nr. 66 resultierenden Istl. Folgen. 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/VERHUVEN, BetrAVG, 7. Aufl. 2011, Bd. II, Rn. 2091; aA GOSCH in KIRCHHOF, 15. Aufl. 2016, § 4e Rn. 10, der eine Ablehnung nicht ausschließt, allerdings ohne Begründung).

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. KAUFFMANN in FROTSCHER, § 4e Rn. 14b [10/2015]). Die Antragstellung muss erfolgt sein, bevor die Aufwandsberücksichtigung bestandskräftig wird (vgl. BLOMEYER/ROLFS/OTTO, 4. Aufl. 2006, StR C, Rn. 105; aA HÖFER in LBP, § 4e Rn. 47 [8/2015], 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 Rn. 47 [8/2015]).

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. BLOMEYER/ROLFS/OTTO, 6. Aufl. 2015, StR C, Rn. 105).

Rechtzeitige Antragstellung nach 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, 6. Aufl. 2015, StR C, Rn. 106).

3. Insgesamt erforderliche Leistungen an einen Pensionsfonds

43

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, 6. Aufl. 2015, StR A, Rn. 179). 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“.

Leistungen sind regelmäßig Einmalbeiträge (vgl. HÖFER/VEIT/VERHUVEN, BetrAVG, 7. Aufl. 2011, Bd. II, Rn. 2070), da der Pensionsfonds lediglich die bis zum Übernahmzeitpunkt erdiente (unverfallbare) Anwartschaft (*past service*) bzw. die bereits laufenden Versorgungsleistungen übernehmen darf (vgl. Anm. 45); allerdings können dafür auch laufende Beiträge kalkuliert sein (vgl. HÖFER/VEIT/VERHUVEN, BetrAVG, 7. Aufl. 2011, Bd. II, Rn. 2081).

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, BStBl. I 2006, 709, Tz. 6; HÖFER/VEIT/VERHUVEN, BetrAVG, 7. Aufl. 2011, Bd. II, Rn. 2081.13; KAUFFMANN in FROTSCHER, § 4e Rn. 14e und 14h [10/2015]). Der Antrag gilt sowohl für den Erstaufwand als auch für sämtliche Nachschüsse (vgl. BMF v. 26.10.2006, BStBl. I 2006, 709, Tz. 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, 7. Aufl. 2011, Bd. II, Rn. 2081.10).

Der Begriff „Pensionsfonds“ iSd. Abs. 3 deckt sich mit demjenigen des Abs. 1 (vgl. Anm. 14 ff., 41).

44 4. Teilweise oder vollständige 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, BStBl. I 2006, 709; BMF v. 10.7.2015, BStBl. I 2015, 544, jeweils durchgängig; HÖFER/VEIT/VERHUVEN, BetrAVG, 7. Aufl. 2011, Bd. II, Rn. 2069 ff.; HÖFER in LBP, § 4e Rn. 38 ff. [8/2015]; KAUFFMANN in FROTSCHER, § 4e Rn. 13 ff. [10/2015]; einheitlich: BLOMEYER/ROLFS/OTTO, 6. Aufl. 2015, StR A, Rn. 179 f.; GOSCH in KIRCHHOF, 15. Aufl. 2016, § 4e Rn. 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 zum Teil (vgl. KAUFFMANN in FROTSCHER, § 4e Rn. 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 Rn. 46 [8/2015]).

Folgeübertragungen nach erstmaliger teilweiser Übertragung erfordern uE eine jeweilige erneute Antragstellung (glA wohl HÖFER in LBP, § 4e Rn. 50 [8/2015]), 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 Tz. 6 des BMF v. 26.10.2006 (BStBl. I 2006, 709) nicht gedeckt sind.

45 5. Bestehende Versorgungsverpflichtung oder Versorgungsanwartschaft

Eine Versorgungsverpflichtung liegt vor, wenn der Versorgungsfall bereits eingetreten ist, die Rentenzahlung also begonnen hat (vgl. BMF v. 26.10.2006, BStBl. I 2006, 709, Tz. 1).

Versorgungsanwartschaften können unverfallbare Anwartschaften bereits vorzeitig ausgeschiedener Versorgungsberechtigter (vgl. BMF v. 26.10.2006, BStBl. I 2006, 709, Tz. 1) oder Anwartschaften aktiver Beschäftigter (vgl. BMF v. 26.10.2006, BStBl. I 2006, 709, Tz. 2; BMF v. 10.7.2015, BStBl. I 2015, 544, Tz. 1) sein.

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, BStBl. I 2006, 709, Tz. 2; v. 24.7.2013, BStBl. I 2013, 1022, Tz. 322; v. 10.7.2015, BStBl. I 2015, 544, Tz. 1). Dies kann uE aus dem Gesetzeswortlaut („bestehende“ Versorgungsanwartschaft) nicht geschlossen werden (aA BLOMEYER/ROLFS/OTTO, 6. Aufl. 2015, StR C, Rn. 102); 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, 7. Aufl. 2011, Bd. II, Rn. 2081.1 ff.). Allerdings lässt sich die Haltung der FinVerw. emotional 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, 15. Aufl. 2016, § 4e Rn. 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, BStBl. I 2006, 709; v. 24.7.2013, BStBl. I 2013, 1022, Tz. 322; v. 10.7.2015, BStBl. I 2015, 544, Tz. 1), 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, BStBl. I 2006, 709, Tz. 3; BMF v. 24.7.2013, BStBl. I 2013, 1022, Tz. 322), fallen also nach dieser Meinung, die nicht geteilt wird (vgl. ausführlich HÖFER/VEIT/VERHUVEN, BetrAVG, 7. Aufl. 2011, Bd. II, Rn. 2081), 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. „künftige Rentenanpassungen ...“).

Die Höhe des erdienten Teils einer Versorgungsanwartschaft (*past service*) eines aktiv Beschäftigten im Übertragungszeitpunkt berechnet sich im Kosmos der FinVerw. gem. BMF v. 26.10.2006, BStBl. I 2006, 709, Tz. 4 und 5, als Maximum aus

- dem nach § 2 Abs. 1 BetrAVG quotierten Versorgungsanteil (sog. m/n) im Falle der bislang vereinbarten Leistungszusage bzw. der erreichten Anwart-

§ 4e Anm. 45–46 D. Abs. 3: Übernahme Versorgungsverpflichtungen

schaft auf Leistungen iSv. § 2 Abs. 5a BetrAVG im Falle einer beitragsorientierten Leistungszusage (vgl. auch BMF v. 10.7.2015, BStBl. I 2015, 544, Tz. 3 und 12) und

- dem Quotienten des Teilwerts gem. § 6a Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 zum Barwert der künftigen Pensionsleistungen (sog. Quotienten-Methode).

Beide Methoden finden keine gesetzliche Grundlage in § 4e und sind daher willkürlich; vgl. ausführlich mit Rechenbeispiel und Problemen in Zusammenhang mit dem Abstellen auf den Übertragungszeitpunkt HÖFER/VEIT/VERHUVEN, BetrAVG, 7. Aufl. 2011, Bd. II, Rn. 2081.3 und 2081.5.

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, BStBl. I 2015, 544, Tz. 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, BStBl. I 2015, 544, Tz. 2). Für im arbeitsrechtl. Sinne beherrschende GesGf. und andere Personen, die nicht unter das BetrAVG, jedoch unter § 236 Abs. 3 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.

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 werden; Letzterer darf Ersteren nicht übersteigen (vgl. BMF v. 10.7.2015, BStBl. I 2015, 544, Tz. 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, BStBl. I 2015, 544, Tz. 4).

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, BStBl. I 2015, 544, Tz. 10 mit Beispiel).

46 6. In den dem Wirtschaftsjahr der Übertragung folgenden zehn Wirtschaftsjahren

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, BStBl. I 2006, 709, Tz. 7).

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, BStBl. I 2006, 709, Tz. 7). Eine Verkürzung oder Verlängerung dieses Zeitraums, zB durch Erhöhung oder Verminderung der als BA abzugsfähigen Teilbeträge, ist unzulässig (vgl. HÖFER in LBP, § 4e Rn. 49 [8/2015]).

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, BStBl. I 2006, 709, Tz. 7; aA GOSCH in KIRCHHOF, 15. Aufl. 2016, § 4e Rn. 11), vgl. dazu das ausführliche Zahlenbeispiel in BMF v. 26.10.2006, BStBl. I 2006, 709, Tz. 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.

7. Gleichmäßige Verteilung als Betriebsausgaben

47

Im Wirtschaftsjahr der Übertragung 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, BStBl. I 2006, 709, Tz. 8).

In dem darauffolgenden Wirtschaftsjahr und den folgenden neun Wirtschaftsjahren (vgl. Anm. 46) ist der dem stl. Gewinn im Wj. der Übertragung außerbilanziell hinzugerechnete Betrag zu je einem Zehntel außerbilanziell vom stl. Gewinn jener Folgejahre als BA abzuziehen (vgl. BMF v. 26.10.2006, BStBl. I 2006, 709, Tz. 8). Die Verteilung erfolgt somit linear; eine Aussetzung der Verteilung in einzelnen Jahren ist nicht zulässig, ebenso keine Verlängerung oder Verkürzung des Verteilungszeitraums (vgl. Anm. 46).

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

48

Der Antrag ist unwiderruflich, vgl. ausführlich 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 ausführlich Anm. 42).

Zu verfahrensrechtlichen Aspekten der Antragstellung vgl. Anm. 42.

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

49 1. Pensionsrückstellung ist vorhanden

„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 auch tatsächlich passiviert ist, ansonsten kann Abs. 3 Satz 3 nicht angewandt werden (vgl. Anm. 50). Dabei muss es sich um eine Pensionsrückstellung in der StBil. handeln, denn Abs. 3 Satz 3 Halbs. 1 fordert, dass es sich um eine Pensionsrückstellung nach § 6a handelt.

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 zur Erfüllung der Voraussetzungen des Abs. 3 Satz 3 ausreicht. Da der Ursprung der Zehnjahresverteilung im fiskalischen Bereich liegt, muss aus diesem Blickwinkel die Auflösung irgendeiner Pensionsrückstellung genügen, zumal Abs. 3 formuliert „... eine Pensionsrückstellung ... aufzulösen“. Die FinVerw. hat jene Frage allerdings mittlerweile beantwortet, da sie den sofortigen BA-Abzug iSd. Satzes 3 nur insoweit zulässt, wie die Auflösung der Pensionsrückstellung auf der Übertragung des *past service* (vgl. Anm. 45) beruht (vgl. BMF v. 10.7.2015, BStBl. I 2015, 544, Tz. 7f. mit Beispiel); damit ist die Verbindung zu jener Person, deren Direktzusage auf den Pensionsfonds übertragen wird, eindeutig hergestellt.

Auf die am vorangegangenen Bilanzstichtag gebildete Pensionsrückstellung ist abzustellen (vgl. BMF v. 10.7.2015, BStBl. I 2015, 544, Tz. 6). Weicht der Übertragungszeitpunkt vom Bilanzstichtag ab, kommt eine Zugrundelegung der (fiktiven) Pensionsrückstellung, die zu diesem Zeitpunkt maßgebend wäre, auch dann nicht in Betracht, wenn eine gebildete Rückstellung nicht aufzulösen ist (zB bei einer Erhöhung der Pensionsleistungen nach dem letzten Bilanzstichtag und vor dem Übertragungszeitpunkt; vgl. BMF v. 10.7.2015, BStBl. I 2015, 544, Tz. 6).

Nur derjenige Pensionsrückstellungs-Teil, der dem *past service* entspricht, darf nach neuer Meinung der FinVerw. dem sofortigen BA-Abzug iSd. Satzes 3 zugrunde gelegt werden (vgl. BMF v. 10.7.2015, BStBl. I 2015, 544, Tz. 7f. mit Beispiel; offenbar noch aA: BMF v. 26.10.2006, BStBl. I 2006, 709, Tz. 8). Dies mag auf den ersten Blick logisch erscheinen, da im Falle einer am vorangegangenen Bilanzstichtag gebildeten Pensionsrückstellung von zB 100 000 € bei Fortführung von 40 % der Direktzusage (*future service*, vgl. Anm. 45) nur 60 000 € der Pensionsrückstellung (entfallen auf den *past service*) übertragungsbedingt aufzulösen sind (vgl. das Beispiel in BMF v. 10.7.2015, BStBl. I 2015, 544, Tz. 8). Jene Interpretation des Satzes 3 Halbs. 1 geht jedoch uE weit über den Gesetzeswortlaut und die Ratio jener Vorschrift, Steuerausfälle für den Fiskus zu vermeiden, hinaus. Würde nämlich in jenem Beispiel der im Zeitpunkt der Übertragung auf den Pensionsfonds bestehende *future service* auf eine kongruent rückgedeckte Unterstützungskasse ausgelagert (vgl. das Beispiel in BMF v. 10.7.2015, BStBl. I 2015, 544, Tz. 8) oder käme es zu einem Verzicht auf den *future service*, wäre eine Festlegung des sofortigen BA-Abzugs iSd. Satzes 3 auf die vollständige Pensi-

onrückstellungs-Auflösung kein Problem, da ihre Steuerminderungswirkung von dem Steuererhöhungseffekt der Rückstellungsauflösung idR vollständig kompensiert wird; die Auslagerung auf die Unterstützungskasse bzw. der Verzicht auf den *future service* lassen nämlich infolge des Postulats der laufenden Beitragszahlung gem. § 4d Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 1 Buchst. c Satz 2 keine fiskalisch bedenklichen Steuerwirkungen in Form eines hohen Einmalbeitrags entstehen.

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 im Übertragungszeitpunkt oder davor 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 Pensionsrückstellung darf vor der Übertragung noch entsprechend erhöht werden.

Wurde die Dreijahresverteilung gem. § 6a Abs. 4 Sätze 2 bis 4 und Satz 5 Halbs. 2 angewandt 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 Bilanzänderung 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, BStBl. I 2004, 1045), sind die Pensionsrückstellungen für den unangemessenen Teil nicht anerkannt worden (vgl. BMF v. 3.11.2004, BStBl. I 2004, 1045, Tz. 5). Insoweit, 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 insoweit Bedeutung, wie es bislang zur Neutralisierung außerhalb der Bilanz (vgl. BFH v. 28.4.2010 – I R 78/08, BFHE 229, 234, unter II.4.a, Rn. 32, der Entscheidungsgründe) gekommen ist, denn insoweit wird die auflösungsbedingte Ertragsbuchung der GuV durch außerbilanzielle Gewinnminderung aufgrund der Rückabwicklung der vGA ebenfalls wieder neutralisiert (vgl. BMF v. 28.5.2002, BStBl. I 2002, 603, Tz. 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 forstwirtschaftlichen Tätigkeit) meint, ist die Wirkung der Rückabwicklung der vGA in diesem enthalten. Wird also eine Pensionsrückstellung im Wj. der Übertragung komplett aufgelöst und addieren sich sämtliche vGA, die vor jener Auflösung in Zusammenhang mit der Direktzusage angesetzt wurden, auf jenen Auflösungsbetrag, 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, BStBl. I 2002, 603, Tz. 28 und 31 ff.). Zu den in Abs. 3 Satz 3 beschriebenen Folgen kommt es dann nicht.

Ist die aufzulösende Pensionsrückstellung teilweise durch eine verdeckte Einlage neutralisiert worden, gilt im Ergebnis dasselbe: Entsteht die verdeck-

§ 4e Anm. 49–51 D. Abs. 3: Übernahme Versorgungsverpflichtungen

te Einlage (vE) durch Teilverzicht (bei Vollverzicht ist eine Übertragung auf den Pensionsfonds überhaupt nicht möglich, da keine Versorgungsanwartschaft mehr besteht, vgl. Anm. 45) auf die Direktzusage (vgl. BFH v. 9.6.1997 – GrS 1/94, BStBl. II 1998, 307; v. 15.10.1997 – I R 58/93, BStBl. II 1998, 305), wird die vE außerbilanziell vom stl. Gewinn abgezogen (vgl. H 40 „Verzicht auf Pensionsanwartschaftsrechte“ KStH 2008; zur Problematik der vE in Zusammenhang mit Direktzusagen 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 € (Abzug vom stl. Gewinn), darf Abs. 3 Satz 3 lediglich auf 60 000 € „gewinnerhöhende“ Wirkung angewandt werden.

50 2. Betriebsausgabenabzug im Übertragungsjahr

Im Wirtschaftsjahr der Übertragung ist ein voller Betriebsausgabenabzug der an den Pensionsfonds erbrachten Leistung zulässig, soweit die zur übertragenen Direktzusage gehörende und auf den *past service* entfallende Pensionsrückstellung gewinnerhöhend aufzulösen ist; dabei ist auf die zum vorangegangenen Bilanzstichtag gebildete Pensionsrückstellung abzustellen (vgl. Anm. 49). Beträgt die an den Pensionsfonds zB am 18. September erbrachte Leistung 200 000 €, lag die für die übertragene Direktzusage gebildete Pensionsrückstellung zum 31. Dezember des Vorjahres bei 100 000 €, beträgt der *past service* am 18. September 60 % der vollen Leistung und wären bis zum 17. September noch 20 000 € jener Pensionsrückstellung fiktiv zugeführt worden, dürfen zum 18. September 60 000 € als BA im Wj. der Übertragung angesetzt werden.

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 Verteilungsmodus, der bereits in Abs. 3 Satz 1 enthalten ist (vgl. Anm. 46 und 47). Die übersteigenden 140 000 € aus dem vorangegangenen Beispiel dürfen daher ab dem darauffolgenden Wj. über zehn Jahre zu je 14 000 € als BA verteilt werden.

Die von der Finanzverwaltung vorgesehene Rückwirkung auf alle offenen Fälle (BMF v. 10.7.2015, BStBl. I 2015, 544, Tz. 9) stellt Trägerunternehmen, die Übertragungen auf Pensionsfonds in der Vergangenheit vorgenommen haben, vor massive Probleme. Insbesondere die in Anm. 49 thematisierten Steuermehrbelastungen, die aus der Einschränkung des sofortigen BA-Abzugs iSv. Satz 3 (im Schreiben BMF v. 26.10.2006, BStBl. I 2006, 709, vertrat das BMF in Tz. 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.

51 3. Pensionsrückstellung ist nicht vorhanden

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/VERHUVEN, BetrAVG, 7. Aufl. 2011, Bd. II, Rn. 2082; HÖFER in LBP, § 4e Rn. 55 [8/2015]); 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 (27 Jahre, für künftige, nach dem 31.12.2017 erteilte Zusagen: 23 Jahre, vgl. Gesetzes zur Umsetzung der EU-Mobilitäts-Richtlinie v. 21.12.2015 (BGBl. I 2015, 2553) 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. 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)

52

Bei Vermögensübertragungen einer Unterstützungskasse an den Arbeitgeber im Zuge der Leistungen des ArbG an den Pensionsfonds gilt Abs. 3 Satz 3 (vgl. Anm. 49 ff.) entsprechend. Hierauf wurde bereits in Anm. 40 hingewiesen: Neben dem direkten Transfer der vom Pensionsfonds benötigten Mittel von der Unterstützungskasse (§ 4d Abs. 3) kann die Unterstützungskasse ihr anteiliges Kassenvermögen, welches auf ihre vom Pensionsfonds zu übernehmende Versorgungsverpflichtung entfällt, auf ihr Trägerunternehmen zurück übertragen, wo es zu einer BE führt. Damit wird der vom Pensionsfonds geforderte Beitrag zur Übertragung der bisherigen Unterstützungskassen-Zusage finanziert. Nur in diesem Fall kann es zur Anwendung des § 4e Abs. 3 kommen (vgl. weiter Anm. 40).

Der Betrag, den das Trägerunternehmen von der Unterstützungskasse erhält, entspricht der Pensionsrückstellung im Abs. 3 Satz 3. Ersetzt man im Beispiel in Anm. 50 die aufzulösende Pensionsrückstellung iHv. 100 000 € plus die bis zum Übertragungszeitpunkt fiktiv entstehende Rückstellung iHv. 20 000 € durch das von der Unterstützungskasse an das Trägerunternehmen rückübertragene Kassenvermögen in derselben Höhe (120 000 €), kann auch in diesem Fall die an den Pensionsfonds erbrachte Leistung nur iHv. 60 000 € im Übertragungsjahr als BA abgezogen und muss der Rest jener Leistung (140 000 €) ab dem Folgejahr zu je einem Zehntel als jeweilige BA über zehn Jahre verteilt werden.

§ 4e