

ist jedoch zu berücksichtigen, dass ab VZ 2005 die späteren Altersbezüge grds. in vollem Umfang stpfl. sind und dass der Höchstbetrag nach dem bis VZ 2025 geltenden Übergangsrecht noch nicht in voller Höhe gewährt wird. Die Begrenzung auf 20000 € wird dazu führen, dass Mitglieder berufsständischer Versorgungswerke ihre Einzahlungen auf diesen Betrag begrenzen werden, der ungefähr dem 1,5-fachen des Höchstbeitrags zur allg. Rentenversicherung entspricht. Die in den Satzungen einiger Versorgungswerke vorgesehene Möglichkeit (in BTDrucks. 15/2563, 8 und 15/3004, 6 ist – wohl unzutreffend – sogar von einer *Verpflichtung* die Rede), Beiträge bis zum 2,5-fachen des genannten Höchstbeitrags zu entrichten, wird damit faktisch abgeschafft.

Ehegatten: Hier gilt ein verdoppelter gemeinsamer Höchstbetrag von 40000 € (Abs. 3 Satz 2). Es ist also – anders als etwa in den Fällen des Abs. 1 Nr. 7 (s. Anm. 240) – keine gesonderte Betrachtung für jeden einzelnen Ehegatten vorzunehmen. Eine etwaige *Kürzung* des Höchstbetrags erfolgt allerdings für jeden Ehegatten gesondert. Die Verdoppelung der Höchstbeträge bei Ehegatten stellt keine verfassungswidrige Benachteiligung Alleinstehender dar (BVerfG v. 17.10.1984 – 1 BvR 527/80 u.a., BVerfGE 68, 143 unter C.I.3., zu Abs. 3 aF). Dass im VZ nach dem Tod des Ehegatten, in dem noch der Splitting-Tarif anzuwenden ist (§ 32a Abs. 6), bis VZ 2009 zwar die Vorsorgepauschale (§ 10c Abs. 4 Satz 3 aF), nicht jedoch der Höchstbetrag nach Abs. 3 verdoppelt wurde, war im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG nicht zu beanstanden (BFH v. 26.11.1985 – IX R 1/81, BStBl. II 1986, 353).

Einstweilen frei.

352

III. Kürzung des Höchstbetrags (Abs. 3 Satz 3)

1. Persönlicher Anwendungsbereich der Kürzungsvorschrift

a) Rechtslage ab VZ 2008

353

Wie bei der (bis VZ 2004 vorzunehmenden) Kürzung des Vorwegabzugs (s. Anm. 362) soll derjenige, der seine Altersversorgung in vollem Umfang aus eigenen Beiträgen aufbauen muss, Vorsorgeaufwendungen in größerem Umfang abziehen können als derjenige, der einen Anspruch auf Altersversorgung erwirbt, ohne dafür eigene Beiträge leisten zu müssen. Rechtstechnisch wird die Differenzierung zwischen den beiden genannten Personengruppen dadurch erreicht, dass der Höchstbetrag für die letztgenannte Personengruppe gekürzt wird. Dabei genügt es typisierend bereits, wenn die Voraussetzungen für die Kürzung nur während eines *Teils* des Kj. vorliegen. Bis VZ 2009 enthielt Abs. 3 Satz 3 Nr. 1 für die wichtigsten Fallgruppen, die unter die Kürzungsvorschrift fallen, einen Verweis auf § 10c Abs. 3 Nr. 1 und 2; mit der Aufhebung des § 10c Abs. 3 ab VZ 2010 ist dessen früherer Wortlaut in § 10 Abs. 3 Satz 3 Nr. 1 übernommen worden.

Rentenversicherungsfreie Arbeitnehmer mit Anspruch auf lebenslängliche Versorgung (Abs. 3 Satz 3 Nr. 1 Buchst. a nF/§ 10c Abs. 3 Nr. 1 aF): Hier handelt es sich um ArbN, die in der gesetzlichen Rentenversicherung versicherungsfrei sind und denen eine lebenslängliche Versorgung (oder ein Anspruch auf Abfindung oder Nachversicherung) zusteht. Dies gilt im Wesentlichen für Beamte, Richter, Soldaten und vergleichbare Personengruppen (zu Einzelheiten s. § 10c Anm. 53 und die dortigen Verweise auf die entsprechenden Vorschriften des SGB VI).

Rentenversicherungsfreie Arbeitnehmer mit vertraglichen Anwartschaftsrechten auf Altersversorgung (Abs. 3 Satz 3 Nr. 1 Buchst. b nF/§ 10c

Abs. 3 Nr. 2 aF): Dies sind Personen, die (von vornherein) nicht der gesetzlichen Rentenversicherungspflicht unterliegen und im Zusammenhang mit einer Berufstätigkeit auf Grund vertraglicher Vereinbarungen Anwartschaftsrechte auf eine Altersversorgung erworben haben. Dabei handelt es sich vor allem um beherrschende GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführer sowie Vorstandsmitglieder von AG (zu Einzelheiten s. § 10c Anm. 54; Vergleichsrechnungen zur betriebswirtschaftlichen Vorteilhaftigkeit von Versorgungszusagen bei GOECKE, DStR 2000, 172 und DOMMERMUTH, FR 2004, 12). Im Gegensatz zu der bis VZ 2007 geltenden Rechtslage (dazu s. Anm. 354) kommt es nicht mehr darauf an, ob die Anwartschaftsrechte ganz oder teilweise ohne eigene Beitragsleistung erworben werden; die Kürzung ist vielmehr auch dann vorzunehmen, wenn der Stpfl. (tatsächlich oder lediglich bei wirtschaftlicher Betrachtung) eigene Beiträge leistet.

Der Verzicht auf das Merkmal „ohne eigene Beitragsleistung“ ist uE gerechtfertigt, da die bisherige Rspr. durchaus bedenklich war (näher s. Anm. 354).

Eine Gesetzeslücke besteht in Fällen, in denen Geschäftsführer oder Vorstandsmitglieder zwar eine Anwartschaft auf Altersversorgung erhalten, aber zugleich für die Rentenversicherungspflicht auf Antrag (§ 4 SGB VI) optiert haben. Weil dann eine gesetzliche Rentenversicherungspflicht besteht, ist der Tatbestand des Abs. 3 Satz 3 Nr. 1 Buchst b (§ 10c Abs. 3 Nr. 2 aF) nicht erfüllt; eine Kürzung des Höchstbetrags nach Abs. 3 ist trotz der zugewendeten Anwartschaften nicht vorzunehmen (BFH v. 19.5.1999 – XI R 64/98, BStBl. II 2001, 64).

Der spätere Widerruf der noch nicht unverfallbaren Pensionszusage durch die Gesellschaft (BFH v. 28.7.2004 – XI R 67/03, BStBl. II 2005, 94) oder der Verzicht auf die Ansprüche aus der Pensionszusage führt nicht rückwirkend zu einem Wegfall der in früheren VZ vorgenommenen Kürzung des Höchstbetrags (BFH v. 7.7.2005 – XI B 134/03, BFH/NV 2005, 1755).

Der Allein-Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH ist nicht rentenversicherungspflichtig (§ 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI); diese Regelung hat der entgegenstehenden sozialgerichtlichen Rspr. (BSG v. 24.11.2005 – B 12 RA 1/04 R, NJW 2006, 1162) den Boden entzogen.

Steuerpflichtige, die Einkünfte iSd. § 22 Nr. 4 erzielen und Ansprüche auf Altersversorgung ganz oder teilweise ohne eigene Beitragsleistungen erwerben: Unter diese Regelung fallen Bundestags-, Landtags- und Europaabgeordnete, nicht jedoch Mitglieder von Gemeinderäten und Kreistagen (zu Einzelheiten s. § 22 Anm. 468).

Rentenversicherungspflichtige Arbeitnehmer fallen hingegen *nicht* unter die Kürzungsvorschrift; ihnen steht somit zunächst der ungekürzte Höchstbetrag zu. Der Anwendungsbereich des Satzes 3 ist insoweit enger als derjenige der bis VZ 2004 geltenden Vorschrift über die Kürzung des früheren Vorwegabzugs (Abs. 3 Nr. 2 Satz 2 aF), die *sämtliche* ArbN erfasste (s. Anm. 362). Allerdings mindern sich bei rentenversicherungspflichtigen ArbN die abziehbaren Aufwendungen um den nach § 3 Nr. 62 streifen ArbG-Zuschuss (Abs. 3 Satz 5, s. Anm. 359).

Selbständige, die Anwartschaften auf Altersversorgung teilweise ohne eigene Beitragsleistungen erwerben, fallen ebenfalls nicht unter die Kürzungsvorschrift. Dies betrifft vor allem Hausgewerbetreibende: Hier hat der jeweilige Auftraggeber – ähnlich wie bei der Beschäftigung eines ArbN – Beitragsanteile zur gesetzlichen Rentenversicherung abzuführen; gleichwohl findet eine Kürzung des Höchstbetrags nicht statt, weil die dafür maßgebende Vorschrift des Abs. 3 Satz 3 Nr. 1 (§ 10c Abs. 3 aF) nur *ArbN* erfasst. Gleiches kann für bestimmte selbständige Handelsvertreter gelten; zur Behandlung selbständiger

Künstler und Publizisten, die nach § 3 Nr. 57 stfreie Zuschüsse erhalten, s. Anm. 145.

Der Gesetzgeber hat diese Lücke wegen der zahlenmäßig untergeordneten Bedeutung dieser Personengruppen bewusst in Kauf genommen (vgl. BTDrucks. 12/5764, 19, zur insoweit parallelen Situation bei der Kürzung des früheren Vorwegabzugs). UE lässt sich die Regelung auch damit rechtfertigen, dass die Begünstigung durch § 3 Nr. 62 nur ArbN, nicht aber Selbständigen zusteht.

b) Rechtslage bis VZ 2007

354

Bis VZ 2007 war die Kürzung auch bei Stpfl. iSd. § 10c Abs. 3 Nr. 2 aF (GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführer) nur vorzunehmen, wenn sie ihren Anspruch auf Altersversorgung ganz oder teilweise ohne eigene Beitragsleistungen erwarben.

„Eigene Beitragsleistung“ auch bei Beiträgen der GmbH? Nach der neueren Rspr. des XI. Senats des BFH soll eine eigene Beitragsleistung – die die Kürzung des Höchstbetrags bis VZ 2007 ausschloss – auch dann anzunehmen sein, wenn die GmbH Beiträge für die Altersversorgung ihres Geschäftsführers leistet und dies zur Folge hat, dass sich der ausschüttungsfähige Gewinn der Gesellschaft mindert (BFH v. 16.10.2002 – XI R 25/01, BStBl. II 2004, 546; v. 28.7.2004 – XI R 9/04, BFH/NV 2005, 196; BMF v. 9.7.2004, BStBl. I 2004, 582: jeweils Alleingesellschafter; BFH v. 23.2.2005 – XI R 29/03, BStBl. II 2005, 634, m. Anm. AHMANN, HFR 2005, 959: zwei zu gleichen Teilen beteiligte Gesellschafter, die dieselbe Versorgungszusage erhalten haben; zusammenfassend BMF v. 22.5.2007, BStBl. I 2007, 493 Rn. 8–24; MYSEN/HILDEBRANDT, NWB F. 3, 14559; SIEGLE, DStR 2007, 1662; weitere Nachweise s. § 10c Anm. 54). Erhalten mehrere Gesellschafter mit unterschiedlichen Beteiligungsquoten *dieselbe* Versorgungszusage, soll eine vollständige „eigene Beitragsleistung“ nur bei solchen Gesellschaftern anzunehmen sein, deren Beteiligungsquote höher oder zumindest gleich hoch ist wie der Anteil des auf sie entfallenden Versorgungsaufwands der Gesellschaft am gesamten Versorgungsaufwand (BFH v. 15.11.2006 – XI R 46/05, BFH/NV 2007, 678 m. Anm. G. WENDT, HFR 2007, 455; idR der Mehrheitsgesellschafter); der Vorwegabzug des Minderheitsgesellschafters ist hingegen zu kürzen (BFH v. 17.1.2007 – X R 10/06, BFH/NV 2007, 1289). Sind umgekehrt die Beteiligungsquoten mehrerer Gesellschafter gleich, aber die Werte der Versorgungszusagen (einschließlich Hinterbliebenenversorgung) unterschiedlich, ist nur bei demjenigen Gesellschafter eine „eigene Beitragsleistung“ gegeben, dessen Anteil am Gesamtversorgungsaufwand der GmbH sich im Rahmen seiner Beteiligungsquote hält (BFH v. 27.5.2009 – X R 50/06, BFH/NV 2009, 1635 unter II.2.c). Dieselben Grundsätze gelten für Vorstandsmitglieder einer AG (FG Köln v. 28.11.2007, EFG 2008, 531, rkr.).

Kritik: UE lässt diese Rspr. die zivil- und strechtl. Selbständigkeit der juristischen Person (Trennungsprinzip) außer Acht und ist daher abzulehnen (ebenso BRDrucks. 544/07, 69: „systemwidriger StVorteil“; kritisch auch BRIESE, DStR 2005, 1087; BLÜMICH/HUTTER, § 10 Rn. 417). Bei konsequenter Fortführung dieser Rspr. dürfte auch eine Kürzung des Höchstbetrags bei sozialversicherungspflichtigen ArbN nicht erfolgen, da auch diese bei wirtschaftlicher Betrachtung in voller Höhe „eigene Beitragsleistungen“ erbringen. Denn wenn keine gesetzliche Verpflichtung des ArbG zur Leistung von Sozialversicherungsbeiträgen bestünde, könnten ArbN ein höheres Bruttogehalt erzielen. Der „Verzicht“ auf dieses höhere Bruttogehalt steht einer „eigenen Beitragsleistung“ aber ebenso nahe (oder fern) wie der Verzicht eines GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführers auf Ausschüttungen, durch den er sich eine betriebliche Altersvorsorge erwirtschaftet.

Nach dem Übergang der Zuständigkeit für diese Fragen auf den X. Senat des BFH hat dieser versucht, den Anwendungsbereich dieser Rspr. wieder einzuschränken und nur noch ausnahmsweise den ungekürzten Vorwegabzug gewährt (vgl. auch FISSENEWERT, HFR 2007, 224). So ist die Kürzung vorzunehmen, wenn von zwei zu je 50 % beteiligten GmbH-Gesellschaftern nur einer eine Versorgungszusage erhält, selbst wenn der andere Gesellschafter dessen Ehegatte ist (BFH v. 26.9.2006 – X R 3/05, BStBl. II 2007, 452), wenn von fünf GmbH-Gesellschaftern nur vier eine Versorgungszusage erhalten (BFH v. 8.11.2006 – X R 11/05, BFH/NV 2007, 673), wenn der begünstigte Gesellschafter mit „nur“ 99,75 % beteiligt ist, weil bereits der Minderheitsanteil von 0,25 % schädlich ist (BFH v. 23.7.2008 – X B 51/08, BFH/NV 2008, 1675; ebenso bereits BFH v. 15.11.2006 – XI R 73/03, BStBl. II 2007, 387 unter 3., betr. eine 81,2 %-Beteiligung), wenn der andere Gesellschafter erst nach Erteilung der Pensionszusage an den früheren Alleingesellschafter hinzutritt (BFH v. 6.4.2009 – X B 213/08, BFH/NV 2009, 1263), oder wenn der Minderheitsgesellschafter eine GmbH ist, an der neben dem Stpfl. ein Dritter beteiligt ist, auch wenn dieser eine vergleichbare Pensionszusage erhält (BFH v. 2.9.2008 – X R 17/08, BFH/NV 2009, 141). Diese Entscheidungen sind zutreffend; ehrlicher wäre aber die Aufgabe der Rspr. des XI. Senats gewesen.

Beiträge, die nach § 3 Nr. 63 stfrei sind: Von 2005 bis 2007 erfasste § 10c Abs. 3 Nr. 2 – und damit auch die Kürzungsvorschrift des § 10 Abs. 3 Satz 3 – auch Anwartschaftsrechte, die durch Beiträge erworben werden, die nach § 3 Nr. 63 stfrei sind (zB eine GmbH leistet für ihren rentenversicherungsfreien Geschäftsführer stfreie Beiträge zu einer kapitalgedeckten betrieblichen Altersversorgung iSd. § 3 Nr. 63).

Dies konnte zu einer übermäßigen Kürzung führen: Während die Stfreiheit nach § 3 Nr. 63 auf 4 % der Beitragsbemessungsgrenze in der Rentenversicherung begrenzt ist, ist die Kürzung nach § 10 Abs. 3 in Höhe des fiktiven Gesamtbeitrags zur Rentenversicherung (19,5 % bzw. 19,9 %) vorzunehmen; der „Rechtsnachteil“ des § 10 Abs. 3 erreicht also einen fast fünf Mal größeren Umfang als die „Rechtswohltat“ des § 3 Nr. 63. Die FinVerw. wendete die Kürzung daher nicht an, wenn der Stpfl. *ausschließlich* wegen § 3 Nr. 63 in den Anwendungsbereich der Kürzungsvorschrift fiel (BMF v. 22.5.2007, BStBl. I 2007, 493 Rn. 4, 7; ebenso bereits RISTHAUS, DB 2004, 1329 [1333 f.]). Dies erscheint im Ergebnis sachgerecht, wurde durch den damaligen Gesetzeswortlaut aber nicht gedeckt.

355 Einstweilen frei.

356 2. Umfang der Kürzung

Der Umfang der Kürzung entspricht dem fiktiven Gesamtbeitrag zur allg. Rentenversicherung, der von den Einnahmen aus der Tätigkeit, die die Zugehörigkeit zum genannten Personenkreis begründen, zu entrichten wäre. Der maßgebliche Beitragssatz ist seit 2007 auf 19,9 % festgesetzt worden. Da der Rentenversicherungsbeitrag nur aus Einnahmen bis zur Beitragsbemessungsgrenze (für 2006 in den alten Bundesländern 64 800 €, in den neuen Bundesländern 54 600 €) berechnet wird, stellt der sich so ergebende Höchstbeitrag zugleich den größtmöglichen Umfang der Kürzung dar (West: 12 895 €, Ost: 10 865 €). Die Beitragsbemessungsgrenze wird jährlich entsprechend der Entwicklung der beitragspflichtigen Einnahmen angepasst (s. auch Anm. 126).

Die Übernahme der rentenversicherungsrechtl. Differenzierung zwischen alten und neuen Bundesländern ist nicht sachgerecht: Der in den neuen Bundesländern tätige Beamte, Geschäftsführer oder Abgeordnete, der Einnahmen oberhalb der für die neuen Bundesländer, aber unterhalb der für die alten Bundesländer geltenden Beitragsbemessungsgrenze bezieht, erwirbt Ansprüche auf Altersversorgung nach Maßgabe seiner *tatsächlichen* Einnahmen, weil die Beitragsbemessungsgrenze für diese Personengruppe von vornherein nicht gilt; für die Kürzung wird bei ihm jedoch – im Gegensatz zu einem in den alten Bundesländern tätigen Kollegen – nur ein geringerer Betrag (nämlich