

# MEILICKE HOFFMANN & PARTNER RECHTSANWÄLTE

Download von der Meilicke Hoffmann & Partner Webseite. © MEILICKE HOFFMANN & PARTNER 1999 - Alle Rechte vorbehalten

## Zur Einlagefähigkeit von Pensionsanwartschaften\*

Von Dr. Wienand Meilicke, Licencié en droit français, LL.M. taxation (N.Y.U.), Rechtsanwalt und Fachanwalt für Steuerrecht, und Dr. Thomas Heidel, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Steuerrecht, Bonn

-----

Häufig verzichten Gesellschafter-Geschäftsführer von Kapitalgesellschaften auf ihre bei der Gesellschaft passivierten Pensionsanwartschaften - sei es, weil Erwerber der Geschäftsanteile dies verlangen, sei es auf Druck von Gläubigern der Gesellschaft zu deren Sanierung oder sei es aus anderen Gründen. Wie sich dieser Verzicht steuerlich bei der Gesellschaft auswirken soll, beschäftigt seit langem Literatur und Rechtsprechung: gewinn-neutral als Einlage in die Gesellschaft oder den Gewinn erhöhend als steuerpflichtiger Ertrag der Gesellschaft.

Auch die Entscheidungen des BFH bringen keine rechte Klarheit. 1967 verneinte er die Einlagefähigkeit; denn der Anspruch auf Pensionszahlungen sei nicht so sicher, daß ein Kaufmann ihn aktivieren könne; der Wert könne daher nicht als Einlage verwendet werden. 1988 machte der BFH eine Kehrtwendung; er erkannte, daß eine unverfallbare Anwartschaft auf Pension grundsätzlich zu aktivieren ist. In Einklang mit diesem Urteil und der Entscheidung des Großen Senats des BFH zur Einlagefähigkeit von Nutzungen und Nutzungsrechten bezeichnete es derselbe (Erste) Senat 1991 - konsequent - als ernstlich zweifelhaft, ob an der Rechtsprechung aus dem Jahre 1967 festgehalten werden könne. Zwei Jahre später - im Urteil vom 19.5.1993 - fiel der Erste Senat wieder auf seinen überholt geglaubten Standpunkt aus dem Jahre 1967 zurück. Doch dieses Urteil begegnet zahlreichen Einwänden, zumal es sich nicht mit den Erkenntnissen des Senats zur Aktivierungspflicht von Pensionsanwartschaften und den Erkenntnissen des Großen Senats zu der ausschlaggebenden Voraussetzung der Einlagefähigkeit von Vermögensvorteilen deckt - der Vermögensmehrung bei der Kapitalgesellschaft.

Daher wird man davon ausgehen können, daß der BFH das letzte Wort zur Einlagefähigkeit des Verzichtes auf Pensionsanwartschaften noch nicht gesprochen hat.

### I. Vermögensmehrung bei Kapitalgesellschaft entscheidend

Der entscheidende steuerrechtliche Ausgangspunkt für die Beurteilung des Pensionsverzichtes ist, daß Voraussetzung für die Einlagefähigkeit die Vermögensmehrung bei der Gesellschaft ist - nicht aber die vorherige steuerliche Einordnung des der Gesellschaft zugewandten Vermögensvorteils beim Gesellschafter. Die Maßgeblichkeit des Kriteriums hat der Große Senat des BFH bestätigt und hervorgehoben, daß es auf die Bilanzierungsfähigkeit der übertragenen Vermögenswerte bei der empfangenden Gesellschaft ankommt. Das Betriebsvermögen der Gesellschaft kann durch die Veränderung eines Aktiv- oder eines Passivpostens gemehrt werden. Es kann gerade auch durch einen Verzicht des Gesellschafters auf eine Forderung gegen die Gesellschaft in eine (verdeckte) Einlage begründender Weise gemehrt werden.

Die Voraussetzung der Mehrung des Vermögens der Gesellschaft ist beim Verzicht ihres Geschäftsführers auf seine Pensionsanwartschaft erfüllt. Die Gesellschaft muß die Pensionsrückstellung auflösen. Das Vermögen der Gesellschaft erhöht sich entsprechend. Ist der Pensionsverzicht durch das Gesellschaftsverhältnis begründet, müßte nach den bislang allgemein anerkannten Kriterien eigentlich die Pensionsrückstellung gewinnneutral aufgelöst werden und eine Einlage des verzichtenden Gesellschafters begründet sein. Doch der BFH verliert in seinem Urteil vom 19.05.1993 zu diesem ohne weiteres aus der Rechtsprechung des Gerichtes abzuleitenden Ergebnis nicht ein Wort. Er bemüht vielmehr zur Begründung seines abweichenden Ergebnisses den Wortlaut des gemäß § 8 KStG auf Kapitalgesellschaften anzuwendenden § 4 Abs. 1 Satz 5 EStG: Der G e s e l l s c h a f t e r müsse das Wirtschaftsgut zuführen. Das setze begrifflich voraus, daß er einen Vermögenswert, den er der Gesellschaft übertrage, zuvor inne habe. Das sei aber nur der Fall, wenn der Gesellschafter das zugewandte Vermögen steuerfrei oder bereits besteuert gebildet habe. Diese Voraussetzung erfülle der Verzicht des Gesellschafter-Geschäftsführers auf seine Pensionszusage nicht.

# MEILICKE HOFFMANN & PARTNER RECHTSANWÄLTE

Download von der Meilicke Hoffmann & Partner Webseite. © MEILICKE HOFFMANN & PARTNER 1999 - Alle Rechte vorbehalten

Das Urteil setzt sich mit dem bislang allgemein anerkannten Ausgangspunkt der Beurteilung der Einlagefähigkeit nicht auseinander. Dabei bleibt offen, ob der Erste Senat des BFH einen neuen steuerrechtlichen Einlagebegriff prägen wollte (ohne die Rechtsfrage dem Großen Senat vorzulegen § 11 Abs. 2 FGO), oder einem von manch einem gesehenen Steuersparmodell den Boden entziehen wollte. Was immer auch das Motiv der Richter gewesen sein mag: ihre Begründung der angeblich fehlenden Einlagefähigkeit überzeugt nicht.

## **II. Einlage trotz bedingten Anspruches**

Der BFH stützt seine neue Ansicht darauf, daß der Gesellschafter aus der Pensionszusage noch keine Forderung, sondern erst eine Anwartschaft erlangt habe; das Entstehen der Forderung hänge vom zukünftigen und ungewissen Eintreten des Versorgungsfalles ab.

### **1. Bilanzierung von bedingten Geschäften**

Demgegenüber entsprach es bislang der allgemein etablierten Ansicht, daß Kaufleute aufschiebend bedingte Forderungen aktivieren müssen, wenn diese hinreichend konkretisiert sind. Die Zweifelhaftigkeit des Eintritts der Bedingung wird dadurch berücksichtigt, daß von der Höhe der Forderungen ein Abschlag gemacht wird. Dieser Abschlag bei der Bewertung wird aber schon dadurch realisiert, daß der Kaufmann seine verdienten Pensionsanwartschaften nur unter Berücksichtigung der Allgemeinen Sterbetafeln und der Regeln der Versicherungsmathematik zeitanteilig aktiviert, so wie sein Arbeitgeber spiegelbildlich die Anwartschaft passiviert.

### **2. Bilanzierungspflicht von Anwartschaften als nicht mehr schwebendes Geschäft**

Auch die Grundsätze der Bilanzierung schwebender Geschäfte zwingen den Kaufmann, seine Pensionsanwartschaften zu aktivieren. Sie verbieten zu aktivieren bzw. zu passivieren, solange Geschäfte noch nicht erfüllt sind, sie sich im Gleichgewicht befinden und die für die Dauer des Schwebezustandes vermutete Ausgeglichenheit zwischen Leistung und Gegenleistung nicht gestört ist. Im Falle der Pensionsanwartschaft ist diese Ausgewogenheit wie bei einer (aktivierungspflichtigen) Anzahlung gestört. Der pensionsberechtigte Geschäftsführer hat durch seinen Dienst für die Gesellschaft eine einseitige Vorleistung erbracht. Mit ihr hat er einen rätierlich wachsenden unentziehbaren Anspruch auf Pension erworben.

Nach Ableistung des die Pensionsanwartschaft begründenden Dienstes liegt also kein schwebendes Geschäft mehr vor. Der Kaufmann hat daher seine Forderung auf Pension zu aktivieren. Seine Pensionsanwartschaft ist ein aktivierungspflichtiges Wirtschaftsgut. Diesem kann man die Einlagefähigkeit nicht unter Berufung auf die fehlende Aktivierungsfähigkeit beim Gesellschafter absprechen.

## **III. Einlage trotz Forderung gegen die Gesellschaft**

Die Einlagefähigkeit der Pensionsanwartschaft berührt es entgegen der Ansicht des BFH nicht, daß die Pensionsvereinbarung "nur einen Anspruch gegenüber der Gesellschaft" gewähre, diese die Versorgung "aus eigenen, zum Zeitpunkt der Zahlung bereitzustellenden Mitteln zusagte" und daher dem Geschäftsführer aufgrund der Zusage noch kein Vermögenswert zugeflossen sei.

Der BFH verkürzt den wirtschaftlichen Sachverhalt einer Pensionszusage unzutreffend. Zwar liegt der Cash flow erst im Zeitpunkt der Auszahlung der Pension. Doch die Kapitalgesellschaft bildet für die Erfüllung ihrer Pensionszusage Rückstellungen (§ 8 KStG i.V.m. § 6a EStG). Daher besteht kein qualitativer Unterschied zwischen der Pensionsforderung und anderen noch nicht fälligen Forderungen von Gläubigern, für deren Erfüllung der kaufmännische Schuldner Verbindlichkeiten oder Rückstellungen passiviert.

Ebensowenig stichhaltig ist das Argument des BFH, daß die Pensionsvereinbarung "nur einen Anspruch gegenüber der Gesellschaft" gewährt habe. Gesellschaft und Gesellschafter sind selbständige Steuersubjekte. Es ist allgemein anerkannt, daß zwischen Gesellschaft und Gesellschafter

# MEILICKE HOFFMANN & PARTNER RECHTSANWÄLTE

Download von der Meilicke Hoffmann & Partner Webseite. © MEILICKE HOFFMANN & PARTNER 1999 - Alle Rechte vorbehalten

bilanzierungspflichtige Leistungsbeziehungen bestehen können. Ein Standardbeispiel ist das Gesellschafterdarlehen. Ein solches Darlehen ist einlagefähig, unabhängig davon, ob der Gesellschafter das Darlehen als Kaufmann aktiviert. Die Tatsache, daß die Forderung gegen die Gesellschaft nicht aus einer Rückdeckungsversicherung oder sonst von einem Dritten gedeckt wird, steht der Einlagefähigkeit nicht entgegen. Denn dafür genügt der Wegfall eines Passivpostens.

## **IV. Einlage trotz fehlender Versteuerung beim Gesellschafter**

Der Bundesfinanzhof stellt im Urteil vom 19.05.1993 den Grundsatz auf, Voraussetzung einer Einlage sei, daß der Gesellschafter den der Gesellschaft zugewandten Vermögensvorteil zuvor versteuert oder ihn privat oder steuerbefreit gebildet habe. Das sei bei der Pensionsanwartschaft nicht der Fall. Denn diese sei ihm nicht zugeflossen.

### **1. Ansicht des BFH *petitio principii***

Dieser neue Grundsatz des BFH ist eine *petitio principii*. Das Gesetz fordert ihn nicht. Dem neuen Grundsatz zur Einlagefähigkeit steht schon die Entscheidung des Großen Senates entgegen, daß es bei der Beurteilung der Einlagefähigkeit auf die Bilanzierbarkeit des zugewandten Vermögensvorteils bei der Gesellschaft ankommt. Der Große Senat des BFH hat insoweit geklärt, daß als Voraussetzung einer Einlage Wirtschaftsgüter genügen, "die in eine Bilanz *aufgenommen werden können*". Somit abstrahiert der Große Senat die Einlagefähigkeit von Vermögensvorteilen von ihrer vorherigen Behandlung beim Gesellschafter. Demgegenüber stellt der 1. Senat jetzt darauf ab, daß das Wirtschaftsgut tatsächlich in eine Bilanz *aufgenommen bzw. sonst versteuert worden ist*.

Alleine auf die Aktivierbarkeit der Vermögensvorteile, nicht auf die tatsächliche Aktivierung abzustellen - das gebietet § 4 Abs. 1 Satz 5 EStG. Diese Norm stellt nämlich nur darauf ab, daß das Ergebnis der Gesellschaft um die Wirtschaftsgüter zu korrigieren ist, die ihr die Gesellschafter zugeführt haben. Das entscheidende Kriterium für die Einlagefähigkeit eines Gegenstandes ist somit, ob er ein bilanzierbares Wirtschaftsgut ist. Nicht ausschlaggebend ist, ob der Gesellschafter das Wirtschaftsgut versteuert hat.

### **2. Bisherige Rechtsprechung**

Der Fall, daß eine verdeckte Einlage von Passivposten, die beim Einleger noch nicht der Versteuerung unterlegen haben, bei der Kapitalgesellschaft als steuerfrei behandelt wird, hat den BFH schon im Urteil vom 24.05.1984 beschäftigt. Bei jener Entscheidung ging es um die Steuerfreiheit eines Zinsverzichts. Der Zinsverzicht betraf eine verzinsliche Forderung für einen bestimmten Zeitraum. Er war zu einem Zeitpunkt erklärt worden, als der größere Teil des Zeitraums, für den auf Zinsen verzichtet wurde, noch bevorstand, ein geringerer Teil dieses Zeitraums jedoch bereits abgelaufen war. Im Vorbescheid hatte der BFH die Steuerfreiheit der Einlage unter Berufung auf die Grundsätze zur Nutzungseinlage insgesamt versagt. In der daraufhin anberaumten mündlichen Verhandlung war u.a. geltend gemacht worden, daß die Grundsätze der Nutzungseinlage nur für in Zukunft noch entstehende Zinsen gelten könnten, daß es sich jedoch bei Zinsen, die im Zeitpunkt des Zinsverzichts durch Zeitablauf bereits entstanden waren, ungeachtet der fehlenden Fälligkeit um eine normale passivierungspflichtige Zinsverbindlichkeit handele, die deshalb nach allgemeinen Grundsätzen steuerfrei eingelegt werde. In dem Urteil vom 24.05.1984 bestätigte der BFH im wesentlichen seinen Vorbescheid. Er wich aber in Textziffer 2.10 vom Vorbescheid ab. Denn die Zinsverbindlichkeiten, die zum Zeitpunkt des Verzichts bereits zu bilanzieren gewesen wären, könnten Grundlage einer verdeckten Einlage sein. Auf die Frage, ob die Zinseinnahmen bei dem einlegenden Gesellschafter bereits versteuert worden waren oder ob sie dort erst bei Fälligkeit versteuert worden wären, stellte der BFH nicht ab.

In einer jüngsten Entscheidung des 4. Senats klingen allerdings ähnliche Gedanken über die Abhängigkeit der Einlagefähigkeit von der vorherigen Besteuerung des eingelegten Wirtschaftsguts beim Einlegenden an. In jenem Fall hatte ein Arzt einen Bausparvertrag mit niedrigen Guthabenzinsen und entsprechend niedrigen Darlehenszinsen angespart. Die niedrigen Guthabenzinsen waren wirtschaftlich Entgelt für den Anspruch auf niedrige Darlehenszinsen; der Teilwert des Bausparvertrages im Zeitpunkt der Zuteilung war deshalb größer als der Nominalwert des Bausparguthabens. Der Arzt wollte den Bausparvertrag im Zeitpunkt der

# MEILICKE HOFFMANN & PARTNER RECHTSANWÄLTE

Download von der Meilicke Hoffmann & Partner Webseite. © MEILICKE HOFFMANN & PARTNER 1999 - Alle Rechte vorbehalten

Zuteilungsreife zum Teilwert in sein Betriebsvermögen einlegen. Der BFH lehnt dies mit der Begründung ab, der Zinsvorteil sei beim Arzt bisher nicht besteuert worden. Warum § 6 Abs. 1 Nr. 5 Satz 1 a EStG nicht angewendet worden ist, läßt sich der Entscheidung nicht nehmen.

### **3. Systematik**

Die Frage, ob die vorherige Versteuerung des eingelegten Wirtschaftsguts beim Einleger zur Voraussetzung der Steuerfreiheit der verdeckten Einlage bei der empfangenden Kapitalgesellschaft gemacht werden darf, kann nicht isoliert, sondern muß innerhalb der Systematik der Einkunftsermittlung gesehen werden.

Die Einlage der Pensionszusage erfolgte im Ausgangsfall durch einen Gesellschafter-Geschäftsführer, der seine Bezüge aus nichtselbständiger Arbeit erst bei Zufluß zu besteuern brauchte. Er hatte deshalb die Pensionszusage im Zeitpunkt der Einlage noch nicht steuerpflichtig vereinnahmt. Daß Wirtschaftsgüter, die beim Einlegenden noch nicht oder nicht in Höhe des Teilwerts der Einlage versteuert worden sind, verdeckt in eine Kapitalgesellschaft eingelegt werden, ist jedoch kein spezielles Problem der Einlage von Pensionszusagen.

#### **a) Einleger mit Einnahmeüberschußrechnung**

Daß die eingelegten Wirtschaftsgüter nicht oder jedenfalls nicht zum vollen Teilwert vom Einleger versteuert worden sind, wird am häufigsten bei solchen Einlegern vorkommen, die keine bilanzierenden Kaufleute sind, sondern ihre steuerpflichtigen Einnahmen nach den Regeln der Einnahmeüberschußrechnung ermitteln, insbesondere nach § 4 Abs. 3 und §§ 18, 19, 20 und 21 EStG.

- Der Gesellschafter-Geschäftsführer könnte z. B. am 15. des Monats auf sein Monatsgehalt verzichten. Nach den Regeln des BFH-Urteils vom 24.05.1984 wäre die Hälfte des Monatsgehalts ein Verzicht auf eine bilanzierungspflichtige Verbindlichkeit und die andere Hälfte eine steuerpflichtige Nutzungseinlage. Dasselbe gilt für den Verzicht auf noch nicht fällige Zinsforderungen oder den Verzicht auf einen noch nicht fälligen Mietzins. Nach den Regeln des BFH-Urteils vom 19.05.1993 wäre auch der Teil des Monatsgehalts, der Zins- oder Mietforderung nicht einlagefähig, die durch Zeitablauf schon verdient ist.

- Auch Forderungen aus Lieferungen und Leistungen von Steuerpflichtigen, die nach § 4 Abs. 3 EStG versteuert werden, werden erst bei Eingang realisiert, obwohl die Kapitalgesellschaft sie schon bei Empfang der Lieferung oder Leistung passivieren muß. Wird vor Zahlung auf die Forderung verzichtet, so müßte entsprechend den Regeln des BFH-Urteils v. 19.05.1993 der steuerpflichtige Gewinn der Kapitalgesellschaft um den Verzichtsbetrag erhöht werden, nur weil der verzichtende Gesellschafter die Forderung noch nicht steuerpflichtig vereinnahmt hat.

- Legt man verdeckt immaterielle Anlagegegenstände ein, so sind diese als steuerfreie Einlagen geeignet. Die Einlage eines ganzen Betriebes stellt auch für einen nach § 4 Abs. 3 EStG behandelten Steuerpflichtigen eine Betriebsaufgabe i.S.v. § 16 Abs. 3 EStG dar. Daher ist in diesen Fällen die Voraussetzung der vorherigen Besteuerung beim Einleger erfüllt, und die Steuerfreiheit der Einlage bei der Kapitalgesellschaft ist gesichert. Immaterielle Wirtschaftsgüter können jedoch auch im Privatvermögen eines Gesellschafters liegen, z. B. Patente, aber auch Warenzeichen, seitdem deren Übertragung ohne Zusammenhang mit einem Geschäftsbetrieb zulässig ist. Es stellt sich die Frage, ob solche Wirtschaftsgüter nicht mehr steuerfrei einlagefähig sind, wenn der Einlegende sie im Zeitpunkt der Einlage noch nicht in Höhe ihres Teilwerts versteuert hatte.

#### **b) Ausländische Einleger**

Ausländische Gesellschafter sind in Deutschland nur hinsichtlich ihrer Gesellschaftsanteile beschränkt steuerpflichtig; Wirtschaftsgüter, welche sie erst noch in die Kapitalgesellschaft einlegen, sind der deutschen Besteuerung in der Regel entzogen. Wenn die vorherige Versteuerung beim Einleger zur Voraussetzung für die Steuerfreiheit der Einlage bei der Kapitalgesellschaft gemacht wird, stellt sich die Frage, ob verdeckte

# MEILICKE HOFFMANN & PARTNER RECHTSANWÄLTE

Download von der Meilicke Hoffmann & Partner Webseite. © MEILICKE HOFFMANN & PARTNER 1999 - Alle Rechte vorbehalten

Einlagen von Ausländern überhaupt steuerfrei in eine deutsche Kapitalgesellschaft erfolgen können. In seinem Urteil vom 24.05.1984 hat der BFH dies offenbar bejaht; denn die Verbindlichkeit, auf deren Zahlung der ausländische Gesellschafter verzichtet hatte, war im Inland nicht besteuert worden. Der BFH läßt im Urteil vom 24.05.1984 auch nicht erkennen, daß er darauf abstellt, ob der verzichtende ausländische Gesellschafter bilanzierender Kaufmann ist, der die Zinsforderung bis zum Zeitpunkt des Zinsverzichts versteuert, oder ob er nach Einnahmeüberschüssen versteuert wird. Ferner würde sich die Frage stellen, ob die vorherige Versteuerung nach dem ausländischen Steuerrecht des ausländischen Anteilseigners oder nach einem virtuellen deutschen Steuerrecht zu beurteilen wäre.

## **c) Einlagen durch bilanzierende Kaufleute**

Aber auch bei inländischen bilanzierenden Kaufleuten sind Fälle denkbar, in denen Wirtschaftsgüter eingelegt werden, die bisher beim Einlegenden nicht in voller Höhe versteuert worden sind. Forderungen aus aktivierungspflichtigen Pensionszusagen, Zinsen oder Mietforderungen sind zwar bis zum Zeitpunkt durch aktive Rechnungsabgrenzung zu erfassen; zu denken ist aber an Wirtschaftsgüter des Vorratsvermögens, die nach bisherigem Verständnis auch dann zum Teilwert einzulegen sind, wenn der bilanzierende Kaufmann sie zu Herstellungskosten bilanziert hat, oder an selbst geschaffene immaterielle Wirtschaftsgüter.

## **4. Wechsel der Aktivierbarkeit einzulegender Wirtschaftsgüter**

Daß die Steuerfreiheit einer verdeckten Einlage nicht davon abhängig gemacht werden kann, wie der Einleger das Wirtschaftsgut steuerlich behandelt hat, zeigt sich auch daran, daß diese steuerliche Behandlung sich laufend ändern kann.

### **a) Bei Personengleichheit**

Die Aktivierbarkeit einer Pensionszusage kann sich zunächst durch wechselnde Verhältnisse beim Pensionsberechtigten ändern. Eine Pensionszusage ist nämlich ein sehr langes Dauerschuldverhältnis. Dieses kann bis zu seiner Beendigung zahlreichen Änderungen unterworfen sein. Bei ihnen ändert sich ebenfalls die Aktivierungspflicht. Arbeitnehmer, Angestellte, Geschäftsführer und sonstige arbeitnehmerähnliche Personen, denen von einer Kapitalgesellschaft eine Pensionszusage erteilt wird, brauchen diese nicht zu aktivieren. Handelsvertreter und persönlich haftende Gesellschafter einer KGaA, oHG oder KG müssen die Pensionszusage dagegen als Teil ihres Betriebsvermögens aktivieren. Möglich ist auch, daß ein Arbeitnehmer, der eine unverfallbare Anwartschaft aus seinem Anstellungsverhältnis mitnimmt, bilanzierender Gewerbetreibender wird und sich dazu entschließt, seine Anwartschaft zum Betriebsvermögen seines Gewerbebetriebes zu willküren. Es ist nicht einzusehen, daß die steuerliche Behandlung des Wegfalls des Passivpostens "Pensionsverpflichtung" bei der Kapitalgesellschaft davon abhängen soll, ob und in welcher Höhe der Zusageempfänger die Pensionszusage in der langen Laufzeit eines Dauerschuldverhältnisses aktiviert bzw. versteuert hat.

Das Abstellen auf die steuerliche Behandlung beim Einlegenden stößt auch auf größte praktische Schwierigkeiten, wenn dieser mehrfach zwischen einer arbeitnehmerähnlichen Stellung i.S.v. § 17 BetrAVG und der Stellung eines aktivierungspflichtigen Kaufmanns hin und her gewechselt hat. Außerdem kann nach den Erfahrungen der Vergangenheit davon ausgegangen werden, daß auch die steuerliche Beurteilung, ob die Pensionszusage aktivierungspflichtig ist oder nicht, sich über die Jahrzehnte ändert.

Wie soll die Kapitalgesellschaft im Zeitpunkt der Einlage feststellen, ob und wieviel von der Pensionszusage der Empfänger versteuert hat? Soll es bei der Entscheidung über die Frage, ob der Wegfall des Passivpostens bei der Kapitalgesellschaft steuerfrei ist, darauf ankommen, wie die frühere steuerliche Behandlung tatsächlich durchgeführt worden ist, oder soll es darauf ankommen, ob die Pensionszusage nach heutiger Rechtsauffassung früher einmal hätte aktiviert werden müssen? Man denke z. B. an die Entscheidung des BFH vom 16.12.1992. Dort hat der BFH entgegen bisheriger Praxis entschieden, daß Personengesellschafter eine Pensionszusage aktivieren müssen, während die Personengesellschaft die Pensionszusage passivieren muß. Nach heutiger Auffassung wäre der Verzicht des Gesellschafters auf die Pensionszusage bei der Kapitalgesellschaft ein steuerfreier Wegfall eines Passivpostens, weil der Einlegende

# MEILICKE HOFFMANN & PARTNER RECHTSANWÄLTE

Download von der Meilicke Hoffmann & Partner Webseite. © MEILICKE HOFFMANN & PARTNER 1999 - Alle Rechte vorbehalten

die Pensionszusage steuerpflichtig aktiviert hat. Wird der Wegfall dieses Passivpostens bei der Kapitalgesellschaft steuerpflichtig, weil die Pensionszusage nach früherer Praxis nicht aktiviert worden ist und die Steuerbescheide über die Behandlung der Pensionszusage beim Verzichtenden bereits rechtskräftig sind?

## **b) Bei Personenwechsel**

Die Aktivierungspflicht für eine Pensionszusage, für welche die Kapitalgesellschaft einen Passivposten gebildet hat, der im Falle eines Verzichts wegfällt, kann sich auch durch einen Wechsel des Anspruchsberechtigten ändern. Der aus einer Pensionszusage Berechtigte kann seine Rechte aus der Pensionszusage z. B. gegen Entgelt an einen fremden Dritten abtreten. Die Abtretung der Rechte aus der Pensionszusage ist grundsätzlich ebenso zulässig wie die Abtretung der Rechte aus einer Lebensversicherung. Ist der Erwerber der Pensionszusage Gesellschafter und verzichtet er nach deren entgeltlichem Erwerb auf die Pensionszusage, so hat er sie aus versteuertem Vermögen erworben. Daher besteht an der Steuerfreiheit des Wegfalls des Passivpostens bei der Kapitalgesellschaft kein Zweifel. Es gibt jedoch keine nachvollziehbare Rechtsregel für die These, daß die Steuerfreiheit des Verzichts eines Gesellschafters auf eine Pensionszusage für die Kapitalgesellschaft davon abhängen soll, ob der Gesellschafter die Pensionszusage von einem Dritten entgeltlich erworben und deshalb aktiviert hat.

Der Fall des entgeltlichen Erwerbs einer Pensionsanwartschaft wird in der Praxis insbesondere zusammen mit dem Erwerb von Geschäftsanteilen vorkommen. Anstatt zur Stärkung des Eigenkapitals der Kapitalgesellschaft auf seine Pensionszusage zu verzichten, tut der Gesellschaftergeschäftsführer nach dem BFH-Urteil vom 19.05.1993 besser, seine Geschäftsanteile und die Rechte aus der Pensionszusage jeweils gegen einen angemessenen Kaufpreis an einen Erwerber zu veräußern. Wenn der Erwerber später auf die aus versteuertem Vermögen erworbene Pensionszusage verzichtet, ist für die aus der Pensionszusage verpflichtete Kapitalgesellschaft der Wegfall des Passivpostens steuerfrei.

Wie liegt es, wenn der Gesellschaftergeschäftsführer in zeitlichem Zusammenhang mit dem Verkauf seiner Geschäftsanteile auf die Pensionszusage verzichtet? Soll es dann darauf ankommen, ob die Parteien zunächst die Übertragung der Rechte aus der Pensionszusage auf den Erwerber vereinbart haben und dieser dann eine logische Sekunde später auf die Pensionszusage verzichtet, oder ob der Gesellschaftergeschäftsführer eine logische Sekunde vor dem Verkauf der Geschäftsanteile selbst auf die Pensionszusage verzichtet hat? Die Frage der Steuerpflicht oder Steuerfreiheit des Wegfalls eines Passivpostens bei der Kapitalgesellschaft von so willkürlichen Unterschieden abhängig zu machen, ist ein weiterer Schritt weg von der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit und hin zur Dummensteuer. Außerdem versteuert der Gesellschaftergeschäftsführer den gesamten empfangenen Erlös in beiden Fällen zum halben Steuersatz nach § 34 Abs. 1 EStG, so daß es auch vom Steueraufkommen her keinen Sinn macht, danach zu unterscheiden, ob der Veräußerungserlös insgesamt nach § 17 EStG oder teilweise nach § 24 Nr. 1 EStG zu versteuern ist.

Wenn die Besteuerung dessen, was der Gesellschaftergeschäftsführer für den Verzicht auf die Pensionszusage erhält, zur Steuerfreiheit der Einlage bei der Kapitalgesellschaft führt, dann ist wiederum nicht einzusehen, warum es einen Unterschied machen soll, wenn der Gesellschaftergeschäftsführer schon einige Zeit vorher auf die Pensionszusage verzichtet, um das Bilanzbild seiner Kapitalgesellschaft zu verbessern und den steuerpflichtigen Verkauf der Geschäftsanteile vorzubereiten.

Die vorstehenden Ausführungen gelten übrigens entsprechend für die Einlage von Bausparverträgen. Auch jener Arzt hätte den Bausparvertrag ja zum Verkehrswert auf einen fremden Dritten, z. B. an seine Ehefrau, verkaufen können. Ein fremder Dritter hätte einen den Nominalwert des Bausparguthabens übersteigenden Verkehrswert für die Rechte aus dem Bausparvertrag gezahlt. Der fremde Dritte hätte dann den Bausparvertrag zum Verkehrswert an die Kapitalgesellschaft verkaufen können. Der Arzt hätte den Erlös aus dem Verkauf des Bausparvertrages auch steuerfrei in sein Betriebsvermögen oder in eine ihm gehörende Kapitalgesellschaft einlegen können. Wenn der Gewinn aus der Veräußerung eines im Privatvermögen liegenden Wirtschaftsguts, z. B. der Rechte aus einem Bausparvertrag, steuerfrei ist, dann ist nicht einzusehen, warum die Einlage steuerlich ungünstiger als eine Veräußerung behandelt werden soll.

# MEILICKE HOFFMANN & PARTNER RECHTSANWÄLTE

Download von der Meilicke Hoffmann & Partner Webseite. © MEILICKE HOFFMANN & PARTNER 1999 - Alle Rechte vorbehalten

## **5. Gesetzeszweck der Steuerfreiheit von verdeckten Einlagen**

Letztlich hängt vom Gesetzeszweck die Richtigkeit der Prämisse ab, die Voraussetzung der Steuerfreiheit einer verdeckten Einlage sei, daß der Gesellschafter den der Gesellschaft zugewandten Vermögensvorteil zuvor versteuert oder ihn privat oder steuerbefreit gebildet habe.

Nach herkömmlicher Auffassung ist Zweck der Steuerfreiheit der Vermögensmehrung aus verdeckten Einlagen das übergeordnete steuerrechtliche Gebot, den Bereich der Kapitalgesellschaft und den Bereich der Gesellschafter voneinander abzugrenzen. Der I. und möglicherweise auch IV. Senat des BFH gehen nun jedoch dazu über, der Steuerfreiheit von Vermögensmehrungen aus verdeckten Einlagen einen weiteren Gesetzeszweck unterzuschreiben, nämlich durch Versagung der Steuerfreiheit sicherzustellen, daß durch Verzicht auf die Besteuerung beim Einlegenden nicht eine Besteuerungslücke bleibt.

Der Auffassung, es gebe einen solchen zweiten Gesetzeszweck, kann jedoch nicht gefolgt werden. Denn dadurch werden Erwägungen aus der Gesellschafterebene in die Gesellschaftsbesteuerung projiziert, die dort nichts zu suchen haben. Der Gesetzgeber muß die Besteuerung der Gesellschafter vielmehr unabhängig von der Frage regeln, wie die Gesellschaft besteuert wird. Dabei wäre zunächst zu unterscheiden, ob der Gesetzgeber eine Besteuerung des rechnerischen Veräußerungsgewinns aus der Einlage beim Einlegenden überhaupt gewollt hat. Bei Veräußerung von steuerfreiem Privatvermögen wie z. B. bei der Veräußerung eines Bausparvertrages ist dies von vornherein zu verneinen. Bei der Veräußerung der Rechte aus einer Pensionszusage liegen dagegen Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit vor, welche versteuert zu werden verdienen. Die Besteuerung muß dann jedoch schon beim einlegenden Gesellschafter einsetzen, anstatt entgegen jeder Systematik erst bei der Kapitalgesellschaft die Steuerfreiheit der Vermögensmehrung aus der Einlage zu versagen.

## **V. Einlagefähigkeit kein Steuersparmodell**

Der BFH mag mit seinem Urteil vom 19.05.1993 aus Fiskalfreundlichkeit beabsichtigt haben, ein Modell zur Steuerersparnis zu verhindern. In Wahrheit liegt die Ursache für das Dilemma jedoch nicht bei der Steuerfreiheit des Wegfalls des Passivpostens für die Kapitalgesellschaft. Sie liegt vielmehr darin, daß der I. Senat des BFH sich bisher nicht dazu entschließen kann, die verdeckte Einlage als Realisationstatbestand zu behandeln. Die verdeckte Einlage eines Betriebes ist ein Realisationstatbestand. Die verdeckte Einlage eines Good-will ist ein steuerpflichtiger Veräußerungstatbestand, ebenso die verdeckte Einlage einer wesentlichen Beteiligung. Warum soll der Verzicht auf eine steuerlich bisher nicht zugeflossene Pensionszusage oder z. B. der Verzicht auf steuerlich bisher nicht zugeflossene Forderungen aus Lieferungen und Leistungen nicht ebenfalls durch eine verdeckte Einlage realisiert werden?

Die Verneinung des Realisationstatbestandes ist umso weniger verständlich, als eine offene Einlage zweifellos als entgeltliches Geschäft einen Realisationstatbestand darstellt. Wenn jedoch der Verzicht auf eine Pensionszusage von z. B. DM 1 Mio beim Verzichtenden steuerpflichtig ist, wenn er einen Geschäftsanteil von DM 500 dafür erhält, so ist nicht einzusehen, warum die Steuerpflicht für den Einlegenden plötzlich entfallen soll, nur weil der Einfachheit halber auf die wirtschaftlich bedeutungslose Ausgabe eines neuen Geschäftsanteils verzichtet wird. Die Einkommensbesteuerung hat die Grundsätze der Gleichheit der Besteuerung und der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit zu beachten. Diese Grundsätze werden verletzt, wenn die verdeckte Einlage nicht ebenso wie die offene Einlage als Realisationstatbestand behandelt wird.

### **1. Verdeckte Einlage als entgeltliches Geschäft**

Nicht überzeugend ist schon die Einschätzung der zivilrechtlichen Vorfrage durch den BFH, wonach die verdeckte Einlage ein unentgeltliches Geschäft sei mit der Folge, daß die erwerbende Kapitalgesellschaft die Buchwerte fortführt. Richtiger wäre es, die verdeckte Einlage als entgeltliches Geschäft zu begreifen, so wie der BFH es 1974 noch gesehen hat. Entgeltliche Geschäfte lösen nach allgemeiner Auffassung eine Gewinnrealisierung aus.

# MEILICKE HOFFMANN & PARTNER RECHTSANWÄLTE

Download von der Meilicke Hoffmann & Partner Webseite. © MEILICKE HOFFMANN & PARTNER 1999 - Alle Rechte vorbehalten

a) Für Entgeltlichkeit spricht zunächst, daß eine verdeckte Einlage nur vorliegt, wenn sie ihre causa im Gesellschaftsverhältnis hat, wenn also der Gesellschafter seiner Gesellschaft etwas zuwenden will. Beweggrund für eine verdeckte Einlage ist eben nicht, sich selbst zugunsten eines Dritten zu entreichern. Beweggrund ist vielmehr die Erhöhung des Wertes der eigenen Gesellschaftsanteile. Schon wirtschaftlich kann also von einem unentgeltlichen Geschäft keine Rede sein.

b) Das Zivilrecht enthält eine Reihe besonderer Vorschriften über unentgeltliche Geschäfte, auf welche die verdeckte Einlage nicht paßt. Z. B. ist der Testamentvollstrecker nach § 2205 Satz 2 BGB zu unentgeltlichen Verfügungen nicht berechtigt. Wenn der Testamentvollstrecker im Rahmen der Verwaltung eines Unternehmensnachlasses eine verdeckte Einlage in eine zum Nachlaß gehörende Gesellschaft tätig wird, man ihm das jedoch kaum nach § 2205 Satz 2 BGB verbieten wollen. Auch der Vorerbe ist nach § 2113 Abs. 2 Satz 1 BGB zu unentgeltlichen Verfügungen nicht berechtigt. Auch diese Beschränkung des Vorerben paßt nicht auf verdeckte Einlage in zur Vorerbschaft gehörende Gesellschaften.

Unentgeltliche Verfügungen des Gemeinschuldners unterliegen nach § 32 KO, § 3 Abs. 1 Nr. 3 AnfG einer erleichterten Anfechtung. Auch diese Vorschriften passen nicht, wenn der Gemeinschuldner eine verdeckte Einlage in eine 100%ige Tochtergesellschaft vorgenommen hat; denn entweder ist der Gegenwert in Form der Gesellschaftsanteile bei Konkurseröffnung in der Konkursmasse noch vorhanden, oder der Wert der verdeckten Einlage ist durch Veräußerung zugunsten der Konkursmasse realisiert worden, wenn der Gemeinschuldner die Gesellschaftsanteile nach Vornahme der verdeckten Einlage zu einem angemessenen Kaufpreis veräußert hat. Deshalb ist zumindest zivilrechtlich die verdeckte Einlage nicht als unentgeltliches, sondern als entgeltliches Geschäft zu qualifizieren.

c) Überlegenswert ist freilich noch, ob in den vorstehend erörterten zivilrechtlichen Vorschriften einerseits und den bilanzrechtlichen und steuerrechtlichen Vorschriften andererseits der Begriff der Unentgeltlichkeit eine abweichende Bedeutung hat. Eine Rechtsvorschrift, aus welcher sich ergeben würde, daß der Bilanz- oder Steuergesetzgeber die verdeckte Einlage als unentgeltliches Geschäft würdigt, ist jedoch nicht ersichtlich. Zwar hat der Gesetzgeber durch Einfügung des § 17 Abs. 1 Satz 2 EStG die Rechtsfolgen der u.E. verfehlten Charakterisierung der verdeckten Einlage als unentgeltliches Geschäft durch den BFH korrigiert, indem er nämlich die verdeckte Einlage von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft in eine Kapitalgesellschaft der Veräußerung der Anteile gleichsetzte; nach den Regeln der juristischen Methodenlehre besteht aber keine Veranlassung, im Umkehrschluß folgern zu wollen, daß der Gesetzgeber die Rechtsprechung des BFH billigt, sondern man kann aus dieser Korrektur der Rechtsprechung durch den Gesetzgeber im Analogiebeschluß auch ein allgemeines Prinzip für die Behandlung der verdeckten Einlage ableiten.

## **2. Verdeckte Einlage als Ersatzanschaffungstatbestand**

Selbst wenn der BFH sich nicht dazu entschließen kann, die verdeckte Einlage eines Gesellschafters in seine Gesellschaft als entgeltliches Geschäft zu qualifizieren, so erscheint es geboten, die verdeckte Einlage wenigstens steuerlich wie ein entgeltliches Geschäft zu behandeln. Die Frage, ob der Verzicht auf Arbeitslohn einen Zufluß beim Arbeitnehmer darstellt, wird man deshalb nicht undifferenziert verneinen dürfen. In der Entscheidung vom 05.12.1990 hatte der BFH entschieden, daß ein Zufluß beim verzichtenden Gläubiger vorliegt, wenn der Verzicht mit der Bedingung verbunden wird, die Geldbeträge einem Dritten zuzuwenden. Ähnlich verhält es sich bei der verdeckten Einlage causa societatis: Der Verzicht ist dort mit der Auflage verbunden, das Vermögen der Gesellschaft und damit indirekt auch das Vermögen des Gesellschafters zu mehren. Es ist nicht einzusehen, warum solche Verzichte nicht zur Realisierung führen sollen, da sie wirtschaftlich nicht einem Verzicht auf den Vermögensvorteil, sondern einer Umwandlung desselben in einen anderen Vermögenswert entsprechen. Wassermeyer schlägt deshalb zutreffend vor, die Einlage als "Ersatzanschaffungstatbestand" zu behandeln.



# MEILICKE HOFFMANN & PARTNER RECHTSANWÄLTE

Download von der Meilicke Hoffmann & Partner Webseite. © MEILICKE HOFFMANN & PARTNER 1999 - Alle Rechte vorbehalten

### **3. Besteuerungslücke beim Gesellschafter?**

Wenn der BFH sich entgegen der hier vorgetragenen Systematik jedoch nicht entschließen kann, den Verzicht eines Gesellschafters auf seine Pensionszusage als Realisationstatbestand beim Gesellschafter zu erfassen, so ist dies kein Grund zur systemwidrigen Besteuerung der vom Gesellschafter kommenden Vermögensvermehrung bei der Gesellschaft, nur um eine Besteuerungslücke beim Gesellschafter zu schließen. Denn selbst wenn man in dem Verzicht keinen Zufluß beim verzichtenden Gesellschafter sieht, ist die Einlage der Pensionsforderung kein Steuersparmodell.

a) Für bilanzierende und wesentlich beteiligte Gesellschafter bedeutet die Steuerfreiheit der Vermögensmehrung bei der Kapitalgesellschaft trotz fehlender Erfassung des Forderungsverzichts beim Gesellschafter keine Steuerersparnis, sondern nur eine Steuerstundung; denn die Einlage erhöht den Wert der Geschäftsanteile um den Wert der wegfallenden Pensionszusage. Bei Veräußerung der Geschäftsanteile ist mit einem um diesen Betrag höheren Veräußerungserlös und folglich mit einem um diesen Betrag erhöhten steuerpflichtigen Gewinn zu rechnen.

b) Für nicht wesentlich beteiligte Anteilseigner, die die Beteiligung in ihrem Privatvermögen halten, dürfte sich die Frage einer verdeckten Einlage durch Verzicht auf Pensionsansprüche ohnehin nicht stellen, weil sie keine Veranlassung haben, auf ihre Pensionsansprüche aus Gründen des Gesellschaftsverhältnisses zu verzichten. Denkbar erscheint allenfalls, daß sie auf eine Pensionszusage verzichten, wenn im gleichen Zug die anderen Gesellschafter eine entsprechende andere Einlage leisten. Soweit es in einem solchen Falle mangels Behandlung der verdeckten Einlage als Realisationstatbestand zu einer steuerfreien Mitnahme eines höheren Veräußerungsgewinnes kommt, ist diese Steuerfreiheit letztlich aber ebenfalls kein Argument gegen die Einlagefähigkeit des Pensionsanspruchs. Denn die Steuerfreiheit des Veräußerungsgewinns ist vom Gesetzgeber so gewollt. Dieser hat Veräußerungsgewinne aus nicht wesentlichen Beteiligungen grundsätzlich von der Besteuerung freigestellt. Daher darf nicht durch die Hintertür der Besteuerung der Einlage, die bei einem anderen Gesellschafter sonst zugelassen wird, die Besteuerung eingeführt werden.

Auf all diese Fragen der möglichen Steuerersparnis kann es aber rechtlich nicht ankommen. Ausschlaggebend ist die Systematik der Einlagen in Kapitalgesellschaften. Es entspricht dieser Systematik, daß der Wegfall der Pensionsverbindlichkeit durch Verzicht eines Gesellschafters aus Gründen des Gesellschaftsverhältnisses eine steuerfreie Einlage darstellt. Eine etwaige Besteuerungslücke liegt ausschließlich in der fehlenden Erfassung des Vermögensvorteils beim einlegenden Gesellschafter, nicht aber in der fehlenden Besteuerung des societatis causa wegfallenden Passivpostens bei der Kapitalgesellschaft. Wenn der BFH die von ihm verursachte systemwidrige Besteuerungslücke bei der Behandlung der verdeckten Einlage als Nicht-Realisationstatbestand systemwidrig dadurch zu schließen versucht, daß verdeckte Einlagen bei der Kapitalgesellschaft je nach der steuerlichen Behandlung beim Einleger besteuert werden, so sind weitere unsystematische Verkomplizierungen des Gewinnermittlungsrechts für Kapitalgesellschaften mit Sicherheit vorauszusehen. Eine so unsystematische Rechtsprechung ist selbst einer der zahlreichen Gründe für die weitere Komplizierung des Steuerrechts. Je unsystematischer das Steuerrecht wird, desto größer ist die Wahrscheinlichkeit, daß neue Steuerlücken aufgetan werden, die durch noch kompliziertere Gesetzgebung und Rechtsprechung geschlossen werden müssen. Die Steuerpflichtigen haben jedoch kein Interesse an einem möglichst kompliziertem Steuerrecht, selbst wenn dadurch gelegentlich Besteuerungslücken entstehen, sondern wünschen nicht nur von der Gesetzgebung, sondern auch von der Rechtsprechung ein systematisch klares und einfaches Steuerrecht. Zu diesem Zwecke ist der I. Senat des Bundesfinanzhofs aufgerufen, seine Rechtsprechung zur Besteuerung verdeckter Einlagen von Pensionszusagen noch einmal zu überdenken.

4.1.4.2