

## **BUNDESFINANZHOF Urteil vom 28.3.2004, I R 65/03**

### **Finanzierbarkeit einer teilkongruent rückgedeckten Pensionszusagen an den Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH**

#### **Leitsätze**

1. Eine Pensionszusage einer GmbH zugunsten ihres Gesellschafter-Geschäftsführers ist im Regelfall durch das Gesellschaftsverhältnis (mit)veranlasst, wenn die eingegangene Versorgungsverpflichtung aus Sicht des Zusagezeitpunktes für die Gesellschaft nicht finanzierbar ist. In diesem Fall können die Zuführungen zu der Pensionsrückstellung ganz oder teilweise verdeckte Gewinnausschüttungen sein.
2. Eine Pensionszusage ist nicht bereits dann unfinanzierbar, wenn im ungünstigsten Fall --bei Verwirklichung des größten denkbaren Risikos-- die zu bildende Pensionsrückstellung auf einen Wert aufgestockt werden müsste, der zu einer bilanziellen Überschuldung der Gesellschaft führen würde. Sie ist erst dann nicht finanzierbar, wenn ihre Passivierung zur Überschuldung der GmbH im insolvenzrechtlichen Sinne führen würde (Bestätigung der ständigen Senatsrechtsprechung, z.B. Senatsurteile vom 20. Dezember 2000 I R 15/00, BFHE 194, 191; vom 7. November 2001 I R 79/00, BFHE 197, 164; vom 4. September 2002 I R 7/01, BFHE 200, 259).
3. Wird auf das Leben des durch die Versorgungszusage begünstigten Gesellschafter-Geschäftsführers eine (voll- oder teilkongruente) Rückdeckungsversicherung abgeschlossen, ist die Finanzierbarkeitsprüfung auf die jährlichen Versicherungsbeiträge zu beziehen.

#### **Tatbestand**

1. Die Klägerin und Revisionsklägerin (Klägerin) ist eine 1989 gegründete GmbH, deren Anteile in den Streitjahren 1996 und 1997 zu 98 v.H. von ihrem Geschäftsführer MH gehalten wurden. MH erhielt in diesen Jahren ein laufendes Monatsgehalt von 10 000 DM und eine Direktversicherung mit einer Jahresprämie von 2 400 DM. Am 29. November 1996 wurde ihm eine Versorgungszusage über ein Ruhegehalt von monatlich 3 000 DM ab dem 65. Lebensjahr versprochen, zu deren Rückdeckung eine Lebensversicherung mit Berufsunfähigkeitszusatz abgeschlossen wurde. Für den Fall der Berufsunfähigkeit war eine monatliche Rente von 2 353 DM garantiert. Der Gesamtbeitrag für die Versicherung belief sich auf monatlich 2 412 DM. Die Klägerin bildete eine Pensionsrückstellung und aktivierte den Versicherungsanspruch.
2. Der Beklagte und Revisionsbeklagte (das Finanzamt --FA--) hielt die Pensionszusage für nicht finanzierbar und nahm in Höhe der der Pensionsrückstellung zugeführten Beträge verdeckte Gewinnausschüttungen (vGA) an. Bis 1997 habe die Klägerin Gewinne/ Verluste von 2 900 DM (1990), ./ 52 700 (1991), ./ 140 600 DM (1992), ./ 99 100 DM (1993), 125 500 DM (1994), 9 400 DM (1995), 2 200 DM (1996), ./ 146 800 DM (1997) erzielt. Nennenswerte stille Reserven seien nicht vorhanden. Es ergebe sich eine bilanzielle Unterdeckung

von 102 603 DM mit und von 64 049 DM ohne Berücksichtigung der Pensionsrückstellung zum Ende des Wirtschaftsjahres 1996.

3. Das Finanzgericht (FG) Nürnberg hat sich dem angeschlossen und die Klage gegen die hier-nach ergangenen Steuerbescheide abgewiesen. Sein Urteil vom 26. November 2002 I 152/2000 ist in Deutsches Steuerrecht Entscheidungsdienst 2003, 1340 abgedruckt.
4. Ihre Revision stützt die Klägerin auf Verletzung materiellen Rechts.
5. Sie beantragt sinngemäß, das FG-Urteil aufzuheben und die angefochtenen Steuerbescheide und Feststellungsbescheide dahin zu ändern, dass die vGA wegen der Zurechnung der Versorgungs-zusage rückgängig gemacht wird.
6. Das FA beantragt, die Revision zurückzuweisen.

### Entscheidungsgründe

7. II. Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der Vorentscheidung und zur Zurück-verweisung der Sache an das FG (§ 126 Abs. 3 Nr. 2 der Finanzgerichtsordnung --FGO--). Dessen bisherige Feststellungen lassen eine abschließende Entscheidung des Senats über das Vorliegen von vGA aufgrund der dem Gesellschafter-Geschäftsführer erteilten Versorgungs-zusage nicht zu.
8. 1. Unter einer vGA i.S. des § 8 Abs. 3 Satz 2 des Körperschaftsteuergesetzes (KStG) ist bei einer Kapitalgesellschaft eine Vermögensminderung (verhinderte Vermögensmehrung) zu verstehen, die durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst ist, sich auf die Höhe des Unter-schiedsbetrages gemäß § 4 Abs. 1 Satz 1 des Einkommensteuergesetzes (EStG) i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG auswirkt und in keinem Zusammenhang zu einer offenen Ausschüttung steht. Die Prüfung der tatbestandlichen Voraussetzungen der vGA vollzieht sich also auf zwei Stu-fen. Zunächst ist in einem ersten Schritt zu prüfen, ob sich der in Rede stehende Geschäfts-vorfall auf den Unterschiedsbetrag der Steuerbilanz nach Maßgabe der §§ 4 ff. EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG erfolgswirksam niederschlägt. Eine etwaige Korrektur vollzieht sich im Wege der Bilanzberichtigung innerhalb der Steuerbilanz. Erst wenn sich hiernach eine Unter-schiedsminderung ergibt, ist in einem zweiten Schritt der Frage nachzugehen, ob der betref-fende Geschäftsvorfall gesellschaftlich mitveranlasst ist. Ist dies zu bejahen und eine vGA anzunehmen, besteht die Rechtsfolge des § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG in der außerbilanziellen Gewinnhinzurechnung (vgl. z.B. Senatsurteil vom 4. September 2002 I R 48/01, BFH/NV 2003, 347, m.w.N.).
9. 2. Die Pensionszusage einer Kapitalgesellschaft zugunsten ihres Geschäftsführers kann we-gen § 8 Abs. 1 KStG nur insoweit zu einer Unterschiedsbetragsminderung führen, als die Voraussetzungen des § 6a EStG eingehalten sind.
10. Anhaltspunkte dafür, dass es im Streitfall hieran fehlt, ergeben sich weder aus den bisherigen Feststellungen des FG noch aus dem Vortrag des FA.

11. 3. Die Pensionszusage kann dennoch --ganz oder teilweise-- aus körperschaftsteuerlichen Gründen eine vGA sein, die gemäß § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG das Einkommen einer Kapitalgesellschaft nicht mindern darf. Dazu bedarf es allerdings noch weiterer tatrichterlicher Feststellungen.
12. a) Das Vorliegen einer vGA erfordert nach der gefestigten Rechtsprechung des Senats, dass die Pensionsverpflichtung nicht allein durch das Dienstverhältnis zwischen der Gesellschaft und dem Begünstigten, sondern auch durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst ist. Das ist anzunehmen, wenn der Begünstigte zugleich Gesellschafter der Kapitalgesellschaft ist und diese einem gesellschaftsfremden Geschäftsführer unter ansonsten vergleichbaren Umständen keine entsprechende Zusage erteilt hätte (Senatsurteile vom 8. November 2000 I R 70/99, BFHE 193, 422; vom 29. November 2000 I R 90/99, BFHE 194, 64, BStBl II 2001, 204, und vom 24. April 2002 I R 43/01, BFHE 199, 157, BStBl II 2003, 416). Maßstab für den hiernach anzustellenden Fremdvergleich ist das Handeln eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters, der gemäß § 43 Abs. 1 des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anwendet.
13. b) Für die Beurteilung des Handelns eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters hat der Senat speziell in Bezug auf Pensionszusagen eine Reihe von Kriterien entwickelt (vgl. hierzu Senatsurteil vom 29. Oktober 1997 I R 52/97, BFHE 184, 487, BStBl II 1999, 318, m.w.N.). Diese sind nicht im Sinne von Tatbestandsmerkmalen zu verstehen, die unabdingbar vorhanden sein oder fehlen müssen, damit die konkret zu beurteilende Pensionszusage dem Gesellschaftsverhältnis zugeordnet werden kann oder nicht. Sie haben vielmehr nur indizielle Bedeutung (vgl. Senatsurteile vom 23. Oktober 1996 I R 71/95, BFHE 181, 328, BStBl II 1999, 35; vom 29. Oktober 1997 I R 24/97, BFHE 184, 482, BStBl II 1998, 573). Ob eine Pensionszusage durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst oder mitveranlasst ist, muss vorrangig das FG anhand einer Gesamtwürdigung aller Umstände des jeweiligen Einzelfalls beurteilen (Senatsbeschluss vom 19. Juni 2000 I B 110/99, BFH/NV 2001, 67; Senatsurteil in BFH/NV 2003, 347, jeweils m.w.N.).
14. c) Das FG beurteilt die Vermögensminderungen aufgrund der in den Streitjahren gebildeten Pensionsrückstellung als vGA, da es angenommen hat, eine derartige Versorgungszusage sei für die Klägerin von Anfang an zu risikoträchtig gewesen. Sie sei aus Sicht des Zusagezeitpunktes im Jahre 1996 bei einer in diesem Zeitpunktvorhandenen bilanziellen Überschuldung von über 60 000 DM von ihr nicht finanzierbar gewesen: Stille Reserven seien nicht vorhanden. Ein spezielles Know-how des Gesellschafter-Geschäftsführers sowie angebliche Gewinnchancen aus angebahnten Geschäftsbeziehungen zu guten Kunden führten zu keinem anderen Ergebnis. Denn das Spezialwissen des Geschäftsführers sei der Klägerin nicht zuzurechnen und auch im Sinne einer Insolvenzbilanz als solches nicht bewertbar. Und die Gewinnchancen seien von der Klägerin lediglich behauptet, jedoch nicht belegt worden. Auch der Abschluss der Rückdeckungsversicherung sei unbeachtlich, weil diese jährliche Beitragszahlungen von 28 944 DM erfordere. Dadurch würde der Verlust der Klägerin erhöht. Im Falle einer Insolvenz entfalle auch der Versicherungsschutz.
15. d) Der vom FG vertretenen Rechtsauffassung ist nur mit Einschränkungen und vorbehaltenlich noch nachzuholender tatsächlicher Feststellungen beizupflichten.

16. aa) Wie der Senat in mittlerweile ständiger Rechtsprechung entschieden hat, ist bei der Beurteilung der Finanzierbarkeit einer Versorgungsanwartschaft das sog. Bilanzsprungrisiko nicht zu berücksichtigen. Die Finanzierbarkeit der erteilten Pensionszusage hängt nach dieser Rechtsprechung davon ab, ob die Passivierung des Anwartschaftsbarwerts der Pensionsverpflichtung (§ 6a Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 EStG) im Zusagezeitpunkt zur Überschuldung der Gesellschaft im insolvenzrechtlichen Sinne führen würde. Im Einzelnen nimmt der Senat auf seine Urteile vom 20. Dezember 2000 I R 15/00 (BFHE 194, 191), vom 24. Januar 2001 I R 14/00 (BFH/NV 2001, 1147), vom 7. November 2001 I R 79/00 (BFHE 197, 164) und vom 28. November 2001 I R 86/00 (BFH/NV 2002, 675) Bezug. Nach dem Senatsurteil vom 4. September 2002 I R 7/01 (BFHE 200, 259), auf das ebenfalls verwiesen wird, kann anstelle des grundsätzlich anzusetzenden Anwartschaftsbarwertes gemäß § 6a Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 EStG ausnahmsweise auch der handelsrechtliche Teilwert der Pensionsverpflichtung treten, sofern die GmbH nachweist, dass dieser niedriger ist als der Anwartschaftsbarwert.
17. Der Anwartschaftsbarwert oder ggf. der Teilwert sowie die übrigen in einer (fiktiven) Überschuldungsbilanz als Passivposten anzusetzenden Beträge sind den aktiven Wirtschaftsgütern mit ihren für eine Überschuldungsbilanz maßgeblichen Werten gegenüberzustellen. Dabei sind immaterielle Vermögensgegenstände und damit auch der (originäre) Geschäftswert ebenso wie die Ertragsaussichten des Unternehmens zu erfassen, beides allerdings nur dann, wenn das Unternehmen fortgeführt werden soll oder wenn konkrete Aussichten dafür bestehen, dass das Unternehmen als Ganzes veräußert werden kann (Senatsurteile in BFH/NV 2002, 675; in BFHE 200, 259). Ergibt sich hiernach eine Überschuldung, liegt eine vGA vor, andernfalls nicht.
18. Die Entscheidung des Streitfalles kann also --jedenfalls für jenen Bereich, der durch die abgeschlossene Rückdeckungsversicherung nicht abgedeckt wird-- davon abhängen, welche Barwerte, ggf. auch welche Teilwerte die Versorgungsanwartschaft von MH im Zeitpunkt der Zusageerteilung hatte, und im Übrigen davon, welche Aktivwerte diesen Positionen gegenüberzustellen sind. Dazu ist ein fiktiver insolvenzrechtlicher Überschuldungsstatus aufzustellen, an welchem es bislang fehlt. Das FG hat sich lediglich mit einer eher kursorischen Prüfung begnügt, die gemessen an den vorbezeichneten Kriterien keine abschließende Beurteilung der wirtschaftlichen Situation der Klägerin erlaubt. Die hiernach notwendige eingehende Prüfung wird vom FG im 2. Rechtsgang nachzuholen sein.
19. bb) Der Senat hat zum weiteren wiederholt entschieden, dass aus dem Fehlen einer Versicherung zur Rückdeckung einer Versorgungsanwartschaft nicht geschlossen werden kann, die Anwartschaft lasse sich von der zusagenden Kapitalgesellschaft nicht finanzieren (vgl. z.B. Senatsurteile in BFHE 194, 191; in BFH/NV 2001, 1147; in BFHE 197, 164, und in BFH/NV 2002, 675, jeweils m.w.N.). Daran ist festzuhalten. Zwar ist daraus nicht umgekehrt zwingend zu schließen, dass bei Abschluss einer (kongruenten oder teilkongruenten) Rückdeckungsversicherung die erforderliche Finanzierbarkeit der Anwartschaft im Umfang der Rückdeckung stets und unter allen Umständen gesichert ist. Allerdings kann Letzteres nur dann verneint werden, wenn zu vermuten ist, dass auch die jährlichen Versicherungsbeiträge von der Kapitalgesellschaft aufgrund der wirtschaftlichen Situation im Zusagezeitpunkt nicht aufgebracht werden können. Bei der Finanzierbarkeit der Anwartschaft muss auch der zu aktivierende Anspruch aus der Versicherung berücksichtigt werden (im Ergebnis ebenso z.B.

Otto, Deutsches Steuerrecht 1999, 743, 746; Alber, Betriebliche Altersversorgung 1996, 304, 305; ähnlich, jedoch weiter gehend Höfer, Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung --BetrAVG--, Band II: Steuerrecht, 3. Aufl., Rz. 1990, m.w.N.).

20. Das FG hat solche Überlegungen nicht angestellt. Es hat lediglich pauschal hervorgehoben, dass die jährlichen Versicherungsbeiträge gewinnmindernd seien, was aber keine Aussage darüber zulässt, ob die Beiträge von der Klägerin --ganz oder ggf. teilweise-- nicht erwirtschaftet werden konnten. Das FG wird auch dem im 2. Rechtsgang weiter nachzugehen und sich dabei an den dargestellten Grundsätzen auszurichten haben, die der Senat für die Prüfung der Finanzierbarkeit einer Versorgungsanwartschaft aufgestellt hat.
21. cc) Sollte sich hiernach bestätigen, dass die Klägerin aus Sicht des Zusagezeitpunktes weder in der Lage gewesen wäre, die jährlichen Versicherungsbeiträge aufzubringen, noch, die ihr (verbleibenden) finanziellen Risiken aus eigener Kraft zu finanzieren, kann die an MH erteilte Zusage sich als gesellschaftlich veranlasst herausstellen, dies allerdings nur in jenem Umfang, in dem --auch unter Einbeziehung der aktivierten Versicherungsansprüche-- eine Finanzierung der Versorgungsansprüche bei Eintritt des Versorgungsfalles nicht gesichert war (vgl. z.B. Senatsurteil in BFHE 197, 164). Das FG wird unter diesen Umständen überdies der Frage nachzugehen haben, ob die Gesamtausstattung von MH nach Erteilung der Versorgungszusage noch angemessen war. Das FG hat das zwar verneint, im Ergebnis aber nicht begründet. Im Rahmen der notwendigen Prüfung ist zu berücksichtigen, dass die Versorgungszusage an einen Gesellschafter-Geschäftsführer gemeinhin den Wert einer fehlenden Anwartschaft auf gesetzliche Rentenleistungen ersetzt. Das spricht dafür, die Beiträge an die Versicherung steuerlich jedenfalls (aber auch nur) in jenem Umfang anzuerkennen, in welchem sie aus anderweitig ersparten gesetzlichen Arbeitgeberbeiträgen gespeist wird (vgl. Senatsurteil vom 15. Juli 1976 I R 124/73, BFHE 120, 167, BStBl II 1977, 112).