

GStB Gestaltende Steuerberatung

Steuerplanung · Steueroptimierung · Gestaltungsmodelle



Ihr Plus im Netz: gstb.iww.de | S. 337 – 376
Online | Mobile | Social Media

10 | 2020

Kurz informiert

Folgen einer Gewinnausschüttung im Rückwirkungszeitraum.....	337
Unentgeltliche Abgabe von Wärme aus einer Biogasanlage	337
Rückwirkung von Genehmigungen nach Ablauf der 10-Jahresfrist	338
Unterhalt an nicht gesetzlich unterhaltsberechtigte Personen.....	338

Gesetzgebung

Bessere „Grundversorgung“ durch Behinderten-Pauschbetragsgesetz.....	339
--	-----

Bauleistungen

Errichtung einer Fotovoltaikanlage: Bauabzugsteuer auch bei Betriebsvorrichtungen.....	342
---	-----

Immobilienkauf

Renovierungskosten noch vor dem Erwerb zu tätigen, kann sich bezahlt machen!	344
---	-----

Gesellschaftsrecht

Kommanditistenhaftung – immer wieder für Überraschungen gut.....	346
--	-----

Arbeitszimmer

Arbeitszimmer und „Drittaufwand“ – wenn der Nutzende nicht alleiniger Eigentümer oder Mieter ist.....	351
--	-----

Kapitalgesellschaften

GmbH in der Krise: Mit Stützungsmaßnahmen der Gesellschafter zurück in die Erfolgsspur	356
---	-----

GmbH-Geschäftsführerversorgung

Krisenbedingte Herabsetzung von Pensionszusagen: Auswirkungen des COVInsAG und weitere Fallstricke.....	367
--	-----

GMBH-GESCHÄFTSFÜHRERVERSORGUNG

Krisenbedingte Herabsetzung von Pensionszusagen: Auswirkungen des COVInsAG und weitere Fallstricke

von Jürgen Pradl, Rentenberater für die bAV und Kevin Pradl, LL.B., MPM, Rentenberater, beide Zorneding

| Die Auswirkungen der Corona-Krise haben Deutschland in eine Rezession getrieben. Selbst wenn es gelingen sollte, die Pandemie in den Griff zu bekommen, werden viele GmbHs im Wirtschaftsjahr 2020 in Existenznot geraten. Die Bundesregierung hat hierauf am 27.3.20 mit dem COVID-19-Insolvenz-aussetzungsgesetz (COVInsAG) reagiert und die Insolvenzantragspflicht für eine gewisse Zeit ausgesetzt. Als Sofortmaßnahme steht bei „Krisen-GmbHs“ regelmäßig die dem Gesellschafter-Geschäftsführers (GGf) erteilte Pensions-zusage auf dem Prüfstand. Ob eine krisenbedingte Herabsetzung möglich ist und welche steuerlichen Folgen damit – auch im Hinblick auf die Pandemie – verbunden sind, wird nachfolgend analysiert. |

1. Gesellschaftsrechtlich veranlasseter (Teil-)Verzicht

Nach der von der Finanzverwaltung vertretenen Rechtsauffassung ist davon auszugehen, dass ein Verzicht eines GGf auf seine Pensionsansprüche regelmäßig als im Gesellschaftsverhältnis veranlasst anzusehen ist. Eine betriebliche Veranlassung wird nur in zwei Ausnahmefällen anerkannt (siehe dazu Tz. 2.). Beruht der (Teil-)Verzicht aber auf der Gesellschafterstellung und sind die aufgegebenen Pensionsansprüche als werthaltig zu beurteilen, so hat dies weitreichende Konsequenzen. Die (teilweise) Verfügung ist als verdeckte Einlage anzusehen und führt in gleicher Höhe zu einem fiktiven Zufluss, der im Rahmen der Einkünfte aus nicht selbstständiger Arbeit mit dem Teilwert zu versteuern ist (BFH 9.6.97, GrS 1/94, BStBl II 98, 307).

MERKE | Der Teilwert der aufgegebenen Versorgungsanswartschaften ist in diesem Falle jedoch nicht identisch mit dem Teilwert nach § 6a EStG. Er ist vielmehr unter Beachtung der allgemeinen Teilwertermittlungsgrundsätze im Zweifel nach den Wiederbeschaffungskosten zu ermitteln (vgl. BFH 15.10.97, I R 58/93; s. auch BMF 14.8.12, BStBl I 12, 874). Es kommt also darauf an, welchen Betrag der Versorgungsberechtigte hätte aufwenden müssen, um gleich hohe Versorgungsansprüche gegen einen vergleichbaren Schuldner zu erlangen.

Für den GGf entsteht somit eine völlig inakzeptable Situation: Er muss in Kauf nehmen, dass sein Privatvermögen durch die Versteuerung des Wiederbeschaffungswertes mit erheblichen Steuerzahlungen belastet wird, obwohl er auf seine Pensionszusage (teilweise) entschädigungslos verzichtet hat und ihm keine Finanzmittel zugeflossen sind.

Beachten Sie | Die negativen ertragsteuerlichen Folgen kommen jedoch nach dem Beschluss des Großen Senats vom 9.6.97 dann nicht zum Tragen, wenn eine Werthaltigkeit der aufzugebenden Versorgungsansprüche zu verneinen ist. Dies hat der BFH zuletzt mit der Entscheidung vom 6.8.19 (VIII R 18/16) nochmals bekräftigt:

Verzicht regelmäßig gesellschaftsrechtlich veranlasst

Zu versteuernder Teilwert und Teilwert nach § 6a EStG nicht identisch

Mangelnde Finanzierbarkeit

■ BFH zum Entstehen einer verdeckten Einlage (Rz. 16)

„Nach der Entscheidung des Großen Senats führt ein auf dem Gesellschaftsverhältnis beruhender Verzicht eines Gesellschafters auf seine nicht mehr vollwertige Forderung gegenüber seiner Kapitalgesellschaft zu einer Einlage, soweit der Kläger auf den werthaltigen Teil der Forderung verzichtet. Daraus schließt der Senat, dass der Verzicht auf eine Teilforderung erst dann zu einer Einlage führt, wenn der Verzichtsbetrag den Nennwert des nicht werthaltigen Teils der Forderung übersteigt.“

Verzichtsbetrag
muss Nennwert des
nicht werthaltigen
Teils übersteigen

Beachten Sie | Ausschlaggebend ist – selbst bei einem gesellschaftsrechtlich veranlassten Verzicht – ausschließlich die Frage nach der Werthaltigkeit der Forderung. Denn in Höhe des nicht werthaltigen Teils liegt beim endgültigen Verzicht ein Forderungsausfall vor, der weder zu einer verdeckten Einlage noch zu einem fiktiven Zufluss von Arbeitslohn führen kann.

2. Betriebliche Veranlassung eines (Teil-)Verzichts

2.1 Auffassung der Finanzverwaltung

Nach den Ausführungen des Bayerischen Landesamtes für Steuern (15.2.07, S 2742-26 St31 N, DStR 07, 993) stellt sich die mit den obersten Finanzbehörden des Bundes und der Länder koordinierte Verwaltungsauffassung zur Veranlassung eines (Teil-)Verzichts wie folgt dar:

■ Koordinierte Verwaltungsauffassung

- Der Verzicht (Widerruf oder Einschränkung im Wege eines Erlass-, Schuldaufhebungs- oder Änderungsvertrages) des GGf ist regelmäßig als im Gesellschaftsverhältnis veranlasst anzusehen. Doch es werden zwei Ausnahmetatbestände definiert:
 - Von einer betrieblichen Veranlassung ist hingegen auszugehen, wenn die Pensionszusage im Verzichtszeitpunkt nicht finanzierbar ist (rechtliche Überschuldung; s. BFH 7.11.01, BStBl II 05, 659; 4.9.02, BStBl II 05, 662).
 - Dient der Verzicht der Vermeidung einer drohenden Überschuldung der Gesellschaft im insolvenzrechtlichen Sinne und steht er im Zusammenhang mit weiteren die Überschuldung vermeidenden Maßnahmen (wie insbesondere einer Absenkung des Aktivgehaltes), ist er entsprechend den allgemeinen Grundsätzen nur dann betrieblich veranlasst, wenn sich auch ein Fremdgeschäftsführer zu einem Verzicht bereit erklärt hätte.

Mangelnde
Finanzierbarkeit

Sanierung zur
Vermeidung einer
drohenden rechtlichen
Überschuldung

Die Finanzverwaltung geht offensichtlich davon aus, dass die mangelnde Finanzierbarkeit die betriebliche Veranlassung indiziert, da sie auf das Ergebnis eines hypothetischen Fremdvergleichs nicht mehr abstellt. Die Begründung dafür sieht die Finanzverwaltung wohl in der gem. § 43 GmbHG bestehenden Treuepflicht des Geschäftsführers (vgl. Dommermuth/Killat/Linden, Altersversorgung für Unternehmer und Geschäftsführer, 1. Auflage 2016, Rn. 759, 997). Demgegenüber bedarf es im zweiten Ausnahmetatbestand, der auf die drohende (rechtliche) Überschuldung abstellt, zwingend der Feststellung, dass der (Teil-)Verzicht als fremdüblich beurteilt werden kann.

Fremdüblichkeit nur
noch bei „Variante 2“
festzustellen

2.2 Problemstellung

Bei einer vertiefenden Auseinandersetzung mit den Rahmenbedingungen, die für eine ausnahmsweise betriebliche Veranlassung sprechen, tritt die Problematik auf, dass die maßgebende Verwaltungsanweisung aus dem Jahr 2007 stammt. Eine Anpassung an den – im Jahr 2008 zunächst übergangsweise und mit Wirkung zum 12.12.12 zeitlich unbefristeten – **modifizierten zweistufigen Überschuldungsbegriff** hat bisher in keiner Weise stattgefunden.

Auch die in Bezug genommene höchstrichterliche Rechtsprechung stammt aus den Jahren 2000 bis 2002. Der seinerzeit entwickelte Grundsatz, dass eine Versorgungsverpflichtung als nicht mehr finanzierbar zu beurteilen ist, wenn ihre Passivierung zur Überschuldung der GmbH im insolvenzrechtlichen Sinne führen würde (so z. B. BFH 4.9.02, I R 7/01, BStBl II 05, 662), stellte auf die damals geltende Definition des Überschuldungsbegriffs ab. Vor dem 18.10.08 war eine Überschuldung gem. § 19 Abs. 2 InsO dann gegeben, wenn auf der Grundlage einer Überschuldungsbilanz die Verbindlichkeiten die Aktivwerte überstiegen. Diese „rechnerische Überschuldung“ führte daher auch gleichzeitig zu einer rechtlichen Überschuldung. Die Wirkungen einer Fortbestehensprognose waren nur darauf bezogen, welche Wertansätze der Überschuldungsbilanz zugrunde zu legen waren (Fortführungs- oder Liquidationswerte).

MERKE | Nach der Neuregelung des Überschuldungsbegriffs in § 19 Abs. 2 S. 1 InsO liegt ab dem 18.10.08 eine rechtliche Überschuldung nur noch dann vor, wenn neben einer rechnerischen Überschuldung auch noch eine negative Fortbestehensprognose vorliegt („zweistufiger Überschuldungsbegriff“). Der Überschuldungsbegriff wurde somit dahin gehend geändert, dass die Fortführungsmöglichkeit des Unternehmens nicht lediglich Relevanz für den Bewertungsansatz des Vermögens hat, sondern den Insolvenzgrund der Überschuldung entfallen lässt (Blersch/Götz/Haas, InsO § 19, Rn. 12).

Die Fortbestehensprognose ist das Instrument zur Feststellung der wahrscheinlichen Zahlungs-(un-)fähigkeit. Nach der Gesetzesbegründung muss für die Annahme einer positiven Prognose die Zahlungsfähigkeit wahrscheinlicher sein als die Zahlungsunfähigkeit (BT-DrS 12/7302, 115). Im Rahmen eines Finanzplans sind die im Prognosezeitraum zu erwarteten Ein- und Auszahlungen gegenüberzustellen und der sog. Nettozahlungsüberschuss zu ermitteln. Gemäß IDW S 11 wird die Fortbestehensprognose i. d. R. über einen Zeitraum von zwei Jahren aufgestellt. Allerdings ist kaum ein Aspekt des Insolvenzrechts so umstritten wie die Fortbestehensprognose, da der Gesetzgeber keinerlei Vorgaben zur praktischen Ausgestaltung gemacht hat, das Prognoseurteil aber mit einschneidenden betrieblichen Konsequenzen einhergehen kann (vgl. Ackermann, Haßlinger, Krauß, DB 19, 2697).

Mit der Modifizierung des Überschuldungsbegriffs ist es definitiv zu einem Auseinanderklaffen zwischen einer rechnerischen und einer rechtlichen Überschuldung gekommen. Ferner ist es auch zu einer Verschiebung des Eintritts einer rechtlichen Überschuldung gekommen, da die rechnerische Überschuldung i. d. R. vor der Zahlungsunfähigkeit eintritt. Letztendlich wurde durch die Neuregelung nun eine dritte Krisenstufe hinzugefügt: die drohende rechnerische Überschuldung:

Maßgebende Ausführungen von Finanzverwaltung ...

... und BFH stellen noch auf alten Überschuldungsbegriff ab

Seit 2008 gilt ein zweistufiger Überschuldungsbegriff

Dritte Krisenstufe wurde eingeführt

ÜBERSICHT / Einführung einer dritten Krisenstufe

Krisenstufe	Altes Recht	Neues Recht
■ Rechtliche Überschuldung	Rechnerische Überschuldung	Rechnerische Überschuldung und negative Fortbestehensprognose
■ Drohende rechtliche Überschuldung	Niedriges positives Eigenkapital	Rechnerische Überschuldung oder min. positives EK und negative Fortbestehensprognose
■ Drohende rechnerische Überschuldung	-	Niedriges positives EK und negative Ergebnisprognose

Beachten Sie | In der Krise der Gesellschaft ist es u. E. unabdingbar, dass der Geschäftsführer neben einer Zahlungsfähigkeits- auch eine Ergebnisprognose erstellt. Letztere ermöglicht in Grenzfällen eine substantiierte Beurteilung der Fortbestehenswahrscheinlichkeit der GmbH. Die Erweiterung der Krisenstufen sowie die **Verschiebung der entsprechenden Anforderungen** machen es zudem notwendig, die ertragsteuerliche Beurteilung eines krisenbedingten Verzichts eines GGf auf Teile seiner Pensionszusage neu zu justieren.

Zwar ist nach wie vor klar, dass eine rechtliche Überschuldung den ersten Ausnahmetatbestand i. S. d. der Verfügung des LfSt Bayern vom 15.2.07 erfüllt und die Finanzverwaltung eine (teilweise) Herabsetzung der Pensionszusage als betrieblich veranlasst beurteilt. Fraglich ist jedoch,

- ob die betriebliche Veranlassung einer Herabsetzung auch dann innerhalb des ersten Ausnahmetatbestands infrage kommt, wenn sich die GmbH „nur“ im Stadium einer rechnerischen Überschuldung befindet und
- unter welchen Bedingungen nun der zweite Ausnahmetatbestand, der auf eine drohende rechtliche Überschuldung abstellt, anwendbar ist?
- Ferner stellt sich die pandemiebedingte Frage, in welchem Umfang sich die zeitweilige Aussetzung der Insolvenzantragspflicht gem. COVInsAG auf die obigen Rechtsfragen auswirken kann?

Beachten Sie | Die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht wurde zunächst bis zum 30.9.20 befristet. Die Hilfsmaßnahme gilt jedoch nur dann, wenn die Insolvenzreife (Zahlungsunfähigkeit und/oder Überschuldung) auf den Auswirkungen der COVID-19-Pandemie beruht und die Beseitigung einer bestehenden Zahlungsunfähigkeit nicht offensichtlich aussichtslos ist. War ein Unternehmen zum 31.12.19 nicht zahlungsunfähig, wird zugunsten des Unternehmens widerleglich vermutet, dass die notwendigen Voraussetzungen erfüllt sind. Die Bundesregierung hat am 2.9.20 beschlossen, die Hilfsmaßnahme für den Tatbestand der Überschuldung zunächst bis zum 31.12.20 zu verlängern.

3. Rechtliche Überschuldung als zweifelhafter Maßstab

Die Finanzverwaltung neigt leider dazu, auch nach der Neuregelung zur Anerkennung einer betrieblichen Veranlassung eines (Teil-)Verzichts das Vorliegen einer rechtlichen Überschuldung i. S. d. nun geltenden § 19 Abs. 2 S. 1 InsO zu fordern. Folgt man dieser Auffassung, so wäre es zwingend erforderlich, dass der Geschäftsführer zusätzlich zur Überschuldungsbilanz eine Fortbestehensprognose erstellt. Die Möglichkeit eines betrieblich veranlassten (Teil-)Verzichts würde sich aber nur dann eröffnen, wenn die Fortbestehensprognose zu

Ungeklärte
Zweifelsfragen

Widerlegliche
Vermutung zugunsten
des Unternehmens

Finanzverwaltung in
der Praxis leider
wenig kooperativ

einem negativen Nettozahlungsüberschuss führen und sich die GmbH somit in einer insolvenzantragspflichtigen Lage befinden würde. Eine bloße rechnerische Überschuldung bliebe dabei unberücksichtigt.

U. E. ist es jedoch kaum zu vertreten, das Vorliegen einer rechtlichen Überschuldung, die auf dem modifizierten zweistufigen Überschuldungsbegriff beruht, als Voraussetzung für eine betriebliche Veranlassung zu definieren. Dies wird anhand folgenden Beispiels deutlich:

■ Fall 1

Leistungsanwärter, rechnerische Überschuldung, positive Fortbestehensprognose	
Reinvermögen Überschuldungsbilanz	- 500.000 EUR
Höhe der Pensionsrückstellung	400.000 EUR
Fortbestehensprognose (Nettozahlungsüberschuss)	+ 5.000 EUR

Bei diesen Gegebenheiten wäre der Verzicht gesellschaftsrechtlich veranlasst, da der positive Nettozahlungsüberschuss zu einer positiven Fortbestehensprognose führen und eine rechtliche Überschuldung gem. § 19 Abs. 2 S. 1 InsO dementsprechend nicht vorliegen würde.

■ Fall 2

Leistungsanwärter, rechnerische Überschuldung, negative Fortbestehensprognose	
Reinvermögen Überschuldungsbilanz	- 500.000 EUR
Höhe der Pensionsrückstellung	400.000 EUR
Fortbestehensprognose (Nettozahlungsüberschuss)	- 5.000 EUR

In dieser Konstellation wäre ein betrieblich veranlasster Verzicht in voller Höhe zulässig, da der negative Nettozahlungsüberschuss zu einer negativen Fortbestehensprognose führen und dementsprechend eine rechtliche Überschuldung gem. § 19 Abs. 2 S. 1 InsO vorliegen würde. Der Verzicht auf die Pensionszusage würde zwar einen wesentlichen Beitrag zur Verbesserung des Bilanzbildes leisten, die Insolvenzantragspflicht würde aber auch nach dem vollen Pensionsverzicht noch unverändert fortbestehen (Reinvermögen nach Verzicht: - 100.000 EUR).

Im Vergleich der beiden Fallgestaltungen wird deutlich, dass eine minimale Abweichung im Nettozahlungsüberschuss (hier z. B. um 10.000 EUR) darüber entscheiden könnte, ob auf eine Pensionsverpflichtung (hier z. B. mit einem stichtagsbezogenen Verpflichtungsumfang i. H. v. 400.000 EUR) mit betrieblicher Veranlassung verzichtet werden könnte. Ein derartiges Ergebnis erscheint unbillig und in gewisser Weise auch willkürlich.

Ferner könnte der Geschäftsführer – zur Darstellung eines betrieblich veranlassten Verzichts – dazu verleitet werden, die Fortbestehensprognose so zu gestalten, dass sie am Ende ein leicht negatives Ergebnis erzeugt. Damit würde er die GmbH aber in eine insolvenzantragspflichtige Lage manövrieren. Ohne die Wirkungen des COVInsAG wäre der Geschäftsführer – zur Vermeidung eines strafbewehrten Verstoßes gegen die InsO (§ 15a Abs. 1, 4 und 5 InsO) – gefordert, binnen drei Wochen ein entsprechendes Sanierungspaket umzusetzen.

Haltung der
Finanzverwaltung
kaum vertretbar

Minimale Abweichung
entscheidet über
„Wohl und Wehe“

Der Geschäftsführer dürfte zu einem solchen Sanierungspaket aber nur dann bereit sein, wenn er hinsichtlich des geplanten Pensionsverzichts von der Zustimmung der Finanzverwaltung ausgehen könnte. Es wäre daher sinnvoll, sich die betriebliche Veranlassung von der Finanzverwaltung im Rahmen einer verbindlichen Auskunft (§ 89 Abs. 2 AO) bestätigen zu lassen. Leider kann keinesfalls davon ausgegangen werden, dass ein solcher Antrag innerhalb der zur Verfügung stehenden Drei-Wochen-Frist beschieden wird.

Diese Konstellation bringt den Geschäftsführer in ein wahres Dilemma: So kann er sich entweder dafür entscheiden,

- den Antrag auf Erteilung der verbindlichen Auskunft beim Finanzamt zu stellen und somit einen strafrechtlich relevanten Verstoß gegen § 15a Abs. 1, 4 und 5 InsO sowie die Übernahme der persönlichen Haftung gem. § 64 GmbHG in Kauf zu nehmen, oder
- den Pensionsverzicht ohne vorherigen „Segen“ der Finanzverwaltung durchzuführen und Gefahr zu laufen, dass es im Anschluss (oft erst Jahre später) zum steuerlichen „Super-Gau“ kommt.

An dieser Stelle eröffnet sich jetzt durch die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht ein echter Ausweg: Da der Gesetzgeber im Rahmen des COVInsAG den Tatbestand der Überschuldung im insolvenzrechtlichen Sinne nicht verändert und stattdessen nur die Antragspflicht gem. § 15a InsO ausgesetzt hat, muss der Geschäftsführer bei einer pandemiebedingten rechtlichen Überschuldung nicht innerhalb von drei Wochen einen Insolvenzantrag stellen. Er gewinnt damit die Zeit und den Handlungsspielraum, um die (teilweise) Herabsetzung der Pensionszusage in Angriff zu nehmen.

4. Rechnerische (drohende rechtliche) Überschuldung als sachgerechter Maßstab

Der BFH (4.9.02, I R 7/01, BStBl II 05, 662) stellt hinsichtlich der Frage der mangelnden Finanzierbarkeit auf den Zeitpunkt ab, zu dem sich für den ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiter ein Handlungszwang ergibt. Diesen hat der Senat nicht bei jeder eintretenden Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft gesehen. Nach Auffassung des BFH war seinerzeit erst mit dem Eintritt einer Überschuldung die gesetzlich vorgegebene Grenze erreicht, die der Geschäftsleiter mit Rücksicht auf die sonst bestehende Konkursantragspflicht nicht überschreiten darf. Es gilt somit festzustellen,

- a) zu welchem Zeitpunkt der ordentliche und gewissenhafte Geschäftsleiter bei einer Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft gezwungen ist, in die bestehenden Pensionsansprüche einzugreifen und
- b) ab wann von einer mangelnden Werthaltigkeit ausgegangen werden kann.

4.1 Handlungszwang des Geschäftsführers

U. E. kann auch heute noch davon ausgegangen werden, dass der ordentliche und gewissenhafte Geschäftsleiter dann einem Handlungszwang unterliegt, wenn er die rechnerische Überschuldung der GmbH zur Kenntnis nehmen muss. Zwar besteht dieser nach der Neuregelung des Überschuldungsbegriffs nicht mehr in Form einer Insolvenzantragspflicht (da deren Zeitpunkt nach hinten verschoben wurde), dafür aber in der Wahrung seiner Treuepflicht.

Dilemma des
Geschäftsführers ...

... wird durch das
COVInsAG erst
einmal beseitigt

Müsste ordentlicher
und gewissenhafter
Geschäftsleiter
handeln?

Kenntnis von
rechnerischer
Überschuldung
weiter entscheidend

MERKE | Gem. § 43 GmbHG hat der Geschäftsführer eine besondere organschaftliche Treuepflicht, die ihn dazu verpflichtet, sein Handeln stets am Interesse der Gesellschaft auszurichten. Mit Eintritt der rechnerischen Überschuldung sieht sich die GmbH der Gefahr einer drohenden rechtlichen Überschuldung ausgesetzt. Sie befindet sich unzweifelhaft in der Krise. In diesem Fall hat der Geschäftsführer einer Herabsetzung seiner Vergütung zuzustimmen, wenn dadurch ein wesentlicher Beitrag zur Vermeidung einer möglichen Insolvenz geleistet werden kann (vgl. Gehrlein/Born/Simon, GmbHG, § 43, Rn. 29, 33).

Kriterium der besonderen organschaftlichen Treuepflicht

Diese Verpflichtung umfasst u. E. auch die Pensionszusage, da diese i. d. R. einen wesentlichen Bestandteil der Geschäftsführer-Vergütung darstellt. Als Maßstab für einen Eingriff in die bereits erdienten Versorgungsansparungen („Past Service“) dient – auch außerhalb des Aktienrechts – § 87 Abs. 2 AktG. Danach ist eine nachträgliche Herabsetzung von Vorstandsbezügen zulässig, wenn eine so wesentliche Verschlechterung eingetreten ist, dass die Weitergewährung der (ungekürzten) Bezüge eine „schwere Unbilligkeit“ für die Gesellschaft sein würde (vgl. Heeg, DStR 09, 567).

4.2 Mangelnde Werthaltigkeit

Bei der Beurteilung der Werthaltigkeit ist zwischen zweifelhaften und uneinbringlichen Forderungen zu differenzieren. Dabei gilt im Bilanzrecht der Grundsatz, dass zweifelhafte Forderungen mit ihrem wahrscheinlichen Wert anzusetzen und uneinbringliche Forderungen abzuschreiben sind.

Forderung nur zweifelhaft oder uneinbringlich?

Auf der Grundlage des vor dem 18.10.08 geltenden Überschuldungsbegriffs konnte eine Forderung als nicht mehr werthaltig (bzw. uneinbringlich) beurteilt werden, wenn die verpflichtete GmbH rechtlich überschuldet war. Allerdings war seinerzeit der bloße Eintritt einer **rechnerischen** Überschuldung ausreichend, um eine rechtliche Überschuldung auszulösen – selbst wenn die GmbH über eine positive Fortbestehensprognose verfügte.

Es stellt sich somit die Frage, ob die Modifizierung des Überschuldungsbegriffs es ermöglicht, eine Forderung nunmehr als unzweifelhaft (bzw. voll werthaltig) zu beurteilen, wenn die verpflichtete GmbH rechnerisch überschuldet ist, aber über eine positive Fortbestehensprognose verfügt. Dies kann u. E. nicht bejaht werden. Vielmehr muss zumindest davon ausgegangen werden, dass eine Forderung, die einem überschuldeten Unternehmen gegenüber besteht, ein erkennbares Ausfallrisiko beinhaltet und somit als eine zweifelhafte Forderung zu beurteilen ist. In der Folge kann u. E. grundsätzlich von ihrer mangelnden Werthaltigkeit ausgegangen werden.

Bilanzsteuerrechtlich gilt für eine nicht mehr voll werthaltige Forderung das Folgende: Ist der Teilwert einer Forderung niedriger als ihr Nennwert, weil z. B. zweifelhaft ist, ob die Forderung in Höhe des Nennwertes erfüllt werden wird („Ausfallrisiko“), so kann die Forderung in der Steuerbilanz des Gläubigers mit dem niedrigeren Teilwert angesetzt werden (§ 6 Abs. 1 Nr. 2 S. 2 EStG). Dabei kommt dem Ermessen des Kaufmanns besondere Bedeutung zu. Maßgebend ist, ob ein vorsichtig bewertender Kaufmann nach der allgemeinen Lebenserfahrung aus den Umständen des Einzelfalls einen – teilweisen – Forderungsausfall herleiten darf. Die Zahlungsfähigkeit und -willigkeit eines Schuldners sind dabei individuell zu ermitteln (BFH 20.8.03, I R 49/02).

Ausfallrisiko kann mit niedrigerem Teilwert in der Bilanz berücksichtigt werden

Wendet man diese Grundsätze analog auf die Beurteilung der Werthaltigkeit eines Pensionsanspruchs eines GGf an, wird die Werthaltigkeit umso geringer sein, je ausgeprägter die Überschuldung ist und je geringer der Nettzahlungüberschuss der Fortbestehensprognose ausfällt. Da die Passivierung der Pensionsverpflichtung insbesondere bei kleinen und mittleren GmbHs oftmals hauptverantwortlich für das Entstehen der Überschuldung ist, erscheint es sachgerecht, den nicht mehr werthaltigen Teil des Pensionsanspruchs insoweit anzunehmen, wie die Passivierung der Pensionsverpflichtung zur Überschuldung der GmbH geführt hat.

Nach alledem ist es u. E. gerechtfertigt, auch nach der Neuregelung des Überschuldungsbegriffs davon auszugehen, dass der Tatbestand der rechnerischen Überschuldung (bzw. der nunmehr drohenden rechtlichen Überschuldung) dem ersten Ausnahmetatbestand gem. der Verfügung des LfSt Bayern vom 15.2.07 zuzuordnen ist und es nicht zu einer Verdrängung der rechnerischen Überschuldung in den zweiten Ausnahmetatbestand gekommen ist. In der Folge wäre es ausreichend, die mangelnde Finanzierbarkeit ausschließlich anhand einer rechnerischen Überschuldung zu beurteilen. Damit könnte eine Pensionszusage auch dann ausnahmsweise auf der Grundlage einer betrieblichen Veranlassung herabgesetzt werden, wenn die GmbH zwar rechnerisch überschuldet ist, sie jedoch über eine positive Fortbestehensprognose verfügt (ebenfalls bejahend Heeg, DStR 09, 567).

Die obige Rechtsauffassung wird u. E. auch durch die rechtskräftige Entscheidung des FG München (9.4.18, 7 K 729/17) gestützt. In diesem Verfahren hat das FG bei der Prüfung der Werthaltigkeit eines Gesellschafterdarlehens ausschließlich auf das handelsrechtliche Eigenkapital der GmbH unter Aufdeckung der stillen Reserven abgestellt. Eine Auseinandersetzung mit einer Fortbestehensprognose oder deren Ergebnis ist nicht erfolgt.

PRAXISTIPP | Selbst wenn es die Finanzverwaltung auch zukünftig ablehnen würde, den Zustand einer rechnerischen bzw. drohenden rechtlichen Überschuldung dem ersten Ausnahmetatbestand zuzuordnen, so würde dies bei einem sachgerechten (Teil-)Verzicht nicht zu einer verdeckten Einlage und zu einem fiktiven Zufluss von Arbeitslohn führen. Denn nach den Grundsätzen der BFH-Rechtsprechung können diese auch bei einem gesellschaftsrechtlich veranlassten Verzicht nur insoweit entstehen, als auf werthaltige Forderungen verzichtet wird. Und die Werthaltigkeit der Pensionsansprüche ist insoweit nicht mehr gegeben, wie die Passivierung der Pensionsrückstellung zur Überschuldung der GmbH geführt hat.

5. Vermeidung einer drohenden Überschuldung

Grundsätzlich stellt sich auch beim zweiten Ausnahmetatbestand die Frage, inwieweit es durch die Modifizierung des Überschuldungsbegriff zu einer Veränderung der Anforderungen dieses Ausnahmetatbestands gekommen ist.

U. E. konnte der zweite Ausnahmetatbestand, der nach dem Wortlaut der Verfügung des LfSt Bayern vom 15.2.07 auf eine Vermeidung einer drohenden rechtlichen Überschuldung abstellt, nach altem Recht auch schon dann er-

Rechnerische
Überschuldung allein
entscheidendes
Kriterium

Negative Folgen nur
bei Verzicht auf
werthaltige
Forderung

Zweiter
Ausnahmetatbestand

füllt sein, wenn das Eigenkapital der GmbH noch im positiven Bereich angesiedelt war. Dies dürfte aus heutiger Sicht allein nicht mehr ausreichen. Denn nach der Entscheidung des FG München vom 9.4.18 ist bei einem Forderungsverzicht, der bei einem positiven Eigenkapital der GmbH vereinbart wird, grundsätzlich von einer gesellschaftlichen Veranlassung auszugehen. Denn bei einem positiven Eigenkapital kann regelmäßig von einer wirtschaftlich gesunden Kapitalgesellschaft und damit von einer ausreichenden Bonität ausgegangen werden.

Beachten Sie | Eine drohende rechtliche Überschuldung erfordert u. E. heute entweder eine rechnerische Überschuldung oder ein nur noch minimales Eigenkapital und eine negative Fortbestehensprognose. Dagegen ist von einer drohenden rechnerischen Überschuldung auszugehen, wenn die GmbH nur noch über minimales Eigenkapital und eine negative Ergebnisprognose verfügt.

MERKE | Ausgehend von der oben vertretenen Auffassung, dass das Stadium der rechnerischen Überschuldung nunmehr den Tatbestand der drohenden rechtlichen Überschuldung definiert und diese dem ersten Ausnahmetatbestand zuzuordnen ist, würde der zweite Ausnahmetatbestand nunmehr den neu entstandenen Tatbestand der drohenden rechnerischen Überschuldung umfassen.

5.1 Sanierungskonzept

Die Anforderungen, die innerhalb des zweiten Ausnahmetatbestandes zu erfüllen sind, werden von der Finanzverwaltung leider nur rudimentär definiert. Explizit wird nur eine Absenkung des Aktivengehalts gefordert. In welchem Umfang und über welchen Zeitraum dies stattzufinden hat, bleibt offen. Entsprechendes gilt für alle weiteren Anforderungen und Maßnahmen. Der Verfügung mangelt es insoweit an der erforderlichen Klarheit und Eindeutigkeit.

5.2 Fremdvergleich

Spätestens bei der letztgenannten Voraussetzung stößt man in der Praxis auf Probleme. Danach soll eine betriebliche Veranlassung ausnahmsweise nur dann anzunehmen sein, wenn sich auch ein Fremd-Geschäftsführer zu einem Verzicht bereit erklären würde. Die entsprechende Prüfung erfordert die Feststellung eines angemessenen Verhaltens eines Fremd-Geschäftsführers im Rahmen eines hypothetischen Fremdvergleichs, wobei dessen Ergebnis erheblich von den Umständen des Einzelfalls beeinflusst wird:

U. E. würde sich ein Fremd-Geschäftsführer im Stadium der drohenden rechnerischen Überschuldung – auch unter Berücksichtigung der besonderen Treuepflicht gem. § 43 GmbHG – nur dann zu einem Verzicht bereit erklären, wenn er sich noch in der Anwartschaftsphase befindet. Realistischer Weise würde er aber nur auf diejenigen Teilanwartschaften verzichten, auf die er noch keinen unverfallbaren Anspruch erworben hat („Future Service“). Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass ein Fremd-Geschäftsführer im Zustand der drohenden rechnerischen Überschuldung schon auf seinen Past Service verzichten würde. Dies wird wohl frühestens im Stadium der drohenden rechtlichen Überschuldung (und somit nach Eintritt einer rechnerischen Überschuldung) infrage kommen.

Drohende rechtliche Überschuldung in zwei Varianten

Anforderungen und erforderliche Maßnahmen völlig unklar

Fremdgeschäftsführer würde kaum auf seinen Past service verzichten

Untermauert wird diese Sichtweise auch durch den BFH. In seiner Entscheidung vom 23.8.17 (VI R 4/16, BStBl II 18, 208) hat der BFH dargelegt, dass im Rahmen eines Fremdvergleichs nur in seltenen Ausnahmefällen davon ausgegangen werden kann, dass ein Fremd-Geschäftsführer auf seine bereits erdienten (werthaltigen) Pensionsanswartschaften verzichten wird. Dies gilt selbst dann, wenn sich die wirtschaftliche Lage der Kapitalgesellschaft nach Zusage des Ruhegehalts wesentlich verschlechtert hat.

Beachten Sie | Da die Begrenzung der Versorgungsanswartschaften eines Anwärters auf die Höhe der unverfallbaren Teilanswartschaften (bzw. der Verzicht auf den Future Service) bei einer einvernehmlichen Änderung der Pensionszusage spätestens nach dem Ergehen des BMF-Schreibens vom 14.8.12 (BStBl I 12, 874) auch nach den Grundsätzen der sog. Past Service-Methode erfolgen kann, ohne dass die Finanzverwaltung hierbei einen fiktiven Lohnzufluss und eine verdeckte Einlage annimmt, bedarf es in diesem Fall keiner Bezugnahme auf den zweiten Ausnahmetatbestand.

FAZIT | Die Autoren vertreten die Auffassung, dass eine betrieblich veranlasste Herabsetzung einer Geschäftsführer-Pensionszusage – losgelöst vom Vorliegen einer rechtlichen Überschuldung gem. § 19 Abs. 2 S. 1 InsO – schon in dem Moment möglich sein muss, in dem die Aufstellung einer Überschuldungsbilanz i. S. d. InsO zu einer rechnerischen Überschuldung (und somit zu einer drohenden rechtlichen Überschuldung) der GmbH führt.

Die Ausführungen verdeutlichen, dass hinsichtlich der Herabsetzung einer Pensionszusage wegen mangelnder Finanzierbarkeit – bedingt durch die Modifizierung des insolvenzrechtlichen Überschuldungsbegriffs – eine offene Rechtsfrage besteht, die dringend einer Klärung bedarf. Die Finanzverwaltung ist daher aufgefordert, baldmöglichst für klare Verhältnisse zu sorgen. Dabei wäre es sehr zu begrüßen, wenn sich die Finanzverwaltung aufgrund der außergewöhnlichen Umstände, die mit der Pandemie einhergehen, zugunsten der betroffenen Steuerpflichtigen aufgeschlossen zeigen würde.

Die zeitlich begrenzte Aussetzung der Insolvenzantragspflicht gem. COVInsAG schafft – bei Vorliegen einer pandemiebedingten Krise – ein Zeitfenster, innerhalb dessen die betroffenen Geschäftsführer die (teilweise) Herabsetzung der Geschäftsführer-Pensionszusage in Angriff nehmen können. Betroffene Unternehmen sollten daher nicht länger zögern, sondern die Initiative ergreifen.

ZU DEN AUTOREN | Jürgen Pradl ist gerichtlich zugelassener Rentenberater für die betriebliche Altersversorgung und geschäftsführender Gesellschafter der PENSIONS CONSULT PRADL GmbH, Kanzlei für Altersversorgung, juergen.pradl@pcp-kanzlei.de. Kevin Pradl, LL.B., MPM, ist gerichtlich zugelassener Rentenberater und Prokurist der PENSIONS CONSULT PRADL GmbH, Kanzlei für Altersversorgung, kevin.pradl@pcp-kanzlei.de

WEITERFÜHRENDER HINWEIS

- Im demnächst folgenden zweiten Teil des Beitrags beschäftigen sich die Autoren mit dem Sonderfall der Herabsetzung einer Geschäftsführer-Pensionszusage bei einer Rentner-GmbH.

Der BFH hat diese Auffassung zuletzt untermauert

Schnelle Klärung seitens der Finanzverwaltung dringend geboten



INFORMATION
Beitrag zur
Rentner-GmbH folgt