

# Leitfaden für Unternehmen in der Covid-19-Pandemie

Römermann

2020

ISBN 978-3-406-75992-5  
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](http://beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründete auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

§ 32d Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Buchst. b Satz 2 EStG qualifiziert wird, muss der Darlehensgeber aufgrund seiner Beteiligung in der Lage sein, seinen Willen in der Gesellschafterversammlung durchzusetzen (idR also **mehrheitliche** Beteiligung).<sup>31</sup>

- Auch kann darüber nachgedacht werden, die Anteile an der GmbH in eine **Mitunternehmerschaft** einzulegen, und sodann der GmbH ein Darlehen zu gewähren. Aufgrund der Zurechnung der GmbH-Beteiligung zum betrieblichen Gesamthandsvermögen kommt § 17 EStG nicht zur Anwendung. Das Darlehen ist nur dann notwendiges **Sonderbetriebsvermögen II** des Mitunternehmers (und fällt damit in den Anwendungsbereich des § 3c Abs. 2 EStG), wenn die Darlehensforderung unmittelbar der Begründung oder Stärkung der Beteiligung an der Personengesellschaft dient, was stets eine Frage des Einzelfalls ist. Unterstellt, die Darlehensforderung ist nicht dem notwendigen Sonderbetriebsvermögen II zuzurechnen, dann zählt sie zum Privatvermögen des (mittelbaren) Anteilseigners und der Weg zur Anwendung des § 20 EStG ist eröffnet. § 32d Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Buchst. b Satz 2 EStG führt zur Suspendierung des Abgeltungssteuerregimes, da der die GmbH & Co. KG beherrschende Mitunternehmer nahestehende Person des Anteilseigners GmbH & Co. KG ist.<sup>32</sup>

**Anmerkung:**

Hinsichtlich der Beurteilung, ob die Darlehensforderung dem notwendigen Sonderbetriebsvermögen II zuzurechnen ist, können die für Einzelgewerbetreibende entwickelten Grundsätze nicht übertragen werden.<sup>33</sup> Bei Einzelgewerbetreibenden erfolgt die Qualifikation des notwendigen Betriebsvermögens auf Grundlage des § 4 Abs. 1 Satz 1 EStG. Fundament des Sonderbetriebsvermögens ist die auf § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG basierende richterliche Rechtsfortbildung. Mithin besteht kein zwingender Gleichlauf für die Qualifikation einer Darlehensforderung als Betriebsvermögen und Sonderbetriebsvermögen.<sup>34</sup> Eine Stärkung der Beteiligung des Mitunternehmers scheidet mE von vornherein bei einer „Eimann-GmbH & Co. KG“ aus.

- Ein anderer Gestaltungsansatz kann sein, dass die Finanzierung der GmbH nicht durch den Anteilseigner, sondern durch eine dem Anteilseigner iS des § 32d Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Buchst. b Satz 2 EStG **nahestehende Person** (zB dem zusammenvertragten „wirtschaftlich abhängigen“ Ehepartner) erfolgt. Ist der Anteilseigner zu mindestens 10% an der Kapitalgesellschaft beteiligt, unterliegt die nahestehende Person nicht dem Abgeltungssteuerregime mit der Folge, dass § 20 Abs. 6 EStG (und damit auch die Verlustsegmentierungs- und -ausgleichsbeschränkung des § 20 Abs. 6 Satz 6 EStG nF) nicht zur Anwendung kommt. Ein durch den Verzicht (auf den wertlosen Teil) oder den Ausfall der Forderung realisierter Verlust nach § 20 Abs. 2 Satz 2 EStG könnte vertikal mit den Einkünften aus anderen Einkunftsarten ausgeglichen werden.

**Anmerkung:**

Gewährt der Anteilseigner der GmbH seiner Ehefrau (zu fremdüblichen Konditionen) ein Darlehen und reicht diese das Darlehen an die GmbH weiter, liegt mE kein § 42 AO vor, da die durch die Missbrauchsvermeidungsvorschrift des § 32d Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Buchst. b Satz 2 EStG bewirkte Rechtslage (Suspendierung des Abgeltungssteuerregimes) dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers entspricht.

<sup>31</sup> Vgl. zB BFH-Urt. X R 9/17 v. 9.7.2019, DStR 2019, 2626; Rn. 136 des BMF-Schr. v. 18.1.2016, BStBl. 2016 I, 85.

<sup>32</sup> Vgl. BFH-Urt. VIII R 27/15 v. 20.10.2016, BStBl. 2017, 441 (zum Fall einer Holding-GmbH).

<sup>33</sup> Vgl. zB BFH-Urt. X R 2/3 v. 20.4.2005, BStBl. 2005 II, 694.

<sup>34</sup> Vgl. Reddig, jurisPR-SteuerR 36/2019 Anm. 1 (zu Kapitalgesellschaftsbeteiligungen).

## II. Refinanzierung von Einlagen und Darlehen

### 1. Refinanzierung von Einlagen

- 58 Zählt die GmbH-Beteiligung zum steuerlichen **Privatvermögen**, so sind bei Anwendbarkeit des Abgeltungssteuerregimes geleistete Zinsen für die Refinanzierung der Einlage des Gesellschafters aufgrund des Werbungskostenabzugsverbots des § 20 Abs. 9 EStG im Ergebnis steuerlich **nicht absetzbar**.
- 59 Etwas anderes gilt nur, sofern der Gesellschafter von der Möglichkeit der Option zum **Teileinkünfteverfahren** Gebrauch macht. In diesem Fall können 60 % des Zinsaufwandes im Rahmen der Einkünfte aus Kapitalvermögen als Werbungskosten steuermindernd geltend gemacht werden. Dies setzt gem. § 32d Abs. 2 Nr. 3 EStG entweder eine qualifizierte Beteiligung von mindestens 25 % voraus, oder bei einer Beteiligung von mindesten 1 % eine qualifizierte berufliche Tätigkeit, die maßgeblichen unternehmerischen Einfluss auf die wirtschaftliche Tätigkeit der GmbH vermittelt.
- 60 Der erforderliche **Antrag** ist gem. § 32d Abs. 2 Nr. 3 Satz 4 EStG bei erstmaliger Abgabe der Steuererklärung zu stellen.<sup>35</sup> Es handelt sich um eine Ausschlussfrist. Nur bei steuerlich nicht beratenen StpfL kommt eine Widereinsetzung in die versäumte Antragsfrist in Betracht.<sup>36</sup>
- 61 Zählt die GmbH-Beteiligung zum Betriebsvermögen, dann greift das Werbungskostenabzugsverbot des § 20 Abs. 9 EStG nicht ein. Die Zinsaufwendungen mindern als Betriebsausgaben in den Grenzen des Teileinkünfteverfahrens zu 60 % den steuerlichen Gewinn.

### 2. Refinanzierung von Darlehen

- 62 Muss das an die GmbH ausgereichte Darlehen **refinanziert** werden, ergibt sich aufgrund des Sonderrechts der Abgeltungssteuer die Besonderheit, dass aufgrund des generellen Werbungskostenabzugsverbots des § 20 Abs. 9 EStG die vom Gesellschafter geleisteten Zinsen steuerlich nicht absetzbar sind. Ist der Gesellschafter indes zu **mindestens 10 %** an der GmbH beteiligt, ist die Abgeltungssteuer für die aufgrund des Gesellschafterdarlehens vereinnahmten Zinsen ohne dass es eines Antrags bedürfte – kraft Gesetz – gem. § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b EStG ausgeschlossen. Die Kapitaleinkünfte unterliegen der tarifären ESt. Das Werbungskostenabzugsverbot greift daher nicht ein, vgl. § 32d Abs. 2 Satz 2 EStG, sodass Refinanzierungszinsen und sonstige durch das Gesellschafterdarlehen veranlasste Werbungskosten bei der Einkünfteermittlung zu berücksichtigen sind. Entsprechendes gilt auch, wenn der Gläubiger der Kapitalerträge eine dem Anteilseigner nahestehende Person ist, wobei der Begriff der nahestehenden Person nicht identisch mit dem Angehörigenbegriff des § 15 AO ist.<sup>37</sup>
- 63 Eine **Steuerfalle** droht, wenn der Gesellschafter auf sein refinanziertes Darlehen gegen **Besserungsschein** verzichtet. Da der Gesellschafter aufgrund des Verzichts keine Zins-einkünfte iS des § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG erzielt, ändert sich der **Veranlassungszusammenhang** der seinerseits geleisteten Refinanzierungszinsen. Diese stehen fortan im Zusammenhang mit der Erzielung von (künftigen) Dividenden. Daher ist die Ausschlussklausel des § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b EStG nicht mehr anwendbar und die Abgeltungssteuer – und in deren Windschatten das Werbungskostenabzugsverbot des § 20 Abs. 9 EStG – lebt wieder auf. Um in den Genuss des Werbungskostenabzugs zu kommen, müssen dann die oben für die Refinanzierung von Einlagen (s. dazu Ziff. 2a) geltenden Grundsätze beachtet werden. Insbesondere gilt es, das Erfordernis, rechtzeitig – also spätestens mit Abgabe der Einkommensteuererklärung – den Antrag gem. § 32 Abs. Abs. 2 Nr. 3 Satz 3 f EStG zu

<sup>35</sup> Vgl. BFH-Urt. VIII R. 50/14 v. 28.7.2015, BStBl. 2015 II, 894.

<sup>36</sup> Vgl. BFH-Urt. VIII R. 33/15 v. 29.8.2017, BStBl. 2018 II, 69.

<sup>37</sup> Vgl. BFH-Urt. BFH-Urt. VIII R. 9/13 v. 29.4.2014, BStBl. 2014 II, 986; Rn. 136 des BMF-Schr. v. 18.1.2016, BStBl. 2016 I, 85.

stellen, zu beachten.<sup>38</sup> Andernfalls scheitert aufgrund des Werbungskostenabzugsverbots des § 20 Abs. 9 EStG die steuerliche Absetzbarkeit der geleisteten Schuldzinsen, ohne dass der Gesellschafter vom Vorteil der Abgeltungssteuer profitieren kann, da Dividenden in der Sanierungssituation nicht ausgeschüttet werden.

### III. Rangrücktritt bei Gesellschafterdarlehen

Wird ein Rangrücktritt für das ausgereichte Gesellschafterdarlehen in Betracht gezogen, ist aus ertragsteuerrechtlicher Sicht entscheidend, ob hierdurch die **Rechtsfolgen des § 5 Abs. 2a EStG** ausgelöst werden, also die Verbindlichkeit in der Steuerbilanz nicht mehr ausgewiesen werden darf und deren Wegfall gewinnwirksam zu buchen ist. Die Auflösung der Verbindlichkeit in der Steuerbilanz droht dann, wenn eine **gegenwärtige wirtschaftliche Belastung** des Schuldners deswegen nicht vorliegt, weil die Tilgung der Verbindlichkeit nur aus künftigen Einnahmen oder Gewinnen erfolgen soll. Im Ergebnis wird der aus steuerlicher Sicht nicht „kunstgerechte“ Rangrücktritt wie ein Forderungsverzicht mit Besserungsabrede behandelt, der mit einer verdeckten Einlage der subordinierten Forderung in Höhe des werthaltigen Teils einhergeht.<sup>39</sup> Da in der Krisensituation häufig die Forderung bereits wertlos sein dürfte, kommt es hierdurch idR zu einem **Wegfallgewinn** in Höhe der auszubuchenden Verbindlichkeit.

Dieser in der Krise wenig hilfreichen Konsequenz des § 5 Abs. 2a EStG wurde bisher damit begegnet, dass in die Rangrücktrittsvereinbarung der Vorbehalt der Erfüllung aus dem „sonstigen freien Vermögen“ geregelt wurde. Das BMF hat diesen Vorbehalt für den einfachen Rangrücktritt vor dem Inkrafttreten des MoMiG zur Abwendung der Rechtsfolgen des § 5 Abs. 2a EStG verlangt.<sup>40</sup> Ob die „Zauberformel“, eine Tilgung könne auch aus dem „**sonstigen freien Vermögen**“ erfolgen, nach Inkrafttreten des MoMiG noch erforderlich ist, ist umstritten,<sup>41</sup> aber aus steuerlicher Sicht empfehlenswert,<sup>42</sup> da die Fin-Verw. nach wie vor hieran festhält.<sup>43</sup> Anknüpfend an die von *Kahlert*<sup>44</sup> vorgeschlagene Formulierung könnte aus ertragsteuerrechtlicher Sicht wie folgt **formuliert** werden:

„Herr A (nachfolgend „Gläubiger“) hat der B-GmbH (nachfolgend „Gesellschaft“) mit Vertrag vom 1.1.2015 ein Darlehen in Höhe von 1 Mio. € gewährt. Zur Vermeidung einer Überschuldung (§ 19 InsO in der jeweils geltenden Fassung) vereinbaren Gläubiger und Gesellschaft, was folgt:

1. Vor einem etwaigen Insolvenzverfahren über das Vermögen der Gesellschaft darf die Gesellschaft das Darlehen einschließlich Zinsen (nachfolgend „Forderung“) nicht zurückzahlen, wenn die Gesellschaft zahlungsunfähig oder überschuldet ist oder durch die Zahlung die Zahlungsunfähigkeit oder die Überschuldung der Gesellschaft droht (nachfolgend „Insolvenzreife“).
2. Gläubiger und Gesellschaft vereinbaren diese Ziff. 1 als Vertrag zugunsten der Gläubiger der Gesellschaft (§ 328 BGB) mit der Folge, dass eine Aufhebung dieser Ziff. 1 oder eine Rückzahlung des im Rang zurückgetretenen Darlehens ohne deren Mitwirkung nur zulässig ist, wenn keine Insolvenzreife der Gesellschaft vorliegt oder die Insolvenzreife der Gesellschaft beseitigt worden ist. Damit ist im Ergebnis eine Rückzahlung des Darlehens und/oder der Zinsen aus insolvenzrechtlich ungebundenem, also freiem Vermögen zulässig.
3. In einem etwaigen Insolvenzverfahren über das Vermögen der Gesellschaft tritt der Gläubiger mit seiner Forderung gem. § 19 Abs. 2 Satz 2, § 39 Abs. 2 InsO im Rang hinter die in § 39 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 InsO bezeichneten Forderungen zurück.

[Datum und Unterschriften]“

<sup>38</sup> Vgl. BFH-Urt. VIII R 19/16 v. 24.10.2017, BStBl. 2019 II, 34.

<sup>39</sup> Vgl. BFH-Urt. I R 25/15 v. 10.8.2016, BStBl. 2017 II, 670.

<sup>40</sup> Vgl. BMF-Schr. v. 8.9.2006, BStBl. 2006 I, 497.

<sup>41</sup> Verneinend *Kahlert* NWB 2015, 3018 mwN.

<sup>42</sup> Vgl. Ott, DStZ 2018, 179.

<sup>43</sup> Vgl. OFD Frankfurt/Main Vfg. v. 3.8.2018, DStR 2019, 560.

<sup>44</sup> Vgl. *Kahlert* NWB 2015, 3018.

## Teil 9

### B. Ertragsteuerrechtliche Konsequenzen der typischen Krisenmaßnahmen bei GmbHs

#### Hinweis:

- 66 Für die **Handelsbilanz** ist umstritten, ob ein die Vorgaben des BGH-Urt. IX ZR. 133/14 v. 5.3.2015 umsetzender Rangrücktritt zu einem Passivierungsverbot führt.<sup>45</sup> Für die Praxis ist wichtig, dass sich das IDW gegen ein Passivierungsverbot ausgesprochen hat.<sup>46</sup>

## IV. Verbilligte bzw. unentgeltliche Nutzungsüberlassung

- 67 Als **typische Krisenmaßnahme** kann – vor deren zivilrechtlicher Entstehung – auf die Vergütung von Leistungen und Nutzungsüberlassung (zB Geschäftsführervergütung oder Miet- und Pachtzinsen) ganz oder teilweise verzichtet werden, um die Gewinn- und Verlustrechnung der GmbH zu schonen. Diese Gestaltung hat einen **doppelten Effekt**: Erstens verhindert sie, dass auf Gesellschaftsebene durch den ersparten Aufwand der Gewinn gemindert oder ein Verlust erhöht wird. Zweitens wird auf der Gesellschafterebene die Erzielung steuerpflichtiger Einkünfte verhindert und hierdurch ein die Liquidität des Gesellschafters belastender Abfluss von Steuern. Es ist geklärt, dass es sich hierbei nicht um einen Gestaltungsmisbrauch iS des § 42 AO handelt.<sup>47</sup>
- 68 Die verbilligte oder unentgeltliche Tätigkeit oder Nutzungsüberlassung bewirkt – mangels einlagefähigen Vermögensvorteils – keine verdeckte Einlage in die GmbH,<sup>48</sup> sondern stellt eine sog. **Nutzungseinlage** dar, deren steuerliche Konsequenzen sich auf die Gesellschafterebene beziehen.
- 69 Nach umstrittener Auffassung der FinVerw. stellt die verbilligte oder unentgeltliche Nutzungsüberlassung als Nutzungseinlage eine **Leistung** iS des § 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG dar, sodass dieser Vorgang als eine **fiktive Schenkung** des Leistenden an seine Mitgesellschafter behandelt werden soll,<sup>49</sup> sofern diese bei einer anderen unmittelbar oder mittelbar an der Kapitalgesellschaft beteiligten natürlichen Person oder Stiftung zu einer Werterhöhung der Beteiligung führt. Diese Rechtsauffassung ist in der Literatur kritisiert worden.<sup>50</sup> Zur Vermeidung einer schenkungsteuerbaren Nutzungseinlage kann in Betracht gezogen werden, von einer unentgeltlichen Nutzungsüberlassung (zB eines Betriebsgrundstücks) abzusehen und stattdessen ein **Entgelt** zu **vereinbaren**. Die hieraus resultierenden Verbindlichkeiten können dann über einen Forderungsverzicht mit Besserungsabrede zur Verbesserung des Bilanzbildes der GmbH beseitigt werden. Die **ertragsteuerrechtlichen Folgen** dürfen dabei nicht aus dem Blick geraten: Insbesondere ist die Regelung des § 3c Abs. 2 Satz 4 EStG zu beachten. Hiernach gilt das Teilabzugsverbot des § 3c Abs. 2 Satz 1 EStG auch für Forderungen aus Rechtshandlungen, die einer Darlehengewährung wirtschaftlich vergleichbar sind. Hierzu können auch „stehengelassene“ Forderungen aus Lieferungen und Leistungen oder Mietforderungen zählen. Ab welchem Zeitpunkt „stehengelassene“ Forderungen aus Lieferungen und Leistungen oder Mietforderungen in den Anwendungsbereich des § 3c Abs. 2 Satz 4 EStG hineinwachsen, ist eine Frage des Einzelfalls. In der Literatur wird vertreten, dass bis zu einem Zeitraum von drei Monaten im Regelfall davon auszugehen sei, dass das Stehenlassen keine darlehengleiche Wirkung entfalte.<sup>51</sup>
- 70 Daneben gilt es zu bedenken, dass die idR gesellschaftsrechtlich veranlasste, verbilligte oder unentgeltliche Nutzungsüberlassung durch § 3c Abs. 2 Satz 6 EStG auf den steuerlichen Betriebsausgabenabzug zurückslägt und unter den dort genannten Voraussetzungen diesen im Rahmen des Teileinkünfteverfahrens auf 60 % beschränkt.

<sup>45</sup> Vgl. zB *Weber-Grellet* FR 2017, 1088.

<sup>46</sup> Vgl. HFA des IDW, IDW Life 11/2016, 1000; Beck'scher Bilanzkommentar/*Schuber*, § 247 HGB Rn. 232.

<sup>47</sup> Vgl. BFH-Urt. I R. 97/00 v. 17.10.2001, DStR 2002, 78.

<sup>48</sup> Vgl. BFH-Beschl. GrS 2/86 v. 26.10.1987, BStBl. 1988 II, 348.

<sup>49</sup> Vgl. koord. Ländererlasse v. 20.4.2018, BStBl. 2018 I, 632 Tz. 3.1 und 3.5.

<sup>50</sup> Vgl. *Demuth*, Gestaltende Steuerberatungspraxis 2019 (KSp 37), 2019, Tz. I/18.

<sup>51</sup> Vgl. Gosch/Gosch KStG § 8b Rn. 278 ff.

**Hinweis:**

Sollte es ausnahmsweise um die unentgeltliche oder teilentgeltliche Nutzungsüberlassung eines nicht zum Betriebsvermögen (einer Besitzgesellschaft) gehörenden Wirtschaftsguts gehen, wird diskutiert, ob der hierdurch veranlaste Aufwand in Höhe der Unentgeltlichkeitsquote durch die Erzielung künftiger Dividenden veranlasst ist und insoweit das Werbungskostenabzugsverbot des § 20 Abs. 9 EStG greift. Bei Option zum Teileinkünfteverfahren soll nach dieser Auffassung der Werbungskostenabzug gem. § 3c Abs. 2 Satz 1 EStG auf 60 % beschränkt sein.<sup>52</sup>

71

Vorsicht ist geboten, wenn die verbilligte oder unentgeltliche Nutzungsüberlassung bei einer **mehrgliedrigen GmbH** nicht von sämtlichen Gesellschaftern erfolgt. Man spricht in diesem Zusammenhang von einer **disquotalen Nutzungsüberlassung**. Soweit die Aufwendungen auf den unentgeltlich überlassenen Teil entfallen, kann deren Abzug auf die Beteiligungsquote des überlassenen Gesellschafters beschränkt sein, wenn die anderen Gesellschafter nahe Angehörige oder nahestehende Person sind und ein fremder Dritter keinen disquotalen Beitrag geleistet hätte.<sup>53</sup> Der die Beteiligungsquote übersteigende Teil der Aufwendungen ist dann gem. § 12 EStG als Vorgang auf der privaten Vermögensebene steuerlich nicht absetzbar. Der der Beteiligungsquote entsprechende Anteil der Aufwendungen unterliegt unter den Voraussetzungen des § 3c Abs. 2 Satz 6 EStG dem Teileinkünfteverbot und kann nur zu 60 % steuerlich genutzt werden.

72

## V. Herabsetzung der Tätigkeitsvergütung und § 6a EStG

Wird im Zuge der Krise über eine **Absenkung der Tätigkeitsvergütung** nachgedacht, 73 sind bei erteilten Pensionszusagen steuerliche Wechselwirkungen zur sog. **Überversorgungsspr.** zu bedenken. Nach ständiger Rspr. des BFH liegt ein Verstoß gegen das in § 6a Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 Satz 4 EStG kodifizierte Stichtagsprinzip und damit eine Überversorgung vor, soweit die Versorgungsanwartschaft zusammen mit der Rentenanwartschaft aus der gesetzlichen Rentenversicherung 75 % der am Bilanzstichtag „aktuellen“ **Aktivbezüge übersteigt**. In diesem Fall ist die nach § 6a EStG zulässige **Rückstellung für Pensionsanwartschaften** nach Maßgabe von § 6a Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 Satz 4 EStG unter Zugrundelegung eines angemessenen Vomhundertsatzes der jeweiligen letzten Aktivbezüge (idR. 75 %-Grenze) zu ermitteln und der übersteigende Betrag gewinnwirksam aufzulösen.<sup>54</sup> Dies gilt sowohl für Festbetragszusagen als auch für endgehaltsabhängige Zusagen.

Das Problem der Überversorgung taucht häufig im Zusammenhang mit Unternehmenskrisen auf. So kann die anlässlich der wirtschaftlichen Schwierigkeiten der GmbH mit dem Gesellschafter-Geschäftsführer vereinbarte Minderung des Gehalts zu einer Überversorgung führen, wenn hierdurch nicht nur vorübergehend die „75 %-Grenze“ überschritten wird. Hingegen gelten die Überversorgungsgrundsätze nicht bei einer nur „**vorübergehenden Gehaltsabsenkung**. Erweist sich die „vorübergehende“ Gehaltsabsenkung im Nachhinein als eine zeitlich unbefristete Absenkung der Aktivbezüge eines Gesellschafter-Geschäftsführers, so führt auch dies zur Überversorgung und zwar unabhängig davon, ob die – ab dem Zeitpunkt der gebotenen dauerhaften Gehaltsabsenkung steuerrechtlich erforderliche – Kürzung der Anwartschaft nach arbeitsrechtlichen Maßgaben bei einem Fremdgeschäftsführer zulässig wäre.<sup>55</sup>

Festzuhalten ist damit, dass im Rahmen einer Unternehmenskrise gebotene **Kürzungen des Geschäftsführergehalts** nicht zwingend eine entsprechende Minderung der Versorgungsanwartschaft erforderlich machen, wenn die Beteiligten von einer vorübergehenden Krise und nur **zeitweiligen** Gehaltskürzungen ausgehen konnten. Bei einer end-

<sup>52</sup> Vgl. Pung, in: Dötsch/Pung/Möhlenbrock, § 3c Abs. 2 Rn. 104 (August 2015).

<sup>53</sup> Vgl. BFH-Urt. VIII R 32/00 v. 2.5.2001, BStBl. 2001 II, 668.

<sup>54</sup> Vgl. BFH-Urt. I R 4/15 v. 20.12.2016, BStBl. 2017 II, 678.

<sup>55</sup> Vgl. BFH-Urt. I R 4/15 v. 20.12.2016, BStBl. 2017 II, 678.

gehaltsabhängigen **Versorgungszusage** muss beachtet werden, dass die vorübergehende „Entkoppelung“ der Versorgungszusage gem. § 6a Abs. 1 Nr. 3 EStG schriftlich erfolgen muss, um ertragsteuerrechtlich anerkannt zu werden. Andernfalls vermindert sich die Versorgungsanwartschaft automatisch mit der Kürzung der Aktivbezüge. Dauerhafte Gehaltskürzungen erfordern bei Festbetragszusagen stets und von vornherein eine Anpassung der Versorgungsanwartschaft. – Wird trotz der Absenkung des Gehalts die Überversorgungsgrenze nicht überschritten, so führt allein der Umstand, dass nicht zugleich auch die Versorgungszusage gemindert wurde, nicht zu einer VGA.

- 76 Bei einer **endgültigen Gehaltsabsenkung** vermindert sich die Versorgungsanwartschaft allein für die Zukunft, da der „Past-Service“ durch gelebte Betriebstreue bereits erdient worden ist. Für die Bewertung der Pensionsrückstellung in der Steuerbilanz nach „Veränderung“ der Versorgungsanwartschaft sieht die FinVerw. für den Wechsel eines Vollzeit-/Teilzeitbeschäftigteverhältnisses eine **Durchschnittsberechnung** vor.<sup>56</sup> Diese Sichtweise der FinVerw. wurde zwischenzeitlich durch den BFH bestätigt: Durch eine zeitanteilige Aufteilung der „75 %-Grenze“ werde gewährleistet, dass die Bewertungsbegrenzung nicht in einen Anwartschaftsteil hineinwirkt, der zu den früheren Stichtagen jeweils nicht „überversorgend“ war.<sup>57</sup> Dabei kommt es für die quotale Berechnung der modifizierten „75 %-Grenze“ bei Gesellschafter-Geschäftsführern nicht auf den Beschäftigungsgrad, sondern auf die **Vergütungshöhe** an.
- 77 Als Vergleichsmaßstab der „aktuellen Aktivbezüge“ dienen nicht ausschließlich die Festbezüge, sondern die **variablen Gehaltsbestandteile** sind gleichsam zu berücksichtigen. Maßgebend ist dabei eine Durchschnittsberechnung, die sich – in Anlehnung an § 34 Abs. 1 EStG und mit Blick auf die verwaltungsmäßige Handhabbarkeit – auf mehrere Jahre (zB die vergangenen fünf Jahre) beziehen kann.
- 78 Des Weiteren hat der BFH entschieden, dass für die Prüfung der Überversorgungsgrenze sämtliche am Bilanzstichtag durch den Arbeitgeber vertraglich zugesagten **Altersversorgungsansprüche** (insbesondere Direktzusage, Direktversicherung) einschließlich der zu erwartenden Rente aus der gesetzlichen Rentenversicherung herangezogen werden und zwar auch dann, wenn die gesetzliche Rente im Wesentlichen auf eigenen Beitrag leistungen beruht.<sup>58</sup>
- 79 Soweit die Pensionsleistungen anteilig als „überversorgend“ zu qualifizieren sind, handelt es sich bei deren Auszahlung um vGA.

### C. Gestaltungsansätze zum steueroptimierten „Window-Dressing“

- 80 Aufgrund der Tatsache, dass in Umwandlungsfällen der Grundsatz der Maßgeblichkeit der Handelsbilanz (HB) für die Steuerbilanz (StB) nicht greift,<sup>59</sup> und seitdem auch die umgekehrte Maßgeblichkeit entfallen ist, bestehen zahlreiche Gestaltungsmöglichkeiten, durch steuerfreie Aufdeckung von stillen Reserven in der HB dort die Eigenkapitalquote erheblich zu verbessern, um damit in der Krise „Window-Dressing“ zu betreiben. Als **Gestaltungsmöglichkeiten** bieten sich an:<sup>60</sup>
- die Einbringung einer betrieblichen Sachgesamtheit in eine GmbH gem. § 20 UmwStG unter Inanspruchnahme der Buchwertfortführung;

<sup>56</sup> Vgl. BMF-Schr. v. 3.11.2004, BStBl. 2004 I, 1045.

<sup>57</sup> Vgl. BFH-Urt. I R 4/15 v. 20.12.2016, BStBl. 2017 II, 678.

<sup>58</sup> Vgl. BFH-Urt. I R 4/15 v. 20.12.2016, BStBl. 2017 II, 678.

<sup>59</sup> Vgl. Tz. 20.20 des UmwSt.-Erlass 2011.

<sup>60</sup> Vgl. ausführlich Demuth, Problemfelder Ertragsteuern, Stichwort „Unternehmensumstrukturierung mit handelsbilanzieller Wertaufstockung – Möglichkeiten der steuerfreien Aufdeckung stiller Reserven in der Handelsbilanz –,.

- die Einbringung einer betrieblichen Sachgesamtheit in eine Mitunternehmerschaft gem. § 24 UmwStG;
- die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften und die Verschmelzung (oder der Formwechsel) einer Kapitalgesellschaft auf eine (oder in eine) Personengesellschaft gem. §§ 3 ff., 11 ff. und 15 f. UmwStG;

Window-Dressing kann aber auch mit geringerem Gestaltungsaufwand betrieben werden, zB durch Einbringungsvorgänge von Einzelwirtschaftsgütern im Anwendungsbereich des § 6 Abs. 5 Satz 3 Nr. 1 und 2 EStG. Sämtliche Vorgänge haben die Gemeinsamkeit, dass in der HB der **Verkehrswert** der betroffenen Vermögensgegenstände angesetzt werden kann, während in der StB der Buchwert fortgeführt werden kann bzw. muss. Ebenso kann durch die Ausgliederung von Betriebsvermögen auf eine vermögensverwaltende Tochterpersonengesellschaft in der HB eine steuerfreie Aufdeckung von stillen Reserven realisiert werden.<sup>61</sup>

#### **D. Ausblick**

Die Ausführungen belegen, dass Krisenmaßnahmen stets auf ihre steuerlichen Folgen geprüft werden müssen. Die Komplexität des Steuerrechts erweist sich daher häufig als krisenverschärfendes Element. Es kann nur gehofft werden, dass der Gesetzgeber alsbald weitere Steuererleichterungen und – und mindestens genauso wichtig – Steuervereinigungen (zB durch Abschaffung der Mindestbesteuerung beim Verlustrücktrag) auf den Weg bringen wird, damit Unternehmen am Ende nicht am deutschen Steuerrecht verenden.

**beck-shop.de**  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

---

<sup>61</sup> Vgl. ausführlich *Demuth*, Beratungsbrennpunkt Personengesellschaft 2019 (KSp 40), 2017, Tz. H/37 ff.

**beck-shop.de**  
DIE FACHBUCHHANDLUNG