

die Unterstützungskasse als Ganzes nicht überdotiert ist. Inzwischen scheint es geklärt zu sein, dass die Aufnahme eines solchen Rückforderungsausschlusses in die Satzung zivilrechtlich zulässig ist¹³. Doch selbst wenn das oben dargestellte Szenario noch nicht eingetreten ist, könnte die Finanzverwaltung die Satzung beanstanden und die Steuerfreiheit entziehen, weil durch die Satzung nicht sichergestellt ist, dass das Kassenvermögen auf Dauer der Zweckbindung unterliegt. Da auch auf Seiten der Finanzverwaltung diese vorgenannten Erkenntnisse noch relativ neu sind, wäre es der fairste Weg, einerseits künftig in der Satzung eine entsprechende Satzungsbestimmung als Voraussetzung für die Steuerfreiheit zu verlangen, dies aber andererseits mit einer Übergangsfrist zur Anpassung der Satzung zu verbinden. Dennoch ist es sicherlich kein Fehler, den Rückforderungsausschluss baldmöglichst in die Satzung aufzunehmen. Denn falls es zu einer tatsächlichen Auszahlung von Kassenvermögen an ein Trägerunternehmen wegen § 812 BGB kommt, helfen auch keine Übergangsfristen mehr. Dann ist Kassenvermögen tatsächlich zweckwidrig verwendet worden, was automatisch den Verlust der Steuerfreiheit nach sich zieht.

Eine Lösungsmöglichkeit für das aufgezeigte Dilemma könnte sein, das anteilige Kassenvermögen bei UK zu belassen und nach einem sachgerechten Schlüssel den beiden verbleibenden Trägerunternehmen zuzuordnen (z.B. nach dem Verhältnis der jeweiligen Kassenvermögen von B und C im Zeitpunkt des Ausscheidens von A). A erhält dann die ihm zustehenden Mittel über einen externen Ausgleich von B und C. Damit ist die Steuerfreiheit von UK sicher nicht gefährdet, denn es kommt zu keinem Vermögensabfluss bei UK. Allerdings gibt es Meinungen, dass die Erhöhung des Kassenvermögens bei B bzw. C als indirekte Zuwendung nach den Vorschriften des § 4d EStG geprüft werden müsste. Sollte durch die vorgenommene Vermögenszuordnung das nun erhöhte tatsächliche Kassenvermögen das zulässige Kassenvermögen übersteigen, wäre ein Teil der externen Ausgleichszahlung nicht abzugsfähig. Nach dem Verständnis des Verfassers handelt es sich aber nur dann um eine Zuwendung im Sinne von § 4d EStG, wenn Vermögen vom Trägerunternehmen an die Unterstützungskasse übertragen wird und die Übertragung im Belieben des Trägerunternehmens steht (freiwillig, kein Leistungsaustausch). Danach würde es sich bei der Ausgleichszahlung gar nicht um eine Zuwendung nach § 4d EStG handeln, denn das Vermögen, das B und C nun zugerechnet wird, befand sich bereits im Eigentum von UK. Außerdem wurde dieses Vermögen bereits bei der Zuwendung durch A der Prüfung nach § 4d EStG unterzogen. Allerdings gibt es zu dieser Rechtsfrage bislang keine einheitliche Meinung in der Finanzverwaltung.

Eine weitere alternative Sachverhaltsgestaltung wäre, dass A zunächst eine weitere Unterstützungskasse UK-A gründet. Anschließend ändert A die Zusagen dahingehend, dass diese nicht mehr über UK, sondern über UK-A erfolgen sollen. Dann wird das A zugehörige anteilige Kassenvermögen von UK auf UK-A übertragen. Dieser Vorgang gefährdet nach meiner Ansicht nicht die Steuerfreiheit von UK, weil das Vermögen weiter zweckgebunden der Altersversorgung der Mitarbeiter von A dient. Jetzt kann A die mittelbaren Unterstützungskassenzusagen durch Direktzusagen ersetzen. Nun ist eine Auskehrung des gesamten Vermögens von UK-A ohne Gefährdung der Steuerfreiheit bei UK-A möglich, denn UK-A ist mit ihrem gesamten Vermögen überdotiert¹⁴. Diese Auffassung vertritt wohl auch die Finanzverwaltung, was in einem Schreiben des BMF¹⁵ zur Interpretation von R 5.4

Abs. 3 Satz 3 Nr. 2 KStR zum Ausdruck kommt. Danach wird die Steuerfreiheit einer Unterstützungskasse nicht gefährdet, wenn Vermögensübertragungen in Folge der Übernahme einer Versorgungsvereinbarung durch eine andere Unterstützungskasse stattfinden. Die Vorschrift regelt zwar die Übertragung von Versorgungszusagen im Rahmen von § 4 Abs. 2 BetrAVG, es sollte aber bei bestehendem Arbeitsverhältnis und Durchführung der betrieblichen Altersversorgung durch eine andere Unterstützungskasse als neuen Versorgungsträger dasselbe gelten.

Prof. Dr. Johanna Hey, Köln

Pensionsrückstellungen und Niedrigzinsphase – Zur Frage des richtigen Referenzzinses*

I. Fragestellung

Verstößt der durch § 6a Abs. 3 Satz 3 EStG vorgeschriebene Abzinsungssatz von 6% für Pensionsrückstellungen in der Steuerbilanz als nicht realitätsgerechte Typisierung gegen den allgemeinen Gleichheitssatz? Diese Frage liegt vor dem Hintergrund des massiven Verfalls der Kapitalmarktzinsen in der anhaltenden Niedrigzinsphase auf der Hand und wird seit geraumer Zeit intensiv diskutiert¹. Allerdings ist die Rolle des Kapitalmarktzins für die Beurteilung der Realitätsgerechtigkeit der Typisierung des § 6a Abs. 3 Satz 3 EStG nicht unbestritten². Zum einen lässt sich erörtern, auf welche Zinsindizes (Leitzins, Staatsanleihen, Wertpapiere mit bester Bonität)³ und ob auf Guthaben- oder Sollzinsen⁴ abzustellen ist. Darüber hinaus wird teilweise vertreten, es komme auf die Entwicklung der Kapitalmärkte gar nicht an⁵, allein maßgeblich sei die Profitabilität des Unternehmens, weshalb für die Frage der Realitätsgerechtigkeit auf Eigen- oder Gesamtkapitalrendite abzustellen sei.

Die Frage nach dem richtigen Referenzwert der Typisierung des § 6a Abs. 3 Satz 3 EStG steht im Zentrum dieses Beitrags. Im Übrigen verweise ich zur verfassungsrechtlichen Einordnung der Abzinsung von Pensionsrückstellungen auf

* Dem Beitrag liegt ein am 25.4.2017 auf dem aba-Forum Steuerrecht in Mannheim gehaltener Vortrag sowie ein Musterverfahren, anhängig beim Finanzgericht Köln, Az. 10 K 977/17, zugrunde.

1 Verbunden mit der Forderung nach Absenkung des Diskontierungszinssatzes *Thurnes/Rasch/Geilenkothen*, DB 2015 S. 2945 (2946); *Henrichs* in: *Tipke/Lang, Steuerrecht*, 22. Aufl. 2015, § 9 Rz. 290; *Anzinger*, DStR 2016 S. 1766; *Geberth*, FR 2016 S. 507; *Prinz/Keller*, DB 2016 S. 1033 ff.; *Hey/Steffens*, *Steuergesetzliche Zinstypisierungen und Niedrigzinsumfeld*, ifst-Schrift 511, 2016, S. 78 ff. m.w.N.

2 Ausführlich hat sich *Weckerle*, DB 2017 S. 1284 ff., kürzlich mit der Frage auseinandergesetzt, mit welchem Zinssatz Pensionsrückstellungen abzuzinsen sind.

3 Siehe hierzu *Anzinger*, DStR 2017 S. 1766 (1767) bzw. *Hey/Steffens*, a.a.O. (Fn. 1), S. 18-21.

4 *Hey/Steffens*, a.a.O. (Fn. 1), S. 81.

5 *Weckerle*, a.a.O. (Fn. 2), S. 1286 ff.

13 BAG, Urteil vom 19.5.2016, 3 AZR 766/14 und BGH, Urteil vom 8.12.2016 – IX ZR 257/15 –, BetrAV 4/2017 S. 351.

14 § 6 Abs. 6 KStG.

15 Schreiben des BMF vom 30.9.2016 – IV C 2 – S 2723/07/10001 –, BetrAV 7/2016 S. 601.

die ausführliche gleichheitsrechtliche Argumentation in der ifst-Schrift „Steuergesetzliche Zinstypisierungen und Niedrigzinsumfeld“⁶.

II. Anpassungspflicht aufgrund der einschneidenden Veränderung des Marktzinsniveaus?

1. Entwicklung der Kapitalmarktzinsen und BVerfGE 68 S. 287

Der heutige Abzinsungssatz wurde 1981 festgelegt⁷ und entstammt damit einer Zeit, in der das Marktzinsumfeld bei rund 10% lag. Ein solches Zinsniveau gehört der Vergangenheit an und wird im Zweifel auch langfristig nicht mehr erreichbar sein. Bereits seit Ende der 1990er Jahre bewegt sich das Zinsniveau kontinuierlich nach unten. An die Stelle des zyklischen Auf und Ab der Zinskurve ist eine stetige Abwärtsbewegung getreten⁸. Alle Zinsindizes (Leitzins der Zentralbanken, Zins für Staatsanleihen, 10-Jahres-Swapsatz sowie Zins für hochklassige Unternehmensanleihen) weisen diesen Trend auf. Seit 1997, also seit rund 20 Jahren, liegt die Rendite für 10-Jahres Bundesanleihen unter 6%. Seit dem Ausklang der Finanz- und Währungskrise 2008/2009, also seit mittlerweile mehr als sieben Jahren, nähern sich alle Zinsindizes für Kapitalanlagen (insbesondere Leitzins und Bundesanleihen) der Nulllinie an. Für eine kurzfristige Erholung der Zinskurve innerhalb der nächsten Jahre gibt es keine Anhaltspunkte. Volkswirtschaftlich werden die Gründe hierfür nicht allein in der Zinspolitik der EZB gesehen, sondern mit dem Phänomen säkularer Stagnation erklärt⁹. Hieraus wird die Erwartung abgeleitet, dass das Zinsniveau dauerhaft deutlich niedriger ausfallen wird als in der Vergangenheit¹⁰.

Diese Entwicklung lässt nur eine Schlussfolgerung zu: Die wirtschaftlichen Verhältnisse haben sich einschneidend verändert. Hieraus ließe sich nahtlos eine verfassungsrechtliche Anpassungspflicht des Abzinsungssatzes folgern, denn das Bundesverfassungsgericht hat 1984 schon einmal über § 6a Abs. 3 Satz 3 EStG entschieden, und damals ausgeführt, dass der Gesetzgeber, „sollten sich in Zukunft die wirtschaftlichen Verhältnisse so einschneidend ändern, daß die Grundlage der gesetzgeberischen Entscheidung durch neue, im Zeitpunkt des Gesetzeserlasses noch nicht abzusehende Entwicklungen entscheidend in Frage gestellt wird, ... von Verfassungs wegen gehalten sein [können] zu überprüfen, ob die ursprüngliche Entscheidung auch unter den veränderten Umständen aufrechtzuerhalten ist“¹¹.

2. Die Rolle des Marktzinsniveaus aus Sicht des historischen Gesetzgebers und des Bundesverfassungsgerichts

Voraussetzung der verfassungsrechtlichen Anpassungspflicht ist allerdings nicht nur, dass sich die Verhältnisse einschneidend ändern, sondern auch, dass die Entwicklung am Kapitalmarkt die ursprüngliche gesetzgeberische Entscheidung „entscheidend in Frage stellt“.

Sowohl der historische Gesetzgeber als auch das Bundesverfassungsgericht haben dem Marktzins zentrale Bedeutung beigemessen.

Die ursprüngliche gesetzgeberische Festlegung des Abzinsungssatzes mit 3,5% ebenso wie die nachfolgenden Anhe-

bungen auf 5,5% und 6% korrelierten stets mit Entwicklungen des Kapitalmarktes. Bei Einführung der steuerrechtlichen Sonderregel in § 6a EStG durch das Gesetz zur Neuordnung von Steuern (StNG) vom 16.12.1954¹² lag das Zinsniveau für langfristige Staatsanleihen bei 5,91%. Die erste Anhebung auf 5,5% durch StÄnderungsgesetz vom 30.7.1960¹³ trug dem Umstand Rechnung, dass es Ende der 1950er zu einem Zinsanstieg für Bundeswertpapiere gekommen war¹⁴. Noch deutlicher ist diese Marktinterdependenz in der Anhebung des Zinssatzes auf die heutigen 6% durch das Zweite Haushaltsstrukturgesetz vom 22.12.1981¹⁵ erkennbar, die in die ab den 1970er Jahren einsetzende Hochzinsphase mit einem Zinsniveau von in der Spitze bis zu 10% fiel.

Auch das Bundesverfassungsgericht orientierte sich in seiner bereits zitierten Entscheidung aus dem Jahr 1984 an der Kapitalmarktentwicklung, auch wenn es zum damaligen Zeitpunkt (noch) von der Verfassungskonformität der Typisierung durch § 6a Abs. 3 Satz 3 EStG ausging. Im Einzelnen heißt es in der Entscheidung¹⁶:

„Schon im Jahre 1960 hatte der Finanzausschuß des Bundestages den damaligen Rechnungszinsfuß nicht mehr als *marktgerecht* angesehen ... Damals ging man davon aus, daß der vorgesehene Zinsfuß mindestens der Rendite entspreche, die das Unternehmen auf längere Sicht mit dem durch die Pensionsrückstellungen gebundenen Kapital erwirtschaften könne und daß der erhöhte Zinsfuß an den *durchschnittlichen Zinssatz für langfristige Fremdgelder* heranreiche. ... Es ist auch nicht zu beanstanden, daß für Zwecke der Besteuerung ein für alle Unternehmen einheitlicher Zinsfuß zugrunde gelegt wird, obwohl sich die erzielbare Rendite nur für jedes Unternehmen individuell ermitteln läßt. Wesentlich ist lediglich, daß sich der Zinsfuß in einem der wirtschaftlichen Realität angemessenen Rahmen hält. Dies war im Jahre 1981 und ist auch zur Zeit noch der Fall. Die Annahme, daß der Rechnungszinsfuß von 6 vom Hundert deutlich unter dem *am Kapitalmarkt auf absehbare Zeit erzielbaren Zinssatz für langfristige Fremdgelder* liegt, traf im Jahre 1981 zu. ... Inzwischen hat allerdings ein Trend zur Zinssenkung eingesetzt. ... Der Zinssatz ist auch nicht deshalb zu hoch, weil – wie die Beschwerdeführerin behauptet – die erwirtschaftete Rendite dafür benötigt wird, nach Eintritt des Versorgungsfalles jeweils die Anpassungen der Pensionszahlungen an die Geldentwertung nach § 16 BetrAVG zu finanzieren. Abgesehen davon, daß der Zinsfuß von 6 vom Hundert deutlich unter dem *erzielbaren Kapitalmarktzins* liegt und daher für die pensionsverpflichteten Unternehmen noch eine gewisse Finanzierungsreserve bedeutet, sind die Risiken, die mit der Anpassung der Pensionszahlungen nach Eintritt des Versorgungsfalles verbunden sind, wirtschaftlich so unbestimmt und so fernliegend, daß sie nicht notwendig in Form einer Rückstellung erfaßt werden müssen.“

Die Gesetzesbegründungen zu den verschiedenen Änderungen zu § 6a Abs. 3 Satz 3 EStG sind zugegebenermaßen weniger eindeutig, was den vom Gesetzgeber zugrunde gelegten Referenzzins angeht. Allerdings lassen auch sie durchgängig erkennen, dass der Marktzins die gesetzgeberische Entscheidung angetrieben hat, was schon deshalb nachvollziehbar ist, weil dieser einfach zu ermitteln ist. Bei Einführung von § 6a EStG im Jahr 1954 folgerte der Gesetzgeber aus dem Vergleich zur Einzahlung in eine Pensionskasse, dass bei der Pensionsrückstellung zu berücksichtigen sei, dass die im

6 Hey/Steffens, a.a.O. (Fn. 1), S. 64-125.

7 Zweites Haushaltsstrukturgesetz vom 22.12.1981, BGBl. I 1981 S. 1523.

8 Anzinger, a.a.O. (Fn. 3), S. 1767 f.

9 Wiss. Beirat BMF, BMF-Druck 2/2017, S. 15 f.

10 Der Hinweis von Doralt, FR 2017 S. 377 (380), auf das frühere Marktzinsniveau von bis zu 10% erlaubt keine Prognose.

11 BVerfG, Urteil vom 28.11.1984 – 1 BvR 1157/82 –, BVerfGE 68 S. 287 (309) = BetrAV 1985 S. 43.

12 BGBl. I 1954 S. 373.

13 BGBl. I 1960 S. 616.

14 1958 und 1959 waren die Zinssätze für Bundesanleihen mit 1-jähriger Laufzeit vorübergehend auf 10,26 bzw. 11,01% hochgeschwollen. Der Zins für 10-jährige Papiere lag in dieser Periode dagegen relativ konstant zwischen 5,5 und 6,5%.

15 BGBl. I 1981 S. 1523.

16 BVerfG, Urteil vom 28.11.1984, a.a.O. (Fn. 11), (Hervorhebungen nur hier).

Betrieb verbleibenden Gelder anders als in der Pensionskasse nicht auf die Anlage am Kapitalmarkt beschränkt sind, sondern *auch* die Selbstfinanzierung der Betriebe stärken¹⁷. Die interne Verzinsung war damit allenfalls mitbestimmend für die Festlegung des Rechnungszinsfußes. Die Anhebung des Diskontierungssatzes von 3,5% auf 5,5% wurde in der Gesetzesbegründung zum Steueränderungsgesetz 1960 damit gerechtfertigt, dass die steuerlichen Vorteile der Pensionsrückstellung (Steuerstundungseffekt) es Unternehmen ermöglichen, diese Mittel „für Investitionen einzusetzen, die sie sonst entweder überhaupt nicht oder nur unter Inanspruchnahme von Fremdmitteln durchführen könnten“¹⁸. Der vorgesehene Rechnungszinsfuß solle daher *mindestens der Rendite entsprechen, die das Unternehmen auf längere Sicht mit dem durch die Pensionsrückstellungen gebundenen Kapital erwirtschaften konnte*; andererseits werde der erhöhte Zinsfuß an den *durchschnittlichen Zinssatz für langfristige Fremdgelder* heranreichen¹⁹. Nicht näher spezifiziert wurde, welche unternehmerische Kapitalnutzung zugrunde gelegt wurde, ob die Binnenfinanzierung unternehmerischer Investitionen oder die langfristige Anlage am Kapitalmarkt. Jedenfalls der Hinweis auf den Zinssatz für langfristige Fremdgelder als Obergrenze stellt aber wiederum den Bezug zum Kapitalmarkt her. Dieser Hinweis macht wenig Sinn, wenn der Gesetzgeber wirklich die Ertragskraft im Unternehmen typisieren wollte, weil diese im Zweifel über den vom Unternehmer aufzubringenden Zinsen für Fremdkapital liegen sollte, andernfalls würde sich die unternehmerische Betätigung nicht lohnen²⁰.

Dieser Ansatz findet sich auch in der Begründung zur Anhebung von 5,5% auf 6% durch das Zweite Haushaltsstrukturgesetz:

„Der vorgesehene Rechnungszinsfuß von 6 v.H. wird in der Regel im Rahmen der Renditeerwartungen liegen, die die pensionsverpflichteten Unternehmen auf längere Sicht mit dem durch die Pensionsrückstellungen gebundenen Kapital erwirtschaften können; er dürfte auch erheblich unter dem auf absehbare Zeit zu erwartenden Zinssatz für langfristige Fremdgelder liegen.“²¹

Hieraus wird zutreffend abgeleitet, dass der Gesetzgeber eine Mischzinsbetrachtung verfolgt hat, bei der sowohl auf den *Guthabenzins* als auch auf den *Sollzins* für die Aufnahme von Fremdgeldern am Kapitalmarkt abgestellt wurde, wobei letzterer vor allem begrenzende Funktion hat. Dies entspricht der Konzeption des § 253 Abs. 2 HGB in Verbindung mit der Rückstellungsabzinsungs-Verordnung²², dem ebenfalls eine Haben- und eine Sollzinskomponente zugrunde liegt²³.

III. Typisierung der unternehmerischen Eigen- bzw. Gesamtkapitalrendite

1. Eigenkapital- bzw. Gesamtkapitalverzinsung ungeeignet zur Bemessung des Steuervorteils

Thomas Weckerle hat jüngst eingewendet, auf die Kapitalmarktentwicklung komme es nicht an²⁴. Der Zinsvorteil der Pensionsrückstellung sei richtigerweise anhand einer typisierten durchschnittlichen Gesamtkapitalverzinsung zu bemessen. Für diese Sichtweise könnte sprechen, dass der Unternehmer, der eine Direktzusage ausspricht, keinen Restriktionen unterliegt, wie er die spätere Pensionszahlung

sicherstellt; über den durch die Rückstellung ersparten Steuerbetrag kann er grundsätzlich frei verfügen²⁵. Weckerle leitet die Irrelevanz des Kapitalmarktzins vor allem aus dem Umstand ab, dass für die Pensionszusage kein Deckungsvermögen gebildet wird, sondern die spätere Pensionszahlung aus dem operativen Ergebnis erfolgt.

Indes sind entgegen Thomas Weckerle weder Eigenkapital- noch Gesamtkapitalrendite als typisierter Abzinsungssatz geeignet. Richtig ist, dass, wenn man überhaupt auf die im Unternehmen erwirtschaftete Rendite abstellen will, die Gesamtkapitalrendite der geeignete Maßstab ist als die Eigenkapitalrendite²⁶, wobei richtigerweise das Fremdkapital um die Pensionsrückstellung zu erhöhen wäre.

Gegen die Anknüpfung an die unternehmensinterne Verzinsung spricht jedoch, dass der Berechnung des Zinsvorteils damit ein unsicherer Wert zugrunde gelegt wird, was mit dem Vorsichtsprinzip unvereinbar ist. Grundsätzlich dürfen unternehmerische Gewinne erst angesetzt werden, wenn sie realisiert sind. Auch Weckerle räumt ein Spannungsverhältnis zwischen periodengerechter Aufwandszuordnung durch Rückstellungsbildung und Realisationsprinzip ein²⁷, meint aber, dass bei der Beurteilung, ob die Bewertung von Rückstellungen der wirtschaftlichen Belastung entspricht, dem Realisationsprinzip keine Bedeutung zukomme. Dem ist nur zum Teil zuzustimmen. Naturgemäß kann das Realisationsprinzip bei der aus dem Imparitätsprinzip folgenden Rückstellungsbildung keine unmittelbare Anwendung finden. Wohl aber beansprucht das dem Realisationsprinzip zugrunde liegende Vorsichtsprinzip, wonach nur sichere Vermögenszuwächse der Besteuerung zugrunde gelegt werden dürfen, auch bei der Beurteilung der wirtschaftlichen Belastung auf der Passivseite Beachtung, soweit zukünftigen Zahlungsverpflichtungen mögliche Erträge gegengerechnet werden.

2. Unternehmensinterne Verzinsung ist unwiderleglicher Typisierung nicht zugänglich

Auf den infolge der Steuerersparnis erwirtschafteten Gewinn könnte allenfalls bei einer individuellen Ermittlung des Stundungsvorteils oder bei Ausgestaltung der Zinstypisierung als widerlegliche Vermutung abgestellt werden. Die Gesamtkapitalrendite lässt sich nicht über alle Branchen und Unternehmensgrößen hinweg gleichheitssatzkonform in einem einheitlichen Diskontierungssatz typisieren, dazu ist die Rentabilität viel zu heterogen²⁸. Zwar ist es möglich, anhand einer hinreichend großen Anzahl von Jahresabschlüssen eine durchschnittliche Gesamtkapitalrendite zu ermitteln²⁹. Aber die Streubreite im Verhältnis zur tatsächlichen betriebsindividuellen Rendite ist so hoch, dass die Anforderungen an eine gleichheitssatzkonforme Typisierung nicht mehr eingehalten werden. Die Vorteile der Verwaltungsvereinfachung dürfen nämlich nicht außer Verhältnis zu der notwendig mit der Typisierung verbundenen Ungleichbehandlung stehen. Diese ist nur insofern zu tolerieren, als die durch sie eintretenden Härten oder Ungerechtigkeiten nur eine verhältnismäßig kleine Zahl von Personen betreffen und der Verstoß gegen den Gleichheitssatz nicht sehr intensiv ist³⁰.

Nicht erschlossen hat sich mir, warum Weckerle davon ausgeht, der Gleichheitssatz gebiete gerade das Ausblenden der betriebsindividuellen Verhältnisse³¹. Damit wird die gleichheitsrechtliche Einordnung der Typisierung als

17 BT-Drucks. II/481 S. 78.

18 BT-Drucks. III/1811 S. 9.

19 BT-Drucks. III/1811 S. 9.

20 Weckerle, a.a.O. (Fn. 2), S. 1287.

21 BT-Drucks. 9/795 S. 66.

22 BGBl. I 2009 S. 3790.

23 Auch Anzinger, a.a.O. (Fn. 3), S. 1771 geht davon aus, dass der Gesetzgeber in beiden Fällen dasselbe Typisierungsziel verfolgt.

24 Weckerle, a.a.O. (Fn. 2), S. 1284 f.

25 Weckerle, a.a.O. (Fn. 2), S. 1286.

26 Weckerle, a.a.O. (Fn. 2), S. 1286 f.

27 Weckerle, a.a.O. (Fn. 2), S. 1285 f.

28 Schohl, Renditeunterschiede und Schumpetersche Entwicklung, Dissertation 1992, mit verschiedenen Gründen für unterschiedliche Renditen.

29 Dass dies nicht möglich sei, habe ich entgegen Weckerle, (a.a.O. (Fn. 2), S. 1288 Fn. 49) nicht behauptet.

30 Z.B. BVerfG, Urteil vom 8.2.1983 – 1 BvL 28/79 –, BVerfGE 63 S. 119 (128).

31 Weckerle, a.a.O. (Fn. 2), S. 1287.

Vereinfachungszwecknorm auf den Kopf gestellt. Nicht die individuelle Ermittlung des Stundungsvorteils, sondern das Ausblenden der individuellen Verhältnisse bedarf der Rechtfertigung. Vielmehr offenbart sich das grundsätzliche Problem des Ansatzes von *Weckerle*, wenn er meint, bei individueller Berücksichtigung der jeweiligen Ertragskraft komme es zu einer zweimaligen Besteuerung, woran übrigens auch eine typisierende Verallgemeinerung der Ertragskraft nichts ändert. Die Verallgemeinerung der Unternehmensrendite durch die einheitliche Zinstypisierung hat die Wirkung einer (vorweggenommenen) Sollertragsbesteuerung. Das ist hinnehmbar, wenn dabei auf Kapitalmarktzinsen abgestellt wird, weil diese bei entsprechendem Kapitaleinsatz grundsätzlich von jedermann erwirtschaftet werden können. Auf den unternehmerischen Ertrag trifft dies nicht zu, da er von einer Vielzahl von Faktoren abhängt und zudem deutlich volatil ist als der Zins für langfristige Kapitalanlagen.

3. Unzulässiges Auswechseln der Gesetzesbegründung

Wie dargelegt, hat sich der Gesetzgeber historisch sehr wohl an den Kapitalmarktverhältnissen orientiert. Die Gesetzesbegründung mag nicht vollkommen klar sein, für die Ermittlung der gesetzgeberischen Intention können aber zusätzlich auch die äußeren Umstände herangezogen werden, und dann fällt auf, dass die ursprüngliche Festlegung des Rechnungszinses ebenso wie die späteren Erhöhungen immer mit Veränderungen am Kapitalmarkt korrelierten, nicht dagegen mit Erkenntnissen über die Veränderung der Gesamtkapitalrenditen.

Deshalb lässt sich der Feststellung, dass aufgrund einschneidender Veränderung der Verhältnisse von Verfassungen wegen ein Überprüfungs- und Anpassungsbedarf besteht, nicht entgegenhalten, der Gesetzgeber hätte auch einen anderen Referenzwert zugrunde legen können. Zwar schuldet der Gesetzgeber nur ein verfassungskonformes Gesetz und keine Gesetzesbegründung³². Eine gesetzliche Typisierung lässt sich gleichheitsrechtlich jedoch nur überprüfen, wenn man sich an dem vom Gesetzgeber zugrunde gelegten Sachverhalt orientiert. Nur dann lässt sich feststellen, ob die Typisierung realitätsgerecht ist bzw. veränderten Verhältnissen angepasst werden muss. Auch das Bundesverfassungsgericht misst der Gesetzesbegründung für die Überprüfung staatlicher Eingriffe erhebliche Bedeutung bei; in den jüngsten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zu § 8c Abs. 1 Satz 1 KStG³³ sowie zur Kernbrennstoffsteuer³⁴ war diese fallentscheidend. Gerade der § 8c KStG-Beschluss macht deutlich, dass eine Orientierung an den erkennbaren Zielen des Gesetzgebers, wie sie schon in der Vergangenheit für Lenkungsnormen praktiziert wurde, auch die Rechtfertigung gesetzgeberischer Typisierungen determiniert³⁵.

4. Widerspruch zu den Zielen betrieblicher Altersversorgung

Auch mit den Zielen des BetrAVG ist es unvereinbar, unsichere Unternehmenserträge bei der Abzinsung von Pensionsrückstellungen zugrunde zu legen. Zur Zielerreichung der betrieblichen Altersvorsorge bedarf es möglichst sicherer Kapitalanlagen, um den Unternehmer in die Lage zu versetzen, die spätere Pensionszahlung auch tatsächlich erbringen zu können, falls die Ertragslage des Unternehmens im Zeitpunkt der Fälligkeit der Zahlung nicht (mehr) auskömmlich ist. Damit wird keine rechtliche Pflicht zur Bildung eines

Rückdeckungsvermögens insinuiert³⁶. Wohl aber besteht ein Widerspruch, wenn der Unternehmer durch eine überhöhte Abzinsung zu risikoreicheren Anlagen gezwungen wird, sodass eben nicht gewährleistet ist, dass im Zeitpunkt der Pensionszahlung Kapital bzw. entsprechende Erträge zur Verfügung stehen.

Es mag zutreffen, dass primäres Ziel der Bildung von Pensionsrückstellungen die periodengerechte Zuordnung von Aufwand³⁷ und nicht die Ermöglichung der Bildung von Deckungsvermögen ist. Trotzdem ist nicht von der Hand zu weisen, dass die Ziele der betrieblichen Altersversorgung nur dann erreichbar sind, wenn sichergestellt ist, dass der Arbeitnehmer die zugesagte Pension später auch in voller Höhe erhält. Zudem ist die aufgrund des überhöhten Diskontierungssatzes zu gering ausgewiesene Pensionsrückstellung eben gerade nicht in der Lage, den Aufwand periodengerecht zuzuordnen.

Der Zielkonflikt allein begründet die Verfassungswidrigkeit nicht³⁸, spricht aber dagegen, dem Gesetzgeber die Absicht zu unterstellen, er habe die Abbildung der wirtschaftlichen Belastung durch Pensionszusagen als Ausdruck einer bewussten Regelungsentscheidung³⁹ nicht an die veränderten wirtschaftlichen Rahmenbedingungen angepasst. Die Beibehaltung des Diskontierungssatzes von 6% dürfte vornehmlich der Vermeidung von Einnahmeausfällen dienen, ist aber nicht von einem irgendwie gearteten Steuergerechtigkeitsanliegen geprägt. Die fiskalischen Auswirkungen der Herstellung eines verfassungskonformen Zustandes sind wiederum nicht geeignet, die gleichheitssatzwidrige Belastung zu rechtfertigen⁴⁰.

5. Generelle Bedenken gegen die Bildung von Pensionsrückstellungen

Auch generelle Bedenken gegen die Bildung von Pensionsrückstellungen, wie sie kürzlich von *Doralt*⁴¹ vorgebracht wurden, rechtfertigen es nicht, für die Beurteilung der Realitätsgerechtigkeit der Zinstypisierung auf eine fiktive Eigenkapitalverzinsung abzustellen.

Es bedarf schon deshalb keiner Auseinandersetzung mit dieser These, weil sie auf der Existenz eines unbegrenzten Verlustrücktrags fußt⁴², den es aber bekanntermaßen nicht gibt und im Zweifel auch nie geben wird. Zum anderen können generelle Einwände gegen die Bildung von Pensionsrückstellungen allenfalls ihre vollständige Abschaffung, nicht aber einen realitätsfremden Abzinsungssatz rechtfertigen. Die Abzinsung lässt sich auch nicht in eine partielle Abschaffung der Rückstellung ummünzen, da sie sich je nach tatsächlicher Situation des Unternehmens sehr unterschiedlich auswirkt. Schließlich kann aus einer generellen Kritik der Steuerstundungseffekte auf der Passivseite der Bilanz⁴³ nicht singular eine realitätsfremde Abzinsung für eine einzelne Rückstellungsart abgeleitet werden.

32 Schwarz/*Bravidor*, JZ 2011 S. 653 (659).

33 BVerfG, Urteil vom 29.3.2017 – 2 BvL 6/11 –, DStR 2017 S. 1094.

34 BVerfG, Urteil vom 13.4.2017 – 2 BvL 6/13 –, DStR 2017 S. 1094 (1100 f. und 1104 f.).

35 BVerfG, Urteil vom 29.3.2017, a.a.O. (Fn. 33), S. 1102 und 1106.

36 Entgegen *Weckerle*, a.a.O. (Fn. 2), S. 1286, bin ich auch in der ifst-Schrift (a.a.O. (Fn. 1), S. 88) nicht von einer rechtlichen Pflicht zur Bildung von Rückdeckungsvermögen ausgegangen.

37 *Weckerle* (a.a.O. (Fn. 2), S. 1286) ist insofern zuzustimmen.

38 *Doralt* (a.a.O. (Fn. 10), S. 382) unter Verweis auf BVerfG, Urteil vom 28.11.1984, a.a.O. (Fn. 11), S. 309.

39 Dagegen spricht nicht zuletzt das jüngst beschlossene Gesetz zur Stärkung der betrieblichen Altersversorgung und zur Änderung anderer Gesetze, Bundesratszustimmung am 7.7.2017, BR-Drucks. 447/17, in dem sich der Gesetzgeber deutlich zur betrieblichen Altersversorgung bekennt.

40 Dazu *Hey*, a.a.O. (Fn. 1), S. 119 f.

41 *Doralt*, a.a.O. (Fn. 10); *ders.*, DB 1998 S. 1357.

42 *Doralt*, a.a.O. (Fn. 10), S. 379 ff.

43 Diese dürfte im Übrigen nicht auf Rückstellungen beschränkt werden, sondern müsste konsequenterweise gegen jeden Ansatz einer Verbindlichkeit erhoben werden.

IV. Fazit

1. Die Abzinsungsvorschrift des § 6a Abs. 3 Satz 3 EStG soll den aus der Bildung von Pensionsrückstellungen resultierenden Steuervorteil ausgleichen. Dazu typisiert § 6a Abs. 3 Satz 3 EStG den Zinsvorteil, den der Steuerpflichtige durch die gegenwärtige Bildung der Pensionsrückstellung bei erst deutlich späterer Liquiditätsbelastung in der Auszahlungsphase der Pension erfährt.

2. § 6a EStG führt in verschiedener Hinsicht zu Ungleichbehandlungen. Zum einen gilt die 6%-Abzinsung unabhängig von den individuellen Rückstellungsvorteilen und der individuellen Ertragsituation der pensionsverpflichteten Unternehmen. Dabei wird die unternehmensindividuelle Ertragslage umso wichtiger, je weniger sich der Abzinsungsbetrag durch sichere Anlagen am allen Unternehmen zugänglichen allgemeinen Kapitalmarkt erwirtschaften lässt. Zum anderen kommt es durch die fixe Zinstypisierung im Zeitverlauf zu Ungleichbehandlungen im Verhältnis zum jeweils geltenden Marktzins.

3. Die Abzinsung steht zwar in einem Spannungsverhältnis mit dem Realisationsprinzip⁴⁴, weil ihr zukünftige Erträge zugrunde liegen, die mit dem Rückstellungsbetrag zu erwirtschaften sind, sie ist aber dem Grunde nach zur Rückführung der Pensionsrückstellung auf den Gegenwartswert zu rechtfertigen, soweit sich der Gesetzgeber dabei an einem möglichen Kapitalmarktertrag orientiert.

4. Entgegen vereinzelter Stimmen im Schrifttum ist für die Beurteilung der Realitätsgerechtigkeit der Abzinsung von Pensionsrückstellungen auf den Marktzins abzustellen und nicht auf die unternehmerische Eigen- oder Gesamtkapitalverzinsung. Dabei ist von einem Mischzins, zusammengesetzt aus der Verzinsung langfristiger Kapitalanlagen einerseits und dem Zinssatz für Unternehmensanleihen andererseits, auszugehen. Auch letzterer liegt seit Jahren deutlich unter 6%, sodass der Gesetzgeber verfassungsrechtlich zu einer Absenkung des Zinsfußes des § 6a Abs. 3 Satz 3 EStG verpflichtet ist. § 6a Abs. 3 Satz 3 EStG führt zu einer überhöhten Bemessungsgrundlage. Die hierdurch begründete Steuerbelastung verstößt gegen den allgemeinen Gleichheitssatz.

44 Tiedchen in: Münchener Kommentar zum Bilanzrecht, 2013, § 253 HGB Rn. 52 m.w.N.