

und auch nach dem Inkrafttreten des Alterseinkünftegesetzes<sup>1</sup> (AltEinkG) weiterhin unterliegen<sup>2</sup>.

Erste Veränderungen erfolgten durch die Schließung des Gesamtversorgungssystems und die Einführung des Punktemodells. Die Versorgungstarifverträge<sup>3</sup> eröffnen nämlich den einzelnen Zusatzversorgungskassen die Möglichkeit, in der Pflichtversicherung von der Umlagefinanzierung auf das Kapitaldeckungsverfahren überzugehen (§ 15 Abs. 1 ATV/ATV-K). Vollständig kapitalgedeckt ist zudem von Anfang an die freiwillige (Höher-)Versicherung sämtlicher Zusatzversorgungseinrichtungen, gleichgültig ob die Pflichtversicherung umlage- oder kapitalfinanziert ist (vgl. § 26 Abs. 1 Satz 1 ATV/ATV-K). Unter dem Blickwinkel des Steuerrechts hat dies zur Folge, daß nunmehr an die Kassen nicht nur vorgelagert zu versteuernde Umlagen, sondern auch kapitalgedeckte Beiträge geleistet werden, die unter den Voraussetzungen des § 3 Nr. 63 EStG steuerfrei sind und dann im Versorgungsfall der nachgelagerten Besteuerung nach § 22 Nr. 5 EStG unterliegen<sup>4</sup>. Verkompliziert wird dieses Nebeneinander von vor- und nachgelagerter Besteuerung durch Umlage- und Kapitalfinanzierung innerhalb derselben Einrichtung infolge der Neuregelungen des AltEinkG, wobei sich die Ausführungen hierzu in diesem Beitrag hauptsächlich auf den Anwendungsbereich des § 3 Nr. 63 EStG in der Praxis der Zusatzversorgungskassen sowie auf die Abgrenzung von Alt- zu Neuzusagen im Rahmen der §§ 3 Nr. 63, 40b EStG beschränken (Ziffer I.).

Von aktueller Bedeutung ist ferner die Frage, wie die Arbeitnehmerbeteiligung an den kapitalgedeckten Arbeitgeberbeiträgen steuerrechtlich zu behandeln ist. Fallen diese Beiträge unter § 3 Nr. 63 EStG und wenn nicht, welche Auswirkungen hat dies auf die Zusatzversorgungskassen (Ziffer II.)? Abgerundet wird diese Darstellung mit der Frage, ob der Ausgleichsbetrag (bzw. der Gegenwert gemäß der Terminologie der VBL), den ein Arbeitgeber beim Ausscheiden zur Ausfinanzierung der Anwartschaften seiner Arbeitnehmer und Renten seiner ehemaligen Beschäftigten der Zusatzversorgungskasse zu entrichten hat, lohnsteuerpflichtig ist. Im Mittelpunkt der Betrachtung steht dabei der durch das AltEinkG eingeführte § 40b Abs. 2 Satz 5 EStG sowie eine Entscheidung des FG München vom 29.10.2004, die in jüngster Zeit Gegenstand kritischer Betrachtungen<sup>5</sup> war (Ziffer III.).

## I. Auswirkungen des AltEinkG auf die Zusatzversorgung

Neben einer Vielzahl von sonstigen steuer- und betriebsrentenrechtlichen Neuregelungen<sup>6</sup> ist für die Zusatzversorgungskassen, aber auch für die Arbeitgeber und deren Arbeitnehmer, die steuerrechtliche Bewertung der Umlagezahlungen

Hagen Hügelschäffer, München

# Aktuelle steuerrechtliche Fragen in der Zusatzversorgung des öffentlichen und kirchlichen Dienstes\*

Fragen des Steuerrechts standen über viele Jahre hinweg bei den Zusatzversorgungseinrichtungen des öffentlichen und kirchlichen Dienstes (d.h. bei der VBL und bei den kommunalen und kirchlichen Zusatzversorgungskassen) nicht gerade im Mittelpunkt des Tagesgeschäfts. Dies war in erster Linie darauf zurückzuführen, daß bis zur Ablösung des Gesamtversorgungssystems die Zusatzversorgung durchgehend umlagefinanziert war, und Umlagezahlungen nach Auffassung der Finanzverwaltung der vorgelagerten Besteuerung unterlagen

\* Vortrag gehalten auf der aba-Jahrestagung am 3.5.2005 in Bonn.

1 BGBl. I 2004 S. 1427 ff.

2 Kritisch zu der praktizierten vorgelagerten Besteuerung von Umlagezahlungen vor Inkrafttreten des AltEinkG Birk, BetrAV 2000 S. 315 ff.; zu den verfassungsrechtlichen Bedenken des Ausschlusses der umlagefinanzierten Zusatzversorgungskassen aus dem Anwendungsbereich des § 3 Nr. 63 in der Fassung des AltEinkG Graf, BetrAV 2004 S. 611 ff., Fn. 12 sowie Birk, BetrAV 2001 S. 757 ff.. Die Überlegungen in diesem Beitrag betreffen zwar den Ausschluß der Direktversicherung aus dem Anwendungsbereich des § 3 Nr. 63 EStG in der Fassung des AVmG, lassen sich aber auf den Ausschluß der umlagefinanzierten Zusatzversorgungskassen durch § 3 Nr. 63 EStG in der Fassung des AltEinkG übertragen

3 Für den Bereich des Bundes und der Länder gilt der Tarifvertrag über die betriebliche Altersversorgung der Beschäftigten des öffentlichen Dienstes (Tarifvertrag Altersversorgung - ATV); abgeschlossen von der Bundesrepublik Deutschland, der Tarifgemeinschaft deutscher Länder und der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände einerseits und der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft ver.di und der dbb Tariftunion andererseits. Für den kommunalen Bereich gilt der Tarifvertrag über die zusätzliche Altersversorgung der Beschäftigten des öffentlichen Dienstes (Altersvorsorge-TV-Kommunal - ATV-K); abgeschlossen von der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände einerseits und der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft ver.di und der dbb Tariftunion andererseits.

4 Graf, a.a.O. (Fn. 2), S. 613.

5 Heger, BB 2005 S. 749 ff.; Höfer/Küpper, ZTR 2005 S. 181 ff.

6 Gesamtüberblick bei Graf, a.a.O. (Fn. 2).

(Ziffer 1) und der kapitalgedeckten Beiträge (Ziffer 2) von besonderem Interesse, da diese Aufwendungen fortlaufend während des Beschäftigungsverhältnisses zu entrichten sind und je nach vor- oder nachgelagerter Besteuerung zum Teil beachtliche Auswirkungen auf die Höhe des Nettoentgelts der Arbeitnehmer sowie auf den Gesamtaufwand der Arbeitgeber für die Zusatzversorgung haben.

## 1. Umlagefinanzierte Zusatzversorgung

Eine für die Zusatzversorgung bedeutsame Regelung des AltEinkG ist der zum 1.1.2002 rückwirkende<sup>7</sup> Ausschluß der umlagefinanzierten Einrichtungen aus dem Anwendungsbereich des § 3 Nr. 63 EStG durch den Zusatz „zum Aufbau einer kapitalgedeckten betrieblichen Altersversorgung“. Denn schon kurz nach dem Inkrafttreten des § 3 Nr. 63 EStG in der Fassung des AVmG<sup>8</sup> zum 1.1.2002 hat die Finanzverwaltung den Standpunkt vertreten, daß von § 3 Nr. 63 EStG in seiner damaligen Fassung nur kapitalgedeckte, nicht aber umlagefinanzierte Pensionskassen – und somit die Mehrzahl der Zusatzversorgungseinrichtungen des öffentlichen Dienstes, die steuerrechtlich den Pensionskassen gleichgestellt sind<sup>9</sup> – erfaßt seien<sup>10</sup>.

Durch den oben genannten Zusatz in § 3 Nr. 63 EStG soll nach dem Willen des Gesetzgebers die bisherige Praxis der vorgelagerten Besteuerung der umlagefinanzierten Zusatzversorgung festgeschrieben werden. Zum Ausgleich bleibt den umlagefinanzierten Einrichtungen aber § 40b EStG erhalten, der nunmehr nur noch für Zuwendungen eines Arbeitgebers zum Aufbau einer nicht kapitalgedeckten betrieblichen Altersversorgung gilt. Obwohl § 40b EStG in der neuen Fassung (n.F.) zum 1.1.2005 in Kraft getreten ist, gilt er im Bereich der Zusatzversorgung unterschiedslos für Altzusagen (d.h. Versorgungszusagen, die vor dem 1.1.2005) erteilt worden sind und für nach diesem Stichtag erteilte Neuzusagen<sup>11</sup>.

## 2. Beitragsfinanzierte Zusatzversorgung

### a) Anwendungsbereich

Selbst wenn die Pflichtversicherung bei den meisten Kassen im Wege des Umlageverfahrens finanziert wird, nimmt die beitragsfinanzierte Zusatzversorgung in der Zwischenzeit einen immer wichtigeren Raum ein. Beitragsfinanziert und somit von § 3 Nr. 63 EStG erfaßt sind zunächst die Arbeitgeberbeiträge aus dem ersten Dienstverhältnis innerhalb der gesetzlich festgelegten Höchstgrenze im Rahmen der Pflichtversicherung an die (vollständig) kapitalgedeckten Einrichtungen. Hierzu zählen in der Praxis die kirchlichen Zusatzversorgungskassen<sup>12</sup>.

Ferner erstreckt sich § 3 Nr. 63 EStG auch auf die Arbeitgeberbeiträge zur Pflichtversicherung an den vollständig kapitalgedeckten Abrechnungsverband II, den einige (noch) umlagefinanzierte kommunale Kassen neben dem Umlageverband eingeführt haben. Beiträge im Sinne des § 3 Nr. 63 EStG werden darüber hinaus an die sogenannten mischfinan-

zierten Kassen geleistet<sup>13</sup>. Deren Finanzierung der Pflichtversicherung setzt sich sowohl aus Umlagezahlungen als auch aus kapitalgedeckten Zusatzbeiträgen zusammen. Voraussetzung für die Steuerfreiheit nach § 3 Nr. 63 EStG ist, daß diese Zusatzbeiträge von den Umlagen getrennt abgerechnet und verwaltet werden (sogenanntes „Trennungsprinzip“<sup>14</sup>), was durch die Satzungen der jeweiligen Einrichtungen auch sichergestellt ist<sup>15</sup>.

Ausschließlich durch Beiträge wird die im Jahr 2002 eingeführte freiwillige Versicherung finanziert. § 3 Nr. 63 EStG erfaßt aber nur Beiträge im Rahmen der Entgeltumwandlung. Sofern der Arbeitnehmer die „Riester-Förderung“ in Anspruch nehmen möchte, ist ihm dagegen der Weg über § 3 Nr. 63 EStG versperrt, da in diesem Fall die Beiträge aus zuvor individuell versteuertem und verbeitragtem Arbeitsentgelt stammen müssen<sup>16</sup>. Im Gegensatz zu den arbeitgeberfinanzierten Beiträgen kann die Entgeltumwandlung nur noch bis Ende 2008 sozialversicherungsfrei durchgeführt werden<sup>17</sup>. Der in § 3 Nr. 63 EStG normierte Höchstbetrag ist zunächst für die arbeitgeberfinanzierte Pflichtversicherung und erst anschließend für die Entgeltumwandlung auszuschöpfen<sup>18</sup>.

### b) Höhe

Hinsichtlich der Höhe gilt, daß kapitalgedeckte Beiträge des Arbeitgebers aus dem ersten Dienstverhältnis an die Zusatzversorgungskassen, die Pensionskassen im Sinne des Steuerrechts sind, bis zu einer Höhe von 4% der Beitragsbemessungsgrenze in der Rentenversicherung der Arbeiter und Angestellten<sup>19</sup> (d.h. 2.496 Euro im Jahr 2005) nach § 3 Nr. 63 Satz 1 EStG steuerfrei sind<sup>20</sup>.

Bei Neuzusagen, die nach dem 1.1.2005 erteilt wurden, erhöht sich dieser Grenzwert um 1.800 Euro, die aber sozialversicherungspflichtig sind. Allerdings ist bei Inanspruchnahme dieses Erhöhungsbetrags die Möglichkeit der Pauschalversteuerung nach § 40b EStG a.F. ausgeschlossen (§ 52 Abs. 6 Satz 3 EStG). Zusammen stehen somit im Rahmen der beitragsfinanzierten Zusatzversorgung dem Beschäftigten bei einer Neuzusage insgesamt 4.296 Euro (2.496 + 1.800 Euro) zur Verfügung.

Auch bei Altzusagen kann zunächst der Rahmen von 4% der Beitragsbemessungsgrenze ausgeschöpft werden. Anders als bei Neuzusagen steht dem Versicherten bei Altzusagen über § 52 Abs. 5a EStG noch der § 40b EStG in der a.F. zur Verfügung, wonach der Arbeitgeber die Zuwendungen bis zu einer Grenze von 1.752 Euro pro Jahr pauschal mit 20% versteuern kann. Zusammen stehen somit im Rahmen der beitragsfinanzierten Zusatzversorgung dem Beschäftigten bei einer Altzusage insgesamt 4.248 Euro (2.496 + 1.752 Euro) zur Verfügung.

### c) Abgrenzung von Alt- und Neuzusage in der Zusatzversorgung

Angesichts der oben dargestellten Abweichungen bei den Höchstgrenzen stellt sich die Frage, wann bei der Zusatzver-

7 Art. 18 Abs. 1 AltEinkG (Inkrafttreten).

8 Gesetz zur Reform der gesetzlichen Rentenversicherung und zur Förderung eines kapitalgedeckten Altersvermögens – AVmG – vom 26.6.2001, BGBl. I S. 1310 ff.

9 R 129 Abs. 4 der Lohnsteuer-Richtlinien (LStR) zu § 40b EStG; BFH, Urteil vom 22.9.1995 – VI R 52/95 –, BStBl. II 1996 S.136 ff. = BetrAV 1996 S. 118; Sarrazin, BetrAV 2003 S. 189 ff. (189 m.w.N.).

10 Schreiben des BMF vom 5.8.2002 – IV C 4 – S 2222 – 295/02 –, BStBl. I 2002 S. 767 ff.; auszugsweise abgedruckt in BetrAV 2002 S. 539 ff., Rn. 159; Sarrazin, a.a.O. (Fn. 9), S. 191 f.; anderer Auffassung Papp, Lohn + Gehalt, Mai 2003 S. 51 ff.; Wolf, BetrAV 2003 S. 110 ff. (111).

11 BMF-Schreiben vom 17.11.2004, Steuerliche Förderung der privaten Altersvorsorge und betrieblichen Altersversorgung, BStBl. I 2004 S. 1061 ff., auszugsweise abgedruckt in BetrAV 2004 S. 745 ff., Rn. 209, Satz 4.

12 Vgl. Graf, a.a.O. (Fn. 2), S. 612.

13 Horlemann, BetrAV 2004 S. 688 ff. (690).

14 BMF-Schreiben vom 17.11.2004, a.a.O. (Fn. 11), Rn. 170.

15 § 55 der Mustersatzung (MS) der Arbeitsgemeinschaft kommunale und kirchliche Altersversorgung (AKA) e.V.

16 Langenbrink/Mühlstädt, Betriebsrente der Beschäftigten des öffentlichen Dienstes, 2. Auflage 2003, Rn. 236.

17 § 2 Abs. 2 Ziffer 5 ArEV, Langenbrink/Mühlstädt, a.a.O. (Fn. 16), Rn. 243.

18 BMF-Schreiben vom 17.11.2004, a.a.O. (Fn. 11), Rn. 176; Niernnami, DB 2004 S. 1449 ff. (1450); Harder-Buschner, Neue Wirtschafts-Briefe (NWB) Nr. 8 vom 21.2.2005, Fach 3 S. 13217 ff. (13244).

19 Hierbei gilt einheitlich die Beitragsbemessungsgrenze „West“ – BMF-Schreiben vom 17.11.2004, a.a.O. (Fn. 11), Rn. 173.

20 Papp, a.a.O. (Fn. 10), S. 51; Wolf, a.a.O. (Fn. 10), S. 111; Langenbrink/Mühlstädt, a.a.O. (Fn. 16), Rn. 190 ff.

sorgung von einer Alt- bzw. von einer Neuzusage auszugehen ist. Dies ist insbesondere vor dem Hintergrund von Bedeutung, daß bei der Zusatzversorgung neben der flächendeckenden geltenden Pflichtversicherung auch die Möglichkeit der freiwilligen Versicherung besteht, für die sich allein im kommunalen und kirchlichen Bereich bis Ende 2004 insgesamt 153.000 Beschäftigte entschieden haben, wovon mit etwa 77.000 etwas mehr als die Hälfte eine Entgeltumwandlungsabrede abgeschlossen haben. Angesichts dieses Mengengerüsts taucht in der Praxis das Problem auf, daß die Pflichtversicherung vor dem 1.1.2005, die freiwillige Versicherung aber erst zu einem späteren Zeitpunkt abgeschlossen worden ist.

Bei der Abgrenzung von Alt- und Neuzusage gilt zunächst das Prinzip, daß auf die arbeitsrechtliche bzw. betriebsrentenrechtliche Verpflichtungserklärung des Arbeitgebers abzustellen ist. Bezogen auf die Pflichtversicherung in der Zusatzversorgung als rein arbeitgeberfinanzierte Versorgungsregelung ist dies der Beginn des Beschäftigungsverhältnisses, da zu diesem Zeitpunkt die Versicherungspflicht entsteht (§ 2 Abs. 1 Satz 1 ATV/ATV-K). Bei einer im Rahmen der freiwilligen Versicherung abgeschlossenen Entgeltumwandlungsabrede ist dagegen der Zeitpunkt maßgeblich, zu dem diese Vereinbarung abgeschlossen wird. Liegen jedoch zwischen dem Abschluß der Vereinbarung und der erstmaligen Herabsetzung des Arbeitslohns wegen der Entgeltumwandlungsabrede mehr als 12 Monate, gilt die Versorgungszusage erst im Zeitpunkt der erstmaligen Herabsetzung als erteilt<sup>21</sup>.

Mit Blick auf die Zusatzversorgung des öffentlichen und kirchlichen Dienstes ist aufgrund der vorstehend beschriebenen Differenzierung in dem Einführungsschreiben des BMF vom 17.11.2004 zwischen arbeitgeberfinanzierten Versorgungsregelungen und Entgeltumwandlungsabreden der Rückschluß zu ziehen, daß der Abschluß einer Entgeltumwandlung im Rahmen der freiwilligen Versicherung als eigenständige Versorgungszusage neben der Pflichtversicherung einzuordnen ist<sup>22</sup>. Hierfür spricht, daß von der Pflichtversicherung grundsätzlich sämtliche Beschäftigten erfaßt werden, während der Abschluß der freiwilligen Versicherung auf einer autonomen Entscheidung des Arbeitnehmers beruht. Ferner können – im Gegensatz zur Pflichtversicherung – bei der Entgeltumwandlungsabrede bestimmte Risiken, wie der Hinterbliebenen- und/oder der Erwerbsminderungsschutz, abgewählt werden. Soziale Komponenten, wie es die Pflichtversicherung in § 9 Abs. 1 und 2 ATV/ATV-K für Elternzeiten bzw. für Zurechnungszeiten bei Erwerbsminderung vorsieht, sind im Rahmen der Entgeltumwandlungsabrede nicht vorgesehen. Ferner erfolgt die Finanzierung der freiwilligen Versicherung bei sämtlichen Zusatzversorgungseinrichtungen ausnahmslos im Kapitaldeckungsverfahren, während die Pflichtversicherung größtenteils – bzw. vor der Umstellung auf das Punktemodell sogar durchgängig – im Umlageverfahren finanziert wird. Schließlich bestehen für die Pflicht- und für die freiwillige Versicherung getrennte Abrechnungsverbände, so daß Einnahmen, Ausgaben und Kapitalanlagen – ähnlich wie bei zwei getrennten Durchführungswegen – voneinander getrennt verwaltet werden (§ 27 Abs. 1 und 2 ATV/ATV-K). Für die Zusatzversorgung hat dies somit zur Folge, daß grundsätzlich ein Nebeneinander von Alt- und Neuzusage bestehen kann, wenn die Pflichtversicherung vor dem 1.1.2005, die Entgeltumwandlungsabrede aber erst zu einem späteren Zeitpunkt erstmalig abgeschlossen wurde.

Differenzierter gestaltet sich die Lage bei der Änderung einer bereits bestehenden Versorgungszusage. Das BMF hat in sei-

nem Einführungsschreiben vom 17.11.2004 eine Reihe von Beispielen genannt, wann bei einer Änderung von einer Alt- bzw. von einer Neuzusage auszugehen ist<sup>23</sup>.

Mit Blick auf die Zusatzversorgung liegt danach eine *Altzusage* vor, wenn:

– im Rahmen der *freiwilligen Versicherung* die Beiträge erhöht oder vermindert werden oder wenn eine bereits erteilte Versorgungszusage um ein biometrisches Risiko vermindert wird (Beispiel: spätere Abwahl des Hinterbliebenen- oder des Erwerbsminderungsschutzes)<sup>24</sup>. Aus dem Gesamtzusammenhang dieses Einführungsschreibens geht ferner hervor, daß ebenfalls eine *Altzusage* vorliegt, wenn in der Zusatzversorgung die bereits bestehende Versorgungszusage um ein zusätzliches biometrisches Risiko erweitert wird. Denn von einer Neuzusage ist nämlich nur dann auszugehen, wenn diese Erweiterung kumulativ mit einer Beitragserhöhung verbunden ist<sup>25</sup>. Bei der freiwilligen Versicherung findet aber bei der Zuwahl eines ausgeschlossenen biometrischen Risikos keine Beitragserhöhung statt, sondern es entfallen lediglich die Zuschläge im Versorgungsfall<sup>26</sup>.

– bei der *Pflichtversicherung* nach dem 1.1.2005 der Arbeitgeber, der Mitglied einer kommunalen Zusatzversorgungskasse ist, vom umlagefinanzierten Abrechnungsverband I in den kapitalgedeckten Abrechnungsverband II wechselt und die Arbeitsverhältnisse seiner Arbeitnehmer – und somit auch die Pflichtversicherung – schon vor diesem Stichtag begründet worden sind. In diesem Fall handelt es sich um *Altzusagen*, da lediglich die Finanzierungsform gewechselt worden ist<sup>27</sup>, nämlich vom Umlageverfahren auf das Kapitaldeckungsverfahren, ohne daß dieser Wechsel Auswirkungen auf die Versorgungszusage hat. Ebenfalls liegt eine *Altzusage* vor, wenn im Zusammenhang mit einem Betriebsübergang nach § 613a BGB nach diesem Stichtag die Arbeitnehmer zu einem neuen Arbeitgeber wechseln, der dann die Mitgliedschaft im kapitalgedeckten Abrechnungsverband II erwirbt<sup>28</sup>.

## II. Steuerliche Behandlung der Arbeitnehmerbeteiligung am kapitalgedeckten Arbeitgeberbeitrag

### 1. Einleitung

Durch den 1. Änderungstarifvertrag zum ATV/ATV-K vom 31.1.2003<sup>29</sup> wurde in § 37a ATV/ATV-K für das Tarifgebiet Ost mit Wirkung zum 1.1.2003 der Arbeitnehmerbeitrag zur Pflichtversicherung eingeführt. Dieser belief sich im ersten Jahr auf 0,2% und erhöhte sich ab dem 1.1.2004 auf 0,5% des zusatzversorgungspflichtigen Entgelts (§ 37a Abs. 1 Satz 1 ATV/ATV-K). Für jeden Prozentpunkt, um den der allgemeine Bemessungssatz Ost über den Bemessungssatz von 92,5% angehoben wird, erhöht sich zeitgleich der Arbeitnehmerbeitrag um 0,2 Prozentpunkte (§ 37a Abs. 1 Satz 2 ATV/ATV-K). Im Zeitpunkt des Erreichens eines Bemessungssatzes Ost von 97% steigt der Arbeitnehmerbeitrag auf den Höchstsatz von 2% (§ 37a Abs. 1 Satz 4 ATV/ATV-K).

In der Praxis sind von dieser tarifvertraglichen Regelung diejenigen Arbeitnehmer betroffen, die im Abrechnungsverband Ost der VBL sowie bei den kommunalen Gebietskas-

23 Rn. 203 und 204.

24 Rn. 203, 1. Spiegelstrich („Verminderung der Leistungen“).

25 Rn. 204, 1. Spiegelstrich.

26 Vgl. Buchst. D Ziffer 2 der Muster-AVB der AKA für die freiwillige Versicherung (Muster-AVB); § 6 Abs. 3 der Allgemeinen Versicherungsbedingungen für die freiwillige Versicherung in Anlehnung an das Punktemodell – VBLextra (AVBeatra).

27 Rn. 203, 2. Spiegelstrich.

28 Rn. 203, a.E.

29 Vertiefend *Bergmann*, ZTR 2003 S. 478 ff. (479).

21 BMF-Schreiben vom 17.11.2004, a.a.O. (Fn. 11), Rn. 202.

22 Vgl. auch *Harder-Buschner*, a.a.O. (Fn. 18), S. 13241 f., Beispiel 11.

sen der neuen Bundesländer versichert sind. Vergleichbare Regelungen bestehen auch vereinzelt im Bereich der kirchlichen Zusatzversorgungskassen. In Teilen des kirchlich-diakonischen Dienstes refinanzieren die Arbeitgeber einen Teil des Pflichtbeitrags durch Einbehalt vom Arbeitslohn der Beschäftigten. Grundlage sind entsprechende Regelungen in den kirchlich-diakonischen Arbeitsvertragsrichtlinien<sup>30</sup>. Anders als bei der VBL findet aber diese Beteiligung der Arbeitnehmer an den Pflichtbeiträgen der Arbeitgeber im Satzungsrecht der kirchlichen Zusatzversorgungskassen keinen Niederschlag. Insbesondere fehlt es an einer Satzungsregelung, wonach eine Rückzahlungsverpflichtung der Kasse gegenüber dem einzelnen Arbeitnehmer für den Fall der nicht erfüllten Wartezeit besteht<sup>31</sup>.

Im Gegensatz zu den Umlage-Beiträgen der Beschäftigten gemäß § 16 Abs. 1 ATV/ATV-K, die bereits im ehemaligen, durchgängig umlagefinanzierten Gesamtversorgungssystem eingeführt worden waren<sup>32</sup>, wird diese Arbeitnehmereigenbeteiligung jedoch bei manchen Kassen dem kapitalgedeckten Abrechnungsverband zugeführt. Dies betrifft im tarifgebundenen Bereich vor allem den Abrechnungsverband Ost der VBL (§ 66a VBLS), aber auch einige kommunale Gebietskassen in den neuen Bundesländern sowie in Einzelfällen die durchgehend im Kapitaldeckungsverfahren finanzierte kirchliche Zusatzversorgung.

## 2. Rechtliche Bewertung

Ausgangspunkt der nachfolgenden Ausführungen ist, daß diese Arbeitnehmereigenbeteiligung an kapitalgedeckten Pflichtbeiträgen des Arbeitgebers erfolgt, die wiederum unstreitig unter § 3 Nr. 63 EStG fallen. Umstritten ist jedoch die Frage, ob auch die Arbeitnehmereigenbeteiligung von dieser Vorschrift erfaßt wird.

Nach Auffassung der Finanzverwaltung<sup>33</sup> fällt diese Arbeitnehmereigenbeteiligung nicht unter den Anwendungsbereich des § 3 Nr. 63 EStG, selbst wenn die Pflichtbeiträge des Arbeitgebers kapitalgedeckt und somit in den festgelegten Grenzen steuerfrei sind. Es handele sich nämlich nicht um rein arbeitgeberfinanzierte Beiträge, die zusätzlich zum ohnehin geschuldeten Arbeitslohn erbracht werden. Auch sei die Arbeitnehmereigenbeteiligung nicht als Entgeltumwandlungsabrede einzuordnen, für die § 3 Nr. 63 EStG beansprucht werden könnte. Vielmehr handele es sich um Eigenbeiträge im Sinne des § 1 Abs. 2 Nr. 4 BetrAVG, für die die Steuerfreiheit nicht in Betracht käme. Vor diesem Hintergrund sei auch § 40b EStG nicht anwendbar, der ebenfalls von Zuwendungen des Arbeitgebers für die betriebliche Altersversorgung ausgehe. Allerdings könne – bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 10a bzw. des Abschnitts XI EStG – die „Riester-Förderung“ beansprucht werden. Dies gilt aber nur für die Arbeitnehmereigenbeteiligung, die im Rahmen des Kapitaldeckungsverfahrens erhoben wird, da für die im Umlageverfahren erhobene Arbeitnehmereigenbeteiligung die „Riester-Förderung“ nicht beansprucht werden kann<sup>34</sup>.

Dreh- und Angelpunkt ist die Frage, ob diese Art der Arbeitnehmereigenbeteiligung als Eigenbeiträge im Sinne des § 1 Abs. 2 Nr. 4 BetrAVG einzuordnen ist mit der Folge, daß sie von der Steuerfreiheit nach § 3 Nr. 63 EStG ausgeschlossen ist. § 1 Abs. 2 Nr. 4 BetrAVG wurde durch das Hüttenknapp-

schaftliche Zusatzversicherungsneuregelungsgesetz zum 1.7.2002 eingeführt und erstreckt den Anwendungsbereich des BetrAVG auf die Eigenbeiträge, mit denen der Arbeitnehmer seine späteren Versorgungsleistungen steigern kann<sup>35</sup>. Als Rechtsfolge bestimmt § 1 Abs. 2 Nr. 4 BetrAVG, daß die Regelungen für die Entgeltumwandlung hierbei entsprechend anwendbar sind, soweit die zugesagten Leistungen aus diesen Beiträgen im Wege der Kapitaldeckung finanziert werden. Die Gleichstellung mit der Entgeltumwandlung gilt aber nur für die betriebsrentenrechtlichen Regelungen, wie insbesondere die sofortige Unverfallbarkeit (§ 1b Abs. 5 Satz 1 BetrAVG)<sup>36</sup>, nicht aber für die steuerrechtlichen Regelungen<sup>37</sup>.

Zweifelhaft ist jedoch, ob diese Arbeitnehmereigenbeteiligung im öffentlichen und kirchlichen Dienst tatsächlich unter § 1 Abs. 2 Nr. 4 BetrAVG fällt. Dagegen spricht, daß die Arbeitnehmereigenbeteiligung weder im tariflichen noch im kirchlichen Bereich auf einer vom Arbeitnehmer auf freiwilliger Basis abgeschlossenen Individualvereinbarung beruht (Buchst. a). Auch führt die Arbeitnehmereigenbeteiligung zu keiner zusätzlichen Leistungssteigerung außerhalb der Pflichtversicherung (Buchst. b). Schließlich fehlt es an dem Merkmal einer eigenständigen Verpflichtung des Arbeitnehmers gegenüber der Zusatzversorgungskasse (Buchst. c).

### a) Freiwilligkeit

Soweit nach § 1 Abs. 2 Nr. 4 BetrAVG ein Arbeitnehmer Beiträge aus seinem Entgelt zur Finanzierung von Leistungen der betrieblichen Altersversorgung an eine Versorgungseinrichtung leistet, setzt dies zunächst eine Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer voraus. Die Rechtsform dieser Versorgungsvereinbarung selbst ist nicht vorgeschrieben. Da aber zum notwendigen Inhalt der Versorgungsvereinbarung die Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Beitragszahlung aus seinem Arbeitsentgelt gehört, muß ihm auch das Entscheidungsrecht vorbehalten bleiben, ob er diese Verpflichtung eingetht oder nicht. Insofern liegt § 1 Abs. 2 Nr. 4 BetrAVG das Merkmal der Freiwilligkeit zugrunde. Jede Eigenbeitragszusage beruht somit auf einer Individualvereinbarung. Folglich kann die Entscheidung, ob eine Eigenbeitragszusage abgeschlossen wird, nicht durch die Tarifvertragsparteien oder durch die Betriebspartner ausgeübt werden<sup>38</sup>.

Bei der Arbeitnehmereigenbeteiligung am kapitalgedeckten Arbeitgeberbeitrag im öffentlichen und kirchlichen Dienst liegt jedoch gerade keine Individualvereinbarung des einzelnen Arbeitnehmers vor. Im Bereich des tarifvertraglich geregelten öffentlichen Dienstes werden die Arbeitnehmereigenbeteiligungen aufgrund der tarifvertraglichen Regelungen in § 37a ATV/ATV-K erhoben, was gegen eine betriebsrentenrechtlich geforderte individuelle (d.h. im Dispositionsbereich des einzelnen Arbeitnehmers liegende) Lohnverwendung spricht. Gleiches gilt auch für Teile des kirchlichen Bereichs, wo die Arbeitnehmereigenbeteiligung zwar nicht tarifvertraglich, sondern über Arbeitsvertragsrichtlinien geregelt ist. Allerdings steht auch in diesem Fall das Entscheidungsrecht über das „Ob“ der Entrichtung der Arbeitnehmereigenbeteiligung nicht dem einzelnen Beschäftigten zu<sup>39</sup>.

30 Z.B. § 27a der Arbeitsvertragsrichtlinien (AVR) des Diakonischen Werkes der EKD.

31 So aber § 44 VBLS.

32 § 7 Abs. 1 VersIV-G; § 8 Abs. 1 VersorgungstV.

33 Schreiben des BMF vom 15.1.2004 – IV C 5 S 1901 – 125/03 (nicht veröffentlicht).

34 S. § 82 Abs. 2 Satz 1 Buchst. a) EStG: „..... zum Aufbau einer kapitalgedeckten betrieblichen Altersversorgung ....“.

35 Blomeyer/Otto, Kommentar zum BetrAVG, § 1, Rn. 166.

36 Hinsichtlich des Rechts zur Fortführung mit eigenen Beiträgen und der Überschufverteilung s. die Sonderregelung für Pensionskassen in § 30e Abs. 2 BetrAVG.

37 Blomeyer/Otto, a.a.O. (Fn. 38), § 1 Rn. 167; Hofer, Kommentar zum BetrAVG, § 1, Rn. 2581.

38 Blomeyer/Otto, a.a.O. (Fn. 38), § 1 Rn. 174.

39 Birk, Gutachten vom 8.3.2005 im Auftrag der AKA zu der Frage, ob die in Teilen der kirchlichen Zusatzversorgung praktizierte Arbeitnehmerbeteiligung am Arbeitgeberbeitrag zur Pflichtversicherung von der Steuerbefreiung nach § 3 Nr. 63 EStG erfaßt wird (nicht veröffentlicht), S. 7.

## b) Zusätzliche Leistungssteigerung

Die Regelung in § 1 Abs. 2 Nr. 4 BetrAVG ist zudem vor dem Hintergrund eingeführt worden, zusätzliche Beiträge des Arbeitnehmers zu den Arbeitgeberbeiträgen vom Schutzbereich des BetrAVG zu erfassen<sup>40</sup>. Dies ist aber weder im tarifvertraglichen noch im kirchlichen Bereich der Fall. Denn nach wie vor bleibt es trotz der Arbeitnehmereigenbeteiligung bei der zugesagten betrieblichen Altersversorgung, nämlich bei einer Gesamtleistung, die sich ergeben würde, wenn eine Gesamt-Beitragsleistung von 4% des zusatzversorgungspflichtigen Entgelts vollständig in ein kapitalgedecktes System einbezahlt würde<sup>41</sup>. Die Arbeitnehmereigenbeteiligung ist lediglich eine Art „interne Refinanzierung“ auf der Ebene des Arbeitgebers zu seinen Arbeitnehmern. Eine Erhöhung der Leistungen über das vom Arbeitgeber im Rahmen der Pflichtversicherung erteilte Versorgungsversprechen findet durch die Arbeitnehmereigenbeteiligung gerade nicht statt. Vielmehr verbleibt es weiterhin bei der Leistungszusage auf der vereinbarten 4%-Basis.

## c) Eigenständige Verpflichtung gegenüber einem externen Versorgungsträger

Schließlich muß bei den Eigenbeiträgen im Sinne des § 1 Abs. 2 Nr. 4 BetrAVG der Arbeitnehmer hinsichtlich der Entrichtung der Beiträge gegenüber dem externen Versorgungsträger unmittelbar verpflichtet sein<sup>42</sup>. Schuldner der Beiträge ist demnach der Arbeitnehmer, der Arbeitgeber führt die Beiträge nur ab. Folglich bedient sich der Arbeitnehmer des Arbeitgebers lediglich zur Erfüllung einer ihm (dem Arbeitnehmer) obliegenden externen Verpflichtung<sup>43</sup>. Diese Konstellation liegt bei der hier gegenständlichen Arbeitnehmereigenbeteiligung aber gerade nicht vor. Der Arbeitnehmer bedient sich nicht des Arbeitgebers (als „Erfüllungsgehilfen“), damit dieser eine Verpflichtung des Arbeitnehmers gegenüber der Zusatzversorgungskasse erfüllt. Vielmehr besteht im Bereich der Zusatzversorgung des öffentlichen und kirchlichen Dienstes ausschließlich eine Verpflichtung des Arbeitgebers, nicht aber des einzelnen Versicherten, gegenüber der Zusatzversorgungskasse (§ 16 Abs. 1 ATV/ATV-K). Die Arbeitnehmereigenbeteiligung beruht dagegen einzig und allein auf kollektivrechtlichen Regelungen im „Innenverhältnis“ zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern.

Dieses betriebsrentenrechtliche Erfordernis einer eigenständigen Verpflichtung des Arbeitnehmers gegenüber dem (externen) Versorgungsträger bei Eigenbeiträgen hat bereits Eingang in die steuerrechtliche Rechtsprechung zu § 40b EStG gefunden, der wie § 3 Nr. 63 EStG von Zuwendungen des Arbeitgebers für die betriebliche Altersversorgung ausgeht. So hat der BFH<sup>44</sup> einen Arbeitgeberbeitrag, der zur Anwendung des § 40b EStG führt, nur für den Fall angenommen, bei dem eine ausschließliche Verpflichtung des Arbeitgebers gegenüber der Einrichtung der betrieblichen Altersversorgung bestand. Im Umkehrschluß verneinte der BFH – wie auch später das FG München<sup>45</sup> – die Einordnung einer Zahlung als Arbeitgeberbeitrag im Sinne des § 40b EStG, wenn der Arbeitnehmer hierzu kraft der zugrunde liegenden Versorgungsordnung der Pensionskasse eigenständig verpflichtet war. Zwar ist diese BFH-Entscheidung zu § 40b Abs. 1 EStG in der Fassung der Streitjahre 1980 und 1981 ergangen. Jedoch knüpfte (und knüpft) diese Vorschrift – ebenso wie § 3 Nr. 63 EStG – an Beiträge bzw. Zuwendungen des

Arbeitgebers an, worauf das BMF in seinem Schreiben vom 15.1.2004 im übrigen auch abstellte. Folglich läßt sich aus diesem BFH-Urteil, wie auch aus der Folgeentscheidung des FG München, der Grundsatz herleiten, daß sowohl § 40b EStG als auch § 3 Nr. 63 EStG immer dann anwendbar sind, wenn einzig und allein der Arbeitgeber, nicht aber der einzelne Arbeitnehmer, gegenüber der Versorgungseinrichtung rechtlich verpflichtet ist.

Hinsichtlich der Arbeitnehmereigenbeteiligung ist festzustellen, daß weder im tarifvertraglichen noch im kirchlichen Bereich eine eigenständige Verpflichtung des Arbeitnehmers gegenüber der Zusatzversorgungseinrichtung besteht. Rechtlich verpflichtet gegenüber der Zusatzversorgungskasse ist einzig und allein der Arbeitgeber<sup>46</sup>. Insbesondere im kirchlichen Bereich kommt dies zum Ausdruck, da es dort – im Gegensatz zur VBL<sup>47</sup> – keine Rückzahlungsverpflichtung der Kasse gegenüber dem einzelnen Arbeitnehmer für den Fall der nicht erfüllten Wartezeit gibt. Folglich ist die Arbeitnehmereigenbeteiligung als eine Art „Innenfinanzierung“ der betrieblichen Altersversorgung auf der Ebene zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer einzuordnen, ohne daß dadurch eine Verpflichtung gegenüber dem (externen) Versorgungsträger begründet wird. Mangels eigenständiger Verpflichtung des Arbeitnehmers gegenüber der Zusatzversorgungseinrichtung fallen somit die kapitalgedeckten Arbeitgeberbeiträge einschließlich der Arbeitnehmereigenbeteiligung aufgrund der oben skizzierten Rechtsprechung unter den Anwendungsbereich des § 3 Nr. 63 EStG.

## 3. Systematische Bedenken

Sofern für die Arbeitnehmereigenbeteiligung im öffentlichen und kirchlichen Bereich anstelle des § 3 Nr. 63 EStG die „Riester-Förderung“ beansprucht werden soll, stellen sich außerhalb der vorstehend aufgeworfenen rechtlichen Zweifel im Zusammenhang mit § 1 Abs. 2 Nr. 4 BetrAVG eine Reihe von weiteren systematischen Fragen.

– Ziel der „Riester-Förderung“ ist es zunächst, Anreize zu schaffen, damit sich Arbeitnehmer zusätzlich zu ihrer bereits bestehenden Altersversorgung eine weitere und damit insgesamt höhere Versorgung auf freiwilliger Basis aufbauen können. Ein solcher Anreiz kann aber vor dem Hintergrund der Freiwilligkeit nicht durch eine kollektivrechtliche Lösung erfolgen, da eine obligatorische „Riester-Förderung“ nach dem Willen des Gesetzgebers gerade nicht eingeführt werden sollte<sup>48</sup>. Der Arbeitgeber ist aufgrund kollektivrechtlicher Vereinbarung ohnehin verpflichtet, Umlagen bzw. Beiträge zum Aufbau einer betrieblichen Altersversorgung im Rahmen der Pflichtversicherung einzuzahlen. Insofern würde die „Riester-Förderung“ mittels der Arbeitnehmereigenbeteiligung dem Grundgedanken widersprechen, daß der Abschluß eines „Riester-Vertrags“ auf einer autonomen Entscheidung des Arbeitnehmers beruhen soll.

– Darüber hinaus würden durch die „Riester-Förderung“ für die Arbeitnehmereigenbeteiligung im Rahmen der Pflichtversicherung keine Anreize für eine zusätzliche freiwillige Altersvorsorge geschaffen werden. Im Gegenteil: Würde die „Riester-Förderung“ für die sowieso aufgrund kollektivrechtlicher Verpflichtung zu entrichtenden Beiträge „verbraucht“ werden, entfielen der Anreiz und teilweise auch die Möglichkeit für die Arbeitnehmer, sich mit der „Riester-Förderung“ eine über die bereits vorhandene Absicherung hinausgehende Altersversorgung aufzubauen.

40 Vgl. Blomeyer/Otto, a.a.O. (Fn. 38), § 1 Rn. 166; Bode in: Kemper/Kisters-Kölkes/Berenz/Bode/Pähler, Kommentar zum BetrAVG, § 1 Rn. 447; Höfer, a.a.O. (Fn. 40), § 1 Rn. 2580.

41 S. Präambel zum ATV/ATV-K.

42 Blomeyer/Otto, a.a.O. (Fn. 38), § 1 Rn. 168 und 171.

43 Schwarz/Gurtia, DB 2003 S. 338 ff. (338).

44 BFH, Urteil vom 29.4.1991 – VI R 61/88 –, BStBl. 1991 II S. 647 ff. (648).

45 FG München, Urteil vom 24.1.2002 – 8 K 1180/98 –, EFG 2002 S. 912 f.

46 § 16 Abs. 1 ATV/ATV-K.

47 § 44 VBL.

48 Vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung: „Entwurf eines Gesetzes zur Reform der gesetzlichen Rentenversicherung und zur Förderung eines kapitalgedeckten Altersvorsorgevermögens (Altersvermögensgesetz – AVmG)“, Bundesrats-Drucksache 764/00 vom 23.11.2000 S. 144.

– Auch läge bei der Nichtanwendung des § 3 Nr. 63 EStG bei dieser Art der Arbeitnehmerigenbeteiligung ein Systembruch zum reinen Barlohnverzicht vor. Die Arbeitnehmerigenbeteiligung im tariflichen und kirchlichen Bereich dient lediglich der Innenfinanzierung der betrieblichen Altersversorgung, ohne daß dadurch eine eigenständige Verpflichtung des Arbeitnehmers gegenüber der Zusatzversorgungseinrichtung begründet wird. Sofern aber lediglich eine „Refinanzierung“ der arbeitgeberfinanzierten Altersversorgung im Innenverhältnis vorliegt, stellt sich die Frage, worin bei dieser Konstellation der grundlegende Unterschied zu einer reinen Absenkung der Bruttovergütung bei gleichzeitigem Verzicht des Arbeitgebers auf jegliche interne Beteiligung des Arbeitnehmers an der betrieblichen Altersversorgung liegt<sup>49</sup>. Bei einem derartigen Barlohnverzicht, der im Regelfall für die Arbeitgeber eine Entlastung an Steuern und Sozialversicherungsabgaben und somit eine Senkung der Lohnnebenkosten sowie für die Arbeitnehmer aus denselben Gründen ein höheres Nettoeinkommen zur Folge hätte, wäre die arbeitgeberfinanzierte Altersversorgung – sofern sie kapitalfinanziert ist – nach § 3 Nr. 63 EStG in den festgelegten Grenzen vollständig steuerfrei.

– Ferner hätte die Verweisung auf die „Riester-Förderung“ bei der Eigenbeteiligung im Leistungsfall zur Folge, daß der Versorgungsempfänger beim Wegzug in das europäische Ausland die zuvor erhaltene Förderung zurückzahlen müßte, da die Beendigung der unbeschränkten Steuerpflicht durch Aufgabe des inländischen Wohnsitzes oder gewöhnlichen Aufenthalts in Deutschland einen Fall der schädlichen Verwendung darstellt (§§ 95, 93 EStG). Ohne an dieser Stelle näher auf die Vereinbarkeit dieser Regelungen mit dem Europarecht einzugehen<sup>50</sup>, würde dadurch für einen großen Adressatenkreis, nämlich vor allem für die im öffentlichen Dienst in den neuen Bundesländern beschäftigten Arbeitnehmer, indirekt über eine tarifvertragliche Regelung der mögliche Wegzug in das europäische Ausland wesentlich erschwert werden.

– Die Einführung der „Riester-Förderung“ im Rahmen der Pflichtversicherung würde erhebliche Verwaltungskosten zur Folge haben und somit die Zusatzversorgung insgesamt verteuern. Die für die Einrichtung und die Durchführung des sehr aufwendigen „Riester-Verfahrens“<sup>51</sup> benötigten zusätzlichen Verwaltungskosten sind bisher in der Kalkulation der Pflichtversicherung nicht berücksichtigt. Diese weiteren Ausgaben betreffen vor allem den Mehraufwand für die Zulagenverwaltung und -bearbeitung, für die EDV sowie vor allem für Druck- und Versandkosten, da durch die Einführung der „Riester-Förderung“ für die Arbeitnehmerigenbeteiligung grundsätzlich fast der gesamte Pflichtversichertenbestand betroffen ist. Auf der anderen Seite stünden diesem Verwaltungsaufwand im Ergebnis keine nennenswerten Steigerungen der Versorgungsanwartschaften durch die Zulagen gegenüber. Denn die Zulagen werden nur auf die Arbeitnehmerigenbeteiligung geleistet, die – um das Beispiel der kommunalen Gebietskassen in den neuen Bundesländern zu nehmen – von momentan 0,5% schrittweise bis Mitte 2007 auf 2% des Zusatzversorgungspflichtigen Entgelts steigen wird. Im Ergebnis würden sich für die Beschäftigten unter Zugrundelegung dieser Quoten die Anwartschaften in der Pflichtversicherung durch die Zulagen in einer Größenordnung zwischen weniger als 4 Euro und 12 Euro jährlich erhöhen, was einer monatlichen Versorgungsanwartschaft von etwas über 30 Cent und knapp einem Euro entspricht<sup>52</sup>.

49 Vgl. auch R 129 Abs. 5 IStR (Barlohnkürzung).

50 Kritisch hierzu Hügelschäffer, BetrAV 2002 S. 134 ff.; siehe auch Nachweise bei Schmidt, Kommentar zum EStG, § 95, Rn. 1.

51 S. die Beschreibung des „Riester-Verfahrens“ bei Klatt, Die Pensionskasse in der betrieblichen Altersversorgung, S. 165.

52 Bei diesen Worten wurde von der Annahme ausgegangen, daß die Verpunkung der „Riester-Zulagen“ – grob gerechnet – eine durchschnittliche jährliche Anwartschaft von etwas unter 3 Euro im Jahr auf je 20 Euro geleisteten Zulagen pro berechtigtem Versicherten ergibt.

### III. Lohnsteuerpflichtigkeit des Ausgleichsbetrags / Gegenwerts

Scheidet ein Mitglied (bei der VBL: Beteiligter) aus einer Zusatzversorgungseinrichtung aus, sehen die einzelnen Kassensatzungen die Zahlung eines Ausgleichsbetrags (bei der VBL: Gegenwert) vor<sup>53</sup>. Hintergrund dieser Regelung ist, daß das Mitglied beim Verlassen der Umlagegemeinschaft dieser keine neuen Versicherten mehr zuführt, wodurch sich die Umlagebasis schmälert, gleichzeitig aber die verbleibenden Mitglieder im Umlageverbund die späteren Rentenlasten des ausgeschiedenen Mitglieds tragen müssen. In der Praxis erreichen diese Ausgleichsbeträge (bzw. Gegenwertzahlungen) oft eine beträchtliche Höhe. So beläuft sich beispielsweise der Gegenwert für die ehemals bei der VBL beteiligten Innungskrankenkassen auf ca. 128 Mio. Euro<sup>54</sup>.

In diesem Zusammenhang wird die Ansicht vertreten, daß diese Ausgleichsbeträge einkommensteuerpflichtig seien<sup>55</sup>, wobei in der Praxis häufig schon vor der Neufassung des § 40b Abs. 2 Satz 5 EStG den ausscheidenden Arbeitgebern die Möglichkeit eingeräumt wurde, diesen Betrag pauschal mit 20% zu versteuern, ohne daß dabei die Pauschalierungsgrenzen in § 40b Abs. 2 Sätze 1 bis 4 EStG zur Anwendung kamen<sup>56</sup>. Im Rahmen des AltEinkG hat der Gesetzgeber nunmehr diese Pauschalierungsmöglichkeit in § 40b Abs. 2 EStG durch den neu eingefügten Satz 5 verankert. Dies stößt insbesondere in der Literatur auf Ablehnung<sup>57</sup>.

Außerhalb dieser gesetzlichen Neuregelung ist ferner eine (nicht rechtskräftige) Entscheidung des FG München vom 29.10.2004<sup>58</sup> von Bedeutung, die sich allerdings auf den Veranlagungszeitraum 1999 und somit auf die Rechtslage vor Inkrafttreten des § 40b Abs. 2 Satz 5 EStG bezog. Das Finanzgericht kam zu dem Ergebnis, daß die Zahlung des Ausgleichsbetrags lohnsteuerpflichtig sei, wobei es aber die Pauschalversteuerung durch den Arbeitgeber auch ohne die Grenzen in Abs. 2 zuließ. Im wesentlichen stützte das Finanzgericht seine Begründung auf die Überlegung, daß der Ausgleichsbetrag eine Gegenleistung für die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers im weitesten Sinne sei. Denn durch den Ausgleichsbetrag sei die Zahlung zukünftiger Versorgungsleistungen und somit der Erhalt der Zusatzversorgungseinrichtung sichergestellt, was letztendlich auch dem Arbeitnehmer zugute komme. Ferner sei der Ausgleichsbetrag als „zusammengeballte Umlagezahlung“ anzusehen, die der Ausfinanzierung der aufgelaufenen Anwartschaften und Renten diene, so daß eine steuerrechtliche Gleichbehandlung mit einer gewöhnlichen, vorgelagert versteuerten Umlage gerechtfertigt sei. Schließlich sei auch der Ausgleichsbetrag durch das Beschäftigungsverhältnis veranlaßt mit der Folge, daß die Rechtsprechung des BFH nicht anwendbar sei, der eine Lohnsteuerpflichtigkeit von Zuwendungen an Pensionskassen aufgrund gesetzlich geregelter Zuschußleistungen bzw. die aus sozialpolitischen Gründen oder wegen eines von vornherein nicht vorhersehbaren Kalkulationsirrtums geleistet werden, abgelehnt hatte.

Maßgebende Norm für die Beantwortung der Frage, ob durch den Ausgleichsbetrag eine lohnsteuerpflichtige Einnahme

53 §§ 15 MS, 23 Abs. 2 bis 5 VBLS.

54 Antwort der Bundesregierung auf die kleine Anfrage aus dem Kreis der CDU/CSU-Fraktion: „Kündigung der Mitgliedschaft bei der Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder durch Sozialversicherungsträger“, Bundestags-Drucksache 15/916 vom 6.5.2003 S. 3 = BetrAV 2003 S. 444.

55 Bundestags-Drucksache 15/916 vom 6.5.2003 S. 7; zusammenfassende Darstellung bei Wegner-Walmschaffe, ZTR 2004 S. 395 ff. (398), bei Birk/Hohaus, BetrAV 2004 S. 778 f. sowie bei Förster, BetrAV 2004 S. 592 ff. (596).

56 Nach Höfer/Niemann, ZTR 2003 S. 534 ff. (535, Fn. 7) war diese Praxis – zumindest vor Inkrafttreten des AltEinkG – aber noch nicht festigt.

57 Birk/Hohaus, FR 2003 S. 441 ff.; Birk, BB 2004 S. 974 ff.; Höfer/Kupper, a.a.O. (Fn. 5), S. 183; Heger, a.a.O. (Fn. 5), S. 754.

58 8 K 1587/03 – (nicht veröffentlicht); kommentiert von Höfer/Kupper, a.a.O. (Fn. 5), und Heger, a.a.O. (Fn. 5).

des Arbeitnehmers vorliegt, ist § 19 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG. Danach gehören zu den Einnahmen aus nichtselbständiger Arbeit (= Arbeitslohn) neben Gehältern und Löhnen u.a. auch Bezüge und Vorteile, die für eine Beschäftigung im öffentlichen und privaten Dienst gewährt werden. Nach ständiger Rechtsprechung des BFH liegt Arbeitslohn vor, wenn dem Arbeitnehmer

- Geld oder geldwerte Vorteile
- für eine Beschäftigung
- zugeflossen sind<sup>59</sup>.

### 1. Bereicherung des Arbeitnehmers

Zunächst ist fraglich, ob dem Arbeitnehmer durch den Ausgleichsbetrag (Gegenwert) überhaupt *Geld oder ein geldwerter Vorteil zugeflossen* ist, so daß er dadurch bereichert worden ist. Eine Bereicherung könnte darin liegen, daß sich durch den Ausgleichsbetrag die zukünftige Versorgungssituation der Beschäftigten verbessert hat. Dies ist jedoch nicht der Fall, da die Arbeitnehmer infolge des Ausgleichsbetrages keine zusätzlichen Versorgungsansprüche (bzw. die Versorgungsempfänger keine erhöhten Betriebsrenten) erhalten<sup>60</sup>.

Auch erhalten die Beschäftigten durch den Ausgleichsbetrag keinen mittelbaren geldwerten Vorteil. Ein mittelbarer geldwerter Vorteil könnte darin liegen, daß durch den Ausgleichsbetrag die Auszahlung der jetzigen und zukünftigen Versorgungsansprüche und somit die Funktionsfähigkeit der Zusatzversorgungseinrichtung sichergestellt wird<sup>61</sup>. Konsequenterweise hätte dieser Ansatz zur Folge, daß dann auch die ausgeschiedenen Arbeitnehmer und die Versorgungsempfänger (einschließlich der Hinterbliebenen) von der Steuerpflicht erfaßt werden müßten, da auch deren (zukünftige) Versorgungsansprüche zusätzlich geschützt wären, was aber bislang nicht thematisiert worden ist und was dann auch Folgeprobleme hinsichtlich des Verteilungsschlüssels nach sich ziehen würde. Darüber hinaus hat der BFH (im Zusammenhang mit dem Arbeitgeberanteil zur Sozialversicherung) bereits entschieden, daß aus der bloßen Systemnützigkeit einer Zahlung des Arbeitgebers an eine Versorgungseinrichtung noch nicht auf deren Lohnsteuerpflichtigkeit geschlossen werden kann<sup>62</sup>. Mit Blick auf die Entscheidung des FG München bedarf es auch einer derartigen Sicherstellung nicht, da der Arbeitgeber bereits durch die Entrichtung der Umlagen an die Zusatzversorgungskasse alles Notwendige getan hat, um die Versorgungsansprüche seiner Arbeitnehmer zu begründen<sup>63</sup>. Der Ausgleichsbetrag ist somit keine zusätzliche „letzte Umlage“ mit der Folge, daß er steuerrechtlich den Umlagezahlungen gleichzustellen wäre<sup>64</sup>. Vielmehr ist er eine „Entschädigung“ an die Zusatzversorgungskasse dafür, daß die künftigen Umlagen wegfallen, mit denen die späteren Versorgungsleistungen finanziert werden. Diese „Entschädigung“ beruht nicht auf einer unzureichenden Kalkulation der Umlagesätze, sondern darauf, daß Umlagen prinzipiell nur zur Deckung der laufenden Verpflichtungen in einem bestimmten Deckungsabschnitt verausgabt werden<sup>65</sup>.

Eine Lohnsteuerpflichtigkeit des Ausgleichsbetrags könnte höchstens dann angenommen werden, wenn der Umlagesatz zu Beginn des jeweiligen Deckungsabschnitts zu nied-

rig bemessen war, so daß der Ausgleichsbetrag dann den Charakter einer nachgeholtten Umlage hätte. Infolgedessen hat der BFH eine Bereicherung des Arbeitnehmers – und dementsprechend eine Lohnsteuerpflicht – verneint, wenn der Umlagesatz von vornherein versicherungsmathematisch korrekt kalkuliert war<sup>66</sup>. Dies ist bei den Zusatzversorgungseinrichtungen durchgehend der Fall, da sie zu Beginn eines jeden Deckungsabschnitts den jeweiligen Umlagesatz ermitteln, indem die Umlagen zusammen mit dem Kapitalstock und den Erträgen aus dem Kapitalstock ausreichen müssen, um am Ende des Deckungsabschnitts die zu zahlenden Rentenleistungen einschließlich der Verwaltungskosten abzudecken, wobei dann noch ein satzungsmäßig genau definierter Kapitalstock als Deckungs- oder Liquiditätsreserve vorhanden sein muß<sup>67</sup>. Hiervon ausgehend kann das Ausscheiden eines Arbeitgebers zu einem bestimmten Zeitpunkt im Laufe des Deckungsabschnitts auch nicht vorhergesagt werden und demzufolge auch nicht in die Umlagenkalkulation einfließen<sup>68</sup>. Aufbauend auf der Rechtsprechung des BFH zu Sonderzahlungen an Pensionskassen zur Abdeckung von Fehlbeträgen ist der Ausgleichsbetrag somit nicht lohnsteuerpflichtig, da die Umlagen im Vorfeld zu Beginn des Deckungsabschnitts richtig ermittelt waren. Vor diesem Hintergrund kann eine Lohnsteuerpflichtigkeit auch nicht mit dem Hinweis begründet werden, daß durch das Ausscheiden des Arbeitgebers nachträglich ein Kalkulationsfehler aufgetreten sei, der durch die (dann im Ergebnis steuerpflichtige) Gegenwertzahlung korrigiert werde<sup>69</sup>.

Zusätzlich hat der Arbeitnehmer diese Umlagen – sofern sie der Arbeitgeber nicht pauschal versteuert hat – auch schon individuell vorgelagert besteuert. Sollte somit zusätzlich der Ausgleichsbetrag der Lohnsteuerpflicht unterliegen, hätte dies eine Doppelbesteuerung ein und derselben Anwartschaft zum Ergebnis<sup>70</sup>. Eine Doppelbesteuerung könnte in diesem Fall nur dann nicht angenommen werden, wenn die Beschäftigten infolge des Ausscheidens ihre Ansprüche verlieren und durch den Ausgleichsbetrag wieder zurückerhalten würden. Dies ist aber nach dem Satzungsrecht der Zusatzversorgungseinrichtungen nicht der Fall. Zur Vermeidung einer Doppelbesteuerung müßten in diesem Fall die zuvor vorgelagert versteuerten Umlagezahlungen rückabgewickelt werden<sup>71</sup>, sofern der Ausgleichsbetrag der Besteuerung unterliegt. In diesem Fall würde sich aber die Frage stellen, warum die Umlagezahlungen – wie auch kapitalgedeckte Beiträge an eine Pensionskasse – nicht generell der nachgelagerten Besteuerung unterworfen werden<sup>72</sup>.

Außerdem stellt sich die Frage, welcher geldwerte Vorteil durch den Ausgleichsbetrag einem Mitarbeiter zugeflossen sein soll, der beispielsweise nur 14 Tage vor dem Ausscheiden des Arbeitgebers aus der Zusatzversorgungskasse eingestellt worden ist. Dieser Arbeitnehmer hätte in dieser kurzen Zeit lediglich sehr geringe Anwartschaften erworben, wäre aber dem Grunde nach durch die Lohnsteuerpflichtigkeit des Ausgleichsbetrags belastet. Dasselbe Problem stellt sich für einen älteren Arbeitnehmer, der zum Beispiel zwei Wochen nach der Gegenwertzahlung in den Ruhestand tritt und deswegen auf den Ausgleichsbetrag Lohnsteuer zu entrichten hätte.

59 Birk, a.a.O. (Fn. 60), S. 975 f.

60 Birk, a.a.O. (Fn. 60), S. 976; Birk/Hohaus, a.a.O. (Fn. 5), S. 446; vgl. Heger, a.a.O. (Fn. 5), S. 752; Hofer/Küpper, a.a.O. (Fn. 5), S. 183 f.

61 So aber FG München, a.a.O. (Fn. 48), Ziffer II 2 a; ausdrücklich verneinend für den Fall der Zuwendungen des Trägerunternehmens an eine Pensionskasse zur Bildung der gesetzlich vorgeschriebenen Solvabilitätsspanne: BFH, Urteil vom 12.9.2001 – VI R 154/99 –, BStBl. 2001 II S. 22 ff. = BetrAV 2002 S. 404, Ziffer II 3 Buchst. b Doppelbuchst. aa.

62 Hofer/Küpper, a.a.O. (Fn. 5), S. 184.

63 Birk, a.a.O. (Fn. 60), S. 976.

64 So aber FG München, a.a.O. (Fn. 48), Ziffer II 2 a.

65 Birk, a.a.O. (Fn. 60), S. 976.

66 Birk, a.a.O. (Fn. 60), S. 976 m.w.N.; Birk/Hohaus, a.a.O. (Fn. 60), S. 446; vgl. in diesem Zusammenhang auch das Gutachten des BFH vom 27.3.1958 – VI 1/57 S –, BStBl. III 1958 S. 258 ff., in dem der BFH die Lohnsteuerpflichtigkeit von Aufstockungszahlungen zur Wiederherstellung der Liquidität der Pensionskassen infolge der Umstellung von Reichsmark auf DM verneint hat; vgl. auch BetrAV 1958 S. 80.

67 Langenbrinck/Mühlstädt, a.a.O. (Fn. 16), Rn. 163; Henbeck/Riirap, Finanzierung der Altersversorgung des öffentlichen Dienstes, 2000, S. 22 f.; Birk, BetrAV 2000 S. 315 ff. (315 f.).

68 So auch ausdrücklich vom FG München, a.a.O. (Fn. 48), Ziffer II 2 a cc fest-gestellt.

69 So aber die Schlußfolgerung des FG München, a.a.O. (Fn. 48), Ziffer II 2 a cc.

70 Birk, a.a.O. (Fn. 60), S. 977; Hofer/Küpper, a.a.O. (Fn. 5), S. 184.

71 Vgl. R 129 Abs. 13 ff. LStR.

72 Heger, a.a.O. (Fn. 5), S. 753.

Ein vergleichbarer Arbeitnehmer, der zwei Wochen vor der Gegenwertzahlung bereits ausgeschieden wäre, wäre hier von nicht belastet. Somit hängt die Inanspruchnahme des einzelnen Arbeitnehmers dem Grunde nach von zeitlichen Zufälligkeiten ab und führt insbesondere bei sehr kurzen Beschäftigungsverhältnissen zu teilweise höchst unbefriedigenden Ergebnissen<sup>73</sup>. Ferner hätte die Lohnsteuerpflichtigkeit des Ausgleichsbetrags zur Folge, daß unter Umständen nur wenige – im Extremfall vielleicht nur ein einziger – Arbeitnehmer den Ausgleichsbetrag zu versteuern hätte, sofern der Arbeitgeber zuvor seinen Personalbestand (durch Fluktuation, Kündigungen, Ausgliederungen oder dgl.) drastisch reduziert hätte<sup>74</sup>.

Folglich kann durch den Ausgleichsbetrag den Beschäftigten kein Geld oder geldwerter Vorteil zufließen. Sofern der Ausgleichsbetrag der Steuerpflicht unterworfen wird, würde somit dem Arbeitnehmer ein fiktiver Vorteil zugerechnet werden, der in Wirklichkeit nicht vorhanden ist. Allerdings erlaubt das Gesetz nicht die Besteuerung von fiktiven Bereicherungen, sondern stellt auf den tatsächlichen Zufluß geldwerter Vorteile ab (§§ 19 Abs. 1, 11 Abs. 1 EStG)<sup>75</sup>.

## 2. Veranlassung durch das Dienstverhältnis

Darüber hinaus ist zweifelhaft, ob der Ausgleichsbetrag durch das *Dienstverhältnis* zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer *veranlaßt* worden ist. Mit anderen Worten muß sich die Zahlung des Ausgleichsbetrags als die Gegenleistung für die Zurverfügungstellung der individuellen Arbeitskraft erweisen<sup>76</sup>.

Anlaß für die Zahlung des Gegenwerts ist das Ausscheiden des Arbeitgebers aus der Zusatzversorgungskasse und nicht die Arbeitsleistung des Beschäftigten. Für den Arbeitgeber besteht die Verpflichtung zur Zahlung des Ausgleichsbetrags auf der versicherungsrechtlichen Ebene zur Kasse<sup>77</sup>, nicht aber auf der arbeitsrechtlichen Ebene zu seinem Mitarbeiter. Damit liegt die Ursache für den Ausgleichsbetrag außerhalb des Beschäftigungsverhältnisses<sup>78</sup>. In vergleichbar gelagerten Fällen, bei denen es um Zuzahlungen an Pensionskassen ging, die ihre Ursache ebenfalls außerhalb des Arbeitsverhältnisses hatten, wie beispielsweise die gesetzlich geregelten Zuschußleistungen aus sozialpolitischen Gründen<sup>79</sup> oder gesonderte Zuführungen zur Bildung der gesetzlich vorgeschriebenen Solvabilitätsspanne<sup>80</sup>, hat der Bundesfinanzhof im Ergebnis ebenfalls die Lohnsteuerpflichtigkeit verneint, da sie keinem Arbeitnehmer konkret zugeordnet werden können<sup>81</sup>.

Auch aus der Perspektive der Arbeitnehmer handelt es sich nicht um eine Entlohnung. Das belegt schon die Überlegung, daß die Zahlung nicht angefallen wäre, wenn der Arbeitgeber weiterhin Mitglied der Zusatzversorgungskasse geblieben wäre<sup>82</sup>. Die Entscheidung eines Arbeitgebers, die Zusatzversorgungskasse zu verlassen, ist aber regelmäßig eine unternehmenspolitische Entscheidung<sup>83</sup>, die außerhalb des eigentlichen Arbeitsverhältnisses liegt.

## 3. Begründung der Steuerpflichtigkeit über § 40b Abs. 2 Satz 5 EStG?

Die vorstehenden Bedenken gegen eine Steuerpflichtigkeit des Ausgleichsbetrags werden auch nicht durch den im Rahmen des AltEinkG eingeführten § 40b Abs. 2 Satz 5 EStG aufgefangen. Danach gelten die in den Sätzen 1 bis 4 genannten Grenzwerte je Beschäftigten nicht bei der Entrichtung des Ausgleichsbetrags, so daß der Arbeitgeber den gesamten Betrag gemäß § 40b Abs. 1 EStG pauschal mit 20% versteuern kann. Diese Neuregelung ist vor dem Hintergrund zu sehen, daß ansonsten – bei unterstellter Lohnsteuerpflichtigkeit des Ausgleichsbetrags – die Arbeitnehmer oberhalb der in § 40b Abs. 2 Sätze 1 bis 4 EStG definierten Schwellenwerte den Ausgleichsbetrag individuell zu versteuern hätten<sup>84</sup>.

Allerdings ist § 40b EStG lediglich eine Pauschalierungsvorschrift, so daß eine Lohnsteuerpflichtigkeit dem Grunde nach bestehen muß<sup>85</sup>. Somit statuiert § 40b Abs. 2 Satz 5 EStG selbst noch keine Lohnsteuerpflichtigkeit, sondern setzt diese dem Grunde nach voraus. Sofern aber dem Grunde nach der Ausgleichsbetrag nicht lohnsteuerpflichtig ist, kann eine Lohnsteuerpflichtigkeit nicht über die Pauschalierungsvorschrift des § 40b Abs. 2 Satz 5 EStG fingiert werden<sup>86</sup>, es sei denn, daß diese Vorschrift neben der Regelung zur Pauschalierungsfähigkeit zudem einen „Sondertatbestand“ enthielte, der die Lohnsteuerpflichtigkeit des Ausgleichsbetrags begründet. Diese Auslegungsmöglichkeit scheidet aus Gründen der Gesetzssystematik aus. Die Lohnsteuerpflichtigkeit dem Grunde nach wird an anderer Stelle – nämlich in § 19 EStG – geregelt. Dem Gesetzgeber ist nicht zu unterstellen, daß er durch die Neuregelung in § 40b Abs. 2 Satz 5 EStG nebenbei auch eine Ausweitung der bisherigen Grenzen der Lohnsteuer vornehmen wollte<sup>87</sup>.

Problematisch ist darüber hinaus bei § 40b EStG, daß der Arbeitgeber zur Pauschalierung der Lohnsteuer berechtigt, aber nicht verpflichtet ist. Dies hat zur Folge, daß im Falle der Weigerung des Arbeitgebers der Arbeitnehmer als originärer Steuerschuldner mit der Lohnsteuer zu belasten wäre, die im Falle des Ausgleichsbetrags oftmals eine beachtliche Höhe erreicht<sup>88</sup>.

§ 40b Abs. 2 Satz 5 EStG ist in der letzten Konsequenz auch systemwidrig, da er in der ab dem 1.1.2005 geltenden Fassung im Ergebnis nur noch für umlagefinanzierte Einrichtungen gilt<sup>89</sup>. Der Ausgleichsbetrag ist aber der Beitrag eines ausscheidenden Mitglieds zur vollständigen Ausfinanzierung der Renten und Anwartschaften<sup>90</sup>, so daß er im Ergebnis ein kapitalgedeckter Beitrag an eine Pensionskasse ist, der wiederum – wenn er steuerpflichtig wäre – in den Anwendungsbereich des § 3 Nr. 63 EStG fällt bzw. eine dem § 3 Nr. 66 EStG vergleichbare Ausnahmeregelung darstellt<sup>91</sup>.

## IV. Schlußbetrachtung

Obwohl steuerrechtliche Fragestellungen im Bereich der Zusatzversorgung des öffentlichen und kirchlichen Dienstes im Zuge der Systemumstellung und wegen der Neuregelungen im AltEinkG an Komplexität zugenommen haben, konnte in vielen Fällen eine praxisgerechte Handhabung erreicht werden. Dennoch verbleibt eine Reihe von ungelösten Problemen, die alsbald im Interesse der Arbeitnehmer, der Arbeitgeber, aber auch der Zusatzversorgungskassen einer umsetzbaren und für alle Beteiligten zufrieden stellenden Lösung zugeführt werden sollten.

73 Höfer (Hrsg.), *Recht und Praxis der betrieblichen Altersversorgung* 2/2003 S. 12 f.

74 Vgl. Heger, a.a.O. (Fn. 5), S. 753; Höfer/Küpper, a.a.O. (Fn. 5), S. 185.

75 Birk, a.a.O. (Fn. 60), S. 977.

76 Birk, a.a.O. (Fn. 60), S. 976 m.w.N.; Birk/Hohaus, a.a.O. (Fn. 60), S. 446.

77 S. hierzu auch die Überschriften zu den §§ 11 ff. der MS („Das Mitgliedsverhältnis“) sowie §§ 19 ff. VBLS („Beteiligung an der Anstalt“), die die Beziehung der Kassen zu den Arbeitgebern – und somit die versicherungsrechtliche Ebene – zum Gegenstand haben.

78 Heger, a.a.O. (Fn. 5), S. 753.

79 BFH, Urteil vom 30.5.2001 – VI R 159/99 –, BStBl. 2001 II S. 815 ff.

80 BFH, Urteil vom 12.9.2001, a.a.O. (Fn. 54).

81 Heger, a.a.O. (Fn. 5), S. 753.

82 Birk, a.a.O. (Fn. 60), S. 976 f.; Birk/Hohaus, a.a.O. (Fn. 60), S. 446.

83 Höfer (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 76), S. 10 f.; vgl. auch Bundestags-Drucksache 15/916 vom 6.5.2003, S. 3.

84 Vgl. Gesetzesbegründung zu § 40b EStG in der Fassung des AltEinkG, Bundestags-Drucksache 15/2150, zu Art. 1 Nr. 19 Buchst. a.

85 Vgl. Schmidt, *Kommentar zum EStG*, § 40 Rn. 1.

86 Birk, a.a.O. (Fn. 60), S. 978; ders. *BetrAV* 2004 S. 342; im Ergebnis auch Heger, a.a.O. (Fn. 5), S. 754.

87 Höfer/Küpper, a.a.O. (Fn. 5), S. 183.

88 Höfer/Küpper, a.a.O. (Fn. 5), S. 184.

89 Niemann, a.a.O. (Fn. 18), S. 1454.

90 So auch vom FG München, a.a.O. (Fn. 48), Ziffer II 2 a ausdrücklich festgestellt.

91 Heger, a.a.O. (Fn. 5), S. 754.