

§ 40b

Pauschalierung der Lohnsteuer bei bestimmten Zukunftssicherungsleistungen

idF des EStG v. 8.10.2009 (BGBl. I 2009, 3366; BStBl. I 2009, 1346)

(1) Der Arbeitgeber kann die Lohnsteuer von den Zuwendungen zum Aufbau einer nicht kapitalgedeckten betrieblichen Altersversorgung an eine Pensionskasse mit einem Pauschsteuersatz von 20 Prozent der Zuwendungen erheben.

(2) ¹Absatz 1 gilt nicht, soweit die zu steuernden Zuwendungen des Arbeitgebers für den Arbeitnehmer 1752 Euro im Kalenderjahr übersteigen oder nicht aus seinem ersten Dienstverhältnis bezogen werden. ²Sind mehrere Arbeitnehmer gemeinsam in der Pensionskasse versichert, so gilt als Zuwendung für den einzelnen Arbeitnehmer der Teilbetrag, der sich bei einer Aufteilung der gesamten Zuwendungen durch die Zahl der begünstigten Arbeitnehmer ergibt, wenn dieser Teilbetrag 1752 Euro nicht übersteigt; hierbei sind Arbeitnehmer, für die Zuwendungen von mehr als 2148 Euro im Kalenderjahr geleistet werden, nicht einzubeziehen. ³Für Zuwendungen, die der Arbeitgeber für den Arbeitnehmer aus Anlass der Beendigung des Dienstverhältnisses erbracht hat, vervielfältigt sich der Betrag von 1752 Euro mit der Anzahl der Kalenderjahre, in denen das Dienstverhältnis des Arbeitnehmers zu dem Arbeitgeber bestanden hat; in diesem Fall ist Satz 2 nicht anzuwenden. ⁴Der vervielfältigte Betrag vermindert sich um die nach Absatz 1 pauschal besteuerten Zuwendungen, die der Arbeitgeber in dem Kalenderjahr, in dem das Dienstverhältnis beendet wird, und in den sechs vorangegangenen Kalenderjahren erbracht hat.

(3) Von den Beiträgen für eine Unfallversicherung des Arbeitnehmers kann der Arbeitgeber die Lohnsteuer mit einem Pauschsteuersatz von 20 Prozent der Beiträge erheben, wenn mehrere Arbeitnehmer gemeinsam in einem Unfallversicherungsvertrag versichert sind und der Teilbetrag, der sich bei einer Aufteilung der gesamten Beiträge nach Abzug der Versicherungssteuer durch die Zahl der begünstigten Arbeitnehmer ergibt, 62 Euro im Kalenderjahr nicht übersteigt.

(4) In den Fällen des § 19 Absatz 1 Satz 1 Nummer 3 Satz 2 hat der Arbeitgeber die Lohnsteuer mit einem Pauschsteuersatz in Höhe von 15 Prozent der Sonderzahlungen zu erheben.

(5) ¹§ 40 Absatz 3 ist anzuwenden. ²Die Anwendung des § 40 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 auf Bezüge im Sinne des Absatzes 1, des Absatzes 3 und des Absatzes 4 ist ausgeschlossen.

Autor: Dr. Klaus J. **Wagner**, Vors. Richter am FG, Düsseldorf
Mitherausgeber: Dr. Winfried **Bergkemper**, Richter am BFH aD, Lenggries

Inhaltsübersicht

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 40b . 1

	Anm.		Anm.
I. Grundinformation zu § 40b	1	2. Verhältnis zu § 3	8
II. Rechtsentwicklung des § 40b	2	3. Verhältnis zu § 4c	9
III. Bedeutung des § 40b	3	4. Verhältnis zum Sonderausgabenabzug (§ 10 Abs. 1 Nr. 2)	10
1. Steuersystematische und wirtschaftliche Bedeutung	3	5. Verhältnis zu § 19 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Satz 2	11
2. Bedeutung im Rahmen der betrieblichen Altersversorgung	4	6. Verhältnis zu § 22 Nr. 5	12
IV. Geltungsbereich des § 40b	5	7. Verhältnis zu den Vorschriften des BetrAVG	13
V. Verhältnis des § 40b zu anderen Vorschriften	6	8. Verhältnis zu den Vorschriften der Sozialversicherung	14
1. Verhältnis zu anderen lohnsteuerrechtlichen Vorschriften	6	9. Verhältnis zum Arbeitsrecht	15
a) Verhältnis zu den anderen Pauschalierungsvorschriften	6	10. Verhältnis zu kirchensteuerrechtlichen Regelungen	16
b) Verhältnis zum Regelbesteuerungsverfahren	7	11. Verhältnis zum Solidaritätszuschlag	17
		VI. Verfahrensfragen zu § 40b	19

B. Erläuterungen zu Abs. 1: Lohnsteuerpauschalierung bei Zuwendungen an eine Pensionskasse . . 20

	Anm.		Anm.
I. Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Pauschalierung mit 20 % bei Zuwendungen an eine Pensionskasse	20	4. Gesetzlicher Pauschsteuersatz (20 % der Zuwendung)	31
1. Pauschalierungsfähige Zuwendungen	20	II. Übergangsregelung für Beiträge für eine Direktversicherung des Arbeitnehmers, für die eine Versorgungszusage vor dem 1.1. 2005 erteilt wurde (Abs. 1 aF iVm. § 52 Abs. 40)	32
2. Pauschalierungswahlrecht des Arbeitgebers („kann“)	21	1. Gegenstand der Übergangsregelung	32
3. Zuwendungen zum Aufbau einer nicht kapitalgedeckten betrieblichen Altersversorgung	28	2. Voraussetzungen der Pauschalierung für Beiträge für eine Direktversicherung im Rahmen der Übergangsregelung	34
a) Zuwendungen	28		
b) Pensionskasse	29		
c) Arbeitnehmer als begünstigter Personenkreis	30		

	Anm.		Anm.
a) Beitragsbegriff	34	d) Besondere Voraussetzungen der Pauschalierung bei Direktversicherungen (Abs. 1 Satz 2 aF)	37
b) Begriff der Direktversicherung	35		
c) Begünstigte Direktversicherungen im Einzelnen	36		

**C. Erläuterungen zu Abs. 2:
Pauschalierungsgrenzen 44**

	Anm.		Anm.
I. Individuelle Grenzen für Pauschalierungen nach Abs. 1 (Abs. 2 Satz 1)	44	lenden Anteils der Zuwendungen	47
1. Höchstbetrag von 1 752 € im Kalenderjahr (Abs. 2 Satz 1 Alt. 1)	44	3. Folgen der Durchschnittsberechnung	48
2. Bezug der zu besteuerten Zuwendungen aus einem ersten Dienstverhältnis (Abs. 2 Satz 1 Alt. 2)	45	III. Vervielfältigung der individuellen Pauschalierungsgrenze bei Zuwendungen aus Anlass der Beendigung des Dienstverhältnisses (Abs. 2 Satz 3)	53
II. Durchschnittsberechnung der Pauschalierungsgrenze bei mehreren Arbeitnehmern (Abs. 2 Satz 2)	46	1. Beendigung des Dienstverhältnisses als Anlass der Zuwendungen	53
1. Voraussetzung der Durchschnittsberechnung: Gemeinsame Versicherung mehrerer Arbeitnehmer in einer Pensionskasse	46	2. Berechnung der Pauschalierungsgrenze	54
2. Berechnung des auf die einzelnen Arbeitnehmer entfallenden		IV. Anrechnung bereits pauschalsteuerter Zuwendungen auf den Vervielfältigungsbetrag (Abs. 2 Satz 4)	55

**D. Erläuterungen zu Abs. 3:
Lohnsteuerpauschalierung mit einem Steuersatz von 20 % bei Beiträgen für eine Gruppenunfallversicherung 60**

	Anm.		Anm.
I. Begünstigte Unfallversicherungen	60	IV. Besondere Voraussetzungen der Pauschalierung nach Abs. 3	63
II. Pauschalierungswahlrecht des Arbeitgebers	61	1. Gemeinsame Versicherung mehrerer Arbeitnehmer in einem Unfallversicherungsvertrag	63
III. Gesetzlich bestimmter Pauschalierungssatz	62	2. Pauschalierungsgrenze: Jährlicher Höchstbetrag von 62 €	64

**E. Erläuterungen zu Abs. 4:
Lohnsteuerpauschalierungspflicht mit
einem Steuersatz von 15 % bei bestimmten
Sonderzahlungen 70**

Anm.

Anm.

I. Pauschalierungspflicht für Sonderzahlungen	70
II. Tatbestandvoraussetzungen der Pauschalierung nach Abs. 4	71

III. Rechtsfolgen der Pauschalierung nach Abs. 4 . .	72
---	-----------

**F. Erläuterungen zu Abs. 5:
Folgen der Pauschalierung 77**

Anm.

Anm.

I. Anwendung des § 40 Abs. 3 (Abs. 5 Satz 1)	77
---	-----------

II. Ausschluss der Anwendung des § 40 Abs. 1 Nr. 1 (Abs. 5 Satz 2)	78
---	-----------

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 40b

Schrifttum: HARTMANN, Möglichkeiten der pauschalen Lohnsteuer bei Zukunftssicherungsleistungen, Inf. 1994, 301; KORN, Steuervorteilhafte Abfindungsregelungen bei der Auflösung von Arbeitsverhältnissen, KÖSDI 1996, 10532; BIRK, Die Besteuerung der betrieblichen Altersversorgung – Reformbedarf und Gestaltungsmöglichkeiten des Gesetzgebers, DB 1999, 168; BIRK, Verfassungsfragen der Neuregelung der betrieblichen Altersversorgung, BB 2002, 229; WELLSCH, Steuerplanung bei der betrieblichen Altersvorsorge in Deutschland, StuW 2003, 20; ECKERLE, Die Reform der betrieblichen Altersversorgung durch das Alterseinkünftegesetz, BB 2004, 2549; HORLEMANN, Überblick über das Alterseinkünftegesetz, FR 2004, 1049; HORLEMANN, Steuerliche Neuregelungen des Alterseinkünftegesetzes, BetrAV 2004, 688; ALBERT, Vereinfachung bei der Lohnsteuer durch Typisierung, Bochumer Schriften zum Steuerrecht 2005, 139; BICK/STROHNER, Grundzüge der betrieblichen Altersversorgung nach dem Alterseinkünftegesetz, DStR 2005, 1033; NÄTH/WELLSCH, Änderungen bei der betrieblichen Altersvorsorge durch das Alterseinkünftegesetz, BB 2005, 18; ARNDT, Lohnsteuerliche Behandlung von Direktversicherungen, StBW 2010, 645; BERGEMPER, Lohnzuwendungen im Bereich der betrieblichen Altersvorsorge, FR 2011, 1043; KIRSCHENMANN, Betriebliches Altersvorsorge – Aktuelle Übersicht zu geltenden Rechtslage, BB 2011, 1687; STROHNER, Zweifelsfragen zur Pauschalierung der Einkommensteuer, SteuK 2012, 287; KILLAT, Update zur betrieblichen Altersversorgung, DB 2013, 1925; SCHREHARDT, Steuerliche Förderung der privaten Altersvorsorge und der betrieblichen Altersversorgung, DStR 2013, 2489; SCHWINGER/STÖCKLER, Betriebliche Altersversorgung: Aktuelle Bewertungsfragen und notwendige Modernisierung, DStR 2013, 2306; ULBRICH/SCHWEBE, Eher nachteilig als förderlich: Das BMF-Schreiben vom 24.7.2013 aus dem Blickwinkel der bAV, BB 2013, 2973; SONNLEITNER/ENGELS/WINKELHOG, Pauschale Lohnsteuer auf Gegenwertzahlungen verfassungswidrig? – Jahrelanger Streit zwischen dem BFH und der Finanzverwaltung geht in die nächste Runde, BB 2014, 791; UCKERMANN/HEILCK/EVERSLOH, Sozialversicherungsrechtliche Behandlung der be-

trieblichen Altersversorgung, DStR 2014, 1009; PLENKER, Steuerliche Neuerungen bei der betrieblichen Altersversorgung durch das sog. Betriebsrentenstärkungsgesetz ab 1.1.2018, DB 2017, 1545; PLENKER, Steuer- und sozialversicherungsrechtliche Besonderheiten bei der bAV aufgrund des Betriebsrentenstärkungsgesetzes ab 1.1.2018, DB 2018, 81.

Verwaltungsanweisungen: R 40b LStR, H 40b LStH; BMF v. 24.7.2013 – IV C 3 - S 2015/11/10002, BStBl. I 2013, 1022; BMF v. 13.1.2014 – IV C 3 - S 2015/11/10002 :018 – DOK 2014/0007769, BStBl. I 2014, 97; BMF v. 13.3.2014 – IV C 3 - S 2257 - b/13/10009 – DOK 2014/0232639, BStBl. I 2014, 554; BMF v. 6.12.2017 – IV C 5 - S 2333/17/10002 – DOK 2017/0989084, BStBl. I 2018, 147.

I. Grundinformation zu § 40b

1

Bestimmte Zukunftssicherungsleistungen (zum Begriff s. Anm. 3) können im Wege der LStPauschalierung mit gesetzlich festgelegten StSätzen besteuert werden. Nach Abs. 1 ist eine Pauschalierung mit einem festen StSatz von 20 % für Zuwendungen an eine Pensionskasse möglich. Die Pauschalierungsmöglichkeit wird durch die Pauschalierungsgrenzen in Abs. 2 eingeschränkt. Die Pauschalierung ist ausgeschlossen, wenn die Aufwendungen des ArbG einen Betrag von 1752 € übersteigen oder die Beiträge oder Zuwendungen nicht aus dem ersten Dienstverhältnis des ArbN stammen. Erfolgt die Zuwendung zugunsten mehrerer gemeinsam versicherter ArbN, ist für die Pauschalierungsgrenze auf die durchschnittliche Zuwendungshöhe abzustellen (s. Anm. 46). Die Pauschalierungsgrenze vervielfältigt sich, sofern die Beiträge und Zuwendungen seitens des ArbG aus Anlass der Beendigung des Dienstverhältnisses geleistet werden (s. Anm. 53). Eine weitere Pauschalierungsmöglichkeit sieht Abs. 3 für Beiträge für eine Unfallversicherung vor, wenn mehrere ArbN gemeinsam in einem Unfallversicherungsvertrag versichert sind und der durchschnittliche Beitrag 62 € nicht überschreitet. Während dem ArbG in den Pauschalierungsfällen der Abs. 1 und 3 ein Pauschalierungswahlrecht zusteht (s. Anm. 21), ist er nach Abs. 4 zur Pauschalierung verpflichtet, wenn er Sonderzahlungen an eine Versorgungseinrichtung gem. § 19 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Satz 2 leistet. Der Pauschsteuersatz beträgt 15 %. Hinsichtlich der Rechtsfolgen der Pauschalierung verweist Abs. 5 Satz 1 für alle Pauschalierungsfälle auf § 40 Abs. 3 als Grundnorm. Abs. 5 Satz 2 enthält eine gesetzliche Bestimmung zum Konkurrenzverhältnis der Pauschalierung nach § 40b zu § 40 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1.

Übergangsregelungen und Sondervorschriften:

► *Fortgeltungsregelung von § 40b Abs. 1 aF für Altzusagen:* § 52 Abs. 40 Sätze 1 und 2 knüpfen an die frühere Übergangsregelung des § 52 Abs. 52b Abs. 1 und 2 an; sie trägt dem Umstand Rechnung, dass ab 2005 die Möglichkeit der Pauschalbesteuerung für Beiträge einer kapitalgedeckten bAV aufgehoben wurde. Wie schon bisher ist aber eine Pauschalversteuerung bei sog. Altzusagen möglich, wenn die Beiträge auf einer Versorgungszusage beruhen, die vor dem 1.1.2005 erteilt wurde. Die Neufassung der Übergangsregelung durch das Betriebsrentenstärkungsg v. 23.8.2017 (BGBl. I 2017, 2314; BStBl. I 2017, 1278) soll Abgrenzungsfragen vermeiden, die durch Abstellen der Verteilung der Versorgungszusage auf den Stichtag 31.12.2004 bzw. 1.1.2005 entstanden sind. Im Grundsatz gilt: Wurde für einen ArbN aufgrund einer Altzusage vor dem 1.1.2018 ein Beitrag – zulässigerweise – nach § 40b aF pauschal besteuert, bleibt die Pauschalierungsfähigkeit lebenslang erhalten (BRDrucks. 780/16, 62; s. Anm. 32).

► *Vorgängerregelung der Fortgeltungsregelung*: § 52 Abs. 52b Sätze 1 und 2 aF sahen iVm. § 52 Abs. 6 eine Übergangsregelung für Altfälle vor, für die eine Pauschalierung von Beiträgen für eine Direktversicherung noch möglich ist.

► *Erstmalige Anwendung der Pauschalierungspflicht nach Abs. 4*: Nach § 52 Abs. 52b Satz 3 aF ist § 40b Abs. 4 erstmals auf Sonderzahlungen anzuwenden, die nach dem 23.8.2006 gezahlt werden.

► *Regelungen in der LStDV*: § 5 LStDV sieht besondere Aufzeichnungs-, Mitteilungs- und Aufbewahrungspflichten im Rahmen der bAV vor, insbes. für die Übergangsregelung für die Pauschalierung von Direktversicherungsbeiträgen.

2

II. Rechtsentwicklung des § 40b

Zur Rechtsentwicklung der Pauschalierungsvorschriften allg. s. § 40 Anm. 2.

Vorläufer: Ihre ersten Vorläufer hat die Pauschalierungsvorschrift des § 40b in zwei Erlassen des RdF v. 14.10.1940 (RStBl. 1940, 897) und v. 22.12.1941 (RStBl. 1941, 969). Zuweisungen eines ArbG an Pensions- oder UKassen konnten mit einem Pauschsteuersatz von 6 % besteuert werden; diente die Zuweisung der Sanierung einer Pensionskasse, betrug der StSatz 3 %. Nach Kriegsende blieb es zunächst bei der Regelung durch Verwaltungsanweisungen, die nach der Einf. des § 40 durch das Gesetz zur Änderung strechtl. Vorschriften v. 26.7.1957 (BStBl. I 1957, 356) aufgrund der darin enthaltenen Verordnungsermächtigung auf § 35b LStDV gestützt wurde.

BetrAVG v. 19.12.1974 (BGBl. I 1974, 3610; BStBl. I 1974, 530): § 40b erhielt seine heutige Gestalt als Pauschalierungsvorschrift für bestimmte Zukunftssicherungsleistungen; der gesetzliche Pauschsteuersatz betrug 10 %. Die Pauschalierungsmöglichkeit war zunächst auf die Beiträge des ArbG zu einer Direktversicherung des ArbN und die Zuwendungen an eine Pensionskasse beschränkt.

StReformG 1990 v. 25.7.1988 (BGBl. I 1988, 1093; BStBl. I 1988, 224): Der StSatz wurde von 10 % auf 15 % angehoben, da sich der niedrige StSatz zu einer übermäßigen StVergünstigung entwickelt hatte (BTDrucks. 100/88). Zugleich wurde die Pauschalierungsgrenze des Abs. 2 wegen des Fortfalls des Zukunftssicherungs-Freibetrags erhöht.

WoBauFG v. 22.12.1989 (BGBl. I 1989, 2408; BStBl. I 1989, 505) erstreckte die Pauschalierungsmöglichkeit des § 40b auf die Beiträge zu einer Gruppenunfallversicherung der ArbN.

StÄndG 1991 v. 24.6.1991 (BGBl. I 1991, 1322; BStBl. I 1991, 665) stellte klar, dass bei der Berechnung der Pauschalierungsgrenze des Abs. 3 die Versicherungsteuer außer Ansatz bleibt.

JStG 1996 v. 11.10.1995 (BGBl. I 1995, 1250; BStBl. I 1995, 438): Ab VZ 1996 wurde der StSatz für alle Pauschalierungsfälle auf den noch heute gültigen StSatz von 20 % angehoben.

StEuglG v. 19.12.2000 (BGBl. I 2000, 1790; BStBl. I 2001, 3): Anpassung der Beträge in Abs. 2 und 3 in Folge der Währungsumstellung auf Euro; die Umstellung erfolgte nicht exakt nach dem amtlichen Umstellungskurs von 1,95583, um weiterhin „glatte“ Monatsbeträge beizubehalten.

AltEinkG v. 5.7.2004 (BGBl. I 2004, 1427; BStBl. I 2004, 554): In Abs. 1 wurde in Satz 1 die Möglichkeit der Pauschalbesteuerung von Beiträgen zu Direktversicherungen gestrichen und der Kreis der begünstigten Zuwendungen an Pensi-

onskassen auf solche Zuwendungen beschränkt, die nicht zum Aufbau einer kapitalgedeckten bAV dienen; ferner wurde Satz 2 aufgehoben. In Abs. 2 wurde der Ausschluss von Direktversicherungen redaktionell nachvollzogen und ein neuer Satz 5 angefügt. Abs. 4 Satz 2 wurde redaktionell an die Neufassung des Abs. 1 angepasst.

► *Zeitlicher Anwendungsbereich:* Die Änderungen durch das AltEinkG sind gem. § 52 Abs. 52b Satz 1 aF grds. nur auf nach dem 31.12.2004 erteilte Versorgungszusagen (Neuzusagen) anzuwenden. Für Zusagen, die vor dem 1.1.2005 erteilt wurden (sog. Altzusagen), besteht die Möglichkeit der Pauschalbesteuerung auch weiterhin. Soweit die betreffenden Direktversicherungen auch in den Anwendungsbereich des § 3 Nr. 63 fallen, gilt dies aber gem. § 52 Abs. 52a Satz 2 aF nur, wenn der ArbN gegenüber dem ArbG gem. § 52 Abs. 6 aF den Verzicht auf die StFreiheit erklärt hat. Zur Übergangsregelung s. Anm. 32.

JStG 2007 v. 13.12.2006 (BGBl. I 2006, 2878; BStBl. I 2007, 28): In Abs. 4 wurde ein neuer Pauschalierungstatbestand geschaffen. Der ArbG ist zur Pauschalierung verpflichtet, wenn er Sonderzahlungen leistet, die nach § 19 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Satz 2 als Arbeitslohn zu qualifizieren sind. Es besteht kein Pauschalierungswahlrecht des ArbG. Die Pauschalierung nach Abs. 4 ist erstmals für Sonderzahlungen anzuwenden, die nach dem 23.8.2006 (Datum des Kabinettsbeschlusses) geleistet werden (§ 52 Abs. 52b Satz 3). Der bisherige Abs. 4 wurde redaktionell umgegliedert in Abs. 5. Abs. 2 Satz 5 in der bisherigen Fassung wurde im Hinblick auf die Neuregelung gestrichen.

BetriebsrentenstärkungsG v. 23.8.2017 (BGBl. I 2017, 2314; BStBl. I 2017, 1278): Die Übergangsregelung zur Fortgeltung von § 40b Abs. 1 und 2 in der am 31.12.2004 geltenden Fassung wurde in § 52 Abs. 40 neu gefasst. Neben einer Altzusage setzt die Pauschalbesteuerung voraus, dass vor dem 1.1.2018 ein Beitrag geleistet wurde, der pauschal versteuert wurde (s. Anm. 32).

III. Bedeutung des § 40b

1. Steuersystematische und wirtschaftliche Bedeutung

3

Gesetzessystematik: Als Pauschalierungsvorschrift ist § 40b (wie § 40) dem Abschn. „Steuererhebung“ zugeordnet und bildet damit eine Sondervorschrift zum LStAbzugsverfahren. Es treten feste StSätze an die Stelle einer aufgrund der individuellen Besteuerungsmerkmale des ArbN ermittelten Steuer. Hinsichtlich der Rechtsfolgen verweist Abs. 5 Satz 1 auf § 40 Abs. 3. Abs. 1 und 3 begründen Wahlrechte, Abs. 4 führt zur Pauschalierungspflicht, die der BFH für verfassungswidrig hält (s. Anm. 72).

Abs. 5 Satz 2 enthält eine Sonderregelung zum Verhältnis zu § 40 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 (s. Anm. 78).

Förderung bestimmter Zukunftssicherungsleistungen:

► *Förderwirkung des § 40b:* Bei den Pauschalsteuersätzen von 20 % (Abs. 1 und 3) bzw. 15 % (Abs. 4) tritt eine Begünstigungswirkung ein, wenn der StSatz günstiger ist als der individuelle StSatz. In den Fällen der Pflichtpauschalierung nach Abs. 4 tritt keine Förderungswirkung ein. Im Gegenteil kann es zu einer StBelastung führen, wenn der ArbG die StLast auf den ArbN überwälzt (s. Anm. 15).

► *Begriff der Zukunftssicherungsleistung:* Der in der Überschrift des § 40b verwandte Begriff „Zukunftssicherungsleistung“ wird im Gesetzestext selbst weder er-

währt noch definiert. Eine Definition der Zukunftssicherung enthält § 2 Abs. 2 Nr. 3 LStDV. Danach werden diejenigen Ausgaben als Zukunftssicherungsleistungen dem Arbeitslohn zugerechnet, die ein ArbG leistet, um einen ArbN oder diesem nahestehende Personen für den Fall der Krankheit, des Unfalls, der Invalidität, des Alters oder des Todes abzusichern.

Vereinfachungszweck: Infolge der geringer werdenden Bedeutung der Förderungswirkung tritt der mit der Anwendung fester Stätze verbundene Vereinfachungszweck zunehmend in den Vordergrund. Eine weitere Vereinfachung liegt in der Abgeltungswirkung des Abs. 5 Satz 1 iVm. § 40 Abs. 3. In den Fällen des Abs. 4 soll der Vereinfachungszweck darin liegen, dass bei Sonderzahlungen zugunsten einer Vielzahl der Aufwand des ArbG für die Ermittlung der individuellen StLast des ArbN gemindert wird und sich der Prüfungsaufwand für die FinVerw. minimiert (BTDrucks. 16/2712).

4 2. Bedeutung im Rahmen der betrieblichen Altersversorgung

Die Bedeutung des § 40b für die bAV besteht zT in der Schaffung strechtl. Rahmenbedingungen, die einen Anreiz für betriebliche Versorgungssysteme schaffen sollen. Allerdings ist seit 2005 die Anreizwirkung auf Zuwendungen an eine Pensionskasse zum Aufbau einer nicht kapitalgedeckten bAV (Abs. 1 Satz 1) und die Beiträge für eine Unfallversicherung (Abs. 3) beschränkt. Im Übrigen besteht die Bedeutung in der vereinfachten Besteuerung von Sonderzahlungen iSd. § 19 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Satz 2.

5 IV. Geltungsbereich des § 40b

Sachlicher Geltungsbereich: Die Pauschalierung der LSt nach § 40b ist nur für die im Gesetz ausdrücklich genannten Zukunftssicherungsleistungen zulässig (Abs. 1 und 3) bzw. verpflichtend (Abs. 4). Die Pauschalbesteuerung ist nur im Bereich der Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit (§ 19) möglich. Bei anderen Einkunftsarten kommt eine Pauschalierung nach § 40b nicht in Betracht.

Persönlicher Geltungsbereich: Die Pauschalierung ist sowohl bei unbeschränkt als auch bei beschränkt stpfl. ArbN möglich. Die Durchführung der Pauschalbesteuerung obliegt allein dem ArbG, der ArbN selbst kann im Verhältnis zum FA keine pauschale Besteuerung von Zukunftssicherungsleistungen verlangen (zu Einzelheiten s. Anm. 21). Zur Pauschalierung sind nur ArbG berechtigt, die zum LStAbzug nach § 38 verpflichtet sind, da als Sonderform der LStErhebung an § 38 angeknüpft wird.

V. Verhältnis des § 40b zu anderen Vorschriften

1. Verhältnis zu anderen lohnsteuerrechtlichen Vorschriften

6 a) Verhältnis zu den anderen Pauschalierungsvorschriften

Verhältnis zu § 40 Abs. 1 Nr. 1: Nach Abs. 5 Satz 2 ist die Anwendung des § 40 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 auf Bezüge des § 40b Abs. 1, 3 und 4 ausgeschlossen. Dies gilt auch für die den Höchstbetrag des Abs. 2 übersteigenden Beträge. Hingegen kann eine Pauschalierung nach § 40 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 zugelassen wer-

den, wenn die Pauschalierungsvoraussetzungen nach § 40b nicht erfüllt sind (s. auch Anm. 78).

Verhältnis zu § 40 Abs. 1 Nr. 2: Hat der ArbG Aufwendungen zu Unrecht nach § 40b pauschal versteuert, kann er hinsichtlich dieser Beträge eine Pauschalversteuerung nach § 40 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 vornehmen. Hat der ArbG Beträge, die den Höchstbetrag des § 40b Abs. 2 übersteigen, zu Unrecht pauschal versteuert, wird durch die Anwendung des § 40 Abs. 1 Nr. 2 die Sperrwirkung des Abs. 5 Satz 2 unterlaufen, da die nicht pauschalierungsfähigen Beträge wie die sonstigen Bezüge iSd. § 40 Abs. 1 Nr. 1 nur mit dem nach § 40 Abs. 1 zu ermittelnden Pauschalsteuersatz besteuert würden. Dennoch ist uE mangels eines gesetzlichen Ausschlusstatbestands die Pauschalierung dem Grunde nach zulässig. In den Pauschalierungsfällen des Abs. 4 ist uE eine Pauschalversteuerung nach § 40 Abs. 1 Nr. 2 möglich, wenn der ArbG unzutreffend davon ausgeht, zur Zwangspauschalierung verpflichtet zu sein. In diesem Fall liegt eine fehlerhafte Pauschalierung und damit eine nicht vorschriftsmäßige Erhebung der LSt vor. Alternativ kommt der Erlass eines Haftungsbescheids in Betracht.

Verhältnis zu § 40 Abs. 2: Die in § 40 Abs. 2 geregelten Pauschalierungsmöglichkeiten für bestimmte Arten sonstiger Bezüge kann der ArbG neben der Pauschalierung nach § 40b in Anspruch nehmen.

Verhältnis zu § 40a: Bei Teilzeitbeschäftigten iSd. § 40a ist eine Pauschalierung von Zukunftssicherungsleistungen nicht ausgeschlossen. Weder § 40a noch § 40b enthalten einen entsprechenden Ausschlusstatbestand. Allerdings trägt der ArbG das Haftungsrisiko, ob das Teilzeitarbeitsverhältnis als erstes Dienstverhältnis iSd. Abs. 2 Satz 1 anzusehen ist (BFH v. 8.12.1989 – VI R 165/86, BStBl. II 1990, 398).

b) Verhältnis zum Regelbesteuerungsverfahren

7

Pauschalierungswahlrecht des Arbeitgebers in den Fällen von Abs. 1 und 3: Dem ArbG steht es frei, ob er Aufwendungen für die Zukunftssicherung des ArbN pauschal versteuert oder sie als Arbeitslohn nach den allgemeinen Vorschriften im Regelbesteuerungsverfahren dem LStAbzug unterwirft (s. Anm. 21). Macht der ArbG von seinem Pauschalierungswahlrecht Gebrauch, bleiben die pauschal besteuerten Bezüge bei der individuellen Veranlagung des ArbN außer Ansatz.

Überschreiten der Höchstbeträge des Abs. 2: Übersteigen die Aufwendungen des ArbG für dem Grunde nach pauschalierungsfähige Leistungen die Höchstbeträge des Abs. 2, können nur die Zuwendungen bis zum Höchstbetrag pauschal versteuert werden. Die übersteigenden Beträge sind wegen Abs. 5 Satz 2 dem Regelbesteuerungsverfahren zu unterwerfen, sofern nicht die Voraussetzungen des § 40 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 erfüllt sind (s. Anm. 6).

Pauschalierungspflicht in den Fällen des Abs. 4: Leistet der ArbG Sonderzahlungen iSd. § 19 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Satz 2, ist die Anwendung des Regelbesteuerungsverfahrens ausgeschlossen, da der ArbG die LSt verpflichtend mit einem Pauschalsteuersatz zu erheben hat. Der BFH hält die Pauschalierungspflicht für verfassungswidrig (s. Anm. 72).

2. Verhältnis zu § 3

8

Verhältnis zu § 3 Nr. 55: § 3 Nr. 55 regelt die StFreiheit der Übertragung von Versorgungsanwartschaften, sog. Portabilität, wenn der ArbN bei einem Wech-

sel des ArbG den Wert der vom bisherigen ArbG erworbenen Altersversorgung (Übertragungswert) zum neuen ArbG mitnimmt (s. § 3 Nr. 55 Anm. 2 ff.). Sind die Voraussetzungen erfüllt, liegt kein stpfl. Arbeitslohn vor. Damit entfällt auch die Notwendigkeit einer Pauschalbesteuerung.

Verhältnis zu § 3 Nr. 56: Nach § 3 Nr. 56 sind stfrei geleistete Zuwendungen des ArbG nach § 19 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Satz 1 aus einem ersten Dienstverhältnis an eine Pensionskasse zum Aufbau einer nicht kapitalgedeckten bAV, bei der eine Auszahlung der zugesagten Alters-, Invaliditäts- oder Hinterbliebenenversorgung in Form einer Rente oder eines Auszahlungsplans iSd. Altersvorsorgeverträge-Zertifizierungsgesetzes vorgesehen ist. Die Stfreiheit ist derzeit auf 2 % der Beitragsbemessungsgrenze in der allgemeinen RV beschränkt. Der Höchstbetrag erhöht sich ab 1.1.2020 auf 3 % und ab dem 1.1.2025 auf 4 %. Dabei werden die nach § 3 Nr. 63 Sätze 1, 3 oder 4 stfreien Zuwendungen angerechnet (s. im Einzelnen § 3 Nr. 56 Anm. 2 ff.). Die den Rahmen von § 3 Nr. 56 übersteigenden Zuwendungen können nach § 40b Abs. 1 und 2 pauschal besteuert werden. Dies gilt auch, wenn eine Versorgungseinrichtung sowohl Umlagen als auch Beiträge im Kapitaldeckungsverfahren erhebt, wenn eine getrennte Verwaltung und Abrechnung beider Vermögensmassen nicht erfolgt (BMF v. 6.12.2017 – IV C 5 - S 2333/17/10002 – DOK 2017/0989084, BStBl. I 2018, 147 Rz. 83).

Die StBefreiung tritt kraft Gesetzes ein; es besteht kein Wahlrecht, die Zahlungen insgesamt als stpfl. zu behandeln. Nur soweit die Voraussetzungen der StBefreiung nicht erfüllt sind oder der stfreie Höchstbetrag überschritten wird, bleibt die Pauschalierungsmöglichkeit des § 40b Abs. 1 und 2 erhalten.

Verhältnis zu § 3 Nr. 62: Nach § 3 Nr. 62 Satz 2 sind ua. Zuschüsse des ArbG zu den Aufwendungen des ArbN für eine LV stfrei, wenn der ArbN von der Versicherungspflicht in der gesetzlichen RV befreit worden ist. Gleiches gilt nach § 3 Nr. 62 Satz 4 für die Beiträge des ArbG zu einer Pensionskasse, wenn der ArbN bei diesem ArbG nicht im Inland beschäftigt ist und der ArbG keine Beiträge zur gesetzlichen RV im Inland leistet (s. § 3 Nr. 62 Anm. 2 ff.). Die Pauschalierung nach § 40b ist insoweit entbehrlich.

Verhältnis zu § 3 Nr. 63: Soweit die Voraussetzungen der StBefreiung erfüllt sind (s. dazu § 3 Nr. 63 Anm. 2 ff.), stellt sich mangels stpfl. Einnahmen die Frage einer Pauschalierung nicht. Im Übrigen ist die Pauschalierung auch bei stpfl. Beiträgen ausgeschlossen, da die Anwendung des § 40b Abs. 1 und 2 nur bei Zuwendungen an eine nicht kapitalgedeckte bAV in Betracht kommt. Deshalb ist eine Pauschalierung auch dann nicht möglich, wenn die Beiträge die Grenze von 8 % (bis VZ 2107: 4 %) der Beitragsbemessungsgrenze in der allgemeinen RV übersteigen.

► *Zusammentreffen mit nach § 40b Abs. 1 und 2 aF pauschal besteuerten Bezügen:* Sofern für den ArbN noch Beiträge geleistet werden, die nach § 40b Abs. 1 und Abs. 2 Sätze 3 und 4 aF pauschal versteuert werden, mindern diese Zuwendungen das maximal stfreie Volumen des § 3 Nr. 63 Satz 1 (§ 52 Abs. 4 Satz 14).

9 3. Verhältnis zu § 4c

§ 4c regelt die Voraussetzungen, unter denen Zuwendungen des ArbG an Pensionskassen als BA abgezogen werden können. Der Begriff der Pensionskasse in § 4c und § 40b ist identisch. Unabhängig davon, ob die Voraussetzungen des BA-Abzugs erfüllt sind, kommt eine Pauschalversteuerung nur unter den Voraussetzungen des § 40b in Betracht.

4. Verhältnis zum Sonderausgabenabzug (§ 10 Abs. 1 Nr. 2)

10

Unzulässigkeit des Sonderausgabenabzugs: Die mit der Übernahme der Steuer durch den ArbG verbundene Abgeltungswirkung nach § 40b Abs. 5 Satz 1 iVm. § 40 Abs. 3 Satz 3 erfasst auch die Berechtigung zum WK- und SA-Abzug. Da der SA-Abzug Teil der Veranlagung ist, ist § 40 Abs. 3 Satz 3 so auszulegen, dass Arbeitslohnanteile, die einer Pauschalversteuerung unterlagen, nicht mehr zum SA-Abzug berechtigen (glA KRÜGER in SCHMIDT, 37. Aufl. 2018, § 40b Rz. 13; EISGRUBER in KIRCHHOF, 17. Aufl. 2018, § 40b Rz. 4). Dies gilt auch, wenn der ArbN die pauschale LSt im Innenverhältnis zum ArbG zu tragen hat, da die strechtl. Folgen der Pauschalierung unabhängig von zivilrechtl. Vereinbarungen über eine Überwälzung der Steuer auf den ArbN eintreten.

5. Verhältnis zu § 19 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Satz 2

11

Die Pauschalierung gem. Abs. 4 ist durch Rechtsverweis eng mit § 19 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Satz 2 verknüpft. Danach gehören bestimmte in der Norm beispielhaft („insbesondere“) aufgeführte Sonderzahlungen zum Arbeitslohn, die der ArbG neben den laufenden Zahlungen an eine Versorgungseinrichtung leistet (s. dazu § 19 Anm. 333 ff.; BERGKEMPER, FR 2011, 1043). Voraussetzung ist, dass die Sonderzahlung zB geleistet wird anlässlich des Ausscheidens aus einer nicht kapitalgedeckten Pensionskasse, des Wechsels von einer nicht kapitalgedeckten zu einer anderen nicht kapitalgedeckten Versorgungseinrichtung, der Umstellung auf Kapitaldeckung oder der Systemumstellung einer nicht kapitalgedeckten Pensionskasse auf der Finanzierungs- oder Leistungsseite, die der Finanzierung der zum Zeitpunkt der Systemumstellung bestehenden Versorgungsverpflichtungen oder -anwartschaften dient. Um die StErhebung zu erleichtern, ist – im Gegensatz zu den Pauschalierungsfällen der Abs. 1 und 3 – eine Pauschalierungspflicht vorgesehen; eine Versteuerung beim ArbN im LStAbzugsverfahren und eine Einbeziehung in dessen Veranlagung ist damit ausgeschlossen. Der BFH hält die in Abs. 4 geregelte Pauschalierungspflicht für verfassungswidrig (s. Anm. 72).

6. Verhältnis zu § 22 Nr. 5

12

§ 22 Nr. 5 unterwirft ua. Leistungen aus Pensionsfonds, Pensionskassen und Direktversicherungen der nachgelagerten Besteuerung. Erfasst sind nur Leistungen in der Auszahlungsphase, soweit die Beiträge oder Zuwendungen in der Ansparphase steuerfrei waren (§ 3 Nr. 63, 63a und 66) oder nach § 10a oder dem Abschn. XI EStG (Sonderausgabenabzug und Altersvorsorge) gefördert wurden oder die Leistungsansprüche durch steuerfreie Zuwendungen nach § 3 Nr. 56 erworben wurden. Daraus folgt, dass Zuwendungen des ArbG zur Zukunftssicherung, die nach § 40b pauschal und damit bereits vorgelagert besteuert wurden, in der Auszahlungsphase weiterhin steuerfrei bleiben. Liegen den Leistungen in der Auszahlungsphase teilweise steuerfreie und bereits pauschal besteuerte Beiträge zugrunde, richtet sich der Umfang der Besteuerung nach dem Verhältnis der stl. Behandlung in der Ansparphase. Auf diese Weise wird eine Doppelbesteuerung in Anspar- und Auszahlungsphase vermieden.

13 7. Verhältnis zu den Vorschriften des BetrAVG

Die Regelungen des BetrAVG sind bei der Auslegung des § 40b zu berücksichtigen (R 40b.1 Abs. 1 LStR). Dies gilt sowohl für den Personenkreis, bei dem eine Pauschalierung möglich ist, als auch für die Arten der begünstigten Zuwendungen, soweit sie im BetrAVG erwähnt sind.

14 8. Verhältnis zu den Vorschriften der Sozialversicherung

Nach § 40b pauschal besteuerte Bezüge sind grds. nicht sozialversicherungspflichtig, wenn sie zusätzlich zum geschuldeten Arbeitslohn gewährt werden (§ 1 Abs. 1 Nr. 4 und 4a Sozialversicherungsentgeltverordnung – SvEV). Dies gilt auch für eine Lohnerhöhung, die für Beitragszahlungen verwendet wird, oder wenn eine Barlohnumwandlung vorliegt (BSG v. 14.7.2004 – B 12 KR 10/02 R, BFH/NV 2005, Beilage 1, 75; LSG Ba.-Württ. v. 3.5.2005 – L 11 R 561/05, juris). Dies gilt auch, wenn der ArbN die pauschale LSt im Verhältnis zum ArbG trägt (sog. Überwälzung, BSG v. 21.8.1997 – 12 RK 44/96, BB 1998, 1216). § 1 Abs. 1 Sätze 3 und 4 SvEV enthalten eine – auf die Höhe der späteren Versorgung bezogene – Einschränkung der Beitragsfreiheit. Danach sind die an sich beitragsfreien Beiträge und Zuwendungen iHv. 2,5 % des für ihre Bemessung maßgebenden Entgelts dem Arbeitsentgelt zuzurechnen, wenn die Versorgungsregelung mindestens bis zum 31.12.2000 – vor der Anwendung etwaiger Nettobegrenzungsregelungen – eine allg. erreichbare Gesamtversorgung iHv. 75 % des gesamtversorgungsfähigen Entgelts und nach Eintritt des Versorgungsfalls eine Anpassung nach Maßgabe der Entwicklung der Arbeitsentgelte im Bereich der entsprechenden Versorgungsregelung oder gesetzlicher Versorgungsbezüge vorgesehen hat.

Mit der Abschaffung der Pauschalierungsmöglichkeit bei Direktversicherungen ab dem VZ 2005 finden die Grundsätze – abgesehen von der Übergangsregelung (s. Anm. 32) – nur noch bei Zuwendungen an Pensionskassen Anwendung.

15 9. Verhältnis zum Arbeitsrecht

Die in § 40b Abs. 5 Satz 1 iVm. § 40 Abs. 3 geregelte Verpflichtung des Arbeitgebers, die pauschale LSt zu übernehmen, ist ausschließlich strechtl. Natur. Damit ist der ArbG zur Überwälzung berechtigt, wenn keine anderen zivilrechtl. Vereinbarungen vorliegen. Dem kann der ArbN entgegenwirken, indem er in den Pauschalierungsfällen des Abs. 1 und Abs. 3 vom ArbG die Durchführung des Regelbesteuerungsverfahrens verlangt.

Der ArbG kann sich zivilrechtl. zur Pauschalierung verpflichten. Kommt er dieser Verpflichtung nicht nach, ist dies strechtl. ohne Bedeutung. Allerdings kann der ArbN die Verpflichtung des ArbG, das Pauschalierungsverfahren durchzuführen und die pauschale LSt zu übernehmen, arbeitsgerichtlich durchsetzen (LAG Frankfurt/Main v. 27.6.2001 – 8 Sa 926/00, ARST 2002, 148).

Im Fall der Pauschalierung nach Abs. 4 ist der ArbG gesetzlich zur Pauschalierung verpflichtet. Ob diese Verpflichtung verfassungsgemäß ist, ist umstritten und aufgrund eines Vorlagebeschlusses des BFH (BFH v. 14.11.2013 – VI R 50/12, BFH/NV 2014, 797) Gegenstand einer Prüfung durch das BVerfG (Az. 2 BvL 8/14; s. Anm. 72). Der ArbN hat damit keine Möglichkeit, im Verhältnis zum ArbG auf die Durchführung des Regelbesteuerungsverfahrens hinzuwirken.

ken. Zulässig ist aber auch in diesen Fällen eine Überwälzung der StLast auf den ArbN, und zwar auch, wenn den ArbN ansonsten keine StLast trifft, zB weil seine Einkünfte den Grundfreibetrag unterschreiten.

10. Verhältnis zu kirchensteuerrechtlichen Regelungen

16

Wird die LSt nach § 40b pauschaliert, so ist auch die KiSt mit einem Pauschsteuersatz zu erheben. Zu den Einzelheiten der KiStPauschalierung s. Anm. 77 und § 40 Anm. 62–64; dort auch zu den Bedenken der KiStErhebung in den Pauschalierungsfällen des Abs. 4.

11. Verhältnis zum Solidaritätszuschlag

17

Auf die pauschale LSt ist der SolZ zu erheben. Der Zuschlagsatz beträgt 5,5 % der auf den Arbeitslohn zu erhebenden pauschalen LSt. Dies gilt auch, wenn der ArbN die pauschale LSt im Verhältnis zum ArbG trägt.

Einstweilen frei.

18

VI. Verfahrensfragen zu § 40b

19

Aufzeichnungspflichten des Arbeitgebers: Nach § 40b pauschal besteuerte Bezüge sowie die darauf entfallende LSt hat der ArbG auf dem Lohnkonto des ArbN zu erfassen (§ 41 Abs. 1, § 4 Abs. 2 Nr. 8 Satz 1 LStDV). Die Aufzeichnungserleichterungen nach § 4 Abs. 2 Nr. 8 Sätze 2–4 LStDV kommen bei der Pauschalierung nach § 40b nicht zur Anwendung, so dass insbes. die Führung eines Sammelkontos unzulässig ist. Wird die Pauschalierung aufgrund eines Durchschnittsbetrags (Abs. 2 Satz 2, s. Anm. 41) durchgeführt, ist dieser auf dem jeweiligen Lohnkonto der betroffenen ArbN zu vermerken (R 41.1 Abs. 1 LStR). Zur Erfüllung der Aufzeichnungspflichten gehört nach § 4 Abs. 2a LStDV auch, dass der ArbG die aufzuzeichnenden Daten nach einer amtlich vorgeschriebenen einheitlichen Form über eine digitale Schnittstelle elektronisch bereitzustellen hat. Eine Bereitstellung in anderer Form bedarf einer vorherigen Zulassung des BSFA, die nur auf Antrag und zur Vermeidung unbilliger Härten erteilt wird.

Ergänzend zu den Aufzeichnungspflichten nach § 4 Abs. 2 Nr. 8 LStDV sieht § 5 Abs. 1 LStDV für die sog. Altfälle, in denen Beiträge zu Direktversicherungen bei Versorgungszusagen, die bis zum 31.12.2004 erteilt wurden, weiterhin pauschal besteuert werden sollen, besondere Aufzeichnungspflichten vor. Nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 LStDV aufzuzeichnen ist die Verzichtserklärung des ArbN nach § 52 Abs. 4 Satz 12, mit der er auf die Anwendung des § 3 Nr. 63, also auf die StFreiheit der Beitragsleistungen für Direktversicherungen verzichtet. Bei einem ArbG-Wechsel ist der Verzicht jeweils erneut und zwar bis zur ersten Beitragszahlung zu erklären (§ 52 Abs. 4 Satz 13). Nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 LStDV ist in den Fällen der Übergangsregelung des § 52 Abs. 40 Satz 1 aufzuzeichnen, dass vor dem 1.1.2018 mindestens ein Beitrag nach § 40b Abs. 1 und 2 in der am 31.12.2004 geltenden Fassung pauschal besteuert wurde. Auf diese Weise soll sichergestellt werden, dass die Pauschalierungsvoraussetzungen erfüllt und prüfbar sind.

Mitteilungspflichten des Arbeitgebers: Nach § 5 Abs. 2 LStDV hat der ArbG der Versorgungseinrichtung (Pensionsfonds, Pensionskasse, Direktversicherung), die für ihn die bAV durchführt, spätestens zwei Monate nach Ablauf des Kj. oder nach Beendigung des Dienstverhältnisses ua. die Beträge für jeden ArbN mitzuteilen, die nach § 40b in der bis zum 31.12.2004 geltenden Fassung pauschal besteuert wurden. Die Mitteilungspflicht entfällt nach § 5 Abs. 3 LStDV nur, wenn die Versorgungseinrichtung die stl. Behandlung der Beiträge kennt oder diese aus den vorliegenden Daten feststellen kann und dies dem ArbG mitgeteilt wurde.

Verwaltungsverfahren:

▶ *Wahlrecht zur Pauschalierung nach Abs. 1 und 3:* Die Entsch., ob die Zukunftsversicherungsleistungen pauschal besteuert werden sollen, trifft der ArbG. Allerdings kann das FA die Pauschalierung untersagen und den ArbG ggf. im Haftungswege in Anspruch nehmen, wenn sich, zB nach einer Ap., herausstellt, dass die Voraussetzungen für die Pauschalierung nicht vorgelegen haben. Bei fehlerhafter Pauschalierung kommt dann eine Versteuerung nach § 40 Abs. 1 Nr. 2 in Betracht (s. Anm. 6), die allerdings von der Zustimmung des ArbG abhängig ist (s. § 40 Anm. 15). Entscheidet sich der ArbG für die Pauschalierung, wird dies regelmäßig durch die Anmeldung und Abführung der pauschalen LSt dokumentiert. Zuständig ist das BSFA.

▶ *Pflicht zur Pauschalierung nach Abs. 4:* Sonderzahlungen iSv. § 19 Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 sind durch den ArbG stets pauschal zu versteuern (s. Anm. 70). Ein Pauschalierungswahlrecht steht dem ArbG nicht zu. Sind die Tatbestandsvoraussetzungen der Pauschalierung nach Abs. 4 nicht erfüllt und nimmt der ArbG gleichwohl eine Pauschalversteuerung vor, ist die Pauschalierung fehlerhaft. Liegt in der Zuwendung gleichwohl Arbeitslohn, kommt eine Versteuerung nach § 40 Abs. 1 Nr. 2 oder die Anwendung des Regelbesteuerungsverfahrens in Betracht. Ist die Zuwendung nicht als Arbeitslohn zu qualifizieren, ist die StFestsetzung zu ändern.

Steuerfestsetzung: Die vom ArbG einzureichende StAnmeldung gilt als StFestsetzung unter dem Vorbehalt der Nachprüfung (§§ 167, 168 AO), so dass sie grds. im Rahmen der Festsetzungsfrist jederzeit geändert werden kann. Der ArbG kann bereits abgegebene LStAnmeldungen nach § 41c ändern. Liegen die Voraussetzungen dieser Änderungsvorschrift nicht vor, kann der ArbG entweder einen Antrag auf Änderung nach § 164 Abs. 2 Satz 2 AO stellen oder eine berichtigte LStAnmeldung abgeben; eine Änderung nach § 175 Abs. 1 Nr. 2 AO kommt grds. nicht in Betracht, und zwar auch dann nicht, wenn die Pauschalierungsvoraussetzungen erst mit einer im Folgejahr erfolgenden Genehmigung erfüllt sind (BFH v. 26.1.2006 – VI R 2/03, BFH/NV 2006, 1045; aA die Vorinstanz FG Schl.-Holst. v. 27.11.2002 – 2 K 128/02, EFG 2003, 506). Allerdings ist das FA berechtigt, eine zunächst akzeptierte StAnmeldung nach § 164 Abs. 2 AO – auch zugunsten des ArbG – zu ändern (BFH v. 23.10.1992 – VI R 65/91, BStBl. II 1993, 844). Soweit ein Pauschalierungswahlrecht besteht (Abs. 1 und 3), darf die Grenze zu einer unzulässigen Zwangspauschalierung nicht überschritten werden. Dies wäre zB der Fall, wenn das FA weitere ArbN oder zusätzliche Beträge in die Pauschalierung einbezieht. Deshalb werden im Regelfall nur reine Berechnungsfehler zu einer Änderung durch das FA berechtigen. Will der ArbG aufgrund der vom FA ermittelten Steuer an der Pauschalierung nicht festhalten, ist im Einspruchsverfahren gegen den Pauschalierungsbescheid zu prüfen, inwieweit der ArbG an seine ursprüngliche Entsch. für die Pauschalierung gebunden ist.

Rückzahlung von Arbeitslohn: Beitragsrückzahlungen an den ArbG können nur dann als Rückzahlung von Arbeitslohn zu einem Erstattungsanspruch des ArbG auf von ihm gezahlte pauschale LSt führen, wenn mit der Rückzahlung zugleich ein Abfluss oder Aufwand des ArbN vorliegt und sich die Rückzahlung als *actus contrarius* der Lohnzahlung darstellt, zB bei fehlerhaften Beitragszahlungen oder einer Rückabwicklung der Zukunftssicherungsleistung. Demnach entsteht kein Erstattungsanspruch, wenn dem ArbG Gewinnausschüttungen des Trägers zufließen (BFH v. 12.11.2009 – VI R 20/07, BStBl. II 2010, 845, s. Anm. 28), der ArbG in Insolvenz fällt (BFH v. 5.7.2007 – VI R 58/05, BStBl. II 2007, 774) und auch bei einem ganzen oder teilweisen Verlust der Versorgungsansprüche (KRÜGER in SCHMIDT, 37. Aufl. 2018, § 40b Rz. 5, 6), auch infolge einer Kündigung des Versicherungsvertrags (BFH v. 28.4.2016 – VI R 18/15, BStBl. II 2016, 898). Dementsprechend kann es auch gegenüber dem ArbG nicht zu einer Festsetzung negativer pauschaler LSt kommen (BFH v. 28.4.2016 – VI R 18/15, BStBl. II 2016, 898). Dem liegt der zutreffende Gedanke zugrunde, dass die Begr. der Ansprüche durch Beitragszahlungen vom weiteren Schicksal der Ansprüche zu unterscheiden ist. Nach der Beitragszahlung besteht kein Veranlassungszusammenhang mehr mit dem Arbeitsverhältnis (vgl. FG Köln v. 25.3.2009 – 12 K 5166/04, EFG 2009, 1394, rkr.). Deshalb bleiben sowohl Zahlungen aufgrund der Rechtsbeziehung zum Träger der Versorgung als auch (Teil-)Verluste von Anwartschaften lsl. ohne Auswirkung.

B. Erläuterungen zu Abs. 1: Lohnsteuerpauschalierung bei Zuwendungen an eine Pensionskasse

I. Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Pauschalierung mit 20 % bei Zuwendungen an eine Pensionskasse

1. Pauschalierungsfähige Zuwendungen

20

Abs. 1 lässt die LStPauschalierung mit einem festen StSatz von 20 % für Zuwendungen zum Aufbau einer nicht kapitalgedeckten bAV an eine Pensionskasse zu. Die Pauschalierungsmöglichkeit für Beiträge an eine Direktversicherung ist ab VZ 2005 entfallen. Für sog. Altfälle, bei denen die Versorgungszusage vor dem Inkrafttreten der Neuregelung erteilt und vor dem 1.1.2018 mindestens ein Beitrag pauschal besteuert wurde, gilt eine Übergangsregelung (s. Anm. 32).

2. Pauschalierungswahlrecht des Arbeitgebers („kann“)

21

Die Ausübung des Pauschalierungswahlrechts (s. Anm. 7) bedarf keiner besonderen Form. Es reicht aus, wenn der ArbG die pauschale LSt anmeldet und an das FA abführt. Erbringt er für mehrere ArbN Aufwendungen für Zukunftssicherungsleistungen, steht ihm frei, bei welchen der ArbN er die Pauschalversteuerung wählt.

Änderung des Wahlrechts: Der ArbG ist an seine Wahl zur Durchführung der Pauschalierung grds. gebunden. Er kann uE seine Wahl nicht mehr rückgängig

machen, wenn sich die Rückgängigmachung als rechtsmissbräuchlich darstellt oder sofern die StFestsetzung wirksam geworden ist (BFH v. 21.9.1990 – VI R 97/86, BStBl. II 1991, 262; BFH v. 5.3.1993 – VI R 79/91, BStBl. II 1993, 692). Übt der ArbG sein Wahlrecht mit der Anmeldung und Abführung der pauschalen LSt aus, ist eine Änderung des Wahlrechts mit dem Zeitpunkt des Wirksamwerdens der StAnmeldung ausgeschlossen. Nur wenn das FA von der LStAnmeldung zu Lasten des ArbG abweicht oder eine StAnmeldung, der zunächst zugestimmt wurde, ändert, hat der ArbG die Möglichkeit, sich von der Pauschalierung zu lösen (s. Anm. 19).

Zeitpunkt der Pauschalierung: Die Ausübung des Pauschalierungswahlrechts erfolgt im Regelfall durch Anmeldung und Abführung der pauschalen LSt (vgl. § 41a), ggf. auch durch Abgabe berechtigter Anmeldungen oder im Wege eines Antrags auf Änderung der StAnmeldung nach § 164 Abs. 2 AO. Sind die Anmeldungen für die LStAnmeldungszeiträume, in denen die Zukunftssicherungsleistungen erbracht wurden, bereits bestandskräftig, scheidet eine Nachholung des Wahlrechts aus (vgl. BFH v. 21.1.1992 – VIII R 72/87, BStBl. II 1992, 958 [960]). Waren die Beträge im Rahmen der Veranlagung des ArbN bereits berücksichtigt worden, führt die Nachholung des Wahlrechts dazu, dass diese Beträge wegen § 40b Abs. 5 Satz 1 iVm. § 40 Abs. 3 Sätze 3 und 4 zu Unrecht in die Berechnung der individuellen ESt einbezogen wurden. Entsprechende StFestsetzungen beim ArbN sind zu ändern (vgl. BFH v. 18.1.1991 – VI B 140/89, BStBl. II 1991, 309, zum umgekehrten Fall der Aufhebung einer Pauschalierung).

22–27 Einstweilen frei.

3. Zuwendungen zum Aufbau einer nicht kapitalgedeckten betrieblichen Altersversorgung

28 a) Zuwendungen

Zuwendungsbegriff: Es muss sich um Zahlungen, zB in Gestalt von Beiträgen des Trägerunternehmens (= ArbG) an die Kasse handeln. Der Begriff der Zuwendung ist mit dem Beitragsbegriff in § 3 Nr. 63 identisch.

Aufbau einer nicht kapitalgedeckten betrieblichen Altersversorgung: Die Pauschalierung bei Zuwendungen an eine Pensionskasse ist nur zulässig, wenn sie dem Aufbau einer nicht kapitalgedeckten bAV dienen (s. § 3 Nr. 56 Anm. 4). Der Begriff der Pensionskasse in Abs. 1 ist also nicht mit dem Pensionskassenbegriff in § 232 Abs. 1 VAG identisch, der ausdrücklich auf eine Kapitaldeckung abstellt. Er entspricht vielmehr der in § 1b Abs. 3 BAVG genannten Form der Pensionskasse (glA H.-J. HEGER in BLÜMICH, § 40b Rz. 9 [8/2017]). Damit können also bei nach dem 31.12.2004 erteilten Versorgungszusagen nur umlagefinanzierte Modelle der bAV pauschal versteuert werden. Modelle der kapitalgedeckten bAV werden nur noch im Rahmen der StBefreiung des § 3 Nr. 63 und der Übergangsregelung (s. Anm. 32) erfasst.

Pauschalierungsfähige Zuwendungen iSd. des § 40b liegen vor, wenn die Zuwendungen zugleich als Arbeitslohn beim ArbN zu qualifizieren sind. Dies richtet sich nach den Grundsätzen, die der BFH zur Beurteilung der Arbeitslohnqualität von Zukunftssicherungsleistungen entwickelt hat. Maßgeblich ist danach, ob dem ArbN gegen die Versorgungseinrichtung, an den der ArbG die Beiträge leistet, ein unmittelbarer und unentziehbarer Rechtsanspruch auf die

Leistung zusteht (stRspr., vgl. BFH v. 7.5.2009 – VI R 8/07, BStBl. II 2010, 194; BFH v. 13.6.2013 – VI R 1/11, BFH/NV 2013, 1564, mwN; § 3 Nr. 56 Anm. 2). Ohne Belang ist, ob der ArbG die Aufwendungen nach § 4c als BA abziehen kann (vgl. BFH v. 25.1.2003 – XI R 10/02, BStBl. II 2003, 599; FG Düss. v. 11.4.2002 – 11 K 2247/98 F, EFG 2002, 1020, rkr.).

Zum Arbeitslohn gehörende und damit pauschalierungsfähige Zuwendungen sind diejenigen, die erfolgen

- zur Erfüllung einer in der Satzung oder im Geschäftsgangplan der Kasse festgelegten Verpflichtung,
- aufgrund einer Anordnung der Versicherungsaufsichtsbehörde,
- zur Abdeckung von Fehlbeträgen des Deckungskapitals bei der Kasse, wenn die Höhe der laufenden Beträge versicherungsmathematisch nicht exakt kalkuliert wurde und die Pauschalzuweisung des ArbG an die Kasse wirtschaftlich an die Stelle der eigenen Beiträge des ArbN tritt (BFH v. 12.9.2001 – VI R 154/99, BStBl. II 2002, 22; BFH v. 13.6.2013 – VI R 1/11, BFH/NV 2013, 1564),
- durch Übernahme von Verwaltungskosten der Pensionskasse durch das Trägerunternehmen (FG Ba.-Württ. v. 7.2.2000 – 12 K 86/98, EFG 2000, 495, rkr.).

Unerheblich ist, ob es sich um laufende oder einmalige Zahlungen handelt. Ebenso wenig kommt es darauf an, ob die Kasse ihren Sitz oder ihre Geschäftsleitung im In- oder Ausland hat (R 40b.1 Abs. 4 Satz 2 LStR). Voraussetzung ist allerdings stets, dass der ArbG die Zuwendung aufgrund einer eigenen Verpflichtung gegenüber der Kasse tätigt. Erbringen neben dem ArbG auch die ArbN selbst Leistungen gegenüber der Kasse, können diese nur unter den Voraussetzungen einer Barlohnnumwandlung (s. Anm. 32 ff. zur Übergangsregelung bei Direktversicherungen) pauschal versteuert werden (BFH v. 29.4.1991 – VI R 61/86, BStBl. II 1991, 647).

Barlohnnumwandlung: Die Zuwendungen können zusätzlich zum geschuldeten Arbeitslohn oder aufgrund entsprechender Vereinbarungen mit dem ArbN an Stelle des geschuldeten Barlohns erbracht werden, sofern der ArbG Schuldner der Zuwendungen bleibt (BFH v. 29.4.1991 – VI R 61/88, BStBl. II 1991, 647; BAG v. 26.6.1990 – 3 AZR 641/88, DB 1990, 2475). Dies gilt auch, wenn der Barlohn so weit herabgesetzt wird, dass aus der Barlohnkürzung nicht nur die Zukunftssicherungsleistung, sondern zugleich die pauschale Steuer finanziert werden kann. Zulässig ist die Barlohnkürzung bei Sonderzahlungen, wenn der Teil der Sonderzahlung betroffen ist, der auf die bereits abgelaufenen Monate entfällt (R 40b.1 Abs. 5; H 40b.1 „Barlohnkürzung“ LStH; BMF v. 6.12.2017 – IV C 5 - S 2333/17/10002 – DOK 2017/0989084, BStBl. I 2018, 147 Rz. 9). Dies setzt voraus, dass der Anspruch auf die Sonderzahlung zeitanteilig nach Monaten entsteht. In Folge der Barlohnnumwandlung mindert sich die Bemessungsgrundlage der dem Regelbesteuerungsverfahren unterliegenden Bezüge in Höhe der der Pauschalbesteuerung unterworfenen Beträge.

Beitragsaufbringung durch Gewinnanteile/Gewinnausschüttungen: Werden die vom ArbG für die Zukunftssicherung aufzubringenden Beträge dadurch vermindert, dass entstandene Gewinn- oder Überschussanteile mit fälligen Prämien verrechnet werden, stellt der ermäßigte Betrag die Bemessungsgrundlage der pauschalen LSt dar (R 40b.1 Abs. 7 Satz 2 LStR). Die Verrechnung ist keine Rückzahlung von Arbeitslohn (s. dazu Anm. 19), da die Beitragsminderung ihre Grundlage nicht in einer Rückgewähr (pauschal) versteuerter Lohnbestandteile,

sondern in der vom Arbeitsverhältnis zwischen ArbG und ArbN losgelösten Rechtsbeziehung zwischen ArbG und Versorgungseinrichtung/Versicherung hat. Die Beitragsermäßigung stellt sich damit nicht als *actus contrarius* zu einer früheren Beitragsleistung dar. Das Gleiche gilt auch, wenn anstelle der Verrechnung mit laufenden Beiträgen eine Ausschüttung an den ArbG erfolgt. Daraus folgt, dass dem ArbG kein Anspruch auf Rückzahlung von pauschaler LSt im Hinblick auf die in der Vergangenheit gezahlten Beiträge zusteht (vgl. BFH v. 12.11.2009 – VI R 20/07, BStBl. II 2010, 845; BFH v. 28.4.2016 – VI R 18/15, BStBl. II 2016, 898; EISGRUBER in KIRCHHOF, 17. Aufl. 2018, § 40b Rz. 6 mwN; KRÜGER in SCHMIDT, 37. Aufl. 2018, § 40b Rz. 6).

Beitragsaufbringung durch frei gewordene Deckungsmittel: Verwendet der ArbG durch Ausscheiden von ArbN aus einer Gruppenversicherung frei werdende Deckungsmittel infolge einer Vereinbarung mit dem VU oder dem Betriebsrat zur Aufstockung der Versorgungsleistungen der verbliebenen ArbN, ist die entsprechende Zuweisung an die Versicherung keine neue Arbeitslohnzahlung, sofern der ArbG keinen Anspruch auf Rückzahlung der LSt geltend gemacht hat (BFH v. 30.7.1993 – VI R 26/91, BFH/NV 1994, 166).

29 b) Pensionskasse

Da das EStG keine Begriffsbestimmung enthält, ist der Begriff „Pensionskasse“ für § 40b ebenso wie für § 4c unter Einbeziehung der Definition des § 1b Abs. 3 Satz 1 BetrAVG auszulegen (s. auch Anm. 28). Danach ist eine Pensionskasse eine der bAV dienende rechtsfähige Versorgungseinrichtung, die dem ArbN oder seinen Hinterbliebenen auf ihre Leistungen einen Rechtsanspruch gewährt. Über diese Begriffsbestimmung hinaus gehören aber aus Gründen der Gleichbehandlung von ArbN des privaten und des öffentlichen Dienstes auch die nicht-rechtsfähigen unselbständigen Zusatzversorgungseinrichtungen des öffentlichen Dienstes zu den nach Abs. 1 Satz 1 begünstigten Pensionskassen (R 40b.1 Abs. 4 Satz 1 LStR; BMF v. 6.12.2017 – IV C 5 - S 2333/17/10002 – DOK 2017/0989084, BStBl. I 2018, 147 Rz. 83; BFH v. 22.9.1995 – VI R 52/92, BStBl. II 1996, 136; § 3 Nr. 56 Anm. 4). Die Deutsche Rentenversicherung Bund (www.deutsche-rentenversicherung-bund.de) ist keine Pensionskasse, so dass Nachversicherungsbeiträge nicht pauschal versteuert werden können (BFH v. 25.1.1989 – I R 89/84, BFH/NV 1989, 577). Eine Pensionskasse kann von einem oder mehreren Unternehmen oder ArbG des öffentlichen Dienstes getragen werden. Dabei können auch rechtl. selbständige Unternehmen unterschiedlicher Wirtschaftszweige eine Pensionskasse tragen (sog. Gruppenpensionskasse). Möglich ist ferner eine einheitliche Pensionskasse bei verbundenen Unternehmen (sog. Konzernpensionskasse). Von der nicht nach § 40b begünstigten Unterstützungskasse (vgl. § 4d) unterscheidet sich die Pensionskasse dadurch, dass auf ihre Leistungen ein Rechtsanspruch besteht, von den ebenfalls nicht begünstigten Pensionsfonds (vgl. § 4e) dadurch, dass den Pensionsfonds (§§ 112 ff. VAG) eine größere Freiheit in der Vermögensanlagepolitik eingeräumt ist.

30 c) Arbeitnehmer als begünstigter Personenkreis

Nur Zuwendungen zum Aufbau einer nicht kapitalgedeckten bAV an eine Pensionskasse zugunsten eines ArbN können pauschal versteuert werden. Auch leitende Angestellte sind ArbN. Für Mitunternehmer, zB Gesellschafter einer Pers. Ges., ist die Pauschalierungsmöglichkeit nicht eröffnet.

4. Gesetzlicher Pauschsteuersatz (20 % der Zuwendung)

31

Bemessungsgrundlage für die Steuer iHv. 20 % der Zuwendung sind grds. die auf den einzelnen ArbN entfallenden Zuwendungen. Bei Zuwendungen an eine Pensionskasse für mehrere ArbN ist der auf den einzelnen ArbN entfallende Betrag rechnerisch nach Abs. 2 Satz 2 zu ermitteln (s. Anm. 46). Bei Zahlung eines Pauschalbeitrags oder einer Pauschalzuwendung ist der Betrag maßgeblich, der sich nach einer Aufteilung des Gesamtbetrags auf alle ArbN ergibt (vgl. § 2 Abs. 2 Nr. 3 Satz 3 LStDV). Dies gilt nach zutreffender Ansicht der FinVerw. (R 40b.1 Abs. 7 Satz 4 LStR) auch, wenn der Pauschalbetrag nach einem Prozentbetrag der Lohnsumme berechnet wird.

Erhebung von Kirchensteuer und Solidaritätszuschlag: Auf den StBetrag sind grds. zusätzlich KiSt (s. § 40 Anm. 62–64) und SolZ zu erheben (s. Anm. 14 und 77).

II. Übergangsregelung für Beiträge für eine Direktversicherung des Arbeitnehmers, für die eine Versorgungszusage vor dem 1.1. 2005 erteilt wurde (Abs. 1 aF iVm. § 52 Abs. 40)

1. Gegenstand der Übergangsregelung

32

Die Pauschalierungsmöglichkeit ist für Beiträge für eine Direktversicherung für Neuzusagen ab dem VZ 2005 entfallen. Die Beiträge für eine Direktversicherung sind ab dem VZ 2005 in die StBefreiung des § 3 Nr. 63 einbezogen worden (s. § 3 Nr. 63 Anm. 2 ff.). Die Pauschalierung ist auch dann ausgeschlossen, wenn die Voraussetzungen der StBefreiung nicht erfüllt sind, zB die Beiträge den stfreien Höchstbetrag des § 3 Nr. 63 Satz 1 (800 €) übersteigen.

Anwendungsbereich: Die bisherigen Regelungen finden aus Gründen des Bestandsschutzes weiter Anwendung auf Beiträge für eine Direktversicherung, wenn die Versorgungszusage vor dem 1.1.2005 erteilt wurde, sog. Altzusage. Sind die Voraussetzungen der Übergangsregelung erfüllt, sind die Regelungen in § 40b Abs. 1 und 2 in der am 31.12.2004 geltenden Fassung weiter anzuwenden. Mit der Neuregelung der Übergangsregelung ab dem 1.1.2018 (§ 52 Abs. 40) soll die Abgrenzung zwischen Alt- und Neuzusagen, die bislang allein stichtagsbezogen auf den 31.12.2004 bzw. 1.1.2005 erfolgte, vereinfacht werden (BRDrucks. 780/16, 62).

§ 52 Abs. 40 Satz 1: Die Pauschalierung ist nach § 52 Abs. 40 Satz 1 zulässig, wenn vor dem 1.1.2018 mindestens ein Beitrag nach § 40 Abs. 1 und 2 in der am 31.12.2004 geltenden Fassung pauschal besteuert wurde. Das bedeutet zunächst, dass – wie auch nach der bisherigen Regelung – eine Altzusage vorliegen muss. Für diese Beurteilung sollen die Regelungen des – aufgehobenen – Schreibens BMF v. 24.7.2013 – IV C 3 - S 2015/11/10002, BStBl. I 2013, 1022 (einschließlich der darauf aufbauenden Änderungen durch BMF v. 13.1.2014 – IV C 3 - S 2015/11/10002 :018 – DOK 2014/0007769, BStBl. I 2014, 97; BMF v. 13.3.2014 – IV C 3 - S 2257 - b/13/10009 – DOK 2014/0232639, BStBl. I 2014, 554) weiter von Bedeutung zu sein (BMF v. 6.12.2017 – IV C 5 - S 2333/17/10002 – DOK 2017/0989084, BStBl. I 2018, 147). Hinzu kommen muss, dass nach der Zusage vor dem 1.1.2018 auch tatsächlich eine Beitragsleistung erfolgt ist, die pauschal versteuert wurde. Dabei muss die Versteuerung rechtmäßig gewesen sein, dh., die Pauschalierungsvoraussetzungen müssen vorgele-

gen haben. Eine fehlgeschlagene Pauschalierung reicht also nicht aus. Ist bis zum 31.12.2017 keine Beitragszahlung erfolgt, hat dies zur Folge, dass eine Pauschalbesteuerung künftiger Beiträge auch bei Vorliegen einer Altzusage nicht möglich ist. Ist es zu einer rechtmäßigen Pauschalversteuerung gekommen, liegen für den ArbN, für den der Beitrag geleistet wurde, die persönlichen Voraussetzungen für eine weitere Anwendung des § 40b aF lebenslang vor. Die Übergangsregelung enthält insoweit keine zeitliche Einschränkung. Vertragsänderungen, zB Beitragserhöhungen, Neuabschlüsse, Änderungen der Versorgungszusage und auch der Wechsel des ArbG sind unbeachtlich. Bei einem Wechsel des ArbG reicht es aus, wenn der ArbN dem neuen ArbG nachweist, dass mindestens ein Beitrag an eine Pensionskasse oder eine Direktversicherung pauschal besteuert wurde. Der Nachweis soll durch Vorlage einer Gehaltsabrechnung, einer ArbG-Bescheinigung oder einer Bescheinigung des Versorgungsträgers erfolgen (BMF v. 6.12.2017 – IV C 5 - S 2333/17/10002 – DOK 2017/0989084, BStBl. I 2018, 147 Rz. 86).

§ 52 Abs. 4 Satz 2: Weitere Voraussetzung für die Anwendung von § 40b Abs. 1 und 2 aF ist, dass der ArbN nach § 52 Abs. 4 gegenüber dem ArbG auf die Anwendung des § 3 Nr. 63 verzichtet hat; der Verzicht gilt für die Dauer des Dienstverhältnisses. Bei einem Wechsel des ArbG muss der Verzicht bis zur ersten Beitragszahlung erfolgt sein (§ 52 Abs. 4 Sätze 12 und 13).

► *Der Verzicht* muss gegenüber dem ArbG erfolgen; eine Erklärung gegenüber dem FA genügt nicht. Die Verzichtserklärung ist für den ArbG verbindlich. Liegt sie vor, kann er die Beiträge nicht stfrei leisten. Eine besondere Form für die Verzichtserklärung ist nicht vorgesehen.

► *In der Praxis* ist eine mündliche Verzichtserklärung wegen der in § 5 Abs. 1 Nr. 2 LStDV vorgesehenen Aufzeichnungspflichten nicht ausreichend; erforderlich dürfte also eine Erklärung in Textform sein. Wird die Verzichtserklärung nicht oder verspätet abgegeben, sind die Beiträge nach Maßgabe des § 3 Nr. 63 stfrei. Eine Pauschalversteuerung ist unzulässig.

Aufzeichnungspflichten: Nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 LStDV hat der ArbG die Verzichtserklärung aufzuzeichnen. Ferner muss nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 LStDV zusätzlich die Tatsache aufgezeichnet werden, dass vor dem 1.1.2018 mindestens ein Betrag nach § 40b Abs. 1 und 2 pauschal besteuert wurde. Kommt der ArbG den Aufzeichnungspflichten nicht nach, dürfte eine Pauschalierung ausgeschlossen sein. Sofern der ArbG entsprechende LStAnmeldungen abgegeben hat, sind diese zu ändern. Die Zuwendungen werden dann als stfrei behandelt, mit der Folge, dass die Zahlungen in der Leistungsphase der nachgelagerten Besteuerung unterliegen.

33 Einstweilen frei.

2. Voraussetzungen der Pauschalierung für Beiträge für eine Direktversicherung im Rahmen der Übergangsregelung

34 a) Beitragsbegriff

Pauschalierung aufgrund der Übergangsregelung: Soweit die Pauschalierung aufgrund der Übergangsregelung weiter möglich ist, gilt Abs. 1 in seiner am 31.12.2004 geltenden Fassung fort. Danach bleibt die Pauschalierungsmöglichkeit für Beiträge für eine Direktversicherung des ArbN bestehen.

Beiträge in diesem Sinne sind die an das die Direktversicherung anbietende VU aufgrund des Versicherungsvertrags zu zahlenden Versicherungsbeiträge. Es muss sich um Zahlungen handeln, die als stpfl. Arbeitslohn des ArbN zu qualifizieren sind und die der ArbG aufgrund einer eigenen rechtl. Verpflichtung gegenüber dem VU erbringt (BFH v. 29.4.1991 – VI R 61/88, BStBl. II 1991, 647). Die Beiträge können auch durch eine Barlohnumwandlung (R 40b.1 Abs. 5; H 40b.1 „Barlohnkürzung“ LStH) oder durch die Verrechnung mit Gewinnanteilen (s. Anm. 28) aufgebracht werden. In beiden Fällen ist Bemessungsgrundlage der jeweils tatsächlich anfallende Beitrag.

Gespaltene Beitragszahlung: Da die Pauschalierung nur für Beiträge zulässig ist, zu deren Zahlung der ArbG verpflichtet ist, können anteilige Zahlungen des ArbN nicht pauschal versteuert werden. Dies gilt auch, wenn der ArbG dem ArbN zusätzlich zum Barlohn Beträge mit der Maßgabe zur Verfügung stellt, diese für die Alterssicherung zu verwenden. Diese zusätzlichen Leistungen des ArbG sind wie Barlohn zu behandeln.

Gespaltenes Bezugsrecht: Steht das Bezugsrecht aus der Versicherung zT dem ArbG zu, kann der auf den Anteil des Bezugsrechts des ArbG entfallende Beitragsteil nicht pauschal versteuert werden. Dies folgt daraus, dass Beitragszahlungen für Versicherungen, aus denen dem ArbN kein Bezugsrecht zusteht, nicht zum Arbeitslohn gehören und daher nicht der LSt unterliegen.

b) Begriff der Direktversicherung

Der Begriff der Direktversicherung ist für § 40b in gleicher Weise wie für § 4b unter Beachtung der in § 1b Abs. 2 Satz 1 BetrAVG enthaltenen Definition auszulegen. Danach ist Direktversicherung eine durch den ArbG auf das Leben des ArbN abgeschlossene LV, bei der der ArbN oder seine Hinterbliebenen hinsichtlich der Leistungen des Versicherers ganz oder teilweise bezugsberechtigt sind. Die Versicherung muss aus Anlass des Arbeitsverhältnisses abgeschlossen sein (§ 1 Abs. 1 Satz 1 BetrAVG; vgl. auch R 40b.1 Abs. 1 Satz 1 LStR).

Versicherungsnehmer muss der ArbG sein (§ 1b Abs. 2 Satz 1 BetrAVG). Aus der Stellung als Versicherungsnehmer folgt zugleich, dass der ArbG verpflichtet ist, die Beiträge (Prämien) zur Versicherung zu entrichten (§ 1 Abs. 2 Satz 1 VVG). Deshalb können Zuschüsse des ArbG zu einer vom ArbN abgeschlossenen Versicherung nicht pauschal besteuert werden.

Versicherungsunternehmen kann sowohl eine in- als auch eine ausländ. Versicherung sein. Auch der Abschluss einer LV durch eine mit dem ArbG verbundene Konzerngesellschaft schließt die Anerkennung als Direktversicherung nicht aus, wenn der Anspruch auf die Versicherungsleistungen durch das Dienstverhältnis veranlasst ist und der ArbG die Beitragslast trägt.

Zustandekommen des Versicherungsvertrags/Übernahme einer vom Arbeitnehmer abgeschlossenen Versicherung: Da der ArbG Versicherungsnehmer ist, kommt der Versicherungsvertrag zwischen dem ArbG und dem VU zustande. Dabei konnte der ArbG bis zum 31.12.2004 eine vom ArbN abgeschlossene Versicherung übernehmen (R 40b.1 Abs. 1 Satz 2 LStR).

Bei einer Übernahme nach dem 31.12.2004 ist uE eine Pauschalierung nach § 40b aF ausgeschlossen. Auch wenn die Übergangsregelung in § 52 Abs. 40 nicht mehr ausdrücklich auf den Stichtag 31.12.2004/1.1.2005 abstellt, kommt eine Anwendung der Übergangsregelung und damit eine Pauschalierung nur in Betracht, wenn es sich um eine Altzusage handelt (BRDrucks. 780/16, 62). Maßgeblich ist also der Zeitpunkt, zu dem dem ArbN die Versorgungszusage durch

den ArbG erstmalig erteilt wurde. Danach sind alle Zusagen, die nach dem 31.12.2004 erteilt werden, als Neuzusagen anzusehen. Erteilt der ArbG nach diesem Zeitpunkt durch Einzelvertrag, Betriebsvereinbarung oder Tarifvertrag eine Versorgungszusage, ist dies demnach auch bei Altverträgen des ArbN als Neuzusage zu qualifizieren.

Betriebsübergang nach dem 31.12.2004: Bei einem Betriebsübergang nach § 613a BGB ist von einer Altzusage auszugehen, so dass die Pauschalierung möglich bleibt.

Aus Anlass des Arbeitsverhältnisses muss die Versicherung abgeschlossen werden. Eine im Arbeitsverhältnis liegende Veranlassung wird regelmäßig anzunehmen sein, wenn es sich bei ArbG und ArbN um fremde Dritte handelt. Aber auch bei Angehörigen und Ehegatten kann diese Voraussetzung erfüllt sein. Liegt der erforderliche Anlass im Arbeitsverhältnis nicht vor, gehören dennoch gezahlte Beiträge nicht zum Arbeitslohn (FG Rhld.-Pf. v. 25.11.1998 – 1 K 2490/98, EFG 1999, 230, rkr.).

Beendigung des Arbeitsverhältnisses: Bei einem Wechsel des ArbG kann der neue ArbG die Versicherung fortführen. Im Rahmen der Übergangsregelung bleibt dabei die Pauschalierungsmöglichkeit erhalten. Davon zu unterscheiden ist der Fall, dass ein neuer ArbG eine neue Zusage erteilt und er in diesem Zusammenhang einen vom ArbN geschlossenen Versicherungsvertrag übernimmt. Bei derartigen Zusagen ist ab dem 1.1.2005 eine Pauschalierung ausgeschlossen, weil es sich um eine Neuzusage handelt.

Nur Lebensversicherungen iSd. §§ 159 ff. VVG kommen nach der Begriffsbestimmung des BetrAVG als Direktversicherungen in Betracht. Eine LV ist ein Versicherungsvertrag, bei dem das VU aufgrund einmaliger oder laufender Beitragszahlungen des Versicherungsnehmers verpflichtet ist, beim Eintritt eines zukünftigen ungewissen Ereignisses, des sog. Versicherungsfalls, im Regelfall dem Tod des Versicherungsnehmers, den im Versicherungsvertrag vereinbarten Betrag (die Versicherungssumme) zu zahlen. Als Versicherungsfall kommt bei den nach § 40b begünstigten LV neben dem Tod des Versicherten auch das Überleben eines gewissen Zeitraums in Betracht. Zu den begünstigten Direktversicherungen im Einzelnen s. Anm. 36.

Keine Direktversicherungen sind:

- ▶ *Unfallversicherungen*, selbst wenn bei Unfall mit Todesfolge eine Leistung vorgesehen ist (R 40b.1 Abs. 2 Satz 7 LStR).
- ▶ *Krankenversicherungen*, auch wenn im Todesfall Sonderzahlungen geleistet werden.

36 c) Begünstigte Direktversicherungen im Einzelnen

Als begünstigte Direktversicherungen gelten:

- ▶ *Risikolebensversicherungen*, die als Versicherungsfall ausschließlich den Tod der versicherten Person absichern;
- ▶ *Kapitallebensversicherungen*, bei denen es sich in aller Regel um gemischte Versicherungen handelt, die also entweder bei Tod der versicherten Person oder nach Ablauf eines gewissen Zeitraums oder häufig bei Erreichen eines bestimmten Alters die Zahlung der Versicherungssumme vorsehen. Bei Kapitallebensversicherungen macht die FinVerw. (R 40b.1 Abs. 2 Sätze 2–6 LStR) die Anerkennung als Direktversicherung von zusätzlichen Voraussetzungen abhängig:

- ▷ *Mindesttodesfallschutz*: Je nach Zeitpunkt des Versicherungsabschlusses setzt die Anerkennung der Versicherung als Direktversicherung einen nach dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses prozentual gestaffelten Mindesttodesfallschutz vor (zu Einzelheiten vgl. R 40b.1 Abs. 2 Sätze 2 bis 4 LStR).
- ▷ *Mindestvertragsdauer*: Versicherungen mit einer Vertragsdauer von weniger als fünf Jahren sollen nicht anerkannt werden können, es sei denn, dass sie im Rahmen einer Gruppenversicherung nach dem arbeitsrechtl. Grundsatz der Gleichbehandlung abgeschlossen worden sind (R 40b.1 Abs. 2 Satz 5 LStR). Da die Übergangsregelung nur für Versicherungen Anwendung findet, die vor dem 1.1.2005 abgeschlossen wurden, hat die Mindestvertragsdauer heute keine praktische Bedeutung mehr;
 - ▶ *Rentenversicherungen*, bei denen die Versicherungssumme bei Eintritt des Versicherungsfalls in wiederkehrenden Raten ausgezahlt wird (R 40b.1 Abs. 2 Satz 6 LStR);
 - ▶ *Unfallzusatzversicherungen und Berufsunfähigkeitszusatzversicherungen*, die im Zusammenhang mit einer LV abgeschlossen wurden (R 40b.1 Abs. 2 Satz 8 LStR);
 - ▶ *selbständige Berufsunfähigkeitsversicherungen und Unfallversicherungen mit Prämienrückgewähr*, bei denen der ArbN Anspruch auf die Prämienrückgewähr hat (vgl. BFH v. 28.11.1961 – I 191/59 S, BStBl. III 1962, 101; R 40b.1 Abs. 2 Satz 8 LStR).
 - ▶ *Ausbildungs- und Aussteuerversicherungen* sind im Regelfall als LV ausgestaltet und können daher grds. Direktversicherung sein. Eine Pauschalierung wird jedoch häufig an der Altersgrenze des Abs. 1 Satz 2 aF scheitern.

d) Besondere Voraussetzungen der Pauschalierung bei Direktversicherungen (Abs. 1 Satz 2 aF)

37

Im Rahmen der Übergangsregelung gilt Abs. 1 Satz 2 aF weiter. Danach ist die pauschale Erhebung der LSt für eine Direktversicherung nur zulässig,

„wenn die Versicherung nicht auf den Erlebensfall eines früheren als des 60. Lebensjahrs abgeschlossen und eine vorzeitige Kündigung des Versicherungsvertrags durch den Arbeitnehmer ausgeschlossen ist“.

Mindestaltersgrenze: Die Mindestaltersgrenze gilt ausdrücklich nur für Direktversicherungen, nicht auch für Pensionskassen. Maßgeblich ist das Alter des versicherten ArbN. Die Altersgrenze gilt auch, wenn Gewinnanteile zur Verkürzung der Laufzeit verwendet werden. In diesem Fall muss die Verkürzung bis zur Vollendung des 59. Lebensjahres begrenzt sein (R 40b.1 Abs. 6 Sätze 2 und 3 LStR).

Ausschluss vorzeitiger Kündigung durch den Arbeitnehmer: Die Pauschalierung bei Direktversicherungsbeiträgen ist ferner nur zulässig, wenn eine vorzeitige Kündigung durch den ArbN ausgeschlossen ist. Da nicht der ArbN, sondern idR der ArbG Versicherungsnehmer ist und nur diesem das Kündigungsrecht zusteht, ist die Vorschrift dahingehend auszulegen, dass auch eine Abtretung des Kündigungsrechts an den ArbN schädlich ist. Ob ein Kündigungsausschluss besteht, richtet sich nach den Vereinbarungen zwischen ArbG als Versicherungsnehmer und Versicherer (R 40b.1 Abs. 6 Satz 4 LStR mit Formulierungsvorschlag). Eine Kündigung durch den ArbG oder das VU ist unschädlich. Beides hat dementsprechend auch nicht zur Folge, dass bereits erfolgte Pauschalierungen rückgängig zu machen sind.

Beendigung des Dienstverhältnisses: Endet das Dienstverhältnis vor Ablauf der Versicherung, wirkt sich dies nur aus, wenn auch der zwischen ArbG und VU bestehende Versicherungsvertrag beendet wird. Die Pauschalierung der in

der Vergangenheit geleisteten Direktversicherungsbeiträge bleibt jedoch unberührt und zwar unabhängig davon, ob der ArbN den Direktversicherungsvertrag auf einen neuen ArbG überträgt, diesen selbst fortführt oder kündigt (R 40b.1 Abs. 6 Sätze 5 und 6 LStR). Es ist daher auch unschädlich, wenn der ArbN den Rückkaufswert der Versicherung ausgezahlt erhält.

Vertragsänderungen: Kommt es bei unter die Übergangsregelung fallenden Direktversicherungen zu Vertragsänderungen, müssen die Voraussetzungen des Abs. 1 Satz 2 auch nach der Änderung erfüllt sein. Die Vertragsänderung darf aber nicht einem Neuabschluss gleichkommen. Eine Verminderung der Versicherungssumme ist als Teilkündigung anzusehen, die den verbleibenden Vertragsteil unberührt lässt.

38–43 Einstweilen frei.

C. Erläuterungen zu Abs. 2: Pauschalierungsgrenzen

I. Individuelle Grenzen für Pauschalierungen nach Abs. 1 (Abs. 2 Satz 1)

44 1. Höchstbetrag von 1752 € im Kalenderjahr (Abs. 2 Satz 1 Alt. 1)

Individueller Höchstbetrag: Abs. 2 Satz 1 Alt. 1 beschränkt die Höhe der pauschalierungsfähigen Zuwendungen auf einen individuellen Höchstbetrag von 1752 €. Übersteigen die zugunsten des ArbN gezahlten stpfl. Zuwendungen den Höchstbetrag, sind die den Grenzbetrag übersteigenden Beträge dem Regelbesteuerungsverfahren zu unterwerfen (BFH v. 18.12.1987 – VI R 204/83, BStBl. II 1988, 379). Einer Pauschalierung nach § 40 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 steht Abs. 5 Satz 2 entgegen (s. Anm. 78).

Im Kalenderjahr darf der Höchstbetrag nicht überschritten werden. Damit ist klargestellt, dass der volle Höchstbetrag auch ausgeschöpft werden kann, wenn das Dienstverhältnis nicht über das gesamte Jahr bestanden hat. Eine anteilige Kürzung auf die Dauer des Beschäftigungsverhältnisses erfolgt nicht. Werden Zuwendungen nicht in einer Zahlung, sondern durch mehrere Zahlungen erbracht, kann die Pauschalierungsgrenze bei Durchführung der monatlichen Besteuerung mit dem auf den Lohnzahlungszeitraum bezogenen Anteil berücksichtigt werden. Sie kann also auf einen monatlichen Betrag von 146 € heruntergerechnet werden. Sofern allerdings die Gesamtzuwendungen die Grenze von 1752 € erreichen, scheidet eine weitere Pauschalierung aus (R 40b.1 Abs. 10 Nr. 3 LStR).

Maßgeblich für die Bestimmung der Höchstgrenze ist der Lohnzufluss beim ArbN, der im Zeitpunkt der Zahlung der Zuwendung an die Pensionskasse erfolgt. Auch bei Nachzahlungen des ArbG für zurückliegende Jahre ist eine Pauschalierung nur im Zuflussjahr bis zum Höchstbetrag zulässig. Eine Vervielfältigung des Höchstbetrags bei Nachzahlungen erfolgt auch dann nicht, wenn die Zuwendungen bereits in den Vorjahren vereinbart und fällig waren (BFH v. 18.12.1987 – VI R 204/83, BStBl. II 1988, 379).

Wechsel des Arbeitgebers: Der Höchstbetrag kann auch bei einem – folgerichtig auch bei mehrfachem – Wechsel des ArbG in voller Höhe ausgeschöpft werden (R 40b.1 Abs. 8 Satz 1 LStR).

Keine Anwendung von § 8 Abs. 2 Satz 9: Auch wenn die monatlichen Zuwendungen nicht mehr als 44 € im Kalendermonat betragen, scheidet die Anwendung der Freigrenze aus; dies entspricht dem Charakter des § 40b, der eine Sondervorschrift im Rahmen des LStAbzugsverfahrens ist. Zudem ist schon aus der systematischen Stellung von § 8 Abs. 2 Satz 9 ersichtlich, dass die Freigrenze Zuwendungen des ArbG außerhalb seines Leistungsbereichs sowie durch das Arbeitsverhältnis veranlasste Zuwendungen Dritter erfassen soll. Dem entspricht auch die systematische Zuordnung der Freigrenze (BFH v. 26.11.2002 – VI R 68/01, BStBl. II 2003, 492; EISGRUBER in KIRCHHOFF, 17. Aufl. 2018, § 40b Rz. 4).

2. Bezug der zu steuernden Zuwendungen aus einem ersten Dienstverhältnis (Abs. 2 Satz 1 Alt. 2) 45

Erstes Dienstverhältnis: Nur im Rahmen eines ersten Dienstverhältnisses ist die Pauschalierung zulässig. Diese Beschränkung soll eine mehrfache Begünstigung von ArbN, die in mehreren Dienstverhältnissen stehen, ausschließen. Zugleich wirkt sie der Tendenz entgegen, nur zur Einhaltung der Pauschalierungsgrenzen ein einheitliches Dienstverhältnis in mehrere aufzuteilen.

Mitteilung der Steuerklasse: Wann ein Dienstverhältnis „erstes“ ist, ist im Gesetz nicht bestimmt. Allerdings findet sich in § 38b Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 die Regelung, dass bei ArbN, die von mehreren ArbG Arbeitslohn beziehen, die LSt aus dem zweiten und weiteren Dienstverhältnissen nach der StKlasse VI zu erheben ist. Daraus folgt, dass in den Fällen, in denen die LSt nach dieser StKlasse zu erheben ist, kein erstes Dienstverhältnis vorliegen kann. Wird dem ArbG die LStKlasse VI als LStAbzugsmerkmal mitgeteilt (§ 39b Abs. 3 Satz 7) kann er dem entnehmen, dass dieses Dienstverhältnis jedenfalls nicht das erste Dienstverhältnis sein soll (vgl. BFH v. 12.8.1996 – VI R 27/96, BStBl. II 1997, 143, zur LStKarte).

Teilzeitbeschäftigte iSd. § 40a: Eine Pauschalversteuerung von Zukunftssicherungsleistungen ist auch bei Teilzeitbeschäftigten, deren Bezüge nach § 40a unter Verzicht auf den Abruf von elektronischen LStAbzugsmerkmalen pauschal besteuert werden, zulässig (vgl. BFH v. 13.1.1989 – VI R 56/85, BFH/NV 1989, 84; BFH v. 12.8.1996 – VI R 27/96, BStBl. II 1997, 143, zur Nichtvorlage der LStKarte; KRÜGER in SCHMIDT, 37. Aufl. 2018, § 40b Rz. 13). Hier liegt ein Haftungsrisiko für den ArbG, da er nicht ohne Weiteres erkennen kann, ob es sich wirklich um ein „erstes Dienstverhältnis“ handelt.

► *Anrechnung auf die Pauschalierungsgrenzen des § 40a:* Nach § 40b pauschal besteuerte Bezüge sind auf die Arbeitslohngrenzen des § 40a anzurechnen (s. Anm. 6).

Beendigung des Dienstverhältnisses: Der BFH (BFH v. 18.12.1987 – VI 245/80, BStBl. II 1988, 554) legt das Tatbestandsmerkmal „aus dem ersten Dienstverhältnis bezogen“ dahingehend aus, dass es darauf ankommt, dass die Zuwendungen für einen Zeitraum geleistet werden, in dem der ArbN zu dem die Leistung erbringenden ArbG noch in einem ersten Dienstverhältnis stand. Demzufolge ist eine LStPauschalierung auch für Zuwendungen möglich, die der ArbG nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses erbringt.

II. Durchschnittsberechnung der Pauschalierungsgrenze bei mehreren Arbeitnehmern (Abs. 2 Satz 2)

46 1. Voraussetzung der Durchschnittsberechnung: Gemeinsame Versicherung mehrerer Arbeitnehmer in einer Pensionskasse

Die Durchschnittsberechnung ermöglicht zum Zweck der Pauschalversteuerung eine fiktive Umverteilung der Zuwendungen und damit der Einkünfte der ArbN. Dies ist auch im Hinblick auf die ArbN, denen auf diese Weise Lohnanteile hinzugerechnet werden, unbedenklich, da sie wegen Abs. 5 Satz 1 iVm. § 40 Abs. 3 nicht in das Besteuerungsverfahren eingeschaltet sind. Die Frage, inwieweit der ArbG die auf solche umverteilten Beträge entfallende LSt auf die ArbN überwälzen kann, ist arbeitsrechtl. Natur.

Mehrere Arbeitnehmer sind bereits zwei ArbN (FG Nds. v. 22.4.1980 – VI L 240/78, EFG 1980, 453, rkr.), wobei alle ArbN zusammen in einem Versicherungsverhältnis stehen müssen. Dabei ist unschädlich, wenn Einzelverträge durch einen Rahmenvertrag mit einem bereits bestehenden Gruppenvertrag zusammengefasst werden (BFH v. 11.3.2010 – VI R 9/08, BStBl. II 2011, 183). Arbeitnehmer, für die nach § 3 Nr. 56 oder 63 stfreie Leistungen erbracht werden, sind nicht in die Berechnung einzubeziehen. Es muss sich jedoch um ArbN des gleichen ArbG handeln. Bei Unternehmen im Konzernverbund ist darauf abzustellen, welches der verbundenen Unternehmen zivilrechtl. als ArbG anzusehen ist. Es ist unzulässig, den Durchschnittsbetrag durch Aufteilung des Konzernbeitrags auf alle ArbN des Konzerns zu ermitteln (R 40b.1 Abs. 9 Nr. 2 Satz 2 LStR).

47 2. Berechnung des auf die einzelnen Arbeitnehmer entfallenden Anteils der Zuwendungen

Maßgeblicher Teilbetrag: Für die LStPauschalierung ist der Teilbetrag maßgebend, der sich bei einer Aufteilung der gesamten Zuwendungen durch die Zahl der begünstigten ArbN ergibt. Der Teilbetrag darf 1 752 € nicht übersteigen. Arbeitnehmer, für die Zuwendungen von mehr als 2 148 € im Kj. geleistet werden, sind in die Berechnung nicht einzubeziehen. „Gesamte Zuwendungen“ ist die Summe aller der Durchschnittsberechnung zu unterwerfenden Beträge. Der ArbG ist verpflichtet, sämtliche ArbN, für die er stpfl. Leistungen erbracht hat, in die Berechnung einzubeziehen; ihm steht kein Wahlrecht zu. Der aufgrund der Berechnung ermittelte Betrag ist der sog. Teilbetrag, der im Wege einer gesetzlichen Fiktion als für die Pauschalierung maßgeblicher Höchstbetrag gilt.

Zuwendungen von mehr als 2 148 €, die für einzelne ArbN im Kj. erbracht wurden, sind nicht in die Durchschnittsberechnung einzubeziehen. Zugleich scheiden die betroffenen ArbN aus der für die Division maßgeblichen Anzahl der ArbN aus. Bei der Prüfung, ob die Grenze von 2 148 € überschritten ist, sind alle pauschalierungsfähigen Leistungen zu berücksichtigen, die zugunsten des ArbN im Kj. gezahlt werden, und die beim ArbN als Arbeitslohn zu qualifizieren sind. Eigenbeiträge des ArbN bleiben bei der Berechnung außer Ansatz (BFH v. 12.4.2007 – VI R 55/05, BStBl. II 2007, 619).

Monatliche Zahlung: Die gesetzlichen Regelungen stellen durchweg auf die Verhältnisse des Kj. ab. In der Praxis werden die Zuwendungen jedoch häufig nicht in einem Jahresbetrag, sondern als meist monatlich wiederkehrende Zah-

lungen geleistet. Um auch in diesem Fall eine zutreffende Besteuerung zu erreichen, hat die FinVerw. Vorgaben für die Durchführung der Besteuerung entwickelt (H 40b.1 „Durchschnittsberechnung nach § 40b Abs. 2 Satz 2 EStG“ LStH).

3. Folgen der Durchschnittsberechnung

48

Teilbetrag bis 1752 €: Übersteigt der Teilbetrag den Höchstbetrag von 1752 € im Kj. nicht, ist der ermittelte Betrag für jeden ArbN bei der Besteuerung zugrunde zu legen. In diesem Fall können zusätzlich für den einzelnen ArbN individuell geleistete Zahlungen, die nicht in die Durchschnittsberechnung einzubeziehen waren, bis zum Erreichen des Höchstbetrags pauschal versteuert werden. Bei dieser Fallgestaltung kann es zu Nachteilen für ArbN kommen, deren tatsächlich gezahlter Anteil an den der Durchschnittsberechnung unterworfenen Leistungen den fiktiv ermittelten Teilbetrag unterschreitet, die aber hohe zusätzliche Zukunftssicherungsleistungen erhalten. Ihnen geht die Pauschalierungsmöglichkeit für die individuellen Zuwendungen in Höhe der Differenz zwischen fiktivem Teilbetrag und tatsächlich auf sie entfallenden Beträgen verloren.

Teilbetrag höher als 1752 €: Übersteigt der im Wege der Durchschnittsberechnung ermittelte Teilbetrag den Höchstbetrag von 1752 €, scheidet er als Bemessungsgrundlage für die Pauschalierung aus (R 40b.1 Abs. 9 Satz 2 Buchst. b LStR). Die Durchschnittsberechnung ist nach dem Gesetzeswortlaut nur zulässig, wenn der Teilbetrag den Grenzbetrag nicht übersteigt. In diesem Fall dürfen dann nur die den einzelnen ArbN zugeflossenen Beträge nach Abs. 1 pauschal versteuert werden, wobei für jeden ArbN die individuelle Pauschalierungsgrenze des Abs. 2 Satz 1 zu beachten ist.

Einstweilen frei.

49–52

III. Vervielfältigung der individuellen Pauschalierungsgrenze bei Zuwendungen aus Anlass der Beendigung des Dienstverhältnisses (Abs. 2 Satz 3)

1. Beendigung des Dienstverhältnisses als Anlass der Zuwendungen

53

Vervielfältigungsregelung: Abs. 2 Satz 3 modifiziert die Pauschalierungsgrenze des Abs. 2 Satz 1 für die Fälle, in denen die Zuwendungen aus Anlass der Beendigung des Dienstverhältnisses erbracht werden. Der Höchstbetrag pauschalierungsfähiger Zuwendungen vervielfältigt sich mit der Anzahl der Kj., in denen das Dienstverhältnis des ArbN zum ArbG bestanden hat. Die Vervielfältigung soll (vgl. BTDrucks. 7/1281) dem ArbG die Möglichkeit erleichtern, unverfallbare Versorgungszusagen bei einem Ausscheiden des ArbN aus dem Dienstverhältnis auf eine außerbetriebliche Versorgungseinrichtung zu übertragen. Die Vervielfältigung ist aber auch dann möglich, wenn vor der Beendigung noch keinerlei Ansprüche oder Anwartschaften des ArbN bestanden hatten. Abs. 2 Satz 3 schafft damit eine umfassende Pauschalierungsmöglichkeit in allen Fällen der Beendigung eines Dienstverhältnisses (zu Einzelheiten KORN, KÖSDI 1996, 10538).

Beendigung des Dienstverhältnisses: Jede Beendigung eines Dienstverhältnisses löst die Vervielfältigungsmöglichkeit aus. Auf die Gründe für die Beendigung kommt es nicht an (R 40b.1 Abs. 11 Satz 3 LStR).

► *Rechtsnachfolge:* Keine Beendigung des Dienstverhältnisses liegt vor, wenn sich nur die Rechtsform des ArbG ändert und der ArbN seine Tätigkeit (ansonsten unverändert) fortführt. Dies gilt auch, wenn der ArbN das frühere Dienstverhältnis beim „früheren“ ArbG ohne eine wesentliche Änderung von Arbeitsbereich, Entlohnung und sozialem Besitzstand weiterführt (BFH v. 30.10.2008 – VI R 53/05, BStBl. II 2009, 162). Gleiches gilt auch, wenn zB infolge einer Gesamtrechtsnachfolge, Verschmelzung, Umwandlung, Spaltung, Vermögensübertragung, Unternehmensveräußerung oder eines Formwechsels der ArbG wechselt, denn im Fall einer Rechtsnachfolge tritt der neue ArbG ohne weiteres Zutun in die Rechte und Pflichten des bestehenden Arbeitsverhältnisses ein. Der in § 613a BGB enthaltene Grundgedanke der betrieblichen Kontinuität ist auch für die Pauschalierung anwendbar (FG Hamb. v. 27.5.1993 – II 173/91, EFG 1994, 86, rkr.; JUNGBLUT in LADEMANN, § 40b Rz. 89 [05/2016]). Fehlt es an einer Beendigung des Dienstverhältnisses, bleibt die Beschäftigungsdauer bei der Anwendung des Abs. 2 Satz 4 durch den ArbG-Wechsel unberührt. Dies wirkt sich indes für den ArbN nicht immer nachteilig aus, da bei einem späteren Ausscheiden eine größere Zahl von Jahren in die Vervielfältigungsregelung einbezogen werden kann.

► *Mehrfache Anwendbarkeit der Vervielfältigungsregel:* Die Vervielfältigung des Höchstbetrags ist bei jeder erneuten Beendigung eines Dienstverhältnisses zulässig.

Anlässlich der Beendigung des Dienstverhältnisses sind die Zuwendungen erbracht, wenn die Zahlungen in einem wirtschaftlichen Zusammenhang mit der Beendigung des Dienstverhältnisses stehen (Einzelfallprüfung). Im Zweifel trägt der die Pauschalierung begehrende ArbG die Feststellungslast für den Nachweis des Zusammenhangs. Dem zeitlichen Zusammenhang zwischen Zahlung und Beendigung des Dienstverhältnisses kommt indizielle Wirkung zu. Je größer der Zeitabstand, desto höher ist die Wahrscheinlichkeit, dass ein erforderlicher sachlicher Zusammenhang nicht (mehr) besteht (FinVerw.: Vermutung des Zusammenhangs insbes. drei Monate vor Beendigung des Dienstverhältnisses, R 40b.1 Abs. 11 Satz 1 LStR). Der erforderliche Zusammenhang kann uE auch dann noch gegeben sein, wenn die Zahlungen erst nach Beendigung des Dienstverhältnisses erbracht werden. Der Zeitraum, in dem nach Beendigung des Dienstverhältnisses noch pauschalierungsfähige Zuwendungen erbracht werden können, lässt sich also nicht generell bestimmen. Die Dreimonatsgrenze ist keine starre Grenze (vgl. auch BFH v. 18.12.1987 – VI R 245/80, BStBl. II 1988, 554; KRÜGER in SCHMIDT, 37. Aufl. 2018, § 40b Rz. 10).

54 2. Berechnung der Pauschalierungsgrenze

Abfindungszahlungen: Erhält der ArbN aus Anlass der Beendigung des Dienstverhältnisses eine Abfindungszahlung, können ArbG und ArbN vereinbaren, dass anstelle der Barauszahlung des Abfindungsbetrags dieser ganz oder teilweise für eine Zuwendung an eine Pensionskasse genutzt wird. Eine solche Vereinbarung ist als Sonderform einer Barlohnnumwandlung zulässig.

Berechnungsmethode: Für die stpfl. Zuwendungen vervielfältigt sich die Pauschalierungsgrenze von 1752 € mit der Anzahl der Kj., in denen das Dienstver-

IV. Anrechnung auf Vervielfältigungsbetrag (S. 4) Anm. 54–55 § 40b

hältnis zu dem ArbG bestanden hat. Die Zahl der anrechnungsfähigen Jahre ist nicht beschränkt.

► *Anrechenbares Kalenderjahr* ist jedes, in dem das Dienstverhältnis bestanden hat. Die Jahre der Aufnahme und des Endes der Beschäftigung sind auch dann anrechenbar, wenn das Dienstverhältnis nur während eines Teils der Jahre bestanden hat. Bei Unterbrechungen der Tätigkeit kommt es darauf an, ob das Dienstverhältnis während der Unterbrechungszeit fortbestanden hat, so dass bei der Wiederaufnahme der Tätigkeit keine neue Begr. des Dienstverhältnisses erforderlich war. Demnach ist zB die Elternzeit in die Berechnung einzubeziehen. Ebenso wird man darauf abstellen können, ob die Unterbrechungszeiten aufgrund gesetzlicher Vorschriften als Zeiten der Betriebszugehörigkeit gelten. War das Dienstverhältnis zwischenzeitlich beendet und wurde zu einem späteren Zeitpunkt ein neues, selbständiges Dienstverhältnis begründet, können die Beschäftigungszeiten nicht zusammengerechnet werden. Dies gilt uE auch bei Wechsel von ArbN innerhalb eines Konzerns, so dass auch in diesem Fall stets zu prüfen ist, ob es bei Umsetzung innerhalb des Konzerns zu einer Neubegründung eines Dienstverhältnisses gekommen ist.

► *Maßgebliches Dienstverhältnis*: Anzurechnen sind nur die Kj., in denen das Dienstverhältnis des ArbN zum ArbG bestanden hat. Dienstzeiten bei mehreren ArbG dürfen nicht zusammengerechnet werden. Ein Dienstverhältnis iSd. Abs. 2 Satz 3 liegt auch dann vor, wenn es zB infolge eines Rechtsformwechsels, einer Gesamtrechtsnachfolge, Verschmelzung, Vermögensübertragung oder Unternehmensveräußerung nur zu einem formalen Wechsel des ArbG kommt. Wird ein ArbN zum GesGf. bestellt und aufgrund eines neuen Dienstvertrags beim Unternehmen tätig, liegt kein einheitlich zu betrachtendes Dienstverhältnis vor. Das Gleiche gilt auch bei einem Ausscheiden als GesGf. und Begr. eines neuen Arbeitsverhältnisses als Angestellter (EISGRUBER in KIRCHHOF, 17. Aufl. 2018, § 40b Rz. 11).

► *Vervielfältigungsfaktor* ist der Pauschalierungshöchstbetrag von 1752 €. Er kommt kraft gesetzlicher Anordnung unabhängig davon zur Anwendung, ob für die Kj., mit denen die Vervielfältigung erfolgt, ein anderer Höchstbetrag galt.

► *Keine Durchschnittsberechnung*: Nach Abs. 2 Satz 3 Halbs. 2 ist Satz 2 nicht anzuwenden. Dies bedeutet, dass bei Zahlungen anlässlich der Beendigung eines Dienstverhältnisses die Durchschnittsberechnung stets unzulässig ist. Dies gilt auch, wenn zB mehrere ArbN gleichzeitig aus dem Betrieb ausscheiden und für sie in unterschiedlicher Höhe Leistungen erbracht werden.

IV. Anrechnung bereits pauschal besteuertter Zuwendungen auf den Vervielfältigungsbetrag (Abs. 2 Satz 4) 55

Von dem Vervielfältigungsbetrag sind diejenigen pauschal besteuerten Zuwendungen in Abzug zu bringen, die der ArbG in dem Kj., in dem das Dienstverhältnis beendet wird, und in den vorangegangenen sechs Jahren erbracht hat.

Anzurechnende Beträge sind sämtliche auf den ArbN entfallenden pauschal besteuerten Zuwendungen. Dazu gehören auch die den Höchstbetrag von 1752 € übersteigenden Beträge, sofern sie in die Durchschnittsberechnung nach Abs. 2 Satz 2 einbezogen waren (zu Bedenken AHREND/FÖRSTER/RÖSSLER, Steuerrecht der BAV, Teil 4 Rz. 311 [02/2013]). Nur wenn sich der auf den einzelnen ArbN entfallende Betrag nicht ermitteln lässt, wie zB bei Pauschalzuweisungen

§ 40b Anm. 55–61 D. Abs. 3: Beiträge für Gruppenunfallversicherung

gen, kann der Durchschnittsbetrag zugrunde gelegt werden (R 401b.1 Abs. 11 Satz 7 LStR).

Rechtliche und wirtschaftliche Folgen: Abs. 2 Satz 4 schränkt die mit der Vervielfältigungsregelung verbundenen Vorteile wieder ein. Hat das Dienstverhältnis vor dem Kj. seiner Beendigung nur sechs Jahre oder weniger bestanden und hat der ArbG für die laufenden Zahlungen den jährlichen Höchstbetrag voll ausgeschöpft, kann sich der Vervielfältigungsbetrag völlig aufzehren.

56–59 Einstweilen frei.

D. Erläuterungen zu Abs. 3: Lohnsteuerpauschalierung mit einem Steuersatz von 20 % bei Beiträgen für eine Gruppenunfallversicherung

60 I. Begünstigte Unfallversicherungen

Unfallversicherung (§§ 178 ff. VVG) ist eine Versicherung, die für den Fall des Eintritts eines Unfalls zur Zahlung der Versicherungssumme verpflichtet. Die Zahlungspflicht kann vom Eintritt gewisser Unfallfolgen abhängig gemacht werden, zB Berufsunfähigkeit, Invalidität, Tod. Da Abs. 3 nicht nach der Art der Unfallversicherung unterscheidet, können auch Risiken im privaten Bereich versichert werden. Deckt eine Unfallversicherung ausschließlich beruflich verursachte Unfälle außerhalb der regelmäßigen Arbeitsstätte des ArbN ab, gehören die vom ArbG erbrachten Beiträge als Reisenebenkosten nicht zum Arbeitslohn, so dass diese Beiträge nicht der LSt zu unterwerfen sind und auch Abs. 3 nicht anzuwenden ist. Werden jedoch auch andere berufliche oder außerberufliche Risiken abgedeckt, liegt Arbeitslohn vor, der pauschal versteuert werden kann. Gegebenenfalls kommt eine Aufteilung nach Beitragsanteilen in Betracht (H 40b.2 LStH; BMF v. 28.10.2009 – IV C 5 - S 2332/09/10004, BStBl. I 2009, 1275: Aufteilung iHv. 50 % des Gesamtbeitrags, wenn die Versicherung private und berufliche Risiken abdeckt; von dem auf den beruflichen Anteil entfallenden Betrag kann sodann der Anteil, der als Reisenebenkosten stfrei ist, mit 40 % angesetzt werden).

Versicherte Person muss der ArbN sein. Ihm – oder seinen Angehörigen – muss das Bezugsrecht aus der Versicherung zustehen. Ein Bezugsrecht des ArbG schließt die Pauschalierung aus.

Versicherungsnehmer muss der ArbG sein. Dafür spricht, dass die stl. Behandlung der Unfallversicherung offensichtlich in Anlehnung an die Pauschalierungsmöglichkeit für Direktversicherungen geregelt werden sollte. Darüber hinaus ist der Umstand, dass die gemeinsame Versicherung in einem Versicherungsvertrag zur Pauschalierung berechtigt, ein gewichtiges Indiz dafür, dass der ArbG Versicherungsnehmer sein muss.

61 II. Pauschalierungswahlrecht des Arbeitgebers

Wie bei der Pauschalierung nach Abs. 1 steht dem ArbG auch im Rahmen des Abs. 3 ein Pauschalierungswahlrecht zu, so dass in seinem Ermessen steht, ob

er die Pauschalierung durchführt (zu Einzelheiten s. Anm. 21). Der ArbG ist nicht gehindert, nur für einen Teil der ArbN die Pauschalversteuerung durchzuführen.

III. Gesetzlich bestimmter Pauschsteuersatz

62

Höhe des Steuersatzes: Für die Anwendung des gesetzlichen Pauschsteuersatzes von 20 % kommt es nur darauf an, ob die Pauschalierungsvoraussetzungen erfüllt sind und der ArbG von seinem Wahlrecht Gebrauch macht, das Pauschalierungsverfahren durchzuführen. Die Anwendung eines abweichenden StSatzes kommt auch dann nicht in Betracht, wenn bei Durchführung des Regelbesteuerungsverfahrens über den VZ gesehen gar keine Steuer entstände oder der individuelle StSatz niedriger als der Pauschsteuersatz wäre.

Bemessungsgrundlage für die Steuer ist der auf den einzelnen ArbN entfallende Versicherungsbeitrag. Lässt sich der individuelle Betrag nicht feststellen, ist der rechnerisch auf den einzelnen ArbN entfallende Teilbetrag (s. Anm. 64) maßgebend.

Auf den StBetrag sind zusätzlich KiSt (s. § 40 Anm. 62–64) und SolZ zu erheben (s. Anm. 17).

IV. Besondere Voraussetzungen der Pauschalierung nach Abs. 3

1. Gemeinsame Versicherung mehrerer Arbeitnehmer in einem Unfallversicherungsvertrag

63

Mehrere Arbeitnehmer (s. Anm. 46) müssen gemeinsam in einem Versicherungsvertrag versichert sein (Abs. 3 Halbs. 2). Bei einer konzernübergreifenden Unfallversicherung ist es nicht zulässig, den Durchschnittsbetrag durch Aufteilung des Konzernbeitrags auf alle ArbN zu ermitteln. Die Pauschalierung nach Abs. 3 setzt nicht voraus, dass die ArbN in einem ersten Dienstverhältnis zu dem ArbG stehen müssen. Auch bei Teilzeitbeschäftigten iSd. § 40a ist die Pauschalierung möglich. Allerdings sind die nach § 40b pauschal besteuerten Bezüge auf die Arbeitslohngrenzen des § 40a anzurechnen (BFH v. 13.1.1989 – VI R 56/85, BFH/NV 1990, 84).

Gemeinsam in einem Versicherungsvertrag müssen die ArbN versichert sein (vgl. auch BFH v. 11.3.2010 – VI R 9/08, BStBl. II 2011, 183). Diese Voraussetzung ist nicht nur bei einem speziellen Gruppenversicherungsvertrag erfüllt, es reicht vielmehr aus, wenn in einem Rahmenvertrag sowohl die versicherten Personen als auch die versicherten Wagnisse bezeichnet und die Einzelheiten in Zusatzvereinbarungen geregelt werden. Ein sog. Rahmenvertrag, der zB nur den Beitragseinzug und die Abrechnung mehrerer Versicherungsverträge regelt, ist kein Gruppenversicherungsvertrag (R 40b.2 LStR). Unschädlich ist, wenn der ArbG mehrere Versicherungsverträge abschließt, sofern in den jeweiligen Verträgen mehrere ArbN versichert sind.

64 2. Pauschalierungsgrenze: Jährlicher Höchstbetrag von 62 €

Die Pauschalierung ist ausgeschlossen, wenn der Teilbetrag, der sich nach einer Aufteilung der gesamten Beträge nach Abzug der Versicherungssteuer durch die Zahl der begünstigten ArbN ergibt, 62 € im Kj. übersteigt.

Berechnungsmethode:

► *Einzubeziehende Beiträge:* Zur Berechnung, ob die Pauschalierungsgrenze überschritten ist, sind sämtliche Beitragszahlungen des ArbG, die der begünstigten Besteuerung unterworfen werden sollen, zusammenzurechnen. Es gibt keine Höchstgrenze, von der an Beiträge nicht mehr in die Durchschnittsberechnung einzu beziehen sind. Maßgeblich sind die im Kj. tatsächlich geleisteten Zahlungen.

► *Abzug der Versicherungssteuer:* Die in dem Beitragsaufwand des ArbG enthaltene Versicherungssteuer bleibt bei der Durchschnittsberechnung außer Ansatz. Auf diese Weise wird vermieden, dass allein durch eine Erhöhung der Versicherungssteuer die Pauschalierungsgrenze überschritten wird.

► *In die Berechnung einzubeziehende Arbeitnehmer:* Der ermittelte Gesamtbetrag ist durch die Anzahl aller ArbN zu teilen, zu Gunsten derer die Leistungen gewährt wurden. Einzu beziehen sind auch ArbN, deren Beschäftigungsverhältnis nur während eines Teils des Kj. bestanden hat. Wechselt der ArbN den Arbeitsplatz, bewirkt dies, dass der ArbN bei beiden (oder auch mehreren) ArbG bei der Berechnung einbezogen werden kann. Dies ist faktisch eine Vervielfältigung der Pauschalierungsgrenze, die jedoch wegen der Besonderheiten des Pauschalierungsverfahrens gerechtfertigt ist.

► *Auswirkungen des Pauschalierungswahlrechts:* Versteuert der ArbG die Beiträge nur bei einem Teil der ArbN pauschal und führt er im Übrigen das Regelbesteuerungsverfahren durch, sind weder die dem Regelbesteuerungsverfahren unterworfenen Beiträge noch die betroffenen ArbN in die Berechnung einzu beziehen. Auf diese Weise kann der ArbG durch die Wahl des Regelbesteuerungsverfahrens bei ArbN, für die er hohe Beiträge zahlt, vermeiden, dass die Pauschalierungsgrenze überschritten wird, so dass für die übrigen ArbN eine Pauschalierung möglich bleibt.

► *Teilbetrag:* Der aufgrund der Division ermittelte Durchschnittsbetrag ist der Teilbetrag, der nach Abzug der Versicherungssteuer für die Einhaltung der Pauschalierungsgrenze maßgeblich ist.

Einhalten der Pauschalierungsgrenze: Wird die Grenze von 62 € unterschritten oder eingehalten, ist die Pauschalierung zulässig. Bemessungsgrundlage der pauschalen LSt ist der auf den jeweiligen ArbN entfallende Beitrag, und zwar auch dann, wenn der Einzelbeitrag den Teilbetrag übersteigt. Nur wenn sich die Einzelbeiträge nicht feststellen lassen, ist der errechnete Teilbetrag maßgeblich (§ 2 Abs. 2 Nr. 3 Satz 3 LStDV).

Überschreiten der Pauschalierungsgrenze: Überschreitet der Teilbetrag nach Abzug der Versicherungssteuer den Grenzbetrag von 62 €, ist die Pauschalierung insgesamt unzulässig, da die Einhaltung des Höchstbetrags materielle Voraussetzung der Pauschalierung ist. Soweit sich die Beiträge individuell zuordnen lassen, sind sie in entsprechender Höhe bei den ArbN dem Regelbesteuerungsverfahren zu unterwerfen. Ist eine solche Zuordnung nicht möglich, ist der ermittelte Teilbetrag als dem einzelnen ArbN zugeflossener Betrag anzusehen und in dieser Höhe in die Regelbesteuerung einzu beziehen (so auch R 40b.2 LStR).

Der ArbG kann das Überschreiten der Pauschalierungsgrenze auch nicht mehr dadurch rückgängig machen, dass er einige ArbN mit hohen Beiträgen nachträglich aus der Pauschalversteuerung herausnimmt, um so für die anderen ArbN die Pauschalierungsmöglichkeit zu erhalten. Eine solche nachträgliche Änderung wird regelmäßig daran scheitern, dass der ArbG an sein einmal ausgeübtes Pauschalierungswahlrecht gebunden ist und er eine getroffene Pauschalierungsentcheidung nur im Ausnahmefall rückgängig machen kann (s. Anm. 19 und 21).

Einstweilen frei.

65–69

**E. Erläuterungen zu Abs. 4:
Lohnsteuerpauschalierungspflicht mit einem Steuersatz von 15 % bei bestimmten Sonderzahlungen**

I. Pauschalierungspflicht für Sonderzahlungen

70

Abs. 4 sieht eine Pauschalierungspflicht für sog. Sonderzahlungen vor, die unter den Arbeitslohnatbestand des § 19 Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 fallen. Mit der Einf. einer Pauschalierungspflicht ist der Gesetzgeber von dem Grundgedanken der Pauschalierungsvorschriften in §§ 40–40b abgewichen, dem ArbG alternativ zum Regelbesteuerungsverfahren eine vereinfachte Art der LStErhebung zur Verfügung stellen. Die Regelung stellt insoweit einen verfassungsrechtl. bedenklichen (s. Anm. 72) Fremdkörper im System der LStPauschalierung dar. Entsprechendes gilt für das LStRecht insgesamt, da der ArbN als Stpfl. ihm zugerechneten Arbeitslohn nicht selbst versteuern kann, sondern eine „Zwangsteuerung“ durch den ArbG in pauschalierter Form erfolgen muss (glA EISGRUBER in KIRCHHOF, 17. Aufl. 2018, § 40b Rz. 13; KRÜGER in SCHMIDT, 37. Aufl. 2018, § 40b Rz. 12).

Einführung als Reaktion auf die BFH-Rechtsprechung: Sowohl der Arbeitslohnatbestand des § 19 Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 als auch die Pauschalierungspflicht nach Abs. 4 gehen auf die Rspr. des BFH zurück. In mehreren Entsch. (BFH v. 14.9.2005 – VI R 32/04, BStBl. II 2006, 500; BFH v. 14.9.2005 – VI R 148/98, BStBl. II 2006, 532; BFH v. 15.2.2006 – VI R 92/04, BStBl. II 2006, 528; BFH v. 15.2.2006 – VI R 64/05, BFH/NV 2006, 1272) hatte der BFH entschieden, dass Zahlungen des ArbG, die er anlässlich der Systemumstellung auf das Kapitaldeckungsverfahren, der Überführung einer Mitarbeiterversorgung auf eine andere Zusatzversorgungskasse leistet, nicht zu stpfl. Arbeitslohn führen. Mit der gesetzlichen Regelung sollen die vorgelagerte Besteuerung beibehalten und zugleich Steuerausfälle infolge der BFH-Rspr. vermieden werden. Korrespondierend mit der Versteuerung in der Ansparphase werden die Leistungen in der Leistungsphase nur mit dem Ertragsanteil versteuert. Aufgrund der gesetzgeberischen Entsch. sind daher die Zuwendungen stets als Arbeitslohn zu qualifizieren. Dies ist verfassungsrechtl. unbedenklich (dazu auch Vorlagebeschluss BFH v. 14.11.2013 – VI R 50/12, BFH/NV 2014, 426, Az. BVerfG 2 BvL 8/14; s. auch § 19 Anm. 331; aA KRÜGER in SCHMIDT, 37. Aufl. 2018, § 19 Rz. 94 mwN und § 40b Rz. 12); davon zu unterscheiden ist, ob die Verpflichtung des ArbG zur Zwangspauschalierung verfassungsmäßig ist (s. Anm. 72).

71 **II. Tatbestandsvoraussetzungen der Pauschalierung nach Abs. 4**

Rechtsverweis auf § 19 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Satz 2: Abs. 4 macht die Pauschalierung im Wege einer Verweisung davon abhängig, ob es sich um Sonderzahlungen des ArbG handelt, die unter den Arbeitslohnatbestand des § 19 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Satz 2 fallen. Nach dieser – kompliziert gefassten – Vorschrift gehören zu den Einkünften aus nichtselbständiger Tätigkeit Sonderzahlungen, die der ArbG neben den laufenden Beiträgen und Zuwendungen an einen Pensionsfonds, eine Pensionskasse oder für eine Direktversicherung leistet. Besonders als Sonderzahlungen hervorgehoben („insbesondere“) sind Zahlungen an eine Pensionskasse anlässlich des Ausscheidens des ArbG aus einer nicht im Wege der Kapitaldeckung finanzierten bAV oder anlässlich eines Wechsels von einer nicht im Wege der Kapitaldeckung finanzierten zu einer anderen nicht im Wege der Kapitaldeckung finanzierten bAV. Unter die StPflicht fallen danach zB Zahlungen, die ein ArbG anlässlich des Ausscheidens, eines Wechsels oder einer Zusammenlegung umlagefinanzierter Versorgungssysteme (zB Zusatzversorgungskasse) zu leisten hat.

Nicht pauschalierungspflichtige Sonderzahlungen: Nicht zu den Einkünften aus nichtselbständiger Tätigkeit gehören die in § 19 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Satz 2 Buchst. a bis d genannten Zahlungen, ua. Zahlungen zur erstmaligen Bereitstellung der Kapitalausstattung zur Erfüllung der Solvabilitätskapitalanforderung nach den §§ 89, 213, auch iVm. §§ 234 und 238 VAG, Zahlungen zur Wiederherstellung oder Verstärkung der Kapitalausstattung, wobei es nicht zu einer Absenkung des laufenden Beitrags kommen darf oder die mangelnde Kapitalausstattung nicht durch eine Senkung des laufenden Beitrags verursacht sein darf, und Zahlungen in der Rentenbezugszeit nach § 236 Abs. 2 VAG. Sanierungsgelder sind Sonderzahlungen des ArbG an eine Pensionskasse anlässlich der Systemumstellung einer nicht im Wege der Kapitaldeckung finanzierten bAV auf der Finanzierungs- oder Leistungsseite, die der Finanzierung der zum Zeitpunkt der Umstellung bestehenden Versorgungsverpflichtungen oder Versorgungsanwartschaften dienen. Steuerfrei und damit begünstigt sind zB Zahlungen, die zur Deckung des finanziellen Fehlbedarfs bei der Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder – VBL – und anderen Zusatzversorgungseinrichtungen des öffentlichen Dienstes geleistet werden. Der Fehlbedarf ist Folge der Aufgabe des bisherigen Versorgungssystems zugunsten eines Betriebsrentensystems.

72 **III. Rechtsfolgen der Pauschalierung nach Abs. 4**

Kein Pauschalierungswahlrecht des Arbeitgebers („ist“): Abweichend von den Fallgestaltungen der Abs. 1 und 3 steht dem ArbG kein Pauschalierungswahlrecht zu. Sind die Tatbestandsvoraussetzungen des Abs. 4 erfüllt, ist der ArbG zur Pauschalierung und wegen der Verweisung in Abs. 5 Satz 1 zur Übernahme der pauschalen LSt verpflichtet. Damit entsteht die pauschale LSt originär in der Person des ArbG und es entsteht in diesem Pauschalierungsfall die in der früheren Rspr. des BFH allg. für die LStPauschalierung angenommene „Unternehmenssteuer eigener Art“ (vgl. BFH v. 5.11.1982 – VI R 219/80, BStBl. II 1983, 91). Eine Inanspruchnahme des ArbN durch das FA ist ausgeschlossen. Ebenso wenig kann der ArbN der Pauschalierung widersprechen.

Anmeldung und Abführung der pauschalen Lohnsteuer: Der ArbG hat die pauschale LSt anzumelden und zum Fälligkeitszeitpunkt an das FA abzuführen.

Die originäre Belastung des Arbeitgebers mit der pauschalen LSt geht über die ansonsten im LStAbzugsverfahren typische Indienstrafe des ArbG für die StErhebung hinaus. Als StSchuldner der Pflichtpauschalierung entsteht bei ihm eine zusätzliche StLast, derer sich der ArbG nur durch eine zivilrechtl. Überwälzung auf den ArbN entledigen kann.

Verfassungsmäßigkeit: Es stellt sich die Frage, ob sich die Pauschalierungspflicht noch innerhalb des Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers hält. Der BFH hat insoweit Zweifel und die Regelung in zwei Vorlagebeschlüssen dem BVerfG zur Entsch. vorgelegt (BFH v. 14.11.2013 – VI R 49/12, BFH/NV 2014, 418. Az. BVerfG 2 BvL 7/14; BFH v. 14.11.2013 – VI R 50/12, BFH/NV 2014, 426. Az. BVerfG 2 BvL 8/14). Die Frage der Verfassungsmäßigkeit stellt sich nicht primär unter dem Aspekt der Gleichmäßigkeit der StErhebung (so aber BTDrucks. 16/2712), weil der Kreis der ArbG zweifelsohne gleichmäßig belastet wird. Verfassungsrechtlich bedenklich ist vielmehr der Belastungsgrund für den Steuereingriff beim ArbG, obwohl die StPflicht an einen vom ArbN verwirklichten Einkunftstatbestand, nämlich an eine kraft Gesetzes als Arbeitslohn qualifizierte Leistung des ArbG anknüpft. Ein sachgerechter Anknüpfungspunkt für das Auseinanderfallen des Subjekts der Einkunftserzielung (= ArbN) und Stpfl. (= ArbG) kann allenfalls darin gesehen werden, dass die Sonderzahlung auf Initiative des ArbG geleistet wird und er damit selbst die Ursache für die Belastung setzt. Zudem – worauf in der Gesetzesbegründung (BTDrucks. 16/2712) zutr. hingewiesen wird – entstehen keine neuen zusätzlichen Ansprüche der ArbN, die dessen wirtschaftliche Leistungsfähigkeit erhöhen. Demgegenüber sieht der BFH in der Begr. der StPflicht des ArbG einen krassen Verstoß gegen das Gebot, die Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit auszurichten. Dem ist grds. zu folgen, da weder die Entstehung noch die Höhe der Steuer an Besteuerungsmerkmale der ArbG, sondern eines Dritten, des ArbN, anknüpft. Folgerichtig geht der BFH weiter davon aus, dass die LSt als Erhebungsform der ESt keinen eigenständigen Belastungsgrund, mithin auch keinen originären StTatbestand begründen könne. Das BVerfG wird abzuwägen haben, ob die vom BFH hervorgehobenen Verstöße gegen tragende Prinzipien des EStRechts sich durch die Besonderheiten des speziell auf Sonderzahlungen des ArbG gründenden Arbeitslohnstatbestands des § 19 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Satz 2 rechtfertigen lassen. Dafür spräche vor allem die Freiwilligkeit der Sonderzahlungen. Ihnen steht kein Anspruch des ArbN gegen den ArbG auf Leistung dieser Zahlungen gegenüber. Der ArbG kann also die StPflicht schlicht durch Nichtleistung derartiger Zahlungen vermeiden; er hat es selbst – ausschließlich – in der Hand, den StTatbestand zu verwirklichen. Auf der anderen Seite wiegt vor allem der Vorstoß gegen eine folgerichtige Ausgestaltung der Besteuerung schwer. Mit der Zuordnung der Sonderzahlungen zum Arbeitslohn in § 19 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Satz 2 hat der Gesetzgeber eine Erhöhung der abstrakten Leistungsfähigkeit des ArbN fingiert, ungeachtet eines Zuflusses oder zusätzlicher Ansprüche des ArbN. Entsteht damit der Steueranspruch im Rahmen der Einkünfte des ArbN originär in der Person des ArbN, ist es dem Gesetzgeber verwehrt, diesen Steueranspruch im Rahmen des Erhebungsverfahrens auf den ArbG überzuleiten. Damit erweist sich die Zwangspauschalierung im Erg. als verfassungsrechtl. nicht mehr zu rechtfertigender Systembruch. Darüber hinaus ergeben sich auch Bedenken hinsichtlich der KiSt als Zuschlagsteuer (s. Anm. 77).

Überwälzung auf den Arbeitnehmer: Ausweislich der Gesetzesbegründung ist die Überwälzung der StLast auch im Fall der Pflichtpauschalierung möglich. Gerechtfertigt wird dies mit dem Umstand, dass die Überwälzungsvereinbarung

arbeitsrechtl. Natur sei und damit keine belastende Folge der gesetzlich vorgeschriebenen Pauschalierung. Zudem sei wegen der dann erforderlichen individuellen Zurechnung und des damit verbundenen Arbeitsaufwands in der Praxis kaum mit einer größeren Zahl von Überwälzungen zu rechnen. Der Hinweis auf die zivilrechtl. Grundlage der Überwälzung ist uE grds. auch für die Pflichtpauschalierung tragfähig, da die wirtschaftliche Belastung nicht auf einem hoheitlichen Eingriff beruht und zwischen den Beteiligten des Arbeitsvertrags die Berücksichtigung strechtl. Belastungen ohne Bedeutung ist. Allerdings vermag die Möglichkeit der Überwälzung der Norm nicht die Verfassungswidrigkeit zu nehmen, da der ArbG regelmäßig nicht über einen zivilrechtl. Anspruch auf den Abschluss einer Überwälzungsvereinbarung gegenüber dem ArbN verfügen wird.

Gesetzlich bestimmter Steuersatz: Der StSatz ist auf 15 % gesetzlich festgeschrieben. Bemessungsgrundlage ist die Sonderzahlung, und zwar ungeachtet ihrer Höhe. Eine Pauschalierungsgrenze ist nicht vorgesehen.

Fehlgeschlagene Pauschalierung: Sind die Tatbestandsvoraussetzungen der Pauschalierung nach Abs. 4 nicht erfüllt, geht also der ArbG irrtümlich von einer Pflichtpauschalierung aus, kann unter den Voraussetzungen des Abs. 1 eine Pauschalversteuerung mit dem Pauschalsteuersatz von 20 % oder eine Individualversteuerung erfolgen. Gegebenenfalls kommt auch eine Pauschalierung nach § 40 Abs. 1 Nr. 2 in Betracht (s. Anm. 6).

73–76 Einstweilen frei.

F. Erläuterungen zu Abs. 5: Folgen der Pauschalierung

77 I. Anwendung des § 40 Abs. 3 (Abs. 5 Satz 1)

Abs. 5 Satz 1 ordnet die Anwendung des § 40 Abs. 3 als Grundnorm der Rechtsfolgen der LStPauschalierung an.

Rechtsfolgenverweisung: Wegen der Rechtsfolgen der Pauschalierung verweist Abs. 5 auf § 40 Abs. 3. Auf diese Weise ist sichergestellt, dass die Rechtsfolgen aller Pauschalierungsfälle übereinstimmen. Ausführlich zu den Rechtsfolgen s. § 40 Anm. 50 ff.

Erhebung pauschaler Lohnkirchensteuer: Der ArbG ist verpflichtet, neben der pauschalen LSt auch die darauf entfallende KiSt zu erheben (Einzelheiten s. § 40 Anm. 63).

Es ist allerdings zweifelhaft, ob dies auch für die Pflichtpauschalierung nach Abs. 4 gilt, denn hier fehlt wegen des objektsteuerartigen Charakters dieses Pauschalierungstatbestands jeglicher Bezug zu einer Religionszugehörigkeit der ArbN. Es ist problematisch, die Regelungen, die den Unsicherheiten des Pauschalierungsverfahrens über die Religionszugehörigkeit der ArbN durch einen Abschlag vom Hebesatz Rechnung tragen sollen, zu übertragen. Mangels der Anknüpfung an eine subjektive KiStPflicht scheidet damit uE eine KiStErhebung in den Pauschalierungsfällen des Abs. 4 aus; eine gleichwohl erfolgende Festsetzung pauschaler KiSt auf StBeträge nach Abs. 4 ist verfassungswidrig (glA WIERSCHEM in B/B, § 40b Rz. 217 [02/2009]).

Erhebung des Solidaritätszuschlags: Siehe Anm. 14.

**II. Ausschluss der Anwendung des § 40 Abs. 1 Nr. 1
(Abs. 5 Satz 2)**

Nach Abs. 5 Satz 2 ist die Anwendung des § 40 Abs. 1 Nr. 1 auf Bezüge iSd. Abs. 1, 3 und 4 ausgeschlossen. Die Vorschrift trägt dem Umstand Rechnung, dass es sich bei den Zukunftssicherungsleistungen materiell um sonstige Bezüge handelt. Das zwischen einer Pauschalierung nach § 40 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und der Pauschalierung nach § 40b bestehende Konkurrenzverhältnis wird durch Abs. 5 Satz 2 zugunsten der Pauschalierung nach § 40b gelöst.

Umfang der Sperrwirkung: Abs. 5 Satz 2 macht den Eintritt der Sperrwirkung davon abhängig, dass es sich um Bezüge iSd. Abs. 1, 3 und 4 handelt. Daraus folgt zum einen, dass der ArbG auch dann nicht zwischen den beiden Pauschalierungsmöglichkeiten wählen kann, wenn sich bei Anwendung des § 40 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ein niedrigerer StSatz als der gesetzliche Pauschsteuersatz ergäbe. Für die Pauschalierungsfälle des Abs. 4 ist die Verweisung entbehrlich, da der ArbG bei Vorliegen der Pauschalierungsvoraussetzungen bereits durch die gesetzliche Regelung nur von dieser Pauschalierung Gebrauch machen muss.

Da die Sperrwirkung nicht auf pauschalierungsfähige Bezüge beschränkt ist, sondern nur auf die Art der Bezüge abstellt, erfasst sie auch diejenigen Zuwendungen, die wegen Überschreitens der Höchstbeträge der Abs. 2 oder 3 von der Pauschalierung ausgeschlossen sind. Sind hingegen die Pauschalierungsvoraussetzungen schon dem Grunde nach nicht erfüllt, weil zB die Leistungen iSd. Abs. 1 nicht im Rahmen eines ersten Dienstverhältnisses erbracht worden sind, greift die Sperrwirkung nicht. Diese Zuwendungen können unter den Voraussetzungen des § 40 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 pauschal versteuert werden (glA EISGRUBER in KIRCHHOF, 17. Aufl. 2018, § 40b Rz. 3; aA H.-J. HEGER in BLÜMICH, § 40b Rz. 5 [8/2017]).

Kein Ausschluss der Pauschalierung nach § 40 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2: Abs. 5 Satz 2 beschränkt die Sperrwirkung ausdrücklich auf die Fälle des § 40 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1. Deshalb bleibt die Pauschalierungsmöglichkeit nach § 40 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 auch für die in § 40b genannten Zukunftssicherungsleistungen anwendbar (s. Anm. 6).

§ 40b