



STEUERREKURSKOMMISSION I DES KANTONS ZÜRICH

1 ST.2010.53 – 56
1 DB.2010.44 – 47

Entscheid

29. November 2010

Mitwirkend:

Vizepräsident Michael Ochsner, Mitglied Anton Tobler, Ersatzmitglied Marcus Thalman und Sekretär Hans Heinrich Knüsli

In Sachen

A,

vertreten durch B,

**Rekurrentin/
Beschwerdeführerin,**

gegen

1. **Staat Zürich,**

2. **Schweizerische Eidgenossenschaft,**

vertreten durch das kant. Steueramt,
Division Bau,
Bändliweg 21, Postfach, 8090 Zürich,

**Rekursgegner,
Beschwerdegegnerin,**

betreffend

**Einschätzungen für die Steuerperioden 1.1. - 31.12.2002, 1.1. - 31.12.2003,
1.1. - 31.12.2004 und 1.1. - 31.12.2005 sowie Direkte Bundessteuer für die Steuer-
perioden 1.1. - 31.12.2002, 1.1. - 31.12.2003, 1.1. - 31.12.2004 und 1.1. - 31.12.2005**

hat sich ergeben:

A. Die A (nachfolgend die Pflichtige) mit Sitz in C gehört insgesamt vier Aktionären, darunter D und E, welche als Geschäftsführer tätig waren. Vom 21. bis zum 25. Mai 2007 führte der Revisor des kantonalen Steueramts bei der Pflichtigen eine Buchprüfung der Geschäftsjahre 2002 bis 2005 durch. Der Revisionsbericht wurde am 9. Juni 2008 erstattet. Darin rügte der Revisor steuerlich nicht zulässige Einkäufe in die Kaderversicherung der 2. Säule, indem die Pflichtige ohne reglementarische Grundlagen für D und E neben den ordentlichen Beiträgen zusätzliche Einkaufsbeiträge geleistet habe. Zudem sei der Einkauf freiwillig und damit nicht planmässig erfolgt. Gestützt darauf sah der Revisor vor, die für D und E geleisteten Jahresbeiträge an die Kaderversicherung als verdeckte Gewinnausschüttung aufzurechnen, soweit sie einen von ihm geschätzten Betrag überschritten.

Die Pflichtigen widersetzten sich diesen Aufrechnungen; Vergleichsgespräche blieben ergebnislos. Der Steuerkommissär übernahm am 8. August 2008 die Aufrechnungen des Revisors und traf für die Staats- und Gemeindesteuern bzw. direkte Bundessteuer folgende Einschätzungen:

Steuerperiode	steuerbarer Reingewinn	steuerbares Eigenkapital (St + GST)	Eigenkapital (dBSt)
	Fr.	Fr.	Fr.
1.1. – 31.12.2002	270'800.-	1'175'000.-	1'175'545.-
1.1. – 31.12.2003	234'000.-	1'205'000.-	1'205'379.-
1.1. – 31.12.2004	287'000.-	1'293'000.-	1'293'145.-
1.1. – 31.12.2005	174'900.-	1'313'000.-	1'313'539.-

Die Veranlagungsverfügungen/Schlussrechnungen direkte Bundessteuer wurden am 11./22. August 2008 versandt.

B. Hiergegen liess die Pflichtige am 5. September 2008 je Einsprachen erheben und beantragen, auf die Aufrechnungen für die Einkäufe in die BVG-Kaderversicherung zu verzichten. Das kantonale Steueramt wies die Einsprachen am 15. Januar 2010 ab.

C. Mit Rekurs bzw. Beschwerde vom 16. Februar 2010 liess die Pflichtige beantragen, sie für die Staats- und Gemeindesteuern bzw. direkte Bundessteuern mit folgendem steuerbaren Reingewinn einzuschätzen:

Steuerperiode	1.1. - 31.12. 2002	1.1. - 31.12. 2003	1.1. - 31.12. 2004	1.1. - 31.12. 2005
	Fr.	Fr.	Fr.	Fr.
steuerbarer Reingewinn	123'450.-	86'674.-	139'666.-	30'934.-

Eventualiter seien die angefochtenen Entscheide aufzuheben und die Sache zur Ergänzung der Untersuchung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Weiter beantragte sie eine Parteientschädigung sowie die Zustellung der Rekurs- bzw. Beschwerdeantwort zur Einsicht, gegebenenfalls zur Stellungnahme. In der Begründung behaftete sie die Vorinstanz darauf, dass diese keinen Verstoss gegen die einschlägigen Vorsorgegrundsätze gerügt habe; sollte sie darauf zurückkommen, sei der Pflichtigen Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen. Inhaltlich machte sie geltend, sie habe sich angesichts der ungenügenden Altersvorsorge von D entschlossen, eine Altersvorsorge nach dem Prinzip des Leistungsprimats einzurichten; bei diesem würden bei höherem Alter des Versicherten höhere Beiträge erhoben als beim Beitragsprimat. Der verbuchte Vorsorgeaufwand entspreche unstreitig dem Vorsorgereglement. Das Leistungsprimat bringe es zwangsläufig mit sich, dass die Finanzierung anderen Regeln folge als beim Beitragsprimat. Es lasse grundsätzlich zu, dass das volle Leistungsziel erreicht werde; dies ziehe die entsprechenden Belastungen als geschäftsmässig begründeten Aufwand nach sich. Eine Steuerumgehung werde vom kantonalen Steueramt nicht geltend gemacht. Es liege auch keine verdeckte Gewinnausschüttung vor; hierzu wäre ein Drittvergleich erforderlich, welcher das kantonale Steueramt nicht vorgenommen habe, weshalb die Sache an dieses zurückzuweisen wäre.

Das kantonale Steueramt beantragte am 18. März 2010 Abweisung der Rechtsmittel. Nach der von der Pflichtigen angeführten Regelung müsste sie bei einem Eintritt in die Pensionskasse kurz vor Altersrücktritt zur Erreichung des vollen Leistungsziels untragbar hohe Beiträge leisten, betrügen diese doch mehr als 100% des versicherten Lohns. Dies halte einem Drittvergleich nicht stand. Pensionskassen müssten zwingend Veränderungen des Leistungsziels bei nicht voller Beitragsdauer vorsehen, ansonsten diese Versicherungen nicht mehr finanzierbar wären. Deckungslücken

müssten durch den Arbeitnehmer geschlossen werden. Die Eidgenössische Steuerverwaltung schloss sich am 22. April 2010 diesen Ausführungen an.

Die Pflichtige stellte am 12. Mai 2010 Antrag auf Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels. Am 26. Mai 2010 reichte sie auf Aufforderung eine Vollmacht für ihren Rechtsvertreter nach.

Mit Verfügung vom 26. Juli 2010 wurde die Pflichtige aufgefordert, zu einem Antrag auf Höhereinschätzung Stellung zu nehmen, welcher sich daraus ergab, dass sämtliche Arbeitgeberbeiträge an die Kaderversicherung zur Aufrechnung vorgesehen wurden. Die Pflichtige äusserte sich hierzu am 29. September 2010; darin hielt sie an den bisherigen Anträgen fest. Das Ermessen des Vorsorgeträgers bei der Ausgestaltung der Vorsorge beim Leistungsprimat sei zu schützen. Das Gleichbehandlungsgebot sei eingehalten worden, weil für alle Versicherten die gleichen reglementarischen Bedingungen gälten. Unterschiede zwischen den Versicherten seien systembedingt, höhere Arbeitgeberanteile würden zudem in der Regel durch geringeren Lohn kompensiert. Der Eingabe lag eine (weitere) Stellungnahme der Swiss Life vom 27. September 2010 bei. Am 14. Oktober 2010 liess sich das kantonale Steueramt hierzu vernehmen, und am 10. November 2010 nahm die Pflichtige dazu Stellung, unter Beilage eines Schreibens der Swiss Life vom 9. November 2010.

Die Rekurskommission zieht in Erwägung:

1. Die Pflichtige stellt den Antrag auf die Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels. Nachdem sie Gelegenheit hatte, zur einlässlich begründeten Höherentaxationsanzeige Stellung zu nehmen, ist dieser Antrag als gegenstandslos geworden zu betrachten.

Anzufügen ist, dass ein zweiter Schriftenwechsel ansonsten in der Regel nicht stattfindet (Art. 142 Abs. 3 des Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer vom 14. Dezember 1990, DBG; § 148 Abs. 2 des Steuergesetzes vom 8. Juni 1997, StG). Zur Wahrung des rechtlichen Gehörs reicht es aus, die Rekurs-/Beschwerdeantwort der Steuerverwaltungen der Gegenpartei zur Kenntnisnahme zuzustellen; diese hat

von sich aus eine Replik einreichen, sofern sie es für nötig hält. Äussert sie sich nicht von sich aus, ist nach der neuen Rechtsprechung des Bundesgerichts Verzicht auf einen weiteren Schriftenwechsel anzunehmen (BGE 133 I 98 E. 2.2. und 2.3); dies nach Auffassung des höchsten Gerichts sogar ungeachtet eines formell gestellten Antrags auf Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels (BGr, 16. Februar 2009, 2C_255/2008, www.bger.ch). Die Rekurs-/Beschwerdeantworten sind der Pflichtigen am 4. Mai 2010 zugesandt worden; damit ist nach der zitierten Rechtsprechung hinsichtlich des Antrags auf einen zweiten Schriftenwechsel den Anforderungen des rechtlichen Gehörs entsprochen worden.

2. a) Der steuerbare Reingewinn einer Aktiengesellschaft setzt sich gemäss Art. 58 Abs. 1 DBG bzw. § 64 Abs. 1 StG zusammen aus dem Saldo der Erfolgsrechnung, unter Berücksichtigung des Saldo vortrags des Vorjahres (lit. a bzw. Ziff. 1) und (unter anderem) allen vor Berechnung des Saldos der Erfolgsrechnung ausgeschiedenen Teilen des Geschäftsergebnisses, die nicht zur Deckung von geschäftsmässig begründetem Aufwand verwendet werden (lit. b bzw. Ziff. 2).

b) Zum geschäftsmässig begründeten Aufwand einer Aktiengesellschaft gehören auch die Zuwendungen an Vorsorgeeinrichtungen zu Gunsten des eigenen Personals, sofern jede zweckwidrige Verwendung ausgeschlossen ist (Art. 59 Abs. 1 lit. b DBG und § 65 Abs. 1 lit. b StG i.V.m. Art. 81 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 25. Juni 1982 [BVG]).

Zuwendungen an Pensionskassen fallen dann als steuerlich absetzbarer Geschäftsaufwand unter diese Bestimmungen, wenn sie auf einer verbindlichen gesetzlichen oder statutarischen Grundlage beruhen, welche den Grundsätzen der Kollektivität, Angemessenheit der Vorsorge sowie der Gleichbehandlung der Vorsorgenehmer zu entsprechen haben (BGE 120 Ib 199; Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, Kommentar zum harmonisierten Zürcher Steuergesetz, 2. A., 2006, § 61 N 23 ff. StG sowie Handkommentar zum DBG, 2. A., 2009, Art. 56 N 22 ff. DBG, jeweils auch zum Folgenden):

Der Grundsatz der Kollektivität verlangt den Einbezug aller Arbeitnehmer eines Unternehmens in die berufliche Vorsorge und verbietet Sondervereinbarungen einzelner Vorsorgenehmer mit der Vorsorgeeinrichtung im Sinn von so genannten "à la carte-Versicherungen".

Nach dem Grundsatz der Planmässigkeit sollen die Finanzierung (Aufbau der Vorsorge) und die Art der späteren Durchführung der Vorsorge auf der Leistungsseite in Statuten und Reglement im Voraus nach schematischen Kriterien festgelegt sein.

Der Grundsatz der Angemessenheit ergibt sich aus dem in der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (Art. 113 Abs. 2 lit. a) vorgegebenen Zweck der beruflichen Vorsorge, wonach diese zusammen mit der AHV/IV die Fortsetzung der gewohnten Lebenshaltung in "angemessener" Weise ermöglichen soll. Die Endleistungen aus der beruflichen Vorsorge dürfen demnach zusammen mit den bundesrechtlichen Sozialversicherungsleistungen in der Regel 100% des letzten Nettolohns nicht übersteigen.

Der Grundsatz der Gleichbehandlung verlangt, dass für alle Versicherte eines Kollektivs die gleichen reglementarischen Bedingungen im betreffenden Vorsorgeplan zu gelten haben. Danach ist es zwar zulässig, wenn zwischen verschiedenen, nach objektiven Kriterien (Dienstjahre, Lohn, Alter, Stellung im Unternehmen) unterteilte Kategorien von Vorsorgenehmern unterschieden wird und für diese verschiedene Beitragsansätze, Aufteilungsschlüssel oder Leistungsziele festgelegt werden. Innerhalb einer Versichertenkategorie müssen diesbezüglich jedoch alle Vorsorgenehmer gleich behandelt werden (Linda Peter-Szerenyi, Der Begriff der Vorsorge im Steuerrecht, 2001, S. 92, auch zum Folgenden). So müssen die Anteile der Beitragsleistungen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer innerhalb derselben Gruppe mit demselben Vorsorgeplan für alle Vorsorgenehmer gleich hoch sein. Dasselbe gilt bezüglich der Bestimmungen für den Einkauf von Beitragsjahren, insbesondere was deren Finanzierung unter Verwendung von freien Stiftungsmitteln bzw. Beitragsreserven anbelangt. Der Grundsatz der Gleichbehandlung ist auch verletzt, wenn einzelne Gruppen gegenüber anderen massiv besser gestellt werden.

c) Unselbstständigerwerbende mit einem Jahreslohn von mehr als Fr. 25'320.- (beim selben Arbeitgeber) unterliegen gestützt auf Art. 7 Abs. 1 BVG (Stand 2003) der obligatorischen Versicherung in der 2. Säule. Die Bestimmungen des BVG regeln im Sinn eines Rahmengesetzes die Minimalbedingungen für dieses Obligatorium (Mau-

te/Steiner/Rufener, Steuern und Versicherungen, 2. A., 1999, S. 109). Obligatorisch zu versichern ist der Teil des Jahreslohns zwischen Fr. 25'320.- und Fr. 75'960.- (Art. 8 Abs. 1 BVG; Stand 2003). Das Lohnsegment zwischen diesen Grenzbeträgen von Fr. 50'640.- (so genannter koordinierter Jahreslohn) ist somit bei Unselbstständigerwerbenden durch die Arbeitgeber obligatorisch zu versichern (Säule 2a). Bei ihrer eigenen AG angestellte Aktionäre unterliegen als Unselbstständigerwerbende im Rahmen der erwähnten Grenzbeträge ebenfalls dem Obligatorium und haben sich zusammen mit dem übrigen Personal zu versichern (BGE 120 Ib 199).

Ein Vorsorgereglement kann vorsehen, dass auch über den obligatorisch zu versichernden Teil des Jahreslohns hinausgehende Einkommen versichert werden (Säule 2b, vgl. zum Ganzen: Hans Ulrich Stauffer, Berufliche Vorsorge, 2005, S. 105). Eine solche überobligatorische Versicherung kann als so genannter umhüllender Vorsorgeplan ausgestaltet werden, wonach sämtliche Mitarbeiter eines Unternehmens für den gesamten Jahreslohn (oder allenfalls nur bis zu einer bestimmten Grenze) versichert werden; zulässig ist es aber auch, den überobligatorischen Bereich separat, nur für eine bestimmte Gruppe von Arbeitnehmern, zu versichern (so genannte Kader- oder Beletage-Versicherung). Die umhüllende Vorsorge wirkt sich nur mit Bezug auf den Lohn im überobligatorischen Bereich als Kader- oder Beletage-Versicherung aus. In diese müssen stets sämtliche Vorsorgenehmer einbezogen werden, da die Freiwilligkeit des Beitritts zu einer unzulässigen Individualisierung und damit zur Verletzung des Kollektivitäts- und Planmässigkeitsprinzips führen würde. Ausgeschlossen sind dementsprechend Einzelabmachungen mit Vorsorgeeinrichtungen im Sinn von à la carte-Versicherungen. Jedoch ist es zulässig, für Kaderangehörige eine über das Obligatorium hinausgehende Versicherung vorzusehen, während das übrige Personal nur im obligatorischen Bereich versichert ist. Die Versicherungskategorien sind dabei in Reglement oder Statuten im Voraus festzulegen und genau zu umschreiben. Zudem sind stets sämtliche in eine bestimmte Kategorie fallende Mitarbeiter gezwungen, sich entsprechend zu versichern (vgl. zum Ganzen: Peter-Szerenyi, S. 120 ff., mit Hinweisen).

3. a) Die Pflichtige ist für die Durchführung der beruflichen Vorsorge der BVG-Sammelstiftung der Rentenanstalt (heute: SwissLife) angeschlossen. Es bestehen zwei Vorsorgepläne, nämlich eine Basisversicherung mit der Vertragsnummer ..., welche wiederum unterscheidet nach Versichertengruppen, sowie eine Kaderversicherung mit

der Vertragsnummer. Bei den Akten befindet sich bezüglich des Vorsorgeplans ... lediglich das Reglement für die Versichertengruppe 04 "nach drei Dienstjahren oder ab Alter 35 Büro", gültig ab 1. Januar 2005. Darin sind sämtliche Mitarbeiter versichert, auch das Kader. Versichert ist – jedenfalls gemäss dem vorliegenden Reglement für die Versichertengruppe 04 – der um den Koordinationsabzug verminderte und auf 450% der maximalen AHV-Altersrente begrenzte Jahreslohn (Art. 6 Ziff. 1 und 3 des Reglements). Zur Kaderversicherung G0097 liegen das Reglement ab 1. Januar 2002 (Reglement 2002) und das dieses ersetzende Reglement mit Geltung ab 1. Januar 2005 (Reglement 2005) vor. In diese werden alle Kadermitglieder aufgenommen (je Art. 3 Ziff. 1). Gemäss Art. 11 Ziff. 1 Abs. 1 Reglement 2002 bzw. 2005 wird für die versicherten Personen durch Führung eines individuellen Alterskontos mit einer Sparversicherung ein Alterskapital geüffnet. Die jährliche Sparprämie wird im Zeitpunkt der Aufnahme auf Basis des Alters und des versicherten Lohnes der versicherten Person bestimmt. Das Leistungsziel beträgt 500% des versicherten Lohns (Art. 11 Ziff. 2 Reglement 2002). Im Reglement 2005 wurde diese Bestimmung überarbeitet; neu richtet sich die jährliche Sparprämie nach dem Sparziel (500% des Jahreslohns, Art. 12 Abs. 2 Reglement 2005), dem Alter der versicherten Person bei der Aufnahme in die Personalvorsorge bzw. im Zeitpunkt einer Änderung des Jahreslohns und dem massgebenden Zinssatz (Art. 11 Ziff. 2 Reglement 2005). Das Zusammenspiel zwischen Basisversicherung und Kaderversicherung ist aus den Reglementen nur schwierig herauszulesen; aus den Beitragsabrechnungen ist zu schliessen, dass die Kaderversicherung wohl diejenigen Lohnbestandteile erfasst, welche den im Basisplan versicherten Lohn übersteigen (vgl. Abrechnung 2002 D: anrechenbarer Lohn in Basisversicherung Fr. 86'520.-, anrechenbarer Lohn in Kaderversicherung Fr. 158'117.-, effektiver Bruttolohn 2002 gemäss Lohnausweis Fr. 270'000.-).

Die Kosten der Personalvorsorge in der Kaderversicherung werden durch jährliche Beiträge des Arbeitgebers und der versicherten Personen und allenfalls vorhandenen freien Mitteln des Vorsorgewerks finanziert. Der Beitrag der einzelnen versicherten Person an die Sparprämie beträgt je nach Alter 5% bzw. 10% des anrechenbaren Lohns (Art. 15 Ziff. 1 Reglement 2002 bzw. Art. 16 Ziff. 1 Reglement 2005); hinzu kommt eine Prämie von 1% für Risikoleistungen und Verwaltungskosten. Die restlichen Kosten werden – unter Vorbehalt der Bestimmungen bezüglich der Beiträge aus freien Mitteln des Vorsorgewerkes – durch den Arbeitgeber getragen (je Ziff. 1 Abs. 3).

b) Der Kadervorsorgeplan wird im Schreiben vom 28. Januar 2009 der Swiss Life näher erläutert. Demnach handelt es sich um einen Plan nach dem Leistungsprimat. Definiert sind der Beitragsanteil der versicherten Person sowie das Leistungsziel. Der Beitragsanteil des Arbeitgebers ist somit variabel und abhängig von verschiedenen Faktoren, wie effektive Verzinsung, Anlageergebnis, Risikokosten und bereits vorhandenes Altersguthaben. Naturgemäss wird bei diesem Modell der Beitragsanteil des Arbeitgebers umso grösser, je kleiner in einem gegebenen Alter das bereits vorhandene Altersguthaben ist. Tritt der Versicherte in einem höheren Alter als 55 in den Plan ein, so erhöht sich der Anteil des Arbeitgebers entsprechend, tritt der Versicherte früher in den Plan ein, so verringert er sich. Dies ist eine Folge der reglementarischen Definition der Beitragsanteile der Arbeitnehmer (fixer Prozentsatz des versicherten Lohns) und des Arbeitgebers (Betrag, der zusätzlich benötigt wird, um das Leistungsziel zu finanzieren). Im Anhang zum Schreiben findet sich eine Modellbetrachtung; im dort gewählten Beispiel (Lohn = Fr. 158'117.-) beträgt der Jahresbeitrag des Arbeitnehmers ab Eintrittsalter 45 jeweils immer Fr. 17'932.85, während der Arbeitgeberbeitrag von jährlich Fr. 5'922.75 (Eintrittsalter 45) auf Fr. 46'736.15 (Eintrittsalter 60) bis auf Fr. 367'190.45 (Eintrittsalter 69) ansteigt.

c) Gemäss den Bescheinigungen über Bezüge von Mitgliedern der Verwaltung und Organe der Geschäftsführung sind den Mitgliedern der Geschäftsleitung 2002 bis 2005 jeweils Löhne zwischen Fr. 177'410.- bis Fr. 234'594.- netto ausbezahlt worden. Im Rahmen des Kaderplans wurden von den Arbeitnehmern (AN) bzw. von der Pflichten als Arbeitgeberin (AG) folgende Beiträge geleistet (vgl. Vorausprämienrechnung, AG-Anteil = "Prämie" ./ "Jahrespersonalbeitrag"):

	2002		2003		2004		2005	
	AN	AG	AN	AG	AN	AG	AN	AG
	Fr.	Fr.	Fr.	Fr.	Fr.	Fr.	Fr.	Fr.
F (196X)	-	-	571.-	824.-	571.-	1'060.-	571.-	729.-
G (195X)	-	-	1'047.-	1'093.-	1'047.-	1'352.-	1'047.-	892.-
E (195X)	4'497.-	11'591.-	4'497.-	12'881.-	4'497.-	14'061.-	4'497.-	8'279.-
D (193X)	17'393.-	142'662.-	17'393.-	152'550.-	17'393.-	150'557.-	17'393.-	131'664.-
H (196X)	571.-	869.-	571.-	1'110.-	571.-	1'362.-	1'047.-	1'466.-
total	22'461.-	155'122.-	24'079.-	168'458.-	24'079.-	168'392.-	24'555.-	143'030.-

4. Die Pflichtige beruft sich zur Begründung der augenfälligen Differenz zwischen den Arbeitgeber-Beiträgen für D (schwergewichtig), E und dem Rest des Kaderns auf die besondere Ausgestaltung der Kaderversicherung. Die hohe Beitragsleistung der Pflichtigen sei eine Folge des Leistungsprimats.

a) Die Beitragsregelung von Art. 11 Ziff. 2 und Art. 15 Ziff. 1 bzw. 16 Ziff. 1 Reglement 2002 bzw. 2005, so wie sie von der Pflichtigen verstanden wird, verstösst gegen das Prinzip der Gleichbehandlung der Vorsorge:

aa) Wie bereits festgehalten, müssen nach dem Grundsatz der Gleichbehandlung insbesondere die Anteile der Beitragsleistungen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer innerhalb derselben Gruppe mit demselben Vorsorgeplan für alle Vorsorgenehmer gleich hoch sein; dasselbe gilt bezüglich der Bestimmungen über den Einkauf von Beitragsjahren, insbesondere was deren Finanzierung über den Einkauf von Beitragsjahren anbelangt (Peter-Szerenyi, S. 92 und S. 199 ff.).

Auffallend an der getroffenen Beitragsregelung ist, dass die ordentlichen Arbeitgeberbeiträge nicht – wie die Arbeitnehmerbeiträge – gemäss einem festen Satz zu leisten sind, sondern dass der Arbeitgeber komplementär die "restlichen" Beiträge zu übernehmen hat, welche zur Erreichung des Vorsorge-Endziels von 500% des versicherten Lohnes/Jahreslohns benötigt werden (Art. 15 Ziff. 1 Reglement 2002 bzw. Art. 16 Ziff. 1 Reglement 2005). Diese Fixierung des Vorsorge-Endziels unabhängig von der Beitragszeit führt dazu, dass bei kürzerer Beitragszeit vor Erreichen des Pensionierungsalters der Arbeitgeberanteil immer höher wird, wie es auch aus dem Schreiben der Swiss Life vom 15. Mai 2008 klar hervorgeht. Die Diskrepanz verstärkt sich noch, wenn die Person mit der kurzen Beitragszeit aufgrund von fehlenden Beitragsjahren (ältere oder aus dem Ausland zugezogene Kadermitglieder) eine grosse Finanzierungslücke aufweist bzw. kein Freizügigkeitskapital mitbringt. Die von der Pflichtigen vertretene Art der Berechnung führt nämlich dazu, dass ein solcher, erst später eintretender Versicherter keine Einkäufe für fehlende Beitragsjahre leisten muss, da diese "automatisch" durch die Arbeitgeberin übernommen werden, und zwar durch die "ordentlichen" Beiträge. Dies kann zu extremer Ungleichbehandlung nicht nur zwischen jüngeren und älteren Kadermitgliedern, sondern auch von gleichaltrigen Kadermitgliedern mit gleichem Eintrittsjahr führen, je nach dem Stand der bis zu diesem Zeitpunkt aufgebauten Vorsorge.

Diese Regelung kommt vorliegend vor allem D und in mindermem Mass E zu Gute; die anderen angeschlossenen Kadermitglieder, welche alle mehrere Jahre jünger sind, können nicht damit rechnen, dass bei ihnen dereinst in den letzten Jahren vor dem Altersrücktritt ebenfalls solche grosszügige Arbeitgeberbeiträge geleistet werden. Die Unterschiede bei der Höhe der Arbeitgeberbeiträge sind eben gerade nicht planmässige Folge des Alters der Versicherten (vgl. zur Staffelung nach Altersstufung Carl Helbling, Personalvorsorge und BVG, 8. A., 2006, S. 177 ff.), sondern des Abschlusses der Kaderversicherung kurz vor Erreichen des Ruhestandsalters vor allem von D. Die Lösung erscheint explizit auf diesen zugeschnitten; dass dem so ist, wird durch die Pflichtige sogar bestätigt, da nach ihren Angaben 2002 zunächst eine Kapitaleistung zu seinen Gunsten vorgesehen war. Das kantonale Steueramt lehnte die Verbuchung derselben als geschäftsmässig begründeten Aufwand ab, worauf eine Lösung auf dem Weg der Vorsorge gesucht wurde. Wie die SwissLife in ihrem Memo vom 27. September 2010 unter diesen Umständen zum Schluss kommen kann, eine solche Ausfinanzierung von später eintretenden Personen erfülle "ohne Weiteres" das Prinzip der Gleichbehandlung, ist schlechterdings nicht nachvollziehbar.

Der Grundsatz der Gleichbehandlung wird somit durch die geschilderte Beitragsregelung offenkundig krass verletzt.

bb) Diese Beitragsregelung lässt sich auch nicht damit verteidigen, sie sei dem Leistungsprimat immanent. Bei Vorsorgeeinrichtungen, die nach dem Leistungsprimat aufgebaut sind, richtet sich die Höhe der einzelnen Beiträge nach den vorgesehenen Leistungen (Helbling, S. 173, auch zum Folgenden). Die Leistungen werden dabei in Prozenten des versicherten Lohnes festgesetzt oder seltener nach Versichertenkategorien in festen Beträgen. Die zu erhebenden Beiträge (vom Arbeitgeber und Arbeitnehmer) werden für die Leistungen hierauf individuell aufgrund der Tarife unter Berücksichtigung des Alters des Versicherten berechnet. Auch unter dem Leistungsprimat gilt aber der Grundsatz, dass fehlende Beitragsjahre sowie durch Lohnerhöhungen entstandene Leistungslücken separat nachzufinanzieren sind (Helbling, S. 174, insbesondere S. 180 ff; Hans-Ulrich Stauffer, Berufliche Vorsorge, 2005, N 290). Dies wird auch von der SwissLife in ihrer Stellungnahme vom 27. September 2010 anerkannt. Erfolgt der Einkauf aus Mitteln des Arbeitgebers, so ist Letzterer entgegen der von der SwissLife vertretenen Auffassung nicht vollkommen frei, sondern hat er die allgemeinen vorsorgerechtlichen Grundsätze zu beachten. Wie bereits festgehalten, kann es nicht angehen, dass ein Arbeitgeber immer komplementär das volle Leis-

tungsziel finanziert, jedenfalls dann nicht, wenn sich wie hier massive Ungleichbehandlungen der Versicherten der gleichen Versichertenkategorie ergeben.

cc) Nichts ableiten kann die Pflichtige sodann auch aus dem Verweis darauf, dass in Bezug auf die beiden hauptbetroffenen mitarbeitenden Aktionäre kein übermässiger Aufwand von Lohn und Vorsorge betrieben worden sei. Eine so genannte Gesamtbetrachtung, indem geschäftsmässig nicht begründete und steuerlich nicht anzuerkennende Aufwandpositionen als geschäftsmässig begründete Lohnbestandteile des Aktionärsdirektors gewürdigt werden, sofern dieser sein steuerliches "Lohnpotential" noch nicht voll ausgeschöpft hat, ist grundsätzlich unzulässig (StE 1990 B 72.13.22 Nr. 18). Die "Umqualifizierung" von verbuchtem BVG-Aufwand als Lohn ist daher nicht möglich. Weiter hilft ihr auch nicht, dass sie ursprünglich eine Auszahlung einer entsprechenden Summe als gleichartige Kapitalabfindung gemäss Art. 17 Abs. 2 DBG bzw. § 17 Abs. 2 StG in Erwägung gezogen hatte, was sich im Nachhinein als steuerlich zulässig erwiesen habe, da eben gerade nicht dieser Weg beschritten wurde und auf die Verhältnisse abzustellen ist, wie sie effektiv gestaltet wurden.

dd) Abzulehnen ist zudem die rein formelle Betrachtungsweise der Swiss Life gemäss Memo vom 9. November 2010, wonach der Grundsatz der Gleichbehandlung bereits erfüllt sei, wenn alle Versicherten mit denselben Plandaten (Lohn, Freizüigkeitsleistung, Alter) gleich behandelt würden. Vielmehr verlangt der Gleichbehandlungsgrundsatz eben gerade einen inhaltlichen Vergleich der Situation aller Versicherten innerhalb einer Versichertenkategorie, ansonsten er jeden Inhalt verlieren und nicht über die Empfehlung, Reglementsbestimmungen nur allgemein zu formulieren, hinausgehen würde.

b) Stehen die von der Pflichtigen angerufenen Reglementsbestimmungen der Kaderversicherung demnach im Widerspruch zum Grundsatz der Gleichbehandlung, so gelangen sie nicht zur Anwendung. Damit weisen die Vorsorgereglemente in Bezug auf die Beitragsregelung eine Lücke auf. Es ist den Steuerbehörden nicht möglich, diese Lücke mit geschätzten Beiträgen zu füllen, da sie dazu einen eigenen Beitragsplan erstellen müsste, ansonsten ihre Regelung dem Grundsatz der Planmässigkeit nicht entspräche. Sie würde sich nämlich in einen Widerspruch verwickeln, wenn sie geltend gemachte Arbeitgeberbeiträge wegen Verstosses gegen die einschlägigen vorsorgerechtlichen Grundsätze nicht zum Abzug zuliesse, dann aber selber die Beträge schätzen würde, welche mangels Planmässigkeit ebenfalls die massgebenden Vorsorge-

grundsätze verletzt. Einen Ersatzplan können die Steuerbehörden indessen nicht erstellen, da sie hierzu in Bezug auf diverse Parameter eine Reihe von Entscheidungen über die gewünschte Ausgestaltung treffen müsste, was sie nicht kann und ihr auch nicht zusteht (Helbling, S. 177 ff.). Die Situation lässt sich entgegen der Auffassung der Pflichtigen auch nicht mit dem Fall vergleichen, dass z.B. geltend gemachte Repräsentationskosten mangels Nachweis zu schätzen sind, da diese nicht einem übergeordneten Plan entsprechen müssen. Dem Versuch der Vorinstanz, einen Arbeitgeberbeitrag zu schätzen, ist deshalb nicht zu folgen.

c) Damit fehlt es an einer reglementarischen Grundlage für die Arbeitgeberbeiträge schlechthin. Ohne eine solche sind sämtliche im Rahmen des Vorsorgeplans geleisteten Beiträge der Pflichtigen nicht abziehbar, und zwar betreffend aller Kadernmitglieder, da sie alle derselben Beitragsregelung unterstehen. Die Arbeitgeberbeiträge sind deshalb gesamthaft aufzurechnen; dies führt zu einer Höhereinschätzung. Die Pflichtige konnte hierzu Stellung nehmen, sodass ihr Anspruch auf rechtliches Gehör gewahrt wurde.

5. Für die Berechnung der Höhe der aufzurechnenden Arbeitgebersparbeiträge ist auf die vorliegenden Voraus-Beitragsrechnungen abzustellen. Gemäss diesen wurden im Rahmen der Kadervorsorge folgende Arbeitgeberbeiträge geleistet (Differenz zwischen der jeweiligen Summe in der Kolonne "Jahrespersonalbeitrag" und der Summe in der Kolonne "Inkasso"):

Geschäftsjahr	2002	2003	2004	2005
	Fr.	Fr.	Fr.	Fr.
Prämie total	177'583.-	192'537.-	192'470.-	182'266.-
<u>./. Jahrespersonalbeitrag</u>	<u>- 22'461.-</u>	<u>- 24'079.-</u>	<u>- 24'079.-</u>	<u>- 24'555.-</u>
Beitrag des Arbeitgebers	155'122.-	168'458.-	168'391.-	157'711.-.

Dies ergibt folgenden neuen steuerbaren Reingewinn (Staats und Gemeinde-
steuern sowie direkte Bundessteuer):

Steuerperiode	1.1. - 31.12. 2002	1.1. - 31.12. 2003	1.1. - 31.12. 2004	1.1. - 31.12. 2005
	Fr.	Fr.	Fr.	Fr.
gemäss Einschätzung	270'832.-	234'056.-	287'048.-	174'998.-
unzulässige Arbeitgeberbei- träge Kaderversicherung	155'122.-	168'458.-	168'391.-	157'711.-
bereits berücksichtigt:				
./. D	- 134'723.-	- 134'723.-	- 134'723.-	- 132'087.-
./. E	- 12'659.-	- 12'659.-	- 12'659.-	- 11'977.-
total	278'572.-	255'132.-	308'057.-	188'645.-
gerundet	278'500.-	255'100.-	308'000.-	188'600.-.

6. Da es nach dem Gesagten bereits an einer rechtsgültigen reglement-
arischen Grundlage für die Vorsorgebeiträge fehlt bzw. diese im Widerspruch zu den
massgebenden vorsorgerechtlichen Grundsätzen steht, ist auf den Einwand der Pflicht-
tigen, dass die Vorinstanz den ihr obliegenden Nachweis der geldwerten Leistung nicht
erbracht hat, nicht weiter einzugehen, und der damit begründete Antrag auf Rückwei-
sung der Sache an die Vorinstanz abzuweisen.

7. Diese Erwägungen führen zur Abweisung der Rechtsmittel (Höhereinschät-
zung). Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten der Pflichtigen aufzuerle-
gen (§ 151 Abs. 1 StG und Art. 144 Abs. 1 DBG) und steht ihr keine Parteientschädi-
gung zu (§ 152 StG i.V.m. § 17 Abs. 2 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom
24. Mai 1959/8. Juni 1997 sowie Art. 144 Abs. 4 DBG i.V.m. Art. 64 Abs. 1 des Bun-
desgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968).

Demgemäss erkennt die Rekurskommission:

1. Der Rekurs wird abgewiesen. Die Rekurrentin wird für die Staats- und Gemeindesteuern wie folgt eingeschätzt:

Steuerperiode	steuerbarer Reingewinn	Satz	steuerbares Eigenkapital	Satz
	Fr.	%	Fr.	‰
1.1. - 31.12.2002	278'500.-	10	1'175'000.-	1,5
1.1. - 31.12.2003	255'100.-	10	1'205'000.-	1,5
1.1. - 31.12.2004	308'000.-	10	1'293'000.-	1,5
1.1. - 31.12.2005	188'600.-	8,0	1'313'000.-	0,75.

2. Die Beschwerde wird abgewiesen. Die Beschwerdeführerin wird für die direkte Bundessteuer wie folgt veranlagt:

Steuerperiode	steuerbarer Reingewinn	Satz	massgebendes Eigenkapital
	Fr.	%	Fr.
1.1. - 31.12.2002	278'500.-	8,5	1'175'545.-
1.1. - 31.12.2003	255'100.-	8,5	1'205'379.-
1.1. - 31.12.2004	308'000.-	8,5	1'293'145.-
1.1. - 31.12.2005	188'600.-	8,5	1'313'539.-.

[...]