

Dr. Benedikt Hohaus, RA/FAStR, und Dr. Christoph Weber, LL.M. (Virginia), EMBA, RA

BB-Rechtsprechungsreport zu Managementbeteiligungen in Private-Equity-Transaktionen 2010/2011

Managementbeteiligungen in Private-Equity-Transaktionen zielen darauf ab, Interessenkonflikte zwischen Finanzinvestoren und Managern zu bewältigen. Manager sollen an der Wertentwicklung der Portfoliogesellschaft teilhaben, wodurch gleichgelagerte Interessen von Managern und Finanzinvestoren harmonisiert und divergierende Interessen zusammengeführt werden. Dieser Beitrag führt die im Jahr 2005 begonnene Beitragsreihe (BB 2005, 1291 ff.; BB 2006, 2089 ff.; BB 2007, 2582 ff.; BB 2008, 2358 ff.; BB 2010, 2271 ff.) fort und richtet sich an transaktionsspezialisierte Rechtsanwälte, Steuerberater sowie M&A-Berater im Allgemeinen, die einen Überblick über die wesentlichen Entwicklungen im Zivil- und Steuerrecht suchen.

I. Entwicklungen im Zivilrecht

1. Informationsrechte von Kommanditisten: Das Urteil des OLG München vom 18.5.2011

Mit Urteil vom 18.5.2011 nahm das OLG München Stellung zum Auskunftsanspruch eines Treugeber-Anlegers gegen eine Publikums-gesellschaft in Form einer GmbH & Co. KG.¹ Demnach kann ein über einen Treuhandkommanditisten beteiligter Anleger von der Fondsgesellschaft Auskunft über die Namen und Anschriften der anderen Anleger, die der Gesellschaft als unmittelbare Kommanditisten oder über die Treuhandkommanditisten als mittelbare Treugeber beigetreten sind, verlangen, wenn nach den konkreten Treuhand- und Gesellschaftsverträgen die Treugeber rechtlich und wirtschaftlich den unmittelbaren Kommanditisten gleichgestellt sind. Nach Auffassung des Gerichts steht dem Treugeber im Hinblick auf das Haftungsrisiko und das für die Einberufung von Gesellschafterversammlungen festgesetzte Quorum auch ein Anspruch auf die Angabe der jeweiligen Beteiligungshöhe der Treugeber und Mitgesellschafter zu.

2. Bedeutung für Private-Equity-Transaktionen

Bei den im Rahmen von Private-Equity-Transaktionen aufgesetzten Managementbeteiligungsprogrammen wird häufig eine (gewerblich entprägte) GmbH & Co. KG („Manager-KG“) als Rechtsform für das gemeinsame Investitionsvehikel gewählt.² Hier wird zur Wahrung der Vertraulichkeit für alle als Kommanditisten beteiligten Manager regelmäßig ein fester Betrag in Höhe von 100 Euro als Haftsumme gewählt, ohne dass die individuelle Beteiligungsquote an der Gesellschaft, auf deren Ebene die Beteiligung erfolgt, offengelegt wird. Die Investmentsumme und die damit korrespondierende Chance zur Teilhabe an Wertsteigerungen der Akquisitionsgesellschaft, aber auch die damit verbundenen Risiken sind schließlich Umstände, die individuell ausgehandelt oder zu festen Konditionen dem Manager individuell angeboten werden und somit allein der privaten Sphäre zuzuordnen sind.

Ob das Urteil des OLG München zutreffend ist³ und ob die Schlussfolgerungen zu Publikums-Gesellschaften sich der Sache nach auf die bei Private-Equity-Transaktionen übliche Konstellation übertragen lässt, kann angezweifelt werden. Ein Anspruch eines Kommanditisten auf Bekanntgabe der Beteiligungshöhe der übrigen Kommanditisten besteht jedenfalls nicht. Dies lässt sich nicht aus einem angeblichen Haftungsrisiko folgern. Jeder Kommanditist muss nur für seinen Haftungsteil einstehen und ein Gesamtschuldverhältnis für die Haftungstatbestände aller Kommanditisten entsteht nicht.⁴ Ein Informationsanspruch mit vorgenanntem Inhalt lässt sich regelmäßig auch nicht damit begründen, dass dieser zur Geltendmachung von Gesellschafterrechten benötigt werde. Dies ist weder erforderlich, um „seinen Vertragspartner zu kennen“,⁵ noch in der Regel verhältnismäßig, weil dies die berechtigten Interessen der Kommanditisten und der Gesellschaft zur Vertraulichkeit ohne konkreten Anlass beschneidet. Ein im KG-Vertrag vorgesehener entsprechender Verzicht der Kommanditisten auf Mitteilung der Beteiligungshöhe der anderen Kommanditisten sollte daher in aller Regel wirksam sein.

Im Zusammenhang mit dem Ausscheiden von Managern aus einer Manager-KG steht mitunter der Informationsanspruch des ausscheidenden Kommanditisten in Rede: Der Kommanditist kann dann ein Interesse an Informationen haben, um zu begründen versuchen, dass der Verkehrswert der Beteiligung höher ist als der vom ankaufsberechtigten Finanzinvestor gemäß den vertraglichen Regeln ermittelte Wert. Dafür können neben Informationen, die unmittelbar die Manager-KG betreffen, auch Informationen über die Gesellschaft relevant sein, an der die Kommanditisten über die Manager-KG beteiligt sind. Insoweit ist zu beachten, dass der Kommanditist berechtigt ist, die abschriftliche Mitteilung des Jahresabschlusses der KG zu verlangen und dessen Richtigkeit unter Einsicht der Bücher und Papiere zu prüfen (vgl. § 166 Abs. 1 HGB). Der Informationsanspruch ist damit grundsätzlich auf die KG beschränkt und erstreckt sich auf Unterlagen zu verbundenen Unternehmen nur so weit, wie sie zur Überprüfung des Jahresabschlusses der KG erforderlich sind.⁶ Dieses Einsichtsrecht bezieht sich nur auf die Unterlagen, die sich in den Räumen der KG befinden oder mit zumutbaren Mitteln zu beschaffen sind.⁷ Ein „Informationsdurchgriff“, bei dem sich der Anspruch auf Beschaffung von Unterlagen gegen die KG und gegen die Beteiligungsgesellschaft auf

1 OLG München, 18.5.2011 – 7 U 4847/10, ZIP 2011, 1204 ff.

2 Vgl. Hohaus, in: Jesch/Striegel/Boxberger, Rechtshandbuch Private Equity, 2010, S. 210; Mackensen, in: Eilers/Koffka/Mackensen, Private Equity, 2009, S. 351.

3 Die Revision ist beim BGH anhängig; zur kritischen Besprechung vgl. Petrovicki, GWR 2011, 285.

4 Vgl. Wolfer, NZG 2011, 854, in Bezug auf mittelbare Anleger.

5 Auf diesen allgemeinen Hinweis auf die BGH-Rechtsprechung (vgl. BGH, 11.1.2011 – II ZR 187/09, BB 2011, 462) stützt sich das OLG München; vgl. ZIP 2011, 1204, 1206.

6 Vgl. dazu Grunewald, in: Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2. Aufl. 2007, § 166, Rn. 25.

7 Vgl. dazu Grunewald, in: Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2. Aufl. 2007, § 166, Rn. 25.

Vorlage entsprechender Information bezieht, wird bei 100%igen Tochtergesellschaften anerkannt.⁸ Eine solche Situation liegt bei Manager-KGs, die in der Regel eine Beteiligung von bis zu 20% an dem Akquisitionsvehikel halten, nicht vor. Die konkreten Voraussetzungen zur Erweiterung des „gesellschaftsinternen“ Informationsanspruchs sind jedoch strittig. Letztlich entscheidend dürfte sein, (i) ob die Angelegenheiten der Gesellschaft, an der die KG beteiligt ist, unmittelbare Auswirkung auf die KG haben und (ii) ob und inwieweit die geschäftsführenden Gesellschafter der KG berechtigt sind, für die Kommanditgesellschaft Informationsrechte in der Gesellschaft, an der die KG beteiligt ist, geltend zu machen.⁹ Die Voraussetzung (i) dürfte für Manager-KGs in aller Regel zu bejahen sein. Das Vorliegen der Voraussetzung (ii) ist einzelfallabhängig zu beantworten; der geschäftsführende Kommanditist ist keinesfalls stets zur Durchsetzung von etwaigen Informationsrechten der KG aufgrund des Begehrens eines Kommanditisten zwingend verpflichtet.

II. Entwicklungen im Steuerrecht

1. Abgrenzung zu Einkünften aus nicht selbstständiger Arbeit

Ob die Erlöse aus einer Beteiligung eines Managers an einer Gesellschaft in einem Veranlassungszusammenhang mit dem Dienstverhältnis eines Managers stehen („für eine Beschäftigung“ i. S. v. § 19 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EStG), hängt maßgeblich davon ab, ob ein Leistungsaustausch zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu Einkünften aus nicht selbstständiger Arbeit führt oder aufgrund einer Sonderrechtsbeziehung steuerrechtlich anders zu behandeln ist.¹⁰ Der BFH hat in mehreren Entscheidungen die für die Einkünftequalifizierung relevanten Kriterien weiter ergänzt, deren Vorliegen im Rahmen einer Gesamtwürdigung zu ermitteln ist.

a) Das Urteil des BFH vom 20.5.2010

aa) Entscheidung

Im Urteil des BFH vom 20.5.2010¹¹ stand u. a. in Frage, ob der Gewinn aus der Veräußerung eines Wandeldarlehen als Einkünfte aus nicht selbstständiger Arbeit qualifiziert werden kann. Dabei war der besondere Umstand zu würdigen, dass zum Zeitpunkt des Darlehensvertragsschlusses das Dienstverhältnis des Arbeitnehmers, das den geldwerten Vorteil veranlasst haben sollte, noch gar nicht bestand. Nach Auffassung des BFH sei die Zurechnung eines geldwerten Vorteils zu einem erst künftigen Dienstverhältnis zwar nicht ausgeschlossen, bedürfe aber der Feststellung eines eindeutigen Veranlassungszusammenhangs, wenn sich andere Ursachen für die Vorteilsgewährung als Veranlassungsgrund aufdrängten. An der Entscheidung der Vorinstanz¹² mit anderem Ergebnis kritisierte der Senat, dass die Gesellschafterstellung im Zeitpunkt des Vertragsschlusses außer Acht gelassen worden sei.

Dass die Zuwendung nur an leitende Angestellte vergeben wird oder der Arbeitgeber bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein Sonderkündigungsrecht hat, reicht schon nach jüngster Rechtsprechung¹³ für die dienstliche Veranlassung eines Vorteils allein nicht aus. Angesichts dieser Grundsätze für ein *bestehendes* Arbeitsverhältnis ist im Wege eines a maiore ad minus-Schlusses die Klarstellung des Senats nur folgerichtig, dass für die Zurechnung zu einem (*noch*) *nicht bestehenden* Arbeitsverhältnis ein erhöhter Erklärungsbedarf für die dienstliche Veranlassung erforderlich sei.¹⁴

bb) Bedeutung für Private-Equity-Transaktionen

Die Entscheidung des BFH zu dem Wandeldarlehen macht deutlich, dass stets alle wesentlichen Aspekte für die Einkünftequalifizierung in die gebotene Gesamtwürdigung mit einzubeziehen und nachvollziehbar abzuwägen sind. Eine neben dem Dienstverhältnis bestehende Sonderrechtsbeziehung kann daher nicht übergangen werden. Jedenfalls sollte sie schriftlich in einer getrennten Vertragsurkunde dokumentiert werden.¹⁵ Bei den im Rahmen von Private-Equity-Transaktionen geschlossenen Managementbeteiligungsvereinbarungen ist es üblich, dass die durch das Eigeninvestment des Managers erworbene Managementbeteiligung, die der Sache nach von dem Dienstvertrag deutlich zu unterscheiden ist, auch formal in einer zum Dienstvertrag separaten Urkunde geregelt wird. Wegen der sachlichen Trennung beider Vereinbarungen gibt es keine feste zeitliche Abfolge der Vertragsschlüsse von Anstellungsvertrag einerseits und Managementbeteiligungsvereinbarung andererseits.

b) Der Beschluss des BFH vom 9.12.2010

aa) Entscheidung

Mit Urteil vom 26.4.2010 hatte das FG Düsseldorf¹⁶ entschieden, dass der Veräußerungsgewinn aus nicht frei handelbaren und bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses kündbaren Economic Value Added-Zertifikaten (EVA-Anteile), mittels derer ohne gesellschaftsrechtliche Beteiligung leitenden Angestellten des Emittenten eine Teilhabe an der Renditeentwicklung ermöglicht wird, keinen durch das Arbeitsverhältnis veranlassten Vorteil darstellt. Weil die zeichnungsberechtigten Arbeitnehmer auf die Kurswertsteigerungen/-minderungen nur begrenzt Einfluss nehmen konnten, wurde nach Auffassung des Finanzgerichts die Kapitalüberlassung nicht durch einen Veranlassungszusammenhang mit den Einkünften aus nicht selbstständiger Tätigkeit überlagert.¹⁷ Die gegen dieses Urteil vom beklagten Finanzamt erhobene Nichtzulassungsbeschwerde wies der BFH¹⁸ mit Beschluss vom 9.12.2010 zurück. Der Senat bestätigte nochmals seine jüngste Rechtsprechung, wonach nicht allein deshalb, weil die Kapitalbeteiligung von einem Arbeitnehmer des Unternehmens gehalten und nur Arbeitnehmern geboten werde, der Veräußerungsgewinn als Einkünfte aus nicht selbstständiger Arbeit zu qualifizieren sei.¹⁹ Aus dieser Rechtsprechung folgert der BFH nun, dass der Einwand, bei dem Kursgewinn handele es sich um „Anreizlohn“, nicht verfange.

bb) Bedeutung für Private-Equity-Transaktionen

Für die bei Private-Equity-Transaktionen üblichen Managementbeteiligungen verschafft der Beschluss des BFH mehr Rechtssicherheit.

8 Vgl. dazu *Grunewald*, in: Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2. Aufl. 2007, § 166, Rn. 25; *Gummert*, in: Münchener AnwaltsHandbuch Personengesellschaftsrecht, 1. Aufl. 2005, § 4, Rn. 130; *Schlitt*, in: Sudhoff, GmbH & Co. KG, 6. Aufl. 2005, § 24, Rn. 18; BGH, 8.7.1957 – II ZR 54/56, BGHZ 25, 115, 118 f., BB 1957, 836; vgl. BGH, 17.4.1989 – II ZR 258/88, WM 1989, 878, 880, im Zusammenhang mit dem Ausscheiden eines Kommanditisten: „Tochtergesellschaften“.

9 Ähnlich *Weipert*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, 3. Aufl. 2009, § 15 Rn. 13 ff., m. w. N.

10 Zuletzt maßgeblich BFH, 17.6.2009 – VI R 69/06, BStBl. II 2010, 69. Ständige BFH-Rechtsprechung; vgl. BFH, 22.3.1985 – VI R 170/82, BStBl. II 1985, 529, BB 1985, 1709; BFH, 1.2.2007 – VI R 72/05, BFH/NV 2007, 898.

11 BFH, 20.5.2010 – VI R 12/08, DB 2010, 2028.

12 FG Mecklenburg-Vorpommern, 30.1.2008 – 3 K 139/07, DStR 2008, 925.

13 Vgl. BFH, 17.6.2009 – VI R 69/06, BStBl. II 2010, 69.

14 Vgl. BFH, 17.6.2009 – VI R 69/06, BStBl. II 2010, 69.

15 So auch *Heuel*, EStB 2010, 404, 405; vgl. FG Münster, 21.4.2010 – 11 K 262/08 E F, EFG 2011, 49 (dazu sogleich Gliederungspunkt II. 1. c.).

16 FG Düsseldorf, 26.4.2010 – 3 K 536/05 E, EFG 2010, 1195.

17 Berufsspezifische Risiken sollten in der Gesamtwürdigung des Veranlassungszusammenhangs ein eher nachgeordnetes Indiz darstellen; vgl. *Hohaus/Weber*, BB 2010, 2771, 2775.

18 BFH, 9.12.2010 – VI B 80/10, BFH/NV 2011, 435.

19 Bestätigung von BFH, 17.6.2009 – VI R 69/06, BStBl. II 2010, 69.

Selbstverständlich wohnt einer kapitalmäßigen Beteiligung die Chance zur Teilhabe an Wertsteigerungen inne, und die Möglichkeit des Beteiligten, auch zu eigenen Gunsten zu der Wertsteigerung beizutragen, hat auch eine Anreizwirkung. Gemäß dem BFH-Beschluss qualifiziert diese Anreizwirkung nicht die kapitalmäßige Beteiligung in eine dienstlich veranlasste Vergütung um. Gleiches gilt für ein Managementinvestment im Rahmen einer Private-Equity-Transaktion. Dieses Ergebnis ist nur konsequent, da ja die Beteiligung selbst nicht schon dienstlich veranlasst ist und die naturgemäß gegebene Anreizwirkung, Wertsteigerungen der kapitalmäßigen Beteiligung zu erreichen, diese Qualifikation nicht ändern kann. Insoweit erscheint es u. E. zweifelhaft, ob die Aussage der Vorinstanz, wonach sich aus den Einflussmöglichkeiten der Beteiligten auf den Kurswert ein die Kapitalüberlassung überlagerndes spezifisches berufliches Risiko ergeben kann, Bestand haben kann. Selbst wenn dem so wäre, käme es auf die im Einzelfall gegebenen Einflussmöglichkeiten an, so dass allein anhand dieses Kriteriums kaum eine verlässliche Qualifizierung von Einkünften vorgenommen werden kann.

c) Das Urteil des BFH vom 30.6.2011

aa) Entscheidung

Im Fall, über den der BFH am 30.6.2011 urteilte,²⁰ hatte das Finanzamt die Wertdifferenz zwischen Optionspreis und Börsenwert von im Rahmen eines Aktienoptionsprogramms erworbenen Aktien als Arbeitslohn besteuert. Dem betroffenen Kläger war die Einräumung von Aktienoptionen angeboten worden, nachdem er mit seiner Ehefrau Anteile an zwei GmbH an eine weitere GmbH veräußerte, mit der er zeitgleich einen Geschäftsführerdienstvertrag schloss. Dieser Vertrag, der die Teilnahme an einem Management Incentive Program sowie die Einräumung der Aktienoptionen vorsah, wurde nach kurzer Zeit aus betriebsbedingten Gründen einvernehmlich beendet. Der Aufhebungsvertrag sicherte dem Kläger neben einer Abfindung auch den Bestand der Aktienoptionsrechte zu, die der Kläger anschließend ausübte. Das FG Münster²¹ erkannte zwar gemäß dem klägerischen Vortrag an, dass mit Gewährung der Aktienoptionen der Erwerber auf den Kaufpreis „etwas drauf legen“ habe wollen. Gleichwohl ging das Gericht letztlich von Einkünften i. S. v. § 19 EStG aus, u. a. deshalb, weil die Überlassung von Aktienoptionen im Geschäftsführervertrag zum Ausdruck gebracht worden war. Der BFH hob diese Entscheidung auf, da das Finanzgericht keine Feststellungen getroffen habe, die den Schluss zuließen, die Aktienoptionen seien dienstlich veranlasst gewährt worden.²² Auch der Umstand, dass die Aktienoptionen im Anstellungsvertrag eingeräumt und als Tätigkeitsvergütung bezeichnet worden seien, stehe diesem Ergebnis nicht entgegen: Formale Überlegungen müssen aus Sicht des Senats zurücktreten, denn das wirtschaftlich Gewollte und das tatsächlich Bewirkte seien maßgeblich, nicht aber das formal Erklärte oder formal-rechtliche Vereinbarung.

bb) Bedeutung für Private-Equity-Transaktionen

Die Entscheidung des BFH hebt zu Recht einmal mehr das „Substance-over-form“-Prinzip hervor und belegt, dass der Veranlassungszusammenhang von dienstlichen Einkünften sich nicht rein formal oder positivistisch erschließt. Auch deshalb, weil der Tatsacheninstanz eine tatsächliche Würdigung aller wesentlichen Umstände des Einzelfalls obliegt,²³ bleibt für den Vertragsgestalter in Private-Equity-Transaktionen wie oben schon ausgeführt maßgeblich, das wirtschaftlich Ge-

wollte in der dienstvertraglichen Vereinbarung einerseits und in der Vereinbarung zur kapitalmäßigen Beteiligung des Managements andererseits formal getrennt zu behandeln. So kommt die Eigenständigkeit der Sonderbeziehung besser zum Ausdruck, da diese eben selbstständig und losgelöst vom Arbeitsverhältnis bestehen kann.²⁴

2. Zuflusszeitpunkt

a) Das Urteil des BFH vom 30.6.2011

aa) Entscheidung

Der BFH musste sich in seinem Urteil vom 30.6.2011²⁵ mit der Frage befassen, wann bei sog. Restricted Shares i. S. d. Rule 144 SEC Act 1933, die ein Arbeitnehmer einer deutschen Gesellschaft von der US-amerikanischen Muttergesellschaft verbilligt erworben hatte, ein Zufluss des – unstreitigen – geldwerten Vorteils gegeben war. Nach Feststellung des Finanzamtes handelte es sich um Aktien, die der Arbeitnehmer durch Ausübung von entsprechenden Optionen erwarb, die aber dann für einen Zeitraum von zwei Jahren weder handelbar noch lieferbar waren und auch nicht beliehen werden konnten. Darüber hinaus konnten die Aktien nach einer Haltefrist von einem Jahr nur unter Einhaltung von Publikationspflichten nach US-Aktienrecht durch die die Aktien ausgebende US-amerikanische Muttergesellschaft verkauft werden. Nach Ablauf eines weiteren Sperrjahres war ein freier Verkauf möglich. Der deutsche Arbeitgeber hatte aufgrund der Verfügungsbeschränkungen zum Zeitpunkt der Ausübung der Optionen einen geldwerten Vorteil lohnsteuerlich nicht erfasst. Das Finanzamt hingegen erfasste den Vorgang des verbilligten Aktienerwerbs durch Optionsausübung als steuerlichen Vorgang. Ein Zufluss sei schon mit dem Erwerb der Aktien gegeben, da dann der Steuerpflichtige Verfügungsmacht über die Aktien erworben habe. Die Verfügungsbeschränkungen würden den geldwerten Vorteil auch nicht mindern, da in den zwei Jahren der Haltedauer die Nutzungen schon gezogen werden könnten. Das Finanzgericht wies die dagegen erhobene Klage ab.²⁶ Der BFH hingegen hob das Urteil auf und verwies die Sache als nicht spruchreif an das Finanzgericht zurück.

In dem Urteil stellte der BFH fest, dass eine (obligatorische) Verfügungssperre dem Erwerb der wirtschaftlichen Verfügungsmacht über Aktien und damit einem Zufluss von Einnahmen nicht entgegenstehe, da die Veräußerung rechtlich möglich ist. Ein Erwerber von Aktien sei dann rechtlich und wirtschaftlich Inhaber einer Aktie, wenn sie auf ihn übertragen oder auf seinen Namen im Depot einer Bank hinterlegt worden sei.²⁷ Eine schuldrechtliche Verfügungssperre ändere daran nichts, selbst wenn die Verletzung mit einer Sanktion belegt sei. Anders soll das dann sein, wenn bei der Übertragung von vinkulierten Namensaktien die Übertragung der Aktien in ihrer Wirksamkeit von der Zustimmung der Gesellschaft nach §§ 68 Abs. 2, 180 Abs. 2 AktG abhängig ist. Bleibt die Zustimmung der Gesellschaft aus, dann sei die Übertragung von vornherein unwirksam und es könne auch aus steuerlicher Sicht nicht davon ausgegangen werden, dass der Ar-

20 BFH, 30.6.2010 – VI R 80/10, BFH/NV 2011, 1952; vgl. dazu die Anmerkung von *Geserich*, *SteuK* 2011, 417.

21 FG Münster, 21.4.2010 – 11 K 262/08 E, F, EFG 2011, 49.

22 BFH, 30.6.2010 – VI R 80/10, BFH/NV 2011, 1952.

23 Vgl. BFH, 19.6.2008 – VI R 4/05, BStBl. II 2008, 826, BFHE 222, 353.

24 Vgl. dazu *Geserich*, *SteuK* 2011, 417. Zum Veranlassungszusammenhang bei einer Sonderzahlung an ein Vorstandsmitglied als Schadensersatz wegen unterbliebener gesellschaftsrechtlicher Beteiligung vgl. FG Hamburg, 14.7.2009 – 3 K 197/08, DStRE 2011, 793, 794.

25 BFH, 30.6.2011 – VI R 37/09, BB 2011, 2598; vgl. auch die Entscheidungsbesprechung von *Leuner*, BB 2011, 2598.

26 Thüringer FG, 14.1.2009 – III 922/03, EFG 2010, 38; vgl. dazu *Hohaus/Weber*, BB 2010, 2771, 2776.

27 Vgl. hierzu auch FG München, 20.10.2010 – 9 K 3804/08, EFG 2011, 702.

beitnehmer die wirtschaftliche Verfügungsmacht erhalten habe. Insofern orientiert sich der BFH bei seiner steuerlichen Würdigung an den aktienrechtlichen Grundsätzen. Der BFH stellte darüber hinaus fest, dass allein der Umstand, dass der Arbeitnehmer innerhalb der zweijährigen Verfügungssperre die Nutzungen ziehen konnte, noch keine rechtlich gesicherte Inhaberschaft begründe. Zur Erklärung zieht der BFH als Vergleichsmaßstab das Rechtsinstitut der Wertpapierleihe heran. Außerdem sieht der BFH allein in der Tatsache, dass der Arbeitnehmer einen Anspruch auf die Aktien hatte, ebenfalls keine Verfügungsmacht über die Aktien als gegeben an. Letztlich muss das Finanzgericht prüfen, welche tatsächlichen Voraussetzungen für die rechtswirksame Übertragung der „restricted shares“ notwendig sind, um festzustellen, ob mit Erwerb der Aktien der Arbeitnehmer schon Verfügungsmacht über die ausländischen Aktien erworben hat.

bb) Bedeutung für Private-Equity-Transaktionen

Die BFH-Entscheidung konkretisiert die bestehende Rechtsprechung im Hinblick auf die Ermittlung des Zuflusszeitpunktes. Letztlich hat der BFH nochmals festgestellt und bestätigt,²⁸ dass schuldrechtliche Verfügungsbeschränkungen, nämlich Haltefristen und Verkaufssperren, den Zufluss nicht verhindern. Demgegenüber sind Aktien einem Arbeitnehmer nicht zugeflossen, wenn aufgrund aktienrechtlicher Grundsätze eine Verfügung über die Aktien nicht möglich ist. Offen geblieben ist, ob dies bei dem hier vorliegenden Fall der sog. Restricted Shares gegeben ist, da nach ausländischem Recht zu prüfen ist. Managementbeteiligungen werden in neueren Strukturen häufig nicht an inländischen, sondern an ausländischen Gesellschaften gewährt. Hier ist im Einzelfall zu prüfen, ob und welche Übertragungsbeschränkungen vorliegen und welche Rechtsqualität die Übertragungsbeschränkung hat. Allerdings wird mit Einräumung und Übertragung der Aktien bzw. Anteile an dem Beteiligungsvehikel üblicherweise auch eine Zustimmung der Gesellschaft mittels entsprechenden Gesellschafterbeschlusses einhergehen. Insofern dürften die Auswirkungen für klassische Managementbeteiligungen grundsätzlich gering sein. Die im Streitfall vorliegende Konstellation dürfte eher eine Rolle spielen bei einer Übernahme eines deutschen Unternehmens durch eine US-amerikanische Gesellschaft, wobei das deutsche Management in die Konzernvergütung durch die US-amerikanische Muttergesellschaft einbezogen wird. Hier wird in der Regel ein Vergütungspaket aus Optionen und sog. Restricted Shares geschnürt. Es bleibt abzuwarten, wie die Prüfung des Finanzgerichtes ausgeht und ob das Ergebnis für andere Fälle als Beurteilungsmaßstab herangezogen werden kann.

b) Das BFH Urteil vom 3.2.2011

aa) Entscheidung

Der BFH hatte zu entscheiden, ob das Nichtauszahlen und der Verzicht des nicht bei der Gesellschaft als Aufwand verbuchten Weihnachtsgeldes durch einen mit 50% beteiligten Gesellschafter-Geschäftsführer, der alleinvertretungsberechtigt und von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit war, trotzdem aufgrund der Fälligkeit der Forderung zu besteuern ist.²⁹ Der BFH bestätigte seine ständige Rechtsprechung,³⁰ dass Geldbeträge dem Steuerpflichtigen in der Regel dadurch zufließen, dass sie bar ausgezahlt oder dem Konto des Steuerpflichtigen bei einer Bank gutgeschrieben werden. Eine Gutsschrift in den Büchern des Verpflichteten kann allerdings dann einen

Zufluss bewirken, wenn der Betrag dem Berechtigten zur Verfügung steht und er den Leistungserfolg ohne weiteres Zutun des im Übrigen leistungsbereiten und leistungsfähigen Schuldners herbeiführen kann. Ein Verzicht auf bestehende oder künftige Entgeltansprüche gegenüber der Gesellschaft hingegen soll bei einem Gesellschafter-Geschäftsführer keine Einkünfte aus nichtselbstständiger Tätigkeit darstellen, wenn der Verzichtende dadurch eine tatsächliche Vermögenseinbuße erleidet. Dies ist der Fall, wenn es keinen Ausgleich gibt. Etwas anders soll nur dann gelten, wenn durch den Verzicht der Gesellschafter eine verdeckte Einlage leistet. Der BFH erkannte hier keine Einlage, da es keinen entsprechenden Aufwandsposten gab und insofern der Gesellschafter sein Vermögen nicht in Beteiligungskapital umgeschichtet habe.

bb) Bedeutung für Private-Equity-Transaktionen

Die Entscheidung ist insofern für Private-Equity-Transaktionen relevant, als dass sie nochmals die Voraussetzungen für den Zufluss von Bonusansprüchen bei Arbeitnehmern bestätigt³¹ und weiter erläutert. Im Rahmen von Incentivierungsmodellen müssen Manager teilweise auf Bonusansprüche aus ihrem Anstellungsvertrag verzichten, um sich in virtuelle Beteiligungsmodelle quasi einzukaufen. Ein solcher Verzicht ist nach der Rechtsprechung des BFH danach nur dann nicht lohnsteuerpflichtig, wenn die Forderung noch nicht entstanden und damit fällig ist. Bei schon fällig gewordenen Ansprüchen wird man eine Lohnbesteuerung nur dann vermeiden können, wenn eine echte Vermögenseinbuße gegeben ist. Das wäre nur dann der Fall, wenn der Manager für seinen Verzicht keine Gegenleistung erhält. Ohne Gegenleistung wird der Manager im Zweifelsfall aber nicht auf Bonusansprüche verzichten. Insofern ist bei der Strukturierung von virtuellen Beteiligungsmodellen unter Verzicht der Auszahlung von Bonusansprüchen darauf zu achten, dass diese Bonusansprüche nicht schon vorher entstanden sind. Allein die Nichtauszahlung eines fällig gewordenen Bonusanspruches führt nicht zur Vermeidung des Zuflusses und damit der Besteuerung als Einkünfte aus nichtselbstständiger Tätigkeit nach § 19 EStG.

c) Das Urteil des BFH vom 20.7.2011

aa) Entscheidung

In seinem Urteil vom 20.7.2011³² entschied der BFH, dass ein Veräußerungsgewinn nach § 17 EStG grundsätzlich zum Zeitpunkt der Veräußerung entstehe. Das gelte auch dann, wenn der Kaufpreis gestundet werde. Eine andere Sichtweise komme nur dann zum Tragen, wenn die wiederkehrenden Zahlungen Versorgungscharakter haben. In dem zu beurteilenden Fall hatte ein Alleingesellschafter seine Anteile komplett verkauft und sich den Kaufpreis in zehn Jahresraten à 50 000 DM auszahlen lassen.

bb) Bedeutung für Private-Equity-Transaktionen

Im Rahmen von Managementbeteiligungen bei Private-Equity-Transaktionen gewähren Manager den Finanzinvestoren regelmäßig Call-Optionen (Ankaufsrechte) auf ihre Beteiligung, die im Falle eines

28 BFH, 11.2.2010 – VI R 47/08, BFH NV 2010, 1094; BFH, 30.9.2008 – VI R 67/05, BStBl. II 2009, 282; BFH, 5.7.2007 – VI R 47/02, BFH NV 2007, 1876.

29 BFH, 3.2.2011 – VI R 4/10, DStR 2011, 618.

30 Ständige Rechtsprechung vgl. BFH, 30.10.2001 – VIII R 15/01, BStBl. II 2002, 138, BB 2002, 235; BFH, 28.10.2008 – VIII R 36/04, BStBl. II 2009, 190.

31 Vgl. schon BFH, 25.11.1993 – VI R 115/92, BStBl. II 1994, 424.

32 BFH, 20.7.2010 – IX R 45/09, BStBl. II 2010, 969.

Ausscheidens gezogen werden können.³³ Die Kaufpreiszahlung ist nicht selten verzinslich bis zum Exit gestundet. Für Manager, die wesentlich i.S.d. § 17 EStG beteiligt sind, bedeutet das, dass sie bei Ausübung der Option nicht mehr wirtschaftliche Eigentümer der Anteile sind und damit ein Veräußerungsvorgang i.S.d. § 17 EStG gegeben ist. Insofern geraten Manager bei einer positiven Wertentwicklung in eine sog. Dry-Income-Problematik, d.h. sie müssen Steuern zahlen, ohne einen entsprechenden Cash-Event zu haben. Bei der Strukturierung der Managementbeteiligung muss im Interesse beider Parteien diese Problematik beachtet werden. Insofern kann es sich anbieten, dass der Manager die Managementbeteiligung nicht als Privatperson hält, sondern über eine in seinem Eigentum befindliche Kapitalgesellschaft. Durch eine solche Strukturierung kann die dargestellte Dry-Income-Problematik auf ein minimales Maß reduziert werden.

d) Das Urteil des FG München vom 20.10.2010

aa) Entscheidung

In dem dem Urteil des FG München³⁴ zugrunde liegenden Fall stritten die Beteiligten über die Bewertung eines Vorteils aus der Gewährung einer Aktienoption im Zusammenhang mit Einkünften aus nicht selbstständiger Arbeit sowie den Zuflusszeitpunkt des geldwerten Vorteils. Dem Arbeitnehmer wurden nicht handelbare Aktienoptionen vom Arbeitgeber eingeräumt. Der Arbeitnehmer legte diese in eine GmbH ein, an der er zu 100% beteiligt war. Das Finanzgericht bestätigte die Ansicht des Finanzamtes, dass die verdeckte Einlage von als Arbeitslohn zu behandelnden Aktienoptionsrechten im Rahmen des § 11 Abs. 1 S. 1 EStG keine veräußerungsgleiche Verfügung über einen geldwerten Vorteil i.S.d. § 11 Abs. 1 S. 1 EStG darstelle. Insofern versagte das Finanzgericht dem Arbeitnehmer den Zufluss in dem Zeitpunkt der Einlage der Optionen in die GmbH, und rechnete ihm die Ausübung der Optionsrechte durch die in seinem Alleineigentum befindlichen GmbH zu, so dass der geldwerte Vorteil erst im Zeitpunkt der Einbuchung der Aktien aus der Ausübung der Optionsrechte gegeben sei, da dadurch der Wert der GmbH des Arbeitnehmers gestiegen sei.

bb) Bedeutung für Private-Equity-Transaktionen

Im Rahmen von Management-Beteiligungsmodellen kommt es immer wieder vor, dass nicht der Manager selber Vertragspartei ist, sondern eine – im Regelfall von ihm beherrschte – GmbH. Eine solche Gestaltung wird etwa aus Gesichtspunkten der vorweggenommenen Erbfolge oder aufgrund der Tatsache gewählt, dass Manager im Rahmen eines Secondary Buy-Out regelmäßig einen Teil ihrer Exit-Erlöse reinvestieren müssen. Dieses Reinvestment kann dann, abgesehen von der durch den pauschalen Betriebsausgabenabzug entstehenden Steuer, quasi aus un versteuertem Geld aus der Kapitalgesellschaft heraus erfolgen. Insofern bekräftigt das FG München auch nochmals die Rechtsauffassung, dass allein durch den Umstand, dass ein Vermögensgegenstand nicht unmittelbar, sondern mittelbar über eine Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft gehalten wird und sich daraus unterschiedliche steuerliche Belastungen hinsichtlich Höhe und Zeitpunkt ergeben, kein Gestaltungsmissbrauch begründet wird. Im Übrigen bestätigt das Finanzgericht in seiner Entscheidung den schon früher vom BFH aufgestellten Grundsatz, dass die Verfügung über Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis nichts an der personellen Zurechnung der Einkünfte aus dem Arbeitsverhältnis ändert. Eine Abtretung solcher Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis führt nicht

dazu, dass der Tatbestand der Einkunftserzielung nunmehr vom Abtretungsempfänger verwirklicht wird.³⁵ Sofern demnach Einkünfte aus einem Arbeitsverhältnis vorliegen, können diese nicht allein durch die Tatsache, dass diese nunmehr über eine Kapitalgesellschaft gehalten werden, umqualifiziert werden.

3. Bewertungsfragen: Die Urteile des BFH vom 29.7.2010

a) Entscheidungen

In zwei Entscheidungen³⁶ vom 29.7.2010 hatte sich der BFH mit Fällen zu befassen, in denen ein Arbeitnehmer in engem zeitlichen Zusammenhang mit einem Börsengang Aktien seines Arbeitgebers erworben und dabei einen Preis bezahlt hat, der wesentlich niedriger war als der kurze Zeit später realisierte Börsenpreis. Nach den Feststellungen des BFH in seinen Urteilen ist der gemeine Wert nicht börsennotierter Anteile an einer Kapitalgesellschaft nur dann nicht aus Verkäufen der vergangenen zwölf Monate abzuleiten, wenn nach den Veräußerungen, aber vor dem Bewertungsstichtag besondere objektive Umstände hinzutreten, die dafür sprechen, dass diese Verkäufe nicht mehr den gemeinen Wert der Aktien zum Bewertungsstichtag repräsentieren. Solche besonderen objektiven Umstände hat der BFH in den entschiedenen Fällen darin gesehen, dass noch vor dem Bewertungsstichtag ein Börsengang beschlossen wurde und die beauftragten Emissionsbanken noch vor dem Bewertungsstichtag konkrete und verbindliche Aussagen zum Unternehmenswert gemacht und Dritten präsentiert hatten. In der unter dem Aktenzeichen VI R 30/07 geführten Entscheidung kam hinzu, dass es eine Vereinbarung zwischen dem Arbeitnehmer und dem Arbeitgeber gab, nach der dem Arbeitnehmer die Aktien auch als Ausgleich für eine relativ geringe laufende Lohnzahlung gewährt wurden, so dass die Gewährung der Aktien auch nach den Vorstellungen beider Parteien Vergütungsbestandteil für den Arbeitnehmer sein sollte.

b) Bedeutung für Private-Equity-Transaktionen

Für Private-Equity-Transaktionen dürften die Urteile keine einschneidende Bedeutung haben, da die vom BFH zu beurteilenden Sachverhalte nicht dem typischen Verlauf von Private-Equity-Transaktionen entsprechen. Letztlich wird die Beteiligung des Managements an der Zielgesellschaft häufig schon im Zeitpunkt des Erwerbs des Zielunternehmens durch das Akquisitionsvehikel oder kurz danach implementiert. Dann ist auf die Bewertung im Rahmen dieser Transaktion abzustellen, denn es ist eine Referenztransaktion i.S.d. § 11 Abs. 2 BewG gegeben, da die Transaktion im gewöhnlichen Geschäftsverkehr und unter drittbüchlichen Bedingungen stattfindet. Darüber hinaus handelt es sich bei Managementbeteiligungen nicht um Vergütungsbestandteile und diese werden nicht gewährt, um ein „vergleichsweise niedrigeres Gehalt“ auszugleichen. Das ergibt sich allein schon daraus, dass die sich beteiligenden Manager mit ihrem aus eigenem Vermögen investierten Kapital im Risiko stehen und ein Totalverlust nicht auszuschließen ist. Gerade in Zeiten der Finanzkrise hat es zahlreiche Insolvenzen von Firmen im Eigentum von Finanzinvestoren gegeben, bei denen alle Gesellschafter ihr eingesetztes Kapital vollständig verloren haben.

33 Ausführlich hierzu Hohaus/Weber, in: Lücke/Schaub, Vorstand der AG, 2. Aufl. 2010, S. 85 ff.

34 FG München, 20.10.2010 – 9 K 3804/08, EFG 2011, 702; die Revision ist zugelassen.

35 BFH, 23.1.1985 – I R 64/81, BStBl. II 1985, 330.

36 BFH, 29.7.2010 – VI R 30/07, BStBl. II 2011, 68; BFH, 29.7.2010 – VI R 53/08, BFH/NV 2011, 18.

III. Fazit

Die Entscheidung des OLG München veranschaulicht, welche Bedeutung Informationsansprüche von Kommanditisten in GmbH & Co. KG, die als Beteiligungsvehikel von Manager-Investoren dienen, haben können.

Anhand der Entscheidungen des BFH zur dienstlichen Veranlassung von Vorteilen wird deutlich, dass kritisch zu prüfen ist, wenn die Finanzverwaltung eine Zuwendung an einen Arbeitnehmer trotz anderweitiger Rechtsbeziehungen als dienstlich veranlasst qualifiziert. Dies gilt auch dann, wenn für ab dem 1.1.2009 erworbene Beteiligungen die wirtschaftliche Relevanz der Abgrenzung von Einkünften aus nicht selbstständiger Arbeit und Kapitalbeteiligung weniger gravierend ist. Es bleibt die Einsicht: Auch einem Manager ist zuzugestehen, dass er sich wie ein fremder Dritter an „seiner“ Anstellungsgesellschaft beteiligt.

Die jüngsten Entscheidungen zur Ermittlung des Zuflusszeitpunktes tragen weiter zur Klärung des relevanten Zeitpunktes bei. Vor allem ist und bleibt die Aussage des BFH wesentlich, dass schuldrechtliche Verfügungsbeschränkungen wie Haltefristen und Verkaufssperren den Zufluss nicht verhindern. Zur Beantwortung der Frage, wann der Begünstigte wirtschaftliche Verfügungsmacht über einen Vorteil erlangt, sind die Voraussetzungen der jeweils anwendbaren Rechtsordnung sorgfältig zu prüfen.

Aufgrund der Bewältigung der Folgen aus der Finanzkrise und im Hinblick auf die gegenwärtige Eurokrise empfiehlt es sich, die Entwicklungen zur Bewertung von Managementbeteiligungen weiterhin mit besonderer Aufmerksamkeit zu verfolgen.

// Autoren

Dr. Benedikt Hohaus, seit 1998 RA und FASr, ist seit 2005 Partner bei P+P Pöllath + Partners, München. Seine Tätigkeitsgebiete umfassen die gesellschafts- und steuerrechtliche Beratung von Private-Equity-Investoren und Managementteams im Zusammenhang mit Management Buy-Outs und Managementbeteiligungen.



Dr. Christoph Weber, LL.M., EMBA, ist seit 2008 Rechtsanwalt im Münchener Büro von P+P Pöllath + Partners. Er berät Unternehmen, Investoren und Manager in M&A-, Private-Equity- und Venture-Capital-Transaktionen sowie in gesellschaftsrechtlichen Fragestellungen mit Schwerpunkt in den Bereichen Managementbeteiligungen und Vorstandsvergütung.



Dr. Stephan Degen, Maître en Droit, RA/StB

Das Steuerabkommen zwischen Deutschland und der Schweiz – eine Alternative zur Selbstanzeige?

Das am 21.9.2011 unterzeichnete DBA Schweiz enthält u.a. in Teil 2 die Regelung über die anonymisierte pauschale Nachversteuerung von Vermögenswerten, die eine in Deutschland ansässige natürliche Person auf Schweizer Konten/Depots hält, sowie alternativ eine Regelung zur „freiwilligen Meldung“, die als Selbstanzeige gilt. Der vorliegende Beitrag zeigt die praktischen Folgen auf und behandelt nicht zuletzt die Frage nach Rechtsbehelfsmöglichkeiten.

I. Systematik des Abkommens

Am 21.9.2011 haben die Finanzminister der Bundesrepublik Deutschland und der Schweiz das Steuerabkommen zwischen Deutschland und der Schweiz¹ unterzeichnet. Nach Art. 1 des Steuerabkommens² soll durch „bilaterale Zusammenarbeit der Vertragsstaaten die effektive Besteuerung der betroffenen Personen in der Bundesrepublik Deutschland sichergestellt werden“. Zur Umsetzung einer effektiven Besteuerung sieht das Abkommen folgende drei Maßnahmen vor, vgl. Art. 1 Abs. 2:

1. Teil 2 des Abkommens: Anonymisierte Nachversteuerung von Vermögenswerten, die eine in Deutschland ansässige natürliche Person

auf Schweizer Konten/Depots hält. Die Nachversteuerung ist der Regelfall, alternativ dazu kann sich die betroffene Person dafür entscheiden, dass ihre Daten (insbesondere ihre Identität und Bankdaten) im Rahmen einer sog. „freiwilligen Meldung“ an die zuständigen deutschen Behörden weitergeleitet werden. Stellen die deutschen Behörden fest, dass die Person Steuern hinterzogen hat, gilt die freiwillige Meldung ab dem Zeitpunkt der Ermächtigung zur freiwilligen Meldung als wirksame Selbstanzeige mit den Rechtsfolgen der §§ 371, 398a AO. Die Durchführung der Nachversteuerung bzw. freiwilligen Meldung führt zur Abgeltung der bis Ende 2012 entstandenen Steueransprüche des deutschen Fiskus.

2. Teil 3 des Abkommens: Zahlung einer Abgeltungsteuer für Erträge und Gewinne, die natürliche Personen mit Sitz in Deutschland auf Vermögen erzielen, das auf Schweizer Konten/Depots gehalten wird. Die Abgeltungsteuer bezieht sich auf ab dem 1.1.2013 entstandene Steueransprüche.

¹ Im Folgenden beziehen sich alle Artikelangaben auf das Steuerabkommen vom 21.9.2011, soweit sich aus dem Text nichts anderes ergibt.

² Im Folgenden beziehen sich alle Artikelangaben auf das Steuerabkommen vom 21.9.2011, soweit sich aus dem Text nichts anderes ergibt.