

Steuerliche Entwicklungen in Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung zu Mitarbeiter- und Managementbeteiligungen in 2008

Von Dr. Christian Schmidt, München*

Für die Einführung von Mitarbeiter- und Managementbeteiligungsprogrammen gibt es vielfältige Gründe. Durch das Gefühl, Miteigentümer des Unternehmens zu sein, resultiert im Idealfall ein erhöhtes Interesse des Mitarbeiters am Unternehmenserfolg. Aus Sicht des Unternehmens eignen sich Mitarbeiter- und Managementbeteiligungsprogramme, hochqualifizierte Mitarbeiter für das Unternehmen zu gewinnen und langfristig zu binden. Manchmal geht auch eine Stärkung des Eigenkapitals mit Einführung von Mitarbeiter- und Managementbeteiligungsprogrammen einher. In Zeiten einer Kreditklemme kann ein Mitarbeiter- und Managementbeteiligungsprogramm auch ein Instrument zur Unternehmensfinanzierung sein. In Private Equity Transaktionen zielen Managementbeteiligungsprogramme darauf ab, durch finanzielle Anreize das Management für sich zu gewinnen und gleich gelagerte Interessen des Managements und des Private Equity Investors herbeizuführen. Der vorliegende Beitrag gibt einen Überblick über steuerliche Entwicklungen in der Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung im Jahr 2008, die für Mitarbeiter- und Managementbeteiligungsprogramme bedeutsam sind.

1. Gesetzliche Neuregelungen

1.1 Mitarbeiterkapitalbeteiligungsgesetz vom 1. 4. 2009

Am 1. 4. 2009 ist das Gesetz zur steuerlichen Förderung der Mitarbeiterkapitalbeteiligung (Mitarbeiterkapitalbeteiligungsgesetz) in Kraft getreten¹. Ziel des Mitarbeiterkapitalbeteiligungsgesetzes ist es, die Beteiligung von Mitarbeitern am Unternehmen ihres Arbeitgebers großzügiger zu fördern.

Bisher regelte § 19a EStG, der ersatzlos gestrichen wird, die steuerliche Förderung der Mitarbeiterbeteiligung. § 19a EStG stellte die unentgeltliche oder verbilligte Überlassung von Beteiligungen am Unternehmensvermögen steuerfrei, soweit der Vorteil nicht höher war als der halbe Wert der Vermögensbeteiligung und insgesamt 135 € im Kalenderjahr nicht überstiegen hat. Darüber hinaus wurde für die Anlage vermögenswirksamer Leistungen in Vermögensbeteiligungen am Unternehmen eine Arbeitnehmersparzulage i. H. von 18 %, maximal 72 € jährlich gewährt. Für die Arbeitnehmersparzulage galten allerdings vergleichsweise geringe Einkunftsgrenzen von 17 900 € bzw. 35 800 € (Ledige/zusammen veranlagte Ehegatten).

Der durch das Mitarbeiterkapitalbeteiligungsgesetz neu eingeführte § 3 Nr. 39 EStG erhöht den Freibetrag von 135 € auf 360 € im Kalenderjahr. Gleichzeitig wird die Begrenzung der Förderung auf den halben Wert der überlassenen Beteiligung aufgegeben. Nach dem neuen Recht wird somit der geldwerte Vorteil bis zu einem Höchstbetrag von 360 € jährlich steuer- und sozialversicherungsfrei gestellt.

* Dr. Christian Schmidt, Rechtsanwalt, Gibson, Dunn & Crutcher LLP, München.

¹ BGBl I 2009, 451.

Weiterhin sieht das Mitarbeiterkapitalbeteiligungsgesetz Verbesserungen bei vermögenswirksamen Leistungen vor. Die Arbeitnehmersparzulage für vermögenswirksame Leistungen, die in betriebliche oder außerbetriebliche Beteiligungen angelegt wird, steigt von 18 auf 20 %. Der förderfähige Höchstbetrag beläuft sich unverändert auf 400 € im Jahr, so dass die Maximalförderung zukünftig bei 80 € (statt bisher 72 €) jährlich liegt. Auch werden die Einkommensgrenzen für die Gewährung der Arbeitnehmersparzulage bei der Anlage in Beteiligungen auf 20 000 € bzw. 40 000 € (Ledige/zusammen veranlagte Ehegatten) erhöht. Die Auszahlung erfolgt unverändert erst am Ende der 7-jährigen Sperrfrist.

Darüber hinaus wird der zulässige Anlagekatalog für Mitarbeiterbeteiligungen modifiziert. Unter Verweis auf die begünstigten Vermögensbeteiligungen in § 2 Abs. 1 Nr. 1 Fünftes Vermögensbildungsgesetz (5. VermBG) werden die direkten Vermögensbeteiligungen am Unternehmen des Arbeitgebers gefördert; als Arbeitgeber gilt dabei auch jedes Konzernunternehmen i. S. des § 18 AktG (Konzernklausel). Investmentanteile (§ 2 Abs. 1 Nr. 1c 5. VermBG) fallen dagegen aus dem förderungsfähigen Anlagekatalog heraus. Stattdessen hat der Mitarbeiter künftig die Möglichkeit, sich an einem sog. Mitarbeiterbeteiligungs-Sondervermögen (§§ 90l InvG ff.) zu beteiligen.

Die förderungsfähige Vermögensbeteiligung muss als freiwillige Leistung ausgestaltet sein, d. h. weder auf Seiten des Arbeitgebers noch auf Seiten des Arbeitnehmers darf eine Rechtspflicht zugrunde liegen. Freiwilligkeit kann der Arbeitgeber beispielsweise durch die Erklärung eines Freiwilligkeitsvorbehaltes sicherstellen.

Die unentgeltliche oder verbilligte Überlassung der Vermögensbeteiligung muss eine Leistung sein, die der Arbeitgeber zusätzlich zum ohnehin geschuldeten Arbeitslohn erbringt und die nicht auf bestehende oder künftige Ansprüche angerechnet werden darf (On-Top-Leistung). Vor allem Barlohnnumwandlungen sind damit ausgeschlossen. Das Gebot der On-Top-Leistung führt in der Praxis dazu, dass zahlreiche Modelle der Mitarbeiterbeteiligung künftig nicht mehr förderungsfähig sind. Vor allem die bewährte Kombination von Lohnerhöhung und Mitarbeiterbeteiligung ist ausgeschlossen².

Eine weitere Änderung gegenüber § 19a EStG besteht darin, dass die Vermögensbeteiligung allen Arbeitnehmern offenstehen muss, die im Zeitpunkt der Bekanntgabe des Angebots ein Jahr oder länger ununterbrochen in einem gegenwärtigen Dienstverhältnis zum Unternehmen stehen. Daneben ist es aber nicht ausgeschlossen, dass einzelne Mitarbeiter zusätzliche Unternehmensbeteiligungen oder Arbeitnehmer steuerbegünstigt Vermögensbeteiligungen erhalten, die kürzer als ein Jahr im Unternehmen beschäftigt sind³. Bei einem unterjährigen Arbeitgeberwechsel oder mehreren Arbeitsverhältnissen können die steuerlichen Vergünstigungen nach § 3 Nr. 39 EStG auch mehrfach in Anspruch genommen werden⁴.

Als Wert der überlassenen Vermögensbeteiligung ist der gemeine Wert zum Zeitpunkt der Überlassung anzusetzen. Die Regelung in § 19a Abs. 2 EStG, nach der in bestimmten Fällen auf den Tag der Beschlussfassung für die Bestimmung des gemeinen Wertes abgestellt werden konnte, wurde nicht in die Neuregelung übernommen. Der Zuflusszeitpunkt bestimmt sich nunmehr einheitlich nach den allgemeinen lohnsteuerrechtlichen Regelungen. Ein Zufluss von Arbeitslohn liegt hiernach vor,

² Vgl. z. B. *Breinersdorfer*, DStR 2009, 453.

³ *Breinersdorfer*, DStR 2009, 453; *Niermann*, DB 2009, 473; zur Überlassung an frühere Arbeitnehmer siehe *Harder-Buschner*, NWB 17/2009, S. 1252.

⁴ *Harder-Buschner*, NWB 17/2009, S. 1252.

wenn der Arbeitnehmer die wirtschaftliche Verfügungsmacht über die Vermögensbeteiligung erlangt hat⁵. Wie bereits unter dem Regime des § 19a EStG ist auch künftig für die Überlassung von Vermögensbeteiligungen eine Pauschalbesteuerung nicht möglich (§ 37b Abs. 2 EStG).

Die wohl bedeutendste Neuerung des Mitarbeiterkapitalbeteiligungsgesetzes ist die Einführung von Mitarbeiterbeteiligungsfonds. Ziel des Gesetzgebers ist es hierbei, zusätzlich zur direkten Beteiligung am Arbeitgeber Beteiligungen über spezielle Mitarbeiter-Sondervermögen zu fördern. Verwirklicht wird dieses Ziel durch eine Änderung des Investmentgesetzes (InvG), in das der Mitarbeiterbeteiligungsfonds als eigene Fondskategorie eingeführt wird (§§ 90l bis 90r InvG). Mitarbeiterbeteiligungsfonds werden von einer Kapitalanlagegesellschaft verwaltet und unterstehen der Aufsicht der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin). Die jeweilige Kapitalanlagegesellschaft ist gesetzlich verpflichtet, nach einer Anlaufphase von drei Jahren 60 % des Fondsvermögens in diejenigen Unternehmen zu reinvestieren, deren Arbeitnehmer sich an dem Fonds beteiligen (§ 90n InvG).

Die Beteiligung des Fonds an den Unternehmen erfolgt durch den Erwerb von bestimmten verbrieften oder unverbrieften Darlehensforderungen (z. B. Schuldscheine) und von börsennotierten oder nicht börsennotierten (verbrieften oder unverbrieften) Beteiligungen und Wertpapieren. Bei der Anlage der Fondsmittel muss der Mitarbeiterbeteiligungsfonds den Grundsatz der Risikomischung wahren. Der Mitarbeiterbeteiligungsfonds darf daher maximal 20 % der genannten Vermögenswerte bei einem der teilnehmenden Unternehmen oder Konzernunternehmen anlegen. Die Anlage in nicht börsennotierte Unternehmensbeteiligungen ist auf bis zu 25 % des Werts des Sondervermögens begrenzt. Maximal 40 % des Fonds können in Liquidität und fungible Vermögensgegenstände (wie z. B. börsennotierte Aktien sowie Geldmarktinstrumente) investiert werden. Dabei dürfen höchstens 5 % bei demselben Emittenten oder Investmentanteile bei einem einzigen Investmentvermögen angelegt werden.

Aufgrund der eingeschränkten Liquidität von Mitarbeiterbeteiligungsfonds folgt die Rücknahme von Fondsanteilen nur zu bestimmten Rücknahmetermen, jedoch höchstens einmal halbjährlich und mindestens einmal jährlich. Die Mitarbeiter sind im Verkaufsprospekt über die eingeschränkten Rücknahmemöglichkeiten im Vergleich zu herkömmlichen Investmentfonds aufzuklären (§ 90p InvG). Es wird sich zeigen, ob der Mitarbeiterbeteiligungsfonds in der Unternehmenspraxis angenommen wird. Gäbe es keine staatliche Förderung des Mitarbeiterbeteiligungsfonds, ist davon auszugehen, dass dieses Konzept in der Praxis wenige Fürsprecher finden würde. Die eingeschränkte Fungibilität der Anteile am Mitarbeiterbeteiligungsfonds dürfte viele abschrecken, sich daran zu beteiligen⁶.

§ 3 Nr. 39 EStG gilt bereits für den Lohnzahlungszeitraum 2009, d. h. rückwirkend zum 1. 1. 2009. Sollte der Arbeitgeber zwischen 1. 1. 2009 und 31. 3. 2009 Vermögensbeteiligungen an die Mitarbeiter überlassen haben, die den Vorgaben des § 3 Nr. 39 EStG erfüllen, hat er den Lohnsteuerabzug gemäß § 41c Abs. 1 Nr. 2 EStG zu ändern, wenn nach dem Inkrafttreten des Mitarbeiterbeteiligungsgesetzes diese steuerlich anders zu behandeln sind und ihm eine Änderung zumutbar ist.

Aus Gründen des Bestandschutzes ist § 19a EStG, der grundsätzlich nachrangig ist gegenüber § 3 Nr. 39 EStG, weiterhin auf Vermögensbeteiligungen anzuwenden, die zwischen dem 1. 1.

⁵ Vgl. hierzu zuletzt BFH v. 20. 11. 2008, VI R 25/05, DStRE 2009, 207.

⁶ Vgl. z. B. *Breinersdorfer*, DStR 2009, 453.

2009 und dem 31. 3. 2009 oder aufgrund einer am 31. 3. 2009 bestehenden Vereinbarung bis zum 1. 1. 2016 einem Mitarbeiter überlassen werden. Die gleichzeitige Inanspruchnahme von § 3 Nr. 39 EStG und § 19a EStG ist dabei ausgeschlossen. Überlässt der Arbeitgeber vor dem 1. 4. 2009 eine Vermögensbeteiligung, die die Voraussetzung für § 19a EStG, nicht aber die des § 3 Nr. 39 erfüllt (z. B. Vermögensbeteiligung im Wege der Entgeltumwandlung) und nach dem 31. 3. 2009 eine weitere Vermögensbeteiligung, die § 3 Nr. 39 EStG konform ist, ist demzufolge die Besteuerung nach § 19a EStG zu korrigieren.

1.2 Einführung der Abgeltungsteuer

Die Abgeltungsteuer ist durch das Unternehmensteuerreformgesetz, das in seinen wesentlichen Teilen bereits am 1. 1. 2008 in Kraft getreten ist, mit Wirkung zum 1. 1. 2009 eingeführt worden.

Die Abgeltungsteuer ist ein besonderer Steuersatz für Kapitaleinkünfte und beträgt einheitlich 25 % (zzgl. Solidaritätszuschlag und ggf. Kirchensteuer; § 32d Abs. 1 EStG). In der Regel erfolgt der Steuerabzug unmittelbar an der Quelle. Mit dem Steuerabzug ist die Einkommensteuer abgegolten, d. h. der Steuerpflichtige muss die entsprechenden Kapitaleinkünfte nicht mehr in seiner Steuererklärung angeben.

Für Mitarbeiter- und Managementbeteiligungsprogramme hat die Einführung der Abgeltungsteuer insbesondere folgende Konsequenzen: Im Hinblick auf Dividenden, die an den Mitarbeiter oder Manager gezahlt werden, wurde das bisher geltende Halbeinkünfteverfahren zum 1. 1. 2009 abgeschafft. Nach dem 31. 12. 2008 zufließende Dividenden unterliegen in vollem Umfang der Besteuerung von 25 %. Diesem Steuersatz unterliegen auch alle sonstigen laufenden Erträge aus Kapitaleinlagen wie Zinsen und Einnahmen aus stillen Beteiligungen. Der Arbeitgeber ist verpflichtet, die Abgeltungsteuer einzubehalten und an das Finanzamt abzuführen.

Auch Gewinne aus der Veräußerung von Mitarbeiter- und Managementbeteiligungen in Form von Kapitalgesellschaftsbeteiligungen (Aktien, GmbH-Anteile), die nach dem 1. 1. 2009 erworben werden, unterliegen künftig der Abgeltungsteuer von 25 %. Die Abgeltungsteuer gilt dagegen nicht für Mitarbeiter- und Managementbeteiligungsprogramme, die vor dem 1. 1. 2009 aufgelegt wurden, sofern dem Mitarbeiter oder Manager die Beteiligung bereits vor dem 31. 12. 2008 eingeräumt wurde. Gewinne aus Veräußerungen von derartigen „alten“ Beteiligungen bleiben wie bisher nach Ablauf einer Mindesthaltefrist von einem Jahr steuerfrei (Bestandsschutz; vgl. § 52a Abs. 10 EStG).

Ist die Beteiligung des Mitarbeiters bzw. Managers hingegen höher als 1 %, gilt seit dem 1. 1. 2009 das sog. Teileinkünfteverfahren. Gemäß § 17 EStG i. V. m. § 3 Nr. 40 lit. c EStG sind 60 % der Einnahmen steuerpflichtig, allerdings können Veräußerungs- und Anschauungskosten auch i. H. von 60 % steuerlich geltend gemacht werden, vgl. § 3c Abs. 2 EStG.

Dividenden und Gewinne aus der Veräußerung von Kapitalgesellschaftsbeteiligungen unterliegen aber nur dann der Abgeltungsteuer, wenn es sich hierbei um Einkünfte aus Kapitalvermögen und nicht um Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit (§ 19 EStG) handelt⁷. Dies hängt vom Zeitpunkt des Übergangs des wirtschaftlichen Eigentums an der Beteiligung auf den Mitarbeiter ab. Nur wenn bereits mit der Einräumung der Mitarbeiter- und Managementbeteiligung das wirtschaftliche Eigentum

⁷ Siehe zur Einkünftequalifikation im Hinblick auf Mitarbeiter- und Managementbeteiligungsprogramme, z. B. *Michel/Hernler*, BB 2009, 193; *Zimmermann*, GmbHR 2005, 231.

übergeht, kann der Mitarbeiter oder Manager von der Abgeltungsteuer profitieren. Ansonsten unterliegen Dividendeneinkünfte und der Veräußerungsgewinn als Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit dem persönlichen Steuersatz des Mitarbeiters oder Managers. Deswegen ist auch künftig bei der Einräumung von Mitarbeiter- und Managementbeteiligungen sorgsam darauf zu achten, dass das wirtschaftliche Eigentum sofort auf den Mitarbeiter oder Manager übergeht. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Mitarbeiter oder Manager nicht direkt am Unternehmen beteiligt wird, sondern über eine Treuhand- oder Kommanditgesellschaft. Voraussetzung der steuerlichen Anerkennung des wirtschaftlichen Eigentums beim Mitarbeiter und Manager (Treugeber) im Rahmen einer Treuhand⁸ ist, dass dem Treugeber ein Weisungsrecht und ein Herausgabeanspruch gegenüber dem Treuhänder zustehen⁹.

In ständiger Rechtsprechung geht der BFH davon aus, dass das wirtschaftliche Eigentum auf den Erwerber übergeht, sobald dieser aufgrund eines zivilrechtlichen Rechtsgeschäfts eine rechtlich geschützte, auf den Erwerb des Rechts gerichtete Position erworben hat und die mit dem Anteil verbundenen wesentlichen Rechte sowie das Risiko einer Wertminderung und die Chance einer Wertsteigerung auf den Erwerber übergegangen sind¹⁰.

2. BMF-Schreiben zur steuerlichen Behandlung von Arbeitgeberdarlehen

Nicht selten gewährt der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer ein Darlehen zur Finanzierung der Beteiligung am Mitarbeiter- oder Managementbeteiligungsprogramm. Hierbei stellt sich regelmäßig die Frage, ob der vereinbarte Zins marktüblich ist oder ein etwaiger steuer- und sozialversicherungspflichtiger Zinsvorteil vorliegt.

Mit Schreiben vom 1. 10. 2008¹¹ hat das BMF erneut Stellung zur steuerlichen Behandlung von Arbeitgeberdarlehen genommen. Bei der Ermittlung des geldwerten Vorteils aus der Überlassung eines zinslosen oder zinsverbilligten Arbeitgeberdarlehens ist grundsätzlich auf die Bewertungsvorschrift des § 8 Abs. 2 EStG abzustellen. Zinsvorteile sollen als Sachbezüge zu versteuern sein, wenn die Summe der noch nicht getilgten Darlehen am Ende des Lohnzahlungszeitraums 2 600 € übersteigt.

Der Arbeitnehmer soll nur dann einen lohnsteuerlich zu erfassenden Vorteil erlangen, wenn der Arbeitgeber ihm ein Darlehen zu einem nicht marktüblichen Zinssatz (Maßstabszinssatz) gewährt¹². Marktüblich in diesem Sinne sollen auch die nachgewiesenen günstigen Marktkonditionen für Darlehen mit vergleichbaren Bedingungen am Abgabeort unter Einbeziehung allgemein zugänglicher Internetangebote (z. B. von Direktbanken) sein. Bei Zinsvorteilen soll sich der geldwerte Vorteil nach dem Unterschiedsbetrag zwischen dem Maßstabszinssatz für vergleichbare Darlehen am Abgabeort und dem Zinssatz, der im konkreten Einzelfall vereinbart ist, bemessen. Aus Vereinfachungsgründen soll es nicht zu beanstanden sein, wenn für die Feststellung des Maßstabszinssatzes die bei Vertragsabschluss von

⁸ Vgl. hierzu z. B. *Hohaus*, DStR 2003, 1765.

⁹ Vgl. z. B. BFH v. 16. 5. 1995, VIII R. 18/93, BStBl II 1995, 714, DStR 1995, 1423 m. Anm.; v. 15. 7. 1997, VIII R. 56/93, BStBl II 1998, 152, DStRE 1997, 759; *Klein*, AO, 9. Aufl., § 39 Rz. 32.

¹⁰ Siehe zuletzt BFH v. 22. 7. 2008, IX R. 74/06, DStR 2008, 1921.

¹¹ BMF v. 1. 10. 2008, IV C 5 – S 2334/07/0009, DOK 2008/0537560, DStR 2008, 2063; dieses Schreiben ersetzt das BMF-Schrb. v. 13. 6. 2007, IV C 5 – S 2334/07/0009, BStBl I 2007, 502, BeckVerw 094385.

¹² Vgl. auch BFH v. 4. 5. 2006, VI R. 28/05, BStBl II 2006, 781, DStR 2006, 1594.

der Deutschen Bundesbank zuletzt veröffentlichten Effektivzinssätze – also die gewichteten Durchschnittszinssätze – herangezogen werden. Es sollen die Effektivzinssätze unter „Neugeschäft“ maßgeblich sein. Von dem sich danach ergebenden Effektivzinssatz soll ein Abschlag von 4 % vorgenommen werden können. Aus der Differenz zwischen diesem Maßstabszinssatz und dem Zinssatz, der im konkreten Einzelfall vereinbart ist, soll die Zinsverbilligung und der geldwerte Vorteil zu ermitteln sein, wobei die Zahlungsweise der Zinsen (z. B. monatlich, jährlich) unmaßgeblich sein soll.

Als Zuflusszeitpunkt ist der Zeitpunkt der Fälligkeit der Zinsen als Nutzungsentgelt für die Überlassung eines zinsverbilligten Darlehens anzusehen. Bei der Überlassung eines zinslosen Darlehens soll der Zufluss in dem Zeitpunkt anzunehmen sein, in dem das Entgelt üblicherweise fällig wäre. Es soll davon ausgegangen werden, dass das Entgelt üblicherweise zusammen mit der Tilgungsrate fällig wäre.

Das BMF weist in diesem Zusammenhang abschließend darauf hin, dass für Sachverhalte zur steuerlichen Beurteilung von Arbeitgeberdarlehen eine Anrufungsauskunft i. S. des § 42e EStG eingeholt werden kann.

3. Rechtsprechung in 2008

3.1 Zuflusszeitpunkt von Arbeitslohn bei handelbaren Optionsrechten

Mit Urteil vom 20. 11. 2008¹³ hat der BFH erstmals ausdrücklich entschieden, dass auch bei handelbaren Optionen nicht bereits die Einräumung des Optionsrechts auf den späteren Erwerb von Aktien, sondern erst der preisgünstige Erwerb der Aktien nach Ausübung der Option den Zufluss eines geldwerten Vorteils i. S. des § 11 Abs. 1 EStG bewirkt.

Bisher hat der BFH in ständiger Rechtsprechung nur bei nicht handelbaren Optionen auf den Aktienerwerb bzw. den Erwerb des wirtschaftlichen Eigentums an den Aktien als den maßgeblichen Zuflusszeitpunkt abgestellt¹⁴, hat es aber offengelassen, eine Entscheidung für handelbare Optionen zu treffen¹⁵. Mit dieser Entscheidung des BFH dürfte nunmehr Rechtssicherheit darüber bestehen, dass unabhängig davon, ob Aktienoptionen im Rahmen von Mitarbeiter- und Managementbeteiligungsprogrammen als handel- oder nicht handelbare Aktienoptionen ausgestaltet werden, ein Zufluss erst mit Aktienerwerb vorliegt. Insofern fällt auch das Problem weg, wie handelbare Optionen im Falle eines Zuflusses bereits mit Einräumung zu bewerten wären. In der gleichen Entscheidung hat der BFH klargestellt, dass für die Bewertung des geldwerten Vorteils der Tag der Einbuchung der Aktien ins Depot des Mitarbeiters maßgebend sei.

Das BFH-Urteil vom 20. 11. 2008 wurde nunmehr auch im BStBl II veröffentlicht¹⁶ und ist damit von den Finanzämtern in vergleichbaren Fällen anzuwenden. Im Hinblick auf das BFH-Urteil wurde der abweichende ländereinheitliche Erlass zu Aktienoptionen aus dem Jahr 2003¹⁷ als gegenstandslos aufgehoben.

¹³ BFH v. 20. 11. 2008, VI R 25/05, DStRE 2009, 207; DStR 2009, 898 m. Anm. Busch; ZIP 2009, Heft 7, S. VI, A 14, Nr. 49.

¹⁴ Vgl. z. B. BFH v. 23. 6. 2005, VI R 10/03, BStBl II 2005, 770, DStRE 2005, 991; v. 20. 6. 2001, VI R 105/99, BStBl II 2001, 689, DStR 2001, 1341 m. Anm.; v. 20. 11. 2008, VI R 25/05, DStRE 2009, 207, m. w. N.

¹⁵ Vgl. z. B. BFH v. 23. 7. 1999, VI B 116/99, BStBl II 1999, 684 DStR 1999, 1524 m. Anm.; v. 23. 6. 2005, VI R 10/03, BStBl II 2005, 770, DStRE 2005, 991.

¹⁶ Vgl. BFH v. 20. 11. 2008, VI R 25/05, BStBl II 2009, 382, DStRE 2009, 207.

¹⁷ Für Bayern: FinMin. Bayern v. 10. 4. 2003, 34-2347-008-16034/03.

Auch die Finanzverwaltung hält künftig damit nicht mehr an der Unterscheidung hinsichtlich des Zuflusszeitpunktes zwischen handelbaren und nicht handelbaren Aktienoptionsrechten fest. Festgehalten wird dagegen an den Ausführungen zum Zuflusszeitpunkt bei der sog. „Exercise and Sell-Ausübungsvariante“. Bei dieser Fallgruppe werden die Aktien nach Optionsausübung sofort weiterverkauft. Hier verbleibt es dabei, dass der Zuflusszeitpunkt der Tag der Ausübung des Optionsrechts ist¹⁸.

Ein anderer Zuflusszeitpunkt mag hingegen gelten, wenn der Arbeitgeber nicht wie in Mitarbeiter- und Managementbeteiligungsprogrammen üblich die Funktion eines Stillhalters innehat, er demzufolge nicht als Optionsgeber eigene Aktien bei Umwandlung überträgt, sondern sich am Markt Optionsrechte gegenüber einem Dritten verschafft hat. Hier ist nicht ausgeschlossen dass der BFH bereits mit der Übertragung der Option auf den Mitarbeiter den Zufluss eines geldwerten Vorteils annimmt¹⁹.

3.2 Zuflusszeitpunkt bei Vereinbarung von Sperr- und Verfallklauseln

In einer weiteren Entscheidung des BFH vom 30. 9. 2008²⁰ stellte sich die Frage nach dem Zuflusszeitpunkt bei der Vereinbarung von Sperr- und Verfallklauseln in einem Mitarbeiterbeteiligungsprogramm. In dem zugrunde liegenden Fall wurden dem Mitarbeiter im Rahmen eines Mitarbeiterbeteiligungsprogramms Wandelschuldverschreibungen eingeräumt, die dieser im gleichen Jahr in Aktien umwandelte. Nach dem Mitarbeiterbeteiligungsprogramm durfte der Arbeitnehmer aufgrund von Sperr- bzw. Haltefristen die Aktien für eine bestimmte Zeit nicht veräußern. Erklärt der Arbeitnehmer die ordentliche Kündigung seines Arbeitsverhältnisses bzw. kündigt die Gesellschaft ihm aus wichtigem Grund innerhalb dieser Sperrfrist, müssen bereits gewandelte Aktien auf den Arbeitgeber zurückübertragen werden.

Nach Auffassung des BFH steht dem Zufluss nicht entgegen, dass der Mitarbeiter aufgrund einer Sperr- bzw. einer Haltefrist die Aktien für eine bestimmte Zeit nicht veräußern kann. Aktienrechtlich und wirtschaftlich sei der Mitarbeiter bereits von dem Augenblick an Inhaber der Aktie, in dem sie auf seinem Namen im Depot einer Bank hinterlegt werde. Die mit dem Aktienerwerb verbundene Rechtsstellung erschöpfe sich nicht in der Möglichkeit, die Aktie zu verkaufen; denn sowohl das Stimmrecht als auch der Dividendenanspruch stünden dem Arbeitnehmer unabhängig von der Vereinbarung einer Sperr- bzw. Haltefrist bereits zum Zeitpunkt der Hinterlegung auf dem Depot zu.

Die Entscheidung des BFH ist auch insoweit beachtlich, als in Reaktion auf die Finanzmarktkrise Vorstandsbezüge stärker am langfristigen Erfolg des Unternehmens ausgerichtet werden sollen. Zwischenzeitlich wurde darüber diskutiert, Vorstandsbezüge in Form von Aktien für einen bestimmten Zeitraum einer Sperr- bzw. Haltefrist zu unterwerfen oder diese auf einem Sperrdepot zu hinterlegen. Das „Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG)“ vom 31. 7. 2009²¹ sieht nunmehr vor, dass variable Vergütungsbestandteile eine mehrjährige Bemessungsgrundlage haben sollen (§ 87 Abs. 1 AktG n. F.). Der

18 LfSt Bayern v. 8. 5. 2009, S 2347.1.1-4/1 St 33; unter Hinw. auf OFD München/Nürnberg v. 20. 4. 2005, S 2347-7 St 41, S 2347-16/St 32, NZA 2005, 1104.

19 Offen gelassen durch BFH v. 20. 11. 2008, VI R 25/05, DStRE 2009, 207; vgl. auch *Busch*, DStR 2009, 898.

20 BFH v. 30. 9. 2008, VI R 67/05, DStRE 2009, 150; *Köster*, BB 2009, 97, 98.

21 BGBl I 2009, 2509.

Langfristausrichtung in § 87 Abs. 1 AktG n. F. entspricht die Änderung des § 193 Abs. 2 AktG n. F., wonach Aktienoptionen frühestens vier Jahre nach Einräumung der Option ausgeübt werden können. Dadurch wird den Begünstigten ein stärkerer Anreiz zum langfristigen Handeln zum Wohl des Unternehmens gegeben.

Weiterhin stellt der BFH klar, dass es der Annahme des Zuflusses nicht entgegensteht, wenn ein Mitarbeiter aufgrund einer Verfallklausel bei vorzeitiger Auflösung des Arbeitsverhältnisses zur Rückübertragung der Aktien verpflichtet ist. Endet gemäß § 158 Abs. 2 BGB – wie bei einer Verfallklausel – die Wirkung des Rechtsgeschäfts mit Eintritt der auflösenden Bedingung, so sei bereits mit Erhalt der Vermögensmehrung ein Zufluss anzunehmen. Dies bedeutet für die Einkünftequalifikation, dass ein etwaiger Gewinn aus der Rückübertragung der Aktien auf den Arbeitgeber nicht Arbeitslohn i. S. des § 19 EStG ist, sondern als Veräußerungsgewinn zu besteuern ist. Zweifelhaft wäre dagegen der Übergang des wirtschaftlichen Eigentums, wenn dem Arbeitgeber eine Call-Option²² auf Rückerwerb der Beteiligung zusteht, die er jederzeit und bedingungslos zum Nachteil des Mitarbeiters oder Managers ausüben kann²³.

3.3 Zuflusszeitpunkt bei entgeltlichem Verzicht auf Optionsrechte

In der Entscheidung des BFH vom 19. 6. 2008 stellte sich die Frage nach dem Zuflusszeitpunkt, wenn der Mitarbeiter statt die Optionen in Aktien zu wandeln auf sein Optionsrecht gegen Entgeltzahlung verzichtet. Im Zuge der Börseneinführung einer Aktiengesellschaft wurde zwischen den Altaktionären vereinbart, dass ein Altaktionär, der den Verkauf seiner Anteile innerhalb von zwei Jahren nach Börseneinführung beabsichtigt, verpflichtet war, diese Aktien zunächst den geschäftsführenden Gesellschaftern zum Kauf anzubieten. Gegen Zahlung einer Prämie verzichteten die geschäftsführenden Gesellschafter auf ihr Recht, die Andienung der Aktien zu verlangen. Die geschäftsführenden Gesellschafter beurteilten den Verzicht auf das Andienungsrecht als ein nach Ablauf der Einjahresfrist gemäß § 23 EStG steuerfreies Spekulationsgeschäft. Das Finanzamt sah dagegen die Einräumung des Rechtes, die Andienung der Altaktien zu verlangen, als durch das Dienstverhältnis des Klägers veranlasst und qualifizierte die Einnahmen für die Aufgabe des Rechts als einkommensteuerpflichtigen Arbeitslohn i. S. des § 19 EStG.

Der BFH schloss sich der Auffassung des Finanzamtes an und qualifizierte das Entgelt für den Verzicht auf das Andienungsrecht als Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit. Ein Zufluss des Vorteils aus dem Ankaufsrecht liege erst im Zeitpunkt des entgeltlichen Verzichtes hierauf vor. Vergleichbar mit den Vorteilen aus Aktienoptionsprogrammen, die erst in dem Zeitpunkt des Aktienerwerbes nach Ausübung der Option zum Lohnzufluss führen, seien auch die Vorteile aus der Verwertung von Ankaufsrechten als eine Form von Optionsrechten erst im Zeitpunkt der entgeltlichen Verfügung darüber zu erfassen.

Viele Mitarbeiter- und Managementbeteiligungsprogramme sehen vor, dass noch nicht ausgeübte Aktienoptionen bei Ausscheiden des Mitarbeiters oder Veräußerung des Arbeitgebers (Change of Control) entgeltlich abgegolten werden. Mit dieser Entscheidung stellt der BFH nunmehr ausdrücklich klar, dass ein für den Verzicht auf das Optionsrecht erhaltenes Entgelt zu

22 Allgemein zu Call-Optionen in Mitarbeiterbeteiligungsprogrammen siehe *Hohaus*, BB 2005, 1291; *ders.*, BB 2007, 2582; zu Hinauskündigungs-klauseln siehe auch *Ostermayer/Riedel*, BB 2006, 1662.

23 Vgl. *Hohaus*, DStR 2003, 1765.

lohnsteuerpflichtigen Einkünften i. S. des § 19 EStG führt. Steuerneutral sollten hingegen Vorgänge zu beurteilen sein, wenn im Zuge eines Umwandlungsvorgangs der Mitarbeiter der übertragenden Gesellschaft für seine Aktienoptionen neue Aktienoptionen an der übernehmenden Kapitalgesellschaft erhält. Hier fehlt es an einer Verfügung des Mitarbeiters über die Aktienoptionen, die zu einem Lohnzufluss führen würde.

3.4 Steuerliche Einordnung der Rückübertragung von Mitarbeiterbeteiligungen

Mit Entscheidung vom 19. 3. 2008 bzw. 20. 3. 2008 nahmen das FG Berlin-Brandenburg²⁴ bzw. das FG Düsseldorf²⁵ Stellung zur steuerlichen Beurteilung der Rückgabe von Aktien aus einem Mitarbeiterbeteiligungsprogramm. Das FG Berlin-Brandenburg entschied, dass die Rückgabe der Aktien aus einem Mitarbeiterbeteiligungsprogramm an den Arbeitgeber zu negativen Einnahmen führt. Die Höhe der negativen Einnahmen sei aber auf den ursprünglich aufgrund der Gewährung der Aktien als Arbeitslohn der Mitarbeiter berücksichtigten Betrag begrenzt. Demgegenüber lehnt das FG Düsseldorf den Rückgriff auf das Institut der negativen Einnahmen ab und gewährt nur einen Werbungskostenabzug, wenn ein Mitarbeiter im Rahmen seines Dienstverhältnisses verbilligt erworbene Aktien bei seinem Ausscheiden zu einem unter dem Verkehrswert liegenden Verkaufspreis an den Arbeitgeber zurückübertragen muss. Die dogmatische Einordnung der Rückzahlung als sogenannte negative Einnahme oder als Werbungskosten ist letztendlich für die Frage entscheidend, ob der zurückgezahlte Betrag auf den Werbungskostenpauschbetrag nach § 9a EStG anzurechnen ist. Darüber hinaus sollte auch der Werbungskostenabzug auf die Höhe des ursprünglichen steuerpflichtigen Arbeitslohns begrenzt sein.

Bei Mitarbeiterbeteiligungsprogrammen spielen die Entscheidungen des FG Berlin-Brandenburg und des FG Düsseldorf eine Rolle, wenn den Mitarbeitern verbilligt Aktien überlassen werden. Für Managementbeteiligungen in Private Equity Transaktionen sind die Urteile des FG Berlin-Brandenburg und des FG Düsseldorf und deren unterschiedliche Ergebnisse hingegen von keiner besonderen Bedeutung. Zwar sieht das typische Leaver-Schema eines Management-Equity-Programms insbesondere in den sogenannten Bad Leaver-Fällen eine Rückgabe von Aktien unter dem Verkehrswert vor, wenn dieser die Anschaffungskosten übersteigt²⁶. Andererseits erhalten aber die Manager typischerweise ihre Management-Equity-Beteiligung nicht verbilligt, sondern zum Verkehrswert. Die Berücksichtigung von negativen Einnahmen oder Werbungskosten bei Rückgabe der Beteiligung setzt aber voraus, dass die ursprüngliche Überlassung zu (steuerpflichtigem) Arbeitslohn geführt hat²⁷.

3.5 Übergang des wirtschaftlichen Eigentums beim Aktienkauf

Mit Entscheidung vom 22. 7. 2008²⁸ bestätigte der BFH seine ständige Rechtsprechung²⁹ zum Übergang des wirtschaftlichen

24 FG Berlin-Brandenburg v. 19. 3. 2008, 12 K 9231/07, DStRE 2008, 1183.

25 FG Düsseldorf v. 20. 3. 2008, 16 K 4752/05 E, BeckRS 2008 26025398, EFG 2008, 1194.

26 Zum negativen Vesting siehe z. B. *Hohaus/Inhester*, DStR 2003, 1765.

27 Vgl. FG Düsseldorf v. 20. 3. 2008, 16 K 4752/05 E, BeckRS 2008 26025398, EFG 2008, 1194; FG Berlin-Brandenburg v. 19. 3. 2008, 12 K 9231/07, DStRE 2008, 1183.

28 BFH v. 22. 7. 2008, IX R 74/06, DStR 2008, 1921; BB 2008, 2288 m. Anm. *Hahne*.

29 BFH v. 4. 7. 2007, VIII R 68/05, BStBl II 2007, 937, DStRE 2008, 69; v. 11. 7. 2006, VIII R 32/04, BStBl II 2007, 296, DStR 2006, 2163, m. w. N.

Eigentums beim Aktienkauf. Im zugrundeliegenden Fall wollte der Verkäufer einen Veräußerungsverlust i. S. des § 17 Abs. 2 EStG bereits bei Abschluss des Anteilskaufvertrages geltend machen. Der BFH hatte in seiner Entscheidung zu klären, ob ein von späteren Wertentwicklungen abhängiger Kaufpreis dem Übergang des wirtschaftlichen Eigentums bereits bei Vertragsschluss entgegensteht. Die Kaufpreisanpassungsklausel sah vor, dass der Verkäufer von der Wertsteigerung bis zu einem maßgeblichen Stichtag, in dem der endgültige Kaufpreis zu erhöhen war, profitierte, während der Käufer Wertminderungen der Anteile nachträglich kaufpreismindernd geltend machen konnte.

Unter Verweis auf seine ständige Rechtsprechung lehnte der BFH den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ab. Bei Anteilen an Kapitalgesellschaften werde der Erwerber wirtschaftlicher Eigentümer, wenn er aufgrund eines zivilrechtlichen Rechtsgeschäfts bereits eine rechtlich geschützte, auf den Erwerb des Rechts gerichtete Position erworben habe und die mit dem Anteil verbundenen wesentlichen Rechte sowie das Risiko einer Wertminderung und die Chance einer Wertsteigerung auf den Erwerber übergegangen sind. Mit einer umfassenden Kaufpreisanpassungsklausel wie im vorliegenden Fall fehle es am Merkmal des Übergangs des Risikos einer Wertminderung und der Chance einer Wertsteigerung auf den Erwerber. Daher sei ein Übergang des wirtschaftlichen Eigentums bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht anzunehmen.

4. Fazit

Es bleibt abzuwarten, ob das Konzept des Mitarbeiterkapitalbeteiligungsgesetzes den Markttest bestehen wird. Gäbe es keine staatliche Förderung, wäre dies mehr als fraglich. Dies gilt insbesondere für das Mitarbeiterbeteiligungs-Sondervermögen, da die eingeschränkte Fungibilität der Anteile am Mitarbeiterbeteiligungsfonds viele von einer Beteiligung abschrecken könnte. Der Wegfall des Steuerprivilegs für Veräußerungsgewinne nach Ablauf der einjährigen Spekulationsfrist könnte die Auflegung von Mitarbeiter- und Managementbeteiligungsprogrammen weniger attraktiv machen. Das Urteil des BFH vom 20. 11. 2008 zum Zuflusszeitpunkt von Arbeitslohn bei handelbaren Optionen ist ein Beitrag zur Rechtssicherheit. Künftig ist sowohl bei handel- als auch bei nicht handelbaren Aktienoptionen als Zuflusszeitpunkt der Aktienwerb anzusehen.