

Betriebs Berater

// DIE ERSTE SEITE

Prof. Dr. Rüdiger von Rosen

**Kapitalmarkt: Fünf Jahre Entry Standard –
fünf Jahre Kapitalmarktzugang für den Mittelstand**

// WIRTSCHAFTSRECHT

Dr. Benedikt Hohaus, RA/FAStR, und Dr. Christoph Weber, LL.M., RA
**BB-Rechtsprechungsreport zu Managementbeteiligungen
in Private Equity-Transaktionen** 2771

BGH: Gewährleistungsausschluss im Internet
BB-Kommentar von Dr. Martin Schirnbacher, RA/FAIT-Recht 2777

OLG München: Eigene Aufklärungspflicht der eine Kapitalanlage
finanzierenden Bank
BB-Kommentar von Dr. Jan Könecke, LL.M., RA 2782

// STEUERRECHT

Prof. Dr. Michael Kloepfer und David Bruch
**Luftverkehrssteuer und Verfassungsrecht –
Zur Vereinbarkeit des Entwurfs eines Luftverkehr-
steuergesetzes mit dem Grundgesetz** 2791

Alfred Kruhl
Der ermäßigte Umsatzsteuersatz steht auf dem Prüfstand 2798

Prof. Bernd Neufang, StB
Zur Steuersatzreform bei der Umsatzsteuer 2802

BFH: EuGH-Vorlage zu den Voraussetzungen einer nicht
steuerbaren Geschäftsveräußerung im Ganzen
BB-Kommentar von Ulrich Derlien, RA/StB 2804

// BILANZRECHT & BETRIEBSWIRTSCHAFT

Dr. Eberhard Mayer-Wegelin, RA/FAStR
**Zur Anwendung der IFRS in der Praxis –
Erfahrungen aus dem Enforcement** 2811

BFH: Keine Nachholung der AfA auf ein nicht als
Betriebsvermögen erfasstes Wirtschaftsgut
BB-Kommentar von Dr. Kurt Gratz, WP/StB 2817

// ARBEITSRECHT

Dr. Friedrich-Wilhelm Lehmann, RA
Betriebliches Bündnis für Arbeit 2821

EuGH: Fortbestehende Selbstständigkeit einer übertragenen
wirtschaftlichen Einheit bei Betriebsübergang
BB-Kommentar von Dr. Patrick Mückl, RA 2827

// BERUFSPRAXIS: BERUFSRECHT

Im Blickpunkt: EU-Grünbuch zur Abschlussprüfung V

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

BB-Rechtsprechungsreport zu Managementbeteiligungen in Private Equity-Transaktionen

Bei Managementbeteiligungen in Private Equity-Transaktionen geht es einerseits um Unternehmen, Kapital und Return-on-Investment, und andererseits um Performance, Leistungsanreize und Interessenkonflikte. Ziel von Managementbeteiligungen ist es, zwischen Investoren und Managern bestehende Interessenkonflikte zu bewältigen, indem durch Teilhabe an Wertsteigerungen gleichgelagerte 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.) fort. Transaktionsspezialisierte Rechtsanwälte und Steuerberater sowie M&A-Berater im Allgemeinen erhalten einen Überblick über die wesentlichen Entwicklungen im Gesellschafts- und Steuerrecht.

I. Entwicklungen im Zivilrecht

1. Formbedürftigkeit der Übertragung eines Anteils am Beteiligungsvehikel

a) Das Urteil des BGH vom 10.3.2008

Der 2. Senat des BGH entschied mit Urteil vom 10.3.2008,¹ dass ein Verpflichtungsgeschäft zur Übertragung eines Gesellschaftsanteils an einer GbR, deren Gesellschaftsvermögen aus einem GmbH-Anteil besteht, nicht schlechthin der notariellen Beurkundung entsprechend § 15 Abs. 4 GmbHG bedarf. § 15 Abs. 4 GmbH greife nur dann, wenn die GbR dazu bestimmt sei, das Formerfordernis zu umgehen. Bei einer GbR, die zur Mitarbeiterbeteiligung diene, sei dies jedenfalls dann nicht der Fall, wenn die Schutzzwecke der Formvorschrift nicht berührt werden. Die Beweisfunktion von § 15 Abs. 4 GmbHG sei zum einen deshalb nicht betroffen, da die GbR als Rechtsträger weiterhin Inhaber des Geschäftsanteils sei und der GbR-Anteilswechsel getrennt davon erfolge.² Des Weiteren stellt das Gericht klar, dass das legitime Ziel einer Mitarbeiterbeteiligung die Annahme ausschließe, es sei die Umgehung von § 15 Abs. 4 GmbHG beabsichtigt. Der GbR-Gesellschaftsvertrag der betroffenen GbR verhindere, dass entgegen dem Schutzzweck des § 15 Abs. 4 GmbHG ein unkontrollierter „Handel“ mit GbR-Gesellschaftsanteilen erfolge. Der BGH folgert dies aus den gesellschaftsvertraglichen Regelungen, wonach die Übertragung der GbR-Gesellschaftsanteile nur an Mitgesellschafter oder Mitarbeiter der GmbH erfolgen kann, da nur in diesen Fällen die für die Übertragung erforderliche Zustimmung durch die Gesellschafterversammlung erteilt werde.³

b) Bedeutung für Private Equity-Transaktionen

Sowohl das Ergebnis als auch die Begründung des Urteils sind zu begrüßen. Es verschafft der Praxis in Private Equity-Transaktionen, bei der häufig vermögensverwaltende Personengesellschaften als Managementbeteiligungsvehikel eingesetzt werden, Rechtssicherheit.

Bei der Wahl der Rechtsform eines Beteiligungsvehikels ist es zwar eine der Erwägungen, durch die Wahl einer GbR die Beurkundungs-

pflcht für Übertragungen innerhalb der GbR zu vermeiden.⁴ Sobald der GbR durch notarielle Beurkundung ein GmbH-Anteil übertragen wurde, kann nämlich der Ein- und Austritt von Managern mit Übertragung von Anteilen auf eine bzw. von einer „Warehouse“-Gesellschaft als GbR-Gesellschafter formfrei erfolgen. Es geht aber nicht nur darum, Formvorschriften zu vermeiden. Mit Managementbeteiligungen werden legitime Zwecke verfolgt (u. a. Überwindung von Interessensdivergenzen, Ausgleich von Arbeitsmarktnachteilen, Bindung von firmenspezifischem „Humankapital“).⁵ Daher kann nach Maßgabe des erörterten BGH-Urteils nicht von einer Umgehung des Schutzzwecks von § 15 Abs. 4 GmbHG ausgegangen werden. Bei Private Equity-Transaktionen ist es zudem üblich, dass der Gesellschaftsvertrag einer Beteiligungs-GbR mindestens die Zustimmungserfordernisse, Verfügungsbeschränkungen und Begrenzungen des potenziellen Teilnehmerkreises in einem Umfang vorsieht, wie es in dem vom BGH entschiedenen Sachverhalt der Fall war. Damit ist kein freier Handel, sondern nur ein zweckgebundener Gesellschafterwechsel möglich. Die Wahl einer GbR als Beteiligungsvehikel ist damit eine zulässige Ausnutzung der personengesellschaftsrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten.

Allerdings sind auch mit der Wahl einer Beteiligungs-GbR Formerfordernisse verbunden. Das vorgenannte BGH-Urteil verdeutlicht, dass die GbR selbst derjenige Rechtsträger ist, der den Geschäftsanteil hält.⁶ Daher wäre es konsequent, in der Gesellschafterliste der GmbH, in der die Beteiligungs-GbR als Gesellschafter zu nennen ist, nur die GbR mit ihrem Namen laut Gesellschaftsvertrag selbst und ohne Ausweis ihrer Gesellschafter zu führen. Dass dies eigentlich ausreichen sollte, folgt aus der jüngeren BGH-Rechtsprechung.⁷ Die scheint aber nach den Neuregelungen für Grundstücksgeschäfte mit einer GbR⁸ überholt zu sein.⁹ Wie es die gegenwärtige Praxis einiger Registergerichte und Stellungnahmen in der Literatur¹⁰ belegen, wird anscheinend zunehmend in Analogie zu § 47 Abs. 2 GBO n.F. vertreten, dass sämtliche GbR-Gesellschafter in der Gesellschafterliste zu nennen sind.¹¹ Dies bedeutet auch, dass bei jeder Veränderung im Kreis der GbR-Gesellschafter eine neue Gesellschafterliste einzureichen ist (vgl.

¹ BGH, Urt. v. 10.3.2008 – II ZR 312/06, BB 2008, 1251 mit Komm. Krause = DStR 2008, 1147.

² BGH, Urt. v. 10.3.2008 – II ZR 312/06, BB 2008, 1251 = DStR 2008, 1147, 1148.

³ BGH, Urt. v. 10.3.2008 – II ZR 312/06, BB 2008, 1251 = DStR 2008, 1147, 1148.

⁴ Vgl. Mackensen, in: Private Equity – Unternehmenskauf, Finanzierung, Restrukturierung, Exitstrategien, München 2009, S. 351.

⁵ Vgl. Hohaus, in: RechtsHandbuch Private Equity, München 2010, § 10, S. 208 f. m. w. N.

⁶ Vgl. BGH, Urt. v. 10.3.2008 – II ZR 312/06, BB 2008, 1251 mit Komm. Krause = DStR 2008, 1147, 1148.

⁷ BGH, Beschl. v. 4.12.2008 – V ZB 74/08, BB 2009, 346 mit Komm. Reymann = NJW 2009, 594; vgl. dazu die Anmerkung von Saenger/Oxe, LMK 2009, 278043.

⁸ Gemeint ist das zum 18.8.2009 in Kraft getretene „Gesetz zur Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs und der elektronischen Akte im Grundbuchverfahren sowie zur Änderung weiterer grundbuch-, register- und kostenrechtlicher Vorschriften (ERVGBG)“.

⁹ Vgl. Scherer, NJW 2009, 3063.

¹⁰ Wachter, GmbHR 2009, 953, 958. Für die Nennung sämtlicher Gesellschafter schon vor dem ERVGBG Vos-sius, NotBZ 2009, 59, 60.

¹¹ In Anlehnung an § 162 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 i.V.m. § 106 Abs. 2 HGB sollten folgende Angaben erforderlich sein: Name, Vorname, Geburtsdatum und Wohnort. Ebenso Wachter, GmbHR 2009, 953, 958.

§ 40 Abs. 1 GmbHG).¹² Bei der Frage nach der richtigen Rechtsformwahl für das Beteiligungsvehikel büßt damit die GbR gegenüber der GmbH & Co. KG („Management KG“) den Vorteil der höheren Vertraulichkeit ein, da die Gesellschafter einer GbR wie die Gesellschafter einer KG persönlich in einem über das Registergericht zugänglichen Dokument ausgewiesen werden.¹³ Allerdings ist bei der GbR der formale Aufwand geringer, da anders als bei der GmbH & Co. KG der Gesellschafterwechsel nicht durch notariell beglaubigte Anmeldung dem Handelsregister mitgeteilt werden muss.

2. Abfindungsbeschränkungen durch Gesellschaftervereinbarungen

a) Beschluss des BGH vom 15.3.2010

Dem BGH-Beschluss vom 15.3.2010¹⁴ folgend können die Gesellschafter einer GmbH durch einstimmigen Gesellschafterbeschluss abweichend von einer Satzungsbestimmung eine geringere Abfindungshöhe für den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters aus der Gesellschaft vereinbaren. Nach Auffassung des Gerichts könne die Gesellschaft, auch wenn sie nicht an der per Beschluss zustande gekommenen Vereinbarung unter den Gesellschaftern beteiligt war, aus dieser eigene Rechte gemäß § 328 Abs. 1 BGB herleiten und so den satzungsgemäßen Abfindungsanspruch abwehren.¹⁵ Bemerkenswert ist insoweit insbesondere, dass in dem vom BGH entschiedenen Fall die schuldrechtliche Nebenabrede nur durch privatschriftlichen Gesellschafterbeschluss zustande kam; die Formalanforderungen an einen satzungändernden Gesellschafterbeschluss (§ 53 Abs. 2 S. 1 GmbHG) waren also nicht erfüllt. Gleichwohl soll die so geschlossene schuldrechtliche Nebenabrede der satzungsgemäßen Abfindungsregelung vorgehen.

b) Bedeutung für Private Equity-Transaktionen

Der BGH-Beschluss zeigt die Bedeutung schuldrechtlicher Nebenvereinbarungen auf und führt vor Augen, dass ein satzungsdurchbrechender Gesellschafterbeschluss im Wege der Umdeutung (§ 140 BGB) als eine schuldrechtliche Nebenabrede mit Wirkung zwischen den Vertragsparteien aufrechterhalten werden kann.¹⁶ Zu den schuldrechtlichen Nebenvereinbarungen zählen auch die für die Beteiligung von Managern in Private Equity-Transaktionen üblichen Gesellschafter- und Co-Investmentvereinbarungen. Anders als in dem vom BGH entschiedenen Sachverhalt werden diese Vereinbarungen, sofern sie die Beteiligung an einer GmbH betreffen, notariell beurkundet, da sie u. a. Ankaufs-, Verkaufs- und Vorerwerbsrechte an Geschäftsanteilen regeln (vgl. § 15 Abs. 4 GmbHG). Die Ausführungen des BGH zur Auslegung eines nicht notariell beurkundeten Gesellschafterbeschlusses treffen daher nicht die typische Vertragskonstellation. Die Entscheidung ist in praktischer Hinsicht aber vor allem aus zwei Gründen wichtig.

Um auch künftige Manager zu binden, ist es erforderlich, dass entweder formgerecht eine Satzungsänderung beschlossen wird oder aber der Manager, der im Rahmen eines Beteiligungsprogramms Gesellschaftsanteile erwirbt, vollumfassend und formgerecht als neue Partei der bestehenden Gesellschaftervereinbarung beitrifft. Nur dann können abweichend von der Satzung Pflichten mit Wirkung auch gegen den neuen Manager – einschließlich einer Abfindungsbeschränkung – bindend geregelt werden.

Des Weiteren stellt der BGH ausdrücklich klar, dass die Abfindung auch in einer schuldrechtlichen Nebenabrede beschränkt werden

kann. Dabei wird die Rechtsprechung zum „Mitarbeitermodell“¹⁷ in Bezug genommen. Die Frage, welche Abfindungsbeschränkung maximal zulässig ist, musste der Senat nun zwar nicht dezidiert beantworten. Allerdings findet sich die Aussage, dass Abfindungsbeschränkungen allgemein sachlich gerechtfertigt seien, die auf den Besonderheiten eines Beteiligungsmodells beruhen.¹⁸ Dies bestätigt unsere Sichtweise, dass Sinn und Zweck eines Beteiligungsprogramms zentrale Ansatzpunkte für die Rechtfertigung eines von dem Manager zu tragenden Risikos sind.¹⁹ Daher können auch Regelungen vereinbart werden, die für den ausscheidenden Manager ein höheres Risiko bedeuten. Unter dieser Maßgabe kann u.E. daher auch eine Abfindungsbeschränkung auf den niedrigeren Wert von Anschaffungskosten und dem zum Ausscheidenszeitpunkt bzw. zum Zeitpunkt der Ausübung der Call-Option geltenden Verkehrswert gerechtfertigt werden, wie er für als „Bad Leaver“ ausscheidende Manager häufig vereinbart wird. Dies gilt grundsätzlich gleichermaßen für die Gesellschaft als Abfindungsschuldner als auch für ankaufsberechtigte Dritte wie etwa Mitgesellschafter, die den Kaufpreis für die Beteiligung des ausgeschiedenen Managers zahlen.²⁰

3. Rückzahlung eines Darlehens zur Beteiligungsfinanzierung in der Insolvenz

a) Urteil des BAG vom 21.1.2010

Das BAG entschied mit Urteil vom 21.1.2010,²¹ dass der Aufrechnung eines Arbeitnehmers gegen einen Darlehensrückzahlungsanspruch des Arbeitgebers mit dem Anspruch auf Rückforderung einer Einlage als typisch stiller Gesellschafter das Aufrechnungsverbot des § 95 Abs. 1 S. 3 InsO entgegenstehe. Die damals sanierungsbedürftige Arbeitgebergesellschaft zahlte das für die Beteiligungsfinanzierung erforderliche Darlehen an einen Treuhänder aus, der den Darlehensbetrag für den Arbeitnehmer als Einlage bei einer Beteiligungsgesellschaft in Rechtsform einer GbR einzahlte. Die Beteiligungs-GbR selbst war typisch stille Gesellschafterin der Arbeitgebergesellschaft. Der Darlehensnehmer wurde in einer Informationsschrift darüber belehrt, dass er im Fall der Insolvenz der Arbeitgebergesellschaft die Einlagen verlieren könne. Der Gesellschaftsvertrag der Beteiligungs-GbR sah vor, dass bei Beendigung der stillen Gesellschaft u. a. durch Ausscheiden des Arbeitnehmers sein Guthaben unter Verrechnung mit noch offenen Darlehensforderungen ausgezahlt werde. Der Insolvenzverwalter der Arbeitgebergesellschaft forderte von dem Arbeitnehmer die Rückerstattung des bei Ausscheiden noch offenen Darlehens.

Das BAG erkannte eine Pflicht des Arbeitnehmers zur Rückzahlung des Darlehens an.²² Zwar habe es eine antizipierte Verrechnungsvereinbarung gegeben, die eine automatische Verrechnung von Gutha-

12 Vgl. § 82 S. 3 i.V.m. § 47 Abs. 2 GBO sowie den Gedanken aus § 162 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 HGB; ferner *Wachter*, GmbHR 2009, 953, 958.

13 Bei einer GmbH & Co. KG sind u. a. die Bezeichnung der Kommanditisten und der Betrag der Haftsumme zum Handelsregister anzumelden (vgl. § 162 Abs. 1 HGB).

14 BGH, Urt. v. 15.3.2010 – II ZR 4/09, DB 2010, 1749 ff.

15 Der BGH merkt auch an, dass der Gesellschaft unter Berufung auf widersprüchliches Verhalten die Einrede aus § 242 BGB zustehen könnte, da der Gesellschafter gegen den Inhalt des Gesellschafterbeschlusses handelt, vgl. BGH, Urt. v. 15.3.2010 – II ZR 4/09, DB 2010, 1749, 1751.

16 Zu dieser Möglichkeit einer Umdeutung vgl. bereits BGH, Urt. v. 7.6.1993 – II ZR 81/92, BB 1993, 1474 = NJW 1993, 2246, 2247. Ferner *Wälzholz*, GmbHR 2009, 1020; *Wicke*, DStR 2006, 1137, 1139 m. w. N.

17 BGH, Urt. v. 19.9.2005 – II ZR 173/04, BB 2005, 2427; parallel dazu das Urteil zum „Managermodell“: BGH, Urt. v. 19.9.2005 – II ZR 342/03, BB 2005, 2430.

18 Gemeint ist dabei ein Beteiligungsmodell, aufgrund dessen den Teilnehmern eine Minderheitsbeteiligung eingeräumt wird, die sie bei Ausscheiden aus dem Unternehmen zurückübertragen haben; vgl. BGH, Urt. v. 15.3.2010 – II ZR 4/09, DB 2010, 1749, 1751.

19 *Hohaus/Weber*, NZG 2005, 961, 962 f.; *dies.*, BB 2006, 2089, 2090; *dies.*, BB 2007, 2582 f.

20 Vgl. *Hohaus/Weber*, BB 2007, 2582, 2584.

21 BAG, Urt. v. 21.1.2010 – 6 AZR 593/07, ZIP 2010, 687.

22 BAG, Urt. v. 21.1.2010 – 6 AZR 593/07, ZIP 2010, 687, 689 ff.

ben und Darlehensschuld regelt. Diese habe den Arbeitnehmer aber nicht von dem Insolvenzrisiko der Arbeitgebergesellschaft freigestellt. Denn die antizipierte Verrechnungsabrede beziehe sich auf eine gegen den Arbeitnehmer gerichtete Forderung, die vor Eintritt der Aufrechnungslage unbedingt und fällig geworden sei. Dabei stünden selbstständige Forderungen zur Verrechnung an. Eine Anerkennung einer solchen antizipierten Verrechnungsabrede liefe der Wertung des § 95 Abs. 1 S. 3 InsO zuwider. Auch sei der Arbeitnehmer nicht schutzwürdig, da er durch die Informationsschrift über das Verlustrisiko in der Insolvenz informiert worden sei.

b) Bedeutung für Private Equity-Transaktionen

Gegen die Auffassung des BAG ließe sich einwenden, dass die in Frage stehende Hauptforderung und Gegenforderung nicht zwingend als selbstständige Forderungen, sondern als unselbstständige Rechnungs-posten zu qualifizieren seien, die im Wege der Kontenangleichung verrechnet werden könnten. Dann hätte der Fall im Sinne einer vorangegangenen BGH-Entscheidung²³ anders entschieden werden können.²⁴

Darlehensverträge zur Beteiligungsfinanzierung sind auch bei Managementbeteiligungsprogrammen in Private Equity-Transaktionen üblich. Hier sind zwei Grundmodelle zu unterscheiden: (i) Darlehensvereinbarungen, die eine Fälligkeit der Darlehenssumme einschließlich Zinsen erst bei Exit und nur in dem Umfang vorsehen, wie der Manager Erlöse (Veräußerungs-, Dividenden- oder sonstige Erlöse abzüglich Steuern) aus seiner Beteiligung erzielt (*Non Recourse-Darlehen*), sowie (ii) Darlehensvereinbarungen, die die Fälligkeit individuell regeln und bei denen der Manager mit seinem gesamten Privatvermögen für die Rückzahlung haftet (*Full Recourse-Darlehen*).²⁵ Wirtschaftlich ähnelt die vom BAG entschiedene Sachverhaltskonstellation derjenigen bei einem Non Recourse-Darlehen. Bei diesem soll eine Schlechterstellung des Managers durch Wertverlust der Beteiligung und gleichwohl fortbestehender Darlehensverbindlichkeit gerade ausgeschlossen werden. Denn die Non Recourse-Bedingungen befreien den Darlehensnehmer üblicherweise auch von der Rückzahlung für den Fall, dass die Erlöse aus der Beteiligung insolvenzbedingt ausfallen; auch insoweit verzichtet der Darlehensgeber auf die Rückzahlung des noch offenen Darlehensbetrages.

Die BGH-Entscheidung lehrt, bei der Vertragsgestaltung ein Einverständnis darüber zu erzielen, dass eine Wertsteigerung eines Investments nicht garantiert wird und sogar ein Totalverlust möglich ist. Dies gilt nicht nur für die Gesellschafter- und Co-Investmentvereinbarung, sondern auch für die Rückzahlungsansprüche und etwaige Verrechnungsabreden²⁶ aus einem eventuell geschlossenen Vertrag zur Beteiligungsfinanzierung.

4. Treuhandmodelle und MoMiG

Mit Inkrafttreten des MoMiG am 1.11.2008 entfiel das ehemals geltende Verbot der Vorratsteilung (§ 17 Abs. 6 GmbHG a.F.). Gem. § 5 Abs. 2, 55 Abs. 4 GmbHG können nunmehr von jedem Gesellschafter beliebig viele Geschäftsanteile übernommen werden, solange deren Nennbetrag mindestens 1,- Euro beträgt. Diese Regelung erhöht die Praktikabilität von Treuhandmodellen, indem nunmehr jedem Manager als Treugeber bestimmte einzelne von der Treuhand-GmbH gehaltene Geschäftsanteile zugeordnet werden können; die für eine prozentuale Verteilung einst geltenden Beschränkungen (Min-

destgröße des Geschäftsanteils von 100,- Euro; Teilbarkeit durch 50,- Euro)²⁷ sind entfallen.

Aufgrund des nach § 16 Abs. 3 S. 1 GmbHG möglichen gutgläubigen Erwerbs von Geschäftsanteilen werden verschiedene Sicherungsmöglichkeiten (bspw. Eintragung eines Widerspruchs in die Gesellschafterliste, Verpfändung des Geschäftsanteils) für den Treugeber diskutiert, um ihn vor treuwidrigen Verfügungen des Treuhänders zu schützen.²⁸ Derartige Sicherungsmöglichkeiten sind für Treuhandmodelle bei Managementbeteiligungen allerdings in aller Regel aus tatsächlichen Gründen nicht erforderlich. Treuwidrige Verfügungen des Treuhand-Vehikels sind höchst unwahrscheinlich, da es regelmäßig durch den CEO und ggf. eine weitere Person des Top-Managements verwaltet wird. Der Treuhandvertrag sowie die Gesellschafter- und Co-Investmentvereinbarung selbst können zwar den gutgläubigen Erwerb grundsätzlich nicht verhindern, bieten aber hinreichende Prävention durch sanktionsbewährte Verhaltenspflichten.

5. Gesetz zur Stärkung des Anlegerschutzes und Verbesserung der Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts

Das Gesetzgebungsverfahren betreffend das Gesetz zur Stärkung des Anlegerschutzes und Verbesserung der Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts wird gegenwärtig noch diskutiert. Nach dem derzeitigen Stand²⁹ ist allerdings nicht zu erwarten, dass sich für Managementbeteiligungsmodelle, bei denen Manager über eine Management KG als Beteiligungsvehikel investieren, durch das Gesetz etwas ändert. Der aktuell verfügbare Entwurf sieht u. a. vor, dass Finanzinstrumente i. S. d. WpHG auch Anteile an Vermögensanlagen sein sollen, für die eine Prospektpflicht nach § 8f des Verkaufsprospektgesetzes besteht. Allerdings besteht diese Prospektpflicht nach § 8f VerkProspG in aller Regel nicht, da die Anteile an der Management KG wohl nicht öffentlich i. S. d. § 8f Abs. 1 VerkProspG angeboten werden. Des Weiteren werden die Anteile nur einem begrenzten Kreis bekannter, ausgewählter Personen oder Arbeitnehmern angeboten oder aber das Angebot ist anderweitig beschränkt, so dass Ausnahmen von der Prospektpflicht greifen (vgl. § 8f Abs. 2 Nr. 3, 6 VerkProspG). Im Übrigen sind die potenziellen Teilnehmer eines Managementbeteiligungsprogramms ohnehin gut über das Unternehmen informiert, so dass eine besondere Aufklärung entbehrlich erscheint.³⁰ Der Wortlaut des WpHG nach Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens bleibt jedoch abzuwarten.

II. Entwicklungen im Steuerrecht

1. Voraussetzung für ein steuerlich beachtliches Treuhandverhältnis

a) Jüngste Rechtsprechung

Mit Urteil vom 6.10.2009 entschied der BFH, der Annahme eines zivilrechtlich wirksamen Treuhandverhältnisses stehe nicht entgegen,

23 BGH, Urt. v. 14.12.2006 – IX ZR 194/05, NZG 2007, 342.

24 So Grüter, in: BAG EWIR § 95 InsO 1/10, 463, 464.

25 Vgl. weiterführend Hohaus/Inhester, DStR 2003, 1765, 1767; Holzapfel/Pöllath, Unternehmenskauf in Recht und Praxis, 13. Aufl. 2008, Rn. 709.

26 Vgl. dazu allgemein Kayser, WM 2008, 1477 ff., 1525 ff.

27 Vgl. dazu Hohaus, DStR 2002, 789, 791.

28 Vgl. dazu Hellfeld, NJW 2010, 411; Jocher, BWNtZ 2009, 190 ff.; Schreiner/Berresheim, DStR 2009, 1265 ff.; Weigl, MittBayNot 2009, 116.

29 Diskussionsentwurf zum Gesetz zur Stärkung des Anlegerschutzes und Verbesserung der Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts vom 3.5.2010; online zugänglich unter <http://www.bundesfinanzministerium.de> (=> Wirtschaft und Verwaltung, => Geld und Kredit, => Aktuelle Gesetze).

30 Ebenso Mackensen, in: Private Equity (Fn. 4), S. 373.

dass dieses lediglich an einem Teil eines zivilrechtlich selbstständigen Geschäftsanteils vereinbart wird (sog. Quotentreuhand).³¹ Das Treugut müsse also nicht zwingend in einem zivilrechtlich selbstständigen Geschäftsanteil bestehen, da auch ein quotaler Anteil steuerrechtlich ein treugutfähiger Gegenstand sei.

Damit abweichend von § 39 Abs. 1 AO nach § 39 Abs. 2 Nr. 1 S. 2 AO das Wirtschaftsgut steuerlich dem Treugeber zugerechnet werden kann, muss aber auch ansonsten ein steuerlich anzuerkennendes Treuhandverhältnis vorliegen. Wesentliches Merkmal dafür ist, dass der Treugeber das Treuhandverhältnis in vollem Umfang beherrscht. Nach der ständigen BFH-Rechtsprechung muss die Beherrschung nicht nur in den mit dem Treuhänder getroffenen Absprachen, sondern auch in dem tatsächlichen Vollzug zum Ausdruck kommen.³² Es muss zweifelsfrei erkennbar sein, dass der Treuhänder ausschließlich für Rechnung des Treugebers handelt³³ und dass der Treuhänder verpflichtet ist, das Treugut jederzeit an den Treugeber auf dessen Verlangen hin zurückzugeben.³⁴ Die Vereinbarung einer angemessenen Frist für die Kündigung des Treuhandverhältnisses schadet allerdings nicht.³⁵

Vor diesem Hintergrund betont der BFH in seinem Urteil vom 24.11.2009³⁶ besonders, dass weder die Möglichkeit zur Kündigung des Treuhandverhältnisses noch der Einfluss, den die Androhung einer solchen Kündigung haben mag, die Voraussetzung ersetze, dass der Treuhänder gegenüber dem Treugeber weisungsgebunden sein muss. Es sei vielmehr erforderlich, dass die Voraussetzungen Weisungsgebundenheit und Kündbarkeit kumulativ vorliegen.

b) Bedeutung für Private Equity-Transaktionen

Durch das BFH-Urteil zur Quotentreuhand wurde die zivilrechtlich anerkannte Quotentreuhand auch höchstrichterlich steuerrechtlich abgesichert.³⁷

Angesichts des zwingenden gesetzlichen Gebots aus § 18 Abs. 1 GmbHG, wonach die Ausübung von Mitgliedschaftsrechten aus einem Geschäftsanteil nur einheitlich erfolgen kann, ist die zivilrechtliche Anerkennung einer Quotentreuhand auf den ersten Blick nicht selbstverständlich. So ging das LG Berlin wegen Verstoßes gegen § 18 Abs. 1 GmbHG von einer Gesamtnichtigkeit des Treuhandvertrages gemäß §§ 134, 139 BGB für den Fall aus, in dem ein Treuhänder von einem Geschäftsanteil hälftig einen Teil für sich selbst und einen Teil für einen Treugeber hält, ohne dass der Treuhandvertrag die uneinheitliche Stimmabgabe regelt.³⁸ Aus diesem Urteil lassen sich aber keine grundsätzlichen zivilrechtlichen Bedenken gegen die Quotentreuhand ableiten. Denn letztlich entscheidet das zwischen den Mitberechtigten vorhandene Gemeinschaftsverhältnis über die Ausübung der Gesellschafterrechte aus dem Geschäftsanteil und damit über die Möglichkeit, § 18 Abs. 1 GmbHG zu entsprechen (sog. mittelbar einheitliche Rechtsausübung).³⁹ Um anstelle eines Einstimmigkeitsprinzips unter mehreren Treugebern das Mehrheitsprinzip entscheiden zu lassen, empfiehlt sich im Treuhandvertrag klarzustellen, dass der Vertrag keine GbR begründet. Zugleich sollte jedenfalls vereinbart werden, dass sich der Anteil jedes Treugebers am Stimmrecht und anderen Rechten nach der jeweils gehaltenen Nennbetragsquote an dem Geschäftsanteil bestimmt, so dass Entscheidungen nach dem Mehrheitsprinzip zustande kommen können. Diese Regelungen sollten Treuhandverträgen, die Managementbeteiligungsprogrammen auf der Basis eines Treuhandmodells zugrundeliegen, regelmäßig enthalten. So kann § 18 Abs. 1 GmbHG entsprochen werden, da aufgrund einer

im Innenverhältnis von den Mitberechtigten getroffenen Mehrheitsentscheidung eine einheitliche Ausübung von Gesellschafterrechten im Außenverhältnis möglich ist.

Soweit der BFH auf die Voraussetzungen für die steuerliche Anerkennung eines Treuhandverhältnisses eingeht, bestätigt das Gericht seine bisherige Rechtsprechung, die sich an dem wirtschaftlich Gewollten und tatsächlich Bewirkten orientiert. Dabei sind die zwei folgenden Aspekte besonders hervorzuheben.

Die Herausgabepflicht des Treuhänders und die Anerkennung der Quotentreuhand stehen auf den ersten Blick in einem Spannungsverhältnis. Denn es ist fraglich, ob der Treuhänder, der nur einen zivilrechtlich selbstständigen Geschäftsanteil hält, den Anteil an den einzelnen quotal beteiligten Treugeber herausgeben kann.⁴⁰ Aufgrund der durch das MoMiG vereinfachten Möglichkeit zur Teilung von Geschäftsanteilen⁴¹ löst sich dieses Spannungsverhältnis, da die Teilung jederzeit und auch zum Zwecke der Herausgabe an den Treugeber beschlossen werden kann, wenn die Teilung denn nicht schon vorher erfolgte. Die steuerrechtliche Anerkennung der Quotentreuhand verschafft damit in erster Linie Rechtssicherheit für solche Treuhandmodelle, die vor Inkrafttreten des MoMiG im Anwendungsbereich des § 17 GmbHG a.F. aufgesetzt wurden und bei denen die gewünschte prozentuale Verteilung von Geschäftsanteilen auf Manager nicht in entsprechend selbstständigen von der Treuhand-GmbH gehaltenen Geschäftsanteilen abgebildet wurde.⁴²

2. Abgrenzung zu Einkünften aus nicht selbstständiger Arbeit

a) Das Urteil des BFH vom 17.6.2009

Der BFH nahm mit Urteil vom 17.6.2009⁴³ zu der Frage Stellung, unter welchen Voraussetzungen Erlöse aus einer Beteiligung eines Managers⁴⁴ im Veranlassungszusammenhang mit dem Dienstverhältnis des Managers stehen. Ausgangspunkt für die rechtliche Würdigung ist die Überlegung, ob ein Leistungsaustausch zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit führt oder aufgrund einer Sonderrechtsbeziehung steuerrechtlich anders zu behandeln ist.⁴⁵ Zuwendungen an den Arbeitnehmer sind auch dann kein Arbeitslohn, wenn sie sich bei objektiver Würdigung aller Um-

31 BFH, Ur. v. 6.10.2009 – IX R 14/08, DStR 2010, 537; anders die Vorinstanz FG Münster, Ur. v. 8.2.2008 – 11 K 500/05 E, DStRE 2009, 540 ff.

32 Vgl. dazu im Einzelnen Hohaus, DStR 2002, 789 ff.; ders., DB 2002, 1233 ff.; aus der Rechtsprechung vgl. BFH, Ur. v. 15.7.1997 – VIII R 56/93, BB 1997, 2093; BFH, Ur. v. 24.11.2009 – I R 12/09, BFH/NV 2010, 1023.

33 BFH, Ur. v. 28.2.2001 – I R 12/00, BStBl. II 2001, 468, 470, BB 2001, 1562; BFH, Ur. v. 24.11.2009 – I R 12/09, BFH/NV 2010, 1023.

34 BFH, Ur. v. 10.1.1999 – I R 69/97, BB 1999, 2544.

35 Vgl. BFH, Ur. v. 10.12.1992 – XI R 45/88, BStBl. II 1993, 538, 540, BB 1993, 1250. Ausführlicher zu den zulässigen Kündigungsfristen bei ordentlicher Kündigung Hohaus, DStR 2002, 789, 792.

36 BFH, Ur. v. 24.11.2009 – I R 12/09, BFH/NV 2010, 1023.

37 So Richter am BFH Schallmoser, in: Steuk 2010, 189.

38 LG Berlin, Ur. v. 27.9.2007 – 93 O 102/07, BeckRS 2008, 20380; Ur. v. 13.1.2010 – 105 O 42/09, GmbHR 2010, 875. Die Revision ist anhängig beim KG Berlin unter Az. 23 U 39/10.

39 Vgl. ebenso Binnewies, GmbHR 2010, 487; Hueck/Fastrich, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 18 Rn. 4; Reichert/Weller, in: Münchener Kommentar GmbHG, Band 1, München 2010, § 18 Rn. 60 ff.; Winter/Löbke, Großkommentar GmbHG, Band 1, Tübingen 2009, § 18 Rn. 21.

40 So die Vorinstanz FG Münster, Ur. v. 8.2.2008 – 11 K 500/05 E, DStRE 2009, 540. Ebenso Mackensen, Private Equity (Fn. 4), S. 351 f.

41 Siehe dazu oben Gliederungspunkt 0.4.

42 Insoweit wurde die durch die Vorinstanz (FG Münster, Ur. v. 8.2.2008 – 11 K 500/05 E, DStRE 2009, 540) hervorgerufene Rechtsunsicherheit beseitigt.

43 BFH, Ur. v. 17.6.2009 – VI R 69/06, DStR 2009, 2092; a. A. die Vorinstanz FG Baden-Württemberg, Ur. v. 9.11.2006 – 6 K 105/06, EFG 2007, 512; vgl. dazu Hohaus/Weber, BB 2008, 2361 ff.

44 Behandelt werden hier nur Investments, die von Führungskräften üblicherweise in Private Equity-Transaktionen getätigt werden. Zu Mitarbeiterkapitalbeteiligungen und deren steuerlicher Förderung vgl. Hasbargen/Schmitt/Betz, BB 2010, 1951 ff.

45 Ständige BFH-Rechtsprechung, vgl. BFH, Ur. v. 22.3.1985 – VI R 170/82, BStBl. II 1985 529, BB 1985, 1709 Ls; BFH, Beschl. v. 28.6.2007 – VI B 23/07, BFH/NV 2007, 1870.

stände als notwendige Begleiterscheinung betriebsfunktionaler Zielsetzung erweisen.⁴⁶

Der BFH entschied, dass der Veräußerungsgewinn eines Arbeitnehmers aus einer Kapitalbeteiligung nicht allein deshalb zu Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit führe, weil die Kapitalbeteiligung von einem Arbeitnehmer des Unternehmens gehalten und nur Arbeitnehmern angeboten worden war. Eine neben dem Dienstverhältnis bestehende Sonderrechtsbeziehung sei weder deshalb ausgeschlossen, weil nur leitende Angestellte die Chance zum Erwerb der Economic Value Added- (EVA-) Zertifikate erhalten hätten, noch deshalb, weil der Arbeitgeber bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein Sonderkündigungsrecht hätte. Beide Erwägungen seien letztlich typische Gestaltungsmerkmale einer Mitarbeiterbeteiligung, die ohne Weiteres für die Begründung der dienstlichen Veranlassung nicht ausreichen.⁴⁷ Das FG habe aber noch festzustellen, inwieweit die Gewinne aus den Zertifikaten als Lohneinkünfte zu erfassen sind.

Diese Rechtsprechung zur dienstlichen Veranlassung wurde in nachfolgenden Entscheidungen um einen Aspekt erweitert: Dass Steigerungen bzw. Minderungen der Beteiligung auf ein berufsspezifisches Risiko zurückzuführen sein könnten und dieses einen die Kapitalüberlassung überlagernden Veranlassungszusammenhang begründen könnte, klang in einem Urteil des BFH⁴⁸ an. Das FG Düsseldorf⁴⁹ griff diesen Aspekt für die Einnahmenqualifizierung aus EVA-Zertifikaten auf, verneinte aber die Überlagerung wegen der im entschiedenen Fall begrenzten Einflussmöglichkeiten der zeichnungsberechtigten Arbeitnehmer auf die Kurswertsteigerungen/-minderungen.

b) Bedeutung für Private Equity-Transaktionen

Die vorgenannten Entscheidungen konkretisieren weiter die Kriterien, die für die Einkünftequalifizierung⁵⁰ entscheidend sind. Zwar hat sich mit der Einführung der Abgeltungssteuer die wirtschaftliche Relevanz der Abgrenzung von Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit und Kapitalbeteiligungen für nach dem 31.12.2008 erworbene Beteiligungen etwas entschärft. Nichtsdestotrotz ist der Grundtenor der Urteile hervorzuheben, der eine auf Basis der Sonderrechtsbeziehung gehaltene Kapitalbeteiligung eigenständig neben dem Dienstverhältnis existieren lässt. Die erwähnten Abgrenzungskriterien sind prinzipiell zu begrüßen, da sie mehr Rechtssicherheit für die Gestaltung von Managementbeteiligungen bieten. Allerdings erscheint es zweifelhaft, ob das vom FG Düsseldorf erwähnte Kriterium, die Überlagerung der Kapitalüberlassung durch einen mit berufsspezifischen Risiken begründeten Veranlassungszusammenhang, hinreichende Trennschärfe bietet. U.E. sollte dieses Kriterium daher eher ein nachgeordnetes Indiz im Rahmen der erforderlichen Gesamtwürdigung darstellen.

3. Abzugsfähigkeit von Werbungskosten

Werbungskosten sind nach der ständigen Rechtsprechung⁵¹ alle Aufwendungen, die durch die Erzielung steuerpflichtiger Einnahmen veranlasst sind. Die Aufwendungen müssen in objektivem Zusammenhang mit der auf Einnahmeerzielung gerichteten Tätigkeit stehen und subjektiv zur Förderung der steuerlich relevanten Tätigkeit getragen werden.

a) Das Urteil des BFH vom 17.9.2009

Der BFH entschied am 17.9.2009,⁵² dass ein Veräußerungsverlust aus einer Kapitalbeteiligung in einem einkommenssteuerrechtlich erheblichen Veranlassungszusammenhang zum Arbeitsverhältnis stehen

müsse und nicht auf der Nutzung der Beteiligung als Kapitalertragsquelle beruhen dürfe, wenn der Verlust des Managers als Werbungskosten bei den Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit (§ 19 EStG) in Abzug gebracht werden soll. Wie bei dem Veranlassungszusammenhang in dem zuvor genannten Fall,⁵³ in dem der Arbeitnehmer Gewinn aus der Rückgabe seiner Anteile an den Arbeitnehmer erzielte, sei auch der Verlust aus der Rückübertragung der nicht steuerbaren privaten Vermögenssphäre des Mitarbeiters zuzuordnen. Auch für den Veranlassungszusammenhang zwischen erlittenem Verlust und Dienstverhältnis reiche es nicht aus, dass das Ausscheiden aus dem Dienstverhältnis ursächlich für die Rückübertragung gewesen sei.⁵⁴ Der im Streitfall geltend gemachte Verlust, der auf eine gegenüber dem gemeinen Wert niedrigere Abfindung zum Konsortialkurs zurückgehe, finde seinen Grund nicht im Arbeitsverhältnis, sondern in den unter den Gesellschaftern getroffenen Absprachen.

b) Bedeutung für Private Equity-Transaktionen

In dem vom BFH entschiedenen Fall ist der Veräußerungsverlust nach den Regeln der Besteuerung von Einkünften aus Kapitalvermögen zu berücksichtigen (§ 20 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 4 S. 1 EStG). Die verbilligte Überlassung von Anteilen kann einen geldwerten Vorteil i.S.v. § 19 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 8 Abs. 1 EStG begründen. Solange für einen einheitlichen Sachverhalt der Veranlassungszusammenhang für die Qualifizierung eines Vorteils aus der Beteiligung nach den gleichen Kriterien beurteilt wird wie die Qualifizierung eines Verlusts aus der Beteiligung, ist die Dogmatik des Veranlassungszusammenhangs konsequent. Die Frage, ob eine Zuwendung durch das Dienstverhältnis veranlasst ist, unterliegt zwar einer tatrichterlichen Würdigung und ist stets unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls zu beurteilen.⁵⁵ Für den Fall, dass ein Veranlassungszusammenhang gegeben ist, lautet die praktische Verfahrensweise gleichwohl weiterhin: „Entweder wird alles bei § 19 EStG oder bei § 20 EStG erfasst.“⁵⁶

4. Zuflusszeitpunkt

In der BFH-Rechtsprechung ist anerkannt, dass sich der Zuflusszeitpunkt von Arbeitslohn (§ 38 Abs. 2 S. 2 EStG i.V.m. § 11 Abs. 1 S. 1 EStG) bei Einräumung eines Rechts allgemein mit dem Zeitpunkt der Erfüllung des Anspruchs deckt.⁵⁷ Die bloße Zusage zur künftigen Erbringung von Leistungen seitens des Arbeitgebers an den Arbeitnehmer wird also noch nicht als Zufluss angesehen. Es handele sich dabei lediglich um eine steuerlich unerhebliche Chance. Entscheidend sei vielmehr die Übertragung der wirtschaftlichen Verfügungsmacht, was sich nach den Umständen des Einzelfalls richtet.⁵⁸ Zum Zufluss

46 Vgl. BFH, Urt. v. 7.7.2004 – VI R 29/00, DStR 2005, 417, 418, BB 2005, 1203; BFH, Urt. v. 5.9.2006 – VI R 49/05, DStRE 2007, 406, 407 f.; BFH, Urt. v. 1.2.2007 – VI R 72/05, DStRE 2007, 674, 675; FG Hamburg, Urt. v. 18.11.2009 – 6 K 127/07, DStRE 2010, 722, 723.

47 Vgl. BFH, Urt. v. 17.6.2009 – VI R 69/06, DStR 2009, 2092, 2094.

48 BFH, Urt. v. 17.9.2009 – VI R 24/08, DStR 2009, 2526.

49 FG Düsseldorf, Urt. v. 26.4.2010 – 3 K 536/05 E, BeckRS 2010, 26029134.

50 Vgl. Michel/Hemler, BB 2009, 193 mit anschaulichem Überblick.

51 Vgl. BFH, Urt. v. 20.11.1979 – VI R 25/78, BStBl. II 1980, 75, 76; BFH, Urt. v. 7.2.2008 – VI R 75/06, DStRE 2008, 467, 468 m. w. N.

52 BFH, Urt. v. 17.9.2009 – VI R 24/08, DStR 2009, 2526.

53 Vgl. BFH, Urt. v. 17.6.2009 – VI R 69/06, DStR 2009, 2092; vgl. dazu oben Gliederungspunkt II.2.

54 BFH, Urt. v. 17.9.2009 – VI R 24/08, DStR 2009, 2526, 2528. Für das Verhältnis von zugeflossenem Arbeitslohn und anschließender Rückzahlung („actus contrarius“-Gedanke) im Rahmen eines Mitarbeiterbeteiligungsprogramms vgl. BFH, Urt. v. 17.9.2009 – VI R 17/08, BB 2010, 360 = NZG 2009, 1399.

55 BFH, Beschl. v. 21.12.2006 – VI B 24/06, BFH/NV 2007, 699.

56 Heuermann, INF 2006, 608 zum Urt. des BFH v. 5.4.2006 – IX R 111/00, BStBl. II 2006, 654, BB 2006, 1607; dazu Hohaus/Weber, BB 2007, 2582.

57 BFH, Urt. v. 23.7.1999 – VI B 116/99, BB 1999, 1966; BFH, Urt. v. 24.1.2001 – I R 119/98, BB 2001, 1180, 1181; BFH, Urt. v. 23.6.2005 – VI R 10/03, BB 2005, 1829, 1832.

58 BFH, Urt. v. 12.4.2007 – VI R 89/04, BStBl. II 2007, 719, 720, BB 2007, 1604; Urt. v. 11.2.2010 – VI R 47/08, DStRE 2010, 790, 791.

von Arbeitslohn soll es außerdem dann kommen, wenn der Arbeitgeber mit seinen Leistungen dem Arbeitnehmer einen unmittelbaren und unentziehbaren Rechtsanspruch gegen einen Dritten verschafft.⁵⁹ Diese Grundsätze wurden zuletzt durch mehrere Urteile konkretisiert.

a) Jüngste Rechtsprechung

Es entspricht der ständigen Rechtsprechung des BFH,⁶⁰ den Zufluss eines geldwerten Vorteils nicht bereits in der Einräumung eines nicht handelbaren Optionsrechts auf den Erwerb von Aktien zu einem bestimmten Übernahmepreis zu sehen (*Anfangsbesteuerung*). Erst in dem preisgünstigen Erwerb der Aktien nach Ausübung der Option liegt der Zufluss (*Endbesteuerung*). Mit Urteil vom 20.11.2008 hat der BFH⁶¹ vor allem gegen die unterinstanzliche Rechtsprechung⁶² und die Finanzverwaltung⁶³ entschieden, dass im Ergebnis Gleiches auch für handelbare Optionsrechte gelte.⁶⁴

Der BFH machte in einem weiteren Urteil⁶⁵ erneut klar, dass das Vorhandensein einer Sperr- bzw. Haltefrist als Verfügungsbeschränkung der Annahme eines Zuflusses nicht entgegensteht. Gleiches soll nach dem Thüringer FG für sog. „restricted shares“ i. S. v. Rule 144 des Securities Act von 1933 gelten.⁶⁶ Eine Klausel, die den begünstigten Mitarbeiter zur Rückübertragung der Aktien bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses verpflichtet, hindert nach dem BFH ebenso wenig die Annahme eines Zuflusses.⁶⁷ Für den Zufluss soll das „Ist-Prinzip“ gelten: Maßgeblich ist der tatsächliche Vorgang einer objektiven Vermögensmehrung unabhängig von einem späteren Behaltendürfen.⁶⁸

Wenn die Arbeitgebergesellschaft schenkweise dem Arbeitnehmer das Kapital für die Einlage in eine Managementbeteiligung durch Gutschrift auf dem Beteiligungskonto zur Verfügung stellt, kommt es nach dem BFH⁶⁹ für den Zuflusszeitpunkt auf den Zeitpunkt der Gutschrift an. Die maßgebliche Erlangung der wirtschaftlichen Verfügungsmacht auf Seiten der Arbeitnehmer bestehe in einer wirtschaftlichen Vorausverfügung durch die Gutschrift auf dem Beteiligungskonto, da die Gutschrift als Vermögenseinlage der Arbeitnehmer zur Begründung einer stillen Gesellschaft stehen gelassen wurde.⁷⁰ Wegen der vorgenannten Rechtsprechung zu den Sperr- und Haltefristen ändere sich an dem Zuflusszeitpunkt nichts dadurch, dass die Arbeitnehmer langfristig in der Verwendung der gutgeschriebenen Beträge für die Einlageleistung beschränkt waren.⁷¹

Das Prinzip, wonach der Zeitpunkt der Übertragung der wirtschaftlichen Verfügungsmacht maßgeblich ist, wird vom BFH⁷² für „negative Verfügungen“ durch entgeltlichen Verzicht auf die Optionsrechte fortgeschrieben: Hier ist der Zeitpunkt des Verzichts maßgeblich.

Dass es für den Zuflusszeitpunkt auf die tatsächliche Erfüllung ankommt, diese aber von dem Arbeitgeber und Arbeitnehmer einvernehmlich im Interesse des Arbeitnehmers zu Zwecken einer günstigeren Besteuerung verschoben werden kann, wird in einem weiteren Urteil des BFH⁷³ deutlich. Nach Auffassung des Gerichts gelte der durch verzögerte Auszahlung bewirkte spätere Zuflusszeitpunkt. Dessen Wahl sei regelmäßig kein Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten i. S. d. § 42 AO.

b) Bedeutung für Private Equity-Transaktionen

Für Managementbeteiligungen ist die Klärung des Zuflusszeitpunkts vor allem deshalb relevant, weil sich auf Seiten des Managers die sog. Dry Income-Problematik stellt: Muss er zu einem Zeitpunkt Steuern zahlen, zu dem er aus seiner Beteiligung noch keine Erlöse erzielt hat? Deshalb gilt das steuerliche Gestaltungsziel, die Anfangsbesteuerung

zu vermeiden und die Endbesteuerung zu minimieren. Soweit Bonuszahlungen für den Erwerb der Managementbeteiligung verwendet werden, ergibt sich daher aus der jüngeren Rechtsprechung mehr Rechtssicherheit. Dies ist insbesondere im Hinblick auf Vergütungszusagen entscheidend, die an den Vorgaben des Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) für nachhaltige Vergütungsanreize (§ 87 Abs. 1 S. 2 AktG) zu messen sind: Die wegen der Risikoteilhabe aufgeschobene Auszahlung von variablen Vergütungsbestandteilen ist erst dann zu besteuern, wenn die Auszahlung tatsächlich vorgenommen wird.⁷⁴

Für die Besteuerung der erworbenen Beteiligung (im Unterschied zur Vergütung) ist vor allem entscheidend, dass sich aus den regelmäßig vereinbarten Verfügungsbeschränkungen und Rückübertragungspflichten kein abweichender Zuflusszeitpunkt ergibt.

Mit besonderer Aufmerksamkeit ist die noch offene Frage zu verfolgen, wann bei der Gewährung von Optionen auf den Erwerb von Aktien an fremden Unternehmen, die nicht der Arbeitgeber des Be-

// Autoren

Dr. Benedikt Hohaus, seit 1998 RA und FASr, ist seit 2005 Partner bei 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 Finanzinvestoren und Manager in M&A-Transaktionen sowie Unternehmen in gesellschaftsrechtlichen Fragestellungen mit Schwerpunkt in den Bereichen Managementbeteiligungen und Vorstandsvergütung.



- 59 BFH, Ur. v. 27.5.1993 – VI R 19/92, BB 1993, 2504 = DStR 1993, 1855, 1856; BFH, Ur. v. 16.4.1999 – VI R 66/97, BB 1999, 1692; BFH, Ur. v. 23.6.2005 – VI R 10/03, BB 2005, 1829, 1832; BFH, Ur. v. 22.11.2006 – X R 29/05, BB 2007, 313 = DStRE 2007, 820, 823.
- 60 Vgl. etwa BFH, Ur. v. 10.3.1972 – VI R 278/68, BStBl. II 1972, 596; BFH, Ur. v. 20. 6. 2001 – VI R 105/99, BStBl. II 2001, 689, 690, BB 2001, 1616.
- 61 BFH, Ur. v. 20.11.2008 – VI R 25/05, BB 2009, 1059; zur Besprechung des Urteils s. *Busch*, DStR 2009, 898 ff.; *Naujok*, BFH EWIR § 38a EStG 1/09, 233; *Portner*, DStR 2010, 1316 ff.
- 62 So die Vorinstanz FG Berlin, Ur. v. 13.12.2004 – 9 K 9090/03, EFG 2005, 1354; ferner auch FG Münster, Ur. v. 15.7.2008 – 1 K 4029/06 E, EFG 2009, 104 (Revision anhängig beim BFH unter Az. VI R 48/08); anders hingegen noch FG Münster, Ur. v. 9.5.2003 – 11 K 6754/01 L, EFG 2003, 1174.
- 63 FinMin NRW, Erlass v. 27.3.2003, DStR 2003, 689; OFD Berlin, VfG. v. 25.3.1999, DB 1999, 1241.
- 64 Für die Ermittlung des geldwerten Vorteils ist nach dem BFH der Kurswert der Aktien bei Einbuchung in das Depot des Arbeitnehmers entscheidend; vgl. BFH, Ur. v. 20.11.2008 – VI R 25/05, BB 2009, 1059.
- 65 BFH, Ur. v. 30.9.2008 – VI R 67/05, BStBl. II 2009, 282 m. w. N. Verfügungsbeschränkungen führen, sofern sie nicht im Wirtschaftsgut selbst gründen und für alle Verfügungsberechtigten gelten, nicht zu einer Wertminderung; vgl. BFH, Ur. v. 7.4.1989 – VI R 73/86, BStBl. II 1989, 927, BB 1989, 2033 Ls; BFH, Ur. v. 17.6.1998 – II R 46/96, DStRE 1998, 883; BFH, Ur. v. 28.10.2008 – IX R 96/07, DStR 2008, 2413; ebenso FG Hamburg, Ur. v. 18.11.2009 – 6 K 127/07, DStRE 2010, 722.
- 66 Bei den „restricted shares“ handelt es sich um Aktien, die innerhalb von zwei Jahren weder handelbar noch lieferbar und nicht zur Beleihung geeignet sind; vgl. dazu Thüringer FG, Ur. v. 14.1.2009 – III 922/03, DStRE 2010, 529.
- 67 BFH, Ur. v. 30.9.2008 – VI R 67/05, BStBl. II 2009, 282; Vorinstanz: FG Köln v. 21.9.2005 – 11 K 276/04, EFG 2006, 44.
- 68 Vgl. BFH, Ur. v. 30.9.2008 – VI R 67/05, BStBl. II 2009, 282, 284. Ausführlich zum Ist-Prinzip s. *Birk/Kister*, in: *Hermann/Heuer/Raupach*, EStG/KStG, Lieferung 236, § 11 Rn. 27 ff.
- 69 BFH, Ur. v. 11.2.2010 – VI R 47/08, DStRE 2010, 790.
- 70 Dass es auf Tatsachenebene um eine Vermögenseinlage als Zufluss einer Beteiligung am Gewinn und nicht um den Zufluss von Gewinnanteilen ging, ermöglichte dem BFH, ohne Änderung der Rechtsprechung den vorliegenden Sachverhalt anders zu entscheiden als den Sachverhalt, der dem Urteil vom 14.5.1982 (VI R 124/77, BStBl. II 1982, 469) zugrundelag.
- 71 BFH, Ur. v. 11.2.2010 – VI R 47/08, DStRE 2010, 790, 791.
- 72 BFH, Ur. v. 19.6.2008 – VI R 4/05, BB 2008, 2280; Vorinstanz: FG Köln v. 21.9.2005 – 11 K 276/04, EFG 2006, 44.
- 73 BFH, Ur. v. 11.11.2009 – IX R 1/09, BStBl. II 2010, 746. Im Ergebnis ebenso Niedersächsisches FG, Ur. v. 19.2.2009 – 5 K 73/06, DStRE 2009, 969; FG Baden-Württemberg, Ur. v. 20.11.2008 – 3 K 101/05, DStRE 2009, 1232. Vgl. dazu *Plewka*, NJW 2010, 2554, 2555.
- 74 Vgl. dazu ausführlicher *Portner*, DStR 2010, 577, 579.

rechtigten sind, von einem Zufluss ausgegangen werden kann. Wegen des erwähnten Grundsatzes, dass ein Zufluss auch dann anzunehmen ist, wenn der Arbeitgeber mit seinen Leistungen dem Arbeitnehmer einen unmittelbaren und unentziehbaren Rechtsanspruch gegen einen Dritten verschafft, wird in der Literatur vertreten, dass der BFH von einem Zufluss schon bei Einräumung des Optionsrechts ausgehen wird.⁷⁵ Dann käme es also nicht auf den Zeitpunkt an, in dem der Manager die optionierten Aktien durch Ausübung tatsächlich erhält.

III. Fazit

Die Wahl einer Personengesellschaft als Beteiligungsvehikel für Manager in Private Equity-Tansaktionen ermöglicht, die im GmbH-Recht bestehenden Beurkundungspflichten zu vermeiden. Gleichwohl sind auch bei Personengesellschaften als Beteiligungsvehikel vor allem beim Gesellschafterwechsel Formalanforderungen zu erfüllen. Die Recht-

sprechung zeigt, dass es erforderlich ist, in der Gesellschaftervereinbarung selbst sowie in etwaigen Verträgen zur Finanzierung der Beteiligung eine klarstellende Regelung aufzunehmen, die auf die Möglichkeit des Totalverlusts der Managementbeteiligung bei fortbestehender Pflicht zur Rückzahlung des Finanzierungsdarlehens hinweist. Die jüngsten Entscheidungen des BFH zum Veranlassungszusammenhang belegen, dass ein Manager seine Beteiligung aufgrund einer neben dem Dienstverhältnis bestehenden Sonderrechtsbeziehung halten kann. Auch wenn nicht sämtliche Fragen geklärt sind, verhilft die Rechtsprechung zum Zuflusszeitpunkt zu mehr Rechtssicherheit.

Die zukünftigen Entwicklungen im Arbeitsgebiet Managementbeteiligungen sind insbesondere wegen der wirtschaftlichen Fragestellungen, die als Folge der Finanzkrise bewältigt werden müssen, spannend und mit Aufmerksamkeit zu verfolgen.

75 Busch, DStR 2009, 898, 899; ihm folgend Schmidt, DStR 2009, 1986, 1989; ebenso wohl auch Partner, DStR 2010, 577, 580.

BGH: Gewährleistungsausschluss im Internet

BGH, Urteil vom 31.3.2010 – I ZR 34/08

Volltext des Urteils: [// BB-ONLINE](#) BBL2010-2578-2

unter www.betriebs-berater.de

LEITSÄTZE

1. Die Ankündigung der Vereinbarung eines Gewährleistungsausschlusses ist eine geschäftliche Handlung i.S. von § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG.

2. § 475 Abs. 1 Satz 1 BGB zählt zu den Vorschriften i.S. des § 4 Nr. 11 UWG, die dazu bestimmt sind, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln.

3. Die Anwendbarkeit des § 4 Nr. 11 UWG i.V. mit § 475 Abs. 1 Satz 1 BGB ist nicht wegen eines Vorrangs des § 2 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Nr. 1 UKlaG ausgeschlossen.

UWG § 2 Abs. 1 Nr. 1, § 4 Nr. 11, § 8 Abs. 4; BGB § 475 Abs. 1 Satz 1; ZPO § 139 Abs. 4, § 156 Abs. 2 Nr. 1

SACHVERHALT

Die Parteien handeln mit gebrauchten Elektroartikeln, die sie über das Internet vertreiben.

Der Beklagte, der als gewerblicher Verkäufer bei eBay registriert ist, bot über diese Internetplattform im Juni 2006 gebrauchte Software und medizinische Geräte mit dem Hinweis an: „Ob eine Umlizenzierung bzw. Umschreibung möglich ist, wissen wir nicht, daher verkaufen wir die Software wie oben beschrieben ohne Garantie und Gewährleistung.“

Die Klägerin hat den Gewährleistungsausschluss wegen eines Verstoßes gegen zwingende Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches für unwirksam gehalten. Sie hat behauptet, vom Beklagten aufgrund seines Angebots vom 23.11.2005 bei eBay unter ihrer nicht als Gewerbetreibende registrierten Benutzerkennzeichnung „G.“ einen Telefonapparat „Siemens optiset E Standard“ erworben zu haben. In dem Angebot habe der Beklagte ebenfalls einen Gewährleistungsausschluss vorgesehen.

Die Klägerin hat den Beklagten deshalb auf Unterlassung in Anspruch genommen. Der Beklagte ist der Klage entgegengetreten und hat geltend

gemacht, er verkaufe nur an Gewerbetreibende und weise auf diesen Umstand in seinen Angeboten hin. Das LG hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Berufungsgericht den Beklagten nach dem Unterlassungsantrag verurteilt (OLG Düsseldorf, Ur. v. 15.1.2008 – 20 U 108/07, juris). Die vom Berufungsgericht zugelassene Revision des Beklagten führte zur Zurückverweisung.

AUS DEN GRÜNDEN

II. ... Das Berufungsgericht hat die Feststellungen, nach denen der Klägerin der Unterlassungsanspruch gemäß § 8 Abs. 1 und 3 Nr. 1, §§ 3, 4 Nr. 11 UWG 2004 i.V. mit § 475 BGB zusteht, nicht verfahrensfehlerfrei getroffen.

1. Das Berufungsgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass die Unterlassungsklage nicht wegen missbräuchlicher Geltendmachung des Abwehranspruchs nach § 8 Abs. 4 UWG unzulässig ist. Im Streitfall sind keine ausreichenden Anhaltspunkte für eine missbräuchliche Rechtsverfolgung durch die Klägerin vorhanden ...

2. Die Annahme des Berufungsgerichts, der Klägerin stünde der Unterlassungsanspruch aufgrund des Angebots des Beklagten vom 23.11.2005 über den Telefonapparat der Marke Siemens aufgrund des vorgesehenen Gewährleistungsausschlusses zu, hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Der Beklagte hat zwar mit diesem Angebot eine geschäftliche Handlung i.S. des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG vorgenommen (dazu unter II 2 b), die der Bestimmung des § 475 Abs. 1 Satz 1 BGB zuwiderläuft (dazu unter II 2 c). § 475 Abs. 1 Satz 1 BGB ist eine gesetzliche Vorschrift i.S. von § 4 Nr. 11 UWG, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln (dazu unter II 2 d). Das Verhalten des Beklagten war auch zum Zeitpunkt der Verletzungshandlung im November 2005 unlauter (dazu unter II 2 e) und stellt keinen Bagatelverstoß dar (dazu unter II 2 f). Das Berufungsgericht hat jedoch verfahrensfehlerhaft die vom Beklagten erhobene Einrede der Verjährung nach § 11 UWG unberücksichtigt gelassen (dazu unter II 2 g).