

BESTEuerung VIRTUELLER MEPs UND VON TRANSAKTIONSbONI

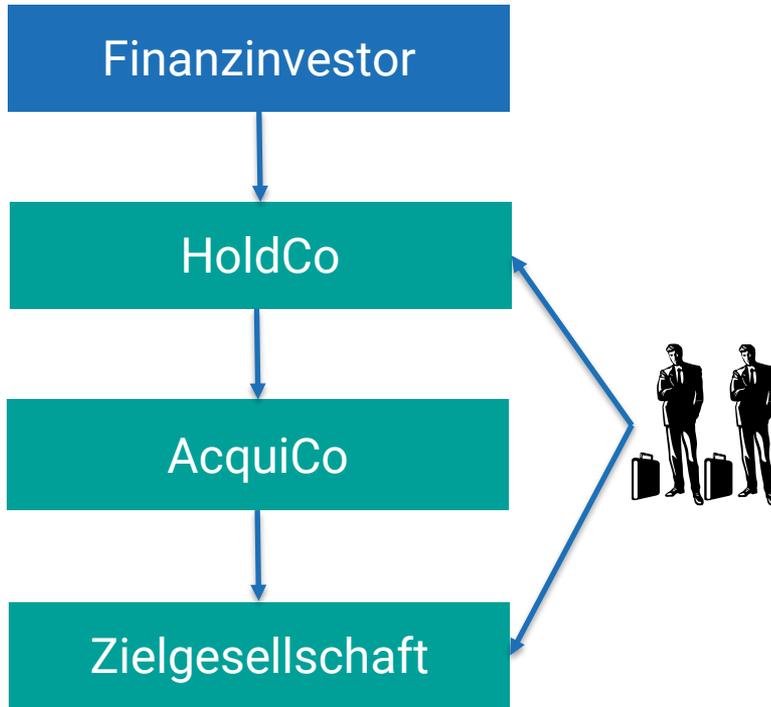
Dr. Asmus Mihm, Of Counsel
Allen & Overy LLP
München, 26. November 2018



FORUM

Transaktionen im Steuerrecht e.V.

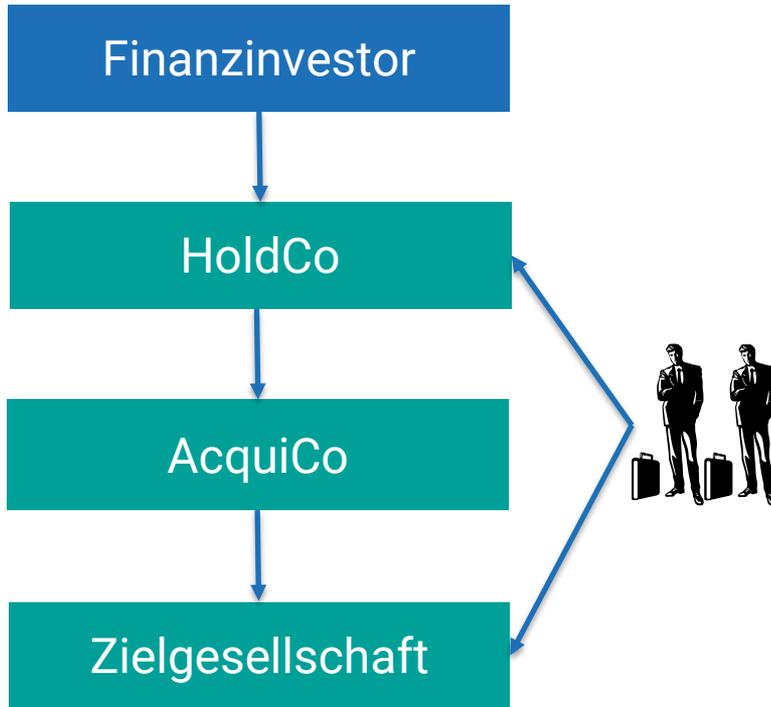
ÜBERBLICK



Virtuelle MEP/Phantom Stock

- Manager erhält keine Beteiligung am Unternehmen, sondern einen Zahlungsanspruch, der die **positive Entwicklung** einer solche Beteiligung abbilden soll.
- Ziel: Bindung und Inzentivierung des Managers
- Gewährung zu Beginn des Investments oder während der Laufzeit
- Häufig kein eigenes Investment des Managers
- Typischerweise Bedingungen wie Vesting und Leaver Scheme

ÜBERBLICK



Transaktionsbonus

- Manager erhält auch hier keine Beteiligung, sondern einen Zahlungsanspruch der regelmäßig vom Exit-Erfolg des Investors abhängt.
- Ziel: Manager soll Verkaufsprozess fördern.
- Regelmäßig kein eigenes Investment
- Keine Verbleibensbedingungen, sofern nicht zur Kaufpreissteigerung erforderlich

VIRTUELLE MEP MIT KAPITALEINSATZ

Sponsor fordert Kapitaleinsatz des Managers

- Ausgestaltung als hybrides Instrument, z.B. Genussrecht, partiarisches Darlehen oder Wandeldarlehen, oder als Kaufoption
- Keine Stimm- oder Verwaltungsrechte, anders als bei echtem Eigenkapital, keine MEP-KG notwendig
- Wie bei der echten MEP regelmäßig Vesting und Leaver Scheme
- Rechtlich handelt es sich um ein separates Vertragsverhältnis neben dem Arbeitsvertrag.
- Kumulierte Vergütung wird i.d.R. erst beim Exit gezahlt (roll-up).
- Verkauf des Kapitalinstruments beim Exit (Problem: angemessene Bewertungsparameter)
- In der Praxis nur selten anzutreffen.

VIRTUELLES MEP OHNE KAPITALEINSATZ

- Sponsor verspricht dem Manager eine Sondervergütung (Bonus/Virtual Stock Options) beim Exit oder nach mehrjähriger Tätigkeit bei Eintritt bestimmter Bedingungen.
 - Manager ist beim Exit/Fristablauf noch beim Unternehmen beschäftigt.
 - Unternehmenswert wurde wie in der Bonuszusage vereinbart gesteigert.
 - Alternativ: Erfüllung objektiver Performance-Kriterien (z.B. EBITDA, IRR)
- Rechtlich: Verknüpfung mit dem Arbeitsvertrag
- Wie bei der echten MEP wird regelmäßig ein Vesting und ein Leaver Scheme vorgesehen.
- Kein Kapitaleinsatz des Managers
- Keine Stimm- oder Verwaltungsrechte, anders als bei echtem Eigenkapitalinvestment
- Einfach und auch zur Motivation der zweiten und dritten Managementebene geeignet
- Ggf. Kombination mit echtem Eigenkapitalinvestment für Top-Management
- Gute Alternative für Manager, die erst einige Zeit nach dem Investment dazukommen, wenn die echte MEP schon erheblich im Wert gestiegen ist.

TRANSAKTIONSbonus

- Sponsor verspricht dem Manager eine Sondervergütung (Bonus) im Zusammenhang mit dem Exit.
- Motivation des Managers beim Exit optimal mitzuwirken, z.B.
 - Business Plan
 - Due Diligence
 - Management Interviews
 - Management Representations
- Rechtlich: Verknüpfung mit dem oder Ergänzung des Arbeitsvertrags
- Typischerweise kein Vesting oder Leaver Scheme; Manager muss allerdings bis zum Exit dabeibleiben, ggf. auch eine gewisse Zeit darüber hinaus.
- Kein Kapitaleinsatz des Managers
- Keine Stimm- oder Verwaltungsrechte

MANAGER-BESTEuerung

Virtuelle MEP mit Kapitaleinsatz

- Besteuerung von Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit (§ 19 EStG) kommt beim Erwerb nur in Betracht, wenn das hybride Instrument vergünstigt überlassen wird.
- Während der Laufzeit erhält der Manager u.U. laufende Erträge (Zinsen auf partiarisches Darlehen, Genussrechtsausschüttungen).
- Beim Exit erzielt der Manager einen Gewinn oder Verlust aus dem Verkauf des hybriden Instruments an den Erwerber oder die Gesellschaft.
 - Es handelt sich grundsätzlich um Einkünfte aus Kapitalvermögen (§ 20 EStG), die der Abgeltungsteuer (§ 32d EStG) unterliegen: Steuersatz 26,375% ggf. zzgl. Kirchensteuer.
 - Etwas anderes gilt nur dann, wenn der laufende Ertrag bzw. der Veräußerungspreis sich nicht am Wert des Hybridinstruments orientiert, sondern an der Arbeitsleistung des Managers; dann Einkünfte nach § 19 EStG und Besteuerung zum normalen Einkommensteuertarif (§ 32a EStG und ggf. § 34 EStG)

Virtuelle MEP mit Kapitaleinsatz

- Im Übrigen s.o.
- Steuerbegünstigter Kapitalertrag aber nur, wenn/soweit das Instrument drittüblich ausgestaltet ist.
 - Fraglich, ob nicht drittübliche Ausgestaltung insgesamt zu Arbeitslohn führt (so offenbar Thiele BB 2017, 984) oder dies nur den nicht drittüblichen Teil der Vergütung betrifft (Tauser, BB 2017, 808).
 - Besonderheit bei Wandelanleihe: Ggf. Endbesteuerung wie bei Optionen (vgl. BFH, Urt. v. 23.6.2005, VI R 10/03, BStBl. II 2005, 770)

MANAGER-BESTEuerung

Virtuelles MEP ohne Kapitaleinsatz und Transaktionsbonus

- Bei virtueller MEP ohne Kapitaleinsatz und beim Transaktionsbonus (nachfolgend zusammen „**Bonus**“) fehlt es an einer Kapitalüberlassung.
- Einräumung begründet regelmäßig noch keinen Zufluss, weil der zugesagte Vorteil noch unter verschiedenen Bedingungen steht (z.B. Vesting, Leaver Scheme, Exit), vgl. die Rechtsprechung zu Mitarbeiteroptionen, z.B. BFH, Urt. v. 20.11.2008, VI R 25/05, BStBl II 2009, 382, 384 (unter II.3.b).
 - Zufluss erfolgt erst bei Auszahlung nach dem Exit oder Ablösung/Rückkauf unmittelbar vor dem Exit (§ 11 Abs. 1 EStG).
 - Anders nur, wenn bereits eine konkrete Vermögensposition (ähnlich einer Beteiligung) übertragen wird.
- Keine Einkünfte aus Kapitalvermögen (§ 20 EStG), sondern Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit (§ 19 EStG), die der Besteuerung zum allgemeinen Tarif (§ 32a EStG) unterliegen.
 - Ggf. Steuerermäßigung nach § 34 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 4 EStG (Fünftelungs-Regelung), wenn eine Zusammenballung von Einkünften vorliegt.

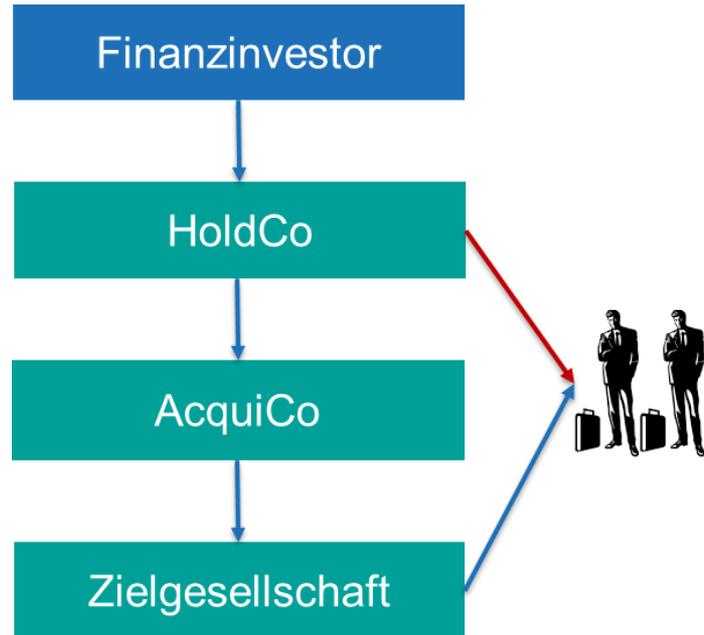
BETRIEBSAUSGABENABZUG

Virtuelle MEP mit Kapitaleinsatz

- Abzug etwaiger laufender Zinszahlungen oder Ausschüttungen (i.R.d. Zinsschranke), soweit angemessen/drittüblich.
 - Genussrechtstest: Kein Abzug bei Beteiligung am Gewinn und Liquidationserlös (§ 8 Abs.3 S.2 2.Hs. KStG)
- Kein Aufwand bei der Zielgesellschaft, wenn Hybridinstrument beim Exit an den Anteilserwerber veräußert wird.
- Rückkauf und Einziehung des Hybridinstruments durch die Zielgesellschaft führen bei der Gesellschaft grundsätzlich zu Aufwand, soweit der Rückkaufswert die bilanzierte Verbindlichkeit übersteigt.
 - Betriebsausgabenabzug setzt voraus, dass Rückkauf im Interesse der Gesellschaft selbst liegt (Verminderung teurer Verbindlichkeiten) und nicht nur im Interesse der Gesellschafter (erleichterter Exit)

BETRIEBSAUSGABENABZUG

Virtuelle MEP ohne Kapitaleinsatz und Transaktionsbonus



- Manager erhält erst beim Exit eine Zahlung vom Verkäufer oder von der Zielgesellschaft.
- Ein effektiver Betriebsausgabenabzug ist häufig nur bei der Zielgesellschaft möglich.
 - Beim Verkäufer stellt die Zahlung Veräußerungskosten dar und geht in den zu 95% steuerfreien Veräußerungsgewinn ein bzw. erhöht einen nicht abziehbaren Veräußerungsverlust (§ 8b Abs. 2, 3 KStG).
 - Bei ausländischem Verkäufer ist der Gewinn oft nach DBA in Deutschland steuerbefreit und ein effektiver Abzug von Veräußerungskosten auch im Ausland nicht möglich.

BETRIEBSAUSGABENABZUG

Vorraussetzungen für Betriebsausgabenabzug des Bonus bei der Zielgesellschaft

- Formal:
 - Zielgesellschaft hat den Bonus dem Manager selbst zugesagt oder
 - bei Bonuszusage durch Verkäufer: Vereinbarung einer Weiterbelastung an die Zielgesellschaft grundsätzlich **vor Bonuszusage**
- Materiell:
 - Bonus muss durch den Betrieb der Zielgesellschaft verursacht sein und
 - keine Veranlassung durch das Gesellschaftsverhältnis zum Verkäufer (sonst verdeckte Gewinnausschüttung, § 8 Abs. 3 S. 2 KStG)

BETRIEBSAUSGABENABZUG

Betriebliche Veranlassung

- Der Bonus wird für die vergangene oder künftige Arbeitsleistung des Managers bezahlt.
- Bonushöhe knüpft an unternehmensspezifische Kennzahlen, z.B. Steigerung des Gewinns oder EBITDAs an.
- Anknüpfen an Exit-Kaufpreis sollte per se unschädlich sein, weil dieser letztlich die Wertsteigerung des Geschäftsbetriebs des Zielunternehmens widerspiegelt.
- Kritisch: Versprechen eines sehr hohen Transaktionsbonus kurz vor dem Exit ohne Verbleibensverpflichtung nach Exit
 - Hier kann es an einem Vorteil für das Zielunternehmen fehlen, weil dem Manager ein Performance-Anreiz (hoher Exit-Kaufpreis) gesetzt wird, der dem Unternehmen nicht hilft, und das Unternehmen sich auch nicht seine zukünftigen Dienste sichert.
 - Risiko, dass Gesellschafterinteresse an hohem Kaufpreis als überwiegend angesehen wird und daher eine verdeckte Gewinnausschüttung vorliegt.

RÜCKSTELLUNGSBILDUNG

Rückstellungsbildung

- IFRS
 - Cash-settled: Personalaufwand aus Bonus-Programm ist jährlich neu zu schätzen und die Rückstellung anzupassen.
 - Equity-settled: Aufwand ist im Zusagezeitpunkt als Einlage im Eigenkapital zu erfassen, keine fortlaufend Neubewertung des Aufwands.
- HGB: Traditionell wurde der Bonus-Aufwand geschätzt und zeitanteilig abgegrenzt.
- Steuerrecht: Für einen vom Exit (oder anderen Bedingungen) abhängigen Bonus kann erst dann eine Verbindlichkeitenrückstellung gebildet werden, wenn der Bedingungseintritt feststeht (BFH, Urf. v. 15.3.2017 – I R 11/15, BStBl. II 2017, 1043 für Aktienoptionsprogramm).
 - Vorher ist die Verbindlichkeit rechtlich noch nicht entstanden und auch noch nicht wirtschaftlich verursacht.
 - Ob der Bedingungseintritt am Bilanzstichtag als wahrscheinlich erscheint, ist irrelevant.

TRANSAKTIONSASPEKTE

Umfang der Steuerfreistellung

- Das virtuelle MEP oder den Transaktionsbonus hat oft der Verkäufer oder während seiner Besitzzeit die Zielgesellschaft zugesagt.
- Die steuerlichen Folgen treten oft erst nach dem Anteilseignerwechsel ein.
 - Allgemeine Steuerfreistellung greift oft nur bis zum Transaktionsstichtag (z.B. Locked-box Date)
 - Ausweitung auf MEP/Bonussachverhalte bis zum Closing und ggf. auch darüber hinaus (Management erhält die Boni oft erst nach Closing).

TRANSAKTIONSASPEKTE

Lohnsteuereinbehalt

- Vertragliche Regelung mit Manager, dass Lohnsteuerabzug, immer erfolgen kann, wenn Zielgesellschaft dies für notwendig hält
- Bei Arbeitslohn von Dritter Seite: Zahlung des Lohnsteueranteils vom Dritten an die Zielgesellschaft
- Sonderthema: Vertraulichkeit im Zielunternehmen (ggf. Verfahren nach § 38 Abs. 4 EStG).

TRANSAKTIONSASPEKTE

Verdeckte Gewinnausschüttungen

- Soweit die Bonuszahlung voraussichtlich zu einer verdeckten Gewinnausschüttung führt, kann sich eine Übernahme der Verbindlichkeit der Zielgesellschaft durch den Verkäufer (Einlage/Debt Push-up) anbieten.
- Reduzierung von gesellschaftsrechtlichen Risiken und Kapitalertragsteuerproblemen bei der Auszahlung

VIELEN DANK

