

## Newsletter Nr. 2010 / 01

### Aktualisierung des BMF-Schreibens zur lohnsteuerlichen Behandlung der Überlassung von Vermögensbeteiligungen ab 2009 (GZ: IV C 5 - S 2347/09/10002)

Das BMF hat sein Schreiben, in dem Auslegung der über die Verabschiedung des Mitarbeiterkapitalbeteiligungsgesetz vollzogenen Änderungen erläutert werden, nun in eine endgültige Fassung gebracht. Wir haben für Sie nachfolgend die überarbeiteten Textstellen aufgelistet.

Status	Textstelle (neu => Endfassung; gestrichen => Entwurf)	Testpassage
neu	Ziffer 1.1.2 / letzter Absatz	„sowie der Erwerb durch eine Gesamthandsgemeinschaft“
neu	Ziffer 1.1.2 / letzter Absatz	„Dies gilt nicht, ... (vgl. Tz. 4).“
gestrichen	Ziffer 1.2.1	vollständig
neu	Ziffer 1.2 / erster Absatz	(§ 1 LStDV)
neu	Ziffer 1.2 / erster Absatz	(§ 2 LStDV)
neu	Ziffer 1.2 / erster Absatz	„Bei einem Entleiher sind Leiharbeitnehmer nicht einzubeziehen.“
neu	Ziffer 1.2 / zweiter Absatz	„Entsprechendes gilt ... gekündigten Dienstverhältnis“
neu	Ziffer 1.2 / dritter Absatz	„War ein Arbeitnehmer .... Arbeitnehmer unberührt.“ + Beispiel
gestrichen	Ziffer 1.3 / letzter Absatz	vollständig
Korrektur	Ziffer 3. / erster Absatz	„1. April 2009“

Bitte überprüfen Sie, ob die vollzogenen Änderungen Auswirkungen auf Ihre Beteiligungsbestimmungen haben.

Bamberg, 04. Februar 2010

**mit-unternehmer.com Beratungs-GmbH**

Austraße 4 • 96047 Bamberg • Tel. 0951 / 3018336-0 • Fax 0951 / 2098093

www.mit-unternehmer.com • kontakt@mit-unternehmer.com

V.i.S.d.P.: Geschäftsführer Stefan Fritz

**mit-unternehmer.com Beratungs-GmbH**

Austraße 4 • 96047 Bamberg • Tel. 0951 / 3018336-0 • Fax 0951 / 2098093

[www.mit-unternehmer.com](http://www.mit-unternehmer.com) • [kontakt@mit-unternehmer.com](mailto:kontakt@mit-unternehmer.com)

V.i.S.d.P.: Geschäftsführer Stefan Fritz



POSTANSCHRIFT Bundesministerium der Finanzen, 11016 Berlin

**Vorab per E-Mail**

Oberste Finanzbehörden  
der Länder

Bundesministerium  
für Arbeit und Soziales

**nachrichtlich:**

Bundesministerium für  
Wirtschaft und Technologie

Bundeszentralamt  
für Steuern

HAUSANSCHRIFT Wilhelmstraße 97, 10117 Berlin

TEL +49 (0) 30 18 682-0

E-MAIL [poststelle@bmf.bund.de](mailto:poststelle@bmf.bund.de)

DATUM 8. Dezember 2009

BETREFF **Lohnsteuerliche Behandlung der Überlassung von Vermögensbeteiligungen ab 2009  
(§ 3 Nummer 39, § 19a EStG)**

GZ **IV C 5 - S 2347/09/10002**

DOK **2009/0810442**

(bei Antwort bitte GZ und DOK angeben)

Durch das Gesetz zur steuerlichen Förderung der Mitarbeiterkapitalbeteiligungen (Mitarbeiterkapitalbeteiligungsgesetz) vom 7. März 2009 (BGBl. I Seite 451, BStBl I Seite 436) hat die lohnsteuerliche Behandlung der Überlassung von Vermögensbeteiligungen an Arbeitnehmer wesentliche Änderungen erfahren. Unter Bezugnahme auf das Ergebnis einer Erörterung mit den obersten Finanzbehörden der Länder und dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales wird zur lohnsteuerlichen Behandlung der Überlassung von Vermögensbeteiligungen ab 2009 wie folgt Stellung genommen:

**1. Steuerfreistellung über § 3 Nummer 39 EStG**

**1.1 Allgemeines (§ 3 Nummer 39 Satz 1 EStG)**

**1.1.1 Begünstigter Personenkreis**

§ 3 Nummer 39 des Einkommensteuergesetzes (EStG) gilt für unbeschränkt und beschränkt einkommensteuerpflichtige Arbeitnehmer (siehe § 1 der Lohnsteuer-Durchführungsverordnung - LStDV -), die in einem gegenwärtigen Dienstverhältnis zum Unternehmen (siehe § 1 Absatz 2 LStDV) stehen. Ein erstes Dienstverhältnis ist nicht Voraussetzung für die Steuerfreistellung.

In einem gegenwärtigen Dienstverhältnis stehen auch Arbeitnehmer, deren Dienstverhältnis ruht (z. B. während der Mutterschutzfristen, der Elternzeit, Zeiten der Ableistung von Wehr- und Zivildienst) oder die sich in der Freistellungsphase einer Altersteilzeitvereinbarung befinden.

Die Überlassung von Vermögensbeteiligungen an frühere Arbeitnehmer des Arbeitgebers ist nur steuerbegünstigt, soweit die unentgeltliche oder verbilligte Vermögensbeteiligung im Rahmen einer Abwicklung des früheren Dienstverhältnisses noch als Arbeitslohn für die tatsächliche Arbeitsleistung überlassen wird. Personen, die ausschließlich Versorgungsbezüge beziehen, stehen nicht mehr in einem gegenwärtigen Dienstverhältnis.

### **1.1.2 Begünstigte Vermögensbeteiligungen**

Die Vermögensbeteiligungen, deren Überlassung nach § 3 Nummer 39 EStG steuerbegünstigt ist, sind in § 3 Nummer 39 Satz 1 EStG i. V. m. § 2 Absatz 1 Nummer 1 Buchstabe a, b und d bis l und Absatz 2 bis 5 des Fünften Vermögensbildungsgesetzes (5. VermBG) abschließend aufgezählt. Auf das BMF-Schreiben vom 9. August 2004 (BStBl I Seite 717), das mit Wirkung ab 2009 durch das BMF-Schreiben vom 16. März 2009 (BStBl I Seite 501) geändert wurde, wird hingewiesen. Aktienoptionen sind keine Vermögensbeteiligungen im Sinne des Fünften Vermögensbildungsgesetzes.

Es muss sich um Beteiligungen „... am Unternehmen des Arbeitgebers ...“ handeln. Unternehmen, die demselben Konzern im Sinne von § 18 des Aktiengesetzes (AktG) angehören, gelten als Arbeitgeber in diesem Sinne (§ 3 Nummer 39 Satz 3 EStG). Der Begriff „Unternehmen des Arbeitgebers“ im Sinne des § 3 Nummer 39 Satz 1 EStG umfasst das gesamte Betätigungsfeld des Arbeitgebers im lohnsteuerlichen Sinn; zum Arbeitgeberbegriff in diesem Sinne siehe § 1 Absatz 2 Satz 2 LStDV, R 19.1 der Lohnsteuer-Richtlinien 2008 - LStR 2008 - sowie die entsprechenden Hinweise.

Inländische und ausländische Investmentanteile können nicht steuerbegünstigt überlassen werden, soweit es sich nicht um Anteile an einem Mitarbeiterbeteiligungs-Sondervermögen im Sinne des § 90I InvG handelt (Ausschluss des Buchstaben c des § 2 Absatz 1 Nummer 1 des 5. VermBG). Dies gilt auch dann, wenn das Sondervermögen oder der ausländische Investmentfonds Vermögenswerte des Arbeitgebers beinhaltet (insbesondere Aktien).

Die Beteiligung an einem Mitarbeiterbeteiligungs-Sondervermögen ist bei Erwerb von entsprechenden Anteilen durch den Arbeitgeber für den Arbeitnehmer begünstigt, denn aufgrund der besonderen Ausgestaltung des Mitarbeiterbeteiligungs-Sondervermögens handelt es sich ebenfalls dem Grunde nach um eine Beteiligung „... am Unternehmen des Arbeitgebers ...“; eine Investition des Sondervermögens in das Unternehmen des Arbeitgebers ist hier nicht erforderlich.

Auch der Erwerb von Vermögensbeteiligungen durch eine Bruchteilsgemeinschaft sowie der Erwerb durch eine Gesamthandsgemeinschaft, der jeweils ausschließlich Arbeitnehmer angehören, stellt einen Erwerb im Sinne des § 2 Absatz 1 Nummer 1 des 5. VermBG dar. Dies gilt nicht, wenn die gemeinschaftlich erworbenen Vermögensbeteiligungen den Arbeitnehmern bei wirtschaftlicher Betrachtung nicht zuzurechnen sind (vgl. Tz. 4).

### **1.1.3 Überlassung der Vermögensbeteiligung durch einen Dritten**

Voraussetzung für die Steuerbegünstigung ist nicht, dass der Arbeitgeber Rechtsinhaber der zu überlassenden Vermögensbeteiligung am Unternehmen des Arbeitgebers ist. Die Steuerbegünstigung gilt deshalb auch für den geldwerten Vorteil, der bei Überlassung der Vermögensbeteiligung durch einen Dritten entsteht, sofern die Überlassung durch das gegenwärtige Dienstverhältnis veranlasst ist. Eine steuerbegünstigte Überlassung von Vermögensbeteiligungen durch Dritte liegt z. B. vor, wenn der Arbeitnehmer die Vermögensbeteiligung unmittelbar erhält

1. von einem Beauftragten des Arbeitgebers, z. B. einem Kreditinstitut oder anderen Unternehmen, oder
2. von einem Unternehmen, das mit dem Unternehmen des Arbeitgebers in einem Konzern (§ 18 AktG) verbunden ist (z. B. Ausgabe von Aktien oder anderen Vermögensbeteiligungen durch eine Konzernobergesellschaft an Arbeitnehmer der Konzernuntergesellschaft oder zwischen anderen Konzerngesellschaften).

Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Arbeitgeber in die Überlassung eingeschaltet ist oder ob der Arbeitgeber dem Dritten den Preis der Vermögensbeteiligung oder die durch die Überlassung entstehenden Kosten ganz oder teilweise ersetzt.

### **1.1.4 Mehrfache Inanspruchnahme**

§ 3 Nummer 39 EStG ist auf das Dienstverhältnis bezogen. Steht der Arbeitnehmer im Kalenderjahr nacheinander oder nebeneinander in mehreren Dienstverhältnissen, kann die Steuerbefreiung in jedem Dienstverhältnis in Anspruch genommen werden.

### **1.1.5 Geldleistungen**

Die Steuerbegünstigung gilt nur für den geldwerten Vorteil, den der Arbeitnehmer durch die unentgeltliche oder verbilligte Überlassung der Vermögensbeteiligung erhält. Deshalb sind Geldleistungen des Arbeitgebers an den Arbeitnehmer zur Begründung oder zum Erwerb der Vermögensbeteiligung oder für den Arbeitnehmer vereinbarte vermögenswirksame Leistungen im Sinne des Fünften Vermögensbildungsgesetzes, die zur Begründung oder zum Erwerb der Vermögensbeteiligung angelegt werden, nicht steuerbegünstigt.

### **1.1.6 Nebenkosten**

Die Übernahme der mit der Überlassung von Vermögensbeteiligungen verbundenen Nebenkosten durch den Arbeitgeber, z. B. Notariatsgebühren, Eintrittsgelder im Zusammenhang mit Geschäftsguthaben bei einer Genossenschaft und Kosten für Registereintragungen, ist kein Arbeitslohn. Ebenfalls kein Arbeitslohn sind vom Arbeitgeber übernommene Depotgebühren, die durch die Festlegung der Wertpapiere für die Dauer einer vertraglich vereinbarten Sperrfrist entstehen; dies gilt entsprechend bei der kostenlosen Depotführung durch den Arbeitgeber.

## **1.2 Einzubeziehende Arbeitnehmer (§ 3 Nummer 39 Satz 2 Buchstabe b EStG)**

Nach § 3 Nummer 39 Satz 2 Buchstabe b EStG ist unabhängig von der arbeitsrechtlichen Verpflichtung zur Gleichbehandlung Voraussetzung für die Steuerfreiheit, dass die Beteiligung mindestens allen Arbeitnehmern (§ 1 LStDV) offen steht, die im Zeitpunkt der Bekanntgabe des Angebots ein Jahr oder länger ununterbrochen in einem gegenwärtigen Dienstverhältnis zum Unternehmen des Arbeitgebers stehen (§ 2 LStDV). Einzubeziehen sind danach z. B. auch geringfügig Beschäftigte, Teilzeitkräfte, Auszubildende und weiterbeschäftigte Rentner. Bei einem Entleiher sind Leiharbeiter nicht einzubeziehen. Arbeitnehmer, die kürzer als ein Jahr in einem Dienstverhältnis zum Unternehmen stehen, können einbezogen werden. Bei einem Konzernunternehmen müssen die Beschäftigten der übrigen Konzernunternehmen nicht einbezogen werden.

Es wird nicht beanstandet, wenn aus Vereinfachungsgründen ins Ausland entsandte Arbeitnehmer (sog. Expatriates) nicht einbezogen werden. Entsprechendes gilt für Organe von

Körperschaften, für Mandatsträger, für Arbeitnehmer mit einem gekündigten Dienstverhältnis und für Arbeitnehmer, die zwischen dem Zeitpunkt des Angebots und dem Zeitpunkt der Überlassung der Vermögensbeteiligung aus sonstigen Gründen aus dem Unternehmen ausscheiden (z. B. Auslaufen des Arbeitsvertrages).

War ein Arbeitgeber begründet davon ausgegangen, dass ein bestimmter Arbeitnehmer oder eine bestimmte Gruppe von Arbeitnehmern nicht einzubeziehen ist und stellt sich im Nachhinein etwas anderes heraus, bleibt die Steuerfreiheit der übrigen Arbeitnehmer unberührt.

#### Beispiel:

Der Arbeitgeber ging davon aus, allen Arbeitnehmern ein Angebot zum verbilligten Erwerb einer Vermögensbeteiligung unterbreitet zu haben. Bei einer nicht einbezogenen Gruppe von Personen stellte sich jedoch im Rahmen einer Lohnsteuer-Außenprüfung heraus, dass es sich nicht um selbständige Mitarbeiter, sondern um Arbeitnehmer handelt. Die Steuerfreiheit der übrigen Arbeitnehmer bleibt davon unberührt.

Hinsichtlich der Konditionen, zu denen die Vermögensbeteiligungen überlassen werden, kann bei den einzelnen Arbeitnehmern differenziert werden (z.B. bezüglich der Höhe einer Zuzahlung oder der Beteiligungswerte). Dies bedarf aus arbeitsrechtlicher Sicht eines sachlichen Grundes.

### **1.3 Bewertung (§ 3 Nummer 39 Satz 4 EStG)**

Nach § 3 Nummer 39 Satz 4 EStG ist als Wert der Vermögensbeteiligung der gemeine Wert zum Zeitpunkt der Überlassung anzusetzen. Für die Höhe des Wertes wird dabei an die Grundsätze des Bewertungsgesetzes (BewG) angeknüpft und nicht an die üblichen Endpreise am Abgabeort, wie sie nach § 8 Absatz 2 Satz 1 EStG sonst für die nicht in Geld bestehenden Einnahmen im Regelfall anzusetzen sind. § 8 Absatz 2 Satz 9 EStG und R 8.1 Absatz 2 Satz 9 LStR 2008 sind daher nicht anzuwenden.

Für die Bewertung der in § 3 Nummer 39 EStG genannten Vermögensbeteiligungen gilt immer § 3 Nummer 39 Satz 4 EStG als spezielle Bewertungsvorschrift, und zwar auch dann, wenn die Steuerbegünstigung nach § 3 Nummer 39 EStG nicht greift.

Veräußerungssperren mindern den Wert der Vermögensbeteiligung nicht (vgl. BFH-Urteile vom 7. April 1989 - VI R 47/88 -, BStBl II Seite 608 und vom 30. September 2008 - VI R 67/05 -, BStBl 2009 II Seite 282).

Aus Vereinfachungsgründen kann die Ermittlung des Wertes der Vermögensbeteiligung beim einzelnen Arbeitnehmer am Tag der Ausbuchung beim Überlassenden oder dessen Erfüllungsgehilfen erfolgen; es kann auch auf den Vortag der Ausbuchung abgestellt werden. Bei allen begünstigten Arbeitnehmern kann aber auch der durchschnittliche Wert der Vermögensbeteiligungen angesetzt werden, wenn das Zeitfenster der Überlassung nicht mehr als einen Monat beträgt. Dies gilt jeweils im Lohnsteuerabzugs- und Veranlagungsverfahren.

#### **1.4 Ermittlung des steuerfreien geldwerten Vorteils**

Der geldwerte Vorteil ergibt sich aus dem Unterschied zwischen dem Wert der Vermögensbeteiligung bei Überlassung und dem Preis, zu dem die Vermögensbeteiligung dem Arbeitnehmer überlassen wird. Der Zeitpunkt der Beschlussfassung über die Überlassung, der Zeitpunkt des Angebots an die Arbeitnehmer und der Zeitpunkt des Abschlusses des obligatorischen Rechtsgeschäfts sind in jedem Fall unmaßgeblich. Bei einer Verbilligung ist es unerheblich, ob der Arbeitgeber einen prozentualen Abschlag auf den Wert der Vermögensbeteiligung oder einen Preisvorteil in Form eines Festbetrags gewährt.

#### **1.5 Pauschalbesteuerung nach § 37b EStG**

Nach § 37b Absatz 2 Satz 2 EStG sind sämtliche Vermögensbeteiligungen von der Anwendung des § 37b EStG ausgeschlossen. Steuerpflichtige geldwerte Vorteile aus der Überlassung von Vermögensbeteiligungen (z. B. den steuerfreien Höchstbetrag nach § 3 Nummer 39 Satz 1 EStG übersteigende geldwerte Vorteile und Fälle, in denen die Steuerfreistellung des § 3 Nummer 39 EStG bereits dem Grunde nach nicht greift) sind danach grds. individuell zu besteuern.

#### **1.6 Zuflusszeitpunkt**

Der Zuflusszeitpunkt bestimmt sich nach den allgemeinen lohnsteuerlichen Regelungen. Zeitpunkt des Zuflusses ist der Tag der Erfüllung des Anspruchs des Arbeitnehmers auf Verschaffung der wirtschaftlichen Verfügungsmacht über die Vermögensbeteiligung (BFH-Urteil vom 23. Juni 2005 - VI R 10/03 -, BStBl II Seite 770). Bei Aktien ist dies der Zeitpunkt der Einbuchung der Aktien in das Depot des Arbeitnehmers (BFH-Urteil vom 20. November 2008 - VI R 25/05 -, BStBl II 2009 Seite 382). Zu Vereinfachungsregelungen siehe aber unter Tz. 1.3.

Muss der Arbeitnehmer aufgrund der getroffenen Vereinbarung einen höheren Kaufpreis als z. B. den Kurswert der Vermögensbeteiligung zahlen, führt dies nicht zu negativem Arbeitslohn. Entsprechendes gilt für Kursrückgänge nach dem Zuflusszeitpunkt.



## **2. Erstmalige Anwendung des § 3 Nummer 39 EStG**

§ 3 Nummer 39 EStG gilt infolge der Anwendungsregelung in § 52 Absatz 1 EStG erstmals für die Lohnzahlungszeiträume des Jahres 2009 (bei laufendem Arbeitslohn) und für die Zuflusszeitpunkte im Jahr 2009 (bei sonstigen Bezügen).

Hat der Arbeitgeber in der Zeit zwischen dem 1. Januar 2009 und dem 31. März 2009 Vermögensbeteiligungen im Sinne des § 3 Nummer 39 EStG überlassen und sind diese nach dem 1. April 2009 (Inkrafttreten des Mitarbeiterkapitalbeteiligungsgesetzes) steuerlich anders zu behandeln (keine Begrenzung auf den halben Wert der Beteiligung, neuer Höchstbetrag von 360 €, greift § 41c Absatz 1 Nummer 2 EStG. Der Arbeitgeber kann den Lohnsteuerabzug ändern; er ist dazu verpflichtet, wenn ihm dies wirtschaftlich zumutbar ist (§ 41c Absatz 1 Satz 2 EStG in der Fassung des Gesetzes zur Sicherung von Beschäftigung und Stabilität in Deutschland vom 2. März 2009, BGBl. I Seite 416, BStBl I Seite 434). Ändert der Arbeitgeber den Lohnsteuerabzug nicht, kann der Arbeitnehmer beim Finanzamt den höheren Steuerfreibetrag in der Regel bei der Veranlagung zur Einkommensteuer geltend machen.

## **3. Weiteranwendung des § 19a EStG a. F. über § 52 Absatz 35 EStG**

Die Übergangsregelung nach § 52 Absatz 35 Nummer 2 EStG greift auch dann, wenn eine Vereinbarung vor dem 1. April 2009 getroffen wurde, aber die Höhe des geldwerten Vorteils noch ungewiss ist. Dies ist z. B. der Fall, wenn die Höhe der Vermögensbeteiligung und damit die Höhe des geldwerten Vorteils vom Betriebsergebnis abhängig ist.

Die Übergangsregelung des § 52 Absatz 35 Nummer 2 EStG ist betriebsbezogen, nicht personenbezogen. Sie kann auch greifen, wenn das Dienstverhältnis nach dem 31. März 2009 begründet wird.

## **4. Mitarbeiterbeteiligungsprogramm nach französischem Recht (FCPE)**

Nach ständiger Rechtsprechung des BFH (siehe u. a. BFH vom 23. Juni 2005 - VI R 124/99 -, BStBl II Seite 766, zu den Wandelschuldverschreibungen) führt das Innehaben von Ansprüchen oder Rechten ggü. dem Arbeitgeber regelmäßig noch nicht zum Lohnzufluss. Der Zufluss ist grundsätzlich erst mit der Erfüllung des Anspruchs (der Gewinnchance) gegeben. Ein Vorteil ist dem Arbeitnehmer erst dann zugeflossen, wenn die geschuldete Leistung tatsächlich erbracht worden ist, er also wirtschaftlich verfügt oder zumindest verfügen kann.

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze erfolgt bei Mitarbeiterbeteiligungsprogrammen mittels Einschaltung eines Fonds Commun de Placement d'Entreprise (FCPE) nach französischem Recht und in gleich gelagerten Fällen eine Besteuerung des geldwerten Vorteils

erst im Zeitpunkt der Auflösung des Programms und Überweisung eines Geldbetrags an den Arbeitnehmer bzw. der Zuwendung anderer Vorteile (z. B. Tausch in Aktien). Dies gilt unabhängig von der Ausgestaltung im Einzelfall. Bis zur Auflösung des Programms fließen dem Arbeitnehmer auch keine Kapitaleinkünfte (Dividenden, Zinsen etc.) zu.

## **5. Anwendung**

Dieses Schreiben ist ab 1. Januar 2009 anzuwenden. Es wird im Bundessteuerblatt Teil I veröffentlicht.

Im Auftrag

DEUTSCHER INDUSTRIE- UND  
HANDELSKAMMERTAG E. V.  
Breite Str. 29  
10178 Berlin

ZENTRALVERBAND DES  
DEUTSCHEN HANDWERKS E. V.  
Mohrenstr. 20/21  
10117 Berlin

BUNDESVERBAND DEUTSCHER  
BANKEN E. V.  
Burgstr. 28  
10178 Berlin

HAUPTVERBAND DES  
DEUTSCHEN EINZELHANDELS E. V.  
Am Weidendamm 1A  
10117 Berlin

BUNDESVERBAND DER DEUTSCHEN  
INDUSTRIE E. V.  
Breite Str. 29  
10178 Berlin

BUNDESVEREINIGUNG DER DEUTSCHEN  
ARBEITGEBERVERBÄNDE E. V.  
Breite Str. 29  
10178 Berlin

GESAMTVERBAND DER DEUTSCHEN  
VERSICHERUNGSWIRTSCHAFT E. V.  
Wilhelmstr. 43/43 G  
10117 Berlin

BUNDESVERBAND GROSSHANDEL,  
AUSSENHANDEL, DIENSTLEISTUNGEN E. V.  
Am Weidendamm 1A  
10117 Berlin

Herrn  
Ministerialrat Richard Reinhart  
Bundesministerium der Finanzen  
- Referat IV C 5 -  
Wilhelmstr. 97  
10117 Berlin

E-Mail: [richard.reinhart@bmf.bund.de](mailto:richard.reinhart@bmf.bund.de)  
[IVC5@bmf.bund.de](mailto:IVC5@bmf.bund.de)

19. Oktober 2009

## **Entwurf eines BMF-Schreibens zur lohnsteuerlichen Behandlung der Überlassung von Vermögensbeteiligungen ab 2009**

Sehr geehrter Herr Reinhart,

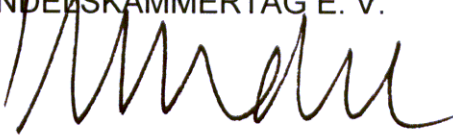
wir danken Ihnen, dass Sie uns Gelegenheit geben, zu dem Entwurf eines BMF-Schreibens zur lohnsteuerlichen Behandlung der Überlassung von Vermögensbeteiligungen ab 2009 (§ 3 Nr. 39, § 19a EStG) Stellung zu nehmen.

Zu dem Entwurf haben wir die folgenden sich aus der Anlage ergebenden Anmerkungen sowie Änderungs- und Ergänzungswünsche.

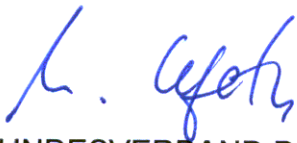
Wir wären Ihnen dankbar für die Berücksichtigung bei der endgültigen Abfassung Ihres Schreibens.

Mit freundlichen Grüßen

DEUTSCHER INDUSTRIE- UND  
HANDELSKAMMERTAG E. V.



ZENTRALVERBAND DES DEUTSCHEN  
DEUTSCHEN HANDWERKS E. V.



BUNDESVERBAND DEUTSCHER  
BANKEN E. V.



HAUPTVERBAND DES DEUTSCHEN  
EINZELHANDELS E. V.



BUNDESVERBAND  
DER DEUTSCHEN INDUSTRIE E. V.



BUNDESVEREINIGUNG DER  
ARBEITGEBERVERBÄNDE E. V.



GESAMTVERBAND DER DEUTSCHEN  
VERSICHERUNGSWIRTSCHAFT E. V.



BUNDESVERBAND GROSSHANDEL,  
AUSSENHANDEL, DIENSTLEISTUNGEN E. V.



STELLUNGNAHME VOM 15. OKTOBER 2009 ZU DEM ENTWURF EINES BMF-SCHREIBENS ZUR LOHNSTEUERLICHEN BEHANDLUNG DER ÜBERLASSUNG VON VERMÖGENSBETEILIGUNGEN AB 2009

### Zu Abschnitt 1.1.1 Begünstigter Personenkreis

Mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz des § 3 Nr. 39 S. 2 Buchst. b EStG, nach dem die Vermögensbeteiligung allen Arbeitnehmern offenstehen muss, die im Zeitpunkt der Bekanntgabe des Angebots ein Jahr oder länger in einem gegenwärtigen Dienstverhältnis zum Unternehmen stehen, hat der Gesetzgeber ein erhebliches Potenzial für Rechtsunsicherheit für die Unternehmen geschaffen.

Das wird vor allem durch die zu weit gefasste Auslegung des Tatbestandsmerkmals des „gegenwärtigen Dienstverhältnisses“ durch das BMF-Schreiben deutlich.

Merkmal eines Dienstverhältnisses im Sinne § 1 LStDV ist, dass der Beschäftigte dem Arbeitgeber seine Arbeitskraft schuldet bzw. aus anderen, insbesondere sozialen Gründen einen Anspruch auf Weiterzahlung des Arbeitslohns hat. Es handelt sich – insoweit gleichbedeutend – um ein aktives Dienstverhältnis. Auch in der Finanzverwaltung wurde in der Vergangenheit die Auffassung vertreten, dass das gegenwärtige Dienstverhältnis ein aktives Dienstverhältnis sein muss (vgl. Lexikon für das Lohnbüro, Ausgabe 2009, Seite 692). Ebenso wird in der Literatur die Auffassung vertreten, dass der Arbeitslohn aus einem gegenwärtigen Dienstverhältnis als Arbeitslohn für aktive Tätigkeit zu definieren ist. Genau diese haben wir beim ruhenden Dienstverhältnis aber nicht. Von Twickel (in: Blümich, EStG, Loseblatt 101. Erg.-Lfg. § 19a, Rz. 26) schreibt zum „alten“ § 19a EStG (der auch ein gegenwärtiges Dienstverhältnis voraussetzte):

*„Die Überlassung i. R. eines gegenwärtigen Dienstverhältnisses ... bedeutet, dass es sich um Arbeitslohn ... für aktive Tätigkeit handeln muss. Dazu zählt noch eine Überlassung für tatsächliche Arbeitsleistung i. R. der Abwicklung eines gekündigten Dienstverhältnisses; denn derartiger Arbeitslohn wird noch i. R. des gegenwärtigen Dienstverhältnisses geleistet, unabhängig davon, ob im Zuflusszeitpunkt auch noch Arbeitsleistung geschuldet wird (vgl. LStR 77 Abs. 1 S. 2; BFH VI R 16/88 v. 24. 2. 89, BStBl II 89, 544 zur Berlin-Zulage - § 28 BerlinFG H/H/R § 19a Rz. 16). Entspr. handelt es sich bei Altersteilzeit auch nach Beginn der Freistellungsphase noch um ein gegenwärtiges Dienstverhältnis (gl. A. K/S/M § 19a Rz B 11). Nicht gefördert wird die Überlassung im Hinblick auf ein künftiges Dienstverhältnis (s. § 19 Rz. 250) oder i. R. eines früheren Dienstverhältnisses (s. dazu § 19 Rz. 251 ff.).*

Das gegenwärtige Dienstverhältnis sollte u. E. weiterhin mit dem aktiven Dienstverhältnis gleichgesetzt werden, so dass der Arbeitgeber Mitarbeiter, die im Zeitpunkt der Bekanntgabe des Angebots in einem ruhenden Dienstverhältnis – beispielsweise während der Elternzeit oder während des Zivil- oder Militärdienstes – stehen, vom Angebot ausnehmen darf. Die zwingende Einbeziehung der ruhenden Dienstverhältnisse würde für die Arbeitgeber auch einen erheblichen administrativen Aufwand bedeuten. Denn nach derzeitiger Rechtslage besteht in der Regel für den Arbeitgeber kein Anlass, für die Zeit des ruhenden Dienstverhältnisses eine Gehaltsabrechnung für die jeweiligen Mitarbeiter zu erstellen,

STELLUNGNAHME VOM 15. OKTOBER 2009 ZU DEM ENTWURF EINES BMF-SCHREIBENS ZUR LOHNSTEUERLICHEN BEHANDLUNG DER ÜBERLASSUNG VON VERMÖGENSBETEILIGUNGEN AB 2009

eine Lohnsteuerkarte anzufordern etc. Dies würde sich nun ändern und dadurch zu höherem Aufwand führen. Auch sehen unsere Systeme vor, dass der Kaufpreis für die Aktien vom Arbeitslohn – also auf der Gehaltsabrechnung – abgezogen wird. Ein Arbeitslohn, von dem der Kaufpreis abgezogen werden könnte, wird aber während eines ruhenden Dienstverhältnisses gerade nicht ausbezahlt.

Schließlich erscheint es auch aus Gründen der Gleichbehandlung nicht gerecht, Mitarbeiter mit einem ruhenden Dienstverhältnis in das Aktienangebot einzubeziehen. Sie erbringen keine Leistung an den Arbeitgeber und erfüllen – wie beispielsweise beim Mutterschutz – auch keinen sonstigen Tatbestand, der etwa unter sozialen Gesichtspunkten zur ungeminderten Lohnfortzahlung berechtigt. Dieses Ergebnis wird durch die Überlegung gestützt, dass die Elternzeit lediglich ein Rückkehrrecht in den bisherigen Betrieb gewährleisten soll. Im Übrigen „ruhen“ aber alle Rechte und Pflichten von Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Es darf auch nicht vergessen werden, dass bei verbilligter Aktienüberlassung immer noch ein Zahlungsvorgang abzuwickeln ist. Um hier auf der Arbeitgeberseite den Aufwand zu begrenzen wird der Aktienkaufpreis regelmäßig mit dem laufenden Gehalt verrechnet, was bei einem ruhenden Dienstverhältnis nicht möglich ist. Das ruhende Dienstverhältnis sollte daher aus dem Anwendungsbereich des BMF-Schreibens herausgenommen werden.

Nicht eindeutig ist zudem, welcher Unternehmensbegriff dem neuen § 3 Nr. 39 EStG zugrunde liegt. Wir halten einen weiten Unternehmensbegriff für erforderlich. Jedes mögliche Abgrenzungskriterium erscheint uns willkürlich gewählt. Zum Beispiel kann es kaum auf eine Gewinnerzielungsabsicht ankommen, weil dann z. B. Beschäftigte von Pensionskassen ausgeschlossen wären. Das BMF-Schreiben sollte daher klar stellen, dass § 3 Nr. 39 EStG für unbeschränkt und beschränkt einkommensteuerpflichtige Arbeitnehmer für Unternehmen im Sinne des weitgefassten Arbeitgeber-Begriffs gilt.

### **Zu Abschnitt 1.1.3 Überlassung der Vermögensbeteiligung durch einen Dritten**

Erfolgt die Überlassung der Vermögensbeteiligungen durch einen Dritten, so geschieht dies z. B. in Form eines Aktiensparplans. Solche Aktiensparpläne sind typischerweise wie folgt ausgestaltet:

Ein börsennotierter Arbeitgeber vereinbart mit einer Bank die Rahmenbedingungen, nach denen die Belegschaft die Möglichkeit hat, monatlich einen bestimmten Betrag bei der Bank einzuzahlen, um damit Aktien oder Bruchteile von Aktien des Arbeitgebers zu erhalten. Der Arbeitgeber verpflichtet sich gegenüber der Belegschaft, den Kaufpreis für die Aktien zu ermäßigen, sofern im jeweiligen Jahr eine bestimmte Anzahl von Aktien erworben wird. Wie viele Aktien der einzelne Mitarbeiter tatsächlich erwirbt, ist abhängig von der monatlichen Einzahlung und vom jeweiligen Aktienkurs zum Zeitpunkt der Einbuchung ins

STELLUNGNAHME VOM 15. OKTOBER 2009 ZU DEM ENTWURF EINES BMF-SCHREIBENS ZUR  
LOHNSTEUERLICHEN BEHANDLUNG DER ÜBERLASSUNG VON VERMÖGENSBETEILIGUNGEN  
AB 2009

Wertpapierdepot des Mitarbeiters. Daher steht erst gegen Ende des Jahres fest, ob der einzelne Mitarbeiter die für die Kaufpreismäßigung erforderliche Aktienanzahl erworben hat. Hat er die Voraussetzungen erfüllt, erhält er die Kaufpreismäßigung. Dies erfolgt abrechnungstechnisch jedoch nicht über die Wertpapierkonten bei der Bank, die den Aktiensparplan verwaltet, sondern unmittelbar durch eine Gutschrift vom Arbeitgeber auf das individuelle Gehaltskonto des Mitarbeiters.

Für solche Fälle muss klargestellt werden, dass eine von vornherein zugesagte Kaufpreismäßigung in Form einer Gutschrift auch dann in den Anwendungsbereich des § 3 Nr. 39 EStG fällt, wenn diese abrechnungstechnisch erst nachträglich, z. B. über das Gehaltskonto des Mitarbeiters, gewährt wird. Wirtschaftlich betrachtet erhält der Mitarbeiter nämlich durch die Zweckbindung der Gutschrift auch in diesem Fall einen verbilligten Sachbezug in Form einer Vermögensbeteiligung. Es handelt sich hierbei nicht um den unter Abschnitt 1.1.5 in Satz 2 geschilderten Fall einer nicht steuerbegünstigten Geldleistung des Arbeitgebers an den Arbeitnehmer zur Begründung oder zum Erwerb einer Vermögensbeteiligung.

### **Zu Abschnitt 1.2.1      Zusatzleistung**

Zwar ist der Begriff der Freiwilligkeit in § 3 Nr. 39 EStG halbwegs eindeutig. Allerdings existieren bereits erste Überlegungen der Finanzverwaltung, nach denen eine fehlende Freiwilligkeit aufgrund betrieblicher Übung gegenüber einem einzigen Arbeitnehmer genügt, um Steuerschädlichkeit zu erreichen. Das BMF-Schreiben sollte klar stellen, dass dieser Rechtsauffassung nicht gefolgt wird.

In der Praxis entscheidet regelmäßig der Arbeitgeber „freiwillig“ darüber, seinen Arbeitnehmern eine begünstigte Vermögensbeteiligung zukommen zu lassen. Sobald diese Entscheidung jedoch einmal gefällt ist, haben die Arbeitnehmer einen Rechtsanspruch auf Übertragung der Vermögensbeteiligung. Vor diesem Hintergrund macht es auch keinen Unterschied, ob ein Arbeitgeber einseitig erklärt, eine Vermögensbeteiligung an seine Mitarbeiter zuzuwenden oder ob Tarifpartner aus freiem Willen heraus im Rahmen eines Tarifvertrages die Gewährung von Mitarbeitervermögensbeteiligungen festschreiben. In beiden Fällen entsteht ein Rechtsanspruch des Mitarbeiters auf Erhalt der Vermögensbeteiligungen.

Es müsste daher im BMF-Schreiben klargestellt werden, dass ein vom Arbeitgeber „freiwillig“ aufgelegtes Programm oder eine „freiwillig“ abgeschlossene Tarifvereinbarung für die Freiwilligkeit der nachfolgenden Ausgabe der Beteiligungen ausreichend ist.

Klärungsbedürftig ist darüber hinaus das Kriterium „zusätzlich zum ohnehin geschuldeten Arbeitslohn überlassen und nicht auf bestehende oder künftige Ansprüche angerechnet“ (§ 3 Nr. 39 EStG). Eindeutig ist angesichts des Wort-

STELLUNGNAHME VOM 15. OKTOBER 2009 ZU DEM ENTWURF EINES BMF-SCHREIBENS ZUR  
LOHNSTEUERLICHEN BEHANDLUNG DER ÜBERLASSUNG VON VERMÖGENSBETEILIGUNGEN  
AB 2009

lauts, dass von einem steuerschädlichen Sachverhalt auszugehen ist, wenn die Mitarbeiterkapitalbeteiligung anstelle von Leistungen gewährt wird, auf die ein Anspruch besteht. Im Umkehrschluss muss dann aber auch gelten, dass eine Verrechnung mit freiwilligen Leistungen des Arbeitgebers als steuerunschädlich angesehen wird.

Im Übrigen darf nach den Ausführungen im Entwurf in einer Betriebsvereinbarung lediglich das „Wie“, jedoch nicht das „Ob“ geregelt sein. Diese Auffassung birgt große praktische Probleme in sich, da einerseits bei Mitwirkung eines Betriebsrates nur schwerlich eine vollständige Trennung dieser Kriterien formulierbar sein wird. Andererseits werden hierdurch erhebliche Abgrenzungsprobleme bei der Auslegung von Betriebsvereinbarungen sowohl für die Finanzverwaltung als auch den Steuerpflichtigen geschaffen.

Betriebsvereinbarungen zu Vermögensbeteiligungen der Mitarbeiter am Beschäftigungsunternehmen sind immer auf freiwilliger Basis getroffen. Daher können sie immer auch aufgekündigt werden. Das BMF-Schreiben sollte klar stellen, dass in solchen Fällen von einer freiwilligen Leistung auszugehen ist.

Klärungsbedürftig ist auch die Frage, was unter „Vermögensbeteiligung, auf die kein Rechtsanspruch gewährt werden darf“, zu verstehen ist. Viele Unternehmen bieten ihren Mitarbeitern eine Beteiligung am Unternehmen dergestalt an, dass der Mitarbeiter ein Eigeninvestment z. B. in Form des vollentgeltlichen Erwerbs von Aktien des Beschäftigungsunternehmens erbringen muss. Abhängig von der Zahl der erworbenen Aktien werden dem Mitarbeiter in den folgenden Jahren Gratisaktien durch das Unternehmen unter der Voraussetzung, dass er die erworbenen Aktien noch hält, gewährt. Mit den entgeltlich erworbenen Aktien erwirbt der Mitarbeiter zugleich eine Anwartschaft auf Gratisaktien. Diese Anwartschaft entfällt beim Verkauf der Aktien und wandelt sich erst nach Ablauf der vereinbarten Haltefrist in einen Rechtsanspruch auf Übertragung von Gratisaktien.

Nach unserer Auffassung handelt es sich um:

- (1) den vollentgeltlichen Erwerb von Aktien des Beschäftigungsunternehmens der nicht in den Anwendungsbereich des § 3 Nr. 39 EStG fällt und
- (2) um die unentgeltliche Gewährung von Gratisaktien, die durch § 3 Nr. 39 EStG begünstigt ist, da dem Mitarbeiter im Zeitpunkt des entgeltlichen Erwerbs kein Rechtsanspruch, sondern lediglich eine verfallbare Anwartschaft auf Gratisaktien eingeräumt wurde.

Die Bindung der Gratisaktien an das Eigeninvestment und an eine Haltefrist führt gerade zu der gewünschten Mitarbeiterbindung an das Beschäftigungsunternehmen. Daher sollte im BMF-Schreiben klar gestellt werden, dass auch solche Modelle der Mitarbeiterbeteiligung in den Anwendungsbereich von § 3 Nr. 39 EStG fallen.



STELLUNGNAHME VOM 15. OKTOBER 2009 ZU DEM ENTWURF EINES BMF-SCHREIBENS ZUR  
LOHNSTEUERLICHEN BEHANDLUNG DER ÜBERLASSUNG VON VERMÖGENSBETEILIGUNGEN  
AB 2009

## **Zu Abschnitt 1.2.2 Einzubeziehende Arbeitnehmer**

### **a) Abschnitt 1.2.2 Absatz 1**

Voraussetzung für die Steuerfreiheit ist u. a., dass die Vermögensbeteiligung allen Arbeitnehmern offen steht, die im Zeitpunkt der Bekanntgabe des Angebots ein Jahr oder länger ununterbrochen in einem gegenwärtigen Dienstverhältnis zum Unternehmen des Arbeitgebers stehen. Einzubeziehen sind danach z.B. auch geringfügig Beschäftigte, Teilzeitkräfte, Auszubildende und weiterbeschäftigte Rentner. Nicht beanstandet wird, wenn aus Vereinfachungsgründen ins Ausland entsandte Arbeitnehmer (sog. Expatriates) nicht einbezogen werden. Gleiches gilt für Vorstandsmitglieder und solche Arbeitnehmer, die zwischen dem Zeitpunkt des Angebots und dem Zeitpunkt der Überlassung der Vermögensbeteiligung aus dem Unternehmen ausscheiden.

Bezüglich der Auszubildenden ist darauf hinzuweisen, dass eine Einbeziehung dieser Personengruppe häufig aus Praktikabilitätsgründen nicht erfolgt. Dies hängt zum einen damit zusammen, dass die Ausbildungszeiten üblicherweise drei Jahre betragen und nicht gewährleistet ist, dass diese Personen nach Beendigung der Ausbildung in ein Arbeitsverhältnis übernommen werden und andererseits damit, dass häufig die Auszubildenden noch unter 18 Jahre alt sind. In diesem Fall wird es nämlich erforderlich, dass die Erziehungsberechtigten einer Angebotsannahme dieser Personen zustimmen müssen. Schließlich ist zu bedenken, dass Auszubildende wegen der Höhe ihrer Ausbildungsvergütung sich grundsätzlich nicht an solchen Programmen beteiligen. Die gleiche Überlegung kann aus unserer Sicht auch auf die Gruppe der geringfügig Beschäftigten und der Teilzeitkräfte übertragen werden. Vor diesem Hintergrund sind wir der Auffassung, dass die Nichtberücksichtigung von Auszubildenden sowie ggf. geringfügig Beschäftigten bzw. Teilzeitkräften zulässig sein sollte.

Auszubildende, geringfügig Beschäftigte und Teilzeitkräfte sollten daher in die Ausnahmegesetzgebung des Abschnitts 1.2.2 Absatz 2 aufgenommen werden.

Zu begrüßen ist, dass ins Ausland entsandte Arbeitnehmer kein Angebot erhalten müssen. Dies sollte jedoch auch für aus dem Ausland ins Inland entsandte Arbeitnehmer gelten, da diese in der Regel entsprechend ihrem bisherigen Gehalt entlohnt werden und nicht an Vermögensbeteiligungsprogrammen inländischer Gesellschaften beteiligt werden sollen.

Kritisch zu sehen ist auch, dass eine Differenzierung zwischen den Arbeitnehmern steuerlich nur dann zulässig sein soll, wenn hierfür aus arbeitsrechtlicher Sicht ein sachlicher Grund vorliegt. Hier wird den Finanzämtern eine arbeitsrechtliche Beurteilung zugemutet, die sie nicht leisten können, was zu erheblichen Problemen führen kann.

STELLUNGNAHME VOM 15. OKTOBER 2009 ZU DEM ENTWURF EINES BMF-SCHREIBENS ZUR  
LOHNSTEUERLICHEN BEHANDLUNG DER ÜBERLASSUNG VON VERMÖGENSBETEILIGUNGEN  
AB 2009

Im Ergebnis genügt hier eine Aussage im Entwurf, dass eine Differenzierung möglich ist. Ob diese arbeitsrechtlich zu Recht erfolgt, kann letztendlich jedoch nicht in der Prüfungskompetenz der Finanzverwaltung stehen.

### **b) Abschnitt 1.2.2. Absatz 2**

Das Angebot zur Ausgabe von Vermögensbeteiligungen sollte nicht auch Organen von Unternehmen unterbreitet werden müssen. Dieser Personenkreis ist durch das Fünfte Vermögensbildungsgesetz, auf das sich das Mitarbeiter-Kapitalbeteiligungsgesetz bezieht, nicht begünstigt. Gefördert werden dort nur Arbeiter und Angestellte, nicht aber Geschäftsführer (§ 1 Abs. 3 5.VermBG). Wir schlagen daher folgende Ergänzung vor:

*„Entsprechendes gilt für Mitglieder von Vertretungsorganen juristischer Personen und aufgrund Gesetz, Satzung oder Gesellschaftsvertrag zur Vertretung einer Personengesamtheit berufene Personen. Auch Arbeitnehmer, die zwischen dem Zeitpunkt des Angebots und dem Zeitpunkt der Überlassung der Vermögensbeteiligung aus dem Unternehmen ausscheiden (...) müssen nicht einbezogen werden.“*

In Bezug auf ausscheidende Arbeitnehmer ist diese Vereinfachungsregelung jedoch für die Finanzverwaltung mit hohen Risiken verbunden, denn sie kann dazu führen, dass Mitarbeiter – zu Recht – massenhaft Einspruch gegen ihre Einkommensteuerbescheide einlegen, um die Berücksichtigung des geldwerten Vorteils auf Basis des subsidiär (§ 52 Abs. 35 EStG) anwendbaren alten §19a EStG einzufordern. Diese Problematik entsteht, wenn bereits bestehende Mitarbeiterkapitalbeteiligungsprogramme auch die zwischen Angebot und Beteiligungsüberlassung ausscheidenden Mitarbeiter einbeziehen und damit die Voraussetzungen des § 19a EStG erfüllen. Die Unternehmen, die ihre Mitarbeiterkapitalbeteiligungsprogramme am Ende des Kalenderjahres 2008 aufgesetzt haben, konnten ihre Pläne nicht rechtzeitig an die geänderte Rechtslage anpassen. Die Vereinfachungsregelung, nach der es nun nicht zu beanstanden sein soll, wenn Arbeitnehmer nicht einbezogen werden, die zwischen dem Zeitpunkt des Angebots und dem Zeitpunkt der Überlassung der Vermögensbeteiligung aus dem Unternehmen ausscheiden, läuft im Grunde genommen auf eine Abweichung vom Gesetzeswortlaut hinaus. Während nach dem strengen Gesetzeswortlaut die Anwendung von § 3 Nr. 39 EStG verneint werden müsste, kann nach der Vereinfachungsregelung die Vorschrift auch ohne den Einbezug dieser Mitarbeiter angewandt werden. Entscheidet sich ein Unternehmen dazu, von der Vereinfachungsregel Gebrauch zu machen, so wird eine nicht unerhebliche Anzahl von Mitarbeitern entgegen dem Gesetzeswortlaut schlechter gestellt, weil für sie die Altregelung nach § 19a EStG günstiger gewesen wäre. Dies gilt insbesondere deswegen, weil die Bewertungsvorschrift der Altregelung (niedrigster Kurs am Beschlussstag) bei steigenden Börsenkursen – und das war in der Übergangszeit 2008/2009 der Fall – zu einem niedrigeren geldwerten Vorteil geführt hätte. Dieser Nachteil aufgrund der Bewertung mit dem höheren

STELLUNGNAHME VOM 15. OKTOBER 2009 ZU DEM ENTWURF EINES BMF-SCHREIBENS ZUR  
LOHNSTEUERLICHEN BEHANDLUNG DER ÜBERLASSUNG VON VERMÖGENSBETEILIGUNGEN  
AB 2009

Kurs am Tag der Überlassung kann in vielen Fällen nicht durch den höheren Freibetrag aus der Neuregelung kompensiert werden.

Wir regen daher an, die Vereinfachungsregelung hinsichtlich des möglichen Ausschlusses der "Arbeitnehmer, die zwischen dem Zeitpunkt des Angebots und dem Zeitpunkt der Überlassung der Vermögensbeteiligung aus dem Unternehmen ausscheiden (z.B. Auslaufen des Arbeitsvertrags, Kündigung)" in Abschnitt 1.2.2 zu streichen oder als Wahlrecht im Einzelfall mindestens in den Fällen auszugestalten, in denen auch § 19a EStG noch anwendbar wäre.

Schließlich ist zu berücksichtigen, dass in vielen börsennotierten Unternehmen für einen abgegrenzten Kreis oberer Führungskräfte (im wesentlichen Vorstände und Geschäftsführer, aber auch ein Teil der leitenden Angestellten) ein eigenes aktienbasiertes Long-Term Incentive-(LTI-)Programm besteht. Für diese Mitarbeiter ist eine gleichzeitige Teilnahme am Mitarbeiteraktienprogramm ausgeschlossen, um diese nicht doppelt zu begünstigen. Dieser Ausschluss einer doppelten Begünstigung ist aus personalpolitischer Sicht ein Gebot der innerbetrieblichen Lohngerechtigkeit. Zuständige Finanzämter haben solche Ausnahmeregelungen als unschädlich im Hinblick auf § 3 Nr. 39 EStG anerkannt. Es ist daher wünschenswert, wenn auch in das BMF-Schreiben eine entsprechende Klarstellung eingefügt wird.

### **c) Abschnitt 1.2.2 Absatz 3**

Im 3. Absatz des Abschnitts 1.2.2 heißt es:

*„Hinsichtlich der Konditionen, zu denen die Vermögensbeteiligungen überlassen werden, kann bei den einzelnen Arbeitnehmern differenziert werden (z. B. bezüglich der Höhe einer Zuzahlung oder der Beteiligungswerte). Dies bedarf aus arbeitsrechtlicher Sicht eines sachlichen Grundes.“*

Es ist nicht eindeutig, wie dies zu interpretieren ist. Wir empfehlen eine Erläuterung durch Beispiele.

Unseres Erachtens könnte durch Anknüpfung an die Gehaltshöhe differenziert werden, beispielsweise in dem vorgeschrieben wird, dass z. B. 10 % der Jahresbezüge bis zu einem Höchstbetrag von xxx Euro dürfen für die Beteiligung eingesetzt werden. Bei einer solchen Differenzierung wäre der dahinter stehende sachliche Grund, dass Mitarbeiter, die niedrige Bezüge haben, nicht übermäßig ihr Bargehalt durch die Beteiligung reduzieren bzw. Mitarbeiter, die hohe Bezüge haben, nicht übermäßig durch die Teilnahme bevorzugt werden.

Außerdem sollte ausdrücklich klargestellt werden, dass eine Differenzierung der Höhe des zugewendeten Vorteils nach – so beispielsweise zwischen Voll- und

STELLUNGNAHME VOM 15. OKTOBER 2009 ZU DEM ENTWURF EINES BMF-SCHREIBENS ZUR  
LOHNSTEUERLICHEN BEHANDLUNG DER ÜBERLASSUNG VON VERMÖGENSBETEILIGUNGEN  
AB 2009

Teilzeitbeschäftigten – steuerunschädlich ist, zumal in diesem konkreten Fall das Teilzeit- und Befristungsgesetz dem nicht entgegensteht.

### Zu Abschnitt 1.3 Bewertung

Im zweiten Absatz heißt es, dass die spezielle Bewertungsvorschrift des § 3 Nr. 39 Satz 4 EStG nur für die Bewertung der in § 3 Nr. 39 EStG genannten Vermögensbeteiligungen gilt. Dies ist im Hinblick auf Aktienoptionen problematisch. Denn gleichzeitig sieht das BMF-Schreiben in Abschnitt 1.1.2 vor, dass Aktienoptionen keine Vermögensbeteiligungen i. S. v. § 3 Nr. 39 EStG sind. Dies ist aber nur im Hinblick auf handelbare Aktienoptionen zutreffend. Hingegen liegt bei nicht handelbaren Aktienoptionen im Zeitpunkt der Einräumung der Option durch das Unternehmen gar kein Lohnzufluss vor. Zum späteren Zeitpunkt – bei Ausübung der nicht handelbaren Aktienoption – fließt dem Mitarbeiter keine Option zu, sondern eine Aktie. Dies ist dann gem. § 3 Nr. 39 EStG zu bewerten.

Wir regen daher an, den Satz in Abschnitt 1.1.2 „Aktienoptionen sind keine Vermögensbeteiligungen i. S. d. Fünften Vermögensbildungsgesetzes“ am Anfang um das Wort „Handelbare“ zu ergänzen. Zusätzlich bitten wir um eine Präzisierung in Abschnitt 1.3, wonach auch die im Rahmen von Aktienoptionsplänen übertragenen Aktien gem. § 3 Nr. 39 Satz 4 EStG zu bewerten sind, analog der Regelung in R 19a Abs. 6 LStR 2008.

Bei der zu begrüßenden Vereinfachungsregel des Abschnitts 1.3 vorletzter Absatz fehlt ein Hinweis, ob das Wahlrecht auch von dem einzelnen Arbeitnehmer im Rahmen seines Veranlagungsverfahrens ausgeübt werden kann.

Nach dem zweiten Satz des letzten Absatzes sind die an der Deutschen Börse gelisteten Aktien mit dem Kurs anzusetzen, der sich bei der Schlussauktion im XETRA-Handel ergibt. In Satz 4 des gleichen Absatzes steht: „Bei an einer deutschen Börse gehandelten Aktien, bei denen der Kurs nicht in der oben beschriebenen Weise ermittelt wird, ist der niedrigste im Börsengeschehen des Stichtags ermittelte Kurs zugrunde zu legen.“ Somit kann der XETRA-Schlusskurs angesetzt werden (muss aber nicht, wenn der niedrigste Aktienkurs angesetzt wird). Durch das im zweiten Satz (und im dritten Satz) des letzten Absatzes jeweils verwendete Wort „sind“ entsteht der Eindruck, dass es in Abhängigkeit davon, an welcher Börse die Aktien gelistet sind, zu unterschiedliche Wertansätzen kommt. Dies stünde jedoch nicht im Einklang mit § 11 Absatz 1 und Absatz 2 Satz 2 BewG.

Es sollte daher klar zum Ausdruck gebracht werden, dass immer die Möglichkeit besteht, den niedrigsten Kurs zugrunde zulegen. Soweit es sich um Aktien handelt, die nicht an einer deutschen Börse gehandelt werden (z. B. an einer ausländischen Börse) gilt dies gleichermaßen. Hier wäre aber noch eine Anmerkung erforderlich, welcher Kurs maßgeblich ist, wenn eine Aktie an unterschiedlichen ausländischen Börsen gehandelt wird.

STELLUNGNAHME VOM 15. OKTOBER 2009 ZU DEM ENTWURF EINES BMF-SCHREIBENS ZUR  
LOHNSTEUERLICHEN BEHANDLUNG DER ÜBERLASSUNG VON VERMÖGENSBETEILIGUNGEN  
AB 2009

Im Übrigen sieht das BMF-Schreiben vor, dass die spezielle Bewertungsvorschrift des § 3 Nr. 39 Satz 4 EStG nur für die Bewertung der in § 3 Nr. 39 EStG genannten Vermögensbeteiligungen gilt. Dies ist im Hinblick auf Aktienoptionen problematisch. Denn gleichzeitig sieht das BMF-Schreiben in Abschnitt 1.1.2 vor, dass Aktienoptionen keine Vermögensbeteiligungen i.S.v. § 3 Nr. 39 EStG sind. Dies ist aber nur im Hinblick auf handelbare Aktienoptionen zutreffend. Hingegen liegt bei nicht handelbaren Aktienoptionen im Zeitpunkt der Einräumung der Option durch das Unternehmen gar kein Lohnzufluss vor. Zum späteren Zeitpunkt – bei Ausübung der nicht handelbaren Aktienoption – fließt dem Mitarbeiter keine Option zu, sondern eine Aktie. Diese ist dann gem. § 3 Nr. 39 zu bewerten.

Wir regen daher an, den Satz in Abschnitt 1.1.2 „Aktienoptionen sind keine Vermögensbeteiligungen i.S.d. Fünften Vermögensbildungsgesetzes.“ am Anfang um das Wort „Handelbare“ zu ergänzen. Alternativ bitten wir um eine Präzisierung in Abschnitt 1.3, wonach auch die im Rahmen von Aktienoptionsplänen übertragenen Aktien gem. § 3 Nr. 39 EStG bewertet werden können, wie dies auch bisher in R 19a Abs. 6 LStR 2008 geregelt war.

Schließlich fehlt bei der – zu begrüßenden – Vereinfachungsregel im Abschnitt 1.3 vorletzter Absatz ein Hinweis, ob das Wahlrecht auch von dem einzelnen Arbeitnehmer im Rahmen seines Veranlagungsverfahrens ausgeübt werden kann.

#### **Zu Abschnitt 1.4                    Bewertungsstichtag**

Die Höhe des Arbeitslohns sollte möglichst nicht von Zufällen abhängen. Als Stichtag für die Bewertung ist daher sowohl der Tag der Ausbuchung aus dem Depot des Arbeitgebers als auch den Tag der Einbuchung in das Depot des Mitarbeiters für problematisch. Der Einbuchungszeitpunkt und damit die Höhe des zu versteuernden geldwerten Vorteils wären dann rein zufällig und in keinem Fall von irgendeiner Arbeitsleistung abhängig. Besser wäre es, wenn der Arbeitnehmer in dem Moment, in dem er über die Annahme der Zuwendung entscheidet, dies in Kenntnis des dadurch entstehenden Arbeitslohns tun kann.

Diese Kenntnis ist aber nur gewährleistet, wenn der Kurs zum Zeitpunkt der Kaufentscheidung des Mitarbeiters maßgeblich ist. Kursentwicklungen nach dieser Entscheidung sollten nicht mehr als Arbeitslohn angesehen werden. Kursdifferenzen bis zum Zeitpunkt des Verkaufs der Aktien durch den Mitarbeiter werden ohnehin durch die Abgeltungsteuer erfasst. Es entsteht mithin auch keine Besteuerungslücke. Dieses Vorgehen ist auch unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten einleuchtend, weil den Mitarbeiter ab der Kaufentscheidung die Chancen und Risiken einer negativen bzw. positiven Kursentwicklung treffen. Schließlich wird auf diese Weise vermieden, dass Arbeitgeber und Arbeitnehmer ein Stück weit die Kontrolle über die Höhe des geldwerten Vorteils verlie-

STELLUNGNAHME VOM 15. OKTOBER 2009 ZU DEM ENTWURF EINES BMF-SCHREIBENS ZUR  
LOHNSTEUERLICHEN BEHANDLUNG DER ÜBERLASSUNG VON VERMÖGENSBETEILIGUNGEN  
AB 2009

ren. Nur so hat der Mitarbeiter Planungssicherheit, dass die – vom Gesetzgeber gewollte – Steuerfreiheit in Höhe von 360 Euro auch tatsächlich bei ihm ankommt.

Im Falle von Aktienoption sollte daher alternativ zum Tag der Ausbuchung der Tag, an dem die Anzahl der zu überlassenden Aktien sowie der zu entrichtende Kaufpreis feststehen (sog. „purchase date“, Tag der Kaufentscheidung), als Bewertungsstichtag herangezogen werden können. Jedenfalls sollte dies gelten, wenn die Übertragung der Aktien zeitnah (Vorschlag: innerhalb eines Monats) erfolgt.

Zur Bestimmung des geldwerten Vorteils könnte es auch in bestimmten Fällen administrativ sinnvoll sein, den Bezugskurs der Aktie durch das Unternehmen zuzulassen. Zur Vermeidung von Missbrauch sollte dies nur zulässig sein, wenn tatsächlich im unmittelbaren Zusammenhang mit dem Kauf der Aktie an der Börse das Eigentum an die Mitarbeiter übertragen wird.

Gemeint sind hier die Fälle, in denen das Unternehmen den Mitarbeitern das Angebot macht, zu einem durch den Mitarbeiter zu bestimmenden Betrag – in einer vom Arbeitgeber vorgegebenen Spannbreite – Aktien rabattiert erwerben zu können. Das Unternehmen wird sich an einem bestimmten Tag – dem Bezugstag – mit den der Zeichnung durch die Mitarbeiter entsprechenden Aktien an der Börse eindecken. Auch hier wird erst am Ende des Bezugstags – mit dem XETRA-Schlusskurs – feststehen, wie viele Aktien das Unternehmen gemäß der insgesamt gezeichneten Volumina zu erwerben hat. Daher ist hier auch ein zweiter Tag erforderlich, um ggf. eine Unterdeckung auszugleichen.

Würde, wie der Entwurf nahelegt, für die Bemessung des geldwerten Vorteils auf die Ausbuchung aus dem Depot des Arbeitgebers abgestellt, so führte das in diesen Fällen zu zusätzlichem administrativem Aufwand. Die Ausbuchung aus dem Depot des Arbeitgebers erfolgt dann zwar kurzfristig nach dem Bezug, aber auch in dieser kurzen Zeit – ggf. nur einen Tag später – kann sich der Kurs an der Börse verändert haben, sodass sich damit auch die zu erwerbende Anzahl der Stücke ändern kann. Wie im nachfolgenden Beispiel beschrieben, kann sich zwischen dem Bezugskurs vom 4.11. und der Ausbuchung aus dem Arbeitgeber-Depot – dem 6.11. – der Kurs ändern. Wenn der Tag der Ausbuchung als der maßgebende Tag angenommen werden müsste, hätte das Unternehmen erneut die auf den einzelnen Mitarbeiter entfallenden Aktien zu ermitteln – und auch den geldwerten Vorteil, weil sich darauf basierend der Rabatt errechnet.

Aus administrativen Gründen empfiehlt es sich hier, den für den geldwerten Vorteil maßgeblichen Kurs entsprechend des XETRA-Schlusskurses am Bezugstag anzusetzen.

STELLUNGNAHME VOM 15. OKTOBER 2009 ZU DEM ENTWURF EINES BMF-SCHREIBENS ZUR  
LOHNSTEUERLICHEN BEHANDLUNG DER ÜBERLASSUNG VON VERMÖGENSBETEILIGUNGEN  
AB 2009

### Beispiel „XYShare 2009“-Programm der XY AG:

Zeichnungsphase 1.9. – 25.9.

Gezeichnet werden Euro-Beträge zwischen 250 und 5.000 Euro (je nach Verantwortungsstufe) zum Erwerb von XY-Aktien.

Der relevante Kaufkurs ist der XETRA-Schlusskurs am 4.11. (der also während der Zeichnungsphase noch nicht bekannt ist)

Der Aktienkauf durch die XY AG erfolgt am 4.11. und 5.11.

Die Entnahme der Aktien aus dem XY-Firmendepot zur Verteilung an die Mitarbeiter beginnt am 6.11. und zieht sich (administrativ bedingt) ca. 4 Wochen hin. In diesem Beispiel wäre es somit wünschenswert, auch für den geldwerten Vorteil den XETRA-Schlusskurs am 4.11. anzusetzen.

Das Beispiel zeigt deutlich auf, dass es für das Unternehmen aus administrativen Gründen erheblich leichter wäre – auch für die Bewertung des geldwerten Vorteils – auf den Bezugskurs vom 4.11. zurück greifen zu können.

Auch sog. Vorratsbeschlüsse ohne arbeitsrechtliche Bindung sollten daher die – wegen ihrer „fiskalischen Ungefährlichkeit“ weit auszulegende – Übergangsregelung des § 52 Abs. 35 Nr. 2 EStG erfüllen.

### Zu Abschnitt 1.6 Zuflusszeitpunkt

Hier heißt es im letzten Absatz: „Muss der Arbeitnehmer aufgrund der getroffenen Vereinbarung einen höheren Kaufpreis a. z. B. den Kurswert der Vermögensbeteiligung zahlen, betrifft dies die private Vermögensebene des Arbeitnehmers und führt nicht zu negativem Arbeitslohn.“

Der Börsenkurs der Vermögensbeteiligungen ist aber nur relevant beim Vorliegen eines geldwerten Vorteils. § 3 Nr. 39 EStG findet nach seinem ausdrücklichen Wortlaut nur Anwendung, wenn ein geldwerter Vorteil aus der verbilligten oder unentgeltlichen Überlassung von Vermögensbeteiligungen entsteht, nicht aber wenn dies nicht der Fall ist, weil der Arbeitgeber zum gemeinen Wert (Börsenkurs) oder darüber überlässt. Nach dem Urteil des FG Niedersachsen vom 14.6.2007 (11 K 187/03, EFG 2007, 1876 noch zu § 19a Abs. 2 S. 2 EStG a. F. ergangen) kommt diese Vorschrift nicht zur Anwendung, wenn der vom Arbeitgeber verlangte Preis dem Börsenkurs der Aktien entspricht. Die von der Finanzverwaltung beim BFH eingelegte Revision (Az: VI R 37/07) wurde zurück genommen.

Soweit kein geldwerter Vorteil vorliegt, ist nicht lediglich die private Vermögensebene des Arbeitnehmers betroffen. Der tatsächlich gezahlte Kaufpreis stellt die Anschaffungskosten für die Aktien dar und ist für die Ermittlung des Gewinns aus der Veräußerung maßgeblich (Einkünfte aus Kapitalvermögen, § 20 Abs. 2 Nr. 1 EStG).

STELLUNGNAHME VOM 15. OKTOBER 2009 ZU DEM ENTWURF EINES BMF-SCHREIBENS ZUR  
LOHNSTEUERLICHEN BEHANDLUNG DER ÜBERLASSUNG VON VERMÖGENSBETEILIGUNGEN  
AB 2009

Dieser Absatz sollte daher gestrichen werden.

### **Zu Abschnitt 3 Weiteranwendung des § 19a EStG a. F. über § 52 Abs. 35 EStG**

Unter Abschnitt 3 sollte erläutert werden, ob die Finanzverwaltung im Rahmen der Übergangsregelung den Wechsel zwischen der Anwendung von § 19a EStG und § 3 Nr. 39 EStG für zulässig hält, wie dies teilweise in der Literatur vertreten wird, oder ob die erstmalige Anwendung des § 3 Nr. 39 EStG zur Folge hat, dass in künftigen Jahren § 19 a EStG nicht mehr angewendet werden darf.

Außerdem sollte nach dem ersten Satz klargestellt werden, dass für die Anwendung der Übergangsregelung eine Beschlussfassung z. B. durch den Konzernvorstand ausreicht, weil lediglich klargestellt wird, dass auch künftig nach Maßgabe der bisherigen Regelungen („Vereinbarungen“) Angebote zur Überlassung von Vermögensbeteiligungen erfolgen sollen.

Wir schlagen daher die Ergänzung des Textes um folgende Sätze vor:

*„Für die Anwendung der Übergangsregelung in § 52 Abs. 35 EStG reicht es aus, wenn z. B. durch Vorstandsbeschluss vor dem 31.03.2009 klar gestellt wurde, dass die bestehenden Regelungen („Vereinbarungen“) zur Überlassung von Vermögensbeteiligungen nach Maßgabe des § 19a EStG a. F. für vor dem 1.1.2016 überlassene Vermögensbeteiligungen weiter angewandt werden sollen bzw. für künftige Zuwendungen hierüber gesondert entschieden wird.“*

*„Die Entscheidung zur Anwendung von § 3 Nr. 39 EStG oder § 19a EStG a. F. kann während der Übergangsfrist (d. h. für vor dem 1.1.2016 überlassene Vermögensbeteiligungen) für jedes Kalenderjahr gesondert getroffen werden. Die erstmalige Anwendung des § 3 Nr. 39 EStG schließt daher in kommenden Jahren die (erneute) Anwendung von § 19a EStG nicht aus, wenn in diesen Jahren § 3 Nr. 39 EStG nicht angewendet wird.“*

Nach Abschnitt 3 greift die Übergangsregelung des § 52 Abs. 35 Nr. 2 EStG weiterhin dann, wenn eine Vereinbarung vor dem 31. März 2009 getroffen wurde, aber die Höhe des geldwerten Vorteils noch ungewiss war.

Ausweislich der klarer formulierten Gesetzesbegründung (vgl. BT-Drs. 16/10531, S. 15) und Stimmen in der Literatur (vgl. Hardner-Buschner NWB 2009, Heft 17, S. 1252, 1260) ist dagegen „Voraussetzung für die Weiteranwendung des § 19a EStG a. F., dass die Vermögensbeteiligung in der Zeit zwischen dem 1.1.2009 und dem 1.4.2009 überlassen wird oder aufgrund einer am 31.3.2009 bestehenden Vereinbarung ein Anspruch auf die Überlassung einer Vermögensbeteiligung besteht und diese vor dem 1.1.2016 überlassen wird.“



STELLUNGNAHME VOM 15. OKTOBER 2009 ZU DEM ENTWURF EINES BMF-SCHREIBENS ZUR LOHNSTEUERLICHEN BEHANDLUNG DER ÜBERLASSUNG VON VERMÖGENSBETEILIGUNGEN AB 2009

Diese Formulierung sollte aus Klarstellungsgründen in das BMF-Schreiben übernommen werden.

Schließlich besteht Unsicherheit darüber, wie die Vereinbarung im Sinne des § 52 Abs. 35 Nr. 2 EStG ausgestaltet sein muss. Im Hinblick darauf, dass § 19a EStG im Grunde seit Jahren unverändert gegolten hat, haben Arbeitgeber seit Jahren unveränderte Belegschaftsaktienprogramme aufgelegt. Um keine betriebliche Übung entstehen zu lassen, wurden diese aber jährlich neu aufgelegt und mit Freiwilligkeitsvorbehalt versehen. Wir sind der Meinung, dass ein Vorstandsbeschluss, dergestalt, dass die bisherigen Belegschaftsaktienprogramme grundsätzlich weiterhin aufgelegt werden sollen, die Details aber noch zu regeln sind, ausreichend sein sollte, um in die Übergangsregelung zu kommen (Vorratsbeschluss). Eine arbeitsrechtlich bindende Vereinbarung sollte nicht erforderlich sein. Im Hinblick darauf, dass die Steuerbegünstigung nach § 19a EStG erheblich niedriger ist als die nach § 3 Nr. 39 EStG sollte die Übergangsregelung großzügig ausgelegt werden.

#### **Zu Abschnitt 4    Mitarbeiterbeteiligungsprogramm nach französischem Recht (FCPE)**

Der Entwurf des BMF-Schreibens sieht ohne nachvollziehbare Gründe eine Änderung der langjährigen steuerlichen Behandlung von in Frankreich üblichen Mitarbeiterkapitalbeteiligungsprogrammen vor. Die Attraktivität der Vermögensbeteiligung von Mitarbeitern würde durch die geänderten steuerlichen Rahmenbedingungen erheblich beeinträchtigt.

#### **a) Vergleichbare Mitarbeiterkapitalbeteiligungsmodelle nach deutschem Recht**

Nach dieser Regelung soll bei Mitarbeiterbeteiligungsprogrammen nach französischem Recht (FCPE) der geldwerte Vorteil erst dann besteuert werden, wenn das Programm aufgelöst und der Geldbetrag an den Arbeitnehmer überwiesen wird. Bis zur Auflösung des Programms fließen dem Arbeitnehmer auch keine Kapitaleinkünfte (Dividenden, Zinsen etc.) zu.

Diese an sich begrüßenswerte Regelung darf nicht auf die FCPE-Modelle beschränkt werden, sondern muss ebenso bei vergleichbaren Mitarbeiterbeteiligungsprogrammen nach deutschem Recht gelten. Bekanntlich werden derzeit bei verschiedenen Unternehmen Mitarbeiterkapitalbeteiligungsmodelle entwickelt, bei denen nicht die Mitarbeiter, sondern ein Dritter (z. B. ein eingetragener Verein) eine Vermögensbeteiligung am Unternehmen in Form von Aktien erhält. Der Dritte nimmt dabei die Interessen der Belegschaft wahr und vereinigt auf sich die Rechte aus den Aktien (Stimmrecht, Verwaltungsrecht, Dividendenrecht). Solange der Dritte Aktieninhaber ist, haben die Mitarbeiter weder rechtliche noch wirtschaftliche Verfügungsmacht über die Aktien.

STELLUNGNAHME VOM 15. OKTOBER 2009 ZU DEM ENTWURF EINES BMF-SCHREIBENS ZUR LOHNSTEUERLICHEN BEHANDLUNG DER ÜBERLASSUNG VON VERMÖGENSBETEILIGUNGEN AB 2009

Die Mitarbeiter erhalten beispielsweise nach einer festgelegten Haltefrist zu bestimmten Zeitpunkten vom Dritten ihren virtuellen Anteil am Vereinsvermögen ganz oder zum Teil ausgekehrt, und zwar typischerweise in Form einer Geldleistung oder je nach Modellgestaltung alternativ durch Übertragung von Aktien.

Im BMF-Schreiben muss auch für solche Fälle klar gestellt werden, dass die Besteuerung erst in dem Zeitpunkt erfolgt, in dem der Dritte an den jeweiligen Mitarbeiter tatsächlich einen Geldbetrag auszahlt oder die Aktien tatsächlich vom Dritten auf den Mitarbeiter übertragen werden.

### **b) Differenzierte steuerliche Behandlung von Mitarbeiterprogrammen mittels FCPE**

Die in Abschnitt 4 des BMF-Schreibens vorgeschlagene steuerliche Behandlung von Mitarbeiterbeteiligungsprogrammen nach französischem Recht (FCPE) ist zu pauschal und differenziert nicht in der gebotenen Weise zwischen den unterschiedlichen Ausgestaltungen der FCPE-Mitarbeiterbeteiligungsprogramme ("Klassische" oder "Garantie"-Variante) im Einzelfall. Sie benachteiligt Konzerngesellschaften von französischen Muttergesellschaften.

In vielen Fällen bieten französische Unternehmen ihren Mitarbeitern zwei unterschiedliche Varianten von Mitarbeiterbeteiligungsprogrammen mittels FCPE an. Neben der klassischen Variante können die Mitarbeiter die Beteiligung über eine "Garantie" oder "Leverage"-Variante wählen. Der Entwurf des BMF-Schreibens differenziert jedoch trotz wesentlicher Unterschiede nicht zwischen diesen Varianten, sondern erstreckt die ursprünglich nur auf die Garantie-Variante anwendbaren Grundsätze nunmehr auch auf die klassische Variante.

#### **aa) Hintergrund**

Kennzeichnend für die „klassische Variante“ ist, dass die Mitarbeiter die Möglichkeit erhalten, über den FCPE mit einem bestimmten Preisnachlass zum Börsenkurs Aktien zu erwerben. Diese werden in dem FCPE verwahrt und der Mitarbeiter erhält eine dieser Aktienzahl entsprechende Anzahl an Anteilen an dem FCPE. Der Preisnachlass wurde in den vergangenen Jahren stets als geldwerter Vorteil behandelt und nach Maßgabe von § 19a EStG als Arbeitslohn versteuert. Die Lohnsteuer und ggf. Sozialversicherungsabgaben wurde durch den Arbeitgeber einbehalten und abgeführt. Diese steuerliche Behandlung wurde in einer Vielzahl von Anrufungsauskünften bestätigt, wodurch für die Unternehmen ein Vertrauensschutztatbestand geschaffen wurde.

Kern der "Garantie"-Variante ist die Einschaltung eines Garanten – in der Regel eines Kreditinstituts –, das den Mitarbeitern in jedem Fall die Rückzahlung ihres persönlichen Investitionsbetrages (und ggf. eine gewisse Mindestverzinsung) garantiert sowie eine partielle Fremdfinanzierung, die zu einem Hebeleffekt (Le-

STELLUNGNAHME VOM 15. OKTOBER 2009 ZU DEM ENTWURF EINES BMF-SCHREIBENS ZUR LOHNSTEUERLICHEN BEHANDLUNG DER ÜBERLASSUNG VON VERMÖGENSBETEILIGUNGEN AB 2009

*verage*) mit der Möglichkeit des Erwerbs einer größeren Anzahl Aktien führt. Technisch laufen diese Modelle über ein sogenanntes *Swap-Agreement* zwischen dem FCPE (der diesbezüglich im Namen der Mitarbeiter handelt) und dem Kreditinstitut. Gewöhnlich erwirbt der FCPE mittels einer von der Bank zur Verfügung gestellten Finanzierung ein Vielfaches der mittels des persönlichen Investitionsbetrags der Mitarbeiter möglichen Aktienanzahl.

Im Gegensatz zu der "klassischen" Variante verhält sich der Wert des FCPE-Anteils im Fall der "Garantie"-Variante nicht parallel zum Kursverlauf der zugrunde liegenden Aktie. Vielmehr bildet der Wert des Investments den durchschnittlichen Kurs der Aktie über die Mindestlaufzeit ab, stets nach unten abgesichert durch den Einstandskurs des Mitarbeiters.

Der Arbeitgeber bzw. die französische Konzernmutter sind in dieses *Swap-Agreement* und dessen Finanzierung grundsätzlich nicht eingebunden. Vielmehr erkauft sich der Mitarbeiter die Kapitalgarantie bzw. die Mindestrendite, in dem er beispielsweise auf die ihm ansonsten zustehende Dividende sowie auf einen Teil des Kursgewinns verzichtet.

Vor dem Hintergrund der gewährten Kapitalgarantie wurden die Investitionen unter den "Garantie"-Modellen in der Vergangenheit (unter der Geltung des Halbeinkünfteverfahrens) als Finanzinnovation nach § 20 Abs. 2 Nr. 4 EStG behandelt. Angesichts der fehlenden Einschaltung des Arbeitgebers oder eines Konzernunternehmens sowie der fehlenden Finanzierung der Kapitalgarantie durch den Arbeitgeber oder ein anderes Konzerunternehmen war jedoch unklar, ob und inwieweit ein Gewinn bei Rückgabe der FCPE-Anteile zu Arbeitslohn führt. Diese "Garantie"-Variante, nicht hingegen die "klassische" Variante, war der eigentliche Anlass der Erörterungen auf Bund- und Länderebene sowie Gegenstand der Verfügung der OFD Karlsruhe vom 19. März 2009, die dem vorliegenden BMF-Schreiben voranging.

## bb) Rechtsfolge

Durch die Anwendung der Grundsätze des BMF-Schreibens auf die "klassischen" Modelle ergeben sich systemwidrige Besteuerungsfolgen.

Nach Tz. 4 soll es sich bei dem Erwerb von Vermögensbeteiligungen mittels eines FCPEs lediglich um den Erwerb von Ansprüchen oder Rechten gegenüber dem Arbeitgeber und daher um keinen Lohnzufluss handeln. Diese Auffassung ist in Bezug auf die "Garantie"-Modelle ggf. noch nachvollziehbar, weil vertreten werden kann, dass Mitarbeiter hier wegen der fehlenden wirtschaftlichen Teilhabe an Dividenden und Kursrisiken kein wirtschaftliches Eigentum im Sinne von § 39 Abs. 2 AO an den über FCPE gehaltenen Aktien erhalten.

Die vorgenannte steuerliche Behandlung ist jedoch in Bezug auf die "klassischen" Modelle unzutreffend. Anders als in dem Entwurf des BMF-Schreibens

STELLUNGNAHME VOM 15. OKTOBER 2009 ZU DEM ENTWURF EINES BMF-SCHREIBENS ZUR  
LOHNSTEUERLICHEN BEHANDLUNG DER ÜBERLASSUNG VON VERMÖGENSBETEILIGUNGEN  
AB 2009

angeführt, kann die in dem Schreiben vertretene Ansicht gerade nicht unabhängig von der Ausgestaltung des FCPEs im Einzelfall gelten.

Das fehlende Kursrisiko sowie die fehlende wirtschaftliche Dividendenberechtigung treffen auf die "klassische" Variante gerade nicht zu. Vielmehr tragen die Mitarbeiter hier wie der unmittelbare Inhaber einer Aktie sämtliche mit dem Erwerb und dem Halten der Aktien verbundenen Chancen und Risiken. In Übereinstimmung mit französischen Rechtsgrundsätzen sind sie nicht nur als zivilrechtliche Miteigentümer, sondern auch als wirtschaftliche Eigentümer der Aktien anzusehen. Dieser steuerliche Einordnung folgen – wie Deutschland bislang auch – die meisten anderen Jurisdiktionen.

Trotz der Gewährung eines Preisnachlasses auf den Erwerb der Aktien wäre ein geldwerter Vorteil der Mitarbeiter nicht zu versteuern und der Freibetrag von 360 Euro gemäß § 3 Nr. 39 EStG nicht zu gewähren.

Dividenden, die während der Laufzeit des Mitarbeiterbeteiligungsprogramms an Mitarbeiter ausgeschüttet würden, wären ungeachtet ihrer Qualifikation als Dividenden nach dem DBA zwischen der Bundesrepublik Deutschland und Frankreich in Deutschland nicht als Dividenden, sondern als Arbeitslohn zu besteuern. Dies würde auch die Frage aufwerfen, ob und inwieweit der Mitarbeiter die französische Quellensteuer in Deutschland anrechnen kann.

Gewinne bzw. ein etwaiger Kapitalverlust bei Veräußerung wären als positive bzw. negative Einnahmen aus nichtselbständiger Tätigkeit bzw. im letztgenannten Fall jedenfalls als Werbungskosten zu qualifizieren. Der BFH hat hingegen kürzlich seine Rechtsprechung bestätigt, dass Gewinne aus der Veräußerung von durch Mitarbeiter erworbene Vermögensbeteiligungen grundsätzlich nicht zu Einnahmen aus nichtselbständiger Arbeit führen (Urteil vom 17. Juni 2009 – VI R 69/09).

In Abschnitt 4 muss daher klar gestellt werden, dass die dort beschriebene steuerliche Behandlung lediglich auf Fallkonstellationen wie die Leverage- oder Garantiemodelle anzuwenden ist, also Modelle, bei denen der Mitarbeiter kein wirtschaftliches Eigentum an den Aktien erlangt. Im Übrigen sollte ausdrücklich klargestellt werden, dass der Erwerb wirtschaftlichen Eigentums an Aktien des Unternehmens und deren Verwahrung über einen FCPE zu einem Zufluss von Arbeitslohn im Zeitpunkt des Erwerbs der FCPE-Anteile führt und der Freibetrag nach § 3 Nr. 39 EStG anwendbar ist. Die Veräußerung der so erworbenen Aktien durch Rückgabe der Beteiligung an dem FCPE ist hiernach als Einnahme nach § 20 Abs. 2 Nr. 1 EStG und nicht als lohnsteuerpflichtiger Arbeitslohn nach § 19 EStG anzusehen.

STELLUNGNAHME VOM 15. OKTOBER 2009 ZU DEM ENTWURF EINES BMF-SCHREIBENS ZUR  
LOHNSTEUERLICHEN BEHANDLUNG DER ÜBERLASSUNG VON VERMÖGENSBETEILIGUNGEN  
AB 2009

## **Zu Abschnitt 5    Anwendung**

Das geplante BMF-Schreiben soll ab dem 1. Januar 2009 anzuwenden sein. Dies würde bedeuten, dass die hierin festgelegten Grundsätze betreffend die steuerliche Behandlung von Mitarbeiterbeteiligungsprogrammen mittels eines FCPEs auch auf solche Programme anzuwenden wären, die im Kalenderjahr 2009 vor Veröffentlichung des BMF-Schreibens im Vertrauen auf die langjährige, von Anrufungsauskünften bestätigte Verwaltungsauffassung auf- und umgesetzt wurden. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass geldwerte Vorteile aus einer vergünstigten Überlassung von Aktien unter Berücksichtigung des Freibetrags nach § 3 Nr. 39 EStG im Lohnsteuerabzugsverfahren bereits versteuert wurden, so dass die Gefahr einer zweifachen Besteuerung besteht.

Soweit sich das Bundesministerium der Finanzen nicht der von uns vertretenen Rechtsauffassung anschließen sollte, dass innerhalb der Mitarbeiterbeteiligungsprogramme zu differenzieren ist und die Grundsätze von Abschnitt 4 des Entwurfs des BMF-Schreibens nicht auf die sog. "klassischen" FCPE-Modelle anzuwenden sind, sollte zumindest ein umfassender Bestandsschutz für in der Vergangenheit aufgelegte Mitarbeiterbeteiligungsprogramme aufgenommen werden, auch soweit der FCPE wegen der üblichen Haltefristen von fünf Jahren noch keinen Geldbetrag an die Arbeitnehmer ausgekehrt hat. Zudem sollte die Möglichkeit gewährt werden, die aktuell in der Umsetzungsphase bis Ende des Jahres befindlichen Programme noch entsprechend der bisherigen Verwaltungspraxis zu vollziehen.

Soweit nicht innerhalb der Mitarbeiterkapitalbeteiligungsprogramme differenziert wird, sollte also die Anwendung der geänderten Beurteilung von Mitarbeiterbeteiligungsprogrammen nach französischem Recht (FCPE) aus Vertrauensschutzgründen erst ab dem 1. Januar 2010 oder zumindest erst ab dem Zeitpunkt der Veröffentlichung des endgültigen BMF-Schreibens erfolgen. Die neue Verwaltungsauffassung darf in Bezug auf "klassische" FCPE-Programme allenfalls für Mitarbeiterbeteiligungsprogramme maßgeblich sein, die nach dem 31. Dezember 2009 aufgelegt werden. Vorher aufgelegte Programme müssen umfassenden Bestandsschutz unter Zugrundelegung der bisherigen Verwaltungsauffassung genießen.