

## **Stellungnahme von Business Angels Netzwerk Deutschland e.V. (BAND) zum Entwurf eines Fondsstandortgesetzes**

16. Dezember 2020

Business Angels Netzwerk Deutschland e.V. (BAND) dankt für die Möglichkeit, zum Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Fondsstandorts Deutschland und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/1160 zur Änderung der Richtlinie 2009/65/EG und 2011/61/EU im Hinblick auf den grenzüberschreitenden Vertrieb von Organismen für gemeinsame Anlagen (Fondsstandortgesetz – FoG) Stellung nehmen zu können.

Der Teil des Entwurfs, der vorsieht, die Rahmendaten für die nach dem KAGB regulierten Venture Capital Fonds attraktiver zu gestalten, wird von BAND sehr begrüßt. Somit kann eine seit 20 Jahren bestehende Schlechterstellung deutscher Fonds gegenüber Fonds, die in anderen Staaten der Europäischen Union angesiedelt sind, zumindest teilweise beendet werden. Im Hinblick auf diese vorgesehene Neuregelung möchten wir uns im Rahmen dieser Stellungnahme auf den Hinweis beschränken, dass der unbestimmte Rechtsbegriff des Wagniskapitalfonds in § 4 Nr. 8h UstG-E voraussichtlich zu Auslegungsschwierigkeiten führen dürfte.

Näher eingehen möchten wir auf die geplante teilweise Verbesserung der steuerlichen Bedingungen für Mitarbeiterbeteiligungsmodelle. Gerade in der Frühphase von Start-ups, wenn das Thema Mitarbeiterbeteiligung relevant wird, bilden in Deutschland Business Angels die größte Investorenklasse, nicht nur was deren Anzahl anbelangt, sondern auch hinsichtlich der Gesamtinvestitionssumme. Dabei geht es insbesondere um die zahlreichen Start-ups, die mit brillanten Ideen versuchen, hochinnovative Unternehmen aufzubauen. Und diese Unternehmen sind es dann auch, die - zumindest sobald sie etwas größer geworden sind - ausländische Investoren anlocken. Es sind genau diese Unternehmen, bei denen das Thema Mitarbeiterbeteiligung seit mindestens 25 Jahren eine ganz wesentliche Rolle spielt.

An dieser Stelle sei daran erinnert, dass die SAP AG das deutsche Unternehmen war, das aufgrund seines Mitarbeiterbeteiligungsmodells, welches sämtliche Mitarbeiter eingebunden hatte, zu einem Vorzeigeunternehmen Deutschlands geworden ist. Die SAP AG hat bereits Mitte der 80er Jahre ein Stock Option Modell über Wandelschuldverschreibungen aufgelegt und somit dafür gesorgt, dass sich, auch in einer Zeit, als die SAP AG bereits mehr als 10.000 Mitarbeiter zählte, jeder Mitarbeiter wie ein Mit-Unternehmer und nicht wie ein Arbeitnehmer verhielt.

## 1. Sinn und Zweck von Mitarbeiterbeteiligungsmodellen

Da junge Technologieunternehmen mangels ausreichender finanzieller Ressourcen an Mitarbeiter nicht dieselben Gehälter ausbezahlen können, die in der Großindustrie oder im gehobenen Mittelstand üblich sind, spielt für sie die Beteiligung der Mitarbeiter an dem von ihnen mitgeschaffenen Unternehmenswerten eine wesentliche Rolle. Gleichzeitig möchten die Gründer über diesen Weg ihre Mitarbeiter motivieren, möglichst lange dem Unternehmen treu zu bleiben – schließlich gehen mit jedem Mitarbeiterwechsel kostbare Zeit und Wissen verloren. Und sie wollen die Mitarbeiter dazu anregen, sich mit vollem Einsatz für die Realisierung der Unternehmensidee einzusetzen. Dadurch können junge Unternehmen das Auftreten des typischen Principal-Agent-Konflikts verhindern.

## 2. Ausgestaltungsformen von Mitarbeiterbeteiligungsmodellen bei Start-up Unternehmen

Idealtypisch wäre es, Mitarbeiter offen am Unternehmen zu beteiligen und nicht lediglich über Stock Optionen – dies ist in Deutschland nur bei Start-ups in der Rechtsform der Aktiengesellschaft möglich – oder über Virtuelle Beteiligungsmodelle (z.B. Phantom Shares).

### (i) Offene Beteiligung

Bisher konnten Mitarbeiter wegen der steuerlichen Risiken nur in der Zeit zwischen der Gründung des jungen Unternehmens und dem Zeitpunkt der ersten Finanzierungsrunde direkt gesellschaftsrechtlich beteiligt werden. Dabei wird zur Absicherung des Unternehmens, falls einzelne Mitarbeiter nicht mindestens vier Jahre beim Unternehmen verbleiben, ein Recht auf einen pro rata Ruckerwerb der übertragenen Anteile vereinbart. Dieser Ruckerwerb erfolgt entweder mittels einer Call Option oder einer Einziehungsregelung. Dieses Prinzip bezeichnet man als „Vesting“.

Die Vesting-Periode beträgt in der Regel 48 Monaten und grundsätzlich vestet die Beteiligung jeden Monat zu 1/48. Mithin sind nach 30 Monaten Betriebszugehörigkeit 30/48 der Beteiligung verdient und verbleiben bei dem Mitarbeiter, falls er das Unternehmen verlässt. Die restlichen 18/48 gehen an das Unternehmen zurück, weil der Mitarbeiter - ganz gleich aus welchem Grund - nicht weiterhin mindestens 18 Monate bei dem Unternehmen angestellt war, sondern aus dem Unternehmen ausgeschieden ist und damit nicht mehr zur weiteren Entwicklung des Unternehmenswertes beigetragen hat. Gleiches vereinbaren viele

Gründer sinnvollerweise auch häufig untereinander zur gegenseitigen Absicherung im Team. Schließlich ist die gesellschaftsrechtliche Beteiligung an die Erwartung einer andauernden Mitarbeit geknüpft, da kein Gründer oder Mitarbeiter Windfall Profits erzielen soll, indem er an künftigen Wertsteigerungen partizipiert, die er nicht mitgeschaffen hat.

(ii) Stock Optionen

Bei Stock Options erhält der Mitarbeiter ein gesellschaftsrechtlich abgesichertes Recht auf den Erwerb einer fest vereinbarten Anzahl an Gesellschaftsanteilen zu einem im Zeitpunkt der Optionsgewährung festgelegten Preis – dem sog. Strike Price. Auch hier wird fast immer eine Vesting-Abrede getroffen, deren Dauer ebenfalls 48 Monate beträgt. Verlässt der mit Optionsrechten ausgestattete Mitarbeiter zum Beispiel nach 2,5 Jahren das Unternehmen, sind 30/48 der Optionen gevestet, während 18/48 seiner Optionen verfallen. Den verbleibenden Anteil in Höhe von 30/48 der Optionen kann der Mitarbeiter sodann jederzeit einlösen und damit gegen Zahlung des Strike Prices von dem (ehemaligen) Arbeitgeber Anteile erwerben und diese anschließend frei veräußern.

Dieses Modell ist seit über 40 Jahren der Standard für Mitarbeiterbeteiligungsmodelle bei den erfolgreichen Technologieunternehmen im Silicon Valley oder in anderen High-Tech-Clustern weltweit. In Deutschland kann seit 1996 - und nur bei kleinen Aktiengesellschaften - ein „bedingtes Kapital“ geschaffen werden, um in einem gewissen Rahmen Stock Options ausgeben und bedienen zu können (§§192 und 193 AktG).

Während in der 2. Hälfte der 90er Jahren viele Start-ups in der Hoffnung auf einen möglichen Börsengang die Rechtsform der Aktiengesellschaft wählten, wurden Start-ups in den 2000er Jahren vor dem Hintergrund eines schwierigen Finanzierungsumfeldes primär in der Rechtsform einer GmbH gegründet. Erst in den letzten fünf Jahren, vor allem im Hinblick auf deutlich mehr potenzielle ausländische Kapitalgeber und aufgrund der geringeren bürokratischen Hindernisse, gewinnt die AG im Vergleich zu der GmbH wieder Anteile als Rechtsform.

(iii) Phantom Shares

Da bei einer GmbH bisher die Schaffung von bedingtem Kapital vom Gesetzgeber nicht zugelassen wurde, kann eine GmbH keine echten Stock Options ausgeben. Folgend hat man in der Praxis die Stock Options auf schuldrechtlicher Basis als eine Art Bonuszusage des Unternehmens nachgebildet. Hier verspricht das Unternehmen seinen Mitarbeitern, ihnen im Falle einer späteren Veräußerung des

Unternehmens – aber auch nur dann - einen Sonderbonus zu bezahlen für den Fall, dass der gemeinsam geschaffene Wert durch einen Kaufpreis für die Mehrheit der Anteile unstrittig dokumentiert ist und Finanzmittel fließen. Auch hier werden der Strike Price als der Preis, der den Wert der Gesellschaftsanteile im Zeitpunkt der Gewährung dieser Virtuellen Optionen – Phantom Shares – dokumentiert, und der Vesting-Zeitraum anfangs vereinbart. Anders als bei Stock Optionen hat der Mitarbeiter aber nur einen schuldrechtlichen Titel und kein gesellschaftsvertraglich abgesichertes Recht, was psychologisch auch wegen der rechtlichen Unsicherheiten den Wert der Identifikation mit dem Unternehmen deutlich einschränkt.

### **3. Würdigung des Entwurfs eines Fondsstandortgesetzes**

BAND sieht es als sehr positiv an, dass die Bundesregierung sich des Themas Mitarbeiterbeteiligung bei deutschen Start-ups annimmt. Eine effiziente und attraktive Möglichkeit, Mitarbeiter am Unternehmen zu beteiligen, ist ein wesentliches Element, um den Standort Deutschland für Start-ups attraktiv zu gestalten und einer Abwanderung der besten Start-ups ins Ausland entgegenzuwirken. Hierauf wird in Expertenkreisen seit Jahren hingewiesen (vgl. z.B. Gutachten der TU München für das Bundesfinanzministerium zu dem von BMF 2007 beabsichtigten Deutschen Private Equity Gesetz).

Der vorgelegte Entwurf verbessert die Möglichkeiten für eine offene Beteiligung von Mitarbeitern und insbesondere später hinzutretenden Mitgliedern der erweiterten Geschäftsleitung mittels sog. Restricted Stocks.

Das Vorhandensein eines rechtssicheren und leicht zu praktizierenden rechtlichen Rahmens für Mitarbeiterbeteiligungsmodelle ist für Business Angels und andere Kapitalgeber von großer Bedeutung, um wesentliche Personen, die Schlüsselpositionen im Unternehmen besetzen, mit einem echten finanziellen Einsatz („skin in the game“) ohne extrem hohe steuerliche Risiken einzubinden.

Zum Entwurf im Einzelnen:

#### a) Freibetrag des § 3 Nr. 39 EstG-E

Die Anhebung des Freibetrags mag zwar eine plakative Wirkung erzeugen, in der Sache wird diese Maßnahme jedoch für die Start-ups von geringerer Bedeutung sein. Für Mitarbeiter, die mittels eines ESOP-Programms darauf hoffen, einen wesentlichen Anteil des gesteigerten Unternehmenswertes zu erhalten, ist eine einmalige

Gewährung von EUR 720 relativ unbedeutend. Eine effektive Förderung von weiteren Formen der Mitarbeiterbeteiligung, wie unter 4. ausgeführt, wäre bedeutend nützlicher.

b) Die Regelung des § 19 a EstG-E

Hinsichtlich des § 19a EStG-E ist es zu begrüßen, dass sich der Gesetzgeber der Thematik der Besteuerung von Mitarbeiterbeteiligungen angenommen hat. Gerade die Gestaltung von Mitarbeiterbeteiligungen unter der Vermeidung von sog. Dry-Income ist bislang mit erheblichem Aufwand und Rechtsunsicherheiten verbunden. Dass der Gesetzgeber hier Abhilfe schaffen will, ist längst überfällig. Dies vorweg geschickt, müssen wir leider festhalten, dass der vorgelegte Entwurf des § 19a EStG-E stark verbesserungsbedürftig ist.

Grundsätzlich sind mit der Ausgestaltung von Mitarbeiterbeteiligungsprogrammen verschiedene Schwierigkeiten verbunden.

Dies sind insbesondere

- die Besteuerung der den Mitarbeitern gewährten Beteiligung bereits zum Zeitpunkt der Einräumung ohne einen gleichzeitigen Zufluss von Liquidität („Dry-Income“),
- die mit einer Einräumung einer echten Beteiligung an den Mitarbeiter verbundenen Gesellschafterrechte und -pflichten,
- die teils erheblichen Schwierigkeiten bei der Bewertung von Start-up Unternehmen,
- und die unterschiedliche Steuerbelastung eines Mitarbeiters in Abhängigkeit von der Zuordnung der Einkünfte zu den Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit oder zu den Kapitaleinkünften.

Der Entwurf des § 19a EStG-E versucht insbesondere die Problematik des ersten Punktes zu lösen. Hiernach führt die unentgeltliche oder verbilligte Übertragung einer Vermögensbeteiligung an einem Start-up Unternehmen nicht automatisch zu einem direkt (im Kalenderjahr der Gewährung) der Lohnsteuer unterfallenden geldwerten Vorteil. Der Arbeitgeber hat zu diesem Zeitpunkt vielmehr lediglich Sozialversicherungsbeiträge abzuführen. Die Vermögensbeteiligung muss hierbei zusätzlich zum geschuldeten Arbeitslohn gewährt werden. Ein Zufluss eines steuerpflichtigen Vorteils beim Mitarbeiter ohne entsprechende Liquidität zur Begleichung der Steuerlast scheidet demnach aus. Die vorläufige Nichtbesteuerung nach § 19a Absatz 1 EStG-E erfolgt hierbei auf Initiative des Arbeitgebers nur mit Zustimmung des Arbeitnehmers durch Freistellung im Lohnsteuerabzugsverfahren.

D.h., die grundsätzlich anfallende Lohnsteuer wird zunächst weder im Lohnsteuerabzugsverfahren noch im Rahmen der Veranlagung des Mitarbeiters zur Einkommensteuer erhoben. Der nicht besteuerte gemeine Wert der Vermögensbeteiligung und die übrigen Angaben zur Durchführung des Besteuerungsverfahrens sind vom Arbeitgeber jedoch im Lohnkonto aufzuzeichnen. Der gemeine Wert stellt die Anschaffungskosten der Vermögensbeteiligung dar. Mit der Übertragung der Vermögensbeteiligung an den Mitarbeiter geht diese in sein Privatvermögen über. Die Besteuerung von Ausschüttungen, Zinsen etc. und Veräußerungsgewinnen bzw. –verlusten richtet sich daher nach § 20 EStG bzw. nach § 17 EStG bei wesentlichen Beteiligungen am Start-up Unternehmen (Anteil mind. 1 %). Der im Kalenderjahr der Übertragung der Vermögensbeteiligung nicht besteuerte Arbeitslohn wird hierbei jedoch nicht endgültig „steuerfrei“ gestellt. Vielmehr wird die Besteuerung aufgeschoben. Tritt mithin einer der im neuen § 19a EStG-E aufgeführten Fälle ein, unterliegt der bisher nicht besteuerte Vorteil in vollem Umfang der Besteuerung und dem Lohnsteuerabzug. Der § 19a EStG-E ist erstmals auf Vermögensbeteiligungen anzuwenden, die dem Mitarbeiter nach dem 30. Juni 2021 übertragen werden.

Schwächen weist der vorliegende Entwurf insbesondere hinsichtlich der oben aufgeführten Punkte 2 und 3, der Definition der begünstigten Unternehmen und hinsichtlich der im Entwurf vorgesehenen Veräußerungsfiktionen auf.

#### Form der Vermögensbeteiligung

Nach § 19a EStG-E sind nur Vermögensbeteiligungen i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a), b) und f) bis l) sowie Abs. 2 bis 5 des Fünften Vermögensbildungsgesetzes an einem Unternehmen mit Sitz und Geschäftsleitung im Inland begünstigt. Hierunter fallen Aktien, Geschäftsanteile an einer GmbH, im 5. VermBG näher definierte Wandel- und Gewinnschuldverschreibungen, Genussscheine und Genussrechte sowie stille Beteiligungen. Nicht umfasst sind mithin jegliche Form der Optionsrechte - abgesehen von den gewährten Anteilen bei Ausübung einer bereits gewährte(Aktien-)Option - und der virtuellen Beteiligungen an einem Unternehmen. Dies macht im Hinblick auf § 19a EStG-E zwar noch Sinn, da es des hier geregelte Aufschubs der Besteuerung bei Optionsrechten und virtuellen Beteiligungen nicht bedarf. In beiden Fällen kommt es grundsätzlich erst bei einer Ausübung bzw. einem Exit zur entsprechenden Lohnbesteuerung, warum sich die Dry-Income Problematik mithin nicht stellt. Im Hinblick auf den oben aufgeführten Punkt 4 hätte man jedoch im Rahmen des FoG darüber nachdenken können, zumindest virtuelle Beteiligungen unter den Katalog der Kapitaleinkünfte vermittelnden Rechte nach § 20 Abs. 1 EStG und damit unter die begünstigte Besteuerung von Kapitaleinkünften zu fassen.

Daneben sieht der Gesetzeswortlaut vor, dass die Vermögensbeteiligung dem Arbeitnehmer von *seinem Arbeitgeber* gewährt wird. Ob hierunter, wie der Verweis auf § 2 Abs. 2 5. VermBG zumindest vermuten lässt, auch Vermögensbeteiligungen an einem Unternehmen, das im Sinne des § 18 Abs. 1 des Aktiengesetzes als herrschendes Unternehmen mit dem Unternehmen des Arbeitgebers verbunden ist, fallen, sollte jedenfalls klargestellt werden. Insoweit sollte ebenfalls klargestellt werden, dass § 19a EStG-E auch auf eine durch den Arbeitgeber gegründete und von diesem Mitarbeiterbeteiligungsgesellschaften (indirekte Beteiligung) Anwendung findet.

### Bewertung von Start-up Unternehmen

Wie in Punkt 3 bereits angerissen, stellt sich auch im Rahmen des § 19a EStG-E das Problem der Bewertung von Start-up Unternehmen, da der gemeine Wert der Vermögensbeteiligung im Kalenderjahr der Übertragung vom Arbeitgeber im Lohnkonto aufzuzeichnen ist. Es ist ein hinreichend bekanntes Problem, dass die Bewertung von Start-up Unternehmen erhebliche Schwierigkeiten bereiten kann und oft zu Diskussionen mit der Finanzverwaltung führt. Grund hierfür ist insbesondere, dass eine aussagekräftige Vergangenheitsanalyse aufgrund der kurzen Vergangenheit der Unternehmen kaum möglich ist. Zudem liegen meist (sehr) wenige Erfahrungswerte vor, was die Schätzunsicherheit der zukünftigen Zahlen somit im Vergleich zu etablierten Unternehmen noch erhöht. Des Weiteren ist in der Regel auch eine Marktanalyse nicht oder nur eingeschränkt möglich, da Start-up Unternehmen meist über neue, disruptive Geschäftsmodelle verfügen und auf neuen Märkten tätig sind. Daher ist eine Einschätzung des Marktes und seiner zukünftigen Entwicklung sehr schwierig. Schließlich ist auch die Aussagekraft von weniger als ein Jahr zurückliegenden Finanzierungsrunden meist sehr beschränkt, da Investoren in diesem Rahmen nicht vom aktuellen Verkehrswert ausgehen, sondern eine zukunftsbezogene Bewertung unter Berücksichtigung erheblicher Unsicherheiten vornehmen. Darüber hinaus erfolgt im Rahmen dieser Finanzierungsrunden stets die Ausgabe verschiedener Anteilsgattungen – mit Erlös- oder Liquidationspräferenzen – die mit den im Rahmen des § 19a EStG-E ausgegebenen Stammgeschäftsanteilen nicht vergleichbar sind. Daher sollte der Gesetzgeber das FoG dafür nutzen, spezielle Bewertungsmethoden für Start-up Unternehmen einheitlich festzulegen.

Die Regelung zur Ermittlung des Wertes der dem Mitarbeiter übertragenen Gesellschaftsanteile sollte nicht mittels einer extrem zeit- und kostenintensiven Einholung von Anrufungsauskünften bei der Finanzverwaltung erfolgen, zumal dann

noch das Risiko einer abweichenden Beurteilung durch die Wohnsitz-Finanzämter verbleibt.

Wir schlagen vielmehr vor, für die Bewertung per gesetzlicher Normierung auf § 11 (2) BewG abzustellen werden. Damit wäre der letzte in den vergangenen 12 Monaten durch eine Dritt-Transaktion ermittelte gemeine Wert (= Fair Market Value (FMV)) der Anteile maßgeblich. Wenn es keine Anteilsverkäufe in den letzten 12 Monaten gegeben hat, müsste doch, trotz der genannten Schwierigkeiten, alternativ die letzte Anteilsbewertung im Rahmen einer Kapitalerhöhung, bei der sich neue Investoren, namentlich Business Angels oder Venture Capital Fonds mit Eigenkapital, an dem Start-up beteiligt haben, herangezogen werden, wobei jedoch Abschläge im Hinblick auf Liquidationspräferenzen von z.B. 20 % vorzunehmen wären. Erst als letzte Möglichkeit wäre ein WP-Gutachten als maßgeblich heranzuziehen. Das Bewertungsverfahren sollte im Gesetzestext exakt beschrieben und geregelt werden, damit größtmögliche Handlungssicherheit bei geringsten Kosten für die Unternehmen geschaffen wird und keine unnötige Belastung der Finanzverwaltung eintritt.

#### Begünstigte Unternehmen

§ 19a EStG-E gilt nur für Arbeitnehmer von Kleinunternehmen sowie kleinen und mittleren Unternehmen (KMU), deren Gründung nicht mehr als zehn Jahre zurückliegt. Hierbei gelten folgende Schwellenwerte, die zum Zeitpunkt der Übertragung der Vermögensbeteiligung erfüllt sein müssen: KMU - weniger als 250 Mitarbeiter, Jahresumsatz höchstens 50 Mio. Euro oder Jahresbilanzsumme höchstens 43 Mio. Euro; kleines Unternehmen - weniger als 50 Mitarbeiter, Jahresumsatz und Jahresbilanzsumme höchstens 10 Mio. Euro; Kleinunternehmen - weniger als 10 Mitarbeiter, Jahresumsatz und Jahresbilanzsumme höchstens 2 Mio. Euro.

Hier stellt sich nach unserer Ansicht vor allem die Frage der zeitlichen Limitierung. Es erscheint nicht schlüssig, dass § 19a EStG-E nur für Arbeitgeber gilt, die im Zeitpunkt der Gewährung als KMU qualifizieren. Wie schon die Schwierigkeiten im Rahmen der Corona-Beihilfen deutlich gezeigt haben, werden hierdurch gerade schnell wachsende und entsprechend erfolgreiche Start-up Unternehmen benachteiligt. Daher sollte eine zeitliche Flexibilisierung vorgenommen werden und eine gewisse Zeitspanne ins Gesetz aufgenommen werden, innerhalb welcher der Arbeitgeber als KMU qualifizieren muss.

### Veräußerungsfiktionen

Nach § 19a Abs. 4 EStG-E endet der Aufschub der Lohnbesteuerung, wenn die Vermögensbeteiligung ganz oder teilweise entgeltlich oder unentgeltlich übertragen wird, nach Ablauf von zehn Jahren seit der Übertragung der Unternehmensbeteiligung oder wenn das Dienstverhältnis zum bisherigen Arbeitgeber endet.

Zuzustimmen ist, dass der Aufschub der Besteuerung in Fällen, wie z.B. der Veräußerung endet, bei denen dem Arbeitnehmer Liquidität zufließt und sich die Dry-Income Problematik mithin nicht mehr stellt. Ob dies auch für den Fall der (Ersatz-)Realisationstatbestände gelten muss, die von Entscheidungen der Arbeitnehmer abhängen (u.a. Einlage der Vermögensbeteiligung in eine UG/GmbH), kann zumindest diskutiert werden.

Jedenfalls nicht nachzuvollziehen sind die zeitliche Befristung auf zehn Jahre und die Beendigung des Aufschubs der Besteuerung mit der Beendigung des Dienstverhältnisses. Auch wenn Start-up Unternehmen teils (deutlich) schneller wachsen als andere Unternehmen, steht es jedoch keinesfalls fest, dass nach 10 Jahren bereits die Gewinnzone oder der geeignete Zeitpunkt für einen Exit erreicht ist. Diese Befristung kann mithin Fehlanreize dahingehend setzen, dass Mitarbeiter zu früh veräußern (müssen) und mithin am wirklichen Wertzuwachs gar nicht partizipieren (können).

Noch schwerwiegender könnte sich die Beendigung des Aufschubes bei Beendigung des Dienstverhältnisses auswirken. Diese Regelung bewirkt bei sehr jungen Unternehmen quasi eine erhebliche Erschwernis der Kündigung für die Arbeitnehmer. Auch enthalten, wie erwähnt, Mitarbeiterbeteiligungsprogramme stets Regelungen bezüglich der Erdienung der Beteiligungen durch die Arbeitnehmer (Vesting). Fester Bestandteil ist dann, dass vom Mitarbeiter nicht erdiente Anteile an das Unternehmen zurückgehen bzw. die Anteile von dem Unternehmen zurückgekauft werden, so dass es dieses Realisationstatbestandes nicht bedarf.

Sowohl die Beschränkung auf 10 Jahre als auch die Beendigung des Aufschubs bei Beendigung des Dienstverhältnisses sollten mithin gestrichen werden.

#### **4. Vorschläge für eine sinnvolle Ergänzung der von der Bundesregierung versprochenen Stärkung der Mitarbeiterbeteiligung bei deutschen Startups**

Folgende über die Regelungstatbestände des Entwurfes eines Fondsstandortgesetzes hinausgehenden Reformschritte zur Stärkung des Standorts Deutschland für forschungsintensive hochtechnologiebasierte Startups halten wir für erforderlich:

a) Aktienrecht

Die Beschränkung des Umfangs, in dem bei Aktiengesellschaften Stock Optionen ausgegeben werden dürfen und mit bedingtem Kapital unterlegt werden können, sollte von 10% des registrierten Grundkapitals (so § 192 Abs. 3 Satz 1 AktG) auf 20% des registrierten Grundkapitals angehoben werden. Für die Motivation und Bindung einer größeren Anzahl von Mitarbeitern und Führungskräften reichen rechnerisch 9,1% des Unternehmens nicht aus. Vielfach haben diese Programme bei erfolgreichen Unternehmen einen Umfang von bis zu 20%, die dann über Hilfskonstruktionen abgebildet werden müssen. Im internationalen Vergleich stellt die 10% Grenze im deutschen Recht einen klaren Standortnachteil dar, dessen Ausweitung keine Belastung für den Bundeshaushalt darstellen, sondern eher zu Mehreinnahmen führen dürfte.

Die Wartefrist von vier Jahren in § 193 Abs. 2 Nr. 4 AktG sollte entweder gänzlich aufgehoben oder auf ein Jahr reduziert werden. Diese Reduktion sollte zumindest bei den von der Regelung des §19a EstG begünstigten Unternehmen zur Anwendung gebracht werden. Es sollte den Mitarbeitern ermöglicht werden, ihre Optionen, sobald sie ganz oder teilweise gevestet sind, auch in echte Aktien einzulösen und sich über den Verkauf ihrer Aktien den Lohn für ihre Arbeit zu verschaffen. Es gibt keinen Grund, künstlich vier Jahre zu warten, zumal dies die Administration bei den Unternehmen erschwert. Noch wichtiger ist aber, dass deutsche Stock Option Programme den Mitarbeitern dieser deutschen Start-ups im Ausland, z.B. bei einer Tochtergesellschaft im Silicon Valley, dieselben steuerlichen Rahmenbedingungen gewähren können wie sie vergleichbare US-Unternehmen am selben Standort ihren Mitarbeitern gewähren. Dadurch ist eine bewusste Benachteiligung deutscher Unternehmen im internationalen Wettbewerb abzubauen.

Der Kreis derjenigen, denen eine Aktiengesellschaft Stock Optionen gewähren darf und der in § 193 Abs. 2 Nr. 3 AktG festgelegt ist, sollte für die von § 19a EstG erfassten Start-ups um den Kreis der freien Mitarbeiter und Aufsichtsräte erweitert werden. Gründer müssen häufig auf freie Mitarbeiter für zwingend notwendige Schlüsselqualifikationen und Funktionen zurückgreifen und möchten diese nach Möglichkeit durch eine gesellschaftsrechtliche Beteiligung an ihr Unternehmen binden und sich dadurch hohe Beraterkosten sparen. Gleiches gilt für Aufsichtsräte, die, anders als bei DAX-Unternehmen, keine fixen Aufsichtsratsstantiemen bekommen, aber für die Gründer als Coach und Wegbegleiter im höchsten Maße wertvoll sind.

Die Notwendigkeit zur Fixierung eines Erfolgszieles im Sinne von § 193 Abs. 2 Nr. 4 AktG sollte ganz entfallen. Hilfsweise sollte zumindest klargestellt werden, dass es

dafür ausreichend ist, dass der Strike Price dem FMV zum Zeitpunkt der Optionsbegebung entspricht, was dem Vorgehen in der internationalen Praxis entspricht. Das Kriterium „Erfolgsziel“ hindert ähnlich wie die Wartefrist die Gleichstellung deutscher Stock Optionsprogramme in der steuerlichen Anerkennung als Incentive Stock Options im Ausland.

b) GmbH Recht

Damit auch in einer GmbH den Mitarbeitern die Möglichkeit einer rechtssicheren Gewährung von Stock Options eingeräumt werden kann, ist es dringend erforderlich, auch in einer GmbH das Institut des „bedingten Kapitals“ einzuführen und zuzulassen. Es gibt rechtspolitisch keinen Grund, warum der Gesetzgeber 2008 in der GmbH zwar die Schaffung von genehmigtem Kapital in § 55a GmbHG analog zu § 202 AktG zugelassen hat, nicht aber die Schaffung von bedingtem Kapital analog zu §§ 192 ff AktG.

Wenn es bedingtes Kapital auch bei einer GmbH gäbe, könnten Mitarbeiter rechtssicher mit Optionen auf GmbH-Anteile an ihrem Unternehmen beteiligt werden und müssten nicht mehr fürchten, mit ihrem arbeitsvertraglichen Anspruch nicht berücksichtigt zu werden. Auch könnten sie so schon vor einem für den Mitarbeiter unabsehbar in der Ferne liegenden Exit Event, der auch zur Auszahlung des Benefits aus den Phantom Shares führt, ihre Anteile veräußern. Sie könnten wie in einer AG nach Ablauf ihrer Vesting-Halteperiode ihre Optionen ausüben und die entsprechenden GmbH-Anteile erwerben und als Folge dessen diese Anteile im Rahmen der Einkünfte aus Kapitalvermögen veräußern.

c) Steuerrecht

Vergleichbar zu der vorgeschlagenen Regelung des § 19a EstG sollte der Gesetzgeber regeln, dass bei der Ausgabe von Stock Options weder zum Zeitpunkt ihrer Gewährung noch bei deren Ausübung Lohnsteuer anfällt, sofern der Mitarbeiter spätestens bei der Ausübung der Stock Options den Verkehrswert an das Unternehmen zahlt, den die Anteile zu dem Zeitpunkt der Optionsgewährung gehabt haben, hätte der Mitarbeiter sie bereits zu dem Zeitpunkt der Optionsgewährung erworben. In der Regel ist dies bei Stock Optionsprogrammen in den Stock Optionsbedingungen enthalten. Folglich wären die Wertzuwächse während der aktiven Beteiligung des Mitarbeiters an dem fraglichen Unternehmen Einkünfte aus Kapitalvermögen so wie dies im Falle des neuen § 19a EstG vorgesehen ist.

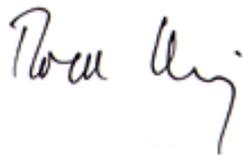
## 5. Zusammenfassung

Die Initiative der Bundesregierung zur Verbesserung der steuerlichen Rahmenbedingungen für Mitarbeiterbeteiligungen wird von BAND ausdrücklich begrüßt. Allerdings wird mit der Anhebung des Freibetrags in § 3 Nr. 39 EStG-E kaum eine Wirkung erzielt.

Die Neuregelung des § 19a EStG-E ist hinsichtlich der Form der Vermögensbeteiligung, der Bewertung von Start-up Unternehmen, der Bestimmung der begünstigten Unternehmen und der Veräußerungsfiktionen in vielen Punkten verbesserungsbedürftig.

Zusätzlich zu der Neuregelung des § 19a EStG-E sollte

- das Aktienrecht in den §§ 192 und 193 AktG in dem Maße angepasst werden, dass deutsche Start-ups im In- und Ausland wieder wettbewerbsfähig werden;
- das GmbHG um eine Regelung zur Ermöglichung von bedingtem Kapital analog zu den §§ 192 ff AktG ergänzt werden,
- im Steuerrecht eine Regelung am Ende von § 19a EStG-E eingeführt werden, die die lohnsteuerliche Behandlung von Stock Options der bei der Ausgabe von echten Gesellschaftsanteilen gleichstellt.



(Dr. Roland Kirchhof)



(Dr. Ute Günther)

Vorstand BAND

*Die BAND Stellungnahme zum Fondsstandortgesetz wurde unter fachlicher Mitwirkung von Prof. Dr. Christoph von Einem, Rechtsanwalt, ARQIS Rechtsanwälte, München, und Florian Merkle, Counsel und Steuerberater, Osborne Clarke, Köln, erstellt.*