

Geschäftsführender Herausgeber:

Dr. Wolfgang Weitnauer, Rechtsanwalt in München

Herausgegeben von:

Professor Dr. Wulf Goette, Vorsitzender Richter am BGH a. D.

Professor Dr. Mathias Habersack, LMU München

Dr. Hildegard Ziemons, Rechtsanwältin beim BGH, Karlsruhe

Mitarbeiterbeteiligung: „Echt“ oder virtuell?

Rechtsanwalt Dr. Wolfgang Weitnauer, M. C. L.; Weitnauer Partnerschaft mbB Rechtsanwälte Steuerberater, München

Vor allem kapitalmarktorientierte Gesellschaften sind daran interessiert, ihre Führungskräfte an ihrem zukünftigen wirtschaftlichen Erfolg partizipieren zu lassen, um sie langfristig an sich zu binden, ihre Motivation zu steigern und die Identifikation mit dem Unternehmen zu erhöhen. Aus gleichen Gründen ist es aber auch bei Venture-Capital-finanzierten Startup-Unternehmen der Gründerszene üblich, wertorientierte und variable Entlohnungsmodelle einzuführen, zumal dort anfänglich oft nur geringe Gehälter gezahlt werden können. Mitarbeiterbeteiligungsprogramme sollen Anreize schaffen, die Arbeitskraft auch zukünftig bestmöglich einzusetzen und so zum unternehmerischen Erfolg beizutragen.

Die Mitarbeiterbeteiligungsmodelle reichen von der unentgeltlichen oder verbilligten Gewährung von Aktien oder Geschäftsanteilen an der Gesellschaft als „echter“ Beteiligung über die Begebung von Aktienoptionen (Stock Options) bis hin zu schuldrechtlichen Gestaltungen, durch die ein Aktien- bzw. Geschäftsanteilserwerb virtuell nachgebildet wird (Phantom Stocks), indem dem begünstigten Mitarbeiter ein nur schuldrechtlicher Anspruch auf eine anteils-wertorientierte Barvergütung bei einem Unternehmensverkauf (Exit) eingeräumt wird. Der Gesetzgeber hat mit dem zum 1.7.2021 in Kraft getretenen Fondsstandortgesetz (BStBl. 2021 I 1498 ff.) u. a. das Ziel verfolgt, die „echte“ Mitarbeiterbeteiligung von den hiermit verbundenen lohnsteuerlichen Nachteilen zu befreien. Ob dies wirklich gelungen ist, sei im Folgenden untersucht.

I. Echte Beteiligung durch Einräumung von Geschäftsanteilen

1. Grundsätzliche steuerliche Folgen

a) Dry Income Besteuerung

Bei der direkten Beteiligungsform liegt der Anreiz im Wertzuwachs der eigenen Anteile, deren Veräußerung dann, je nachdem ob die Beteiligung über oder unter der Schwelle von 1% des Kapitals der Kapitalgesellschaft liegt, entweder der Besteuerung nach dem Teileinkünf-

teverfahren, §§ 17, 3 Nr. 40 lit. c EStG oder (bei im Privatvermögen gehaltenen Anteilen unabhängig von der Haltedauer) der Abgeltungsbesteuerung mit 25% gemäß §§ 20 II 1 Nr. 1, 32 d EStG unterliegt.

Jedoch begründet die Einräumung „echter“ Gesellschaftsanteile (auch wenn sie nur mittelbar erworben werden) das lohnsteuerliche Risiko, dass bei unentgeltlicher oder auch nur vergünstigter Übertragung einer solchen Beteiligung der hiermit verbundene geldwerte Vorteil als verdeckter Arbeitslohn zu versteuern ist, sofern Grundlage der Zuwendung der Gesellschaftsanteile ein Dienst- oder Arbeitsverhältnis und keine vom Arbeitsverhältnis unabhängige Sonderrechtsbeziehung ist (Schmidt/Krüger, EStG, 40. Aufl., 2021, § 19 Rdnr. 100 „Aktien“). Hieran ändert sich nichts, wenn die Ausgabe „echter“ Gesellschaftsanteile nicht über eine Kapitalerhöhung, sondern von dritter Seite, etwa seitens der Gründungsgesellschafter erfolgen würde (BFH, Ur. v. 7.5.2014, VI R 73/12; BeckRS 2014, 95358 = GWR 2014, 402 [Roth]; Schmidt/Krüger, aaO, § 19 Rdnr. 70). Gleiches gilt für den Fall, dass geschäftsführenden Gründungsgesellschaftern für den Fall einer Mehrheitsveräußerung im Rahmen einer Gesellschaftervereinbarung eine zusätzliche Vergütung in Form eines „Exit-Bonus“ eingeräumt wird (FG Münster, Ur. v. 12.12.2014, BeckRS 2014, 96571 = GWR 2015, 132 [Schuhknecht]).

Ein geldwerter Vorteil entfällt jedoch, wenn ein Erwerbspreis in Höhe des vollen Werts im Erwerbszeitpunkt vereinbart wird (BFH, Ur. v. 4.10.2016, BeckRS 2017, 941226 = GWR 2017, 87 [Lay] = BStBl. II 2017, 790). Zwar kann ein den Nennwert übersteigender Kaufpreis oder eine entsprechende Zahlung von der Gesellschaft auch durch Darlehen, erfolgsabhängige Boni oder auch durch verzinste Stundung bis zum Exit-Zeitpunkt finanziert werden, doch wird die Zahlungspflicht bei ihrer Stundung nicht offen bleiben können, sondern wird ein bestimmter Endzeitpunkt bestimmt werden müssen. In diesen Fällen eines

finanzierten Anteilserwerbs trägt der Mitarbeiter somit das Risiko eines späteren Wertverlusts, doch mag dieses Risiko in reiferen Phasen eines Unternehmens klarer kalkulierbar sein.

b) Hurdle Shares

Den grundsätzlich steuerpflichtigen geldwerten Vorteil kann man auch vertraglich dadurch reduzieren, dass der Wert der Beteiligung im Zeitpunkt der Übertragung als negativer Rechnungsposten vom pro rata-Erlösanteil der durch die Zuwendung nicht bevorrechtigter Stammgeschäftsanteile begünstigten Mitarbeiter in Abzug gebracht wird (sog. „Hurdle Shares“). Hierfür wird in der Vertragspraxis im Rahmen einer Liquidationspräferenzregelung auf der letzten Ebene der Verteilung auf sämtliche Anteile vorgesehen, dass die Erlösbeteiligung der Mitarbeiter nur dann einsetzt, wenn der rechnerisch anteilig auf die Hurdle-Shares entfallende Exit-Erlös höher ist als der Wert der Beteiligung im Zeitpunkt ihrer Zuwendung (Schönhaar, GWR 2020, 313, 315, der von „Zero-Shares“ spricht; hierzu eingehend auch Kuntz/Engelhardt, ZGR 2021, 349 ff., 362 f., die auf die „growth shares“ englischen Rechts als Vorbild verweisen). Allerdings setzt diese vertragliche „Entkernung“ eines zugewandten geldwerten Vorteils voraus, dass die Mitarbeiterbeteiligung Teil eines die Liquidationspräferenz auslösenden Mehrheits- oder Gesamtverkaufs ist. Weitergehend müsste daher auch für den Fall einer gesonderten Verfügung oder auch Einziehung der Mitarbeiterbeteiligung geregelt werden, dass dieser Wert als Abzugsposten anzusetzen bzw. ein entsprechender Erlösanteil an die Gesellschaft abzuführen ist. Jedweder geldwerte Vorteil entfällt aber auch erst dann, wenn zusätzlich Gewinnbezugs- und Stimmrechte für die Mitarbeiterbeteiligung ausgeschlossen werden. All dies bedeutet, dass die Einräumung von Hurdle Shares in der Praxis, auch wegen der ansonsten bestehenden Bewertungsunsicherheiten (hierzu und zur Berücksichtigung „negativer Liquidationspräferenzen“ als Teil schuldrechtlicher Abreden bei der Ermittlung des gemeinen Werts Kuntz/Engelhardt, ZGR 2021, 348, 364 f., 370 ff.) allenfalls im Rahmen einer Finanzierungsrunde in Betracht kommt, bei der von Dritten eine Bewertung bestimmt wird. Selbst wenn man aber die „Hurdle Shares“ als bloßes vermögensrechtliches Teilhaberecht ausgestaltet, verbleiben Mitarbeitern in ihrer Rolle als „Schattengesellschafter“ unentziehbare Gesellschafterrechte, wie etwa das Recht auf Teilnahme an Gesellschafterversammlungen oder Informationen nach § 51 a GmbHG. Auch dies wird in der Praxis kaum gewollt sein, da es zu vermeidbarer Komplexität im Gesellschaftergefüge führt.

2. Die Neuregelung des § 19 a EStG

a) Der Besteuerungsaufschub

Die mit der Mitarbeiterbeteiligung verbundenen steuerlichen Probleme hat der Gesetzgeber im Zusammenhang mit dem Fondsstandortgesetz erkannt und mit § 19 a EStG ein auf KMUs, die nicht älter als 12 Jahre sind, (und damit speziell Startup-Unternehmen) be-

schränktes Instrument geschaffen, um die Mitarbeiterbeteiligung in Form von Vermögensbeteiligungen, darunter nach § 2 I Nr. 1 lit a, h des 5. VermBG Aktien und GmbH-Anteile, attraktiver zu gestalten. Durch den hier vorgesehenen Besteuerungsaufschub soll für alle solchen Unternehmensbeteiligungen, die nach dem 30.6.2021 eingeräumt werden, § 52 XXVII EStG, die „Dry income“-Besteuerung des geldwerten Vorteils bei Zuwendung der Beteiligung, ohne dass dem Arbeitnehmer liquide Mittel zugeflossen sind, vermieden werden. Der Steueraufschub durch § 19 a EStG besagt, dass der geldwerte Vorteil im Sinne von § 19 I 1 Nr. 1 EStG nicht der Besteuerung im Kalenderjahr der Übertragung unterliegt, sofern der Arbeitnehmer dem im Jahr der Veranlagung zustimmt, § 19 a II 1 EStG; eine Nachholung der vorläufigen Nichtbesteuerung in einer späteren Veranlagung ist nach § 19 a II 2 EStG ausgeschlossen, weshalb es bei der Sofortbesteuerung verbleibt, sofern der Arbeitnehmer nicht zustimmt.

Nach § 19 a IV EStG unterliegt der gesamte zunächst nicht besteuerte Arbeitslohn dann der Lohnbesteuerung, wenn die Vermögensbeteiligung ganz oder teilweise entgeltlich oder unentgeltlich übertragen wird, auch bei Einlagen in ein Betriebsvermögen (Nr. 1), seit der Übertragung der Vermögensbeteiligung 12 Jahre vergangen sind (Nr. 2) oder das Dienstverhältnis zu dem bisherigen Arbeitgeber beendet wird (Nr. 3). Im zuletzt genannten Fall der Beendigung des Dienstverhältnisses kann aber der Arbeitgeber die Lohnsteuer übernehmen, ohne dass dann der übernommene Abzugsbetrag Teil des zu versteuernden Arbeitslohns wäre, § 19 a IV Nr. 3 S. 2 EStG. Diese Möglichkeit der „Nettolohnvereinbarungen“ kann als Ausgleich dienen, wenn der Arbeitgeberwechsel nicht zum Zufluss liquider Mittel beim Arbeitnehmer führt. Allerdings werden Mitarbeiterbeteiligungen in der Regel durch Vesting-Regelungen zu Good- und Bad-Leaver-Fällen beschränkt, die dann ihrerseits zu einer vom Arbeitgeber zu bezahlenden Abfindung für die je nach dem Leaver-Fall zu übertragenden bzw. einzuziehenden Anteile und somit zum Zufluss von Liquidität beim Mitarbeiter führen. Dennoch verträgt sich die nur aufgeschobene und beim Arbeitgeberwechsel eintretende Steuerlast nicht mit der Arbeitnehmermobilität, die für Startups kennzeichnend ist (so auch Kuntz/Engelhardt, ZGR 2021, 348, 356).

§ 19 a EStG sieht nur einen Besteuerungsaufschub für die Lohnsteuer vor. Hierdurch nicht berührt wird die Sozialversicherungspflicht des nicht besteuerten Vorteils. Dieser ist nach § 19 a I 4 EStG jedoch bei der Berechnung der Vorsorgepauschale nach § 39 b II 5 Nr. 3 EStG einzubeziehen.

b) Bewertung

Bewertungsstichtag für den nachzuersteuernden geldwerten Vorteil ist grundsätzlich der Zuflusszeitpunkt. Dabei werden nach § 19 a I 5 EStG die Anschaffungskosten mit dem gemeinen Wert der Vermögensbeteiligung angesetzt. Um diesen Wert rechtssicher zu klä-

ren, sieht Abs. 5 vor, dass das Betriebsstättenfinanzamt nach der Übertragung einer Vermögensbeteiligung im Rahmen einer Anrufungsauskunft, § 42e EStG, den nicht besteuerten Vorteil durch einen feststellenden Verwaltungsakt zu bestätigen hat. Auskunftsberechtigt sind insoweit die am Lohnsteuerverfahren Beteiligten, mithin der Arbeitgeber als auch der beteiligte Arbeitnehmer, jedoch erst nach tatsächlicher Verwirklichung des Sachverhalts, also erst nach der Übertragung der Vermögensbeteiligung und nicht im Vorhinein. Der nicht besteuerte geldwerte Vorteil und weitere zur Durchführung des Besteuerungsverfahrens benötigte Angaben sind vom Arbeitgeber im Lohnkonto, § 4 LStDV, aufzuzeichnen, § 19a VI 1 EStG.

Spätere Wertveränderungen werden nicht mehr durch den Arbeitgeber vermittelt, sondern sind der privaten Vermögenssphäre des Arbeitnehmers zuzuordnen. Für den Verlustfall sieht jedoch § 19a IV 4 EStG eine Ausnahme vor: Ist der gemeine Wert der Vermögensbeteiligung, ggf. unter Berücksichtigung geleisteter Zuzahlungen bei verbilligter Übertragung, seit der Übertragung gesunken, wird nur der niedrigere Wert (abzüglich der Zuzahlungen) der Nachversteuerung unterworfen. Bewertungsstichtag im Verlustfall ist somit der Nachversteuerungszeitpunkt. Für die Ermittlung der Anschaffungskosten nach § 19a IV 5 EStG ist nur der tatsächlich besteuerte Arbeitslohn maßgeblich. Diese Begünstigungen gelten nur dann nicht, wenn die Wertminderung nicht betrieblich veranlasst ist oder durch gesellschaftsrechtliche Maßnahmen, etwa eine Ausschüttung oder Einlagerückgewähr, herbeigeführt wird, § 19a IV 6 EStG. Wenn die Bewertung des Startup-Unternehmens nicht gesunken ist, bleibt aber im Fall einer Pflicht zur Übertragung von Anteilen wegen Vesting-Regelungen bei vorzeitigem Dienstende der geldwerte Vorteil im Zeitpunkt der Einräumung der Anteile voll lohnsteuerpflichtig, obwohl der Mitarbeiter ganz oder teilweise nur zum Buchwert abgefunden wird; in diesem Fall muss der ausscheidende Mitarbeiter somit die möglicherweise seine Abfindung übersteigende Lohnsteuer tragen.

c) Freibetrag

Ergänzt wird der Besteuerungsaufschub durch § 19a EStG durch den auf 1.440 € erhöhten Freibetrag für das betreffende Kalenderjahr gem. § 3 Nr. 39 EStG. Anders als § 19a EStG, der nach Abs. 3 den Lohnsteueraufschub auf Unternehmen beschränkt, die die KMU-Kriterien erfüllen (Unternehmen mit weniger als 250 Mitarbeitern bei einem Jahresumsatz von höchstens 50 Mio. € oder einer Jahresbilanzsumme von höchstens 43 Mio. €) bzw. im vorangegangenen Kalenderjahr nicht überschritten haben und deren Gründung nicht mehr als 12 Jahre zurückliegt, sieht die Freibetragsregelung des § 3 Nr. 39 EStG diese Voraussetzung nicht vor. Stattdessen ist aber Voraussetzung für seine Gewährung, dass die Beteiligung allen Arbeitnehmern, die ein Jahr oder länger im Unternehmen beschäftigt sind, offensteht. Wird somit – wie es die Regel ist – bei KMUs die Mitarbeiterbeteiligung nur ausgesuchten Führungskräften bzw. Know-How Trä-

gern gewährt, kommt somit der Freibetrag nicht in Ansatz.

d) Mittelbare „echte“ Beteiligung

Im Hinblick darauf, dass die Mitarbeiterbeteiligung nicht zu einer zu großen Anzahl von Mini-Beteiligungen führen sollte, die Abstimmungsverfahren erschweren und auch im Hinblick auf das diesbezügliche Mitwirkungserfordernis weitere Finanzierungsrunden blockieren könnten, ist von wesentlicher Bedeutung, dass § 19a 1 2 EStG den Lohnsteueraufschub auch dann gewährt, wenn die Vermögensbeteiligungen mittelbar über Personengesellschaften gehalten werden. Durch die Bündelung der Beteiligungen in einer eigenen Zwischen-Personengesellschaft kann auch der Informationsfluss zu den Mitarbeitern kanalisiert und vermieden werden, dass einzelne Mitarbeiter ihre Auskunfts- und Mitbestimmungsrechte in der Gesellschaft direkt ausüben können. Hierfür bietet sich, außer der GbR, bei einer größeren Anzahl zu beteiligender Mitarbeiter die steuerlich transparente KG-Struktur an. Arbeitnehmerbeteiligungsgesellschaften sind nach § 2 I Nr. 6 KAGB vom Anwendungsbereich des KAGB ausgenommen (Boxberger in Weitnauer/Boxberger/Anders, 3. Aufl. 2021 Rn. 12). Bei einer GmbH & Co. KG-Struktur können die Startup-Gründer bzw. ihre jeweilige Beteiligungsgesellschaft die Komplementärstellung und damit die Vertretung der Mitarbeiterbeteiligungsgesellschaft übernehmen; das Startup-Unternehmen kann sich hingegen als geschäftsführender Kommanditist (zur Vermeidung der gewerblichen Prägung) beteiligen. Die Beteiligung der Mitarbeiter erfolgt dann dadurch, dass das Startup-Unternehmen als Gründungskommanditist an die Mitarbeiter jeweils eine bestimmte Kommandit- bzw. GbR-Beteiligung überträgt. Die Leaver-Fälle der begünstigten Mitarbeiter sind dann dergestalt zu regeln, dass sie, je nach Leaver-Fall, ganz oder teilweise als Kommanditist (bzw. GbR-Gesellschafter) ausscheiden und ihre Beteiligung dem Startup-Unternehmen als Mitgesellschafter anwächst mit der Folge, dass dieses dann auch für die Zahlung einer ggf. weiter geschuldeten Abfindung aufzukommen hätte, ebenso wie im Fall einer direkten Beteiligung. Da es sich hierbei um die Aufstockung der Beteiligung an der Mitarbeiterbeteiligungsgesellschaft handelt, gelten insoweit die Beschränkungen für den Erwerb eigener Geschäftsanteile oder die Einziehung von Geschäftsanteilen, etwa §§ 33, 34 III iVm 30 1 GmbHG am KMU nicht.

e) Beispiel

Zur Verdeutlichung der Auswirkungen des § 19a EStG folgendes Beispiel: Das Startup-Unternehmen überträgt im September 2021 einer einzelnen Führungskraft 100 Geschäftsanteile zu je 1 € unentgeltlich, die zu diesem Zeitpunkt jeweils einen Wert von 50 € haben; der Mitarbeiter erklärt, dass die Vermögensbeteiligung bei Hingabe nicht als Arbeitslohn besteuert werden soll. In 2024 erhält der Mitarbeiter eine Gewinnausschüttung in Höhe von 5.000 €. In 2027 werden die Geschäftsanteile im Rahmen eines Unternehmensverkaufs zu einem Wert von je 100 €/Geschäftsanteil veräußert.

Der dem Mitarbeiter eingeräumte geldwerte Vorteil von 5.000 € ist in 2027 lohnsteuerfrei. Der Freibetrag von 1.440 € kann nicht in Anspruch genommen werden, da nur der betreffende Mitarbeiter beteiligt wurde, die Beteiligung also nicht allen Mitarbeitern offenstand. Der Arbeitslohn in Höhe von 5.000 € ist nach der Fünftelregelung ermäßigt zu besteuern, da seit der Übertragung der Vermögensbeteiligung mehr als drei Jahre vergangen sind. Zusätzlich ergeben sich in Höhe des Veräußerungsgewinns von gleichfalls 5.000 € Einkünfte aus Kapitalvermögen nach § 20 II 1 Nr. 1 EStG. Die Dividendenausschüttung in 2024 führt zu Einkünften aus Kapitalvermögen, die in Höhe der Abgeltungssteuer dem Kapitalertragsteuerabzug unterliegen.

II. Virtuelle Beteiligung

1. Definition

a) Allgemeines

In der Praxis präferieren vor allem Startup-Unternehmen, die durch Venture-Capital-Gesellschaften finanziert werden, virtuelle Stock Options. Die Kapitalgeber streben eine rasche Steigerung des Unternehmenswertes an und möchten ihre Beteiligung kurz- bis mittelfristig wieder veräußern. Da das Unternehmen naturgemäß in diesem Stadium über wenig Liquidität verfügt, wird versucht, qualifizierte Mitarbeiter dadurch zu gewinnen, dass ihnen zwar nur ein relativ geringes Gehalt, aber gleichzeitig auf schuldrechtlicher Basis eine exitbasierte virtuelle Beteiligung eingeräumt wird. Bei dieser Fallgestaltung geht es darum, dass der auf diese Weise incentivierte Mitarbeiter im Fall des Unternehmensverkaufes nur wirtschaftlich („phantomartig“) so gestellt wird und einen Vergütungsanspruch gegenüber der Gesellschaft eingeräumt erhält, als sei er vergleichbar einem nicht bevorrechtigten Gesellschafter und Inhaber von Stammgeschäftsanteilen wirtschaftlich am Verkaufserlös (Exit-Erlös) beteiligt. Denkbar ist es, bei der Berechnung dieser Exitvergütung einen fiktiven Ausgabepreis („Strike Price“) als Abzugsposten anzusetzen, der sich bspw. an der Bewertung einer der Ausgabe des Phantom Stock vorangegangenen Finanzierungsrunde ausrichten kann. Dies ermöglicht eine differenzierte Behandlung von Mitarbeitern je nach dem Zeitpunkt ihres Eintritts und damit der Wertentwicklung des Startups. Denkbar ist ferner, den Phantom Stock auch um eine ergebnisabhängige Komponente zu ergänzen, die dem Mitarbeiter einen Vergütungsanspruch bei einer von den Gesellschaftern beschlossenen Gewinnausschüttung gegenüber der Gesellschaft in Höhe der Dividende einräumt, die auf den Phantom Stock entfiel, bestünde er in einer offenen, nicht bevorrechtigten Beteiligung.

In der Regel werden die virtuellen Anteile unter ein negatives Vesting gestellt, indem sie bei einem vorzeitigen Ausscheiden des Mitarbeiters je nachdem, ob er sein Ausscheiden während eines bestimmten Zeitraums (Vesting Periode) selbst zu vertreten hat (Good/Bad-Leaver), ganz oder teilweise verfallen; das Ausscheiden stellt somit eine auflösende Bedingung der

zugewandten Rechte aus virtuellen Anteilen dar. Werden virtuelle Anteile im Nachhinein Mitarbeitern gewährt, die bereits längere Zeit zum Aufbau des Startups beigetragen haben, kann auch ein Teil als „pre-vested“ und damit verdient behandelt werden. Im Fall eines Exits vor Ablauf der Vesting Periode werden jedoch meist alle virtuellen Anteile als gevestet vereinbart (Accelerated Vesting). Denkbar ist aber auch, anstelle eines negativen Vesting Mitarbeitern die virtuellen Anteile sukzessive – ggf. auch gekoppelt an die Erreichung bestimmter Leistungserfolge – auszugeben.

b) Beispiel

Zur wirtschaftlichen Beteiligung des Mitarbeiters M an der Software-GmbH beschließen die Altgesellschafter A und B ein Phantom-Stock-Programm. Hierbei räumt die S-GmbH dem M unentgeltlich virtuelle Geschäftsanteile ein, welche ein Recht des M auf Zahlung einer Vergütung im Falle eines Exits verkörpern. Eine Option auf echte Geschäftsanteile steht dem M nicht zu. Die Summe der dem M eingeräumten Phantom Stocks wächst ihm über eine vertraglich bestimmte Laufzeit („Vesting Periode“) monatlich an. Für den Fall, dass mehr als 50% aller Anteile der S-GmbH in einem einheitlichen Vorgang von einem Erwerber gekauft oder durch einen wirtschaftlich vergleichbaren Vorgang übertragen werden (Mehrheitswechsel) bzw. bei Liquidation der Gesellschaft, erhält der M eine Exit-Vergütung, die sich ua an der Höhe der ihm zustehenden Phantom Stocks orientiert. Die Altgesellschafter vereinbaren mit der S-GmbH, dass sie diese von der Verpflichtung zur Zahlung der Exit-Vergütung an den M im Innenverhältnis freistellen.

Bei dieser Gestaltung wird jede gesellschaftsrechtliche Beteiligung der Mitarbeiter vermieden und fällt von vornherein der Zeitpunkt der Besteuerung mit dem der Zahlung auf den Erlösanspruch zusammen. Einer Nachbildung der vierjährigen Wartefrist von § 193 II Nr. 4 AktG bedarf es richtigerweise auch bei börsennotierten Aktiengesellschaften entsprechend § 87 I 2 AktG nicht.

2. Steuerliche Behandlung

Jeder Zufluss bei Mitarbeitern aus Phantom Stock, sei es wegen einer virtuellen Gewinnbeteiligung oder eines virtuellen Erlösanteils im Exit-Zeitpunkt, führt bei dem Mitarbeiter erst im Zeitpunkt des Zuflusses zur Lohnbesteuerung gem. § 19 EStG. Da somit die Einräumung virtueller Beteiligungen als solches steuerrechtlich irrelevant ist, bedarf es keiner Stundungsregelung wie für die Zuwendung einer echten Beteiligung durch § 19a EStG.

Diese Ansprüche sind auf Ebene der Gesellschaft nicht als Verbindlichkeiten auszuweisen, da bei aufschiebend bedingten Ansprüchen hierfür der Eintritt der letzten Bedingung (Exit, Fortbestand des Anstellungsverhältnisses) maßgeblich ist. Auch eine Rückstellung ist hierfür als ungewisse Verbindlichkeit nicht zu bilden. Der BFH (Urt. v. 15.3.2017, BeckRS 2017, 1190228 =

GWR 2017, 349 [Weitnauer]) hat für die Frage der Rückstellung bei zukunftsorientierten Leistungsanreizen aus einem Aktienoptionsprogramm entschieden, dass insoweit der Grad der Wahrscheinlichkeit für das durch einen Exit getriebene Entstehen einer Verbindlichkeit der Gesellschaft nicht so sehr entscheidend ist, sondern vielmehr die Zukunftsbezogenheit einer entsprechenden Vergütung bzw. Abfindung. Für solche zukunftsorientierten Leistungsanreize kann eine AG somit Rückstellungen für Verbindlichkeiten aus einem Aktienoptionsprogramm nicht bilden. Entsprechendes wird man für die virtuelle Nachbildung eines Optionsprogramms oder auch echter Beteiligungen anzunehmen haben.

Da auch Phantom Stock-Vereinbarungen typischerweise eine Erfolgsmotivation für Führungspersonal in der Zukunft bezwecken und Vergütungsansprüche dieser Mitarbeiter für den künftigen, ungewissen Fall eines Exitereignisses begründen, so als ob ihnen echte Anteile eingeräumt worden wären, wird der Grundsatz, dass eine Rückstellung bei einer solchen Zukunftsorientiertheit nicht möglich ist, in gleicher Weise auf Phantom Stock anzuwenden sein. Ist aber eine Rückstellung nicht zu bilden, bedarf es auch keiner Freistellungsverpflichtung der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft, um einen Ergebniseffekt auszugleichen. Anders verhielte es sich nur, wenn der Phantom Stock auch Dividendenansprüche virtuell abbilden würde. Diese Forderungen belasten dann aber ohnehin das Ergebnis des Geschäftsjahres, in dem die Mitarbeiter ihre Phantom-Dividende erhalten.

3. Freistellung der GmbH im Innenverhältnis

Eine befreiende Schuldübernahme nach § 415 I BGB setzt einen Vertrag zwischen Altschuldner und Neuschuldner mit Genehmigung des Gläubigers voraus. Alternativ kann auch ein Vertrag zwischen dem Gläubiger und dem Neuschuldner dahingehend geschlossen werden, dass der Übernehmer an die Stelle des bisherigen Schuldners tritt (§ 414 BGB). Mangels Genehmigung des Mitarbeiters als Gläubiger liegt zivilrechtlich zunächst eine Schuldmitübernahme iSd § 415 III 1 BGB durch die Altgesellschafter vor, die für die GmbH noch keine schuldbefreiende Wirkung gegenüber dem Mitarbeiter hat.

Da für Ansprüche aus Phantom Stock bzw. Virtuellen Anteilen im Fall ihrer Gewährung keine Rückstellung zu bilden ist, hat die Gesellschaft auch keine etwaigen Freistellungsansprüche gegen Gesellschafter zu aktivieren, die im Innenverhältnis die wirtschaftliche Last eines Phantom Stock-Programms übernehmen, wie es häufig in Seed-Phasen zu Lasten der Gründer im Verhältnis zu Investoren vorgesehen wird, wenn es noch der Incentivierung eines neuen Mitglieds des zu komplettierenden Gründerteams bedarf. Forderungen sind ohnehin nur dann zu aktivieren, wenn sie (unabhängig von der rechtlichen Entstehung) wirtschaftlich in der Vergangenheit verursacht und am Bilanzstichtag hinreichend sicher sind. Bei einem erst in der Entstehung begriffenen Anspruch ist maßgebend, ob sich die An-

wirtschaft genügend konkretisiert. Diese Voraussetzung ist bei einer Freistellungszusage, die sich auf eine aufschiebend bedingte Verbindlichkeit bezieht, zu verneinen.

Im Hinblick auf den wertmindernden Charakter der Phantom Stock-Verpflichtung der Gesellschaft im Exit-Fall ist in der Freistellung durch bestimmte Gesellschafter eine verdeckte Einlage zu sehen. Daher führt die auf einer solchen Freistellungsvereinbarung beruhende Zahlung der Altgesellschafter auf Mitarbeiterforderungen aus einem Phantom Stock Programm zu nachträglichen Anschaffungskosten iSd § 17 II a EStG. Sollten in einem Exit-Fall die verkaufenden Gesellschafter gemäß der Absprache mit dem Käufer solche Forderungen übernehmen, sollte die Freistellung folglich ausdrücklich vereinbart werden.

4. AGB-rechtliche Grenzen

a) Verbraucherrecht

Bei der Vereinbarung virtueller Anteile im Anstellungs-, Ergänzungs- oder einem Beteiligungsvertrag wird in der Regel auf Musterverträge zurückgegriffen, die, sofern nicht individuell ausverhandelt, unter den Prüfungsmaßstab der AGB-Kontrolle fallen. Die Bereichsausnahme nach § 310 IV 1 BGB liegt nicht vor, denn darunter fallen nur Verträge auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts, die mitgliedschafts- oder organisationsrechtlicher Natur sind; schuldrechtliche Verträge, wie die Gewährung virtueller Anteile, fallen nicht hierunter.

Die Sonderregelungen für Verbraucherverträge in § 310 III BGB sind bei der Gewährung virtueller Anteile zu beachten, da die Mitarbeiter als Verbraucher iSv § 13 BGB einzuordnen sind. Dies gilt selbst für geschäftsführende Alleingesellschafter (so BGH Ur. v. 8.11.2005, NJW 2006, 431 = BeckRS 2005, 14904), da die Stellung als Organmitglied keine gewerbliche oder selbstständige Tätigkeit begründet (vgl. auch Grünberg/Ellenberger, 81. Aufl., § 13 BGB Rn. 3 mwN.; aA Schniepp/Giesecke, NZG 2017, 128, 129). Dies bedeutet insb., dass nach § 310 III Nr. 3 BGB über die allgemeine Inhaltskontrolle hinaus bei der Beurteilung der unangemessenen Benachteiligung die den Vertragsabschluss begleitenden Umstände zu berücksichtigen sind. Dies gilt nach § 310 IV 2 BGB bei Anwendung der §§ 305 ff. BGB auch für die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten, soweit es sich um Arbeitsverträge mit Mitarbeitern, nicht aber um Dienstverträge mit Geschäftsführern oder Vorstandsmitgliedern handelt. Im Verhältnis zu Mitarbeitern ist somit insbesondere auch der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz zu beachten. Unzulässig ist danach eine sachfremde Schlechterstellung einzelner Arbeitnehmer, aber auch eine sachfremde Gruppenbildung, die sich daran zu orientieren hat, ob sich die betreffenden Arbeitnehmer nach dem Zweck ihrer Leistung oder anderer Merkmale in einer im Wesentlichen übereinstimmenden Lage befinden (Küttner, Personalbuch 2021, 28. Aufl., „Gleichbehandlung“ Rn. 8 f.).

b) Inhaltskontrolle

Die Gewährung virtueller Anteile ist Teil der arbeitsvertraglichen Vergütung und arbeitsrechtlich dem Arbeitsentgelt zuzuordnen, da dies dem Ausgleich der anfangs noch nicht ausreichend vorhandenen finanziellen Mittel des Arbeitgebers, der Belohnung der Betriebsstreue und der zukünftigen Bindung des Arbeitnehmers an das Unternehmen dient. Diese Hauptleistungspflicht der Entgeltzahlung muss im Sinne des Transparenzgebots nach § 307 I 2 BGB so klar und verständlich formuliert sein, dass der Berechtigte weiß, unter welchen Voraussetzungen und in welcher Höhe sein Zahlungsanspruch besteht. Eine bestimmte Höhe muss bei Vertragsschluss noch nicht genannt werden. Es reicht die Bestimmbarkeit. Problematisch ist aber die Anknüpfung des Zahlungsanspruchs an sogenannte „weiche“ Voraussetzungen wie die „Steigerung der Kundenzufriedenheit“.

Die Vereinbarung einer Verfallklausel regelt den Verlust der gewährten virtuellen Anteile unter bestimmten Voraussetzungen, wie zum Beispiel die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses vor Ablauf einer bestimmten Zeitspanne. Weder eine arbeitgeber- noch arbeitnehmerseitige Kündigung führt zur Unangemessenheit der Verfallklausel, wenn die Fristdauer den Mitarbeiter nicht allzu lange an das Unternehmen bindet und damit seine Berufsfreiheit nicht unangemessen eingeschränkt wird. Der Begünstigte virtueller Anteile ist weniger schutzwürdig als der Inhaber echter Anteile, da der Begünstigte durch den Verfall des Zahlungsanspruchs kein dingliches oder korporationsrechtliches Mitgliedschaftsrecht verliert. Die jeweilige Fristdauer ist einzel-fallabhängig zu bestimmen. Auch die Höhe der Festvergütung spielt dabei eine Rolle. Je höher die Festvergütung, desto weniger ist der Mitarbeiter vom Zahlungsanspruch für seine virtuellen Anteile abhängig und desto strengere Verfallklauseln sind gerechtfertigt. Anders als für echte Anteile ist bei einem Verfall virtueller Anteile keine Abfindung zu leisten.

III. Umstrukturierung von virtueller zu echter Beteiligung?

Da die Ausgabe von Phantom Stock sowohl auf Ebene der Gesellschaft als auch auf Ebene der begünstigten Mitarbeiter bilanziell und ertragsteuerlich neutral ist, führt auch ein Verzicht auf die hieraus resultierenden Forderungsansparungen, die sich erst im Fall eines Exits (oder ggf., bei entsprechender Vereinbarung, auch einer künftigen Gewinnausschüttung) realisieren, zu keinen weiteren steuerlichen Folgen. Die Wandlung virtueller in offene Beteiligungen ist daher dergestalt denkbar, dass Mitarbeiter auf die ihnen eingeräumten virtuellen Anteile im Gegenzug für die Einräumung einer offenen Beteiligung verzichten. Dies wird aber nichts daran ändern, dass dann als geldwerter Vorteil der eingeräumten Anteile ihr Wert zu diesem Zeitpunkt der Wandlung anzusetzen sein wird. Eine entsprechende Umstrukturierung virtueller Beteiligungsmodelle wird daher nur dann in Betracht kommen, wenn es seit Einräumung der virtuellen Be-

teilung noch zu keiner wesentlichen Wertsteigerung gekommen ist.

In wirtschaftlicher Hinsicht ist zu bedenken, dass Phantom Stock zwar mit dem Nachteil belastet ist, dass ein Zufluss hieraus in diesem späteren Zeitpunkt des Zuflusses der Lohnbesteuerung unterliegt, dass andererseits aber Phantom Stock unentgeltlich ausgegeben wird und auch nicht zwingend einen virtuellen Ausgabepreis als Abzugsposten bei der Berechnung der Exitvergütung vorsehen muss. Wird darauf verzichtet, erhält der Mitarbeiter also den vollen Wert seiner virtuellen Beteiligung, ohne hierfür auch nur virtuell etwas bezahlt zu haben, muss aber hierauf die höhere Steuer entrichten. Dies kann im Einzelfall für ihn sogar wirtschaftlich attraktiver sein. Überdies führt das Ausscheiden des Mitarbeiters nicht zu einem Anspruch aus dem virtuellen Programm, da dieser exitabhängig ist. Der Mitarbeiter behält entweder einen Teil seiner virtuellen Beteiligung (im Good Leaver-Fall) bis zum Exit oder verliert die Ansprüche ganz (im Bad Leaver-Fall). Die Gesellschaft wird also nicht mit einer Abfindung, wie etwa bei der Einräumung einer offenen Beteiligung, belastet und der Mitarbeiter nicht nach § 19 a EStG im Zeitpunkt seines Ausscheidens lohnsteuerpflichtig.

IV. Fazit

1. Die unentgeltliche oder verbilligte Anteilsübertragung an Mitarbeiter führt grds. zu einer Lohnbesteuerung des geldwerten Vorteils im Übertragungszeitpunkt, da hiermit das wirtschaftliche Eigentum an der Beteiligung übergeht. Hurdle-Shares sind im Hinblick auf die andernfalls bestehenden Bewertungsunsicherheiten und im Hinblick auf den hiermit verbundenen vertraglichen Gestaltungsaufwand einer Gesellschaftervereinbarung allenfalls im Rahmen einer Finanzierungsrunde als Beteiligungsinstrument denkbar.

2. Für nach dem 30.6.2021 von KMUs und damit vor allem Startups Mitarbeitern eingeräumte Vermögensbeteiligungen insb. Aktien oder GmbH-Geschäftsanteile, sieht § 19 a EStG jedoch einen Aufschub der Lohnbesteuerung bis zu dem Zeitpunkt vor, zu dem die Vermögensbeteiligung ganz oder teilweise übertragen wird, seit der Übertragung 12 Jahre vergangen sind oder das Dienstverhältnis beendet wird. Damit wird die „Dry Income“-Besteuerung, also ohne dass ein Liquiditätszufluss erfolgt, vermieden. Vorteil ist ferner, dass nachgelagerte Zuflüsse aus der eingeräumten Unternehmensbeteiligung, seien es Gewinnausschüttungen oder Veräußerungsgewinne, als Einkünfte aus Kapitalvermögen iSv § 20 EStG qualifizieren und, je nach Beteiligungshöhe, mit dem Tarif der Abgeltungssteuer oder nach dem Teileinkünfteverfahren besteuert werden, also nicht weiter der Lohnbesteuerung unterliegen. Ein vergünstigter Steuersatz für Mitarbeiterbeteiligungen ist nicht vorgesehen. Dennoch mag die Nachbesteuerung den Eintritt einer neuen Schlüsselkraft anstelle eines ausscheidenden Gründers (Leaver) in dessen Gesellschafterstellung ermöglichen. Ohne im Rahmen einer Anrufungsauskunft den Wert der eingeräumten Betei-

ligung geklärt zu haben, verbleibt aber ein steuerliches Bewertungsrisiko.

3. Das Stundungsmodell des § 19 a EStG gilt auch für die nur mittelbare Einräumung von Vermögensbeteiligungen über Personengesellschaften, weshalb auch eine Bündelung solcher Mitarbeiterbeteiligungen etwa über eine GbR oder auch KG möglich ist. Mitarbeiter sind dann auf Ebene dieser Beteiligungsgesellschaften einem Vesting zu unterwerfen. Scheiden sie als Gesellschafter der Beteiligungsgesellschaft, die vom Startup-Unternehmen durch Einbringung der erforderlichen Anteile gegründet wurde, ganz oder teilweise wächst ihre Beteiligung dann wiederum dem Startup-Unternehmen als Mitgesellschafter an.

4. Bei Phantom Stocks wird der Mitarbeiter von der Gesellschaft im Fall eines „Exits“, also eines Unternehmensverkaufs, so gestellt, als seien ihm Anteile eingeräumt worden. Es kommt beim Mitarbeiter zu einer

Lohnbesteuerung nur im Zeitpunkt des Zuflusses. § 19 a EStG kommt in diesen Fällen nicht zum Tragen. Da es sich jeweils um zukünftige Leistungsanreize handelt, ist eine Rückstellung bei der Gesellschaft für die Verbindlichkeiten aus Stock Appreciation Rights oder Phantom Stocks nicht zu bilden. Verpflichten sich die Gesellschafter insoweit zur Freistellung der Gesellschaft, führt dies zu nachträglichen Anschaffungskosten im Sinne von § 17 II a 3 EStG. Anders als die Verschonungsregelung des § 19 a EStG, die zu einer Lohnbesteuerung bei Ausscheiden des Mitarbeiters führt, führt Phantom Stock beim Ausscheiden des Mitarbeiters nicht zu einer Belastung weder der Gesellschaft mit einer Abfindung noch des Mitarbeiters mit Lohnsteuer. Auch muss für Phantom Stock kein Ausgabepreis vorgesehen und auch keine Bewertung des Startups fest- oder offengelegt werden. Als einfacheres und flexibles Beteiligungsinstrument dürfte daher der Phantom Stock weiterhin das Mittel der Praxis bleiben. ■