

## Genussrechte: Ein „Königsweg“ für die Mitarbeiterbeteiligung?

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

Damit Deutschland im internationalen Wettbewerb im Kampf um die besten Talente („Brain Gain“) vor allem im Technologieumfeld mithalten kann und nicht etwa hochqualifizierte Kräfte ins Ausland verliert („Brain Drain“), bedarf es gerade im Start-up-Bereich der Incentivierung der Mitarbeiter durch Beteiligung am Unternehmenserfolg. Das Problem der Dry-Income-Besteuerung des geldwerten Vorteils bei Einräumung einer Mitarbeiterkapitalbeteiligung wurde in der Praxis durch virtuelle Beteiligungen in Form von Phantom Stock umgangen, die aber zu einer vollen Lohnbesteuerung im Zeitpunkt des Zuflusses führen. Der deutsche Gesetzgeber hat zunächst mit dem Fondsstandortgesetz und nun mit dem am 16.8.2023 vom Bundeskabinett verabschiedeten Entwurf eines Zukunftsfinanzierungsgesetzes (ZuFinG-E) die Mitarbeiterkapitalbeteiligung attraktiver zu gestalten versucht. Im Folgenden wird untersucht, ob es nicht mit Genussrechten eine den Zielen der Mitarbeiterbeteiligung besser gerecht werdende Gestaltungsform gibt.

### I. Ausgangslage

#### 1. Gestaltungsziele

Die Ausgestaltung der Mitarbeiterbeteiligung hat folgende Fixpunkte im Auge zu behalten: Zum einen, dass sie nicht die Mitbestimmung von Mitarbeitern durch Begründung nicht entziehbarer Auskunfts- und Teilnahmerechte an Gesellschafterversammlungen und der weiteren Folge der Vergrößerung des Gesellschafterkreises durch Mini-Gesellschafter zum Ziel hat (Governance), sondern primär wirtschaftliche Anreize setzen will. Zum anderen die Vermeidung administrativen Aufwands, wie er etwa durch die notarielle Form der Geschäftsanteilsübertragung, § 15 III, IV GmbHG begründet wird. Und schließlich, last but not least, eine möglichst günstige Besteuerung, sei es wegen des Zeitpunkts der Besteuerung, der deckungsgleich mit dem Zufluss sein sollte, oder der Höhe der Besteuerung, die für Kapitaleinkommen mit 25% fast um die Hälfte günstiger sein kann als für Arbeitseinkommen.

Während die Höhe der Besteuerung somit für die echte Kapitalbeteiligung spricht, sprechen Governance-Gründe und der Besteuerungszeitpunkt für die im Deutschland zumindest im Start-up-Umfeld gängige Form der Phantom Stocks, also der virtuellen Beteiligung in Form einer durch einen Mehrheitsverkauf bedingten Vergütungsforderung gegenüber der Gesellschaft, die so bemessen ist, als ob der Mitarbeiter mit nicht bevorrechtigten Stammgeschäftsanteilen an der Gesellschaft beteiligt worden wäre (hierzu bereits ausführlich Weitnauer GWR 2022, 39 ff. sowie GWR 2023, 111, 114 f.). Der zur Lohnbesteuerung führende geldwerte Vorteil der Beteiligung kann zwar im Wege einer negativen Liquidationspräferenz, die den Wert der eingeräumten Beteiligung im Zeitpunkt ihrer Ausgabe bei der Erlösverteilung im Gesellschafterkreis im Fall einer gemeinsamen Veräußerung in Abzug bringt, reduziert werden (sog. „Hurdle-Shares“ oder „Growth-Shares“). Doch bedarf die Vereinbarung negativer Liquidationspräferenzen der Vereinbarung mit sämtlichen Gesellschaftern im Rahmen einer Gesellschaftervereinbarung, weshalb dieser Weg nur für wenige Führungskräfte, insbesondere auf Geschäftsführungsebene, geeignet erscheint, die dann direkt beteiligt werden. Im Übrigen wird man sich aber vor einer direkten Beteiligung einer Reihe von Mitarbeitern als Kleingesellschaftern eher hüten; die indirekte Beteiligung über eine Mitarbeiterbeteiligungsgesellschaft (Weitnauer, GWR 2023, 111, 116) führt allerdings zu zusätzlicher Komplexität.

#### 2. Die gesetzgeberischen Reformen

Der durch das zum 1.7.2021 in Kraft getretene Fondsstandortgesetz (FoStoG) eingeführte § 19a EStG sieht eine vorläufige Nichtbesteuerung des geldwerten Vorteils vor, wenn Arbeitnehmern von KMUs (wohlgemerkt nur diesen), deren Gründung nicht länger als 12 Jahre zurückliegt, Vermögensbeteiligungen iSv § 2 I Nr. 1 litt. a, b und f bis l 5. VermBG unentgeltlich oder verbilligt eingeräumt werden. Die Lohnbesteuerung erfolgt dann erst, wenn die Beteiligung ganz oder teilweise entgeltlich oder unentgeltlich übertragen oder

ingelegt wird, seit der Übertragung 12 Jahre vergangen sind oder das Dienstverhältnis beendet wird.

Mit dem ZuFinG-E sollen die KMU-Voraussetzungen verdoppelt werden, der maßgebliche Gründungszeitpunkt des KMU von 12 auf 20 Jahre vor dem Beteiligungszeitpunkt ausgeweitet werden, soll die finale Besteuerung nicht schon nach 12, sondern erst nach 20 Jahren einsetzen und soll die im Leaver-Fall tatsächlich an den Arbeitnehmer bei Rückwerb durch die Gesellschaft, einen Gesellschafter oder ein Unternehmen iSv § 18 AktG gezahlte Vergütung anstelle des gemeinen Werts maßgeblich sein, § 19a IV 4, 2. HS. EStG-E. Die Besteuerung soll erst beim späteren Verkauf erfolgen, sofern der Arbeitsgeber in den Fällen eines Ausscheidens oder spätestens nach 20 Jahren bei der dann folgenden Lohnsteueranmeldung unwiderruflich erklärt, dass er im Fall der späteren Übertragung der Beteiligung für die Lohnsteuer haftet, § 19a IVb EStG-E. Zudem soll nun der Steuerfreibetrag gem. § 3 Nr. 39 EStG von 1.440 € auf 5.000 € erhöht werden.

Die noch im Referentenentwurf vorgesehene Möglichkeit des Arbeitgebers, anstelle der anhand der individuellen Lohnsteuerabzugsmerkmale nachzuholenden Besteuerung einen Pauschalsteuersatz von 25 % anzusetzen, wurde leider in dem von der Bundesregierung beschlossenen und auf den parlamentarischen Weg gebrachten Entwurf nicht übernommen. Auch wurde die reichlich komplexe Regelung des § 19a EStG nicht einfacher. Vor allem bleibt die Unsicherheit der Bemessung des geldwerten Vorteils bestehen, wenn nicht in nahem zeitlichem Zusammenhang mit der Einräumung der Beteiligung eine Finanzierungsrunde stattgefunden hat (hierzu bereits Weitnauer GWR 2023, 111, 115). Ferner kommt es in Fällen einer Verschmelzung (Einbringung der Anteile bzw. Arbeitgeberwechsel) zu einer hinderlichen Lohnbesteuerung, wenn dies ertragsteuerlich eine Veräußerung darstellt, § 13 UmwStG. Auch erfasst § 19a IV 4, 2. HS. EStG-E, der im Fall des Rückwerbs der Vermögensbeteiligung für die Besteuerung auf die geringere Vergütung abstellt, nicht die Fälle der Einziehung oder der (statt der Einziehung) beschlossenen Zwangsabtretung an noch nicht beteiligte Dritte. Der Rückwerb von Geschäftsanteilen oder Aktien durch die Gesellschaft setzt jedoch freies Vermögen voraus, § 33 II 2 GmbHG, 71 II 2 AktG, das zumindest bei Start-Ups meist nicht gegeben ist, und birgt (wie die Einziehung) wegen der Fiktion des § 7 VIII ErbStG schenkungssteuerliche Risiken (Weitnauer, GWR 2023, 129, 136).

## II. Genussrechte als alternative Mitarbeiterbeteiligung

### 1. Allgemeines

Genussrechte werden in der Literatur zwar als Mittel der Mitarbeiterbeteiligung anerkannt (bspw. Noack/Servatius/Haas/Kersting, GmbHG, 23. Aufl., 2022, § 29 Rn. 90); sie waren nach einer Schätzung der Arbeitsgemeinschaft Partnerschaft in der Wirtschaft eV (AGP) mit Stand März 2017 bei 11,1 % der befragten Unternehmen und bei insgesamt 154.000 Mitarbeitern ein-

gesetzt (Grobys/Panzer-Heemeier/Simon, Stichwortkommentar Arbeitsrecht, 4. Aufl., 2023, Mitarbeiterbeteiligung Rn. 2). Im Start-up-Bereich scheinen sie hingegen in der Praxis weitestgehend unbekannt zu sein. Gängiges Mitarbeiterbeteiligungs-konstrukt ist hier ausschließlich die virtuelle Beteiligung, die allerdings als rein schuldrechtlicher Anspruch keine Vermögensbeteiligung im Sinne des 5. VermBG darstellt. Anders verhält es sich bei Genuss-scheinen oder Genussrechten, die nach § 2 I Nr. 1 litt. f und l des 5. VermBG als Vermögensbeteiligung anerkannt sind und damit auch unter den Anwendungsbereich von § 19a EStG fallen.

### 2. Genussrechte als Vermögensbeteiligung

#### a) Gemeinsame Voraussetzungen

Sowohl Genuss-scheine als auch Genussrechte gelten dann als vermögenswirksame Leistungen eines Arbeitgebers, der seinen Sitz und die Geschäftsleitung in Deutschland hat (davon ist hier auszugehen), wenn mit ihnen das Recht am Gewinn des Unternehmens verbunden ist und der Arbeitnehmer nicht als Mitunternehmer iSv § 15 I Nr. 2 EStG anzusehen ist. Diesen Vorgaben ist bei verbrieften wie nicht verbrieften Genussrechten zu genügen.

#### aa) Gewinnbeteiligung

Zwar erwirtschaften Start-ups idR keine laufenden Gewinne, doch setzt die Vereinbarung einer Gewinnbeteiligung nicht voraus, dass ein Unternehmen absehbar laufende operative Gewinne erwirtschaftet. Gewinne können auch durch die Veräußerung von Vermögenswerten (Asset Deal) oder auch durch die Vergabe von Lizenzen auf gewerbliche Schutzrechte erzielt werden. Die Gewinnbeteiligung ist nicht abschließend zu verstehen und nur Mindestvoraussetzung. Darüber hinaus kann mit dem Genussrecht auch eine vermögensmäßige Beteiligung etwa an einem Liquidationserlös verbunden werden. Jedoch darf nach § 2 IV 5. VermBG für die Anlage vermögenswirksamer Leistungen in Genuss-scheinen oder Genussrechten eine Rückzahlung zum Nennwert nicht zugesagt sein. Dieser Vorgabe wird genüge getan, wenn das Genussrechtskapital am Verlust teilnimmt oder auch von der Höhe eines Liquidationserlöses oder Gewinns abhängig ist (Brandis/Heuermann/Treiber, Ertragsteuerrecht, § 2 5. VermBG Rn. 74).

#### bb) Keine Mitunternehmerschaft

Überdies darf mit dem Genuss-schein oder Genussrecht keine Mitunternehmerschaft iSd § 15 I 1 Nr. 2 EStG verbunden sein. Für die Mitunternehmerschaft ist maßgeblich, dass die betreffende Person Mitunternehmerinitiative entfalten kann und Mitunternehmerrisiko trägt. Beide Merkmale müssen vorliegen, wenngleich sie unterschiedlich ausgeprägt sein können und untereinander bedingt kompensierbar sind (Schmidt/Wacker, EStG, 42. Aufl. 2023, § 15 Rn. 262). Im Hinblick darauf, dass eine Rückzahlung des Nennwerts bei einem Genuss-schein oder Genussrecht nicht zugesagt werden darf (siehe zuvor unter aa)) und somit der Genussrechtsinhaber vom Erfolg des Unternehmens abhängig ist,

trägt er Mitunternehmerrisiko. Für die Verlustbeteiligung genügt, dass ein Rückzahlungsanspruch auch ganz entfallen kann; eine weitergehende Haftung für Verluste des Unternehmens im Sinne einer Nachschusspflicht muss hingegen nicht vorgesehen werden. Die Mitunternehmerschaft iSd § 15 I 1 Nr. 2 EStG setzt jedoch zusätzlich ein Mindestmaß an Mitunternehmerinitiative voraus. Diese kann in der Ausübung von Stimm-, Kontroll- und Widerspruchsrechten eines Kommanditisten iSd § 164, 166 HGB oder auch in Kontrollrechten nach § 716 I BGB (ab 2024, § 717 BGB idFd MoPeG) bestehen. Werden dem Genussrechtsinhaber keinerlei derartige Kontrollrechte eingeräumt, wäre somit der Vorgabe, dass mit den Genuss-scheinen oder Genussrechten keine Mitunternehmer-schaft verbunden sein darf, genüge getan.

### b) Verbriefung als Wertpapier

Ist über das Genussrecht ein Genussschein ausgegeben, gilt nur § 2 I Nr. 1 lit. f 5. VermBG. Dies setzt die Ausgabe iSv § 793 BGB verbrieft Genussrechte als Wertpapiere oder deren Zulassung an einer deutschen Börse zum regulierten Markt bzw. die Einbeziehung in den Freiverkehr voraus. Für die Mitarbeiterbeteiligung wird im KMU-Umfeld mangels Börsenzulassung des Arbeitgebers idR nur die Alternative der Ausgabe als Wertpapier in Betracht kommen. Wertpapiere sind nach § 2 Nr. 1 WpPG solche iSv Art. 2 lit. a der Verordnung (EU) 2017/1129 (EU-Prospekt-VO). Hiernach bestimmt sich die Qualifizierung als Wertpapier nach der Übertragbarkeit, Handelbarkeit und Ausstattung des Genussscheins mit wertpapierähnlichen Rechten. Übertragbar sind Wertpapiere, wenn sie auf einen Erwerber ohne Änderung des rechtlichen Gehalts übertragen werden können. Entscheidend für die Handelbarkeit ist, dass das Wertpapier hinreichend standardisiert und gleichartig ausgestaltet ist; dass ein tatsächlicher Handel auf Finanzmärkten stattfindet, ist nicht erforderlich. Ein wertpapierähnliches Recht beinhaltet der Genussschein, wenn er vermögensmäßige Rechte, wie insb. eine Beteiligung am Gewinn oder an einem Liquidationserlös vorsieht. Zwar soll die Mitarbeiterbeteiligung die Mitarbeiter an das Unternehmen binden und wird daher die Übertragbarkeit idR zumindest durch ein Zustimmungserfordernis zugunsten des Arbeitgebers eingeschränkt werden, §§ 399, 413 BGB. Doch schließt ein solcher schuldrechtlicher Lock-up die grundsätzliche Übertragbarkeit nicht aus ((Schwark/Zimmer/Preuß, Kapitalmarktrechts- Kommentar, 5. Aufl., 2020, § 2 WpPG Rn. 5).

Die Ausgestaltung als Wertpapier könnte daher auch die Möglichkeit eines Zweitmarkts für Mitarbeiterbeteiligungen eröffnen, so wie es bereits in den USA hierfür bereits Börsen gibt. Auch können Genussscheine technisch durch Tokenisierung digitalisiert werden. Die Tokenisierung von Genussrechten durch Nutzung der Blockchain führt zur Einstufung als Wertpapier (Schwark/Zimmer/Preuß, aaO., § 2 WpPG Rn. 7 zu Token-basierten Schuldverschreibungen). Einer Verbriefung für den von der BaFin verwendeten aufsichtsrechtlichen Wertpapierbegriff bedarf es nicht; vielmehr

ist ausreichend, dass der Inhaber des Tokens und die im Token verkörperten Rechte, bspw. anhand der Blockchain-Technologie, dokumentiert werden können (BaFin GZ: WA51-WP7100-2019/001 unter Vc, bb). Die Verkörperung eines Genussrechts in einem Token wird man daher auch einem Genussschein iSv § 2 I Nr. 1 lit. f 5. VermBG gleichzustellen haben.

### c) Prospektpflicht

#### aa) Genussschein

Für das öffentliche Angebot eines Wertpapiers iSv Art. 2 lit. d EU-Prospekt-VO gilt grds. eine Prospektpflicht nach Art. 3 I EU-Prospekt-VO. Zwar wird ein öffentliches Angebot nicht allein dadurch ausgeschlossen, dass es sich an einen bekannten Personenkreis wie Mitarbeiter richtet, doch wird hier idR die Ausnahme von Art. 1 IV lit. b) EU-Prospekt-VO für ein Wertpapierangebot gelten, das sich an weniger als 150 natürliche oder juristische Personen je Mitgliedstaat richtet, die nicht qualifizierte Anleger (wie bei Mitarbeitern der Fall) sind. Darüber hinaus besteht eine Ausnahme von der Prospektpflicht dann, wenn Wertpapiere derzeitigen oder ehemaligen Führungskräften oder Beschäftigten angeboten werden, sofern ein Dokument zur Verfügung gestellt wird, das Informationen über Anzahl und Art der Wertpapiere enthält und in dem die Gründe und Einzelheiten des Angebots oder der Zuteilung dargelegt werden, Art. 1 IV lit. i EU-Prospekt-VO.

§ 3 Nr. 2 WpPG nimmt ein Angebot von Wertpapieren, deren Gesamtgegenwert im EWR nicht mehr als 8 Mio. € beträgt, von der Prospektpflicht aus, sieht jedoch nach § 4 I WpPG für öffentliche Angebote im Gegenwert von 100.000 € bis 1 Mio. € die Pflicht zur Veröffentlichung eines Wertpapier-Informationsblatts (WIB) vor, das bei der BaFin zur Gestattung einzureichen ist. Unabhängig von der jeweiligen Höhe des Gegenwerts wird man aber ein öffentliches Angebot nur dann annehmen können, wenn die Mitarbeiterbeteiligung nicht – wie idR der Fall – nur ausgesuchten Mitarbeitern, sondern ohne jede Differenzierung einer bestimmten Gruppe von Arbeitnehmern insgesamt angeboten wird, so wie dies etwa die Inanspruchnahme des Freibetrags nach § 3 Nr. 39 S. 2 EStG voraussetzt.

Eine Pflicht zur Bereitstellung eines Basisinformationsblatts nach der PRIIP-VO besteht nicht, da die Genussscheine direkt vom Arbeitgeber an Mitarbeiter ausgegeben werden und nicht von Referenzwerten abhängig sind. Daher fallen sie nicht unter die Definition eines verpackten Anlageprodukts iSv Art. 4 Nr. 1 PRIIP-VO.

#### bb) Nicht verbrieft Genussrechte

Nicht verbrieft Genussrechte fallen zwar nicht unter das WpPG, sind jedoch Vermögensanlagen iSv § 1 II Nr. 5 VermAnlG. Von den Regeln einer Verkaufsprospektpflicht sind jedoch Vermögensanlagen, die nur einem begrenzten Personenkreis oder nur den Arbeitnehmern von ihrem Arbeitgeber angeboten werden, gem. § 2 I Nr. 6 VermAnlG ausgenommen.

### 3. Ausgestaltung der Genussrechte

#### a) Verbilligte Ausgabe

Der Ausgabe von Genussrechten liegt ein Genussrechtsvertrag zwischen der durch die Geschäftsführung vertretenen Gesellschaft und den jeweils Begünstigten zugrunde. Bei entgeltlicher Ausgabe verpflichtet sich der Mitarbeiter, dem Arbeitgeber für eine bestimmte Laufzeit Kapital zur Verfügung zu stellen, und erhält hierfür eine Beteiligung am unternehmerischen Erfolg des Unternehmens. Im Fall einer verbilligten Ausgabe von Genussrechten oder Genussscheinen werden sich Arbeitgeber und Mitarbeiter darüber verständigen, dass ein eigener Kapitalbeitrag des Mitarbeiters nicht geschuldet ist, sondern dass anstelle eines Bonus (etwa in Höhe von 20 % des Fixgehalts) Genussrechte im Nennwert von 1 € ausgegeben werden. Ihre Anzahl bemisst sich als Berechnungsfaktor nach dem angenommenen Unternehmenswert im Zeitpunkt der Ausgabe. Die verbilligt zu 1 € ausgegebenen Genussrechte werden in der Gehaltsabrechnung des Mitarbeiters berücksichtigt. Dies ist dann ihr Eigenkapitalbeitrag. Die entsprechenden Genussrechte können jährlich je nach erbrachter Leistung ausgegeben werden. Eine Erleichterung hierfür würde dann auch die Tokenisierung bieten.

#### b) Vertragsinhalt

Die Genussrechtsbedingungen können, da es kein Leitbild für Genussrechte gibt, individuell ausgestaltet werden (BGH *Urt. v. 5.10.1992*, BeckRS 1992, 2102). Genussrechte können zu einem beliebigen Nennwert ausgegeben werden und eine Teilhabe am Gewinn und/oder einem Liquidationserlös mit oder ohne Mindestverzinsung sowie mit oder ohne Verlustbeteiligung vermitteln (Wagner/Koch-Schulte/Echarri, *Lohnsteuer*, Stand 1.3.2023, Teil P, Rn. 740). Im Start-Up-Umfeld erfolgt die Realisierung einer Unternehmenswertsteigerung und damit die Realisierung der Rendite für die beteiligten Investoren durch einen gemeinsamen Verkauf (Exit-Fall). Daher ist auch für diesen Fall (und nicht nur für die Liquidation) eine vermögensmäßige Beteiligung des Genussrechtsinhabers so vorzusehen, als wäre er mit einer bestimmten Anzahl nicht bevorrechtigter Stammgeschäftsanteile am Unternehmen beteiligt. Dies entspricht auch der Exit-Erlösbeteiligung, wie sie typischer Inhalt von Phantom-Stock-Programmen bei virtuellen Beteiligungen ist. Dementsprechend sollte dann auch die Laufzeit der Genussrechte so bemessen werden, dass sie den Zeitpunkten entspricht, die § 19a EStG für das Fälligwerden der aufgeschobenen Lohnbesteuerung vorsieht (oben I. 2); zumindest wäre für diese Zeitpunkte ein außerordentliches Kündigungsrecht vorzusehen. Jedoch kann auch, insb. im Fall einer Verbriefung, vorgesehen werden, dass die an den ausscheidenden Mitarbeiter ausgegebenen Genussrechte bzw. Genussscheine ganz oder teilweise an andere neu hinzutretende Mitarbeiter übertragen werden. Ende der Laufzeit wäre aber jedenfalls entsprechend der Neuregelung durch das ZuFinG-E der Ablauf von 20 Jahren nach Ausgabe des Genussrechts bzw. Genussscheins. Damit wäre dann auch dem Erfordernis einer längerfristigen Laufzeit genüge getan.

#### c) Keine Gesellschafterrechte

Genussrechte vermitteln, auch wenn sie grundsätzlich flexibel ausgestaltbar sind, als solche keine Gesellschafterrechte, insbesondere keine Stimm- und Teilnahmerechte. Zwar können bestimmte Informationsrechte vorgesehen werden, etwa um die Berechnung eines Gewinn- oder Liquidationserlösanspruchs nachvollziehen zu können, jedoch können Rechte, die aus der mitgliederschaftlichen Stellung des Gesellschafters folgen, wie etwa das Stimmrecht oder auch das Recht zur Erhebung einer Anfechtungsklage, mit dem Genussrecht nicht eingeräumt werden (BGH *Urt. 5.10.1992 aaO*). Ebenso ist eine Mitwirkungsbefugnis an der Feststellung des Jahresabschlusses mit einem Genussrecht selbst dann nicht verbunden, wenn ein Gewinnbezugsrecht vorgesehen wird (Scholz/Seibt, *GmbHG*, 13. Aufl. 2022, § 14 Rn. 143).

#### d) AGB-Kontrolle

Werden die Genussrechtsbedingungen, wie idR, standardisiert, unterliegen sie – wie virtuelle Beteiligungen – der AGB-Kontrolle nach §§ 307 ff. BGB (Noack/Servatius/Haas/Kersting, *aaO*, § 29 Rn. 89). Da sie, wie ausgeführt, keine Gesellschafterrechte vermitteln, gilt die Ausnahme des Gesellschaftsrechts von der AGB-Kontrolle nach § 310 IV 1 BGB nicht (so auch BGH *Urt. v. 22.3.2018*, NJW 2018, 21390, 2195; differenzierend bei satzungsmäßiger Festsetzung zur Ausgabe an GmbH-Gesellschafter Scholz/Seibt, *aaO*, § 14 Rn. 141). Richtigerweise sollte man eigenkapitalähnlich und nachrangig ausgestaltete Genussrechte, auch wenn sie keine unternehmerischen Mitwirkungsrechte verkörpern, unter die Bereichsausnahme des Gesellschaftsrechts fallen lassen, so wie hierunter auch die stille Gesellschaft fällt (vgl. etwa Grüneberg, *BGB*, 82. Aufl., § 310 BGB Rn. 49). Jedoch gilt die Inhaltskontrolle nach § 307 III BGB jedenfalls nicht für Abreden, die den Gegenstand der Hauptleistung und den Preis bestimmen, so bspw. bei Genussrechten die Art und die Höhe der zugesagten vermögensmäßigen Beteiligung (Scholz/Seibt, *aaO*).

#### e) Gesellschaftsrechtlicher Rahmen

Ein Schutz gegen mittelbare Beeinträchtigungen der Genussrechte durch Satzungsänderungen oder auch Kapitalerhöhungen und damit gegen eine Verwässerung des wirtschaftlichen Gehalts des Genussrechts besteht mit Ausnahme einer Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln nach § 57m III GmbHG nicht; doch kann ein solcher Schutz vertraglich geregelt werden (Lutter/Hommelhoff/Bayer, 21. Aufl., 2023, § 55 GmbHG Rn. 53). Umfassen Genussrechte auch Beteiligungsrechte an Gewinn und Liquidationserlös, werden hierdurch die Vermögensrechte der Gesellschafter beeinträchtigt. Daher bedarf es für die Ausgabe solcher Genussrechte eines Gesellschafterbeschlusses mit satzungsändernder Mehrheit analog § 221 I AktG (Lutter/Hommelhoff/Bayer *aaO*). Ob auch ein Bezugsrecht der Gesellschafter entsprechend § 221 IV AktG besteht, ist streitig (grds. verneinend Noack/Servatius/Haas/Kersting *aaO*, § 29 GmbHG Rn. 91; aA Lutter/Hommel-

hoff/Bayer aaO, sofern es sich nicht um rein obligationsähnliche Genussrechte handelt). Daher empfiehlt es sich, so wie auch für die Ausgabe virtueller Beteiligungen im VC-Umfeld üblich, in einer Gesellschaftervereinbarung den Rahmen für die Ausgabe von Genussrechten verbunden mit einem Verzicht auf Bezugsrechte zu setzen (im Startup-Umfeld idR etwa 10 % des jeweiligen Stammkapitals).

#### f) Vesting-/Leaver-Fälle

Die für die Mitarbeiterbeteiligung üblichen Vesting- bzw. Leaver-Regelungen (hierzu Weitnauer GWR 2023, 129, 131 f.) können in den Genussrechtsbedingungen abgebildet werden. Denkbar ist auch die standardisierte Ausgabe von Genussrechten in digitaler Form durch Token (siehe oben II. 2 b) in regelmäßigen Zeitabständen, etwa jeweils am Ende eines Jahres, in dem der Mitarbeiter für die Gesellschaft tätig geworden ist. Dadurch kann auch Veränderungen des Unternehmenswerts und auch dem jeweiligen Einsatz des Mitarbeiters in dem vergangenen Zeitraum Rechnung getragen werden. In diesem Fall blieben grds. nur noch die Bad Leaver-Fälle (insb. Kündigung des Mitarbeiters aus wichtigem Grund oder auch Fälle der Eigenkündigung des Mitarbeiters) regelungsbedürftig. Wie bei Phantom Stock kann hierfür auch ein gänzliches Entfallen der Ansprüche aus dem Genussrecht oder eine Pflicht zur Übertragung der Genussrechte vorgesehen werden.

Wird in diesen Fällen eines Bad-Leaver die Abfindung des Mitarbeiters, wie üblich, nach dem Buchwert bemessen, bleibt er jedoch dem Risiko der Versteuerung des höheren geldwerten Vorteils ausgesetzt, denn nach der derzeit bestehenden Regelung des § 19a IV 4 EStG wird für die nachgeholte Besteuerung nicht auf den dem Arbeitnehmer tatsächlich zugeflossenen Betrag abgestellt, sondern nur auf den im Vergleich zum nicht-besteuerten Arbeitslohn geringeren gemeinen Wert der Vermögensbeteiligung (also auf den Verkehrswert im Zeitpunkt des Ausscheidens). Zwar kann im Sinne einer Nettolohnvereinbarung vereinbart werden, dass der Arbeitgeber für den Fall, dass der auf den Mitarbeiter entfallende Erlösanteil oder die ihm zustehende Abfindung noch nicht einmal die fällig werdende Lohnsteuer deckt, diese übernimmt. Ein solches Entgegenkommen des Arbeitgebers in einem Bad-Leaver-Fall wird aber idR nicht zu erwarten sein. Einen Ausweg für diese Fälle bietet daher jedenfalls für Genussrechte die durch das ZuFinG-E vorgesehene Ergänzung von § 19a IV 4, 2 HS. (oben I. 2), wonach bei Rückerwerb durch die Gesellschaft die gezahlte Vergütung an die Stelle des gemeinen Werts der Vermögensbeteiligung treten soll. Denn für Genussrechte gelten die oben beschriebenen Beschränkungen des Erwerbs eigener Geschäftsanteile bzw. Aktien und auch die schenkungssteuerlichen Risiken nicht. Da Genussrechte nur schuldrechtliche Ansprüche verkörpern, erlöschen sie durch Rückübertragung auf die Gesellschaft durch Konfusion, da dann Gläubiger- und Schuldnerstellung zusammenfallen. Daher sollte für Genussrechte als Folge eines Leaver-Falls keine auflösende Bedingung im Sinne eines negativen Vesting und auch keine Pflicht zur Weiterübertragung

zum Buchwert, sondern die Rückübertragung an den Arbeitgeber vorgesehen werden, sofern nicht – wie es sinnvoll wäre – § 19a IV 4 EStG-E im weiteren Gesetzgebungsverfahren noch dahingehend geändert wird, dass generell nur auf die bezahlte Vergütung abgestellt wird.

### 4. Bilanzielle Behandlung

#### a) Handelsbilanz

Genussrechte können entweder eigenkapital- oder fremdkapitalähnlich ausgestaltet werden (hierzu IDW HFA 1/1994). Als Eigenkapital werden Genussrechte handelsbilanziell eingestuft, wenn die auf die Genussrechte zu zahlende Vergütung erfolgsabhängig ist, eine Verlustteilnahme besteht, die Kapitalüberlassung längerfristig erfolgt und für den Fall der Insolvenz oder Liquidation ein Nachrang gegenüber anderen Gläubigern vereinbart ist. Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, ist das Genussrecht handelsbilanziell als Fremdkapital zu verbuchen. Mitwirkungsrechte, wie sie üblicherweise mit einer Eigenkapitalbeteiligung als Gesellschafter verbunden sind, sind somit für die handelsbilanzielle Behandlung als Eigenkapital nicht erforderlich. Eine fehlende Mitunternehmerinitiative, die die Mitunternehmerschaft iSd § 15 I 1 Nr. 2 EStG ausschließt und damit die Behandlung als Vermögensbeteiligung ermöglicht, hindert somit die eigenkapitalähnliche Qualifizierung nicht.

Werden die Genussrechte bzw. Genussscheine verbilligt – wie oben unter II. 3 a beschrieben – ausgegeben, wird die Beteiligung des Mitarbeiters allein erfolgsabhängig ausgestaltet und wird kein bestimmter Zahlungsanspruch am Ende der Laufzeit des Genussrechts vorgesehen, da dies bereits eine vermögenswirksame Leistung ausschließen würde (oben II. 2 a, aa). Daher wird die Ausgestaltung der Genussrechte handelsbilanziell den Vorgaben einer eigenkapitalähnlichen Behandlung entsprechen. Ergänzen sollte man jedoch für die hierdurch begründeten Ansprüche einen Rangrücktritt. Verbucht werden die Genussrechte dann im Eigenkapital mit ihrem jeweiligen Nennwert, der in der Gehaltsabrechnung in Abzug gebracht wird (oben II. 3 a).

#### b) Steuerbilanz

Für die steuerbilanzielle Behandlung gilt das Prinzip der Maßgeblichkeit der Handelsbilanz. Sind die Genussrechte somit nach den IDW-Vorgaben Eigenkapital, sind sie es auch steuerlich. Voraussetzung ist aber jedenfalls für die steuerliche Zuführung von Eigenkapital, dass das Kapital dauerhaft in das Vermögen der Kapitalgesellschaft übergeht und eine Rückzahlung nicht beabsichtigt ist (BMF-Schreiben vom 11.4.2023 IV C 6-S 2133(19/10004:002 zur ertragsteuerlichen Behandlung von Genussrechtskapital, dort Rz. 9). Diese Voraussetzungen sind bei der hier beschriebenen Mitarbeiterbeteiligung gegeben. Nach § 8 III 2, 2 HS. KStG mindern Ausschüttungen jeder Art auf Genussrechte, mit denen (wie hier) das Recht auf Beteiligung am Gewinn und am Liquidationserlös der Kapitalgesellschaft verbunden ist, nicht deren Einkommen und stellen daher auch steuerlich keine Betriebsausgaben dar.

Im Fall fremdkapitalähnlich ausgestalteter Genussrechte ist nach § 242 I iVm § 246 I HGB in der Bilanz eine Verbindlichkeit nur dann anzusetzen, wenn eine dem Inhalt und der Höhe nach bereits bestimmte Leistungspflicht besteht, die erzwingbar ist und eine wirtschaftliche Belastung darstellt. An einer solchen gegenwärtigen wirtschaftlichen Belastung fehlt es nach § 5 II a EStG, wenn eine Genussrechtsverbindlichkeit nur aus künftigen Gewinn oder einem eventuellen Liquidationsüberschuss zu bedienen ist (BMF-Schreiben aaO, Rz. 25).

## 5. Steuerliche Behandlung

### a) Lohnsteuer

Wie ausgeführt, vermitteln Genussrechte keine Mitgliedschaftsrechte, anders als eine echte (direkte oder indirekte) Eigenkapitalbeteiligung des Mitarbeiters über Geschäftsanteile. Im Fall einer echten Kapitalbeteiligung in Form von Geschäftsanteilen bestimmt sich der der Lohnsteuer unterworfenen geldwerte Vorteil nach dem gemeinen Wert, § 9 BewG, des Unternehmens und der an ihm eingeräumten Beteiligung. Anders bei Genussrechten. Hier bestimmt sich der Wert bei unentgeltlicher bzw. verbilligter Ausgabe danach, worauf sich Arbeitgeber und Mitarbeiter als in Form von Genussrechten auszuzahlenden zusätzlichen Gehaltsbestandteil, etwa eines Bonus (oben II.3 a), verständigen. Dieser würde dann nur anhand des angenommenen Unternehmenswerts in Genussrechte umgerechnet, etwa bei einem angenommenen Bonus von 20.000 € und einem Unternehmenswert von 3 Mio. € in eine 0,67% entsprechende Unternehmensbeteiligung. Damit ist der Unternehmenswert nur Berechnungsfaktor, bestimmt aber nicht als solcher den mit erheblichen Unsicherheiten behafteten geldwerten Vorteil einer echten Kapitalbeteiligung. Damit ist aber auch das lohnsteuerliche Risiko für den Mitarbeiter in angemessener Höhe begrenzt und von vornherein überschaubar.

Die resultierende Lohnbesteuerung wird durch § 19a EStG bis zu den genannten Ereignissen bzw. Zeitpunkten aufgeschoben. Anders als bei einer nur virtuellen Beteiligung, bei der allein der Zufluss der Lohnbesteuerung unterliegt, bleibt der Mitarbeiter allerdings mit diesem Lohnbesteuerungsrisiko belastet (hierzu oben II.3 f). Ebenso ändert der Lohnbesteuerungsaufschub nach § 19a EStG nichts an der Sozialversicherungsbeitragspflicht.

Der Steuerfreibetrag gem. § 3 Nr. 39 EStG kommt Mitarbeitern nur zugute, wenn die Genussrechte allen Mitarbeitern eingeräumt werden, die im Zeitpunkt der Einräumung ein Jahr oder länger ununterbrochen in einem Dienstverhältnis zum Arbeitgeber standen. Werden Genussrechte bzw. Genussscheine somit nur ausgewählten Mitarbeitern gewährt, greift für sie der Steuerfreibetrag nicht.

### b) Kapitalertragsbesteuerung

#### aa) Wechsel der Besteuerungsart

Genussrechte gehen mit ihrer Ausgabe an den Mitarbeiter grds. in dessen Privatvermögen über. Daher

bestimmt sich die Besteuerung von späteren Ausschüttungen oder auch von Veräußerungsgewinnen und -verlusten nach § 20 EStG (Schmidt/Krüger, aaO, § 19 a EStG Rn. 1). Dabei unterfallen eigenkapitalähnlich ausgestaltete Genussrechte der Nr. 1, fremdkapitalähnliche Genussrechte der Nr. 7 von § 20 I EStG. Genussrechte iSd Nr. 1 setzen voraus, dass sie kumulativ mit dem Recht am Gewinn und Liquidationserlös einer Kapitalgesellschaft verbunden sind (BFH, Urt. v. 14.8.2019 – I R 44/17, BeckRS 2019, 44006), so wie dies bei den eigenkapitalähnlich ausgestalteten Genussrechten der Fall ist. Unter § 20 I Nr. 7 EStG fallen Genussrechte dann, wenn sie ganz ohne Gewinn- und Liquidationserlösbeteiligung bzw. nur alternativ hiermit ausgegeben werden. Ferner verlangt § 20 I Nr. 7 S. 1 EStG, dass die Rückzahlung des Kapitalvermögens oder ein Entgelt für seine Überlassung zugesagt ist, auch wenn die Höhe der Rückzahlung oder des Entgelts von einem ungewissen Ereignis abhängt. In diesem Fall handelt es sich steuerlich um fremdkapitalähnliche Genussrechte, die das Einkommen mindern. Eine Rückzahlung wird aber, wie oben schon dargelegt, bei eigenkapitalähnlich ausgestalteten Genussrechten ausgeschlossen.

#### bb) Vergünstigter Steuersatz

Die Einordnung unter § 20 I Nr. 1 EStG führt dazu, dass die sich später realisierenden Gewinn- bzw. Erlösansprüche des Mitarbeiters aus den Genussrechten der vergünstigten Kapitalertragsbesteuerung in Höhe von 25% (evtl. zzgl. Kirchensteuer und Solidaritätszuschlag) unterliegen. Da die ursprünglich im ZuFinG-E vorgesehene Möglichkeit der Pauschalbesteuerung mit 25% gestrichen wurde (oben I.2) ist dies von besonderer Bedeutung. Im Fall der Ausgabe von Genussrechten an eine vom Mitarbeiter kontrollierte Kapitalgesellschaft, etwa eine UG (haftungsbeschränkt), käme nach § 8b II KStG auch eine Freistellung von Veräußerungsgewinnen in Höhe von 95% in Betracht. Nur sonstige Bezüge, wie etwa Gewinnbeteiligungen, aus eigenkapitalähnlich ausgestalteten Genussrechten iSv § 20 I Nr. 1 EStG unterliegen als Streubesitzdividenden der vollen Besteuerung, da Mitarbeiterbeteiligungen idR die maßgebliche Schwelle von 10% (KSt) bzw. 15% (GewSt) am Stamm- bzw. Grundkapital nicht übersteigen werden.

## III. Fazit

1. Die eingangs gestellte Frage ist zu bejahen: Im Unterschied zu den herkömmlichen Gestaltungsformen der Mitarbeiterbeteiligung (Geschäftsanteile oder virtuelle Anteile) werden eigenkapitalähnlich ausgestaltete Genussrechte allen Zielen einer möglichst formal einfachen, rein vermögensrechtlichen und steuerlich privilegierten Mitarbeiterbeteiligung gerecht. Genussrechte erfüllen die eingangs genannte „Governance“-Vorgabe, dass sie sich in den schuldrechtlich vereinbarten Vermögensrechten erschöpfen sollten, so wie dies bei einer virtuellen Beteiligung der Fall ist; damit werden die Abstimmungsprozesse im Gesellschafterkreis nicht durch die Beteiligung von Kleingesellschaftern er-

schwert und bedarf es daher auch keiner zusätzlichen Struktur einer Mitarbeiterbeteiligungsgesellschaft, in der die Mitarbeiter indirekt kapitalmäßig beteiligt werden.

Die Ausgabe oder Übertragung einer Mitarbeiterbeteiligung in Form von Genussrechten unterliegt nicht den gleichen notariellen Formerfordernissen wie die Ausgabe oder Übertragung einer Mitarbeiterkapitalbeteiligung in Form von Geschäftsanteilen. Daher wird auch dem weiteren oben genannten Ziel der Vermeidung administrativen Aufwands, insb. bei digitalisierter Ausgabe, Rechnung getragen.

2. Die Inhalte von Genussrechten können in gleicher Weise ausgestaltet werden wie die für Start-ups marktüblichen virtuellen Beteiligungen in Form von Phantom Stock. Dafür sind Teilhaberechte am Gewinn und Liquidationserlös, aber auch an einer Unternehmenswertsteigerung, die sich im Exit-Fall bzw. Laufzeitende oder auch im Fall einer Veräußerung von Genussrechten bzw. Genussscheinen realisiert, vorzusehen, jedoch ohne einen Zahlungsanspruch in bestimmter Höhe. Gesellschaftsrechtliche Mitwirkungsrechte für Genussrechtinhaber bestehen ohnehin nicht, doch sollten auch keine weitergehenden Einsichts- oder Kontrollrechte vorgesehen werden außer Rechten, die Höhe der jeweiligen Gewinn- und Erlösteilhabeansprüche überprüfen zu dürfen.

3. Genussrechte bieten überdies den Vorteil einer Verbriefung in Genussscheinen. Auch eine standardisierte und digitale Ausgabe in Form von Token, die dann in regelmäßigen Zeitabständen unter Berücksichtigung der aktuellen Verhältnisse den Mitarbeitern in deren Wallet zugebucht werden können, ist möglich. Eine Prospektspflicht besteht hierfür nicht, da es bei der selektiven Ausgabe von Genussrechten bereits an einer öffentlichen Ausgabe dieser Rechte bzw. Genussscheine fehlt.

Auch ein Wertpapier- oder Basisinformationsblatt ist nicht zu erstellen.

4. Weiterer Vorteil der Ausgabe von Genussrechten ist, dass sich der geldwerte Vorteil bei unentgeltlicher bzw. verbilligter Ausgabe nicht aus dem gemeinen Wert des Unternehmens, § 9 BewG, ableitet, sondern wie ein zusätzlicher Bestandteil des Gehalts bemessen wird. Da die Genussrechte in dieser Ausgestaltung keine Mitunternehmerschaft iSd § 15 I 1 Nr. 2 EStG begründen und daher als Vermögensbeteiligung unter § 19a EStG fallen, wird die Lohnbesteuerung der Genussrechte in Höhe dieses durch Genussrechte abgegoltenen Gehaltsbestandteils entsprechend aufgeschoben. Die weitere Wertsteigerung bei Realisierung der in den Genussrechten verkörperten vermögensrechtlichen Ansprüche unterliegt jedoch nur der Kapitalertragsbesteuerung gem. § 20 I Nr. 1, § 43 I 1 Nr. 1, § 43a I Nr. 1 EStG in Höhe von 25 % des Kapitalertrags, wenn nicht sogar § 8b KStG zur Anwendung gelangt.

5. Für die Leaver-Fälle kommt für Genussrechte (eher als für Geschäftsanteile oder Aktien) die durch § 19a IV 4, 2. HS. EStG durch das ZuFinG-E vorgesehene Möglichkeit in Betracht, dass die bezahlte geringere Vergütung bei Ausscheiden im Fall der Rückübertragung der Genussrechte auf die Gesellschaft maßgeblich ist. Sinnvollerweise sollte aber § 19a IV 4 EStG im Rahmen der Reform dahingehend verallgemeinert werden, dass nicht auf den gemeinen Wert der Beteiligung bei Nachholung der Besteuerung abgestellt wird, sondern nur auf den tatsächlichen Zufluss, sofern dieser unter dem zu versteuernden geldwerten Vorteil liegt.

Anm. des Verf.: *Mein Dank gilt Robert Jeggle, dem Mitgründer und Geschäftsführer der AQUATY GmbH, für seine wertvollen Hinweise und den fachlichen Austausch, insb. zu den Möglichkeiten der Tokenisierung der Genussrechte.* ■